

## ドイツにおける伝聞証拠の問題性（二）

——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（Unreichbarkeit）、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

#### （三）証人尋問の類型

#### 二 到達不能（Unreichbarkeit）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 連邦通常裁判所の見解

(一) 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
  - 5 欧州人権裁判所の判例の影響
- (二) 到達不能と代替証拠 (Beweisurrogat) の使用

1 行政権による遮断 (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
- 2 事実上の到達不能と代替証拠の使用
- ④ 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）
- ⑤ 連邦通常裁判所第一刑事部二〇〇六年一月二九日決定
- 3 原供述者の身許 (Identität) の不開示

(三) 代替証拠の使用と慎重な証拠評価

- ④ 連邦通常裁判所第五刑事部一九九六年一月二二日判決
- (四) ビデオリンク方式による質問権の保障

- ⑥ 連邦通常裁判所第一刑事部二〇〇四年八月二七日決定
- ⑦ 連邦通常裁判所第一刑事部二〇〇六年七月一九日決定

以上本号

⑧連邦通常裁判所第四刑事部二〇〇八年二月七日判決

(五) 小括

1 質問権の保障と身許 (Identität) の特定

2 証拠としての許容要件

3 慎重な証拠評価 (Vorsichtige Beweiswürdigung)

四 欧州人権裁判所の見解

結びに代えて

序

(一) 伝聞証拠に関する伝統的理解と最近の動向<sup>(1)(2)</sup>

いわゆる伝聞法則とは英米法に起原を有する手続法上の大原則であり、当時者主義的訴訟構造における証拠法則として理解されてきた。当時者主義的理念に立てば、立証に共される証拠の信憑性は両当事者によって争われるべきものであり、通常これは反対尋問によって現実化されることになる。思うに、英米および彼等の影響を受けたわが国においては、伝聞法則は供述証拠の弾劾によってもたらされる真実説明機能を担うのみならず、当時者が事実認定に与する権利を保障する原理として捉えられてきた側面が強い。そのため、比較法という点では英米の理論を中心に紹介がなされることがほとんどだったといえよう。<sup>(3)</sup>これに対し、職権主義の下では当事者間の論証活動による事案説明機能よりも、むしろ裁判所に課せられた真実説明義務 (Aufklärungspflicht) に対する期待が大きい。伝聞法則において問題とされる伝聞証拠とは、たんなる「また聞き」という文理上の意味とは必ずしも一致しないのだが、ドイツにおける伝聞証拠の問題性 (一) (内藤大海)

ツにおいてはまた聞きの供述に対する証拠法上の規制の担い手は直接主義ないしは口頭主義だと考えられてきた。したがって、裁判所としては自らに課せられた真実解明義務の履行にあたっては、可能な限り信頼できる（事実に近接した）証拠の使用を求められることになるのである。

ところで、筆者は、以前にドイツにおける潜入捜査について検討を試みたことがある<sup>(4)</sup>。その際、潜入捜査官による情報収集活動が自己負罪拒否特権を侵害することと彼による住居権侵害に対する懸念について検討を加えた。しかしかかる捜査手法に対しては、証拠法上も問題があることが近年指摘されている。潜入捜査は、ドイツ法一一〇条<sup>(5)</sup>以下に規定されているが、これは一九九二年の組織犯罪対策法<sup>(6)</sup>によって新設された規定である。簡単に述べると、警察官である潜入捜査官の職務は薬物の密売等を業とする犯罪組織から情報を獲得することであり、獲得した情報は公判廷で証拠として利用されることが予定されている。この場合、潜入捜査官が対象者から自己負罪供述を聞き出すことが予定されているため、刑法一三六条aの禁止尋問方法や自己負罪拒否特権（*nemo tenetur*）との関係で問題とされている<sup>(8)</sup>。他方、次のような状況を考えてみれば、証拠法上の問題も浮かび上がった。例えば、実際に組織に潜入していた、あるいは組織のメンバーと交流のあった潜入捜査官が法廷で証言を行うことになれば、その身体、生命あるいは家族に対して危害が及ぶことは想像に難くないところである。そこで、実務上採られてきた手法は、潜入捜査官本人ではなく、その上官に当たる警察官が潜入捜査官から聞き出した内容を公判廷で供述するというものである。

他方、わが国同様、ドイツでも被害者保護の観点から二次被害の回避ということは切実な問題として取り上げられてきた<sup>(9)</sup>。その影響は、公判手続における対面の回避、質問の制約、ビデオリンク方式の導入などに見て取ることができ<sup>(11)</sup>。このように、潜入捜査のみならず、被害者証人の保護の目的からも伝聞証拠の利用の必要性は高まっており、

問題化してきている。<sup>(12)</sup>

先にも触れたとおり、職権主義のドイツでは伝聞証拠は採用されておらず、従来このことはそれほど問題とされてこなかった。<sup>(13)</sup>むしろこの種の問題は直接主義、口頭主義の観点から規制されると考えられていたにすぎなかったのである。<sup>(14)</sup>しかしながら、欧州人権条約六条およびこれに関する欧州人権裁判所の判例の影響もあってか、近年では（特に二〇〇〇年頃から）被告人の質問権（*Recht auf Befragung*）、<sup>(15)</sup>対質権（*Recht auf Konfrontation*）<sup>(16)</sup>といった観点から、ドイツにおいてもこの種の議論が活発化してきている。<sup>(17)</sup>

## （二）証拠法を取り巻く状況の変化

右で述べたように、近年ドイツでは伝聞証拠の使用に関する議論が活発化してきているといえる。ただ、以前はドイツ国内法における問題として論じられてきたものが、近年では欧州人権裁判所六条三項d号との関係で論じられることがほとんどである。詳細は後に譲るが、欧州人権条約六条は公正な手続き（*fair trial*）について規定し、同条三項d号は具体的に被告人の証人審問権について規定する。被告人にとって不利益な証人が公判手続に出廷せず、当該人物に対してはおよそ反対尋問を行うことができないのであれば、この欧州人権条約六条三項d号との関係で問題となるのである。同条約はドイツ国内法としての効力を有するが、同条約に対する違反の有無に関する最終的な判断を行うのは、欧州人権裁判所である。伝聞証拠の使用による反対尋問権の制約に関しては、オランダ、オーストリア等、職権主義を維持した国が当事国となった事件が先行しており、また、近年、ドイツが当事国となったハース事件（*Haas v. Deutschland*）<sup>(18)</sup>において、被告人の権利としての反対尋問権が従来のドイツの判例基準よりもより広く認められることとなった。このようなヨーロッパにおける流れに歩調をあわせる形で、ドイツでも被告人の反対尋問権、

訴訟関与権というものが意識されるようになってきたといえる。<sup>(19)</sup>

### (三) 本稿の検討課題

以上の点に鑑みれば、欧州人権条約が認める被告人の当事者性ないし主体性ひいては防御権という概念が、近時職権主義の代表ともいえるドイツ法に対してどのように影響を与えているのかは非常に興味深い。ヴァイゲントによれば、当事者の主体性を前提にして規定された欧州人権条約の証拠規則がドイツ証拠法に対して影響を持つとしても、職権主義の理念が崩れることは決してないという。<sup>(20)</sup> そもそもドイツにおいては、厳格な証拠法則に依らずとも詳細な判決理由の義務づけなどにより、裁判所の判断が高度の客観性を有するものとして理解されていたように思われる。

そのため、怪しげな証拠は——当事者主義における伝聞法則のような——証拠法によるコントロールを受ける代わりに、証拠価値ないし証明力のレベルで処理されてきたように感じられるのである。後に詳論するが、近年、ドイツでは出所不明の伝聞証拠<sup>(21)</sup>に対しては、従来より存在した慎重な証拠評価 (vorsichtige Beweiswürdigung) による対応を維持しつつも、その使用を巡ってはかなり限定的な要件が付されるようになってきている。つまり、ドイツ国内裁判所は、このような伝聞証拠の使用にあたって、従来の慎重な証拠評価による解決に入る前に、まず証拠法上要件を付してその利用にコントロールを掛けるようになってきたわけである。本稿は、このような判例理論の変遷過程をフォローし、証拠法および証拠評価におけるそれぞれのコントロールがどのような機能を有しているかについて分析を試みる。

他方、わが国では潜入捜査官の保護という問題意識は今のところ存在しないものの、<sup>(22)</sup> 被害者証人の保護に関する議論は登場して久しい。実際、証人尋問におけるビデオリンク方式の導入が図られるなど、これまで伝聞法則との関係

上問題とされてきた措置が証拠法上認められている点にも、近年の法状況の変化を見て取ることができる。ドイツとは異なり、むしろわが国の伝聞法則にはそもそも多くの例外が認められているが、このような措置により通常の証人尋問が行われる範囲はさらに狭められていくこととなった。この点、ドイツの議論が何を伝聞証拠と定義付けるかにもよるが、問題となる証人尋問の類型は多岐にわたる。すなわち、全くの身許不詳者の供述を源とする情報を別人が証人として証言する場合から、原供述者の身許は判明しているものの証人尋問を行うことができない場合、さらにその身許は不詳であるが特殊なビデオリンク方式等を用いた証人尋問がなされる場合など、である。本稿では到達不能状況における代替証拠の使用可能性に関する問題を中心に検討を加えるが、その前提としてまず制約を受けることになる防衛権の性質に着目し、これらを被告人の権利制約との関係上整理する必要がある。

## 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

わが国において、伝聞証拠とは反対尋問によるテストを経ない供述証拠であると一般に定義付けられている。<sup>(23)</sup> 刑訴法三二〇条に規定された伝聞法則は、すべての証人に対する反対尋問権を被告人に認めた憲法三七条二項を受けた規定であることは異論のないところである。そのため、伝聞法則は被告人の反対尋問権を保障するものと理解されるのである。つまり、質問権が行使できないという意味での反対尋問権の侵害はもちろん、証人尋問権に対するその他の制約も伝聞法則との関係上問題とされてきた。例えば、最高裁判平成一七年四月一四日判決<sup>(24)</sup>では、遮蔽措置とビデオリンク方式の併用による証人尋問が憲法八二条一項、同三七条一項に違反するのではないかという点が争われ、最高裁

はこれを消極に解している。<sup>(25)</sup> この点に関する学説の議論も、反対尋問権の保障に対する制約との関係においてなされてきたといえよう。<sup>(26)</sup><sup>(27)</sup>

ところで、「反対尋問によるテストを経ない供述証拠」という定義をドイツについて当てはめてみた場合、到達不能状況に置かれた証人の供述を内容とする代替証拠 (Beweisurrogat) はまさに伝聞証拠ということになる。<sup>(28)</sup> しかし、証人尋問権との関係で問題となるのは、喚問できない原供述者の供述を内容とする代替証拠の利用に止まらない。確かに、潜入捜査官の供述獲得手法が仮に捜査法上適法であったとしても証拠法上問題とならないのかという本稿の出発点に鑑みれば、まず第一の検討課題は、潜入捜査官の供述を内容とする代替証拠の使用の可否ということになる。しかしながら、潜入捜査官証人の保護という目的を達成するためには、完全な遮断というドラステックな措置に踏み切らずとも、例えば質問権自体は保障したまま、その他の附帯状況を削いだ形でなされる証人尋問 (例えば、ビデオリンク方式など) でも十分にその目的が達成できる場合を考えることができる。そこで、実質的な議論に入る前に、証人審問権ないし証人尋問権が何らかの制約を受ける類型について俯瞰し、本稿の中心的検討課題である代替証拠の使用が、他の措置との関係でどのように位置付けられるかを明らかにしておきたい。

## (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

何らかの事由で証人を喚問することができない場合、代替証拠の使用が必要とされることが予想される。例えば、殺人事件において、唯一の証人が重体の被害者のみであり、この人物が公訴準備段階 (Vorbereitung des öffentlichen Klage)<sup>(29)</sup> で裁判官による尋問を受け、その後死亡したような場合である。<sup>(30)</sup> この場合、裁判官による尋問の際



に作成された尋問調書の利用が認められなければ、被告人に対する有罪の立証が不可能となる。このように証人の死亡など一定の場合は到達不能 (Unreichbarkeit) と呼ばれ、刑法二五一条等の規定により代替証拠の使用が認められる場合がある。到達不能とは、主に証人を喚問できない状況を表した用語である。例えば、公務員に対して証人尋問が請求された場合に、最高監督官庁が刑法五四条に基づき証言許可を与えない場合がこれにあたる。しかし、「Unreichbarkeit」は、たんに証人の「喚問不能」状況だけでなく、伝聞証拠が用いられた場合の原供述者へアクセスすることができない場合も含む概念である。その身許は判明しているものの原供述者を証人喚問できないという場合と、その身許すら判明していないという場合とは、被告人の防御権という点で大きな差がある。確かに、原供述者の供述内容を有罪立証に供するために伝聞証拠を用いるということになれば、その意味で両者は共通性を有する。他方、この場合において被告人は、原供述者の供述内容の信憑性を争うために——通常は反対尋問によるのが最も効果的であろうが——原供述者以外の独立証拠によってこれを弾劾しようとするだろう。しかし、原供述者の身許が分からなければ、独立証拠の収集ですら不可能となる。<sup>(33)</sup> その意味で両者には決定的な違いがあり、別の概念である。そのため、それぞれ別の用語を当てるべきであろうが、ドイツの議論をみる限り、「たんなる喚問不能」の場合のみならず、喚問不能でありかつ「原供述者の身元不詳」の場合にも「Unreichbarkeit」の用語が用いられている。<sup>(34)(35)</sup> しかしながら、到達不能には、「たんなる喚問不能」の場合と、さらに「供述者の身元不詳」が加わった場合との二つがあることに注意を払う必要があるのは、右に述べたことから明らかである。到達不能の発生事由には、大別すれば、法的なものと事実的なものに分類できる。詳論は、後に行う(本稿三.)。

## 2 証人保護と代理尋問、ビデオリンク方式

基本法一〇三条一項は、「何人も裁判所に対して法的審問 (rechtliches Gehör) を請求することができる」と規定

する。これを受け、刑訴法は原則として、被告人に対し裁判官による証人尋問に立ち会う権利（刑訴法一六八条c二項）<sup>(36)</sup>、公判手続に参加する権利（同二三〇条）<sup>(37)</sup>、証人および鑑定人に質問する権利（同二四〇条二項第一文）<sup>(38)</sup>を認めている。しかし、証人が到達可能であったとしても、直ちにこのような「完全な」形での証人審問権が認められるわけではなく、これらの規定には一定程度例外が存在する。

まず、裁判官による代理尋問を規定した刑訴法二三三条についてみておこう。同条は、証人、鑑定人または共同被告人の出廷に関し、比較的長期間あるいは不特定期間、疾病、老衰、その他の理由で公判手続に出廷することができない場合（二項）、遠隔地において尋問を要求することができない場合（二項）、裁判所は受命裁判官（beauftragter oder ersuchter Richter）にこの者の尋問を命じることができると規定する。代理尋問を用いることにより、代替証拠（伝聞証拠）の利用による証人審問権に対する著しい制約を回避することができる。

次に考えられる措置として、ビデオリンク方式による証人尋問がある。刑訴法一六八条e第一文および第二文は、公訴準備段階での裁判官による尋問に関して、「立会権者の面前で尋問がなされた場合、証人の福祉に対する重大な不利益が及ぶ差し迫った危険があり、他の方法ではこれを回避することができない場合、裁判官は立会権者を別室に分離して尋問を実施するものとする。この尋問の映像および音声は、同時進行で伝達される」と規定する。いわゆるビデオリンク方式を用いた証人尋問に関する規定である。公判手続における同方式の利用については、刑訴法二四七条aが規定する。

### （三）証人尋問の種類

次頁では、何らかの形で通常の証人尋問に制限が加えられる場合のいくつかの類型を表にまとめておいた。匿名証

表 証人尋問の諸類型

	尋問の方式等	質問権	対質権	身許公開	根拠条文等
I	通常の証人尋問	○	○	○	§ 240
II	ビデオリンク方式 (被害者証人の二次的被害からの保護目的)	○	△ (間接対面)	○	§ § 168e, 247a
III	被告人を排除した証人尋問 (証人等の供述確保)	(裁判官による尋問)	×	○	§ 168c Abs. 3
IV	ビデオリンク方式+遮蔽等 (身許の秘密保持目的)	○	×	×	§ § 168e, 247a (analog ?) *
V	代理尋問 (身許の秘密保持目的)	△ (間接質問)	×	○	§ 223 (analog ?)
VI	代替証拠 (伝聞証拠) の使用 (下記Ⅶ以外の場合)	×	×	○	§ 251 (analog ?) **
Ⅶ	代替証拠 (伝聞証拠) の使用 (身許の秘密保持目的)	×	×	×	§ 251 (analog ?) ***

\* 刑訴法168条 e、同247a は証人の匿名化について、明文で規定していない。

\*\* 同条1 項の文理は、裁判官の尋問に作成された調書に限定してその朗読を許可している。  
また、同2 項は、その他の尋問調書の朗読については、当事者の同意のある場合、証人等死亡その他の事由で不特定期間尋問不能の場合について朗読を規定する。

\*\*\* さらに付加的に原供述者が匿名となる場合については明文の規定はない。

人と一口に言っても、裁判官（もしくはオランダなどの予審判事）は身許を知っており被告人と弁護人だけが知らない場合等も考えられるため、この分類が全てではないが、一応問題となりやすいものを挙げておいた。

## 二 到達不能 (Unreichbarkeit) の発生事由

本稿の問題意識の出発点は、原供述者（特に潜入捜査官）が到達不能状況にある場合の、代替証拠（伝聞証拠）の利用の可否という点にある。そこで、まず前節では、このような問題意識との関係で、証人審問権が何らかの形で制約を受ける諸類型について俯瞰し、その全体において代替証拠使用がどのように位置付けられるかを明らかにした。本節では、代替証拠の使用が必要となる到達不能状況がどのような原因で生じるのかについて詳細にみておくこととする。

## (一) 事實的到達不能と法的到達不能

先にも触れたように、証人への到達不能が発生する原因には、事實的なものと法的なものがある。証人が到達不能状況にある場合、法は代替証拠（伝聞証拠）の使用を認めている。到達不能状況について刑法上明文で規定したものとしては、連邦および諸州の利益のためにそれぞれの議会が保管する書類の提出を禁じた刑法九六条、証人、鑑定人および共同被告人の死亡等の場合に裁判官面前調書の朗読を認める同二五一条一項および二項などがある。例えば、二五一条一項二号の規定する原供述者の死亡の場合、供述源たる人格そのものが存在しないのであるから、もはや法的にその供述を義務づけたところで無意味である。この意味において、死亡は原供述者の供述可能性の事実上の消滅となる。反対に、法的到達不能とは、原証人が存在し供述すること自体物理的な意味においては可能であるが、何らかの事情によりそれが觀念上不可能となる場合をいう。文理上は人証（*Neugenbeweis*）の到達不能について規定したものではないが、刑法九六条の場合は法的到達不能の好例であろう。同条は、証拠となるべき公文書について、その内容が公開されれば、連邦およびドイツ諸州の福祉にとって不利益となる場合に、行政権がその提出を拒むことができる旨規定する。<sup>(39)</sup>つまり、本来証拠として事実認定に供されるべき文書であって、実際に存在するものである——したがって、物理的には証拠として提出することは可能なものであっても——対立する別の利益を考慮してその提出が禁じられることになる。この場合、焼失、破損といった物理的、事實的な事由ではなく、国家の福祉という対抗利益との比較衡量によってその証拠としての利用が禁じられることになるため、法的到達不能ということになる。同様に、証拠としての利用と対抗利益を考慮してなされる証人遮断は、まさに法的到達不能の典型であろう。ただし、遮断による到達不能が常に許容され、直ちに代替証拠の使用のための前提条件として承認されるわけではな

い。

## (二) 事實的到達不能事由

事實的到達不能について条文に沿って確認しておこう。事實的到達不能がどのようなものであるかについては、原供述者の死亡を例にすでに概説したとおりであるが、証人への事實的到達不能状態が生じたとしても、このことから直ちに代替証拠（伝聞証拠）の使用の許容が導かれるわけではない。刑法二四四条二項は、「裁判所は、真実の発見のために、裁判にとって意義を有するすべての事実および証拠方法について、職権で証拠調べを行わなければならない。」と規定する（真実解明義務＝Aufklärungspflicht）。しかし、同条三項第二文は、「証拠方法が到達不能の状態にある（unerreichbar）とき」に、証拠調べの請求を棄却できるとし、到達不能状況に置かれた証拠方法の証拠調べを放棄している。この点、刑法二五〇条は、「事実の証明が人の知覚に基づくときは、これを公判手続において尋問しなければならない。この尋問は、過去の尋問を録取した調書あるいは書面による供述の朗読によって代替することはできない。」と規定する。つまり、同規定は、刑法二四四条二項の内容である裁判所の真実解明義務の内容について、さらにその方法を直接主義という観点から具体的に規定しているということになろう。しかし、刑法二五一条および二五三条は、刑法二五〇条に対する例外を認めている。まず、刑法二五一条一項および二項についてみてみよう。

## 刑法二五一条一項

「証人、鑑定人または共同被告人の尋問は、以下の場合には、尋問に関する調書またはこれらの者による書面による供述を含む文書（Urkunde）の朗読に代えることができる。

ドイツにおける伝聞証拠の問題性（一）（内藤大海）

一、被告人に弁護人がついており、検察官、弁護人および被告人がこれについて同意しているとき

二、証人、鑑定人または共同被告人が死亡しているか、あるいはその他の事由により予測可能な期間内に尋問を受けることができないとき

三、調書または書面が財産上の損害の存在または損害額に関係する限りにおいて」

## 二項

「証人、鑑定人または共同被告人の尋問は、以下の場合において、過去に行われた裁判官による尋問に関する調書の朗読に代えることが許される。

一、証人、鑑定人または共同被告人の出廷に対し、公判手続中、比較的長期間あるいは不特定期間にわたり、疾病、老衰またはその他除去できない障碍が存在するとき

二、証人または鑑定人が遠隔地にいるため、その供述の重要性に鑑みれば、公判手続への出廷を要求できないとき

三、検察官、弁護人および被告人が、朗読に同意しているとき」

このように、法は、原供述者が、死亡、精神疾患、所在不明（二項二号）、疾病、老衰（二項一号）、遠隔地にいる（二項二号）といういずれかの状況に該当する場合に、代替証拠である裁判官尋問調書の使用を認めている。右の状況においては、原供述者の喚問は事実上ほぼ不可能（到達不能）であろう。両規定を比較した場合、代替証拠の使用許可要件として認められている到達不能事由の範囲には大きな差があるが、裁判官尋問調書かそれ以外の尋問調書かの違いが反映しているものと考えられる。<sup>(40)</sup>

次に刑法法二五三条であるが、同条は、証人または鑑定人が、証言すべき「事実をもはや思い出さない場合」<sup>(41)</sup>、記

憶喚起のために公判外供述を録取した書面の朗読を認めている。<sup>(41)</sup>つまり、ここでは「記憶の喪失」が事実的到達不能事由ということになり、この場合に書面の朗読が許容されている。ただし、刑訴法二五一条の場合と異なり、ここで許される朗読はあくまでも記憶喚起に限られたものである点に注意しなければならない。つまり、要証事実の証明にあたって、その事実が存在したことを推認させる「証拠」は、あくまでも証人または鑑定人の供述である。したがって、少なくとも「朗読された調書の内容に間違いがない」などと証人が述べるにすぎない場合は、実質的には調書の朗読と何ら異ならなく、調書そのものの使用と同視できるため刑訴法二五三条違反となろう。<sup>(42)</sup>

## (二) 法的到達不能事由

### 1 証言拒否権 (Zeugnisverweigerungsrecht)

法的到達不能の発生事由のまず一つは、「証言拒否権 (Zeugnisverweigerungsrecht)」の行使である。刑訴法は、五二条以下で証言拒否権について規定する。刑訴法五二条一項は、被告人と一定の家族関係にある者に証言拒否権を認めている。<sup>(43)</sup>その他、未成年者および被後見人の場合 (五二条二項)、<sup>(44)</sup>職務上の秘密に基づく場合 (五三条および五三条a)、公務上の秘密に基づく場合 (五四条) に、一定の地位にある者に対し証言拒否権が認められている。さらに、これらの規定を受けた刑訴法二五二条は、「公判手続においてはじめて証言拒否権を行使した証人の供述は、これを朗読することはできない。」と規定する。したがって、刑訴法五二条以下で認められている証言拒否権は、公判前段階における法的到達不能事由となり、さらに公判手続における証言拒否権の行使も、公判前段階における供述へに対する (法的) 到達不能事由となる。<sup>(45)</sup>

### 2 行政権による遮断 (Sperrung)

ドイツにおける伝聞証拠の問題性 (一) (内藤大海)

法的到達不能の発生事由の二つめは、行政権による「遮断 (Sperrung)」である。遮断とは、先に触れた刑法九六条の場合のように、本来公判廷で証拠調べの対象とされるべき人または物の利用を、行政権が拒否する措置を意味する語として用いられている。本稿の問題意識に立ち戻って考えてみよう。多くの場合、潜入捜査官本人が直接証人として公判手続において尋問を受けることは不可能である。そのため、同人が知覚した情報は、伝聞証人たる尋問官に対する証人尋問によって公判手続に持ち込まれることとなる。だとすれば、潜入捜査官の保護は、刑法が代替証拠の使用要件として規定する到達不能に該当しうるのかということが、まさに中心的な検討課題ということになる。行政権は、様々な理由から遮断の宣言 (Sperrklärung) を行い、潜入捜査官を遮断することで彼または彼女に証言許可を与えず、その身許を秘匿する。このような潜入捜査官に対する遮断措置については、刑法一一〇条b三項の規定が存在する。同条項は、潜入捜査官の身許の秘密保持について九六条を準用する形で規定しており、これは遮断に当たる。<sup>(46)</sup> 刑法一一〇条b三項について確認しておこう。

#### 刑法一一〇条b三項

「潜入捜査官の身許は、その投入後も秘密にしておくことができる。投入の同意に関して決定権限を有する検察官および裁判所は、自己に対しその身許を明らかにするよう求めることができる。加えて、刑事手続においてその身許の秘密保持は九六条の条件の下で許容され、このことは、特に、身許の公開により、潜入捜査官またはその他の人物の生命、身体および自由、あるいは潜入捜査官のその後の利用可能性が危険に曝されることを懸念すべき要因がある場合に妥当する。」

刑法一一〇条b三項は、潜入捜査官の身許開示請求権者を検察官と裁判所に限定しており、弁護人および被告人は排除した規定となっている。また、警察は、<sup>(47)</sup> 潜入捜査官の生命、身体あるいは家族に対する危険回避の目的で、あ



るいは当該人物の継続的活動可能性の保全を理由に、刑事手続における身許の秘密保持を認められており、この場合検察官および裁判所にも彼女は彼女の身許情報は提供されなくともよい。先に触れたように、本条項は刑法九六条を準用する形で規定されており、刑事手続においてどのようなときに身許の秘密保持を考慮すべきかということについて九六条を具体化している、というのが大方の見解である。<sup>(48)</sup>問題はこのような遮断自体が正当化されるとして、その場合に潜入捜査官が獲得した知識を代替証拠を通じて公判手続において用いることが許されるか否かである。確かに、この規定が明文で許容しているのは、一定の場合に潜入捜査官の身許を秘密にしておくことにとどまる。したがって、ここで潜入捜査官の遮断が正当化されるとしても、そのことから直ちに代替証拠の使用が許容されるわけではなく、別の根拠規定が必要となる。この点、本規定に基づく遮断が、刑法二五一条一項二号の「その他の事由」に含まれるか否かが問題となろう。

ところで、多くの判例・文献においては、しばしば「完全な」遮断 (völlige Sperrung) という表現が用いられる。これは、文字通り原供述者へのアクセスが、完全に遮断されている状態を意味して用いられているようである。一般的に遮断と呼ばれる場合は、完全な遮断を指している場合がほとんどであるように思われる。したがって、完全な遮断を例示した方が、むしろ両者の差異は明瞭になる。例えば、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の場合を想起されたい。この場合、潜入捜査官の身許情報は公開されないままであるが、同人への直接質問——ビデオ装置を通してではあるが——は保障され、反対尋問による証言の弾劾を行うことは可能である。同じことは身許情報を公開せずになされる代理尋問についてもいえる。実際、一九八〇年代初等のいくつかの判例では、州内務大臣（行政権）により、氏名不詳にしたまま、検察官、被告人および弁護人を排除した状況で代理尋問を実施することのみを許容する意思表示が行われている。この場合完全ではないが、証人尋問の多くの要素が行政権に

よって制約されており、その意味では「部分的な」遮断といえることができる。しかし、身許が明かされていない以上、独立証拠による証言の弾効はできないことになり、その範囲において潜入捜査官は遮断されていることになる。これに対して、身許情報の非公開のみならず、質問権も行使しえないとなると、潜入捜査へのアクセスは一切不可能となり、その証言に対する弾効は極めて困難なものとなる<sup>(49)</sup>。

このように、通常の証人尋問が「質問権＋対質権＋身許情報を提示してもらう権利」の行使という各要素から構成されるものであるとして、行政権がこのいずれかの権利行使をできなくする場合は、広い意味での遮断に含まれると考えるべきであろう。さらに、これらすべての権利行使を不可能にする場合は、「完全な遮断」と呼ばれることになる。

ところで、当該情報がどの誰によって知覚されたものであるかということは、それが証拠となる場合、信憑性の観点で証拠評価において重要な相違となるようにも思われるが、今日ではその点を意識した議論はなされてはいないようである<sup>(50)</sup>。つまり、ドイツの判例および学説は、証人の身許情報の有無について、証拠法上は分けて論じることせず、証明力、証拠価値という点で両者に差を設けるのではないかと思われる。むしろ、議論の中心は質問権の制約にあり、証人が誰であるかということ自体それほど重要視されてこなかったように見受けられるのである。現に、近年の連邦通常裁判所の見解では、到達不能状況下での代替証拠の使用よりも、匿名化を維持した状況でビデオリンク方式を用いた直接尋問の方法（別表・類型Ⅳ）が推奨されており、身許が分かっているかどうかということよりも、質問ができるかどうかが重視されていることを確認できる<sup>(51)</sup>。

そこで、本稿では今日のドイツの議論に倣い、身許情報の有無という区別にそれほどとらわれずに、質問権の制約という観点からみていくことにする。

### 三 連邦通常裁判所の見解

#### (一) 連邦通常裁判所の見解の変遷

一九八〇年代以降の連邦通常裁判所の見解の詳細については、後に譲ることにするが（本節（二）以下）、ここではまず、判例の変遷について概観しておくこととする。連邦通常裁判所は、帝国裁判所時代から比較的最近に至るまで、証人の到達不能状況下における代替証拠の使用をそれほど問題としてこなかった。しかし、このような態度は、一九八〇年頃に変化の兆しを見せることとなる。この時代においては、被告人と弁護人を排除してなされる遮断された連絡員に対する代理尋問を巡って議論が行われていた。連邦通常裁判所は、一九八〇年頃から一九八三年五月五日の刑事拡大決定<sup>(52)</sup>が出されるまで、比較的多くの事案において判断を行っているが、その対応には各刑事部ごとに若干の差違がみられた。以下、大まかな判例の流れを追っておこう。

#### 1 一九七〇年代以前

原供述者を公判廷で直接尋問することができない場合の代替証拠の使用は、従来概ね許容されてきた<sup>(53)</sup>。このような判例の態度は、古くはすでに帝国裁判所の時代に明確に示されていた<sup>(54)</sup>。具体的には、原供述者に対する公判外尋問を行った者が、伝聞証人として公判廷でその供述内容に関する証言を行うか<sup>(55)</sup>、原供述を書面にしてこれを朗読する<sup>(56)</sup>という措置がとられることになる。このような措置に対しては、人証における直接主義を規定した刑法二五〇条<sup>(58)</sup>とこれに対する例外を定めた同二五一条に反するのではないかという懸念が生じる。しかし、グリュンバルトによれば、かつては二五〇条は、この問題について何も述べていないというのが判例の見解であり、学説もこれを支持するものが

支配的であったとされる。すなわち、判例および通説は、この条文から導かれるのは書面の朗読禁止のみであって伝聞証人の利用は禁じられていないと理解していたのである。<sup>(59)</sup>つまり、これらは書証に対する人証の優先を規定した条文であり、少なくとも原供述者の証言に代わる代替証拠が伝聞証人である場合は、伝聞証人こそが二五〇条の意味における証人なのであり問題とならないのである。<sup>(61)</sup>むしろ、口頭によるべき証拠調べを物証によるそれに代えてはならないという意味で、口頭主義との関係上問題が生じる可能性は示唆されるものの、<sup>(62)</sup>直接主義からは伝聞証人が公判廷で証言を行うことは禁じられないと考えられていたようである。<sup>(63)</sup>

このような判例の態度は、次のようにまとめることができる。裁判所は、**真実解明義務**（刑法二四四条）との関係上、できる限り事実の解明に尽くさなければならない。そのためには、事実にも最も近接したすべての証拠方法を放棄すること、また**真実解明義務**に反することになる。したがって、**真実解明義務**は、たとえ代替物（Surrogat）であってもいったんは取り調べ、その上で証拠価値の問題として処理することを裁判所に対して求めている、と。

このような理解から、不確かな証拠の危険性は、**証拠禁止**（**証拠能力**）のレベルではなく**証拠評価**ないしは**証明力のレベル**でのコントロールに委ねられることになる。<sup>(64)</sup>英米においては陪審員のみで事実認定が行われるのに対し、ドイツにおいては参審員と裁判官とが協力して事実認定を行う。このような裁判所の態度は、自らの参加する正確な事実認定に対する強い自負心の現れなのかもしれない。

## 2 一九八〇年代初頭（一九八三年拡大部決定に至るまで）

被告人と弁護人を排除した状況で連絡員（V-Mann）に対する代理尋問を行い、その際に作成された尋問調書を刑法二五一条一項に基づき公判手続において朗読することが許されるかという問題に取り組んだ判例として、連邦

憲法裁判所一九八一年五月二六日決定<sup>(65)</sup>がある。この決定で、連邦憲法裁判所は、基本的に被告人と弁護人を排除してなされる代理尋問を肯定し、連邦通常裁判所も多くはこれと同様の見解を示してきた<sup>(66)</sup>。とはいえ、文献でも指摘されているように、右代理尋問および尋問調書の利用に対して、判例は数多くの制限的前提条件を付加していた。例えば、連邦通常裁判所第一刑事部一九八三年三月二二日判決は、特定の現象形態を有する犯罪<sup>(68)</sup>との闘いにおいては匿名証人が必要であり、この者を非公開の手続きにおいて尋問することが甘受されなければならない状況がありうることを認めつつも、その場合でも、はじめから見込みがないわけではないすべての措置を講じた後にはじめて、被告人と弁護人を排除した状態で受命裁判官 (beauftragter oder ersuchter Richter) を通じて代理尋問を行うことを許容する<sup>(69)</sup>。さらに、連邦通常裁判所第三刑事部一九八〇年五月二八日判決および第四刑事部一九八〇年二月一日判決は、少なくとも被告人がこの尋問が自らの利益となり必要であるとみなす場合には、代理尋問は許容されとの見解を示している<sup>(70)</sup>。しかし、これらの判例が示した前提条件は、防御側の意思に反する場合を完全に排除したものではない。その意味で、未説明の部分を残したままであった。つまり、被告人の意思に反してまで、彼と弁護人を排除した状態で被告人の不利となる連絡員の尋問が許容されうる可能性も残されていたわけである<sup>(71)</sup>。これに対し、第二刑事部一九八二年一月五日判決は、同意がある場合の代理尋問の許容性を確認しつつ、被告人が異議を唱える場合にもこのような手続が一般的に許容される危険性に対する懸念を表明している<sup>(72)</sup>。この判断はその後、第二刑事部に対して指導的な地位を有していたようである。確かに、一九八二年一月五日判決においては懸念が表明されたに過ぎなかったのだが、その後のいくつかの事案において第二刑事部は同判決に言及しつつ、代理尋問の許容条件を考えるにあたり首尾一貫して厳格な路線を維持してきた。例えば、一九八二年二月二日決定において、第二刑事部は代理尋問に手続的瑕疵を認め、原判決を破棄している。この事案では、州裁判所が三名の職業裁判官に連絡員二名を尋問するように

委任 (beauftragen) した。この尋問調書は、刑訴法二五一条一項二号（現行法二項一号）に基づき公判手続において朗読され、州裁判所は右三名の職業裁判官が抱いた人格に関する印象をもとに連絡員の証言の評価を行うことが可能であった。<sup>(73)</sup>その後、一九八三年二月二日判決において、第二刑事部は代理尋問に大きく依拠した違法薬物犯罪に関する有罪判決を破棄した。事案は次のようなものであった。州裁判所は、州内務大臣の判断を受け、職業裁判官と参審員 (Schöffen) が同席し、検察官、被告人および弁護人が不在の下、氏名不詳の証人を非公開の手続きで尋問した。弁護人から異議が申し立てられたものの、州裁判所は以下のように述べて、刑訴法二五一条一項二号に基づき証人の供述調書の朗読を許可する判断を下した。その理由は、「州内務大臣による証人の秘密保持がなされた結果、公判手続内で証人を尋問することに対して、除去することのできない障碍が妨げとなっているからである」、<sup>(75)</sup>というものであった。これに対する被告人の上告趣意は、本件でなされた尋問は代理尋問でなく、不当にも州裁判所が被告人と弁護人を排除してなした非公開公判手続における証人尋問であるというものであった。第二刑事部による原判決の破棄は、被告人の主張を正当なものと評価した結果であった。<sup>(76)</sup>一九八三年三月一六日決定で問題となったのは、次のような事案である。公判手続に先立ち、検察官、被告人および弁護人の不在の中、職業裁判官が二名の情報提供者 (Informant) を代理尋問した。その後の公判手続において、防御側から異議があったにもかかわらず、これに関する調書が公判手続において朗読された。裁判所は、防御側の主張を受け、情報提供者を公判手続において尋問することを考えたが、その意図は刑訴法九六条の適用を主張する州内務省により拒否された。<sup>(77)</sup>これに対して、第二刑事部は以下のような見解を述べて原判決を破棄した。州内務大臣による拒否の判断は、被告人と弁護人が同席する中で尋問を行った場合の連絡員の身許発覚の危険を根拠とするものであるが、これに代わる措置として視覚上の遮蔽 (optische Abschirmung) を利用した尋問の可能性が考慮されていない。その意味で、州内務大臣による通常の証人尋問の拒

否は、裁量を逸脱したものである、と。

### 3 一九八三年刑事拡大部決定<sup>(78)</sup>

ところが、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（以下、本稿ではたんに「八三年決定」とする）で、伝聞証拠の使用に関する連邦通常裁判所の態度は厳格な方向へ転換する。この決定では、証人は公開の公判手続において尋問を受けなければならないという刑法の原則が確認され、（イ）現行法上、証人の匿名性（Anonymität）を保障する規定はないこと、同様に、（ロ）視聴覚的変更についても規定がないということが示され、したがって、証人保護を可能にしつつ当該証人の知識を証拠として利用する措置としては、（ハ）代理尋問（kommissarische Vernehmung）のみが残されていることが明らかとなった。<sup>(79)</sup>

### 4 その後の状況変化

しかしながら、組織犯罪対策および証人保護の要請といった法的状況の変化に伴い、刑事訴訟法の中にも八三年決定とは調和しない措置が組み込まれることになる。そのため、八三年決定が、証人の身許特定を要請していたのに対し、これらの新しい立法は証人保護のための身許の秘密保持、すなわち匿名化を認めるようになったわけである。

そこで、技術的には様々な措置が検討されるようになり、その一つとして、画像および音声に変更を加えこれをビデオリンクにより伝達するという尋問方法が取られるようになった。<sup>(80)</sup> 今日でも伝聞証人等の代替証拠の利用が問題とされるケースがみられるが、それよりはこのようなビデオリンク方式を用いた証人尋問が推奨されているといえよう。連邦通常裁判所によれば、むしろこのような手法は法的に許容され、防御権保護の観点からも求められる措置であるとされる。そして、伝聞証人の尋問や尋問調書の朗読と比べても事実に近い接した証拠方法の獲得につながるものであって、真実発見と防御の利益との合理的な調整がみられるというのである。

ただ、このような措置によっても証人保護が十分でないと考えられる場合には、代替証拠の使用が許されることになることも認められている。

## 5 欧州人権裁判所の判例の影響

八五年判決以降、連邦通常裁判所は、八三年決定で示された（イ）証人の身許確認が可能でなければならぬとし、（ロ）視聽覚的変更を伴うビデオリンク方式の使用に対しては否定的な態度を取りつつ、（ハ）代理尋問が最も適切な措置であるという見解を変更したことになる。そして、今日ではむしろ（場合によっては視聽覚的変更を伴う）ビデオリンク方式による証人尋問を推奨しており、むしろ証人の身許の特定はそれほど重要視されていない。確かに、どの誰が知覚し、発言した内容なのかということ自体、相当程度価値を持つものと思われるが、他方でビデオリンクを媒介することになるにせよ、自ら質問を行い、その状況を観察するという要素はそれ以上に価値の高いものと考えられるようになってきたものと解される。そして、おそらくこのような見解の背後には、欧州人権条約六条三項d号に対する欧州人権裁判所の判例の影響が存在するように思われる。

ところで、連邦通常裁判所の見解によれば、今日でもなお到達不能状況下に置かれた原供述者の供述を内容とする代替証拠（Beweisurrogat）の使用が一切禁じられているというわけではない。しかしながら、これら反対尋問権の行使が全く認められないことになる代替証拠の使用に対しては、質問権（Recht auf Befragung）の保障（欧州人権条約六条三項d号）という観点から、以前よりもより制限的に要件設定が行われているようになってきているといえよう。

右で示したように、伝聞証人の利用は、帝国裁判所時代より一九七〇年代ころまで、判例上それほど問題とされてこなかった<sup>(81)</sup>。この問題は、拡大部による八三年決定により正面から取り扱われ、到達不能状況における代替証拠



(Beweisurrogat) の使用に対して一定の要件を付することが明確にされた。しかし、前述の通りその後この要件は緩和され、遮断証人の供述を内容とする代用証拠の使用も許容される場合が多くみられるようになる。このような代替証拠(書面の朗読、伝聞証人)は、証拠としての許容性と証拠評価における証拠価値の縮減という二つの点からコントロールを受けることになる。以下、この点に関する連邦通常裁判所の見解についてみておこう。

- (1) 本稿では、「伝聞証拠」、「伝聞証人」および「代替証拠」の用語を使うので、あらかじめ断っておく。特に説明を付けずに「伝聞証拠」という場合には、原供述の内容を含む書面等に代表される「伝聞証拠」とその口頭伝聞の担い手である「伝聞証人」とを包含する上位概念を意味する。これに対し、「代替証拠」という用語は「Beweisurrogat」というドイツ語の翻訳である。これはドイツ法理論を紹介する際に、できるだけ原文に沿った意味内容を抽出するために用いる。また、ドイツでは、従来より、伝聞か非伝聞かの区別以上に、原供述の内容が「書面の朗読」と「口頭伝聞」のいずれによって公判手続に持ち込まれるかの区別に注意が払われてきた。そこで、この両者の区別を意識して述べる場合には、前者を「伝聞証拠」、後者を「伝聞証人」とする。

- (2) なお、上口裕「西ドイツ刑事訴訟における直接主義」南山法学一巻一号(一九七七年)一七七頁(註五)によれば、論文執筆時の一九七〇年代後期においては、「西ドイツ刑事訴訟法学では『伝聞証拠』という用語は通常使用されない。」として気づいた範囲では、僅かに二件の文献において「Beweis vom Hörensagen」の用語が用いられているのを確認できたと指摘する(指摘されたものの他に「Theodor Kleinhecht, Strafprozessordnung, 31. Aufl, 1973, 625 f.」及び「Zeuge vom Hörensagen」の用語を確認できぬ)。しかしながら、近年では、多くの概説書等において「伝聞証拠 (Beweis vom Hörensagen)」あるいは「伝聞証人 (Zeugen vom Hörensagen)」の用語を確認するものがあふれる(Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl, 1998, S. 378; Gerd Pfeiffer (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 3. Aufl, 1993, § 250, Rn. 10 (Christian Mayr))。さらに論文に引いた場合、タイトルに伝聞証人または伝聞証拠に該当する用語を用いたものは、すでに一九八〇年代初頭にはみられるようになってくる(z.B. Kurt Rehm, Der Zeuge vom Hörensagen im Spannungsverhältnis zwischen gerichtlicher Aufklärungspflicht, Belangen der Exekutive und Verteidiger-

interess. NSiZ 1982, 315 ff.; *Otto Baekes*. Abschied vom Zeugen vom Hören-Sagen, in Günther Kohlmann (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, Köln, 1983, S. 447°。その他、タイトルに「伝聞 (Hörensagen)」に該当する用語を含むものとして、*Norbert Joachim*, *Der Hören-Sagenwesens im Strafverfahren*, 1991; *Klaus Dettler*, *Der Zeuge vom Hörensagen - eine Bestandsaufnahme*, NSiZ 2003, 1 ff. などがある。

- (3) 田宮裕『刑事訴訟法「新版」』(有斐閣、一九九六年)三六七頁は、わが国と比較して「英米のような伝聞の祖国には、この点について膨大な判例法の蓄積がみられる」ため、「微妙な判定を要する場合には、伝聞法理の根拠にまでさかのぼった考察が要求されることになる」とし、その後も随所にアメリカ法理論に基づいた自己の理論を展開する(典型的な箇所として、伝聞例外の根拠に関する三七五頁の記述)。代表的な概説書においては、平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、一九五八年)二〇六頁(註二)および(註三)、同二〇八頁(註一)、同二二三頁(註二)、なお、同二二二頁(註三)および二二四頁(註一)は、アメリカ法の紹介に加えてドイツ法の理論状況についても附言する。団藤重光『新刑事訴訟法綱要』(七訂版)(創文社、一九六七年)二六〇頁(註一)など。また、アメリカ証拠法をそのままわが国へ紹介したものととして、J・ロ・ウィグモア／平野龍一＝森岡茂訳『証拠法入門』(東京大学出版会、一九六四年)がある。

- (4) 拙稿「ドイツにおける潜入捜査」北大法学論集五六巻四号(二〇〇五年)二九七頁以下。

- (5) ドイツ刑法法一一〇条aは以下のように規定する。すなわち、「潜入捜査官とは、警察職の職にある公務員で、ある程度永続的に変更された身分(架空身分、*Legende*)を与えられて、捜査にあたる者をいう。これらの者は、架空身分を用いて法律行為を行うことができる」(法務省大臣官房司法法制部「ドイツ刑事訴訟法典」法務資料四六〇号(二〇〇一年)九頁以下参照)。潜入捜査に関する捜査法上の問題点について紹介・分析したものととして、フォルカー・F・クライ／松本和彦・渡邊互訳「ドイツにおける秘密捜査官をめぐる法的問題」北陸法学一一巻一・二号(二〇〇三年)一八三以下頁、新屋達之「いわゆる『隠密捜査官』をめぐる若干の検討」『刑事法学の現代的課題——阿部純二先生古稀記念祝賀論文集』(第一法規、二〇〇四年)四六七頁以下、宮木康博「ドイツにおける身分秘匿捜査」同志社法学五七巻一号(二〇〇五年)一三四頁以下参照。

- (6) 正式名称は、「麻薬取引およびその他の組織犯罪の現象形態に対する法律(Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und andern Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15.07.1992)」(Vgl.

Volker Krey, Zur Problematik strafprozessualer Verdeckter Ermittlungen ohne Einsatz technischer Mittel im Kampf gegen die Organisierte Kriminalität, 1993.」ドイツの組織犯罪対策法についてわが国で紹介したものとして、森下忠「ドイツの組織犯罪対策法」判時一四五四号（一九九三年）三七頁以下、フォルカー・クライ／宮沢浩一・勝亦藤彦訳「不正な麻薬取引その他の組織犯罪の対策に関する法律案（組織犯罪対策法案）[Bundestagsdrucksache 12/989 vom. 25. Juli 1991]における収益の剥奪」法学研究六六卷一〇号（一九九三年）一〇三頁以下、白川靖浩「ドイツにおける組織犯罪対策法について④⑤・終」捜査研究四九七号三三頁以下、同四九八号四三頁以下、同四九九号四七頁以下、同五〇〇号三三頁以下、同五〇一四九頁以下（一九九三年）がある。

- (7) 論者によっては、「隠密捜査官」（法務大臣官房司法法制調査部編「ドイツ刑事訴訟法典」法務資料四六〇号（一九八〇年）、新屋・前掲論文（註5）あるいは「秘密捜査官」（フォルカー・F・クライ・前掲論文（註5）一八三頁）、捜査手法自体については「身分泌匿捜査」（宮木康博「ドイツにおける身分泌匿捜査」（同志社法学五七卷一号（二〇〇五年）一一五頁）などの訳出をみることができ。

- (8) 拙稿・前掲（註4）。

- (9) その現れとして一九九八年の「証人保護法（Zeugenschutzgesetz = ZSchG）」がある。

- (10) このように、近時ドイツでは、匿名情報提供者の供述と内容とする伝聞証拠と並んで、その代替措置として発展してきたビデオリンク方式による証人尋問も議論の対象とされている。ここで問題とされるビデオリンク尋問は、証人への直接質問を可能としつつ、その身許を隠匿することを目的としているため、画像および音声に変更を加えた形で、その情報が公判廷に伝達される。

- (11) ドイツでビデオリンク方式を用いた証人尋問が実施された事案は、一九九五年の児童への性的虐待事件であるとされる（LG Mainz, Beschl. v. 26.6.1995 - 302 Js 21307/94 jug. 3 A KIs, NJW 1996, 208.）。その後、一九九八年の刑法等の一部改正により、ビデオリンク方式を用いた証人尋問が刑法一六八条e、同二四七条aにおいて取り込まれることとなった。これらの点について紹介したものととして、宮澤浩一「ドイツとオーストリアの証人保護（一）」（三）「捜査研究五六七号七八頁以下、同五六八号八六頁以下、同六四四頁以下（一九九九年）、清水真「証人保護のための遮蔽措置及びビデオリンク方式の合憲性（下）」獨協法学六八号（二〇〇六年）二六頁参照。

- (12) ドイツでも英米の “hearsay” と同義の “Hörensagen” という用語が用いられている。しかし、注意しなければならないのは、“Hörensagen” の語彙が、英米やわが国で観念されている「伝聞」と、その用法において必ずしも同義ではないと思われる場合がある点である。平野博士は、伝聞証拠を反対尋問によるテストを経ない供述証拠である（平野・前掲書（註3）二〇三頁）と定義される。他方、田宮博士は、「公判廷外の供述を内容とする証拠で、供述内容の真実性を立証するためのもの」（田宮・前掲書（註3）三六三頁）であると述べ、要証事実と証拠の間接性を問題とされる。白取祐司『刑事訴訟法〔第五版〕』（日本評論社、二〇〇八年）三七六頁以下によれば、前者は実質的定義、後者は形式定義ということになる。白取教授は、このような二つの定義が可能となるのは、刑法法三二〇条（伝聞法則）と憲法三七条（証人審問権の保障）との間の関係が判然としないためであると根拠づけている。そして、この両者がもつ「証人（証言）を審問しチェックする権利保障」という共通項に着目し、伝聞法則の中核に反対尋問権をおいて考えた方が整合的な法解釈・適用ができ、学説の大勢も大枠としては同様に理解しているという。しかしながら、従来のドイツの議論においては、伝聞証人が直接証拠となる場合と間接証拠となる場合との両方が想定されていた（*Heinrich Henkel*, *Strafverfahrensrecht*, 2. Aufl., 1968, S. 343, Anm. 23）。英米やわが国で理解されている「伝聞証人」の意味内容とは異なり、たんに「また聞き」の意味として理解されていた（この点を指摘するものとして、上口裕「西ドイツにおける伝聞証人」南山法学一卷三・四合併号（一九七七年）三二頁以下、田宮裕「ドイツにおける伝聞証拠の問題」判例時報三五一号（一九六三年）五頁）。

- (13) Vgl. BGH, Urt. v. 18.1962 - 3 StR 28/62, BGHSt 17, 382; Urt. v. 16.4.1985 - 5 StR 718/84, 33, 178; Urt. v. 31.3.1989 - 2 StR 706/88, 36, 159; Urt. v. 12.1.1996 - 5 StR 756/94, 42, 15, 25; Urt. v. 19. 1. 1982 - 1 StR 775/81, StV 1982, 206; Beschl. v. 26. 4. 1994 - 5 StR 172, 94, StV 1994, 413; Urt. v. 11.2.2000 - 3 StR 377/99, NJW 2000, 1661[*Haas v. Deutschland*]; BVerfG, Beschl. v. 26.5.1981 - 2 BvR 215/81, BVerfGE 57, 250 ff.; Beschl. v. 21.8.1996 - 2 BvR 1304/96, StV 1997, 1; Beschl. v. 20.12.2000 - 2 BvR 591/00, NJW 2001, 2245, 2246.

- (14) *Claus Roxin*, *Strafverfahrensrecht*, aa.O. (Anm. (2)), S. 378 f. なお、上口教授は、「伝聞証人概念そのものについては格別の注意が払われつつある。」(J)ノート (*Holle Eva Löhr*, *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahrensrecht*, 1972, S. 50) の分析をもとに、むしろ直接主義に関する論争において伝聞証人が素材にされてきたと指摘されている（上口裕「西ドイツにおける伝聞証人」南山法学一号三・四合併号（一九七八年）三三頁）。ただ、このような

理論状況はその後変化していくことに注意しなければならない。

- (15) なお、対質権の「対質」については、以前には“Gegüberstellung”の語彙が用いられていたのを確認することができる(z.B. BGH, Urt. v. 29.10.1974 - 1 StR 475/74, NJW 1975, 505, 506)。確かに、一九七〇年代よりドイツにおいても防御権概念が定着化する土壌が築かれてあったが、防御権あるいはその具体的一要素としての対質権が判例および論文において活潑に論じられるようになってきたのは二〇〇〇年頃からであろう。このような状況変化は欧州人権裁判所の判例に影響を受けたものと考えられる。対質に対応する語として、英語の“confrontation”と語源を同じくする“Konfrontation”が一般的に用いられるようになったことにも、背景には欧州人権裁判所の判例の影響があるとみてとることもできるように思われる。

- (16) この点について、エーザーは、匿名証人に関しては通常潜入捜査官または連絡員(V-Leute)が問題となるとする(Robert Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 677.)。

- (17) 欧州人権条約六条の保障する公正な手続き(fair trial)との関係からこの問題を論じた代表的なものとして以下のものが挙げられる。Dorothea Rzepka, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, 2000.; Robert Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002.; Joachim Renzikowski, Die EMRK im Privat-, Straf-, und Öffentlichen Recht, 2004.; Dörthe Korn, Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren, 2005.

- (18) EGMR, Urt. v. 23.11.2005, Beshwerde Nr. 73047/01[Haas v. Deutschland], JR 2006, 291.

- (19) ただし、一九七〇年代以前においても、クラインクネヒトは、欧州人権条約六条三項d号の保障との関係で伝聞証人の利用に規制を掛けようとする理論を展開した(Theodor Kleinhecht, Strafprozessordnung, 32. Aufl., 1975, Anm. B zu § 250.)。しかし、当時の判例および支配的な見解はこれを否定した(上口・前掲書(註14)四五頁以下)。なお、このことは日本刑法学会第八七回大会におけるトーマス・ヴァイゲント教授の講演においても述べられていたことを付記しておく。

- (20) トーマス・ヴァイゲント「ドイツにおける刑事手続の過去、現在、そして未来」刑法学会(二〇〇九年五月三十一日於明治大学)講演(質疑応答)。

- (21) ここではいわゆる遮断証人の供述を意味する。

- (22) ただしわが国においても潜入捜査の必要論は存在する(警察庁治安対策プログラム：平成一五年八月(<http://www.npa.>

go.jp/seisaku/soumu2/program.htm, 09.10.23)。また、取調べの可視化に対し、捜査利益の効率を担保する代替手段として、法務省が潜入捜査を考慮していることが示唆されているものとして、朝日新聞二〇〇九年七月二六日第二面。仮にこれが導入されることになれば、潜入捜査官の保護は必然的に付随する問題となる。

(23) 平野・前掲書(註3)二〇三頁。

(24) 最判平成一七年四月一四日刑集五九卷三号二五九頁。

(25) 前掲最判平成一七年(註24)二六一頁。

(26) 遮蔽、ビデオリンク方式を用いた証人尋問の導入に関する立法前の議論として、大谷尚人、川出敏裕、河村博、神洋明、田口守一、松尾公也【司会】「座談会・犯罪被害者の保護」ジュリスト一七六号(二〇〇〇年)一〇頁以下参照。また、最判平成一七年に対する判例批評として、徳永光「ビデオリンクおよび遮へい措置の合憲性」法学セミナー六一号(二〇〇五年)一二二頁、清水真「いわゆるビデオリンク方式、遮蔽措置を定めた刑訴法一五七条の三、一五七条の四は、憲法八二条一項、三七条一項、二項に反しない旨判示された事例」法学新報一一三卷一・二号(二〇〇六年)五六七頁以下、初又且敏「証人尋問における遮へい措置及びビデオリンク方式の合憲性が判断された事例」警察公論六一卷六号(二〇〇六年)八三頁以下、堀江慎司「証人尋問における遮へい措置、ビデオリンク方式の合憲性」刑事法ジャーナル二号(二〇〇六年)一〇八頁以下、伊藤睦「遮へい措置・ビデオリンク方式による証人尋問と証人審問権」法律時報七九卷四号(二〇〇七年)一一三頁以下などがある。その他、ビデオリンク方式に関する論考として、岩田研二郎「犯罪被害者保護二法と刑事弁護活動」刑法雑誌四二巻一号(二〇〇二年)一一二頁以下、清水真「証人保護のための遮蔽措置及びビデオ・リンク方式の合憲性(上)」獨協法学六七号(二〇〇五年)一二二頁以下、同・前掲論文(註16)二五頁以下参照。

(27) ただし、わが国における伝聞証拠に関する議論は、公判外供述を録取した尋問調書を証拠として用いることができるか否かという点に関するものが大きなウェイトを占めているという点に特殊性があるように思われる。特に、被告人の公判外供述を録取した検面調書、員面調書が証拠調べの対象となる場合、これは文字通りの「また聞き」という意味での「伝聞」とはイメージを異にする。しかし、反対尋問をなすことができないという意味でこれらも伝聞証拠に該当すること自体は争いはないだろう。

(28) 前掲(註1)参照。

(29) 公訴準備に関する規定は、刑訴法第二編第二章一五一条～一五七条参照。

(30) 刑訴法一六二条一項は、裁判官の審問 (Untersuchungshandlung) が必要な場合に、検察官がこれを請求できるとし、同一六五条は、急を要する場合には検察官の請求がなくとも職権でこれを行うことを認める。

(31) 刑訴法一六八条第一文は、「裁判官によるすべての審問 (Untersuchungshandlung) に関して、調書が作成されるものとする」と規定する。

(32) 詳細については、後述、二・(一) 参照。

(33) 上口裕「身許不詳者の公判外供述と証人審問権 (一)」南山法学三卷三号 (一九七九年) 一三三頁以下。

(34) Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 16.4.1985, aa.O. (Anm. (13)), S. 178 ff.

(35) “Unreichbarkeit”の訳出について、たんに原供述者の証人喚問が適わない場合だけを指す用語であれば「喚問不能」の訳出が適切であろう。しかし、原供述者へのアクセスが遮断され、独立証拠による原供述の信憑性を弾劾できない場合も含まれるという意味で、到達不能 (Unreichbarkeit) はたんなる喚問不能とは異なる。その意味では両者を別の概念であり、それぞれ別の用語を当てるべきであろう。しかし、両者を包摂する概念として「到達不能」と訳出すべき理由は本文中に示したとおりである。したがって、邦訳としてはなじみの薄さは否めないものの、本稿は両者を併せ含む概念として「到達不能」の邦訳を当てることとした。

(36) 刑訴法一六八条c二項ないし五項は、以下のように規定する。

二項「検察官、被告人および弁護人は、裁判官が証人または鑑定人に対して行う尋問に立ち会うことを許される。」

三項「この立会が審問の目的を危険にさらすおそれのある場合は、裁判官は公判手続における被告人の立会を許可しなくともよい。このことは、特に、証人が被告人の面前では真実を述べないことが懸念される場合に妥当する。」

四項「身柄拘束を受けている被告人に弁護人が付されている場合は、拘束を受けている場所にある裁判所で開かれる当該公判期日においてのみ立会を請求することができる。」

五項「立会権者は、当該公判期日について事前に通知を受けるものとする。尋問結果を危険にさらすおそれのあるときは、通知はなされない。立会権者は、当該公判期日の延期を請求することはできない。」

(37) 刑訴法二三〇条は、以下のように規定する。

ドイツにおける伝聞証拠の問題性 (一) (内藤大海)

一項 「被告人の出廷のないまま公判手続を行わないものとする。」

二項 「被告人が出廷しないことについて十分な理由がない場合は、拘引を命じ、または勾留状を発付するものとする。」

(38) 刑訴法二四〇条は、以下のように規定する。

一項 「裁判長裁判官は、被告人、証人および鑑定人に質問することを陪席裁判官が求める場合は、これを許可しなければならない。」

二項 「裁判長裁判官は、検察官、被告人および弁護人ならびに参審員に対しても、前項の内容を許可しなければならない。共同被告人が被告人に対して直接質問することは、認められない。」

(39) 刑訴法九六条は、以下のように規定する。

「政府機関および公務員によって公務上保管されている調書あるいはその他の書類については、最高監督官庁が、その内容の公示が連邦およびドイツ諸州全体の不利益をもたらすと宣言した場合には、その提示または提出をなすことは許されない。第一文の内容は、証言許可を与える担当部署が同様の宣言を行った場合、連邦議会および州議会の議員、もしくは連邦議会および州議会の政党職員の保管に置かれている調書およびその他の書類に対しても妥当する。」

このように、九六条の文理そのものは、調書および書類の到達不能について規定する。しかし、ロクシンによれば、連絡員 (V-Mann) の遮断が問題となる場合について、「その氏名および召還可能な住所が不当にも知らせられない場合においては、(九六条を類推適用し) 連邦およびドイツ諸州の福祉に対する不利益のみが許容された根拠として考慮されうる」(*Claus Roxin, Strafverfahrensrecht* (a.o. (Anm. (2)), S. 364.) とされる。このような見解によれば、規定された条件が存在する場合、九六条は証人への到達不能に関する正当化根拠として機能することになる (Siehe auch Roxin, S. 364 f.)。上口裕「西ドイツ刑事判例における伝聞証人の地位 (四)・完」南山法学二巻四号 (一九七九年) 二六頁 (以下、本稿ではたんに「上口・伝聞証人の地位④」とする) は、刑訴法二五四条の解釈に関する帝国裁判所の見解を引用し、「警察およびその他の行政機関による、外部からの統制が困難な影響力の行使の下で被疑者から得られたあらゆる自白およびその録取書に対して立法者が抱いた不安」(RG, Urt. v. 14.1.1907 & W. 3 D 894/06, GA 54, 1907, 290; RG, Urt. d. I. 13.1.1913 (1102/12), JW 1913, 1003) から、裁判官尋問調書のみが朗読を許されているとする。

(41) 刑訴法二五三条は、以下のように規定する。



一項「証人または鑑定人が、もはや事実を思い出さないと述べるときは、記憶喚起のために過去の尋問に関する調書のこれに關係する該当箇所を朗読することができる。」

二項「前項の規定は、尋問において生じた過去の供述との矛盾を、他の手段によっては公判手続を中断することなく確認または修正できない場合にも、妥当する。」

- (42) この点、刑訴法二五四条は、裁判官尋問調書における被告人供述の利用について規定しているが、かつて、本条が規定するのは、書証か Vorhalt かという議論があった。その際、Vorhalt（呈示）の概念に関する議論についてわが国で分析検討を加えたものとして、上口裕「西ドイツ刑事判例における伝聞証人の地位（二）」南山法学二卷二号（一九七八年）二九頁以下（以下、本稿ではたんに「上口・伝聞証人の地位②」とする）、および同・伝聞証人の地位④（註40）二卷四号（一九七九年）六〇頁以下参照。

- (43) 刑訴法五二条一項は、以下のように規定する。

「左の者は、証言を拒否することができる。」

一、被疑者または被告人の婚約者、あるいは被疑者被告人と生活パートナー結ぶことを誓約している者

二、被疑者または被告人の夫、これは婚姻関係解消後も妥当する

二a、被疑者または被告人の生活パートナー（Lebenspartner）、これは生活パートナー関係解消後も妥当する

三、被告人と直系の血族または姻族にあたる者、あるいは傍系の三親等内の血族または二親等内の姻族にあたる者、あるいは過去においてこの関係にあった者」

なお、二号aの生活パートナーに関しては、生活パートナー法（Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft（=LPatG）vom 16.02.2001.）参照。

- (44) 同条は、未成年者の未成熟、未成年者および被後見人の精神病または精神障害が原因で、証言拒否権の意義を十分に理解しない場合、これらの者に証言する意思があり、かつ法定代理人が尋問に同意したときに限り、尋問が認められる。ここで問題とされる尋問許可要件を分析的にみてみると、前半部分は事実的到達不能、後半部分は法的到達不能について規定していることが分かる。その意味では、五二条二項は両者にまたがる規定といえる。

- (45) 公判手続における証言拒否権行使と公判前供述の利用禁止については、上口裕「西ドイツ刑事判例における伝聞証人の地

位(一)」「南山法学二巻二号(一九七八年)三四頁以下参照(以下、本稿ではたんに「上口・伝聞証人の地位①」とする)。

(46) Vgl. *Lutz Meyer-Göbner*, Strafprozessordnung, 51. Aufl., 2008, Anm.1, Rn. 1 zum § 168e, S. 769.

(47) 実際に捜査の現場で潜入捜査官を投入するのは警察であるため、少なくとも警察はその身許を把握していることになる。この意味で、警察が彼または彼女の身許を明かさないうという表現は誤りではない。しかし、潜入捜査官を遮断するか否かの判断に関する最終的な監督官庁は内務省である(Vgl. *Lutz Meyer-Göbner*, aa.O. (Anm. (46)), Anm.5, Rn. 8 zum § 110 b.)。遮断の正当化事由に関する最高監督官庁の説明義務については、次節(二)以下で論じよう。

(48) BGH, Urt. v. 2.7.1996 - 1 StR 314/96, BGHSt 45, 175, 178; *Lutz Meyer-Göbner*, aa.O. (Anm. (46)), Anm.5, Rn. 8 zum § 110b, S. 417; *Friedrich Geerds*, Anm. zum BGH, Urt. v. 2.7.1996, NSStZ 1996, 609; *Gerhard Janssen*, § 110b Abs. 3 S. 2 StPO, StV 1995, 275, 276; *Manfred Möhrenschrager*, Das OrgKG-eine Übersicht amtlichen Materialien (Teil 2), wistra 1992, 326, 331.

(49) 例えば、連邦通常裁判所第一刑事部二〇〇六年七月一九日決定は、被告人不在の下でなされるビデオリンク方式を用いた証人尋問についてこのような措置は「完全な遮断に対して (gegenüber einer vollständigen Sperrung) 明らかに優先されるべき」であるとする(BGH, Beschl. v. 19.7.2006 - 1 StR 87/06, NSStZ 2006, 648, 649)。<sup>9</sup>つまり、画像および音声の変更を伴うビデオリンク方式を用いた証人尋問に對置して、「完全な」遮断という用語を用いているのである。したがって、このことから通常裁判所はこの場合における証人は部分的に遮断されていることを前提にしているといえる。

(50) Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 31.3.1989, aa.O. (Anm. (13)).

(51) ただし、完全な遮断と不完全な遮断との違いは、身許情報の有無という点にのみ集約されるべきものではないだろう。例えば、ハース事件(BGH, Urt. v. 11.2.2000, aa.O. (Anm. (13)); EGMR, aa.O. (Anm. (18)))における証人サイドがその好例である。サイドは、その身許こそ判明していたものの、身柄を拘束していたレバノン政府がその引渡を拒否したため、同人を公判手続において尋問することができなかった。その意味で、サイドはレバノン政府に遮断されたといえるが、他方身許が判明していたという点で完全な遮断とはならないだろう。事実、連邦通常裁判所の判決理由をみても遮断(Sperrung)がなされたという記述はない。

ただ、ドイツ国内(あるいは欧州連合内)の議論においては、これはいわゆる行政権による遮断とは別のものとして観念

される。すなわち、問題とされる遮断は、それが国家（主として行政権）に帰責されるべきものであり、その帰結として代替証拠の使用禁止が議論されるべきものである。証人サイドの場合、その到達不能は、ドイツ政府（あるいは欧州人権条約締結国）以外の国家行為に起因する。したがって、ドイツの行政権に対しその到達不能を帰責できない。その意味で、遮断以外の事由に基づく到達不能と同様の扱いを受けることになろう（詳細は次節（二）および四で論じる）。

(52) BGH, Beschl. v. 5.5.1983 - 2 StR 792/82, NSZ 1984, NSZ 1984, 32 ff.

(53) Z.B. BGH, Urt. v. 1.8.1962 aa.O. (Anm. (13)), S. 386; Urt. v. 16.2.1965 - 3 StR 50/64, BGHSt 20, 164, 167 f.; OLG-Stuttgart, Urt. v. 13.10.1971 - 1 Ss 532/71, NJW 1972, 66, 67. 刑法二五〇条の下での伝聞証人の使用の可否に関する判例の流れをフォローした近年の論考としては、*Christoph J. M. Safferting*, *Verdeckte Ermittler im Strafverfahren - deutsche und europäische Rechtsprechung im Konflikt?*, NSZ 2006, 75 ff.; *Karsten Gaede*, *Anmerkung zum Urt. des EGMR v. 23.11.2005 - Haas v. Deutschland*, JR 2006, 292 ff. が挙げられる。また、このようなドイツの判例理論を分析したわが国の論考として、上口裕「身許不詳者の公判外供述と証人審問権（一）」南山法学三卷三号（一九七九年）一三五頁以下参照。

(54) ただし、行政権による証人遮断の場合に限定しなければ、伝聞証拠（主に書面）あるいは伝聞証人の利用に対しては、判例・学説のいずれにおいてもかなり以前から議論がなされてきた。この点についてわが国で分析・検討を加えた論考として、上口裕「西ドイツ刑事判例における伝聞証人の地位（一）」（四）・完」前掲（註45）、（註42）、南山法学三号（一九七八年）三五頁以下（以下、本稿ではたんに「上口・伝聞証人の地位③」とする）、前掲（註40）がある。上口教授は、原供述者への到達不能が問題となる場合、証言拒否権が行使された場合、公判外自白が代替証拠によって公判手続において利用される場合の三つの状況について、帝国裁判所時代から戦後一九七〇年代までの判例・学説の理論状況を非常に詳細に分析・検討されており、一九八〇年以前のドイツの理論状況については本稿もこれを参考にした。

(55) RG, Urt. v. 20.9.1880, g. E. u. Gen. Rep. 2373/80, RGSt 2, 160; RG, Urt. v. 11.8.1883, g. R. Rep. 1766/83, RGSt 9, 49 f.

(56) BGH, Urt. v. 16.2.1965 aa.O. (Anm. (53)), S. 386.

(57) 年代は前後するが、連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年十二月五日の事案でこの手法が問題とされた（BGH, Urt. v. 5.12.1984 - 2 StR 526/84, BGHSt 33, 83）。

(58) ドイツ刑法二五〇条は、以下のように規定し、このにも直接主義の現れをみるうたがき。

ドイツにおける伝聞証拠の問題性（一）（内藤大海）

# 刑訴法二五〇条

「事実の証明が人の知覚に基づく場合、公判手続のいてこの者を尋問しなければならない。この尋問は、以前に行われた尋問を通じて作成された調書あるいは書面による言明を朗読することによって代替することはできない。」

- (59) 伝聞証人の利用が刑訴法二五〇条に抵触しないかの問題について、ロクシンは過去の判例を引用して次のように述べる。

「刑訴法二五〇条からは伝聞証拠 (Hörsagenbeweis) の非許容性は演繹されない。というのは、本条は、口頭で表明されるべき人証 (Personalbeweis) を物証 (Sachbeweis) によって代替することを禁じるに止まるからである。せいぜいのところ、真実解明義務 (刑訴法二四四条二項) の侵害が問題となるにすぎない (BGHSt 6, 209; 17, 382)」 (Claus Roxin, aa.O. (Anm. (2)) S. 378 f.)° Vgl. auch Christoph J. M. Safferling, aa.O. (Anm. (53)) 76.

- (60) Vgl. auch Heinrich Henkel, aa.O. (Anm. (12)), S. 343, Anm. 23. ケンケルは、事実の証明との関係においてのみ伝聞証人は間接証拠 (miterbares Beweismittel) となるが、たんに伝え聞いたこと (Hörsagen) の内容を問題とするに過ぎない場合には直接証拠 (unmittelbares Beweismittel) となるという。ただ、このような見解に対し、レーアは要証事実に関する原供述者の供述を聞いたという伝聞それ自体に関する自らの知覚が立証命題となるから、伝聞証人は二五〇条の意味における証人といえるという説明を行う (Holle Eva Löhr, aa.O. (Anm. (14)), 1972, S. 50.)°

- (61) っのような判例および学説の状況を分析・検討したものとっ、Gerald Grunwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, S. 119 f. がある。ただし、グリュンバルト自身は、っのような判例、通説の立場とは見解を異にする。なお、同書の邦訳として、福井厚【監訳】『ドイツ刑事証拠法』(成文堂、一九九九年) がある。

- (62) Vgl. Roxin, aa.O. (Anm. (2)), S. 378f.

- (63) 直接主義、口頭主義の理解については諸説あり、この場合の調書の朗読についても、口頭主義との関係においては問題とならず、むしろ直接主義との関係上問題となるとする見解もある。すなわち、グリーゼバッハによれば、調書を朗読するといふ行為により、ある事実が口頭伝達を通じて公判廷に持ち込まれることになるため、問題とならないという (Klaus Grisebach, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im deutschen und schweizerischen Strafprozessrecht, 1979, S. 32 f.)°

- (64) 伝聞法則の母国である英米においては、同法則が陪審制度との関係で発展を遂げてきたことは認められている事実である。

伝聞法則に限らずいえることであるが、英米の証拠法は「證據を評價し事實認定をする者が、職業的専門的な裁判官ではなく、個々の事件について呼び集められた素人から成る陪審であるため、その事實認定をして誤りなからしめるために、特別の配慮が必要であり、そのためにできあがった」ものである（田中和夫『證據法』（有斐閣、一九五二年）一〇頁）。しかし、大陸諸国は、陪審制を導入しながら、事實認定の誤りを回避するための証拠法則を輸入しなかった（田中・前掲書一六頁）。

(5) BVerfG, Beschl. v. 26.5.1981 aa.O. (Anm. (13)).

(6) BGH, Urt. v. 28.5.1980 - 3 StR 155/80, NJW 1980, 2088; Urt. v. 11.12.1980 - 4 StR 586/80, NJW 1981, 770; Beschl. v. 6.10.1981 - 1 StR 496/81, NSStZ 1982, 79; Urt. v. 5.11.1982 - 2 StR 250/82, BGHSt 31, 148; Urt. v. 22.3.1983 - 1 StR 846/82.

(67) *Armin Schoreit*, Die kommissarische Vernehmung des anonym bleibenden Vertrauensmanns der Polizei und deren Verwertung als Beweismittel in der neueren Rechtsprechung, MDR 1983, 617, 617.

(68) 原文は“ bestimmte Erscheinungsformen der Kriminalität”である。一九九二年の組織犯罪対策法の法典名でも同様の文言が用いられており、一般的には「組織犯罪」を意味する用語として用いられる。

(69) BGH, Urt. v. 22.3.1983, aa.O. (Anm. (66)), S. 326.

(70) BGH, Urt. v. 28.5.1980, aa.O. (Anm. (66)), S. 2088; Urt. v. 11.12.1980, aa.O. (Anm. (66)), S. 770.

(71) Vgl. *Armin Schoreit* aa.O. (Anm. (67)), S. 617

(72) BGH, Urt. v. 5.11.1982, aa.O. (Anm. (66)), S. 148.

(73) ただし、本件においては、弁護人による異議申立がなかったため、防御側当事者を排除した代理尋問自体は争われていない。

(74) BGH, Urt. v. 22.1983 - 2 StR 576/82, BGHSt 31, 236.

(75) BGH, Urt. v. 22.1983, aa.O. (Anm. (74)), S. 237.

(76) BGH, Urt. v. 22.1983, aa.O. (Anm. (74)), S. 236.

(77) BGH, Beschl. v. 16.3.1983 - 2 StR 543, 82, MDR 1983, 682.

(78) BGH, Beschl. v. 17.10.1983 - GSSSt 1/83, BGHSt 32, 115 ff.

- (67) BGH, Beschl. v. 17.10.1983, a.a.O. (Anm. (78)), S. 115 ff.
- (68) Vgl. LG Mainz, a.a.O. (Anm. (11)), Gesetz zur Harmonisierung des Schutzes gefährdeter Zeugen (ZSHG) vom 30.4.1998 und § 168 e StPO
- (81) 上口・伝聞証人②の地位(註43)および③(註55)参照。