

民事訴訟における違法収集証拠の利用可能性(1)

——問題提起と各国の状況紹介を中心として——

春日 偉知郎

§1 現状と問題点

I はじめに

II 従来の裁判例

III 学説の素描

IV 問題点の指摘

§2 各国の状況

I 西ドイツ

1. 判例 2. 若干の学説(以上本号)

II アメリカ, イギリス

III その他の諸国

IV 比較法からの示唆

§3 問題の検討

§4 要約と展望

§1 現状と問題点

I はじめに

(1) 実体法上違法とされる証拠収集により得られた証拠方法を訴訟で利用することは許されるであろうか。これが本稿の主題である。

訴訟当事者は、自己の主張を基礎づけるため、証拠を提出し、立証活動を行なう。だが、当事者がそれに先立つ証拠の収集過程でみずからあるいは第三者をして違法に証拠方法を入手し、これを訴訟で利用した場合、裁判所は、これに証拠能力¹⁾を認め、訴訟での利用を許容すべきであろうか。この点を廻って、民事訴訟法は——刑事訴訟法(319条以下)と異なり——、証拠能力について何ら制限の規定を設けていない。そこで、違法収集証拠も証拠能力を有するか否かが問題となってくるわけである。

(2) ところで、この問題は、刑事訴訟の領域では、従来から「証拠排除」の名の下に縷々論じられてきた²⁾。また、最近では、職務質問に伴う所持品検査の適法性に関する2つの最高裁判決³⁾を契機に、議論の沸騰をみている²⁾。これに対し、民事訴訟の領域では、先に指摘した民訴法自体の消極的態度も一因となり、従来ほとんど触れられなかった⁴⁾。この点で、刑事訴訟と著しい

1) 「証拠能力」の概念規定について争いがある(例えば、兼子・民訴法体系240頁と三ヶ月・民訴法380頁とを対比せよ)点については、永井紀昭・判例評論156号17頁以下参照。

2) 最近では、例えば、井上正仁「刑事訴訟における証拠排除」(一)～(七)法協93巻8号、10号、94巻7号、9号、95巻1号、7号、96巻1号、渥美東洋「所持品検査の基準と違法収集証拠『排除法則』の適用の基準について」(上)判タ373号、(中)374号(下)375号。ジュリ679号「違法捜査と裁判」等。また、田中和夫・新版証拠法503頁以下参照。

3) 最三小判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁、最一小判昭和53年9月7日判タ369号125頁。

対照をなしている。しかしながら、このことは、民事訴訟においては問題が皆無である、あるいは問題に対して十分な手だてが施されている、ということの意味しているわけでは決してない。むしろ、事態は逆であり、民事訴訟理論のこの問題への対応は急務であるように思われる。すなわち、具体的問題として、話者の同意なくしてなされた録音テープの証拠能力が争われた事例⁴⁾や、西ドイツの裁判例に見る如く、離婚原因の立証のため相手方配偶者の言動を秘かに第三者に観察させ、この第三者の証言を証拠として利用したため、その証拠能力が問題となった事例⁵⁾があるし、また、特許権侵害の事実を立証するために競争相手の企業に産業スパイを送り込み、内部資料を収集するなどして、違法収集証拠を訴訟で利用する場合⁷⁾も十分予想される。さらに、違法収集証拠の訴訟の結果（勝敗）に対する重みを直視するなら、一方当事者への証拠の偏在と他方当事者の立証の危機という要因とが相俟って、違法な証拠収集の引き金にならない保証はどこにも存しない。にもかかわらず、これに対処する理論は貧弱の憾を免れ難い。これが現状である。

(3) そこで、以上の状況に鑑みるなら、我々は、民事訴訟においても、違法収集証拠の証拠能力の問題が看過しえぬものであり、この問題への理論的対応が迫られていることを率直に認めざるをえない。それゆえ、本稿では、まず、現状の把握とそこからの問題点の析出とを行う(Ⅰ)。次いで、この問題点に則して、各国の状況を比較考察する(Ⅱ)。そして、そこから得られた示唆を基にして、違法収集証拠の証拠能力を廻る若干の問題の検討を試みる(Ⅲ)。最後に、要約と展望とを以って結ぶことにする(Ⅳ)。

(4) なお、本稿は、表題に示した如く、飽くまでも民事訴訟における違法

4) ただし、岩松一兼子編・法律実務講座民訴編第4巻154頁、木川統一郎・馬越道夫「民事訴訟における録音テープ」判タ237号34頁（後、木川・比較民事訴訟政策の研究335頁以下所収。以下では引用は本書による。）、斎藤・注解民事訴訟法(5)167頁264頁村松他編・判例コンナントール16民事訴訟法III121頁等は、この問題に論及している。

5) 後述Ⅱ参照。

6) 後述§2Ⅰ1参照。

7) 中野他編・民事訴訟法講義313頁。

収集証拠の問題に視野を限定しているわけであるから、刑事訴訟上の議論は、これに参考となる限度で斟酌するに留める。

II 従来の裁判例

民事訴訟で違法収集証拠の証拠能力を正面から扱った判決は少ない。

(1) 大判昭和18年7月2日⁸⁾は、日記帳に関して、相手方所有の日記帳を不法に入手した上で、これを書証として提出した場合、これを証拠として採用しうるとし、証拠能力を認めた。

(2) 戦後は下級審判決しか存在しないが、そこで問題となった事例は、いずれも話者の同意なくしてなされた録音テープの証拠能力が争われた事案である。二件は証拠能力を肯定しており、これを否定したものは一件にすぎない。両者は理由付けの点で興味をひく。

前者（証拠能力を肯定したもの）から眺めてみよう。まず、東京地判昭和46年4月26日⁹⁾がある。事案は、原告X等が、被告Yに無断で事件についての両者の会話を録音し、その内容を反訳（一部は要約）した上、これを被告Y₁とY₂との間の詐害行為の立証のための証拠としたというものである。これについて判決は、「右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っ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」とした。そして、右証拠に照らし、受益者Y₂の善意（詐害の意思不存在）の抗弁は肯定できないと結んだ。ここではまだ、民事訴訟における証拠の証拠能力に関する一般論は十分展開されていない。

8) 民集22巻577頁。

9) 判時641号81頁。

民事訴訟における違法収集証拠の利用可能性

これに対し、同じく証拠能力を肯定した東京高判昭和52年7月15日¹⁰⁾は、以下でみる一般論から出発している点で注目される。事案は、放送契約上の債務不履行による損害賠償を請求したX（原告・控訴人）が、Y（被告・被控訴人）との間の右契約の成立を立証するために、Yを酒席に招いて饗応したうえ同人よりXに有利な供述をなさしめ、これを秘かに隣室で録音テープに収録し、文章化したものを証拠として提出したため、Yがその証拠能力を争ったというものである。

判旨は次のように言う。すなわち、「民事訴訟は、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たっては、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り、これを本件についてみるに、右録音は、酒席におけるYらの発言供述を、単に同人ら不知の間に録取したものであるにとどまり、いまだ同人らの人格権を著しく反社会的な手段方法で侵害したものということとはできないから、右録音テープは、証拠能力を有するものと認めるべきである」と。そして、本件録音テープに録取された供述の証拠能力を認めたが、反面、Yの供述は、誘導的発問に迎合的に行なわれた部分があり、証拠価値はないとし、結局X主張の契約の成立を否定した。

判旨は、民事訴訟法が証拠能力について何ら制限的規定を設けていない点

10) 判時867号60頁，判タ362号241頁，本件に関しては、住吉博「話者の同意なしに録音された録音テープの証拠能力」ジュリ666号137頁，春日偉知郎「話者の同意なくしてなされた録音テープの証拠能力」判タ367号191頁参照。

に鑑み、当事者が挙証の用に供する証拠には一般的に証拠能力が認められる、ということをも前提としている。そこで、論理的には違法収集証拠も証拠能力を認められるわけだが、判旨はこの点には直接触れず、ただ例外として、①証拠が著しく反社会的な手段を用いて人格権侵害を伴う方法によって採集されたことを要件にその証拠能力を否定しうる余地を認め、②この点から、話者の用意なくしてなされた録音テープの証拠能力の判定には「録音の手段方法が著しく反社会的」か否かが基準となる、という構成をつとめている。

(3) しかし、以上2つの肯定例とは正反対に、無断録音テープは定型的に証拠能力を否定され、違法性阻却事由がある場合にだけ証拠能力を肯定される、との裁判例もある。すなわち、大分地判昭和46年11月8日¹¹⁾は、債務不存在確認請求事件の原告が、被告の同意を得ずに対話を録音し、その内容を録取した書面を証拠としたという事案につき、「相手方の同意なしに対話を録音することは、公益を擁護するためなど特段の事由のない限り、相手方の人格権を侵害する不法な行為というべきであり、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。したがって、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うべきで、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（傍点筆者）。」とし、さらに、証拠能力を肯定する見解の短所について、次のように付言する。すなわち、「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

11) 判時656号82頁、なお、本件と後述（§2 I 1）する西ドイツの裁判例とは、理論構成の上で多分に類似している。

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。」と。

ここでは、明らかに無断録音テープの証拠能力の原則的否定から出発しており、人格権侵害ということに力点を置いている点で、先の2つの肯定例と対照をなしている。また、単なる証拠固めのような私的利益のみでは違法性を阻却しない、という点にも注意を向ける必要がある。だが、この方向線は、後に見る西ドイツの判例では早くから打ち出されていた。これとの近似性は興味をひく（後述 §2 I 1 参照）。

(4) 以上のように、裁判例は概ね、

(a)違法収集証拠も原則として証拠能力を持ち、ただ証拠が著しく反社会的な手段を用いて人格権侵害を伴う方法により採集された場合にのみ例外的に証拠能力を否定される、とするもの——これが多数である——

と、逆に、

(b)違法な証拠収集は原則として人格権の侵害となるから、特段の事由のない限り証拠能力を否定される、とするもの

との二つに大別可能である。そこで次に、これらの裁判例を廻って表明された諸見解等を素描しながら、問題点を煮詰め、争点を絞ってみよう。

III 学説の素描

学説は、この問題について多くを語っていない。しかし、各国の状況を分析する際の視点をを得るためにも、幾つかの見解を整理しておく必要がある。

(1) 学説には、当初、「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っても、これを証拠資料となし得る¹²⁾」とする見解があったが、近時の大方の見解は、話者の同意なくしてなされた録音テープは原則として、人格権ないしプライバシーの侵害になり、違法収集

12) 岩松一兼子編・法律実務講座民訴編第4巻154頁。

証拠として証拠能力を否定される、という点で一致しているようである。だが、如何なる場合に違法性が阻却され、証拠能力が認められるかの幅を廻って広狭幾つかのの見解に分けられる¹³⁾。

(2) 最も広い見解は、先の東京地判昭和46年4月26日に関連する永井判事の主張である。判事は、刑事訴訟のデュー・プロセスや人権の保障の考えの民事訴訟への反映として、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んとする。そして、原則として、当事者が違法行為によって入手した証拠は、証拠能力を否定されんとする。しかし、原則論はそうであっても、具体的に「証拠能力の有無を判断するときは、証拠能力を否定すべきほどの強度の違法性があるかどうかを判定し、あるいはまた、証拠能力を肯定することによる諸利益をも比較考量するのが実践的な態度である」とされ、比較的広範な弾力化の道を聞いている。すなわち、狭義の盗聴録音については、民訴上も憲法21条の趣旨に照し、あるいは人格権ないしプライバシーの権利を侵害したものとして違法性を認められる可能性が大きいが、しかし、無断録音であっても、例えば債権債務関係の処理というようないわば取引上の話し合いの録音であり、「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」く、しかも何ら違法な手段を用いていない場合には違法といえない、とする。

これに連なるものとして、船越教授の見解が挙げられる¹⁵⁾。教授は、裁判例・学説の検討以外に、ドイツの民事訴訟が職権主義的色彩の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、録取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、交互尋問制を採るわが

13) 船越隆司「民事訴訟における証拠の証拠能力」ジュリ増刊民事訴訟法の争点237頁。
以下の分類は、主として、船越教授のそれによった。

14) 永井、前掲判例評論156号18頁以下。

15) 船越、前掲民訴法の争点237頁。

国制度との相関関係で捉えねばならない。」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」とする。

(3) こうした見解に対し、証拠能力が認められる幅を狭く解しているものとして、木川＝馬越教授の見解がある¹⁶⁾。この見解は、西ドイツの裁判例および学説の検討から、二段階の論法をとる。すなわち、まず、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 (allgemeines Persönlichkeitsrecht) の侵害という意味からして、原則として違法であるとする。次いで、この人格権侵害の視点から無断録音テープの証拠能力を検討する。すなわち、法秩序の一体性を基に秘密録音の実体的違法性を直接訴訟法の証拠能力否定に移行させるジーベルトの見解と、その正反対の、証拠の入手の違法性と訴訟におけるその利用とを区別する見解とを対置する。そして後者は、ZPO138条の真実義務を強調し、証拠能力を廻る中間の争いを回避できる点で長所を持つ、とする。けれども、「人格権侵害として不法行為になるのに、録音者において損害賠償を覚悟しさえすれば、不法に入手した証拠を法廷で使用できるとしたら、その弊害ははなはだしいであろう。100万円の貸金の証拠を入手するのに、10万円の賠償（人格権侵害による）を覚悟して、90万円の差引利益を狙って秘密録音するケースを思えば、問題は重大である。」とし、結局、原則として秘密録音は証拠能力を持たないとするジーベルトの見解に与する。恐らく、人格権侵害の予防に主眼が置かれたのであろう。ただ、ここでも注意しなければならぬことは、具体的判断における弾力性が強調されているという点であり、この面では、広く解する説と軌を逸にしている面も伺える。

(4) 以上の見解のほぼ中間に位置するものとして住吉教授の見解がある¹⁷⁾。教授は、前掲東京高判昭和52年7月15日を廻って、「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解釈は、大雑把で画一的すぎるし、……

16) 木川・比較民事訴訟政策の研究、336頁以下。

17) 住吉、前掲ジュリ666号139、140頁。

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って決定するかというところ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をした場合でも、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、「録取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——筆者）の……証明責任は拳証者が負担する」としている点で、船越説と隔たりがある。

(5) 更に、民事訴訟において信義則の適用を肯定し、この面から違法収集証拠の証拠能力を否定するものとして、山木戸教授の見解がある¹⁸⁾。すなわち、教授は、バウムゲルテルの見解を参考にしつつ、「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拳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。」とされる。また、菊井・村松・全訂民事訴訟法〔Ⅰ〕は、証拠価値の乏しいものは、証拠能力を否定できなくても証拠力の点で斟酌すれば足るが、他方、相手方の秘していた機密文書とか日記等を窃取した場合のように証拠力が大きいものについては、訴訟上の信義則、クリーンハンドの原則からして、証拠として提出できない¹⁹⁾、としている。ここでは後に見る西ドイツの中間的解決との近似性が伺える（§2 Ⅰ 2 参照）。

18) 山木戸克己「民事訴訟と信義則」権利の濫用・末川古稀記念中巻276頁、他に、山本卓「民訴法における信義誠実の原則」司法研究報告書14輯1号41頁、林屋礼二「民事訴訟と権利濫用・信義則」演習民事訴訟法（上）73頁。

19) 菊井・村松・全訂民事訴訟法〔Ⅰ〕1011頁

IV 問題点の指摘

(1) さて、裁判例・学説の整理から、相互に関連し合っている次のような問題点が確認されるであろう。すなわち、

(a)第1に、証拠方法の入取について違法性が肯定される——とりわけ人格権侵害により——としても、この実体法上の評価が、訴訟での証拠の利用、つまり証拠能力の有無に直接反映するか否かという点が問題になる。また、実体法上の違法性を証拠価値の判断中に織り込んでしまい、裁判官の自由心証に委ねる余地はないかという問題もこれに連なる。

(b)第2に、違法収集を正当化するところの事実、すなわち違法性阻却事由としてどのようなものが考えられるか、ということが問題となる。これと関連して、立証危機 (Beweisnot) が証拠の違法収集を正当化するかも問題となる。

(c)第3に、違法性阻却事由の立証責任の分配、並びに証拠収集方法の反社会性の事実の立証責任の所在も問題となる。

(d)最後に第4として、真実義務や信義則がどの程度寄与しうるか、ということも考慮を要するであろう。

(2) ところで、わが国の学説は、こうした問題の多様性にもかかわらず、未だ熟した解答を準備していない。このことは、先の学説の素描から伺える通りである。そこで、以下では、章を改め、右に掲げた視点を分析の道具として、各国の状況を比較検討してみることにする。

§ 2 各国の状況

I 西ドイツ

違法収集証拠に関する西ドイツの裁判例は比較的多数にのぼり、また、学説のこれに対する反応も、刑事訴訟の領域ほどではないが、ある程度活発で、多岐に亘る。しかも、そこには傾聴すべき多くのものがある。にもかかわら

ず、わが国では、十分紹介されておらず¹⁾、したがってまた未消化の段階に留まっている。そこで、紹介を兼ねながら、西ドイツの状況を判例、学説の順で考察してみよう。繰り返すまでもないが、主として先の4つの視点に則してである。

1. 判 例

(1) 西ドイツの学説・判例は、違法収集証拠を一般的人格権に対する侵害であるとする点で、共通の基盤を有しているようである²⁾。そこで、これとの関連で、まず戦前の状況を知るために写真撮影に関する裁判例を挙げよう。

(a) デュッセルドルフ高裁1935年10月9日決定³⁾

〔事実関係〕

保険金受取人が仮病をつかい保険金を詐取した疑いがあったため、保険会社が私立探偵を雇い、望遠レンズ付カメラで受取人の行動を継続的に撮影した。そこで受取人が、①写真撮影の禁止と②同意なしに撮ったフィルムや写真の利用禁止の仮処分を申請した。

〔決定要旨〕

第1点の写真撮影という証拠方法の取得行為については違法であるとしたが、第2点の写真の利用はそうでないとの結論に達した。

第1点の理由づけはこうである。「私立探偵は、仮処分申請人を隣人の土地からあるいは申請人の土地上で監視した。こうしたことの繰り返しは、自己の土地上で圧迫感なく活動し、乱されずに居住する可能性を奪うような・秘密裏に監視されているという感情を申請人に起させないはずはない。こうした人格の自由への違法な侵害は、[BGB] 823条1項、1004条に基づいて、こ

1) 春日、前掲判タ367号193頁参照。

2) 木川・前掲書336頁。なお、人格権との関係で、斉藤博・人格権法の研究、とりわけ108頁以下、250頁以下参照。

3) OLG Düsseldorf 9, 10, 1935 HRR 36, Nr. 416

うしたことの予防を目的とする不作為請求権を申請人に付与することになる。」

第2点については、「申請人に加えられた不当性は、保険会社が雇った探偵によってなされたやっかい事 (Belästigungen) の中のみに存している。彼はそれ以上の不利益をこうむっていない。したがって、すでに撮影されたフィルムの利用禁止は、〔BGB〕823条に基づく損害賠償請求権を正当化しない。」とした。

* * *

本件は、憲法上の考慮が稀薄である点で、戦後の判例と異なる。

なお、理由中では次のような一般論も展開されていた。要約すると以下のようである。すなわち、撮影される者の同意があった場合にのみ撮影が許されるということを内容とする人格権は、法律上の承認がないため、存在しない。しかし他面、私人による撮影の試みに対して受忍する義務が存在するわけではない。したがって、申立人にとり撮影を封ずることは自由であり、相手方には、〔BGB〕823条1項によって保護されている人格の自由という法的財価への違法な侵害となる撮影をする権能は存しない。また、相手方が正当防衛を主張することは誤りである。撮影によって初めて、申請人が仮病をつかい、嘘を主張をしたということが立証可能となるということは別問題である、と。

(2) 次に戦後の判例を眺めてみよう。一貫して、基本法1条および2条に基づく一般的人格権が前面に出ていることが伺える⁴⁾。

(b) ベルリン高裁1955年6月3日判決⁵⁾ (一部認容)

4) 連邦共和国憲法1条1項「人間の尊厳は、侵され得ない。これを尊重し、かつ保護することは、すべての国家権力の義務である。」

同2条1項「各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道徳律に反しない限り、その人格の自由な発展を目的とする権利を有する。」(岩波基本六法より引用。)

5) KG, Urt. v. 3. 6. 1955 NJW 1956, 26 木川・前掲書336頁参照。

〔事実関係〕

当事者は離婚した夫婦である。被告（夫）が、離婚訴訟の開始一年程前に原告（妻）の同意なしに、2人しか居ない所で発せられた原告の言葉を録音テープ（72本）に収録した。そして、これを離婚訴訟において証拠方法として利用した。そこで原告は、録音を消すこと、並びに被告に対しその返還を求めた。これに対し被告は、原告を侵害する方法で録音テープを利用したという事実を争い、原告の侮辱行為を立証する目的のためにのみ録音したのだと主張した。

〔理由〕

人の生活上の音声をその者の承諾なしに録音テープ、電信、レコード等に録音し、再生する場合には、そのことからすでに、一般的人格権の侵害、したがって BGB823条 1 項違反が認められる。確かに、人格権の侵害が録音の再生によって初めて現実的なものとなるのではないかという疑問も浮ぶが、しかし、すでに潜在的な権利の危殆がある限り、侵害もまた存在するといえる。また、一般的人格権の侵害は、——特別な人格権とは異なり——音声の再生が関係者の名誉、名声等を侵害するとの意図の有無にかかわらず存在する。したがって、原告の音声をその同意なくして録音したことによってすでに、被告側に正当化の原因がない限り、BGB823条 1 項の違反がある。

しかしながら、両当事者に利害対立のある場合に、右一般的人格権の侵害が、その内容、形式、付随事情にしたがって、それにより意図される目的の達成のために不可欠な手段である場合、かつその限りで、右侵害の違法性は阻却される。

そして、本件の場合、録音は、配偶者しかいない場所でなされた侮辱行為についてであり、しかも離婚訴訟になったら右の行為を全て否認すると原告（妻）が公言していた事情が認められるので、訴訟で原告をして真実に則した陳述をなさしめるのに必要不可欠であったから、違法ではない。

* * *

本件では、先の視点のうち前二者(a), (b)が特に問題となっている。また、

人格権侵害の潜在的危殆のみですでに違法性ありとしている点も注目される。

本判決の一般論は、次の連邦裁判所判決で固定され、判例を形成する要因となった。

(c) 連邦裁判所1958年5月2日判決⁶⁾（上告棄却）

〔事実関係〕

原告（区長）と被告との間で税務問題等で紛争が生じ、訴訟係属中であったが、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。

〔理由〕

「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1条、2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って尊重せられる。……基本法2条との関連で1条1項および3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BGB823条1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

6) BGH, Urt. v. 20. 5. 1958 BGHZ 27, 284 = NJW 1958, 1344 = MDR 1958, 677
木川・前掲書336頁、井上「刑事訴訟における証拠排除(5)」法協95巻1号74頁参照。

音器で自分の音声が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。しかし、人格の固有領域の保護が持つ意義と秘密録音が計略や無礼な行動とされる事情とからするなら、正当化はごく例外的な場合にのみ問題となる。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。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。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えない。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、BGB823条、1004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、(a)、(b)の視点のほか、違法性阻却事由の立証責任(c)にも言及がなされている。本件の一般論は、判例として定着しているようである。

次は証人に関する事案である。

(d) 連邦裁判所1970年6月19日判決⁷⁾ (破棄差戻)

〔事実関係〕

別居生活を送っていた夫（原告）が妻（被告）に対し、婚姻法43条による離婚を申立てた。その際、夫は、妻の道德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2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。これに対し、被告が右証拠能力を争って上告した。

〔理由〕

「……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1条1項および2条に基づく一般的人格権の侵害となる（BGHZ27, 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。重大な侵害は、他人に対し、被告を継続的に

7) BGH, Urt. v. 19. 6. 1970 JZ 1971, 387 (mit Anm. v. Arzt) = JR 1971, 65 (mit Anm. v. Bökelmann)

隣室からレンズを利用して観察するような機会と可能性とを与えたという点にある。すでに挙げた連邦裁判所の判決（前掲(c)参照——筆者）中で、次のように述べられている。すなわち、人が対話者の同意なくしてその言葉を録音テープを手段として秘密に録音した場合、原則として人格権上の固有領域の侵害となり、それは、後に予想される争いごとのための証拠方法を得るという録取者の利益によって正当化せられるものではない、と。また、ベルリン高裁（前掲(b)参照——筆者）によってなされた見解、すなわち、離婚訴訟において証拠方法として利用可能とするために配偶者の言葉に対し録音装置を秘密裏に設置することは、場合によっては財価および義務の考量（Güter- und pflichtenabwägung）に際し正当化せられる（NJW1956, 26）という見解は、特別な緊急状態である場合については認められる。だがしかし、離婚原因を立証する方法が他にないということから直ちに、〔右スパイの〕尋問が許されるわけではない。住居および夫婦の内輪の部屋にスパイを入れることは、録音器の秘密設置ほど簡単なことではない。痛ましい結婚生活をしている夫婦が、配偶者のそうした方法を看過せねばならぬとするなら、夫婦生活は完全に破壊され、和解の可能性はなくなってしまうであろう。……

離婚訴訟で申請される証人が、一方の配偶者により他方の配偶者について秘密録音することを命ぜられていたため知識を得たのだということを「裁判所があらかじめ知っている場合、裁判所は尋問を拒絶せねばならぬ。この事実が尋問によって初めて明らかとまった場合には、その限りで証人の証言を斟酌してはならない。」

* * *

やはり(a), (b)の視点が中心である。

なお、近時、刑事訴訟に関連して、憲法上の抗告事件について連邦憲法裁判所も、右の判例と同旨の一般論を展開している⁸⁾。

8) BVerfG Beschl. v. 31. I. 1973 BVerfGE 34, 238 決定は(c), (d)の2判決と同旨なので、事実関係のみを紹介しておく

(3) さて、先に掲げた4つの視点から西ドイツの判例を若干検討してみると、次のことが明らかになってくる。

すなわち、第1の視点に関しては、判例はいずれも人格権侵害の観点から証拠方法の入取の違法性を肯定している。そして、この場合、原則として証拠能力も否定される、という立場をとっている。しかし、その根拠として、一部の学説⁹⁾が主張するような実体法と訴訟法との一体性、法秩序の一体性を明示しているものは皆無である。

また、ベルリン高裁判決 (b) 判決) が、一般的人格権の侵害は、それを惹起せんとする主観的意思の存在を要件としている点にも注意を喚起しておく。

第2の視点に関しては、判例は違法性阻却事由を相当限定しており、証拠方法の取得という目的のみでは違法収集を正当化できず、また立証の危機も正当化事由として重要なウエイトを持つわけではない、としている。

第3に、違法性阻却事由の立証責任に関しては、違法収集証拠の利用者側がその阻却事由を立証せねばならぬとしている¹⁰⁾ ((c) 判決参照)。これは、人格権侵害の観点から違法性を広く捉えようとする考えとパラレルであり、現実の訴訟の平面でそれを補完する機能を持つであろう。

原告が、公正証書によらず、不動産を被告に売却した。被告は公正証書の作成前に原告に代金の一部を「黒い金」として支払った。これについて原告は、「私は、無利息の貸金〇〇ドイツ・マルクを確かに受領しました。」との受領証明をした。目的不動産が被告に引渡された後、原告が残りの代金を訴求したところ、被告は、仮装の貸金請求権を以て相殺するとの意思表示をした。そこで原告は、次のような証拠申請を行なった。すなわち、被告は原告とその妻に対し、右〇〇ドイツ・マルクは実際は貸金でなく、黒い金であるということを確認した。原告はこの言葉を秘密裏に録音しており、法廷で再生を要求する、と。被告はこの録音の利用を争った。以上が事実関係の概要である。

9) Karl Siegert, Die aussergerichtlichen Tonbandaufnahmen und ihre Verwertung im Zivilprozesses, NJW 1957, 690 木川・前掲書338頁参照。

10) 西ドイツの学説では、わずかに Walter Zeiss, Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, ZRP 89, 385 が、相手方が拳証者の証拠収集の違法性を立証せねばならぬとする。わが国で立証責任の問題を指摘するものとして、住吉, 前掲ジュリ 666 号 140 頁がある。また、船越, 前掲ジュリ民訴法の争点 237 頁, 春日, 前掲判タ369 号 194 頁参照。

なお、信義則や真実義務（(d)の視点）に対してあまり十分な顧慮が払われていないようである。

2. 学 説

(1) ここでも、主に、先に示した4つの視点に則して眺めてみよう。その際、ツアイス¹¹⁾の学説分析が要点を的確に擷んでいるので、これに依拠しつつ論述を進めることにする。

学説は多彩な対応を示しているが、原則的な証拠禁止に賛成するもの(2)、これに反対するもの(3)、前者に傾斜しつつ画一的処理を否定するもの(4)、の三者に分類できよう。

(2) 原則的な証拠禁止に賛成する者の出発点は次のようである。すなわち、民訴法は、違法な方法で入手された証拠方法の利用を明示的に禁止しているわけではない。だがしかし、真実発見¹²⁾の原則が優越するからそのような違法収集証拠も利用を制限されないとすることは妥当性を欠く¹³⁾。このことは人格権保護の立場からも明瞭である。したがって、違法収集証拠の証拠能力を何らかの形で制限せねばならぬ、と。この点では共通の認識基盤がある。

だが、具体的には、様々な処理・根拠づけが提唱されている。

(a)まず、第1の視点（前掲(a)視点）に関連して法秩序の一体性の観点¹⁴⁾から、実体的違法性判断が訴訟に反映することを根拠にして、違法収集証拠の証拠能力を原則的に否定することが考えられる^{14a)}。すなわち、例えば、文書

11) Zeiss, ZJP 89, 377ff., また, Hermann Dilcher, Die prozessuale Verwendungsbefugnis, ein Beitrag zur Lehre vom rechtswidrigen "Beweismittel", AcP 158, 469ff. 春日前掲判タ369号194頁参照。

12) vgl. §138 ZPO.

13) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, Kommentar zur ZPO. 19. Aufl. S. 1164 (§284 B III 1 a)

14) Hans Kellner, Verwertung rechtswidrig erlangter Briefe als Beweisurkunden in Ehesachen, JR 1950, 271.

14 a) Siegert, NJW1957, 690 木川・前掲書338頁。

民事訴訟における違法収集証拠の利用可能性

の窃取のような実体法が不法と性格づける事柄は、訴訟において別な基準を以って評価されえない、とする議論である。違法収集証拠の利用を許すなら違法行為を誘発することになるからである。

だが、これに対しては、ディルヒャー¹⁵⁾が反論を挙げている。すなわち、法秩序の一体性による根拠づけは、訴訟外の事実についての無価値性判断としての違法性と訴訟関係者内の事実の評価としての訴訟上の利用禁止との相違を見誤っている。実体法は、人間の法的財産の保護を目的とするのに対し、訴訟法は、秩序づけられた訴訟の進行の確保を目的としており、このような差異は、訴訟行為の許容性については訴訟法のみが特別法 (lex specialis) として規準になりうるということを帰結する、と。

(b) また、違法収集証拠の利用禁止を、ZPO444条(日民訴317条)の類推適用によって導き出そうとする考えもある¹⁶⁾。例えば、文書の湮滅があった場合証明が奏効したとみなされると同じように、違法収集証拠方法の利用は効果を惹起しない、とするやり方である。加えて、ZPO444条は、自己の不法への依存禁止あるいはBGB162条(日民法130条)の法思想の表現として類推の有効な基礎を持っている¹⁷⁾。この視点は、わが国の学説、裁判例には欠けている。

しかし、これに対しても反論¹⁸⁾がある。まず、ZPO444条の文書湮滅は違法性を前提としておらず、さらに、Kann規定であるから逆に裁判所は違法収集証拠を利用する余地もあるわけである。

(c) さらに、第4の視点(前掲(d)視点)に関連する議論がある。裁判所と当事者との法律関係に信義誠実原則の適用があることを前提にして、誠実な訴訟遂行義務の違反の観点から違法収集証拠の利用を否定する立場である¹⁹⁾。

15) Hermann Dilcher, AcP 158, 470f.

16) Kellner, JR 1950, 271

17) Zeiss, ZZP89, 383

18) Zeiss, ZZP 89, 383

19) Baumgärtel, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnis verfahren, ZZP 69, 103.

また、これを基礎として、相手方の訴訟上の嘘に対して防禦する²⁰⁾場合にのみ違法収集証拠の利用を許すとする 것도 想定可能である。だがこれにも、何が不誠実かが曖昧だという難点が付着しているのではなからうか。

(3) 以上の見解とは逆に、原則的な証拠禁止に反対する見解も相当根強い。

(a)まず、相手方の真実義務違反に対抗するため違法収集証拠の利用も許される、との考えが浮ぶ。証拠提出者はこれによって相手方の偽証等を立証する²¹⁾わけで、相手方の違法と自からの違法とを相殺するのである。(挙証者の違法収集証拠の利用により初めて相手方の嘘を発きうような場合であるにもかかわらず、違法収集証拠の利用が禁止されてしまうと、挙証者は敗訴してしまうからである。)ここでも第4の視点が関連している。

だが、こうした議論は次のような矛盾を孕んでいる。すなわち、本来先行せねばならぬはずの違法収集証拠の利用が許容されるか否かの審査段階ですでに、この証拠によって立証されんとしている相手方の偽証の存否の問題に立ち入り、こちらの審理を先に行なわねばならぬ²²⁾、という矛盾が生じてしまう。

(b)また、証拠能力の有無を廻る中間の争いにより訴訟が複雑化するとの理由から、違法収集証拠も原則として利用可能であり、これによって生じた人格権侵害は別訴で取り上げるべし²³⁾、との主張もある。

(4) 以上の両極端な見解を否定し、問題の統一的解決を放棄している中間の見解は、やや証拠禁止説に近いが、各個の事案分析から出発している点で趣を異にする。そして、これが現在の通説と目される。

(a)例えば、シュタイン-ヨナス²⁴⁾のコンメンタール(シューマン-ライポルト

20) Klemens Pleyer, Schallaufnahme als Beweismittel im Zivilprozeß, ZJP 69, 334.

21) Egbert Peters, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozeß, ZJP 76, 150.

22) Zeiss, ZJP 89, 384

23) 木川・前掲書339頁参照。

24) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O. S. 1164

執筆部分)は、「〔違法収集証拠の〕利用の禁止は無価値性判断の意義に基づいて解明されねばならぬので、違法収集証拠はすべて利用を禁止されると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、柔軟な姿勢を示す。そして、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。

(b)また、グルンスキー²⁵⁾も、右のシュタイン-ヨナスの見解を引用し、訴訟での違法収集証拠の利用禁止は実体法中の損害賠償義務に匹敵するサンクションであるとする。

(c)さらに、これに従うコンツェン²⁶⁾も BGB823条から出発し、次のように主張する。挙証者の不法行為(違法な証拠収集)の結果生じた敗訴を理由とする実体法上の損害賠償請求権は、右敗訴判決が後行する損害賠償訴訟に対し先決関係に立つので、排斥される。そうである以上、違法収集証拠の利用制限というサンクションが不法行為を阻止せねばならぬ、と。

(d)右のコンツェンの見解に対して、ツァイスは批判をも加えるが、次の点で同一基本線上にある。すなわち、違法収集証拠の利用を画一的に可能とするか不可能とするかを議論することは賛成できないとの点である。そして、具体的事案毎に分析・検討を経た上で、憲法上の要素に関係しない単純な違法性の場合には、証拠方法の利用は可能であるが、反面、憲法上保護されたプライバシーの領域への侵害となる場合は、基本法2条が原則として利用を禁止する、但し例外的に侵害により達成される目的が相当である限りは利用

25) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. s. 445 f.

26) Horst Konzen, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, s. 244 ff.

を許される、との結論に到達する²⁷⁾。

(e)ハーブシャイト²⁸⁾も、「最終的には、侵害行為を顧慮して個々の事例を評価することのみが、有用な結果に到達しうるであろう」としている。

以上のことからすると、問題の統一的解決を放棄している中間的見解もまた、各々の処理方法こそ違っても、結局、背後には先の第4の視点を介在させているのではなかろうか。

(5) 西ドイツの学説を一瞥したが、これを纏めると次のようになろう。すなわち、判例が前面に押し出している人格権の保護もさることながら——あるいは当然これを前提として——、他の諸々の利益較量をも行なっているように思える。そして、その結果として、中間的解決(3)が主流となってきたようであり、これに付随して、信義則や真実義務という第4の視点が浮上しつつあるように思われる。もちろん、違法性阻却事由の内容（——第2の視点(前掲(b)視点)——）もこの過程で斟酌されることになろう。なお、利益較量の必要性を指摘していた前掲ベルリン高裁判決とも連続面を持つであろう²⁹⁾⁽³⁰⁾。

(未完)

27) Zeiss, ZJP. 89. s. 390 ff.

28) Walter J. Habscheid, Der Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozeßrecht, Gedächtnisschrift für H. Peters, s. 859.

29) わが国の裁判例、学説との対比は、§3でおこなう。

30) なお、脱稿後、Athanasios Kaissis, Die Verwertbarkeit materiell-rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozeß (1978) に接した。また、紙数の関係上学説について割愛せざるをえなかった点が多々ある。続稿にて補充、論及する予定でいる。