

証言拒絶に関する決定に対する抗告事件（札幌高裁 昭和54年8月31日決定）

メタデータ	言語: ja 出版者: 海上保安大学校 公開日: 2024-01-09 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 前田, 正義 メールアドレス: 所属: 海上保安大学校
URL	https://doi.org/10.15053/0002000039

【判例研究】

証言拒絶に関する決定に対する抗告事件（札幌高裁昭和54年8月31日決定）

前田 正義

目次

- 一 事実の概要
- 二 決定要旨
- 三 評釈
 - 1. はじめに
 - 2. 文脈
 - 3. 射程
 - 4. 憲法上の意義
 - 5. むすび

一 事実の概要

「……原告たる抗告人は、原審被告に対し、原審被告が発行する日刊新聞紙北海道新聞……に、『保母が園児をせつかん?』の見出しのもとに、……保育園保母である抗告人が、あたかも園児に対し暴行に及んだかの如き印象を一般読者に与える記事を掲載し（以下右掲載記事を本件記事という）、因つて抗告人の教育者としての信用及び名誉を著しく毀損したとして、謝罪広告の掲載及び慰藉料の支払を求めた。……右抗告人の主張に対し、原審被告は本件記事掲載の事実は認めたが、本件記事は伝聞形式の表現方法を使用しているから、これによつて抗告人の信用・名誉が毀損される余地はなく、仮に本件記事中に抗告人の名誉を毀損する部分があつたとしても、本件記事は公共の利害に関連し、かつ専ら公益を図る目的に出たものであつて、その内容は総て真実であり、また仮に本件記事中に真実に反する部分が存在したとしても、原審被告は事前に十分の裏付取材を行つたうえで本件記事

を掲載したものであつて、それが真実であると信ずるについて相当の理由があつたから、原審被告には不法行為責任はないと主張した。……原審被告は右主張事実を立証するために本件記事の取材を担当した原審被告の社会部記者である相手方……を証人として申請し、原審において、……相手方に対する証拠調べが実施されたが、右証拠調べ期日において、相手方は、原審被告訴訟代理人の主尋問に対し、……保育園の保母以外の職員は五名いるが、そのうちの三名から取材したこと、更に札幌北警察署の刑事二、三名からも取材したことを証言したが、抗告代理人が反対尋問において、右取材対象者の氏名・住所・担当職務を明らかにするよう求めたところ、同証人は、取材源を明らかにすることは職業の秘密に関する事項に該当するとの理由でその証言を拒絶した（以下本件証言拒絶という）。

……抗告代理人が、右証言拒絶は理由がない旨主張したので、原裁判所は、……相手方の証言拒絶は理由がある旨の証言拒絶についての決定をした。……」。原告（抗告人）は、抗告した。

二 決定要旨

「主文

本件抗告を棄却する。……

理由

……民事訴訟法二八一条一項三号において『職業ノ秘密』につき証言拒絶が認められているゆえんは、これを公表すべきものとすると、社会的に正当な職業の維持遂行が不可能又は著しく困難になるおそれがある場合にこれを保護することにあると解されるころ、これを本件について考えてみると、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つて、はじめて正確な情報が提供されるものであり、従つ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ぬとすると、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しく困難になることは当然推測されるころであるから、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。しかしながら他方、民事訴訟においては、公正な裁判の実現という制度的目的が存するのであるから、職業の秘密を理由とする取材源に関する証言拒絶権は、民事訴訟における公正な裁判の実現の要請との関連において、制約を受けることがあることも否定することはできない。そして、右制約の程度は、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、そのうち公正な裁判の実現という点からは審理の対象である事件の性質、態様及び軽重（事件の重要性）、要証事実と取材源との関連性及び取材源を明らかにすることの必要性（証拠の必要性）が問題にされるべきであり、一方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当否を判断すべきである。そして、右証拠の必要性は、当該要証事実について、他の証拠方法の取調がなされたにもかかわらず、なお取材源に関する証言が、公正な裁判の実現のためにほとんど必須のものであると裁判所が判断する場合において、はじめて肯定されるべきである。

…… 以上の見地から本件について考えてみると、前記（一）において認定した事実によれば、（1）新聞記者である相手方にとって、本件記事に関する取材の相手方氏名、住所、担当職務を明らかにすることは、同人と右取材の相手方との信頼関係を破壊するものであることは勿論のこと、これによつて相手方……の将来の取材活動が制約されることが一般的に推測されるから、右取材源に関する事項は相手方……につき、民事訴訟法二八一条一項三号にいう職業の秘密に該当するということができる。（2）次に本件訴訟は、原審被告たる新聞社による原告人の名誉毀損を理由とする通常の一般的民事訴訟事件であつて、原告代理人による前記反対尋問は、原審被告の前記抗弁事実に関連し、相手方の取材活動の存否、状況、内容を直接追及することによつて、相手方の証言の信用性を減殺し、かつ原告人の主張を補強する目的のもとになされたものであるから、相手方の本件証言拒絶によつて原告人の右目的が阻害されることになるといえるのであるが、取材源の秘匿につき証言拒絶権を肯定した前記制度の趣旨及び相手方が、前記の通り概括

的範囲においてその取材源を明らかにする証言を行つていること等を斟酌考慮すると、抗告人としては、これらの限定された範囲の取材源につき調査を実施する等適切な証拠収集の措置をとることによつて、前記反対尋問の目的とするところを実現することは不可能ではないと推測することができるから、前記説示するところに従い、相手方に対し取材源についての、抗告人の本件反対尋問に対する証言をなさしめることが、本件につき公正な裁判を実現するためにほとんど必須のものであることを未だ肯定することができないというほかはない。

よつて相手方の本件証言拒絶は理由があるというべきである。……」¹⁾

三 評釈

1 はじめに

本決定では、名誉毀損的表現に関する民事訴訟において、被告新聞記者（以下、ジャーナリストという²⁾。）が名誉毀損における真実相当性³⁾（民法710条）による免責の主張に際して、民事訴訟法281条1項3号（当時）の「職業ノ秘密」⁴⁾を理由とする証言拒絶権を援用したことから、真実相当性の証明との重畳関係において証言拒絶権⁵⁾の適用が争点となった。かかる意味において、本事案は、後述するように、専らいわゆる取材源の秘匿の適用が争点となる通常の取材源の秘匿の事案とは異なる文脈上にある、特種な事案といえる⁶⁾。このように、取材源の秘匿の特種な文脈に係る本事案に

¹⁾ 札幌高決昭和54年8月31日下民30巻5~8号403頁。本決定後、特別抗告が却下された。最三小決昭和55年3月6日裁判集民129号255頁。したがって、札幌高裁決定が、以降、事実上の先例として評価されてきていた。

²⁾ 本決定においては新聞記者として表記され、一般的には、メディアの属性を超えてより広汎に記者とも表記されている。本稿では、取材源の秘匿の享有主体性に関わる概念について、一般的な表記を前提として、SNSなど近時のメディアの多孔化をふまえて、ジャーナリストとして表記することとする。

³⁾ 最一小判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁。

⁴⁾ 現行民事訴訟法では、197条1項3号の「職業の秘密」に該当する。

⁵⁾ 証言拒絶権については、ジャーナリストの場合、一般的には「取材源の秘匿」などとして表記されているため、以下、とりわけ憲法解釈の文脈において、取材源の秘匿という。

⁶⁾ 住吉博「新聞記者の取材源に関する証言拒否」判例タイムズ411号266-267頁、1980年。

において、当札幌高裁では、原審である札幌地裁判決⁷⁾の事実認定を踏襲して、証言拒絶権の適用を肯定したうえで、名誉毀損における真実相当性がその結果として肯定された。

本稿は、本決定において直接の争点となった民事訴訟法解釈ではなく、憲法解釈の視点より、本決定について考察を加えるものである。それは、本決定が民事訴訟法解釈はもとより、憲法解釈においても一定の意義を有しているもの、と考えられるためである。すなわち、本決定は、取材源の秘匿についての民事訴訟法解釈の背景に憲法解釈が控えているのであり、民事訴訟法解釈を規定する憲法解釈に一定の意義があるもの、と解されるためである。また、既述の本事案の文脈性（特種性）が、後述するように、憲法解釈に関わるためである。

そのため、本稿においては、はじめに、本決定における民事訴訟法解釈について、概観する。そこでは、併せて、本決定における民事訴訟法解釈を画定することとなる憲法解釈、および本決定が両解釈の帰結として採用した比較衡量について、考察する。そして、本事案の文脈性については、ジャーナリストが名誉毀損からの免責のために真実相当性の証明において取材源の秘匿を援用することなく取材源を開示した場合、既述した名誉毀損における真実相当性と取材源の秘匿との重畳関係（相克）として捉えることができることから、本事案と取材源の秘匿に関する類似の事案との比較（異同）をとおした考察を加える。かかる考察は、取材源の秘匿の保護法益に帰納されることとなる。つぎに、本決定においては、民事訴訟における証言拒絶権の適用が争点となったことから、本事案と同じく民事訴訟であり、博多駅事件最高裁決定⁸⁾を引用する先例の NHK 事件最高裁決定⁹⁾へ時系列を遡上するならば、取材源の秘匿に関わる先例¹⁰⁾であり本事案とは異なり刑事訴訟である博多駅事件最高裁決定との異同をとおして、遡及的に本決定の射程が顕現される。さいごに、本決定における取材源の秘匿に係る憲法上の意味

⁷⁾ 札幌地決昭和 54 年 5 月 30 日判例タイムズ 387 号 48 頁。

⁸⁾ 最大決昭和 44 年 11 月 26 日刑集 23 巻 11 号 1490 頁。

⁹⁾ 最三小決平成 18 年 10 月 3 日民集 60 巻 8 号 2647 頁。

¹⁰⁾ 証拠物提出命令拒否の事案と取材源の秘匿の事案の文脈性に関する異同については、後述する。

について、すなわち、本決定において直接言及された、自由な言論（表現の自由）¹¹⁾、報道の自由、および（将来の）取材の自由についての先例との位相を考察することにより、本決定の意義が析出されるもの、と考えられる。

2 文脈 重畳関係

本決定は、民事訴訟法上、証人が証言を拒むことができるとする証言拒絶権を本件ジャーナリストに適用した。ジャーナリストにとって正確な報道の必要条件とされる取材源の秘匿は、「社会的に正当な職業の維持遂行が不可能又は著しく困難になるおそれがある」「職業ノ秘密」に該当する、とされたのであった。ただ、後述するとおり、本決定は、かかる証言拒絶権も、「民事訴訟における公正な裁判の実現の要請」からの制約を受けることがあるとして、「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」を以て判断した。そして、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を比較衡量した結果、取材源に関する証言を以てしてのみ反対尋問の目的が実現可能となるものではない、とした。したがって、当該ジャーナリストの証言が「公正な裁判の実現のためにほとんど必須のもの」ではないとして証拠の代替可能性（「証拠の必要性」）を肯定し、ジャーナリストに対して証言拒絶権を適用したのであった¹²⁾。

このように、本事案については、名誉毀損の表現における真実相当性と取材源の秘匿との重畳関係にあることから、真実相当性の証明による免責に重畳した取材源の秘匿の援用そして適用の如何という、特種（重畳的）な文脈性を認めることができる。

既述したとおり、本決定は、真実相当性の証明に関して、ジャーナリストによる取材源の秘匿を適用したうえで比較衡量において証拠の代替可能性を肯定したことから、かかる重畳関係に直接言及することはなかった。ただ、取材源の秘匿に関わる本事案の如き、いわゆる限界事例において、後述する

¹¹⁾ 最大決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁。

¹²⁾ 本決定も含めた、取材源の秘匿に関する民事訴訟法解釈の学説の状況については、以下参照。安井英俊「取材源の秘匿と証言拒絶権」福岡大學法學論叢213号719-723頁（2015年）。

ように、ジャーナリストが取材源の秘匿を援用したことにより真実相当性が肯定されなかった場合、またジャーナリストが取材源を秘匿することにより真実相当性が証明できないものと判断して自らの免責を得るために取材源の秘匿を破棄¹³⁾して取材源を開示することにより真実相当性の証明を援用する場合、取材源の秘匿の保護法益の如何が取材源の秘匿の適用の可否を決することとなる¹⁴⁾。それは、取材源の秘匿の保護法益として唱えられている、取材源の利益、ジャーナリストの利益、および公衆（公共）の利益¹⁵⁾という3つの保護法益のうち、一般的な取材源の秘匿の事案においては、取材源を秘匿するという点において取材源の利益とジャーナリストの利益とが相反することはないけれども、本事案においては取材源の利益とジャーナリストの利益との位相ないしは相克のため、かかる場合、いずれの利益の保護の如何により、遡及的に取材源の秘匿の保護法益が問われることともなるためである。

本事案に顧みるならば、本決定では、取材源の秘匿を援用したうえ真実相当性においても証拠の代替可能性が肯定されたため、取材源の秘匿と真実相当性の証明との重畳関係について、判断を回避することができた。しかしながら、つねに証拠の代替可能性が肯定されるとは当然限られるものではないことから、かかる重畳関係についての判断をつねに回避できるものでもない¹⁶⁾。

¹³⁾ アメリカ法における取材源の秘匿の破棄については、以下参照。Cohen v. Cowles Media Co., U.S. 111 S.Ct. 2513 (1991). 土井真一「情報源秘匿の約束に違反した場合の損害賠償責任と合衆国憲法第1修正——Cohen v. Cowles Media Co., U.S. 111 S.Ct.2513 (1991)」アメリカ法 [1993-1] 104-109頁, 1993年。

¹⁴⁾ ジャーナリストによる取材源の秘匿の破棄については、いわゆるプロフェッショナルとしての責任を問う余地もある。しかし、取材源の秘匿の破棄を禁ぜられることについては、人権論上の疑義を措くとしても、かかる責任に依存することとなる取材源の秘匿、そして後述する公衆への情報の自由な流通についての脆弱性が少なくとも問われる必要がある。

¹⁵⁾ 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, 126-146頁, 1972年。

¹⁶⁾ 判例研究の限界にある本決定については、類似の事案を考慮することもなく司法判断が可能であったという意味において、至当な判断である。

この点について、取材源の秘匿と真実相当性とを別問題とする見解¹⁷⁾では、本決定のように、ジャーナリストが取材源の秘匿を援用するにも拘わらず真実相当性を証明できる場合、ジャーナリストは、取材源を秘匿するにも拘わらず名誉毀損の法的責任から免責されるため、不利益を受けることとはならない。その意味において、かかる見解では、取材源とジャーナリストの双方にとって不利益はなく、取材源の秘匿により得られる利益（比較衡量）に対して影響を及ぼすこともない。

しかしながら、既述した本事案の文脈性を措定するのであるならば、ジャーナリストが取材源の秘匿を援用することにより真実相当性を証明できない場合、ジャーナリストが名誉毀損における法的責任を賦課されることによる萎縮の効果の問題だけではなく、当該取材源（情報）自体が真実相当性の証明に関係するならば、情報の定量性だけではなく情報の定性性という意味においても、取材源の秘匿が憲法解釈上依拠する取材の自由、そして取材の自由が正確な報道の必要条件とされる報道の自由、さらに報道の自由が一環をなす表現の自由（憲法21条）の保護法益とされている、公衆への情報の自由な流通（free flow of information for public）¹⁸⁾に対する障碍となる、という問題を惹起することともなる。なお、ジャーナリストが取材源の秘匿を援用して当該取材源を秘匿することにより真実相当性を証明できる場合、同じく公衆への情報の自由な流通に対して情報の定量性という意味において障碍となることも、全否定されるものではない。

¹⁷⁾ 松井茂記『マス・メディア法入門〔第5版〕』日本評論社、236頁、2013年。

¹⁸⁾ たとえば、以下参照。芦部信喜／高橋和之補訂『憲法 第七版』岩波書店、180-181頁、2019年。判例においても、「報道機関の報道は、民主主義社会において、……国民の『知る権利』に奉仕するものである。したがって、……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にあることはいうまでもない。」（最大決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁）とされており、通説との齟齬は認められない。

このことを前提とするならば、この表現の自由の一環として判例上も捉えられている報道の自由において、正確な報道の必要条件とされるものとして、憲法の精神に照らして「十分尊重に値いするもの」とされる（将来の）取材の自由の保護法益については、窮極的には表現の自由の保護法益とされる、公衆への情報の自由な流通として捉えることができる。したがって、表現の自由および報道の自由ないしは取材の自由に依拠する取材源の秘匿については、公衆への情報の自由な流通に依拠することともに、その適用にあたっては、その整合性が問われることとなる。

翻って、ジャーナリストが取材源の秘匿を援用することなく¹⁹⁾真実相当性を証明できた場合、あるいは真実相当性を証明できなかった場合、取材源の開示による取材源の萎縮により、少なくとも情報の定量性という意味において、公衆への情報の自由な流通に対して将来的には障碍となりうる。したがって、これらの場合、表現の自由の保護法益という点において、取材源の秘匿と真実相当性の双方に通底するものとして捉えることができる、公衆への情報の自由な流通の見地からは、本決定と同様に、比較衡量による判断が妥当することとなる。それは、かかる比較衡量では、憲法上の要請である本決定における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より、公衆への情報の自由な流通が促進されるためである²⁰⁾。かかる比較衡量では、公正な裁判の実現という利益との衡量において、取材の自由に対する憲法に照らした十分な尊重および報道の自由そして表現の自由の憲法上の保障が正当に図られることにより、少なくとも憲法解釈上、公衆への情報の自由な流通が企図されるためである。

比較衡量

既述のとおり、本決定では、比較衡量の判断において帰趨が決められることとなった。比較衡量では、事件の性質・態様・軽重（重要性）、要証事実と取材源との関連性、および証拠の必要性という公正な裁判の実現という利益と、将来の取材の自由に及ぼす影響および取材の自由と報道の自由との相関関係等という取材源秘匿により得られる利益とが衡量されることとなった。そして、本決定は、取材源に関するジャーナリストの証言を以てし

¹⁹⁾ 同時に、取材源のプライバシーの権利を侵害しない場合が推定される。

²⁰⁾ しかしながら、そもそもかかる重畳関係という問題が生起するということは、真実相当性の証明責任がジャーナリスト側に賦課されていることに起因している、と換言することができる。すなわち、不法行為訴訟においては、法律上特別な規定のない限り原告に対して証明責任が賦課されており（大判明治38年6月19日民録11輯992頁）、例外的に原告を保護するために証明責任の転換が採用されるにも拘らず、名誉毀損訴訟においては、その例外として真実相当性の証明責任が被告（ジャーナリスト側）に賦課されている。最一小判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁。

他方、アメリカ法において採用されている現実の悪意の法理（actual malice）によるならば、表現の自由を保障する見地より、その証明責任は原告にあることとなる。New York Times Co., v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)。したがって、原告側に真実性の証明責任を賦課している現実の悪意の法理を採用するアメリカにおいては、日本の真実相当性理論におけるかような重畳関係という問題自体、そもそも生じえないこととなる。

てのみ、反対尋問の目的が実現可能となるものではなく、したがって当該証言が「公正な裁判の実現のためにほとんど必須のもの」ではないとして証拠の代替可能性を肯定することにより、ジャーナリストの証言拒絶権を適用したのであった²¹⁾。

ここに、証拠の代替可能性を包摂する証拠の必要性という公正な裁判の実現という利益を構成する部分的な利益は、事実上、取材源秘匿により得られる利益に対して優位することとなる。それは、公正な裁判の実現という利益を構成する証拠の代替可能性により、アド・ホックに取材源の秘匿の適用の肯否が左右されるためである。その意味においては、本決定における比較衡量は、裁判所において非常に穏当な司法判断となる。公正な裁判の実現という利益については、証拠の代替可能性が肯定される場合、取材源の秘匿が援用されることによって、事実上影響を受けることはない。したがって、証拠の代替可能性が肯定されることにより公正な裁判の実現という利益が取材源秘匿により得られる利益に劣位した結果として取材源の秘匿が適用さ

²¹⁾ 本決定における比較衡量においては、取材源秘匿により得られる利益の反対利益となる、公正な裁判の実現という利益により斟酌されることとなる。すなわち、取材源が虚偽の情報を（定量的には）提供した場合など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から、（定性的に）公衆への情報の自由な流通の見地より、取材源の秘匿の適用が否定される。また、取材源が真実の情報を（定性的および定量的に）提供した場合などは、取材源秘匿により得られる利益と公正な裁判の実現という利益とを公衆への情報の自由な流通に通底する情報の定性および定量性を考慮して斟酌されることにより、取材源の秘匿の適用の肯否が判断されることとなる。

れる場合、事実上、公正な裁判の実現という利益に劣位して取材源の秘匿が適用されているにすぎない、という評価は排斥されるものではない²²⁾ ²³⁾ ²⁴⁾。

保護法益

取材源の秘匿が争点となる一般的な事案においては、公正な裁判の実現という利益（原告の利益）と取材源秘匿により得られる利益（取材源の利益およびジャーナリストの利益）、すなわち取材源の開示と取材源の秘匿という、対抗関係となる。同様に、本事案においてジャーナリストが名誉毀損の真実相当性における証明責任を賦課されるにも拘わらず取材源の秘匿を援用した場合には、公正な裁判の実現という利益（原告の利益）と取材源秘匿により得られる利益（取材源の利益およびジャーナリストの利益）という、対抗関係となる。他方、本事案においてジャーナリストが真実相当性における証明責任のために取材源の秘匿を援用しなかった場合には、公正な裁判

22) アメリカ法においては、non-confidential 情報に対する取材源の秘匿の適用について、この証拠の代替可能性が適用の可否を事実上別っている。E.g., Gonzales and Pierce v. NBC, Inc., 186 F.3d 102 (1998). このことは、取材源の秘匿の適用の可否において、non-confidential 情報が confidential 情報に劣位して適用されているものとして捉えられていることと、パラレルに捉えることができる。

23) 本決定の分水嶺となった証拠の必要性においては、証拠の代替可能性が検討され、本決定では証拠の代替可能性が肯定されるとして、取材源の秘匿の適用の対象となった証拠の必要性が否定されている。このことは、取材源の秘匿の適用の可否が、証拠の必要性の絶対的な価値ではなく相対的な価値を以て判断されているもの、とみることができる。証拠の必要性に対する絶対的価値の判断の恣意性を回避可能な相対的な価値判断では、取材源がおかれている証拠の代替可能性が肯定される状況あるいは証拠の代替可能性が肯定されない状況というアド・ホックな状況に依存することともなり、取材源の秘匿の適用における正当性の担保に対する疑義を提起する。さらに、証拠の代替可能性が高い程、取材源を秘匿する必要性が高い状況も、想定可能である。

24) 公共性および公益性を有する報道に関して取材源の秘匿を援用する場合、取材源秘匿により得られる利益と公正な裁判の実現という利益との比較衡量により、本決定において正確な報道の必要条件とされる取材源の秘匿の適用が肯定される場合、比較衡量された公正な裁判の実現という利益との関係からも、真実相当性が証明されることとなり、名誉毀損責任が免責されることとなる。このように、取材源の秘匿の適用は比較衡量において重要な衡量要素となる証拠の代替可能性に事実上依存（従属）しており、その証拠の代替可能性の証明は、ジャーナリストによる真実相当性の証明を俟つまでもなく、事実上強いられることとなる。その意味において、真実相当性は、その証明責任をジャーナリストに対して必然的に要求するものではないことから、証明責任の点において現実の悪意の法理とは事実上排斥（背理）する法理では必ずしもない。現実の悪意の法理と真実相当性とは、少なくとも被告（ジャーナリスト）の証明責任を事実上賦課するものではないという指向性において、整合性を認めることができる。

の実現という利益（原告の利益およびジャーナリストの利益）と取材源秘匿により得られる利益（取材源の利益）という、対抗関係となる。

これらのケースより、原告の利益（公正な裁判の実現という利益）と取材源の利益とは、本事案においても対抗関係にあることから、取材源の開示と取材源の秘匿という、つねに対抗関係におかれる。一方、ジャーナリストの利益は、取材源の秘匿の援用の如何により、原告の利益あるいは取材源の利益に与しうる。その点において、ジャーナリストの利益は、取材源の秘匿の保護法益の1つとして唱えられている公衆の利益の見地により、取材源の利益あるいは原告の利益のいずれにも与しうることもなる。したがって、公衆の利益は、同じく取材源の秘匿の保護法益として唱えられている取材源の利益とジャーナリストの利益から少なくとも部分的には構成されることとなる。取材源の利益およびジャーナリストの利益は、取材源の秘匿の保護法益として唱えられている公衆の利益を完遂する手段ともなる²⁵⁾。

これらの事案の文脈に顧みるならば、本事案と、NHK事件などの一般的な取材源の秘匿の事案とは、いわゆる取材源の秘匿という点において一見同種の事案としてみなすこともできる。けれども、既述のとおり、特種な事案である本事案においては、ジャーナリストが取材源の秘匿を援用する際には取材源の利益を擁護するため名誉毀損に対する法的責任のリスクを負

²⁵⁾ 公衆の利益（知る権利）は取材源の秘匿の保護法益とはなりうるけれども、取材源の利益（プライバシーの権利）とジャーナリストの利益（取材の自由）は、取材源の秘匿の保護法益となりうるものであろうか。すなわち、取材源の利益（プライバシーの権利を含む）を取材源の秘匿の保護法益とするのであるならば、虚偽の情報を提供した取材源は必ずしも保護（秘匿）されるものではないだろう。E.g., *Cohen v. Cowles Media Co.*, U.S. 111 S.Ct. 2513 (1991). また、ジャーナリストの利益に関しても、取材源の秘匿（契約）を破棄したジャーナリストは、必ずしも保護（免責）されるものではない。したがって、取材源の利益とジャーナリストの利益は、公衆への情報の自由な流通という表現の自由の保護法益を起源とする公衆の利益に資する限りにおいて手段的に保護されているもの、と解することができる。すなわち、取材源の利益（プライバシーの権利）とジャーナリストの利益（取材の自由）と公衆の利益（知る権利）とが法的に重畳関係にある場合においては、取材源の秘匿の保護法益である公衆の利益（知る権利）が究極的には保障される、ということとなる。

なお、取材源の秘匿と同じく職業上の秘匿権ないしは特権として捉えられている、医師および弁護士の証言拒絶権については患者ないしは依頼人の利益を保護法益とするものとして理解されるが、取材源の秘匿については、既述のように、公衆の利益を保護法益とするものとして指定するならば、権利構成を異にすることとなる。

うこととなる。かかるリスクを前提とする場合、取材源の秘匿の保護法益は少なくとも取材源の利益の保護にある、こととなる。しかしながら、取材源の秘匿に関する一般的な事案である NHK 事件最高裁決定などでは、取材源の秘匿の保護法益について、将来の取材の自由をとおした公衆の利益（公衆への情報の自由な流通）とみなされることから、齟齬を生むこととなる。

本決定のように、ジャーナリストに対する名誉毀損（真実相当性）の事案において、ジャーナリストに対して取材源の秘匿（取材の自由およびジャーナリストの利益）の援用を肯定する場合、ジャーナリストが真実相当性を証明できずに免責を認められないならば、先例である博多駅事件最高裁決定²⁶⁾における取材源の秘匿の保護法益（公衆の利益）とも矛盾することとなる。したがって、博多駅事件最高裁決定における取材源の秘匿の保護法益を前提とするならば、ジャーナリストが取材源の秘匿の適用を肯定される場合、そして取材源の秘匿を正当に援用した場合においても、名誉毀損に対する法的責任を賦課されることのないよう、さらに、現実の悪意の法理を採用するには至らないまでも、真実相当性において、ジャーナリストを免責する司法判断が要請されることとなる²⁷⁾。

しかしながら、本決定では、真実相当性が肯定されたことにより最終的に取材源の秘匿が適用されたけれども、ジャーナリストが名誉毀損の法的責任を免れるために取材源の秘匿を援用しない場合、真実相当性における事案に依拠して、取材源の秘匿の援用の有無そして適用の肯否が事実上決することとなる。真実相当性の肯否に依存した取材源の秘匿は、取材源の秘

²⁶⁾ NHK 事件最高裁決定と同じく取材源の秘匿に関する民事訴訟であり、同様の比較衡量基準を採用する本決定は、博多駅事件最高裁決定を引用する NHK 事件最高裁決定を経て、適及的には博多駅事件最高裁決定を事実上、報道の自由および取材の自由に関しては先例とする、こととなる。

²⁷⁾ 名誉毀損（真実相当性）の免責における、公共性、公益性、および真実（相当）性という要件については、本決定のように、訴訟上、取材源の秘匿の援用以前に公共性および公益性は肯定されており、取材源の秘匿の適用の如何において、真実（相当）性が比較衡量されることとなる。そして、真実相当性の証明における取材源の秘匿の適用の如何が争点とされていることから、既述のとおり、取材源の秘匿の正当な援用を以て、事実上、証拠の代替可能性が肯定されて取材源の秘匿の適用が肯定される場合、秘匿される（取材源）情報に代替する証拠により、真実相当性（の証明）が肯定されることとなる。

匿の保護法益に整合するものでは必ずしもない。したがって、これでは、名誉毀損における真実相当性についての判断が取材源の秘匿の援用そして適用の帰趨を決することともなる。すなわち、取材源の秘匿の適用が肯定される場合、真実相当性が肯定されるという司法判断は、公衆の利益としての、公衆への情報の自由な流通に基づく判断と整合することとなる²⁸⁾。

3 射程

NHK 事件最高裁決定との間隙

このような本事案の文脈性に画定される本決定については、取材源の秘匿に関する民事訴訟という系譜に位置づけられており、その後、取材源の秘匿に関する民事訴訟の判例となる NHK 事件最高裁決定、そして同決定が先例とした取材源の秘匿に関する²⁹⁾刑事訴訟である博多駅事件最高裁決定との関係から、射程を含むその意味が析出されることとなる。

はじめに、NHK 事件最高裁決定については、本決定との関係において、同じく民事訴訟として、取材源の秘匿に関する比較衡量について本決定と同様の基準を採用している。しかしながら、NHK 事件最高裁決定は、本決定が引用していない博多駅事件最高裁決定を引用している。これは NHK 事件最高裁決定が民事訴訟と刑事訴訟という訴訟類型の枠組みを超えて博多駅事件最高裁決定を引用したけれども、本決定は、博多駅事件最高裁決定を直接には引用していない。そして、本決定は、博多駅事件最高裁決定が引用している憲法条項を引用することもなく、「自由な言論」、「報道の自由」、および「将来の取材の自由」という憲法解釈同等の術語（概念）に言及しな

²⁸⁾ この意味において、既述した以下の見解は、取材源の秘匿の保護法益と整合することとなる。松井茂記『マス・メディア法入門〔第5版〕』日本評論社、236頁、2013年。

²⁹⁾ 取材源の秘匿と証拠物提出命令拒否の両事案は、必ずしも文脈を異にするものではない。それは、証拠物提出命令拒否の事案においても、証拠物の提出命令の対象となる証拠の中に取材源（情報）を含む可能性を否定することはできないためである。したがって、証言と提出という行為形態において差異はあるけれども、ともに包含される可能性のある取材源という情報に異なるところはない。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 98 号 23-50 頁、2015 年。

がらも、形式的には法律解釈である民事訴訟法解釈として、取材源の秘匿の援用そして適用を肯定している。

遑って、本決定と同じく取材源の秘匿を事案とする NHK 事件最高裁決定は、取材源の秘匿を含まない、いわゆる（放映済みの³⁰⁾）証拠物の提出命令を拒否した事案において憲法条項を参照する博多駅事件最高裁決定を引用していた。そのため、NHK 事件最高裁決定と博多駅事件最高裁決定とは比較衡量基準に差違こそあるけれども、表現の自由、報道の自由、および将来の取材の自由という両決定の基層をなす憲法解釈において、通底している。したがって、NHK 事件最高裁決定から博多駅事件最高裁決定へ時系列上遡及するならば、本決定は、民事訴訟における取材源の秘匿について、法形式の次元においては憲法上の保障ではなく民事訴訟法上の保障を享受するものとして謙抑的に捉えた一方、実体的保障の次元においては刑事訴訟である博多駅事件最高裁決定から民事訴訟である NHK 事件最高裁決定へ架橋していたのであり、その帰結としては、後の判例であり憲法解釈に言及する NHK 事件最高裁決定への過渡期にあった決定であったもの、と再定義できる。

博多駅事件最高裁決定との間隙

既述のとおり、本決定は取材源の秘匿における民事訴訟であるけれども、取材源の秘匿は、刑事訴訟においても争点となる³¹⁾。ただ、取材源の秘匿に関わる民事訴訟である NHK 事件最高裁決定が先例とする博多駅事件最高裁決定は、一般的な取材源の秘匿を事案とする訴訟ではなく、証拠物の提出命令を拒否した刑事訴訟である。しかしながら、既述のとおり、NHK 事件最高裁決定は、博多駅事件最高裁決定を引用しており、少なくとも比較衡量基準を除く、表現の自由、報道の自由、および将来の取材の自由という憲法解釈において、両決定は同根であるといえる。

³⁰⁾ 博多駅事件では、non-confidential 情報に対する提出命令の如何が争点となった。non-confidential な取材源（情報）の秘匿については、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 53 号 77 頁，2003 年。

³¹⁾ 刑事訴訟法 149 条（業務上秘密と証言拒絶権）および 99 条（証拠物の提出命令）。

そして、判例が刑事訴訟以上に民事訴訟において、取材源の秘匿を適用する傾向にあることも、この取材源の秘匿の保護法益である公衆の利益から推論すること自体は、可能である。すなわち、民事訴訟においては、取材源の秘匿の適用は原告の私的利益を制約することにより公益（取材源の秘匿の保護法益に整合する利益）を原則として追求することとなるけれども、刑事訴訟においては訴追権という公益および知る権利という公衆の利益の確保との比較衡量となることから、両訴訟では、取材源の秘匿の適用の肯否において、保護法益についての定性的差異を認めることは可能である³²⁾。いずれにせよ、本事案が刑事事件であったならば、先例である博多駅事件最高裁決定からは取材源の秘匿の適用が肯定されない可能性も高まるため、ジャーナリストが名誉毀損の責任を免れるために取材源の秘匿を援用しないという選択をする蓋然性も否定することはできないこととなる。

4 憲法上の意味

「報道の自由」および「自由な言論」

既述のとおり、本決定では、直接的には、民事訴訟法解釈により取材源の秘匿が適用された。しかしながら、本決定の比較衡量において、「自由な言論」（表現の自由）、「報道の自由」、および「将来の取材の自由」について直接言及されていた。そのため、憲法解釈が比較衡量基準の基層において根拠となっていたという推論をすることは、許されよう。したがって、本決定の比較衡量を構成する憲法解釈同等の概念、すなわち、本決定が比較衡量

³²⁾ 民事訴訟法学説については、以下参照。「北海道新聞島田記者証言拒否事件特別抗告却下決定」判例タイムズ 408号 57頁、1980年。また、アメリカ法では、民事訴訟と刑事訴訟について、救済機能もしくは制裁機能の如何という分析がなされている。See Daxton R. “Chip” Stewart and Anthony L. Fargo, *Challenging Civil Contempt: The Limits of Judicial Power in Cases Involving Journalists*, 16 COMM. L. & POLY 425, at 437 (2011). 前田正義「いわゆる取材源秘匿権の諸問題」海保大研究報告 101号 72-76頁、2015年。

しかしながら、民事訴訟においても、とりわけアメリカ法では懲罰的賠償など制裁機能があり、また刑事訴訟についても救済機能が指摘されており、民事訴訟と刑事訴訟とを峻別することは容易ではない。なお、アメリカ法においても、いわゆるシールド法などは、民事訴訟以上に刑事訴訟において取材源の秘匿の適用について、厳格な傾向にある。See e.g., *United States v. Lopez*, MEDIA L. REP. (BNA) 2203 (N.D. Ill. 1987).

において直接言及した「自由な言論」、「報道の自由」、および「将来の取材の自由」について、各々の自由の憲法解釈上の意味を明らかにしたうえで、本決定との連関を考察する。このことにより、本決定における比較衡量の意義を憲法に遡及して考察することとなり、本決定の意義がその基層より明らかなものとなる。

既述のとおり、本決定は、直接的には憲法の根拠条項を明示することなく、また憲法について明言した博多駅事件最高裁決定を引用することもなく、謂わば、生の「自由な言論」、「報道の自由」、および「報道の自由」に言及している。このことについては、本決定が、「自由な言論」、「報道の自由」、および「将来の取材の自由」については考慮するけれども、憲法解釈を半ば回避して、民事訴訟法という法律解釈により、決定を下しているとの深意を読みとることができる。そして、かかる理解によるならば、本決定が、刑事訴訟である博多駅事件最高裁決定とは異なるより厳格な比較衡量基準を示しており、また本決定後に民事訴訟である NHK 事件最高裁決定と同様の比較衡量基準を示していた素因が析出されることとなる。すなわち、少なくとも、本決定は、形式的には博多駅事件最高裁決定における高次の憲法解釈からは表現の自由および報道の自由について後退しているけれども、低次の法律解釈である民事訴訟法解釈の次元において判断することにより、憲法条項を引用する博多駅事件最高裁決定とは異なるより厳格な判断（比較衡量基準）を実質的には示すことができた、とみる余地がある。

したがって、本決定が言及した「報道の自由」については、既述のとおり、本決定が時系列を遡上して実質的に先例とする NHK 事件最高裁決定そして博多駅事件最高裁決定に依拠するならば、実質的には、表現の自由の一環として憲法上保障されていた、こととなる。

つぎに、本決定において、「自由な言論」として言及されていた表現の自由について、判例は、表現の自由が争点となる事案において、表現の自由の保障根拠（価値論³³⁾）として、しばしば民主主義（自己統治の価値）に言及

33) 人権の価値序列化を忌避する立場からは、表現の自由の「機能論」として称される。松井茂記『日本国憲法〔第4版〕』有斐閣、421-422頁、2022年。本稿においては、便宜上、以下一般的な「価値論」という。

している³⁴⁾。このことは、表現の自由の価値論において通説が自己実現の価値³⁵⁾とともに支持している、自己統治の価値に還元される。判例におけるかかる自己統治の価値については、通説において、一般的な自由とは異なり合憲性の推定が排除されるためより厳格な合憲性審査基準が妥当する根拠となる、表現の自由の優越的地位理論³⁶⁾の主たる論拠として、捉えられている。判例においても、自己統治の価値は表現の自由の保障根拠（価値論）として、捉えられている。しかしながら、判例は表現の自由の優越的地位を肯定しないけれども、通説に背理するものではないとして、通説の立場からは、判例の立場は排斥されるものでもない³⁷⁾。判例はこの自己統治の価値について、通説とは異なり、表現の自由の優越的地位理論に触れることなく、表現の自由の保障根拠として用いているに過ぎないということについては、看過されてはならない。判例は、自己統治の価値について、換骨奪胎による形骸化を超越した反作用により、表現の自由に対して合憲性の推定を排除しない緩やかな合憲性審査基準の採用を許す、表現の自由の価値論としている³⁸⁾。したがって、かかる判例における表現の自由の保障は、その是非は措くとしても、取材源の秘匿（の利益）を公正な裁判の実現という利益に優越させるものでもない。

「将来の取材の自由」

「将来の取材の自由」について、本決定においては、博多駅事件最高裁決定を引用してはいないけれども、同様に「将来の取材の自由」という術語を用いていることから、少なくとも、博多駅事件最高裁決定と同様に、「将来

³⁴⁾ たとえば、以下参照。最大決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁。

³⁵⁾ 通説では、自己実現（self-realization）の価値が自己充足（self-fulfillment）の価値を包含することとなる。芦部信喜／高橋和之補訂『憲法 第七版』岩波書店、180頁、2019年参照。

³⁶⁾ 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』有斐閣、212頁、2000年。

³⁷⁾ 通説における自己統治の価値同様、判例には、表現の自由として保障される表現が政治的表現に傾斜する指向（性）を否定できない、という問題がある。

³⁸⁾ ただし、例外的な事例として、たとえば以下の判例をあげることができる。最一小判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁（名誉毀損における真実相当性の証明による免責）、最三小判平成7年3月7日民集49巻3号687頁（集会の自由における市民会館の使用不許可）、最二小判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁（公務員による政党機関誌の配布）など。

の取材の自由」が憲法に照らして十分尊重、ないしは民事訴訟法上保障されているものとして、解することができる。

本決定において、「将来の取材の自由」は、取材源の秘匿が正確な報道の必要条件とされるという範疇において、民事訴訟法の範疇において保障されることとなる。すなわち、取材の自由は、それ自体が必ずしも保障の目的とされるものではなく、「報道（の自由）」を保障するための手段として保障されるもの、と捉えることができる。そして、取材源の秘匿は、正確な報道を必要条件として、適用されることとなる。したがって、本決定の立場において、正確な報道に資することのなき、たとえば虚偽の情報などに関わる取材源の秘匿については、比較衡量を俟つまでもなく、その適用が否定されることともなる。

他方、同じく情報を受領する権利という次元において、取材の自由を表現の自由における知る権利³⁹⁾とパラレルに捉えるならば、その享有主体について、ジャーナリストと公衆という差異はあるけれども、両者の間には、情報の受領という意味において、差異はない⁴⁰⁾。判例では、報道の自由が憲法上保障されるとしつつも、取材の自由については報道の自由全体に資するものではなく、半ば、正確な報道の必要条件という限りにおいて憲法に照らして十分尊重に値するに過ぎない、こととなる。このように解するならば、知る権利を憲法上保障されている公衆にはジャーナリストの取材源の秘匿に相当する、いわば情報源の秘匿が民事訴訟法上保障ないしは憲法に照らして十分尊重されることはなく、ジャーナリストには個人のいわば情報源の秘匿に相当する取材源の秘匿が民事訴訟法上保障ないしは憲法に照らして十分尊重されるということは、少なくとも非文脈的にはアンチノミーである⁴¹⁾。

³⁹⁾ 最大決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁。

⁴⁰⁾ ジャーナリストに特権を認める立場では、情報の受領において、ジャーナリストの特別な義務を認める余地もある。

しかしながら、情報の媒体としてのメディアが社会的に共有されるという多孔化した情報化社会においては、ジャーナリストと公衆との峻別が困難ともなることから、かかる峻別の意義について、論証がなされなければならない。

⁴¹⁾ 情報化社会の進展により、メディアが多孔化され公衆へ普及されてゆく状況において、ジャーナリズムの源泉たるジャーナリストの定義は、拡張傾向にある。このこと

かかる二律背反については、たとえば英米法の歴史的文脈において、ジャーナリストと同じく職能集団である、弁護士による依頼人に関する証言拒絶権の訴求⁴²⁾および医師による患者に関する証言拒絶権の訴求などに追隨して、ジャーナリストが取材源の秘匿（journalist's privilege）を訴求して、判例上および州法上肯定されてきていることが想起される。そのように解するならば、取材源の秘匿は、取材の自由を事実上補填する役割を奇しくも実効的に果たすことにより、現実的妥当性を結果的に担保するものとして機能していることともなる。いずれにせよ、取材源の秘匿ないしは取材の自由については、判例上、その保護法益との整合性が必ずしも明確ではない憲法解釈がなされているのであり、本決定においては形式的には民事訴訟法上の権利ということとなる⁴³⁾。

5 むすび

既述のとおり、本決定では、本事案の名誉毀損における真実相当性と取材源の秘匿との相克という取材源の秘匿についての特種な文脈性をとおした一般的な取材源の秘匿の事案との位相より、取材源の秘匿の保護法益（公衆の利益）を析出することができる。また、本決定については、取材源の秘匿そして表現の自由の保護法益と目される公衆への情報の自由な流通との整

は、かかるアンチノミーをさらに増幅することともなる。以下、参照。前田正義「ジャーナリストの概念——ジャーナリストの特権のスタンディングをてがかりとして——」*阪大法学* 54巻4号75頁、2004年。

⁴²⁾ See e.g., *Berd v. Lovelase*, 21 ENG. REP. 33 (1577).

⁴³⁾ 既述のとおり、本決定を含む博多駅事件最高裁決定など取材源の秘匿に対する司法判断においては、将来の取材の自由に対する影響が考慮されている。

しかし、本決定以前の博多駅事件最高裁決定において、将来の取材の自由に対する影響が当の博多駅事件には及ばないという意味において用いられているけれども、博多駅事件最高裁決定における将来の取材の自由に対する影響はその後の本事案の決定に及ぶことから、「将来の」という接頭辞を用いること自体が否定されるものではないとしても、それは、一度に限られるということとなる。そもそも、将来の取材の自由に対する影響が事実上顧慮されていないことについて、立憲主義における司法府の地位からは、（将来の）人権保障を考慮する可能性について再考する機会は閉ざされてはならない。そして、「将来の取材の自由」という司法判断が下される当該事件に対する影響についても、当時の取材の自由に対する影響が認められない場合においてさえも、取材源の利益（プライバシーの権利）あるいは取材源の匿名表現を侵害するものとして法的に構成する可能性自体は、全否定されるものではない。

合性を有する解釈、そして本事案とも異なる特種な文脈性のある事案に対する取材源の秘匿の適用の肯否に関する示唆がもたらされる。なお、本決定が抗告理由について十分斟酌して言及していたのであるならば、比較衡量基準の総合性について批判を受けている博多駅事件最高裁決定の比較衡量基準をより精緻化した蓋然性も、否定できない。

本決定からは、同じく民事訴訟である NHK 事件最高裁決定において示された、刑事訴訟である博多駅事件最高裁決定以上に比較的厳格であるとされている比較衡量基準の当否およびそもそも両決定において比較衡量基準を異にしている妥当性が、問われてしかるべきである。本決定の意義については、本稿が示した取材源の秘匿に関する事案の文脈性⁴⁴⁾において位相のある、虚偽の情報に関わる事案、non-confidential 情報の秘匿に関わる事案、ジャーナリストが取材源の秘匿を破棄する事案、そもそも取材源の秘匿の保護法益と目されている公益の所在などの後続する諸判例の蓄積により、今後も顕現化されてゆくことが期待される。

44) NHK 事件決定を先例とする判決として、以下参照。東京高判平成 27 年 12 月 9 日 2015WLJPCA120966003。

一方、本決定後、本事案同様、名誉毀損訴訟被告が取材源の秘匿を援用した事案において、東京高裁は、同事案が NHK 事件などの一般的な取材源の秘匿の事案とは異なり、真実相当性の証明が争点となる事案であるという認識に基づいて両事案を峻別したうえで、「仮に、一審被告が取材源の秘匿の利益が保障されるべき立場にあるとしても、……真実性、相当性の主張立証責任を負うべき一審被告がその負担を免れる根拠となるものではない。」と判示している（東京高判令和 2 年 1 月 30 日 2020WLJPCA01306024）。かかる判示は、既述した両事案の特種性の文脈について十全に言及するものではない。当東京高裁の如く、「取材源の秘匿の利益が保障されるべき立場にあるとしても、」、取材源の秘匿が保障される（べき）場合には、本事案同様、公正な裁判の実現という利益を構成する証拠の代替可能性を奇貨として、真実相当性が判例上半ば自動的に肯定されてきているにも拘わらず、当東京高裁は、真実相当性が肯定されるものとはかぎらない、とした。この判示は、本札幌高裁決定にとどまらず、当東京高裁判決とも判例法理上矛盾をきたすこととなる。なお、本札幌高裁決定では取材源の秘匿の援用と真実相当性の証明の両者がともに肯定され、当東京高裁判決では、両者がともに否定されており、両高裁の判断自体に矛盾はきたしてはいなかったこととなる。当東京高裁判決と判例法理においては、奇しくも両高裁の帰結からも整合性が表れる。