

一三 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

ヴァルター・J・ハープシャイド

- 一 はしがき
- 二 判例学説の状況
- 三 私見
- 四 結論

一 はしがき

私が述べようとしているテーマは、ドイツおよびスイスの判例・学説が既に五〇年代から扱ってきたものである。しかし二つの新たな裁判によって——一つはスイスの連邦裁判所で下され、もう一つはドイツの連邦憲法裁判所で下されたも

のである——議論は決定的な転換点を迎えたのである。しかもこれは、証拠方法が違法に収集された場合、訴訟において証拠禁止が認められるという意味においてである。二つの裁判は、証拠方法が人格権侵害の下で収集された事例に関するものである。この人格権は、スイスでは民法二八条に根拠を有する。ドイツ法においては、基本法一条、二条から導かれる。スイス法、ドイツ法は、確かにこの人格権を保護しているが、本稿で提起されている問題にどのように答えるべきかということについては何も規定していない。すなわち人格権侵害の下で収集された証拠方法は、それ自体適法なのか、それともそのような証拠方法は不適法なのかというのが問題で

ある。

私は、一九六七年のハンス・ペテルス (Hans Peters) の追悼論集の中で、そうした証拠方法は不適法であるという意味でこの問題に答えた¹⁾。その際、人格領域の保護に対して裁判官による真実探求を優先させる立場の反論にぶつかってであろうことは、予見されていた。しかし、今や本稿で扱っている問題は、スイスにおいてもドイツにおいても解明されたといつてよからう。しかもそのような証拠方法が基本的に不適法であるという意味においてである。

ドイツの連邦憲法裁判所が裁判した事例を要約して出発点としよう。

雇用者が、被用者が公用電話からかけていた通話を盗聴した。雇用者はこの通話の記録を民事訴訟において証拠方法として申し出た。連邦憲法裁判所は人格領域侵害の下で収集された証拠方法を不適法であるとみなした (NJW 1992, 815)。²⁾ さらに二つ目のスイスの例を付け加える。

ある社団法人の理事が辞任した。この理事は競合する社団法人に移籍し、自己のかつての活動範囲からの機密の通信を「盗んでいった」。両社団法人間の訴訟上の論争においてこの書簡が現われた。

裁判所はこの書簡を許可してよいかそれともこれを却下し

なければならぬか。

最初の事例とは違って第二の事例においては、犯罪行為(窃盗、横領)も存在する。それゆえ「証拠方法が違法に収集された場合の証拠禁止」というテーマ選択は正當なのである。

私はこのスイスの事例について鑑定意見書を提出した。この講演の順序はそれに対応するものである。しかしスイスに妥協することは、ドイツにも妥協する。そして本稿で民事訴訟に関して証明できることは、—必要な変更を加えた上で—刑事訴訟および行政訴訟手続きについても重要なのである。

二 判例学説の状況

以下のことを簡条書きにして予め言っておこう。

1 証拠方法が犯罪行為によって収集された場合には、訴訟においてその証拠方法を利用することは、その利用によって犯人および犯人から利益を得る者を助勢することになるという理由から既に、不適法とされたほうがよい。

しかしこのことは、—たとえ刑罰による制裁が存在しなくとも—人格権侵害の場合に妥協する。

2 いずれにせよ信書の機密を破ることは、スイス民法二七条ないし二八条aが保護している人格権の侵害である。こ

のことは二重に当てはまる。すなわちまず第一に発信者のためにでありついで名宛人のためである。このことは既に「純粹に個人的な信書」について妥当するが、このことは、一相談者が心理学者に宛てた手紙であるとか、私人間の相当な書簡のように――手紙が親密な者に該当する場合にはなおのこと妥当する。これについては争いが無いといつてよい。「紛争文化 Konfliktkultur」のためにこの法問題を緩和することは、基本的な法治国家思想に反する。なぜならば法治国家はまず第一に国民の保護のために存在するからである。

3 これはスイスの連邦裁判所の見解でもある。連邦裁判所は人格保護に関しては世界的に先駆者の役割をはたし、連邦裁判所のおかげでとりわけドイツにおいては判例によって一般的人格権が承認されるに到ったのである。

したがって、人格権についてのスイスおよびドイツの判例は、フランスの哲学者ロワイエ・コラール (Royer-Collard, 1763-1845) の要請を考慮に入れたものであった。ロワイエ・コラールが要請したのは次のことである。

「人は私生活を壁で囲わなければならない。」

このことは、以下においてとりわけスイスの連邦裁判所とドイツの連邦憲法裁判所の最新の裁判例に関して、詳細に論じる予定である。

4 さらに予め述べておくが、私はこの鑑定のテーマを一九六七年のハンス・ペテルス (Hans Peter) の追悼論集の中で八四〇頁以下において詳細に検討した。そこで私が述べたのは、スイスを模範として導入されたドイツの判例とりわけ連邦通常裁判所の判例は、「人格権保護のために、…新たに(証拠方法の) 利用禁止を承認することによって有効な障壁を設けた」が、この利用禁止を更に発展させるべきであるということであつた(同書八七四頁⁽³⁾)。この基本的な叙述を私は、スイス法についても堅持した⁽³⁾。この本では次のように書かれている。すなわち「違法取集証拠は、証拠方法として不適格である」。私はさらに続けて次のように述べている。すなわち、証拠方法取集について正当化事由が存在する場合には、この限りではない (Rdn. 683)。この命題を詳細に理由付けることが、本稿の使命であり目的である。

5 ロベルト・ハウザー (Robert Hauser) が、私に献呈された祝賀論集に寄稿した論説 (FS Habscheid 1983 138ff.) は、本稿で取り扱う問題についてスイス法を十分に概観するものである。確かにこの論説は、「スイス法における無断録音の取扱い」に関するものであるが、本稿でも問題は同じである。すなわち、人格権に反して獲得された証拠方法の証拠能力の問題なのである。

正当にもハウザーは、以下の点を確認している（私は本稿で、ハウザーの確認をそれと対応するように本稿で扱っている事例に転用する）。

違法に収集された証拠方法は、人格権侵害にあたる。

ただし、侵害が被害者の同意を得ており、または法律上の権限があり、またはそれに優越する私的なもしくは公の利益が存在する場合にはこの限りではない（前掲書一四一頁以下）。すなわちハウザーは、ここでスイス民法一八条二項の正当化事由を中心に考えている。

それゆえハウザーは、証拠方法が真実発見に適する場合、その証拠方法は適法でありしかもその証拠方法がどのようにして得られたかは顧慮されないという内容の以前の裁判実務を放棄している。ハウザーの述べているところによれば、以前の裁判実務の考えは、法治国家主義の点からみて受け入れられず、とりわけこの考えは、自由心証主義によって必要とされないものである（前掲書一四六頁）。

さらにハウザーが、述べているところによれば、カントン・チューリッヒの最高裁 [SZ 71 (1975), 60ff = ZR 73 (1974) Nr. 44] は前述の判例と別の立場を採っている。すなわち、「証拠保全の利益」は、人格権侵害を正当

化するものではない（前掲書一四七頁）。カントン・チューリッヒの最高裁がその後下したこれと異なる裁判 [NR 83 (1983) Nr. 33] に対し、ハウザーは前述のカントン・チューリッヒの最高裁の裁判を顧慮していないという批判をしている（前掲書一四七頁）。したがってハウザーは、カントン・チューリッヒの最高裁の裁判に賛成するフォーゲル (Vogel) の見解も否定している（前掲書一四八頁）。確かにハウザーが到達した結論によれば、違法に収集された証拠方法の利用の適法性の問題は、これを一般的に解決することはできない。しかしハウザーは、違法性が阻却されるのは、正当化事由（人格権侵害の場合にはスイス民法一八条二項）が存在する稀な事例に限られるという点について疑義を残していない（ハウザー前掲書一五二、一五三頁）。

ハウザーのテーゼは、とりわけ刑事訴訟について展開されている。しかしこれらのテーゼは、民事訴訟にもあるいはなおのこと民事訴訟には一妥当するはずである。

これらのテーゼは、私がハンス・ペテルス (Hans Peters) の追悼論集（前記はしぎの部分）の中で展開した諸原則に対応する。ハウザーの論説は、スイスにおける見解の状況を適切に再現しこれを証明しているので、私はこれについて本稿でこれ以上論じることをしない。

6 このようにするのはとりわけ、この問題についてのスイスの連邦裁判所の新たな裁判 (BGE 109 Ia. 279ff.) が、学説においてハウザーと私が展開した結論に必然的に導くように思われる新たな原則を展開したからである。この裁判には後で三の部分で触れることにする。

7 しかし被告が援用することのできるスイス民法二八条二項の正当化事由について、予め以下のことを確認しておくことにする。

被告は被害者の同意を援用することはできない。

人格権に優越する私的なもしくは公の利益は存在しない。証拠方法についての私的な利益は、基本的に人格権に優先しない。このことは、民事訴訟が事実の提出と証拠の申出に関しては弁論主義の適用を受けるという理由から既にそうなる。公の利益というのは明らかでない。まず第一に民事裁判官は公益上法秩序の統一のために違法に収集された証拠方法を受け入れることはできない。民法上および憲法上許されていないことは、基本的に訴訟上も許されない。自由心証主義の原則も、証明者にこうした処置をとる権限を付与するものではない。次に訴訟目的は、――そしてこれは刑事訴訟にも当てはまるのだが――必ずしも真実探求を要求しているわけではない。確

かに社会主義的特性を有する民事訴訟は真実探求を定めていた。自由主義的な訴訟には、是が非でも真実を発見するということはない。

最後に、被告が援用することのできる権限の付与(スイス民法二八条一項はここではスイス債務法五二条をあげている)は存在しない。

三 私 見

理論的な面では私は既に自説を述べ、その際スイスにおける判例学説の見解の状況はこれまで統一的ではなく、またこれまで連邦裁判所の判例も存在しなかったということを強調した。しかし連邦裁判所の判例が存在しなかったという点は、もはや実相ではない。

1 スイス連邦裁判所判例集 (BGE 109 Ia Etw. 4 auf S. 279ff.) において、連邦裁判所は、連邦憲法三六条四項によって保護されている通話の秘密を侵害して得られた証拠方法を、刑事訴訟において利用することが許されるか、そしてそれはいかなる範囲においてか、という問題を取扱わなければならない。同裁判所はこれについて、関係文献を利用して、問題は、個人の私的領域および秘密領域の保護であると

いうことを明らかにした。次に同裁判所は、二二七九頁でさらに以下のように述べている。

「判例によれば、人的な自由についての不文の憲法は、重要な自由権として、人格の発展の基本的な発現にあたるすべての自由を保護している。⁽⁴⁾これには人的な秘密領域を求める請求も数えられている。⁽⁵⁾未決勾留中の被疑者の文通という特殊な事例について、連邦裁判所は、この信書の秘密も人的な自由の観点のもとで扱った (BGH 107 Ia 149ff.)」

連邦裁判所は、問題を憲法の観点のもとで論じている。しかし同裁判所の述べているところから全く明瞭であるのは、人格の発展の基本的な発現を保護するスイス民法二八条で保障されている人格権が、憲法上の権利であるということである。

連邦裁判所は、さらにヨーロッパ人権条約も文通を保護しているということを指摘しているが(二八〇頁)、同裁判所の考えによれば、スイスの不文の憲法は、この問題については、ヨーロッパ人権条約に劣ってはいない(二八〇頁)。

すなわち、中間的な総括は以下の内容となる。人格権を侵害して収集された証拠方法は、基本的にこれを利用することを許されない。未決勾留中の被疑者に妥当することは、自由

に生活している国民にも妥当する。

連邦裁判所は、さらに次のように述べている(二八一頁)。

「しかし人的な自由の権利は絶対的に通用力を有するものではない。法律上の根拠に基づいたり、公益のためであったり、相当性の要請に適う限り、これを制限することが許容される。それ以上に人的自由を完全に抑圧することは許されない⁽⁶⁾」。

本稿で扱っている事例に転用すれば、これは以下のことを意味する。手紙の窃取と今申出られている訴訟におけるこの手紙の利用は、法律上の根拠を持たない。これは公の利益に基づくものでもない(そのような公の利益は未だかつて刑事訴訟において存在したことさえない)。また私的な利益に関しては、これが優越的な利益であるということは明らかではない。ちなみに連邦裁判所は私的な利益を挙げていないが、私はそれを正当であると思う。

民事訴訟は、公法たる性質を有する。真実発見の要請は、絶対的に通用力を持つわけではない。むしろ弁論主義が適用される。これらの原則が、民事訴訟についての公の利益というものを描写している。

法律上の介入の権限付与に関しては、連邦裁判所の裁判の二八一頁においてカントン・バーセルの刑事訴訟法はいずれ

にせよ(カントン法ではあるが)介入の権限付与を規定しているということが述べられている(二八一頁以下)。連邦裁判所はこれについて、介入の規範の具体化に該当する比較的長い記述をしており、それについてドイツの法状況も援用している(二八五頁以下)。最後にヨーロッパ人権条約を評価しながら、バーゼル刑事訴訟法が監視処分の場合に命じている秘密保持について、この秘密保持が絶対的な通用力を有するのではなく、合憲性およびヨーロッパ人権条約に合致するかが解釈されなければならないと述べている。

これらの記述についての個別的な分析は、本稿では必要ではない。なぜならば事件においては手紙を窃取し、次いでこれを証拠方法として利用しまたは利用させる法律上の権限は存在しないからである。しかし連邦裁判所の前掲二八一頁以下の考慮は二七七頁、二七八頁の記述と結びついて重要である。すなわち

刑事司法に関する連邦法(BStP)は、カントン・バーゼルの刑法とほとんど同様の規定を含んでいる。これについて連邦裁判所は、確かに同裁判所が連邦憲法一一三条三項によって上述の連邦法を違憲の観点の下で審査することを妨げられていると、述べている。しかしこれによって連邦裁判所が、あるカントン法がたとえ上述の連邦法と内容的に合致するも

のであっても、そのカントン法が合憲であるかどうかということについて審査することを妨げられることはない(BGE 106 Ib 190 E. 5)。この点については、以下でもう一度触れることにする(後述5)。

2 スイスの連邦裁判所は、その判決において一既に述べたようにドイツの法状況を援用している。ここでは一九九一年一月一九日の連邦憲法裁判所の決定(NJW 1992, 85)が、本稿で問題となっている問いについて憲法判断をした。決定要旨は以下のとおりである。

「人格権に違反して得られた知識および証拠方法を裁判上利用することは、通常基本法一条一項と関連する基本法二条一項に基づく基本権侵害である。」

これによって連邦憲法裁判所は、基本的に証拠方法の禁止の立場を採るということを述べたのである。実際に裁判されたのは、上告人である雇用者によって、公用電話使用の際に話された言葉が盗聴されたというものであった。

連邦憲法裁判所の判決は、裁判された事件を越えて一般的に重要である。この判決は、手紙による私的領域の侵害の場合、すなわち書かれた言葉の保護の場合には、なおのこと妥当する。

3 ここで取り上げ、評釈を加えた裁判は、新しい(あるい

は最新の「日付のものである。見て取れる限りでは、これまでこれら裁判は分析されていない。

連邦裁判所の考慮については、さらに私が既にペテルスの追悼論集に寄稿した前述の論考で述べた論証が、付け加えられる。すなわち、

法秩序統一の原則は、刑法上の禁令（窃盗、物の窃盗、不誠実な業務執行など）を民事訴訟において無視することと禁止している。

この原則はさらに、民事裁判官がスイス民法二八条を侵害して得られた証拠方法を「利用すること」を禁止している。民事裁判官がそのような証拠方法を利用すれば、この裁判官も同様に人格権侵害の責めを負う。

違法に得られた証拠の利用を民事訴訟において許容すれば、厚顔無知な当事者が有利となり良心的な当事者が不利益を受ける。そのようなことをすれば、訴訟上は裁判官の面前における武器平等という形をとる平等原則に違反することになる。日常生活における反対説の結論は、明白である。

4 連邦裁判所の裁判の (109 Ia 279 E. 4) の結果、グルデナー (Guldener, ZPR352) およびギーセン (Giesen, ZSR 79 (1956) 89, 103ff.) の一方では他方ではという優柔不断な考

量が、今日では古くさいものであるということになった。このことにとりわけ貢献したのは、証拠方法に関する権利も、憲法およびヨーロッパ人権条約を基準として評価されなければならないという認識であった。しかしとりわけ訴訟に関して妥当するのは、訴訟というものが法治国家においては、(表向きの) 真実発見に必ずしも役立つものではないということである。

5 しかしシュトロイリ・メスマー (Strüthli/Messner, 2. Aufl. (1982), §140 Rdn. 4) は、依然として (i) の書物は新たな展開を顧慮することができない) 私法においても刑法においても違法な証拠保全は、証明の緊急避難によって正当化され得るという立場を採っている。これについてシュトロイリ・メスマーは、とりわけヴァルダー (H.H. Walder) を援用している。そしてさらに述べられているのは、再び比較的旧い文献を参照しながら、そういうことならばなおのこと、実体的真実に貢献する訴訟上の利用が許容されなければならないということである。

シュトロイリ・メスマーがこれについて行なった刑法三四条、債務法五二条の正当化事由の解釈は連邦裁判所の第一〇九巻の裁判に照らしてみれば再検討に耐え得るものではない。連邦裁判所は、絶対的な公法に関する刑事訴訟において

さえ「真実発見」をもはや堅持していない。このことも、前述のドイツの連邦憲法裁判所の裁判から結論としてでたことである。

すなわちコンメンタールによって推奨されている一般的な利益衡量も、これ以上役には立たない。むしろ、いかなる場合に人格権の侵害を民事訴訟において全く例外的に甘受することができるのかということを、できるだけ厳密に定めなければならない。そのような例外事例は、本稿で扱っている事例には存在しない。その理由付けは行なった。

シュトロイリ・メスマーは、前掲の箇所においてチューリッヒ民法一六〇条を指摘している。ここでは、裁判所が秘密保護の目的のために、証言を免除する権限を有することが規定されている。民法一六〇条はさらに民法一四五条を指摘している。一四五条では以下のように規定されている。すなわち、

「証拠調べによって当事者の一方もしくは第三者の保護に値する利益が危険にさらされる場合には、裁判所は、その利益を保護するのに適したことを命ずる。」

さて、本稿の問題に民法一四五条を適用することができるといふことを論証する誘惑に駆られるかもしれない。しかし人格権を保護される者の保護に値する利益というのは、既

に「明白である」。それゆえ保護は、人格権に反して得られた手紙を顧慮しないことによって可能であるにすぎない。

しかしさらに、チューリッヒ民法一四五条は審問請求権という憲法原則に反し、したがってまた連邦憲法およびヨーロッパ人権条約六条にも違反するという立場を唱えなければならない。

ゴットフリート・バウムゲルテル (Gottfried Baumgärtel) は、私に献呈された祝賀論集の中の企業秘密保護のためにスイスに範を採って民事訴訟における秘密手続きを設けるべきかというテーマの論文において、ドイツ法には存在しないチューリッヒ民法一四五条による手続きは法的審尋を求める基本権(基本法一〇三条)に反するので、ドイツにおいてもこれを導入することはできないという立場を採っている。基本法一〇三条は、スイス法の中でその対応規定を有するし、ヨーロッパ人権条約においても繰返されているので、これらの規定も侵害されるのである。

しかしスイス特許法(六八条)および民事訴訟に関する連邦法(三八条一項)は、チューリッヒ民法一四五条と類似の、またはそれどころか同一の規定を有する。

しかしこうした法状況に鑑みると、前に1で扱ったスイス連邦裁判所の判例 BGE 109 Ib, 277/78 と BGE 106 Ib 190E,

を思い出さなければならぬ。連邦裁判所は、確かにこれら連邦が發布したことが (Bundeserlasse) 合憲であるかというのを審査することはできないが、連邦裁判所は、必要があればチューリッヒ民訴法一四五条すなわちカントン法についてはその合憲性の審査を行ない違憲を言渡すかもしれない。

結局結論は、チューリッヒ民訴法一四五条は、本稿で唱えた立場に反対する有効な論証を提供するものではないということになる。

四 結 論

結論は以下のようになる。

1 違法に収集された証拠方法は、民事訴訟においては利用できる証拠方法ではない。これはとりわけ、その内容が人格権保護に値する手紙に妥当する。

2 例外は、制限的に限定して許容されるにすぎない。すなわち、正当化事由のある場合、法律上の権限のある場合、(場合によっては) 公の利益の場合である。

法律上の権限と公の利益は、連邦裁判所の判例に照らしてみると、さらに制限的に解釈されなければならない。訴訟に

おいて是が非でも真実を発見することについては、保護に値する公の利益は存在しない。「紛争文化」と称する意味において、人格権侵害とりわけ文通の機密の侵害を許容する公の利益も存在しない。法律上の侵害の権限も存在しない。

3 証拠方法についての私的な利益は、基本的に憲法上保護されている人格権に対する侵害を正当化する事由ではない。

4 先に挙げた証拠方法が、先に説明したやり方で第三者および発信者の信頼する人物の人格権を侵害しながら収集されるということが当てはまる場合には、その証拠方法は、却下されなければならない。証明者が、その手紙を他人から入手した場合と、手紙がもはや解明できない方法で証明者の処分権限に到達した場合とを区別することもできない。不法な証拠方法という瑕疵は、これらの手紙から除去することができないまま手紙に付着する。そうでないとすれば、証拠の操作が自由であることになってしまう。そうしたことを度外視しても、この種の手紙は証明者にとってはその由来の瑕疵を「標榜するもの」なのである。

5 繰り返しになるが、これらのテーゼは、内密の書面による言葉についてだけ当てはまるのではなく、口頭の言葉にも当てはまる。さらにこれらのテーゼは、違法に、とりわけ

人格権を侵害して収集されたその他のすべての証拠方法について同様に妥当する。

- (1) Personlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung, im Prozessrecht, Gedachtnisschrift für Hans Peters S. 840 ff.
- (2) ユーイングの連邦通常裁判所の豊富な判例および Palandt/Thomas BGB 51. Aufl. 1992 § 123 Rdn. 175-181 を参照せよ。
- (3) Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl. 1990, Rdn. 665, 666 を参照。
- (4) BGE 108 Ia 60E, 4a; 107 Ia 55E, 3a; 106 Ia 280 以下および引用された文献も参照せよ。
- (5) BGE 109 Ia 158E, 8b; 106 I 280E, 3a; 104 Ia; 299E, 2; 486, 4b; 102 Ia 282E, 2a.

〔あとがき〕 本稿は、スイス、チューリッヒ大学およびジュネーブ大学教授、前国際訴訟法学会会長ヴァルター・J・ハープシチャイド氏 (Professor Dr. Dr. h. c. mult. Walther J. Habscheid) が、一九九二年八月二八日に早稲田大学大学院法学研究科において行なった講演の原稿の翻訳である。論文原題名は、Beweisverbot bei rechtswidrig erlangten Beweismitteln.

翻訳担当 坂本 恵 二
朝日大学助教授