

# 公証人の守秘義務と証言拒絶権再論（一）

波 多 野 雅 子

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 東京高裁平成4年6月19日決定（判タ856号257頁）の概説
  - 1. 事案の概説
  - 2. 札幌高裁昭和54年8月31日決定（下民集30巻5～8号403頁）の概説
  - 3. 「2」の判断をめぐる判例・学説状況
  - 4. 小 括 （以上、本巻本号）
- 三 証言拒絶権の本質
- 四 公正証書の特性
- 五 職業としての公証人の立場
- 六 おわりに

## 一 は じ め に

筆者は、以前「公証人の守秘義務と証言拒絶権－西独の判例・学説の検討－」（『公証法学』第15号1頁以下、1986年）という拙稿を書いたことがある。この当時、ドイツ（西ドイツと東ドイツが1990年に統合されたので、本稿においては「西ドイツ」ではなく、「ドイツ」として表記を統一する。）においても、わが国と同様に、公証人の守秘義務と証言拒絶権の関係が法律問題として論議されることはなかった。しかし、ミュンヘン上級地方裁判所決定（OLG München Beschl. v. 12. 5. 1981-25W835/81）が初めて公証人の証言拒絶権に関する判断基準を出した。そのことに端を発して、ミュンヘン上級地方裁判所決定の判断を考察対象とし、ドイツにおける連邦公証人法18条1項は、「公証人は、別段の定めのない限り、職務執行の際知り得た事件につき、何人に対しても守秘し、

また、公証人のもとで従事する使用人に対しても、この義務を遵守させなければならない。ただし、当事者が、公証人に対し、この義務を免除したときは、この義務は消滅する。当事者が死亡したとき、または、その当事者の意見を求めることがきわめて困難な場合には、当事者に代わって監督官庁はこれを免除することができる」としていたが、この連邦公証人法18条は、1998年に一部変更され、現行連邦公証人法は以下のような文言の規定になっている。「1項…公証人には守秘義務がある。この義務は職務を行使する場合に知ったものすべてに関係する。このことは、開示されたり、あるいは秘密保持の意義のない事実には該当しない。2項…守秘義務は、当事者がこのことに関する義務を免除したときは、この義務は消滅する。当事者が死亡したとき、または、その当事者の意見を求めることができない、あるいはその当事者の意見を求めることがきわめて困難な場合にのみ、当事者に代わって監督官庁はこれを免除することができる。3項…個々の場合につき、守秘義務に関して疑いがあるときは、公証人は、監督官庁の判断を仰ぐことができる。監督官庁の判断が、この義務を否定するかぎり、公証人の発言による公証人に対する種々の請求権は生じない。4項…公証人の守秘義務は、職務の消滅後においても、なお存続する。」なお、1項の文言に若干の変更が加えられ、全部で3項であったものが、4項になった程度の変更である。この連邦公証人法18条とドイツ民事訴訟法383条1項6号（個人的理由からの証言拒否として、以下の者は証言を拒むことができる。…その秘密保持が、その性質上または法規により要請されているため、守秘義務が認められている事実に関して、その官職、身分、職業上、信頼して開示された（*anvertraut*）事実を打ち明けられた者）との関係性、すなわち、ドイツにおける公証人の守秘義務と証言拒絶権の関係を比較法的観点から考察することにより、日本における同様の問題（公証人法4条と旧民事訴訟法281条1項2号）を考える契機とした拙稿の内容である。当然のことながら、ドイツ法と日本法における公証人法と民事訴訟法は、その条文の文言・内容を異にしているので、ドイツにおける問題点の指摘がそのまま日本における法的

問題点になると結論づけることはできない。特に、両国間において、「公証人」の任用形態・職務内容がかなり異なっている、という実情を問題考察の視野外におくことはできない。すなわち、ドイツにおいては、たとえば、公証人には、1) 専業公証人（ドイツ国籍を有し、司法試験と実務修習を経て、法曹資格（裁判官資格）を有し、さらに、公証人試補として最低3年の実務経験が必要である。）と、2) 弁護士公証人（この場合は、ドイツ国籍、司法試験、実務修習、法曹資格に関しては専業公証人と同様であるが、最低5年の弁護士登録と直近3年以上の当該地域での実務経験を有していることが必要である。）に2分類されている<sup>3)</sup>。しかし、日本の場合は、一定の試験に合格し、6ヶ月以上の公証人実務修習があること（公証人法12条。ただし、裁判官（簡裁の裁判官は除外）、検察官、弁護士の資格を有する者は、試験・実地修習は省略することができる。同法13条）という要件があり、1909年に公証人法が施行されて以来、2003年度に公証人試験が実施されるまで、一度も試験が行われることはなく、公証人法13条が実質上適用されてきたというのが現状である。また、公証人の職務に関しても、ドイツでは、財産法上、身分法上の重要な法律行為に公証強制という一定の行為につき公証が法律上要求されているというが<sup>4)</sup>、日本には、公証強制という制度はなく、公証人の権限として、法律行為その他私権に関する事実についての公正証書の作成、私署証書の認証、定款の認証、電磁的記録の認証があるにすぎない（公証人法1条）。

上記のようなドイツとわが国の公証人制度の違いはあれど、公証人が裁判という場に「証人」として出頭した場合に向き合うことになる「公証人という仕事のもつ守秘義務」と「公証人も一般国民としての証言義務（民訴190条）があるものの、民事訴訟法197条との関係で、証言拒絶できるか否か」という問題性は両国に共通するものである。しかし、公証人がもつ守秘義務と証言拒絶権との関係について、その当時、日本の裁判所には、この問題に関する判断が全くなかったのである。それゆえ、公証人が実務をするに際して、職務上は囑託人から職務上知りえた事実に関して守秘義務が課されている一方で、公証人

にも、一般国民としての証言義務が存在しており、公証人が証人として出頭を命じられた場合、自己に課された公証人としての守秘義務のある事実について、どの程度まで証言が拒絶できるかが問題となった場合の判断基準が存在しなかったのである。

筆者が上記拙稿内容につき第15回公証法学会で報告をし（1985年6月）、拙稿を書き上げた当時、公証人の守秘義務と証言拒絶権との関係が問題となった場合、実務上は、「公証人の黙秘義務について」の民事局長回答という形で、その問題の処理が行われていたのである（個別の具体的な質問事項、回答に関しては、上記拙稿の6頁以下参照）。それゆえ、筆者は、上記のミュンヘン上級地方裁判所決定の事案の概要・決定内容の紹介をし、筆者なりに、この問題についての問題提起と若干の考察を試みた。決定内容は、「公証人は、連邦公証人法18条の守秘義務の範囲に関して、証言義務から免除されるというものではない。…民事訴訟法383条1項6号の「信頼して開示された」（*anvertraut*）の概念は、一般的意味において理解されるのではなく、右文言には、機密情報の対象（*Gegenstände vertraulicher Mitteilung*）のみが含まれるにすぎない」とした。決定内容の骨子は、①連邦公証人法18条と民事訴訟法383条1項6号を峻別し、18条を証言拒絶権の根拠条文にはできないとした点。②連邦公証人法の特別法として、民事訴訟法383条1項6号を位置づけた点。③公証人の職務行為（本事案では、公証人の作成した売買契約書についての説明）は民事訴訟法383条1項6号の証言拒絶権の範囲に属するものではないとした点、である。筆者が、ミュンヘン上級地方裁判所の決定要旨、ドイツの学説を概観するなかでわかったことは、少なくともその当時のドイツの学説間では、公証人の守秘義務につききわめて広範囲にわたる射程距離を考慮し、しかも、その事実について、信頼して開示された（*anvertraut*）ものである必要性はないという共通の認識があったということであった。このような裁判所の判断、学説状況を概観した結論として、公証人の守秘義務と証言拒絶権との関係を同一範囲と解した場合、解釈上、出頭を命じられた公証人は、職務執行の際知り得た事

件に関する事実全てについて、証言を拒絶できるということになる。筆者は、この視点から問題を捉えていったが、上記拙稿のなかで、このようなスタンスに立つならば、公証人と嘱託人の信頼関係は保全され、嘱託人の利益は完全に保護され、公証業務の信頼確保・円滑化がなされることになるが、その一方で、訴訟上の真実発見、公正な裁判の実現という問題は後退する点を指摘した。しかし、後者の問題に関しては、守秘義務の対象であるところの『職務執行の際、知り得た事件』の文言内容を再検討していくことで、この問題を回避できるのではという指摘を残した。

この拙稿の後も、この問題に関する論議が特になされることはなかった。そのことは、民事訴訟法 197 条 1 項 2 号に列挙されている証言拒絶権を有する人々の証言拒絶権の行使があろうとも、ほかの証拠方法によって証明の対象とされている事実が証明されれば、証言拒絶権の問題がほとんど意味をもち得なかったということなのかも知れない。そのことは、その事案における「証拠方法」がどれだけ存在するのか、という問題と絡んでくるということであろう。実際に、実務上は、証言を拒絶する場面が少ないうえに、証言拒絶がなされると、尋問方法を変更したり、そのように裁判官が勧告したりして、紛争にならないように処理をしてきたという実状があるようである<sup>3)</sup>。また、証人尋問が流動的であり、尋問の仕方しだいでは証言拒絶される事項についてまともに尋問しなくとも、目的を達成することもありうる、という指摘もなされている<sup>4)</sup>。このような流れのなかで、民事訴訟法 197 条における証言拒絶権の問題は、主として民事訴訟法 197 条 1 項 3 号の「技術又は職業の秘密」、特に営業上の秘密との関係で論じられてきた（例えば、ロルフ・シュテュルナー・鈴木正裕＝小橋馨訳「民事訴訟における職業上の秘密」民商 94 巻 4 号 423 頁以下。このなかで、シュテュルナー教授は、営業上の秘密が無制限に保護されていると論じることは誤りとしながらも（同論文 458 頁）、官職、身分、職業から生じる守秘義務は、個人および社会の利益が関係する重要な職務の遂行を保護するもので、裁判所と自己の弁護士にしか秘密が知られることのない「秘密手続」に

においてすら、職業上知られた秘密を解明することは適切ではないとする。)

そのような現状のなかで、東京高裁は平成4年6月19日に「公証人の守秘義務を理由とする証言拒絶には理由がない」とする決定を下した(本稿「二」において、その内容を詳述する)。東京高裁決定は、「当該公正証書を作成した行為承認の証言を得るほかこれに代替し得る適切な証拠方法がない場合、右紛争について実体に即した公正な裁判を実現するために、右紛争の争点に対する判断に必要な限度で遺言者の秘密に属する事実が開示されることになっても止むを得ないものというべき(傍点引用者)」という判断を下した。すなわち、「公証人の証言拒絶権の問題」のなかに、「公正な裁判の実現」のための「他の証拠方法の存在」を交錯させるという利益衡量論を展開した(なお、「こうりょう」については、論文、判例、評釈等のなかで、おのおのの論者により「考量」と「衡量」の二通りが使用されている。筆者自身は、「衡量」を使用するが、本稿に「考量」と「衡量」の文字が混在するのは、論者の使用する漢字による差異である)。この事案において、証言拒絶権を行使した公証人たる原告人の即時抗告理由書のなかに、原審(東京地裁平成4年2月12日決定)の採用した公証人の守秘義務と証言拒絶権との関係性を証拠方法と絡めさせることの問題性の指摘のなかで、筆者の上記拙稿が引用され、公証人の証言拒絶権の問題については「他の証拠関係と関連させていない」と、公証人の証言拒絶権行使の一資料として引用されている。

その後、この問題に関しての裁判所の判断は出されておらず、東京高裁平成4年6月19日決定の判断基準が裁判実務において定着化したということになるのであろうか。しかしながら、この問題を考察するに際し、2006年1月に直に公証人の方にお伺いしたところ、実際にこのような問題が起きたときには、「公証人として、証言拒絶権を行使する」というご意見を、筆者自身直にお聞きしたという現状は依然存在している。

筆者自身は、この東京高裁平成4年6月19日決定の判断基準となった「利益衡量論」の論理展開には納得できないという思いを懐きつつも、それに対す

る反論を展開しないまま今日に至った。そのときに、東京高裁平成4年6月19日決定に多分影響を与えたであろう札幌高裁昭和54年8月31日決定下民集30巻5～8号403頁（事案自体は、新聞記者の取材源の秘匿と証言拒絶権行使との問題）と同様の判断基準を提示した新潟地裁決定が2005年10月11日に出された。この決定要旨については、現段階では新聞記事に掲載されているのみで、詳細が不明であるが、以下のような内容である。

この決定は、NHKの記者が民事裁判の尋問で取材源に関する証言を拒否したことについて、新潟地裁（大工強裁判官）は10月11日付で、証言拒絶を正当と認める決定をした。取材源秘匿の正当性について正面から司法判断が出たのは、新聞記者の証言拒絶を認めた札幌高裁54年8月31日決定以来、26年ぶりのことである。この民事裁判では、米国の健康食品会社の日本法人が、日米の税務当局の調査を受けて1997年に課税処分されたと報じられたことで、同社が「信用が失墜した」として、米政府を相手に損害賠償を求める訴えをアリゾナ州の連邦地裁に提訴していたものである。訴訟のなかで、同社は課税処分を報じた日本の報道機関の幹部や記者について、最高裁を通して囑託尋問を求めた。このうち、NHK記者の現在の勤務地にある新潟地裁で課税処分を報じた日本の報道各社の記者らが国内の各地裁で囑託尋問され、記者は取材源に関する尋問に対して証言を拒否していた。このため、健康食品会社側は同地裁に証言拒絶の当否の判断を求めていた。関係者によると、同地裁は「取材源を絶対に公表しないという信頼関係があって初めて正確な情報が提供される。取材源の秘匿は正確な報道の必要条件で、記者の取材源は民事訴訟法が証言拒絶を認めている『職業の秘密』にあたる」とした。その際に、札幌高裁昭和54年8月31日決定が示した①公正な裁判を実現するうえで、裁判所の判断に必要な事実を証明するために、取材源を明かす必要があるか、②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はどの程度あるか、という枠組みに沿った判断をしたとのことである。健康食品会社側は抗告するとみられるとのことである<sup>5)</sup>。

すなわち、この決定は、次の本稿「二」で概説する札幌高裁昭和54年8月31日決定と同様の判断基準に基づき、「民事訴訟における公正な裁判の実現という制度的目的」と「新聞記者の取材源に関する証言の拒絶」との問題のなかに比較衡量論を採用した。ただし、この新聞記事内容からは「他の証拠関係との関連性」を判断基準のなかに入れ込んだのかは不明確である。

この新潟地裁2005年10月11日決定の判断を契機として、裁判所が採用した「利益衡量論」のもつ意味に、筆者自身は関心をもち始めた。すなわち、新潟地裁2005年10月11日決定、またその決定が前例とした札幌高裁昭和54年8月31日決定も「新聞記者の取材源の秘匿」に関するものである。その判断基準を踏襲して、公証人の証言拒絶権の範囲確定を結論づけた東京高裁平成4年6月19日決定の判断は本当に妥当性があるものなのか。この決定が下された当時、その判断基準に何となくしっくりしない感がしたが、この新潟地裁決定を機に、1986年当時の拙稿には抜け落ちていた「公証人」という専門職の観点、公正証書の法的位置づけ等から、20年近い時間の流れのなかで、時代の変遷をも背景として見据えながら、再度この問題を考究してみたいと考える。

また、この問題を考察することをひとつの足がかりとして、民事訴訟における証拠方法としての「証人」のもつ意味（真実の発見のためには証拠方法は必要であるが）、職業上知り得た守秘すべき「秘密」とは何なのか、民事訴訟法197条1項2号の各種専門職の位置づけ（すなわち、この2号に列挙されている専門職を“ひと括り”にすることの妥当性）、197条1項2号と197条1項3号との関係性の問題等も考察対象としながら、民事訴訟における「秘密保護」「証言拒絶権」の問題をどのように理解し、解釈すべきなのかを考究の対象とするのが、本稿の目的である。

2004年5月30日から「個人情報保護に関する法律」（平成15年5月30日法律第57号）が施行され、「高度情報通信社会の進展に伴い個人情報の利用が著しく拡大していることにかんがみ…個人の権利利益を保護する」（同法1条）という時代に入っている。今の、この時代の要請のなかでの民事訴訟の意



義とは何なのか、という問題をも検討課題の視野に入れながら、本問題を考察したいと思料する。

## 二 東京高裁平成4年6月19日決定（判タ856号257頁）の概説

### 1. 事案の概説<sup>6)</sup>

[事実の概要]

原告Xは亡Kの養子であり、戸籍上他に相続人はいない。被告はKの弟という関係にある。証人A公証人は、平成2年3月5日、Kの嘱託を受け、文京公証役場において公正証書遺言を作成した東京法務局所属の公証人である。Kは、昭和61年6月9日、所有不動産一切の財産を処分してX及びYらに遺贈、分配する旨の公正証書遺言をし（「第一遺言」）、平成元年10月23日、所有する不動産の一部（「本件不動産」）を被告に相続させる旨の公正証書による遺言をした（「第二遺言」）。Kは、平成2年3月5日、遺言書作成のため、当時入院中の病院から外出許可を受け、文京公証役場を訪れ、第一、第二遺言を取り消し、本件不動産等をXに相続させる旨の公正証書による遺言をした（「本件遺言」）。その遺言を記載した公正証書によると、Kは、A公証人の面前で遺言の趣旨を口述して、本件遺言にかかる遺言書が作成された。Kは平成2年6月4日に死亡した。Yは、平成2年6月14日、第二遺言に基づき、本件不動産について、相続を原因とする所有権移転登記を経由した。

そこで、Xは、本訴を提起して右登記の抹消登記手続きを求めた。これに対して、Yは「本件遺言は、Kの意識が混濁しているときに、あるいは意識が回復したときでも幻覚状態にあり、到底遺言者の真意を口述できない状態のもとで作成されたから無効」として争い、かつ、反訴を提起して、本件遺言が無効であることの確認を求めた。

この事案において東京地裁は、Yの申請に基づき、Kが入院していた病院に対して入院中のカルテ等の送付嘱託をしたが、一件書類の所在が不明であるとして、その送付を受けることができず、Kの入院当時の病状を示す最も有力な

証言を得ることができなかった。そこで東京地裁は、Yの申請により、本件遺言作成に立ち会った2名の証人（司法書士およびその事務員）の尋問を行ったが、Kとは面識がなく、また、その当時の様子、やりとりについての具体的記憶、格別変わったことがあったという記憶もないという証言にとどまった。次に、Xの申請に基づき、X本人尋問を行った。XはKの意思は清明であり、自らの意思に基づいて本件遺言を作成したと述べた。東京地裁は、Yの申請に基づいて、平成3年10月1日の期日にA公証人を証人として別紙尋問事項について尋問することを決定し、同人を呼び出したが、A公証人は、東京地裁に対して、公証人法4条により取扱事件について漏泄禁止義務があり、法廷証言も例外ではないとの理由で出廷しない旨の通知をし、上期日に出廷しなかった。そこで、東京地裁は改めて、平成3年12月3日の期日にA公証人を尋問することを決定して、呼出状を発した。これに対して、A公証人は、東京地裁に対して「証言拒否等に関する疎明」と題する平成3年10月21日付書面を提出した（〔疎明書〕の内容は法務省の通達によるものである。平成2年2月26日付法務省通達（民一・五七五民事局第一課長回答）によると、嘱託人が死亡した場合でも、その相続人全員の同意があるときは、公証人は裁判所において証言を求められた場合に、裁判を拒否することはできず、証言義務が生じるとして、昭和41年8月8日付法務省通達の一部を変更しているとされる）。結局、A公証人は尋問事項の内、公正証書作成の経過に関する事項と考えられるから、疎明書記載の理由により証言を拒絶すると述べた。これに対し、証人尋問を申請したYの訴訟代理人は証人の証言を求めると述べ、Xの訴訟代理人は、証人尋問の必要性はなく、公証人の守秘義務免除の同意をしないと述べた。

#### [決定要旨]

まず、東京地裁は公証人法4条の解釈について、漏泄を禁ずる対象について、「其ノ取扱ヒタル事件」という広範な文言を用いていることからして、実質的な秘密に属する事実に限定することなく、一般に嘱託人が開示を欲しない全て

の未開示事実を秘匿すべきことを命じたものとし、民事訴訟法 281 条 1 項 2 号（引用者注：現行 197 条 1 項 2 号）に列挙されている職業の人達は、職務の性質上、依頼者等からその秘密、健康、信用、恥辱、犯罪、信仰その他の私的事柄に関わる事実を打ち明けられ、あるいは職務遂行過程においてこれらの事実を知りうる立場にある者について、その依頼者等から与えられる個人的信頼、その職種全体に対する信頼を保護するために、証人一般に課せられる証言義務の全部又は一部を免除したものとする。それに対し、民事訴訟制度については事実の解明と私的権利の擁護および実現を図ることを目的として設けられた公的制度であり、公正な裁判の実現が強く要請されているとする。この目的を有する訴訟制度上の証言義務の要請のもとにおいては、その証人について守秘義務があることから、当然に一切の事実について証言を拒絶することができるかと解することはできず、証人の守秘義務については自ずから制約があるというべきとする。そして、当該事案において公正な裁判を実現するうえで証人の具体的証言を得る必要性と、証言拒絶によって保護される秘密の内容および性質その他その開示によって損なわれる利益の性質およびその程度等を相関的に考慮した利益考慮に基づき、証言拒絶権の範囲が確定されるものと解するのが相当である。民事訴訟法が、証言拒絶の対象をひろく職務上知った事実とせず、そのうち「黙秘スヘキモノ」に限定して証言拒絶権を肯認したのもこの理に出たものと解されたとした。そして、本件の場合、争点になっているのは、本件遺言がされた当時の K 嘱託人の意思能力の有無であり、その判断が直ちに本件遺言の効力を左右し、K の遺産の帰属を決定するという重大な結果を招くとし、K が入院していた病院関係からはカルテ、看護記録といった資料を得ることは困難と判断し、本件の争点について他に代替し得ない重要な知識を有すると考えられる A 公証人に対して、別紙尋問事項四以下の事項について証言を求める必要性はきわめて高く、他方でその証言拒絶によって保護される秘密が上記のような内容および性質であることに照らすと、それらの事項については民事訴訟法 281 条 1 項 2 号（引用者注：現行 197 条 1 項 2 号）にいう「黙秘ス

へキモノ」に該当するとはいえないとし、A公証人の「疎明書」（平成3年10月21日付書面である「証言拒否等に関する疎明」このなかでは、昭和41年8月8日付法務省通達、平成2年2月26日付法務省通達が引用され、公証人には取り扱った事件について漏泄禁止義務があり、嘱託人が同意したときはこの限りではないが、嘱託人が死亡した場合は公証人の守秘義務は免除されない。したがって公証人が証言を求められた場合は、民事訴訟法281条1項（引用者注：現行197条1項）により証言を拒否することができる」と回答している）の理由だけでは、証言を拒絶することはできないとした。

ちなみに、A公証人は、「一 証人は、東京法務局所属の公証人ですか。二 いつから、どこの公証役場で公証人として執務していますか。三 亡Kから依頼を受けて遺言公正証書（平成2年第562号）を作成したことがありますね。」という3尋問事項については証言したが、他の20尋問事項（例えば、「右依頼は、最初いつ、誰からどういう形で（手紙とか電話とか）相談を受けたのですか。」など。本件尋問事項の内容については、判タ856号264頁参照）については、すべて証言を拒絶した。そのことに対し、東京地方裁判所は、「証人A公証人のした証言拒絶は理由がない」とする決定を下した（平成4年2月12日）。

A公証人抗告。即時抗告理由書において原決定の採用した「公正な裁判を実現する上で証人の具体的証言を得る必要性と証言拒絶によって保護される秘密の内容及び性質、その他の開示によって損なわれる利益の性質及びその程度等を相関的に考慮した利益衡量に基づき、証言拒絶権の範囲が確定される」とする利益考量論に対し、両者の質や量の大小によって取捨選択することの不可能性、選択する人の人生観価値観により左右される危険性を指摘する。また、平成2年2月26日付民事局第一課長回答を根拠としながら（A公証人は、この回答の趣旨は、相続人全員の同意を条件に証言拒絶義務の免除を認め、また民事訴訟法281条（引用者注：現行197条）を公証人法4条よりも優先させたものであり、そのことは、証言拒絶の範囲を、「取扱ヒタル事件」の中の「黙秘

スヘキ」秘密に限定したことを意味しよう、とA公証人はいう）、「黙秘スヘキ秘密」に該当すべきか否かという判断が、当該訴訟における他の証拠関係や心証の度合いというような、裁判所の裁量に委ねられ、ほかからは窮知することができない事項と絡み合っており、この判断では証言拒絶権の範囲は、裁判所の心証形成のまにまに揺れ動いてとどまるところを知らず、証人自身では拒否すべきか否かの判断の仕様がな、と抗告理由として掲げる。

抗告棄却。東京高等裁判所は「遺言者が死亡した後に、公正証書遺言によってされた財産の帰属に関する遺言者の意思表示の効力を巡って紛争が生じ、この点に関する事情について、当該公正証書を作成した公証人の証言を得るほかこれに代替し得る適切な証拠方法がない場合、右紛争について実体に即した公正な裁判を実現するために、右紛争の争点に対する判断に必要な限度で遺言者の秘密に属する事実が開示されることになっても止むを得ないものというべきである。」とした（傍点引用者）。

東京高裁平成4年6月19日決定は、「公証人の証言拒絶権」に関してわが国において初めて公開された最初の裁判例であるが、その決定要旨のなかで用いられた公証人の証言拒絶権を認めるか否かの判断基準は、この「公証人の証言拒絶権」独自の問題として出されたものではない。その判断基準は、次の本稿「2」で概説する「新聞記者の取材源の秘匿」に関する決定要旨における判断基準が、そのまま「公証人の証言拒絶権」の場合にも該当する、適用されるとしたものに過ぎない、と筆者自身には思える。この判断基準の本件適用が妥当性・正当性をもつものなのか。その点を、札幌高裁昭和54年8月31日決定を概観するなかから、検討してみたいと考える。

## 2. 札幌高裁昭和54年8月31日決定（下民集30巻5～8号403頁）の概説

### [事実の概要]

本件は、北海道新聞昭和52年6月24日付朝刊に「保母が園児をせっかん？」「父母等が訴える」等の見出しの記事が掲載された。この記事が保育園保母で

あるXがあたかも園児に対し激しい暴行に及んだかの如き印象を一般読者に与え、その結果Xの教育者としての信用および名誉を著しく毀損したとして、Y（北海道新聞社）に対し謝罪広告の掲載と慰謝料の支払いを求める訴えを提起した。これに対してYは、本件記事は伝聞形式の表現を用いているから原告Xの信用、名誉を毀損する余地がない。仮に本件記事のうちに原告Xの名誉を毀損する部分があったとしても、本件記事の内容は公共の利害に関連し、専ら公益を図る目的に出たものであり、かつこれにより不法行為を負わない。また、仮に本件記事のうちに真実に沿わない部分があったとしても、被告Yは本件記事を掲載するにあたり事前に十分な裏付取材を行っており、被告Yにはそれが真実であると信ずるにつき相当の理由があったと主張し、この主張事実を立証するために、本件記事の取材を担当した記者S（抗告相手方）を証人として申請した。記者Sは、被告Yの訴訟代理人の主尋問に対して、A保育園の保育士以外の職員3名および札幌北警察署の刑事2、3名から取材したという趣旨の証言をした。しかし、原告Xの訴訟代理人がした反対尋問として、右取材先の氏名・住所・担当職務に関しては、そのことが民事訴訟法281条1項3号（筆者注：現行197条1項3号）の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。そこで、原告Xの訴訟代理人が証言拒絶には理由がないとして、証言拒絶の当否についての裁判を求めた。

第一審決定（札幌地決昭和54年5月30日）は、新聞記者の取材源は民事訴訟法281条1項3号（筆者注：現行197条1項3号）にいう「職業の秘密」に該当するとし、S記者の証言拒絶には理由がある旨の判断を下した。Xはこれを不服として即時抗告を申し立てた。

#### [決定要旨]

抗告棄却。

「民事訴訟法281条1項3号（引用者注：現行197条1項3号）において「職業の秘密」につき証言拒絶が認められているゆえは、これを公表すべきもの

とすると、社会的に正当な職業に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どころ、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し著しく困難になることは当然推測されるどころであるから、新聞記者の取材源は右「職業の秘密」に該ると解するのが相当である。しかし、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るべきである。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」（傍点引用者）。

以上のような一般論を述べた後に、本件における取材源に関する事項はS記者にとって民事訴訟法 281 条 1 項 3 号（筆者注：現行 197 条 1 項 3 号）にい

う職業の秘密に該当することを認め、また取材源の秘匿につき証言拒絶権を肯定した制度の趣旨および相手方が概括的範囲において取材源を明らかにする証言を行っていること等を斟酌考慮して、Xが限定された範囲の取材源について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って、反対尋問の目的を実現することは不可能ではないとして、相手方に対し取材源についての、X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とはいえないとして、S記者の証言拒絶を理由があるものとした。

なお、本決定に対しては、さらにXが特別抗告(「原決定は、民事訴訟法281条の解釈適用を誤り、憲法32条が保障している特別抗告人の裁判を受ける権利を侵害するものであるから違憲な決定である」等の抗告理由を挙げている)を申し立てたが、最高裁は「原決定の単なる法令違背を主張するものにすぎない」として却下した(最決昭和55年3月6日判時956号32頁。本件評釈として、上田徹一郎「単なる法令違背の主張と最高裁への抗告の不許」民商83巻6号987頁、清水英夫「2 取材源の秘匿と公正な裁判」伊藤正巳ほか編『マスコミ判例百選(第二版)』12頁。なお、本件は、昭和55年12月8日和解が成立し、北海道新聞によれば、その和解内容は「北海道新聞は幼児教育のあり方に問題を投げかける意味でこの記事を掲載した。しかし、その一方で、この報道により原告および保育園関係者が精神的な苦痛を受けたと認められることを遺憾する。同社は、今後、言論の自由と人権尊重の調和にいつそう努力し、Xさん側は同社への一切の金銭上の請求権を放棄する」という趣旨のものであったとのことである。清水・前掲判批13頁)。

### 3. 「2」の判断をめぐる判例・学説状況

札幌高裁昭和54年8月31日決定は、民事事件においてはじめて新聞記者の取材源が民事訴訟法197条1項3号の「職業の秘密」に該当し、新聞記者の証言拒絶を認めたものである。そのため、この決定に関しては多くの評釈が出さ



れている（例えば、野坂泰司「126 証言拒絶権(2)」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選Ⅱ [新法対応補正版]』278頁、田邊誠「77 証言拒絶事由(2)」伊藤眞ほか編『民事訴訟法判例百選 [第三版]』158頁、住吉博『昭和54年民事重要判例解説』(判タ411号)264頁、坂原正夫「最新重要判例解説」Law school 15号63頁、町村泰貴「140 証言拒絶権(2)」小林秀之編『判例講義民事訴訟法』(悠々社、2001年)218頁、上田徹一郎「新聞記者の取材源秘匿に関する北海道新聞島田記者証言拒絶事件特別抗告却下決定」民商83巻6号、佐藤幸治『昭和54年度重要判例解説』ジュリ718号16頁、小山剛「取材源の秘匿・取材源秘匿権と憲法21条」法教236号18頁、野村二郎・堀部政男「〈対談〉記者の証言拒絶権・札幌地裁決定をめぐって」ジュリ697号89頁、濱崎恭生「民事訴訟における新聞記者の取材源に関する証言拒絶権の成否—最高裁昭和55年3月8日第三小法廷決定—」法律のひろば33巻6号60頁、清水英夫「取材源の秘匿と公正な裁判」判タ399号、同『マスコミ判例百選(2版)』[2]、町野朔「札幌高裁決定を読んで」新聞研究1997号10月号など）。

しかし、すでに刑事事件においてはこの問題に関する一連の最高裁の判断が下されている。すなわち、①最判昭和27年8月6日刑集6巻8号974頁、判タ23号44頁（いわゆる「朝日新聞石井記者事件」と呼ばれるものであるが、この判決において、最高裁は、一般国民の証言義務は国民が司法裁判の適正な行使に協力すべき重大な義務であるとして、刑事訴訟法144条の例外規定は限定的列挙であって、新聞記者は、記事の取材源に関することを理由として、刑事訴訟法149条に列挙する医師等と比較して右規定を類推適用することはできないとし、新聞記者には証言拒絶権がないとした。）<sup>7)</sup>②最決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁、判時574号11頁（前出①の判断が、この最高裁大法廷決定により、裁判官の全員一致の意見で改められた。すなわち、報道の自由は、表現の自由を規定した憲法21条の保障のもとにあり、報道のための取材の自由も、同条の精神に照らし、十分尊重に値するものといわなければならない）とし、「報道機関の取材フィルムに対する提出命令が許容されるか否か

は、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、それによつ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。」(傍点引用者)という利益衡量論を展開した<sup>8)</sup>。この後、最決平成元年1月30日刑集43巻1号19頁において、報道機関の取材ビデオテープに対する捜査機関の差押処分の合憲の判断において②の最高裁昭和44年11月26日決定が承認され、具体的考量論が定着したといわれている<sup>9)</sup>。また、札幌高裁昭和54年8月31日決定が上記②の最高裁昭和41年11月26日決定における論理や比較衡量の条件に依拠したものであると指摘されている<sup>10)</sup>。

このような刑事裁判の流れのなかで出された札幌高裁54年8月31日決定の判断において問題となったのは「新聞記者の取材源」が民事訴訟法197条(筆者注:旧民訴281条)1項3号の「職業の秘密」(なお、「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。最決平成12年3月10日民集54巻3号107項,判時1708号115頁,判タ1027号103頁。判例上「職業の秘密」に該当するとして認められたものには、197条の1項3号における「秘密」の概念について、東京高決昭和59年7月3日高民集37巻2号136頁は「本人が特に秘匿することを望むばかりでなく、客観的にみてこれを秘匿することについて保護に値するような社会的経済的利益が認められることをようする」とする。このように、判例、通説は、単に形式的に「マル秘」扱いされているものではなく、実質的にもそれを秘密であるとして保護するに値すると認められることを要するとする実質秘説をとる。)<sup>11)</sup>に該当するか否かということであるが、この問題に関しては、

次のような諸学説がある。

第一に、無条件証言拒絶権肯定説（兼子一『条解民事訴訟法（上）』（弘文堂、1955年）758頁、岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座民事訴訟編(4)』（有斐閣、1961年）204頁、早川登『民事訴訟法の争点』230頁）と第二に公表によって今後の取材に支障を来すか、公表しないことが社会的にみて職業上の義務であると考えられる場合に限って認める制限的肯定説（菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅱ』（日本評論社、1988年）308頁）、第三に、請求の態様上、重要訴訟における重要要証事実につき、取材源が代替性のない不可欠の証拠に当たる場合でなく、しかも公表により爾後の正当な取材活動に支障を来すおそれがある場合に限って証言拒絶の根拠となるとする折衷説（小室直人＝賀集唱編『基本法コンメンタール 民事訴訟法 第4版』（日本評論社、1992年）114頁〔杉本昭一〕）があったが<sup>12)</sup>この札幌高裁昭和54年8月31日決定以後は、ほとんど学説は利益衡量説を採用しているといわれている（田邊誠「77 証言拒絶事由」伊藤眞ほか編『民事訴訟法判例百選〔第三版〕』158頁、野坂泰司「127 証言拒絶権」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選Ⅱ〔新法対応補正版〕』159頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法 下』（有斐閣、2004年）91頁注<sup>99)</sup>、兼子一／松浦薫＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』（弘文堂、1986年）1000頁〔松浦薫〕、菊井維大＝松村俊夫『全訂民事訴訟法（Ⅱ）』（日本評論社、1993年）504頁以下、斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(7) 第2版』（第一法規、1983年）444頁〔斎藤秀夫＝東孝行〕、谷口安平＝福永有利編『注解民事訴訟法(6)』（第一法規、1995年）327頁〔坂田宏〕、小室直人ほか編『基本法コンメンタール 新民事訴訟法』（日本評論社、1998年）169頁〔小林秀之＝山本浩美〕、春日偉知郎「5 証言拒絶権」松本博之＝宮崎公男編『講座 新民事訴訟法Ⅱ』（弘文堂、1999年）、企業秘密の問題と利益衡量論として、柏木邦良「企業秘密と証言拒絶」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟法講座2』（日本評論社、1981年）113頁以下など。ただ、各説が利益衡量論に基づくとしても、必ずしもその判断基盤は同じだとは思われない。その

一方で、あまりゆるやかな利益衡量を行うと、各訴訟によって拒絶権が認められたり認められなかったりすることになり、ニュース・ソースとの信頼関係を保護するという本来の目的が達せられなくなる、とする指摘もある。伊藤眞「第12講 違法収集証拠・証言拒絶権—証拠の収集〔その2〕」井上治典＝伊藤眞＝佐上善和『これからの民事訴訟法』（日本評論社、1985年）179頁）。

しかし、この札幌高裁54年8月31日決定は新聞記者の取材源が「職業の秘密」にはいるか否かの問題だけではなく、憲法21条に基礎を置く報道の自由の保護、国民の知る権利の実現といった問題（取材源秘匿権の憲法論議）が絡むため、憲法研究者やマスコミ関係者の本件評論・対談も多数にのぼる（例えば、まず、札幌地決昭和54年5月30日判時930号44頁について、野村二郎・堀部政男「〈対談〉記者の証言拒絶権・札幌地裁決定をめぐって」ジュリ697号89頁以下、小山剛「取材源の秘匿・取材源秘匿と憲法21条」法教236号18頁以下など枚挙にいとまがないほどであり、本稿テーマとの関係上、その他の文献列挙は割愛する）。しかし、本稿が問題とするのは、新聞記者の取材源が197条1項3号の「職業の秘密」に該当するか否か、また、憲法21条との関係性の問題ではない<sup>13)</sup>この札幌高裁54年8月31日決定が証言拒絶権に関する問題において、その肯定・否定を判断する基準内容がほかの問題（本稿では、公証人に問題を絞っている）に類推適用されることの可否を検討することである。それゆえ、この札幌高裁決定内容の詳細については割愛させていただき、上記の諸文献の列挙にとどめておき、次の「小括」において、次への理論再展開への道筋を付けておきたいと考える。

なお、本稿校正中に、立て続けに民事裁判における記者の取材源の秘匿と証言拒絶の問題に関する決定が出された。ひとつは、読売新聞の記者が民事裁判の証人尋問で取材源の証言を拒絶したことについて、東京地裁が2006年3月14日「取材源が公務員などで、守秘義務違反で刑罰に問われる場合は拒絶を認めない」とする決定を下した。読売新聞社側は東京高裁に即時抗告する方針とのこと<sup>14)</sup>また、本稿で前述したNHK記者の取材源秘匿の問題について、証

言拒絶を正当とする決定を下した新潟地裁 2005 年 10 月 11 日の控訴審である東京高裁は、2006 年 3 月 17 日次のような決定を下した。「取材源は「職業の秘密」に該当し、原則として、これを秘匿するための証言拒絶には理由があるとするのが相当である。…証言拒絶が許されるか否かは、取材源の公表を強制することで報道機関の被る不利益と、証言で実現される裁判を受ける権利とを比較考量して決するのが相当である。…本件証言拒絶によって保護しようとする利益は取材源の利益ではなく、取材源の公表で深刻な影響を被り、以後その遂行が困難になる報道機関の取材活動上の利益（ひいては報道機関の持つ民主主義社会における価値ないし利益）」にあるとし、取材源の秘匿を認める判断を下した<sup>5)</sup> この判断は、上記東京地裁 2006 年 3 月 14 日決定と全く逆の判断であり、取材源秘匿の正当性については、高裁レベルの判断としては前記札幌高裁昭和 54 年決定以来 27 年ぶりとなる。

このように、久しぶりに証言拒絶権に関する裁判所の判断が下されたが、それでもその数は少ないうえ、多くは民事訴訟法 197 条 1 項 3 号の「職業の秘密」に関連することをコアとして論じられてきており、民事訴訟法 197 条 1 項 2 号に列挙されている専門職に関するものはきわめて少ないというのが現状である。しかし、専門職大学院の創設等 21 世紀社会が進んでいく社会構造の枠組みのなかで「専門職」の存在を勘案するならば、その存在価値の重要性を看過することはできない。

また、私人が個人情報保護したいという願望があるにもかかわらず、その一方で、いとも簡単に情報を漏泄されてしまう危険性が隣り合うのが現代社会の在りようである。すなわち、今の日本社会は様々な局面で情報の開示請求ができると同時に、個人情報は保護するという「情報の開放」と「情報の閉鎖」とが交錯する時代であり、そのなかにわれわれは生きている。その両方向の必要性があり、種々の局面において、その場合の状況に応じた対処の仕方をする事、特に、裁判という場において、「真実とは何か」が最終目的でないとしても（特に、民事訴訟の場合）、その角度から問題を考察するうえで事案に応

じた比較衡量をすることは有効な判断方法と思われる。しかし、それでもなお、情報開示のイニシアティブをもっているのは「情報保持者」なのである。その問題を「民事訴訟」という公開の場にどのように絡ませていくべきなのか。

札幌高裁昭和54年決定の出された日からすでに30年近い年月が経過し、その間、法理論、判例理論は民事訴訟という場にできるだけ証拠を出させる理論体系・構造となり、それが平成8年の民事訴訟法の制定の際にも盛り込まれたのである。文書提出命令（民訴219条以下）は、その最たるものである。しかし、この文書提出命令でも、「もっぱら文書の保持者の利益に供するための文書」については提出義務はないとされているのである（民訴220条4号二）。この自己専利用文書の内容の吟味（特に金融機関の貸し出し稟議書が問題を孕んでいる。最決平成11年11月12日民集53巻8号1787頁、最決平成12年12月14日民集55巻7号1411頁、最決平成13年12月7日民集55巻7号1411頁）は別にしても、「自己専利用文書」のもつ意味は決して小さくはない。すなわち、国家が設営している裁判所の命令であっても、「個人が支配する領域」を国家は侵すことができないということに他ならない。この問題は、証言拒絶権の問題（民訴197条1項2号）と通底するところである。このことは、民事訴訟法197条1項3号の「職業の秘密」とは視点が異なっているのである。視点が異なるものを民事訴訟法197条の証言拒絶権に規定してあるということで理論を交錯させることは、必ずしも得策ではない。むしろ、裁判所が公証人の証言拒絶権の問題に安易に流用した、その理論構成の仕方には「専門職」や「公正証書」のもつ意味を精査していない立場の粗さがあると思われる。

#### 4. 小 括

本稿テーマに関するここまでの経緯のまとめとして、公証人の守秘義務と証言拒絶権の問題に関して下された東京高裁平成4年6月19日決定が前記札幌高裁昭和54年8月31日決定の出した判断基準・枠組み（すなわち、利益衡量論）をそのまま採用したことに対して、以下のような問題点があることを指摘

したい。この問題点については、再度「六 おわりに」の箇所、本稿の問題点の整理段階で詳論する予定である。

第一に、札幌高裁昭和 54 年 8 月 31 日決定は民事事件であるが、その判断の基底に刑事裁判の流れがあるということである。すなわち、刑事事件で用いられた判断基準がそのまま民事事件における判断基準として用いられることの妥当性を論じる必要がある。なぜならば、ひとつには、刑事事件と民事事件における「実体的真実性の確保・発見」の位置づけが必ずしも同様ではない、と筆者自身は考えるからである。また、刑事訴訟法 149 条は限定列举（この点について、前述の最判昭和 27 年 8 月 6 日民集 6 卷 8 号 974 頁は、「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ものであり、また制限的である。従って、149 条の例外規定は制限的列举であって、これを他の場合に類推適用すべきものでないことは勿論である」とする。）であり、民事訴訟法 197 条 1 項 3 号は、「技術又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、と規定しているのであり、刑事訴訟法 149 条の文言とは明らかに異なっているのである（ただし民訴法 197 条に関しても通説は制限列举説に立つ。しかし、列举されている専門職以外の者についても立法趣旨に鑑み、依頼者等の秘密を保護するため特別法の規定により守秘義務が定められている者については 197 条の証言拒絶権が認められている（公認会計士、税理士、調停委員、司法書士、行政書士、税務署員等）が法令上の守秘義務が定められていない者（銀行等金融機関の社員、結婚相談員、結婚斡旋業者等）については証言拒絶権を認めない。斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(7)第 2 版』（第一法規、1983 年）436 頁以下）。そもそも、刑事裁判と民事裁判の目的・手続が異なっているという、その制度趣旨の点を看過して、刑事裁判の判断基準をそのまま民事裁判のなかに持ち込んだと思われる判断基準を出したことが問題視されるべきではあるまいか<sup>16)</sup>

第二に、札幌高裁昭和 54 年 8 月 31 日決定は、「新聞記者の取材源」は 197

条1項3号の「職業の秘密」に該当し、本件事案では新聞記者には証言拒絶権がある、という結論を導いた。しかし、その立論の仕方自体に問題があるのではなからうか。すなわち、本稿「二 2.」の箇所の傍点を付けた証言拒絶ができるか否かの判断基準は種々のファクターを比較考量した利益衡量論的手法なのである。ただ、この「利益衡量論を採用した判断」については、高橋宏志教授は利益考量によって判断せざるを得ないのではないかとしながらも、読み方の難しい決定であると指摘している<sup>17)</sup>。確かに、次に列挙する問題点とも関連するが、新聞記者の取材源の秘匿の問題と憲法上の問題が交錯するゆえ、その事案の“特殊性”からみるならば、「読み方が難しい」と考えられないこともない。特に、この事案では「証拠の代替性」という点にウエイトが置かれたと読み込むことも可能であろう（この点に妥当性があるのかについては、本稿において後述する）。ただ、この利益衡量論的手法・判断基準は裁判実務においてはほぼ確立しているといえるのではなからうか。

第三に、裁判実務は、民事訴訟法197条における証言拒絶権行使の可否に関して、利益衡量論という判断基準をとっていると考えた場合、この判断基準を公証人といった他の職種にまで波及させることの妥当性・適切性を考究する必要がある。すなわち、新聞記者の取材源の秘匿の問題に関しては、その“特殊性”を度外視して論じることはできない。このような「取材源の秘匿」の問題は、広く報道機関のもつ公共性と結びつく。すなわち、「新聞等マスコミ報道は、国民の知る権利に奉仕する公共性を負うと同時に、ひとたび誤れば、その社会的影響力の大きさにより極めて重大な人権侵害を惹起しかねない面を持つとともに、取材活動の公正の担保は、医師、弁護士といった二号（引用者注：197条1項2号）所定の者のように、国家等の資格試験や監督によりなされているわけでない<sup>18)</sup>」ということをお案するならば、「新聞記者取材源秘匿と証言拒絶権行使」の問題について出された判断基準をそのまま他の職種の問題に類推適用すること自体が、すでにその考察の基盤自体に間違いがあるといえるのである。この差異をスタート地点にして、再度この問題を練り上げていく必



要があるのではないか。

第四に、民事訴訟法 197 条 1 項 2 号と 197 条 1 項 3 号の関係性について、再検討する必要がある。すなわち、民事訴訟法 197 条は、「次に掲げる場合には、証人は、証言を拒むことができる。」と規定しているが、同条 2 号と同条 3 号とでは、そのことによって守られるべき対象を異としているのである。すなわち、同条 2 号では証人が証言を拒絶することにより守られるべき「主体」（この場合には、患者、依頼者、囑託人、信徒等を包含すると同時に、医師や弁護士等の法曹、宗教者等の専門職に対する信頼性を確保することにより、後者の人々に対する「専門職」という主体の保護も含んでいるものと解する）<sup>19)</sup>が対象となっている。それに対し、同条 3 号では、「技術又は職業の秘密に関する事項について尋問を受ける場合」と規定しており、守られるべきものは「証言を拒絶している者」ではなく、「技術や職業の秘密」そのものもつ利益なのであり、換言すれば、証言拒絶された「客体」<sup>20)</sup>そのものなのである。同じく民事訴訟法 197 条に規定されてはいても、2 号と 3 号のもつ意味は異なっており、その関係性を抜きにして、3 号の「技術又は職業の秘密に関する事項」に関して出された判断基準を、同条 2 号にそのまま類推適用することには問題があると思われる。また、この問題に付加して、2 号のなかにひと括りにされている「専門職」の在りようは、必ずしも適切とはいえない。当然、証言拒絶権が与えられる職種をすべて条文中に列挙することは不可能であり、例示的なものにならざるをえないと考えられるが、それぞれの職業のもつ特性、特性からくる「証言拒絶権を行使することにより守られるべき者」との位置づけが異なるのである。そのことは、この問題を判断する基準自体をも異なる可能性を秘めているということである。この 2 号の文言のもつ意味を精査する必要があると思われる。すなわち、民事訴訟法 197 条の内容は、法改正も射程距離にいて考える必要がある。国家機密の問題は、場合によっては、国は国民のために真実発見に協力するために資料を出すべき立場にあるのであり<sup>21)</sup> 197 条 1 項 1 号の証言拒絶の項目に併記すべき規定なのか、と筆者自身は懐疑的に考えてい

る。197条に列挙されているものについて、いずれも社会に存する各種の「秘密」に関する証言拒絶権であるという点で共通する部分もあるが、それぞれの「秘密」の性質に応じた差異があることも否定できず、それらを一括りに論じることが適切であるかどうかは議論のありうるところである<sup>2)</sup>

第五に、証言拒絶権行使の可否を論じる際に、いわゆる通説がとっているところの「利益衡量論」に全く問題点はないのかという疑問である。確かに、種々のファクターを斟酌して、その事案に合った、事案ごとの結論を導く、という手法はいかにもきめ細やかな審理がなされているようで、この方法論はきわめて響きが良い。また、「公正な裁判の実現」という名のもとにおいては、利益衡量論とは別の、よりよい理論が編み出せるのかという問題を前にして、とりあえず「利益衡量論」で問題を判断していくしかない、ということに帰着することになるのであろう。事案ごとに、「公正な裁判の実現」のためにさまざまなファクターを比較衡量していく手法で行くならば、具体的妥当性のある結論が導き出せるかもしれない。しかし、その一方で、比較衡量するファクターが微妙にずれば、判断結果も微妙に異なったものになる可能性を内包するということでもある。この比較衡量論に対して、伊藤眞教授は全面的に次のような反対論を展開する。すなわち、当該事件の公益性の程度、代替証拠の有無、立証事項についての証明責任の所在などを秘密の重要性と比較のうえ、結論を導くとする考え方は、証言拒絶権の本質と調和しないという。なぜならば、第一に、代替的証拠の存在について。証拠の採否が裁判所の専権に委ねられていることを前提とすると、ほかに容易に取り調べられる証拠が存在し、証言拒絶権が主張される証言なしに十分な心証形成が可能であれば、あえて証言拒絶権の成否について裁判所が判断をなす必要も存在しないのであり、代替的証拠の有無を証言拒絶権成否の判断資料とする必要はないとする。第二に、証明責任との関係について。一方当事者の支配権に属する証人の証言拒絶権の援用によって相手方当事者の証明活動が困難になり、その敗訴可能性が高まる場合に証言拒絶権の行使を認めないのでは、証言拒絶権の意義自体が疑われかねないとする

る。また、第三に、事件の公益性について。これについてはさまざまなものがあり、明確な基準とはならないという<sup>23)</sup>。また、利益考量を判断枠組みとすることは、秘密の主体の側にとっても、証言拒絶権が認められるのかどうかについての予測可能性が失われるという<sup>24)</sup>。

また、松本博之教授も利益衡量論に反対するスタンスに立っている。すなわち、民事訴訟法が技術・職業の秘密を明文規定によって証言拒絶事由、文書提出拒絶事由として定めている民事訴訟については、秘密の保護が重視され、真実発見はもともと犠牲にされているとし、比較衡量論には疑問を呈している。また、考量すべき事由も適切とは言い難いとする。松本教授は、比較考量によることなく、技術・職業の秘密はそれ自体として保護を受けるべきと解している<sup>25)</sup>。

以上、東京高裁昭和54年6月19日決定と札幌高裁昭和54年8月31日決定との比較のなかから5つの問題点を列挙してみた。公証人の問題を端緒として模索するなかで、この問題点をコアに据えながら、民事法廷における「秘密」とはなにか、現代における「証言拒絶権のもつ意味」をどう考えたらよいのかなどの検討を、「公証人の守秘義務と証言拒絶権再論（二）」で続けて論及していきたいと考える。

## 注

- 1) 中山幸二「ドイツ公証人法に学ぶ」自由と正義56巻4号98頁。
- 2) 中山・前掲注1)98頁以下。
- 3) 大西昭一郎ほか「〈座談会〉証人尋問・当事者尋問・鑑定・証拠保全について（三）」法の支配36号120頁以下。
- 4) 東孝行「民事訴訟における運用論の試み—証言拒絶権を中心として—」判タ770号6頁。
- 5) 『朝日新聞』2005年10月14日付朝刊。『毎日新聞』2005年10月14日付朝刊。
- 6) 本件の解説として、田村陽子「A26 証言拒絶事由—公証人の守秘義務」伊藤真ほか編『民事訴訟法判例百選 [第三版]』269頁。田村専任講師は、条文の文言から、公証人法4条が、囑託人の同意なくして取り扱いたる「事件」全体を「漏泄すること」を公証人に禁じ、職務上知りえた「一切の」事実の漏泄を禁ずるのに対し、民事訴訟法197条1項2号は、職

務上知りえた事実で「黙秘すべきもの」を証言拒絶するにすぎないと規定しており、公証人法上の守秘義務の範囲に比べ民事訴訟法上の証言拒絶権の範囲は狭く解し得る、とする。同様に、横山長「公証人の守秘義務と証言拒絶権」『公証法學』第23号53頁以下。横山公証人は、遺言公正証書作成に関し、証書作成の有無自体が絶対的守秘事項であり、遺言者死亡後においても、囑託人との信頼関係のもとで公証人が遺言者から知得したその余りの様々な事実の秘密性までが、当然に解除されることにはならないとしながらも、遺言者の遺言時における遺言能力が訴訟上争われ、その判断結果として遺産の帰属が決まる場合には、遺言能力の判断に訴訟上必要とされる限度で、証書作成に至った経緯につき、作成者である公証人の証言を求めうるのが当然の帰結とし、ましてや、適切な代替証拠のない場合にまで、不完全な証拠資料により遺言能力の判定ひいては遺産の帰属が決められてもやむなしといえる程の秘密保護の要請の優越を認めうる根拠は、到底見出しえないとする。その結果、横山公証人は東京高裁平成4年決定の採用した比較衡量論に賛同の意を示している。ただ、本件事案のような遺言公正証書を提出してその効力として遺産の帰属を主張している当事者は、相手方が遺言能力の欠如を主張し、公正証書が作成されていることから推定される公証人の遺言者の能力に関する肯定的判断を弾劾するためには、当該公証人に証書作成時の経緯の開示を求めてきた場合に、公証人の守秘義務に依拠して全面的に開示を拒むことは許されず、信義則ないし公平の原則に則り、一定の範囲で開示に同意し、公証人の守秘義務を消滅させる義務を負う、さらに、この同意が擬制される、と考えてもよいのでは、と結論づける。

その一方で、現役の裁判官自身がこの決定で採用された利益衡量論に次のように異を唱えている。「批判を恐れずに敢えて私見を述べれば、本号（引用者注：197条1項2号）の証言拒絶権の成立範囲を確定するにつき、事案の性質・内容、証拠状況等の事情を考慮要素とした利益衡量を行わなければならない理由はなく（むしろ、そうした事情を考慮することは、特定の専門的職業人とその依頼者等との定型的な信頼関係に着目して、敢えて真実発見を犠牲にしてまで証言拒絶権を認めようとした実定法の趣旨と背馳することになりかねない。）、端的に、当該事実の秘密としての実質的な保護価値の有無に従って、証言拒絶権の範囲を確定することこそが、本号の趣旨にかなうものである」とする見解（早田尚貴「3 証言拒絶権」門口正人ほか『民事証拠法体系 第3巻 各論I 人証』（青林書院、2003年）73頁）は、この問題における決着がまだついてはいないということである。

なお、この点について、真実発見ないし公正な裁判の実現と他の価値との比較衡量の具体的基準作成が必要としながらも、弁護士については、必要性や他の代替的な証拠の有無にかかわらず、証言拒絶を原則的に認めることが弁護士にその社会的責務を十分に果たさせるために不可欠であり、民訴法281条1項2号（現行197条1項2号）のプロフェSSIONALの場合、証言拒絶を認めることが、当該事件についての秘密保持の意義よりも、そのプロフェSSIONAL全体が社会的な機能を十分に果たすために意義がある、とする指摘がある。小林秀之「証言拒絶権・秘匿特権」民商90巻4号554頁。

- 7) この判例評釈として、鈴木茂嗣「5 報道の自由と公正な裁判」伊藤正己ほか編『マスコミ判例百選（第二版）』、尾吹善人「31 取材源の秘匿と表現の自由」芦部信喜編『憲法判例百選（第三版）』68頁。
- 8) 最高裁昭和27年8月6日判決から最高裁昭和44年11月26日決定に至り、取材源秘匿に対する裁判所の態度が木で鼻をくくったものから若干好意あるものに変遷した背景には、取材の自由に関する最高裁の理解の変遷があった、と指摘するものとして、小山剛「取材源の秘匿」法教236号19頁。
- 9) 小室直人ほか編『基本法コンメンタール 民事訴訟法』（日本評論社、1992年）113頁〔杉本昭一〕。ただ、この最決平成元年1月30日においては、報道機関の取材ビデオテープに対する捜査機関の差押処分について、テープが重大な被疑事件の解明にほとんど不可欠であり、報道機関によるテープの放映自体には支障をきたさないなどの具体的事情のもとにおいては、憲法21条に違反しないとし、同趣旨の最決平成2年7月9日刑集44巻5号421頁が下された。そのあり方からは、最決昭和44年11月26日の表現からは、取材の自由が報道の自由と同等の憲法的保障を受けるものと解されているのかどうかなお不明確であり、公正な刑事裁判の実現や、「適正迅速な捜査の必要性」が比較衡量において容易に優先される予知を残していたとされる。野坂泰司「127 証言拒絶権」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選Ⅱ〔新法対応補正版〕』290頁。最決44年11月26日の評釈として横田耕一「32 取材フィルムの提出命令と取材の自由」我妻栄編『憲法判例百選（新版）』70頁、奥平康弘「報道機関に対するテレビフィルム提出命令の適憲性」判時578号121頁以下。なお、奥平氏は、最高裁は一方で本件提出命令の必要性・正当性を丹念にひろいあげながら、これと対立し拮抗するところの取材の自由を確保するための諸利益をひろいあげる段になると、「将来の取材の自由が妨げられるおそれがあるというにとどまる」と処理をし、本件の比較考量の仕方には釈然としないものがあるとする。同判批123頁。
- なお、証言拒絶をめぐる戦後の判例については、小林・前掲注6) 543頁以下参照。
- 10) 清水英夫「2 取材源の秘匿と公正な裁判」伊藤正己ほか編『マスコミ判例百選（第二版）』13頁。
- 11) 小室直人＝賀集唱＝松本博之＝加藤新太郎編『基本法コンメンタール 新民事訴訟法2』（日本評論社、2003年）176頁〔小林秀之・山本浩美〕。
- 12) 谷口安平・福永有利編『注釈民事訴訟法(6)』（有斐閣、1995年）323頁〔坂田宏〕、田邊誠「77 証言拒絶事由(2)」伊藤眞ほか編『民事訴訟法判例百選〔第三版〕』159頁。
- 13) なお、この新聞記者の取材源をも含めた取材内容全般についての証言拒絶権等に関する明文規定が現行民事訴訟法に盛り込まれることが検討されていたことについて、飯室勝彦「改正民訴法から消えたメディアの証言拒絶権」法セ501号18頁以下。
- 14) 『朝日新聞』2006年3月15日付朝刊。『毎日新聞』2006年3月15日付朝刊。『讀賣新聞』2006年3月15日付朝刊。
- 15) 『朝日新聞』2006年3月18日付朝刊。

- 16) 刑事事件に関する最高裁昭和27年8月6日判決について、民事訴訟法は証言拒絶権に関する規定を異にするから同列に論じられない、とするものとして、田邊誠・前掲注12) 159頁。
- 17) 高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 下』(有斐閣, 2004年) 91頁・注99)。
- 18) 濱崎恭生「民事訴訟における新聞記者の取材源に関する証言拒絶権の成否—最高裁昭和55年3月8日第三小法廷決定—」法律のひろば33巻6号64頁。ただ、濱崎氏は、この文章の後に、無限定の取材源の証言拒絶権が認められないのは当然であるとする見解を展開する。
- 19) 伊藤教授も、間接的にはこれらの専門職業に対する信頼を保護し、専門職業の存立を可能にするという政策的判断もあるとする。『民事訴訟法 [第3版]』(有斐閣, 2004年) 330頁。
- 20) 講学上197条1項3号の証言拒絶権は物的理由に基づく証言拒絶権であると説明されている。柏木邦良「企業秘密と証言拒絶」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟法講座2』(日本評論社, 1981年) 114頁～115頁。谷口＝福永編・前掲注12) 291頁 [坂田宏]。
- 21) 小林・前掲注16) 557頁。
- 22) 早田・前掲注6) 52頁。同旨のものとして、谷口＝福永編・前掲注12) 305頁 [坂田宏]。
- 23) 筆者自身、この「公益性」という概念自体がもつ曖昧さに疑問をもっている。この点については、拙著『訴訟当事者からみた民事訴訟』(法律文化社, 2006年) 16頁以下参照。
- 24) 伊藤・前掲注19) 345頁～346頁。伊藤教授がこのような見解に立つ基底には、以下のような証言拒絶権の制度趣旨の捉え方があると思われる。すなわち、「証言拒絶権の制度は、真実発見という民事訴訟の目的を犠牲にしてもなお社会的価値を守ろうとするものであり、守られるべき社会的価値がなにかを決定するに際しては、それぞれの社会において尊重されるべき価値観が影響する。また、ある社会における価値観も決して固定的なものではなく、時代の流れに応じて変化するものであるから、証言拒絶権の立法、解釈、および運用にあたっては、社会の価値観がなにかを見極める必要がある。」「証言拒絶権の研究(1)—公務員の証言拒絶権を中心として—」ジュリ1051号89頁。
- 25) 松本博之・上野泰男『民事訴訟法 [第4版]』(弘文堂, 2005年) 399頁～400頁。松本教授は、この利益衡量論に反論する説明として、最高裁平成11年11月12日決定(民集53巻8号1787頁)、最高裁平成12年3月10日決定(民集54巻3号1073頁, 判時1704号115頁, 判タ1027号103頁)を引用し、両決定とも比較考量説にたっていないから、最高裁は比較考量には消極的であるように思われるという。この最高裁の決定の内容は、「技術又は職業の秘密」を根拠とした文書提出命令の問題であり、本稿の次の号において、この問題をも絡めて考察したいと考えている。松本教授の本決定に関する評釈として「民事手続法4」『私法判例リマックス2001<上>』122頁以下。

\* 本稿は、2005年度に交付を受けた「財団法人 民事紛争処理研究基金」の研究助成による研究成果の一部である。