

平成28年(ワ)第758号等 大垣警察市民監視国家賠償請求事件

原告;三輪唯夫外3名

被告;岐阜県、国

承認拒絶に対する意見書(2)

岐阜地方裁判所 御中

(民事第2部合議係)

2021年5月10日

上記原告ら訴訟代理人

弁護士	山田秀樹	
同	笹田参三	
同	小林明人	代
同	井上卓也	代
同	山本妙	
同	岡本浩明	代
同	見田村勇磨	代
同	安藤博	代
同	樽井直樹	代
同	原秀一	代
同	清水勉	代
同	武藤糾明	代

記

第1 監督官庁の不承認は裁判所を拘束しない

1 過日の進行協議期日において、裁判所から、民訴法191条1項に規定する監督官庁の拒否権が行使された場合、裁判所には判断権がなく、これに従わざるを得ないという見解が示されたものと理解する。

しかし、このような判断は、監督官庁が権限を濫用して本来秘密として保護に値しない情報（証言）についても秘匿性を裁判所が認めることになり、判例（最高裁1小決定昭和53年5月31日）が秘匿性の保護について実質秘であることを求めていることと明らかに矛盾する。

裁判所は、形式秘説が通説であるとの認識のようでもあるが、どの時点の解釈論をもって通説というのか、少なくとも近年における解釈論としてはこれを通説として墨守すべきかについては重大な疑問がある。学説の詳細については、仙台高裁に係属していたいわゆる自衛隊情報保全隊事件（平成24年（ネ）第266号事件）に提出された、2013年2月15日付け「『職務上の秘密』該当性の判断権者についての意見書」を提出するので、参照されたい。

2 そして、これにさらに近年の状況の変化を付け加えるならば、特定秘密保護法（平成25年法律第108号）の制定と、平成26年12月からの運用の現実である。特定秘密保護法では、本件で問題としている秘密より遥かに秘匿性の高い「特定秘密」の類型を法定し、その指定の手續や管理運用について定めている。

そこでは、どのような情報が特定秘密に該当するかを定義するだけでなく、情報保全諮問会議のメンバーの意見を聴いた上で定めた『特定秘密の指定及びその解除並びに適性評価の実施に関し統一的な運用を図るための基準』では「特定秘密」をより具体的に定めて、これに該当しない情報を特定秘密として指定することを禁じ、その制度運用についても詳細に定めて、公表しているのである。

そして、これに違反がないかどうかをチェックするために、行政機関内に設けた内閣府独立公文書管理監に特定秘密の指定・解除の運用実態を調査監督する権

限を与えているほか、外部の有識者によって構成される情報保全諮問会議では特定秘密そのものを直接知ることはできないものの、その周辺事情について詳細に知らされる立場にあることにより、毎年、特定秘密保護法の運用について政府に意見を述べ、その内容は公表されている。

特定秘密情報に対する情報公開請求に関しては情報公開・個人情報保護委員会が情報公開法に規定する不開示事由に該当するか否かを判断することになっており（10条1項3号）、監督官庁の専権になっていない。また、特定秘密保護法は不開示処分取消訴訟が起こされることも想定した規定も設けており（同条同項2号）、そこで裁判所は不開示事由該当性を判断することになる。すなわち、秘匿性が極めて高い特定秘密についてさえ裁判所は最終的に不開示事由該当性についての判断権を有しているのである。

特定秘密保護法のこのような制度設計乃至運用の実情を踏まえるならば、かつて通説と言われていた考え方が現在も通説として通用すると考えるべきでなく、最終的な判断権は裁判所にあると解すべきである。

なお、被告県は、民訴法に当事者が不承認を争うことができる規定を定めていないと主張もしているが（2021年4月23日付け「民事訴訟法191条の不承認に関する意見」の第1、3）、裁判所が最終的な判断権を有するのであるから、当事者が不承認を争うことができる規定がないことは、監督官庁の不承認が法的拘束力を有する理由とはならない。

本件では、監督官庁の回答には「職務上の秘密」に該当することについての実質秘該当性の説明は何もなく、疎明さえないのであるから、裁判所は、監督官庁の不承認があったとしても、これに拘束されることなく、証人の出頭証言を行わせるべきである。

第2 証人の保護について（被告県の上記「意見」の第2）

被告県は、本件訴訟において、岐阜県警警備部・警備課の活動が適法であると

終始主張してきた。本件訴訟では、公安警察活動一般について尋問するわけではなく、シーテック社の従業員が作成していた議事録（甲1参照）の記述内容を中心に尋問するのであるから、岐阜県警としてはどのような尋問事項になるかは概ね予想ができ、尋問対策はできる。しかも、被告県は、岐阜県警警備部・警備課の活動が適法であると主張しているのであるから、その適法な警察活動に実際に携わっていた警察官が証言する内容に特に秘密性の高い内容があるとは考えられない。刑事裁判において警察官の証人が刑事訴訟法や犯罪捜査規範などの解釈運用について証言することに何ら支障がないのと同じく、本件訴訟においても証人尋問される警察官にとって秘密性について判断を迷う問題は何もない。仮にあったとしても、事前の内部の検討準備で対応できることである。

仮に証人が証言の途中で秘密該当性について判断を迷うことがあれば、証人尋問を中断して検討する機会を与えてもよいし、その場での短時間の検討では判断し切れない場合には、当該尋問内容については、持ち帰って県警内で検討することとして、別の期日に尋問することにしてもよい。企業秘密に関連する証人尋問ではこのようなことが行われることがある。

第3 承認事項の尋問だけでも必要性がある

- 1 被告県は、「承認事項に鑑み、当時の経歴には争いはなく、大垣警察署の管轄範囲は、客観的に定められているのであるから、もはや、証言の必要性はなく、証人採用の必要性はない」と主張する（被告県の上記「意見」の第3）。

仮に、監督官庁が承認した事項についてしか尋問できないとしても、本件においては次のとおり阪上氏、横山氏、三輪氏の各証人の尋問には意味があり、必要性がある。

- 2 経歴について

監督官庁は、上記3名の経歴についての尋問を承認した。経歴は、本件情報交換当時の経歴だけではなく、公務員に採用されてから退職するまでの経歴を含む

ことは当然である。

ところで、本件においては、岐阜県に対する請求のみならず、国（警察庁）に対する個人情報抹消請求も行っているが、その理由は、警察庁警備局を頂点に、警視庁公安部及び道府県警本部警備部並びに各警察署警備課はピラミッド型の上意下達の構造になっており、各警察署警備課で集められた個人情報は、警視庁公安部及び道府県警本部警備部に集められ、最終的には警察庁警備局に集約されるからである。そして、それを支える体制として、公安警察官の人事交流・派遣が行われている。すなわち、岐阜県警に採用された警察官は、各警察署警備課及び県警警備部に配属・移動されるだけでなく、警視庁公安部や他の道府県警本部警備部に配属されたり、警察庁警備局に配属されることもある。また、その逆も当然ある。こうして、警察庁警備局と警視庁公安部及び道府県警本部警備部並びに各警察署警備課が直接結ばれる関係が出来上がっていくのである。

上記3名の経歴について尋問することは、このような直結した関係の実態を明らかにする手掛かりになるものである。従って、上記3名の経歴について尋問する必要がある。

3 管轄について

確かに、大垣警察署の管轄範囲は客観的に定められている。ところで、原告三輪及び同松島が居住し、風力発電施設建設が予定されている上石津町は養老警察署の管轄区域であり、大垣警察署の管轄区域ではない。従って、大垣署警備課が管轄を超えて活動する制度上の根拠は何なのかを明らかにする必要がある。このため、上記3名について管轄についての尋問をする必要がある。

以上

平成24年(ネ)第266号 監視活動停止等請求控訴事件

原審原告 後藤東陽こと後藤信ほか93名

原審被告 国

2013(平成25)年2月15日

仙台高等裁判所第2民事部 御中

原審原告ら訴訟代理人

弁護士	勅使河原	安	夫	代
同	小野寺	義	象	代
同	千葉	晃	平	外

「職務上の秘密」該当性の判断権者についての意見書

目次

第1	総論	1頁
第2	「職務上の秘密」該当性の判断権者についての論争	2頁
第3	裁判所説について	4頁
第4	監督官庁説について	9頁
第5	一次的判断(権)の問題	15頁
第6	最終的判断権の所在	18頁
第7	本件における当てはめ	26頁

第1 総論

原審被告は、現行民事訴訟法(平成8・6・24法109 以下「法」という。)191条の「職務上の秘密」の判断権は監督官庁にあると主張する(平成25年2月5日付け「証拠申請書に対する意見書(2)」)。

しかしながら、「職務上の秘密」の判断権は裁判所にあると解すべきであり、御庁は、原審被告国及び監督官庁の意見に拘束されず、自身の判断によって、鈴木健氏、立花尊顯氏、吉永春雄氏の各尋問事項からうかがえる証言内容について、「職務上の秘密」に該当しないと判断すべきである。

とりわけ、本件では、原審被告は訴訟の一方当事者（しかも原判決で違法行為が認定されているものである）であり、かかる当事者側へ判断権を委ねることは不正義・不公正である。

本書面では、「職務上の秘密」該当性の判断権に関する論争を改めて整理した上で、「職務上の秘密」該当性の判断権は裁判所にあることを述べ、最後に本件における当てはめを行う。

第2 「職務上の秘密」該当性の判断権者についての論争

法191条1項の「職務上の秘密」該当性の判断権が、裁判所にあるのか、それとも監督官庁にあるのかという点は、法198条、199条1項の解釈の問題と絡み、長らく民事訴訟法解釈上の争いとなってきた¹（そのような呼び方をした文献はほとんどないが、ここでは便宜的に、前者の見解を採る説を「裁判所説」、後者の見解を採る説を「監督官庁説」ということにする）。

ところで、裁判所が「職務上の秘密」の該当性について判断すべき場面とは、尋問事項書の記載や実際の尋問の内容から、証言すべき事項が「職務上の秘密」に該当することが疑われ、若しくは証人等から申し出があり、法191条1項によって監督官庁の承認を得る手続に入るべき

¹ 法191条は、旧法（大正15年法律第61号）272条から274条をまとめた規定であり、実質的な改正はない。「職務上の秘密」該当性の判断権者についての論争も、基本的には旧法下のものが現行法下でも直接当てはまるものといえる。

か否かという場面と、監督官庁から尋問を承認しない等の回答が得られたが、「職務上の秘密」に当たらないと判断した裁判所が証人に証言義務を課すべきか否かという場面との、大きく分けて2つの場面が考えられるが、従来からこの点はあまり明確に区別されて論じられてこなかった。

ここで仮に前者の場面を「職務上の秘密」の「一次的判断（権）」の問題、後者の場面を「最終的判断（権）」の問題と位置づけると、本件で当面問題となっているのは一次的判断の問題であるが、従前の裁判所説と監督官庁説の論争は、主に最終的判断権が問題となる場面を想定してのものであったと考えられる。なぜなら、前者の場面では民事裁判の手續上、裁判所は監督官庁の見解を一般的には知り得ず、監督官庁が判断権者として裁判手續に登場する余地が基本的にないからである。この問題が単に「判断権」としてだけではなく、「終局的な判断権」等と呼ばれてきたことからしても、そのようにとらえられる。したがって、以下では、「裁判所説」、「監督官庁説」というのは、すべて最終的判断権についてのものであることを前提とする。

監督官庁説を支持する現在有力といわれる見解（後掲・柳田ら）は、一次的判断権は、基本的に、証人（若しくは証人の申出がされた公務員、元公務員）にあるとしているようである。監督官庁説を採るとなぜそのような帰結となるのかについては定かではないが、最終的判断権を監督官庁に認める以上、裁判所は出来るだけ監督官庁の意見を聴くための契機を設けるべきだということになり、職務上の秘密と疑われることについて話すことに慎重な態度をとりがちな公務員、元公務員の申出があれば監督官庁の意見を聴くということにすれば、監督官庁が承認を拒絶する場合について裁判所はほとんど遺漏なく捕捉するということにつながることから、監督官庁説は一次的判断権を証人に認めるという帰結と

成りやすいのであろう。

しかし、理論的には、一次的判断権を公務員等に認めなくても最終的判断権は監督官庁にあるとする立場もあり得るのであり、実際そのような見解が長らく通説的地位を占めてきているのである。

第3 裁判所説について

裁判所説の代表的な論者は、民事訴訟法学者の伊藤眞東京大学教授²である。伊藤教授は、①職務上の秘密該当性について裁判所が何らの判断をしないとすれば、証人が職務上の秘密に当たることを申し立てれば、当該事項がいかなる性質のものであるかを問わず、監督官庁に最終的な判断が委ねられる結果となり、職務上の秘密概念そのものについて解釈論上争いがあることを考えれば、このような結果は、民訴法上の法概念の解釈や証人能力に関する判断を裁判所が行わず行政庁が行うことを意味し、適切とは思われないこと、②監督官庁説を前提としても、証人による疎明は必要であり、疎明が行われているにも関わらず、それに対する裁判所の判断が存在しないというのは、概念の矛盾であり、198条に基づく疎明との関係でも、裁判所の判断権を認めることが手続構造に合致すること、③法199条1項の趣旨は、当事者から疎明という訴訟行為がなされた場合に、それに対応する裁判所の訴訟行為としては、通常の間と異なって、裁判ではなく、監督官庁へ承認を求めるという形になることを規定したものと解されること、を根拠としている³。近時のこの問題についての議論の展開は、伊藤教授の見解に拠るところが大きい。

² 肩書は主な執筆当時のもの。以下同じ。

³ 伊藤眞「証言拒絶権の研究(1)——公務員の証言拒絶権を中心として」ジュリストNo.1051・90頁 1994年、伊藤眞『民事訴訟法』第3版再訂版・348頁(有斐閣 2006年)

春日偉知朗慶應義塾大学大学院法務研究科教授は、①公務員の証言義務の存否の判断権をもっぱら監督官庁に委ねることは、私人が証言拒絶の理由を疎明する場合と均衡を失すること、②職務上の秘密概念そのものに解釈上の争いがある以上、裁判所はこれについて判断すべき地位にあると考えられること、③証人が裁判所に対してした証言拒絶の理由について、手続構造上198条は、裁判所がその正当性について応答すべきであることを予定していること、を挙げており⁴、特に私人が証言を拒絶する場合との均衡を強調する点が特徴である。

坂田宏横浜国立大学助教授は、①職務上の秘密に属するかどうかは「本属長官其ノ他ノ監督庁ノ裁定ニ拠ル」（旧々法283条2項）という草案段階にあった規定が、旧法制定段階で削除されていること、②「権限ある機関」説（監督官庁説と同じ）を採る論者の中でも、裁判所の優位を認めるドイツのバイエルン州あるいは英米との比較において裁判所説にも一応の理解を示すものがあること、③伊藤教授の前記②の根拠などを挙げ、裁判所説を支持することを表明している⁵。

伊藤教授ら前記3氏が、裁判所説の代表的論者とされ、多くの文献で採りあげられている。特に伊藤教授、春日教授と同様の論拠により裁判所説を支持する見解は多い。

例えば高橋宏志東京大学教授は、伊藤教授の前記見解を「賛成すべきであろう」と支持を表明している⁶。

小室直人大阪市立大学教授も、「尋問事項が職務上の秘密に属するかどうかは、裁判所が自らの判断ですることになる」⁷としていることから、

⁴ 中野=松浦=鈴木編「新民事訴訟法講義」第2版補訂版・306頁（有斐閣 2006年）、松本博之・宮崎公男編「講座新民事訴訟法Ⅱ」132頁（弘文堂 平成11年）

⁵ 谷口安平ほか編「注釈民事訴訟法（6）」312頁（有斐閣 平成7年）

⁶ 高橋宏志「重点講義民事訴訟法下」補訂版・91頁（有斐閣 2006年）

⁷ 斎藤秀夫編「注解民事訴訟法（5）」15頁（第一法規 昭和52年）、斎藤秀

裁判所説をとるようである。

山本和彦一橋大学教授は、刑訴法144条の文言と対比して、民訴法の条文は「職務上の秘密について尋問する場合には」とし、裁判所が秘密性の判断権を有すると解しうる構造になっていること、公文書の提出命令に関する法案が「職務上の秘密に関する文書」という文言を使っていることとの対照でも、少なくとも秘密該当性について疎明を要するとの解釈は十分に成立しよう、と述べており⁸、裁判所説に親和的なようである。

大江忠弁護士は、監督官庁説を採ると私人の場合と均衡を欠くこととなることを挙げ、伊藤教授の見解を合理的であろうとする⁹。

秋山幹男ら「コンメンタール民事訴訟法Ⅳ」(日本評論社 2010年)165頁、兼子一ら「条解民事訴訟法」第2版1088頁(松浦馨・加藤新太郎執筆部分)(平成23年 弘文堂)でも、「証言拒絶理由の疎明につき裁判所が応答するという手続構造とされていること」を理由として、裁判所説が相当とされている¹⁰。

そして伊藤教授らが挙げる前記各根拠に加え、平成13年の民事訴訟法改正により、文書提出命令の申立てがあつたときに「公務員の職務上の秘密に関する文書」該当性について裁判所が最終的判断を下すこととなった(220条4号ロ、法223条3項、4項)ことが、この論争にも影響を与えている。

賀集唱・松本博之・加藤新太郎編 「基本法コンメンタール[第3版] / 民事訴訟法2」(別冊法学セミナーNo.194)177頁(小林秀之・

夫ら編「〔第2版〕注解民事訴訟法(7)」402頁(小室直人・東孝之執筆部分)(第一法規 平成5年)

⁸ 松本博之・宮崎公男編「講座新民事訴訟法Ⅱ」179頁(弘文堂 平成11年)

⁹ 大江忠「要件事実民事訴訟法 下」38頁(第一法規 平成12年)

¹⁰ 記載内容がほぼ同一であり、加藤新太郎東京高裁判事のみが両書の著者であることから、加藤判事の見解と思われる。

田辺陽子執筆部分) (日本評論社 2007年) では、①平成13年改正によって公務文書の提出義務の存否について裁判所に最終的な判断権限が認められており、書証と人証とで整合性を図るべきこと¹¹、②証言拒絶について当該訴訟と関係のない別訴で行政訴訟等を提起しても、現実的な救済にならないと考えられること¹²、③行政庁の資料隠し・情報秘匿という問題では、対象が文書か人かで異なるものではなく、行政庁は広く国民に情報を開示すべきという要請は同様にあることから、書証と人証とで区別すべきではないこと、④理論的にみても、裁判所が証言拒絶権の事由を証人に疎明させて当該尋問事項が職務上の秘密に該当するかの判断をするよう手続が定められている(法197条1項・198条)が、これは裁判所に判断権を予め与えた趣旨と解されること、等の根拠から裁判所説を支持する。上記①から③の各論拠は、平成13年改正等近時の法改正の事情が影響し新しく挙げられるようになったものと言える。

山田文京都大学教授は、裁判所説について、「文言上は、刑訴103条が『本人又は当該公務所から職務上の秘密に関するものであることを申し立てたときは』という要件を立てているのに対し、民事訴訟法では198条が適用されることを解釈上の手掛かりとするが、実質的には、秘密開示を望まない者に開示の当否を判断させることになり、適当でないことが挙げられる。監督官庁が承認を拒絶した場合、その当否について争う方法が残されていない(行政訴訟で監督官庁の不承認処分の取消しを求めるとしても、誰が原告適格を有するかは難問である)ことを併せ

¹¹ 「座談会 新民事訴訟法下の審理を探る(下)」判タ937号10頁(1997年)(小林秀之発言)も同旨。

¹² 最判平成7年4月27日税資209号303頁(監督官庁の裁判所に対する証言不許可について処分性を否定した事案)、最判平成9年4月25日税資223号566頁(監督官庁が承認しなかったことについて裁量権の逸脱及び濫用はないとして損害賠償請求を棄却した事案)参照。

考えると、秘密該当性については裁判所に判断権を認める方が妥当であろう。」としている¹³。

裁判所説をとる見解はほとんどが、一次的判断権も最終的判断権もほとんど区別しておらず、また、尋問事項書が提出された場面と実際に尋問を行う場面とで差を設けるような記述もない。それぞれの場面について区別をすることなく、証拠調べの結果及び弁論の全趣旨からして、「職務上の秘密」について疎明されていると判断できれば承認を求める手続を行い、そうでなければ証言義務を課すということで、ほぼ一致しているようである。

その中で、菊井雄大・村松俊夫はその著書¹⁴で、「職務上の秘密」に当たるかどうかは、最終的には裁判所の判断によるが、裁判所は監督官庁の意見をも十分に聞いて慎重に判断する必要があるとしている点で、裁判所説の中では異色となっている。ある事項が行政事務の遂行上秘匿を要するかどうかは第一次的には当該行政庁が最もよく知るところであり、その意見を聞いてみないと秘匿の必要性の当否の判断は困難であろうからということが、その根拠である。この見解を突き詰めれば、裁判所は出来るだけ監督官庁の意見を聞くために、証人の申出も含め、「職務上の秘密」に該当する可能性を少しでも認識すれば、監督官庁の意見を聞き、その見解も併せて最終的に裁判所が判断するということになるであろうが、菊井らはそこまでは述べておらず、刑訴法144条等と同じように解釈する見解とは一線を画している¹⁵。

¹³ 笠井正俊・越山和広編「新・コンメンタール 民事訴訟法」749頁（日本評論社 2010年）

¹⁴ 菊井雄大=村松俊夫「全訂 民事訴訟法Ⅱ」第2版・472頁（日本評論社 1989年）

¹⁵ このほかに裁判所説を支持する見解として、早川登「証言拒絶権の要件」民事訴訟法の争点・230頁、小室=賀集編「基本法コンメンタール〔新版〕民事訴訟法」359頁（杉本）、遠藤功・「証言拒絶権の要件」民事訴訟法の争点（新版）・266頁。

第4 監督官庁説について

これに対し、「職務上の秘密」該当性の判断権は監督官庁にあるとする見解があり、ほとんどの文献でこれが多数説として紹介されている。

監督官庁説の根拠としては、①法199条1項（旧法283条1項）の規定、②旧法283条1項は、旧々法301条1項を引き継いだものといわれるが、同項但書（「298条第1号（旧法281条1項1号）ノ場合ニ於イテ為シタル拒絶ノ当否ニ付テハ所属庁又ハ最後の所属庁ノ裁定ニ任ス」）の規定上、職務上の秘密該当性についての判断は、全面的に監督官庁に委ねられていたと考えられており、旧法立法の経緯においてもこれを変更する意図を読み取ることは出来ないこと¹⁶、③現行法立案担当者の意思等が挙げられている。

ところが、どのような場合に監督官庁の承認を求めるのか、最終的に証言義務を課する場合とはどのような場合なのかについては、監督官庁説の中でも相当の差異がある。以下では、監督官庁説の見解を、時系列に見ていく。

田中和夫九州帝国大学教授は、証人又はその所属官署から尋問禁止の申立てがあるときは、裁判所は必ず、監督官庁に承認を求め、これについての監督官庁の裁定は裁判所を拘束し、いずれの当事者も不服を申立て得ないとした¹⁷。そうしなければ、公の職務上の秘密の保持に充分でない場合が生じ得るとするのが根拠である。また、誰からの申立もなくとも、裁判所が職務上の秘密であるかもしれないと考えた場合には、監

¹⁶伊藤眞「証言拒絶権の研究（1）——公務員の証言拒絶権を中心として」ジュリストNo.1051・91頁（1994年）

¹⁷田中和夫「証言拒絶権の行使」民商法雑誌18巻128頁（1943年）。なお、国以外の当事者が公の職務上の秘密に関する主張した場合には、訴訟遷延の目的に利用されないために、裁判所が本来の立場に於いてこれを決し得るとする。

督官庁の裁定を求める職責を負っているとする。しかし、公務秘密に対し偏重的に過度な保護を与えるものであり、現代では支持し得ない見解であろう。

井口牧朗東京地裁判事は、「証人尋問の申出における立証事実とか尋問事項とその証人との関係などから、証人をその職務上の秘密について尋問することになることが明らかな場合には、その証人の証言拒絶をまっまでもなく、裁判所は、その証人尋問の申出を採用する前に監督官庁に承認を求める手続をとることになろう。これに対し、職務上の秘密に属するかどうか明らかなでないため、証人尋問の申出を採用し、これを裁判所に出頭させた後、証人が、その尋問事項が職務上の秘密に関することを理由に証言を拒絶した場合には問題がある。このような場合、証人が証言拒絶権をらん用することを防止するため、拒絶の理由について疎明することが必要とされている（民訴282）。したがって、証言を拒絶した証人が拒絶の理由について疎明すらしなないときは、むしろ職務上の秘密であることに名をかりた証言拒絶権のらん用とみて、理由のない証言拒絶に対する制裁（民訴284）を科してよいであろう。これに反し、ある程度の疎明があれば、もはや証言拒絶の当否について裁判所が裁判をする余地はなく（民訴283）、監督官庁に対し証人尋問の承認を求める手続をとることになる。してみれば、尋問事項が職務上の秘密に関する事項かどうかの実質的な判断権は裁判所にはなく、その点の判断は承認を求められた監督官庁に委されているものと解するほかなかろう。」と述べた¹⁸。この見解は、証人の申出段階では「明らかな場合」、出頭後では「ある程度の疎明」があれば、承認を求める手続に入っているといる点では、裁判所の一次的判断権を肯定するものといえる。

¹⁸井口牧朗「公務員の証言拒絶と国公法100条」実務民事訴訟法講座1301、306頁（日本評論社 1969年）

齋藤秀夫東北大学名誉教授も、「公務上の秘密であることが明白な事項について証人を尋問する場合は、裁判所はその証人尋問の申出を採用する前に、監督官庁に承認を求める事前手続をとるので、その証人の証言拒絶を待つまでもないが、職務上の秘密であるかどうか明白でないか、または裁判所は証言拒絶の理由につきある程度の疎明があるので証人尋問の申出を採用し、これを裁判所に出頭させた後、証人より尋問事項全般について、または尋問開始後その途中の尋問事項について、職務上の秘密であることを理由に証言を拒絶した場合に、本条（旧法281条一引用者注）1項1号が適用され機能する。」「思うに、証言拒絶の理由について疎明がないときは、公務員の秘密に籍口した証言拒絶権の濫用であるとして、正当な理由のない証言拒絶に対する制裁を科することもできる（284）が、ある程度の疎明がある以上は、証言拒絶の当否について裁判所は裁判することはできず（283）、監督官庁に対し証人尋問の承認を求める手続をとらなければならない。要するに、尋問事項が公務上の秘密に属するかどうかの実質的終局的な判断権は裁判所にはなく、監督官庁に委ねられている、と解するのが正当である。」（条文は旧法のもの）としている¹⁹。前記井口判事の見解とほぼ同じといえるが、証人が出頭する前にある程度の疎明があったとしても採用しこれを裁判所に出頭させるとしており、予め監督官庁に承認を求めることにはあまり積極的ではない。

その後、平成8年改正法の立案担当者である柳田幸三東京地裁判事が、政府提出原案としては裁判所に判断権がないという考え方を前提としていたこと、基本的には疎明があるかないかについて受訴裁判所は判断を

¹⁹ 齋藤秀夫ほか編「注解民事訴訟法（5）」40頁（齋藤秀夫執筆部分）（昭和52年 第一法規）

しない建前なのだと思うこと²⁰、刑事訴訟法同様証人から申立があれば承認に係る手続をとるべきこと、国家公務員法100条は、公務員の職務上の秘密というものの性質上、解除権者はあくまで監督官庁であるという考え方に基づいており、秘密に該当するかどうかはその秘密を保持している主体である監督官庁が判断するのが建前であると考えられること等を誌上研究会で発言し²¹、監督官庁説に大きな影響を与えた。

信濃孝一仙台地裁判事は、「(尋問事項書の)証明すべき事実や尋問事項から、職務上の秘密について尋問が行われることが明らかである場合もあろう。この場合には、証人尋問の申出を採用する前に、監督官庁に承認を求めることになる。したがって、まず裁判所が職務上の秘密該当性について判断することになる。次に、証明すべき事実や尋問事項からは職務上の秘密について尋問するか否か明らかでない場合には、証人尋問の申出を採用し、証人に尋問事項書を送付して、その対応を待ち、証人から尋問事項が職務上の秘密であるとの申出があれば、監督官庁の承認を求めることになる。また、尋問の途中で、証人から職務上の秘密について尋問されているとの申出があれば、その時点で尋問を中断して監督官庁の承認を求めることになる。ただし、証言拒絶の理由は疎明しなければならない(法198条)から、尋問事項が職務上の秘密であることについて証人が疎明せず、しかも尋問に応じない場合には、証言拒絶の制裁(法200条)を科してもよい。もともと、尋問事項が職務上の秘密に該当するか否かの最終判断権は、裁判所にはないと解されるから、証人がある程度疎明すれば、裁判所としては、監督官庁の承認を求める手続を採ることになる」としている²²。

²⁰ ただし柳田判事は、国会では「疎明を要すると解するのが一般的な見解と理解している」と答弁している(第136回国会参議院法務委員会議事録8号)。

²¹ 「研究会 新民事訴訟法」(ジュリスト増刊)242頁・柳田発言(1999年)

²² 門口正人編「民事証拠法体系 第3巻」40頁(信濃孝一執筆)(2003年 青

この見解は、井口判事らの見解と比較すると、証人の申出によっても監督官庁の証人を求める手続に入ることとした点で、柳田判事の影響かがえるが、証人の申出とある程度の疎明はイコールであると解しているようであり、後記疎明不要説とは異なるといえる。

ただし信濃判事は、公文書を対象とする文書提出命令においては「公務員の職務上の秘密に関する文書」に該当するか否か、「公共の利益を害し、または公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるもの」に該当するか否かは、最終的には裁判所が判断権を有することになった平成13年の改正が、「現行法191条の解釈にどのような影響を与えるかについては、今後の研究の推移を見守りたい」とする。つまり、信濃判事は、監督官庁説を前提に記述しているものの、裁判所説と監督官庁説のどちらが妥当かについての意見は、特に表明してはいないのである。

裁判所説の中で近時のまとまった見解は、賀集唱・松本博之・加藤新太郎編「基本法コンメンタール〔第3版〕／民事訴訟法2」（別冊法学セミナーNo.194）193頁（小林秀之・山本浩美執筆部分）（日本評論社 2007年）に記載がある。この中では、①立案担当者の柳田は、証人が職務上の秘密に関わる事項であるとの主張をすると、承認をとる手続をなすべきことは刑訴法でははっきり書いてあるが、民訴法でも基本的には同じことになるとし、公務員からの疎明やそれに対する裁判所の判断の必要性を指摘していないこと、②裁判所説は、職務上の秘密該当性について、198条に基づく疎明との関係でも、裁判所の判断権を認めることが手続の構造に合致すると主張するが、疎明が不要であるとすれば、裁判所の判断権を否定しても、手続の構造上問題はないこと、という根拠を挙げ、裁判所説を否定する。柳田判事は明確に疎明が不要だと述べていたわけではなく、証人の申立＝疎明に対して裁判所が

判断しないということをして述べていただけだと思われるが、明確に疎明を不要としたことにより、伊藤教授らから指摘された監督官庁説の問題点を完全に克服しようとしたものといえる(以下「疎明不要説」という。)。だが、「ただし、一見明白に職務上の秘密に該当しないというような場合を除く。これにつき、研究会新民訴245頁(柳田発言)」という記載もあり、裁判所の判断権を完全に否定しているわけではない。

そのほか、藤田広美琉球大学法科大学院教授・弁護士は、「証人尋問における公務秘密該当性の判断権は、文書提出命令とは異なり、裁判所にはありません(民訴法199条1項除外参照)。公開法廷での尋問に対して証言するという証拠調べの性質上、いったん証言させてしまった後に公務秘密であったということになっても回復不可能になってしまいますし、文書提出命令事件におけるインカメラ審理のように、事前に証言内容を知る手当をすることもできないためです。」とし、平成13年改正を踏まえた説明を意識して試みている²³。司法協会発行の「民事訴訟法講義案」(改訂補訂版)(平成19年)192頁注2では、「文書提出命令においては、公務秘密文書に該当するか否かについての最終判断権は裁判所に認められるが、証人尋問においては、公務秘密に該当するか否かの最終的判断権は監督官庁に認められている。これは、証人尋問の手続が、公開の法廷において、当事者等が行う尋問に対して証人が証言するという形態で行われるため、裁判所において、その証言の具体的内容(証人の記憶内容)を事前に覚知することができず、証言されることが相当な事項か否かを事前に判断する仕組みを設ける余地がなく、いったん証言されてしまった後に公務秘密であったということになっても、回復の余地がないことが考慮されている。」という記載があり、同趣旨のものと思われる。

²³ 藤田広美「講義 民事訴訟」第2版・290頁(東京大学出版 2011年)

なお、原審被告は、松波重雄・最高裁判所判例解説民事篇平成17年度（下）（708ページ）を挙げるが、これは公文書の場合には判断権が裁判所にあることの前振りとして、なお書きとして書かれたものであり、監督官庁説を採る根拠も参考文献も記載されておらず、両説を検討した形跡がまったくないので、参考とするには値しない。

第5 一次的判断（権）の問題

1 井口判事・斎藤教授らの見解の問題点

ここで改めて、一次的判断（権）がどのように解されてきたのか整理することとする。

監督官庁説の中では長く有力な地位を占めてきた井口判事、斎藤教授らの見解によれば、尋問事項書が提出された段階では、職務上の秘密について尋問することが明らかな場合には承認を求め、証人が出頭した段階では、「ある程度の疎明」がなされれば尋問を求めるとすることになる。尋問事項書が提出された段階と、証人尋問を実施している段階とで、証人を求める手続に入るか否かの決定基準が異なることを前提としているのである。

しかし、尋問事項書が提出された段階と、証人尋問を実施している段階とで、承認を求めべき基準が異なることについては、何ら論拠がない。「ある程度の疎明」というのがどの程度のものなのか、なぜそのような概念を用いることができるのか、という点も疑問である。「ある程度の疎明」とは、通常のス疎明よりも必要な心証度を引き下げたものだと解釈することはできるが、「疎明」に必要な証明度は5割をわずかに超える程度のものであり、この証明度を引き下げるとすれば、裁判官がむしろ「職務上の秘密」に当たらないという心証を抱いている場合でも、監督官庁の承認を求め手続に入ることにもなり得る。そうすると、法19

8条の適用を前提として職務上の秘密に名を借りた証言拒絶権のらん用に対して制裁を科するという井口判事らの見解の建前とは、齟齬が生じるように思われる。

監督官庁説の中でも定説的見解となっているとまではいえないが、論理的一貫性という点では、近時の疎明不要説の方が優れているというべきである。

2 疎明不要説の問題点

この疎明不要説によると、刑事訴訟法144条、議員証言法5条等と同じく、証言を求められた公務員等の申立てがあれば、監督官庁の承認を求める手続に入ることになる。基本的には、裁判所が、公務員等の申出等に反し自らの判断によって監督官庁の承認を求める手続を行わないとすることは出来ないということである。

しかし、法191条1項の規定上、証人の申出があれば、「職務上の秘密」該当性についての裁判所の心証にかかわらず常に監督官庁の承認を求める手続を行わなければならないという義務が裁判所に課されているとは読み取れない。疎明不要説は、刑訴法144条等と同様に解すべきとしているが、むしろ刑訴法144条等と同じく規定することも可能であったにもかかわらず、法文上そうはなっていないことに着目すべきである。

また疎明不要説を採るとすれば、法198条は職務上の秘密を理由とする証言の一次的拒絶がなされた場合には適用されないということになるが、法199条1項の規定からそこまで読み込むことが出来るとは思われない。

そして、公務員等の申立てがあった場合、常に必ず監督官庁の承認を求める手続を採るとすれば、濫用的な申立により裁判の迅速の要請に反する事態も生じ得る。そういった事態の発生を防ぐため、一見明白に該

当しない場合を除くとか、解釈上の工夫が試みられているようであるが、不明確な概念であり、その根拠にも乏しい。

もともと、法191条1項には「職務上の秘密について尋問する場合」とあるだけであり、尋問事項書が提出された際と、証人が出頭し尋問を実施する際とで、別異の取り扱いをしなければならない理由はない。そうであれば、双方の場面で統一的取り扱いを行って然るべきである。職務上の秘密を理由とする証言拒絶に対しては、法198条で証言拒絶の理由は疎明されなければならないとされており、「疎明」の概念上、裁判所がそれに対する判断を下すことが予定されていると解されることからすれば、法は、「職務上の秘密」該当性について「疎明」されたとの心証を裁判所が得ない限りは、監督官庁の承認を求めないこととしていると解すべきである。

3 手続裁量論について

仮にこの解釈を採ることができないとしても、直ちに刑法144条等と同様に解釈するというにはならず、「法191条1項は、裁判所が監督官庁の承認を得なければならない場合を規定しただけで、裁判所が監督官庁の承認を求めると違法となる場合を規定してはいない」という解釈をすることはあり得よう。つまり、監督官庁の承認を求める手続に入るか否かは、裁判所の手続裁量の問題とするのである²⁴。裁判所説の立場を採っても、一次的判断は裁判所の手続裁量とすれば、「職務上の秘密」の疎明がない場合でも、最終的に当該公務員等に証言義務を

²⁴ 「ある事項が行政事務の遂行上秘匿を要するかどうかは第一次的には当該行政庁が最もよく知るところであり、その意見を聞いてみないと秘匿の必要性の当否の判断は困難であろうから、裁判所としては、当該事項が明らかに職務上の秘密に当たらないと認められる場合を除いては、当該監督官庁の意見を聞くのが相当であるとする運用論がみられるが、手続裁量の範囲内の問題とみてよいであろう」という見解と同旨。秋山幹男ら著「コンメンタール民事訴訟法IV」165頁（日本評論社 2010年）参照。

課する限りにおいては、監督官庁の承認を得る手続を採ったことが直ちに同条項に違反するということにはならない、ということになる。(一方で、法191条1項を刑訴法144条等と同様に解するべきという立場を貫くならば、公務員等の申立てがあつたにもかかわらず裁判所が承認を求める手続をとらなければ、法191条1項に反するということになるであろう²⁵。) 裁判所説の中で出来るだけ監督官庁の意見を聴くべきという見解があつたのも、監督官庁説の中で「ある程度の疎明」とか「一見明白に該当しない場合を除く」といった解釈が提示されたのも、裁判所の手続裁量を前提とした上で、裁量判断の指針を示すものであつたとの理解は出来なくもない。この裁量の範囲内で諸般の要素を考慮する際にも、「職務上の秘密」該当性の最終的判断権が裁判所にあるのか否かという法律上の問題が、関連してくるものと考えられる。

仮にそのように一次的判断の問題を解釈するならば、裁判所の判断が裁量権の逸脱・濫用と認められれば、法191条1項に違反するということになる。特に「職務上の秘密」該当性の最終判断権を裁判所に認める限りにおいて、「職務上の秘密」についての疎明が不十分であるにもかかわらず監督官庁の承認を求めれば、裁量権の逸脱・濫用と判断されるべきケースがあり得るであろう。特に、一方当事者が国や地方公共団体などで監督官庁と同視でき、監督官庁としての公正な判断が期待できないような特段の事情がある場合には、監督官庁の承認を求めるに際してもより慎重な判断が求められ、監督官庁の承認を求めることは原則として裁量権の逸脱・濫用となり法191条1項に違反すると解するべきである。

第6 最終的判断権の所在

²⁵ 田中・前掲参照。

1 最終的判断権の問題が生じる場面

一次的判断権と最終的判断権とを区分したとき、最終的判断権の所在についての問題が先鋭化する場面を想定するならば、①(「職務上の秘密」に当たらないという心証を裁判所が得ていても公務員等からの申出等があれば承認を求める手続をとらなければならないという立場や、一次的判断を裁判所の手続裁量とする立場をとった場合で)裁判所は「職務上の秘密」に当たらないと思っていたにもかかわらず公務員等からの申出等があり承認を求めたところ、監督官庁が「職務上の秘密」に当たるとの見解を示し、かつ法191条2項の要件をも満たすと判断して承認を拒絶した場合か、②裁判所は「職務上の秘密」に当たるとして承認を求め、監督官庁も「職務上の秘密」に該当するとの見解を示し、かつ法191条2項の要件も満たすとして承認を拒絶したが、監督官庁の意見から濫用的意図を汲み取る等して裁判所が心変わりし、「職務上の秘密」に当たらないという心証を持ったという、あまり考えられない場合くらいであろう。

したがって、「職務上の秘密」について疎明がない限りは一貫して承認を求める手続に入らないという裁判所説の多くの見解による限りは、一次的判断の問題と離れて最終的判断権のみが問題となる場面は、ほとんど想定し得ない。このことが、裁判所説が一次的判断と最終的判断をほとんど区別せずに論じられてきた背景にあると思われる²⁶。

2 監督官庁説の論拠の問題点

²⁶ 裁判所説の中には、判断権は裁判所にあるとする一方で、監督官庁による承認拒絶の当否について裁判所は判断出来ないとする見解があるが、「職務上の秘密」について疎明がなされたか否かを裁判所が判断する以上、監督官庁に承認を求める手続に入り、監督官庁が承認を拒絶した場合は、ほとんどその判断を覆す余地がないということを前提としているように思われる。

裁判所説と監督官庁説のいずれを指示するかを表明しないまま、承認拒絶の当否を裁判所は判断できないとする見解もあるが、この論者が監督官庁説を支持しているというようには直ちに解することは出来ないであろう。

監督官庁説の沿革を見ていくと、元々は抽象的な公の利益のために個人の権利を制約することも当然のように行われていた旧憲法時代の条文と解釈が下地になっていたことが分かる。日本国憲法制定後も、民事訴訟法の個別法の解釈というレベルでは従前の多数説に追随する傾向があり、依然として監督官庁に「職務上の秘密」該当性の実質的判断権があるしながらも、公権力の暴走に対する歴史的反省や欧米の見解の影響もあり、ある程度の疎明がなければ制裁を科することができるとする、論理的に瑕疵の多い解釈が主流となったものと思われる。この監督官庁説の欠陥を指摘したのが伊藤教授であったといえる。

伊藤教授の批判を受けてもなお監督官庁説を支持する見解として登場したのが、疎明不要説であった。この見解は、法199条1項の規定を形式的根拠とし、「職務上の秘密」を理由とする証言拒絶の場合には法198条の適用が排除されると解しているようである。しかし、法198条には何らの除外規定は設けられておらず、法199条1項がそこまで規定したものとは法文上判断できない。そのせいもあってか、この疎明不要説に対し大方の支持が得られているとまでは言えない。

一方で、監督官庁説の重要な根拠となっている法199条1項が法197条1項1号の場合を除外していることについては、同条同項同号に掲げられた191条1項の場合を「職務上の秘密について尋問する場合」と解する限りにおいて、裁判所はその場合にまず監督官庁の承認を求めなければならない関係上、証言拒絶の当否を裁判しないということを規定したものであると解することは可能である。法199条1項によって、裁判所が誤った判断をした場合にも証人や監督官庁が不服申し立てをできないことを問題視する見解²⁷もあるが、公務員等は職務上の秘密を理由として一次的証言拒絶権を行使したが、裁判所は「職務上の秘密」に

²⁷研究会 新民事訴訟法(ジュリスト増刊)243頁・福田剛久発言(1999年)。

該当しないと判断したときには、なお法199条1項、2項の適用があると解することは出来よう。法200条は法192条を準用しているので、過料を科す決定をする場合には、同条2項により、証人には即時抗告をすることも認められると思われる。そのような解釈を採らず、行政側の不服申し立てがほとんど出来ないとしても、証言を求める側の不服申し立ての方がより封じられている以上、公平の観点からは何らの問題も生じない。

監督官庁説の論拠としては、旧法制定の沿革も挙げられているが、旧法の立案過程の議論でも、判断権者についての結論ははっきりしなかったことが指摘されている²⁸。現行法立案担当者の意図は、裁判所の判断権については否定するというものであったようであるが、法案を審議した国会の法務委員会ではこれに対する批判的意見も出され、参議院法務委員会では、「政府は、附則第27条の検討に当たっては、公務員の証人尋問についても、あわせて検討を加えるべきである。」との附帯決議が全会一致でなされた²⁹。附則27条は、公務秘密文書についての文書提出命令に関する規定である。つまり、立案担当者の意図はともかくとして、立法者の意思が、職務上の秘密を理由とする証言拒絶について、裁判所は常に監督官庁の判断にしたがうこととするものとは到底いえないのである。

最近の監督官庁説の中には、証人尋問は書証の場合とは異なり、インカメラ審理で証言の内容を事前に覚知することができず、一旦証言させた後に「職務上の秘密」に当たるとなっても回復不可能であることを論

²⁸ 司法省・民事訴訟法改正調査委員会速記録によれば、委員により、本人の申立てであれば何でも構わず、裁判所が秘密事項と思わなくても構わず照会するというわけではないこと、証人が秘密と言ったらそれを問い合わせることにするか、これは再考だということが述べられたという。基本法コンメンタール「民事訴訟法2」第3版・194頁（小林秀之・山本浩美執筆部分）参照。

²⁹ 参議院法務委員会会議録第10号

拠とするものがある³⁰。裁判所説の中には、文書提出命令の際のインカメラ手続を公務員の証言拒絶権の有無を審理する際にも用いるべきと解釈するものもあるが³¹、立法論としてはともかく、解釈論上は難しいところがあることは否定できない。現行法上は、裁判所が「職務上の秘密」の該当性を判断するとすれば、尋問事項や証人の疎明等を参考にし、ある程度概括的に「職務上の秘密」の該当性を判断せざるを得ない。

しかし、そのような概括的判断について、既に裁判所は、インカメラ手続が設けられる前の文書提出命令申立事件³²や、法197条1項3号の「職業の秘密」の該当性を判断する場合等で行っているのであって、法191条1項の「職務上の秘密」についてはインカメラ手続なしの判断が不可能ということはありません。裁判所が事前に判断すべきなのは、当該尋問事項に対する証言の具体的内容ではなく、その尋問がなされた場合に生じる公共の利益等への影響と、尋問がなされない場合の不利益とのどちらが大きいのかという事項であり、公務員等からの適切な疎明等があれば、インカメラ手続がない限り判断が行えないということは考えられない。

3 裁判所説の論拠

これまで見てきたとおり、監督官庁説には多くの難点がある。従来から監督官庁説が多数説と言われてきたが、近時の有力な民事訴訟法学者が裁判所説を支持し、論者の数では既に裁判所説が監督官庁説を上回っていると言える。

まず、法191条1項・2項の規定上、監督官庁は、「公共の利益を

³⁰ 藤田・前掲、司法協会・前掲参照。

³¹ 賀集唱・松本博之・加藤新太郎編「基本法コンメンタール〔第3版〕／民事訴訟法2」（別冊法学セミナーNo.194）178頁（小林秀之・田村陽子執筆部分）

³² 東京高決昭和44年10月15日行裁例集20巻10号1250頁（教科書検定手続における個々の担当者の意見は旧法272条の「職務上ノ秘密」に当たらないとした事例）等。

害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがある場合」に当たるか否かのみを判断し、職務上の秘密に当たるかどうかという判断は下さないことを前提としているように思われる。

「職務上の秘密」のように解釈上も争いのある訴訟法上の概念の該当性について、監督官庁の判断が優先するという明示的な規定は民事訴訟法上存在しない。そのような場合は、民事訴訟法の原則に則り、裁判所に判断権が専属すると解するべきである。

なお、柳田判事は国家公務員法100条の規定を挙げる³³が、同条2項・3項は、「職務上の秘密」に属する事項の発表につき監督官庁に権限を与えた規定ではあっても、ある事項が「職務上の秘密」に属するかどうかの判断権限まで監督官庁に与える趣旨とは読み取れない。

また、私人の職業上の秘密該当性については裁判所に判断権がある一方で、公務秘密については特に保護すべきという趣旨は法191条からも読み取れず、むしろ同条2項は、「職務上の秘密」について証言拒絶が許される場合は例外的なものと定めていることからすれば、行政情報についての公開の要請とも相まって、私人の秘密よりも保護は限定すべきとの趣旨が読み取れる。

文書提出命令においては「公務員の職務上の秘密に関する文書」に該当するか否かの最終的判断権が裁判所にあることになったことも重要な点であり、そうであるにもかかわらず、証言拒絶についての「職務上の秘密」該当性の判断権が裁判所にあると解するには、特段の根拠が必要である。書証と人証とで性質が異なることから説明しようとする見解があるが、証拠としての性質の違いが、直ちに該当性判断権限の所在の問題に結びつくとはいえない³⁴。

³³「研究会 新民事訴訟法」(ジュリスト増刊)244頁・柳田発言(1999年)

³⁴この問題については、石田秀博「証拠収集制度の改革」自由と正義48巻3号8

ところで、原審被告は、実質秘の要件のうち要保護性の要件について、比較衡量の基準を用いるべきではないと主張するが、法191条の趣旨は、国家の秘密の保護と民事訴訟における真実発見の必要性の調和を図ることにあるのであり、当該証言拒絶によって犠牲になる真実発見の要請について考慮することを排除する趣旨とは到底解されない³⁵³⁶。要保護性の要件該当性を考える上で、当該証言拒絶によって犠牲になる利益の内容、程度等について、適切な判断をすることができるのは、受訴裁判所だけである。監督官庁にこの点の判断を委ねると、当該証言拒絶によって犠牲になる利益の考慮が適切になされないおそれがあるだけでなく、「職務上の秘密」については形式秘かどうかによって判断されることになり、「職務上の秘密」を実質秘とした趣旨も没却されることになる。

法191条2項の要件該当性の判断権は裁判所にはないと解されていること、判例上、監督官庁による違法な承認拒絶の取消訴訟は認められていない上、仮に何らかの方法で争う途があったとしても、当該民事訴訟の証拠調べに効力が及ぶことは考えられず、実効的な権利救済は不可能であることも大きな問題である。裁判所が最初に職務上の秘密該当性の判断権を放棄すると、行政の違法な証拠隠しに対し裁判所がチェッ

6頁以下で、書証と人証には質的差異がある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とする考え方も示されているが、証拠としての質的差異が「職務上の秘密」該当性の判断権についての問題に何故関連するのかについては、触れられていない。

³⁵ 松並調査官は過去の国家公務員法違反の刑事事件の判例2つを挙げて、国家公務員法違反100条1項の「秘密」のうちの要保護性の要件について原審被告引用の通りに解したが、国家公務員法違反の刑事事件では、民事裁判における真実発見の要請は存在し得ないことは言うまでもない。民事訴訟法では、要保護性要件該当性の判断において考慮要素を別異のものとするのは、解釈上も十分可能であると思われる。

³⁶ 「職務上の秘密」についても比較衡量論を支持する見解として、研究会「新民事訴訟法（ジュリスト増刊）240頁・秋山幹男発言、柳田発言（1999年）。

クする機会、もう二度と訪れないのである。一般に、官公庁は安易に秘密指定をしがちである上、その開示には官公庁の利害が関わることも多く、開示には消極的であるから、行政により開示の当否が常に適正に判断されるとは思われない。行政の違法な証拠隠しによって国民の権利が侵害されている状況を正し、国民の権利を救済することが裁判所に期待された役割であり、このようなほとんど唯一の機会を常に見逃すような法が裁判所に期待しているとは到底解されない。

4 小括

長らく監督官庁説が多数説とされてきたが、前記第3、第4で述べてきた通り、現在では、裁判所説の方が多数といえる³⁷。また監督官庁説の主要な論拠は形式的なものが多い上、監督官庁説を採った場合の問題点は看過出来ないものがある。

よって「職務上の秘密」の最終的判断権は裁判所にあると解すべきである。

5 濫用的判断が見込まれる場合の特則

仮に「職務上の秘密」該当性の最終的判断権が一般的に裁判所にはないという立場をとるとしても、常に必ず裁判所は監督官庁の判断に拘束されると解するべきではない。

「職務上の秘密」の判断権を監督官庁に認めることに対し、反対の意見が学説上多数表明されてきた根底には、判断権を監督官庁に認めることによって、監督官庁にとって都合の悪い事実が隠匿されることとなり、違法行政を是正するという裁判所の重要な責務が果たせなくなるおそ

³⁷ 堀野出「証言拒絶権」民事訴訟法の争点（2009年）では、裁判所説の方がむしろ有力であるとされている。秋山幹男ら「コンメンタール民事訴訟法IV」（日本評論社 2010年）165頁、兼子一ら「条解民事訴訟法」第2版1088頁（松浦肇・加藤新太郎執筆部分）（平成23年 弘文堂）では、裁判所説を「多数説であった」としている。

れが出てくることが懸念されたからである。欧米の判例・学説でも国家秘密についての証言拒絶特権に関し、その存否の判断は裁判所の権限に属すると説く見解が支配的なものも、同様の理由による³⁸。

それでも監督官庁説が根強く唱えられてきた背景的理由には、私人間の紛争において監督官庁が特に一方当事者に不利になるような判断をすることが考えられないこと、行政権力一般に対する国民の信頼が高かったこと、公務員等の証人尋問を実施出来ないとしても他の証拠方法による立証が一般的に考えられること等が考えられる。

そうであるとすれば、仮に一般的には「職務上の秘密」該当性の判断権を監督官庁に認めるとしても、一方当事者が国や地方公共団体などで監督官庁と同視でき、証人に証言させることで当該監督官庁の違法不当な行為が暴かれる可能性がある等公正な判断が期待できないような特段の事情がある場合で、当該承認拒絶によって訴訟上重要な事実が立証できなくなるおそれが認められる場合には、例外的に、裁判所が「職務上の秘密」該当性の判断権を有すると解釈すべきである。

第7 本件における当てはめ

原審原告ら平成24年（2012年）11月30日付け「証人鈴木健の申出についての意見書」、同平成25年（2013年）2月15日付け「意見書（証人尋問の必要性に関する補足意見書）」等で述べた通り、鈴木健氏、立花尊顯氏、吉永春雄氏の各尋問事項からうかがえる証言内容について、「職務上の秘密」に該当しないことは明らかであり、疎明

³⁸ 谷口・福永編「注釈民事訴訟法（6）」264頁（藤原弘道執筆）（有斐閣 平成7年）では、英米で裁判所説が支配的な理由として、自己の非違が隠蔽されることに利益を有する者の手にその判定権限を渡してしまうようなことをすれば、権限が濫用されて特権が止めどもなく拡張されるおそれがあるということが挙げられている。

がなされているとはいえないから、御庁は防衛大臣に承認を求めるべきではない。仮に手続裁量を前提としても同様である。

仮に承認を求めるとし、その結果、防衛大臣から再び「職務上の秘密」に該当するとして承認を拒絶されたとしても、御庁は自らの考えにより証言内容が「職務上の秘密」に該当するか否かの最終判断を下すべきである。

仮に一般的には「職務上の秘密」該当性の判断権が裁判所にないという解釈をとるとしても、監督官庁の濫用的な判断が見込まれる場合の特則を適用すべきである。

本件では、監督官庁である防衛大臣の属する行政主体たる国が原審被告であり、その回答が裁判の公平の観点を考慮してなされることは期待できない。またこれまでの原審被告の訴訟態度等からすれば、鈴木氏らに証言義務が課されれば、情報保全隊が広範かつ継続的に国民を監視する違法行為を行っていたことが白日の下にさらされる蓋然性がある。原裁判所が同様の尋問事項について北澤俊美元防衛大臣に対し承認を求めたところ、平成22年9月10日付けで「職務上の秘密」に該当しない等として承認を拒絶する回答が得られているが、その回答内容は、後の原審被告の主張等により、明らかに不合理なものであったことさえ明らかとなっている。再び同様の尋問事項について照会がなされた場合でも、やはり防衛大臣は防衛省の個別の利害を代表して承認を拒絶する蓋然性は極めて高い。したがって、本件では監督官庁に公正な判断が期待できないような特段の事情があるといえる。

一方で、現在も原審原告ら94名に対する監視活動等を行っているかどうかを立証するために最適な証人は立花氏しかおらず、彼を尋問出来なければ、人格権侵害の蓋然性の立証に困難が生じる。また本件行為の具体的な目的、範囲、方法等を立証するためには、当時の情報保全隊幹

部である鈴木氏，吉永氏を尋問するより他なく，彼らを尋問出来なければ，違法性の有無・程度の立証が困難となるものと考えられる。

よって，例外的に，「職務上の秘密」該当性の判断権が裁判所に移行するというべきであり，「職務上の秘密」該当性の判断権が裁判所にないことを理由として国や監督官庁の判断を優先させることは出来ない。

以上