

取材源の秘匿と表現の自由〔朝日新聞記者証言拒否事件〕 (最大判昭和27年〔1952年〕8月6日)

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-03-21 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/10.15053/0000000052

Copyright © JAPAN COAST GUARD ACADEMY
2019

【判例研究】

取材源の秘匿と表現の自由〔朝日新聞記者証言拒否事件〕（最大判昭和27年〔1952年〕8月6日¹⁾）

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 報道の自由
 - 3 取材の自由
 - 4 取材源秘匿権
 - 5 むすび

一 事案の概要

「被告人は朝日新聞社記者として同新聞社松本支局に勤務していたものであるが、刑事訴訟法第二百二十六条の規定に基く長野地方検察庁検察官の請求により被疑者の氏名不詳の国家公務員法〔公務員秘密漏洩罪〕違反被疑事件について〔『朝日新聞長野版に逮捕状請求の事実と逮捕状記載の被疑事実が掲載されその文面の順序等逮捕状記載と酷似していたこと』から、〕昭和二十四年五月十六日証人として召喚せられて長野地方裁判所に出頭し同裁判所に於て係裁判官から前示被疑事件の犯罪事実の要旨を告げられた上証人として宣誓することを命ぜられたところ、正当な理由がなく即時宣誓をなすこと及び証言を拒んだものである。²⁾」。

¹⁾ 刑集6巻8号974頁。

²⁾ 長野簡判昭和24年〔1949年〕10月5日刑集6巻8号1001頁。

1 審は、「わが国の現行法〔憲法第二十一条そして刑事訴訟法第六十一条第一項〕上新聞記者に特別の証言拒否権は認められていないと解すべきところ、……新聞記者が証人として宣誓又は証言を拒む行為を正当な業務に因って為すものと認めることはできないのみならずわが国法は新聞記者にも証言を期待し記者も亦これに従う義務があるものと解すべきである」として、新聞記者は国法上証言義務を有する一般国民とは別異に処遇されない旨、判示した。

そして、被告人の控訴に対して、原審は、「憲法第三十八条第一項の要請に応えたとみるべき刑事訴訟法第六十一条第四十七条を除くその他の規定は公務上及び一定の業務上秘密の保護という超訴訟法的要請のため実体的真実発見乃至は犯罪捜査の必要という訴訟法的要請を或る程度明文を以て制限したものであると解せられるが、之等の場合であつても各本条の但書乃至は他の項において極めて厳格な制限を設けているのである。（刑事訴訟法第四十四条但書、第四十五条第二項、第四十九条但書参照）之等法の本質から考えると現行法は一般国民の証言義務に要請するところ、極めて高度且つ厳格なるものであることが看取できるのであつて、少なくとも之等公務上又は一定の業務上秘密の保護のために認められた諸規定は固より限定的列挙であつて、之を広く他の場合に類推適用すべきでないこと勿論である。³⁾」として、訴訟法上の実体的真実主義に拠る厳格な証言義務の要請の例外にあたる、（新聞記者を規定しない）刑事訴訟法条 149 条が限定列挙である旨、判示した（控訴棄却）。

二 判決要旨

「主文

本件上告を棄却する。

理由

……刑訴一四三条は『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、一般国民に証言義

³⁾ 東京高判昭和 25 年〔1950 年〕7 月 19 日刑集 6 卷 8 号 1003 頁。

務を課しているのである。証人として法廷に出頭し証言することはその証人個人に対しては多大の犠牲を強いるものである。個人的の道義観念からいえば秘密にしておきたいと思うことでも証言しなければならない場合もあり、またその結果、他人から敵意、不信、怨恨を買う場合もあるのである。そして、証言を必要とする具体的事件は訴訟当事者の問題であるのにかかわらず、証人にかかるの犠牲を強いる根拠は実験的の真実の発見によって法の適正な実現を期することが司法裁判の使命であり、証人の証言を強制することがその使命の達成に不可欠なものであるからである。従って、……証言義務に対する例外規定のうち、刑訴一四六条〔証言拒絶権〕は憲法三八条一項〔黙秘権〕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。そして、一般国民の証言義務は国民の重大な義務である点に鑑み、証言拒絶権を認められる場合は極めて例外に属するのであり、また制限的である。従って、……わが現行刑訴法は新聞記者を証言拒絶権あるものとして列挙していないのであるから、刑訴一四九条に列挙する医師等と比較して新聞記者に右規定を類推適用することのできないこと〔限定列挙〕⁴⁾はいうまでもないところである。それゆえ、わが現行刑訴法は勿論旧刑訴法においても、新聞記者に証言拒絶権を与えなかったものであることは解釈上疑を容れないところである。……

しかし、憲法の右規定〔二一条〕は一般人に対し平等に表現の自由を保障したものであって、新聞記者に特種の保障を与えたものではない。それゆえ、もし論旨の理論に従うならば、一般人が論文ないし随筆等の起草をなすに当たってもその取材の自由は憲法二一条によって保障され、その結果その取材源については証言を拒絶する権利を有することとなるであろう。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って、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。憲法の右規定の保障は、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

⁴⁾ 本稿において、〔 〕内は、筆者による。

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到底解することができない。……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。」

三 評釈

1 はじめに

本件では、刑事事件に対して発付された逮捕令状に関する情報漏洩（国家公務員法 100 条 1 項違反）の嫌疑のある新聞記事に関して、当該記事を執筆した新聞記者が証言を拒否したことから（刑事訴訟法 226 条・161 条）、ジャーナリスト（新聞記者）の証言拒絶権（取材源秘匿権）が争点となった。

本判決では、直接的には、証言拒絶権を規定する刑事訴訟法 149 条の解釈が争点となった。同条の解釈にあたっては、最高法規であり、表現（報道）の自由を保障する憲法 21 条の趣旨（の解釈）が間接的な争点となった。

本判決は、その憲法 21 条の解釈において、公衆の表現の自由ではなく、ジャーナリストの報道の自由という「特種の保障」を新聞記者に対して与えたものではない、とした。したがって、憲法 21 条の解釈において、本判決がいわゆるジャーナリストと「一般人」（公衆）における保障上の差異はなく、両者が等しく保障される、とした判断の妥当性が問題となる。

つぎに、本判決は、取材の自由について、「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」として、否定的な判断を行った。

そして、本判決は、新聞記者の証言拒絶権（取材源秘匿権）について、「わが現行刑法は新聞記者を証言拒絶権あるものとして列挙していないのであるから、……新聞記者に右規定を類推適用することのできない」として、同権を法律上否定している。

本稿では、本判決について既述した争点である、報道の自由、取材の自由、および取材源秘匿権についての考察をとおして、取材源秘匿権のリーディング・ケースとしてみなされている、本最高裁判決の先例拘束性そして射程を含めた本判決の意義について、本判決以降の判例およびこれまでの幾多の先行する業績を敷衍してゆくことにより、再考を試みるものである。

2 報道の自由

本判決は、「憲法の右規定〔二一条〕は一般人に対し平等に表現の自由を保障したものであって、新聞記者に特種の保障を与えたものではない。」とした。

本判決のこの言及は、表現の自由を保障する憲法 21 条 1 項が、「一般人」ではなく、ジャーナリスト（「新聞記者」）という特定の者に「特種の保障」を与えたものではないとする。本判決は、この意味において、ジャーナリスト（プレス）に対する特権⁵⁾の付与を否定する判決であるといえよう。

このように、本判決は、プレスの特権（「特種の保障」）を否定するものともいえるが、本判決後の博多駅事件決定⁶⁾においては、憲法 21 条の保障の下に（プレスの）報道の自由がおかれていたことから、その整合性が問題とはなろう。たしかに、博多駅事件決定は、「一般人」ではなく、一般人からは特定される「報道機関」（「新聞記者」）の報道の自由を憲法 21 条の保障の下に据えたことから、報道機関の「特種」性を認めることはできよう。しかしながら、報道の自由が憲法 21 条により保障されたとした博多駅事件決定は、

⁵⁾ マスメディアの人権については、マスメディアは自然人ではないとして、マスメディアの人権享有主体性を否定する見解がある（長谷部恭男『憲法〔第6版〕』新世社、2014年、215頁）。しかしながら、理論的問題は別論としても、現状に目を向けるならば、近時のSNSやテレビをはじめとするマスメディアにおける、いわゆる視聴者提供映像などがニュース番組において放送されている実態を考えるならば、媒体におけるマスメディアと公衆の境界は、取り払われつつあるのであり、メディア（媒体）の所有主体（マスメディア）をことさらに自然人とは別異の存在として、マスメディアの人権享有主体性を否定することの意味も失われつつある、ともいえよう。また、かかる見解では、自然人を含めた、報道・取材の自由の保障の相対的低下を起因することともなるだろう。そうするならば、支配的な学説や判例が示唆する、国民の知る権利に貢献する取材・報道の自由は、担保できないことともなる。

⁶⁾ 最大決昭和44年〔1969年〕11月26日刑集23巻11号1490頁。

報道の自由が表現の自由に包含されるとしていたのであり、報道の自由を表現の自由という一般的な(「一般人」の)自由とは別個に、特別(「特種」)の権利として保障したものではない。したがって、本判決と博多駅事件決定とは、矛盾するものとはいえない。その意味において、本判決が新聞記者の報道の自由を否定したものと断定することは、正確ではない。

また、本判決は、表現の自由(本判決では報道の自由を含む)について、「いいたいことはいわせなければならない⁷⁾」と言及した。しかしながら、表現の自由については、本判決の如く、「いいたいことはいわせなければならない」だけでなく、支配的な学説の如く、表現の自由の目的とされている情報の自由な流通という概念によるならば、情報の自由な流通における情報の制禦(コントロール)の確保(コミュニケーションの自由)という意味において、表現行為を行わない(表現行為を強いられない)自由が保障されていないならば、「いいたいことを(望む方法で)いう(いわない)権利」とも称される表現の自由が保障されている、とはいえないだろう。

支配的な学説は、当初、報道の自由は事実の伝達に過ぎず、思想の表明とされていた表現の自由には含まれないものとされていたが、その後、支配的な学説は、事実の伝達であっても表現行為とは異ならないとして、報道の自由が表現の自由に包含されるとした⁸⁾。さらに、判例上も、知る権利への貢献を理由として、報道の自由が憲法上保障されることとなった⁹⁾。このように、報道の自由は、憲法上、当初の保障されない状態から保障される状態へ至ったともいえる。しかしながら、報道の自由を憲法上保障する根拠について、支配的な学説と判例の差異には、留意する必要がある。それは、支配的な学説が報道の自由についての無条件の保障を主張したことに対して、判例は、知る権利¹⁰⁾を要件として報道の自由を保障したに過ぎない点にある。判

⁷⁾ 本判決の「いわせなければならない」という言い回し自体に、表現の自由に対する本判決当時の最高裁の消極的な姿勢が窺えるように思料される。

⁸⁾ 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1) [増補版]』有斐閣、2000年、282-283頁。

⁹⁾ 最大決昭和44年〔1969年〕11月26日刑集23巻11号1490頁。

¹⁰⁾ 知る権利は、具体的立法(法律)を前提とする抽象的権利に過ぎないとするのであればともかくとしても、このように、憲法上保障される報道の自由の根拠となる権利として位置づけられているのであるならば、具体的立法を前提としない具体的権利であると

例は、報道の自由自体を憲法上保障するものではないのである。したがって、その保障は必ずしも強固なものとはいえない。そして、知る権利に対する報道の自由の貢献は、裁判所の判断に委ねられているのであり、さらに、その判断はNHK事件決定における事案の社会的重要性の判断¹¹⁾同様、必ずしも明晰なものとはいえないことから、その保障の程度については、裁判所の裁量にかかっているものであり、これ以上言及するまでもないだろう。

そもそも、これらの議論は、果たして、報道の自由の保障に関する本質的議論といえるのか。それは、これらの議論は、公衆の知る権利を実質的に保障するという報道の自由の効用を指向したもの(判例)であり、報道の自由ないしは表現の自由自体を捉えたものではないためである。また、当初の学説の議論においても、報道を表現のいわば亜種として認めるものでもあり、やはり、報道の核心を捉えたものとはいえないであろうがためである。報道の自由については、少なくとも、支配的な学説上、情報の自由な流通として捉えられている表現の自由の目的から、同じく情報を伝達する表現の自由として保障されるもの、として考えられよう。そして、このことから、報道の自由は、表現の自由の一環として捉えられるのであり、もし、公衆の知る権利に対する報道の効用について言及するのであるならば、それは、同じくその効用が認められる(情報の受け手以外の)公衆による表現の自由についても言及されるべきである。また、このことから、客観的制度としてプレスの特権を認めることには、限界があるように思われる。

つぎに、本判決における「特種の保障」については、「取材源の秘匿に、『表現の自由』に由来する憲法的正当性を与えるためには、『表現の自由』の見方を変えて、公衆の『知る権利』に重点を置き、それに奉仕するマス・メディアの公器性に伴う特権として説明するほかはないであろう。¹²⁾」とする見解がある。このように、公衆の知る権利に貢献するというマス(・)メディアの報道・取材の自由を重視するとしても、それはマスメディア自体の

の傍証ともなろう。それは、最高裁が最高規範である憲法上も高く評価している知る権利そして報道の自由の憲法上の保障根拠が下位規範である法律に実際には依拠しているとするのであるならば、齟齬を生じてしまうがためである。

¹¹⁾ 最一小決平成18年〔2006年〕10月3日民集60巻8号2647頁。

¹²⁾ 尾吹善人「取材源の秘匿と表現の自由」憲法判例百選Ⅰ〔新版〕、49頁(1968年)。

特権なのではなく、飽くまでも、マスメディアの「表現の自由」の保障の正当化(制約の否定)として作用するものとして解すべきように思われる。それは、マスメディアの特権として解する場合、殊にマスメディアについては、支配的な学説が忌避しているスクリーニング(の問題)となるであり、また、かつてメディア(媒体)がマスメディアにより独占されていた時代とは異なり、現在は、公衆についても媒体が共有される傾向にある時代であることから、マスメディアに対してのみ、公衆の知る権利を理由として特権を付与する正当性が次第に脆弱なものとなってきた、といえるためである。このことは、放送の自由における、電波周波数の希少性の問題(情報インフラの問題)ともパラレルに捉えることができるのかもしれない。

また、学説においては、『『公共の福祉』によるなでぎり論法を放棄し』たとされる本判決とは対称的に、博多駅事件決定は、「国民の『知る権利』に奉仕するものとしての報道機関の公共性、特殊地位を承認した。」との評価¹³⁾がなされている。たしかに、同決定は、報道機関の「特殊地位」(「特種の保障」)を承認したものともみることができると同時に、国民の知る権利を保障する手段として(範囲において)、報道機関の「特殊地位」を認めたに過ぎないのであり、報道機関の「特殊地位」自体を保障するものではない、との評価を加えるものとしてみることができよう。その意味において、かかる効用(国民の知る権利への奉仕)に抛り(国民の知る権利に奉仕する手段としての)プレス(報道機関)の特権を提唱する近時の議論についても、決してプレス自体の「特殊地位」を認めたものではないもの、と評価できよう。それは、国民の知る権利の保障を強化するものとしたほうが適切であるものと考えられるとともに、支配的な見解では具体的な立法を必要とする抽象的権利とされる国民の知る権利について、その保障の強化を具体的な立法ではなく憲法解釈を以て迫る解釈は、このような国民の知る権利の抽象的権利観について顧みることなく、報道機関の報道・取材の自由に関する憲法解釈を以て国民の知る権利の強化を迫るものともなり、主客転倒の観がある。そして、このような理解では主体とされている公衆の知る権利の保障の強化には

¹³⁾ 尾吹善人「取材源の秘匿と表現の自由」憲法判例百選Ⅰ、77頁(1980年)。

必ずしも結びつかないだけではなく、このような主体の保障低下は客体（報道機関の報道・取材の自由）の保障低下を起因することともなり、公衆の知る権利と報道機関の報道・取材の自由双方の保障低下のスパイラルに陥る可能性も否めないと考えることは、杞憂に過ぎないのであろうか。

なお、（公衆の）表現の自由の保障根拠については、公衆の知る権利が（必須）要件とはされないことに対して（公衆の知る権利への貢献を指向する自己統治の価値はともかく、自己実現（充足）の価値も表現の自由を保障する根拠であるとされている。）、同じく情報の伝達であるにも拘わらず、報道の自由については、公衆の知る権利があたかも保障要件とされていることは、少なくとも不均衡ないしは齟齬があるもの、といわざるをえない。そのうえで、プレスの特権論（「特種の保障」）が語られるのであるならば、それは、特別な権利というよりも、（公衆の知る権利を実効的に保障する手段としての）便宜的（限定的）な権利、というほうが正確だろう。そしてまた、かかる理解は、プレスの特権を脆弱化させているということも認識しておく必要がある。それは、公衆の表現の自由については無条件で保障されていることに対して、プレスの特権については、飽くまでも公衆の知る権利への貢献を保障条件とされているがためである。

3 取材の自由

本判決は、「未だ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は到底解することができない。」としている。

本判決における該言及については、憲法 21 条により、ジャーナリストの報道の自由が保障される如何は措くとして、（人権享有主体であるジャーナリストを含む）表現の自由が当然保障されることを前提とするけれども、「未だ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」取材の自由は、表現の自由の埒外にあることを示唆してしまっている。たしかに、「いたいことはいわせなければならない」（逆説的には「いたくない

ことはいわなくともよい」という表現の自由と、既述の取材の自由とは、その行為形態を異にしている。しかし、「いいたいことはいわせなければならない」という表現の自由の保障には、「[いいたいことの] 内容を作り出すための」知る権利が保障されなければならないということは、現在の判例および支配的な学説の立場となっている。

また、本判決は、「一般人が論文ないし随筆等の起草をなすに当たってもその取材の自由は憲法二一条によって保障され、その結果その取材源については証言を拒絶する権利を有することと……解釈すべきものではない。」とした。

本判決における該言及は、既述したように、取材の自由を保障するものではないもの、として理解できる。そして、該言及は、ジャーナリストは元より、「一般人」の取材の自由（情報を受領する権利である知る権利）を否定してしまっている。

たしかに、本判決によるならば、ジャーナリストとは異なり、「特種の」立場にはない「一般人」には、ことさらにジャーナリストという特定の人権享有主体が想定される取材の自由を保障するいわれはないもの、ともいえるのだろう。

しかし、ここには、本判決にいう、「[表現] 内容を作り出すための」ジャーナリストの取材の自由と「一般人」の知る権利との位相をふまえた、評価は避けえないだろう。すなわち、情報を受領するという意味における取材行為（過程）が保障されていないならば、たとえば、「一般人が論文ないし随筆等の起草をなす」ことさえも、できないだろう。そして、このような理解は、現在の判例および支配的な学説の立場でもある。本判決は、「特種の」地位にあるジャーナリストの取材の自由を否定する論証を目途としたために、「一般人」の知る権利を論証上援用したのとも推量されるが、それは、「一般人」の知る権利（情報の受領）を否定することに演繹し、さらには、ジャーナリストの取材の自由の起源となる（ジャーナリストの）知る権利を否定してしまうことにも帰結した。したがって、「一般人」の知る権利を

受容してきている現在の判例¹⁴⁾および支配的な学説¹⁵⁾の立場からは、結果的には、皮肉にも、本判決はジャーナリストの取材の自由を否定することに失敗することとなる（ジャーナリストの取材の自由を肯定する）論証を自ら披露してしまっているもの、として評価することを可能ならしめている¹⁶⁾。

学説には、公衆の知る自由を確保する情報となる、報道（の自由）のための「マスコミの受け手〔取材〕の自由の重要性」について説く見解がある¹⁷⁾。たしかに、専ら情報の受け手とされてきた公衆の事実上の地位に顧みるならば、公衆の知る自由に資する報道の自由の前提となる取材の自由の「重要性」を説いている、かかる理解にも肯げよう。しかしながら、公衆の知る自由から報道の自由というプロセスを経て取材の自由の重要性を説くという、かかる理解は迂遠な（「重要性」が稀釈される）観があるとともに、今時を以てしても支配的な学説では具体的な立法を要する抽象的権利（にとどまるもの）とされている公衆の知る自由に資するものとされる取材の自由に「（憲法解釈上の）重要性」を認めることは、そもそも論理的に可能なのであろうか。少なくとも、「マスコミの受け手〔取材〕の自由の重要性」を説くのである

¹⁴⁾ 最大決昭和44年〔1969年〕11月26日刑集23巻11号1490頁。

¹⁵⁾ 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）〔増補版〕』有斐閣、2000年、262頁。

¹⁶⁾ メディア・リテラシーとは、「メディアが形作る『現実』を批判的（クリティカル）に読み解るとともに、メディアを使って表現していく能力」、と定義されている。菅谷明子『メディア・リテラシー——世界の現場から——』岩波新書、2000年、v頁。

一方、表現の自由論に関する支配的な学説では、情報の送り手（表現者）と受け手（受領者）の分離が指摘されてきた（芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）〔補訂版〕』有斐閣、2000年、245頁）。これは、表現の自由の実効的な保障の見地から、公衆が情報の送り手としての立場自体を担保することの重要性の示唆であると同時に、情報の送り手はその受け手となって情報を受領することにより、実効的に情報の送り手となることができる旨を示唆するもの、といえよう。

ただ、既掲のメディア・リテラシーの見地からは、既掲の支配的な学説の示唆にとどまることなく、情報の受け手は情報の送り手であって初めて、情報をクリティカルに読み説くことができることとなる。メディア・リテラシーの見地に拠る情報の送り手と情報の受け手についてのより有機的な理解は、情報の自由な流通という表現の自由論についてのより有機的な今日的な理解（「情報の自由な流通」）に整合するもの、といえる。さらには、抽象的権利という知る権利についての通説的理解に対して、知る権利の具体的権利化を促すものとして捉える奇貨ともなるのであり、奇しくも今日の社会的趨勢に適うもの、ともいえよう。

¹⁷⁾ 伊藤正己「取材源の秘匿と新聞の自由——朝日新聞記者証言拒否事件」マスコミ判例百選〔第二版〕、11頁（1985年）。

ならば、公衆の知る自由とマスコミの知る自由（取材の自由）をパラレルに捉えたほうが、好適に思われる¹⁸⁾。

たしかに、取材の自由について、「未だいいたいことも定まら〔ない〕」とした本判決とは異なり、博多駅事件決定は、「報道のための取材の自由も、憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値いする」とした。しかしながら、同決定においても、取材の自由は、裁判所にフリー・ハンドの裁量権が認められていたとはいわないまでも、憲法上、「十分」に保障されるものではなく、さらには「十分尊重に値いする」ものでもないことに留意する必要がある。その意味においては、利益衡量における一方の（人権保障の）利益を高く評価することを以てしても、（裁判所の査定において）他方の（人権制約の）利益が凌駕することにより、奇しくも、その論証の強化が図られたようにも思われる。また、同決定は、取材の自由自体を憲法上「十分尊重に値いする」というものでは必ずしもなく、「報道の自由のための〔手段としての〕取材の自由」を憲法上「十分尊重に値いする」というものにほかならない。さらに、同決定において憲法上保障されるところの報道の自由は、憲法 21 条 1 項において保障される表現の自由（そのもの）とは異なり、「国民の知る権利に奉仕する……」かぎりにおいて憲法上保障されているに過ぎない。これらのことから、同決定において「十分尊重に値いする」とされた取材の自由の憲法上の尊重の「十分」性が、推し量られるだろう。たしかに、その後の NHK 事件決定においては、取材源の秘匿が適用されるには至ったけれども、それは取材の自由についての憲法解釈から導き出された憲法上の保障なのではなく、飽くまでも民事訴訟法 197 条 1 項 2 号の法律解釈から導き出された法律上の保障であることについて認識しなければならないのであり、これこそが博多駅事件決定にいう「十分尊重に値いする」ということの限界

¹⁸⁾ 取材の自由については、「他人の利益と衝突する可能性の大きい取材活動について、報道の自由と同等の自由が保障されるとはいえないであろう。」とする見解がある（伊藤正己「取材源の秘匿と新聞の自由——石井記者証言拒否事件——」マスコミ判例百選，9 頁（1971 年））。

たしかに、取材の自由は、通常、取材源の協力を必要とすることから、他者（取材源）の利益と衝突する可能性は高いだろう。ただし、ジャーナリストが自ら直接取材を行い、取材源を介することのない取材方法である、いわゆる自己収集情報について、かかる理解は、そもそも妥当しないだろう

である点に留意しておかなければならないのかもしれない。その意味において、取材の自由についての本判決の先例拘束性は未だ失われたものとはいえない、といわざるをえないのである。

なお、通常、知る権利は表現行為（表現の自由の行使）に必要な情報を（主として定量的に）受領することから表現の自由に資するものとして（手段的・反射的に）保障される¹⁹⁾、といわれる。ただ、学際の見地において、社会学のメディア・スタディーズにおけるメディア・リテラシーの理解によるならば、知る権利（知る能力）の行使は、法学における情報の定量的な受領による情報発信を確保することにより表現行為のリテラシー（自己の意思に忠実な表現行為を行う定性的な能力）に資するとともに、また逆説的には表現行為（表現の自由の行使）はクリティカル（批判的・分析的）なリテラシー（情報を理解する能力）に資する²⁰⁾のであり、その意味において、表現の自由は知る権利に資するもの、といえる。かかるメディア・リテラシーの理解によるならば、表現の自由の目的とされている情報の自由な流通は、知る権利による表現の自由に対する一方向的な貢献にとどまるのではなく、表現の自由と知る権利の相補的な（さらには一体的な）関係に支えられている、とみることができる。そして、それが、より有機的な、より実態的な、情報の自由な流通（表現の自由の目的）についての理解とみることができる。ゆえに、情報の自由な流通とは、表現の自由と知る権利双方の保障があってこそ初めて成り立ちうるもの、といえる。したがって、かかる理解に立脚するならば、知る権利を一概に抽象的な権利とすることは、情報の自由な流通の確保にとって十分とはいえないこととなる。また、このことは、情報の受け手と送り手の分離という現代社会に潜在する情報インフラにおいて、専ら情報の受け手としての地位に規定されてきている公衆の問題としてだけではなく、情報の送り手であってこそその情報の（クリティカルな）受け手であることの重要性、そして、またその逆（情報の受け手であってこそその情報の送り手）であることの重要性を示唆できているだろう。そして、かかる理解は、

¹⁹⁾ 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）[増補版]』有斐閣，2000年，262頁。

²⁰⁾ 菅谷明子『メディア・リテラシー——世界の現場から——』岩波新書，2000年，v頁。

これまでの専らの定量的な情報の自由な流通の理解から定量的かつ定性的な情報の自由な流通の理解への転換を迫るものともなり、より実態的な情報の自由な流通に結実するもの、ともいいえよう。

4 取材源秘匿権

本判決は、「一般国民の証言義務は国民の重大な義務である点に鑑み、証言拒絶権を認められる場合は極めて例外に属するのであり、また制限的である。従って、……わが現行刑法は新聞記者を証言拒絶権あるものとして列挙していないのであるから、刑訴一四九条に列挙する医師等と比較して新聞記者に右規定を類推適用することのできないこと〔限定列挙〕はいうまでもないところである。」として、新聞記者に対して、「証言拒絶権」の適用を否定した。

本判決は、このような、「一般国民の証言義務は国民の重大な義務である」ことを前提として、「その他の規定〔刑訴一四六条以外〕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。」とする。

学説には、本判決の「特種の保障」の件について、「直接憲法を援用する正当性の主張に対して答えているのであって、たんに、法律上、新聞記者が証言拒絶権ある者として列挙されていないから、その証言拒絶は正当な理由なしとしている……わけではない。²¹⁾」(傍点は著者による)とする見解がある。法律(上)の解釈にあたっては、その上位(最高)規範である憲法を解釈する必要はない、ということのようである²²⁾。

これらの本判決および学説は、本判決の上告趣意が、「取材源の秘匿は表現の自由を保障した憲法二一条一項により保護されなければならないから、新聞記者が取材源につき証言を拒絶する場合は刑訴一六一条にいわゆる『正当の理由』ある場合に該らないものといわねばならない。然らば、原判決が

²¹⁾ 尾吹善人「取材源の秘匿と表現の自由」憲法判例百選〔新版〕, 49頁(1968年)。

²²⁾ 以下同旨。鴨良弼「ニュース・ソースと新聞記者の証言義務」続刑事訴訟法判例百選〔第二版〕, 180頁(1965年)、伊藤正己「取材源の自由と表現の自由」憲法判例百選, 42頁(1963年)、内田文昭「証言拒絶権」刑事訴訟法判例百選, 100頁(1965年)。

新聞記者の取材源につき証言を拒絶する場合を正当の理由に該らないものとしたのは表現の自由を保障した憲法二一条に違反するものである旨を指摘した如く、矛盾するものといえよう。

逆說的にいうならば、証言拒絶権についての憲法上の保障の肯否は措くとしても、本判決は、証言拒絶権についての立法政策的な考慮により如何様にも、「次ぎから次ぎへと」証言拒絶権が拡張できる余地を残すことともなってしまう。これらは、本判決が証言拒絶権を限定するがために、証言拒絶権の援用を解釈論上認める余地をもつ憲法の広範な解釈の否定を意図するあまりに、過度に立法政策的な考慮に依存した結果の現れともいいえよう。ただし、これらの解釈の余地を生む刑事訴訟法 149 条ではあるけれども、判例および刑事訴訟法学の支配的な学説が限定列举という解釈を採ると同時に、例示列举としても解釈が可能であることから、文面上違憲とまではいいえないだろう。

また、本判決は、「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。」とした。

これは、既述した、ジャーナリストに対して「特種の保障」を憲法上付与されたものではないことを前提として、ジャーナリストに対して「特種の保障」を付与する場合、立法政策により、ジャーナリストに対して「特種の保障」が付与されなければならない、とする。たしかに、かかる前提に拠るならば、立法政策上、「特種の保障」が許容されることから、妥当な見方ともいいえよう。ただ、「特種の保障」を唱える立場からも、「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。」（傍点は筆者による。）とした本判決の言及は、かかる立法政策が違憲とはいえないことから、「特種の保障」は、それでも憲法の範疇の問題なのだろう。すなわち、「特種〔特別〕の保障」をジャーナリストに付与する如何が「憲法二一条〔上〕の問題〔とはならない〕」ということは、その如何が憲法（21 条の）保障の射程にあることを吐露しているためである。したがって、その肯否（如何）がともに憲法の射程内にあるならば、憲法解釈の問題として、「特種の保障」をジャーナリストに付与することも、「憲法二

一条の問題ではない。」のではなく、「憲法二一条の問題」である、といわなければならない。

そして、本判決は、「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って、〔被告人の〕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。」とした。

本判決のこの言及は、法律(刑事訴訟法)が憲法を超越するものではなく、飽くまでも憲法の範疇を超えるものであってはならないことを示唆している。たしかに、この示唆は、立憲主義に拠るならば、少なくとも一義的には至当といえよう。しかしながら、本判決は、本件の取材源についての証言拒否において憲法21条の援用を否定していたことから、それは同条を考慮していないことの示唆でもあり、同条を考慮しないことの妥当性如何が本判決の立憲主義上の妥当性の帰趨を決することとなろう。そして、同条を考慮しないことの妥当性は、取材の自由に対する現在の支配的な学説の理解から、改めて評価を受けることは免れえない。

学説には、取材源秘匿権の問題について、憲法保障の問題ではなく、憲法政策の問題とする見解ないしは立法政策の問題とする見解がある²³⁾。かかる憲法保障の問題と憲法政策ないしは立法政策の問題の差異については、憲法保障の問題ではなく憲法政策ないしは立法政策の問題とした場合、民主政過程を経なければならないことから、スクリーニングの問題を取って選択する要因が目される。

また、学説には、「このような特権を与えることの利害得失や、どの範囲の報道関係者に与えるべきかについて立法的判断を要し、判決のとった態度を〔患者と医師同様の保護に値するという上告人の実質論に対し〕形式的と非難するのは当たらない。²⁴⁾」との見解がある。これこそが、支配的な学説がまさしく危惧しているスクリーニングといえよう。この見解は、支配的な学説が危惧しているスクリーニングに対する再考を促しているのかもしれない

²³⁾ 小山剛「取材源の秘匿——取材源秘匿権と憲法二一条」月刊法学教室236号、20-21頁(2000年)。

²⁴⁾ 尾吹善人「取材源の秘匿と表現の自由」憲法判例百選Ⅰ、76-77頁(1980年)。

ない。

そして、取材源秘匿権の享有主体（性）については、「どのような場合に、どのマス・メディアの関係者に、証言拒絶権を認めるべきかは、立法論の次元で慎重に考慮されなければならない。²⁵⁾」（傍点は著者による。）との見解がある。これはまさしく、支配的な学説が忌避している、プレス（マス・メディア）に対するスクリーニングであり、たとえ、「慎重に考慮」がなされていたとしても、その前提として、憲法解釈上の許容性が確認されなければならない、といわれよう。

そもそも、医師と患者（公衆は受動的に患者となり得る）の関係などのマジョリティの問題とは異なり、ジャーナリストと取材源（公衆は能動的にのみ取材源となりうる）の関係はいわばマイノリティの問題であり、単純には多数決原理のはたらく立法政策の問題とすることは、果たして妥当なのであろうか。また、ジャーナリストは、政治的な問題を追及（批判）する立場にもあり、立法府にとってはときには敵対的な存在でもあるため、（プレスの）特権を付与されるジャーナリストの人権享有主体性に関わる問題は、そもそも立法政策には馴染まない、ともいえよう。これは、支配的な学説が危惧しているスクリーニングの問題である。ただし、このマイノリティの問題という点については、博多駅事件決定において、国民（公衆）の知る権利への貢献という間接的なかたちではあるけれども、取材源やジャーナリストというマイノリティの問題から国民というマジョリティの問題へと敷衍され、その結果、取材の自由については、憲法上の保障にこそ至ることはなかったものの、憲法上の配慮（「十分尊重に値いする」）の余地が生まれたもの、とも評価できよう。

なお、学説には、本判決が刑事訴訟法上取材源に対する新聞記者の証言拒絶権を否定したことについて、「理論づけがあまりに形式的に過ぎている。もっと、実質的に掘り下げた納得のいく理由が欲しい。」とする見解がある²⁶⁾。

²⁵⁾ 尾吹善人「取材源の秘匿と表現の自由」憲法判例百選Ⅰ〔新版〕, 49頁（1968年）。

²⁶⁾ 鴨良弼「ニュース・ソースと新聞記者の証言義務」続刑事訴訟法判例百選〔第二版〕, 181頁（1965年）。なお、本判決が実質論に言及するまでもなく、形式論を以てして応えたものと捉えることもできる。

たしかに、帰結主義的には、かかる指摘は妥当だろう。しかしながら、たしかに、博多駅事件決定およびNHK事件決定では、本判決よりも実質的ともみなしうる根拠こそ示されてはいるけれども、本件とは事案において異同がある、とは少なくともいえよう。すなわち、本判決は、コンフィデンシャルな(内々の信頼関係に基づく)情報を争点としていたことに対して、博多駅事件は、放映済みのノンコンフィデンシャルな情報を争点としており、また本判決は刑事訴訟であるのに対して、NHK事件は民事訴訟²⁷⁾であり、それぞれ事案の文脈において異同があるのであり、これらの文脈における異同を根拠として実質的な理由を示さないことの是非は措くとしても、本判決が取材源秘匿における始原的な事案であるがゆえの形式的な理由の十分性如何は別論としても、事案の射程における異同を伴うことをも斟酌しなければならないために、一概にはパラレルに論ずることはできないだろう。両事案のほうがよりセンシティブであり、本件がより典型的(古典的)であったために、「理由」を要しないものと考えられる余地があった。ただし、それでも、「理由」を付することは、論証の強化に資するだろう。

5 むすび

既述により、本判決の射程(先例拘束性)、そして意義に関しては、以下のとおり、示唆することができる。

取材源秘匿権における、証言拒否事件と提出命令拒否事件との事案上の異同については、博多駅事件決定およびNHK事件決定では本判決を引用こそしてはいないけれども、近時の判例では、提出命令拒否事件においてNHK事件決定(証言拒否事件)が引用されており、またそもそもNHK事件決定は、博多駅事件決定(提出命令拒否事件)を引用していることから、少なくとも判例上、両決定は異なる文脈にあるとはいえない²⁸⁾。したがって、両事

²⁷⁾ そして、取材源秘匿権における刑事事件と民事事件との異同については、以下参照。前田正義「いわゆる取材源秘匿権の法的諸問題」海保大研究報告、60巻1号、72-76頁(2015年)。

²⁸⁾ しかしながら、学説には証言拒否事件と提出命令拒否事件とを異なる文脈にあるとして区別したうえで、双方の事案に異なる審査基準を適用するものが多い状況については、以下の先行研究を参照されたい。前田正義「いわゆる取材源秘匿権の法的構成——証言

案の文脈においても、本判決が引用されていないことから、事実上の本判決の先例拘束力は、認められていないとも評価することができる。しかしながら、既述のように、博多駅事件決定において、取材源秘匿権を包摂する取材の自由が憲法上「十分尊重に値いする」とされるにとどめられたことから、本判決には憲法上の先例拘束力が依然として残されているのであり、そこに、本判決の意義があるものと考えられる。

そして、取材の自由について、博多駅事件決定は、「憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値いする」と言及していたことから、翻って、本判決は、取材の自由について、既述のとおり憲法上の保障を否定はしていない。したがって、博多駅事件決定が憲法保障を享受するとした報道の自由とは異なり、取材の自由については根拠を明示することなく憲法上「十分尊重に値いする」としたのは、同決定が本判決を踏襲することについての依然とした黙示であったのかもしれない。同時に、この黙示は、「未だいたいことも定まら〔ない〕」に過ぎない取材過程（取材の自由）が憲法上「十分尊重に値いする」ととどまることの黙示であるとも受けとることができる。このような本判決という先例（拘束性）の下に、博多駅事件決定と同様にNHK事件決定が位置づけられるとするのであるならば、取材源秘匿についての民事訴訟法上の法的根拠は別論としても、取材源秘匿（権）、さらには取材の自由の憲法保障上の根拠の脆弱性を窺い知ることができたのかもしれない。

さらに、報道の自由の下位に位置づけられている取材の自由について、本判決後の博多駅事件において最高裁は、取材の自由は憲法上「十分尊重に値いする」としており、取材の自由が本判決にいう「次ぎから次ぎへと」拡張されたものとしても理解することもできよう。ただ、同決定は、報道の自由とは異なり、取材の自由を憲法21条の保障の下には据えてはいない。さらに、本判決後の最高裁は、民事事件において取材源の秘匿を適用した²⁹⁾けれども、刑事事件においては、取材源の秘匿を適用するには至ってはいない。したがって、取材の自由は、「次ぎから次ぎへと」拡張されなかったものといえるのであり、その意味においても、本判決の先例拘束性は、損なわれて

拒否と取材物件提出拒否——」海保大研究報告，59巻2号，23-50頁（2015年）。

²⁹⁾ 最三小決平成18年〔2006年〕10月3日民集60巻8号2647頁。

いるものではないといいえよう。

本判決は、支配的な学説からは取材の自由を否定したことについて批判を受けているけれども、また取材の自由についての先例とされる博多駅事件決定との整合性が問われるのではあるけれども、既述のように、本判決は、先例としての価値については依然として命脈を保っている、といえよう。それだけに、博多駅事件決定は、その意義というだけではなく、本判決の意義を奇しくも一層際立たせることともなるのであり、したがって、本判決は未だ息衝いている、といいえよう。

本件判決の事案については、取材源の秘匿が旧来から争点となってきた刑事事件であり、また取材源秘匿の核心に位置するものと考えられてきたコンフィデンシャルな情報が争点となり、さらにアメリカなどにおいて旧来から訴訟上争われてきたジャーナリストの証言拒否、という始原的な事案であるといえるだけに、今日においても、取材源秘匿権についての指標的な意義をも有しているもの、と奇しくもいえるのだろう。

したがって、本判決の意義について、既述のとおり、本判決が以後の最高裁の判断との整合性を依然として保ち続けているものとみることができるため、取材の自由について、憲法上、「十分尊重に値する」(博多駅事件決定)ものとして留保したうえで、あたかもその法律上の解釈指針をふまえて、取材源秘匿権を適用する本判決以降の最高裁の立場³⁰⁾は、取材の自由および取材源秘匿権に対して、必ずしも積極的ではないことを逡及的に本判決が暗示(傍証)していた、と評することは許されよう。

³⁰⁾ 最二小決平成元年〔1989年〕1月30日刑集43巻1号19頁、最二小決平成2年〔1990年〕7月9日刑集44巻5号421頁、最大決昭和44年〔1969年〕11月26日刑集23巻11号1490頁。