

違法収集証拠をめぐる訴訟当事者間の法律関係

河野 憲一郎

- 第一章 序
- 第二章 従来のが国の判例・学説の状況とその問題点
 - 第一節 判例
 - 第二節 学説
- 第三章 ドイツにおける判例・学説の展開
 - 第一節 一般的人格権に関する議論の展開状況
 - 第二節 判例理論の展開
 - 第三節 学説による多様な問題解決の試み
- 第四章 違法収集証拠排除法則の再構成
 - 第一節 証拠能力論から証拠排除論へ
 - 第二節 証拠排除の要件論
 - 第三節 証拠排除の手続
 - 第四節 違法収集証拠排除法則の体系的位罫
- 第五章 結語

第一章 序

民事裁判の帰趨は、当事者が首尾よく証拠を収集し、これを裁判所に提出することができるかどうかにかかっている。このことは、弁論主義が採られる通常の民事訴訟手続だけではなく、職権による証拠調べが認められている手続についても、程度の差こそあれ妥当する。しかるに、わが民事訴訟法は証拠方法の収集に関する整備された法的規律を有しておらず、そのため、重要証拠であるにもかかわらず、当事者がこれを獲得しえないという事態が生じうる。

こうした事態に直面したときにも、当事者が合法的に証拠を獲得するのであれば問題はないのだが、しかし、それは常に期待できることではない。かくして当事者が実体法上違法な手段で証拠を獲得し、これを裁判所に提出した場合に、裁判所としては果たしていかなる対応をとるべきかが問題となってくる。

一方で、このような当事者による違法な証拠収集行為に対する制裁は損害賠償などの実体法上の制裁や刑事罰に委ねればよいとの考え方もありうる。しかし他方で、このような場合には証拠としての提出を認めないなどの訴訟上の制裁をも課すべきであるとの考え方もありうる。これが、これまでに、「民事訴訟法学上、「違法収集証拠の証拠能力（証拠適格）」⁽¹⁾の問題として論じられてきたものである。

かつてはこの問題を論ずる文献はほとんどなく、特に、この問題を検討した文献は、違法収集証拠による立証活動それ自体は全く無制限に認めてもよい、との見解すら唱えていた。しかし、最近では、こうした見解はむしろ影を潜め、一定の場合には証拠能力を否定する余地が認められている。

違法収集証拠の取扱いをめぐるこうした変化は、写真、複写、録音などの技術が発展・普及し、その結果これら

の技術を用いることによって私人が他人の私生活に無断で立ち入り、これを侵害する可能性が増大してきたことも無関係ではない。そして、このことに伴う法律問題については、実体法上、あるいは憲法上も法規制を整備する必要性が自覚されてきたところである。⁽²⁾ 違法収集証拠の証拠能力を一定の範囲で否定する見解は、こうした議論とその問題関心を同じくするものでもある。

違法収集証拠を一定の範囲で排除して行こうとの議論はそれ自体妥当なものであるとしても、これら一定範囲の違法収集証拠の提出が禁止される法的根拠、これが例外的に許容されるための要件の設定、さらには、これと関連して違法収集証拠の排除をめぐる紛争を整理する証明責任の分配を明らかにする必要がある。さもなければ、違法収集証拠の取扱いが広範に裁判所の裁量に委ねられてしまう結果となり、手続問題をめぐる裁判所と当事者の間の軋轢を生じさせることにもなりかねないからである。しかし、以上述べた点は、従来必ずしも十分に議論がされてきたというわけではなさそうである。

かくて、本稿の問題関心は、証拠としての提出をいかなる形で争わせるかについてのルールを明確化することにある。証拠としての提出をいかなる形で争わせるかという観点に着目するならば証拠収集提出過程における当事者行為の規律、とりわけ当事者相互の関係を中心に議論を組み立てて行くべきであって、これまでのごとく単に「証拠能力」の有無という角度のみから眺めてみるだけでよいのかも問題となつてこよう。本稿では以上のような関心の下、問題の法的構造を説明してゆくことにしたい。

以下、次のような順序で問題の検討を行う。

まず、従来のわが国の裁判例と学説の状況を概観し、そこに胚胎する問題点を明らかにする(第二章)。次に、ドイツにおける議論の状況を眺め、そこからわが国の問題解決のための示唆を得る(第三章)。ドイツにおける議論を検討の素材として用いるのは、次の理由による。すなわち、同種の問題はドイツでも生じており、それに対す

る判例・学説の蓄積は少なくともわが国よりも豊かであること、及び訴訟手続の構造がわが国のそれと基本的には同じであることである。以上を踏まえた上でわが国での問題解決に向けての若干の提案を行い（第四章）、結びとしたい（第五章）。

第二章 従来のわが国の判例・学説の状況とその問題点

第一節 判例

戦前のものとしては、大判昭和一八年七月二日（民集二二卷五七七号）が、目につくにすぎない。これは自己の所持する相手方の日記帳を書証として提出したところ、この日記帳の証拠能力が認められたという事案である。

これに対して、最高裁の判例はいまだ存在しない。しかし、昭和四〇年代に下級審ではあるが相次いで数件の裁判例が出され、これを皮切りに現在にいたるまで、散発的にはあるものの、下級審の裁判例が出されている。もとよりこれらも数としては誠に微々たるものである。しかし、具体的事例に直面した裁判所が、一体どのような解決を図ってきたのかを見てゆくことは、問題状況を的確に把握するとともに、今後の検討の指針を立ててゆく上で、きわめて重要なことである。

そこで、以下では、まず、下級審裁判例を見てゆくことにしよう。

そこで問題となったのは、話者の同意なくして録音されたテープと窃取された文書である。

一 無断録音テープ

まず、相手方の同意を得ないで録音されたテープないしその反訳書面が、証拠として提出されたケースにつき、見てみよう。

〔J1〕 東京地判昭和四六年四月二六日（判時六四一号八一頁）⁽³⁾〔証拠能力肯定〕

〔事実〕

本件は、詐害行為取消訴訟において提出された録音テープの反訳書面二点（甲第六号証と甲第一四号証）が問題となつたケースである。

裁判所が証人の証言から認定したところによると、問題の甲第六号証は、Y1が訴外A方を訪れ、同人宅で訴外A、同人の子、X1、X1の妻である訴外Bと本件事件について会談した際、X1の子が会談の行われた部屋の隣室で右会談の内容をY1に断らないままにテープレコーダーにより録音し、後日これを反訳して作成したものであり、同じく問題の甲第一四号証は、更に後日、別な者が右テープを新たに別のテープに吹き替えて当該新テープを反訳して（一部は要約）作成したものである。

〔判旨〕

本件証拠の証拠能力（証拠適格性）につき以下のように判断。

「録音テープに録取された会談の内容は、本件事件の当事者間で本件事件について質疑がなされた際にこれを一方当事者側において録取したものであり、特に会談の当事者以外にききとられまいと意図した形跡はないから、右録取に際し他方当事者の同意を得ていなかった一事をもつて公序良俗に反し違法に収集されたものであって、これにもとづいて作成された証拠に証拠能力を肯定することが社会通念上相当でないとするにはあたらない。」と述べ、その証拠能力を否定することはできないとした。

本件の会談は、債権債務関係の処理をめぐる交渉が中心であり、一種の取引上の会話であることから、相手方の同意なしに録音しても、違法なものではない（話者の一般的人格権を侵害することはない）と評価しうるものでもあった。

もつとも、本件では、会話内容についての言及がなされているが、もし、これが問題となっている反、訳、書、面、を、調べた上で、証拠能力を肯定したものであるとすれば、審理の仕方としてはなお疑問が残るといふべきである。当事者の主張のみを斟酌した上で証拠として提出しうるや否やについて判断すべきであろう。

〔J2〕 大分地判昭和四六年一月八日（判時六五六号八二頁）〔証拠能力否定〕

〔事実〕

本件は、債務不存在確認の訴えで、原告が被告の同意を得ずに録音した同人との対話内容を再生した文書を書証として提出し、被告が成立を不知と答えたケースである。

〔判旨〕

「相手方の同意なしに対話を録音することは、公益を保護するため或いは著しく優越する正当利益を擁護するためなど特段の事情のない限り、相手方的人格権を侵害する不法な行為といふべきであり、民事事件の一方の当事者の証拠固めというような私的利益のみでは未だ一般的にこれを正当化することはできない。従って、対話の相手方の同意のない無断録音テープは不法手段で収集された証拠と言ふべきで、法廷においてこれを証拠として許容することは訴訟法上の信義則、公正の原則に反するものと解すべきである。一方、このような無断録音による人格権の侵害は不法行為に基づく損害賠償などで解決すれば足り、無断録音テープの証拠能力には影響を及ぼさないと立場も考えられないわけではないが、反面右損害賠償の義務を甘受することと引換えに、不法な手段で獲得した録音テープを法廷に提出することを訴訟当事者の自

由に任せ、これを全て証拠として許容することは無断録音による右人格権侵害の不法行為を徒らに誘発する弊害をもたらすと共に、法廷における公正の原則にも背馳するものと言わなければならない。」

本件は、証拠提出禁止をめぐる争いにつき、無断録音テープの利用は原則として許されず、ただ、拳証者の側に「特段の事情」がある場合にのみ別であるとしている。判旨によれば、「特段の事情の」証明責任は拳証者の側にある。これは、後述するドイツの連邦通常裁判所（以下「BGH」とする）の諸判例の立場とも機を一にしている。

もっとも、具体的事案との関係でいえば、本件会話はなお「取引上の会話」と評価する余地もあつたようであり、（一般的）人格権による保護を受けうるものではなかつたのではないかとの疑問は残る。

〔J3〕 東京高判昭和五二年七月一五日（判時八六七号六〇頁）⁽⁴⁾〔証拠能力肯定〕

〔事実〕

本件は、テレビ映画の製作放映に関する契約の債務不履行にともなう損害賠償請求事件の第一審で敗訴したX会社が、控訴審で提出した録音テープの反訳書面に対して、Y会社側が、反訳書面のもととなった録音テープの存在は認めるが、当該証拠は違法に収集された証拠であるから証拠能力がない、との証拠抗弁を提出したものである。

Y側の言うところによれば、本件録音テープは、第一審でXが敗訴した後に、Xの代表者が、Yの職員と幼友達であったことを奇貨とし、本件についてYの関係者に迷惑をかけたので詫びをしたいなどと甘言をもって話しかけ、Yの担当者を料亭に誘ったうえで、Xでは既に原審判決に対する控訴申立ての意思をかためていたにも拘らず、控訴をしない意向であるかのように装い、酒食を供した席上で担当者から本件に関しXに有利な証拠を得ようと企て、ひそかに録音テープをかけ、飲酒している担当者に本件放映契約が成立したように供述させようとして言葉巧みに誘導的な尋問をなし、また、反問を求めて発言させてこれを録取したものである。

〔判旨〕

「民事訴訟法は、いわゆる証拠能力に関しては何ら規定するところがなく、当事者が挙証の用に供する証拠は、一般的に証拠価値はともかく、その証拠能力はこれを肯定すべきものと解すべきことはいうまでもないところであるが、その証拠が、著しく反社会的な手段を用いて、人の精神的肉体的自由を拘束する等の人格権侵害を伴う方法によって採集されたものであるときは、それ自体違法の評価を受け、その証拠能力を否定されてもやむを得ないものというべきである。そして話者の同意なくしてなされた録音テープは、通常話者の一般的人格権の侵害となり得ることは明らかであるから、その証拠能力の適否の判定に当っては、その録音の手段方法が著しく反社会的と認められるか否かを基準とすべきものと解するのが相当である。本件については、右録音は、酒席における発言供述を、単に相手方の不知の間に録取したものであるにとどまり、いまだ人格権を著しく反社会的な手段方法で侵害したものであるといふことはできないとして、録音テープの証拠能力を認めた（ただし、証拠価値の点で、酒食の饗応を受け誘導的発問に迎合的になされた部分もないではないとして、消極的に判断している）。

本件では考慮すべきファクターとして、「録音の手段方法の著しい反社会性」が掲げられている。判旨によれば、この証明責任は相手方の側にあるようであり、この意味で先に見た〔J2〕とは対立する。これに対して、「録音の手段方法の著しい反社会性」をファクターに掲げるとしても、前記〔J2〕のいう「特段の事情」の一ファクターとして挙証者の側に証明責任を課するというやり方も考えられるが、本判決はこのような立場ではなさそうである。

〔J4〕 盛岡地判昭和五九年八月一〇日（判タ五三二号二五三頁）〔証拠能力肯定〕

〔事実〕

本件は、交通事故の被害者の遺族（原告）が加害者（被告）に損害賠償を求めた訴訟であるが、原告は、被告が加害車

両の運転手であったとの事実を証明するために、訴外Aの録音にかかる被告Y、A、訴外B間の会話についての秘密録音テープを提出したというケースである。

〔判旨〕

「一般に被録取者の同意を得ない録音はプライバシーを侵害する違法な行為といふべきであるが、民事訴訟法にはかかる違法な手段方法によって入手した証拠の証拠能力に関する規定はない。しかしながら、法律上これを制限する規定がないからといって直ちにその証拠能力を肯定するのは相当でなく、民事訴訟法の基本原則である公平の原則に照らし、かかる証拠を事実認定の資料に供することが著しく信義に反すると認められる場合にはその証拠能力は否定すべきである。被録取者が身体的精神的自由の拘束下で供述を強制されその内容を録取された場合のように、証拠の入手方法に強度の違法性が認められる場合には、将来の違法行為の抑制の見地からもその証拠能力は否定すべきであろう。しかし他方、訴訟における真実発見の要請をも考慮するとき、一般的人格権侵害の事実のみで直ちにその証拠能力を否定するのは妥当でなく、会話の内容自体が個人の秘密として保護に値するか否か、とりわけその内容が公共の利害に関する事実か否か、訴訟において当該証拠の占める重要性等を総合考慮したうえその証拠能力の有無を決するのが相当と解すべきである。」

本件でも一般論として証拠能力を否定する余地を認めてはいるが、「訴訟における真実発見の要請」を持ち出すことにより、「一般的人格権侵害の事実のみで直ちにその証拠能力を否定するのは妥当でな」としている点に特徴がある。たしかに一定の場合に証拠提出を肯定する余地がある。ただ、いかなるファクターにつき、どちらがどのような証明責任を負っているのかは、未だ明らかではない。

二書 証

次に、窃取された書証が、証拠として提出されたケースにつき、見てみよう。

〔J5〕 名古屋高決昭和五六年二月一八日（判時一〇〇七号六六頁）〔証拠能力肯定〕

〔事実〕

Yは、Xの書証の申出に対し、「一般に違法に収集された証拠の証拠能力は否定されるべきであるところ、疎甲第一四一号証の二ないし三六及び第一四二号証はY会社取締役人事部長の個人的備忘録たる手帳であり、しかも同人の意思に反して違法な手段（窃盗）により収集されたものであるからこれを書証として証拠調べをすることは同人の人格権を侵害するものであつて訴訟法上許されない。したがつて、証拠能力は否定されるべきである。また（事件において疎甲第一四一号証の二ないし三六を証人であるY会社取締役人事部長に示してなされた証人尋問の調書であるところの）疎甲第一四一〇号証の七、八を書証として証拠調べをすることは疎甲第一四一〇号証の二ないし三六につき証拠調べをしたのと同じ結果となるから、これについても証拠能力を否定せざるを得ない。よつて、本件各書証の申出には異議がある」旨主張した。これに対し、Xは、「民事訴訟法においては違法に収集された証拠であつても、その証拠能力を制限する規定は存在せず、特殊な例外（手形訴訟における証拠に関する同法四四六条、四六三条二項、代理権の証明に関する同法五二条一項、八〇条一項等）を除いては、あらゆる人証、物証を証拠として用いることができるから、Yの主張は理由がない」と反論。

〔決定要旨〕

民事訴訟法は証言拒絶権を与えているが、これは「たとえ民事訴訟における実体的真実の発見が妨げられることがあつても個人の名誉ひいてその人格権を保護するためにはやむをえないとする趣旨にほかならず、終局において憲法にいう『個人の尊重』（一三条）、『個人の尊厳』（二四二条二項）に由来するものと解される。しかして、このように、民事訴訟法が証人尋問の場合につき明文をもって個人の尊厳の前に実体的真実の要請を後退させていることにかんがみると、書証の場合においても、当該書証が窃取等正当な保持者の意思に反して提出者によつて取得されたものであり、かつ、これを証

拠として取調べることによつてその者あるいは相手方当事者の個人的秘密が法廷で明らかにされ、これらの者の人格権が侵害されると認められる場合（私的な日記帳、手紙などがその適例である）には、その書証を証拠方法とすることは許されないとしつつ、具体的な取扱いでは、本件手帳が被控訴人により持ちさられコピーされたかどうか不明であり、内容も職務上の出来事や行事予定を記載したものであつて、個人の私生活に関するものではないとの理由で証拠能力を認められた。

本決定が、「当該書証が窃取等正当な保持者の意思に反して提出者によつて取得されたものであり、かつ、これを証拠として取調べることによつてその者あるいは相手方当事者の個人的秘密が法廷で明らかにされ、これらの者の人格権が侵害されると認められる場合」にあたるときには、証拠排除を認める余地を残しているのは注目に値する。証拠排除を認める要件として「正当な保持者の意思に反して提出者によつて取得された」ことが要求されていることからすると、単に文書の内容だけではなくて、その取得態様をも問題にしているように思われる。

〔J6〕 神戸地判昭和五九年五月一八日（判時一一三五号一四〇頁）〔証拠能力肯定〕

〔事実〕

本件は、電力会社（被告）が共産党員の経歴を有する従業員（原告）の行動を職場内外で監視したり職場内で孤立化させるなどの政策を実施したところ、その対象とされた従業員らが会社を相手方として、思想信条の自由、名誉及び人格に対する著しい侵害があつたとして、慰謝料の支払と謝罪文の掲示を求めたケースである。その際、被告会社は、違法な手段によつて収集された証拠は、信義則上証拠能力が否定されるべきところ、問題の甲号各証は、いずれも被告会社神戸支店労務課労務係において保管中、昭和四三年七月から昭和四四年六月末までの間に、何人かによつて窃取されたものであり、原告らはその情を知りながら、その不法性を容認したうえこれを入手し、書証として提出したものであるから、これらは証拠から排除されるべきである、と述べた。

〔判旨〕

「民事訴訟においては、例えば、一方当事者が自ら若しくは第三者と共謀ないし第三者を教唆して他方当事者の所持する文書を窃取するなど、信義則上これを証拠とすることが許されないとするに足りる特段の事情がない限り、民事訴訟における真実発見の要請その他の諸原則に照らし、文書には原則として証拠能力を認めるのが相当であり、単に第三者の窃取にかかるといふ事由のみでは、なおその文書の証拠能力を否定するには足りないものと解すべきである。

しかるに、……単に右甲号各証は、自己が被告会社神戸支店の労務担当として勤務した昭和四三年七月から昭和四四年六月までの間に、保管中の施錠された専用キャビネットの中から紛失したものであるから、何人かにより窃取されたものに相違ないというにとどまり、それ自体何人かが窃取したのかさえなお不明であつて、到底右の特段の事情を認めるに足らず、その他本件全証拠によつても右の特段の事情はこれを認めることができないから、右甲号各証につき証拠排除を求める被告会社の申立は失当といふべきである。」

本件はそもそも問題の文書が窃取されたものであるのかどうかさえ明らかではない、という事案であり、判旨は正当である。判決によれば、証拠能力が否定される「特段の事情」ありと言えるためには、当事者自身が文書を窃取するか、第三者と共謀ないし教唆の關係に立つ必要があるようである。

〔J7〕名古屋地判平成三年八月九日（判時一四〇八号一〇五頁）〔証拠能力肯定〕

〔事実〕

本件は、夫の不倫相手に対して妻がした慰謝料請求事件において提出された信書が問題となつた事例である。被告は、違法収集証拠であるから、違法収集証拠排除の原則を適用し証拠として採用すべきでない旨主張した。

〔判旨〕

「民事訴訟法は、いわゆる証拠能力に関して何ら規定するところがなく、当事者が挙証の用に供する証拠は、それが著しく反社会的な手段を用いて採集されたものである等、その証拠能力自体が否定されてもやむを得ないような場合を除いて、その証拠能力を肯定すべきものである。この点を検討するに、たしかに、『証拠略』によれば、「問題の」甲第一の一、二〔号証〕は原告が夫のマンションの郵便受けの中から夫に無断で持ち出して開披し、隠匿していた信書であることが認められ、夫婦間の一般的承諾のもとに行われる行為の範囲を逸脱して取得した証拠であることが何われなくもないが、前記認定のとおり、夫は、被告との関係を原告に隠そうとしていなかったこと、夫は現在も原告らと共に鰻屋を営んでおり、原告と同居していることがみとめられる（原告本人）のであるから、右証拠収集の方法、態様は、民事訴訟において証拠能力を否定するまでの違法性を帯びるものであるということとはできないと考える。」

本件では、信書の持ち出しが夫婦間のことであること、しかも、婚姻関係が必ずしも破綻しているとはいえない点が考慮されたのであろうか。もっとも、本件は〔丁5〕が証拠能力を否定すべき場合の「適例」として掲げた「(私的な)手紙」に該当するものとも思われ、その意味では判旨は簡潔にすぎないようにも思われる。

〔丁8〕 東京地判平成一〇年五月二九日(判タ一〇〇四号二六〇頁)〔証拠申出却下〕

〔事実〕

妻の不倫相手に対する損害賠償請求訴訟において、被告側が提出しようとした書証の写しとして大学ノート(乙四号証)を提示したのに対して、原告側が、窃取した文書であるから証拠として提出することに異議があると主張した。

〔判旨〕

「わが民事訴訟法は、刑事訴訟法と異なり、証拠能力については規定しておらず、すべての証拠は証拠能力を付与されるかのごとくであるが、当該証拠の収集の仕方に社会的にみて相当性を欠くなどの反社会性が高い事情がある場合には、

民事訴訟法二条の趣旨に徴し、当該証拠の申出は却下すべきものと解するのが相当である。

これを乙四の大学ノートについてみると、同文書の記載内容・体裁、甲六の原告の陳述書の記載内容との比較対照の結果、原告本人の供述を総合すると、乙四は、原告本人が甲六の陳述書の原稿として弁護士に対し出したものか又はその手元控えであることが明らかであり、そのような文書は、依頼者と弁護士との間でのみ交わされる文書であり、第三者の目に触れないことを旨とするものである。乙四は、おそらく春子（原告の妻——筆者）が原告と別居後に原告方に入り、これを密に入手して、被告を介して、被告訴訟代理人に預託したものと推認される。そうすると、乙四は、その文書の密行性という性質及び入手方法において、書証として提出することに強い反社会性があり、民事訴訟法二条の掲げる信義誠実の原則に反するものであり、そのような証拠の申出は違法であり、却下を免れないというべきである。」

本件では、証拠の申出が違法とされているが、ここでは、通常考えられている日記帳や手紙（ラブレター）などではなくて、弁護士・依頼者間の文書が問題となっている点に特徴がある。また、従来一般的に用いられてきた、証拠能力ないし証拠適格を欠くという表現ではなくて、「証拠の申出は違法である」との表現が用いられている点が興味深い。ちなみに、本件では、裁判所が文書の内容自体を、見ているようであるが（乙四文書の記載内容・体裁、甲六の原告の陳述書の記載内容との比較対照」との表現）、事件の経緯からやむを得なかったというべきか。

三 小 括

以上、無断録音テープと書証に関する下級審の裁判例を見てきた。

わが国の下級審裁判例の多くは、ニュアンスはさまざまであるものの、相手方の人格権に言及し、証拠能力否定の余地に言及するものも少なくはない。このことはとりわけ無断録音テープの事案で言えることであるが、窃取さ

れた書面の事案でもこの旨を述べているものがある〔J5〕。

まず録音テープについて言えば、無断録音テープに関しては、証拠能力肯定が主流を占めるようである。そうして、一般には、〔J1〕、〔J3〕、〔J4〕は比較的容易に無断録音テープの提出を認めるのに対して、〔J2〕は厳しい立場を採るものであるとの評価がなされている⁽⁵⁾。たしかに判決の一般論を読む限りではこのように言えそうであるが、具体的事案を見ると、そもそもが、証拠能力を肯定されてもやむをえない事案であったともいえそうである(特に、〔J1〕)。もつとも、話者に無断でなされる会話の録音は、同意のないこととただちに違法録音に該当すると考え、特段の事情については、挙証者の側で証明責任を負うと考えるべきかどうかについては、なお見解が分かれる。〔J2〕によれば、これが肯定され、〔J3〕によれば、むしろ、相手方の側で「録音の手段方法が反社会的でない」旨を明らかにしなくてはならない。こうした〔J3〕の思考方法は、住吉博教授が既に指摘されている⁽⁶⁾ように、第三章で見るドイツの判例法理とは大きく異なるところである。ただし、そこでは話者の同意を得ない録音はそのことによりただちに人格権侵害と評価されており、ただ相当の事由がある場合にはその違法性が阻却されてよいことを承認されているからである。〔J2〕やドイツの判例法理の思考法の方が、証明責任を明確にするものとして手続処理の見地からみても有効なものといえることができる。

次に、書証について言えば、ここでも日記帳や手紙の窃取などについても(一般的)人格権の侵害が問題となる。それは私的な日記帳や手紙を勝手に公表されないという意味においてである。この限りで日記帳などの一部の書証についても基本的に無断録音テープと同様の取り扱いが考えられよう。

第二節 学説

それでは、学説はどうか。わが国の学説の推移をみてみよう。

わが国の学説の展開状況は、次の四つに時期を区切ることができよう。

第一期は、昭和四〇年代の下級審裁判例が登場する以前の見解である。第二期は、下級審裁判例の登場から、昭和五〇年代後半までの見解である。ここでは、違法収集証拠問題についての本格的な論文はいまだほとんど現れてはおらず、下級審裁判例の評釈等を中心に議論が展開された。第三期は、とりわけ昭和五八年前後を中心とする。この時期は違法収集証拠問題を本格的に研究する論稿が数多く現れてくる時期にあたる。第四期は、それ以後の動向である。結論から言えば、第三期の議論を頂点としてその後は必ずしも議論は活発とはいえない状況になっている。

一 第一期の議論

刑事訴訟法の分野では、違法収集証拠の問題は比較的早い段階から議論がなされており、すでに昭和三〇年代半ばには、違法な手続によって獲得された証拠は、原則として証拠能力を有しないと考えるのが、学説上通説的な立場となるに至ったようである。⁽¹⁾これに対して、民事訴訟法の分野では、体系書の中で違法収集証拠の問題に関する記述さえなく、そもそもそのような問題関心は見受けられないという状況が長らく続いた。そのような状況の中で、わずかに違法収集証拠について論じたものが、その証拠能力を肯定していたのは注目に値する。

1 証拠能力肯定説

証拠能力を肯定する見解を採るものは、実務家に対して強い指導力をもったと思われる岩松三郎「兼子一編の注

積書である。それは、次のように述べている⁽⁸⁾。

「証拠方法を不法に入手した場合、例えば、窃取した文書を書証として提出した場合であつても、これを証拠資料となし得る (Stein-Jonas-Shönke, Pöhl, 18. Aufl. Vor § 355 IV)」。判例 (大判昭和一八年七月二日民集二二卷五七七頁)も、相手方所有の日記帳を、当事者の一方が入手の上、書証として提出した場合、これを証拠として採り得る旨判示している (刑訴に関し、青木・実務講座刑訴編九卷「証拠法(2)」一九七〇頁は、私人の不法行為または犯罪行為により取得した物件も、証拠となし得るが、司法官憲の共謀・教唆に基づく場合は別である、としている)。」

しかし、ここで引用のシュタイン・ヨナーナスの注釈書の第一八版は、一九五三年のものであり、この時期にあつてはドイツにおいても民事訴訟における違法収集証拠の利用の問題が十分に議論されていたわけではない⁽⁹⁾、判例は戦前の古いものであり、学説も刑事訴訟法学説であり、独自の展開があつたというわけではない。

2 信義則論の一環として証拠能力の否定を論じる立場

その後、少なくとも一定の場合には違法収集証拠の証拠能力を否定しようとの見解が出てくる。一つは信義則論の一環としてこの問題を論じるものである。

例えば、山木戸克己博士は、当事者の違法な証拠収集行為は相手方や裁判所に対する誠実な訴訟追行の義務に違反するものであるから、「証拠方法についてその採取が信義則に違背すると認められるとき、たとえば提出された証拠書類が挙証者の横領によって入手したものである場合には、……証拠能力を欠くものとして排斥せられるべきであろう」と言われる⁽¹⁰⁾。

また、実務家の山本卓判事も「不法な手段による搜索の結果挙証者が文書または検証物などを取得したような場

合には、当該証拠方法についての——その者からの——証拠の申立は信義誠実にてい触する申立として排斥されなければならぬであろう」と述べておられる。⁽¹¹⁾

ただ、いずれも信義則論の一環として論じられているにすぎず、かつ、その叙述はきわめて簡潔であつて、特に、この問題に強い関心が向けられていたというわけではなさそうである。とりわけ、そこではドイツにおける判例理論の展開についての言及はない。

3 ドイツにおける裁判例の動向を踏まえて証拠能力否定を論じる立場

これに対して、当時のドイツの裁判例および学説を検討した上で、無断録音は、違法性阻却事由がある場合を除き話者の一般的人格権を侵害するから違法である、として証拠能力の否定を論ずるものも現れる。木川統一郎教授・馬越道夫教授の連名の論稿がこれである。⁽¹²⁾そこでは、とりわけ一般予防の観点が重視されている点が特徴的である。この見解が重視する一般予防の観点は今日それほど重視されているわけではないが、この論稿を通じて「西」ドイツにおける新たな動向が知られるようになった。その意味で重要な役割を果たした論稿である。

二 第二期の議論

1 永井判事の見解

永井紀昭判事は、「J1」の評釈の中で、「刑訴における違法収集証拠の排除法則と同様の原則が、民訴においては信義則の適用を通して顕現されることを認めてよいと考える」として、証拠能力を否定する余地を認められている。具体的事案との関係では、「J1」では話者によるプライバシーの放棄があつたとして、証拠能力を肯定した判旨に賛成されている。ただし、判例評釈ということもあり、永井判事がどのような排除法則を考えておられるのか、十分に明らかというわけではない。この見解は、第一期の信義則論の一環として証拠能力の否定を論じる立場

にきわめて近似する反面で、具体的問題の解決にあたっては、刑事訴訟における違法収集証拠論の影響が強く見られる点に一つの特徴がある。

2 住吉教授の見解

住吉教授は、前掲判例〔丁3〕の評釈の中で、「話者の、もしくは対話者の一方の同意を得ないままの録音がすべて人格権侵害の故に当然に証拠能力を否定されねばならないとする見解は、大雑把で画一的であるし、……制約を不当に加重しすぎるきらいがある」とし、「要点は同意なしの録音の違法性を阻却する事由をどのような要因によつて決定するかというところにこそ見出されるべき」であるとする。そして、違法性阻却事由として、正当防衛のほか、公開の場での録音、財産法関係の取引にかかわる内容の録音があり、他に、訴訟当事者以外の第三者が話者に秘密で録音した場合でも、公開の発言でありかつ相当の理由があればよい、とする。ここでは、明らかに違法性阻却事由に主眼が置かれている。また、「録音当事者に偽計やその他話者の人格権を侵害する悪意のないことが、財産法関係の取引の場合にも条件となり、そのこと（悪意のないこと）の……証明責任は拳証者が負担する」とされる。

3 春日教授の見解

春日偉知郎教授もまた、「丁3」の評釈の中で、基本的に住吉教授と同様の立場に立たれ、判旨のごとく録音の手段方法の「反社会性」を拳証者の相手方に負わせる立場に疑問を提起されている。⁽¹³⁾

4 船越教授の見解

住吉教授や春日教授と異なる立場に立たれるのは、船越隆司教授である。船越教授は、ドイツの民事訴訟が職権主義的色彩が強いものであるのに対し、「わが国の民事訴訟を特徴づけているものは、交互尋問制による当事者主義」であるとし、事実関係の解明に当事者（弁護士）の自由活動を可及的に広く認める必要があるとの認識を基に

し、「無断録音テープの違法性排除に腐心することなく、録音方法が著しく反社会的でない限り証拠能力を認むべきである。蒐集活動の違法性ということも、交互尋問性を採るわが国制度との相関関係で捉えなければならない。」とする。またさらに、「著しく反社会的であるとの立証責任は、テープ提出者の相手方にある（傍点筆者）」とする。⁽¹⁴⁾

三 第三期の議論

一九八二年から一九八三年にかけてこの問題について研究する論稿が数多く現れてくる。とりわけ、ここでは、証拠収集過程における当事者行為の規律という観点が多かれ少なかれ現れてくる。学説は、大きく広義の信義則説とでも言うべきもの（後述1）と、違憲収集証拠と単純な違法収集証拠を区別するもの（後述2）⁽¹⁵⁾とに分けられる。

1 広義の信義則説

(1) 各種の要請・諸利益の総合的な比較衡量によるアプローチ

まず違法収集証拠の証拠能力の有無は総合的な比較衡量によって決すべきであるとの見解が比較的早い段階で伊藤眞教授によって主張された。⁽¹⁶⁾ それによれば、違法収集証拠の証拠能力は、裁判における真実発見の要請と手続の公正・法秩序の統一性や違法収集証拠の誘発の防止の調整という観点から当該証拠の重要性・必要性や審理の対象、収集行為の態様と被侵害利益などの要素を総合的に比較衡量して決せざるを得ないとされている。より具体的には、録音テープにつき、i 録音の対象、ii 録音する際の状態、iii 録音の方法といった諸基準を掲げておられるが、しかし、それも絶対的ではなく、たとえ、これらの基準からは違法収集証拠とされ証拠能力を否定されるものであっても、例えば、大規模な被害を出した公害訴訟のように、国民の眼からみて真実究明の必要性が非常に高い事件など事案の性格によっては、証拠能力を認められることがあり、その意味では、証拠能力の判断にあたって、

裁判所の裁量の余地を認めざるを得ないといわれる。

問題は、裁判所の裁量を認めることが妥当かどうかである。このようなかたちで裁判所の裁量を認めることは、事実認定過程を不透明なものにし、適切とは言えないのではないだろうか。とりわけ、なぜ、国民の眼からみて真実究明の必要性が非常に高い事件であれば、例外的にはあれ証拠能力が肯定されるのか、その理由が必ずしも明らかではない。ある証拠が違法に収集されたという場合に、それにどう対応するかという問題は、裁判所の裁量によって決すべき事柄ではなく、むしろ、当事者間の法律関係の問題として処理すべき事柄ではなからうか。

(2) 狭義の信義則説

次に上村明広教授は、主として無断録音テープの証拠適格の問題を念頭に、無断録音行為に対する実体法上の評価と当該録音テープの証拠適格についての訴訟法的評価とが、どのように関連づけられるのか、という観点から議論を展開されている。

この見解は、まず訴訟外における証拠方法の獲得から証拠申出を含む一連の行動を証拠収集権行使として把握する。そのうえで証拠方法獲得行為は、実体法によって規律され、証拠申出は、訴訟法によって規律されるのであるから、証拠収集権行使は二元的な構造をもっているが、この訴訟外と訴訟内にまたがって行使される証拠収集権をコントロールするために設けられた実定法規は存在しないので、その間隙を埋める法原理として、信義則が問題になるという。結論的には、証拠収集権行使が信義則違反とされる場合には、当該行動が証拠収集行為としては認められず、当該証拠方法の証拠能力は否定されるとする。⁽¹⁷⁾

上村教授の見解の特徴は、証拠提出行為ないし証拠申出について適用される信義則では十分ではないとして、訴訟上の行動のみを規律する訴訟上の信義則ではない、より一般的・包括的な信義則を提唱している点である。この見解は、違法収集証拠の問題を当事者の行為の規制という面から論じていこうとするものであって、それ自体とし

てはきわめて注目に値するものであった。

(3) 訴訟における「対話規範」を根拠とする立場

第三期派の手續保障論を唱えられた井上治典教授の立場である。これによれば、違法収集証拠の証拠能力の問題は、違法に収集した証拠を武器として相手方当事者と対話を行い論争を試みることに、当事者間で妥当すべき論争ルールからみて許容されるかどうかという考慮によって決すべき問題であり、証拠収集の際の具体的事情からみて、そのような手段を行使することがやむを得なかったと見られる場合や、それほど非難可能性はないと見られる場合には、証拠能力が肯定されるが、それ以外の場合には否定されるとされている⁽¹⁸⁾。この見解も前記1(2)の信義則と基本的に同様のものであるということができるが、この見解は、訴訟法理論全般にわたって当事者相互の関係を鮮明に打ち出すことを試みるものであり、その一局面として違法収集証拠の問題が取り上げられている点が注目に値する。なお、この見解は、その後無断で集会に侵入した者の証人尋問の問題を議論の素材としてより具体的な議論を展開している⁽¹⁹⁾。

2 違憲収集証拠と単純な違法収集証拠を区別する見解

以上に対して、当事者が単なる実体法規に違反して収集した証拠方法の証拠能力は原則として肯定すべきであるが、人格権などの憲法上保障された相手方の人格を侵害して収集された証拠方法については、正当化事由が存在する場合、すなわち侵害行為が正当防衛または優越的利益の追求のためである場合に当たらなければ、その証拠能力を否定すべきであるとの見解も唱えられている。この見解は、とりわけ基準の明確性を重視するものである⁽²⁰⁾。

この見解をもっとも詳細に展開された森勇教授は違憲行為によって収集された証拠方法が原則として証拠能力を否定される理由は、憲法遵守義務を負い、憲法が定立する価値実現を目指すべき裁判官が証明の相手方の証拠抗弁（当該証拠方法は自分の憲法上保障されている権利を侵害することによって収集されたものであり、したがって、これを取

り調べ、その結果を評価してはならないという内容の証拠抗弁⁽²¹⁾を無視して証拠調べを行うことは、その結果が義務違反となり、認められないという点に求められている。

この見解に対しては、そもそも、なぜ、私人の証拠収集行為が、違憲問題を惹起しうるのかが問題となりうる。この見解は、直接効力説をとることを前提とすることになるが、わが国の現在の憲法学上の判例・通説はこれを採用していない⁽²¹⁾。間接効力説のもとにおいてこの見解を維持しようとするのであれば、むしろ、実体法規範に対する違反とこれに対する訴訟上のサンクションの問題に還元すべきことになるのではなからうか。そうだとすれば、問題は、森教授のように「実体法・訴訟法二分論」を維持するのではなくて、むしろ克服する方法によって解決されるべきではなからうか。

より重要な問題は、違憲行為と違法行為に区分する実質的根拠である。例えば、森教授は、裁判官が憲法遵守義務を負っていることを持ち出しておられる⁽²²⁾。しかし、この点は決定的ではない。既に指摘されているように、裁判官は、単なる法令であつても、遵守すべきだからである⁽²³⁾。おそらくこの見解の背後には、違憲行為は、反社会性が強く、それゆえに、証拠能力の否定というサンクションを課するのが妥当であるとの価値判断があるのであろう。しかし、そうだとすると、違憲行為の認定は慎重にならないであろうか。とりわけ無断録音テープの取扱いはどうなるのであろうか⁽²⁴⁾。ドイツ法の下では、一般的人格権概念それ自体が憲法規定を援用しつつ、生成、発展してきたわけだが、わが国では事情は異なる。ドイツ法におけるのと同様の結論に到達しようとするのであれば、別な法律構成を試みる必要性があるのではないか。

四 その後の議論

以上述べてきたような状況の中で、比較的近時になって従来のアプローチとは異なる視角からの考察を行ってゆ

こうとする見解が現れた。間淵清史教授の見解がそれである。

間淵教授の問題関心は必ずしも明らかではないが、おそらくは、次のようなものであろう。

高性能で安価なオーディオ機器・ビジュアル機器等の普及や当事者の下での証拠の欠乏といった事情から、今後わが国の民事訴訟でもこのような機器を用いた違法な行為によって収集された証拠が裁判所に提出されるという事態がさらに増加することが予想されるが、このような違法収集証拠はなるべく厳格に排除してゆく必要がある。⁽²⁵⁾しかし、それにもかかわらず、わが国では判例・学説上の一致した見解が形成されていないし、これまでに提唱された考え方はいずれも問題を孕むものであるから新たな視角から考察を試みて行く必要がある。⁽²⁶⁾

それでは、この見解は、どのような視角からアプローチするののか。論者は、当事者が証拠を収集し、それを裁判所に提出して、判決の基礎をなす事実の認定のためにその取調べを求めることができる究極的根拠を裁判を受ける権利（憲法三二条）の一内容である証拠に関する当事者権（証明権）に求めた上で、⁽²⁷⁾一方で、当事者の証拠収集権・証拠提出権の行使が裁判を受ける権利を基礎にするものである以上、それに対する不当な制約はもちろん許されないが、しかし、他方で、裁判を受ける権利といえども、絶対的無制限の権利（憲法一三条）ではあり得ないから、他の憲法上の価値、とりわけ他人の権利・利益との関係でいわゆる内在的制約に服さざるを得ないし、裁判を受ける権利の一内容である証明権の行使にも、この意味での内在的制約が及ぶことになる。かくして、この見解によれば、他人の権利・利益を違法に侵害するような形で証明権の行使は認められない、ということになる。また、当事者の違法な証拠収集行動は、実質的には証拠調べのレベルにおける自力救済であり許されないともしいう。

具体的な帰結は次の通りである。⁽²⁸⁾ i 窃取・横領された文書（日記帳や会社帳簿等）については、窃盗・横領が民法・刑法上違法となることは明らかであるから、その証拠適格は否定されることになる、ii 語られた言葉を語り手

の承諾を得ることなく密かに何らかの媒体に固定（録音）することはその者の私的領域（人格価値）の侵害となり原則として違法であると解すべき以上、秘密録音テープの証拠適格は否定すべきである、iii盗聴器を用いて他人の口頭の会話や電話での会話を傍受することもその者の私的領域の侵害となるから、そのようにして違法に知識を獲得した証人の証人適格も否定しなければならない、iv本人に無断で撮影された写真についても、肖像権は本人が自らの肖像を公表するか否かを決しうる権利までも保障しているというべきであるから、無断撮影は原則として違法と解すべきであり、そのようにして撮影された写真の証拠適格は否定されることになる、と。

実体法と訴訟法とで共通の価値原理が働くという方向性は基本的には正しいとしても、それがどういった内在的制約に服するのかが明らかではない。すなわち、一方では、相手方の権利ないし利益の保護目的が訴訟外のサンクションによつて実現されるときには、あえて訴訟内での証拠能力の否定という形でのサンクションを課す必要性はないのではないか。このことは、文書の窃取・横領のケースについて言える。とりわけ個人の私的領域にかかわりのない文書の所有権の侵害は、本来返還請求権という形で回復されるべきものであって、それを超えて、訴訟上のサンクションまで課す必要性と理由に乏しいのではないか。論者によれば、この点は必ずしも十分に論じられてはいない。

五 小 括

以上みてきたように、今日のわが国の学説は、一定の場合に違法収集証拠の証拠能力を否定する立場を採るということで結論は一致している。しかし、その基準は必ずしも明確ではない。まず、無断録音テープについてみると、学説の一部には、人格権の一内容として話者の権利を明確に認めるものと思われるものがあるが、この点⁽²⁹⁾が不明瞭なものが多い。人格権の一内容として話者の権利を認める見解によれば、話者の同意を得ない録音はそのこと

によりただちに人格権侵害と評価されることになる。そうした上で、違法性阻却事由についての審査がなされることとなる。これは、ドイツの判例法理と同様の処理方式でもある。既に述べたように、こうした思考法の方が、証明責任を明確にするものとして手続処理の見地からみても有効なものということができよう。また、書証については必ずしも人格権による保護を含めて十分な議論がなされているわけではなさそうである。

第三章 ドイツにおける判例・学説の展開

次に、ドイツの議論の状況を見てゆこう。ドイツ法の下での議論についてはすでに多くの論者によって紹介がある。したがって、本稿ではこれらの先行業績に多くを負いつつも、議論の展開に必要な限度でこれに言及することとしたい。

ところでドイツでは、第二次大戦後私人による他人の私生活への侵害に対しての私法的な保護に関連して一般的人格権なる概念が判例学説上承認され、発展をとげてきた⁽³⁰⁾。そこでの議論は、違法収集証拠の排除をめぐる議論にも大きな影響を及ぼしている。そこで、違法収集証拠の排除に関する議論を見てゆくに先立って、まずこの点についての議論を整理しておこう⁽³¹⁾。

第一節 一般的人格権に関する議論の展開状況

人格権という概念は、大陸法においてはかなり古い伝統を有するものである。しかし、一九世紀のドイツ私法学は、それを権利として認めることに批判的であり、ドイツ民法典（以下「BGB」とする）も人格権に関する一般規定を設けることはしなかった。しかし、戦後BGHは、まず基本法一条一項および二条一項に基づき、一般的人

格権を憲法上保障された基本権として承認し⁽³²⁾、ついで、基本法一条三項により、基本権は私法取引にも適用されるという立場に立つて、一般的人格権を民法八二三条一項の「その他の権利」と解し⁽³³⁾、その侵害に対して損害賠償義務を課すとともに、BGB一〇〇四条にもとづく妨害予防および妨害排除請求をも認めている⁽³⁴⁾。

この一般的人格権の侵害に対して妨害排除の請求を認めた画期的な判決は、無断録音に関する事案であった。

〔D1〕 連邦通常裁判所一九五八年五月二〇日判決⁽³⁵⁾ (上告棄却)

〔事実〕

原告 (区長) と被告との間で税務問題等で紛争が生じ、訴訟係属中であつたが、原告は解決を目的とし被告の住居で会合することにした。ところがその際、被告の妻が被告にそそのかされて、原告の会話を秘密裏に録音した。数ヶ月後原告が被告を侮辱罪で告発した時に検察官はこのテープを取調べたが、刑事訴訟そのものは被告の陳謝で片がついた。だが原告は被告が占有しているテープ録音を消すために、そのテープの引渡を求め、予備的に録音を消すことを求めた。これに対し被告は、立証目的および継続的な原告との争いの記憶手段として録音を必要としたとし、それを濫用していないと主張した。

〔判旨〕

「1 人間性の不可侵性および人格の自由な発揚を求める各人の権利を法秩序の基本価値として認めている基本法一条、二条の規定は、国家やその機関のみならず、私法関係においてもあらゆる人によつて尊重せられる。……基本法二条との関連で一条一項および三項から次のような不可欠な結論が生ずる。すなわち一般的人格権はBGB八二三条一項の意味における『その他の権利』とみなされる。私法上の不法行為からの一般的人格権の保護は、BGHの確立した判例中で承認されている。」

「2 自己の言葉を対話者だけに一定の範囲で聞かせるか、それとも公開にするかを決定する人間の権能も、一般的人

格権に属する。したがって、録音器で自分の音声は採録せられることを認めるか否かも一般的人格権に属する。……」

「3 ……〔しかし〕人格権上の固有領域つまり本件では話した言葉を固定することに同意する権利の保護もまた制限を伴う。正当防衛やそれ類似の状況は、個別的に秘密録音を正当化しうる。例えば、恐喝の事実を確定する場合がそうである。利益較量の視点からも、特殊な場合には正当化されることがある。……会話の内容について備忘のためとか、後に予想される争いごとのために証拠方法を得るためとかという私的利益だけでは、秘密録音に伴う話者の個人領域への重大な侵害を正当化するのに十分とは認め難い。本件の場合、被告の行為を正当化しうる特段の事情は何ら被告によって立証されていない。また、被告にとって重要であるとして録音されたものを再生した限りでは、原告が、自己の言葉の内容を公開しようとしている意思であることは一度も主張されていない。加えて、原告は被告の住居内で『人と人との』対話を行なったのであり、したがって、当然内々のことだったという事情が特に意味を持つはずである。それゆえ、会話が記録として刑事訴訟の調書に記されているという被告主張の正当化事由は、違法な録音を消すことを求める原告の利益を排除し得ない。被告が録音並びに原告の音声や会話の再生に関して支配可能性がないのにこれを処分する可能性を持つ限り、原告の人格権上の固有領域への侵害が継続する。したがって、BGB八二三条、一〇〇四条により被告は会話の録音を消すことを命ぜられる。」

本件では、違法性阻却事由の立証責任に言及がなされているほか、救済手段として、「被告が録音盤を消さずに占有している限り、被告の人格権の侵害は存続する」、「被告が録音並びに原告の音声や会話の再生に関して支配可能性がないのにこれを処分する可能性を持つ限り、原告の人格権上の固有領域への侵害が継続する。」といった理由から、BGB八二三条、一〇〇四条を根拠に、被告に対して会話の録音を消すことを命じている点が注目に値する。このように、本判決では無断テープ録音に対して、一般的不作為請求が認められたわけである。なお、本件の一般論は、その後の判例に定着してゆくこととなる。

第二節 判例理論の展開

ところで、先に見た判例〔D1〕は、違法に収集した証拠の訴訟における利用が問題となったケースではなかった。ここでは、次に、訴訟における利用が問題となった事案における判例の展開を見てゆこう。以下、無断録音テープ、証人の順に見てゆこう。⁽³⁶⁾

一 無断録音テープ

BGHが民事訴訟における無断録音テープの証拠能力の問題に取り組んだのが次に見る〔D2〕である。⁽³⁷⁾

〔D2〕 連邦通常裁判所一九八一年一月二四日判決（破棄差戻）⁽³⁸⁾

〔事実〕

原告は、被告が偽名を使って原告の勤務先に電話をかけ、原告を誹謗中傷したとして、その発言の撤回を求めた。その際、原告は、彼の勤務先の従業員が通話について作成した秘密録音テープを証拠として提出した。被告は、録音テープの利用に異議を唱えた。

〔判旨〕

「通話の相手方による秘密録音テープを、民事訴訟における証拠方法として利用するための許容性の限界は、一般的には規定し得ず、その都度の具体的な場合に依りてのみ限界づけられる。当裁判所の見解に従えば、本件での録音テープの利用は許容性の範囲内にある。……」

本件における利益衡量にとって、被告が録音テープの利用に対して固有の保護すべき利益を主張し得ない点が決定的で

ある。つまり、被告は通話者ではない旨を自分自身で主張していることから、被告自身の言葉についての権利は全く問題になっていない点に加えて、さらに通話者が匿名ではなく、その相手方に誤った身元を信じさせ、その誤った身元の隠れ蓑の下で誹謗 (Verleumdung) をなしている点である。こうした場合、語られた言葉についての権利は、誹謗者をその誹謗の民事責任から保護するという形に変質してしまい、誹謗を受けた者の人格権が危険にさらされることになるが、このことは許されるべきではあるまい。」

本件は、通話者が偽名を使って原告を誹謗中傷したものであり、被告は通話者ではない旨を主張しているのだから、そもそも被告自身の語られた言葉に対する権利は問題とならない事案であった。したがって、本件ではむしろ傍論にあたるのかもしれないが、判旨が民事法上の名誉保護訴訟において、通話者の身元及び責任を認定するためであれば、無断録音テープの証拠としての利用が許されるとしているのは、挙証者側の訴訟上の利益に言及するものであり、大変興味深い。

二 違法に得られた証人知識の利用

一般的人格権侵害行為により収集された証拠方法の民事訴訟における証拠能力が、BGHにおいて初めて問題にされたのは証人に関してであった。

〔D3〕 連邦通常裁判所一九七〇年六月一九日判決³⁹ (破棄差戻)

〔事 実〕

別居生活を送っていた夫 (原告) が妻 (被告) に対し、婚姻法四三条による離婚を申立てた。その際、夫は、妻の道徳に反する有責行為を立証するために、夫婦が一部共同使用していた部屋の隣室に友人をスパイとして潜入させた。このス

パイは、壁に二つの小孔をあけ、そこから妻の夫に対する愚弄、誹謗行為を秘密裏に観察し、その事実を証言した。

原審は、スパイ行為に疑問ありとしながらも、これ以外に立証の手段がなかったのであるから諸般の事情に鑑み、スパイの証言を証拠方法として利用できるとした。これ対し、被告が右証拠としての利用を争って上告した。

〔判旨〕

「……法秩序は個人に対し、人格の発揚にとって不可欠な内面的人格領域を保障している。住居の不可侵 (Art. 13 Abs. 1 GG) はここに属する。こうした人格領域への侵害は、それが公的あるいは私的な優越せる利益 (überwiegende öffentliche oder private Belange) によって正当化せられない場合、基本法一条一項および二条に基づく一般的人格権の侵害となる (BGHZ 27, 284)。」

当事者間で離婚訴訟が係属中で、原告が被告に不利な証拠資料を得る必要があり、しかも他の方法では得ることができない場合であっても、原告が、被告とまだ共用している住居領域で、離婚訴訟で証人として申請しようとしているスパイによる恒常的な秘密観察に被告を曝したことは許されない。……また、原告にとって、正当防衛の状況も存在していない。むしろ、原告と顔を合わせたときの被告の冷酷さと憎悪を招く行為とを立証するために、被告が原告との日常生活でどのように振舞っているかということの証言を得ようとした。このことは、被告の個人的領域への著しく重大な侵害を正当化するのに決して十分ではない。」

〔D4〕 連邦通常裁判所一九八二年二月一七日⁽⁴⁰⁾ (破棄差戻)

〔事実〕

原告甲は、被告乙との間で一九七七年五月二日に書面で締結した賃貸借契約に基づき、乙に対し、未払い賃料および損害賠償を請求した。乙は、彼が電話をホテルの一室からかけた際に、甲は賃貸借契約の解除に同意した旨を陳述し、こ

の点を証明するため、友人Rを証人として申し出た。Rはホテルの一室に居合わせており、乙により取り付けられた盗聴器により通話を盗聴していた者である。BGHは、原審が証人Rを尋問せず、またRが一審でなした証言を顧慮していないが、かかる原判決は維持し得ないとした。

〔判旨〕

「乙による証拠方法の獲得も、その訴訟における利用も、この場合、実体的合法性を侵害しない。

既にBGHの一九六三年一月二日判決（NJW 1964, 165 = MDR 1964, 166）において、盗聴器による電話の盗聴は異例なことではなく、経済界ではしばしば行なわれ、悪意のない全く純粹に客觀的理由からなされることが示されている。この判決はまた、当時の技術水準からすれば、営業所からの通話については、盗聴器が取り付けられ第三者に盗聴されていることを通話の相手方は計算すべきであり、こうした盗聴は相手方の人格権を侵害しないことを認定している。

そして、この判決以後の電話による通信の発展からすれば、電話はもっぱら営業用に利用されるというのではなく、人間の通常のコミュニケーションの手段となっている一方、その間に経済界および商取引の領域では、録音機器、盗聴器はありふれたものとなっている。

このゆえに、今日ではむしろ、電話を利用する者は、電話線に盗聴器が取り付けられそれが利用されていることを計算すべきであり、たとえ通話の相手方が盗聴器の接続を示唆しない場合でも、盗聴器が利用されていないことを信頼することは原則として許されない。ただ、通話の内容が意識的に相手方の詐欺（Täuschung）に基づいている場合、通話の内容が内密な性格である場合、あるいは相手方が内密にする旨を明示的に述べた場合等には、人格権侵害の問題が残されている。しかし、本件ではこうした事実関係は存しておらず、二月三日の通話内容は内密な性格ではなく、むしろ純粹に取引上の問題である。」

本件では、乙による証拠方法の獲得も、その訴訟における利用も、この場合、実体的合法性を侵害しない、とされている。

第三節 学説による多様な問題解決の試み

古い学説の中には、違法収集証拠の証拠能力を無条件に肯定するものも認められたが、⁽⁴¹⁾少なくとも今日では、一般的人格権の侵害が認められる場合には、証拠能力を否定するという点で、争いはない。それは、基本法違反の場合として定式化されている。⁽⁴²⁾

一 信義則によるアプローチ

信義誠実の原則が、あらゆる法領域に妥当する一般的法原則であることは、今日では広く承認されている。信義則は、実体法のみならず、訴訟法にも妥当する高次の法理念である。⁽⁴³⁾そのため、民事訴訟においても、一方当事者が奸策を弄して自らに有利な訴訟状態を形成することは禁止され、この禁止に違背した場合には、彼に有利な訴訟状態の成立は否定されなければならないとされている（訴訟状態の不当形成の排除）。例えば、バウムゲルテルは、かかる訴訟上の信義則によって違法収集証拠の利用可能性を否定することを試みた。⁽⁴⁴⁾彼は、一九五六年の論文で簡略に論じた信義則の適用による解決策を、一九八四年の論文においてより詳細に展開している。⁽⁴⁵⁾彼は次のように言う。

憲法規範を侵害する証拠方法に関しての証拠禁止および証拠利用禁止は、基本法が投影されたものであることからの帰結であり、信義誠実という一般条項は必要ではない。そこでは解決のための規定が存在するからである。これに対して、普通の法律を侵害する場合には、問題解決のための規定が存在しない。そこでは、違法に、すなわ

ち、違法性阻却事由がなくて収集した証拠方法を認めることが、実体権の実証と矛盾しないかを説明するために、その都度、侵害によって害された当該規範の保護目的へ立ち返ってみなければならぬ。その際、保護目的から考えれば証拠方法の訴訟上の利用を禁止すべきであるとしても、それにもかかわらず、当該証拠方法の利用が訴訟上認められるか否かを——比例原則の観点から——両当事者の対立する利益の衡量によって考えるべきである。

このことが、——たとえば、一方では侵害が僅かなこと、他方では争っている権利の重要性のゆえに——肯定されるならば、証拠申立ては、訴訟上の信義則に対する違反とはならない。証拠方法の利用は認められる。これに対して——たとえば、あまり重要ではない法益をめぐる争いにおいて、侵害がとくに重大である場合——当該証拠方法の利用は望ましくないとと思われるが、それにもかかわらず提出された証拠申立ては、信義誠実の原則に対する違反であるがゆえに認められない、証拠方法の利用は禁止される、と。

バウムゲルテルは違法に収集された証拠方法の適法性判断を、各事例において、裁判官の評価に依存せしめることのような柔軟な解決方法は、正義に貢献する⁽⁴⁶⁾という。

二 訴訟当事者間の法律関係からのアプローチ

この問題を訴訟当事者間の法律関係の問題の一環としてとらえたのはコンツェンである。彼は、挙証者の違法な証拠収集行為に対して認められる相手方の不法行為上の権利保護（民法八二三条一項）を縮減させないために（挙証者の違法な証拠収集行為によって侵害される規範〔民法八二三条〕の目的を実現するために）、訴訟上のサンクションとして証拠禁止・利用禁止を肯定すべきである⁽⁴⁷⁾という。

まずコンツェンは、「証拠の利用可能性についての決定には、訴訟上の意味があるのみならず実体法上の意味もある。すなわち、違法収集証拠を訴訟において利用可能とすることは、一般にいわれているように違法行為の誘因

となったり、違法に惹起された状態を訴訟上利用する結果となったり、実体法と訴訟法の溝を深める結果となるだけではなく、民法上の権利保護、つまり不法行為に基づく損害賠償請求権（民法八二三条一項）を制限する結果になる」と述べたうえで、以下のような事情を指摘している。例えば、拳証者が相手方の会話を密かに録音した場合や相手方が所有する証拠書類を窃取した場合、相手方は人格権侵害になり所有権侵害に基づいて発生した全損害の賠償を拳証者に対して請求しうるはずである（民法八二三条一項）。この損害には、当該違法収集証拠が訴訟において利用されたために敗訴したこと及び執行を受けたことによる損害も含まれる。しかるに、後訴におけるその請求は前訴判決の既判力によって妨げられる。確定判決の騙取の場合とは異なり、この場合は判決の内容が真の法律状態と一致しているため、既判力の除去は考えられない。その結果、刑法上のサンクションを別とすれば、違法な証拠収集行為に対してはサンクションが存在しないということになる。しかし、訴訟法は実体法上の請求権を無にさせしめることを目的とするものではないのだから、拳証者の実体法上違法な証拠収集行為に対して認められる相手方の不法行為上の権利保護を減縮させないために、訴訟上のサンクションとして違法収集証拠の利用を禁止すべきである。この場合に証拠禁止・利用禁止が否定されるとすれば、不法行為法上の権利保護は不当に制限されることになるが、そのためにはそれを正当化する訴訟法上の根拠が示されなければならない。このような訴訟法上の正当化根拠としては、真実義務の実現（民訴法一三八条一項）、訴訟促進の要請、真実発見の原則が唱えられているが、いずれも説得的ではない。したがって、証拠方法の不法行為的取得は、民法八二三条一項によって証拠禁止・利用禁止を受けると解すべきであるが、それはかかる訴訟上のサンクションが唯一考えうるサンクションであり、いかなる訴訟上の利益もこれに対立しないからである。

三 違憲収集証拠と違法収集証拠を区別するアプローチ

ガムプは、違法収集証拠の許容性の問題に答えるには事案毎の特殊性を考慮に入れる必要があるとして、違法収集証拠を普通の法律に違反して収集されたものと基本法に違反して収集されたものに大別することから出発する⁽⁴⁸⁾。そして、当事者が普通の法律に違反して収集した証拠方法については、従来から提唱されていた様々な見解を排斥したうえで、無制限に利用可能であるとする。これに対して、当事者が基本法に違反して収集した証拠方法については、一定の限度でその利用が否定されるべきであると結論づける。この点につきガムプは、次のように説明している。「基本権侵害は、裁判所によっても相手方当事者によっても行われうる。証明の相手方が挙証者の証拠申立に対して、当該証拠方法は自分の基本権を侵害して獲得されたものであり、したがって利用し得ないとの異議を唱えた場合に、民事裁判官がこの申立を顧慮しないことは、基本法の価値基準の否定並びにそれに由来する基本方針及び作用の誤解を意味し、その判決は公権力の担当者の基本権規範違反として、憲法異議の訴えに基づいて連邦憲法裁判所によって取り消されなければならない。このことから、まず基本権を侵害する証拠方法の獲得は当事者による憲法違反であり、次にこのような証拠方法の利用は相手方の異議を前提として裁判官によるあらたな憲法違反となるのが通常であると結論づけることができる。したがって、この『自動効果 (Automatikwirkung)』のため、獲得は本来的に効果を生ぜしめる要素であるともみなすことができる。」つまり、証明の相手方が挙証者の憲法違反に対して異議を唱えた場合には、裁判官はそれを顧慮して違法収集証拠の利用を拒否しなければならないというわけである⁽⁴⁹⁾。

以上がガムプの見解の概要であるが、これに対しては、次の点が問題となろう。すなわち、ガムプはその見解の前提として挙証者の違憲行為を措定しているが、私人である挙証者の証拠収集行為が憲法に違反することはありえないといふべきである。これを認めることは基本権規定の第三者効を肯定することになるが、このような解釈は一般には承認されていない⁽⁵⁰⁾。したがって、ガムプの見解は、その基本的前提に誤謬があるように思われる。かくて、

ここでも実体的価値原理が訴訟に持ち込まれており、その意味では、〈実体法・訴訟法二分論〉を貫くことはできないのではないかと思われる。

四 裁判所による証拠利用行為の違憲性

ところで、裁判所が証拠調べを行うことによっても相手方または第三者の人格権が侵害される結果となりうる。⁽⁵¹⁾すなわち、例えば裁判官が法廷で秘密録音テープを再生したり、日記帳を読み上げたりすることは、それ自体が相手方または第三者に対する人格権侵害となるため、このことから証拠禁止・利用禁止が問題となってくる。

もちろん裁判所がある証拠方法を取り調べること自体の違憲性(特に人格権侵害)を理由として証拠禁止・利用禁止を導くならば、訴訟前・訴訟外の当事者の違法な証拠収集行為を訴訟上どのように評価すべきかという解決困難な問題を論ずるまでもなく、實際上最も問題となるであろう秘密録音テープやビデオテープの事案を解決できるであろう。しかし、このアプローチはあくまでも裁判所の証拠利用行為の違憲性を問題として証拠禁止・利用禁止を導くものであって、当事者の収集行為の違法性を問題として証拠禁止・利用禁止を導くものではない。

しかし、「D3」のごとく裁判所による利用が人格権侵害となり得ないケースであってもなお証拠提出行為を禁ずべき場合はあろう。いずれにせよ、このようなアプローチが可能であるということと、これまで述べてきた学説とは並存しうるものである。

なお、このような考え方によれば、当事者が適法に収集した証拠方法であっても、場合によっては証拠禁止・利用禁止を受けることになる。

以上みてきたように、学説は、一般的人格権侵害の場合に、原則として、証拠能力を否定すること、例外的に証拠能力を肯定すべき正当化事由を論じることについては意見の一致があるようである。いずれにせよ問題は、当事

者の証拠収集行為の法的評価の観点から論じられなくてはならない。

第四章 違法収集証拠排除法則の再構成

第一節 証拠能力論から証拠排除論へ

一 これまでの議論の展開とその問題点

以上みてきたように、わが国でもドイツでも違法収集証拠の提出は一定の場合に否定される。そこでは当事者の証拠収集行為に対する無価値評価が前提となっており、従前と比較した場合の一種の価値観の転換があった、というべきであろう。

しかし、そこには全く問題はなかったかというところではない。まず、わが国から見てゆこう。一つは、証拠としての利用可能性をめぐる当事者間の紛争の処理に際しての証明責任の分配が、挙証者の側に極めて有利なことである。⁽⁵²⁾これは、わが国の実体法上の違法性論とも大きく関連してこよう。⁽⁵³⁾もう一つは、証拠能力の問題としてとらえたことである。このように、問題を「証拠能力（適格）」の次元でとらえるのは、先行していた刑事訴訟法学の影響によるところが大きいのではなからうか。いずれにせよ、問題を証拠能力の問題としてとらえることは、ある証拠を裁判所が審査することができるかどうか、という問題として位置づけることになるのであって、結局、裁判所と当事者の関係としてしか問題をとらえておらず、当事者間の関係としては問題をとらえないことになってしまふ。しかし、私人間の争いが対象となっている民事訴訟において、問題をもっぱら裁判所と当事者の関係のみでとらえることは妥当ではないのではないか。

これに対してドイツにおいては、さらに進んだ形で問題の処理がなされていた。そこでは、BGHは、証拠方法が一般的人格権を侵害する形で収集された場合に、原則として当該証拠方法の利用を否定し、ただ例外的に利用を肯定すべき正当化事由を論じるという手法を用いていたのであって、このような処理の妥当性については、今日の学説上、意見の一致があるようである。また筆者も、以上のようなBGHの問題処理枠組は、基本的には妥当なものであると考えている。ただ、ドイツの学説はこれを基本法違反の場合として、定式化しているが、そのような定式化には疑問を感じる。そのようにすれば、結局、訴訟当事者間の関係は、背後に追いやられてしまうからである。問題をもつばら裁判所と当事者の関係としてとらえるのであれば、当事者の行為を規律する原理を明らかにすることはできない。たしかに、BGHは、一般的人格権法理の展開の過程で、基本法に大きく依拠してきた。このような基本法への依拠が戦前は承認されていなかった一般的人格権の承認のための触媒となったことは、十分評価に値しよう。しかし、それは、一般的人格権が同時に私法上の権利であることを否定するものではない。むしろ、一般的人格権が承認された後は、それは基本的にはBGB八二三条にいう『その他の権利』として理解されるべきものではなからうか。換言すれば、現在において一般的人格権が、私法上の権利であることを否定する必要はないし、むしろ否定すべきではないように思われる。⁵⁴ そうだとすれば、基本法違反のケースという形での定式化を行なうドイツの学説は、それ自体が違法収集証拠問題を当事者の行為規制の問題として処理することを目指しつつも、もつとも重要な一般的人格権の侵害が問題となりうるケースでは自らこうした方向での理論化を断念するものとして疑問を禁じ得ない。

結局、わが国の信義則説や訴訟における対話規範を重視する説の中に、あるいは、ドイツにおける信義則説や訴訟当事者間の法律関係の問題としてとらえる見解の中にも見てとることができるように、問題は当事者行為の規制の観点から論じられるべきであり、その際に従来、とりわけドイツで憲法(基本法)違反の場合として定式化され

てきたものをどのように行為規制の問題に取り込んで行くかが重要になってくる。

二 利用禁止の法的性質

判例・学説から明らかのように、証拠提出が否定されるとはいつても、常に否定されるわけではない。それはなぜか。この点について、ライポルトの指摘はきわめて興味深い。

ライポルトは、「〔違法収集証拠の〕利用禁止は無価値判断の意義に基づいて解明されねばならないので、違法収集証拠は利用を禁止されるべきではない。むしろ、違法に入手された証拠方法の利用の排除は、その法効果が侵害されたところの規範の意味と目的、その保護の趣旨に合致する場合にのみなされる。」とし、違法に惹起された状況の利用は許されず、適法な状態に戻されるべきだとする一般法原則が常にあり、実体法はこれを実現するための手段として、返還請求権、結果除去請求権、損害賠償請求権を保障しているが、他面、違法収集証拠の利用禁止は、実体法上の違法性に結びつけられるサンクションを訴訟で実現するための適切な法律効果であるとする。⁽⁵⁵⁾

ところで、このこととの関連では、特に、実体法上のサンクションによるのでは、被害者に十分な保護を与えることができない場合が問題となる。それは、とりわけ差止請求権によってカバーされるべき利益について言えるであろう。

この場合に一つの考え方として、別訴を提起することによって、本訴で申請されている証拠提出の差止めを求めるということが考えられよう。

この種の問題に関連してバウムゲルテルは、シーマの記念論文集によせた「係属中の訴訟において、ある訴訟行為をなすこと、撤回すること、またはなさないことを求める訴え」と題する論文のなかで、原告が、当事者間にすでに係属している訴訟の中で一定の被告の行為を命じる判決を求めることが許されるかどうか、という問題を取

り扱っている⁽⁵⁶⁾。

バウムゲルテルは、この種の訴えを基本的には不適法であると見ている。それは、訴訟行為がなされている裁判所が、その訴訟行為の効果について裁判しなければならぬからである⁽⁵⁷⁾。しかし、このことは違法な方法で証拠が収集された当事者の側の保護を減縮させることをただちに意味するものではない。むしろ当該手続内における救済が問題となってくる。例えば、訴え取下げの合意に違反して訴訟が続行された場合、被告の抗弁が、「訴え取下げを求める請求権を訴訟内で実現する訴訟技術上の手段である⁽⁵⁸⁾」。バウムゲルテルが論じているわけではないが、同様のことは違法収集証拠の問題についても言えるのではないか。すなわち挙証者による証拠の提出によって人格的利益が侵害される当事者による証拠抗弁とこれによって行われる証拠提出の禁止が、実体法上の差止請求権に代替する手段と理解されるべきではなからうか。かくて、証拠排除手続は、本案の問題とは一応別個独立の一種の訴訟⁽⁵⁹⁾内紛争としての位置づけを与えられることになる。

第二節 証拠排除の要件論

一 一般

これまでの叙述から違法収集証拠の排除は訴訟外の差止請求権に対応する、訴訟上のサンクションであることが明らかになった。ドイツおよびわが国の一部の裁判例が、(一般的)人格権の侵害の有無を問題としているのも、この場合が差止請求権が発生しうるもつとも典型的なケースであることに鑑みれば納得がゆくものであり、また、基本的には妥当な方向を示している。しかし他方で、訴訟外での差止めによる保護についてと同様に、常に(一般的)人格権侵害の場合に限定されなくてはならないかどうかは、なお検討を要しよう⁽⁶⁰⁾。

二 訴訟外での救済と比較した要件の相異

ところで一定の法益を保護する必要があるという点（価値基準）に関しては、実体法と訴訟法とで何らの相違はないとしても、実体法におけると訴訟法におけるのでは、救済の要件が全く同じでなければならぬということまでは意味しないのではなからうか。けだし、実体法の世界での人格的利益の侵害と比較しての根本的な相違は、訴訟法の世界でこれが問題になるのは、もっぱら裁判官によって行われる証拠調べとの関連においてであるからである。したがって、同じく差止めという場合であっても、実体的な差止めと手続的な差止めとは、なお多少の相違がありえよう。

第三節 証拠排除の手続

一 排除手続の開始

証拠排除をめぐる訴訟内紛争は、立証者の相手方による証拠抗弁によって開始されると考えるべきであろう。通常は、そこで問題となっている利益は、私人の自由な処分に委ねられうるものであって、職権主義的な手続になじむものではないからである。

二 審理

1 無断録音テープ

当事者の同意がなく無断で録音されたテープは、人格権侵害になり、原則として、証拠排除を導くことになる。ここでは、実体的な価値判断がまずは中心となる。これに対して、拳証者の側の正当化事由としては、当該証拠による立証が必ずしも当該訴訟との関係で不当ではないといった事情も考慮され、これはまさに訴訟法独自の利益

衡量とすべきである。「D2」のような場合が典型的である。

2 書 証

窃取あるいは横領された文書については、そこに記載されているはずの内容に応じて区別すべきである。

個人の私的領域に関わる文書（例えば、日記帳や手紙の場合）については、無権限者によるこれらの文書の処分は、実体法上も、人格権、さらには著作権を根拠に、差止めが認められよう。⁽⁶¹⁾ こうした文書については、原則的に、証拠としての利用は、許されない。例外的に、挙証者の側の利益が優越するときに、反対の帰結が導かれうるにすぎない。例外事由の挙証責任は、挙証者の側に存在する。この場合についても無断録音手テープと同様のことが言えよう。

反対に、個人の私的領域とは無関係な文書については、例えば、取引上の手紙のように当り障りのないものであるならば、証拠としての利用は、認められることになる。

三 裁 判

違法収集証拠排除手続を一種の訴訟内紛争ととらえる立場からは証拠排除の許否について判断する手続が必要となるが、現行法上は他に適切な規定がないため、証拠採否の決定手続を利用することになる。

ところで、実務上は、証拠申請に対して、明示の証拠決定（特に許否の）がなされないままに弁論が終結されることもままあり、これは黙示の却下決定と見なされている。たしかに、証拠の必要性についてはこのような対応でも可能であろうが、違法収集証拠としてその証拠能力が問われている場合は、やはり黙示ではなく明示の証拠決定をすべきである。⁽⁶²⁾

なお、証拠の採否と違法収集証拠の提出排除との関係いかなも問題となる。違法収集証拠のほか他の代替証拠

があれば、むしろ証拠の採用の段階で違法収集証拠を排除することも可能である。その意味では、証拠の採否の判断が先行し、しかるのちに証拠の排除は問題となるということができよう。

第四節 違法収集証拠排除法則の体系的位罫

以上のような私見によれば、違法収集証拠排除法則は、一体どのような位置づけを与えられるのであろうか。既に見たように、違法収集証拠に関する議論は一九八三年頃を頂点としてその後は低調になった。これは、それが民事訴訟法理論において極めて周知的で個別的な問題であると考えられてきたことにもよるのではないか。しかし、この問題を証拠収集過程の当事者行為の規律の一環として位置づけるのであれば、それはさらに大きな諸問題とも関連してくる。

まず、証明妨害との関係が問題となりうる。証明妨害では、違法収集証拠とは逆に妨害行為の結果として、証拠の提出ができない場合が問題となっている。この問題は当事者の妨害行為とそれに対するサンクションの問題として考えることはできないだろうか。このように証拠収集過程における当事者行為の規律をめぐる問題として問題をとらえるときには、証拠収集過程に裁判所がどのような形で関与すべきかといった問題も視野に入ってくる。かくして、情報の証拠収集過程やディスクバリアをめぐる問題は、いずれもここでの検討の延長線にあるとも言えることができよう。これらの諸問題についての統一的な視点からの検討が不可欠である。もっとも、これらの諸問題は、他日稿を改めて論じることとしたい。

第五章 結 語

最後に、本稿の結論をまとめておこう。

一 わが国の下級審裁判例は結論においては総じて妥当な方向にあるものの、その依拠する法律論はさまざまであり、統一性を欠く。とりわけ、無断録音テープのケースに見られるように、証明責任の分配につき明確性を欠いている。

わが国の学説もまた、一定の場合に違法収集証拠の証拠能力を否定する立場をとっている。しかし、その基準はあまりはつきりしない。例えば、無断録音テープについてみると、学説の一部には、人格権の一内容として話者の権利を明確に認めるものと思われるものがあるが、むしろこの点が不明瞭なものが多い。

二 これに対して、ドイツのBGHの判例法理も同じく一般的人格権の侵害に言及する。しかし、具体的問題の処理については、わが国の裁判例・学説とは大きく異なる。すなわち、無断録音テープは、話者の同意を欠き一般的人格権を侵害し、それゆえ証拠排除がなされる。ここでは、秘密録音をもってただちに一般的人格権を侵害する違法なものであると評価するとともに、相当の事由がある場合にはその違法性が阻却されてよいことが承認されている。そのため、どういう場合が、例外的に証拠能力を肯定すべき相当の事由がある場合にあたるのかこそがむしろ重要な問題となってくる。なお、こうした思考法は、証明責任を明確にするものとして手続処理の見地からみても有効なものといえることができる。

以上のようなBGHの処理は、学説によっても基本的には肯定されている。BGHの処理は、憲法違反に該当する場合には、証拠能力を否定するものとして理解されているが、このような理解には問題がある。そもそもBGH

が、秘密録音テープに関して先に述べたような定式を述べたのは、証拠能力が問題となった事案ではなくて、訴訟外での予防的不作為請求（BGB一〇〇四条）が問題となった事案に関するものである。たしかに基本法も援用されてはいるが、BGB八二三条一項の「その他の権利」の侵害にあたる点が決定的である。それゆえ、BGHの判例法理は、実体法と訴訟法の体系的分離と相互作用の観点から整理されなくてはならない。

三 このように理解されたBGHの判例法理を基本的に妥当なものとして承認し、押し進めてゆくのであれば、違法収集証拠の問題を証拠能力の問題として取り扱うのではなくて、当事者の行為規制の問題として考えていくべきではないか。このことは、一方当事者による訴訟外での違法な証拠収集行為によって獲得された証拠の提出に対する、相手方当事者からの訴訟内でのサンクシヨンの要求と裁判所によるその審査の問題として問題を位置づけることを意味している。換言すれば、違法収集証拠をめぐる問題は訴訟当事者間の法律関係の問題として取り扱われるのであって、要件効果の問題として問題を処理することを意味している。このようにいわゆる「要件化」を行うということは、いかなる場合に証拠の排除が行われるかの基準を明確化するという利点がある。そのことは、従来ともすればブラックボックスとなりがちであった事実認定過程が可視化されるということの意味している。このような裁判所の手続裁量の統制は近時の学説の主要な関心事の一つであり、⁽⁶³⁾本稿もこれと問題関心を同じくしている。

以上のような問題関心から、違法収集証拠の排除法則は訴訟外での差止請求に代替する訴訟内での相手方の救済手段として理解すべきであり、それは被告による証拠抗弁によって開始される訴訟内紛争として位置づけられるべきである。

(1) ある有形物を証拠方法として用いることのできる適性のことを「証拠能力」と呼ぶ立場（兼子一『新修 民事訴訟法体系』（酒井書店、増

補版、一九六五年)二四〇頁など多数)と、「証拠適格」と呼ぶのが適当とする立場がある(三ヶ月章『民事訴訟法』(弘文堂、第三版、一九九二年)四一九頁)。後者は、一定の証拠資料を事実認定のために用いうる適格性を証拠能力と呼ぶ。これによれば違法収集証拠の証拠適格が問題となっていることになる。私見は後述のごとく問題を当事者の行為規則の次元でとらえるべきであるとするものであるため、「証拠能力」ないし「証拠適格」の次元で論じることには賛成しないのだが、従来の議論を整理する際には、「証拠適格」ではなくて、「証拠能力」の語を使いたい。一般にはそちらの方が馴染みがあると思われるからである。

(2) 三島宗彦『人格権の保護』(有斐閣、一九六五年)、齊藤博『人格権法の研究』(有斐閣、一九七九年)、五十嵐清『人格権論』(一粒社、一九八九年)など。

(3) 永井紀昭「判批」判例時報六五二号(一九七二年)一二三頁以下(判例評論一五六号一七頁以下)。

(4) 本件の判例評釈としては、住吉博「判批」ジュリスト六六六号(一九七八年)一三七頁、春日偉知郎「判批」判例タイムズ三六七号(一九七八年)一九二頁、小島武司「判批」民事訴訟法判例百選(2)(別冊ジュリスト一四六号)(一九九八年)二七二頁、池田彗男「判批」別冊ジュリスト七六号(一九八二年)二〇八頁がある。

(5) 例えば春日・前掲注(4)ほか多数。

(6) 住吉・前掲注(4)一三九頁。

(7) 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』(弘文堂、一九八五年)二九頁。井上教授によれば、これには平野龍一博士の一連の業績(平野龍一『刑事訴訟法』(弘文堂、一九五二年)一一九頁以下、昭和三一年一〇月の刑法学会大会における「捜査に対する抑制」と題する報告)が寄与したようである。

(8) 岩松三郎「兼子一編『法律実務講座 民事訴訟 第一審手続』」(有斐閣、復刻版、一九八四年)一五四頁(初版は、一九六一年)。

(9) Gottfried Baumgärtel, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag (1983), S. 477 (本論文の邦語訳として、大内義三・判例タイムズ五七二号(一九八六年)五頁、本論文の紹介として、本間靖規・龍谷法学一九卷三号(一九八六年)一四九頁がある)。

(10) 山本戸克己「民事訴訟と信義則」『権利の濫用・末川博先生古稀記念中巻』(有斐閣、一九六二年)二七六頁(後に、同『民事訴訟法論集』(有斐閣、一九九〇年)に所収)。ちなみに、博士は、Baumgärtel, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot in Erkenntnisverfahren, ZfP 69, 103 ff. を参考にされている。なお、Baumgärtelは、その後、この問題をより詳細に論じている。Gottfried Baumgärtel, a.a.O. (Ann. 9)。

(11) 山本卓「民事訴訟における信義誠実の原則」司法研究報告書一四輯一号(司法研修所、一九六二年)四一頁。なお同書注(18)にて Sauer, Grundlagen des Prozessrechts S. 587 の見解を引用。ザウアーの見解の学説史的な位置づけについては、Horst Konzen, Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien, 1976, S. 73。

(12) 木川統一郎・馬越道夫「民事訴訟における録音テープの証拠調」判例タイムズ二三七号(一九六九年)(後に、木川『比較民事訴訟政策の

- 研究』（有斐閣、一九七二年）に所収）。
- (13) 春日・前掲注（4）一九一頁、なお、春日教授は、この時期に本格的な論稿に取り組まれたが、未刊のままに終わっている。春日偉知郎「民事訴訟における違法収集証拠の利用可能性」独協法学二二号（一九七九年）四〇頁以下。もともと、後に見るように、春日教授は、その後別稿でご自身の見解を明らかにされている。春日偉知郎「録音テープの証拠調べ」『新・実務民事訴訟講座2』（日本評論社、一九八一年）〔後に、同「民事証拠法研究」（有斐閣、一九九一年）に所収〕。
- (14) 船越隆司「民事訴訟における証拠の証拠能力」ジュリスト増刊「民事訴訟法の争点」（有斐閣、一九七五年）一三七頁。
- (15) このような分け方をするのは、例えば、小島・前掲注（4）二七三頁。
- (16) 伊藤眞「違法収集証拠・証言拒絶権」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、一九八四年）一七五頁〔初出・法学セミナー三三二二号（一九八二年）九二頁〕。
- (17) 上村明広「違法収集証拠の証拠適格」岡山大学法学会雑誌三二巻三・四号（一九八三年）三七一頁。渡辺武文「証拠に関する当事者行為の規律」『講座民事訴訟⑤』（弘文堂、一九八三年）一五九頁、谷口安平・福永有利編『注釈民事訴訟法（6）』（有斐閣、一九九五年）二二三頁（谷口安平執筆）、兼子ほか『条解民事訴訟法』（弘文堂、一九八六年）五一七頁（竹下守夫執筆）。
- (18) 井上治典「手続保障の第三の波」同「民事手続論」二九頁（有斐閣、一九九三年）〔初出・法学教室二八号四一頁、同二九号一九頁（いずれも一九八三年）〕。
- (19) 井上治典「違法収集証拠の証拠能力」『実践民事訴訟法』（有斐閣、二〇〇二年）一二七頁。
- (20) 森勇「民事訴訟における違法収集証拠の取扱い」判例タイムズ五〇七号（一九八三年）一八頁、中野貞一郎ほか『民事訴訟法講義』（有斐閣、第三版、一九九五年）三二五頁（青山善充執筆部分）、春日・前掲注（13）「録音テープの証拠調べ」一九八頁。そのほか、上田徹一郎『民事訴訟法』（法学書院、第三版、二〇〇一年）三五五頁もこの立場か。
- (21) 判例・通説は間接効力説を採る。この点については、例えば、芦部信喜『憲法学II』芦部信喜編『憲法学II人権総論』（有斐閣、一九九四年）二九四頁以下。
- (22) 森・前掲注（20）四一頁。
- (23) 間瀬清史「民事訴訟における違法収集証拠（一）（二・完）」民商法雑誌一〇三巻三号（一九九〇年）、四号（一九九一年）六一九頁。
- (24) 森教授は、「人格権なりの具体的内容・その範囲については憲法学に譲ることにする」といわれる。森・前掲注（20）四四頁。
- (25) 間瀬・前掲注（23）三三四五頁。
- (26) 間瀬・前掲注（23）四号六三〇頁。
- (27) 間瀬・前掲注（23）四号六三〇頁。
- (28) 間瀬・前掲注（23）四号六三一頁以下。
- (29) 木川・馬越・前掲注（12）三四頁以下、および上村・前掲注（17）三八四頁以下、森・前掲注（20）四四頁。

(30) ちなみに、BGHが一般的人格権をはじめて承認したのは、BGH一九五四年五月二五日判決である(BGHZ 13, 334)。本判決の紹介としては、例えば、五十嵐清「松田昌士」西ドイツにおける私生活の私法的保護——一般的人格権理論の発展」戒能通孝「伊藤正己編『プライベートシー研究』(日本評論社、一九六二年)一六〇頁。

(31) 前掲注(2)の諸文献参照。

(32) 【参照条文】

ドイツ連邦共和国基本法二条

- (1) 各人は他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序または道徳律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する。
- (2) 各人は、生命への権利および身体を害されない権利を有する。人身の自由はこれを侵してはならない。これらの権利は、法律の根拠に基づいてのみ、これを侵害することが許される。

樋口陽一「吉田善明編『解説世界憲法集』(三省堂、第四版、二〇〇二年)による。

(33) 【参照条文】

BGB八二三条〔損害賠償義務〕

- (1) 故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。
- (2) 他人の保護を目的とする法律に違反した者も、前項と同様である。法律の内容によれば過失(Verschulden)がなくとも違反を生ずる場合には、賠償義務は、過失があるときに限り生ずる。

BGB八二六条〔良俗違反〕

善良の風俗に反する方法で他人に対し故意に損害を加えた者は、その他人に対し損害を賠償する義務を負う。

椿寿夫「右近健男『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』(三省堂、一九九〇年)による。

(34) いわゆる一般的不作為請求ないし一般的不作為の訴えについては、藤岡康宏「差止の訴に関する研究序説——その法的根拠と権利(絶対権)について——」北大法学論集二二巻一号(一九七〇年)一〇八頁に詳細な論述がある。

【参照条文】

BGB一〇〇四条〔侵害除去請求権〕

- (1) 所有者が占有の侵奪又は留置以外の方法に拠りて侵害せられたるときは、所有者は妨害者に対しその侵害の除去を請求することを得。引続き侵害せらるる虞あるときは、其の侵害の停止を請求することを得。
 - (2) 所有者が忍容する義務を負う場合に於ては前項の請求を為すことを得ず。
- 於保不二雄「ドイツ民法〔III〕物権法」『現代外国法典叢書(3)』(有斐閣、一九五〇年)による。

(35) BGHZ 27, 284.

- (36) このほか、書証の窃取について、連邦通常裁判所一九六二年二月二日 (BGHZ 38, 333 ff.) が、写真（検証物）につき、デュッセルドルフ地方裁判所一九五八年一〇月三十一日決定などがある。
- (37) ちなみに、「D1」判例以前に無断録音テープを取り扱った下級審の事案として、三つのものが知られていた。ハーゲン地方裁判所一九五五年三月二二日判決、カッセル労働裁判所一九五四年八月三十一日判決、ベルリン上級地方裁判所一九五五年六月三日判決。木川・馬越・前掲注(12)論文の当時はまた「D1」、「D3」判例は現れておらず、同書が紹介したのは、まさにこれらの裁判例である。
- (38) JZ 1982, S. 199 ff. = NJW 1982, 277 ff. (本判決を紹介する邦語文献として、佐野裕志「ドイツ民事訴訟法関係判例紹介」判例タイムズ四八七号（一九八三年）六二頁以下がある）。
- (39) JZ 1971, 387 (mit Anm. v. Arzt) = JR 1971, 65 (mit Anm. v. Bökelmann).
- (40) NJW 1982, 1397. (本判決を紹介する邦語文献として、佐野・前掲注(38)がある。)
- (41) ドイツの学説史については、間淵・前掲注(23)が詳細かつ網羅的に紹介している。
- (42) Konzen, a.a.O. (Anm. 11) S. 243; Gamp, DrIZ 1981, 41; Baumgärtel, a.a.O. (Anm. 9), S. 478 (baumgärtel (大内訳) 前掲注(9)五頁)。
- (43) もっとも、ドイツにおいても、信義則の理論が私法の分野で発展をとげてからも、その民事訴訟法の領域への導入を肯定せずあるいは拒否する態度がなかく支配的であった。しかし、一九三三年のドイツ民法改正を転機として急速に肯定論に傾いたのである。中野貞一郎「民事訴訟における信義誠実の原則」同『訴訟関係と訴訟行為』（弘文堂、一九六一年）四〇頁（初出・民商法雑誌四三巻六号（一九六一年）八五一頁）。
- (44) Gottfried Baumgärtel, a.a.O. (Anm. 10), 89(103).
- (45) ders., a.a.O. (Anm. 9), S. 477
- (46) ders., a.a.O. (Anm. 9), S. 491. Baumgärtel (大内訳)・前掲注(9)一一頁。
- (47) Konzen, a.a.O. (Anm. 11), S. 244 ff.
- (48) Gamp, DrIZ 1981, 41 ff.
- (49) またガムプは、証拠方法を獲得する際の基本権侵害行為の正当化を考えるにあたっては、当該行為が基本法一条の人間の尊厳を侵害するものであるか、それとも単なる一般的人格権（基本法二条）等を侵害するものにすぎないかを区別すべきであり、人間の尊厳を侵害して獲得された証拠方法の利用は絶対に許されず（したがって、正当化の余地はない）、その点の確認により調査を終えて証拠申立を拒否すべきであるのに対して、証拠獲得行為が単に一般的人格権その他の基本権を侵害するだけの場合には、その正当化の問題が生じ、正当防衛、正当防衛類似の状況またはより高い価値を有する利益によって侵害が正当化されない場合にだけ証拠申出を拒否しなければならないとも主張している。
- (50) ドイツでも通説は間接効力説である。五つの出訴方法それぞれにつき、芦部信喜編『憲法II人権(1)』（有斐閣、一九七八年）八三頁。
- (51) Walter J. Habscheid, Der Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Zivilprozessrecht, Gedächtnisschrift für H.

Peters, S. 860. ヴァルター・J・ハーブシャイド (坂本恵三訳) 「証拠方法が違法に収集された場合の証拠方法の利用禁止」比較法学二六卷二号 (一九九三年) 一三二頁。

(52) 本稿第二章参照。

(53) いわゆる「相関関係理論」により人格権の展開が阻害されたとの指摘につき、五十嵐清『注釈民法(一九)』(有斐閣、一九六五年) 一八〇頁。

(54) わが国の憲法解釈論に関してではあるが、憲法学者からの次のような指摘がある。「憲法論の射程の問題に属する事柄として、さらに、憲法の人権規定(たとえば一三条)から私法的請求権(とくに差止請求権)は直接発生しうるか、という問題がある。……憲法は一次的には国家権力を拘束する規範であるという事に鑑み、そこからは私法的請求権は直接的には導出しえない、と解すべきであろう。」内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社、一九九一年) 二九九頁。また、斉藤・前掲注(2) 一一七頁も次のように言う。「ところで、人格権を憲法上の基本権のままとし、同権利を民法上保護するに際して、BGB八二六条(保護法規違反に対する救済)を適用しようとする考え方もありうるかもしれないが、保護の仕方からいえば、同権利はBGB八二三条一項による保護がより妥当であることは申すまでもない。しかし、そのためには、必然的に同権利の私権性というものが明確にされなければならない。憲法上の基本権がそのまま人格権であるというにすぎないのなら、それは単に基本権に付する名称いかなの問題となり、法学の領域でこれ程長くかつ活発に論議されることはなかったであろう。今問題なのは、人格価値を私法の領域においていかに保護していくかということであり、そのためには私法的保護のルート(私法の次元で損害賠償請求権なり差止請求)に乗せるに最も適した権利、すなわち、私権としての人格権が考えられなければならない。このことは人権との対比においてもいえる。人格権は人権概念と混同されてはならない。」

(55) Stein-Jonas-Leipold, Ziritprozessordnung, 21. Aufl., 1996, § 284 VI, Rdnr. 58.

(56) Baumgärtel, Die Klage auf Vornahme, Widerlauf oder Unterlassung einer Prozeßhandlung in einem bereits anhängigen Prozeß, Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag 1969, S. 41 ff.

(57) Baumgärtel, a.a.O. (Ann. 56) S. 41 ff.

(58) Baumgärtel, a.a.O. (Ann. 56) S. 49.

(59) 柏木邦良「訴訟要件と訴訟内紛争」民訴雑誌一九号(一九七三年) 六六頁、鈴木正裕「訴訟内訴えの要件と審理」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』(有斐閣、一九八八年)。

(60) 例えば、著作権などが考えられる。

(61) 三島由紀夫の手紙を掲載した小説の差止めに関連して、井上治典「高橋宏志」塩崎勤「小山稔編」差止めと執行停止の理論と実務」判例タイムズ一〇六二号(二〇〇一年) 一八頁(秋山発言)。

(62) 井上・前掲注(19) 一一二頁は、「ただし、証拠能力の判定が本案と不可分に絡む場合もあるので、ただちに結論を出せないこともありうる。」と述べているが、本稿のように、一般的人格権の侵害と差止請求権の訴訟内での行使という考え方によるならば、「本案の問題」と切り離

すことが可能であり、結論はその都度出されうることになろう。

(63) 手続裁量論については、加藤新太郎『手続裁量論』（弘文堂、一九九六年）の創建にかかる。これに対して、手続裁量の規制についての代表的な文献として、山本和彦『民事訴訟審理構造論』（信山社、一九九五年）および同「審理契約再論——合意に基づく訴訟運営の可能性を求めて——」法曹時報五三巻五号（二〇〇一年）一一三—一頁、同「民事訴訟における裁判所の行為統制——『要因規範』による手続裁量の規制に向けて」『新堂幸司先生古稀記念（上）』（有斐閣、二〇〇一年）三四—一頁は、「審理契約」なる構成を提唱される。