

# ドイツにおける伝聞証拠の問題性（一） ——代替証拠の使用の可否を中心にして——

内藤大海

## 序

- (一) 伝聞証拠に関する伝統的理解と最近の動向
- (二) 証拠法を取り巻く状況の変化
- (三) 本稿の検討課題

### 一 証人審問権に対する制約類型

- (一) 問題類型の概観と本件の問題意識

- (一) 到達不能 (Unerreichbarkeit)、ビデオリンク方式、その他
  - 1 到達不能状況における代替証拠の使用
  - 2 証人保護と代理尋問、ビデオリンク方式
- (二) 証人尋問の類型

#### 二 到達不能 (Unerreichbarkeit) の発生事由

- (一) 事実的到達不能と法的到達不能
- (二) 事実的到達不能事由

#### (三) 法的到達不能事由

- 1 証言拒否権 (Zeugnisverweigerungsrecht)

ドイツにおける伝聞証拠の問題性（一）（内藤大海）

2 行政権による遮断 (Sperrung)

三 連邦通常裁判所判例の分析・検討

(二) 連邦通常裁判所の見解の変遷

1 一九七〇年代以前

2 一九八〇年代初頭（一九八三年拡大部決定に至るまで）

3 一九八三年刑事拡大部決定

4 その後の状況変化

(二) 到達不能事由に基づく個別的検討

1 行政権による証人遮断 (Sperrung) と代替証拠の使用

①連邦通常裁判所刑事拡大部一九八三年一〇月一七日決定

②連邦通常裁判所第五刑事部一九八五年四月一六日判決

③連邦通常裁判所第二刑事部一九八九年三月三一日判決

④連邦憲法裁判所第二刑事部一九九〇九年一〇月八日決定

2 事実上の到達不能と代替証拠の使用

⑤連邦通常裁判所第三刑事部二〇〇〇年二月一一日判決（ハース事件）

⑥連邦通常裁判所第一刑事部二〇〇六年一一月二九日決定

3 法的到達不能と不利益供述の使用

⑦連邦通常裁判所第四刑事部二〇〇九年六月九日決定

4 検討

(三) 補填理論の検討

1 概要

2 法的補填——ビデオリンクの使用および代理尋問

### 3 証拠評価における補填——慎重な証拠評価

④連邦通常裁判所第五刑事部一九九六年一月一二日判決

(四) 原供述者の身許 (Identität) の不開示

(五) 小括

以上本号

四 欧州人権裁判所判例の分析・検討

結びに代えて

\*前号掲載の「ドイツにおける伝聞証拠の問題性（1）」と一部構成および判例番号等に変更があるので、注意されたい。

#### (1) 到達不能事由に基づく個別的検討

近年、ドイツ国内裁判所は、到達不能証人の供述の証拠利用について、欧州人権条約六条三項d号および基本法二条一項に基づく公平な手続き (faires Verfahren) との関係においてその可否を検討する傾向にある。このような背景には、欧州人権裁判所による判断が影響していることは先に触れたとおりである。しかしながら、欧州人権裁判所の見解とドイツ国内裁判所のそれとは必ずしも一致していないという分析も散見される。<sup>(1)</sup> 欧州人権裁判所も、被告人（および弁護人）と対面を経ていない証人の供述を内容とする代替証拠の証拠利用を、例外的ではあるが一定の要件の下で認めている。その要件とは、①到達不能状況の発生原因に正当な理由があること、②手続き上の調整 (prozessualer Ausgleich) がなされてくること、さらに③証拠価値が十分に限定されていることである。確かに、ドイツ国内裁判所も、これら三要素の検討自体は行っている。しかし、公正な手続き違反の存否は、刑法による機能的保護 (funktionsstüchtige Strafrechtspflege) ないしは効果的な被害者および証人保護の利益も含めた、手続きの全

ドイツにおける伝聞証拠の問題性（1）（内藤大海）

体的視点（Gesamtschau）の枠組みの中で判断されるとされる。<sup>(2)</sup>そのためか、これら三段階の検討はそれぞれ独立した前提条件とされておらず、相対化された総合判断がなされているのではないかという指摘もある。<sup>(3)</sup>このように、到達不能証人の証言の扱いについては、両裁判所ともに右の三要素を検討課題としているが、それぞれの扱いに多少の差があることが問題となる。したがって、最終的にはこれらの要件の組み方、すなわち構造的位置関係の検討こそが重要となるが、本稿ではさし当たり第一要件である到達不能の発生事由に関する検討から始めるとしている。その後、第二要件（手続上の調整）および第三要件（証拠評価における埋め合わせ）について検討を加え、要件ごとの分析・検討を行った後に、これら三要件の構造的位置関係について若干の考察を行う。

なお、本稿では、論述の都合上、登場する判例の年代が前後する場合がある。そこで、左の表のように、年代順に①～⑧の番号を割り振つておくので、確認されたい。

①	連邦通常裁判所刑事拡大部 一九八三年一〇月一七日決定	遮断された連絡員（V-Mann）に対する代理尋問と尋問調書の朗読は、弁護人が退室に同意しない限り、彼の同席がある場合に証拠利用を許される。
②	連邦通常裁判所第五刑事部 一九八五年四月一六日判決	伝聞証人の証人尋問は許される。ただし、その証言の評価は特に慎重でなければならない。
③	連邦通常裁判所第二刑事部 一九八九年三月三一日判決	原供述者の遮断が恣意的であるとか明らかに法的瑕疪のある場合でない限り、伝聞証人の証人尋問は許される。
④	連邦通常裁判所第五刑事部 一九九六年一月一二日判決	身許不詳の原供述者の供述を内容とする伝聞証人の証言は、他の重要な証拠によって根拠付けられている場合にのみ考慮することができる。

⑤ 連邦通常裁判所第三刑事部 二〇〇〇年一月一日判決 (ハース事件)	被告人には公正な手続きに関する請求権が認められるが、手続きの公正はある状況の全体的視点 (Gesamtschau aller Umstände) において判断される。
⑥ 連邦通常裁判所第一刑事部 二〇〇六年一一月二九日決定	到達不能状況の発生原因を国家に帰責できないときは、質問権の制約も甘受されなければならない。
⑦ 連邦通常裁判所第四刑事部 二〇〇九年六月九日決定	証言拒否権の行使による質問権行使に対する制約は、手続き全体の正当性によって判断される。
⑧ 連邦憲法裁判所第一部第二法廷 二〇〇九年一〇月八日決定	代替証言の利用の許否は、原供述者への到達不能事由、代替措置の有無、慎重な証拠評価を総合して判断される。

### 1 行政権による証人遮断 (Sperrung) と代替証拠の使用

先に示した分類によれば、到達不能状況の発生原因は、事実的到達不能と法的到達不能の二つに分類されることになる。そして、さらに後者については証言拒否権 (Zeugnisverweigerungsrecht)<sup>(4)</sup> の行使に基づくものと、行政権による遮断によるものとに区分できる。したがって、この分類による限り、遮断も法的到達不能の一類型として取り扱うべきことになろう。しかしながら、その内実に着目した場合、証言拒否権と異なり、遮断は行政権の判断に大きく依拠するため、判断に恣意性、不確実性が入り込みやすく問題性は大きい。事実、証人の到達不能状況と代替証拠の使用に関する問題は、特に行政権による——その多くが潜入捜査官、連絡員および情報提供者である——証人遮断との関係で論じられてきたことからも、このことは明らかである。そもそも、本稿はかかる問題状況に対する法的関心を出発点とするものである。したがって、証言拒否権の行使とは別個に、まず行政権による遮断が問題となつた

事案について検討を加える。

①連邦通常裁判所刑事拡大部一九八三年一〇月一七日決定<sup>(5)</sup>

一九七〇年代まで、連邦通常裁判所はそれまで代替証拠 (Beweissurogat) の使用について正面から判断を行ってこなかったが、八三年決定により、一定の見解が示された。前提とされた事実関係は概ね以下のようなものである。

【事実の概要】

本件では、偽装バイヤー (Scheinaufkäufer) として活動していた連絡員 (V-Mann) に対する通常の証人尋問が、「身許発覚の危険 (Gefahr der Enttarnung)」を理由として州の内務大臣によって拒否された。そこで州裁判所は、証拠の欠損を回避すべく被告人と弁護人を排除した状況下で特別の報告者 (Berichterstatterin) を通じた代理尋問を実施することを決定した。この代理尋問を通じて作成された書面は、その後の公判手続において朗読された。これに対し、被告人は、刑訴法二四〇条、同一五〇条一項第二文違反を理由とし上告した。すなわち、行政当局による遮断の判断と裁判所による代理尋問の決定は根拠を欠いたものであり、弁護人の意思に反してなされた代理尋問および尋問調書の朗読は許容されべきではないとする。

右代理尋問および尋問調書の朗読について、第二刑事部は多数意見で以下のように判断した。すなわち、内務大臣の判断は根拠付けられたものであり、それに基づいて実施された代理尋問および尋問調書の朗読は許容されるべきである<sup>(6)</sup>。と。しかしながら、この点に関してこれまでの連邦裁判所の判断は一致しておらず、見解統一のために拡大部の判断を仰ぐこととなつた。

これに対し拡大部は、「その意思に反して代理尋問から弁護人を排除する」とは許されない」と判断したが、そ

の大意は以下のとおりである。

### 【決定要旨】

代理尋問を放棄することになれば、重大犯罪の確実な立証を放棄することにつながりうるし、起訴法定主義にも反することになるため、利益衡量 (Güterabwägung) の原則から、場合によっては防護権が制約を受ける場合もある<sup>(7)</sup>。さらに、直接証人に対する尋問が可能であるにもかかわらず間接証人の尋問を行うにとどまることは真実解明義務違反にあたるが、「公判手続において直接尋問が自由に行えない場合に限って、事実から離れた証拠方法を利用するにこじらぬ」とも、真実解明義務に鑑み許される<sup>(8)</sup>。他方で、絶対的真実解明 (unbeschränkte Sachaufklärung) に対しては、刑訴法五一一条および五三一条（証言拒否権）のような矛盾する規定が対置されており、包括的な真実解明義務に対しては制約が存在する。しかし、行政当局は、原則として公開の公判手続において証人尋問を行ふことを出発点とすべきである。というのは、裁判所は刑訴法の規定に拘束され、そのことはまた行政当局にも妥当するからである。例えば、手続法上の規定は、参審員 (Laienrichter) や弁護人の一時退廷、証人の匿名化、やむには現行法「当時」は画像および音声に変更を加えてなされるビデオリンク方式を用いた証人尋問も認めていらない。一方で、裁判所構成法一七二条は、一定の前提条件<sup>(10)</sup>が存在する場合には、公開性の排除をも許容する。しかし、「真実解明のためにどの証拠が必要であるか」という判断に責任を負うのは裁判所だけであり、行政当局としても、証人の『明け渡し』(Freigabe)について自ら判断する前に、秘密保持の利益とともに裁判所に課せられた真実探知 (Wahrheitserforschung) 義務をも併せて考慮すべく義務付けられている<sup>(11)</sup>。とはいえ、考慮するだけでは十分とはいはず、「証人に関する」情報提供を拒否する場合は、その根拠を説明しなければならない。したがって、「当該証人の供述が要証事実 (aufklärfungsbedürftige Tatsache) 「の証明」にとって有益である」とが

期待される限り」（括弧内は引用者）、裁判所の真実解明義務に鑑み、「公判手続において連絡員に対する尋問をなすことが義務付けられる」。そのため、行政当局が十分な根拠付けを果たしてない場合、刑訴法二四四条二項は裁判所に対し——完全な真実解明義務の帰結として——行政当局に証人の明け渡しを再検討するよう求めることが要請する。とはいえ、行政当局の判断の変更は強制できないため、結果的にその判断の影響を受けることになるが、だからといって代理尋問およびその尋問調書の利用が無制限に許されるわけではない。そのため、裁判所は真実解明義務を履行するために、法的にどのような可能性が残されているのかを検討しなければならない。<sup>(12)</sup>

最終的に、行政当局が、刑訴法九六条あるいは刑訴法五四条に基づいて証人を遮断した場合、この証人は、刑訴法二四四条三項の意味における到達不能な証拠方法となる。この場合は、裁判官<sup>(14)</sup>に証人を尋問させ、そして刑訴法二五一条一項により尋問調書（Vernehmungsprotokoll）を公判手続において朗読することも許される（刑訴法二三三条一項）。しかしながら、訴訟法上の規定を遵守するという原則は、この場合にも妥当するため、証人に対する代理尋問は、弁護人の意思に反し彼を排除した状態でこれをなすことを許されない。そしてまた、証人尋問において自らの人格（Personalleie）について供述しないことは認められない。<sup>(15)</sup>

右八三年決定における拡大部の見解は、概ね以下の点に集約されよう。すなわち、真実解明義務、代替証拠の補充性、遮断措置の必要性に関する行政当局の説明義務である。まず、拡大部は、この問題の解決に当たって裁判所に課せられた真実解明義務を出発点とする。一見したところ、真実解明のためには犠牲もやむをえない<sup>(16)</sup>という結論が導かれそうであるが、そうではない。むしろ、真実解明義務という点を推し進めれば、不確かな証拠を利用して不真実が認定されることも回避されなければならないからである。そのため、拡大部が述べるようく証人の証言は原則として直接主義、公開主義の支配を受け、代替証拠の利用は、補充性の要件が認められる場合に限り認められることになる。

また、代替証拠の補充性・必要性の要件が充足されているか否かを確認するのは最終的には裁判所であるため、行政権はこれらの要件が存在することを裁判所に説明する義務を負うことになる。このような厳格な要件をクリアーした場合でも、退席に関する弁護人の同意がない限り、彼を同席させた上で、裁判官による原供述者の代理尋問を行うことが許されるにとどまるとした。

八三年決定により、これまでそれほど意識されてこなかつた匿名者の供述を内容とする代替証拠の許容性の問題が意識されることとなり、右で述べたように比較的厳格な要件の下でのみかかる証拠の使用が許可されることになった。その後、連邦通常裁判所第二刑事部一九八四年一二月五日判決<sup>(17)</sup>などでも、この見解は支持されていた。しかしながら、②第五刑事部一九八五年四月一六日判決（以下、本稿では単に「八五年判決」とする）において、八三年決定とは異なる見解が示されることとなる。すなわち、証拠としての許容性と証拠評価における証拠価値という二つの側面から代替証拠（Beweissurogat）の使用に対しコントロールをかけ、これらの要件を満たした場合に当該証拠に基づく事実認定を許容するという見解が明らかにされたのである。これ以降、連邦通常裁判所は、これら二つの側面から伝聞証拠の使用を規制していくこととなる。

八五年判決<sup>(18)</sup>では、画像および音声に変更が加えられたビデオリンク方式による証人尋問が否定され、伝聞証人の尋問が認められた。問題となつた事実関係は概ね次のようなものである。

州裁判所において、刑訴法九六条に基づき、身体、生命に対する危険を理由に原供述者たる二人の警察官の身許が秘密にされ、その代わりにビデオリンク方式による証人尋問が行われた（画像および音声は変更されている）。その後、八三年決定を受けてこの尋問方法は許容できないとして原供述者二人の召喚（Anrufen）が求められたが、州内務省（Innenministerium）はこれを拒否したため、これら一人の証人は遮断状況におかれることとなつた。そこで、

州警察の警部が伝聞証人として尋問を受け、これら二名の警察官の供述について報告がなされた。<sup>(19)</sup>そのため、これら警察官（伝聞証人）を経た原供述者の供述（原供述）の利用可能性が問題となつた。これについて、第五刑事部は次のように述べている。

「刑事訴訟法によれば、伝聞証人は許容された証拠方法」であり、そのため、裁判所にとって到達不能となつている警察官あるいはその他の証人が尋問官に対しても、尋問する際にも、基本的に許容される。そして、このような場合、裁判官は有罪の心証形成において事実と近接していいかかる証拠方法の評価に対しても特に慎重でなければならない。そして、通常、裁判官が重大と考へるその他の証拠のによってこの供述が確認される場合にのみ、事実認定は当該供述を根拠とすることができる。<sup>(20)</sup>以上のことから、本件において警部を証人として尋問したことは許容される。<sup>(21)</sup>

このように八五年判決では、むしろ（イ）伝聞証拠の使用が刑訴法に抵触しないこと、（ロ）使用する場合に慎重な証拠評価が求められること、（ハ）具体的には他の証拠によって十分に根拠付けられること、という三要件の下であればその使用が許容されることが明示されることとなつた。<sup>(22)</sup>いわゆる「慎重な証拠評価（vorsichtige Beweiswürdigung）」による解決法が示されたわけである。先にみた八三年決定は、伝聞証人の使用についてかなり厳格な態度を示したかのようにも思われたが、八五年判決により伝聞証拠の許容範囲が若干の拡張をもつて認められるようになったといえる。

その後も第五刑事部一九八七年一月三日決定<sup>(23)</sup>において、概ねこれら三要件は維持されたといえよう。第五刑事部は、到達不能状況の発生源である行政当局による遮断の宣言（Sperrerkündigung）が正当なものと認められるための要件として、行政当局に対し説明義務を課しており、八五年判決で示された（イ）～（ハ）の三要件にさらに別の要

件を付したことになる。

八五年判決の指向をさらに推し進め、許容要件を精緻化したのが③連邦通常裁判所第二刑事部一九八九年三月三一日判決であった。本件では、被告人が銀行強盗の共犯に問われた事件において、二人の伝聞証人に対する証人尋問の可否が問題とされた。原審のアーヒェン州裁判所は、匿名の情報提供者(Informant)に対する尋問(Einvernahme)を行った検察官Dと、刑事局長(Kriminalhauptmeister)のH(伝聞証人)に対する証人尋問を行わなかったため、無罪判決が言い渡された。そのため、検察官は「のり」と理由に上告した。結論からいうと、第二刑事部は、州裁判所は刑訴法二四四条二項が自らに課した真実解明義務(Aufklärungspflicht)を侵害しているとして、これら二名の証人に対する証人尋問は許されないと結論付けることはできないとした。<sup>(26)</sup>具体的には、原供述者が不法に(zu Unrecht)遮断されている場合であっても、その遮断が恣意的であるとか、明らかに法的瑕疪のあるものでない場合には、同人の供述内容が伝聞証人を通じて公判手続に持ち込まれることは許容されるという。<sup>(27)</sup>

しかしながら、その要件について以下のように述べる。すなわち、「行政当局が情報提供者の身許(Identität)に關して情報提供を拒む場合に、常に当該人物が到達不能となるわけではなく、裁判所は行政権による遮断の宣言(Sperreklärung)を直ちに甘受する必要はない。むしろ、原供述者たる情報提供者の尋問の実現に向けてあらゆる努力を尽くさなければなら「ない」」と。具体的には、遮断の宣言に関する決定的な理由の詳細な説明を最高監督官府(oberste Dienstbehörde)に求めなければならない。<sup>(28)</sup>そして、遮断の宣言が法的に瑕疪があると思われる場合は、異議を唱え、その瑕疪を修正するか遮断の宣言を撤回するかのいずれかを選択するように迫らなければならない。<sup>(29)</sup>第五刑事部一九八七年一一月三日決定も、遮断に関する行政権の説明義務を指摘していたが、八九年判決はその具体的な内容として「最高監督官庁」による説明要求を要件として掲げている。そして、裁判所がこのような措置を執った

にもかかわらず遮断の宣言が撤回されなかつた場合には、不当な遮断による到達不能状況が生じるという。そりや、これまでの自らの見解から離反し、「[原証人が]違法に (zu Unrecht) 遮断されている場合、つまり、その根拠として挙げられた状況およびその評価からは遮断の宣言が正当と認められない場合であつても、匿名の情報提供者の供述に関して、彼を取調べた尋問官に対してなされる尋問は証拠獲得禁止 (Beweiserhebungsverbot) に屈することはない（そして、その尋問結果も証拠使用禁止 (Beweisverwertungsverbot) に屈することはない）。このいじとは、遮断の宣言が恣意的なものであるとか、あるいは明らかに法的瑕疵のあるものでない場合には、いずれにせよ妥当〔し〕」、尋問者に対する尋問は、むしろ真実解明の点からも求められるとした。

③第一刑事部一九八九年判決からは、遮断と代替証拠の使用の許否に関する問題状況には三つのカテゴリーが存在することが読み取れる。すなわち、(一) 適法な遮断、(二) 違法であるが代替証拠の使用が許容されるレベルの遮断、(三) 慎意的であるか、または明らかに法的瑕疵があり、代替証拠の使用が禁じられるレベルの遮断の三類型である。このうち、(一) の場合に代替証拠たる伝聞証人を尋問することは比較的問題ないだろう。問題は(二) や(三) の場合である。この点、先にみた八三年決定では、代替証拠の使用要件として遮断措置の必要性に関する行政当局の説明義務が挙げられている。<sup>(30)</sup> 第五刑事部は、(2)八五年判決においてはこの点に触れていないが、一九八七年一月三日決定でこのことを確認している。これらの判決を率直に理解すれば、代替証拠の使用が許容されない二通りの場合を想定することができる。まず、行政権が遮断の説明義務を怠ったため代替証拠が使用できなくなる、次に、行政権としては説明義務を果たしたが、裁判所がその説明に納得しない場合である。この点、③第二刑事部一九八九年判決は、「原供述者が不法に (zu Unrecht) 遮断されている場合であつても」そのことから直ちに代替証拠に対する証拠禁止が導かれるわけではないとする。したがつて、(二)では右に示した二通りの場合のうち後者が問題となる。つま

り、行政権としては遮断の必要性について説明を行ったが、そこで示された理由では遮断が正当化されない場合であっても、代替証拠の使用が許容される場合があるというのである。最終的に不当な遮断により代替証拠に使用禁止が及ぶのは、当該遮断が「恣意的である」場合と、「明らかに法的瑕疪のある」場合ということになるが、本判決においてはそれがどのような場合なのかについて具体的な説明はみられない。

ところが、証人の遮断に起因する代替証拠の使用が問題となつた事案は、その後あまりみられなくなっていく。むしろ、連邦通常裁判所第三刑事部二〇〇二年九月二六日呈示決定<sup>(34)</sup>を契機に、（画像および音声が変更された）ビデオリンク方式を用いた証人尋問が問題となつた事案が比較的多くみられるようになり、また依然として捜査判事による代理尋問（kommissarische Vernehmung）が用いられた事案もみられた。

しかしながら、いく最近になって連邦憲法裁判所は、遮断を原因とした到達不能状況下における代替証拠使用の可否について、新たに判断を下すこととなつた。その判断は、これまでの連邦通常裁判所および同憲法裁判所の判断を集約したものであり、歐州人権条約六条が保障する公正な裁判の原則、および歐州人権裁判所判例に関するドイツ国内裁判所の理解が明らかにされたことになる。

#### ⑧連邦憲法裁判所第二部第二法廷二〇〇九年一〇月八日決定<sup>(35)</sup>

本件において、被告人は一件の危険な身体傷害で全体として四年六月の自由刑を宣告された。その際、裁判所は複数の証人の証言ならびに犯行現場に残された足跡を有罪判決の根拠とし、さらに所轄の州法務省によって遮断された二名の匿名証人の証言にも補足的に依拠している。申立人、弁護人のいずれも、これら二名の匿名証人に直接質問を行い、また同人（の証言）を批判にさらす機会を与えられなかつた。そのため、申立人は、不利益証人に對し直接かつ対面して質問できるという被告人の権利、すなわち基本法二〇条三項と結びついた同二条一項から生じる公正な手

統一 (faires Verfahren) を受ける権利の侵害があるとして上告した。連邦憲法裁判所は以下のように述べ、上告を棄却した。

【決定要旨】——上告棄却

公正な手続きに対する権利の侵害が認められるのは、手続法の全体的視点 (Gesamtschau) から、法治国家に必然の結果が導かれていないとか、あるいは法治国家として必要不可欠なことが放棄されていぬといつてが明らかな場合のみである。そして、「全体的視点の枠組みにおいては、機能的な刑法による保護 (funktiononstüchtige Strafrechtspflege) の必要性ならびに効果的な被害者保護および証人保護の利益も考慮される」<sup>(38)</sup>。

被告人は、捜査段階を含めた手続全体におけるいずれかの段階において、証人自身に——場合によっては弁護人を通じて——質問する機会を与えられなければならない。しかし、この権利は絶対的なものではない。例えば証人保護や、真実に関する供述確保の理由から、対質の放棄が許容される場合もある。その場合、司法は、弁護人による質問の実施、書面による質問などの措置を講じることで、<sup>(39)</sup> これで生じた権利制約の調整を図らなければならない。「また、公正な手続きの要請に対する違反を回避するために、刑訴法二四七条aに基づくビデオリンク (audiovisuell) 方式による対面尋問を——必要があれば画像および音声に変更を加えて——行う」とも許される。

そしてまた、被告人が質問の機会を一切与えられなかつたからといって、直ちに公正な手続き原則違反が存在するわけではない。「むしろ決定的なのは、手続きが証拠採用 (Beweiserhebung) やおよび証拠評価の態様および方法 (Art und Weise) を含めたその全体において公正であつたかどうかといった点である」。これでは、質問権に対する制約の司法への帰属性も問題となる。

質問権の排除は、そのことを理由とした証拠使用禁止を導かない。むしろ、このような欠損は最終的な証拠評価

の枠内においても埋め合わせることができる。このような理解は、これまで連邦憲法裁判所において発展させられてきた基準に照らしても十分である。連邦憲法裁判所は、公判廷において尋問を受けなかった証人 (Gewehrs-person) に由来する証言 (Bekundung) であっても、判決を構築するにあたって考慮することができるとしても何度も判断してきた。もちろん、裁判所の確信に基づく、その他の重要な視点および証拠の徴表 (Beweisanzeichen) による根拠付けがない場合、このような証言の証拠価値は、通例、裁判官が有罪の心証形成 (Überzeugungsbildung) をなすのに十分とはいえない。この問題となっている証言の証拠評価に当たっては、事実審裁判所裁判官は、有罪の心証形成の限界を常に意識し、その限界を遵守し、そしてこれを判決理由において言葉や表現しなければならない。本件のように、証人の身許情報の公開、あるいは被本人に対する証言許可 (Aussagegenehmigung) の付与を監督官庁が拒む場合は、十分慎重に対処することが求められる。<sup>(40)</sup>

このように連邦憲法裁判所は、匿名証人の供述を内容とする代替供述には、証拠使用禁止は及ばない旨判示し、以下のように述べて、防護権に対する制約は証拠評価の枠内で十分に調整 (Ausgleich) されていると述べる。すなわち、本件有罪判決は、問題となつた二名の匿名証人お供述に決定的に基づいたものではなく、むしろ、他の三人の証人の証言と現場に残された足跡から得られた心証に基づくものであった。それとは対照的に、匿名証人の供述はたんにこれらの一問題のない——証拠を補足したものに過ぎない、と。

以上、行政権による原供述者の遮断とその供述を内容とする代替証拠の使用が問題となつた、一九八〇年代以降の特徴的な事案を中心的にみてきた。到達不能事由以外の要素については別途検討することとし、以下では、どのような場合に遮断が到達不能を正当化する事由となりうるかという点について、若干の分析を加えておく。遮断が正当な到達不能事由となるかという点について、ドイツ国内裁判所の見解は概ね以下のようにまとめることができよう。まず、

この問題に関するリーディング・ケースとなつた①八三年決定では、到達不能状況を認めるにあたり、到達不能状況における代替証拠の使用について、遮断措置の必要性に関する行政権の説明義務の履行が要求されている。そして、その説明義務の根拠として裁判所に科せられた真実解明義務 (Aufklärungspflicht) が掲げられていた。すなわち、秘密保持の利益と当該遮断証言（原供述）の有益性との衡量を裁判所が自ら行うべきことは、その真実解明義務の要請だと考えられているのである。そのため、遮断に十分な理由がない場合、裁判所は刑訴法二四四条二項に基づき、行政権に対し原供述者の身許情報の提供を求めなければならない。しかし、②八五年判決では、伝聞証人の使用は基本的に許容されることが明言されている。それとともに、その（伝聞）証言の使用にあたっては慎重な証拠評価が求められ、さらに具体的には他の証拠による補強が求められることとなつた。この時点で、連邦通常裁判所は、拡大部による①八三年決定の判断を大きく変更したことになるが、②八五年判決ではその理由は明確にされていないようである。少なくとも、この②八五年判決により、連邦通常裁判所は、遮断が正当な到達不能事由として承認されるかどうか、あるいは遮断状況における原供述者の供述を内容とする代替証拠——ただし、伝聞証人であったことに注意すべきである——の使用にあたり、証拠評価によるコントロールをかけている点に留意すべきである。思うに、遮断それが自身の正当性は法的評価に委ねられるべき事項である、しかしながら、②八五年判決には、これを証拠評価ないしは証明力・証拠価値の問題と同じレベルで総合的に検討しようとする姿勢が見受けられる。しかし、その後③八九年判決は、①八三年決定と同様に、あらためて遮断措置の正当性に関して行政権による説明義務を求めていた。むしろ、より具体的に「最高監督官庁 (oberste Dienstbehörde)」による説明義務を要求している点で、遮断の正当性判断に関する要件がより精緻化、具体化されたようにも思われる。しかし、③八九年判決は、遮断の宣言が正当でなかつた場合でも、伝聞証人の使用が認められる余地があることを明言した。そして、遮断の宣言が正当なものでなく、そ

のことを理由として伝聞証人による代替供述が証拠使用禁止の対象となるのは、遮断の宣言が恣意的なものであるか、明らかに法的瑕疪のあるものである場合とされた。したがって、遮断の宣言が不当であつてもこのレベルに達していない場合は、やはり代替証拠の証拠価値の縮減という点を含めた全体的考察において代替証人の使用の可否が決せられるという②八五年判決の見解が踏襲されたとみて良いだろう。さらに、期間をおいて連邦憲法裁判所の決定（⑧判例）が登場するが、いこでは公正な手続き (*faires Verfahren*) という理念から、代替証拠の使用の可否が論じられている。しかし、いこでもやはり③八九年判決同様、非恣意性、法的無瑕疪性という概念により代替証拠の使用が容認される余地が明示されるとともに、「全体的視点 (*Gesamtschau*)」の下で当該証拠の取扱いの可否が決せられるべきことが明確にされた。

## 2 事実上の到達不能と代替証拠の使用

次に、原供述者が国外におり当該国家との司法共助による証人引渡が適わなかつた⑤連邦通常裁判所第三刑事部二〇〇〇年二月一日判決、および外国人被害者たる原供述者の精神状況の悪化が原因でドイツへの召喚が不可能となつた⑥同第一刑事部二〇〇六年一一月二九日決定の二つの事案をみておこう。ここの問題となるのは、証人への到達不能状況の発生が、ドイツ国内の行政権、司法権の判断、および自己負罪拒否特権等その他の法的事情ではなく、事実的事情に起因する点である。

⑤第三刑事部二〇〇〇年二月一日判決では、ハイジャック事件における帮助の罪（武器供給）に関して、被告人の有罪立証に用いられた証人の証言が、伝聞証人を通じて公判手続に持ち込まれたことが問題となつた（いわゆる「ハース事件」）。被告人は、供述の情報源となつた人物 (Quelle) なお、以下本稿ではこのような人物もたんに「原供述者」と呼ぶことにする）に対して質問する機会を与えられなかつたことを理由に上告したが、第三刑事部はこの

点を問題にせず、原審のフランクフルト上級地方裁判所の判断を支持している。以下、事実関係をより詳しく紹介しておこう。

原審では、被告人がハイジャックに必要な武器と爆発物の輸送を行ったという事実を認定するにあたり、同行者のSの供述内容が用いられた。しかし、Sはレバノンで身柄を拘束されていたため、ドイツ国内裁判所へ召喚することはできず、到達不能状況が生じていた。そのため、Sの供述内容は、レバノンでの同人の尋問に立ち会った証人P（憲法擁護庁の連邦公務員）およびB（連邦刑事警察庁の公務員）<sup>(43)</sup>の証言を通じて公判手続に持ち込まれることとなつた。

このように、本件はドイツの行政権および司法権に帰責できない事実上の到達不能が発生したことが明らかな事案であった。しかし、少なくともSにに関する限り、第三刑事部は質問権を制約するに至った到達不能事由を特別問題とすることなく、専ら証拠評価の問題について詳細に論じている。本案は、連邦憲法裁判所第二部第三法廷二〇〇〇年一二月二〇日決定による判断を受けることとなるが、連邦憲法裁判所は、基本法一条一項の保障する人間の尊厳、特に法治国家原則から生じる法的審問（rechtlisches Gehör）の権利（基本法一〇三条一項）および法律の定める裁判官による裁判を受ける権利（基本法一〇一条一項第一文）という手続上の基本権と並んで、被告人の防衛の利益は憲法上の保障によって保護されるものであると明言する。この手続上の基本権は、刑訴法の様々な条文に引き継がれており、公正な手続きに対する請求権との相互作用においてはじめてこれらの条文が理解されるのだという。そしてこの公正な手続きから、証拠に関与する具体的の権利、つまり事実認定の源泉（Quelle）に到達する権利が導かれるといふ。しかし、最終的には「あらゆる状況の全体的視点（Gesamtschau aller Umstände）」において、法治国家において欠くことのできない要請がもはや保障されていない」とが明らかにされた場合にのみ、法治国家原則から具体

的な結論が導かれるとする。<sup>(44)</sup> そしてまた、恣意性の禁止（基本法三条一項）にも反しないとする。連邦通常裁判所と同様、到達不能状況の国家への帰責可能性に関する言及はみられない。

その後、本件は歐州人権裁判所で審理されることとなるが、人権裁判所は到達不能状況の発生を国家に帰責できないという点を十分考慮した判断を行っている点で、国内裁判所とは対照的である。<sup>(45)</sup>

なお、本件では、S供述を内容とする代替証人の証言を基礎にした有罪認定を行うにあたり、様々な状況証拠による詳細な事実認定ないしは補強が行われている。しかし、その中に匿名者の供述が含まれていたため、この点も問題となつた。<sup>(46)</sup> この匿名証人は、刑訴法九六条に基づく遮断の宣言（Sperreerklaerung）がなされたため到達不能状況にあつた。本件でも、先に紹介した③判例と同様に非恣意性および法的無瑕疵性による遮断の宣言のコントロールがなされている点が指摘されるとともに、その理由の吟味に際して、追証可能で説得力があり納得のいくものであったかどうかといった点が考慮されている点が指摘されている。<sup>(47)</sup>

⑥連邦通常裁判所第一刑事部二〇〇六年一一月二九日決定<sup>(48)</sup>は、ポーランド人の強姦被害者証人が精神健康上の理由で帰国してしまったため、到達不能に陥った事案であった。強姦および人身売買被告事件である本件では、被害者証人の供述が被告人の有罪立証にとって決定的な意義を持つ証拠となつた。第一刑事部は、証人尋問に被告人が同席しない場合、少なくとも手続全体におけるいずれかの時点において質問の機会が与えられなければならない、という原則を確認した。しかし同時に、全くの例外が許されないわけではなく、本件のように被告人の対質権の行使を可能ならしめるために細心の配慮を払わなかつたという点において司法が責任を負うべきでない場合には、到達不能状況において質問を行う機会の欠如は甘受されなければならないとする。このように、本件もまた、到達不能状況の発生源を国家に帰責できない事案であった。しかも注目すべきなのは、先にみた⑤判例（ハース事件）における第三刑事部

と異なり、到達不能原因を国家に帰責できなかつた点を意識的に明示した上で質問権の制約を認めている点である。このように、本決定において「国家への帰責性」が正面から取り上げられている背景には、歐州人権裁判所二〇〇五年一月二三日判決の影響があつたのではないかと思われる。<sup>(49)</sup>

なお、本決定は比較的最近の判例であるが、歐州人権裁判所の影響を受けてか、質問権 (*Fragerrecht*) という用語を使い、この権利概念を意識的に持ち出しているように思われる。以前は明確に論じられてこなかつた被告人の権利としての質問権を原則的に保障した上で、これが制約されうる場合を認めるという手法を探つてゐる点、これまでの判例と異なる。

これら二つの判例をみても分かるように、先にみた遮断の場合と比べ、事実上の到達不能の場合、その原因が司法または行政といった国家側に帰責されることはほぼ考えにくい。そのため、多くの場合において慎重な証拠評価を要件に代替証拠の使用が認められそうである。ただし、到達不能事由が行政権や司法権といった国家機関側に帰責されないといえるかの判断については、ドイツ国内裁判所も慎重な態度を示してゐるように思われる。仮に、行政権や司法権に到達不能状況の発生原因を帰責できない状況にあつたとしても、だからといって直ちに到達不能状況が承認されるわけではない。不利益証人の到達不能と代替証拠の使用が問題となつた事案ではないが、事実審裁判所において被告人の請求した証人は到達不能にあつたとしてその証人尋問請求が却下された事案において、ハンブルク上級地方裁判所は到達不能状況が認められるべき状況を細かく認定している。<sup>(50)</sup>

### 3 法的到達不能と不利益供述の使用

到達不能が問題となる最後の類型は、問題となる原証人が証言拒否権行使したため到達不能となつた場合である。先に論じた行政権による遮断の宣言 (Sperreklärung) についても、法的判断が介在するものであるから、形式的

には法的到達不能事由と区分するべきところかもしない。しかし、すでに述べたような理由から、証言拒否権の行使に基づく到達不能と遮断に基づくそれとは性質を異にするものと考えられる。ヤード、ヤードは、特に証言拒否権の行使に基づく到達不能について個別的に検討を加えることとする。<sup>(51)</sup>

⑦連邦通常裁判所第四刑事部「〇〇九年六月九日決定」では、不利益証人（Belastungszeuge）である共同被告人Kに対し被告人が弁護人を通じた質問（刑訴法二四〇条）を求めたところ、Kは自己負罪拒否特権を行使してこれを拒絶したため、被告人が質問権および対質権行使しない状況が生じたことが問題となつた。被告人は、歐州人権条約六条三項d号および公正な裁判を求める権利（基本法二〇条三項と結び付いた同二条一項）に基づき、Kによる不利益供述が証拠評価の枠内で考慮されはならない旨争い、上告した。

これに対し第四刑事部は、上告趣意の主張を斥け、歐州人権条約六条三項d号および公正な裁判を求める権利（基本法二〇条三項と結び付いた同二条一項）を理由として共同被告人Kによる不利益供述（Angabe）を評価する限りとは禁じられない、という。確かに、本件申立人は、歐州人権条約六条三項d号の意味における不利益証人（Belastungszeuge）たる共同被告人Kに対し、自らの対面質問権（Recht auf konfrontative Befragung）を使用することができなかつた。というのは、Kが申立人の弁護人による質問に応じようとしなかつたためである。しかし、第四刑事部は、このことは共同被告人Kの供述の証拠利用の妨げとはならないとした。なぜならば、手続きは、証拠採用（Beweiserhebung）の態様および方法（Art und Weise）を含めた全体において正当なものであつたからである、と。そして、全体として公正な手続きであつたといえるか否かを検討する場合、被告人が対面質問（konfrontative Befragung）をなす機会を有していなかつたという状況が司法に帰責されるべきものであるかどうかということが特に問題となるとする。しかし、本件はこののような事案ではないとして、この点を否定した。すなわち、司法が、弁護

人を通じた（刑訴法二四〇条二項）不利益証人への質問の実現に向けた積極的措置を講じなければならないことは認められるが、だからといって不可能なことを成し遂げるという義務は存在しない、と。本件では、共同被告人Kが自己負罪拒否特権（Recht auf Selbstbelastungsfreiheit）を行使したため対質権の保障のための州裁判所の尽力にはむしろはじめから限界があつた。そしてこの権利は、基本法一条および二条一項が保障する人間の尊厳の尊重ならびに人格の自由な発展に関する基本権により憲法上保護され、歐州人権条約六条で保護された公正な刑事裁判を受ける権利の中核領域に属するものである。そのため、「他の被告人らの質問権が有する特別の意義に鑑み、その代理人を通じて」共同被告人Kに自らの質問に応じるように「訴えかける」とは、州裁判所は義務付けられておらず、むしろ共同被告人Kのこのような判断は尊重し、特に彼の証言行動に対して影響を及ぼしてはならなかったのだという。

そして、証言拒否をする意思のある証人（Auskunftsperson）の証言意思（Aussagebereitschaft）を絶え間なく検討し続け、そうすることによりその意思決定に影響を与える義務を国家に課すことは、自己負罪拒否特権と相容れない、と結論付けた。また、本件では、証言拒否権にかかる共同被告人Kの意思決定が、州裁判所の裁判長（Vorsitzende）の影響を受け、被告人に不利に働いたという事実は認められない。以上の事実関係を認定し、歐州人権条約六条三項および基本法二条一項といった重要な根拠に基づいた対質権が保障されなかつた事実は甘受すべき」とあり、本件における対質権に対する制約は証拠評価の枠内で十分に埋め合わせがなされているとした。

本件に関する公刊物からは、問題となつた共同被告人Kがどのような内容の不利益供述を行い、さらにこれがどのような形で公判手続に持ち込まれたのかは明らかでない。しかし、決定理由から、二〇〇七年二月一日の公判期日に<sup>(63)</sup>おいて公判担当検察官は共同被告人Kに対する質問を認められたという事が推認される。そのため、Kが被告人の在廷する公判手続において被告人に不利な証言をしたという可能性も否定できない。少なくとも公刊物で明らかにさ

れている部分からは代替証拠の使用自体は問題とされておらず、もっぱら質問権の制約のみが問題とされている。そのため、Kが、被告人の在廷する公判手続において証言したが、その後の被告人（の弁護人）による質問には感じなかつたのか、被告人および弁護人の不在（退廷）のなかで証言を行つたのかは明らかではない。いずれにせよKは被告人に対して不利な内容の供述を行つた後に、被告人側からの質問には応じなかつたことが問題となっている。そこで、質問権（Recht auf Befragung）の保障が争点化したわけである。これと相まって問題となつたのが、Kによる不利益供述——おもいへ110〇七年二月一日の公判期日になされたものと思われる——が欧州人権条約六条三項d号および基本法二条一項等との関係上、被告人に不利な証拠として評価の対象とされることが許されるか否かという点である。第四刑事部は、（）でもやはり手続全体として公正な裁判がなされたか否かを検討すべきであり、その際に重要なのは、対面質問（konfrontative Befragung）が保障されなかつたことが司法に帰責されることが明らかか否かであることを明確にした。先に紹介した⑥判例と同様、質問権（ないし対質権）に対する制約の発生原因（到達不能事由）の国家への帰責性という評価の視点が重視されており、歐州人権裁判所の見解の影響をみることができる。

#### 4 検討

原供述者の到達不能状況における代替証拠の使用の問題は、一九八〇年代以降は——特に前掲八三年決定を契機に——判例において非常に活発に議論されてきた。そして、この問題の中心は、潜入捜査における情報収集者（潜入捜査官、連絡員および情報提供者）の身許隠匿と、代替証拠による当人の知覚情報の証拠利用という点にあった。さらに、近年では特に被害者を中心とした証人保護の要請からも、原供述者（Quelle）への到達不能に起因する代替証拠ないしは代替措置（ビデオリンク方式等）の使用の問題が生じてている。本稿は、これらの到達不能状況を遮断による到達不能、事実的到達不能および証言拒否権の行使に基づく法的到達不能とに分類し、判例の分析を行つた。以下で

は、これら三類型の全体を通じて、代替証拠の使用に対しドイツ国内裁判所がどのような見解に立っているかについて若干のまとめを行う。

到達不能状況下における代替証拠の使用にあたっては、まず原供述者 (Quelle) が到達不能であるといふのかという点が重要となる。この点問題となりにくいのは、原供述者自身が証言拒否権を行使し反対尋問を拒否するような場合であろう。(7)判例における第四刑事部が述べるよう、基本権の中核領域に位置付けられる証言拒否権の行使を制約してまで、反対尋問権を保障すべきとする根拠は見出しにくい。この場合、被告人の質問権に対する制約は甘受されなければならないというべきであろう。ただ、到達不能の正当性は認められても、当該証人が——裁判官・検察官の尋問に対し——なした証言の利用については、次で述べる補填 (Kompensation) 理論により、質問権の制約が可能な限り埋め合わせられた場合にのみ利用可能となる。次に、事実的到達不能事由であるが、これも質問権の制約理由として比較的甘受されやすい傾向にある。この両者に共通するのは、到達不能状況の発生を行政権や司法権といった国家に帰責することができないという点である。同時に、これらの到達不能事由については、その存在の認定はそれほど複雑な価値判断を必要としない。ところが、遮断による到達不能状況の発生の場合、遮断すべき理由は証人保護などの外的事由によるものの、遮断の宣言 (Sperrerkklärung) 自体は行政権という国家機関によって行われるため、到達不能状況の国家への帰責性の判断はより慎重に行う必要がある。また遮断はある一定の価値判断なし評価を伴うものであるため問題となりやすい。連邦憲法裁判所および連邦通常裁判所は、遮断の宣言がなされた場合、正当化の要件として、遮断の宣言が十分に根拠付けられたものでなければならぬとした上で、関係する最高監督官庁 (oberste Dienstbehörde) による説明を義務付けた。しかし、説明義務が十分に尽くされていない——すなわち、不当な遮断の宣言がなされた——場合でも、それが恣意的になされているとか明らかに法的瑕疵があるという

のでなければ、代替証拠も直ちに証拠使用禁止の対象となるわけではないとする。そのため、行政権による質問権および直接主義に対する制約をかなりの範囲で甘受しつつ、これらの制約に対する手当は補填（Kompensation）理論に委ねることになる。

### (三) 補填理論の検討

#### 1 概要

質問権に対する制約が十分に埋め合わせられているか否かについて、前掲の⑧連邦憲法裁判所第二部第二法廷<sup>55)</sup>〇九年一〇月八日決定は、手続き全体における公正性が認められるかという命題を指摘し、特に慎重な証拠評価（vorsichtige Beweiswürdigung）といわれる手法を用いて証拠評価の領域において権利制約を補填しようとする。<sup>56)</sup>このように、証拠評価のレベルで証人尋問に対する制約を埋め合わせようとする態度は、すでに八五年判決<sup>57)</sup>（②判例）において現れていた。ただ、このときはまだ「質問権」という概念の存在を前提に、これに対する制約の埋め合わせというよりは、むしろ直接主義に対する制約を前提とした議論であったようと思われる。そして、前掲の連邦憲法裁判所決定（⑧判例）でそうであったように、慎重な証拠評価は、近年では欧州人権条約六条三項d号との関係で質問権に対する補填（Kompensation）原理としても理解されるようになってきたわけである。このような背景にはおそらく欧州人権裁判所の判断が影響しているものと思われるが、「到達不能事由の正当性吟味＋権利制約の補填」<sup>58)</sup>という要素自体に違いはないものの、欧州人権裁判所とドイツ国内裁判所とではその内容が同じではないという指摘もみられる。ザファーリング（Safiering）は、前掲の連邦憲法裁判所の判断（⑧判例）に対する評釈の中で、欧州人権裁判所が手続上の調整（prozessualer Ausgleich）と証拠評価のレベルにおける埋め合わせとを「重の要件とし

て機能させているのに対し、ドイツ国内裁判所においては両者がそれぞれ独立した検討対象とされていない点を指摘する。<sup>(61)</sup> 欧州人権裁判所の判例においては、まず、手続上の調整は平衡化処理 (counter-balancing) と呼ばれる手続<sup>(62)</sup> により、権利制約の補填がなされているかという点が判断される。例えば、ザファーリングも指摘するように、*Sapunarescu*事件においては、遮断された匿名証人に對して書面による質問がなされており、手続上の埋め合わせという要件の充足が認められている。しかし、ドイツ国内裁判所の判断においてはこの両者は相対化され、十分に手続上の調整が図られていない場合でも、もっぱら慎重な証拠評価による埋め合わせがなされていることを理由に当該伝聞証拠の使用が許容されるケースが多い（例えば判例⑧など）。

## 2 法的補填——ビデオリンクの使用および代理尋問

前出の*Sapunarescu*事件における書面による質問のように、欧州人権裁判所がいう手続上の埋め合わせというの<sup>(63)</sup> は、到達不能に十分な理由が認められる場合であっても直ちに代替証拠の使用を認めるのではなく、何らかの形で質問権の行使を可能にする措置をいう。質問権の制約に対する手続上の補填としては、代理尋問が行われた事案もみられるが、近年代替措置としてしばしば用いられ、裁判所によつても推奨されているのがビデオリンク方式を用いた証人尋問である。<sup>(64)</sup> ビデオリンク方式に関するリーディング・ケースは、マインツ州裁判所一九九五年六月二六日決定であるとされる。<sup>(65)</sup> この事案では性的虐待の被害児童に對してビデオリンク方式を用いた尋問が行われたが、当時刑訴法にはビデオリンク方式を用いた証人尋問方法は規定されていなかつたため問題となつた。マインツ州裁判所は、このような尋問方法が実施された本件においても刑訴法の諸原則は完全に守られており、直接主義 (Unmittelbarkeit) やおよび口頭主義 (Mündlichkeit) とも矛盾しないとして、ビデオリンク方式による証人尋問の実施に積極的な態度を示した。むしろ、刑訴法一四七条に基づき被告人を排してなされる証人尋問よりも、被告人の

権利は保護されることになるという。その後、一九九八年の証人保護法および二〇〇一年の証人保護調和法<sup>(68)</sup>の立法により、刑訴法一六八条<sup>e</sup>によりビデオリンク方式を用いた証人尋問の規定が新設されることとなつた。ただ、この規定は画像および音声の変更を伴うビデオリンク方式について規定したものではなかつたため、かかる措置の使用が連邦通常裁判所において争わってきたが、そこでもかなり肯定的な態度が示されてきた。<sup>(69)</sup> 例えば、連邦通常裁判所第一刑事部二〇〇四年八月一七日決定<sup>(70)</sup>は、証人保護と防護権の調整という観点から、画像および音声に変更を加えたビデオリンク方式による証人尋問は有効であり、むしろ欧州人権条約六条三項d号によつても特に求められる措置であると述べる。しかし、他方、この方法によつても原供述者の身体、生命および潜入捜査官としての今後の再投入の可能性に対する危険を除去することができない場合にはじめて、当該証人および行政当局（Innenbehörde）の利益の保護を目的に遮断がなされなければならない（⑧判例）。

他方、比較的最近でも、証拠保全のために主要な不利益証人に対して捜査判事が代理尋問を行つた事案もみられる。<sup>(71)</sup> しかし、前述のとおり近年ではビデオリンク方式を積極的に運用する傾向がみられるため、代理尋問が判例上問題となることはあまりないようである。たとえ画像および音声に変更が加えられていたとしても、ビデオリンク方式の場合——ビデオを通じてではあるが——質問自体は直接行つことができる。被告人（弁護人）から証人に対してなされる尋問に、別人（受命裁判官）が介在するよりも、通常認められるべき証人尋間に比較的近い形を維持することができ、証人審問権の保障という観点からも推奨されるべきであろう。

法的補填においては、被告人にどれだけ通常の証人尋間に近い尋問を行わせることができるか、通常の証人尋問のうちどの要素がそぎ落とされるかということがポイントとなる。したがつて、遮断に代わる代替措置のなかでもより優れた方式が選択されるべきである。

### 3 証拠評価における補填——慎重な証拠評価

先にみた第五刑事部八五年判決（②判例）では、慎重な証拠評価（*vorsichtige Beweiswürdigung*）と、他の証拠による補強という要件が加えられている。これらはいずれも証拠評価の際の抑制として設定されていると考えられる。今日では、このような「慎重な証拠評価」と呼ばれる抑制手法は連邦通常裁判所の判例において必ず用いられるものとなっている。これは、他の証拠による補強によって具体化される。例えば、④第五刑事部一九九六年一月一二日判決<sup>(75)</sup>がこのことを明言している。本件事案では、証人Fiが連絡員（V-Mann）の経験した内容を公判手続において供述したが、原供述者たる連絡員は公判手続において取調べを受けなかつた。判決理由では、この連絡員の人格（Persönlichkeit）、被告人との関係性、あるいは証人Fiに伝えた情報を、この連絡員が、いつ、誰から、どのようにして獲得したのかということは言及されていなかつた。判決理由中、供述されたこの情報に関する他の証拠による十分な根拠付けは、示されていなかつた。この点について、第五刑事部は以下のように述べている。

「(i)のような証拠評価は、伝聞証人の証言を判断する際の法的要件を満たしていない。問題となつた証人が、裁判所に対してもその身許（Identität）が明らかにされていない証人の供述に依拠しているのであれば、これを適法に考慮できるのは、それが他の重要な証拠（Beweisanzeichen）によって根拠付けられている場合に限られる。本件証人Fiの証言については、その根拠付けを欠いていふ。」<sup>(76)</sup>

以上のように述べ、第五刑事部は、証人Fiの証言を用いず、これとは無関係に確認された他の状況に基づき、本件被告人の有罪判決を支持している。本件第五刑事部は、代替証拠（伝聞証人）である証人Fiに対する証人尋問自体が違法とされたわけではなく、その供述内容の補強が十分になされなかつた点が問題とされた。つまり、原供述者たる連絡員の供述内容の真実性が他の証拠によって補強されていれば、証拠構造全体における一部としてFi供述の内容を

有罪立証に供することも許されるというのである。

また、第三刑事部二〇〇〇年一月一日判決<sup>(77)</sup>（判例⑤）では、代替証拠（伝聞証人）が公判手続で利用されることとなつた。この供述は被告人がハイジャックの実行犯を帮助（武器の輸送）したことと内容としていたが、第五刑事部は概ね以下の状況証拠からこの伝聞証言が十分に補強されていると判断している。すなわち、二名の匿名情報提供者の供述内容、ライト乗客リスト、当地にいたことを被告人自身が供述していること、および原供述者自身もかつてテロリストグループの構成員であったことなどが伝聞証言を補強する材料として挙げられているのである。なお、この第五刑事部二〇〇〇年判決は、後に被告人モニカ・ハースが欧州人権裁判所に異議申立てを行ったため、欧州人権裁判所でも判断がなされており<sup>(78)</sup>、これについては後に詳しく紹介する。また、第一刑事部二〇〇六年一月二九日判決<sup>(79)</sup>（⑥判例）の原審であるミュンヘン第一州裁判所も慎重な証拠評価を意識した判断を行つていて<sup>(80)</sup>。この事件では、警察での取調べの際に被告人が犯人であるとの被害者供述が有罪判決の基礎となっていたが、州裁判所は、以下のように述べてこの供述が補強されたものであるとの見解を示した。すなわち、「調書、録画録音媒体および尋問者を通じて持ち込まれた被害者の供述は、信頼に値する。というのは、その供述は予期せぬストレス状況下においてなされており、詳細かつ複雑な周辺状況を含んでおり、一定不变であり、そして有罪への熱意とは切り離されたものであるからである。この供述は、いくつかの点において、その他の証拠方法により確認される」と。

#### （四）原供述者の身許（Identität）の不開示

最後に、原供述者が到達不能状況に置かれている場合に、あるいは当該人物の身許が判明しているか否かという要素が結論にどう影響するのかについてみておこう。特に情報提供者、連絡員、潜入捜査官が原供述者である場合、公判

手続への召喚を断念したとしても、それだけでは報復の危険回避という目的は達成されない。より重要なのは、身許の不開示である。なぜならば、身許情報から本人または家族等への報復が可能となりうるからである。すでにみてきたように、判例においてもこれらの者の供述内容が問題となる場合には、まさに身許の秘匿は必然的に付随する（判例①～④、⑥）。反対に、被害者証人たる原供述者や共犯者の供述内容が問題となる場合であれば、むしろ当該人物が誰であるかということを被告人に対する隠匿することを想定するのはほぼ不可能であり、自ずと被告人の知覚するところとなる（判例⑤および⑥）<sup>(82)</sup>。

先にも触れたとおり、最近では欧州人権裁判所の影響を受けてか、質問権（Recht auf Befragung）および対質権（Recht auf Konfrontation）といつ権利概念がドイツ国内法秩序において認められ、確立した地位を築きつつある。<sup>(83)</sup> わいにこれに加えて、証言の原供述者（Quelle）を閲知する権利が存在するのだろうか。確かに、代替証拠について公判廷に持ち込まれた証言の原供述者がどこの誰であるかということは、供述内容の信憑性を高める比較的な要素であるようにも思われる。この点について、先にみた八三年決定は原供述者の匿名化を明確に否定しているが、しかしながらその後はドイツ国内においても（例えば、判例②、③）、また欧州人権裁判所においてもそれほど問題とされていないようである。<sup>(84)</sup> 実務上は、むしろ質問権および対質権の制約が争点とされており、身許に関する情報開示については争われていない。むしろ、実務および学説における議論の流れとしては、質問権を証人審問権の中核と位置付け、その外縁に対質権が存在し、身許情報へのアクセスはさらにその外側に存在する付帯要素と捉えられているようである。

このことは、近年の立法、判例の動向からも見て取ることができよう。すなわち、前述のビデオリンク方式（画像および音声の変更を伴う）による知覚者自身の証人尋問は、身許の露見を避けつつ、直接質問を可能にする措置であ

るが、ここでは文字通りの「質問」は保障され、対質および身許に関する情報という点で通常の証人尋問に付帯する要素が一定程度（または全部）欠損することとなる。そのため近年ではむしろこのような——特殊なビデオリンク方式を用いた——証人尋問は代替措置として奨励されていることはすでに述べたとおりである。このことからも明らかのように、近年では質問権の保障が最重要であり、証人の身許情報そのものは代替証拠の使用の許否にそれほど影響しないと理解されているようである。<sup>(85)</sup>

### （五）小括

最近の理論状況をみると、リーディング・ケースであった八三年決定（①判例）の影響力は弱まり、すでに先例としての意義は薄れているといつてよいだろう。すでに八〇年代後半には、代替証拠の利用には概ね寛容な判断が示されてきた。しかし、最近ではドイツ国内裁判所においても欧州人権裁判所の判断の影響がみられ、欧州人権条約六条三項d号の保障する証人審問権、という概念自体が議論の俎上に載せられるようになってきた。そのことは、判例における質問権（*Fragerrecht od. Recht auf Befragung*）あるいは対質権（*Konfrontationsrecht od. Recht auf Konfrontation*）という用語の登場をみても明らかである。すなわち、質問、対質という行為ないし状況が、裁判官と証人との関係だけではなく、被告人と証人との関係で権利として意識されるようになってきたのである。

他方、立法面における一九九八年の証人保護法の立法以来、ビデオリンク法式の導入等により完全な遮断に代わる代替措置の積極的運用がみられるようになつた。これにより、証人保護等の理由から直接対面尋問が適わない場合でも、被告人の質問権ないし対質権が一定程度保全されることとなつたわけである。したがって、判例においてもビデオリンク方式を歓迎する向きが強い。ただ、これらの措置の影響で遮断の必要性が全くなくなつたわけではない。連

邦憲法裁判所二〇〇九年一〇月八日決定（⑧判例）で認定されたように、画像および音声に変更を加えたビデオリンク方式による証人尋問でも、証人保護の目的を達成できない場合が想定されるからである。

最も困難な問題は、このような場合に対質権および質問権との調整をどのようにして図るかである。最も近時の⑧判例において、連邦憲法裁判所は、①到達不能事由に正当性があるか、②遮断に代わる代替措置はないのか、③慎重な証拠評価がなされているか、という三点を検討し、代替証拠の使用を認めた。これら三要件の検討は歐州人権裁判所も行っているところであり、憲法裁判所もこれに倣った判断を行っているかのようにもみえる。しかしながら、憲法裁判所は①～③の要素をそれぞれ個別に評価しない。特に、②法的補填と③証拠評価における補填とは混交され、全体評価の名の下に法的補填、すなわち代替措置による遮断の回避という視点は相対化されてしまっている。そのため、証拠評価が十分慎重になされ、補強証拠によって代替証拠がしっかりと基礎付けられていれば、ビデオリンク等の代替措置による遮断の回避は重要ではないという結論に陥りやすい。これに対し、歐州人権裁判所は、特に②および③の要素について独立した価値を与え、個別的に検討を加える。

- (1) *Christoph J. M. Saffering*, Anmerkung zum BVerfG, 2 Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 8.10.2009 – 2 BvR 547/08, StV 2010, 339, 340.
- (2) BVerfG, 2 Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 8.10.2009 – 2 BvR 547/08, StV 2010, 337.
- (3) サフーリー教授は、もくじ②の手続的埋め合わせと③の証拠評価とが混交されている点を、批判的に指摘する (*Saffering*, a.a.O. (Ann. (1)), S. 340.)。
- (4) 抗議「ツイッターにおける伝聞証拠の問題性（1）」国士館法学四二号（二〇〇九年）九八頁以下。
- (1c) BGH, Beschl. v. 17.10.1983 – GSSt 1 / 83, BGHSt 32, 115 ff.

(6) 第二刑事部は、これまでの連邦通常裁判所の見解によれば、連絡員の尋問に対する制約が行政当局によって十分に根拠付けられている場合は、証拏調べの譲歩も認められ、代替的措置はむしろ義務付けられる」とを論拏としている。そして、刑訴法一二三條、同一二四條、同二五一條一項二号に基づく代理尋問および尋問調書の朗読、ならびに刑訴法二五一条一項に基づく書面による供述の朗読を指摘する。しかしながら、その意思に反して弁護人を代理尋問から排除する」とまで許されるかという問題はこれまで同裁判所によって判断されたことがなかったため、拡大部の判断を仰いだものと思われる（Vgl. BGH, a.a.O. (Anm. (5)), S. 117.）。

(7) BGH, a.a.O. (Anm. (5)), S. 118.

(8) BGH, a.a.O. (Anm. (5)), S. 123.

(9) 一九八三年當時。ただし、現行法は認めている（刑訴法二四七条a第三文）。

(10) 裁判所構成法二七二条は以下のよう規定する。

裁判所は公判またはその一部について、以下の場合に公開しないことができる。

1. 国家の安全、公共の秩序または公序良俗に対する危険が懸念されるとき

1a. 証人、その他の人物の生命、身体または自由に対する危険が懸念されるとき

2. 公開の場で論じると主たる保護利益が損失を受けるような、重要な営業、取引、発明または税務上の守秘義務が問題となるとき

3. 証人または鑑定人が許可なく公開した場合、刑罰の対象となる私的秘密が公開の場で論じられるとき

4. 六歳未満の者が証言するとき

(11) BGH, a.a.O. (Anm. (5)), S. 125.

(12) BGH, a.a.O. (Anm. (5)), S. 125 f.

(13) 同条は、違法な証拏採取があつた場合に証拏申請を却下すべき」と（第一文）等と並んで、「証拏方法が完全に不適切で

あり、または到達不能（unerreichbar）であるとき」にも、証拏申請を却下できるとする。

(14) 原文では、「委託または依頼（beauftraget oder ersucht）を受けた裁判官」とおれており、受訴裁判所に属さない裁判官が代理尋問にあたることを想定しているものと思われる。

(15) BGH, a.a.O. (Ann. (5)), S. 126 f.

(16) リの意味で連邦通常裁判所は「絶対的真実解明 (unbeschrankte Sachaufklärung)」 という用語を用いているとの思われる (八三年決定引用箇所参照) \BGH, a.a.O. (Ann. (5)), S. 123)。

(17) BGH, Urt. v. 5.12.1984 - 2 StR 526/84, BGHSt 33, 83, 92.

(18) BGH, Urt. v. 16.4.1985 - 5 StR 718/84, BGHSt 33, 178 ff.

(19) BGH, a.a.O. (Ann. (18)), S. 178.

(20) BGH, a.a.O. (Ann. (18)), S. 181.

(21) BGH, a.a.O. (Ann. (18)), S. 182.

なお、第五刑事部は、拡大部三八年決定に關して以下のように述べてゐる。

「これまでの判例によつて発展させられてきた諸原則は、一九八二年一〇月一七日の拡大部決定において問題とされていない。拡大部は、公判手続において証人は刑訴法六八条の求める個人情報の供述義務から解放されることはないという見解を踏襲している。拡大部は代理尋問 (kommissarische Vernehmung) の場合についても)の見解を支持している。その限りにおいては、刑訴法二五一条二項の尋問の代替 (Vernehmungssurrogat) ややび伝聞証人について拡大部は見解を表明しなかつた。」(BGH, a.a.O. (Ann. (18)), S. 182.)

(22) BGH, Beschl. v. 3.11.1987 - 5 StR 579/87, BGHSt 35, 83 ff.

(23) ただし、本件では、代替証拠の使用が問題とされたわけではない。防護側は、到達不能状況にあつた証人の供述の中に登場した匿名の情報提供者に対する証人尋問を請求した。しかし、検察官および警察は、彼の身許を秘密にしておくことを要望し、これを理由にその身許の情報提示を拒んだため、この情報提供者は遮断される」ととなつた。これに対し第五刑事部は次のように判断している。

「情報提供者の住所、氏名が当然に確認されないのであるから、裁判所は——検察官および警察も含む——すべての公的機関に対し、証人の調査のために必要な同人の情報の提示を求めることができるし、求めなければならない (刑訴法二六一条、同二二〇二条、二四四条二項)。」の情報は、刑訴法九六条により、その開示が連邦および諸州の不利益となることが最高監督官庁 (oberste Dienstbehörde) によって説明された場合にのみ、開示を拒否する」ことが許される。その

よつたな説明がなされでこない限りば、証人を刑訴法[「四四条」]項第一文の意味における到達不能な証拠方法とみなすいふ  
は詰やれな。」(BGH, a.a.O. (Anm. (23)), S. 85.)

(25) BGH, Urt. v. 31.3.1989 - 2 StR 706/88, BGHSt 36, 159.

(26) BGH, a.a.O. (Anm. (25)), S. 160.

(27) 同様の指摘せ、<sup>②</sup>判例トマムニ<sup>③</sup> (Vgl. BGH, Urt. v. 11.2.2000 - 3 StR 377/99, NJW 2000, 1661, 1662. [Fall Haas])。

(28) BGH, a.a.O. (Anm. (25)), S. 160 f.

(29) BGH, a.a.O. (Anm. (25)), S. 161.

(30) 八九年判決せ、<sup>④</sup>前掲八七年決定 (BGH, a.a.O. (Anm. (23)), S. 92.) も指摘す。

(31) BGH, a.a.O. (Anm. (25)), S. 162 f.

(32) BGH, a.a.O. (Anm. (25)), S. 164.

(33) BGH, a.a.O. (Anm. (23)).

(34) BGH, Vorlagebeschl. v. 26.9.2002 - 1 StR 111/02, NJW 2003, 74 ff. 第一刑事部は、危険に曝けられぬ証人に安づく、  
画像および音声の変更を伴うエクタオーディオ方式を用いた証人尋問を実施するいとは、法的に許容やれねばからんべ、むし  
る権利保護上も求められべといだく、<sup>⑤</sup>それもとの判例の立場を変更した (S. 74.)。Vgl. auch *Christoph J. M. Safferling*,  
Verdeckte Ermittler im Strafprozess, NSZ 2006, 75, 76.

(35) ZB. BGH, Urt. v. 15.9.1999 - 1 StR 286/99, BGHSt 45, 188 ff.; BGH, Urt. v. 17.8.2004 - 1 StR 315/04, NSZ 2005, 43 f.;  
BGH, Besch. v. 19.7.2006 - 1 StR 87/06, NSZ 2006, 648 f.; BGH, Besch. v. 7.3.2007 - 1 StR 646/06, NJW 2007, 1475 f.

(36) BGH, Urt. v. 25.7.2000 - 1 StR 169/00, BGHSt 46, 93 ff.

(37) BVerfG, a.a.O. (Anm. (2)).

(38) BVerfG, a.a.O. (Anm. (2)), S. 337.

(39) BVerfG, a.a.O. (Anm. (2)), S. 338.

(40) BVerfG, a.a.O. (Anm. (2)), S. 338.

(41) 本節（一）に述べたとおり、少なくとも一九七〇年代までは、伝聞証人（代替証人）以外の他の代替証拠（調書等）の  
ユーティリティにおける証聞証拠の問題性（1）（内藤大海）

取扱いについて、証拠法上大きな違いがあると理解されてゐる（拙稿・前掲（註4）1〇五頁）。時代的には一九八〇年代に入つており、八三年の拡大部決定（①判例）を経た後であるが、②八五年判決が書証を含む代替証拠全体についてのような見解を示したものであるかについては慎重であるべきであらう。

(42) BGH, a.a.O. (Ann. (27)).

(43) Vgl. EGMR[*Haas v. Deutschland*] Urt. v. 23.11.2005, Beschwerde Nr. 73047/01.JR 2006, 291; *Karsten Gaede*, Anmerkung zum Urt. der 3. Kammer des EGMR v. 23.11.2005 (Beschwerde-Nr. 73047/01) – *Haas v. Deutschland*, JR 2006, 292 ff.

(44) BVerfG, 3. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 20.12.2000 – 2 BvR 591/00, NJW 2001, 2245, 2246.

(45) EGMR, a.a.O. (Ann. (43)).

(46) Vgl. auch EGMR, a.a.O. (Ann. (43)).

(47) いの点にてこゝせ、次のようによつて、上級地方裁判所が遮断の宣誓を受け入れたいとは批判できないとする。かはわち、匿名の原供述者（Quelle）は国外において、国際テロリストとの戦いのためにドイツ当局と協働していくことは明白である。

そのような人物およびその家族に對してテロ組織による報復という特別の危険が存在する。しかも、密告があれば、目下滞在中の国家が、ドイツ当局との協働を理由に当該人物に對して厳しい制裁を科す危険も存在する。これらわけのような場合においてはドイツ当局による十分な保護はほとんど不可能であるから、特別の危険が存在するとはなおやらずである。ところどころ匿名証人の供述が、その供述（を内容とするPおよびB証言）およびその他の証拠による事実認定の仕上げ（Aburndung）として使われたものに過ぎない点を強調し、証拠評価の面からも十分に調整が図られていると強調する。

(48) BGH, Besch. v. 29.11.2006 – 1 StR 493/06, BGHSt 51, 150 ff.

(49) これは、⑤判例の被告人が歐州人権裁判所に申し立てた事案である（EGMR, a.a.O. (Ann. (43))）。歐州人権裁判所は國家への帰責可能性という点についてかなり具体的に認定してゐる。

(50) 本稿では、専ら不利益原供述者の到達不能状況および到達不能事由に関する判例について分析を加えてゐる。そのため本文中では紹介しなかつたものの、ハンブルク上級地方裁判所二〇〇七年三月二二日決定は興味深い事例を提供している。本件は、被告人がT（共同被告人ではない）と共にして侵入盗（Einbruchsdiebstahl）を行つたか否かが争点となつた事案で

- ある。被告人は、自己が本件窃盗に関与していないことを証明する目的で、Tの証人尋問請求を行ったが、原審のリューベック区裁判所はTが到達不能状況にあったとしてこれを却下した。区裁判所は、このような判断に至るまでは、Tが身柄拘束から解放された拘置施設に対して召喚を試みたり、警察による居所の調査を命じるなどしたが、いずれも失敗に終わっている。さらに、リューベックの未決勾留施設に対する照会により、TがDという弁護士を選任していた事実が明らかになった。そこで、Dに対するTの居所照会がなされたが、そのときDはすでに解任されてためTの居所は分からないと回答があつた。このような事実関係をみてみると、確かに裁判所はTの召喚のために手を尽くしているようにもみえる。しかし、ハンブルク上級地方裁判所は、到達不能状況が認められるのは、裁判所が自らの真実解明義務を考慮し、証人の召喚のためにその重要性に応じたあらゆる手を尽くしてもかかわらず目的を遂げなかつた場合、および証拠方法を予測可能な時間内に提出できない場合のみであり、本件はそのような場合ではないとする。すなわち、証人Tに関する係争中の訴訟資料等からその居所を確認したり、Dに代わる新たな弁護人が選任されているかどうかを確認した上で、Tの居所を調査することもできたはずだという。そして、この程度の手続きであればそれほど期間を要するものではなく、区裁判所が懸念した訴訟の遅延は問題にならなかつたのであるから、こうすべきであつたと結論付けている（OLG Hamburg, Beschl. v. 23.3.2007 – 1 Ss 10/07, StV 2009, 9.）<sup>51</sup>。Vgl. auch OLG München, Beschl. v. 6.11.2006 – 4 St RR 194/06, StV 2009, 9 ff.
- (51) 拙稿・前掲（註4）1〇―1頁以下参照。
- (52) BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 4 StR 461/08, StV 2010, 57 f.
- (53) 同日、裁判長が、公判担当検事（Sitzungsvertreter）に共同被告人Kに対する質問権を認める前に、Kに対して「あなたが他の被告人の弁護人による質問に応じられない限りがあるかどうか分かりませんが」と述べていた事実が決定理由に示されてこそ（vgl. BGH, aa.O. (Ann. (52)), S. 57.）。
- (54) Vgl. EGMR, aa.O. (Ann. (43)).
- (55) BVerfG, aa.O. (Ann. (2)), S. 337.
- (56) BVerfG, aa.O. (Ann. (2)), S. 337.
- (57) BGH, aa.O. (Ann. (18)), S. 178 ff.
- (58) BGH, aa.O. (Ann. (18)), S. 181.

- (59) エルゴヘー 質問権について概念が判例上用いられるようになったのは、早くとも1990年以降のいりでないかと思われる（Vgl. BGH, aa.O. (Ann. (48))）。八五年判決でも、事実と近接していない証拠方法の使用が通常許されないことが示唆される（「いやだな、ねやへい」時点では直接主義との関係で裁判所の事実認定をいかにロハーロールすぐかかといつ）ことが念頭におかれているのではないかと思われる。
- (60) Vgl. z.B. EGMR[*Dorson v. Nederland*], Urt. v. 26.3.1996, Beschwerde Nr. 20524/92.
- (61) *Suffering*, a.a.O. (Ann. (1)), S. 340.
- (62) EGMR[*Sapunarescu v. Deutschland*] Entscheidung v. 11.09.2006, Beschwerde Nr. 22007/03.
- (63) BGH, aa.O. (Ann. (36)).
- (64) Vgl. z.B. BGH, a.a.O. (Ann. (34)). なお、レーマン刑訴法の規定する証人尋問の諸類型についてせざ、拙稿・前掲（註4）九三頁以下参照。
- (65) LG *Mainz*, Beschl. v. 26.6.1995 – 302 Js 21307/94 jug. 3 A Kls, NJW 1996, 208 f.
- (66) 清水真「証人保護のための遮蔽措置及びカーボ・ランク方式の合憲性（一）」獨協法学六八号（1996年）一四七頁参考。
- (67) 本件で行われた証人尋問では、CCTV（クローズド・サーフィット・システム）と呼ばれる手法が用いられた。しかし、尋問は固定カメラを通じて行われ、その様子がメール四方のスクリーンに映し出される（いとこ）た（録画はなされていない）。法廷と尋問室（別室）の間には電話が引かれており、尋問者に対して申立および異議を行うことができた。被害児童に対する尋問の間、法廷における裁判長の職務は、区裁判所の裁判官により代行され、場合によっては電話により異議を伝達する（いとこ）た。技術的な変更は見送られた。
- (68) LG *Mainz*, aa.O. (Ann. (65)), S. 208.
- (69) Gesetz zur Zeugenschutz (ZSchG) v. 30.4.1998.
- (70) Gesetz zur Harmonisierung des Schutzes gefährdeter Zeugen (ZSHG) v. 11.12.2001 (BGBl. I 3510).
- (71) 後述の第一刑事部「〇〇四年七月一七日決定の他」二十四のものがある。Vgl. BGH, Urt. v. 15.9.1999, aa.O. (Ann. (35)); BGH, aa.O. (Ann. (34)); BGH, Beschl. v. 19.7.2006, aa.O. (Ann. (35)); BGH, Beschl. v. 7.3.2007, aa.O.

(Ann. (35)).

(72) BGH, Beschl. v. 17.8.2004, a.a.O. (Ann. (35)), S. 43.

(73) Vgl. auch BGH, Urt. v. 15.9.1999 (Ann. (35)) ; BGH, Besch. v. 17.3.2007, aa.O. (Ann. (35)).

(74) BGH, a.a.O. (Ann. (36)).

(75) BGH, Urt. v. 12.11.1996 – 5 StR 756/94 BGHSt 42, 15 ff.

(76) BGH, a.a.O. (Ann. (75)), S. 25.

(77) BGH, a.a.O. (Ann. (27)).

(78) EGMR, a.a.O. (Ann. (43)).

(79) BGH, a.a.O. (Ann. (48)).

(80) BGH, a.a.O. (Ann. (48)), S. 152 f.

(81) なお、第五刑事部は、この点よりもむしろ到達不能状況の発生が行政権に帰責であるものであつたとの主たる論拠として、歐州人権条約六条三項d号に対する違反はないとしており、慎重な証拠評価については特に触れていない。

(82) ただし、傍聴人との関係では問題となる。

(83) この点、早くから被告人の防衛の利益ないしは防衛権の存在を前提に直接主義を理解し、伝聞証人（伝聞証拠）の利用を制限しようとした論者として、エーザー教授が挙げられる。エーザー教授は、一九六三年の論考で、直接主義は書証のみならず伝聞証人をも禁止するものと解したうえで、これを防衛権と関連付けて理解してゐる（*Albin Eser, Das Verwertungsverbot des § 252 StPO und die Vernehmung des vernehmenden Richters, NJW 1963, 234, 236 f.*）。このやうな理解は、直接主義は原則的に書面朗読の禁止であるとする当時の通説から大きく踏み出したものであったといえる。上口教授による一九七八年の分析によれば、その当時においてこの見解を支持する論者はほとんど存在しなかつたようである。ただし、一九六六年第四六回ドイツ法曹大会においては、歐州人権条約六条三項d号の保障する質問権との関係で伝聞証人に對する詰人尋問が問題とされてゐる。この点について、上口裕「西ドイツ刑事判例における伝聞証人の地位（二）」南山法学一卷二号（一九七八年）五九頁以下、および七〇頁（註六五）が詳しい。

ドイツにおける伝聞証拠の問題性（一）（内藤大海）

(84) なお、歐州人権裁判所二〇〇五年一月二三日判決「ハース事件」(a.a.O. (Ann. (43)))では、原供述者サイードが到達不能状況に陥ったことが問題となつた。連邦通常裁判所は、「( )」の他に他の証拠による補強によりサイード供述を被告人の有罪認定に用いるが、その際さらに別の匿名者の供述が利用されていた点が一部で問題とされてい。(Gaede, a.a.O. (Ann. (43)), S. 296.)。

(85) 原供述者が潜入捜査官等であり代替証拠が使用される場合、多くの場合は裁判所も原供述者（潜入捜査官）の身許を知らないようである。被告人の権利としての身許情報取得権のようなものが意識されていない」とは本文で述べたとおりであるが、真実解明義務との関係上、裁判所が原供述者の身許情報を入手しているか否かが代替証拠の使用にどのように影響するのかは明らかでない。もちろん、裁判所が身許情報を得ていらない状態で代替証拠に頼る場合には、少なくとも証拠評価の点で影響を受けることにはなる。

(86) なお、学説においては遅くとも一九六三年のエーヤー教授の論考では、被告人の利益 (Interesse des Angeklagten)、防御の地位 (Verteidigungsstellung)、質問権 (Fragericht) という概念が登場す。<sup>86</sup> (Eser, a.a.O. (Ann. (83)), S. 236 f.)