

いわゆる取材源秘匿権の法的構成　ー証言拒否と取材物件提出拒否ー

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-05-24 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 前田, 正義, MAEDA, Masayoshi メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.15053/0000000165

【論説】

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—

前田 正義

目次

はじめに

1. 判例

A. 「証言拒絶」(証言拒否)

B. 取材物件提出拒否

2. 学説

A. 強制方法により区別する見解

B. 強制対象により区別する見解

3. アメリカ法

4. 考察

A. 判例

B. 学説

むすび

はじめに

日本において、いわゆる取材源秘匿権（以下、「取材源秘匿権」という¹⁾）における、情報源（以下、「情報源」という²⁾。）の身許に対する証言強制の拒否・拒絶（以下、「取材源秘匿（証言拒否）」という³⁾。）に関する主要な判例としては、石井記者事件判決⁴⁾、島田記者事件決定⁵⁾、およびNHK 記者事件決定⁶⁾などをあげられることが多い⁷⁾。また、取材によって得られた物件（文書・資料）の提出を拒否する（以下、「取材物件提出拒否」という。）⁸⁾

事件⁹⁾に関する判例については、博多駅事件決定¹⁰⁾などをあげられることが多い。そして、日本の学説においても、後述するように、取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否とを区別するものが支配的であるといえよう¹¹⁾。

他方、取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否について、日本法よりも取材源秘匿権（以下、アメリカ法の文脈においては、「ジャーナリストの特権」という¹²⁾。）に関して、多様な問題が訴訟上、提起されており、法的分析も進んでいるアメリカ法を参照するならば、判例と学説の双方が、両者を区別してはいない。アメリカ法では、取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否をジャーナリストの特権の問題として、捉えられてきているのである¹³⁾。

たしかに、日本法とアメリカ法では、法的状況を異にすることから、一概に両者を比較することはできないだろう。しかしながら、後述するように、日本法における取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否を区別する根拠について考察を加えるならば、必ずしも区別の根拠が明示されていないとはいえない。また、取材源秘匿権の保障根拠（法理）について、支配的な学説は、取材源の利益、そしてジャーナリスト¹⁴⁾の利益を超えた、公共の利益を据えているにも拘わらず、まさしく支配的な学説のいうところの公共の利益が主として問題となりうる取材物件提出拒否と、情報源の利益が主として問題となる取材源秘匿（証言拒否）とを区別する根拠を必ずしも明らかにしていない。少なくとも、学説が取材源秘匿（証言拒否）を区別すること（さらには重要視すること）には、取材源秘匿権について情報源の利益を重視する性向（という背理）も垣間見える。

このような取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否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、公共の利益のため、ジャーナリストが情報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¹⁵⁾などである¹⁶⁾。このような場合、情報源の利益を重視するならば、情報源の身許を秘匿する約束を破棄できないこととなろうが、それでは、取材源秘匿権の保障根拠とされる公共の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¹⁷⁾。また、反対に、情報源がその身許の秘匿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¹⁸⁾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。

このような視点から、本稿では、取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否の法的構成の問題について考察するに際して、はじめに、日本法の現状を確認するため、日本法における取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否に関する主な判例について、参照する。つぎに、日本法における取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否についての代表的であると考えられる学説を参照する。さらに、既述のように、取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否に関する日本の法状況との比較の素材として、これらに関して異なる捉え方をしているアメリカ法について、参照する。そして、最後に、以上の参照に基づいて、取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否の法的構成の問題について、考察を加えることとする。

1. 判例

A. 「証言拒絶」（証言拒否）

既述のように、取材源秘匿（証言拒否）に関わるものとされている日本の判例としては、刑事訴訟である石井記者事件判決、そして民事訴訟において判例上取材源秘匿（証言拒否）の適用が初めて認められた、島田記者事件決定および最高裁のNHK記者事件決定をあげられることが多い¹⁹⁾。ここでは、取材源秘匿（証言拒否）に関する事件とされているこれらの判例を考察の素材として参照することにより、判例の取材物件提出拒否事件と比較をするうえでの前提として参照する。

はじめに、刑事訴訟法上の証言拒否権について、確認する。刑事訴訟法 143 条は、「裁判所はこの法律に特別の定ある場合を除いては何人でも証人としてこれを尋問することができる」と規定し、証言義務を課している。ただし、例外として、医師・歯科医師・助産師・看護師・弁護士（外国法事務弁護士を含む）・弁理士・公証人・宗教の職に在る者またはこれらの職に在った者（149 条）は、一定の場合、証言を拒むことができる²⁰⁾。したがって、本稿が考察の対象とするジャーナリストの取材源秘匿権（証言拒否権）は、刑事

訴訟法上規定されていない。さらに、証言拒否権を規定している同法 149 条は、判例²¹⁾および通説²²⁾上、限定列举規定として解されていることから、ジャーナリストの証言拒否権は、実務上、刑事訴訟法において認められていない²³⁾。これらの判例および通説を前提とするのであるならば、ジャーナリストが情報源の身許に関わる証言を拒否するためには、刑事訴訟法ではなく、憲法に拠らざるをえないこととなる。したがって、ジャーナリストの証言拒否権を刑事訴訟上援用する場合、憲法論を援用することとなった事件が、石井記者事件判決²⁴⁾である。

石井記者事件は、司法警察員が収賄等被疑事件の逮捕状を得て逮捕したところ、翌日新聞に該逮捕状請求の事実と逮捕状記載の被疑事実が掲載され、逮捕状の記載と酷似していたことなどから、捜査情報の漏洩が疑われ、ジャーナリストが情報源の身許などに関する証言を拒否した事件である。

本件において、最高裁は、「憲法の右規定〔21 条〕の保障は、公の福祉に反しない限り、いいたいことはいわせなければならないということである。未だいいたいことの内容も定まらず、これからその内容を作り出すための取材に関しその取材源について、公の福祉のため最も重大な司法権の公正な発動につき必要欠くべからざる証言の義務をも犠牲にして、証言拒絶の権利までも保障したものとは到底解することができない。」として、取材の自由を否定した（以下、〔 〕内は、引用者による。）²⁵⁾。

一方、民事訴訟法では、民事訴訟法 197 条の解釈論として、ジャーナリストの証言拒否権が問題となる。民事訴訟法 190 条は、「裁判所は、特別の定めがある場合を除き、何人でも証人として尋問することができる。」と規定している。しかし、197 条は、「第百九十一条第一項の場合」(1 号)、「医師、歯科医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、弁護士（外国法事務弁護士を含む。）、弁理士、弁護士、公証人、宗教、祈祷若しくは祭祀の職にある者又はこれらの職にあった者」(2 号)、「技術又は職業の秘密に関する事項」(3 号)について、証言拒否権を規定する²⁶⁾。したがって、以下、既述の民事訴訟法 197 条 1 項 3 号（旧法 281 条 1 項 3 号）「職業の秘密に関する事項」（「職業ノ秘密」）の解釈が争点となった島田記者事件決定と NHK 記者事件決定について、参照する。

島田記者事件では、新聞記事に対する名誉毀損訴訟において、免責事由となる真実相当性の証明に関する情報源について、旧民事訴訟法 281 条 1 項 3 号「職業ノ秘密」（現行民事訴訟法 197 条 1 項 3 号「職業の秘密」）を理由とした証言の拒否の如何が争点となった。

札幌高裁²⁷⁾は、「新聞記者の側と情報を提供する側との間において、取材源を絶対に公表しないという信頼関係があって、はじめて正確な情報が提供されるものであり、従って取材源の秘匿は正確な報道の必要条件であるというべきところ、自由な言論が維持されるべき新聞において、もし記者が取材源を公表しなければならないとすると、情報提供者を信頼させ安んじて正確な情報を提供させることが不可能ないし著るしく困難になることは当然推測されるところであるから、新聞記者の取材源は右『職業ノ秘密』に該ると解するのが相当である。」とした。刑事事件であった先の石井記者事件判決とは異なり、本件は民事事件であったが、「職業ノ秘密」について、ジャーナリストの証言拒否権の援用が認められたのであった²⁸⁾。

そして、ジャーナリストの証言拒否権の適用の要件として、本決定は、「右〔『取材源の秘匿』〕制約の程度は、公正な裁判の実現という利益と取材源秘匿により得られる利益との比較衡量において決せられるべきであり、……取材源に関する証言の拒絶という点からは、取材源を明らかにすることが将来の取材の自由に及ぼす影響の程度、更に右に関連する報道の自由との相関関係等が考慮されるべきであり、これらをそれぞれ慎重に比較衡量して、取材源に関する証言拒絶の可否を判断すべきである。」とした。したがって、民事訴訟法上、ジャーナリストの証言拒否権を認めたのであった。

つぎに、NHK 記者事件は、日本放送協会（以下、NHK という。）はアメリカ合衆国企業の日本法人および関連会社が日米の国税当局から追徴課税を受けた旨を報道したため、同社が株価下落などの損害を被ったとする損害賠償請求事件である。同社が、開示（ディスクバリー）の手段として、ジャーナリストの証人尋問を求めたが、NHK 記者が情報源の身許の特定に関する証言を拒否したため、許可抗告した事案である。

最高裁²⁹⁾は、「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。」とした。「そして、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言を必要とする程度、代替証拠の有無等の諸事情を比較衡量して決すべきことになる。」とした。したがって、「これを本件についてみるに、本件NHK報道は、公共の利害に関する報道であることは明らかであり、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うかがわれず、一方、……公正な裁判を実現するために当該取材源に係る証言を得ることが必要不可欠であるといった事情も認めることはできない。」として、最高裁判所は初めて取材源の秘匿を認めた。

B. 取材物件提出拒否

つぎに、取材物件提出拒否に関する判例として、博多駅事件決定を参照する³⁰⁾。

博多駅事件は、アメリカの原子力空母佐世保寄港阻止闘争に際し、博多駅における学生らと機動隊の衝突に関する特別公務員暴行陵虐罪および公務員職務濫用罪による告発後、不起訴処分に対する付審判請求事件において、かかる状況を撮影した各放送局に対する裁判所によるフィルムの提出命令に対し、特別抗告がなされた事件である³¹⁾。

最高裁は、「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の『知る権利』に奉仕するものである。したがって、思想の表明の自由とならんで、事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法二一条の保障のもとにあることはいふまでもない。また、このような報道機関の報道が正しい内容をもつためには、報道の自由とともに、報道のための取材の自由も、憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値するものといわなければならない。……本件では、まさに、

公正な刑事裁判の実現のために、取材の自由に対する制約が許されるかどうかが問題となるのであるが、……一面において、審判の対象とされている犯罪の性質、態様、軽重および取材したものの証拠としての価値、ひいては、公正な刑事裁判を実現するにあたっての必要性の有無を考慮するとともに、他面において取材したものを証拠として提出させられることによって報道機関の取材の自由が妨げられる程度およびこれが報道の自由に及ぼす影響の度合その他諸般の事情を比較衡量して決せられるべきであり、これを刑事裁判の証拠として使用することがやむを得ないと認められる場合においても、それによって受ける報道機関の不利益が必要な限度をこえないように配慮されなければならない。

以上の見地に立って本件についてみるに、……本件フィルムが証拠上きわめて重要な価値を有し、被疑者らの罪責の有無を判定するうえに、ほとんど必須のものと認められる状況にある。他方、本件フィルムは、すでに放映されたものを含む放映のために準備されたものであり、それが証拠として使用されることによって報道機関が蒙る不利益は、報道の自由そのものではなく、将来の取材の自由が妨げられるおそれがあるということとどまるものと解されるのであって、……以上の諸点その他各般の事情をあわせ考慮するときは、本件フィルムを付審判請求事件の証拠として使用するために本件提出命令を発したことは、まことにやむを得ないものがある」として、本件抗告を棄却した³²⁾。

2. 学説

以上のように、判例は、取材源秘匿権について、事案上、取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否に区別されることとなる。そして、学説は、この取材源秘匿権について、以下参照するように、判例の事案に準じて、取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否という、強制方法により区別する見解（見解）と、判例の事案に依拠することなく、情報源の身許の秘匿と取材物件提出拒否という、強制対象により区別する見解に、別けることが許されよう³³⁾。

A. 強制方法により区別する見解

取材源秘匿権について、判例の事案に依拠して、強制方法により区別する見解①は、「取材源秘匿の自由」(証言拒否)と「情報提供の拒絶権」(取材物件提出拒否)に区別している。「取材源秘匿の自由」(証言拒否)については、石井記者事件、島田記者事件、およびアメリカ合衆国最高裁判所の *Branzburg* 事件という、ジャーナリストの証言拒否事件をとりあげており³⁴⁾、「取材源秘匿の自由」を証言拒否という強制方法の文脈において捉えていることが窺える。そして、ジャーナリストに対する証言強制について、*Branzburg* 事件判決の *Stewart* 裁判官反対意見³⁵⁾を参照して、「国は、①被疑事件に明らかに適切な情報を記者が保有していると信じるに足る相当の理由 (probable cause) があることを証明し、かつ、②右情報は表現の自由に対してより制限的でない他の手段によって獲得できないこと、および、③やむにやまれぬ必要不可欠 (compelling) な、他のいかなる利益にも優る利益が右情報に存すること、を明示しなければならない」という比較的厳格な基準を必要としている³⁶⁾。

他方、「情報提供の拒絶権」(取材物件提出拒否)については、証言拒否と「併せて論じられる」としている。そして、博多駅事件決定における「犯罪の性質、態様、軽重および取材したものの証拠としての価値、ひいては、公正な刑事裁判を実現するにあたっての必要性の有無」と「取材したものを証拠として提出させることによって報道機関の取材の自由が妨げられる程度およびこれが報道の自由に及ぼす影響の度合その他諸般の事情」という比較衡量基準について、具体的な衡量であるとして、基本的には評価している³⁷⁾。

また、取材源秘匿権について、判例の事案に依拠して、強制方法により区別する見解②は、「取材源秘匿」(証言拒否)と「取材物の提出〔拒否〕」(取材物件提出拒否)に区別している。「取材源秘匿」(証言拒否)については、「記者が問題の情報を誰からもらったかということを、他者にはもらさないこと」と定義している³⁸⁾。そして、「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っている³⁹⁾。他方、「取材物の提出〔拒否〕」(取材物件提出拒否)については、「取材源秘匿をめぐる問題とほとんど同根の問題」であるとしてい

る⁴⁰⁾。

さらに、取材源秘匿権について、判例の事案に依拠して、強制方法により区別する見解③は、「取材源の秘匿と証言拒絶」(証言拒否)と「取材資料の保護」(取材物件提出拒否)に区別している。「取材源の秘匿と証言拒絶」(証言拒否)については、「裁判所でジャーナリストが取材源について証言を求められた際、それを拒絶できるかという文脈で論じられてきた。⁴¹⁾」とする。そして、「情報流通の多様性という公益を再生産するという点で公共的使用の理念に合致する限りで、取材源の秘匿はかかる公益の観点から特別に保護される」ことを前提として、「取材源の秘匿を主張する側にとっては、取材源が強制的に開示されてしまえば本人の将来的取材活動にとっては直ちに大きなダメージになり得るが、司法にとっては取材源が秘匿されたとしても直ちに公正な裁判が実現不能になるわけではないこと、から比較衡量の視点は取材源秘匿に傾くべきであろう。」とする。したがって、「公正な裁判を実現するために取材源の開示が『ほとんど必須のものである』⁴²⁾」如何を厳しく問う。

他方、「取材資料の保護」(取材物件提出拒否)については、「取材活動によって得られた資料の利用を含めた取材活動全般の自律を保護する必要があるのは言うまでもない。」としている⁴³⁾。そして、「取材資料の利用が刑事裁判・捜査にとって『ほとんど必須のもの』」であることと、「取材資料が刑事裁判や捜査の証拠としてむやみに利用されることによって失われる利益は、資料を利用すること自体の利益(編集、放映、など)の喪失の他、取材協力が得にくくなり取材活動が滞ることの不利益⁴⁴⁾」を衡量しなければならないとしている。

B. 強制対象により区別する見解

一方、取材源秘匿権について、強制対象により区別する代表的な見解④は、取材源秘匿権を「狭義の取材源秘匿権」(秘匿の情報源の身許情報の秘匿)と「広義の取材源秘匿権」(秘匿の情報源の身許以外の情報の秘匿)に区別する。そして、「狭義の取材源秘匿権」については、「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」であると定義している。他方、「広義の取材源秘匿権」につ

いては、「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⁴⁵⁾」であると定義している。

また、取材源秘匿権について、強制対象により区別する見解^⑤は、「取材源の開示の強制」（強制対象は、秘匿の情報源の身許情報。）と「文書提出命令および証言強制」（強制対象は、情報源の身許以外の情報。）に区別している。「取材源の開示の強制」については、「マス・メディアの記者を……裁判の証人として喚問し、その記者が報道した記事の情報源を証言するよう強制すること」と定義している⁴⁶⁾。そして、「取材源を開示しなければ……重大な誤判の可能性がある、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。⁴⁷⁾」とする。

他方、「文書提出命令および証言強制」については、「取材源の開示の場合と同様、……マス・メディアによる報道を裁判の証拠として用いたり、記者を証人として召喚し取材について質問したりする場合である。」と定義している⁴⁸⁾。そして、「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。⁴⁹⁾」としている。

3. アメリカ法の状況

既述のように、アメリカでは、ジャーナリストの特権（取材源秘匿権）について、日本の支配的な見解とは異なり、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はいない⁵⁰⁾。したがって、取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否を区別することについて、詳述している文献などは散見されないけれども、以下、参照することとする。

たとえば、立法においては、New Mexico 州の shield 法が、「[n]ews media-confidential source or information privilege」「報道機関のコンフィデンシャルな情報源あるいは物件に対する特権」について、「a confidential source ...

and ... any confidential information”「コンフィデンシャル情報源……および……いかなるコンフィデンシャル物件」⁵¹⁾として、情報源と物件（情報）を併記している。また、Rhode Island 州の shield 法は、“[n]ondisclosure of confidential information”「コンフィデンシャル物件の不開示」について、“confidential association, ... any confidential information, or ... the source of any confidential information”⁵²⁾「コンフィデンシャル関係、……いかなるコンフィデンシャル物件、あるいは、……いかなるコンフィデンシャル物件の情報源」⁵³⁾として、コンフィデンシャルな関係、物件（情報）、あるいは情報源を併記している。そして、その他の州の shield 法には、ジャーナリストの特権の保障対象について、“the source of information”などとして規定するものもあるが、“source”「情報源」にとどまらず、“information”「物件（情報）」がジャーナリストの特権の保障対象に包摂されるものとして、解されている、という⁵³⁾。

判例でも、取材物件に対する提出命令をジャーナリストが拒否した事件に関する下級審判決において、秘匿の情報源の身許に関する証言をジャーナリストが拒否した事件についても審理した、合衆国最高裁判所 *Branzburg* 判決⁵⁴⁾が引用されてきている⁵⁵⁾。また、下級審判決では、「ジャーナリスト (reporter) の情報源となる物件の提出強制も、秘匿の情報源の開示強制と同じく、不快であることに変わりはない。⁵⁶⁾」として、言及されている。同判決は、コンフィデンシャルティの存否に関わらず、ジャーナリストの特権の援用を肯認した判決であるが、それと同時に、取材物件の提出強制（命令）と情報源の開示（証言）強制について、ジャーナリストに対して同じ損失を与えるものとして、捉えている⁵⁷⁾。

4. 考察

A. 判例

既述のように、NHK 記者事件決定は、取材源秘匿（証言拒否）を争点とする。しかしながら、学説上、取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否は「ほとんど同根の問題⁵⁸⁾」としてもみなされており、また同決定は取材物件提出拒否事件の先例である博多駅事件決定を取材の自由に関して引用しており、さらに比較衡量において類似の基準を採用することから、取材源秘

匿（証言拒否）事件と取材物件提出拒否事件の位相が問題となりうる。

既述のように、取材源秘匿（証言拒否）が争点となった NHK 記者事件決定（民事訴訟）は、取材物件提出拒否事件である博多駅事件決定（刑事訴訟）を引用していた。ただし、博多駅事件決定と同じく刑事訴訟であるが取材物件の差押えの取消しを争点とする TBS 事件決定においても、博多駅事件決定が引用されていることから、NHK 記者事件決定と TBS 記者事件決定と博多駅事件決定の異同を確認する必要がある。

NHK 記者事件決定では、同決定自ら民事訴訟法 197 条 1 項 3 号（ひいては憲法 21 条）に基づいて比較衡量の基準を定立したうえで、その比較衡量における一方の利益である取材の自由の考慮において、「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」として、博多駅事件決定を引用しているにとどまっている。

一方、TBS 事件決定では、博多駅事件決定を比較衡量の基準の定立において引用している。すなわち、「取材の自由も、……憲法上の要請のある場合には、ある程度の制約を受けることがあることは、いずれも博多駅事件決定……の判示するところである……その趣旨からすると」として、比較衡量基準を定立している。

このように、NHK 記者事件決定と TBS 事件決定双方が博多駅事件決定を異なる態様において引用していることは、刑事訴訟と民事訴訟との差異として理解すべきものであろうか、それとも取材源秘匿（証言拒否）と取材物件差押え取消し（提出拒否）との文脈上の差異として理解すべきものであろうか。

思うに、TBS 事件決定において、取材源秘匿（証言拒否）が比較衡量基準の「諸般の事情」に包摂して考慮されていることからするならば、取材源秘匿（証言拒否）が取材物件差押え取消し（提出拒否）の比較衡量基準に組み込まれていることから、民事訴訟と刑事訴訟の差異として理解することが穏当であろう⁵⁹⁾。したがって、先例拘束性を有するとされている博多駅事件決定において、取材源秘匿（証言拒否）と取材物件差押え取消し（提出拒否）は、基本的には、同じ枠組みにより法的に構成されているといえよう。そして、このことに対する学説からの批判は散見されないことから、学説も、こ

の判例の法的構成に自動的に同調している⁶⁰⁾とみてもよいだろう⁶¹⁾。

ただし、判例は、取材源秘匿権に関する比較衡量基準において、情報源の身許情報の秘匿の事案（NHK 記者事件決定）と情報源の身許以外の情報の秘匿の事案（博多駅事件決定・TBS 記者事件決定）について、異なる考慮をなしているともいえる。すなわち、情報源の身許情報の事案に関する比較衡量基準においては、「代替証拠の有無」という比較的に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物件が「〔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物件に対して提出を強制する（差押える）ことが許されないことから、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、比較的に厳格な要件であるともいえる。このような判例の姿勢は、情報源の身許以外の情報の保護よりも、秘匿の情報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る⁶²⁾。

B. 学説

前掲のように、見解①は、「証言拒否」の法的根拠について、「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。」としており、「証言拒否」を情報源の身許の秘匿という文脈に依拠して捉えていた。そして、「証言拒否」の適用については、*Branzburg* 事件判決 *Stewart* 裁判官反対意見という、比較的に厳格な比較衡量基準を採っている。他方、取材物件提出拒否（博多駅事件）については、証言拒否と「併せて論じられる」としつつ、明確な定義が行われておらず、取材物件提出拒否の適用については、博多駅事件決定の比較衡量基準という、「証言拒否」よりも緩やかな基準を採っている⁶³⁾。

前掲のように、見解②は、証言拒否について、「取材源秘匿」として捉えていることから、取材源秘匿（証言拒否）について、証言拒否に対する証言強制という強制手段に依拠して分類しているものといえよう。そして、証言拒否の適用については、取材源の秘匿を「原則」としており、比較的厳格な基準を採っている。他方、取材物件提出拒否については、積極的な定義はなされていないが、その適用については、証言拒否と「ほとんど同根の問題」とされていることから、証言拒否と同じく、取材物件提出拒否に対する「尊重」を「原則」としているものと推察される⁶⁴⁾。

前掲のように、見解③は、取材源秘匿（証言拒否）について、「取材源を明かさないこと」としており、強制方法に依拠した分類をなしている。そして、証言拒否の適用については、比較衡量基準を採りつつ、取材源秘匿に重心を傾けている。他方、取材物件提出拒否については、「取材活動によって得られた資料の利用を含めた取材活動全般の自律」としており、やはり強制方法に依拠した分類がなされている。そして、取材物件提出拒否の適用については、比較衡量基準を採りつつ、証言拒否よりも緩やかな比較衡量基準を採っている⁶⁵⁾。

一方、前掲のように、見解④は、取材源秘匿権について、「取材源を秘匿する権利」という「狭義の取材源秘匿権」と、ジャーナリストと情報源との内々の信頼「関係を通じて得られた情報……を公権力に渡さない権利」という広義の取材源秘匿権に分類している。したがって、この見解は、必ずしも強制方法に依拠して分類してはいないといえよう⁶⁶⁾。それは、強制対象となる情報が情報源の身許に関わる情報か、それ以外の情報か、により分類がなされているためである⁶⁷⁾。

また、前掲の見解⑤も、取材源秘匿権について、「取材源の開示の強制」として、情報源の開示強制的形態を必ずしも証言強制に限定しておらず、強制の対象となる「取材源」に注目している。そして、「取材源の開示の強制」に対する拒否については、「重大な誤判の可能性がある、取材源の開示を求める以外に方法が存在しない」場合にのみ認めるという、非常に厳格な基準を採っている。他方、「文書提出命令および証言強制」については、「報道を裁判の証拠として用いたり、記者を証人として召喚し取材について質問した

りする場合」としており、ここにおいても強制方法に依拠しない、強制対象に依拠する分類が確認できる。そして、「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」よりも緩やかな比較衡量基準を採っている⁶⁸⁾。

以上のように、取材源秘匿権について、判例の事案に準じて、強制方法により区別する見解（明示的には、見解①・②。）では、取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否には、概して、取材源秘匿（証言拒否）に対して比較的厳格な比較衡量基準を採る一方、取材物件提出拒否に対してより緩やかな比較衡量基準を採る、という比較衡量基準における厳緩がみられた。これは、取材源秘匿権における強制対象が情報源の身許情報とそれ以外の情報との差異に起因するものと考えられる。すなわち、取材源秘匿権について、強制手段により区別する見解では、取材源秘匿権において、情報源の身許情報の保護という利益を重視しており、情報源の身許以外の情報の保護については情報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）が情報源の身許情報のみを対象としており、取材物件提出拒否が情報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、証言拒否においても情報源以外の情報の保護が問題となり得るのであり、また取材物件提出拒否においても情報源の身許情報の保護が問題となり得るためである。そして、このことは、取材源秘匿権について公共の利益の保護を主眼としつつ、比較衡量基準において情報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、証言強制により情報源の身許以外の情報の開示を強制する場合、また取材物件提出命令によって情報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見解（④・⑤）では、少なくとも、情報源の身許の秘匿というコンフィデンシャリティに基づいた定義がなされていた。強制対象により区別する見解については、取材源秘匿権、すなわち取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否の定義につい

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いえるだろう。それは、強制対象により区別するこれらの見解が、判例の事案⁶⁹⁾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リティ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に基づいて、「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、異なる基準を導く見解^⑤は、取材源秘匿権の法理との関係からみれば、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、強制対象となる情報源に焦点をあてた、取材源秘匿権の定義であるといえよう。すなわち、この見解は、「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用。このような表現内容規制・表現内容中立的規制二分論⁷⁰⁾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によるそのまま妥当する如何の問題⁷¹⁾は措くとしても、「文書提出命令および証言強制」よりも比較的に厳格な基準を採用していることには、結果的には情報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見解（および判例）とは通底しよう。そして、強制対象により区別する見解が情報の受領者である、ジャーナリストという取材源秘匿権の権利行使者の利益に着目する点については、近時、人権論、とりわけ表現の自由論、さらにはプレス制度についての客観法的理解が有力に主張されるようになってきている今日において、示唆に富む見解であるといえよう。

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）と取材物件提出拒否との区別において、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、学説においては、その一部（見解④⑤）を除いて、取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否を「ほとんど同根の問題⁷²⁾」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ないとはいえないだろう。さらに、強制方法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、情報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、公共の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）と取材物件提出拒否と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⁷³⁾。

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）と取材物件提出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）と取材物件提出拒否について、必ずしも十分に精緻な定義がなされていない見解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⁷⁴⁾、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・取材物件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。

取材物件提出命令により、秘匿の情報源の身許を開示強制する可能性も否定できない以上、取材源秘匿（証言拒否）について、取材物件提出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）と取材物件提出拒否について、同じ厳格度の比較衡量基準を採るほうが矛盾をきた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）と取材物件提出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）と取材物件提出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。

むすび

本稿では、いわゆる取材源秘匿権における、取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否との位相について、考察してきた。

そこでは、取材源秘匿権について、日本において支配的な見解である、取材源秘匿（証言拒否）と取材物件提出拒否という強制方法により区別して捉える見解の根拠は、判例の事案という文脈に沿うということの他には積極的には見出し難いように思われた。また、強制方法により区別する見解が、比較衡量基準において、取材物件提出拒否よりも、取材源秘匿（証言拒否）について厳格度の高い基準により保障するという差違は、取材源秘匿権の保障根拠と必ずしも連関していないように思われた。

他方、取材源秘匿権について、秘匿の情報源の身許情報とそれ以外の情報という強制対象により区別する有力な見解は、強制対象となる、情報源の身許情報とそれ以外の情報という、コンフィデンシャリティないしは情報源の利益という取材源秘匿権の保障根拠に連関することから、比較衡量基準の厳緩とも連動する有機的な根拠をもつものと考えられる。

したがって、取材源秘匿権について強制方法により区別する、日本において支配的な見解については、取材源秘匿（証言拒否）事件と取材物件提出拒否事件に関わる判例法理の体系的分析をとおした、体系的および整合的な、取材源秘匿権の法理の（再）構築が要請されるのではないだろうか。そして、このことは、取材源秘匿権における、取材源秘匿（証言拒否）事件と取材物件提出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⁷⁵⁾、ジャーナリスト自らが収集した情報の保護⁷⁶⁾、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⁷⁷⁾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⁷⁸⁾。

また、取材源秘匿権について、このように理解することは、既述のように、日本の支配的な学説においても参照ないしは考慮されているアメリカ法におけるジャーナリストの特権の理解とも整合することとなるだろう。したが

って、たとえ、そのような理解が、日本法とアメリカ法の架橋という意味において、フィクションにとどまるかもしれないとしても、日本法において、取材源秘匿権の法理を構築してゆくうえで、有効な手法となりうるものとして考えられる。

本稿において考察してきたことは、取材源秘匿権の援用の如何について、取材源秘匿権の適用の如何について、および取材源秘匿権の法理について、直接解明するには至るものではない。しかしながら、少なくとも、これまで、あまり認識されてこなかった問題を認識することにおいて、一定の意義を看取することが期待できるものとする。そして、取材源秘匿権に関わる事案に対して、帰納法的分析を加えてゆき、取材源秘匿権の法理を模索してゆくことが、本稿に残された課題であるといえよう。

本稿は、JSPS 科研費 24530122 の研究助成による、成果の一部である。

¹⁾ 本稿では、後述するように、いわゆる取材源秘匿権が情報源を秘匿することを保護するだけでなく、情報源の秘匿に関わらないジャーナリストの保護をも包摂するという立場にある。したがって、本稿では、便宜上、「いわゆる取材源秘匿権」という術語を用いることとする。

²⁾ 本稿において、少なくとも、日本法において通常用いられる「取材源」という術語を固有名詞および引用箇所において用いる場合を除いては、「情報源」という術語を用いることとする。それは、取材源秘匿権の問題は、ジャーナリスト自らが収集した情報の法的保護（秘匿権）が法的問題になる場合もあることから、その場合、ジャーナリストが取材する対象者を指すものと考えられる「情報源」という術語、また少なくともジャーナリスト以外の他者を指すと考えられる「取材源」という術語よりも、ジャーナリストを包含する者としての「情報源」という術語のほうが、語弊がないと考えるためである。

³⁾ 本稿において、「取材源秘匿（証言拒否）」として、「取材源秘匿」と「証言拒否」を併記しているのは、後述するように、日本において、「取材源（の）秘匿」がジャーナリストによる証言の拒否（拒絶）により専ら行われるものとして通常捉えられていると考えられることに着目するためである。本稿の立場では、後述するように、取材源秘匿がジャーナリストによる証言の拒否という行為形態をとるものとは限られることなく、ジャーナリストの占有する物件の提出を拒否するという行為形態によっても、取材源が秘匿される場合もありうるものとして捉えている。

取材源秘匿権は、通常、取材の自由そして表現（報道）の自由に包含されるものとして解されているが、表現の自由以外の問題として捉える見解としては、以下参照。良心の自由の問題として捉えていた見解。浦部法穂『全訂 憲法学教室』日本評論社、2000年、128頁。なお、浦部法穂『憲法学教室 全訂第2版』日本評論社、2006年では、良心の自由については言及されていない。国民の知る権利の問題として捉える見解。桜井昭平『「情報権」―その性質と憲法保障の構造』法学論集（宮崎産業経営大学）、1999年、65-66頁。

⁹⁾ 最大判昭和27年〔1952年〕8月6日刑集6巻8号974頁。

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。

¹⁰⁾ 札幌高決昭和54年〔1974年〕8月31日下民集30巻5-8号403頁。本件特別抗告を却下した決定。最三小決昭和55年〔1975年〕3月6日判時956号32頁。

¹¹⁾ 最三小決平成18年〔2006年〕10月3日民集60巻8号2647頁。

¹²⁾ 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。

¹³⁾ 本稿において、「取材物件提出拒否」とは、取材に関わる、いわゆる文書提出命令（刑事訴訟法99条3項・民事訴訟法223条1項）を拒否することをいう。

¹⁴⁾ なお、取材物件提出拒否に関連して取り上げられる、取材物件に対する捜査機関による差押えについては、取材物件提出拒否とは異なる考慮がはたらくものと考えられるため、便宜上、本稿の射程外とする。

¹⁵⁾ 最大決昭和44年〔1969年〕11月26日刑集23巻11号1490頁。

¹⁶⁾ 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頁。渋谷秀樹『憲法 第2版』有斐閣、2013年、361-363頁。ただし、後掲するように、このような取材源秘匿と取材物件提出拒否について、「狭義の取材源秘匿権」と「広義の取材源秘匿権」として、それぞれ定義する見解もある。佐藤幸治『日本国憲法論』成文堂、2011年、278頁。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。

¹⁷⁾ 日本法における取材源秘匿権は、アメリカにおいて、“journalist’s privilege”あるいは“reporter’s privilege”として称されている。

¹⁸⁾ 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).

¹⁹⁾ アメリカにおいて、journalist（あるいはreporter）として表記される者について、日本においては「記者」などとして通常表記されるが、本稿においては、「ジャーナリスト」として表記することとする。それは、アメリカにおいて、取材源秘匿権の享有主体としてjournalistが定義づけられていることから（判例および学説上、その範囲については争いがある）、便宜上、日本における取材源秘匿権の享有主体としての「ジャーナリスト」から「記

者」を区別すること、また取材源秘匿権の享有主体とされる「ジャーナリスト」の属性はメディア特性の如何に依存しないという立場から「記者」という術語が新聞および雑誌などの伝統的メディアにおいて取材および編集などに携わる者を指し示す傾向にあること、による。

¹⁵⁾ Cohen v. Cowles Media Co., 501 U.S. 663 (1991).

¹⁶⁾ 反対に、島田記者事件のように、名誉毀損訴訟における、真実性に関する相当性の証明において、ジャーナリストが情報源の身許を秘匿する場合もある。

¹⁷⁾ このような理解は、ジャーナリストを行為主体とする「取材源秘匿権」ではなく、情報源という保護主体を強調する、「取材源（情報源）保護権」といえるのかもしれない。

¹⁸⁾ 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).

¹⁹⁾ 当然、石井記者事件と、島田記者事件およびNHK記者事件には、刑事事件と民事事件という事案の文脈上の差異が横たわる。ただし、本稿では、かかる文脈上の差異に関わらない範囲内において、証言拒否と取材物件提出命令拒否を比較してゆく。なお、取材源秘匿権における刑事事件と民事事件の差異については、本稿に残された課題である。

²⁰⁾ 刑事訴訟法上、証言義務の例外として、そのほかに、公務員（であった者）（同法144条1項）、衆参両議院議員（の職に在った者）（145条1項1号）、内閣総理大臣その他の国務大臣（の職に在った者）（同項2号）、刑事訴追あるいは有罪判決を受ける虞のある者（146条）、同者の配偶者・三親等内の血族もしくは二親等内の姻族又は同者とこれらの親族関係があつた者（147条1号）、同者の後見人・後見監督人または保佐人（同条2号）、同者を後見人・後見監督人または保佐人とする者（3号）、が規定されている。

これらについては、民事訴訟法上の証言義務の例外との間に必ずしも整合性があるとはいえないことから、後述の限定列举説の妥当性とも関連しよう。

²¹⁾ 最大判昭和27年〔1952年〕8月6日刑集6巻8号974頁。

²²⁾ たとえば、平場安治＝高田卓爾＝中武靖夫＝鈴木茂嗣『注釈刑事訴訟法上巻〔全訂新版〕』青林書院新社、1987年、451頁（鈴木茂嗣執筆）。

²³⁾ 本稿では、取材源秘匿権を刑事訴訟法上の問題ではなく、憲法上の問題として捉えることから、刑事訴訟法学上の解釈論には踏み入らない。なお、ジャーナリストの証言拒否権を認めない刑事訴訟法学の通説の解釈は、ジャーナリストの証言拒否権を憲法解釈の領域まで遡及して禁ずるものではないことから、すなわち憲法上のジャーナリストの証言拒否権を否定するものではないことから、たとえ支配的な憲法解釈に適わない解釈とまではいいえたととしても、違憲であるとはいいえないであろう。

²⁴⁾ 最大判昭和27年〔1952年〕8月6日刑集6巻8号974頁。

²⁵⁾ 本判決については、取材の自由を一蹴しているが、取材源秘匿権を否定するものでは必ずしもないだろう。それは、本判決が証言拒絶権一般について、「証言義務に対する例外規定〔刑訴法144条乃至149条および犯罪者予防更正法59条〕のうち、刑訴一四六条は憲法三八条一項の規定による憲法上の保障を実現するために規定された例外であるが、その他の規定はすべて証言拒絶の例外を認めることが立法政策的考慮から妥当であると認められた場合の例外である。」との前提に立って、情報源に関するジャーナリストの証言拒絶権について、「新聞記者に取材源につき証言拒絶権を認めるか否かは立法政策上考慮の余地のあ

る問題であり、」とする一方、「国民中の或種特定の人につき、その特種の使命、地位等を考慮して特別の保障権利を与うべきか否かは立法に任せられたところであって、憲法二一条の問題ではない。」として、証言拒否ひいては取材源秘匿を憲法上の人権ではないが、立法政策上の問題としているためである。その真意は、「憲法の保障は国会の制定する法律を以ても容易にこれを制限することができず、国会の立法権にまで非常な制限を加えるものであつて、論旨の如く次ぎから次ぎへと際限なく引き延ばし拡張して解釈すべきものではない。」との一文に如実に表れているといえよう。したがって、本判決は、ジャーナリストによる取材源秘匿権自体を完全に否定するものではないといえる（医師などの証言拒否と同様に、ジャーナリストに対して、職業上の要請から証言拒否を立法政策上認める余地を否定してはいないといえよう）。

²⁶⁾ 公務員または公務員であった者の「職務上の秘密」に関する尋問は、公共の利益を害し、または公務遂行に著しい支障をきたす虞のある場合を除き、行政機関の承認を要する（191条）。また、同法 196 条は、「配偶者、四親等内の血族若しくは三親等内の姻族の關係にあり、又はあつた」者（1号）、および「後見人と被後見人の關係にある」者（2号）の証言拒否（名譽毀損の場合を含む）を規定する。ただし、「証言拒絶の理由は、疎明しなければならない。」（198条）。

²⁷⁾ 札幌高決昭和 54 年〔1974 年〕8 月 31 日。なお、本決定は、「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ふべきであつて、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ふべき」としている。

²⁸⁾ このような、刑事事件と民事事件との差異については、刑事訴訟法と民事訴訟法の規定上の差異にとどまらず、両訴訟（法）自体の法的性質に起因するところが大きいものとも考えられる。この問題については、本稿に残された課題である。

²⁹⁾ 最一小決平成 18 年〔2006 年〕10 月 3 日民集 60 卷 8 号 2647 頁。

³⁰⁾ なお、取材物件提出拒否の事案ではないが、博多駅事件決定と類似する事案として、捜査機関によるテレビ局のビデオテープの差押えが認められた、日本テレビ事件決定（最一小決平成元年〔1991 年〕1 月 30 日刑集 43 卷 1 号 19 頁）および TBS 事件決定（最一小決平成 2 年〔1990 年〕7 月 9 日刑集 44 卷 5 号 421 頁）をあげることができる。

日本テレビ事件決定において、最高裁は、博多駅事件決定の比較衡量基準を採用のうえ、「本件ビデオテープがすべて原本のいわゆるマザーテープであるとしても、申立人は、差押当時ににおいては放映のための編集を了し、差押当日までにこれを放映しているのであつて、本件差押処分により申立人の受ける不利益は、本件ビデオテープの放映が不可能となり報道の機会が奪われるという不利益ではなく、将来の取材の自由が妨げられるおそれがあるという不利益にとどまる。」としている（なお、島谷六郎裁判官の反対意見は、「本件ビデオテープには未放映部分が含まれているが、右部分は、記者の取材メモに近い性格を帯びており、その押収が前記弊害をいつそう増幅する傾向を有することにも十分留意する必要がある。」としている。）。

また、TBS 事件においては、博多駅事件決定および日本テレビ事件決定を踏襲したうえ

で、「申立人において差押当時既に放映を済ませていたので……申立人の受ける不利益は、本件ビデオテープの放映が不可能となって報道の機会が奪われるというものではなかった……取材協力者は、本件ビデオテープが放映されることを了承していたのであるから、報道機関たる申立人は右取材協力者のためその身元を秘匿するなど擁護しなければならない利益は、ほとんど存在しない」としている。

両決定は、捜査機関によるテレビ局のビデオテープの差押えの事案であり、取材物件提出拒否の事案とは取材の自由に対する制約の形態を異にするが、日本テレビ事件決定については、「放映が不可能……という不利益ではなく」という言及において、ノンコンフィデンシャル (nonconfidential) 情報の保護に対して考慮していない傾向が窺える。また、TBS 事件決定については、情報源 (「取材協力者」) の利益を重視する傾向が窺われる。これらの両決定の傾向は、博多駅事件決定における「将来の取材の自由が妨げられるおそれがあるという不利益にとどまる」という言及と、軌を一にしている。

³¹⁾ なお、本稿においては、民事訴訟と刑事訴訟における取材源秘匿権の異同について、言及しない。

³²⁾ 以上の判例の立場については、つぎのように図示することができるだろう。

強制方法 \ 強制対象	情報源の身許情報	情報源の身許以外の情報
証言	「証言拒絶」 (証言拒否)	
物件 (文書) 提出		文書提出拒否 (取材物件提出拒否)

³³⁾ 証言拒否と取材物件提出拒否の区別には関わるものではないが、取材源秘匿権の適用に関しては、「取材源の秘匿がジャーナリストの基本倫理とされる以上、裁判所の強制によって記者が取材源を開示することは容易には期待できない。」として、「一般的には、取材源の開示を法的に強制することによって得られるものよりは、失うものの方が大きいように思われる。」との指摘が注目される。長谷部恭男『憲法 第6版』新世社、2011年、218頁。それは、この指摘がアメリカの裁判所の裁判所侮辱制裁権における民事訴訟と刑事訴訟の峻別という判例および学説上の議論に部分的に符合する、ためである。この議論は、取材源秘匿権の保障における民事訴訟と刑事訴訟上の差違という、日本においていまだ十分な議論がなされているとはいえない問題の分析に資するものと思われる。

³⁴⁾ 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論 (1) [補訂版]』有斐閣、2000年、297-301頁。

³⁵⁾ Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665 (1972).

³⁶⁾ 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論 (1) [補訂版]』有斐閣、2000年、299頁。

³⁷⁾ なお、同見解は、博多駅事件決定について、「本件フィルムは被疑者 (警察官) らの罪責の有無を判定するうえで『ほとんど必須のもの』であるとし、本件提出命令は『まことにやむを得ないものであると認められる』、という厳格な基準を用いて判断した」とする。芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論 (1) [補訂版]』有斐閣、2000年、297-298頁。これは、規範の適用箇所であると思われる。

- 38) 奥平康弘『ジャーナリズムと法』新世社, 1997年, 95頁。
- 39) 奥平康弘『ジャーナリズムと法』新世社, 1997年, 104頁。なお, この見解は, 「職業ノ秘密」という旧民事訴訟法の文脈に関するものではあるが, 民事訴訟と刑事訴訟との「本質的違い」に疑義を呈している。同105-106頁。
- 40) 奥平康弘『ジャーナリズムと法』新世社, 1997年, 113頁。
- 41) 駒村圭吾『ジャーナリズムの法理』嵯峨野書院, 2001年, 118頁。
- 42) 駒村圭吾『ジャーナリズムの法理』嵯峨野書院, 2001年, 123-125頁。
- 43) 駒村圭吾『ジャーナリズムの法理』嵯峨野書院, 2001年, 125頁。
- 44) 駒村圭吾『ジャーナリズムの法理』嵯峨野書院, 2001年, 130頁。
- 45) 佐藤幸治『日本国憲法論』成文堂, 2011年, 278頁。
- 46) 松井茂記『マス・メディア法入門〔第5版〕』日本評論社, 2013年, 232頁。
- 47) 松井茂記『マス・メディア法入門〔第5版〕』日本評論社, 2013年, 235頁。
- 48) 松井茂記『マス・メディア法入門〔第5版〕』日本評論社, 2013年, 236-237頁。
- 49) 松井茂記『マス・メディア法入門〔第5版〕』日本評論社, 2013年, 238頁。
- 50) 合衆国最高裁判所は, アメリカの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拒否事件を併合審理している。 *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972)。
- 51) N.M. RULES ANN. § 11-514 (B)(1) & (B)(2) (2015)。
- 52) R.I. GEN. LAWS § 9-19.1-2 (2014)。
- 53) ALASKA STAT. § 09.25.300 (2014) (“the source of information”); ARK. CODE ANN. § 16-85-510 (2015) (“the source of information”); COLO. REV. STAT. ANN. § 13-90-119 (3) (a)-(c) (2015) (“news information”); DEL. CODE ANN. tit. 10, § 4323 (2015) (“the source or the content of information”); D.C. CODE ANN. § 16-4702 (2015) (“[t]he source of any news or information” or “[a]ny news or information”); FLA. STAT. ANN. § 90.5015 (2) (a)-(c) (2014) (“the information”); GA. CODE ANN. § 24-5-508 (1)-(3) (2014) (“any information, document, or item”); 735 ILL. COMP. STAT. ANN. § 5/8-907 (2014) (“the information”); LA. CODE EVID. ANN. arts. 1453, 1459 (B) (1) (a)-(c) (2015) (“any news”); MD. ANN. CODE, CTS. & JUD. PRO., § 9-112 (d) (1) (i)-(iii) (2014) (“[t]he source of any news or information” or “[a]ny news or information”); MICH. COMP. LAWS Ann. § 767.5a (2014) (“the identity of an informant”); MINN. STAT. ANN. § 595.024 (2014) (“the information”); N.J. STAT. ANN. § 2A:84A-21.3 (2014) (“the material”); N.M. RULES ANN. § 11-514 (C) (1)-(4) (2015) (“information or sources”); N.Y. CIV. RIGHTS LAW § 79-h (c) (i)-(iii) (2014) (“news”); N.C. GEN. STAT. ANN. § 8-53.11 (c) (1)-(3) (2014) (“information”); N.D. CENT. CODE § 31-01-06.2 (2014) (“any information or source of any information”); OKLA. STAT. ANN. tit. 12, § 2506 (B) (2014) (“[t]he source of . . . information” or “information”); R.I. GEN. LAWS § 9-19.1-3 (2014) (“the information” or “the source of the information”); S.C. CODE § 19-11-100 (B) (1)-(3) (2013) (“any information or document or . . . any item”); TENN. CODE ANN. § 24-1-208 (c) (2) (A)-(C) (2014) (“information or the source”). See 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)。
- 54) *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972)。
- 55) Cf. *Loadholtz v. Fields*, 389 F. Supp. 1299 (M.D. Fla. 1975); *U.S. v. LaRouche Champaign*, 780 F.2d 1134 (1st Cir. 1988); *State v. Salsbury*, 129 Idaho 307 (Idaho 1996)。
- 56) *Loadholtz v. Fields*, 389 F. Supp. 1299 at 1303 (M.D. Fla. 1975)。

⁵⁷⁾ 以上のアメリカにおける取材源秘匿権（ジャーナリストの特権）について、強制対象（情報源の身許情報と情報源の身許以外の情報）と強制手段（証言と物件提出）の関係を図示するならば、つぎのように示すことができるだろう。

強制方法 強制対象	confidential information	nonconfidential information
	journalist's privilege*	
証言		
物件（文書）提出		

* ノンコンフィデンシャル物件に対するジャーナリストの特権の援用については、各州のシールド法と裁判所および各巡回区の裁判所において、肯否を別かっている状況にある。See Anthony L. Fargo, The Journalist's Privilege for Nonconfidential Information in States Without Shield Laws, 7 Comm. L. Pol'y 241 (2002).

⁵⁸⁾ 奥平康弘『ジャーナリズムと法』新世社, 1997年, 113頁。

⁵⁹⁾ また、民事訴訟においては取材源秘匿（証言拒否）が民事訴訟法の解釈問題として捉えられていることに対して、刑事訴訟においては刑事訴訟法149条を限定列举規定とする刑事訴訟法の解釈問題としてではなく、憲法解釈の問題として捉えられている。なお、既述のように、民事訴訟においては証拠の非代替性が考慮されているにも拘わらず、刑事訴訟においては証拠の非代替性が考慮されていないことから、民事訴訟と刑事訴訟では異なるだろう。

⁶⁰⁾ ただし、捜査機関による差押えに対する批判がある。

⁶¹⁾ 前田正義「【判例研究】民事訴訟における新聞記者の取材源に係る証言拒絶について理由があるとされた事例（最高裁第三小法廷平成18年10月3日決定）」海保大研究報告98号, 2014年, 122-123頁。

⁶²⁾ なお、石井記者事件判決と、博多駅事件決定、TBS事件決定、およびNHK記者事件決定との相関関係については、取材の自由について、TBS事件決定とNHK記者事件決定は博多駅事件決定を引用して、「取材の自由も、憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値いする」としており、また石井記者事件判決も「憲法の右規定〔21条〕の保障は、公の福祉に反しない限り、いいたいことはいわせなければならないということである。」としており、双方において、憲法上の権利として取材の自由を捉えていないことに矛盾はないものと考えられる。また、取材源秘匿権についても、博多駅事件決定、TBS事件決定、およびNHK記者事件決定がその援用をそれぞれ認めており、また石井記者事件判決も、「新聞記者に取材源につき証言拒絶権を認めるか否かは立法政策上考慮の余地のある問題であり」としており、矛盾するものではない。したがって、石井記者事件判決からの判例変更は行われてはいない。その意味において、石井記者事件判決とは隔絶してはいない、博多駅事件決定、とりわけNHK記者事件決定などについて、取材の自由ならびに取材源秘匿（証言拒否）の保障を必ずしも重視するものとはいえないであろう。

63) 見解①については、つぎのように図示することができるだろう。

強制対象 強制方法	情報源の身許情報	情報源の身許以外の情報
証言	「取材源秘匿の自由」 (証言拒否)	
物件（文書）提出		「情報提供の拒絶権」 (取材物件提出拒否)

64) 見解②については、つぎのように図示することができるだろう。

強制対象 強制方法	情報源の身許情報	情報源の身許以外の情報
証言	「取材源秘匿」 (証言拒否)	
物件（文書）提出		「取材物の提出〔拒否〕」 (取材物件提出拒否)

65) 見解③については、つぎのように図示することができるだろう。

強制対象 強制方法	情報源の身許情報	情報源の身許以外の情報
証言	「取材源の秘匿と証言拒絶」(証言拒否)	
物件（文書）提出		「取材資料の保護」 (取材物件提出拒否)

66) ただし、この見解については、「狭義の取材源秘匿」に対する強制方法としては証言強制が想定されているように推察され、また「広義の取材源秘匿権」については強制方法として取材物件提出命令が想定されているように推察される。

なお、この見解において、「広義の取材源秘匿権」の対象となる情報は、ジャーナリストと情報源との内々の信頼関係を通じて得られた情報源の身許情報以外の情報であり、飽くまでも、confidentialityを端緒とした情報のように思われる。

67) 見解④については、つぎのように図示することができるだろう。

強制方法 \ 強制対象	情報源の身許情報	情報源の身許以外の情報
	「狭義の取材源秘匿権」	「広義の取材源秘匿権」*
証言		
物件（文書）提出		

* この「広義の取材源秘匿権」は、アメリカ法にいう取材源の身許の秘匿とは無関係である nonconfidential を意味するものとは少々異なり、飽くまでも、身許を秘匿する (confidential) 情報源とジャーナリストとの関係から入手された情報源の身許以外の情報を意味するものと推察される。

68) 見解⑤については、つぎのように図示することができるだろう。

強制方法 \ 強制対象	情報源の身許情報	情報源の身許以外の情報
	「取材源の開示の強制」	「文書提出命令および証言強制」
証言		
物件（文書）提出		

69) 既述のように、判例も、取材源秘匿権の強制対象を考慮しているとも考えられる。

70) 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。

71) 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).

72) 奥平康弘『ジャーナリズムと法』新世社、1997年、113頁。

73) 本稿の立場については、つぎのように図示することができるだろう。

強制方法 \ 強制対象	情報源の身許情報	情報源の身許以外の情報
	取材源秘匿権	
証言		
物件（文書）提出		

日本（そしてアメリカ）において、秘匿の情報源の身許情報に対する物件提出命令（拒否）が事件として散見されないのは、情報源の身許が秘匿されており、その身許を指し示す物件の存在が不確かであるため、情報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、秘匿の情報源の身許情報に対する物件提出命令が発せられる潜在的可能性は、実務上はともかく、理論上は否定できないものと思われる。

また、秘匿されていない情報源の身許情報の未公表情報（未放送部分など）がノンコンフィデンシャル情報に含まれるのは一見不自然なように思われる。しかし、たとえ未公表情報であったとしても、既知ないしは公知の情報源の身許に関する未公表情報である場合、

かかる未公表情報の存在が確認されるならば、かかる未公表情報の内容について秘匿性があるとは、既にいいえないだろう。

なお、近時の日本におけるノンコンフィデンシャル情報の保護については、以下参照。大石泰彦「裁判でのテレビ放映番組の証拠申請・採用―『意外に重たい』問題?」法学セミナー714号、2014年、4頁。

⁷⁴⁾ 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。

⁷⁵⁾ 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。

⁷⁶⁾ 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。

⁷⁷⁾ See Anthony L. Fargo and 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).

⁷⁸⁾ 取材源秘匿権とは直接関わらないが、取材の自由の保障に関しては、アメリカだけではなく、日本においても注目されてきているSLAPP訴訟 (strategic lawsuit against public participation: 対市民参加戦略的訴訟) の問題を指摘することができるだろう。SLAPP訴訟とは、企業および公選の公務員・個人が開発事業などの反対運動を妨害する目的を以て、反対者を名誉毀損および営業妨害などにより提訴すること、また反対者の提訴に対して逆提訴すること、をいう。