

# 民事訴訟における無断録音の証拠能力

安 井 英 俊\*

## 目次

- I はじめに
- II 【東京高判平成28年 5 月19日 LEX/DB25542758】の概要
- III 無断録音の証拠能力についての裁判例・学説の状況
- IV 無断録音の証拠能力の判断基準について
  - 【東京高判平成28年 5 月19日 LEX/DB25542758】を題材として -
- V むすびにかえて

## I はじめに

近年、IT 等の技術革新により、録音機器も飛躍的に進化を遂げている。かつては、身近な録音機器といえばテープレコーダーぐらいしか存在しなかったが、現在では、IC レコーダーや、携帯電話・スマートフォン等でも簡単な操作で手軽に録音が可能である。この録音についての技術革新は、裁判における証明活動にも大きな影響を及ぼしている。すなわち、録音機器が小型化され、会話等の録音が容易になったことから、家庭内での DV（ドメスティック・バイオレンス）や虐待、会社や学校等でのハラスメント加害者

---

\*福岡大学法学部教授

の発言といった、立証のために必要な音声が入手しやすくなったといえる。

民事訴訟においては、当事者の提出する証拠は、原則として証拠能力が肯定される。ただし、人格権を侵害し、反社会的な手段で収集された証拠方法は、違法収集証拠として証拠能力を否定されることになる<sup>1</sup>。無断録音についても、違法性の程度が高ければ証拠能力を否定されることになるが、密室での会話を立証するためには、録音が無ければ立証が困難となるため、他に証拠が無いような場合には重要な証拠となることが多い。

そこで、本稿では、無断録音の証拠能力が否定された【東京高判平成28年5月19日 LEX/DB25542758】<sup>2</sup>を検討の題材として、違法収集証拠の中でも無断録音の証拠能力の問題に焦点を絞り、無断録音の証拠能力の判断についての一定の基準を検討する。以下では、まず【東京高判平成28年5月19日 LEX/DB25542758】の概要を概観し、次に従来の判例・学説における議論状況を整理し、本判決の分析を通して無断録音の証拠能力の判断基準について検討を加える。

---

<sup>1</sup> 民事訴訟における違法収集証拠の証拠能力については多くの論考がある。近時の論考として、杉山悦子「民事訴訟における違法収集証拠の取扱いについて - 適正な裁判を可能にする証拠収集制度を考える道標として」伊藤眞先生古稀祝賀論文集『民事手続の現代的使命』（有斐閣、2015年）311頁、堀清史「民事訴訟における違法収集証拠についての覚書」臨床法務研究14巻（2015年）1頁、岡伸浩「無断録音テープの証拠能力 - 民事訴訟における違法収集証拠」ビジネスロー・ジャーナル3巻8号（2010年）112頁、佐藤優希「民事訴訟における違法収集証拠の許容性—ドイツの最近の学説を中心として—」志學館法学8号（2007年）61頁、河野憲一郎「ドイツ民事訴訟法理論における違法収集証拠排除論の新たな展開—Reichenbach：§ 1004 BGB als Grundlage von Beweisverboten, 2004の紹介を中心として—」商学討究56巻（2005年）2・3号303頁、河野憲一郎「違法収集証拠をめぐる訴訟当事者間の法律関係」立教法学64号（2003年）100頁等がある。

<sup>2</sup> 本件の評釈として、水町勇一郎「判批」ジュリ1496号（2016年）4頁、日下部真治＝神谷咲希「民事訴訟において違法収集証拠の証拠能力が否定された事例」

[https://www.amt-law.com/asset/pdf/bulletins3\\_pdf/160815\\_1.pdf](https://www.amt-law.com/asset/pdf/bulletins3_pdf/160815_1.pdf)（2016年）がある。

## Ⅱ【東京高判平成28年5月19日 LEX/DB25542758】の概要

### 1 事実の概要

X（原告・控訴人）は、学校法人Y（被告・被控訴人）の運営するA大学で事務職員として勤務している。Xは、所属する部署の上司であるB、Cの二名からパワー・ハラスメントおよびセクシャル・ハラスメントを受けたとして、A大学のハラスメント防止委員会（以下、「防止委員会」という。）に対して、B、CおよびYを被申立人として、ハラスメントの調査および認定の申立てを行った。

Xの申立てを受けて、防止委員会は、X、B、CおよびA大学事務長に事情聴取を行った。事情聴取の結果、XとB、C間のトラブルはコミュニケーション不足にあり、ハラスメントかどうかの認定の判断を行うことは不適切であるとされた。また、Xの不満は人事に対する不満にあり、防止委員会で対処すべき事由ではないため、調査の手続には進まないこととなった。これに対してXは異議を申し立て、防止委員会に対し、第三者からの事情聴取等を含めたさらなる審理を求めた。そこで、防止委員会の委員等が、Xと面談して審議結果について説明を行ったものの、Xはさらなる調査を求めたため、防止委員会はXに対して上記の通知内容を最終的な結論とすると伝えた。

そのためXは、上記申立てと同内容の申立てを再度行った。これに対して、防止委員会は、例外的な措置として調査委員会を設置し、調査を行ったが、ハラスメントの認定をすることは困難であるとの結論に至った。

Xは、防止委員会が適切な措置をとらなかったこと、および防止委員会の委員が、Xの家庭環境に問題がある、Xは女性に対して偏見がある等の発言をしたことにより、Xは侮辱され名誉を毀損されたとして、Yの安全配慮義務違反を主張し、Yに対し慰謝料200万円等の支払を求める訴えを提起した。

原審【横浜地判平成27・12・15LEX/DB25542757】は、「委員会は、委員

の自由な発言を保障するために、委員会は非公開とされ、委員会の議論を録音しない運用とされていたことが認められるから、本件テープは、何者かによって無断で録音されたものということになり、不法に収集された証拠ということになる。そして、委員会が取り扱う案件は、セクシュアル・ハラスメント、ジェンダー・ハラスメント、パワー・ハラスメントその他個人の尊厳を不当に傷つける社会的に許されない言動であり（防止規程2条）、これらは個人情報の中でも秘匿されるべき必要性が特に高いものであって、これらの情報はこれが漏洩することで新たな人権侵害を生じかねないものであること、そのため、委員会の委員等は職務上知ることができた秘密を漏らしてはならないとの守秘義務を負っていること（防止規程13条）に照らすと、上記無断録音の不法性の程度は極めて高いというべきである。そして、かような本件テープについて民事訴訟において証拠とすることを認めると、委員会の議論の無断録音という不法行為を助長することにもなりかねず、その結果、セクシュアル・ハラスメント等を申し立てた者の要秘匿性の高い個人情報が漏洩し、また、委員会での議論が萎縮して委員会がその機能を十分に発揮できなくなるおそれがあるといわざるを得ない」としたうえで、「Xは、本件テープの入手方法について、平成25年1月31日に匿名の者から学内便で送られてきた旨供述するが、それを裏付けるに足る客観的証拠はなく、その供述内容も抽象的かつ不自然であり、直ちに信用することはできない。また、Xは、委員会が決定した判断についてはこれを知ることができる権利があるといえるが、防止規程ないし委員会規程上、委員会での議論の内容についてまで知る権利は認められていないから、Xにおいて上記無断録音に関与しておらず、また、仮に本件テープの内容がXに係わるものであったとしても、かような事情は本件テープの上記不法性を低減するものとはならないというべきである。以上のとおりであるから、本件テープについて民事訴訟において証拠とすることを認めることは、訴訟法上の信義則に反するというべきで

あり、本件テープについては、証拠能力を認めることはできず証拠から排除することとする」と判示した。

すなわち、原審は、Xが証拠として提出した防止委員会の委員の発言を録音した媒体は、非公開である防止委員会の審議内容を何者かが無断で録音したものであって、不法に収集された証拠であり、訴訟上の信義則に反し、証拠能力を認めることができず、仮にXが主張する発言があったとしても不法行為は成立しないとして、Xの請求を棄却した。これに対して、Xは控訴した。

## 2 判旨

### 控訴棄却

「民事訴訟法は、自由心証主義を採用し（247条）、一般的に証拠能力を制限する規定を設けていないことからすれば、違法収集証拠であっても、それだけで直ちに証拠能力が否定されることはないというべきである。しかしながら、いかなる違法収集証拠もその証拠能力を否定されることはないとする、私人による違法行為を助長し、法秩序の維持を目的とする裁判制度の趣旨に悖る結果ともなりかねないのであり、民事訴訟における公正性の要請、当事者の信義誠実義務に照らすと、当該証拠の収集の方法及び態様、違法な証拠収集によって侵害される権利利益の要保護性、当該証拠の訴訟における証拠としての重要性等の諸般の事情を総合考慮し、当該証拠を採用することが訴訟上の信義則（民事訴訟法2条）に反するといえる場合には、例外として、当該違法収集証拠の証拠能力が否定されると解するのが相当である。」

「委員会は、ハラスメントの調査及びそれに基づくハラスメント認定という職務を担い、その際にハラスメントに関係する者のセンシティブな情報や事実関係を扱うものであるところ、このような職務を行う委員会の認定判断の客観性、信頼性を確保するには、審議において自由に発言し、討議できる

ことが保障されている必要がある一方、その扱う事項や情報等の点において、ハラスメントの申立人及び被申立人並びに関係者のプライバシーや人格権の保護も重要課題の一つであり、そのためには各委員の守秘義務、審議の秘密は欠くことのできないものというべきである。委員会が、その審議を非公開で行い、録音しない運用とし、防止規程13条が各委員の守秘義務を定めているのも、かかる趣旨によるものと解される。そうすると、委員会における審議の秘密は、委員会制度の根幹に関わるものであり、秘匿されるべき必要性が特に高いものといわなければならない。

他方、委員会の審議の結果は、ハラスメント申立てに対する回答としてその申立人に伝えられ、委員会は審議の結果に対して責任を持つものであり、審議中の具体的討議の内容はその過程にすぎないものであるから、結論に至る過程の議論にすぎない本件録音体の内容は、……その証拠としての価値は乏しいものである。Xは、……直接証拠として本件録音体を提出するところ、本件録音体が平成21年7月7日に行われた委員会の審議を録音したものであることについては、同審議に係る2009年度第4回ハラスメント防止委員会記録（乙10）からはにわかに認めることはできず、他にこれを認め得る的確な証拠はないから、その証拠価値を認めることができないものである。」

「以上によれば、委員会の審議内容の秘密は、委員会制度の根幹に関わるものであって、特に保護の必要性の高いものであり、委員会の審議を無断録音することの違法性の程度は極めて高いものといえること、本件事案においては、本件録音体の証拠価値は乏しいものといえることに鑑みると、本件録音体の取得自体にXが関与している場合は言うまでもなく、また、関与していない場合であっても、Xが本件録音体を証拠として提出することは、訴訟法上の信義則に反し許されないというべきであり、証拠から排除するのが相当である。」

### Ⅲ 無断録音の証拠能力についての裁判例・学説の状況

#### 1 はじめに

刑事訴訟においては、捜査機関の違法捜査を防ぐために証拠能力を否定する判決が多数存在するが、民事訴訟では、一般的に証拠能力を認めるため、違法収集証拠の証拠能力を否定する裁判例は少ない。無断録音の証拠能力について検討する前提として、違法収集証拠の証拠能力についての裁判例および学説の議論状況を以下に検討する。まず裁判例については、証拠能力の肯定例と否定例について、代表的な事例を概観する。なお、学説の状況については、違法収集証拠全般の議論の流れを確認するため、無断録音に限定せず違法収集証拠全般についての学説を検討対象とする。

#### 2 裁判例の状況

##### （1）証拠能力を肯定した事例

証拠能力を肯定した事例<sup>3</sup>として、まず①【東京地判昭和46年4月26日下民集22巻3・4号454頁】は、詐欺行為取消訴訟において提出された録音テープの反証書面の証拠能力が争われた事例である。本判決は、「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反に収集された

<sup>3</sup> 古いものでは大審院時代のものとして【大判昭和18年7月2日民集22巻574頁】がある。本判決は、離縁請求訴訟において、被告（養子）が原告（養親）の家を出る際に残置した被告の日記帳を書証として原告が無断で提出した事案である。大審院は、作成者であり所有者である相手方の承諾がなければ日記帳所持者が日記帳を証拠とすることができない旨の民事訴訟法上の規定は存在しないと述べて、日記帳の証拠能力を肯定した。ただ本件では、被告が原告に日記帳について事実上占有を委ねていたという事情がある。

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。」として、本件会話内容が取引上の会話であって秘密にする意図はなく、話者の人格権を侵害するものではないとして、証拠能力を肯定した。

リーディング・ケースになっている事例として、②【東京高判昭和52年7月15日判時867号60頁】がある。本判決は、「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つては、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・・・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であるということはできないから、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。」として、本件録音テープは、酒席において発言された供述を単に相手方の同意を取らずして録取しただけであり、人格権を著しく反社会的な手段で侵害したとはいえないと判示した。

次に、③【盛岡地判昭和59年8月10日判時1135号98頁】は、ひき逃げ死亡事故の調査をしていた第三者と加害者との密室での会話を録音したテープの反訳が提出された事案である。本判決は、「右録音テープは、その作成手続において被告ら主張のような精神的肉体的自由の拘束下に強制された供述を



録取したものとは認められず、したがって被録取者不知の間にその供述内容を録取した証拠としてその証拠能力を検討すべきものである。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うべきであるが、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」としたうえで、「右録音は、ホテルあるいは自動車内での訴外A及び被告Yの発言内容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、しかもその供述内容は16年間余の長きにわたり秘匿されていた同人らの犯罪行為に関するものであって重大な公共の利害に関する事実であり、かつ本件訴訟中に占める証拠としての重要性も非常に大きいものがあるから、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」として、証拠能力を肯定した<sup>4</sup>。

<sup>4</sup> また、無断録音の事例ではないが、窃取された文書の証拠能力を肯定した事例として、【神戸地判昭和59年5月18日判時1135号140頁】がある。本件は、「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

(2) 証拠能力を否定した事例

次に、証拠能力を否定した事例について概観する<sup>5</sup>。有名なケースとして、④【大分地判昭和46年11月8日判時656号82頁】がある。本件は、無断録音テープは原則的に証拠能力を否定され、違法性阻却事由がある場合にのみ証拠能力を肯定するとした事例である。本判決は、「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、相手方の人格権を侵害する不法な行為と言うべきであり、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。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。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

---

力を認めるのが相当であり、単に第三者の窃取にかかる文書であるという事由のみでは、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」として、証拠能力を肯定した。

<sup>5</sup> なお、窃取された文書の事例であるが、証拠能力の有無ではなく証拠申出自体が違法として却下された事例として、【東京地判平成10年5月29日判タ1004号260頁】がある。本件は、妻Aの不倫相手Yに対する夫Xからの損害賠償請求訴訟において、陳述書原稿としてXによって作成された大学ノートが、Aによって持ち出されYから書証として証拠申出されたという事案であり、本判決は、「当該証拠の仕方に社会的に見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2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」として、本件証拠申出を却下した。

のと言わなければならない。」として、無断録音テープに証拠能力を認めることは、人格権侵害の不法行為を誘発し、訴訟上の信義則と法廷における公正の原則に背馳すると判示した。

### （３）小括

無断録音テープの証拠能力についての裁判例は、④の事例のように証拠能力を否定するケースは少なく、概ね証拠能力を肯定するものがほとんどである。すなわち、①、②、③の事例にみられるように、人格権を著しく反社会的な手段・方法で侵害したものでなければ証拠能力を肯定する傾向にある。裁判例において言及される「反社会性」とは、無許可で発話者の会話を録音した程度では足りず、身体的拘束や精神的拘束があったような場合を指すようである<sup>6</sup>。

## 3 学説の状況

### （１）違法収集証拠についての学説の状況

違法収集証拠の証拠能力について、学説における議論状況も以下に整理しておきたい。学説においては、かつては証拠能力を常に肯定する見解<sup>7</sup>もみられたが、現在では一定の場合には証拠能力を否定する見解が大勢を占めている。まず、信義則に反する場合には、民事訴訟法上の信義則（民事訴訟法2条）違反を理由として違法収集証拠の証拠能力を否定する見解<sup>8</sup>がある。すなわち、当事者の違法な証拠収集行為が信義則に違反するものである場合、証拠能力は否定されるとする。例えば、訴訟外の証拠方法獲得行為は実体法

<sup>6</sup> 杉山・前掲注（１）323頁。

<sup>7</sup> 岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座（４）民事訴訟編』（有斐閣、1961年）154頁。

<sup>8</sup> 上村明広「違法収集証拠の証拠適格」岡山法学32巻3・4号（1983年）371頁以下。上村教授は、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法原理として、より一般的・包括的な信義則を提唱する。

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ため、証拠収集権行使は二元的な構造をもっているとされる。ただし、この見解に対しては、信義則はあらゆる法律関係を支配する理念であるが、その発想の仕方は各法領域で異なるものであり、それ自体が別異の法領域を統合する機能をもつものではないという批判<sup>9</sup>がある。

次に、違法収集証拠と違憲収集証拠を区別すべきとする見解<sup>10</sup>もある。この見解は、ドイツ法を参考として、単純な違法収集証拠と違憲収集証拠を区別すべきとする見解である。すなわち、当事者が単なる実体法規に違反して収集した証拠方法は原則として証拠能力を肯定すべきであるが、人格権など憲法上保障された相手方の人権を侵害して収集した証拠方法については、証拠能力を否定されるという。この見解に対しては、違憲行為と違法行為を区分する実質的根拠として裁判官が憲法遵守義務を負っているとされる点について、単なる法令であっても遵守すべきであるし、一般的人格権概念についての事情がドイツとわが国では異なるため、ドイツ法と同じ結論に到達しようとする点に無理があるとする批判<sup>11</sup>がある。

また、「手続保障の第三の波」説に根拠を求める見解<sup>12</sup>もある。この見解は、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と対話を行い論争を行うことが、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るとする。違法な手段を行使することがやむをえなかった場合や、それほど非難可能性はないとみられる場合には証拠能力は肯定されるが、それ以外の場合には否定される。この見解に対しては、「当事者間で妥当すべき論争ルール」の具体的内

---

<sup>9</sup> 森勇「民事訴訟における違法収集証拠の取扱い」判タ507号（1983年）20頁以下。

<sup>10</sup> 森・前掲注（9）20頁以下。

<sup>11</sup> 河野憲一郎「違法収集証拠をめぐる訴訟当事者間の法律関係」立教法学64号（2003年）122頁。

<sup>12</sup> 井上治典『ケース演習民事訴訟法』（有斐閣、1996年）102頁。

容が明確でないとの批判<sup>13</sup>がある。

他にも、証明権の内在的制限に根拠を求める見解<sup>14</sup>がある。この見解は、訴訟の内外における当事者の証明活動の法的根拠を当事者権の一部としての証明権に求め、当事者はあえて他人の権利・利益を違法に侵害してまで証明をする権利はないとして、違法収集証拠の証拠能力を否定する。しかし、違法収集証拠排除の具体的基準が不明確であるとする批判もある<sup>15</sup>。

さらに、比較衡量説<sup>16</sup>と呼ばれる見解もあり、違法収集証拠の証拠能力の有無については、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、収集行為の態様あるいは動機、収集者の性格、証拠の価値などの要素と当該証拠の重要性・必要性などを総合的に比較衡量して判断すべきであるという。比較衡量説に対しては、諸基準は絶対的ではなく、相対的に違法収集証拠の概念を考えるため、その意味で裁判所の裁量の余地が拡大してしまうという批判<sup>17</sup>がある。

また、プライバシーや営業秘密等は絶対的に保護すべき利益であるため、これを違法に侵害された場合には、その態様や証拠の重要性等を考慮するまでもなく証拠能力を否定し、それ以外の場合には、証拠の収集から申出に至るまでの当事者間の事情を総合的に考慮して証拠能力を決するとする見解<sup>18</sup>もある。この見解によると、保護されるべきプライバシーや営業秘密の範囲を決するにあたり、これと対立する利益との比較衡量が必要となる場合は、従来の比較衡量説のように幅広く行うのではなく、保護されるべき利益の範囲を画するために必要最低限の範囲で行うとされる<sup>19</sup>。

<sup>13</sup> 間淵清史「民事訴訟における違法収集証拠（二・完）」民商103巻4号（1991年）619頁。

<sup>14</sup> 間淵・前掲注（13）627頁以下。

<sup>15</sup> 井上治典『ケース演習民事訴訟法』（有斐閣、1996年）104頁。

<sup>16</sup> 伊藤眞「違法収集証拠・証言拒絶権」法セミ332号（1982年）92頁以下。

<sup>17</sup> 河野・前掲注（11）120頁。

<sup>18</sup> 杉山・前掲注（1）336頁、337頁。

## (2) 小活

違法収集証拠の証拠能力についての学説の状況としては、近時では、代替証拠の有無や非侵害利益の重大性といった諸要素を比較衡量して証拠能力の有無を判断する見解が有力となっている。上述のように、違法収集証拠の証拠能力については多くの学説が存在するが、わが国における違法収集証拠の議論は、民事訴訟において違法収集証拠の利用を禁ずることができる根拠は何かという点に議論が集中しがちであるという指摘もあり<sup>20</sup>、根拠論のみに議論が集中している傾向がみられる<sup>21</sup>。

## Ⅳ 無断録音の証拠能力の判断基準について

- 【東京高判平成28年5月19日 LEX/DB25542758】を題材として -

### 1 本件における判断について

本判決は、「本件録音体の取得自体にXが関与している場合は言うまでもなく、また、関与していない場合であっても、Xが本件録音体を証拠として提出することは、訴訟法上の信義則に反し許されないというべきであり、証拠から排除するのが相当である」と判示して、訴訟法上の信義則に反することを理由として、録音体の証拠能力を否定している。上記④判決と同様の判断枠組みを採ったものであるといえよう。

本判決は、民事訴訟法上の信義則（民事訴訟法2条）違反を理由として違法収集証拠の証拠能力を否定する学説に沿うものと考えられるが、判決理由中に「当該証拠の収集の方法及び態様、違法な証拠収集によって侵害される

---

<sup>19</sup> 杉山・前掲注（1）337頁。

<sup>20</sup> 堀・前掲注（1）1頁。

<sup>21</sup> また、違法収集証拠には無断録音の他にも窃取された文書等もあるわけであるが、無断録音のみに特化して検討されたものはほとんどみられない。

権利利益の要保護性、当該証拠の訴訟における証拠としての重要性等の諸般の事情を総合考慮し」と述べていることから、比較衡量説の立場にも近いと解される。

本判決の評価としては、自由な討議とプライバシーが尊重されるべきハラスメント委員会の審議の秘密（その無断録音の反社会性）を重視する立場を示したものとして、無断録音テープが訴訟上証拠として提出されることが少なくない中で、証拠能力が否定された事例として意味があるとする見解<sup>22</sup>がある。他方、本判決は、違法収集証拠の証拠能力に関する一裁判例を追加するものであるが、エポック・メイキングなものではないとする見解<sup>23</sup>もある。この見解によると、民事訴訟においては、支配的な学説も裁判例も、一定の場合には違法収集証拠の証拠能力を否定する考え方をしているが、その理論的根拠は必ずしも確定的ではないため、無断録音についても、本判決のように諸般の事情を総合的に考慮して証拠能力の有無を決定しているという<sup>24</sup>。

やはり、テープに限らず、無断録音された録音体が証拠として提出されるケースは数多くあり、民事訴訟においては証拠能力を肯定する裁判例が多い中、本判決が証拠能力を否定したことにはそれなりの意義があると解される。すなわち、本件において無断録音された内容は、上司からのパワー・ハラスメントおよびセクシャル・ハラスメントに該当する行為の有無を審議する委員会の音声であり、当該委員会はハラスメントの有無という極めてセンシティブな情報を扱う場である。そのような委員会で判断の客観性・信頼性を確保するためには、委員会の構成員が自由に議論することが保障されている必要があり、関係者のプライバシーや人格権も保護されなければならない。それゆえ、やはり本件における無断録音の違法性の程度は高いという結論に

---

<sup>22</sup> 水町・前掲注（2）5頁。

<sup>23</sup> 日下部＝神谷・前掲注（2）3頁。

<sup>24</sup> 日下部＝神谷・前掲注（2）3頁。



至るのもやむを得ないと解される。したがって、本判決は、無断録音の証拠能力が否定される場合の一つの基準を提示したといえることができる。

## 2 刑事訴訟における取り扱いとの比較

ところで、比較のため、刑事訴訟における違法収集証拠の証拠能力の論点について確認しておく。刑事訴訟では、真相解明と適正手続の調整の問題として、重要な論点となっている。すなわち、真相解明のために違法な証拠であっても証拠物は証拠価値が変わらないため、有罪の証拠として使えるとしてもよさそうだが、他方で、適正手続の観点からは証拠排除すべきということになる<sup>25</sup>。

判例も、証拠物の押収手続に令状主義の精神を没却する重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地から相当ではないと認められる場合には証拠能力が否定されるとしている<sup>26</sup>。違法性の程度は、手続違反の程度や証拠の重要性、手続違反と証拠の因果関係等を考慮することによって判断される。

## 3 無断録音の証拠能力の判断基準について

民事訴訟における違法収集証拠の類型としては、無断録音テープだけではなく窃取された文書等も含まれるわけであるが、学説において無断録音テープのみに特化して検証された論考はほとんどみられない。録音機器の発達にともない、無断録音が証拠として提出されるケースは今後ますます増加すると思われるため、本節では、無断録音の証拠能力の判断基準について検討を試みたい。なお、今や携帯電話・スマートフォンでも簡単に録音可能である

---

<sup>25</sup> 小林秀之＝安富潔『クロスオーバー民事訴訟法・刑事訴訟法〔第三版〕』（法学書院、2010年）28頁。

<sup>26</sup> 最判昭和53年9月7日判時901号15頁。



し、録音専用機器も IC レコーダーのようにカセットテープなど必要としない機器が普及している。むしろ、カセットテープは現在ほとんど使われていないため、「無断録音テープ」という表現は「時代遅れ」であり、実態にそぐわないため、以下では単に「無断録音」と呼称する。

さて、無断録音と言っても、無断録音がなされる状況には様々なケースがありうる。たとえば、本件のように特定の構成員による会議体の場合もあれば、家庭内での DV（ドメスティック・バイオレンス）や虐待の証拠として録音する場合や、トラブルになっている相手との密室での話し合い（具体例として、アルバイトの店員が給料の未払い等の件で店長と交渉する場面や、医師による医療過誤が疑われる場合に患者側が医師と面談する場面等）を録音する場合もある。また、道路や駅や公園など、密室ではなく公開の場での会話を録音する場合もあろう。そこで、以下では、無断録音がなされる状況を場合分けして、違法性の程度を検討することにする。

まず、道路や駅や公園など、密室ではなく公開の場での会話については、第三者に会話が聞かれうる状況であるから、基本的には秘密性は放棄されており、違法性の程度は低いということになろう。

次に、本件のように特定の構成員による会議体の場合はどうか。たとえば、会議体において無断録音がなされる状況として、①当該会議体の非参加者が録音する場合、②会議体の参加者が録音する場合に分けて、違法性の程度と証拠能力の有無を検討する見解がある。この見解によると、まず①当該会議体の非参加者が録音する場合は、会議体の非参加者による無断録音は、公の場所や一般の不特定多数の者が出入りする場所における会話のように、会話内容の秘密性がそもそも認められないといった特別な事情がない限り、違法性の程度が高く、証拠能力が否定されやすいとされる<sup>27</sup>。次に、②会議体の

---

<sup>27</sup> 日下部＝神谷・前掲注（2）3頁。

参加者が録音する場合は、会話内容の秘密性は会話の相手方との関係ではもととも保たれていないため、完全な意味でのプライバシー侵害を認めることはできないため、会議体の参加者による無断録音も違法と評価されうるものの、違法性の程度は高くないと考えられ、①の場合と比べて証拠能力が否定される可能性は低いとされる<sup>28</sup>。

それでは、家庭内でのDV（ドメスティック・バイオレンス）や虐待の証拠を録音する場合や、トラブルになっている相手方と二人きりで話し合う際に会話を録音するといった「密室」的空間の場合はどうだろうか。このような状況の場合、トラブルになっている相手方に録音の許可を求めることはあり得ないため、当然ながら無断録音をすることになり、プライバシー侵害になりうる。しかし、他の重大な法益を保護するための正当防衛に該当する場合、これを保護するために必要不可欠である場合には違法性阻却事由があることになり<sup>29</sup>、証拠能力が肯定されることになろう。

以上のように、無断録音がなされる状況には様々なケースがありうる。民事訴訟法上に違法収集証拠についての明文規定が無い以上、一律的に無断録音の証拠能力の適否について判断することは妥当ではない。現実的には、裁判所の自由裁量に委ね、手段の違法性、違法の程度、証拠方法の収集行為の態様や動機、収集者の性格、代替証拠の有無等をケース・バイ・ケースで判断していくしかないのではなかろうか。したがって、基本的には比較衡量説によるべきと考える。しかし、比較衡量説に対しては、基準が不明確であり裁判所の裁量の余地が拡大してしまうという欠点があるため、より基準を明確にする必要がある。すなわち、手段の違法性、違法の程度、証拠方法の収集行為の態様や動機、収集者の性格、代替証拠の有無等を具体的事例ごとに判断するための基準の明確化が必要不可欠である。

---

<sup>28</sup> 日下部＝神谷・前掲注（2）3頁。

<sup>29</sup> 杉山・前掲注（1）333頁。

そこで、無断録音の証拠能力を判断するための考慮要素としては、「代替証拠の有無」が特に重要な要素であると解される。近年、DVや虐待などの家庭内のトラブルや、「密室」的空間でのパワハラ・セクハラ等、当該トラブルの被害者と加害者しか存在しない空間における加害行為の立証のために、ICレコーダーやスマートフォンなどによる録音が非常に有効な証拠となっている。というのも、そもそも当該トラブルの被害者と加害者しか存在しない「密室」的空間における会話や物音などについては、録音をしていなければ裁判における証明は不可能（「言った」「言っていない」という不毛なやり取りが繰り返されることになる）であるため、録音は極めて重要な証拠となる。

そして、そのような状況でなされる録音は当然に「無断録音」となるが（トラブルになっている相手方に「録音してもいいですか」と事前に言おうものなら、ほぼ確実に相手方は「録音するな」と言うであろう）、他に証拠となるべきものを見出しにくいとため、代替証拠が無い場合には無断録音は唯一の重要な証拠となるのである。このような場合、対立する考慮要素として、無断で録音することによるプライバシー侵害の問題が出てくるが、他の重大な法益を保護するために必要不可欠である場合には違法性が阻却されると解される。

以上のように、「密室」的空間でのDVやハラスメント等を証拠収集のために密かに録音することは、録音機器が存在しなかった時代はそもそも不可能であったし、身近な録音機器がカセットテープレコーダーぐらいしかなかった時代でも、機器が大きくてかさばるため、録音は困難であった。現在においては、かつては立証することができなかった「密室」的空間での会話等を、技術革新によるICレコーダーやスマートフォン等の登場で録音可能になったわけであるから、代替証拠が無い場合には無断録音の証拠能力を肯定すべきであると解される。

## V むすびにかえて

以上に述べてきたように、民事訴訟法上に違法収集証拠についての明文規定が無いため、一律的に無断録音の証拠能力の適否について判断することは妥当ではない。現実的には、裁判所の自由裁量に委ね、手段の違法性、違法の程度、証拠方法の収集行為の態様や動機、収集者の性格、代替証拠の有無等をケース・バイ・ケースで判断していくしかない。ただし、判断に際しての考慮要素の中で、代替証拠の有無を特に重要な考慮要素とすべきである。

録音機器の飛躍的な進化により、今後もさらに手軽に録音可能な機器が登場してくると思われる。そうすると、訴訟の場は無断録音が証拠として提出される場面もますます増加するのは間違いないであろう。すなわち、カセットテープレコーダーしかなかった時代では立証が困難であった密室でのDVや虐待、ハラスメント等の様子も簡単に録音することができ、重要性は増してくると思われる。

本稿では無断録音の証拠能力についてのみ扱ったが、違法収集証拠全般の論点については、今後の検討課題としたい。

※本稿は、民事紛争処理研究基金による令和元年度研究助成の研究成果の一部である。

### 【付記】

久保先生は私にとって大学院の先輩であり、公私にわたり大変お世話になりました。生前、久保先生は大学でよく私の研究室に立ち寄られ、お話をされていかれることがあり、私も先生との語らいを楽しみにしておりました。先生がお亡くなりになって1年半ほどが経ちますが、今でも時折ふと、「安井君、調子はどないや？」と言いながら先生が研究室に来られるのではと思

うことがあります。久保先生は、今も変わらず同僚の私たちを見守って下さっているのだと感じます。久保先生の御恩に心より感謝申し上げます。