

# 捜査機関による当事者録音の法的性格

内 藤 大 海

## 序

- (1) 当事者録音を巡るわが国の議論状況
- (2) 捜査官による当事者録音の必要性
- (3) 本稿の対象

## 1 当事者録音の問題類型

- (1) はじめに
- (2) 私人による当事者録音と捜査官による場合の差異

## 2 音声サンプルの採取に関する下級審裁判例

- (1) 問題状況の確認
- (2) 判例の分析
- (3) 音声サンプル採取のための秘密録音の問題性

## 3 会話に関する権利と要保護性

- (1) 当事者録音において危殆化される法益の実質
- (2) 会話内容の情報としての秘密性の放棄

むすびにかえて

## 序

### (1) 当事者録音を巡るわが国の議論状況

会話の一方当事者が相手方の同意を得ないままその内容を秘密裏に録音すること（以下、「当事者録音」とする）は、通信傍受とは異なり一定の場合には任意捜査として許されるというのが判例の立場<sup>1</sup>であり、学説も概ね同様の見解に立っていると見える<sup>2</sup>。しかし、その内容は、留保付合法説、利益衡量説など様々であり、当事者録音の許容要件をいかに設定するかが問題とされてきた。ただ、これまで実際に問題となった事案の多くは、私人間における当事者録音に関するものであり、捜査機関またはその依頼を受けた者による当事者録音の許容性の議論はそれほど活発に論じられてこなかったように思われる。そのためか判例においては、私人による当事者録音の場合と捜査官による場合とを明確に区別することなく<sup>3</sup>、秘密録音をする正当な理由があり、会話自体プライバシーをそれほど期待しえない状況でなされていることを要件に、適法化されることが多かったように思われる<sup>4</sup>。しかし、私人による場合とは異なり、捜査官による当事者録音には憲法および刑訴法の規制が直接及ぶことになり、録音に伴う権利制約の内容如何によっては強制捜査となる場合も想定されよう<sup>5</sup>。実際に捜査官が当事者録音を行った事案としては、東京地判平成2年7月26日<sup>6</sup>、千葉地判平成3年3月29日<sup>7</sup>がある。ただし、これらの事案における当事者録音は、対象者の「発言内容」の保全ではなく比較対象サンプルとしての「声音」の採取に目的があった。そのため、自己負罪供述が録音対象となった最決昭和56年11月20日<sup>8</sup>および最決平成12年7月12日<sup>9</sup>とは、制約を受ける権利の性質がそもそも異なる。なお、これらの最高裁決定は私人による当事者録音の事例であることに注意すべきであり、他方、捜査機関が供述獲得手段として当事者録音を行った事案でも、実際に負罪供述等を引き出したことが問題とされたものは現在のところ存在しない。しかし、今後取調べの可視化に伴い、新しい供述獲得手段として当事者録音が

利用されることも想像に難くないところであり、捜査機関による情報収集活動としての当事者録音の在り方について、あらためて検討しておくことも必要であるように思われる。

そこでまず、わが国における当事者録音を巡る議論を整理して俯瞰しておくことにする<sup>10</sup>。当事者録音について、かつて平野博士は、会話の相手方との関係では会話の内容を相手方の支配に委ねており、その秘密性ないしプライバシーを放棄しているため、相手方がその内容を録音したりすることは、モラルの問題は別としても違法ではないとの見解を示された<sup>11</sup>。この見解は、対象者による会話の秘密性の放棄、すなわちプライバシーの放棄を認めて当事者録音を任意処分と位置付けるものであり、いわゆる原則適法説（無限定合法説）と呼ばれ、多くの支持を集めていた<sup>12</sup>。ただし、その一方で、鴨博士に代表されるように、会話の当事者であっても秘密録音は原則として許されないとする原則違法説に立つ論者も少なくなかったといえる<sup>13</sup>。椎橋教授は、その具体的な論拠について、会話が録音され、第三者に伝えられることは通常想定しないことであり、録音の事実を知っていれば話さないことはありうることを指摘される。つまり、その会話内容が録音され、第三者に漏らされる点についてまで、プライバシー放棄を認めるべきではなく、これを認めると会話の自由やプライバシーに対する期待が大幅に損なわれるとして、令状によらない限り原則として違法であるとされるのである<sup>14</sup>。当事者録音の捜査手法としての性質について、前者は任意捜査、後者は強制捜査としてそれぞれの主張を行っているといえよう。したがって、問題は当事者録音によって危殆化させられる権利は何かという点にある。この点、自己の発話についてこれを録音するか、再生をいつ誰の前で行うかという権利<sup>15</sup>、録音の危険に曝されることなる自由に会話を行う権利<sup>16</sup>、会話の相手方に対する信頼に基づくプライバシーの期待<sup>17</sup>などが考えられる。また、令状主義の貫徹、プライバシーの保護、信頼の通信、道義性の要求等から、その適法性に疑問があるとする見解もある<sup>18</sup>。

対立するこれら2つの学説に対し、最近の議論の傾向としては留保付合法説、利益衡量説などのより中間的な見解が支持を得ているといえよう。留保付合法説を主張される佐藤裁判官は、当事者録音を原則適法としつつ、①会話を録音されていないという明示の約束がある場合、②会話の内容、相手方などから、第三者への伝達等がおおよそ考えられないため、録音されてい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（例えば、医師と患者の間の会話、牧師に対する懺悔など）、③相手方が当初から録音を悪用する目的で発言を引き出している場合には、違法となるとされる<sup>19</sup>。次に、利益衡量説を主張される井上教授は、原則適法説に対する批判として、当事者録音においては会話の情報としての秘密性の保護のみが問題となるのではなく、聴取、録音されることにより自由な会話が妨げられることもまた問題であると指摘される。そして、プライバシー権ないし人格権の内容として、聴取、録音されることなく自由に会話する権利も含まれるとの理解に基づき、このような権利を制約することになる当事者録音を原則違法とされる<sup>20</sup>。しかし、プライバシー権ないし人格権の主要な要素である会話の情報としての秘密性は話者自ら相手方に委ねているのであるから、強制処分性を特徴付ける権利制約はないとし、利益衡量の方法を用い、一方において、秘密録音を行う正当な理由があり、他方において、当の会話がプライバシーを期待しえない状況でなされるものであるときには、例外的に許容されるとされる<sup>21</sup>。留保付合法説との違いは、録音による発言の記録化をたんに人の耳で聴いて記憶することとは別個のプライバシー侵害、すなわち違法性の問題として取り扱う点にあらう<sup>22</sup>。

このように、学説では当事者録音に伴う権利制約の内実を措定した上で、強制処分として令状主義のコントロールに服させるべきか、あるいは最決昭和51年3月16日<sup>23</sup>の示した許容されるべき任意処分の基準に照らして許されるかという点が意識的に論じられてきた。主たる学説のうち原則違法説を除く他3説は、少なくとも強制処分性を基礎付けるプライバシー侵害の存在を否定し、任意捜査と位置付けた上で許容要件を示してい

る。そして、その主たる根拠は、会話内容の秘密性の放棄にある。しかし、当事者録音においては、無意識に自らの意思に反した発言をさせられてしまう点が問題なのであり、自己の発言内容が第三者に移転する可能性を認識していたからといって、その情報としての秘密性の放棄について発話者自身の承諾があったと帰結することには慎重であるべきであるように思われる。

## (2) 捜査官による当事者録音の必要性

他方、取調べ可視化論が世論の後押しを受け加速するなか、法務省法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」（以下、「特別部会」とする）では、取調べに代わる新たな真相解明手段として新しい捜査手法の導入が議論の俎上にあり、その1つとして仮装身分捜査の導入が挙げられている。特別部会第11回議事録によれば、この捜査手法は、諸外国で導入されているような秘匿捜査、潜入捜査と類似した仕組みで、捜査官に架空身分を与えることを主たる内容とする制度と位置付けられている<sup>24</sup>。具体的には、捜査官が暴力団員と接触する際に、車輜ナンバーや身分証などから捜査官であることが発覚するのを防ぎ、仮装（架空）のナンバー・プレートや身分証の発行を行うことを目的とするものであって、「供述を求めるなど証拠の確保」を目的とするものではないという<sup>25</sup>。これを前提とすれば、仮装身分捜査は捜査目的達成のため、あるいは捜査官の安全確保のための補助的手段にとどまることになる。しかし、特別部会は、取調べの可視化に対応する新しい供述獲得手段として、通信傍受の拡充、会話録音および有罪答弁制度と並んで仮装身分捜査の導入を検討しているところであり、そもそも捜査機関としては、取調べの可視化に対する危機意識から、新しい供述獲得手段を必要としていることは明らかである。この点、特別部会とは別に、警察庁国家公安委員長の下で2010年に発足した「捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会」（以下、「捜査手法の高度化研究

会」とする)の中間報告でも、治安維持のために必要な捜査手法として潜入捜査が挙げられており<sup>26</sup>、さらに最終報告では仮装身分捜査という名称が用いられ、捜査官が仮装身分を用いて関係者と接触するなどして情報、証拠の収集を行うものとされている<sup>27</sup>。この最終報告では、密行性が高い犯罪における真相解明や核心的な犯罪情報や物的証拠の入手可能性が仮装身分捜査導入の利点として挙げられており、少なくともこちらでは、取調べに代わる情報収集手段として位置付けられている<sup>28</sup>。

このように、法務省（特別部会）と警察庁（捜査手法の高度化研究会）とでは仮装身分捜査に期する役割について若干の違いがみられるものの、いずれも取調べ代替措置に関する文脈の中で論じられており、仮装身分捜査官による会話の秘密裏な録音の積極的運用論に繋がりうる可能性もないわけではない<sup>29</sup>。

### (3) 本稿の対象

前述の通り、当事者録音の議論の多くは私人による場合に関するものであったし、捜査官によって行われる場合も録音された会話内容の秘密性の保護が問題となった事案はなかった<sup>30</sup>。捜査機関による当事者録音の事例としては、前述の東京地判平成2年7月26日および千葉地判平成3年3月29日があるが、会話内容の情報としての録取・保全が目的とされた事案ではなかった。そのためか、これまで捜査機関による当事者録音の問題性については、踏み込んだ議論は行われてこなかったように思われる。ただし、一部の論者からは、当初から秘密録音を目的として会話に挑むような場合については、一概に会話の秘密性を放棄しているといえないなど、問題が指摘されていた<sup>31</sup>。この場合においてとくに問題となるのは、録音者である捜査官が身分を秘したまま対象者と接触し、特定の発言を行うよう会話をリードするような場合であろう。他方、犯罪を組成するような発言（脅迫など）が行われること、あるいは犯罪行為を承認する内容の発言（自

白など）が行われることをたんに予測して——したがって、録音者は発話に対して受動的である——対象者と接触し録音するような場合はどうか。積極的な聞き出し行為がないという点では問題は小さいようにも思われるが、意思に反した不利益自己情報の提供という点は残る。また、目的が「供述」ではなく「声質」の採取にあったとしても、不利益情報の提供という点は同様であろう。このように積極的な情報収集活動として当事者録音が用いられる場合にも、その目的や内容によって様々な類型が存在することになる。このうち、本稿はとくに捜査手法としての当事者録音を中心に分析を加え、その法的な性格について若干の考察を添えるものである。

- 
- 1 最決昭和56年11月20日刑集35巻8号797頁、最決平成12年7月12日刑集54巻6号513頁など。
  - 2 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）116頁、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）125頁、井上正仁『強制捜査と任意捜査』（有斐閣、2006年）187頁、白取祐司『刑事訴訟法〔第7版〕』（日本評論社、2012年）158頁、上口裕『刑事訴訟法〔第3版〕』（成文堂、2012年）91頁など。
  - 3 杉田宗久「判批・千葉地判平成3年3月29日」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第6版〕』（有斐閣、1992年）23頁。
  - 4 松江地判昭和57年2月2日判時1051号162頁（岩尾信行「判批・千葉地判平成3年3月29日」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』（有斐閣、2011年）25頁参照）。なお、最高裁は私人による当事者録音を適法とするにあたり、この点について触れていない（最決昭和56年11月20日・前掲（註1）、最決平成12年7月12日・前掲（註1））。ただし、いずれの事案も事案解決にとどまったものであると思われる（稗田雅洋「判批・千葉地判平成3年3月29日」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕』（有斐閣、2005年）25頁参照）。この点、捜査機関の関与する当事者録音についても、適法であると解するのが多数説であるという分析もある（後藤和宏「秘密録音の適法性について」警学41巻5号（1991年）86頁以下）。
  - 5 このことを指摘するものとして、小川佳樹「判批・最決平成12年7月12日」早稲田法学77巻4号（2002年）226頁および230頁。
  - 6 判時1358号151頁。
  - 7 判時1384号141頁。
  - 8 前掲（註1）。
  - 9 前掲（註1）。

- 10 以下の学説の整理については、稗田雅洋「判解・最決平成12年7月12日」『最高裁判所判例解説刑事篇〔平成12年度〕』（法曹界、2003年）157頁以下、佐藤文哉「判解・最決昭和56年11月20日」『最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和56年度〕』（法曹界、1985年）266頁以下参照。
- 11 平野・前掲（註2）116頁。
- 12 平野博士と同様に原則適法説に立つものとして、松本時男「盗聴」熊谷弘ほか編『証拠法大系Ⅰ』（日本評論社、1970年）210頁、島田仁郎「科学捜査と人権」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、1979年）84頁などがある。
- 13 鴨良弼『刑事証拠法』（日本評論社、1962年）377頁。その他、渥美東洋『捜査の原理』（有斐閣、1979年）123頁、阪村幸男「盗聴」熊谷弘ほか編『捜査法大系Ⅲ』（日本評論社、1972年）255頁、椎橋隆幸「捜査の科学科」ジュリ852号（1986年）88頁以下など。
- 14 椎橋・前掲（註13）88頁。
- 15 鴨・前掲（註13）377頁。
- 16 鴨・前掲（註13）377頁、渥美・前掲（註13）121頁。
- 17 渥美・前掲（註13）118頁。
- 18 阪村・前掲（註13）20頁。
- 19 佐藤・前掲（註10）269頁以下。
- 20 井上・前掲（註2）185頁以下。
- 21 井上・前掲（註2）187頁。同様の見解に立つものとして、田宮・前掲（註2）124頁、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅰ』（成文堂、2007年）176頁、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〕』（有斐閣、1991年）80頁など。
- 22 杉田・前掲（註3）23頁。
- 23 刑集30巻2号187頁。
- 24 法務省法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」第11回議事録22頁（島根発言）。
- 25 前掲・島根発言（註24）。
- 26 警察庁・捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会「中間報告」（平成23年4月）36頁以下（URL: <http://www.npa.go.jp/shintyaku/keiki/chuukanhoukoku.pdf#search/>最終確認2013年1月24日）。
- 27 警察庁・捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会「最終報告」（平成24年2月）31頁（URL: <http://www.npa.go.jp/shintyaku/keiki/saisyuu.pdf#search>最終確認2013年1月24日）。
- 28 前掲・「最終報告」（註27）31頁。なお、最終報告でも、身分証明制度に混乱をもたらす危険性が指摘されるとともに、その他のメリットとして、捜



査員の危険軽減も挙げられている。

- 29 松倉治代「刑事手続におけるNemo tenetur原則（4・完）」立命館法学338号（2011年）256頁以下は、ドイツにおけるだまし聞き（Hörfalle）や潜入捜査（Verdeckte Ermittlung＝身分秘匿捜査）に起因する自己負罪の問題を指摘する。また、わが国におけるこのような新しい捜査手法の導入に際して、Nemo tenetur原則との抵触について十分な検討が必要であるという（274頁註1321）。
- 30 被告人にとって不利益な事実を含む発言が捜査官によって秘密録音された事案としては、松江地判昭和57年2月2日判時1051号162頁がある。しかし、この事案では当事者録音の対象者は証人であり、自己の不利益情報が捜査機関によって取得、保全された事案ではなかった点、また、実質証拠としてではなく弾劾証拠として用いられた点に留意すべきであろう。なお、神垣清水「捜査機関が行う秘密録音の適法性（下）」警公46巻7号（1991年）65頁は、捜査官による秘密録音の適否を直接判示した最高裁判決はないとする。また、後藤・前掲（註4）は、1991年の時点で先例としては右松江地裁判決以外にないとする。
- 31 神垣・前掲（註30）66頁。

## 1 当事者録音の問題類型

### (1) はじめに

前述の通り、これまでの判例の多くは当事者録音について、私人による場合と捜査機関による場合とを意識的に区別することなくその許容性について判断を示してきた面がある<sup>1</sup>。しかし、録音主体の違いは録音の性質に大きく関わる問題であり、本来的には両者は区別して論じられるべきである<sup>2</sup>。また、録音目的および録音内容の性質（実質証拠か補強証拠か）の違いも、録音の性格を特徴づける要素の1つとなろう<sup>3</sup>。問題はそれぞれの要素の違いが、当事者録音の性格付けにどのような影響を及ぼすかということになると思われる。そこで、これらの要素の組み合わせによる当事者録音の類型について俯瞰しておきたい。

まず、私人が刑事裁判とは別の目的——例えば、民事的紛争に対する準

備行為、取材情報の正確性の保全など——で対象者の発言を録音する場合が考えられる。当事者録音に関する2件の最高裁判例はいずれもこの類型に該当するものであった<sup>4</sup>。この類型に該当する当事者録音では、第一義的には刑事裁判以外の目的で録音された内容が、副次的に刑事裁判において被告人に不利益な証拠として用いられることになり、私人が自らの判断で刑事裁判の証拠を保全するという場合はそう多くないものと思われる<sup>5</sup>。さらに、録音内容が実質証拠として用いられる場合と補強証拠（弾劾証拠）として用いられる場合<sup>6</sup>とに分かれる。

次に、捜査機関による当事者録音の場合である。会話の一方当事者が捜査官である場合と捜査機関の依頼を受けた私人である場合とが考えられるが、両者に実質的な違いはないといえよう<sup>7</sup>。なお、会話の一方当事者の同意を得て私人間における会話を録音する場合（いわゆる「同意盗聴」）も基本的には同じものと考えられる。捜査機関による当事者録音も、①実質証拠としての供述の獲得を目的として実施される場合、②補強証拠（弾劾証拠）としての供述の獲得を目的として実施される場合とがあり、さらに③声紋鑑定サンプルとして「声」を採取するなど供述内容を問題としない場合も加わることになる。とくに問題となるのは①類型であろうが、現在のところ判例上この種の当事者録音が問題となった形跡はない。②類型としては松江地判昭和57年2月2日<sup>8</sup>があり、③類型としては、東京地判平成2年7月26日<sup>9</sup>、千葉地判平成3年3月29日<sup>10</sup>がある。

本稿の問題意識は、捜査機関による当事者録音の法的性格を明らかにする点にあり、とくに実質証拠として扱われる右①および②の類型について検討を加える。なお、①類型については実際に判例上も争いとなった例はみられない。しかし、先に述べた通り、取調べに代る新しい供述獲得手段として今後当事者録音の必要性が高まる事態も想定されるところであり、この類型も念頭に置きつつ、わが国における当事者録音の在り方を模索したい。

## (2) 私人による当事者録音と捜査官による場合の差異

当事者録音に関する最初の最高裁判例である最決昭和56年11月20日は、私人間における会話が第一義的には刑事裁判とは別の目的で録音された事案であった<sup>11</sup>。最高裁は、当事者録音について、「相手方の同意を得ないで行われたものであっても、違法ではない」という結論を導く上で、録音の経緯、目的、内容、相手方の認容の有無といった要素を総合考慮している。本決定は、いわゆる検事総長偽電話事件の上告審におけるものであるが、被告人は新聞報道を目的とした新聞記者の取材活動に応じる形で、自己の犯罪行為に関する発言を行った。そのため、本件では発言内容が公開されることが前提であったことはもちろん、取材情報たる被告人の発言を正確に保存するために記者がその内容を録音することについて未必的ではあるが被告人の同意があったものと認定されている。このような事実関係を基礎に、上記各要素を総合的に考慮し適法判断が導かれており、捜査機関によって会話が録音されることを予測することが困難な場合についてまで、本決定の違法性判断の射程が及ぶものではないとされる<sup>12</sup>。この点、捜査機関による当事者録音が問題となった東京地判平成2年7月26日<sup>13</sup>は、一般的基準として、同意録音は原則として任意捜査に当たり適法であるが、例外的に違法となる場合がある旨判示し、いわゆる留保付合法説に立つ。これに対し、ほぼ同様の秘密録音が問題となった千葉地判平成3年3月29日<sup>14</sup>は、「捜査機関が対話の相手方の知らないうちにその会話を録音することは、原則として違法」とし、警察官との会話であることの認識、会話の内容、発言の自発性等諸般の事情を考慮して適法性判断を行うという利益衡量説に立った上で、「被告人の法益を侵害する程度は低い」として適法とした。とくに後者は、捜査機関による録音であることを意識した見解を示しており、捜査機関による当事者録音の法的性格を考察するうえで参考になると思われる。

私人による当事者録音の場合、実体刑法や民法等との関係上違法性が問

題となるのに対し<sup>15</sup>、捜査機関による当事者録音の違法性は憲法および刑訴法上の問題である<sup>16</sup>。つまり、この場合は捜査手法として適切か否かが問題となり、ひいては当該録音が強制処分となるか任意処分となるかが問われることとなるのである<sup>17</sup>。その意味で私人の場合とは異なり、処分に伴う権利制約の内容に着目した判断が求められることになろう。学説においてはこのことを指摘するものが多い。例えば、佐藤裁判官は、先出の最決昭和56年11月20日に対する解説において、「私人の場合には、憲法違反の問題が生ずることはない」としてその理由を以下のように述べる。すなわち、「憲法の人権保障規定は私人間相互間には直接の適用はないとみてよいため、かりに、憲法11条、13条とくに13条が具体的な人権とくに『人格権』を保障しているとみても、私人相互間には直接の適用はなく、本件の録音行為それ自体が憲法に違反するということはない」とする<sup>18</sup>。これを反対に解せば、捜査機関が主体となって当事者録音を行う場合、憲法の人権保障規定および刑訴法の規定が直接及ぶことになり、捜査手法としての適法性が問われることになる。

以下では、実際に声音サンプルの採取として行われた当事者録音の許容性が問題となった右2件の下級審裁判例を分析の対象としつつ、会話に関する権利およびその要保護性について若干の考察を行いたい。

- 
- 1 ただし、後述するように千葉地判平成3年3月29日判時1384号141頁は、当事者録音が捜査官によって行われたことを意識した判断が行われている（本稿2（2）参照）。
  - 2 岩尾信行「判批・千葉地判平成3年3月29日」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』（有斐閣、2011年）24頁など。
  - 3 この点について鯉越教授は、最決昭和56年11月20日は、「録音の経緯・目的・内容・相手方の認容の有無を判断した上で」、当事者録音の許容性を認定したものであると分析される（鯉越溢弘「判批・千葉地判平成3年3月29日」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第7版〕』（有斐閣、1998年）25頁）。
  - 4 最決昭和56年11月20日刑集35巻8号797頁、最決平成12年7月12日刑集

54巻6号513頁。

- 5 ただし、松江地判昭和57年2月2日判時1051号162頁。判決理由からは必ずしも明らかではないが、録音テープが刑事裁判の証拠として価値が高いことを想定し、録音者が後に捜査機関に買い取らせることを目的に当事者録音を実施する場合も想定される。
- 6 前掲・松江地判昭和57年2月2日（註5）。
- 7 神垣清水「捜査機関が行う秘密録音の適法性（下）」警公46巻7号（1991年）66頁。
- 8 判時1051号162頁。ただし、録音対象者は、被告人ではなく証人であった点に留意すべきであろう。
- 9 判時1358号151頁。
- 10 判時1384号141頁。
- 11 刑集35巻8号797頁。
- 12 鯉越・前掲（註5）25頁。
- 13 判時1358号151頁。
- 14 判時1384号141頁。
- 15 小川佳樹「判批・千葉地判平成3年3月29日」早稲田法学77巻4号（2002年）226頁、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（1999年）3頁。
- 16 ただし、私人による当事者録音が違法となる場合でも、証拠排除の可能性は残る（井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、1985年）416頁、川出・前掲（註15）5頁）。
- 17 杉田宗久「判批・千葉地判平成3年3月29日」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第6版〕』（有斐閣、1992年）23頁。
- 18 佐藤文哉「判解・最決昭和56年11月20日」『最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和56年度〕』（法曹界）266頁。

## 2 声音サンプルの採取に関する下級審裁判例

### (1) 問題状況の確認

まず、捜査機関による当事者録音が実際に判例上問題となった事案から検討を加える。東京地判平成2年7月26日<sup>1</sup>、千葉地判平成3年3月29日<sup>2</sup>は、いずれも捜査官が被告人との会話を秘密録音したものであるが、その

目的は犯人識別のための声音サンプルの採取にあった。この場合、被告人は自ら提供した自己情報（声質）により有罪の危険を負うことになるという点では、実質証拠となりうる供述が秘密録音される場合と共通性を有する。しかし、録音の目的は供述内容の保全ではないため、問題となるプライバシーの内容、要保護性にも違いがあるものと思われる。つまり、録音に付随して発生する権利制約の性質も異なってくることになり、当該録音の性質——すなわち強制処分か任意処分か——を明確にする上で重要な要素となってこよう<sup>3</sup>。

この点、当事者録音によって危殆化される主たる利益は、対象となる会話の情報としての秘密性にあるというのが一般的な理解であろう<sup>4</sup>。確かに、このような理解を前提とすれば、会話に含まれる情報を対象とした録音ではなく、「声音」サンプルの採取という目的に限定された録音の場合、これによって制約される権利は会話に含まれる主要な権利ないし利益とはいえないことになろう。その意味で、会話内容の情報を保全する秘密録音と比べて権利制約は大きいとはいえないかもしれない。しかしながら、対象者の不知の間に——声質という——自己情報が相手方に取得、保存されるため、一概に権利制約が軽微であるから任意捜査として許されるといえるかなお検討の余地を残すように思われる。

## (2) 判例の分析

右2件の下級審裁判例は、いずれも脅迫事件に関するものであり、当事者録音に係る事実関係はほぼ同一である。すなわち、被害者自ら録音した犯人からの脅迫電話の声質と被告人の声質を比較するために、警察官が捜索差押時に被告人との会話を秘密録音し、もって声音のサンプルを採取したというものである。しかし、両裁判所はいずれも適法判断を示すものの、当事者録音の性格をどのようにみるかについて異なる見解に立つ。

まず、東京地判平成2年7月26日<sup>5</sup>からみておこう。東京地裁は、当事

者録音一般の適法性について以下のように述べる。

「対話者の一方が相手方の同意を得ないでした会話の録音は、それにより録音に同意しなかった対話者の人格権がある程度侵害されるおそれを生じさせることは否定できないが、いわゆる盗聴の場合とは異なり、対話者は相手方に対する関係では自己の会話を聞かれることを認めており、会話の秘密性を放棄しその会話内容を相手方の支配下に委ねたものと見得るのであるから、右会話録音の適法性については、録音の目的、対象、手段方法、対象となる会話の内容、会話時の状況等の諸事情を総合し、その手続に著しく不当な点があるか否かを考慮してこれを決めるのが相当である。」

このように、東京地裁は本件録音が捜査機関によって行われたこと、録音目的が対象者（被告人）の「声」の採取にあったことについてとくに言及することなく、当事者録音一般の適法性の基準としていわゆる留保付合法説に立ち、会話の秘密に関する権利放棄性を認めた上で、任意捜査として相当性判断を行うべきことを示したとみられる<sup>6</sup>。これに対し、千葉地判平成3年3月29日<sup>7</sup>は、同様の事案においていわゆる利益衡量説に立った判断を示している。すなわち、当事者録音一般について会話のプライバシー制約を認め原則違法としつつ、その要保護性が乏しいことを根拠に適法とする<sup>8</sup>。

「[会話当事者間において会話のプライバシーが放棄されているという見方は]、相手方が単に会話の内容を記憶にとどめ、その記憶に基づいて他に漏らす場合に妥当することであって、相手方が機械により正確に録音し、再生し、さらには話者（声質）の同一性の証拠として利用する可能性があることを知っておれば当然拒否することが予想されるところ、その拒否の機会を与えずに秘密録音することが相手方のプライバシーないし人格権を多かれ少なかれ侵害することは否定できず、いわんやこのような録音を刑事裁判の資料とすることは司法の廉潔性の観点からも慎重でなければならない。」（括弧内は引用者）

このように本判決は、会話当事者間におけるプライバシーの権利放棄性を否定し、「捜査機関が対話の相手方の知らないうちにその会話を録音することは、原則として違法」との見解を示した。とくに注目すべきは、対象者（被告人）が不知のまま自ら捜査機関に対して不利益証拠の提供を行ってしまうことを問題視し、人格権を脅かす危険性を指摘している点であろう。ただ、「被告人は相手方が警察官であること及び右捜索差押の被疑事実の概要を了知した上で警察官との会話に応じていること、その会話は捜索差押の立会いに関連することのみでプライバシーないし人格権にかかわるような内密性のある内容ではないこと、録音を担当した警察官らは捜索差押担当の警察官に対する被告人の会話を被告人に気付かれないようにその側で録音してただけで、被告人に強いて発言させるために何ら強制、偽計等の手段を用いていないこと」を指摘し、例外的に相当と認めて許容すべきである旨判示している。

千葉地裁判決は、会話に関わる人格権侵害が多かれ少なかれあるとして当事者録音を原則違法としたため、一見したところ強制処分性を基礎付ける一定程度の権利制約の存在を認めたかのようにもみえる。しかし、右引用部分にみられるように、千葉地裁は危殆化されるプライバシー権ないし人格権の重要性、要保護性を縮減させる要素を挙げた上で適法判断を行っており、少なくとも本件においては強制処分を基礎付けるだけの権利制約はなかったと判断したものと理解される<sup>9</sup>。右引用部分を抽出すると、次のようになろう。

- ①警察官に対して発言しているという認識の存在
- ②プライバシーないし人格権に関わる内密の会話でないこと
- ③欺罔は録音の事実を秘していたにとどまること
- ④発言に向けた強制、欺罔、偽計が用いられていないこと

まず、②の点について附言しておこう。千葉地裁は、供述の獲得を対象とした録音と本件のような音声サンプルとしての声の録音との違いについて明示的には言及していないようにみえる。しかしながら、会話の内容が



捜索差押の立会いに関連するものであったことを指摘して、プライバシーないし人格権制約の程度に言及している(②)。したがって、例えば対象者の発言が犯罪行為に関するような内密な内容のものであり、後に証拠として用いることを目的にこれを録音して保全する場合は、本件とは逆にプライバシーないし人格権に対する制約は強まるという判断を導くこともできよう。また、東京地裁判決と同様に右の①の要素が認められるため、結果として欺罔の内容は録音の事実を対象者に知らせなかったという点に限定される。千葉地裁判決は、この点を基礎にして発話に係るプライバシーないし人格権の要保護性の低さを導いているため、逆に捜査官たる身分について欺罔を用いるような場合や、私人が捜査機関の依頼を受けた者であることを隠している場合には、相対的に欺罔の程度は高まることになろう。この場合、捜査機関に対して抱く特有の緊張感、危機感が薄れた状態での会話が行われることになるため、その分プライバシーないし人格権の要保護性は高まることになるといえるのではないだろうか。最後に④の点についてであるが、これに関しては当事者録音に固有の問題とはいえず、当事者録音の許容要件として妥当とはいえないように思われる。というのも、憲法38条1項が黙秘権を保障し、さらに同2項は強制等によって獲得された自白の証拠能力を明確に否定している。これに関しては、判例も、欺罔ないし偽計によって獲得された自白の証拠能力を明確に否定しているところである<sup>10</sup>。したがって、右の④の要件は当事者録音に固有のものというよりは、黙秘権の保障等、供述獲得一般に関する規定を注意的に確認したに過ぎないとみるべきであるように思われる。ただし、本件では比較対象サンプルとしての「声音」の獲得が問題となっており、不利益情報を含む「供述」の獲得が問題となっているわけではない。この点、供述以外の不利益自己情報の提供についても憲法38条の保障が及ぶか否かは議論の余地があるところではあるが、供述の場合に準じた要保護性を認めるべきとする余地もあるように思われ、留意すべきであろう。

### (3) 音声サンプル採取のための秘密録音の問題性

先に見た2件の地裁判決は、学説において盛んに分析の対象とされているものの<sup>11</sup>、その録音対象が供述内容ではなく声質であったことについてとくに注意を払った分析は少ないように思われる。そのなかで小早川教授は、「適法な捜索時に交わされた秘密性に乏しい警察官との通常の会話についても、話者は『プライバシーの正当な期待』を有するといえるか」が問題とされなければならないと指摘される<sup>12</sup>。一般的にみても、録音の目的・対象が会話の内容とは無関係の鑑定資料としての声音であった点は、プライバシーの正当な期待の価値を減じる方向で働く要素となろう<sup>13</sup>。その上で、米国では、たんに識別鑑定に供する目的で警察官によって適法な逮捕後になされる秘密録音は、一般に適法とされていることを紹介されている<sup>14</sup>。しかし、発言内容ではなく声を対象とする場合であっても、対象者は自己の意思に反して自らの有罪判決に加担することになってしまうことは否定できない。

この点、ドイツにおいては、声紋鑑定の資料として被告人の発話 (Gespräch) を秘密裏に録音することは“Stimmfalle” (声の罠) と呼ばれ、基本法1条および2条、刑訴法136条aの趣旨に反するものとして許されないというのが判例の立場であるとされる<sup>15</sup>。というのは、被告人は自己の会話により意思に反して有罪判決に寄与することになるが、これはまさに刑訴法136条aの定めた禁止事項に該当するためである<sup>16</sup>。では、盗聴について規定する100条cの要件の下ではどうか。ただ聴くという場合と違い、秘密録音の場合は自己負罪許否特権を侵害する欺罔があるため、同条の要件を満たす場合でも許されないという見解もある<sup>17</sup>。対象者の声の分析のために捜査官との会話が行われたのであれば、それによって得られた証拠は欺罔を理由に使用することを禁じられるという<sup>18</sup>。自己負罪拒否特権の保障範囲が——発言内容の情報としての価値を含む——供述に限られるのか否かにもよるが、真意を知らされないままであることを一種の欺罔といい

うるのであれば、声音サンプルの録取という行為も欺罔を用いた採証活動であることは否定できないはずである<sup>19</sup>。

たしかに、犯人同一性判断のための比較対象サンプルとして録音された声音は、発言の内容自体を問題としない非供述証拠というべきかもしれない。その意味で、内心の吐露という過程を経る自己負罪供述の場合と比べ、これに関わる権利の要保護性は必ずしも高いとはいえない。しかし、意思に反して自らを有罪に貶める行為が問題となる点は共通し、看過しえないのであって、これを自己負罪拒否特権の直接の保障対象とするかは別としても、慎重な議論が必要であるように思われる。

- 
- 1 判時1358号151頁。
  - 2 判時1384号141頁。
  - 3 杉田宗久「判批・千葉地判平成3年3月29日」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第6版〕』（有斐閣、1992年）23頁、鯨越溢弘「判批・千葉地判平成3年3月29日」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第7版〕』（有斐閣、1998年）24頁以下なども、同様の視点から分析を加える。
  - 4 井上正仁『強制捜査と任意捜査』（有斐閣、2006年）187頁、上口裕『刑事訴訟法〔第3版〕』91頁。
  - 5 前掲（註1）。
  - 6 このような分析を行うものとして、岩尾信行「判批・千葉地判平成3年3月29日」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』（有斐閣、2011年）25頁、鯨越・前掲（註3）25頁などがある。
  - 7 前掲（註2）。
  - 8 鯨越・前掲（註3）25頁。
  - 9 この点について鯨越教授は、『「秘密録音」を原則として違法であるとした上で、プライバシーを保護する必要性が乏しいとして適法だとした本判決のアプローチの方法は妥当なものと言えるが、仮に、違法だとすれば、それが強制処分にあたるのか否か〔中略〕明らかでない』とする（鯨越・前掲（註3）25頁）。
  - 10 最大判昭和45年11月25日刑集24巻12号1670頁は、いわゆる切り違え尋問によって得られた自白の証拠能力について、取調べに際し「偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れ自白を獲得するような尋問方法を厳に避けるべきである」として、これを否定した。その他、東京地判昭和62年12月16日判時1275号35頁も、自白獲得の手段として虚言を用いることは許されざる偽計

に当たり許されないとする。

- 11 例えば、後藤和広「秘密録音の適法性について」警学44巻5号（1991年）74頁、小早川義則「判批・東京地判平成2年7月26日」『平成2年度重判解』ジュリ980号（1991年）172頁、同・「判批・東京地判平成2年7月26日」法セ450号（1992年）131頁、同・「判批・千葉地判平成3年3月29日」法セ452号（1992年）139頁、杉田・前掲（註3）22頁、鯉越・前掲（註3）24頁、稗田雅洋「判批・千葉地判平成3年3月29日」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕』（有斐閣、2005年）24頁、川出敏裕「相手方の同意を得ない会話録音」別冊判タ26号（2010年）81頁、岩尾・前掲（註6）24頁など。
- 12 小早川=ジュリ980号・前掲（註11）174頁。
- 13 なお、岩尾・前掲（註6）25頁参照。
- 14 小早川=ジュリ980号・前掲（註11）174頁。
- 15 BGH, Urt. v. 24. 2. 1994 g. Z. -4 StR 317/93, BGHSt 34, 39. Vgl. *Claus Roxin/Bernd Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl., S. 194, Rn. 19; *Klaus Volk*, Grundkurs StPO, 6. Aufl., S. 46, Rn. 23.
- 16 *Gabriele Wolfslast*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 9.4.1986-3 StR 551/85, NSTZ 1987, 103.
- 17 *Roxin/Schünemann*, a.a.O. (Fn. 15), S. 194, Rn. 19.
- 18 BGH, Urt. v. 9. 4. 1986 g. W. -3 StR 551/85, St 40, 66. Vgl. auch *Roxin/Schünemann*, a. a. O. (Fn. 15), S. 195, Rn. 20. ただし、ロクシンは、136条aの禁ずる欺罔は同条に例示された暴行など他の手段と同じレベルで意思決定の自由に影響を与えるようなものであるとの理解を示している（*Claus Roxin*, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, NSTZ 1995, 465 f.）。この点に関して、拙稿「ドイツにおける潜入捜査」北大法学論集56巻4号（2005年）307頁以下参照。
- 19 ただし、Hörfälle（だまし聞き）における、被疑者・被告人の無意識の自己負罪供述については、錯誤からの自由はNemo tenetur原則の保護対象に含まれないとするのがドイツ連邦通常裁判所の見解であるという。潜入捜査官等（Verdeckter Ermittler）等による供述獲得と自己負罪拒否特権の問題についてまとめたものとして、松倉治代「ドイツにおけるNemo tenetur原則（4・完）」立命館法学338号（2011年）246頁参照。

### 3 会話に関する権利と要保護性

#### (1) 当事者録音において危殆化される法益の実質

わが国においては、捜査機関が供述の獲得を目的として当事者録音を利用したケースが問題となった事案は、ほぼないといつていいように思われる。この点、松江地判昭和57年2月2日<sup>1</sup>は、警察官が後に証人となる人物を対象に当事者録音を実施したケースであった。この事案で秘密録音の対象となったのは、警察官と証人との間で交わされた会話の内容であり、被処分者（録音対象者）が被告人とは別人である点、他の一般的なケースとは異なる。さらに、この録音テープはこれとは別の実質証拠の証明力を補強するために用いられており、実質証拠としてではなく弾劾証拠となっていた点にも注意すべきである。最高裁判例に代表されるように、これまで当事者録音における問題の中心は、被処分者（対象者）が被告人である場合、すなわち自らの発話によって有罪とされる恐れのある場合であったといえよう。その意味で、右松江地裁判決は他の判例とは異なる問題を含むものとして理解する必要がある。

では、捜査機関が後に被告人となるべき人物を対象に当事者録音を行う場合、どのような権利の制約が問題となりうるか。これまでの判例および学説の議論を基礎に考えてみると、会話に係るプライバシーないし人格権としては次の2つの利益が想定される。すなわち、①会話の情報としての秘密性に対する期待、および②会話の自由である。まず①の点について、かつての有力説であった原則適法説によれば、当事者録音は通信傍受とは違い、発言者自身において会話の相手方が自己の発言内容を聞いているという認識がある以上、相手方によって会話の内容が第三者に伝達される危険は発言者においても認識されているのであるから、その範囲で会話のプライバシーは放棄されていると理解されてきた<sup>2</sup>。捜査機関による当事者録音に関する判例のうち、東京地判平成2年7月26日<sup>3</sup>はこのような理解に立つものであったといえる。これに対し利益衡量説によれば、当事者録

音によって問題となるのは、会話をただ耳で聞いて記憶するだけでなく機械を使って正確に記録・保存することにあるという。そして、当事者録音においては、録音されずに自由に発言できる権利も制約されることになるとして、右②の点も会話に含まれる利益として位置付けられることになる<sup>4</sup>。利益衡量説は、会話に係る利益ないし権利を、たんに会話内容の情報としての秘密性に限定せず、いわゆる会話の自由というレベルまで拡張した点で評価しうるし、この見解は千葉地判平成3年3月29日<sup>5</sup>によっても支持されている。しかし、次の2点においてなお検討の余地があるように思われる。

まず、利益衡量説は、会話内容の情報としての秘密性の放棄を認めるが、実際に有効な権利放棄がなされているというべきかが検討されなければならない。当事者録音においては会話が録音されていることについて明示の同意がないことは勿論、その内容がとりわけ刑事裁判の証拠として使用されることを前提に会話が行われることには同意していないというべきである。利益衡量説は、他者への伝達の危険性と録音自体の権利侵害性とを分け、前者については同意があるという。しかし、真の目的を知っていれば会話自体に応じなかったとか、問題となるべき発言をしなかったのに、真実を知らされなかったがために不用意な不利益供述を行ってしまったという意味では、対象者の推定的意思に反することになるはずである。

そして次に、録音されずに自由に会話できるという権利、すなわち会話の自由の存在を認めつつ、その要保護性は決して高くないと考えられている点で疑問が残る。すなわち、利益衡量説は、会話に含まれる利益の中核は会話内容の情報としての秘密性にあると考え、それとは対照的に会話の自由という利益の要保護性は低いと考えている点である。そのこと自体は正当であるように思われるが、しかし捜査上の利益との単純な相対化ないし利益衡量により違法性を判断しうるものか否か、なお慎重な検討を要するように思われる。たしかに井上教授が指摘されるように、会話の自由という権利を気兼ねなく会話をすることのできる自由と理解すれば<sup>6</sup>、その

要保護性はさほど高いものとはいえないかもしれない。しかし、はたしてこのような会話の自由が、発言内容の情報としての秘密性に対する期待とは独立した、全く別個の権利として理解することは妥当であろうか。というのは、会話が録音機器によりほぼオリジナルなものとして保存され、その内容が第三者に聞かれることを常に意識しなければならないことが会話の自由を危険に曝すというのであれば、会話の内容の情報としての秘密性と無関係ではないように思われるのである。さらには、前節（本稿2）でも触れたが、会話内容に含まれる「情報」ではなく「声音」が録音等の対象となる場合についても、その要保護性をどのように理解すべきか検討されなければならない。科学技術的手段による会話の録音は、会話内容の正確な保全という側面を持つだけでなく、証拠となるべき「声音」および「声質」についてまで完全な形で取得、保全を可能とする。渥美教授が指摘されるように、会話内容との関係で不利益供述の取得方法の適正化の問題もあるが、とくに「声音」、「声質」の取得が問題となる場合は、憲法上の捜索・押収の問題として理解すべきように思われる<sup>7</sup>。

この点、原則違法説を主張される鴨博士は、以下のように主張される。

「この問題は被録音者の人格権の侵害と関係がある。何人も表現の自由があり、他から盗聴される危険あることによって表現の選択が左右されてはならない自由権がある。また、自己自身の音声については固有の権限があり他からの管理を受けない自由がある。秘密のうちに録音テープによって自己の音声採られ、また表現内容まで採られることは、右の自由権を侵害するものといわなければならない。かような基本的な人権の侵害を内容とする録音テープは、たとえ、真実発見のための手段としても現行法の手続禁止の法理に触れ、違法と評価せざるを得ない。」<sup>8</sup>

この指摘は、盗聴と総称される捜査手法一般について述べられたものであるように思われるが、いずれにしても会話主体には右の意味での人格権が存在することを主張したものであるといえる。とくに「自己自身の音声」に「他から管理を受けない自由」を認め、音声の録音だけでなく、さ



らに「表現内容まで」録音されることが人格権侵害になるとしている点に注目すべきである。自己の音声について、表現内容とは別の独立した保護対象となりうることを指摘したものとみる余地があり、興味深い。

なお、利益衡量説については原則適法説も、このような人格権の存在自体は否定してない。問題は、発話者自身においてその権利が放棄されているものと理解しうるかであろう。利益衡量説は、少なくとも会話内容の情報としての秘密性については権利放棄を認めるが、鴨博士と同様に原則違法説に立つとされる他の論者は、このような権利放棄を認めない。以下、会話内容の情報としての秘密性の放棄について、検討を加える。

## (2) 会話内容の情報としての秘密性の放棄

かつて平野博士は、会話の話者は発言内容が相手方を通じて第三者に伝達される危険性を認識しているという理解を根拠に、いわゆる原則適法説を主張され、多くの支持を得られた。たしかに、相手方を通じた第三者への漏洩を認識しているという理解自体は、正当であるように思う。当事者録音が原則違法であることを出発点とする利益衡量説においても、この点の理解は同じであろう。しかし前述の通り、真実を知っていたら会話に応じなかったという意味で同意の有効性を認めることには疑問がある。なお、捜査機関が被告人を対象に当事者録音を実施し、供述を引き出した上でこれを実質証拠化したという事案は、少なくとも判例上は問題となっていない。しかし、本稿冒頭で述べたように、当事者録音がこれまでの取調べに代わる新たな供述獲得手段として利用される可能性は否定できない。以下では、被告人から供述を引き出すことを目的とした当事者録音の法的性質について、若干の考察を行う。

この点について判例は明確な態度を示していないものの、初めから供述を録音する目的で実施される当事者録音に対しては、かなり消極的なのではないかとうかがわれる。捜査機関による当事者録音が問題となった千葉



地判平成3年3月29日<sup>9</sup>は、「会話は捜索差押の立会に関連することのみでプライバシーないし人格権に関わるような内密性のある内容ではないこと」を、被告人の法益に対する侵害の程度が低いとする根拠の1つとして挙げ、本件当事者録音の適法性判断の基礎とした（本稿2（2）参照）。このことを前提にすれば、この事案とは反対に、少なくとも負罪内容を含む供述が録音対象となる場合は、法益侵害の程度が高いと考えられることになる。本判決は、さらに加えて、欺罔の内容が録音の事実を伝えなかったことにとどまり、発言させるための強制、偽計の手段が用いられていないことを指摘する。そのため、これとは逆に初めから自己負罪供述を保全し、利用する目的で、当該供述を意図的に引き出し録音する場合は、許容されないという結論が導かれることになろう。ただし、千葉地裁判決は、当事者録音を原則違法としているものの、それは任意捜査として違法という意味にとどまり、強制処分となると考えているわけではない<sup>10</sup>。この点について、発言させるための強制、偽計の手段の使用の有無が、違法性判断の1要素とされているが（本稿2（2）の④要件）、前にも触れたとおり、この部分は、自白法則を規定する憲法38条2項および刑訴法319条1項が明文で禁じた供述獲得手段について、確認的に述べた部分であるようにもみえる。そうだとすれば、この第④要件は、当該録音行為が、任意捜査であるか——令状等によっても許容されない——強制処分に当たるかを分ける1つの要素として示されたことになる。ただ、千葉地裁判決は、最決昭和51年3月16日<sup>11</sup>の示した任意捜査の適法性判断に関する要件として4要件を掲げていると考えられるため、やはり強制捜査であることを基礎付ける要素として示したものではないのではないか<sup>12</sup>。ただし、私見によれば、これらの要件のうち少なくとも第④要件については、憲法38条2項によって禁止されている供述獲得手段なのであって、許されない強制処分性を根拠付けるメルクマールとなることはあっても、任意処分としての適否を判断するための要素とはならないように思われる。また、その他の3要件についてもその内容次第では、当事者録音が強制捜査と位置付けられる場合

が存在するように思われる。

この点、三井教授は利益衡量説が問題視する「会話の自由」のなかに、「録音されていることを知れば拒否していたであろう」という推定的意思を含め、当事者録音が強制処分となる可能性を示唆される。すなわち、「黙示の意思に反して会話の自由ないしプライバシーに対する期待権を侵害する点を重視し」、「捜査機関による秘密盗聴を強制的処分と捉える余地は多分にある」とされるのである<sup>13</sup>。

このような考えは、むしろ原則違法説と共通の理解に立つものというべきである。渥美教授は、取材活動の一環として記者が被告人との会話を秘密録音したことが問題となった最決平成12年7月12日<sup>14</sup>に対する評釈において、「憲法38条1項の自己負罪拒否特権の保障と相手との会話の外部への漏示、相手方の同意を欠く会話録音が関係する場合がある」と指摘される<sup>15</sup>。その詳細は以下の通りである。すなわち、供述者は自己負罪事実の認否または黙秘について自由な選択権を有するため、会話当事者は相手方のこのような自由を尊重しなければならず、自己負罪供述をするように求める権利を持たない。しかし、会話の一方当事者が相手方に偽って、その会話や供述が刑事事件において「犯罪事実の主張と立証」に用いられることなく、「内密（内証）の会話」であると思込ませながら負罪供述をさせた場合には、相手方の特権を侵害することになりうる。反対に、会話者自身の選択により自己負罪となる供述をした場合には、違法はないとする。以上のように述べ、私人による当事者録音の問題となった右最高裁決定の事案における録音対象者の供述は、後者に当たるとの分析を示されている<sup>16</sup>。私人による当事者録音の事案であったが、この分析は捜査機関による当事者録音の場合にはなおのこと妥当するはずである。会話内容の情報としての側面のみならず、対象者の音声サンプルとして発話を捉える場合も、それが自己に不利益な情報として用いられる場合は、基本的に同様のことがいえるのではないだろうか。

- 1 松江地判昭和57年2月2日判時1051号162頁。
- 2 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）116頁。
- 3 判時1358号151頁。
- 4 井上正仁『強制捜査と任意捜査』（有斐閣、2006年）185頁以下。
- 5 判時1384号141頁。
- 6 井上・前掲（註4）187頁以下。
- 7 渥美東洋『捜査の原理』（有斐閣、1979年）124頁。
- 8 鴨良弼『刑事証拠法』（日本評論社、1692年）377頁。
- 9 前掲（註5）。
- 10 鯨越溢弘「判批・千葉地判平成3年3月29日」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第7版〕』（有斐閣、1998年）25頁。
- 11 刑集30巻2号187頁。
- 12 千葉地裁は、「録音の経緯、内容、目的、必要性、侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるべきものと解すべき」とする判断基準を導くために、4要件を示している点注意すべきであろう。
- 13 三井誠「搜索・差押え・検証に関する諸問題〔3〕」法教138号（1992年）37頁。
- 14 刑集54巻6号513頁。
- 15 渥美東洋「判批・最決平成12年7月12日」判時1776号（2002年）212頁。
- 16 渥美・前掲（註15）212頁。

## むすびにかえて

かつての通説であった原則適法説は、会話の相手方との関係では発言内容の秘密性に対する期待は放棄されているという理解を前提に、当事者録音一般について適法とした。現在、支持を集めている利益衡量説においても、この点の理解は同じである。しかし、会話の情報としての秘密性の放棄について、録音対象者の同意があったという理解には疑問の余地がある。とくに捜査機関による当事者録音については、慎重な判断が求められる。というのは、この場合は初めから証拠保全の目的で録音が実施される

ことになるが、その事実を知りながら自己の不利益情報を提供する者はいないはずであり、「真実を知っていれば不用意に発言しなかった」という意味で、少なくとも対象者の推定的意思には反することになるからである。私人により行われた当事者録音が副次的に刑事手続で利用される場合はともかくとして<sup>1</sup>、初めから捜査目的で行われる当事者録音の場合まで権利放棄の有効性を認めることは危険であるように思われる<sup>2</sup>。

また、特定の内容の発言を狙った当事者録音は、黙秘権との関係でも問題がある。憲法38条1項は黙秘権を保障し、刑訴法198条2項は、取調べに際し被疑者に黙秘権を告知すべきことを義務付けている。告知自体が憲法上の要請と解すべきか否か争いのあるところであるが、告知されなければ行使の機会を逸する場合もあり、憲法上の要請と解すべきである<sup>3</sup>。とくに、捜査官が身分を偽って対象者との接触を図り、当初の目的通り自己負罪供述を引き出す場合、黙秘権告知がなかったがために不用意な発言をしてしまったということになりはしないか<sup>4</sup>。ただ、刑訴法198条は被疑者の取調べに関する規定であり、当事者録音の際に問題となる会話までこのなかに含まれるかなお検討の余地を残す。いわゆる「被疑者取調べ」の場合、取調室という環境や相手方が捜査官であることについて認識があるがために、供述に向けた心理的圧力が少なからず生じることになろう。そのため、黙秘権を行使する機会を実効的に保障するためには、予め告知しておく必要性は高いといえるかもしれない。反対に、身分を偽った捜査官が被疑者との会話を秘密録音する場合は、発言に向けた心理的な圧力は働かないかもしれない。しかし、行われている会話が捜査官とのやり取りであるという認識の欠如は、自己の発言の危険性に対する認識の欠如でもあり、かえって不用意な発言に繋がる危険性は高い。その意味では、秘密裏な情報収集の有する権利制約はむしろ小さいとはいえないのである。少なくとも、身分を偽った捜査官が通常の会話の中で取調類似の質問を行い、これに対する返答としてなされた負罪供述を秘密録音する行為は黙秘権保障との関係上、許されないというべきであろう。また、この場合は、機器

による録音が実施されず、たんに捜査官が耳で聞いて記憶にとどめる場合であっても、黙秘権との関係上問題がある。

では、欺罔がたんに捜査官であることを偽ったにすぎず、積極的に供述を聞き出す行為がなかった場合はどうだろうか。この場合、捜査官には初めから供述獲得の意図があったとしても、発言に向けた直接的な働き掛け——取調類似行為——は行われていないのであって、捜査官としてはむしろ受身である。そのため、発言者自身の選択により自己負罪供述をした場合であるといえるかもしれない<sup>5</sup>。しかし、対象者が自ら——身分等を偽った——捜査官と接触し、話し掛けてきたので、この機会を利用して録音を行ったという場合はほぼ想定されず、たいていは捜査機関が接触の機会を設けてこれを利用することになる<sup>6</sup>。また、先に述べた意味で有効なプライバシー放棄があったとはいえ、対象者からみると、捜査機関の働き掛けによって自己情報が不知の間に提供させられていたという点は完全には払拭されない。したがって、発言内容の情報としての秘密性に対する期待という意味でのプライバシーの利益をどう評価するかが、強制処分となるか否かを決することになる。

思うに、当事者録音については、危殆化される権利の要保護性という主観面と発言に向けた捜査機関側の働き掛けという両面から、その適否を検討する必要があるように思われる。まず前者については、録音対象が「供述」か「声」かによって違いが生じることになる。さらに、供述の保全を目的とする録音の場合も、後者との関係で、特定の供述の獲得に向けた取調類似の会話ないし質問が行われる場合と、たんに接触の機会を設け、発言および発言内容は対象者の意思ないし選択に委ねられる場合とがある。すでに指摘してきたように、初めから特定の供述を録音することを目的に、会話を一定の方向にリードし、自己負罪供述を引き出す場合は、危殆化される利益という面でも、捜査官側の働き掛けという点でも問題が大きく、自己負罪拒否特権との関係上、許されないというべきであろう<sup>7</sup>。反対に、捜査機関としては対象者との接触の機会を設けるにとどまり、特

定の発言を行わせるような質問等はなく、会話および発言への回答ないし内容に関する選択は専ら対象者によって行われた場合はどうか。この場合、客観面について、供述獲得に向けた直接的な働き掛けはなく、欺罔もその範囲にとどまるため、先の場合と比べて問題性は大きいとはいえない。しかし、当初から供述の保全を目的として会話に挑んでいるという点は、看過されるべきではなからう。

録音対象が供述内容ではなく「声音」である場合も、基本的には供述の場合と同様のことが問題となるように思われる。ただ、人の「声」が自己負罪拒否特権の保障の範囲であるかどうかは問題であり、その点で保障の範囲に含まれる「供述」が録音の対象となる場合と違いはあろう<sup>8</sup>。しかし、自己負罪拒否特権の保障が人の「声」にまで及ばないとしても、自己の人格に由来する不利益情報の提供であること自体には変わりがない。この点は、毛髪、血液、尿などの生体サンプルおよび指紋の取得や写真撮影の場合と共通するのであって、一概にプライバシー侵害が低いとはいえず、原則として令状主義のコントロールの下で実施されるべきものであるように思われる<sup>9</sup>。東京地判平成2年7月26日<sup>10</sup>、千葉地判平成3年3月29日<sup>11</sup>は、前提として会話当事者間における会話の情報としての秘密性の放棄等、プライバシーの期待できない状況を認めた上で任意捜査として位置付けている。しかし、有効な同意は存在しないという前提に立てば、秘密録音による「声音」の採取が一概に任意捜査と位置付けられうるものであるか、上述の写真撮影等の類似の捜査手法と同様の考察が必要になるものと思われる。

当事者録音に代表される秘密裏な捜査手法においては、対象者は自己のプライバシーが侵害されていることを認識することがなく、そのため侵害の拡大に歯止めが掛からなくなるという危険性がある<sup>12</sup>。また、物理的侵入を伴わない科学技術的な補助手段による情報収集の方が、むしろプライバシー侵害の程度は高いといえる<sup>13</sup>。むしろ、福井教授の指摘されるように、捜査機関が科学技術的な補助手段を利用して本人の同意なしに個人情報収集する活動は、「個人が無防備のまま公的機関の情報収集の単なる

客体の地位に貶められ、自己の情報の流れに積極的にアクセスするという主体的な行動をとる機会が認められず、結局、個人の人格的主体性の喪失という危険」を生じさせることになりはしないか<sup>14</sup>。

さらに、科学技術的な補助手段により集められた資料は、肉眼等の従来の手法によって集められた資料と比べて目的外使用の危険度は高く、またその蓄積、提供、破棄等について法律で規制されていない<sup>15</sup>。本稿では、当事者録音の証拠収集活動としての問題性について指摘したが、捜査資料ないし行政警察活動上の資料としての利用の可否の問題も残る。録音内容ないし媒体の証拠利用の問題はもちろんであるが、目的外利用の問題も視野に入れつつ、情報自己決定権ないし自己情報コントロール権の保護という視点からの検討も必要であるように思われる。

- 
- 1 この場合も、違法収集証拠の利用の問題など、刑事事件とは他の目的で獲得された情報の刑事手続における証拠利用の問題がある（井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、1985年）416頁、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（1999年）5頁）。
  - 2 少なくとも「供述」を対象とする録音については、捜査実務家からも問題が指摘されている（神垣清水「捜査機関が行う秘密録音の適法性（下）」警公46巻7号（1991年）66頁。さらに、神垣検事は、捜査機関によるこのような当事者録音においては、「犯人像を具体化し、会話の犯罪性をより明確にしようとするため、対話者に『長く、多く喋らす』努力をするため、勢い会話を欺罔したり、誘導するなど不当な働き掛けを行いやすいことを考えると、この方法を容認する場合は、まさに現行犯に類似してその要件を厳格にする必要がある」と指摘される（69頁以下）。
  - 3 白取祐司『刑事訴訟法〔第7版〕』（日本評論社、2012年）191頁。なお、浦和地判平成3年3月25日判タ760号261頁は、「黙秘権不告知の事実は、取調べに当たる警察官に、被疑者の黙秘権を尊重しようとする基本的態度がなかったことを尊重するものとして、また、黙秘権告知を受けることによる被疑者の心理的圧迫の解放がなかったことを推認させる事情として、供述の任意性判断に重大な影響を及ぼす」ものとしている。
  - 4 例えば、最決平成12年7月12日刑集54巻6号513頁において行われた取材活動の一環としての秘密録音が、初めから捜査機関に仕組まれたものであったと仮定した場合、このような対話の内容ないし性格は実質的に被疑者の取



- 調べと変わらないのではないか。
- 5 渥美東洋「判批・最決平成12年7月12日」判時1776号（2002年）212頁。
  - 6 私人による自己防衛的な会話録音の場合などは、会話ないし発言が被告人自身によるものであったが、捜査機関による当事者録音が問題となった東京地判平成2年7月26日判時1358号151頁、千葉地判平成3年3月29日判事1384号141頁は、いずれも録音を目的に警察の側から会話の機会が持たれているといえよう。
  - 7 自己負罪拒否特権の保障との関係から当事者録音の問題性を指摘するものとして、渥美東洋「判批・最決平成12年7月12日」判時1776号（2002年）212頁。なお、渥美教授は「会話者がみずから選択して犯罪について自己負罪となる供述をした場合には、会話者が、みずから負罪供述をするとの選択をした場合であるから、いほうはない」としたうえで、最高裁決定もこのような場合に該当するとされる。
  - 8 黙秘権ないし自己負罪拒否の保障の範囲については、「供述」が対象であるとする理解が一般的である。自己負罪拒否特権の適用範囲に関する最近の論考として、中島洋樹「刑事手続外の調査における自己負罪拒否特権の保障と刑事手続における証拠使用の制限（1）」関大法学62巻2号（2012年）260頁。
  - 9 椎橋隆幸「捜査の科学科」ジュリ852号（1986年）88頁。なお、令状主義によるコントロールに服させる場合も、被処分者に対する令状の事前呈示等、克服すべき問題は残る（ただし、通信傍受法は令状の事前呈示を不要とする）。
  - 10 前掲（註6）。
  - 11 前掲（註6）。
  - 12 椎橋・前掲（註9）86頁。
  - 13 渥美東洋『刑事訴訟法「全訂版」』（有斐閣、2006年）125頁、福井厚『刑事訴訟法講義 [第5版]』（法律文化社、2012年）104頁。
  - 14 福井・前掲（註13）105頁。
  - 15 福井・前掲（註13）104頁以下。なお、棟居快行「監視カメラの憲法問題」神戸法学雑誌43巻2号（1993年）406頁参照。