

## 相手方の同意を得ないで相手方との会話を録音したテープの 証拠能力が認められた事例

最高裁平成12年7月12日第二小法廷決定（平成11年（あ）第96号詐欺被告事件、刑集54巻6号513頁、判例時報1726号170頁、判例タイムズ1044号81頁）

小 川 佳 樹

### 事案の概要

広告の企画等を営む会社の代表取締役である被告人は、取引先の広告代理店を経営するAに対し、架空の広告主から広告の依頼があり、被告人に下請代金を支払えば後日広告主から広告代金が支払われるかのように装い、14回にわたり下請代金として合計14通の小切手を詐取したとして起訴された。

公判においては、被告人が偽岡行為及び詐欺の故意を争ったことから被告人と被害者Aの供述の信用性が争点となったが、Aが被告人との電話による会話を密かに録音していたため、その録音テープがAの供述を裏付ける証拠として取調べられた。これに対し、被告人側は、相手方の同意を得ないで会話を録音することはプライバシーを侵害し違法であるとして録音テープの証拠能力を争ったが、第一審判決は、「本件録音テープは、被告人の述べる広告代金が支払われない理由についてAが疑問を持ち、弁護士に相談したところ録音を指示されたため録音したものであって、後日トラブルに至った場合の証拠とすべく自衛行為の一環として行われたものであり、また、会話の内容も、本件で問題となる…〔架空の広告主に対する〕…債権の回収に関し、裁判や和解、強制執行等の進行等について従前からの説明内容と同じ説明を繰り返し行っているものにすぎず、新たに犯罪行為を誘発したというものでもないから、電話での会話内容の録音が違法とされるいわれはない」として、その証拠能力を認め被告人を有罪とした（第二審判決も録音テープを証拠として採用したうえ、第一審判決の事実認定を維持している）。

被告人側は、本件録音テープを証拠とすることは、憲法13条、31条に違反するとともに、秘密録音が適法とされる場合を限定する趣旨の最三小決昭和56年11月20日刑集35巻8号797頁（以下、「昭和56年決定」と略す）に違反すると主張して、上告した。

## 決定要旨

最高裁第二小法廷は、上告趣意はいずれも適法な上告理由に当たらないとしたうえで、職権で次のとおり判示し、上告を棄却した。

「本件で証拠として取り調べられた録音テープは、被告人から詐欺の被害を受けたと考えた者が、被告人の説明内容に不審を抱き、後日の証拠とするため、被告人との会話を録音したものであるところ、このような場合に、一方の当事者が相手方との会話を録音することは、たとえそれが相手方の同意を得ないで行われたものであっても、違法ではなく、右録音テープの証拠能力を争う所論は、理由がない」。

## 評 釈

### 1. はじめに

本件は、会話の一方当事者が相手方に無断でその会話を録音するという、いわゆる秘密録音（当事者録音）の適法性に関する事案である。この秘密録音は、その主体によって、私人によって行われる場合と捜査機関によって行われる場合が考えられるが、本件は、私人を主体としている。

以下、この問題についての従来の判例及び学説を概観したうえで本決定の意義を検討するが、その前に、ここでいう適法性というものの意味についてみておこう。

証拠収集の過程に違法があったという場合、通常、その違法というのは、当該証拠の収集行為が憲法ないしは刑法に違反した、ということの意味する。しかし、憲法・刑法は、一捜査機関の依頼に基づいて活動している場合などは別として一私人の活動までも規制するものとは考えられない。したがって、私人による証拠収集が違法だという場合、そこでいう「違法」とは、憲法・刑法違反ではなく、当該証拠収集行為が実体刑法や民法などに違反したということの意味することになると思われる。そうすると、本件のような私人による秘密録音の適法性判断も、その実質は、それが民法上合法か否かという判断であり、したがって、この論点は、刑事手続の文脈を離れて独立に論じられ得る問題だということ

になる。<sup>(2)</sup>もっとも、ここでいう「違法」がそのような意味だとしても、司法の廉潔性の観点から違法収集証拠排除を基礎付けることが可能であろう。<sup>(3)</sup>

## 2. 学説の状況

秘密録音の適法性（合法性）についての刑事法学説は、一般に次のように分類されている。<sup>(4)</sup>すなわち、第一に、秘密録音はおおよそ適法なものであるとする立場があり、無限定合法説と呼ばれる。<sup>(5)</sup>第二は、話者のプライバシー権ないしは人格権の保護を重視する立場から、正当防衛等の違法性阻却事由が存在する場合を除き原則としてこれを違法とみる説であり、原則違法説と呼称されている。<sup>(6)</sup>さらに、中間説として、留保付合法説と利益衡量説がある。前者は、秘密録音は原則として適法だとしつつも、会話の内容、話の相手方などから、第三者への伝達や保存などがおおよそ考えられないため、録音されないことについて話者に合理的な期待を認めてよい場合などは例外的に違法とするものである。<sup>(7)</sup>これに対して、後者は、逆に、秘密録音は原則として違法だという立場に立ちつつも、利益衡量により、一方において秘密録音を行うことに正当な事由があり、他方において当該会話がプライバシーをそれほど期待し得ないような状況でなされたものであるなどの場合には、これを例外的に許容するという見解である。<sup>(8)</sup>そして、以上のうち、弁護人が上告趣意で引用している最高裁昭和56年決定以前は、無限定合法説と原則違法説が対立し、無限定合法説が多数説であったが、同決定以降、中間説が<sup>(9)</sup>登場し、近年ではこの中間説が主流となったといわれている。

このように、学説は、秘密録音が違法とされる余地を認めるか否か、認めるとすればどの程度それを広く認めるかについて対立している。それでは、このような学説の対立は何に由来するのであろうか。

会話においては、話者は少なくともその話を相手方が聞くことについては同意しており、その限りではプライバシーを放棄したものといえる。そして、相手方が会話内容を記憶に基づいて第三者に開示することも、話者に対する一定の利益侵害性は認められても、少なくとも法的な意味でプライバシー権を侵害し違法であるとまではいえないであろう。ここまでは、いずれの説に立つ論者も基本的に異論はないように思われる。そうすると、秘密録音が違法となり得ることを認めるか否かの分水嶺は、まず、このように会話を記憶にとどめその記憶に基づき会話内容を開示することと、会話内容を録音しそれを録音テープによって開示することに話者の利益侵害の点で相違があると解するか否かにあると考えられる。この点については、例えば、利益衡量説の提唱者である井上教授は、次のように論じている。

「人は、親しい人々との間の私的な会話においては、往々自己の思考や感情を

未整理のまま一時には誇張や猥雑さをも交えて一表すものであり、そのような会話の自由は、個人の私生活にとって重要な価値を有している…。それは、人格の自治にも密接に関係し…プライバシーの権利の一内容を成すものといつてよい…。ところが会話の相手方当事者の同意に基づくとはいえ、第三者によって密かにその会話が盗聴されることを常に覚悟しなければならないとすれば、話者の有するそのような会話の自由やプライバシーに対する期待権は大幅に損なわれてしまうことになる…。当事者録音についても、単にその相手方が会話の内容を記憶にとどめ、その記憶に基づいてこれを他に漏らすという場合とは異なり、録音は話者が話したままをその音声、その言葉で克明に記録するものであり、それを再生することにより、これを聞く者が当の会話をその当事者の立場で直接聞くのも同然の状況<sup>(11)</sup>が作り出され得るものであるから、基本的に同様のことがいえるよう」。

秘密録音が違法となる余地を認める説は、このように、録音を再生して会話内容を第三者に開示することは記憶に基づく開示の場合とは利益侵害性が決定的に異なり得る、それ故、録音テープを開示する行為をプライバシー侵害として違法と評価すべき場合がある、という考えを前提としていると思われる。そして、会話が録音テープに固定されると後にその録音が第三者に開示される可能性が出てくるが、この点を捉えて、将来のプライバシー侵害の「危険」が創出されたと評価し、開示行為<sup>(12)</sup>の前段階の行為（録音行為）それ自体の違法性を基礎付けるのであろう。

秘密録音を違法とする説の背後には以上のような考えがあると思われるが、これらの説のうち、原則違法説と利益衡量説は、このようなプライバシー侵害の「危険」の創出を録音行為一般について認めるものといえよう。ただ、利益衡量説は、この場合話者のプライバシー権の主たる要素である会話内容の秘密性は相手方に委ねられているのであるから、第三者による全会話当事者の同意のない盗聴などとは権利侵害の質や程度にはっきりとした差があるとして、原則として違法という立場から出発しつつも、個別の事案において、利益衡量により録音（及びその開示）が適法とされる場合があることを認めるものである。この点、原則違法説も秘密録音を「無限定に」違法とするものではなく、前述のように、一定の場合には録音が許容されることを認めるものであるが、両説の間には、やはり、録音の開示によるプライバシー侵害の重大性についての認識に一定の差違があるといえよう。

これに対し、留保付合法説は、利益衡量説と同様に中間説に分類されるが、録音の開示によるプライバシー侵害や録音行為によるその「危険」の発生を原則違法説や利益衡量説のように一般的なものとは考えず、その意味では無限定合法説

を出発点としつつも、一定の例外的場合に限りそれらを認めるものといえよう。<sup>(13)</sup><sup>(14)</sup>

### 3. 従来判例

この問題に関する従前の最高裁の判例としては、前述の昭和56年の決定がある。これは、被告人が検事総長と称して当時の首相に電話をかけたとして官職詐称（軽犯罪法違反）で起訴された、いわゆる「偽電話事件」に関するものである。同事件においては、二つの録音テープについてその証拠能力が問題となったが、これらにつき、同決定は次のように判示している。

「符一号及び同八号の録音テープはいずれも被告人の同意を得ないで録音されたものではあるが、前者の録音テープは、被告人が新聞紙による報道を目的として新聞記者に聞かせた前示偽電話テープの再生音と再生前に同テープに関して被告人と同記者との間で交わされた会話を、同記者において取材の結果を正確に記録しておくために録音したものであり、後者の録音テープ…は、未必的にはあるが録音されることを認容していた被告人と新聞記者との間で右の偽電話に関連して交わされた電話による会話を、同記者において同様の目的のもとに録音したものであると認められる。このように、対話者の一方が右のような事情のもとに会話やその場の状況を録音することは、たとえそれが相手方の同意を得ないで行われたものであつても、違法ではない」。

昭和56年決定においては、このように、あくまで当該事案のような事情のもとにおける録音行為は違法ではないという判断が示されているにとどまる。また、その事案は、録音の一部について未必的な認容があったという点を別にしても、かなり特殊なものであったといえよう。問題となった会話等の内容については、話者は当然それが公開されることを前提にしているといえるからである。加えて、録音行為は、新聞記者が取材の結果を正確に記録しておくという一種の正当業務行為と考えられる。それ故、同決定の結論それ自体は、前記の無限定合法説はもとより、中間説（留保付合法説）によっても説明が可能であるとも、あるいは、原則違法説によっても導き出し得る帰結であるとも評されることになり、秘密録音の適法性の問題一般について最高裁がどのような立場を採るのかはこの決定からは明らかではなかった。

もっとも、既に述べたように、この昭和56年決定以前においては無限定合法説が多数説であったといわれるが、そのような状況において、同決定が、会話の一方当事者によるものだということから直ちに当該録音行為が適法であるという結論を導くという構成を採らなかったという点は、同決定以降学説において中間説が登場し有力化する契機となるとともに、その後の下級審裁判例にも一定の影響を及ぼしたのではないかと思われる。例えば、松江地判昭和57年2月2日判時1051

号162頁は、やや不明確なところもあるが、中間説的な立場に立つものと思われる。また、近時のものとしては、捜査機関による録音に関する事案であるが、東京地判平成2年7月26日判時1358号151頁、千葉地判平成3年3月29日判時1384号141頁も、やはり中間説的な視点から検討を行っている。

#### 4. 本決定の意義

本決定の事案には、昭和56年決定の事案ほどの特殊性は存在しない。しかし、問題の録音は「詐欺の被害を受けたと考えた者が、相手方の説明内容に不審を抱き、後日の証拠とするため」行ったという一種の自衛行為ともいえるべきものであったことや、対象となった当該会話の性質からすれば、その結論は、原則違法説を除くいずれの説からも説明が可能であろう。それ故、いわゆる原則違法説は完全に否定されたとみることができようが、最高裁がそれ以外のどの説に近い立場を採っているのかは、本決定からは明らかではない。

したがって、本決定は、学説においても中間説が主流化している現在ではほぼ異論が出ないであろう結論を確認しつつ、秘密録音一般についての最高裁の態度決定をさらに将来の判例に委ねたものといえよう。

#### 5. おわりに

はじめに述べたように、秘密録音については、それが私人によって行われる場合と捜査機関によって行われる場合があり得る。本決定は前者に関するものだったが、最後に、後者の捜査機関が主体である場合について簡単にふれておく。

秘密録音についての学説は、従来、録音の主体が私人であるか捜査機関であるかという点をあまり意識することなく展開されてきたといわれる<sup>(20)</sup>。しかし、私人が主体である場合には、その許容性は民法上の合法・違法判断の問題であるのに対し、捜査機関が主体の場合には、憲法・刑事法上の規制が及ぶことになる。したがって、強制捜査と考えるべきか任意捜査として許容されると解すべきかがまず問題となろう<sup>(21)</sup>。この点、原則違法説を採る論者は基本的に令状を要すると考えるのに対し、中間説(利益衡量説)に立つ論者の間では、考えが分れている。また、任意捜査だとすれば、各説それぞれの立場から、—それぞれが前提とする録音・開示のプライバシー侵害性についての認識を基準に—任意捜査としての限界をどこに求めるべきかが検討されることになろう。

(1) 川出敏裕「国際司法共助によって獲得された証拠の許容性」研修618号3頁〔5頁〕(1999年)参照。

(2) 秘密録音をめぐる民事法分野における議論状況につき、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237号34頁(1969年)、池田余男「判批」新堂幸

- 司・青山善充編『民事訴訟法判例百選（第二版）』208頁（1982年）など参照。
- (3) 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』416頁（1985年）、川出・前掲注（1）5頁参照。
- (4) 学説の状況については、佐藤文哉「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和56年度』258頁〔266-270頁〕、長岡哲次「供述録音テープの証拠能力」平野龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』70頁〔76-77頁〕（1998年）など参照。
- (5) このような立場を採るものとして、平野龍一『刑事訴訟法』116-117頁、222頁（1958年）、島田仁郎「科学捜査と人権—ポリグラフ・麻酔分析・盗聴—」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』82頁〔84頁〕（1979年）、竜岡資晃「証拠収集と立証の新展開（2）」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系5 刑事手続Ⅰ』293頁〔320頁〕（1983年）など参照。
- (6) このような立場を採るものとして、鴨良弼『刑事証拠法』377-378頁（1962年）、阪村幸男「盗聴」熊谷弘ほか編『捜査法大系Ⅲ』239頁〔255頁〕（1972年）、渥美東洋『捜査の原理』105頁〔121-122頁〕（1979年）など参照。
- (7) 佐藤・前掲注（4）269-270頁、高木俊夫・大淵敏和『違法収集証拠の証拠能力をめぐる諸問題—裁判例を中心として—』184頁〔185頁〕（1988年）、植村一郎「盗聴・秘密録音について」河上和雄ほか編『講座日本の警察第二巻〔刑事警察〕』219頁〔229-230頁〕（1993年）など。
- (8) 井上正仁「判批」ジュリスト768号〔昭和56年度重要判例解説〕202頁〔204頁〕（1982年）、白取祐司「科学捜査と人権」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点（新版）』78頁〔80頁〕（1991年）、椎橋隆幸「捜査の科学化」ジュリスト852号84頁〔90頁〕（1982年）〔同『刑事弁護・捜査の理論』267頁（1993年）に収録〕など。
- (9) 長岡・前掲注（4）77頁。
- (10) 渥美・前掲注（6）118頁、井上・前掲注（8）204頁など参照。
- (11) 井上・前掲注（8）204頁。また、この点につき、渥美・前掲注（6）119-120頁、椎橋・前掲注（8）88頁も参照。
- (12) なお、話者は会話それ自体については同意しているとはいっても、録音されることを知らない以上、その同意は錯誤に基づくものだともいえる。したがって、一録音の開示によるプライバシー侵害の重大性についての認識如何によっては一話者の同意が「重大な錯誤」に基づくものとして、会話そのものを違法とする（会話自体について同意がなかったものとみる）という理論構成も考えられよう。
- (13) もっとも、無限定合法説といっても、論理的には、録音テープの開示が違法となる余地もおよそ否定するというものと、録音テープの開示が違法となる可能性は認めつつも、録音行為の時点では未だプライバシー侵害の「危険」が発生したとはいえない（違法とはならない）とする二つのタイプが考えられるように思われる（稗田雅洋「判批」ジュリスト1204号75頁〔76頁〕（2001年）参照）。
- (14) 留保付合法説の提唱者である佐藤調査官は、そのような例外的場合として、①録音しないという明示の約束がある場合、②会話の内容、話の相手方などから、第三者への伝達や保存がおよそ考えられないため、録音されないことについて話者に合理的な期待を認めてよい場合、③相手方が当初から録音を悪用する目的で話を引き出した場合、を挙げている（佐藤・前掲注（4）269頁）。

なお、近時、秘密録音の適法性については、録音者と被録音者の関係、録音の対象や方法、録音を必要とした理由、録音に至る経緯などの諸事情を総合的に考慮して判断せざるを得ない

のであって、それが原則的に適法か違法かという枠付けにはそれほど意味はないという主張がなされている(長岡・前掲注(4) 86-87頁)。この見解は、従来の二つの中間説(留保付合法説と利益衡量説)の対立の止揚を試みたものといえようが、しかし、問題はまさにそのように諸事情を総合考慮するに際しどのような基準を採用するかであろう(稗田・前掲注(13) 77頁参照)。そして、その基準とは結局、原則として適法とみるか違法とみるかという従来の留保付合法説と利益衡量説いずれかのそれに帰着せざるを得ないように思われる。

- (15) 佐藤・前掲注(4) 271頁。
- (16) 井上・前掲注(8) 203頁。
- (17) このうち東京地判と千葉地判はほぼ同一の事案に関するものであり、ともに録音を適法としているが、前者は原則適法、後者は原則違法という立場から検討を行っている。なお、その他の下級審裁判例及びこの問題についての民事の裁判例については、稗田・前掲注(13) 76頁参照。
- (18) 稗田・前掲注(13) 77頁。また、森井暉「判批」現代刑事法30号111頁(113頁)(2001年)も、利益衡量説に立ちつつ、「本件の場合、相手方の同意なしに録音したこと自体は、とくに違法とまでいう必要はないと思われる」としている。
- (19) 稗田・前掲注(13) 77頁。もっとも、山名京子「判批」ジュリスト1202号〔平成12年度重要判例解説〕180頁(181頁)(2001年)は、本決定を利益衡量説に立つものと評している。
- (20) 杉田宗久「判批」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第六版)』22頁(23頁)(1992年)。
- (21) なお、前出の東京地判平成2年7月26日は、強制捜査には当たらないと明示的に述べている。
- (22) 阪村・前掲注(6) 255頁、渥美・前掲注(6) 121頁参照。また、浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』32頁(46頁)(1994年)も参照。
- (23) 任意捜査と解するものとして、井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点(新版)』42頁(45頁)(1991年)、令状を要するものとして、椎橋・前掲注(8) 88頁。

#### 本決定の評釈

稗田雅洋・ジュリスト1204号75頁(2001年)

森井 暉・現代刑事法30号111頁(2001年)

山名京子・ジュリスト1202号〔平成12年度重要判例解説〕180頁(2001年)