

# ドイツにおける伝聞証拠の問題性（三・完）

——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稿の問題意識
  - (二) 到達不能 (Unmittelbarkeit) / ビデオリンク方式、その他
    - 1 到達不能状況におけるだいたい証拠の使用
    - 2 証人保護と代理尋問、ビデオリンク方式
  - 二 到達不能 (Unmittelbarkeit) の発生事由
    - (一) 事実に到達不能と法的到達不能
    - (二) 事実に到達不能事由
    - (三) 法的不能事由
      - 1 証言拒否権 (Zeugnisverweigerungsrecht)
      - 2 行政権による遮断 (Superrung)

ドイツにおける伝聞証拠の問題性（三・完）（内藤大海）

三 連邦通常裁判所の判例の分析・検討

(一) 連邦通常裁判所の見解の変遷

- 1 一九七〇年以前
- 2 一九八〇年初頭（一九八三年拡大決定に至るまで）
- 3 一九八三年刑事拡大決定
- 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 (Superung) 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三十一日判決
  - ⑧ 連邦憲法裁判所第二刑事部二〇〇九年一〇月八日決定
  - 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月二十九日決定
  - 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

(以上四二号)

④連邦通常裁判所第五刑事部一九九六年一月二二日判決

(四) 原供述者の身許 (Identity) の不開示

(五) 小活

#### 四 欧州人権裁判所の判例の分析・検討

(一) 欧州人権条約、欧州人権裁判所および欧州人権委員会

1 欧州人権条約

2 欧州人権裁判所および欧州人権委員会

(二) *Kostovski* 事件と欧州人権裁判所のその後の見解

1 *Kostovski* 事件

2 欧州人権裁判所によって示された三つの視点

① 欧州人権条約六条三項d号の位置付け——一項の保障する「公正な手続き」との関係において

② 証人の意義

③ 通常の証人尋問に対する制約の許容性

(三) 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

2 事実上の到達不能と代替証拠の使用

3 法的到達不能と不利益供述の使用

4 検討

(四) 補填理論——不利益の平衡化 (counterbalancing)

(五) 原供述者の身許 (identity) の不開示

(六) 小括

結びに代えて

(以上四三号)

(以上本号)

#### 四 欧州人権裁判所の判例の分析・検討

(一) 欧州人権条約、欧州人権裁判所および欧州人権委員会

##### 1 欧州人権条約<sup>(1)</sup>

欧州人権条約（以下、本稿ではたんに「人権条約」とする場合がある）はドイツ刑法および刑事手続との関係で重要な国際法規である。これに対し、同条約で保障された諸権利の侵害の有無について最終的に確認を行う機関は欧州人権裁判所（the European Court of Human Rights / 以下、本稿ではたんに「人権裁判所」とする場合がある）である。問題となるのは、ドイツ基本法と欧州人権条約とで、基本権保障の評価において異なる帰結に至る場合である。<sup>(2)</sup> このような場合は、両者の矛盾回避のために条約に適応する解釈が求められることになるが、基本権に対する理解は人権条約と同様に人権裁判所の判例にも一致するように解釈されることとなる。このような条約適合解釈（Konventionkonforme Auslegung）<sup>(3)</sup> という手法は、ドイツ法秩序に対する人権条約の事実上の優越を認めることとなる<sup>(4)</sup> ところである。

欧州人権条約のなかでも本稿との関係で特に重要なのが、六条の保障する「公正な手続き（fair trial）」の保障である。<sup>(5)</sup> 同条一項は刑事被告人に対して、公平な裁判所による公開の迅速な裁判を保障する。さらに三項は八項目にわたり刑事被告人の諸権利を保障しており、防御権（b号）および弁護人選任権（c号）の保障や、不利益証人に対する反対尋問権（d号）等について規定している。このうち本稿が特に問題とするのが、証人尋問に関して規定する三項d号の規定である。三項d号は、公訴提起を受けた被告人に対し、不利益証人に質問しまたは質問させる、もしくは

は不利益証人と同じ条件で利益証人を召喚し尋問を行う権利を保障している。六条は公正な手続きを受ける権利について一項で包括的に規定しつつ、その発露として二項以下で個別的権利を規定するという構造をとっている。<sup>(6)</sup> そのため手続きを全体としてみたときの評価が、公正な手続き原則に対する違反の有無を判断する本質的基準となる。<sup>(7)</sup>

すでにみてきたように、匿名不利益証人（特に報復等の危険が及びうる潜入捜査官証人など）が問題となる場合、当該不利益証人を尋問することは許されるか否かが主たる問題となる。六条三項d号に対する制約は、不利益証人に対する質問（反対尋問）が全く認められない場合から、質問自体は可能であるが付帯状況の全部または一部が削ぎ落とされる場合（例えばビデオリンク方式を用いた尋問など）まで、その類型は多岐にわたる。<sup>(8)</sup>

## 2 欧州人権裁判所および欧州人権委員会

ドイツにおける刑事事件の審及は、通常の刑事事件であれば、第一審については州裁判所 (Landesgericht) か区裁判所 (Amtsgericht) が担うものとされ、これに対する上告審として連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof) が置かれている。さらに、その上には連邦憲法裁判所 (Bundesverfassungsgericht) があり、憲法問題について審議することになっている。しかし、ドイツもまた欧州人権条約の批准国である。国内裁判所が人権条約違反を見逃してしまっている場合、当事国 (Satenbeschwerde)<sup>(9)</sup> ないし当事者 (Individualbeschwerde)<sup>(10)</sup> は人権裁判所に抗告することができる。これを人権抗告 (Menschenrechtsbeschwerde) とし、人権裁判所が人権条約によって保障された基本権に対する侵害を確認した場合、国内裁判所の判決はもはや維持できないことになる。これに関して人権条約四一条は、人権条約違反が確認される場合に人権裁判所は救済を認めなければならない旨規定する。そしてドイツ刑訴法三五九条は、人権裁判所が人権条約に対する違反またはその記録を確認し、当該判決がこの違反に基づくものである場合に再審を認める。これと並んで人権条約四六条一項は、締結国は自らが当事者となる全ての事件において人

権裁判所の判断に従わなければならない旨命じている。その意味で判決の（直接的）効力は、原則として当事国にのみ妥当する。しかし、他の批准国に対する影響力がないわけではない。欧州人権裁判所の判断と自国の法規が調和しないときは、（当事国に対するのと）同種事案において、将来欧州人権裁判所による是正が及びうることを受忍しなければならぬ<sup>(12)</sup>。その意味で、同裁判所の判決には規範的指針（normative Leitfunktion）としての機能がある<sup>(13)</sup>。

しかし、このような人権抗告が受理され、人権裁判所で条約違反の有無が審理されるまでには、その前段階として欧州人権委員会（the European Commission of Human Rights / 以下本稿でたんに「人権委員会」とする場合がある）の判断を経なければならない。人権裁判所に対する人権抗告に関しては、許容性および審査範囲という二つの前提条件ないし制約がポイントとなる。すなわち、どのような場合に人権抗告が受理され、その場合いかなる範囲で国内裁判所の下した原判決の再審査がなされるかという点である。

まず、許容性の要件からみていこう。人権裁判所に対する人権抗告が認められるためには、まず国内の法的手段を全て利用し尽くした後でなければならぬ（人権条約二六条および三五条一項）。この要件は、人権条約違反を訴えられている当該締結国に対し、国内法システムの枠内で手続的瑕疵を是正し、ひいては人権条約違反を回避する機会を与えることに繋がる。それでもなお人権条約違反の疑いがある場合は、どのような手続きによるのか。国内の司法システムにおいて被告人となった者が、人権条約の保障する自らの諸権利が侵害されたと考えるとき、当該被告人は原告人（英＝Applicant / 独＝Beschwerdeführer）として人権条約違反を申し立てることができる。人権条約違反の申立てでは、まず人権委員会によって審査された後、必要がある場合に人権裁判所の審査を受けるという二重審査を経て認定されることとなる。

まず、人権委員会では、先に示した許容性の要件が充足されているか否かが審査される。しかし、許容性の要件の

充足が認められる場合であっても、直ちに人権裁判所の判断が仰がれるわけではない。まず、第一段階として人権委員会は、申立に明らかに理由がないときに当該申請を認められないものと扱うことができる（人権条約二七条二項）。<sup>(14)</sup> その場合、手続きはここで終了する。反対に請求に理由がある、または明らかに理由がないとまではいえない場合は申請を受理することになるが、この場合でも人権委員会は案件を直ちに人権裁判所に送ることはせず、状況把握の役割を担うとともに、当事者間の仲裁を行う。ここで原判決（国内裁判所における終局判断）に変更が加えられるなどして両当事者、すなわち抗告人と当該国家とが合意した場合、手続きはここで終了する。しかし、仲裁が不調に終わった場合、人権委員会は閣僚委員会（Ministerausschuss）に条約違反が存在しうる旨の意見書を提出する。そして、抗告権者（Klagberechtigte）二者の判断で、事案が人権裁判所に提出されることになる（人権条約四七条）。なお、三ヶ月以内に提出されなかった場合は、閣僚委員会自ら条約違反の有無を判断する。なお、実務においては人権委員会が条約違反を認める場合、多くの事件で閣僚委員会が判断を行っているようである。<sup>(15)</sup>

## （二）Kostovski 事件と欧州人権裁判所のその後の見解

以下では、人権裁判所の判例について分析を加えるにあたり、同裁判所が一貫して示してきた判断について概観する。人権裁判所はリーディング・ケースとされるKostovski<sup>(16)</sup>対オランダ事件ですでにその骨子を示しており、その後の判例もこれに倣って原則論を展開しているため、まずはKostovski 事件からみていくことにする。

### 1 Kostovski 事件<sup>(17)</sup>

Kostovski 事件は、欧州人権裁判所にとって、匿名証言の問題を取り扱う初めての機会となった。本件では、申立人であるKostovski は他二名の被告人と協力して、オランダの銀行に対する武装強盗の罪で有罪判決を受けた（六ヶ

月の自由刑)。この有罪判決は、主として二名の匿名証言の証言に基づくものであった。両人は銀行強盗の目撃者ではなかったものの、銀行襲撃とその関与者について報告を受けたと供述し、被告人らをよく知った仲である旨申し述べていた。以下、事実関係についてみておこう。

### 【事実の概要】

問題となったこの二名の証人のうち、一人は事件後に供述を行い、もう一人は事件後一ヶ月経過後に供述していた。後者は、一人目の証人と同様に行方不明について供述し、さらに強盗犯人、行為態様および収益に関するより詳細な情報を含む供述を行った。この段階でも、警察の尋問調書において両証人の身許の匿名化は維持されていた。その後、予審判事 (the investigating judge) により二人目の証人に対する尋問が実施された。証人の希望により、やはりここでも完全な匿名化が維持されている。その理由として、懸念される報復措置に対する証人の不安には十分に理由があるとして、被告人および弁護人不在の中、予審判事自身証人の真の身許を知らないまま尋問が実施された。他方、被告人であった抗告人らに対しては、書面による間接尋問の実施および尋問調書閲覧が認められたことで、証人審問権の一部が保障されることとなった。ただし、証人の真の身許が明かされることはなく、身許に関する質問には回答されない旨あらかじめ取決められていた。

その後、事件は公判手続に付されることとなる。公判手続において、裁判所は証人に質問を行った予審判事と警察官とを伝聞証人として尋問し、さらに公判前手続 (pre-trial proceeding) で作成された警察の尋問調書の朗読を行っている。裁判所主催の予審における二名の証人の宣誓証言は最終的に朗読され、「裁判所の面前における証言」であるとされた。両匿名証人自身は、口頭手続において尋問を受けなかった。

防側から異議が唱えられたにもかかわらず、裁判所は自らの判断を形成するにあたり代替証拠を通じて明らか



にされた匿名証人の知識を利用した。裁判所は、二名の匿名証人の証言が相互に証明、補強し合っていることを指摘し、そして証人らの信頼性判断においては警察官および予審判事の判断を根拠とした。

その後事実審裁判所の判決に対して抗告人から上訴がなされたが、抗告人またはその弁護士と対面した状況の下で証人を尋問することも認められず、また法的根拠に基づく上訴が認められることもなかった。通常裁判所(Hoge Raad)は、欧州人権条約六条は、裁判官が被告人の質問権を一定程度制約することが適切な司法の利益に照らして必要であると認められる場合は、かかる措置も妨げられない旨判事した。

#### 【判旨】

しかしながら人権委員会と人権裁判所はこれに関して別の見解に立っている。両者は、欧州人権条約六条三項d号と結び付いた同条一項に対する侵害を認めた。この判断は主として次のような理由付けに基づいている。

証拠の許容性は、まず第一義的には国内法の規定すべき問題である。したがって、問題となっている証言がいみじくも許容され、評価されるか否かに関して見解を表明するということに本裁判所の使命があるのではない。その使命とすることは、むしろ手続きが、証拠の採用法を含む全体において公正であったか否かを判断することである。その際、欧州人権条約六条一項および三項d号を併せ考察し、抗告の申立てに対する判断がなされなければならない。人権条約六条三項d号の目的に照らしてみると、証言を行った両人物は証人とみなされる。というのは、両人の証言は、今や公判手続きにおいて朗読されるとされまいと、目下実際に裁判所に提出され、裁判所により評価に組み込まれているからである。

基本的に被告人に不利な全ての証拠は、相対立する議論に曝される公開の手続きにおいて採用されなければならない。しかし、このことは、証拠として利用されるためには、証言が常に口頭手続きにおいてなされなければならない

ないということの意味しない。公判前手続において獲得された証言も、被告人の防衛権が保障されていることを前提条件として、判決において利用することが許されるのである。このことは、被告人に不利な証言を行った証人の信憑性を初めから問題とし、そして当該証人が証言をなした時点か、手続きにおける後の時点で彼に対して質問を行う適切で十分な機会を被告人が有することを求める<sup>(18)</sup>。

まさにこのことが、本件事案においては欠如している。本件においては、防衛権 (the right of defence) は、公正な手続きに言及しえないほどに制限されてしまっている<sup>(19)</sup>。たしかに、防衛側が証言を採取した警察官および予審判事に質問することができたこと自体は正当である。また、匿名証人に対して少なくとも書面による質問 (written question) を行うことも可能であった。しかしながら、この方法でなされうる質問の性質および範囲は、相当程度制限されたものであった。これは、とりわけ証人の匿名性を保障すべきとする裁判所の判断に配慮したものであり、抗告人が対面することを困難なものとする要素であった。防衛側が質問しようとしている人物の身許を知らない場合、このことは場合によっては、当該人物が偏見、悪意を持ち、またはたんに思い違いをしているという可能性が推認させることになる。証言は、故意による嘘または思い違いが入り込む可能性がかなりのレベルで存在する。そして、証人の信憑性を吟味し、疑問視することを可能にする情報が不足している場合、防衛側にとって嘘や思い違いの介在を証明することはかなり困難である。かかる状況が内在している危険性は明らかである<sup>(20)</sup>。

加えて、匿名証人が不在であったため、判決裁判所にとっても、質問の手続きを監視し、ここから当該証人の信憑性に関する独自の印象を形成することは不可能であった。裁判所が信憑性の問題について証拠を採用し、問題となっている証言を評価するにあたりたしかに慎重であったことは間違いない。しかし、このことをもって、直接的な監視の欠如に対する適切な埋め合わせと評価することはほぼ不可能であろう。他方で、予審判事が匿名証人を尋

問したというのもしかたかな事実である。しかし、これに関して当裁判所は、抗告人、弁護人のいずれも尋問の際に不在であったこと、予審判事自身も本件証人の身許を知らず、したがって信憑性の吟味に対する影響がないわけではなかった可能性があるという状況を確認せざるをえない。<sup>(21)</sup>

匿名証人の証言に頼らざるをえないという実務の状況は、増加する証人威迫を背景とするものであり、社会と被告人、証人の間における利益の権衡という点にその許容性の根拠を有するという反論は、評価することができない。当裁判所は、組織犯罪との戦いが有する意義を過小評価してはいない。この問題が重要である場合でも、それでもやはりこの問題が決定的な意義を有するわけではない。組織犯罪の増加はたしかに適切な措置の導入を必要としよう。しかし、「文明社会においてはすべての者が、コントロール可能でかつ公正な裁判手続に関する利益を有する」と弁護人が述べているところ、必要論はかかる利益に対してさほどの影響力を有しない。司法の公正な運用に関する権利は、合目的性のために犠牲にされることのない重要な地位を有している。<sup>(22)</sup> 人権条約は、捜査段階において匿名の情報提供者を信用することを排除していない。しかしながら、その後有罪判決を根拠付けるために十分な証拠方法として匿名証言を利用することは、これとはまた別の問題である。したがって、人権条約六条の保障と矛盾する制約が生じているのである。

本判決では、人権条約六条の保障する公正な手続き違反の有無をその手続きの全体において判断すべきことが人権裁判所の役割であり、その枠組みの中で同条三項d号の保障する権利に対する制約が評価されることが明示された。具体的には防衛権を基礎にして被告人には質問権が保障されなければならないという。そして、不利益証人に対して防衛側が自らその信憑性判断に関与することが可能でなければならないという。この点、本件は書面による質問が可能であった事案であり、完全ではないにせよ不利益証言に対し防衛側が批判的立場から関与することも可能であった。

しかしながら、人権裁判所はかかる措置では質問権の保障は不完全であるという。加えて本件では、オランダ国内における裁判所が問題となった証言の採取過程を直接監視することなく、その内容を前提に有罪判決を行っている点も問題とされている。もはやこのような状況下においては、当該証言について慎重な証拠評価がなされたとしても、証人尋問の制約に対する適切な埋め合わせとはならないと断じている。最後に、証人への到達不能事由に対してであるが、オランダの国内裁判所は証人保護の必要性から匿名化に理由ありとしたものの、人権裁判所はそのために司法の公正性の利益が犠牲にされることは許されず、少なくとも有罪判決を根拠付ける十分な証拠方法としては匿名証言を利用することは許されないとした。ただし、その後、*Van Mechelen* ほか対オランダ事件および *Liefveld* 対オランダ事件<sup>24</sup>で、証人の匿名化を維持したまま視聴覚的変更を伴うビデオリンク方式を用いた証人尋問が問題となった際、人権裁判所および人権委員会はかかる措置を認めており、匿名証人の利用が全く許されないとするものではなかったとみるべきであるように思われる。

これ以降、人権裁判所および人権委員会はおおむね *Kostovski* 事件で示されたのとほぼ同様の見解に立ち判断を示していくこととなる。以下、本判決で示されたいくつかの原則論についてまとめておく。

## 2 欧州人権裁判所によって示された三つの視点

① 欧州人権条約六条三項d号の位置付け——同一項の保障する「公正な手続き」との関係において

欧州人権裁判所は、ほとんどの事案で一貫して以下の原則論を繰り返し述べている。まず、人権抗告に関する同裁判所の任務について以下のように述べる。すなわち、証拠の許容性の問題は第一義的には国内裁判所の規定する事項であり、人権裁判所は問題となっている証拠が正当に許容され、評価されているか否かについて意見を述べるものではない、と。そして、自らの使命を、国内における手続きが証拠採用方法を含む全体において公正であったか否かを

判断することにある、という<sup>(25)</sup>。この点について、例えば Haas 対ドイツ事件では、人権条約六条三項の要請は、同六条一項の保障する公正な手続きを受ける権利の個別的側面であり、これら両規定に照らして同事案における抗告を検討する旨述べられている<sup>(26)</sup>。本稿では、人権条約六条三項 d 号の保障する証人審問権に対する侵害について人権裁判所がどのような判断を行っているのかについて検討を加えるが、人権裁判所はそもそも六条三項 d 号を独立した権利規定とは考えておらず、あくまで六条一項の保障する「公正な手続き (fair trial)」の二内容としか考えていないというべきであろう。そのため、三項 d 号の保障する (通常の) 証人尋問に対する制約が生じた場合も、これに対する補填が十分になされていれば、その結果全体としては公正な手続きは保障されていたと評価されることになる。Haas 対ドイツ事件以外でも、「欧州人権条約六条一項と結び付いた同三項 d 号」に反する、あるいは反しないという表現が用いられるのは、このような人権裁判所の態度を示したものと考えられる。

## ② 証人の意義

次に、六条三項 d 号における証人 (Witness) の意義には、実際に公判廷で証言を行わなかった原供述者も含まれるという。というのは、実際に公判廷で供述を行っていない者の供述であっても、それを内容とする代替証拠 (伝聞供述も含む) は実際に裁判所に提出され、その評価に算入されるからである。<sup>(28)</sup> 人権裁判所はこれまでの判例においてしばしばこのことを確認しているが、最近の議論においては公判廷で証言を行わない原供述者、すなわち到達不能証人、匿名証人が人権条約六条にいう証人であることについてドイツ学説上も争いはないとみてよいだろう。<sup>(29)</sup> ただ、原供述者が共同被告人である場合で、彼の公判外供述が被告人の有罪立証に用いられる場合は人権条約六条の保障する二つの基本権の対立という問題が生じる。というのは、共同被告人は被告人との関係では右の意味での不利益証人であるものの、被告人である以上黙秘権が保障されることになるからである。<sup>(30)</sup> しかし、証言が共同被告人によってな

れたのか厳格な意味での証人によってなされたのかに關係なく、その証言が実質的なレベルで有罪の根拠となりうる場合は、やはり人権条約六条一項および三項d号の保障が及ぶ不利益証拠であるというのが人権裁判所の見解である。<sup>(1)</sup>この問題の詳細については黙秘権行使による証人審問権の制約と代替証拠の使用が問題となるため後述する。

### ③ 通常の証人尋問に対する制約の許容性

人権裁判所は、被告人に不利な全ての証拠は、相対立する議論に曝されることになる公開の手續きにおいて採用されなければならないという原則を確認する。しかし、例外を全く認めないわけではなく、被告人の防衛権が保障されていることを前提条件に、公判前手續 (pre-trial proceeding) において獲得された証言を利用することも許されるのだという。具体的には、被告人は (前述の意味での) 不利益証人の信憑性に疑問を投じることができなければならないのであって、当該人物が証言を行った時点 (捜査段階など) か、(同一) 手續中の後のある時点で同人に対して質問を行う適切かつ十分な機会を与えられなければならないのだという。

人権裁判所は上記三つの原則論を示し、それぞれ具体的な事案に当てはめ個別的解決を行っていくことになる。以下では、ドイツの場合と同様に、到達不能事由、補填理論および原供述者の身許の不開示という三点について分析を加える。

## (三) 到達不能事由に関する個別的検討

### 1 行政権による証人遮断

行政権による証人遮断が問題となる類型には三つがある。すなわち、一般私人たる証人の報復からの保護、被害者証人の報復および二次的被害からの保護、さらに潜入捜査官たる証人の報復からの保護および継続的活動の維持を目

的とした証人遮断である。なお、ここで証人と述べているのは独立した意味での証人であり、原供述者のことを指す。多くの事件において証人への到達不能の発生は証人保護によって生じている。すでにみたように *Kostovski* 判決では、有罪判決を根拠付ける十分な証拠として匿名証言を利用することは許さないことが明示された。そうであるとしても、かかる証拠が有罪判決にとって決定的な証拠としてではなく、たんに補助的証拠として利用されることまで否定するものではないだろう。*Kostovski* 判決では、原供述者の匿名化および部分的遮断（直接対面質問の拒否）の原因——すなわち到達不能事由——よりも、防衛権という見地からみた質問権の保障という点にその判断の意義があったためか、到達不能事由については十分な検討が行われていなかった。しかしながら、人権委員会は条件付ビデオリンク方式を用いた証人尋問を認めているところ、証人威迫等の問題がなく原供述者が利用可能な場合にまで、証人尋問に対するこのような制約を認めるとは考えられない。事実その後の事案においては、一定の要件の下で質問権に対する制約を認める事案が数多く登場することになる。

質問権に対する制約事由の発生原因に着目した場合、最も問題となりやすいのが証人の遮断であろう。ドイツのよう<sup>(32)</sup>に証人の「遮断」が制度的な処分ないし措置として位置付けられているか否かは別として、警察ないし裁判所（予審判事）が不利益証人の公判廷への出廷を拒む場合についてここでは取り扱うこととする。

一九九六年の *Doovson* 対オランダ事件<sup>(33)</sup>では、被告人が薬物の売人である旨の薬物常習者六名による証言がなされ、これに基づく有罪判決が人権条約六条三項 d 号との関係で問題となった。人権裁判所は、匿名証人の証言を利用することが、いかなる状況下においても人権条約に抵触するわけではないことを指摘した。<sup>(34)</sup> すなわち、人権条約が保障する（証人の）身体、生命および自由<sup>(35)</sup>という他の利益が危険に曝される場合は、六条三項 d 号の保障する権利はこれと比較衡量されることになるとする。そして、依存性薬物の売人はしばしば不利益証人に対して威迫および暴力を用い

ることがあり、少なくとも本件匿名証人の一人は法廷で行った証言を理由に暴力を受けたことがあることを指摘し、<sup>(36)</sup> 本件における匿名化は正当であると判断を下した。翌年の *Van Mechelen* <sup>(37)</sup> ほか事件では、複数名の匿名証人（警察官であるが潜入捜査官ではない）の供述を録取した書面が証拠として提出され、第一審がこれに基づいて有罪判決を下したため人権条約六条三項d号違反が問題となった。そこで、第二審は事案を予審判事のもとへ差し戻し、問題となった匿名証人があらためて取り調べられることとなった。その際、同人の身許を知っている予審判事、匿名証人、文書作成官は同じ部屋に在室し、被告人および弁護士、検察側の代表者は別室にとどめおかれることとなった。匿名証人らは、彼ら自身または同僚が過去に威迫を受けたことがあり、自己または家族の保護のために匿名化が必要であると主張した。予審判事は被告事件の重大性および行為経過の態様から、この主張には正当な理由があると認めた。

第二審ではこの予審判事の見解が支持され、公開手続における証人の聴聞を求める防御側の申立は却下された。被告人らは上告したが、上告審は本件手続では防御側が負った不利益の補填のために十分な努力が尽くされていたとして、手続上の法的瑕疵を認定しなかった。欧州人権裁判所は、公開での質問の実施により証言者の生命および自由ならびに安全が危険に曝される場合、人権条約六条に由来する被告人の権利との衝突状況が生じるため、防御の利益と証人の利益とを慎重に考慮すべき旨判示し、本件事案については以下のように判示する。

本件のように不利益証人が警察官である場合は、その匿名化については特に慎重でなければならない。彼らは行政権に対する一般服従義務を有し、また検察当局とも近い関係にある。そのため、異常な状況下においてのみ秘密保持を行うことが許される。<sup>(38)</sup>

人権裁判所は、匿名化の「差し迫った必要性の要請」という点を特に強調し、<sup>(39)</sup> 国内裁判所はこれに対して無関心であったと批判する。すなわち、第二審は証人およびその家族に対する報復の危険について十分に手を尽くした審査を



行ってはならず、被告人らがありうるかもしれない証人威迫を実行に移すか否か、あるいは他人を教唆して実行させるか否かという点について考察していない、と。さらに、報復の危険はたんに犯罪行為の重大性によって根拠付けられてはならないのだという。さらに、当初被告人が犯人であると認定していた別の証人（私人）については、匿名性の維持は保障されず、この者が威迫を受ける危険性なども主張されてはいなかった。そのため、警察官だけが手厚い保護を受けることについても疑問が呈示されている。<sup>(40)</sup> 五年後の *Visser* 対オランダ事件<sup>(41)</sup> は予審判事を通じた代理尋問が行われたため、対面権等の制約が問題となったが、その前提たる匿名化の根拠もまた問題とされた。人権裁判所は、防御権に対する大幅な制約の必要性を欠いた事件であるとして、その理由を次のように述べる。すなわち、証人が警察によって聴聞された時点においても、その六年後に予審判事による尋問が行われた時点でも、匿名証人によって供述された匿名化の理由付け、誠実性および確実性を詳細に吟味しないまま同人の匿名化が希望通りかなえられている<sup>(42)</sup> と。

このように、人権裁判所は捜査機関または司法機関の判断による証人保護を目的とした遮断に起因する到達不能について、たんに被告事件の性質（重大性および粗暴性等）を根拠として一般論的な匿名化維持の必要性を認定することを否定する。そして、匿名化維持の必要性の判断にあたっては、まず個別事案における詳細かつ具体的な検討を要請し、その上で差し迫った危険がある場合にその必要性を認める態度を示している。さらにその認定方法についても、たんに当該証人の主張のみに基づくものではなく、その他の事情も併せ考慮した客観的判断を求めている。同様の姿勢は二〇〇〇年の *Kor* 事件<sup>(43)</sup> でもみられる。この<sup>(43)</sup> では、予審判事が証人の抱く恐怖の切実さおよびその理由付けを十分に検討しており、当該証人のみならず警察から提供された背景的事情も考慮されている点が評価され、匿名化維持が正当化されている。具体的視点として、被告人が逮捕時に武器を所持していた点、同人が犯罪組織の構成員であっ

たことを示す十分な徴表が存在する点が指摘され、本件被告人が証人にとって危険であったことが確認されている。また、翌二〇〇一年の *Satub* 対トルコ事件<sup>(44)</sup>でも同様の見解が示されている。この事案では、トルコ政府は被告人と関係のある反政府グループによる証人威迫を主張していた。特に共同被告人に対する不利益証人が、刑務所でこのグループの構成員である同囚者に殺害されていたことが問題とされていた。国家安全裁判所 (the National Security Court) は、不利益証人に対する審問 (hearing) または彼らと被告人との対面 (confrontation) の実施を拒否したが、これらの証人が同裁判所において姿を表すことでは自ら危険に曝されることになるのかを説明しないままであった。なおこの点に関しては、殺害された証人と本件で問題となっている証人とは状況を異にすることが指摘されている。<sup>(45)</sup> この他に、*Livi* 対スイス事件<sup>(46)</sup>、*S.E.* 対スイス事件<sup>(47)</sup>などで証人保護を理由とする証人遮断と代替証拠の利  
用が問題となっているが、これらの事件では潜入捜査官の供述の利用が問題となっており、保護と並んで継続的活動の維持も検討の対象となるため別途分析を加えることとする。

右でみてきた事案はすべて証人等の生命、身体および自由に対する侵害の危険を理由とする証人遮断が問題となつた事案であったが、他方、性犯罪におけるプライバシーの保護および二次被害からの保護も遮断を正当化する根拠となる場合がありうる。*Baegen* 対オランダ事件における人権委員会の判断<sup>(48)</sup>では、強姦被害者たる証人の犯人識別供述により被告人が有罪とされたことが問題とされた。この事件では、これまでに紹介した事件とは異なり、最終的に被害者証人は被告人と対面している。<sup>(49)</sup> しかしながら、被告人にも弁護人にも直接質問する機会は与えられず、たんに予審判事を通じた書面による質問を行う機会が与えられるに止まった。<sup>(50)</sup> しかしながら、防御側はこの代理質問の権利を行使しなかった。人権裁判所は、性犯罪の手続きにおけるプライバシー領域への配慮に関する被害者の権利は相応の保護を受けるべきであるが、これと両立する範囲で防御権が考慮されなければならないとして、国内裁判所による右

措置を正当と認めた<sup>(51)</sup>。本件では、性犯罪被害者のプライバシー保護と防御権とが、比較衡量されるべきそれぞれの利益を有することが確認されるに止まっている。この事案では、法的補填として書面を用いた代理尋問が許されたケースであったこと、被害者証言が唯一の証拠ではなかったこともあり、遮断の正当化事由それ自体についてはそれほど論じられなかったものと思われる<sup>(52)</sup>。S.N.対スウェーデン事件は、一〇歳の男児に対する性的虐待事件において、国内法に従い特別の措置がとられ被告人の質問権が制約された事案であった。この被害児童は、まず警察の面接 (interview) を受け、その様子はビデオテープに録画された。このとき被告人は自らに対する嫌疑について知らされず、弁護士も選任されていなかった。その後、被告人は警察による取調べ (question) を受けた際に、自らに嫌疑がかけられていることを知らされることとなった。被告人は追加的面接 (additional question) を要求する権利等を与えられたので、選任された弁護士が本件児童に対する再面接を要求した。二度目の面接は児童の自宅において両親同席の下専門調査官によって実施された、今回は音声テープのみの録音が実施されたが、被告人の弁護士は同席していなかった。知らせを受けていなかった弁護士は (事件) 当事者の一方のみの同席する手続きに反対していたが、児童が学校の時間を割いていることなどを考慮し予定を取り消すことが妥当ではないと考え、自らが同席しないまま面接が実施されることに同意した。弁護士は質問事項について警察と調整したが、結局質問リストは作成されなかった。公判手続では第一面接のビデオテープが再生され、第二面接の記録は朗読された。防御側は第二面接以降、児童に対する再度の面接を求めている<sup>(53)</sup>。本件における被告人の防御権制約に対する人権裁判所の見解は次のようなものである。

「裁判所は、性犯罪に関する刑事手続の特殊な性質を重要視していた。特に被害者がしぶしぶ (unwillingly) 被告人と対面するような場合には、しばしば被害者はこのような手続きを苦しい体験であると想像することがある。

かかる性質は未成年者の関係する手続きにおいてはより顕著である。このような手続きにおいて被告人に公正な手続き (fair trial) を受けさせるか否かという問題を判断するにあたっては、被害者の私生活 (private life) の尊重という権利が考慮に入れられなければならない。それゆえ本裁判所は、性的虐待に関する刑事手続において、被告人による十分かつ効果的な権利行使と調整されうることを条件に、被害者保護の目的で一定の措置が講じられることを認める。司法権は、防御権を保障しつつ、防御側が被る不利益を平衡化する (counterbalance) 措置を講じることを求められる。<sup>55)</sup>」

このように本件では、性犯罪さらには少年被害者の関与する性犯罪について、一般論的に防御権との比較衡量が図られるべきことが示唆されたが、それ以上の個別的視点——すなわち被害者に対する具体的な心理的悪影響の内容、その程度等——は重視されていないようである。特に少年・児童が被害者となる性犯罪事案においては、事案ごとの検討を待たずとも通常の証人尋問が及ぼす心理的悪影響は十分に存在するという前提に立った判断であろう。

行政権による遮断が問題となる場合の第三の類型として、潜入捜査官の匿名化維持のための遮断が挙げられる。この類型においては、潜入捜査官の報復からの保護という目的と彼または彼女の継続的活動維持という二つの目的から匿名化が求められることになる。

*Lizzi* 事件<sup>56)</sup>は、Toniという偽名で活動していた潜入捜査官が被告人に対しておとり捜査を仕掛け摘発した事案であった。被告人は、複数の薬物事犯について有罪判決を受けた。その際、録音された電話での会話の内容と、Toniの報告書により、被告人が仲介者として大量の薬物を供給しようとして意図していたことが証明された。被告人は潜入捜査官 Toni を裁判所の面前で審問することを求めたが、却下された。連邦裁判所は、薬物犯罪に対する効果的戦いのために潜入捜査官の利用を認めることは、この捜査官の身許と捜査方法とが刑事手続において軽々に公開されること

が許されないことを前提とするものであるとして、潜入捜査官の身許に関する秘密保持それ自体は、刑事手続の基本原則と基本権のいずれも侵害しないとした。その上で、本件報告書にどの程度の重みを置くのかという証拠評価上の判断は裁判所に委ねられているとした。これに対し人権委員会および人権裁判所は、本件手続きには公正な手続きを保障した人権条約六条三項d号に対する違反があるという。特に匿名化維持のための理由付けの点については、本件潜入捜査官は連邦裁判所に知られており、少なくともその身体的外見という点については被告人もまた彼を知っていたという点を指摘する。つまり、氏名、年齢、住所、職業等という意味での身許は不明であっても、自らに不利益な証言をしたのが「Toni」であり、被告人が薬物を提供した相手であることは明らかである。したがって、右の意味での身許を隠匿したとしても、人物の特定自体は可能なレベルで知られているため、遮断による保護目的を達成することはすでに困難な状況にあったというのである。<sup>(57)</sup>こうなるとおそらく将来における潜入捜査官としての継続的活動の維持という目的も、もはや遮断を正当化する十分な根拠付けとはならないだろう。SIV対スイス事件でもまた、おとり捜査によって摘発された被告人が、これに関与した潜入捜査官Markusの証言によって有罪にされた点が問題となった。本件では、報復からの潜入捜査官の保護および継続的活動の維持という両面から匿名化維持が求められたが、Lüdi事件とは異なり代替証拠ではなく特殊な——通常よりはかなり制約のかかった——対面の下でMarkusに対する証人尋問が行われた。なお、捜査段階でMarkusは覆面をした状態で被告人と接触しており、この点はLüdi事件の場合と異なり被告人にとって人物の特定はほぼ不可能な状況であったため、公判手続における身許および外見の秘密保持の利益はなお存在した事実といえよう。Markusに対する証人尋問の様子は、以下のようなものであった。

最終的にMarkusは口頭手続において証人として尋問されることとなったが、法廷の隣室からの音声伝達という

措置を用いることでその人格については秘密が維持されることとなった。彼は化粧をした状態で隣室に在室し、三名の裁判官のみ彼と対面することができる状態にして連絡ドアが開けられていた。その他の手続き関与者、特に陪審員、被告人および弁護人には Markus は見えないようになっていた。この尋問に先立ち、証人として代表者である連邦政府の本部組織の部長と予審判事が、隣室にいる化粧をしたこの男性が Markus であり、偽装バイヤーとして活動していた者である旨確認した。弁護人は証人尋問の方式および態様、特に弁護人ですら目視を禁止されていることに抗議し、質問実施時には手続きから離脱していた。

連邦裁判所は、証人の個人的利益と潜入捜査官としての保護にかかる警察の利益の双方が考慮されており、質問権自体は保障されていたこと等から潜入捜査官の氏名および外見について知らないということは効果的な防御に影響しないとして、被告人の上告を棄却した。人權裁判所もこの見解を支持した。この事案では、証人の匿名性を維持しつつ被告人の防御権、特に質問権を保障しようという尽力が伺える点で、*Van Mechelen* ほか事件や *Lidi* 事件とは区別されることが人權裁判所によって指摘されている。法的補填が十分に図られていたためか遮断事由についてはあまり詳しく論じられず、証人保護の利益と防御の利益との比較考慮が求められる場合があるという一般論が示されるに止まっている。しかしながら、事案の内容に着目すれば、*Lidi* 事件の場合公判段階ですでに証人遮断に特別の利益が見いだせなかったのとは対照的に、被告人に「人格」<sup>(58)</sup> まで知られておらずなお秘密保持に利益があったということ<sup>(58)</sup> ができる。

## 2 事実上の到達不能と代替証拠の使用

事実上の到達不能とは、証人への到達不能状況が原供述者（証人）の死亡や疾病、行方不明などに起因する場合を<sup>(59)</sup>いう。先にみた証人遮断の場合と異なり、この類型においては証人への到達不能状況の発生日を国家に帰責できな

い場合が多い。ただし、国家への帰責可能性が認められないからといって、匿名証人あるいは到達不能証人の供述を内容とする代替証拠の使用が直ちに認められるわけではない。人権裁判所は、二〇〇五年の *Haus* 対ドイツ事件<sup>(60)</sup>でこの点について詳細な検討を行うこととなった。事案の内容については、すでにドイツ国内裁判所の見解について検討を加えた際に紹介したように、本件では被告人の犯罪行為の立証にSという人物の供述を内容とする伝聞証拠が用いられた点が争点となった。Sはレバノンで身柄を拘束されていたためドイツへの召喚が適わず、到達不能状況が発生することとなった。人権裁判所は、不利益証人を公開の場で直接質問し質問させるといふ被告人の権利は人権条約六条三項d号の保障するところであるという原則を確認しつつ、しかし「不可能は強制されない (*impossibitium nulla obligatio*)」として一定の場合に例外があることを認めた。以下、到達不能事由の発生原因について人権裁判所がどのような見解を示したのか、簡単にまとめておこう。

被告人に質問の機会を与えるために綿密に手を尽くしていないことを関係機関が批難されるような場合でなければ、証人を自由に利用できない(質問できない)状況が生じているからといって必ずしも刑事訴追が打ち切られるわけではない。しかし、人権条約が保障する防側側の権利が保障されないような状況で獲得された証言は、最大限慎重に取り扱われなければならないのであって、有罪判決はかかる証言にのみ基づくものであってはならない。

人権裁判所は、当時レバノンで自由刑に服していたSの証言を獲得するためにドイツの裁判所および関係機関が綿密に手を尽くしたと認定する。これらの機関は、結局失敗に終わったもののフランクフルト上級地方裁判所における尋問実施のためにSのドイツへの引致許可を得ようと試みただけでなく、その間のSの護送も申し出ていた。また、被告人による尋問を実現するために司法共助を通じてペイルト地方裁判所に申立をした際、上級地方裁判所は当地の裁判所に対し、被告人の手続きに関与していた当事者をSの尋問に参加させるよう求めている。したが

って、ドイツの裁判所は国内法に基づき問題となった証人の同席確保に向けた措置を講じているのであり、人権条約により課せられた責任を果たすために綿密に手を尽くしていないと批判することはできないのである。

このように、*Haus* 事件は、ドイツ国内裁判所およびその他関係機関が原供述者Sの召喚に向けあらゆる手を尽くしたにもかかわらず、それが適わなかったという事案であった。この点について、人権裁判所の判断は、先にみたドイツ国内における連邦通常裁判所のそれとは異なる<sup>(62)</sup>。すなわち、人権裁判所はSの召喚および尋問への関与に向けた尽力が如何なるものであったのかをより詳細に認定し、その上で本件到達不能状況がもはや国家には帰責しえないものであり、慎重な証拠評価を条件に代替証拠たる伝聞証人の利用可能性が生じる余地を認めたのである。そして、本件では慎重な証拠評価が行われていたことを認めて、もはや人権条約六条一項および三項d号の保障と相容れないほどの防衛権の制約はなかったと認めた。したがって、結論においてはドイツ国内裁判所の判断が維持されることとなったが、ここで示された到達不能事由の発生原因に対する詳細な事実認定は、その後ドイツ国内裁判所の判例にも影響を及ぼすこととなったのはすでにみてきた通りである<sup>(63)</sup>。

*Haus* 事件と前後するが、不利益証人が国外において国内手続への召喚ができなかった類似事案として、*Solakou* 対旧マケドニア事件<sup>(64)</sup>がある。この事件では、薬物密輸犯罪について、同事件の関係人たちがアメリカ国内で証人として尋問を受けたが、この手続きに弁護士が参加しなかったことが問題となった。これに関して、弁護人の不参加が国家机关側の瑕疵によるものかどうかが争点となっているが、弁護人の関与する証人尋問の実現に向けた関係各機関の尽力があったか否かという点は問題とされなかった。本件では、アメリカでの尋問の際になされた不利益証言が記録され、国内裁判所での公判手続で朗読されている。

人権裁判所は、選任された二名の弁護人のいずれにも本件証人審問 (the hearing of witness) への呼出しが行わ



れていたことは明白であるとした。最初の弁護士に関して、渡航のためのビザの申請に不備があり発給がなされなかった事実があったが、再申請がなされないままであった。被告人はその直後に新たに選任された二人目の弁護士に本件証人審問への参加について判断を一任し、その際に必要となる費用については問題がない旨述べていたが、同弁護士からのビザの申請もなく、審問延期の要請もないままであった。また、二人目の弁護人の呼出しは適切に行われなかったという被告人の主張があったが、弁護士は呼出状 (summons) にサインをしていたためこの主張は認められなかった。その後、被告人は公判手続においてほとんど異議を申し立てることはなかった。<sup>65)</sup> 人権裁判所はこれらの点を指摘した上で、本件証言は被告人の有罪判決にとって重要な役割を担っていたものの、他の証拠により補強されているとしている。本件では、事実上の到達不能状況の発生理由および通常の証人尋問の実現を目指した国家機関側の努力という点に関する人権裁判所の評価は明記されていない。しかし、アメリカでの証人尋問への参加の機会を被告人に与えていた点、およびこの機会を弁護士が利用しなかった点、さらに対審構造の下での証人尋問がなされなかったことについて被告人の異議申立がほとんどなされていなかった点が詳細に確認されており、Haus 事件同様、通常の証人尋問実施に向けた国家側の努力義務という点は意識されていたものと考えられる。

なお、Solbuo 対旧マケドニア事件では、国家の努力義務という点とあわせて防衛側の権利行使あるいは不服申立の有無という点も慎重に判断されているように思われるが、この点については別途分析を加える。

他方、証人の所在不明が原因で到達不能状況が生じた例として Arthur 対オーストリア事件がある。<sup>66)</sup> この事案では、問題となった証人しは捜査の初期段階で警察と予審判事の面接 (interview) を受け供述を行ったが、この面接は被告人との対面を伴うものではなかった。被告人はこの時期オーストリア国内から逃亡しており、およそ三年後にドイツから身柄が引き渡されることとなった。その直後に証人しは検察側証人として第一審裁判所に召喚されるが、この

頃からLの居所は分からなくなっていた。Lは転居していたため、裁判所は召喚状 (summons) の送付先を捜すよう警察に命じたが、彼女が出廷することはなかった。その後も捜索活動に向けたより一層の努力を行うよう命じられたものの、Lが連絡しないまま再び転居していたなどの原因により彼女の出廷が適わないうままであった。そのため、警察および予審判事に対する供述内容が朗読されることとなった。<sup>(67)</sup> 被告人は自らの証人尋問権が保障されなかったこと、自らに対する有罪判決が証人Lの供述のみに大きく依拠したものである旨人權裁判所に対して申立てを行った。これに対し、人權裁判所は、本件における被告人と証人Lとの対面が実現しなかった理由を次のように指摘する。すなわち、捜査が初期段階にあった一九八三年五月頃に証人Lは警察および予審判事に対して供述を行っているが、その時点から被告人がドイツから引き渡された一九八六年六月までの約三年間については、両者の対面を実現不可能にしていたのはまさに被告人自身の不在が原因であったという。<sup>(68)</sup> さらに、一九八六年六月以降に証人Lは行方が分からなくなっているが、このときも裁判所は警察に対しあらゆる努力 (every effort) を尽くすよう命じ、また質問実施のために公判期日の延期などの措置をとっていたことも確認されている。<sup>(69)</sup> これら二点は、Haus 事件のように到達不能を正当化する要件として明示的に述べられているわけではない。しかし、証人への到達不能状況の発生が国家に帰責できない原因によるものであり、また司法機関としては証人尋問の実現に向けた努力を行っていたという点が指摘されているため共通の意識を有するものであったと考えられよう。

### 3 法的到達不能と不利益供述の使用

不利益証人が公判外では供述していたものの、公判手続においては自己負罪拒否特権を行使して供述を回避した事案として *Luca* 対イタリア事件<sup>(70)</sup> が挙げられる。事件の概要は次のようなものであった。本事案で問題となった不利益証人はNという人物であるが、このNは薬物事件の参考人としてイタリア国家警察 (carabinieri) の尋問を受けた

後、検察官の尋問を受けた。この段階ではNは被告人ではなく参考人であったため弁護人の援助を受けていなかった。その後、Nは本件被告人とともに共同被告人として併合審理において尋問を受けることになるが黙秘した。そこで、捜査段階でNが（参考人として）検察官に対して行った供述が被告人の有罪立証に用いられることとなった。イタリア刑法五一三条は、併合審理中の被告人の一人が黙秘権を行使したとき、同人が捜査段階で検察官または予審判事に対してしたいかなる供述もこれを朗読および使用することができる旨規定する。右の捜査段階におけるN供述の利用は本条によるものであるが、被告人の弁護人は同条がイタリア憲法三条および二四条、人権条約六条に反すると主張した。

人権裁判所は、黙秘権 (the right to silence) および自己負罪拒否特権 (the right not to incriminate oneself) は公正な手続きの中核であるというのが国際的規範であることを明言する。そこから、国家権力は証言をしないという右Nの判断を認めるほかなかったのであって、反対に証言を求めることは同人の基本権に対する侵害を引き起こすことになってしまっただろう、という。そして特にマフィア型組織が関係する裁判においてはしばしば生じうる身の安全に対する危惧に起因する証言拒否の場合は、捜査段階での証言が用いられることも必要であるとした。

本事実のように黙秘権（または自己負罪拒否特権）の行使により、不利益証人に対する反対尋問が行えない場合、共同被告人の黙秘権、共同被告人たる証人を尋問するという被告人の権利そして捜査段階で獲得された証拠を奪わないという司法権の利益という三つの利益が対立することになる。<sup>(7)</sup> 本件では、右に示した被告人の反対尋問権と並んで共同被告人の黙秘権もまた人権条約六条の保障であることを認めつつ、さらに中核的 (the heart) 権利であるとした。さらに、共同被告人が捜査段階で行った供述を被告人の有罪立証に資してよいとする。そのため、少なくとも黙秘権行使による反対尋問権制約の類型においては、反対尋問権は同じく人権条約六条によって保障される黙秘権に

対して後退し、さらには捜査段階で獲得された証拠を奪われないという司法権の利益に対しても後退すると考えられるようである。

ただし、本件事案では捜査段階でのN供述が有罪の唯一の大きな決め手になっており、手続きのいかなる段階においても被告人または弁護人のいずれも尋問する機会を与えられなかったことが問題とされた。その結果、刑法法五三条のような国内法の規定があっても人権条約六条三項d号の保障する被告人の権利は奪われてはならないとした。

#### 4 検討

ドイツ国内裁判所と同様に、人権裁判所においても証言拒否権の行使の場合と事実上の到達不能の場合は、例外が検討される余地が認められやすい（もちろん補填理論による権利制約の埋め合せは求められる）。ただ、事実上の到達不能については、証人の召喚に向けた国家の努力義務のみならず、被告人側の権利行使または権利放棄の有無という点も検討されている。例えば、*J.O. and T.T.* 事件では、警察の報告書に記載のあった匿名情報提供者の供述が証拠採用されたことが問題となった。しかし、適切な方法でこの不利益証人に対する質問の機会が与えられていたにもかかわらず、被告人は手続きのいかなる時点においてもこの者の審問を申請していなかった。人権委員会は、この点が重要であるとして、このような状況の下では人権条約六条三項d号に関する問題は生じないと判断した。<sup>(73)</sup> 同様に *Arher* 対オーストリア事件<sup>(73)</sup>、*Solakou* 対旧マケドニア事件<sup>(74)</sup>などでこの点に関する言及がみられる。

やはり、最も問題となりやすいのは行政権あるいは司法権による証人遮断である。この類型においては、人権条約八条の保障する証人および近親者の生命等の安全を確保するために遮断措置がとられることになるのだが、遮断の正当性判断においては六条の保障する公正な手続きとの利益衡量が行われることになる。ただし、防御権に対抗するこれらの利益が一般的に重要であることを前面に押し出し、証人審問権が容易に制約されることがあってはならない。

また、事案の重大性、凶悪な犯罪組織の関与だけを理由に、これらの利益に対する危険の存在が認められることも許されない。たんに報復の危険がありうるという「可能性」を示すだけでなく、その危険が具体的に差し迫っていることが十分に審査されなければならないことになる。

#### (四) 補填理論——不利益の平衡化 (counterbalancing)

証人尋問権に対する制約が存在する場合、欧州人権裁判所もドイツ国内裁判所と同様に法的・手続的な埋め合わせと慎重な証拠評価によりこの制約が補填されているか否かを判断する。ただし、人権裁判所は法的・手続的補填と証拠評価の領域での補填とをそれぞれ個別に検討するというのではなく、両者の相関関係から公正な手続き違反の有無を判断しようとする。そのため、人権裁判所の見解については法的・手続的補填と証拠評価による補填とを区別して個別に検討するのではなく、これら両者の相関関係について分析・検討を試みたい。

人権裁判所において問題となった代替措置としては、裁判官(予審判事)を通じて行われる代理尋問、サウンドリンクまたはビデオリンク方式を用いた証人尋問などがあった。これらは質問権を保障しつつ、対質権(対面権)や証人の身許情報を知る権利などが欠損することになる類型であるが、これ以外にも、近年では性犯罪被害児童の供述の様子を録画したビデオ記録の使用等が問題となっている。供述調査の提出や伝聞証人の尋問という完全な代替証拠の使用とは異なり、これらの代替措置は証人審問権を構成する要素——質問権、対質権、身許情報を知る権利などが部分的に保障されることになる。要は通常の証人尋問とできるだけ近似の措置が用いられるべきことになるのだが、人権裁判所の判例によれば、当該措置が実際に生じた権利制約を十分に埋め合わせている (counterbalanced) というるか否かは、当該証拠の証拠価値にも左右されることになる。例えば、*Klusnizer* 対チェコ事件では、匿名証人

の証言が有罪判決にとってどの程度決定的であったのかということと同程度に、被告人の負った不利益の埋め合わせという点が重視されなければならず、当該証言が全く決定的な役割を担っていなかったのであれば防御側はほとんど不利益を被っていないのであり、もはや補填理論について検討する必要はないという<sup>(17)</sup>。このように、人権裁判所は、通常の証人尋問を経ていない証言が有罪証拠として用いられる場合、当該証言の有罪判決構築の寄与度と手続的補填の相関関係によってその可否を決する。このような見解はすでに *Kosovski* 事件においても確認でき、その後の判例でも概ね維持されてきた判断枠組であるといえよう。これに従えば、例えばビデオリンク方式のように同じ代替措置であっても、生じている不利益が重大である場合は十分な補填機能を果たせない場合がありうる。例えば、匿名証言が有罪判決にとってたんに決定的であるに止まらず唯一の直接証拠である場合は、もはや代替措置による不利益の埋め合せ (counterbalancing) を検討する余地はないことになる。事実、A.S. 対フィンランド事件では、証拠調べの対象となった証拠が全体としては慎重に評価されていたことを認めつつも、これだけで証人尋問権に対する制約が補填されるわけではないことが明言されている<sup>(18)</sup>。要するに、ある程度の権利保障が図られつつ、当該証拠以外の証拠も考慮した有罪判決が導かれていれば問題がないということになるわけだが、そうなる権利保障と証拠価値という二要素の組み合わせがポイントとなってくる。そこで、人権裁判所が考える権利保障と証拠価値との相関性についてあらためて整理しておこう。人権裁判所の説明に従えば、不利益証拠の証拠価値の如何によって必要となる権利保障が確定されてくることになる。

まず問題となる権利についてであるが、証人審問権は質問権、対面権、不利益証人の身許情報取得権という三要素に区分することができる。これらすべての権利要素が保障されている——つまり人権条約六条三項d号の規定する——通常の証人尋問が実施された場合、そもそも証拠価値の評価は手続きの公正性に影響を及ぼさない。反対に、こ

【権利保障と証拠価値の相関性】

| 権利保障*    | 証拠価値       |   |
|----------|------------|---|
| 完全       | 唯一の証拠      | 通常の証人尋問 = 平衡化 (counterbalancing) は不要であり問題とならない。 |
| 完全       | 他の有力証拠との併用 |   |
| 完全       | ほぼナシ       |   |
| 不完全→代替措置 | 唯一の証拠      | 平衡化できない⇨公正な手続き (Article 6)                      |
| 不完全→代替措置 | 他の有力証拠との併用 | 平衡化可能   |
| 不完全→代替措置 | ほぼナシ       | 防御側の不利益は極めて小=平衡化不要類型                            |
| ナシ       | 唯一の証拠      | 平衡化できない⇨公正な手続き (Article 6)                      |
| ナシ       | 他の有力証拠との併用 | 平衡化できない⇨公正な手続き (Article 6)                      |
| ナシ       | ほぼナシ       | 防御側の不利益は極めて小=平衡化処理不要類型                          |

\* 証人審問権のうち質問権の制約が中心的問題となる場合

れら三要素が全く保障されていない場合、当該証拠が公正な手続きに与える悪影響は小さくない。とはいえ、その証拠価値がほとんどない場合は、防御側の不利益はほぼ皆無であるといえる。<sup>(79)</sup> 権利保障が完全ではないが部分的に保障されている場合、すなわち代替措置を用いた匿名証言等の利用が問題となる場合でも、当該証拠が有罪判決構築において極端に小さな役割しか担っていないような場合も同様である。これらの場合には、もはや平衡化 (counterbalancing) の問題に言及する必要はないことになる。<sup>(80)</sup>

反対に、証人審問権がほぼ保障されなかったにもかかわらず、問題となる匿名証人等の供述のみによって有罪判決が導かれているとか、それが有罪判決にとって決定的なものとなっている場合は、いかに慎重に評価したとしてももはや権利制約は補填しえないということになる。

リーディング・ケースである *Kostovski* 事件では、防御側が主体的に行うことのできる質問として書面による尋問が実施された。この質問では証人の身許に関しては回答されることが予め決められていた。そして、弁護人から一四問の質問が提出されたが二件の回答しか得られなかった。公判手続では、予審判事および警察官が伝聞証人として尋問を受けた他に、公判前手続において作成された警察の尋問調書も朗読されている。これに対し人権裁判所は、全ての不利益証拠は公開手続における対審構造の下で

採用されなければならないという原則を示した。しかし、原則として防御権の保障、すなわち手続全体におけるいずれかの時点で不利益証人に対して質問を行う適切な機会が保障されていることを前提としつつも、例外的に口頭手続が保障されない場合でもかかる不利益証言の利用が許される場合があるという。この点、本件では確かに伝聞証人（予審判事、警察官）の尋問および書面による質問が可能であったが、この方法でなされる質問の性質および範囲は相当程度制約されたものであったと述べる。すなわち、証言というものには故意または思い違いによる虚偽が入り込む危険があるが、証人の信用性を吟味し、その証人を疑問視することを可能ならしめる情報が欠如している場合、防御側はこのような虚偽の混入を証明することは困難である、と。このように *Kosowski* 事件では、代替措置の使用による法的補填を検討するにあたって、質問権および対面権の制約と並んで身許情報の欠如も考慮されていたことになる。つまり、直接質問および対面ができただけでなく、原供述者が誰であるかも知らされていない状況において書面を通じた質問を実施したとしても、証人の信憑性に疑念を抱かせる可能性は大幅に減じられてしまっているというのである。

次に、*Van Mechelen* ほか対オランダ事件が挙げられる。先に紹介したようにこの事案ではサウンドリンク方式を用いた証人尋問が行われた点が注目されるところであるが、その際になされた証言が唯一の証拠であったとして人権条約違反が認められた。人権裁判所は、有罪判決が匿名供述のみに基づく、あるいはその供述を決定的な根拠とすることがあってはならないという原則を本件でも再度明示し、<sup>(81)</sup> 本件における匿名供述は裁判所が依拠した被告人の犯人性を積極的に特定する唯一の証拠であるため、有罪判決はこれを決定的な根拠とするものであったことを認めた。<sup>(82)</sup> 結果、人権条約六条一項および三項 d 号に対する違反が認定されている。これと同様の判断は *CS* 対ドイツ事件においても示されることとなる。この事案では性的虐待の被害者とされた児童の証言が問題となった。被告人の有罪を立



証する唯一の証拠は、最終的にこの児童によって提供された情報のみであり、国内裁判所はこれに決定的に依拠した有罪判決を下した。<sup>(83)</sup> しかしながら、被告人はこの証人を直接質問する機会を与えられることはなかった。ここでもやはり人権裁判所は、人権条約六条違反を認めている。<sup>(84)</sup> その後の *Visser* 対オランダ事件でも匿名証人の証言が問題となったが、ここでもやはり当該証言に決定的に依拠した判断がなされたことが問題とされる一方で、発信源が特定された他の証拠に相当程度 (significant extent) 依拠した判断が行われていないことが指摘されている。<sup>(85)</sup> すなわち、証人の匿名化に十分な理由がある場合には匿名証言の利用可能性が全く否定されるわけではないが、その場合でも証拠構造の中核を担うのは身許が特定された証人 (または情報源が明らかな証拠物) でなければならず、匿名証言はこれらを補強する形でしか使用できないということになる。年代は前後するが、*Visser* 事件の前年度に判断された *Kok* 対オランダ事件<sup>(86)</sup> ではサウンドリンク方式を用いた尋問が問題となった。問題となった手続きは次のようなものである。問題となった証人は報復の危険を理由に遮断され匿名のまま尋問を受けることとなったが、尋問は防御側のみならず訴追側も除外された部屋で実施された。尋問 (interrogation) に際しては多数の質問事項が記載された書面が防御側から提出されていた。加えて、防御側はこれに追加する形で質問を行うことができ、サウンドリンクを通じて聴くことができるようにされていた。まず初めにサウンドリンクを切った状態で予審判事に対して回答がなされ、予審判事は証人の匿名性に危険が及ばないか否かの判断を行う。そして、危険性がないと判断された後で、証人により再び証言が行われるという形で行われた。人権裁判所は、本件手続が現状況下において可能な公開の法廷における証人審問 (hearing) に最も近い措置であったと評価し、被告人の権利は十分に尊重されていると結論付けている。しかし、その前提として、本件では匿名証言以外の証拠が複数存在し、むしろ匿名証言はこれらの証拠を補強する形で用いられていたことが指摘されている。その証拠の多くは以下のことを示す警察作成の複数の調書であった。すな

わち、逮捕時に被告人が装弾されたピストルを携帯していたこと、Newtonstraatにある関係住居から多数の武器と高性能爆薬等が発見されていること、自動車から高額現金、被告人宛の手紙、Newtonstraatの住居および被告人の住居の鍵、前記禁制品の発見直前にNewtonstraatに架電された被告人使用の携帯電話が発見されていること、Newtonstraatの住居から発見された武器の梱包に使用されたゴミ袋から検出された指紋が被告人のものとして一致していることなどである。本件は武器の密売に関する事案であったが、事実審裁判所は、匿名証言以外に、これによって補強された相当数の証拠が被告人の有罪を証明しているとした。このようにVisser事件とは異なり、Kok事件で有罪立証の中核を担ったのは情報源が明らかな証拠物であり、匿名証言はむしろ補強証拠としての役割を担っていたにすぎない事案であった。

匿名ではないが到達不能状況におかれた証人の証言が問題となった類似の事案で、二〇〇五年のHaas対ドイツ事件があるが、ここでもVisser事件と同様に有罪判決に占める当該証拠の相対的価値がそれほど高くないという状況が認められ人権条約六条違反は否定されることとなる。ただ、問題となった証人Sの供述内容が訴追側の伝聞証人を通じて公判廷で証言されることになったため、証人尋問権の法的ないし手続的補填という面での手当はほとんどなされていなかった点に注意しなければならない。Haas事件では、被告人がハイジャックの際に使用された武器を供給したか否かが争点となっていた。S供述は被告人による武器供給があったことを証明するものであったが、本件でもこれ以外の事情が被告人による犯行を証明していた。この点に関する概要はすでに示した通りであるが、より詳細にみてみよう。

ドイツ国内裁判所は、有罪判決の構築にあたりS供述を考慮していたが、それだけを根拠としていたのではなく次のような事実関係を認めていた。すなわち、申立人がドイツ赤軍派の支持者であったこと、パレスチナ解放戦線の射

撃練習に参加したことがあること、イエメンに住んでいたときに「アマール」という通称名を用いていたこと、である。また、彼女はパレスチナ解放戦線の主導的地位にあるメンバーと結婚していたことがあり、その娘は武器をパルマ・デ・マジヨルカに持ち込んだ二人の人物と一緒にいた乳児と誕生日が同じである。さらに裁判所はパルマ・デ・マジヨルカ行の飛行機の乗客リスト、当地のホテルの請求書およびホテルの支配人が行った説明を有罪判決の根拠としている。さらに、証人Sはパレスチナ解放戦線のメンバーであったことがあり、ランツフト号ハイジャックの前の数日間マジヨルカに滞在していたということを被告人自身が認めていたことも考慮されている。また、被告人が「アマール」であり、ハイジャックのための武器輸送を行った人物であるというS証言は、匿名の情報提供者らの供述からも確認できるとした。<sup>(88)</sup> 本件では召喚不能状態にあったSの供述のみならず、匿名の情報提供者の供述も存在するが、いずれにしてもこの両者を除く右の各証拠が有罪判決の中心をなしており、Sおよび情報提供者の供述はこれを補強する証拠にすぎなかった。

このような判断枠組はその後も維持されていくこととなる。翌二〇〇六年の *Kasnik* 対チェコ共和国事件では公判前手続において問題となった匿名証人に対して捜査機関による質問が行われた際に、弁護人がこれに立ち会い質問を行うことができた（被告人は不在<sup>(89)</sup>）。しかし、地方裁判所の手続きでは、公判外において被告人および弁護人から見えない場所で尋問が行われていた。防御側はこの尋問を行った裁判長を通じて（間接的に）質問を行うことにな<sup>(90)</sup>った。国内裁判所は、このような措置を用いた理由として報復の危険を挙げている。しかし、人権裁判所は匿名化の理由が十分に認められないため、被告人の防御権をかかる程度にまで制約することは許されないとした。<sup>(91)</sup> さらにその上で、被告人の有罪判決がこの匿名証言のみに基づいていた、あるいは少なくともこれを決定的な根拠としていたと認定し、もはや司法権によって執り行われた手続きが被告人の負った不利益を十分に埋め合わせていたか否かについて

判断する余地はないとした。<sup>(92)</sup>

このように *Klasnik* 事件では、防御側には裁判官を通じて間接質問の機会が与えられていたが、問題となった証拠が少なくとも有罪判決にとって決定的な意義を有していたため、公正な手続き違反があると認められた。その意味で相対化の可能となる範囲を探るうえで限界事例として注目に値するように思われる。<sup>(93)</sup>

サウンドリンクやビデオリンク方式を用いた証人尋問の場合、質問の際のコミュニケーションをどのようにして実現させるか、音声の変更を行うかなどによって証人審問権に対する制約にバリエーションが生まれる。さらにビデオリンク方式の場合は、伝達されるビジュアルに変更を加えるか否かという違いが加わることになる。この点、二〇〇七年頃から続いたフィンランドに対する一連の事件<sup>(94)</sup>で、ビデオの録画記録の証拠使用を巡って議論が重ねられることとなる。最終的には二〇一〇年一二月の *U.S. 対フィンランド* 事件<sup>(95)</sup>において、被告人と被害者証人の利益との調整の際に考慮されるべき最低限の基準が示されることとなる。事案は次のようなものであった。

被告人は児童に対する性的虐待を理由にフィンランドの裁判所によって有罪判決を受けた。判決の実質的根拠は被害者と思われる六歳の児童が心理学者に対してなした証言であった。公判では被告人の同意の下、児童に対する質問を録画したビデオが再生された。被告人は手続きのいずれの時点においても、被害児童に質問を行う機会を持つことはなかった。被告人は人権条約六条三項 d 号の保障する証人審問権が保障されなかったことを理由に争うことになるが、人権裁判所は、被害児童の権利と被告人の防御権とのバランスを図る際の最低限の (*minimum*) 要件として、次の項目を明示した。

- ・被告人は当該児童の審問 (*hearing*) について情報を与えられているべきこと。
- ・当該児童に対する審問実施時にその様子を観察する機会を与えられるべきこと、なおこれに関しては音声画像

(audiovisual) 記録を通じた事後的な観察でもよい。

・最初の尋問の際または後のいずれかの時点で当該児童に対して直接または間接に質問をなす機会を与えられるべきこと。<sup>(96)</sup>

このように、本件事案は通常の証人尋問に対する代替措置としてビデオを用いる場合、被告人の権利をどのようにして保障すべきかを明らかにした点で注目し値する。<sup>(97)</sup>これにより、いわゆるビデオリンク方式を用いた証人尋問について、人権裁判所により一定の規範が示されたことになろう。ただ、リアルタイムで行われる場合（ビデオリンク方式）のみならず、本件のような録画記録の再生も認められている点、ある程度緩やかに解されているといえる。しかし、最も重要な点は、いずれかの時点で質問権が保障されなければならないという点であったように思われる。本件ではそのような質問の機会が認められていないが、他方証拠評価の点ではかなり慎重な取り扱いが行われたことが認められている。事実、人権裁判所はA.S.対フィンランド事件において、証拠調べの対象となった証拠が全体としては慎重に評価（careful assessment）されていたことを認めている。しかし、これだけで証人尋問権に対する制約が補填されるわけではないことを明言している。というのは、当該児童に対して質問を行う機会を被告人に与えないまま、捜査段階でビデオ録画された児童の供述を有罪判決の唯一の直接証拠（direct evidence）として利用していることが問題であったからである。<sup>(98)</sup>そして、かかる状況に鑑みれば、本件手続きにおける防御権の制約は、もはや人権条約六条一項および三項に規定された公正な裁判の要請とは調和しないとした。

A.S.事件に代表されるフィンランドに対する一連の事件では、有罪判決の構築において中核をなした唯一の証拠は被害者とされる児童の供述を記録した録画映像であった。そのため、有罪判決に対する当該証拠の寄与度は小さくなかった。他方、被告人は後に証言の様子を観察することこそできたものの、質問する機会是与えられなかったため

人権条約違反が認められることとなった。

以上、比較的近年のものを中心に判例の見解をみてきたが、人権裁判所のいう平衡化 (counterbalancing) 理論——ドイツという補填理論——については次のようにまとめることができよう。まず、証人審問権は絶対的権利ではなく、一定の制約を受けうる権利概念であることが出発点となる。ただし、その制約に理由があるとしても最低限ラインとして、①審問について情報提供を受ける権利、②これを観察する機会 (記録媒体の使用も含む) の提供、③間接質問を行う機会の提供が保障されなければならない。これらの保障がなされていない場合、当該証人の証言を少なくとも決定的な根拠とする有罪判決を下すことは許されないし、もちろん唯一の証拠として有罪判決を下すことも禁じられる。当該証言が決定的であるか否かは、有罪判決を構築する証拠構造において当該証拠が占める位置価値によって決せられることになる。この点、少なくとも当該証言が唯一の直接証拠である場合は、他の間接証拠 (状況証拠) によってこれが補強されているとしても、有罪判決は当該証拠を決定的根拠とするものであり、許されないことになる (M.S. 対フィンランド事件ほか)。他方、かかる証拠以外の証拠が証拠構造において中心的な役割を担っており、これらを補強する形で当該証拠が用いられる場合は、先に示した三要件は満たされる必要はない (Haus 対ドイツ事件ほか)。

#### (五) 原供述者の身許 (identity) の不開示

本稿では、証人審問権の内容として質問権、対面権と並んで証人の身許情報を知る権利も存在することを前提に分析を行ってきた。身許情報の秘匿が問題となるのは、潜入捜査官、連絡員または情報提供者のような隠密裏に実施される警察活動に携わる者が証人となる場合、あるいは目撃者 (一般私人の場合だけでなく警察官の場合もある) がマ

フィア等の関係する事案において証人となる場合などが考えられる。このような事案における証人審問権の制約の一部として不利益証人の身許情報の入手不能はどのように評価されるのかについてみておこう。

*Kostowski* 対オランダ事件では、質問紙の提出による予審判事を通じた間接質問が可能な事案であったが、その質問の相手方である証人の身許情報は提供されていなかった。人権裁判所は、このような身許情報の欠如は防御側にお克服し難い困難を残すという。すなわち、質問しようとしている相手の身許が分からなければ、当該人物が偏見や敵意を持っている、あるいは信頼性に乏しいということを探るための詳細な情報が奪われることになる。そもそも証言とは、故意やたんなる思い違いにより虚偽が混じり込むおそれのある証拠である。証人の信憑性ないし信頼性を検討し、これに疑問を投じることが可能にする身許情報の欠如は、虚偽供述であることの証明をほぼ不可能にする、と。<sup>(10)</sup>  
*Windisch* 対オランダ事件でも *Kostowski* 事件における見解が指摘され、もはやこのような身許情報の欠如により「防御側はほとんど克服できない困難に直面する」との見解が示された。<sup>(11)</sup> この二つの事案では、被告人が犯人であることを同定する目撃供述が問題となっており、目撃者が報復の危険を理由に遮断されることとなった。そして、代替的措置として質問を記した書面を予審判事に提出し、予審判事が防御側の代理で尋問を行うという代理尋問の方式が採用されていた。その意味で、間接的に質問を行うことは可能であった事案である。尋問の様子を観察することはできなかったものの、尋問が行われること、代理尋問が可能であることについて事前の情報提供がなされており、さらに間接的ではあるが質問を行うこともできた。しかしながら、これらの措置では克服できない不利益がなお残ると判断されたわけである。

その後も、*Ludi* 対スイス事件や *Van Mechelen* ほか対オランダ事件などで証人の匿名化が維持される事案が続くことになる。しかしながら、*Windisch* 事件以降は証人の身許情報の欠如が防御側に与える不利益について右のよう

に具体的に述べたものはみられなくなっていく。Lutz事件の場合、証人の真の身許情報は分からなかったものの、彼が被告人に対してToniという偽名を用いていた潜入捜査官であることは明らかであった。そのため、証人遮断の理由付けに大きな問題があり、被告人の受けた不利益の補填について検討するまでもなく人権条約違反が認められた。しかし、仮にKostouski事件のような代理尋問が認められるとすれば、被告人にとってどのような人物であるかが明らかであるため、証言ないし同人の信憑性、信賴性に疑問を投じる余地はある程度認められたのではないかと思われる。<sup>(103)</sup> Van Mechelen事件やVisser事件<sup>(104)</sup>では目撃証人の安全確保を目的とした遮断が行われたが、そもそも遮断措置自体に十分な理由が認められず、Lutz事件と同様に防御側の負った不利益の程度を検討するまでもなく人権条約違反が認められることとなった。その点、Doosson事件<sup>(105)</sup>では、被告人の弁護士に尋問参加、さらには質問も認められた(被告人自身は尋問から排除)。ただ、弁護士は証人の身許を明らかにする内容の質問を行うことは許されず、弁護士も身許を知ることにはなかった。<sup>(106)</sup> しかしながら、この事案では、防御側が証人の身許情報を取得できなかったこと自体はそれほど問題とされていない。むしろ、弁護士に質問の機会が与えられたこと、当該証言が有罪判決の決定的な根拠となっていなかったことで、人権条約六条三項違反は否定されている。<sup>(107)</sup> 本件では被告人が違法薬物の売人である旨の証明について、薬物常習者たる匿名証人の証言が利用されることとなった。そのため、明確には述べられていないものの、防御側としてはこれらの人物の信賴度、信用度を揺るがす、あるいは同人らに薬物を譲渡した人物と被告人の同定に問題があることを示す質問を具体的に準備することが可能であったのではないかと推察される。

ドイツ国内裁判所の場合と比べても、どこも誰が証言を行ったのかという意味での身許情報それ自体にはそれほど価値は見出されていないようである。身許情報が秘匿される事案を全体的に考察しても、被告人が身許情報を取得できなかったことそれ自体を正面から問題にするのはKostouski事件とWindisch事件<sup>(108)</sup>だけである。この二つの事件



においては、問題の匿名証人と被告人との接触はないため、どのような状況で不利益情報を入手したのかが分かりにくい。例えば、被告人に偏見や悪意を有している者が不利益供述を行う場合、防御側としてはこのような供述者の心理状態を疑問視させるような質問を行うことが可能であろう。また、たんなる見聞違い、人違い、思い違いなどのような場合でも、犯行目撃状況や目撃後の状況等による記憶の変容等に対する質問を行うことが効果的になろう。このような意味で、相手が何者か知る (identity) ことには一定の価値がある。しかし、それはあくまで質問による防御活動を効果的に行うための情報なのであり、身許情報はその範囲で必要となるにすぎない。やはり、あくまでも補填理論の中で考慮されるべき不利益の程度を判定する一つの要素として考慮されることになろう。

#### (六) 小括

欧州人権裁判所は、欧州人権条約六条三項 d 号の保障する証人審問権は絶対的な権利ではなく、例外的であるにせよ制約を甘受しなければならない権利であることを認めてきた。そして、ドイツ国内裁判所と同様に、<sup>(98)</sup> ① 制約に理由があること、② 法的・手続的補填および③ 証拠評価上の補填が図られていること、がその制約の要件とされていた。これら三要素についてはすでに個別的にみてきた通りであるが、特に注目すべきは②および③の補填理論である。欧州人権裁判所は、①を前提条件にして、次の段階で「平衡化 (counterbalancing)」という概念を用い、生じている不利益に対する手続的補填を評価する判断枠組を示してきた。ドイツ国内裁判所ではこれら二要素が混交されているという批判的指摘がなされているが、<sup>(99)</sup> 人権裁判所はこれらと同じレベルで考察の対象としつつもそれぞれに異なる価値を与えている点に意義がある。人権裁判所の用いる平衡化という概念は、権利制約と補填とのバランスを問題としている。この点、注意しなければならないのは、人権条約六条三項 d 号の保障する通常の証人審問権が保障されてい

ない以上、いかに手続的な埋め合せを図ったとしても次善の措置でしかないということである。その意味では、証人審問権の完全性はもはや回復しえないのであり、問題はどのレベルの制約であれば甘受しうるのかということになる。人権裁判所の判例を概観してみえてくるのは、証人審問権の制約で直接の不利を被るのは被告人であり、その不利は有罪判決を受ける危険として理解されていることである。そのため、問題となる証拠の利用に起因する不利の程度は、有罪判決が生じる可能性によって画定されてくることになる。つまり問題となるのは、証拠が有罪判決のなかでどのような位置を占めているかということであり、この点が出発点となるのである。人権裁判所の示す補填理論において特に注目すべきは、有罪判決を導く上で当該証拠が唯一の証拠であったり、決定的な意義を持つ証拠となることを禁じている点である。この場合はもはやいかなる代替手続を用いようと、有罪判決を受ける危険という意味での不利を埋め合わせることはできなくなっているからである。つまり、手続的保障に瑕疵のある証拠に基づく有罪判決は避けなければならず、かかる証拠は一般に許された証拠によって構築された判決を補強する形でしか使用できないというのが、人権裁判所の示す平衡化という概念のそもそもの出発点なのである。そうすると、原供述者に対して質問する機会が全く認められなかった *Hous* 対ドイツ事件<sup>(10)</sup>において伝聞供述の証拠利用が認められたのも、この供述が有罪判決を導く上でほとんど影響力を持たなかったためだと説明することができる。つまり、手続上の代替措置（手続的補填）による原供述の証拠利用が許される余地は、そもそも最初からかなり限定されていたといえるのである。

## 結びに代えて

本稿では、いわゆる職権主義的訴訟構造を維持しているとされてきたドイツ刑事訴訟において、欧州人権条約六条三項d号の保障する証人審問権がどのような機能を有する概念かについて考察を加えた。伝聞証拠を巡っては、近年ドイツ国内においても直接主義、口頭主義という従来の規制方法のみならず、被告人の権利としての証人審問権の行使という側面からあらためて検討されるようになってきている。その意味でドイツ法にも人権条約の当事者主義的な側面が影響しているのとみることができよう。少なくとも欧州人権裁判所の判例をみる限り、判断者である裁判所自らが証拠を直接認識し、真実解明に関与する機会を与えられているということはそれほど重視されず、あくまでも被告人がその手続きに関与できたか否かが問題とされる。すでにみてきたように、近年ではドイツにおいても証人審問権、質問権、対質権という権利概念が意識的に論じられるようになってきており、その点では証人審問権に関する問題意識はドイツ国内でも共有されているということができる。しかし、ザファーリンクの指摘するように、ドイツ判例理論において示される補填理論においては、法的、手続的補填と慎重な証拠評価という二つの面から代替証拠および代替措置の使用にコントロールをかけるという点は同じでも、この両者が混交されており、結局は慎重な証拠評価による救済が広く認められる可能性を残す。この点、欧州人権裁判所は、証拠評価における当該証拠の位置価値から被告人の受ける不利益を画定し、その程度が許容限度内であったか否かということを出発点とする。したがって、その程度が許容限度を超えている場合は、その時点で法的、手続的補填による埋め合わせはそもそも不可能ということになる。では許容限度内にある場合はどうか、一般に証明力が強い証拠の場合、それだけ被告人に不利に働くことになる

ため補填を必要とする幅は広くなる。ただしここで重要なのは、被告人に対して生じた有罪判決の危険性が当該証拠によって高められたか否か、という点である。証拠自体の証明力が高くとも概ね他の証拠によっても有罪判決が導かれうるような場合には、当該証拠の価値は相対的に低まる。このような場合には、その証拠が原因で被告人に生じた有罪判決の危険はそれほど高くなくなり、不利益の法的、手続的な埋め合わせが検討されることとなる。このように、欧州人権裁判所のいう平衡化 (counterbalancing) 理論においては、証拠評価による補填は被告人の不利益を画定する独立した判断要素としての地位を有しているところに特徴があり、たんに情報源の不確かな証拠であることを十分認識したというだけでは不十分なのである。

ドイツ国内裁判所も慎重な証拠評価という判断方法について言及する際、このような証拠が「他の重要な証拠によって根拠付けられている」ことを要件として示すものもみられる<sup>(112)</sup>。しかし、欧州人権裁判所の平衡化理論では、有罪判決における当該証拠の占めるウェイトに自ずと上限が設定されるのに対し、ドイツ国内裁判所の判例ではそのような制限について言及はみられない。具体的にいうと、人権裁判所の見解では有罪判決を導く上で当該証拠が決定的な意義を有しているとか、少なくとも唯一の (不利益) 直接証拠となっているような場合は、これに基づく有罪判決の構築は許されないことになるが、ドイツ国内裁判所においてはそのような明確な線引きはみられない。人権裁判所は問題となる不利益証拠がそのレベルに至らない価値を持つ場合にのみ、被告人の被った不利益がまだ治癒される可能性を認めるにすぎない。勿論、このような場合でも被告人は少なからず証人審問権の制約という不利益を被るのであるから、その不利益の埋め合わせに対しては何らかの手当が必要となる。繰り返しになるが、これこそが欧州人権裁判所の平衡化理論の出発点である。そして、その埋め合わせは、質問権の保障を中心とした手続的補填による部分が大きかったように思われる。たしかに、ドイツ国内裁判所は、他の重要な視点および証拠の徴表 (Beweiszeichen)

による根拠付けがなければ、有罪認定の際に代替証拠を用いるべきでないという見解を示している。しかし同時に、このような証拠の証拠評価にあたっては、事実審裁判所の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、そのことを判決理由の中で表現しなければならないとする。<sup>(13)</sup>つまり、判決理由を詳細に書くなど代替証拠の評価自体に慎重な態度で望めば、補強証拠の存在を要件に原供述を内容とする代替証拠の使用も許容される余地が十分にある。少なくとも、ドイツにおいては事実認定における注意則的な要件は示されたものの、有罪禁止を導く具体的な準則は示されていない。その意味で、欧州人権裁判所の判断は一定程度評価できるように思われる。しかし、完全な証人審問権が行使しえないという状態が発生している時点で、すでに本来欧州人権条約六条三項が予定していた当該権利は保障されることはない。なぜならば、本来の尋問によって達成されるべき防御（効果）との比較では、もはや等質のものが生み出されることはないからである。

ここであらためて欧州人権裁判所の見解の出発点を確認的に考えてみたい。先にも述べたとおり、人権裁判所は、問題となる証拠が有罪判決のなかでどのような位置価値を有するかということを重視している。その結果、当該証拠に起因する有罪判決の危険に見合った証人審問権の保障が認められなければならないことになる。要するに、有罪判決の危険とこれに対応すべき防御権との間で権衡がとれている（balancing）かどうかということが問題となるのであろう。そのコロシアリとして、有罪判決における位置価値の低い証拠は、その分防御側の負担する危険も小さくなるから防御方法——この場合、証人審問権——が制約を受けることがあっても、その範囲であれば許されるということになる。しかし右で指摘したように、欧州人権条約六条三項が本来予定していた証人審問権は保障されておらず、あくまでも不完全なものでしかない証人審問であっても同条項の保障に反しないという理論はどのようにして正当化されるのであろうか。人権裁判所は明確に述べていないが、次のように仮定すれば一定の説明はつくように思われる。

すなわち、刑事裁判で発生しうる被告人にとっての最大の危険は有罪判決であろう。そして本稿との関係でいえば、供述証拠のみによって有罪判決が下されることであろう。そのため、欧州人権条約はこの最大の危険に対して最大限の防御手段、弾劾手段として証人審問権を認めている。しかし、これは最大限の危険に対応したものであるから、当該証拠の有する危険がそのレベルにない場合はその分だけ制限的な権利保障でも両者のバランスは保たれる、と。このように、おそらく欧州人権裁判所は当事者主義的発想から人権条約の保障する証人審問権の役割を理解しつつも、当該証拠の位置価値との関係では一定程度の制約も甘受せざるをえないことを認めたと理解すれば説明はできる。

欧州人権裁判所の平衡化理論は、訴追側の武器となる証拠と防御側の防具としての証人審問権との間で保たれるべき最低限度の権衡を示し、有罪の証拠構造における当該証拠の位置付けとの関係で法的、手続的補填を論じたところに意義があったように思われる。この点において平衡化理論における具体的評価基準は評価されるべきであり、未だ被告人の負担する有罪判決の危険という点を前提としていないと考えられるドイツ国内裁判所が、今後どのような判断枠組を示していくのか興味深いところである。また、本稿では問題となる代替証拠が少なくとも唯一の直接証拠であるときは、これによる有罪判決は許されないという人権裁判所の見解を示すことができたものの、それ以上の具体的な検討を行うには至らなかった。平衡化理論における許容性の分水嶺は、証拠構造における当該証拠の位置価値と本来の尋問との近似性との相関関係によるが、その具体的検討は他日に期すこととしたい。

- (1) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms vom 4.11.1950.
- (2) Werner Beutke, Strafprozessrecht, 10., völlig neu arbeitete Auflage, 2010, S. 7.
- (3) BVerfG, 2. Senat, Beschl. v. 26.3.1978 – 2 BvR 589/79, 740/81 und 284/85, BVerfGE 74, 358; BGH, Urt. v. 25.7.2000 – 1 StR 169/00, BGHSt 46, 93.

- (4) *Jutta Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, NJW 2001, 2913; *Thomas Weigend*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als deutsches Recht, StV 2000, 384. しかこながら、基本原則が制約を受けたならば場合は連邦憲法裁判所も例外を認めようとするのが指摘されている (*Beutke*, a.a.O. (Anm. 2), S. 6; *BverfG*, 2. Senat, Beschl. v. 14.10.2004 - 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307)。
- (5) この点 *Beutke* が、刑事訴訟法規に関する中心的規定は六条であり、裁判所における手続き、特に刑事手続、当事者に関する権利を定めるのがその中心である (*Beutke*, a.a.O. (Anm. 2), S. 6)。
- (6) Vgl. *Beutke*, a.a.O. (Anm. 2), S. 6.
- (7) *V. v. Finland*, no. 40412/98, ECHR-IV - 24.42007, § 73; *Beutke*, a.a.O. (Anm. 2), S. 6; *Schroeder*, GA 2003, 293.
- (8) 拙稿「ドイツにおける伝聞証拠の問題性(一)」(国士館法学四二二号(二〇〇九年)九七頁参照)。
- (9) Article 33.
- (10) Article 34.
- (11) *Dorothea Rzepka*, Zur Fairneß im deutschen Strafverfahren, S. 13 ff. なぜ *Rzepka* が「ドイツ国内における憲法抗告 (Verfassungsbeschwerde) と比べて、ドイツ学術書に基づいてこれに関する説明はあまりなされていない。」と云う (S. 14)。
- (12) *Beutke*, a.a.O. (Anm. 2), S. 7; *Hans-Heiner Kühne*, Die Rechtsprechung des EGMR als Motor für eine Verbesserung des Schutzes von Beschuldigtenrechten in den nationalen Strafverfahrensrechten der Mitgliedstaaten, StV 2001, 73.
- (13) *BVerwG*, Beschl. v. 30.7.2001 - 4 BN 41/01, NVwZ, 2002, 87.
- (14) 例えば、後掲の *Van Mechelen* はか事件において人権裁判所は原告人の主張を認めて人権条約違反を認定しているが、その前段階で人権委員会は人権条約違反はないという判断を示していた。つまり、人権委員会は人権条約違反はないと考えられるが、その主張に明らかに理由がないとまでははいえないと考え、判断に慎重を期すため手続きをその後の処理に委ねたことになろう。
- (15) *Rzepka*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 17 f.

- (19) Dörte Korn, Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren, S. 25.
- (17) *Kostovski v. the Netherlands*, no. 11454/85 – 20.11.1989.
- (18) *Ibid.*, § 8 39–41.
- (19) *Ibid.*, § 45.
- (20) *Ibid.*, § 42.
- (21) *Ibid.*, § 43.
- (22) *Ibid.*, § 44.
- (23) *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, no. 21363/93; 21364/93; 21427/93; 22056/93 – 23.4.1997.
- (24) *Liefveld v. the Netherlands*, no. 19331/92 – 11.11.1994.
- (25) *Kostovski v. the Netherlands* (Fn. 17).
- (26) *Haas v. Germany*, 73047/01 – 17.11.2005.
- (27) *Windisch v. the Netherlands*, no. 12489/86 – 27.9.1990; *Saidi v. France*, no. 14647/89 – 20.09.1993; *J.O. and T.T. v. the Netherlands*, no. 17631/91 and 17647/91 – 2.9.1992; *Doorson v. the Netherlands*, no. 20524/92 – 26.3.1996; *Brittis and Others v. the Netherlands*, no. 47698/99 and 48115/99 – 28.3.2002 等々。なお *Doorson* 対本任令事件では、むしろ六条三項の号と結び付いた同一項に対する違反があるという表現が用いられている。三項は一項の内容を具体化したものであると理解をわたるため、最終的には手続全体を通じて一項の保障する「公正な手続」が保障されていたか否かが問題となる。
- (28) *Kostovski v. the Netherlands* (Fn. 17); *Haas v. Germany* (Fn. 26); *S.N. v. Sweden*, no. 34209/96, ECHR-1 – 2.7.2002.
- (29) *Kostovski v. the Netherlands* (*Ibid.*): *Haas v. Germany* (*Ibid.*): *S.N. v. Sweden* (*Ibid.*).
- (30) *Luci v. Italy*, no. 33354/96, ECHR-1 – 27.2.2001, § 33.
- (31) *Luci v. Italy* (*Ibid.*), § 41; *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, no. 19874/92 – 7.8.1996, § 51–52; *Vidal v. Belgium*, no. 12351/86 – 22.4.1992, § 33.
- (32) ユー・エム・エス「禁断 (Sperrung)」等々の「禁断の宣言 (Sperrklärung)」について、拙稿・前掲 (註10) 101頁参照。



- (33) *Doornson v. the Netherlands* (Fn. 27).  
 (34) *Ibid.*, § 69.  
 (35) *Ibid.*, § 70.  
 (36) *Ibid.*, § 71.  
 (37) *Van Mechelen and Others v. the Netherlands* (Fn. 23).  
 (38) *Ibid.*, § 56.  
 (39) *Ibid.*, § 59.  
 (40) *Ibid.*, § 61.  
 (41) *Visser v. the Netherlands*, no. 26668/95, ECHR-III - 14.2.2002.  
 (42) *Ibid.*, § 8 47-48.  
 (43) *Kok v. the Netherlands* (dec.), no.43149/98, ECHR 2000-VI - 4.7.2000.  
 (44) *Sadalak and Others v. Turkey*, no. 29900/96 and 29901/96 and 29902/96 and 29903/96 - 17.7.2001.  
 (45) *Ibid.*, § 67.  
 (46) *Lidi v. Switzerland*, no. 12433/86 - 15.6.1992.  
 (47) *S.F. v. Switzerland* (dec.), no. 28994/95 - 4.3.1998.  
 (48) *Begon v. the Netherlands* (dec.), no. 16696/90 - 29.11.1993.  
 (49) *Ibid.*, § 25.  
 (50) *Ibid.*, § 8 72-78.  
 (51) *Ibid.*, § 8 77.  
 (52) なお、遮断事由なくして他の到達不能事由の正当性と法的補填および証拠評価上の補填による平衡化処理 (counterbalancing) が相対的な関係にあるのか、到達不能事由が正当と認められる場合に初めて人権条約六条の保障する防御権に対する制約が認められ、その上で平衡化処理 (補填) が求められるのかは、判然としない部分がある。
- (53) *S.N. v. Sweden* (Fn. 28).

- (54) *Ibid.*, s 9-15.
- (55) *Ibid.*, s 47.
- (56) *Lüdi v. Switzerland* (Fn. 46).
- (57) *Ibid.*, s 49.
- (58) なお、*Haas* 対ドイツ事件では、問題となった証人Sの供述を補強する証拠として匿名の情報提供者の証言が用いられていた。本事案における主たる問題はS供述を内容とする代替証拠の使用可能性であったが、この匿名情報提供者の身許情報の開示についても議論があった。その際、この情報提供者はドイツの司法権の及ばない場所で活動する者であるため、国家による保護が十分に行えないということが身許の秘密維持の理由とされた。
- (59) 詳しくは、拙稿・前掲（註8）九九頁。
- (60) *Haas v. Germany* (Fn. 26).
- (61) 拙稿「ドイツにおける伝聞証拠の問題性（二）」国士館法學四三号（二〇一〇年）八三頁以下。
- (62) 拙稿・前掲（註61）八四頁。
- (63) 拙稿・前掲（註61）八五頁以下。
- (64) *Solakov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 47023/99, ECHR-II - 31.10.2001.
- (65) 第一審の the Skopje Municipal Court で開かれた第二回公判期日に対審の欠如に関する異議が主張されるに止まってい  
ず（§§ 25, 62.）。
- (66) *Artnar v. Austria*, no. 13161/87 - 28.8.1992.
- (67) *Ibid.*, s 9.
- (68) *Ibid.*, s 20.
- (69) *Ibid.*, s 21.
- (70) *Lacà v. Italy* (Fn. 30).
- (71) *Ibid.*, s 34.
- (72) *J.O. and T.T.* (Fn. 27).

- (73) *Arther v. Austria* (Fn. 66), § 17.
- (74) *Solkov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* (Fn. 64), § 61.
- (75) *Baegen v. the Netherlands* (Fn. 48), § 20, 29; *Sadak v. Turkey* (Fn. 44), § 67.
- (76) See also *Kok v. the Netherlands* (Fn. 43); *Visser v. the Netherlands* (Fn. 41), § 46; *Haas v. Germany* (Fn. 26).
- (77) *Krasniki v. Czech Republic*, no. 51277/99, ECHR-II – 26.2.2008, § 85.
- (78) *A.S. v. Finland*, no 40156/07, ECHR-IV – 28.9.2010, § 68.
- (79) *Krasniki v. Czech Republic* (Fn. 77), § 85; *Visser v. the Netherlands*, (Fn. 41), § 51; *Kok v. the Netherlands* (Fn. 43), § 1.
- (80) *Visser v. the Netherlands* (Fn. 41), § 51; *Krasniki v. Czech Republic* (Fn. 77), § 85.
- (81) *Van Mechelen and Others v. the Netherlands* (Fn. 23), § 55.
- (82) *Ibid.*, § 63.
- (83) *P.S. v. Germany*, no. 33900/9620, ECHR-III – 20.12.2001, § 30.
- (84) *Ibid.*, § 831-32.
- (85) *Visser v. the Netherlands* (Fn. 41), § 50.
- (86) *Kok v. the Netherlands* (Fn. 43).
- (87) 拙稿・前掲(註61)九五頁。
- (88) なお、召喚不能状態にあった証人Sの供述を補強する証拠の一部として、さらに匿名遮断証人の証言が用いられている点

問題がないわけではない。しかしながら、これらの人物の証言がそれほど中核的役割を担っていなかったためかそれほど問題とされていないように思われる。ただし、これらの証人が到達不能状況にあった理由については十分に検討されている。すなわち、国内裁判所は身許の開示のために努力したにも関わらず、情報提供者の保護を理由に連邦内務省等の各監督官庁が遮断措置をとっていた事実が認められている。本件被告人が協力する二つのテロ組織によって犯された非常に重大な犯罪行為を理由に起訴されているという事実を鑑みれば、同人がパレスチナ解放戦線のメンバーであった夫となお関係があり、彼はなお報復行為を行うことが可能であると考えられていた以上、遮断措置に起因する到達不能は司法権に帰責しえない事

情であったと見えたり。

- (8) *Krasnki v. Czech Republic* (Fn. 77), § 8 12-13.  
 (9) *Ibid.*, § 22.  
 (16) *Ibid.*, § 8 80-83.  
 (26) *Ibid.*, § 8 84-85. 同様の表現は *Visser 対オランダ事件* でも用いられている (*Visser v. the Netherlands* (Fn. 41), § 51)。  
 (93) ただし、注意しなければならないのは、この事案では証拠価値の重大性の前に遮断理由の正当性が問題とされている点である。この点を重視すれば、遮断理由の正当性の欠如が補填理論にも影響を及ぼすかのようにみえるが、人権裁判所の他の判例をみる限りそのような判断枠組は用いられていないように思われる。例えば *Van Mechelen* はか事件では、遮断に理由がなかった上、*「もっと (moreover) 唯一の証拠であったことが確認されている (Van Mechelen and Others v. the Netherlands* (Fn. 23), § 8 60-62. See also *P.S. v. Germany* (Fn. 83), § 23)°
- (75) *W. v. Finland*, no. 14151/02, ECHR-IV - 244.2007; *A.H. v. Finland*, no. 46602/99, ECHR-IV - 10.5.2007; *A.L. v. Finland*, no. 23320/04, ECHR-IV - 27.1.2009; *D. v. Finland*, no. 30542/04, ECHR-IV; *A.S. v. Finland* (Fn. 78).  
 (95) *A.S. v. Finland* (*Ibid.*).  
 (96) *Ibid.*, § 56.  
 (97) Vgl. NJW-Spezial 2011, 536.  
 (98) どのような証拠構造にせよ当該証拠の位置価値にこそ注目せよ。 *W. v. Finland* (Fn. 94), § 8 47-48; *A.H. v. Finland* (Fn. 94), § 8 44-45; *A.L. v. Finland* (Fn. 94), § 8 37, 44-45; *D. v. Finland* (Fn. 94), § 8 42-43. 44を参照。  
 (99) *Van Mechelen and Others v. the Netherlands* (Fn. 23).  
 (100) *Kostovski v. the Netherlands* (Fn. 17), § 42.  
 (101) *Windisch v. the Netherlands* (Fn. 27), § 28.  
 (102) *Lüdi v. Switzerland* (Fn. 46); *Van Mechelen and Others v. the Netherlands* (Fn. 23); *Visser v. the Netherlands* (Fn. 41); *Doorson v. the Netherlands* (Fn. 27); *S.E. v. Switzerland* (Fn. 47); *Kok v. the Netherlands* (Fn. 43) etc.

(103) この点 興味深いのは、S.E. 対スイス事件である (S.E. v. Switzerland (Fn. 47))。この事件では、被告人と薬物取引の交渉を行ったとされる証人 Markus がサウンドリンク方式を用いた別室での尋問を受けたことが問題となった。報復の回避等を理由に Markus の真の身許は秘匿され、外見も分からないようにして尋問がなされたが、氏名や外見が分からなかったとしても効果的な防衛には影響がないとした。なお、類似の事案として情報提供者に対するサウンドリンク方式を用いた証人尋問が問題となった Kok 対オランダ事件 (Kok v. the Netherlands (Fn. 43)) があるが、この事件では身許情報そのものの価値には触れられていない。

- (104) *Visser v. the Netherlands* (Fn. 41).
- (105) *Doornson v. the Netherlands* (Fn. 27).
- (106) *Ibid.*, § 8 25, 73.
- (107) *Ibid.*, § 8 73-74.
- (108) 拙稿・前掲(註61)六九頁。
- (109) *Christoph J. M. Safferting*, Anmerkung zum BVerfG, 2 Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 8.10.2009 - 2 BvR 547/08, StV 2010, 339, 340.
- (110) *Haas v. Germany* (Fn. 26).
- (111) *Christoph J. M. Safferting, a. a. o.* (Anm 109), s. 340.
- (112) BGH, Urt. V. 12.1.1996 - 5 StR 756/94, BGHSt 42, 15 ff.
- (113) BVerfG, Beschl. v. 2. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 8.10.2009 - 2 BvR 547/08, StV 2010, 337.