

〔最高裁民訴事例研究 四一〇〕

平一八七 (最高裁民集六〇巻八号二六四七頁、裁判所時報
一四二一号一三頁、判例時報一九五四号三四頁、判例タイ
ムズ一二二八号一一四頁)

報道関係者の取材源に関する証言拒絶権

証拠調べ共助事件における証人の証言拒絶についての決定に
対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件 (平一八年 (許)
第一九号、平成一八年一〇月三日第三小法廷決定、棄却)

〔事実〕

A社は健康・美容アロエ製品を製造、販売する企業グルー
プの日本における販売会社である。本件原告人のうち、X₁は
上記企業グループのアメリカ合衆国 (以下「合衆国」とい
う) における関連会社であり、X₂、X₆ (以下X₁、X₆を「X
ら」という) はA社の社員持分の保有会社、その役員らであ
る。

日本放送協会 (以下「NHK」という) は、平成九年一〇
月九日午後七時のニュースにおいて、A社が原材料を水増し

して七七億円余りの所得隠しをし、日本の国税当局から三五
億円の追徴課税を受け、また、所得隠しに係る利益が合衆国
の関連会社に送金され、同会社の役員に流用されたとして、
合衆国の国税当局 (米国内国歳入庁。以下「IRS」とい
う) も追加徴税をしたなどの報道をし (以下「本件NHK報
道」という)、翌日、主要各新聞紙も同様の報道をし、合衆
国内でも同様の報道がされた (以下、これらの報道を一括し
て「本件報道」という)。本件相手方は、本件NHK報道当
時、記者としてNHK報道局社会部に在籍し、同報道に関す
る取材活動をした。

Xらは、IRSの職員が、平成八年における日米同時税務
調査の過程で、日本の国税庁の税務官に対し、国税庁が日本
の報道機関に違法に情報を漏えいすると知りながら、無権限
でしかも虚偽の内容の情報を含むA社およびXらの徴税に関
する情報を開示したことにより、国税庁の税務官が情報源と
なって本件報道がされ、その結果、Xらが、株価の下落、配
当の減少等による損害を被ったなどと主張して、合衆国を被
告として損害賠償請求訴訟を合衆国アリゾナ州地区連邦裁判

所に提起した（以下、「本件基本事件」という）。本件基本事件においては、①IRSは国税庁に対し日米租税条約および合衆国法規（タイトル二六、セクション六一〇三）の機密保持義務に違反する情報開示をしたか、②IRSは、国税庁が日米租税条約二六条に定める機密保持義務に違反して日本のマスコミに対し、情報漏えいを知り、または知りうべきであったか、③国税庁は日本のマスコミに対して本件報道に係る情報を漏えいしたか、の三点が主要な争点であり、本件基本事件被告合衆国はこれらの問題について否認しない疑問視している。

Xらは、本件基本事件における開示（ディスクバリー）の手続において、日本に居住する相手方の証人尋問を前記連邦地方裁判所に申請した。同裁判所は、今後の事実審理（トライアル）のために必要であるとして、平成一七年三月三日付で、二国間共助取決めに基づく国際司法共助により、わが国の裁判所に対し、上記裁判所の指定する質問事項について、相手方の証人尋問を実施することを嘱託した。

前記嘱託に基づき、平成一七年七月八日、相手方の住所を管轄する原々審において相手方に対する証人尋問が実施されたが、相手方は質問事項のうち、本件NHK報道の取材源は誰かなど、その取材源の特定に関する質問事項について、職業の秘密に当たることを理由に証言を拒絶した（以下、「本件証言拒絶」という）。

原々審は、Xらおよび相手方を書面により審尋したうえ、本件証言拒絶に正当な理由があるものと認める決定をし、Xらは、本件証言拒絶に理由がないことの裁判を求めて、原審に抗告したが、原審は、報道関係者の取材源は民訴法一九七条一項三号所定の職業の秘密に該当するなどとして、本件証言拒絶には正当な理由があるものと認め、抗告を棄却した。そこで、Xらが許可抗告を申し立て、抗告が許可された。

〔決定要旨〕

抗告棄却

「民訴法は、公正な民事裁判の実現を目的として、何人も、証人として証言をすべき義務を負い（同法一九〇条）、一定の事由がある場合に限って例外的に証言を拒絶することができる旨定めている（同法一九六条、一九七条）。そして、同法一九七条一項三号は『職業の秘密に関する事項について尋問を受ける場合』には、証人は、証言を拒むことができると規定している。ここにいう『職業の秘密』とは、その事項が公開されると、当該職業に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になるものをいうと解される（最高裁平成一一年（許）第二〇号同一二年三月一〇日第一小法廷決定・民集五四巻三号一〇七三頁参照）。もともと、ある秘密が上記の意味での職業の秘密に当たる場合においても、そのことから直ちに証言拒絶が認められるものではなく、そのうち保護に値する秘

密についてのみ証言拒絶が認められると解すべきである。そして、保護に値する秘密であるかどうかは、秘密の公表によって生ずる不利益と証言の拒絶によって犠牲になる真実発見及び裁判の公正との比較衡量により決せられるというべきである。

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。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となる。

そして、この比較衡量にあたっては、次のような点が考慮されなければならない。

すなわち、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

明の自由と並んで、事実報道の自由は、表現の自由を規定した憲法二一条の保障の下にあることはいうまでもない。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（最高裁昭和四四年（し）第六八号同年一月二六日大法廷決定・刑集二三卷一一号一四九〇頁参照）。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というべきである。そうすると、当該報道が公共の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、そのために当該証言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、証人は、原則として、当該取材源に係る証言を拒絶することができるもの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 NHK 報道は、公共の利益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、本件基本事件は、株価の下落、配当の減少等による損害の賠償を求めているものであり、社会的意義や影響のある重大な民事事件であるかどうかは明らかでなく、また、本件基本事件はその手続がまだ開示（ディスクバリー）の段階にあり、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。

したがって、相手方は民法一九七条一項三号に基づき、本件の取材源に係る事項についての証言を拒むことができるというべきであり、本件証言拒絶には正当な理由がある。」

〔評釈〕

本件証言拒絶に正当な理由があると認めた、本決定の結論は妥当であるが、結論に至る理由付けには疑問点がいくつかある。

一 本決定の判例上の位置付けと意義

1 民事訴訟における取材源（情報提供者）秘匿のための報道関係者の証言拒絶権が問題になった事案としては、旧民法下の昭和五四年（一九七九年）に北海道新聞記者事件⁽¹⁾があり、第一審、抗告審、特別抗告審のすべてにおいて証言拒絶が認められた。⁽²⁾⁽³⁾ただし、同事件の特別抗告審で

ある最高裁は、実質的な理由付けをせずに、特別抗告を却下したため、これまで同事件の抗告審決定である札幌高裁決定が先例とされていた。本決定は、最高裁が報道関係者の取材源に関する証言拒絶権を根拠を示して認めた最初の判例であり、その意義は大きい。そして、既に公刊された本件評釈の中には、本決定は、取材源の秘匿に重要な価値を認めた点で、札幌高裁の決定の趣旨をさらに進め、本決定により取材源に関する報道関係者の証言拒絶が原則として可能になったと指摘するものもある。⁽⁴⁾

なお、本件基本事件においては、本件以外にも、読売新聞、共同通信、月刊テームスの記者ないし編集長に取材源についての証言を求める証人尋問が申請され、本件と同様に、わが国の裁判所で実施され、いずれにおいても証人は証言を拒絶し、拒絶の可否に関して複数の決定が下されている。⁽⁵⁾それらのうち、同じ裁判官による読売新聞記者事件第一審決定と月刊テームス編集長事件第一審決定は、一部の証言拒絶につき正当な理由なしとしており、とくに前者に対しては報道機関および学説から強い批判が提起された。⁽⁶⁾その他の決定はすべて結論において証言拒絶を理由有りとしている。とくに、最高裁として証言拒絶を認めた本決定は、報道の自由を守るものとして、おおむね好意的に受け

止められているが、つぎに述べるように、なお利益衡量により証言拒絶を認めない余地を残している点に対して、懸念も表明されている。⁽⁷⁾

2 本決定は、まず、報道関係者にとって取材源は民法一九七条一項三号が規定する職業の秘密に当たるとし、さらに、個々の事例で証言拒絶が認められるか否かは、秘密の公表（証言）により生ずる不利益と証言拒絶により犠牲になる真実発見、裁判の公正との利益衡量によって決まるところ、本件証言拒絶はこの利益衡量の結果は認でできるとの結論に至っている。学説上は、職業の秘密であっても、証言拒絶が認められるか否かは、なお、これを認めた場合と認めなかった場合の利益の比較衡量をして、判断すべきとする通説（以下「利益衡量説」という）⁽⁸⁾と、かような比較衡量は不要とする有力説（以下、「利益衡量否定説」という）⁽⁹⁾とが対立している。実務では、北海道新聞記者事件⁽¹⁰⁾抗告審決定はかような利益衡量を行⁽¹¹⁾ったが、本件報道にかかわる読売新聞記者事件抗告審決定は利益衡量否定説を採用した。判例の立場はこれまで必ずしも明瞭ではなかった。本決定は、少なくとも文言上は、利益衡量説を採用しており、この点にも判例としての意味があると考えられる。ただし、筆者自身は、利益衡量否定説を支持するとともに

（その立場から、三で本決定に疑問を提起する）、本決定も、実際には、利益衡量を行⁽¹²⁾っているわけではないと解釈する余地がある、と考えている。

二 取材源の「職業の秘密」該当性

取材源が開示されると、報道関係者と取材源となる者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、報道機関の業務の遂行が困難になるので、取材源は報道機関にとって民法一九七条一項三号の職業の秘密に該当する。この点で判旨は正しい。

ただし、取材源は、民法一九七条一項三号の職業の秘密に関する事項であると同時に、同条項二号所定の医師、弁護士等の職にある者の職務上知り得た事実と同様のものでもある、と解する学説がある。⁽¹⁵⁾ たしかに、取材源の秘匿は、報道機関の職務遂行に資するのみならず、報道機関を信頼してこれに情報を提供した取材源にとっても利益になる。

この点で、報道関係者と取材源の関係は、医師とそれを信頼して病状等のプライバシーをうち明ける患者や、弁護士とそれを信頼して依頼した事件にかかわる事項をうち明ける依頼者等の関係に共通する面がある。また、本決定理由中에서도述べられているように、報道は、国民が国政に関与

するについて重要な判断の資料を提供するという点で、民主主義社会を成り立たせるために不可欠なものであるため、取材源に関する証言拒絶には憲法上の保護、すなわち憲法二一条による保護が及ぶと解される⁽¹⁶⁾。これらのことを考えると、取材源に関する証言拒絶を民法一九七条一項二号の適用によって認めることも、考えられないではない。

しかし、二号では職業が限定的に列挙されているので、公認会計士、会計士補（会計士二七条）、税理士（税理士三八条）、調停委員（民調三七条、家審三〇条）等、守秘義務が民法以外の法令において明示的に定められているものは別として、それ以外の職業に同号を適用することは、立法論としてはともかく、現行法の解釈論としては、難しい⁽¹⁷⁾。

ちなみに、現行民法の制定過程において、報道関係者の証言拒絶権についても明文規定を設けることが検討されたが⁽¹⁸⁾、結局そのような立法は見送られた⁽¹⁹⁾。

三 利益衡量の必要性、および、本決定が提示する衡量の基準に対する疑問

1 本決定は、右のように、取材源は職業上の秘密に当たるとしたうえで、個々の事例で取材源に関する証言拒絶

が認められるか否かは、証言がなされることによる不利益と証言拒絶による不利益の比較、すなわち利益衡量により決まるとする。具体的には、「①当該報道が公共の利益に関するものであって、②iその取材の手段、方法が一般の刑罰法令に触れるとか、ii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、③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、そのために当該証言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」(①…、i…は筆者が加筆した)、言い換えれば、「証言拒絶が認められるとしている。そして、本件NHK報道は公共の利益に関する報道ではあるが、本件基本事件が社会的意義や影響のある重大な民事事件であるかは明らかでないとした。このような利益衡量の基準の立て方には以下のような問題がある、と筆者は考える。

2 まず、③に「…といった事情が認められない場合には…秘密は保護に値する」と書かれているため、なにが証言拒絶権が肯定されるための、または否定されるための要件とされているかが、解りにくい、基本的には「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」ことが、証言拒絶権否定ための要件、すなわち消極的要件とされていると解される。しかし、民事訴訟は、私法上の権利を保護ないし実現するための制度であるから、当該事件の当事者の利益（私益）を越えて社会的意義や影響のある民事事件は、その「意義や影響」を法律の直接的なものと解するかぎり、そもそも存在しないのではないだろうか。

本件基本事件は、外国である合衆国を被告として同国の裁判所に係属中の同国の公務員の違法行為を理由とする損害賠償請求事件である。それがアメリカ法上いかなる性質の事件であるかを明らかにするには、アメリカ法の知識が必要であるが、おおむね日本の国家賠償請求事件に相応するものであろう。国家賠償請求権が私法上の権利か公法上の権利かは、議論されているが、前者と解するのが現在のわが国では一般的なようである。⁽²⁰⁾ 本決定もそのような理解を暗黙の前提にしていると思われる。しかし、そのように解するとしても、国家賠償請求事件には公権力の行使を監視し、違法な行使を是正する機能がある。もともと、本件基本事件は、右に述べたように、外国を被告とし外国に係属中の訴訟であるので、右の機能を肯定するとしても、そ

れは、直接にはわが国ではなく外国の公権力を監視し是正する機能である。しかし、そうであるとしても、本件基本事件は原告である私人個人の利益を越えて社会的意義や影響を有するものと解する余地がある。そのような訴訟についてすらこれらを否定し去る（決定理由は「……明らかでない」と述べている）のであれば、いったいどのような民事事件に社会的意義や影響力があると言うのであろうか。

この点につき、本件評釈中には、同様の被害者が多数存在する被害や公害に基づく損害賠償請求訴訟を示唆するものがある。⁽²¹⁾ これらの訴訟の判決として、その既判力は他の被害者に及ばない（民訴一一五条一項）が、たしかに、訴訟の結果は、事案によっては、社会に大きな事実上の影響を及ぼすであろう。それゆえ、これらの訴訟には社会的意義や影響があると言えるかもしれない。しかし、そうであるならば、本件基本事件にも——意義の内容や影響の仕方は当然異なるが——それらがあると言えるのではないだろうか。

それにもかかわらず、それらを否定している本決定を前提にすれば、利益衡量の幅は、実際には無いに等しいと言うのが言い過ぎであるなら、きわめて狭いと言える。前述のように、本決定により今後取材源に関する証言拒絶が原

則として可能となったとの指摘があるが、そのとおりであろう。⁽²²⁾

3 「社会的意義や影響のある重大な民事事件」であることを、証言拒絶権の否定のための要件とすることは、以下の観点からも問題である。

社会的に重大な事件であれば、真実の発見が社会的に要請されるのは当然であるが、そうであればむしろ取材源の秘匿がよりいっそう必要になるのではないだろうか。なぜなら、訴訟で真実を探究しようとして取材源についての証言拒絶権が否定されること、言い換えれば、法律上証言が強制されることが、報道関係者の取材活動に対する障害になり、それゆえ真実の探究を困難にするからである。ただし、前者の真実は、当該訴訟で問題になっている報道対象をめぐる真実であり、後者の真実は、将来生じることのありうる社会的に重大な事件をめぐる真実であるから、同じ「真実」という言葉であっても、その内容は異なる。筆者が、前者の真実の探求が後者の真実の探求の障害になると述べているのは、その後の取材活動における真実探究の障害になるという意味である。仮に社会的に重大な事件の報道に関しては取材源に関する証言拒絶権が否定されるというルールが社会に根付いたならば、かような事件ほど真実

の報道が困難になってしまふ虞が生じる。筆者は、以上の点を考慮して、取材源に関しては、原則として、事件の社会的重大性を利益衡量の基準にすることなく、報道関係者の証言拒絶権を認めるべきである、と考える。

ただし、筆者は、たとえ外形上報道活動のようであつても、実質上報道の名に値しないものについては、例外として証言拒絶権が認められない場合があり得る、と考える。たとえば、芸能人のゴシップ報道がこれに当たると言えよう。ゴシップ報道による損害賠償請求訴訟で取材源が問われることがある。ゴシップ報道には社会的重大性がないか、あつてもきわめて低いと言える。そしてそのことがむしろ、証言拒絶権を否定する根拠になる。しかし、私見によれば、ゴシップ報道をすることは、そもそも民法一九七条一項三号の「職業」に当たらない。すなわち、報道の内容によっては例外的に取材源についての証言拒絶権が否定される場合もあり得るが、そのような場合であるか否かの判断は、職業該当性の判断としてなされるのであつて、職業に当たるとしたうえでなされるとされる利益衡量としてなされるものではない。

4 利益衡量説は証拠の必要性、代替証拠の有無を利益衡量の基準の一つにしている。⁽²³⁾ 本決定も③において、「当

該証言を得ることが必要不可欠である」ことを、証言拒絶権を否定するための要件としている。

しかし、必要性を欠く証拠については、もともと証拠調べの可否が問題になることはない。真実発見に必要不可欠と思われる証言の拒絶を許すことに、証言拒絶権の存在意義があるのではないだろうか。言い換えれば、利益衡量否定説の立場に立つ先行学説が述べているように、法が証言拒絶権を認めるのは、真実発見を犠牲にしても、守るべき利益があるとの配慮からである。⁽²⁵⁾ この点からも、筆者は、本決定に問題があると考ええる。

5 ①と③の関係も、以下に述べるように、問題である。まず、①で言われている「公共の利益」の意味するところが明確でない。成文法である憲法や民法では、これに類似する「公共の福祉」という言葉が使われている(憲一二条後段・一三条後段・二九条二項等、民一条一項)。「公共の利益」がこれら成文法上の概念である「公共の福祉」と同義であるのか、別の意味であるのか、別の意味とすれば、いかなる意味であるかが、明らかでない。しかし、少なくとも個人の利益(私益)とは別の社会の利益と解して、大きな誤りはないであろう。一方、③で言われている「社会的意義や影響のある重大な民事事件」の報道は、社会の利

益にもかかわるものと考えられる。

したがって、ある報道が「公共の利益」に關しているということと、報道の対象が「社会的意義や影響のある重大な民事事件」であるということは少なくとも同様の方向を旨指していると言うことができよう。ところが決定理由は、証言拒絶を認めるために、①で、報道が「公共の利益」に關するものであることを要件(積極的要件)とし、③で、「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……当該証言を得ることが必要不可欠でないことを、要件としている(前述のように、消極的要件)」。そこで、①と③は抵触しているのではないかとの疑念が生じる。

ただし、①では、当該事件につき自由な報道がなされること自体が公共の利益にかなうか否かが、問題にされ、③では、報道の対象である事件の社会的重大性が問題にされていると解釈すれば、①と③の間に抵触はないと言える。そして、そのような解釈が本決定の真意に沿っているのかもしれない。しかし、いかなる報道対象であれ、原則として自由に報道されることが公共の利益にかなっていることは当然のことである(強いて言えば、前述のように、芸能人のゴシップ報道が例外か)。したがって、①を右のよう

に解釈するとすれば、それはわざわざ利益衡量の要素にするまでもないことである。

6 ②iで言われている「取材の手段、方法が刑罰法令に触れる」場合とは、記者等の報道関係者が執拗なまたは狡猾な取材活動を行い、強要罪（刑二二三条）や国家公務員に対する秘密漏えいのそそのかしの罪（国公一一一条。以下「そそのかしの罪」という）等により罰せられるべき場合のことであろう。このこととの関連で、判例も、取材の自由の重要性に鑑み、取材活動の違法性の判断に慎重ではあるが、取材活動であることを理由に当然に違法性が阻却されるとしているわけではなく、実際に、著名な外務省秘密電文漏えい事件において新聞記者がそそのかしの罪で有罪判決を受けている⁽²⁶⁾。この判例の立場と本決定②iの基準を前提にするならば、報道機関の取材活動のあり方いかんによっては、証言拒絶権が否定されることがあり得る。この否定は、そのような取材手段を執った者は保護に値しない、という考慮によるのであろう。しかし、報道関係者の側については仮にそのように解することができるとしても、取材源の立場も考慮しなければならない。たとえば情報を提供したことが強要罪やそそのかしの罪による結果であるとしても、情報提供の事実が判明するのは、多くの取

材源にとって迷惑であり、望まないところであろう。

たしかに、報道関係者に取材源に関する証言拒絶権が付与されているのが、二で述べたように、取材源が民訴法一九七条一項三号所定の報道機関の職業の秘密であるからであって、同条同項二号所定の場合のように秘密を打ち明けた者を保護するためではないとの考え方を貫くならば、報道関係者側に守るに値する利益がなければ、証言拒絶権が否定されるのもやむを得ない、という結論になりそうである。しかし、強要もそそのかしも受けることなく、自由な意思により情報を提供した者は、取材源であることを開示されずにすむ（それ自体は正しいことである）のに、強要されてあるいはそそのかされて情報を提供した者は、情報提供の事実を暴かれてしまうというのは、衡平でなく妥当でもない。したがって、刑罰法令に触れる手段、方法で取材がなされた場合にも、取材源の開示は阻止されるべきである。しかし、民訴法一九七条一項二号・三号の解釈論からこの結論を導き出すことは難しい。それではなから導き出すのであろうか。本件では取材側は刑罰法令に触れていないと認定されているので、詳細に論じることはいないが、筆者は一応、情報源であることの開示が、強要ないしそそのかしの結果情報を提供してしまった者の尊厳や自由

権を害し、したがって憲法一三条に反することが、この結論のための理由になるのではないか、と考える。

なお、読売新聞記者事件第一審決定は、取材源の情報提供が刑罰法令（具体的には、国公法一〇九条一二号・一〇〇条一項、法人税法一六三条）に触れる場合には、取材源の開示により生じると予測される取材活動への悪影響は法的保護に値しないとして、証言拒絶権を認めなかった。本決定理由が述べていること（②i）と、やや紛らわしい。しかし、本決定理由が証言拒絶権を否定しているのは、報道関係者の側に刑罰法令違反があった場合であり、読売新聞記者事件第一審決定が証言拒絶権を否定しているのは、取材源の側に刑罰法令違反があった場合である。

7 ②ii の、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場合には、証言拒絶権が認められないということは、一応是認されよう。このような場合には、開示によって取材源と報道機関との信頼関係が損なわれることはなく、それゆえ、報道機関の職業が深刻な影響を受け、その遂行が困難になることもないからである。

ただし、証人尋問を受けた報道関係者が、取材源の承諾があったとの理由で、自ら取材源を明かしてしまうならともかく、報道関係者が取材源に関する証言を拒絶し、それ

ゆえ誰が取材源であるかが判らないのに、取材源の承諾があると認定されるような事態は考えにくい。したがって、利益衡量説に従うとしても、②ii の基準によって証言拒絶権が否定されるという事態は、現実には起こらないであろう。

8 本決定は、証言拒絶権を認める理由の一つとして、基本事件の手続が開示（ディスカバリー）の段階にあることを挙げている。これを反対解釈すれば、基本事件が事実審理（トライアル）の段階にきていれば、証言拒絶権が否定されるということになる。しかし、基本事件がどの段階にあるかは、証言拒絶権の消長を決するものではないはずである。この点でも本決定理由は疑問である。ただし、この点は、結論に至るための重要な根拠とされているわけではなく、付随的に述べられたものと推測される。

四 取材源に関する証言拒絶権との関連で生じるが、本決定では争点にならなかった問題

1 民事訴訟における報道関係者の証言拒絶権に関して本件報道をめぐる一連の裁判（以下、「本決定等」という）以前には、前述のように、北海道新聞記者事件決定が唯一の先例であった。しかし、同事件では、証言を拒絶した記

者が所属する新聞社が新聞記事による名誉毀損に基づく損害賠償請求訴訟の被告であった。すなわち、証人が事実上一方当事者側の人物であった。それに対して、本決定等では、証人は基本事件のいずれの当事者からも法律上も事実上も独立した第三者である。このように、民事訴訟において報道関係者に取材源についての証人尋問がなされる事例には二つのタイプがある。⁽²⁷⁾

北海道新聞記者事件のような事例では、報道関係者の証言拒絶権が認められるとしても、証言拒絶が裁判官の心証形成に、したがって事実認定に影響を及ぼすか否か、及ぼすとすればいかなる影響か、という点が問題になり得る。⁽²⁸⁾

この問題は、理論上も実務上も重要である。しかし、本決定で争点になっているわけではないので、本稿ではこれを論じない。

2 既に北海道新聞記者事件決定を契機として、証言拒絶権の主観的範囲が問題になるとの指摘があった。すなわち、特定の報道機関に属さないフリーのジャーナリストや、最近ではインターネット記者にも証言拒絶権があるのかという問題である。⁽²⁹⁾これも、本決定で争点になっているわけではないので、本稿では論じない。

(1) かつては、証言を拒絶した報道関係者の姓を用いて「()記者事件」と事件を表示していたが、最近は個人名を用いず、新聞・雑誌名その他適宜の方法で表示するようになった。本稿において筆者もこれにならう。

(2) 第一審決定、札幌地決昭和五四年五月三〇日判時九三〇号四四頁判タ三八七号四八頁。抗告審決定、札幌高決昭和五四年八月三一日下民集三〇巻五八号四〇三頁判時九三七号一六頁判タ三九四号四七頁。特別抗告審決定、最決昭和五五年三月六日判時九五六号三二頁判タ四〇八号五六頁。

(3) 刑事事件としては、古くは、朝日新聞記者事件がある。事案は、刑法二二三条・二二六条に基づき取材源に関する証言を求められた新聞記者が、宣誓および証言を拒絶したところ、証言拒絶罪(刑法一六一条)で起訴されたというものである。最高裁は、取材源に関する証言拒絶権は憲法二一条の保障するところではないとして、これを否定した(最大判昭和二七年八月六日刑集六卷八号九七四頁)。しかし、最高裁は、最大決昭和四四年一月二六日刑集二三卷一四九頁(博多駅事件。本決定理由中에서도引用されている)で、取材の自由は憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値すると述べて、朝日新聞記者事件における考え方を変更した、と言われている。

(4) 一井泰淳「下久保寛「本件判批」新聞研究六六五号三

三頁(二〇〇六年)、鈴木秀美「本件判批」判例セレクト二〇〇六(法学教室三二八号別冊)八頁(二〇〇七年)。大工強「本件判批」金商一二六号四頁(二〇〇七年)も、本決定は札幌高裁決定よりも証言拒絶権の範囲を広げた、と解している。

(5) 本件原々審決定、新潟地決平成一七年一〇月一一日判タ一二〇五号一一八頁。原審決定、東京高決平成一八年三月一七判時一九三九号二三頁判タ一二〇五号一一三頁。読売新聞記者事件第一審決定、東京地決平成一八年三月一四判時一九二六号四二頁。同抗告審決定、東京高決平成一八年六月一四判時一九三九号二三頁。同許可抗告審決定、最決平成一八年一〇月一七判例集未登載。共同通信記者事件第一審決定、東京地決平成一八年四月二四判例集未登載。同抗告審決定、東京高決平成一八年一〇月一九日判例集未登載。月刊テームス編集長事件第一審決定、東京地決平成一八年五月二二判タ一二〇二号二四六頁。同抗告審決定、東京高決平成一九年二月二二判例集未登載。判例集未登載の決定については、右崎正博「取材源についての証言拒絶に関する最高裁決定」法時七九巻五号一頁以下(二〇〇七年)等によった。

(6) たとえば、読売新聞二〇〇六年三月一五日朝刊一面、社会面、朝日新聞同日朝刊一面、第二社会面、服部孝章『取材源の秘匿』をめぐる報道の自由と知る権利』法七六

二〇号八頁以下(二〇〇六年)。本注および次注における新聞の引用は縮刷版によった。

(7) たとえば、読売新聞二〇〇六年一〇月四日朝刊一面、社会面、朝日新聞同日朝刊一面、第三社会面。

(8) 柏木邦良「企業秘密と証言拒絶」『新実務民事訴訟講座2』一三七頁以下(日本評論社、一九八一年)、小島武司「証言拒絶権の範囲——技術・職業の秘密」伊藤眞ほか『演習民事訴訟法2』一七九頁以下(有斐閣、一九八五年)、兼子一ほか『条解民事訴訟法』一〇〇〇頁(松浦馨)(弘文堂、一九八六年)、遠藤功「証言拒絶権の要件」『民事訴訟法の争点』二六七頁(有斐閣、新版、一九八八年)、菊井維大・村松俊夫『民事訴訟法Ⅱ』五〇三頁(日本評論社、全訂版、一九八九年)、谷口安平・福永有利編『注釈民事訴訟法(6)』三二二頁以下(坂田宏)(有斐閣、一九九五年)、春日偉知郎「証言拒絶権」『講座新民事訴訟法Ⅱ』一四六頁以下(弘文堂、一九九九年)、早田尚貴「証言拒絶権」『民事証拠法大系第3巻』七七頁以下(青林書院、二〇〇六年)等。坂原正夫「判批」Law School 一五号六五頁(一九七九年)も利益衡量説に分類できよう。また、小林秀之「証言拒絶権・秘匿特権」民商九〇巻四号九四頁(一九八四年)も利益衡量説を前提にしていると言えよう。

(9) 伊藤眞『民事訴訟法』三五一頁以下(有斐閣、第三版補訂版、二〇〇五年)、松本博之・上野泰男『民事訴訟法』

四〇二頁（弘文堂、第四版補正版、二〇〇六年）、青柳幸一「本件判批」ひろは六〇巻五号七五頁以下（二〇〇七年）、川嶋四郎「判批」法セ五六二号一一頁（二〇〇一年）。

(10) 「利益衡量説」と「利益衡量否定説」の名称のうち、後者は必ずしも実務や学説に定着したものではないが、本稿では便宜上これらの名称を用いる。なお、読売新聞記者事件第一審決定に対する判例時報のコメント（同誌一九二六号四三頁）では後者の見解を「定型的判断説（利益衡量否定説）」と名付けている。

(11) 北海道新聞記者事件第一審決定は、小林・前掲注(8)七四頁が指摘しているように、代替証拠の有無のみを問題にしている。

(12) ちなみに、北海道新聞記者事件当時において、取材源に関する証言拒絶権に関する学説は、肯定説（一般に拒絶権を肯定する見解）、制限肯定説（公表か今後の取材に支障をきたすとか、公表しないことが社会的にみて職業上の義務と考えられる場合に限定して、拒絶権を肯定する見解）、折衷説（証言が、性質態様上、代替性がないなどの重要訴訟では取材内容が重要要証事実に当たり、また取材源が不可欠の証拠である場合などは取材源は職業上の秘密に該当しないが、そうでない場合には該当する、という見解）に分類されていた。詳細は、斎藤秀夫編『注解民事訴

訟法(5)』四六頁以下（第一法規、初版、一九七七年）、堀部政男「記者の証言拒否権——札幌地裁決定と学説——」新聞研究三三六号七四頁以下（一九七九年）、坂原・前掲注(8)六四頁以下、住吉博「判批」判タ四一一号二六五頁（一九八〇年）等参照。

(13) 前掲注(5)東京高決平成一八年六月一四日。

(14) 本件決定理由中にも引用されている最決平成一二年三月一〇日民集五四巻三号一〇七三頁は、民訴法二二〇条四号ハ（当時はロ）を通して同法一九七条一項三号が適用された事案であるが、最高裁がこの点につきいかなる見解を前提にしているかについての解釈が分かれていた。松本博之「判批」リマークス二二号一二四頁（二〇〇一年）、加藤新太郎「判批」NBL七二七号七〇頁（二〇〇一年）、川嶋・前掲注(9)一一一頁、杉山悦子「判批」法協一二〇巻三号一九三頁（二〇〇三年）は、同伴例は利益衡量否定説をとる趣旨であると解しているのに対して、田邊誠「判批」ジュリ一二〇二号一一七頁（二〇〇一年）、町村泰貴「判批」法学教室二四一号一五九頁（二〇〇〇年）は、最高裁は利益衡量の必要性を否定しているわけではない、と解している。中西正「判批」判評五〇七号二五頁（二〇〇一年）もこの問題に言及している。

(15) 春日・前掲注(8)一四三頁、一五四頁以下。

(16) 現在の憲法学界においては、本文で述べたように考え

る学説が多数である。鈴木秀美「マス・メディアの自由と

特権」小山剛・駒村圭吾編『論点探究憲法』一六〇頁以下参照(弘文堂、二〇〇五年)。ただし、小山剛「取材源の秘匿」法学教室二六六号二〇頁(二〇〇〇年)は、証言拒絶権は憲法二二条に親和的権利であるが、同条の要請であるとまでは言えないと述べている。判例では、注(3)に引用した、博多駅事件決定や本決定等が、取材の自由は憲法二二条の精神から尊重されるべきであるとしている。

(17) 兼子ほか・前掲注(8)九九八頁以下(松浦)、斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(7)』四三六頁以下(第一法規、第二版、一九九三年)、伊藤・前掲注(9)三五〇頁、早田・前掲注(8)六八頁以下。ただし、谷口・福永編・前掲注(8)三一五頁以下(坂田)は、拡張解釈の可能性を認める。

(18) 法務省民時局参事官室編『民事訴訟手続の検討課題(別冊NBL二二二号)』第五証拠・二証人尋問・2・(三)証言拒絶権①(商事法務、一九九一年)、同編『民事訴訟手続に関する改正試案(別冊NBL二七号)』第五証拠・二証人尋問・2証言拒絶権(商事法務、一九九四年)。

(19) 筆者には、立法が見送られた経緯の詳細は不明である。報道関係者の立場から立法が実現しなかったことに対して批判する文献として、飯室勝彦「改正民法から消えたメディアの証言拒絶権」法セ五〇一号一八頁以下(一九九六

年)がある。

(20) 古崎慶良『国家賠償法』一一頁以下(有斐閣、一九七一年。復刻版、一九九九年)、村重慶一編『国家賠償訴訟法(裁判実務大系(18))』三頁以下(村重慶一)(青林書院、一九八七年)。古い文献であるが、古崎・前掲にそれ以前の学説の状況がまとめられている。

(21) 大工・前掲注(4)四頁がこれらを挙げている。

(22) 注(4)に掲げた、一井・下久保・判批、鈴木・判批。

(23) 利益衡量説は一般に衡量すべき事項として事件の性質、態様、軽重を挙げているが、それは本決定において言われている「社会的意義や影響のある重大」性と同義であろう。また、利益衡量否定説に立つ、伊藤・前掲注(9)三五一頁が利益衡量説に対して、「事件の公益性の程度」は利益衡量の明確な基準たり得ない、と批判するさいの「公益性」も右と同義であろう。

(24) 注(8)に同じ。

(25) 伊藤・前掲注(9)三五一頁はこの趣旨か。

(26) 最決昭和五三年五月三十一日刑集三三卷三三四五七頁。

(27) 住吉・前掲注(12)二六六頁、小林・前掲注(8)七六頁、曾我部真裕「本件判批」ジュリ一三三二二頁(二〇〇七年)が、北海道新聞記者事件のような事例と本件のような事例とがあり得ることを指摘している。

(28) 柏木・前掲注(8)一四六頁、伊藤眞「違法収集証拠・

証言拒絶権」井上治典・伊藤眞・佐上義和編『これからの民事訴訟法』一八五頁（日本評論社、一九八四年）、菊井・村松・前掲注（8）五〇五頁、谷口・福永・前掲注（8）三二七頁（坂田）、春日・前掲注（8）一五〇頁注（50）、早田・前掲注（8）八七頁以下等が証言拒絶と裁判官の心証形成の關係に言及している。

（29）住吉・前掲注（12）二六六頁、清水英夫「取材源の秘匿と公正な裁判」判タ三九九号一七頁（一九八〇年）、曾我部・前掲注（27）二二頁がこの問題に言及している。

〈追記1〉

本件の評釈や本件に言及する文献としては、本稿で引用した、一井・下久保・前掲注（4）、鈴木・前掲注（4）、大工・前掲注（4）、右崎・前掲注（5）、青柳・前掲注（9）、曾我部・前掲注（27）のほか、以下のものがある。川嶋四郎・法セ六二四号一〇六頁（二〇〇六年）一〇六頁、山田健太・民放二〇〇六年二月号三〇頁以下、長谷部恭男・ジュリ一三二九号二頁以下（二〇〇七年）、坂田宏・ジュリ一三二九号九頁以下（二〇〇七年）、松本博之・ジュリ一三三二号一二九頁以下（二〇〇七年）、松井茂記・法学教室三一九号三二頁以下（二〇〇七年）、飯田稔・亜大四一巻二号一五一頁以下（二〇〇七年）、安達栄司・ひろば六〇巻七号五七頁以下（二〇〇七年）。また、読売新聞記者事件第一審決定に言及する

ものとして、服部・前掲注（6）がある。

〈追記2〉

脱稿後初校までのあいだに、さらに本件評釈として、駒村圭吾・判評五八五号二五頁以下（二〇〇七年）が公刊された。

石渡 哲