

公証人の守秘義務と証言拒絶権再論（二）

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、松山大学論集第17巻第6号）
- 三 証言拒絶権の本質
 - 1. 証言拒絶権の立法趣旨
 - 2. 民事訴訟における証言拒絶権
 - 3. 証人と書証（文書提出義務（民訴220条1項4号ハ））との関係性
 - 4. 職務上知り得た事実（他人の秘密）
 - 5. 刑事訴訟における証言拒絶権
- 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 （以上、本巻本号）

三 証言拒絶権の本質

証言拒絶権の問題に関して、いくつかの項目の指摘ができるように思われる。その点について、以下に叙述する。

1. 証言拒絶権の立法趣旨

証言拒絶権に関する民事訴訟法上の条文は第196条と第197条であるが、本拙稿テーマは第197条に関係しており、しかも、そのなかで第1項第2号と同

条同項第3号を中心に論じているので、その内容に関する立法趣旨を概観することにする³⁾。

第1項第2号は、職業の性質上、他人の秘密を知る機会の多い一定の者について、職務上知り得た事実で黙秘すべきものについて尋問を受ける場合に、証言を拒絶することができる旨を規定している。本号は、特に職業の性質上他人から秘密や弱点を打ち明けられて相談にあずかることの多い者を列挙して、他人の信頼を裏切らないことのできるようになる趣旨であるとされる（兼子一／松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解 民事訴訟法』（弘文堂，1986年）998頁〔松浦馨〕）。その基礎には、これらの専門職業に対する信頼を確保し、専門職業の存立を可能にさせる政策的考慮があるものとされ、証言拒絶権によって保護される秘密の帰属主体は、患者、依頼者、信者等である。したがって、秘密の帰属主体がその利益を放棄した場合は、証言拒絶権の行使は認められない（伊藤真『民事訴訟法〔第3版再訂版〕』（有斐閣，2006年）349頁，松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第4版〕』（弘文堂，2005年）397頁〔松本博之〕）。その主体として第1項第2号に列挙されているものは、大別すると、医療関係に携わる者、法律関係に携わる者、宗教関係に携わる者、または過去にそれらの職に携わり、「職務上知り得た事実」で「黙秘すべきもの」について証人として尋問を受ける場合に、証言を拒むことができる旨を規定している。これらの職に就く、あるいは就いた場合、この職業との関係で、これらの職種に就いた者は、他人（患者）の精神・肉体の状態、依頼者の権利や法律関係に関わる紛争事、信徒の信教の自由との関係で個人の私的領域や内面領域に関係する部分を知ることが多く、そのことに他人が関知しても、個人の私的領域や内面領域を侵害しないという暗黙の合意がその規定の背後に存在するものと思われる。しかしながら、その私的領域、内面領域という「個」の領域と民事訴訟という「公」の領域とが交錯する民事裁判という場において、その調整をどのように判断すべきか、ということが大きな問題となってくる。その点について、以下において論述する。

2. 民事訴訟における証言拒絶権

われわれ国民には、一般的証人義務がある。すなわち、証人とは、自己が過去に経験した具体的事実や状態について供述する者であり、当事者本人およびその法定代理人以外の者をいう。自ら体験した過去の具体的事実に関して供述した場合、それが特別な専門的学識経験に基づいて知り得た事実に関する場合、その者は、鑑定人ではなく、鑑定証人ということになる（民訴217条）。わが国の裁判権に服する者は誰でも証人義務があり（民訴190条）、この義務は国家に対して負う一般的な公法上の義務である。このことは、わが国の裁判権に服する者であれば（国際法上または条約上、治外法権をもつ者は証人義務がないが、証人尋問に応じれば、その証言は証拠となりうる。最判昭和24年7月9日刑集3巻8号1193頁）、どのような者でも、強制的に証人としての義務が課されるということである。証人に一定の不利益が及ぼうと、民事訴訟における真実発見、公正な裁判の実現のもとに、証人の個人的意思は後退させられる。

証人義務の内容には、出頭義務、宣誓義務および供述義務がある（民訴190条）。証人義務は一般的な公法上の義務であるから、正当な理由がなく、これらを拒否したときは、一定の制裁が科されることになる。すなわち、不出頭の場合に過料に処せられたり（民訴192条）、罰金または拘留に処せられたり（民訴193条）、場合によっては、裁判所は勾引を命じることができる（民訴194条）。宣誓義務（民訴201条）に関しては、宣誓拒絶の理由がないとする裁判が確定した後に証人が正当な理由なく宣誓を拒む場合に、前述の民事訴訟法第192条・第193条が準用される（民訴201条5項）。さらに、宣誓した証人が虚偽の陳述（偽証）をしたときは、偽証罪に問われることになる（刑169条）。

このような種々の義務が課されている証人であるが、別段の定めがあれば、証人義務が免除されたり制限される。たとえば、公務員の場合の証人義務の免除（民訴191条）や、証言拒絶権（民訴196条・197条）、宣誓拒絶権（民訴201条2項ないし4項）が民事訴訟法に明記されている。本拙稿のテーマが、

まさに、国民の一般的義務である証人義務のなかでの証言拒絶権が、民事訴訟法のなかでどのように位置づけられ、実務上、どのような理論的枠組みのなかで機能させられるべきなのか、存在すべきものなのか、そのものをコアにした問題考究なのである。

証言拒絶権の制度趣旨に関しては、一応証人義務を負う者が、証言要求に対し公法上の権利として有する抗弁権であり、法定の事由がある場合だけに認められており、当事者との私法上の契約で設定できないし、また自由な放棄も認められないものとされている。ただし、この権利を有しても、これを行使しないで尋問に応じれば、その証言は適法な証言となるが、尋問が終わるまで、どの段階で行使してもよいとされる。その証言の証拠力は裁判官の自由心証に任せられており、証言を拒絶しても、それまでにその証人から得られた供述書や他の事件の証言を書証として採用することは妨げられないとする（兼子一／松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解 民事訴訟法』（弘文堂、1986年）997頁〔松浦馨〕）。本拙稿に關係する民事訴訟法第197条（旧民訴281条）については、同条第1項第2号の趣旨は、前述のように、職業の性質上他人から秘密や弱点を打ち明けられて相談にあずかることの多い者を列挙して、他人の信頼を裏切らないことができるようにする趣旨であるとのことであるが（兼子一／松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫・前掲書998頁〔松浦馨〕）、この条文のなかにある事実・事項に関して、秘匿特権が保障されているといえる。それは、なぜか。

3. 証人と書証（文書提出義務（民訴220条1項4号ハ））との関係性

民事訴訟法が平成8年（1996年）に改正され文書提出命令について証言拒絶権に関する規定が明文で準用されたこと（民訴220条1項4号ハ）を踏まえ、証人と文書提出義務との関連についても検討することが必要と思われる。

文書提出命令に関する民事訴訟法第220条第1項第4号ハでは、「第百九十七条第一項第二号に規定する事実又は同項第三号に規定する事項で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書」は文書提出命令の一般義務

化が法規のなかに推し進められてきたなかでも、その義務を免れせしめた規定である。文書提出義務のある文書の列挙のなかで、その所持者が文書の提出を拒むことができる旨を民事訴訟法第220条第1項第4号は明記し、そのなかに民事訴訟法第197条第1項第2号・第3号に規定する事項に関する文書提出義務がないことは明文によってあきらかなのである。

しかし、それが、同じ事実・事項が人証である証人の場合になると、種々のファクター（特に、代替的証拠方法）のなかで、ファクターが交錯されることにより証言拒絶権の行使の可否が論ぜられるのはどうしてなのだろうか。特に、証言拒絶権に関する判例では総合的比較衡量によって証言拒絶の可否を判断しているのに、文書提出命令等に関する判例では、総合的な比較衡量によっている判例は若干である（小林秀之『証拠法』（弘文堂、1988年）114頁。）。という指摘は、何を含意しているのだろうか。山本和彦教授のいうように（「証拠法の新たな動向」ジュリスト1317号86頁）、平成8年民事訴訟法改正時またその後の流れに、証拠収集手続の拡充化が推し進められてきている（平成15年には、訴えの提起前における証拠収集処分等〔民訴132条の2以下〕が導入されている。）。弁論主義を根幹とするわが国の民事訴訟法制度のなかに現存していると思料される当事者間の証拠の偏在の是正策は必要不可欠である。真実究明のもととなる証拠があるにもかかわらず、民事訴訟の場に提出されないことによる、ある意味での「公正に裁判を受ける権利の侵害」は是正されるべきである。民事訴訟法における真実の発見に基づく公正な裁判の実現を阻む理由はない。しかし、その一方、民事訴訟法のなかに規定として盛り込まれているものを侵害してはならない。その領域は書証であろうが、証人の証言内容であろうが、両方にあると考えられうる。すなわち、民事訴訟における不可侵領域に位置するのが秘匿特権である、と筆者自身は考えるからである。この秘匿特権は、相対的ポジションに位置づけられるものではなく、絶対的ポジションであるべきである。

そもそも、書証と証人には質的差異があるのであろうか。筆者自身は否定的

見解に立つ。しかし、公務員が証人となった場合（民訴191条）はこの見解とは別の視座に立ちたいと考える。なぜならば、たとえば、公務員が証人となった場合について、証言以外にも証人の態度・動作などから裁判所は心証を取ることが可能である。一方、書証〔行政文書〕の場合は文書の記載内容以外は心証の対象がない、として書証の提出の重要性を説き、行政文書の提出の判断権は裁判所に認めるが、公務員の証言拒絶の判断権は行政庁にあってよい（石田秀博「証拠収集制度の改革」自由と正義48巻3号86頁以下）、というように証拠方法提出の判断権者を別個に分ける必要性は何を根拠とするものであろうか。筆者からするならば、書証と証人とで証拠価値が異なるとすることに異議を呈したい。なぜならば、行政庁の資料隠し・情報隠匿という問題は昨今も大きく社会的な問題として採り上げられ、この種の話題に事欠くことはない。このような状況を勘案するならば、特に、文書が行政文書で、証人が公務員という場合は、文書（行政文書）と証人（公務員）とで別個に考える必要性はない。なぜならば、行政庁は行政に関して広く国民に情報を開示するべきであるという義務を有しており、書証と証人とで区別すべき根拠は何らない。むしろ、公務員が証人尋問の対象となる場合においても最終的な判断権は裁判所が有するというように解釈上は考えるべきではあるまいか？

このように考えるならば、基本的には書証と証人には質的差異はないとする見解に立ちながらも、民事訴訟法第197条の証言拒絶権を有する者のなかに第1号として一括して公務員が入れられていることの不整合性、不合理性を看過するべきではあるまい。同じ守られるべき「秘密」という問題を取り扱うにしろ、そもそも同条第2号・第3号と第1号はその基底が異なっていると考えの方が筋が通るというものである。たとえ、公務員に証言拒絶権が認められるとする民事訴訟法上の条文が存していようが、その秘匿特権の死守は、必然的に国民に情報を与えないことに繋がり、憲法上の国民の知る権利を剥奪することにもなる。このことは、民事訴訟という私的紛争の解決場所という狭い範囲の問題をはるかに超えた問題を含んでいるのである。そのような観点からするな

らば、民事訴訟法第197条第1項第1号と同条同項第2号の趣旨とは、そもそもその成り立ちから異なっているのである。筆者からするならば、民事訴訟法第197条にこれらのものを一括して規定したこと自体に問題があるのではないかと、ということを含めたうえで付言しておきたい。

4. 職務上知り得た事実（他人の秘密）

民事訴訟法第197条第1項第2号のなかで証言拒絶権を行使できる職業に就いている、あるいは就いたことのある人たちが証言拒絶できる対象は、「職務上知り得た事実」で「黙秘すべきもの」について尋問を受ける場合である。判例上「職務上知り得た事実」とは、証人がその職務を行う過程で、本人たる他人から直接打ち明けられて知った場合のみならず、自己の知識経験によって知り得た場合も含む（大決大正11年3月22日民集1巻122頁：弁護士が委任を受けたことによって知り得たる事実に関する証言拒絶の当否について、黙秘すべきものとは、「委託によって認識した事実であって、その公表が委託者の不利益に帰するものであり、弁護士が委託により実験した事実および委託により処理した行為など包含する。その委託により知り得たる事実である以上、直接の関係を有すると、また、間接の関係を有するとを問わず証人として証言を拒否できる」とした事案）。ただし、証言すべき事実が職務上知り得た事実であっても、それが黙秘すべき事実でなければ証言を拒絶することはできないとされている（大決昭和5年3月11日新聞3105号10頁：この事案は弁護士の証言拒絶権の問題を論じたものであるが、「民事訴訟法第281条（引用者注：現行第197条）に拠り弁護士が其の証言を拒絶し得るには其の証言すべき事実か単に其の職務上知り得たる事実に属することを以て足るものに非ずして該事実か黙秘すべきものなることを必要とす」とした。筆者が、旧漢字、カタカナを新漢字、ひらがなに訂正する。）。

学説上、「黙秘すべきもの」とは、「一般に知られていないいわゆる秘密事項であって、それを隠すことにその他人が一定の利益を有し、逆にそれを公表す

れば、その社会的・経済的信用が失墜し、社会的・経済的損失を蒙るものでなければならない。その秘密事項は、前科があること、経済的窮境にあること、身体的または精神的疾患があることなど、それじたい消極的評価を受けることが多いが、新発明や特許、実用新案に関する事項や企業秘密に属する事実など、それじたい積極的評価を受けるもの」が含まれるとする³⁾

5. 刑事訴訟における証言拒絶権

本稿のテーマと同様の規定が刑事訴訟法にもある。刑事訴訟法第149条（業務上秘密と証言拒絶権）は、「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、宗教の職に在る者又は在った者は、業務上委託を受けたため知り得た事実で他人の秘密に関するものについては、証言を拒むことができる。但し、本人が承諾した場合、証言の拒絶が被告人のためにのみする権利の濫用と認められる場合（被告人が本人である場合を除く。）その他裁判所の規則で定める事由がある場合は、この限りではない。」と規定する。この規定は、民事訴訟法第197条の規定の仕方とかなり異なったものであり、特に、刑事訴訟法第149条ただし書きの文言は民事訴訟法第197条にはないものである。これを、どのように解するべきか。刑事訴訟法第149条の趣旨は、個人の秘密に属する事項を取り扱うことの多い一定の業務者について、個人の秘密に関して証言を拒む権利を認めることによって、社会生活上特別の意義を有するそれらの業務およびこれに秘密を託する者の信頼を保護しようとするものであり、刑事訴訟法第105条の押収拒絶権の付与とその趣旨を同じくすることであり⁴⁾、このように、刑事訴訟法第149条による保護の対象ないし目的については、他人の秘密を扱う業務それ自体、依頼者との個人的な信頼関係に基づいて個人の秘密を委託されるという社会生活上不可欠な職業に対する社会的信頼保護であり、秘密の主体の保護ではないとする見解が多数説であると説明されている⁵⁾。その他に、業務そのものおよび委託者一般の保護であるとする見解、依頼者と依頼を受けた者との間の信頼関係の保護であると

する見解もあるとのことである⁹⁾。また、刑事訴訟法における「秘密」のとらえ方について、通説は、「客観的または主観的に秘密であることで足りる」とされ(藤永幸治=河上和雄=中山義房『大コンメンタール刑事訴訟法 第2巻』(青林書院, 1994年)596頁〔仲家暢彦〕), 性質上客観的に秘密とされるもの(非公知性, 秘匿利益を備えたもの)は委託の趣旨にとくに反対の旨が認められないかぎり, これに当たり, 性質上客観的に秘密とされないものについても, とくに委託の趣旨において秘密を欲する旨が現れている場合には, これに当たるとする¹⁰⁾。また, 刑事訴訟法第149条の「秘密」に該当するか否かの判断権者は, 証人たる業務者の判断によるとのことであり, 刑事訴訟における「秘密」の概念と, 民事訴訟における「秘密」の概念のとらえ方が, 全く同一というわけではない。民事訴訟における「秘密」概念は, 「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要する」(最決平12・3・10民集54巻3号107頁, 判時1708号115頁, 判タ1027号103頁)としており, 判例・通説は実質秘説をとるところに, 刑事訴訟における概念との間に差があるように思われる。

四 公正証書の特性

そもそも公証制度とは, 私人間で作成される契約書その他の文書について, その成立・内容・作成年月日などについて, 後日争いが生じた場合に備えて, 私人間の法律生活に関係する文書の作成や内容について, 公の機関が関与し, 法定の効果を伴う公権力による証明をすることにより, 文書の証拠力を高め, その内容を明確にすることが有効であることに鑑み, 公の機関による私人間で作成される文書の公証をする制度である。私人間の法律関係や私権に関する事実について, 法務大臣により任命された公証人が公正証書の作成, 認証, その他の方法によりこれを証明することにより, 法律関係や事実の明確化ないし文書(電磁的記録を含む。)の証拠力を図り, さらに, 執行力を付与することに

より、私的法律生活の安定と私的紛争の予防を図るものといわれている⁹⁾。この公証制度において公証人が重要な役割を果たしている。公証人は当事者やその他の関係人の囑託により法律行為その他の私権に関する事実について公正証書を作成したり、私署証書に認証を与えたりするが（公証1条）、公証人は法務局または地方法務局に所属する（公証10条）。特に、公証人の公証行為の中心的で重要な職務は公正証書の作成である。

このように、公正証書とは、公証人が公証人法にのっとって当事者やその他の関係人の囑託により、法律行為やその他の私権に関する事実について作成した書面であり、この文書は、その方式および趣旨により公務員が職務上作成したものと認めるべきときは、真正に成立した公文書と推定される（民訴228条2項）。

このことは、公証人の身分と関係するが、公証人は法務大臣により任命され、所属する法務局または地方法務局の指定を受けるが（公証11条）、一種の公務員とされている。しかし、国家公務員法上の公務員（一般職公務員、特別職公務員）ではなく、実質的意義ないし広義の国家公務員たる身分を有する者とされ、その職務に対しては、国家から報酬を受けることはなく、手数料令により定められた手数料の収入により（公証7条）、役場を維持し、書記の給与等一切の費用をまかなう者とされている⁹⁾。

前述のように、民事訴訟法第228条2項の公務員が作成した文書という場合の「公務員」には公証人も含まれ、公証人が作成した文書は、「公務員が職務上作成したもの」として、真正に成立したものと推定される¹⁰⁾。また、金銭の一定の額の支払いまたはその他の代替物もしくは有価証券の一定の数量の給付を目的とする請求について公証人が作成した公正証書で債務者の強制執行認諾文言が記載されたもの（執行証書）は債務名義となり、執行力を有する（民執22条1項5号）。

このように、公証人の作成した公正証書は、作成について正規の方式が定められているときには、それにしたがって作成されたもののみが公文書として扱

われる¹¹⁾。そして、その方式および趣旨によって公務員が職務上作成した外形が認められれば、真正な成立、すなわち作成者とされる公務員の意思に基づくものと推定される¹²⁾。

上記のなかで、公正証書は、まず、公文書としての推定がなされ（民訴 228 条 2 項）、債務者の強制執行受諾文言のついた執行証書には執行力がある（民執 22 条 1 項 5 号）ということが重要である。公証人の作成した文書は、完全な証拠力をもつものであるが、法律行為に関する公正証書については、公証人が当事者の法律行為をしたとの陳述を録取して作成するものであり、文書の作成者である公証人自身がその文書によって法律行為をするものではないから、報告文書に属する公文書であり、法律行為について作成された公正証書は、当事者がそこに記載されたとおりの陳述をしたことについて公正の効力を生じ、反証のないかぎり、完全な証拠力を生じるとされる¹³⁾。

公正証書の作成手続を簡潔に叙述すると、公証人は、その聴取した陳述、その目撃した状況その他自ら実験した事実を録取し、かつその実験方法を記載して公正証書を作成する（公証 35 条）¹⁴⁾。しかし、法令に違反した事項、無効の法律行為および行為能力の制限により取消することができる法律行為については証書を作成することはできない（公証 26 条）。そして、公証人は、正当な理由がなければ、嘱託を拒否することはできない（公証 3 条）のであり、公証人法第 26 条に該当しない公正証書は、正当な理由がなければ、その作成を拒めないものである。

公証人は法定の手続にのっとり公正証書を作成し、法令に違反した事項、無効の法律行為や取消し得べき法律行為を内容とする公正証書を作成しないようにするために、審査権限が職務上与えられているが、審査の範囲は嘱託手続の適法性のみならず、法律行為の実体法上の有効性にも及ぶといわれる。その権限について、公証人法施行規則 13 条 1 項は「公証人は、法律行為につき証書を作成し、又は認証を与える場合に、その法律行為が有効であるかどうか、当事者が相当の考慮をしたかどうか又はその法律行為をする能力があるかどうか

かについて疑があるときは、関係人に注意をし、且つ、その者に必要な説明をさせなければならない。」と規定しており、その他に実質的審査権限や審査義務を有する旨の規定がない。このことから、通常は、公証人は法律行為の適法性、有効性に疑問をもつ場合は、関係人に対して説明を求めることができるが、それ以上の実質的審査権限や審査義務がないということになる。また、関係人は公証人から説明を求められても、その説明に答える義務はないと解されている。また、公証人は、その他資料収集権限を有するものではなく、関係人も公証人に対して文書等の提出義務を負っていない（福永政彦「公証人の実質的審査義務と公証業務の姿勢」『公証法學』第31号（2002年）101頁）。ただし、当該法律行為の効力についての実質的審査義務との関係をどのように把握するかについて、福永氏は、限定的に把握しようとする立場から拡張的に把握しようとする立場に見解が分かれるとして、この承認が法律行為の効力について、実質的審査の義務と権限を否定するものではないものの、原則として当該事件の囑託の際の関係者の陳述と提出された関係書類から法律行為の効力を審査すれば足り、その意味では形式的審査に止まるとするのが、公証実務の支配的見解とみることができるとい⁵⁵⁾この問題に関して、公証人法施行規則13条を根拠に、弱い権限であるが、実質的審査権であるという見解もある⁵⁶⁾

上記のように、まず、「公正証書」は「公文書」であり、また、「裁判書」に代わるという重要な役割を担うものなのである（たとえば、執行証書（民執22条1項5号））。そして、また、実務上、公正証書の作成・保管は厳正に行われているといわれており、裁判の場で、その内容を再確認するというような性質にはなじまないと考えられるものではなからうか。

特に、「公正証書」という文書のもつ特性を看過すべきではない。

五 職業としての公証人の立場

公証人法第4条は、「公証人ハ法律ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外其ノ取扱ヒタル事件ヲ漏泄スルコトヲ得ス但シ囑託人ノ同意ヲ得タルトキハ此ノ限ニ在

ラス」と規定し、公証人が取り扱った事件の漏泄を禁止する旨を明記している。この公証人の守秘義務については、民事訴訟法第197条第1項第2号や他の法律のなかにも明文規定が置かれているものがある。例えば、刑法第134条第1項は、「医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、弁護士、弁護人、公証人又はこれらの職にあった者が、正当な理由がないのに、その業務上取り扱ったことについて知り得た人の秘密を漏らしたときは、六月以下の懲役又は十万円以下の罰金に処する。」と秘密漏示罪の規定を置いている。刑事訴訟法第149条は、「医師、歯科医師、助産師、弁護士（外国法事務弁護士を含む。）、弁理士、公証人、宗教の職に在る者又はこれらの職に在った者は、業務上委託を受けたため知り得た事実で他人の秘密に関するものについては、証言を拒むことができる。但し、本人が承諾した場合、証言の拒絶が被告人のためのみにする権利の濫用と認められる場合（被告人が本人である場合を除く。）その他裁判所の規則で定める事由がある場合は、この限りではない。」と証言拒絶権に関する規定を置いている。また、議員における証人の宣誓及び証言等に関する法律第4条第2項は、「医師、歯科医師、薬剤師、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、宗教の職にある者又はこれらの職にあった者は、業務上委託を受けたため知り得た事実で他人の秘密に関するものについては、宣誓、証言又は書類の提出を拒むことができる。ただし、本人が承諾した場合は、この限りではない。」と、宣誓・証言・書類提出の拒絶に関する規定を置いている。

このこと自体が、さまざまな局面に公証人が関係してくる場合に、公証人というその業務の重大性（たとえば、遺產業務等）に鑑み、その職業の保護を種々の観点から企図したものに他ならない。公証業務の円滑な業務運営と社会的地位の保護が図られているのである。そのことは、延いては、依頼者の保護、公証人に対する依頼者の信任（フュデシユアリー）を意図することに繋がる。

公証人は上記でその職の特性（たとえば、公務員と同様の地位にあること。）、また、作成した公正証書の特性（公文書と同様のものであること。）か

らして、その公正証書自体に相当程度の公文書としての信頼性が置かれるものである。そこには、専門職の公証人に嘱託人からの甚大な信頼と期待が寄せられているのである。また、公正証書あるいは執行証書を作成するにあたり、実質的には、公証人は嘱託人に対して種々の質問をすることもなされ得るのであり、嘱託人の言うがままに、法的におかしいと思われることまで形式的に証書内容に書面化している訳ではない。嘱託人との人的コミュニケーションを図るなかで証書形成が行われるのである。そこには、専門職としての公証人の矜持があり、また、嘱託人の公証人に対する信頼感があるなかで、その両者間の微妙なあわいを尊重することが不可欠と思われる。公証人と嘱託人との間の信頼関係のなかにどこまで「公」は入り込めるのか、という点が公証人の職業との関係のなかで考察されなければならないであろう。

すなわち、公証人は、1. 職業の特異性、2. 公文書としての特性、から弁護士、医師等とはかなり異なった位置づけがなされうる存在といえるのではないだろうか。むしろ、裁判官的な視線でその職務を行っている職種に属する位置づけをなすべきではあるまいか。

そのことからするならば、実体法（公証人法）によって保護された地位を民事訴訟における手続で侵害できるのか、また、可能とすれば、何を判断基準として、どこまで侵害が可能なのか、という問題も考察せねばならないであろう。たとえば、医師や弁護士は国家の厳重な資格試験に合格し、その業務についても所管官庁または自律的団体から監督を受けているのに対比して、報道機関の記者についてはかような資格要件は皆無であり、外部団体から監督を受けることもないから、医師や弁護士と同列に論じるべき筋合ではない(石川弘「報道写真・テレビフィルムによる立証の動向と問題点」ジュリスト439号47頁)という指摘もあるのであり、その点からしても公証人の証言拒絶権の問題を論じるのに、報道機関の取材源の問題の判断基準をそのまま持つてくること自体が不可解である。

民事訴訟法第197条のなかに、医師や弁護士など各々を同じ条文にいれてい

るが、上記のような公証人の職務内容・姿勢・視点からしても、公証人という職務の独自性を考えた上で、利益衡量論が妥当か否かを再考しなければなるまい。

六 お わ り に

本拙稿のテーマにおいては、当事者（公証人の証言を必要とする訴訟当事者と対立する側）の訴訟における裁判を受ける利益・権利保護の重要性が不可欠であると同時に、公正な裁判、実体的真実の発見との調整をどのように考究するか、ということをも射程内にいれて考究しなければならない。この視点は不可欠のものである。

しかしながら、筆者の見解からするならば、公正な裁判の実現を達成するために、証言拒絶権の制度趣旨を後退させるべきではない。そもそも証言方法のひとつとしての証人尋問（民訴190条以下）は、特別の定め（例えば、民訴191条の公務員の尋問等）がある場合を除いて、裁判所は、何人でも証人として尋問することができるのである（民訴190条）。しかし、そのなかに証言拒絶権に関する規定として、民事訴訟法第196条・第197条が置かれているのである。手続的には、証言拒絶の理由の疎明があり（民訴198条）、民事訴訟法第197条第1項第1号の場合（民訴191条第1項における公務員が証人になった場合）を除いて、証言拒絶の可否については受訴裁判所が当事者を審尋して、決定で裁判をすることになる。この裁判に対しては、当事者、証人とも即時抗告ができるが（民訴199条）、証言拒絶を理由がないとする裁判が確定した後証人が証言を拒む場合には、不出頭に対する過料等の規定（民訴192条）、不出頭に対する罰金等の規定（民訴193条）が準用される。

このような手続のもとに置かれている証人尋問であるが、そのなかで民事訴訟法中に証言拒絶権を有する者の列挙、証言拒絶の対象の明記をすることは、その規定に特別の意味を含意しているからに他ならない。東京高決平成4年6月19日（判タ856号257頁）の採用した公証人の証言拒絶権を認めるか否か

の判断枠組みは利益衡量論なのである¹⁷⁾ 拙稿（本稿の注17）249頁以下で触れた取材源秘匿に関する新潟地裁平成11年10月11日決定に対する最高裁判所の判断が2006（平成18）年10月3日に下された（2006（平成18）年10月3日に最高裁判所は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 最高裁判所第三小法廷平成18年（許）第19号）。最高裁は、「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190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196条、197条）。そして、同法197条1項3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11年（許）第20号同12年3月10日第一小法廷決定・民集54巻3号1073頁参照）。もっとも、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。」とし、「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になる。」という判断のもと、証人となった報道関係者は、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、という判断を下した。

このような利益衡量論の採用は、様々なファクターを斟酌するゆえ、一面、事案に応じて臨機応変に対応できるような柔軟性を持ち、それゆえに利点が強調される可能性が高い。しかし、その反面、千差万別な事件の中で利益衡量の対象とされるファクターは同種のように、実はそうではないのである。カズイスティックに利益衡量のファクターが積み重ねられていき、利益衡量の対象になるファクターが明確になっていくといっても、同種の事案でも微妙にファクターは食い違ってくるのであり、緩やかな縛りの中での利益衡量なのである。そのことは、利益衡量論の持つ不安定性・不確実性を内包する。このような証言拒絶権のような制度の趣旨を根本から揺るがしかねないような利益衡量論を「公正な裁判の実現、実体的真実の発見」のもとに取り入れるべきではない、というのが筆者の見解である。ましてや、民事訴訟法第197条第1項第2号に挙げてある者の証言拒絶権を認めるか否かを判断する基準として、同条同項第3号の「職業の秘密」に関して出された判断基準をそのまま、この第2号に準用することの妥当性を何を基準に導き出すことができるのか、筆者は理解し難い。

筆者の見解は、公証人の黙秘義務を大きく捉え、それを証言する、開示するか否かは嘱託人の同意があればよいのだから、また、そのことを重視するべきで、それを条件として黙秘義務の対象となる事項からはずれるものも出てくるという把握の仕方をするべきである、とするものである。なぜならば、公証業務という性質と守秘義務は密接不可分な関係にある。すなわち、嘱託人からするならば、自己に関する個人的事情、経済的事情、特別な一身に関する事情（家族関係等）等について、他人には知られたいはないが、権利・法律関係を明確に残しておくために公証人を信頼して話をするという、公証業務（公証人は嘱託人が話した諸事情については、決して他言しない。）に対する信頼があ

るゆえにこそ、赤の他人に包み隠さず赤裸々に「他人には知られたくない自己の“秘密”」を話すのである。その囑託人の“秘密”（この場合、囑託人にとっては、“秘密”の概念は“客観的”な範疇にはいるか、“主観的”な範疇にはいるかということ、重要なことではない。）が露呈されることに囑託人が不同意な事項は全て“秘密”なのである。その点を蔑ろにして、公証人に証言拒絶権があるか否かを利益衡量論で判断していくことに問題がある。

民事訴訟法における証言拒絶権の規定（民訴196条・197条）はその成り立ちからして、公正な裁判の実現の後退があっても守るべきもの、いかなる場合でも、この原則を守る。その証言拒絶権を有する人達の証言しか証拠方法がなかったとしても同様である。この規定はそれでもなお、その人達の権利を侵害しないという不可侵領域を明記した条文、すなわち聖域の明記なのである。この問題自体がそもそも「利益衡量」という判断枠組みのなかで考察されることになじまないものなのである。公正な裁判を実現するために証言を得ることが必要不可欠（このこと自体が利益衡量を含む）な場合でも、民事事件においては公正な裁判の実現が絶対的価値観を有するという訳ではあるまい。

利益（比較）衡量手法は、個別事件の妥当な処理をめざす実務のバランス感覚の現れという見解（田邊誠・前掲ジュリスト1202号117頁）もあるが、個別事件ごとに衡量することは逆に不安定要因を含む予測可能性が立たないものになることを忘れてはならない。また、事案ごとに公証人に証言拒絶権があるか否かを判断していくことは、公証業務というその性質のもつ基盤を揺るがしかねない。

平成8年（1996年）に現行民事訴訟法が制定され、文書提出命令にみられるごとく一般義務化され、できるだけ証拠方法を法廷に出させる方向性が示され、また、訴訟に対する当事者の誠実義務（民訴2条）が規定として盛り込まれている。それとの関係を斟酌するならば、拙稿のようなテーマに関して、筆者のような立論の仕方は逆方向かもしれないが、「民事訴訟実務」への疑問からこのようなスタンスを打ち出した。なぜならば、「実務上はこのような運用

をしている。なぜならば、このような利点があるから」ということであり、様々な理論的な面で問題点を含んでいる場合も、多々あると考えられるからである。実務運用が真に訴訟手続の適正化に寄与するものなのか。種々の問題点はその時々の法改正のなかで明文規定が設けられる形で問題点は払拭されたということになるわけではない。法改正の段階では、従前に議論のあった問題点について、そのせめぎ合いのなかで、取り敢えずベストではないが、ベターな見解が法規として明文化されるにすぎない。それまでの解釈論が全く無に帰するというわけではなく、理論展開をしていく余地、また、その法規によって運用されている実務批判をするという姿勢、反論的視点からの理論的アプローチをしなければならぬと思料する。

このことは、昨今巷間で喧伝される「理論と実務の架橋」を無視するつもりではないし、この「架橋」は時代の趨勢であり、逆行することはできない。しかし、それでもなお、「実務を誘導する理論」を基底に据えて（たとえば、学説上の批判が強いが、裁判実務では既に定着しているという一面をどのような立論・手法で切り崩せるか）、「実務における民訴理論のもつ意味」を考究し続けたい。

本拙稿では、以前に書き下ろした論文を契機として、新たな裁判所の判断、新たな時代を迎えたなかで、再度この問題に着手してみた。ただ、「公証人」という職種に問題を絞ったため、「証言拒絶権」全体を俯瞰することはできなかった。その点で、問題点が矮小化したが、この問題については後日に期したい。

本拙稿の立論の仕方で残される問題として、弁護士の場合も同様だが、依頼者との信頼関係、嘱託者との信頼関係に重きを置きすぎると、証拠方法の顕在化がなくなる点、両者の関係が濃密になりすぎ、依頼者、嘱託人にのみ利益になるような訴訟構造を作り出す可能性が高くなるのではないか、その点をどのように判断していくべきか、ということ念頭に置くことも必要と思われる。

注

- 1) 民事訴訟法第197条の趣旨からするならば、限定列举と考えることは適切ではなく、たとえば、公認会計士(会計士27条)、司法書士(司書24条)、税務署員(所税243条、法税163条、相税72条)、調停委員・参与員(民調38条、家審31条)、行政委員会の委員(労組23条、独禁39条、公選227条)、人口調査員(人口動態調査会計統計14条、性病予防の事務に従事した公務員(性病29条2項)などが含まれると解されている。兼子一／松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解 民事訴訟法』(弘文堂、1986年)998頁〔松浦馨〕。しかし、法令上、黙秘義務が規定されていない者については、本号に準じた証言拒絶権を認めることはできないという見解もあり、その例として、銀行員、結婚相談所の相談員、結婚斡旋業者などが挙げられている。斎藤秀夫＝小室直人＝西村宏一＝林屋礼二編『注解民事訴訟法(7)』(第一法規、1996年)37頁〔斎藤秀夫＝東孝行〕。しかし、立法論として、包括的に、銀行(金融)・信託業務などの顧客の秘密、報道機関などの情報提供者、投資者、記事執筆者等の秘密の保護なども規定するのが妥当とする見解もある(兼子一／松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫・前掲書998頁～999頁〔松浦馨〕)。この見解に対し、立法者は、訴訟における真実発見を犠牲にしても証言拒絶権を認めるべき者を本条において列举しているのであり、解釈上これを拡張することは立法者の意思に反するとし、解釈論としては、金融機関の従業員や報道機関に従事する者などについての証言拒絶権を否定する見解もある。ただし、この場合、民事訴訟法第197条第1項第2号に含まれない職業に従事する者についても、同条同項第3号に基づく証言拒絶権が認められる可能性があるとする。伊藤眞『民事訴訟法〔第3版再訂版〕』(有斐閣、2006年)350頁。
- 2) 小室直人・賀集唱・松本博之・加藤新太郎編『基本法コンメンタル 新民事訴訟法』(日本評論社、2003年)165頁〔小林秀之・田村陽子〕。
- 3) 兼子一／松浦薫＝新堂幸司＝竹下守夫・前掲注1)999頁〔松浦薫〕。
- 4) 松本時夫・土本武司『条解 刑事訴訟法 新版』(弘文堂、1996年)220頁。
- 5) 藤永幸治＝河上和雄＝中川善房『大コンメンタル刑事訴訟法 第2巻』(青林書院、1994年)594頁〔仲家暢彦〕。
- 6) 藤永幸治＝河上和雄＝中川善房・前掲注5)594頁～595頁〔仲家暢彦〕。
- 7) 藤永幸治＝河上和雄＝中川義房・前掲注5)・596頁〔仲家暢彦〕。
- 8) 日本公証人連合会編『公証人法』(ぎょうせい、2004年)1頁。
- 9) 日本公証人連合会編・前掲注8)11頁。
- 10) 日本公証人連合会編・前掲注8)12頁。
- 11) 伊藤眞・前掲注1)367頁。
- 12) 伊藤眞・前掲注1)371頁。
- 13) 日本公証人連合会編・前掲注8)19頁～20頁。
- 14) 公正証書の取り扱い方について、実務上、原本の閲覧についても、利害関係人(囑託人、当事者の承継人。承継人が否かは証拠に基づいて判断する。)、検察官以外には原本は

見せないことになっているし、謄本の申請も同様とのことである。たとえば遺言書の場合は印鑑証書等が必要になるという。

15) 福永政彦「公証人の実質的審査義務と公証業務の姿勢」『公証法學』第31号104頁。

16) 日本公証人連合会編・前掲注8) 21頁。

17) 拙稿「公証人の守秘義務と証言拒絶権再論（一）」松山大学論集17巻6号243頁以下参照。

*本稿は、2006年度に交付を受けた松山大学特別研究費助成による研究成果の一部である。