

刑事手続における被害者・子どもなどの負担と刑事手続法による保護についての 一考察

——保護の根拠をめぐるドイツの議論に注目して——

岩 下 雅 充

- I. 問題の所在
 1. 刑事手続における被害者・子どもなどの保護
 2. 本稿のねらい
- II. 「保護を要する (schutzbedürftig) 証人」としての被害者・子どもなど
 1. 証人保護 (Zeugenschutz) に関するドイツの立法
 2. 被害者・子どもなどの証人が〈傷つく〉おそれ
- III. 被害者・子どもなどを保護することの必要性
 1. 保護の必要性：正当化根拠としての意義
 2. 保護の必要性：基礎となる知見
 3. 保護の必要性についての検討
 4. 〈傷つく〉おそれを生むもの：さまざまなストレス要因

I. 問題の所在

1. 刑事手続における被害者・子どもなどの保護

(1) 平成 28 (2016) 年に成立した「刑事訴訟法等の一部を改正する法律」(平成 28 年法律第 54 号)(以下では「平成 28 年改正法」という)には、拡充・新設された制度の 1 つとして、「犯罪被害者等及び証人を保護するための措置¹⁾」が盛り込まれた²⁾。そして、ここにいう「犯罪被害者等及び証人」の保護に関する規定のすべては、平成 30 (2018) 年 6 月 3 日までに施行されることになっ

1) 「犯罪被害者等及び証人を保護するための措置」は、「刑事訴訟法等の一部を改正する法律案要綱」における「第一 刑事訴訟法の一部改正」の「七」として掲げられたタイトルである。

た（平成28年改正法附則第1条第3号・同第4号）³⁾。

平成28年改正法は、「被害者等・証人の保護に関する立法⁴⁾」の一環と位置づけられる。法律である「刑事訴訟法」（以下では、たんに「法」という）などに定められた「被害者等・証人の保護」については、「いくつかの異なる観点……、すなわち、証言をすることに伴う精神的負担の軽減、報復・嫌がらせなどの防止、そして、名誉やプライバシーの保護」があるものと指摘されている⁵⁾。

-
- 2) 「犯罪被害者等及び証人を保護するための措置」の概要については、さしあたって、酒巻匡「刑事訴訟法等の改正——新時代の刑事司法制度（その2）」法学教室434号（2016年）70頁以下（76-79頁）を参照。制度の詳細については、吉川崇＝吉田雅之「刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成28年法律第54号）について（3）」法曹時報70巻1号（2018年）75頁以下（155-197頁）および保坂和人＝吉田雅之「刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成28年法律第54号）について（4）」法曹時報70巻2号（2018年）37頁以下（48-67頁）を参照。
 - 3) 最後まで未施行であったビデオリンク方式の証人尋問に関する規定も、平成30年政令第50号によって、平成30（2018）年6月1日に施行される。平成30年3月22日付官報号外第58号を参照。
 - 4) 小川佳樹「被害者等および証人を保護するための方策の拡充」法律時報88巻1号（2016年）37頁以下（37頁）。「1999年の刑訴法改正以降、活発になされ」てきた同種の立法としては、平成28年改正法のほかに、平成11（1999）年に成立した「刑事訴訟法の一部を改正する法律」（平成11年法律第138号）、平成12（2000）年に成立した「刑事訴訟法及び検察審査会法の一部を改正する法律」（平成12年法律第74号）、および、平成19（2007）年に成立した「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事訴訟法等の一部を改正する法律」（平成19年法律第95号）が挙げられる。小木曾綾「犯罪被害者等および証人を保護する方策」論究ジュリスト12号（2015年）80頁以下（80-82頁）や小川・本注38-40頁を参照。
 - 5) 小川・前掲注4）38頁。さらに、とくにビデオリンク方式の証人尋問に関する制度をとり上げて、つぎのような指摘もなされている。「関心として……1つは、できるだけ正確な供述を証人から採る……ことと、それから、結局、いま言ったことが究極の目的だと言えばそうなのでしょうけれども、証人の保護という関心とがあると思います」。大澤裕ほか「座談会『新たな刑事司法制度』の構築に向けて——法制審議会答申の検討」論究ジュリスト12号（2015年）4頁以下（40頁〔小木曾綾発言〕）。滝沢誠「犯罪被害者等及び証人を保護するための方策の拡充」刑事法ジャーナル44号（2015年）41頁以下（42-43頁）も参照。

(2) このうちの「精神的負担の軽減」という観点が平成28年改正法の段階で制度として具体化したのは、いわゆる構外ビデオリンク方式の証人尋問⁶⁾に関する規定の1つ——すなわち、「犯罪の性質、証人の年齢、心身の状態、被告人との関係その他の事情により、証人が同一構内に出頭するときは精神の平穏を著しく害されるおそれがあると認めるとき」は構外ビデオリンク方式の証人尋問の実施を許すという規定⁷⁾——である。構外ビデオリンク方式に関する規定は、ビデオリンク方式の証人尋問を一段と「精神的負担の軽減」に役立てるために設けられたものと説明されている^{8,9)}。

他方で、法務大臣の諮問を受けて設置された「法制審議会・新時代の刑事司法制度特別部会」は、同じように、「被害者等の負担の軽減」という観点、

6) 平成12(2000)年の立法によってはじめて刑事手続に導入されたビデオリンク方式の証人尋問は、平成28年改正法が施行される前の法第157条の4第1項(以下では「改正前の法第157条の4第1項」という)によれば、「裁判官及び訴訟関係人が……在席する場所……と同一構内」に限って実施できるものであった。平成28年改正法によって挿入された法第157条の6第2項(以下では「改正後の法第157条の6第2項」という)は、あらたに、「同一構内以外にある場所……に証人を在席させ」たうえで実施できるものと定める。構外ビデオリンク方式の詳細については、保坂=吉田・前掲注2)50-61頁を参照。

7) 改正後の法第157条の6第2項における第1号。同号にもとづいた尋問の事案としては、「例えば、性犯罪の被害者や、凄惨な犯行状況を目撃して強い精神的打撃を受けた年少者が証人となる場合に、公判が行われる裁判所に出頭すること自体によって著しい精神的・心理的負担を生じるときなどが想定されている」という。酒巻・前掲注2)76頁。保坂=吉田・前掲注2)55-56頁も参照。

8) 改正前の法第157条の4第1項における第1号および第2号が適用される事案として想定されたのは、「性犯罪・児童に対する罪の『被害者』」であって、「二次的被害といわれる程の精神の平穏侵害が生ずるおそれが、類型的に想定される証人」を尋問するときである。また、同項における第3号の対象としては、「前二号に準じるような証人と解すべきことを前提にして、……例えば、年少者である被害者・犯行目撃者」などが想定された。酒巻匡「犯罪被害者保護等のための新法律」松尾浩也編著・酒巻匡ほか『逐条解説犯罪被害者保護二法』(2001年)10頁以下(17-18頁)。河上和雄ほか編『大コメンタール刑事訴訟法第2版』第6巻(2011年)216-217頁[仲家暢彦]も参照。なお、改正前の法第157条の4第1項は、平成28年改正法によって法第157条の6第1項に移された。改正後の法第157条の6第2項は、改正前の法第157条の4第1項にもとづいた尋問にレポーターを追加したものと理解できる。保坂=吉田・前掲注2)52頁を参照。

とくに「二次被害……をできる限り回避」という観点を挙げて、「被害者等の捜査段階での供述の録音・録画媒体の公判での活用」に関する制度を新設することも検討していた¹⁰⁾。しかしながら、検討の結果として、この制度を採用することは見送られた¹¹⁾。

(3) 以上のように、犯罪による害を受けた者とされる個人（以下では、たんに「被害者」という）などに対しては、その「精神的負担の軽減」を目的とした措置が必要なものと認識されて、制度がたびたび構想されてきた。そして、これらの構想が措置の対象として想定したのは、性犯罪の被害に遭った者を中心とする被害者や、年少の被害者に代表される子どもなど——すなわち、本稿が大まかにくくって「被害者・子どもなど」と呼ぶもの——である。

被害者・子どもなどの「精神的負担の軽減」は、刑事手続における被害者の保護といったテーマのもとで、このテーマの一環として議論の対象とされてきた。この議論において、学説は、たとえば、「刑事手続における第二次被害の防止」という目的を「犯人側からの加害行為の防止」——すなわち、「被害者が、被疑者・被告人の有罪を立証するための情報を提供……しようとすることにより、……報復ないしその脅迫を受けることを防止する」——という目

9) 平成28年改正法のもとでは、ビデオリンク方式の証人尋問とともに、証言の際の付添い（法第157条の4第1項）や証人の遮へい（法第157条の5第1項）といった措置も、これまでに引き続いて実施できる。これらの措置は、単独で、あるいは、ビデオリンク方式の証人尋問と併用して、証人の負担を軽減するために実施できるものと考えられている。甲斐行夫＝神村昌通＝飯島泰「逐条解説」松尾編著・前掲注8）64頁以下（66頁以下）などを参照。

10) 法制審議会・新時代の刑事司法制度特別部会「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」（2013年）25-27頁。その説明によれば、「特に性犯罪など一定の被害者等について、捜査機関に対し又は公判廷で繰り返し供述を求められ、それによる二次被害が生じることをできる限り回避し、その負担を緩和・軽減するとともに、このような二次被害を恐れて被害者が被害申告を躊躇することのないような制度」は、「審理に必要な証人が出頭してありのままの証言をすること」とならんで重要であるという。同26頁。

11) 採用の見送りに関しては、見送られた制度の内容に関する若干の考察も含めて、小木曾・前掲注4）85-86頁や小川・前掲注4）42-43頁を参照。

的と区別したうえで¹²⁾、あるいは、保護される対象の観点から、「年少被害者や性犯罪被害者（『とくに傷つきやすい証人』）」の類型を「暴力団関係者による犯罪（とくに粗暴犯）の被害者（『危険に晒されている証人』）」の類型」と区別したうえで¹³⁾、制度のあり方や制度の問題点に関する検討・分析に多くの示唆を提供してきたように思われる。そして、被害者・子どもなどの保護に有用な措置を制度として新設・改廃すべきなのかという議論は、今後も続けられることであろう。

もっとも、保護に有用な措置の新設・改廃が議論される段階で、新設・改廃の理由として「精神的負担の軽減」あるいは第2次被害の防止が挙げられるときは、ここにいう「精神的負担」や第2次被害がどのような意義をもつのかという問題について、——社会状況の変化や科学の知見の蓄積などに応じて——つねに考え直すことが必要であろう。また、措置の対象である被害者・子どもなどにはいかなる者が含まれるのかという問題についても、新設・改廃の理由と関連させて今後も考えなければならないはずである。たとえば、構外ビデオリンク方式の証人尋問を実施するための要件について——「同一構内」でビデオリンク方式を用いるときの要件と法の文言が異なることの理由といった点から——検討・分析するときは、また、「被害者等の捜査段階での供述の録音・録画媒体の公判での活用」に関する制度の是非について——その新設が見送られたことの原因との関係で——検討・分析するときは、軽減すべき「精

12) 川出敏裕「刑事手続における被害者の保護」ジュリスト1163号（1999年）39頁以下（39-41頁）。同「刑事手続における犯罪被害者の法的地位」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点』〈旧・法律学の争点シリーズ〉（第3版・2002年）34頁以下（35-36頁）や田口守一「被害者の地位」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点』〈旧・法律学の争点シリーズ〉（新版・1991年）38頁以下（38-39頁）も参照。

13) 加藤克佳「刑事訴訟における犯罪被害者の保護」（夏目文雄先生古稀）祝賀論文編集委員会編『刑事法学の新展開——夏目文雄先生古稀記念論文集』（2000年）197頁以下（215頁）。この区別は、ドイツの学説から示唆を得たものと考えられる。同「ドイツ刑事訴訟における証人保護——第六二回ドイツ法曹大会刑事法部会を中心として——」宮澤浩一先生古稀祝賀論文編集委員会編『宮澤浩一先生古稀祝賀論文第1巻』（2000年）261頁以下（略称：宮澤古稀）（270-271頁）を参照。

神的負担」や防止すべき第2次被害の中身が問われるべきであろう。

2. 本稿のねらい

(1) ひるがえって海外に目を向ければ、同種の制度を設けて運用する国が数多いことは、よく知られている¹⁴⁾。そのような国の1つであるドイツにおいても、刑事手続法による被害者・子どもなどの保護に関して、制度の整備がすすめられてきた。ドイツの刑事手続法には、法典であるドイツ刑事訴訟法（Strafprozessordnung = StPO）の改正などをつうじて、保護を内容とする措置がいくつも定められている。そして、そのうちのいくつかの措置——たとえば、尋問の内容・状況を録音・録画するという措置や、その記録媒体を実質証拠として使用するための措置など——については、しばしば、「第2次被害者化（sekundäre Viktimisierung）の回避」や「第2次被害者化からの保護」を果たすためのものと説明される¹⁵⁾。

もっとも、ドイツにおいては、刑事手続法による被害者・子どもなどの保護に関して、保護の根拠となるもののとらえ方に光をあてた議論も展開されてきた。そして、とくに興味深いのは、被害者・子どもの保護を内容とする措置の新設が課題として浮上した段階で、保護を要するの否かについて明らかにするために、どのような意味で保護の必要性（Schutzbedürftigkeit）を肯定できるのかという問題に学説が立ち入って検討していたことである。

14) さしあたって、甲斐行夫＝神村昌通＝飯島泰「犯罪被害者保護のための二法の成立の経緯等」松尾編著・前掲注8）37頁以下（39頁注（2）：50-60頁）を参照。

15) Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar (hrsg. v. Volker Erb et al., 26., neubearb. Aufl.) (Abk.: LR), Bd. 6 Tbd. 1 (2009), § 255a RdNr. 4 [Mosbacher]; Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, mit GVG und EMRK (hrsg. v. Jürgen Wolter, 4., neubearb. Aufl.) (Abk.: SK-StPO), Bd. 5 (2012), § 255a RdNr. 5 [Velten]; Claus Roxin / Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch (29., neubearb. Aufl., 2017), 26 / RdNr. 52; Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafprozessordnung, mit GVG und EMRK (hrsg. v. Helmut Satzger u. Wilhelm Schluckebier, 2. Aufl., 2016), § 255a RdNr. 1 [Tsambikakis].

(2) たしかに、日本とドイツとの間には、法原理や訴訟構造の違いも、また、法定されている措置の内容や刑事手続のありようにおける違いも、少なからず認められる。とはいえ、のちにくわしく述べるとおり、保護の必要性という問題についての検討は、「精神的負担」や第2次被害の意義を問うことと径庭がないはずであって、それゆえ、日本における議論にも一定の示唆を与えるように思われる。本稿は、刑事手続における被害者・子どもなどの保護というテーマの研究に役立つ示唆を得るために、さらには、今後の議論に向けた材料を提示できるように、ドイツの議論を追うことにしたい。

II. 「保護を要する (schutzbedürftig) 証人」としての被害者・子どもなど

1. 証人保護 (Zeugenschutz) に関するドイツの立法

(1) ドイツの刑事手続における「証人 (Zeuge)」——すなわち、「自身が訴追の対象となっていない刑事事件の手続において、ある事実に関する自身の知覚を供述によって表明しなければならない者¹⁶⁾」——という語には、むろん、その事件を体験した者のすべてが含まれる。そして、のちに述べるように、事件の目撃者や共犯者であれ、あるいは、事件の被害者¹⁷⁾であれ、この者が実際に「証人」として証言するとき¹⁸⁾については、その立場につきまとう有害な事

16) Ulrich Eisenberg, Beweisrecht der StPO (8., völlig überarb. u. teilweise erw. Aufl., 2013), RdNr. 1000; auch Urs Kindhäuser, Strafprozessrecht (4., völlig überarb., 2016), 21 / RdNr. 6.

17) ドイツにおける被害者を指す語の意味や用例に関しては、さしあたって、拙稿「家族による暴力・虐待と刑事手続における被害者の保護——ドイツの制度とその周辺——」本澤巳代子編『家族のための総合政策Ⅳ——家族内の虐待・暴力と貧困——』(2017年) 121頁以下(122頁注4)を参照。

18) 被疑者・被告人でない者がドイツ刑事訴訟法にいう「証人」として出頭したうえで証言することを義務づけられるのは、裁判所または裁判官による尋問の場合(ドイツ刑事訴訟法第48条第1項第1文・同第2文など)のほか、検察官による尋問の場合(ドイツ刑事訴訟法第161条a第1項第1文・同第2文)と検察捜査員(Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft)による尋問の場合(ドイツ刑事訴訟法第163条第3項)である。検察捜査員による尋問は、2017年8月に施行された法律にもとづいて、あらたに実施が許されることになった。

態の生起が懸念されてきた。「証人」として証言することが見込まれるという立場にとどまるときや、すでに「証人」としての義務をいったん果たしたのちについても、同じように懸念される事態があった。

ドイツにおいては、いずれかの立場に置かれている者——すなわち、ひろい意味での証人——に懸念される事態の多くがもはや無視できないものと認められたため、それぞれの事態に対処するためのさまざまな措置¹⁹⁾を証人保護 (Zeugenschutz) として実施できるように、幾度にもわたって、措置の新設と拡充がくり返されたのである。

(2) 証人保護を内容とする措置の新設は、おおかたにおいて1990年代の末までになされた²⁰⁾ものである。措置の新設にとくに大きな役割を果たしたのは、1998年に制定された証人保護法 (Zeugenschutzgesetz)²¹⁾であった。証人保護法は、ビデオリンク方式の証人尋問や尋問の録音・録画といった措置を新設して、これを証人保護のために実施できるようにしたのである。

そして、証人保護法に関して注目すべきなのは、この法律が制定されるまでの過程で、措置の対象となる者が「保護を要する (schutzbedürftig) 証人」と呼ばれて議論されていたということである。すなわち、保護の必要性という観

19) ドイツ刑事訴訟法などに定められた各種の措置を紹介することは、紙幅の都合から割愛する。さしあたって、拙稿・前掲注17) 125頁以下を参照。

20) S. zunächst *Peter Caesar*, Noch stärkerer Schutz für Zeugen und andere nicht beschuldigte Personen im Strafprozeß?, NJW 1998, S. 2313 (S. 2314 ff.).

21) 正式な名称は、「刑事手続における尋問にあたっての証人の保護及び被害者保護の改善のための法律」(Gesetz zum Schutz von Zeugen bei Vernehmungen im Strafverfahren und zur Verbesserung des Opferschutzes: Zeugenschutzgesetz - ZSchG (Gesetz vom 30.4.1998, BGBl. I S. 820))である。証人保護法の内容および証人保護法の制定までに整備された刑事手続法の状況を簡潔にまとめた日本の文献として、さしあたっては、加藤克佳「ドイツ刑事訴訟法改正の新動向——証人保護法を中心として——」刑法雑誌40巻1号(2000年)108頁以下(109頁以下)、同・前掲注13)〈宮澤古稀〉265-268頁、同「刑事手続における被害者の地位——ドイツ法を素材として——」刑法雑誌40巻2号(2001年)232頁以下(233-234頁)などを参照。Ausführlich zum Gesetz z.B. *Peter Rieß*, Zeugenschutz bei Vernehmungen im Strafverfahren, NJW 1998, S. 3240 (S. 3240 ff.).

点から、証人保護を内容とする措置の導入が提案されたのである²²⁾。

ここにいう「保護を要する証人」としては、「児童 (Kind)²³⁾」をはじめとして、「老齢の証人、疾患を有する証人及び脆弱な証人、並びに性犯罪の被害者」といった者が例示されたのととも、「特別な危険にさらされている捜査官」や「犯罪に手を染めた過去と決別している者」なども挙げられた²⁴⁾。

2. 被害者・子どもなどの証人が〈傷つく〉おそれ

(1) 「保護を要する証人」の全体像については、これを「危険にさらされている (gefährdet) 証人」と「とくに傷つきやすい (besonders sensibel/verletzlich) 証人」に区別したうえで分析する立場²⁵⁾から、くわしい説明が提示された。前者すなわち「危険にさらされている証人」は、証言を断念させるための威嚇や報復から保護されなければならない証人——要するに、安全を確保されなければならない証人——のことである。本人またはその関係者の生命・身体や財産などに対して危害を加えられるおそれがあるという状況であれば、この危険

22) BT-Dr. 13 / 4983, S. 9; BT-Dr. 13 / 7165, S. 4 f.

23) 本稿がドイツに関する記述において用いる「児童 (Kind)」という語は、14歳未満の者を指す。また、「子ども」という語は、別段に論じなければならないときをのぞいて、18歳未満の者を指す。このような語の用法は、青少年保護法 (Jugendschutzgesetz - JuSchG) において14歳未満の者を指す「児童」および14歳以上18歳未満の者を指す「少年 (Jugendliche)」(青少年保護法第1条第1項を参照) という区別に対応するのととも、現行の刑事手続法との関連でも、「18歳未満の者 (Person unter 18 Jahren)」や「児童」・「少年」などの語を用いる明文の規定——たとえば、ドイツ刑事訴訟法第58条 a 第1項第2文第1号——と整合する。なお、本稿においては、「児童」とおおむね同じ意味で、「年少の子ども」という呼び方を用いることがある。

24) BT-Dr. 13 / 7165, S. 4.

25) *Thomas Weigend*, *Empfehlen sich gesetzliche Änderungen, um Zeugen und andere nicht beschuldigte Personen im Strafprozessrecht besser vor Nachteilen zu bewahren?*, *Gutachten C für den 62. DJT (1998)*, S. C27, C45. So auch *Sabine Swoboda*, *Videotechnik im Strafverfahren (2002)*, S. 77 ff., 151 ff.; *SK-StPO*, Bd. 1 (2014), RdNr. 36 ff. Vor § 48 [Rogall]. なお、トーマス・ヴァイゲント教授の意見書は、加藤・前掲注13)〈宮澤古稀〉269頁以下で紹介されている。

を防除すべきものと認められて、その防除のために必要な範囲で、さまざまな措置が刑事手続の内外を問わずに実施される²⁶⁾。

これに対して、後者すなわち「とくに傷つきやすい証人」は、「個人の特性（年齢や疾患、さらには犯罪行為に起因する心の動揺の強さ）ゆえに、心がとくに傷つきやすいものと認められる証人²⁷⁾」、あるいは、「精神の発達状況や、往々にして問題となる身体の発達状況が影響して、または、心身の特性が影響して、証言にともなう手続から尋常でない負荷をこうむるため、これに耐えることが困難な状態にある証人²⁸⁾」などと定義されている。この種の証人に対する措置のほとんどは、刑事手続法にもとづいたものであって、刑事事件に関する供述証拠の提供にからんで〈傷つく〉という事態から証人を保護するために実施される。

(2) 語の定義によれば、証人が被害者であることは、「とくに傷つきやすい証人」にとって必須の要素でない²⁹⁾。しかしながら、「とくに傷つきやすい証人」として想定されていたのは、おもに、子どもの被害者や、性犯罪の被害者となっ

26) この種の証人を対象とした措置には、証人保護プログラム (Zeugenschutzprogramm) と呼ばれるものもある。これは、もっぱら、警察法にもとづいて遂行される危険防除 (Gefahrenabwehr) の性格を帯びた措置である。証人保護プログラムの対象となるのは、組織犯罪集団ないしテロリズム集団の構成員を被疑者・被告人とした事件における潜入捜査官 (Verdeckte Ermittler)・諜報活動員 (V-person = Vertrauensperson) や、これらの事件の被害者・共犯者である。Ausführlich Weigend, oben FußN. 25, S. C27 ff.; Ulrich Eisenberg, Zeugenschutzprogramme und Wahrheitsermittlung im Strafprozess, in: Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag (hrsg. v. Edda Weßlau u. Wolfgang Wohlers, 2008), S. 193 (S. 194 ff.); SK-StPO, Bd. 1, RdNr. 74 ff. Vor § 48 [Rogall]. また、滝沢誠「証人保護の多義的な目的」比較法雑誌 37 卷 1 号 (2003 年) 127 頁以下 (129 頁以下) を参照。

27) Weigend, oben FußN. 25, S. C45. S. auch Kirstin Maaß, Der Schutz besonders sensibler Zeugen durch den Einsatz von Videotechnik unter besonderer Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte und Verfahrensprinzipien (2012), S. 17.

28) Swoboda, oben FußN. 25, S. 154. "besonders sensibel" とともに "leicht verwundbar" という表現も用いられている。

29) Vgl. z.B. Werner Beulke, Strafprozessrecht (13., neu bearb. Aufl., 2016), RdNr. 196a; SK-StPO, Bd. 1, RdNr. 31 Vor § 48 [Rogall].

た女性などである。そして、その代表格としてしばしば念頭に置かれたのは、性的虐待の被害者となった子どもであろう。そもそも、証人保護法の制定のきっかけは、性的虐待の被害者である年少の子どもを対象としたビデオリンク方式の証人尋問が実施されて大きな話題となったこと³⁰⁾であった。また、のちにくわしく述べるとおり、とくに児童虐待の類型や性暴力の類型に該当する犯罪行為の被害を受けた者においては、その精神にかかる重圧が深刻になるものと理解されていたのである³¹⁾。

Ⅲ. 被害者・子どもなどを保護することの必要性

1. 保護の必要性：正当化根拠としての意義

(1) 本稿のⅡ. 2. において述べたとおり、証人保護法の制定に向けた議論の出発点となったのは、子どもの被害者などを証言台に立たせることによってこの者の精神に重圧がかかるという認識であった³²⁾。そして、政策立案者や学説は、この認識のもとで、これらの証人の心にのしかかる負荷 (Belastung) が刑事手続法による保護を要するほどに特別なものなのかという問題³³⁾にとり組まなければならなかったのである。これは、まさに保護の必要性という問題である。

30) 1995年に、マインツの地方裁判所は、多数の子どもを被害者とする性的虐待の被告事件において、——一般に“マインツ・モデル”と呼ばれるようになる——ビデオリンク方式の証人尋問を実施した。この実施は多くの注目を集めたのと同時に、実施の是非に関して、直接主義 (Unmittelbarkeitsgrundsatz) などの法原理や法律上の根拠といった観点から多くの疑問が投げかけられた。S. insb. *Heinrich Kintzi*, Stellung des Kindes im Strafverfahren, DRiZ 1996, S.184 (S. 191 f.); *Klaus Geppert*, Die Vernehmung kindlicher Zeugen mittels Videotechnologie, Jura 1996, S. 550 (S. 550 ff.). また、“マインツ・モデル”の紹介を盛り込んだ日本の文献として、さしあたって、ハインツ・シュッヒ (加藤克佳訳) 「性犯罪の被害者証人である子供と刑事訴訟における保護策」愛知大学法学部法経論集147号 (1998年) 1頁以下 (7-8頁) を参照。

31) さしあたって、加藤・前掲注30) 1頁以下を参照。

32) *Weigend*, oben FußN. 25, S. C46; ausführlich *Maike Scheumer*, Videovernehmung kindlicher Zeugen - Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes (2007), S. 20 ff.

この問題に関して刑事法の学説がとり上げたテーマは、刑事手続に起因する（verfahrensbedingt/-induziert）精神上的の障害（Schädigung）が肯定できるのか否かであった^{34）}。証人が被害者であるという場合には、この障害が刑事手続における第2次被害の1つと位置づけられるものになる。

(2) 刑事手続に起因する精神上的の障害について、証人保護に有用な措置の立法化に先だつ時期には、一般に精神上的の障害が心的外傷すなわちトラウマ（Traum）を負った者において発生するという知見のもとで、刑事手続とのかかわり合いを原因とした被害者の心的外傷——すなわち、第2次トラウマ化（sekundäre Traumatisierung）——が注目されるようになった。

一方で、第2次トラウマ化を経て障害が発生するという説明は、学説の一部において自明のことにように受け容れられていた^{35）}。しかしながら、他方で、当時のドイツにおける実証研究^{36）}には、PTSD（心的外傷後ストレス障害）をはじめとする障害が高い確率で発生するものとは考えられないという見解^{37）}や、第2次トラウマ化に対して疑問を投げかける見解^{38）}のように、刑事手続に起因する精神上的の障害を積極的に認めない見解が多かった。総じて、犯罪行為に起因する障害と刑事手続に起因する障害を区別するのが不可能に近いことから、〈精神上的の障害が第2次トラウマ化を経て発生する〉という原因－結果の

33) *Thomas Weigend*, Schutzbedürftige Zeugen im Strafverfahren, in: Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag (hrsg. v. Hans-Jörg Albrecht et al., 1998), S. 1483 (S. 1490). 保護を要するほどに許容できない負荷について論じるのは、のちに述べるとおり、刑事手続とのかかわり合いにおいてのしかかる負荷のすべてが経験科学の領域で重要なものと評価されるわけではないという前提に立つからである。Vgl. dazu *Oliver Kipper*, Schutz kindlicher Opferzeugen im Strafverfahren (2001), S. 59.

34) *Matthias Jäger-Helleport*, Konstruktive Tatverarbeitung des sexuellen Missbrauchs von Kindern im Strafrecht (2002), S. 67 f.; *Swoboda*, oben FußN. 25, S. 156.

35) *Burkhard Denger*, Kinder und Jugendliche als Zeugen im Strafverfahren wegen sexuellen Mißbrauchs in der Familie und in deren Umfeld, ZRP 1991, S. 48 (S. 49 f.); *Klaus Laubenthal*, Schutz sexuell mißbrauchter Kinder durch Einsatz von Videotechnologie im Strafverfahren, JZ 1996, S. 335 (S. 338); *Klaus Laubenthal / Urte Nevermann-Jaskolla*, Die Rechte des Kindes als Zeuge im Strafverfahren, JA 2005, S. 294 (S. 296).

機序は一般化するのにはほど遠いものと理解されてきたのである³⁹⁾。

(3) 当時の学説が障害にいたる機序に関心を向けたことの背景には、長期にわたって (langfristig) 苦しむ障害——すなわち、PTSD をはじめとする長期

36) 本稿のⅢ. 2. やⅢ. 4. における本文の記述および脚注の文献を参照。もともと、ドイツにおける研究の量は多くなかったという。S. dazu Jäger-Helleport, oben FußN. 34, S. 70. 当時のドイツにおいては、心理学・精神医学の分野でも、また、刑事学の分野でも、アメリカやイギリスなどにおける研究がたびたび参照されている。Z.B. *Petra Wolf / Max Steller*, Kinder als Zeugen – Was wissen sie über Gerichtsverhandlung?, in: Günter Bierbrauder / Walther Gottwald / Beatrix Birnbreier-Stahlberger (Hrsg.), *Verfahrensgerechtigkeit: rechtspsychologische Forschungsbeiträge für die Justizpraxis* (1995), S. 163 (S. 163 ff.); *Renate Volbert / Detlef Busse*, Wie fair sind Verfahren für kindliche Zeugen?, in: Günter Bierbrauder / Walther Gottwald / Beatrix Birnbreier – Stahlberger (Hrsg.), *Verfahrensgerechtigkeit: rechtspsychologische Forschungsbeiträge für die Justizpraxis* (1995), S. 139 (S. 139 ff.); *Kipper*, oben FußN. 33, S. 61 ff.

37) *Renate Volbert*, Welche Verbesserungen können durch Videovernehmungen für Opferzeugen erreicht werden?, in: Stephan Barton (Hrsg.), *Verfahrensgerechtigkeit und Zeugenbeweis* (2002), S. 149 (S. 150).

38) たとえば、刑事手続の途上で遭遇しうる巡り合わせの悪さが心的外傷の形成に影響する可能性もあるとはいえ、それ以上のものではないという。*Hans-Jörg Albrecht*, Kindliche Opferzeugen im Strafverfahren, in: Ludwig Salgo (Hrsg.), *Vom Umgang mit Minderjährigen* (1995), S. 3 (S. 17 f.). さらに、第2次トラウマ化するものは犯罪行為を原因として負う心的外傷と切り離して観察できないはずなので、これを独立してとり上げるほどの意義も見いだせないという。*Friedemann Pfäfflin*, Schützen Videovernehmungen kindlicher Zeugen vor Sekundärer Traumatisierung?, *StV* 1997, S. 95 (S. 97). Vgl. zum Viktimisierungsrisiko *Ulrich Eisenberg*, *Kriminologie* (6., neu bearb. Aufl., 2005), S. 1005.

39) *Weigend*, oben FußN. 25, S. C47; *Kipper*, oben FußN. 33, S. 75 f. S. auch *Karlhans Dippel*, Zur Behandlung von Aussagen kindlicher und Jugendlicher Zeugen, in: *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag* (hrsg. v. Hans-Heinrich Jescheck u. Theo Vogler, 1989), S. 599 (S. 603 ff.); *Katy Dieckerhoff*, *Audiovisuelle Vernehmung kindlicher Opferzeugen sexuellen Missbrauchs im Strafverfahren* (2008), S. 23. 経験科学の方法論にしたがった機序の解明については、刑事手続に内在する負荷と第2次トラウマ化との因果関係を容易に解明できないという事情が指摘されるのとともに、証人の素質・環境の影響を第2次トラウマ化との関連で個別にどのように評価すればよいかの判断としないという事情も示唆されている。Dazu *Volbert/Busse*, oben FußN. 36, S. 139 (S. 141 f., 161 f.); *Pfäfflin*, oben FußN. 38, S. 95 (S. 97 f.); *Albrecht*, oben FußN. 38, S. 3 (S. 15).

間の重い障害——とこれにいたらないもの——すなわち、刑事手続の途上で生じうる一過性の障害や緊張関係（状態）——を区別すべきであるという見方があった。この見方が問うたのは、証人保護に有用な措置を立法によって新設するという要請の内容・程度であろう。要するに、前者の障害に対処するための特別な措置を設けるとい立法の要請が強く認識されていたのと違って、後者については、自然の治癒・解消を見込めることなどの点で要請の内容・程度が前者と別異にとらえられたのである⁴⁰⁾。

しかしながら、それでもなお、証人保護に有用な措置の新設をめぐることは、とくに子どもの被害者が証人となるときについて、大きな規模で刑事手続の現状を改善すべきであるという主張がたびたび展開された⁴¹⁾。また、「とくに傷つきやすい証人」にあたる者も含めた「保護を要する証人」が証人保護法の制定によって措置の対象となるという結果にいたったことは、さきに述べたとおりである。それゆえ、保護の必要性をどのように肯定して立法の要請の正当化に結びつけたのかという点が明らかにされなければならない。

2. 保護の必要性：基礎となる知見

(1) そもそも、証人が刑事手続とのかかわり合いにおいて体験する種々のことがらから多くの負荷をこうむるという認識は、刑事法の実務・学説の内部でひろく共有されていた。これに加えて、心理学・精神医学の分野から、刑事手続に内在する負荷と精神上的障害との関連が指摘されるようになった。すなわち、刑事手続の現状には障害の発生に必要な条件を与えるものと疑われるできごとがいくつもあって、このような意味で強い負荷の要素となるできごと

40) *Weigend*, oben FußN. 25, S. C46 ff.; *Albrecht*, oben FußN. 38, S. 3 (S. 15 f.) . S. auch *Kintzi*, oben FußN. 30, S. 184 (S. 185) . Vgl. dagegen *Ursula Nelles*, *Der Zeuge - ein Rechtssubjekt, kein Schutzobjekt*, NJ 1998, S. 449 (S. 452 f.) .

41) S. zunächst *Dippel*, oben FußN. 39, S. 599 (S. 607) ; *Kintzi*, oben FußN. 30, S. 184 (S. 186) . Vgl. auch *Martin Hussels*, *Videoübertragungen von jugendlichen Zeugen in Mißbrauchsprozessen - eine Bestandsaufnahme und Überlegungen de lege ferenda*, ZRP 1995, S. 242 (S. 243 f.) .

には、障害を発生させるリスクが認められるというのであった⁴²⁾。

刑事法の学説も、強い負荷の要素となるできごとを——心理学にならって——ストレス要因 (Stressfaktor) ないしストレッサー (Stressor)⁴³⁾と呼んで、これと精神上的障害との関係⁴⁴⁾に注目するようになった。たしかに、ストレス要因に潜んでいるリスクの解明⁴⁵⁾が刑事手続上のできごとを対象としてすすめられていけば、すなわち、刑事手続のストレス要因についてリスクを把握する

42) Detlef Busse / Renate Volbert, Zur Situation kindlicher Zeugen vor Gericht, in: Max Steller / Renate Volbert (Hrsg.), *Psychologie im Strafverfahren* (1997), S. 224 (S. 234 f.); Renate Volbert / Detlef Busse, Belastungen von Kindern in Strafverfahren wegen sexuellen Mißbrauchs, in: Ludwig Salgo (Hrsg.), *Vom Umgang mit Minderjährigen* (1995), S. 73 (S. 86); Günter Köhnken, Der Schutz kindlicher Zeugen vor Gericht, in: Reinhart Lempp / Gerd Schütze / Günter Köhnken (Hrsg.), *Forensische Psychiatrie und Psychologie des Kindes- und Jugendalters* (2003), S. 390 (S. 390 f.). Vgl. dazu auch Swoboda, oben FußN. 25, S. 156.

43) Detlef Busse / Renate Volbert, Belastungserleben von Kindern in Strafverfahren, *Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie* 45 (1996), S. 290 (S. 291); Swoboda, oben FußN. 25, S. 158; Jäger-Helleport, oben FußN. 34, S. 70. 心理学の分野では“Belastungsfaktor”という語もしばしば用いられる。ただし、この語は、精神上的障害を発生させるリスクが肯定される限りにおいて、“Stressfaktor”や“Stressor”とほぼ同じ意味で用いられている。Z.B. Volbert, oben FußN. 37, S. 149 (S. 149 f.). なお、ドイツの刑事学における研究の状況に関して、“Belastung”と“Stress”さらには“Traumatisierung”のそれぞれの意味がしばしば明確に示されていないという指摘もある。Kipper, oben FußN. 33, S. 60.

44) ストレス要因と精神上的障害との関係について、おおまかには、以下のように説明できる。ストレス要因に対処できずに精神上的緊張関係(状態)に置かれている者は、しばしば、各種の反応——すなわち、不安・恐怖あるいは無力感や罪悪感といった負の感情のほか、回避行動や食欲の減退といった行動・生理の現象——を呈して、ときに、精神上的障害が生じているものと診断される。もっとも、緊張関係(状態)や障害が一過性のものであって変調・症状の程度も軽いようであれば、こうむる不利益は小さいのとともに、しだいに回復に向かって自然に治癒するというのが通常である。しかしながら、この状態が継続・悪化して、ついには長期間の重い障害を発症するまでに遷移するという事態もありえる。以上の説明にあたっては、藤永保監修(責任編集:内田伸子=繁榊算男=杉山憲司)『最新心理学事典』(2013年)662-672頁および中島義明ほか編『心理学辞典』(1999年)475頁・451-452頁などを参照した。なお、このような語の意味や用法にしたがえば、証人との関係でストレス要因となることがらは、刑事手続の外部にも——すなわち、刑事手続のストレス要因と別に——存在するということになる。

ことができれば、それぞれのストレス要因との関係で保護の必要性は容易に明らかになるようにも思える。

(2) しかしながら、刑事手続のストレス要因から保護の必要性を導き出すのは単純でないことがわかる。もともと、刑事手続のストレス要因と精神上的障害との関係について、障害の原因——すなわち、類型化された一定の状況のもとで刑事手続上のできごとに起因して障害が発生するという意味での原因——を分離することに成功していないのは、さきに述べたとおりである。また、ストレス要因は多種多様であって、これらが複合して個人に影響をおよぼす——要するに、精神上的障害もしばしば種々のストレス要因が複合して発生する——のとともに、できごとに直面した者の内面での対処に個人差があるため、同じ状況に置かれた証人のすべてにひとしく精神上的障害が発生するわけではないという⁴⁶⁾。さらに、いくつかの実証研究においては、刑事手続とのかかわり合いが被害者の回復に向けた好ましい効果を生むことも多いという結果も示されていた⁴⁷⁾。

このような複雑さゆえに、刑事手続に起因する精神上的障害については見方の一致をみていなかった。とはいえ、ひとまずの結論として、精神上的障害が

45) リスクに対する評価の方法論については、つぎのように説明されている。すなわち、個人の内外に存在するさまざまな現実からストレス要因として懸念されるできごとを拾い出したうえで、その負荷の意義や負荷の程度 (Ausmaß) を——子どもなどの心理・身体・行動にあらわれた反応を相当なサンプルサイズで調査・分析することによって——明らかにすれば、それぞれに潜むリスクの内容・程度を評価できるというのであった。Ausführlich *Volbert/Busse*, oben FußN. 42, S. 73 (S. 73 ff.); *Harald Richter*, Wie erleben und verarbeiten Kinder den Strafprozess?, in: *Weisser Ring* (Hrsg.), Täterrechte - Opferrechte: neue Gewichtung im Strafprozeß (1996), S. 57 (S. 58 ff.).

46) *Volbert/Busse*, oben FußN. 42, S. 73 (S. 74 f.); *Busse/Volbert*, oben FußN. 42, S. 224 (S. 229); auch *Kipper*, oben FußN. 33, S. 53 ff. 援用されている心理学の理論によれば、緊張関係 (状態)・障害の形成・発生は、——ストレス要因の性質とともに——ストレス要因に対する本人の評価・意味づけに大きく依存するという。Vgl. auch *Volbert*, oben FußN. 37, S. 149 (S. 149 f.). また、前掲注 44) に挙げた文献も参照。なお、ストレス要因によって生じた情動などは、あらためてストレス要因になりえるという。

刑事手続に起因して発生するかもしれないというくらいまでは分野を隔てずに一般に了解されていて、このような大まかな可能性が当時における認識の最大公約数であったものと考えられる⁴⁸⁾。もっとも、そうであれば、このように確固としない認識は保護の必要性を肯定するのに十分なかという疑問も生じそうである。

(3) 他方で、刑事手続のストレス要因に潜んでいるリスクに関しては、——一定の条件のもとで刑事手続のストレス要因にさらされるときは——長期間の重い障害が発生するという危険も浮かび上がっていた。この危険に関しては、複数の説明が提示されてきた。

その1つとして、とくに性暴力や児童虐待の被害者に発生する精神上の障害・緊張関係（状態）には特有のダイナミズムを見いだせるという説明がある。すなわち、性暴力や児童虐待の被害者であれば、犯罪行為によって障害・緊張関係（状態）の発生・形成にいたったという疑いが犯罪の嫌疑ゆえに認められるとき、犯罪行為に起因する障害・緊張関係（状態）は一般に深刻であ

47) *Albrecht*, oben FußN. 38, S. 3 (S. 6); *Volbert*, oben FußN. 37, S. 149 (S. 150 f.); *Busse/Volbert*, oben FußN. 43, S. 290 (S. 291 f.). 体験の言語化によって問題を克服できる可能性があるという。*Pfäfflin*, oben FußN. 38, S. 95 (S. 99); so auch *Bernd-Dieter Meier*, *Kinder als Opfer von Straftaten*, GA 1995, S. 151 (S. 154).

48) とくに子どもの被害者について、刑事手続に起因する精神上の障害が疑われることは、——第2次トラウマ化という語に依拠して理解するのか否かを別にすれば——刑事法の分野でひろく受け容れられてきた。S. insb. *Dippel*, oben FußN. 39, S. 599 (S. 607); *Jürgen Baumann et al.*, *Alternativ-Entwurf Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit (AE-ZVR): Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE)* (1996), S. 101. Vgl. auch *Günther Kaiser*, *Kriminologie* (3., neubearb. u. erw. Aufl., 1996), 97 / RdNr. 1. また、心理学の分野でも、刑事手続のストレス要因が他のストレス要因と複合して障害にいたるという可能性は、立場の違いを越えて認識されていた。S. z.B. *Busse/Volbert*, oben FußN. 42, S. 224 (S. 234 f.); *Volbert*, oben FußN. 37, S. 149 (S. 158 f.); *Köhnken*, oben FußN. 42, S. 390 (S. 390). ただし、精神医学や心理療法などの専門領域においては第2次トラウマ化の語に意義が認められていないという事実も——この語に対する批判とともに——指摘されていた。*Pfäfflin*, oben FußN. 38, S. 95 (S. 97 f.).

る⁴⁹⁾のととも、被害にともなう対人関係の変化や社会のリアクションなどの影響から障害・緊張関係（状態）が強化・硬化されているおそれもある⁵⁰⁾。そのうえで、ここに刑事手続のストレス要因が相まることによって、障害・緊張関係（状態）は著しく悪化しかねないというのである⁵¹⁾。

また、犯罪行為などに起因する障害・緊張関係（状態）の治癒・解消を刑事手続が妨げるといふ説明も提示された。すなわち、一方で、——証言の際に記憶の喚起を不用意に強いることのように——被害者を漫然と刑事手続に接させるのは、被害者の内面で障害・緊張関係（状態）の克服（Verarbeitung）に向けて営まれる精神活動を妨げてしまうのととも、他方で、刑事手続とのかかわり合いから被害者がストレス要因にさらされ続けられれば、その者に対する治療や社会復帰に向けた支援の有効性も損なわれるというのである^{52,53)}。

3. 保護の必要性についての検討

(1) ドイツにおいては、刑事手続に内在する負荷と精神上の障害との関連に関する知見をもとに、被害者・子どもなどを保護することの必要性がどのような意味で肯定できるのかという問題に対して、いかなる解答が示されたのであろうか。

49) *Kipper*, oben FußN. 33, S. 56 f.; *Swoboda*, oben FußN. 25, S. 154 f. もっとも、児童虐待の被害——とくに性的虐待の被害——を受けた子どもの場合にも、暴力をともなわないときの障害・緊張関係（状態）の深刻さは控えめに評価されている。Dazu z.B. *Kipper*, oben FußN. 33, S. 42 f.

50) *Sabine Kirchhoff*, Sexueller Mißbrauch vor Gericht Bd. 1 (1994), S. 285 f.; *Kipper*, oben FußN. 33, S. 55. So auch *Richter*, oben FußN. 45, S. 57 (S. 60).

51) *Kipper*, oben FußN. 33, S. 75 f.; *Jäger-Helleport*, oben FußN. 34, S. 72.

52) 緊張関係（状態）の形成と解消は、直面する問題の克服に本人が成功したのか否かに依存するといふ。*Albrecht*, oben FußN. 38, S. 3 (S. 15 f.)。本稿注44)も参照。

53) *Albrecht*, oben FußN. 38, S. 3 (S. 15 f.) ; vgl. auch *Kintzi*, oben FußN. 30, S. 184 (S. 186)。とくに年少の子どもにおいて、刑事手続とのかかわり合いに関する適切な知識や自身の役割に関するイメージが欠けているようであれば、そのせいで抱く不安や恐怖から非常に悪い影響が生じるといふ。*Wolf/Steller*, oben FußN. 36, S. 163 (S. 164 f.)。

そもそも、証人保護に有用な措置の新設に関する議論にあたって、刑事手続に起因する精神上的障害をとり上げなければならないものなのかという点には、疑問を差しはさむ余地がある。ほとんどの証人は、刑事手続とのかかわり合いにおいて、多かれ少なかれ、そのつどのできごとの体験に起因する緊張関係（状態）に身を置くことになる⁵⁴⁾。このような緊張関係（状態）を一過性のものであるがゆえに無視できるくらいの不利益ととらえてよいのかどうかは、1つの問題である。要するに、刑事手続とのかかわり合いによって生じる緊張関係（状態）を精神上的障害から完全に切り離れたとき、この緊張関係（状態）そのものは措置の新設に対する要請を支えるほどの不利益と認められないものなのか否かという問題である。

緊張関係（状態）そのものについては、立法事実としての意義が論じられることもある⁵⁵⁾。しかしながら、証人の権利・利益を保護するという観点から議論が展開されるとき、緊張関係（状態）そのものから開放されていることを保護すべき法益の1つと位置づけるような議論は、刑事法の学説において見あたらない⁵⁶⁾。そして、この一過性の不利益から証人を開放するために措置の新設までも必要になるものとは考えられていないのである。

(2) 権利・利益の保護⁵⁷⁾という観点から保護の根拠にアプローチして議論する過程で、保護の必要性を刑事手続に起因する精神上的障害と関連させてはじめて議論が成り立つものとするのであれば、証人保護に有用な措置の新設に

54) 証人が刑事手続とのかかわり合いにおいて緊張関係（状態）に置かれるという現実は、とくに子どもの被害者の場合に、通例のように存在するものと認められている。S. zunächst *Volbert/Busse*, oben FußN. 36, S. 139 (S. 141 ff.); *Volbert*, oben FußN. 37, S. 149 (S. 158); *Pfäfflin*, oben FußN. 38, S. 97. なお、訴訟に関与する者の在廷や証言にあたっての無配慮な対応が子どもにとって負担となることは、他国における研究の結果と一致するという。*Busse/Volbert*, oben FußN. 43, S. 290 (S. 292).

55) Z.B. *Scheumer*, oben FußN. 32, S. 45; *Maaß*, oben FußN. 27, S. 19. ただし、ここに挙げた文献は、ともに、ビデオリンク方式の証人尋問や尋問の録音・録画に関する制度が設けられたのちに、これらの制度を検証するために著されたものである。それゆえ、いずれの研究も制度のあり方について問う過程で緊張関係（状態）そのものの意義をとり上げているという点に、十分に留意しなければならないはずである。

対する要請は、刑事手続に起因して精神上の障害が発生するという可能性を前提にすえなければ生じないはずである。もっとも、刑事手続に起因する障害の可能性を基礎づけるのは、刑事手続のストレス要因である。そして、さきに述べたとおり、刑事手続上のできごとと精神上の障害との関係について経験科学の側から明確に示された知見は、刑事手続のストレス要因に障害を発生させるリスクが潜在するというのとどまるものであった。それゆえ、刑事手続に起因する障害の可能性は、証人にのしかかる負荷と精神上の障害との弱い結びつきを形容する語にすぎないようにもとらえられる⁵⁸⁾。

このような状況のもとで、刑事法の学説においては、刑事手続に起因する障害の可能性が措置の新設に対する要請を正当化できるものなのかどうかという点に関して、証人保護の意義がさらに論じられるようになった。

(3) 措置の新設に対する要請を正当化するための考え方の1つは、刑事手続

56) 証人保護法によって新設されたビデオリンク方式の証人尋問を例に挙げれば、実施するための要件——すなわち、「証人の福祉 (Wohl) に深刻な (schwerwiegend) 不利益をもたらす危険が切迫しているとき」(ドイツ刑事訴訟法第247条 a 第1文) という要件——の意味について、証人尋問の際にこうむる負荷として通常であるため甘受しなければならないような一過性の (vorübergehend) 負荷は、そもそも深刻な不利益になりえないものと解釈されている。LR, Bd. 6 Tbd. 1, § 247a RdNr. 6 [Becker]; Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung (bearb. v. Karl-Peter Julius et al., 4., völlig Neubearb. Aufl., 2009), § 247a RdNr. 4.

57) 少なくとも、精神上の障害が国家の行為を原因とするというのであれば、これが個人の基本権を侵害したものと認められることに疑いはない。この場面では、さしあたって、生命および身体の完全性を求める権利 (ドイツ基本法第2条第2項) の侵害が問題となるものと考えられる。Vgl. zunächst Peter Rieß, Strafprozeß und der Verletzte - eine Zwischenbilanz, Jura 1987, S. 281 (S. 288 f.); Weigend, oben FußN. 25, S. C20; Nelles, oben FußN. 40, S. 449 (S. 452 f.); Swoboda, oben FußN. 25, S. 32 ff.; Daniela Schmoll, Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß (1999), S. 88 f.

58) 経験科学の側では刑事手続上のできごとが障害の原因として分離されるまでにいたっていないため、証人の刑事手続とのかかわり合いに対して措置を介入させなければ精神上の障害が発生しかねないのか否かという問いに対しても、その判断が多分に推測 (Mutmaßung) の域にとどまってしまうと、長期化・重度化の可能性も含めた答えが明確に出ないことになる。Vgl. dazu Swoboda, oben FußN. 25, S. 154. なお、本稿注39) を参照。

に起因する障害の可能性が具体化しているときに限って措置を実施できるように定めるといふものである。この考え方によれば、個別の事案において障害の可能性が具体化していないときも措置の実施を許すような制度は、要請されていないものとして受容しない⁵⁹⁾。すなわち、精神上の障害が刑事手続に起因して発生するかもしれないという共通の認識に立つとはいえ、そのような一般化された可能性には重きを置かず、各々の証人における個別の事情のもとで特定のかかわり合いに起因する障害が発生するという具体性をもった判断も要求するのである。

子どもの被害者や性暴力の被害者については、長期間の重い障害を発症するまでに遷移する可能性が軽視できないため、その可能性に関する判断は慎重であることが要求される。しかしながら、同時に、ストレス要因の対処における個人差をふまえて、長期間の重い障害にいたる可能性の有無を個別に認定することも要求されるという⁶⁰⁾。また、この要求とともに、——対処の個人差につながる資質その他の事情によっては——具体化された可能性が高齢者や被害者でない子どもなどに認められるときもあるという見方に立って、「とくに傷つきやすい証人」の範囲でひろく措置の対象を設定することも推奨されたのである⁶¹⁾。

(4) 措置の新設に対する要請の正当化については、以上の考え方と異なる視点に立って正当化をこころみるものもある。この考え方は、とくに子どもの被害者に焦点をあてて説明する。すなわち、証人が子どもの被害者であるときについては、以下に述べるとおり、精神上の障害が刑事手続に起因して発生するかもしれないという認識を深刻にとらえるべきものと主張する。この主張によれば、「刑事手続によって発生する障害から児童・少年の被害者を可能な範囲で保護するという要請が正当化されるためには、そのような障害と犯罪行為や

59) Weigend, oben FußN. 25, S. C128.

60) Albrecht, oben FußN. 38, S. 3 (S. 15 f.); Weigend, oben FußN. 33, S. 1481 (S. 1490).

61) Weigend, oben FußN. 25, S. C47; Weigend, oben FußN. 33, S. 1481 (S. 1490 f.). S. ferner BT-Drs. 13 / 7165, S. 4 ff.

周囲の反応によってすでに生じた障害との間に科学が正確な境界線を引くことも、ましてや、それぞれの割合を明らかにすることも、いずれも要しない⁶²⁾」のである。

この考え方の理由づけとして、複数のものが挙げられている。第1に、とくに性暴力や児童虐待の被害者においては障害の発生をめぐる特有のダイナミズムが見いだせるという理由である。要するに、本稿のⅢ. 2. において述べたように、この種の被害者であれば緊張関係 (状態)・障害を悪化させて長期間の重い障害にいたるという危険が容易に肯定されるものと理解したのである⁶³⁾。また、第2の理由は、さまざまなストレス要因が複合して障害を発生させるというメカニズムに求められた。すなわち、このメカニズムによって立てば、——一過性の障害であれ長期間の重い障害であれ——精神上的の障害が発生しないことの予測は、発生することの予測と同じように、ほとんど正確になしえないというのである⁶⁴⁾。そして、第3に、とくに子どもの法益を保護することの重要性が理由として挙がっていた。すなわち、問題を規範の視点からながめれば、子どもの成長・発達に関連する法益の保護を優先すべきであって、それゆえ、およそ障害の可能性が認められるのであれば、もはや保護の必要性は高度なものと評価できるというのである^{65,66)}。

62) *Dippel*, oben FußN. 39, S. 599 (S. 606) .

63) S. dazu *Kintzi*, oben FußN. 30, S. 184 (S. 186); *Jäger-Helleport*, oben FußN. 34, S. 83.

64) *Jäger-Helleport*, oben FußN. 34, S. 83. S. auch *Kipper*, oben FußN. 33, S. 70 f. 刑事手続のストレス要因が多いことも理由に加えられている。

65) *Dippel*, oben FußN. 39, S. 599 (S. 606); *Bernd-Dieter Meier*, *Kinder als Zeugen im Strafverfahren*, RdJB 1996, S. 451 (S. 452); *Jäger-Helleport*, oben FußN. 34, S. 70. ただし、障害の可能性がどのくらいに認められなければならないのかという点については、それぞれの理解の差に応じて異なる余地がある。

66) さらに、「社会が子どもを特別な保護にふさわしい構成員としてとらえるのであれば、一過性の障害にも重要な意味が与えられるべきである」という見解もある。*Jäger-Helleport*, oben FußN. 34, S. 70.

4. 〈傷つく〉おそれを生むもの：さまざまなストレス要因

(1) すでに述べたとおり、ドイツにおいては、実証研究をつうじて刑事手続のストレス要因がいくつも見いだされている⁶⁷⁾。以下においては、刑事手続のストレス要因を——証人の感情・行動などにあらわれる反応とともに——個別に挙げて説明することにした。

(2) 証人としての役割および証人に対する応接の状況

そもそも、尋問や取調べは、見知らぬ人間が権威をまとって接してくるといふ特殊な環境のもとで、通常であれば明かされないようなできごとについて記憶の喚起や供述を求めるものであるから、尋問・取調べの対象となった者にある程度の緊張を強いる⁶⁸⁾。公判手続において証言をなしとげるのに相応の負荷がともなうことは、誰についても否定できない。証人に対応する機関・職員が官僚主義や無神経な態度をとるときは、さまざまな負の感情を証人に抱かせてしまう⁶⁹⁾。そのうえに、犯罪行為に対してトラウマを負っている子どもが証人であるといった場合には、この負荷が高いリスクをはらんだものとなるという⁷⁰⁾。

(3) 尋問の方法

尋問・取調べにおける不作法な質問やくり返しの質問は、質問する側が質問される者を信用していないというメッセージとなりえて、これがしばしば質問される者の自尊感情をくじくのと同時に、ときに、被害や目撃があたかも事件に関する責任の一端を担うことであつたように——すなわち、同罪(Mitschuld)であるかのように——思わせかねない⁷¹⁾。供述の信用性に関する鑑定が実施されるときも、同種のストレス要因の存在が問題となる⁷²⁾。

67) Vgl. i.V. von vielen Schriften *Kintzi*, oben FußN. 30, S. 184 (S. 185).

68) Vgl. im Zusammenhang damit *Kintzi*, oben FußN. 30, S. 184 (S. 185); *Schmoll*, oben FußN. 57, S. 55.

69) *Busse/Volbert*, oben FußN. 42, S. 224 (S. 227 f., 231); *Swoboda*, oben FußN. 25, S. 156 f. 証言のために当時の記憶を再現するという責務に対して抱き続ける不安・心配も、この負荷を重いものとする。S. dazu *Jäger-Helleport*, oben FußN. 34, S. 75.

70) *Richter*, oben FußN. 45, S. 57 (S. 59).

(4) 法に関する知識の欠如

証人の立場に置かれている者の多くは、いかなる事態が裁判所で待ち構えているのかについても、また、裁判所でその者に期待される行動が何なのかについても、確たるイメージを有しないため、大なり小なりの不安や心配を覚えるという⁷³⁾。すなわち、刑事法や刑事手続に関する知識の乏しさも、ストレス要因の1つとなる。心理学の分野では、このストレス要因は相当に強い負荷の1つとして指摘されることがある⁷⁴⁾。

(5) 公の場での証言

とくに性暴力の被害者や年少の子どもが証人であるときは、証人尋問が法廷で実施されるという点に、——ストレス要因となるような——無視できないほどの負荷の存在が認められる。すなわち、数多くの研究における指摘によれば、日常の個人生活や事件の状況・経過に関する内密性の高い体験を人前で語らせることは、しばしば、証言する者に強い羞恥心 (Schamgefühl) を覚えさせるのとともに屈辱感 (Schande) も植えつけるというのである⁷⁵⁾。

また、子どもについては、見知らぬ人々 (おとな) が多く立ち会う場で証言するという状況も大きな問題である。この状況は、子どもに強い威圧感 (Einschüchterung) を与えて畏縮させるという⁷⁶⁾。さらに、裁判所の建物あるいは法廷の構造や人員の配置も、また、裁判官の身なりや手続の作法なども、

71) *Busse/Volbert*, oben FußN. 42, S. 224 (S. 232); Vgl. auch *Denger*, oben FußN. 35, S. 48 (S. 49 f.); *Jäger-Helleport*, oben FußN. 34, S. 73.

72) Z.B. *Berndt Scholz / Johann Endres*, Aufgaben des psychologischen Sachverständigen beim Verdacht des sexuellen Kindesmissbrauchs – Befunde, Diagnostik, Begutachtung, NStZ 1995, S. 6 (S. 8 f.).

73) 本人の主観において嫌悪するできごとの見込みが高いときは、このストレス要因が強い負荷と化すという。*Volbert*, oben FußN. 37, S. 149 (S. 150).

74) *Wolf/Steller*, oben FußN. 36, S. 163 (S. 164 f., 182 ff.); *Volbert/Busse*, oben FußN. 36, S. 139 (S. 142, 162); *Busse/Volbert*, oben FußN. 43, S. 290 (S. 290).

75) *Schmoll*, oben FußN. 57, S. 57; *Jäger-Helleport*, oben FußN. 34, S. 76. マス・メディアをつうじて公開されることも負荷となるはずである。Vgl. z.B. *Swoboda*, oben FußN. 25, S. 159 f.

子どもに緊張感を強いるような独特な雰囲気であって、その心理に影響するものと指摘されている⁷⁷⁾。

(6) 被告人との対面 (Begegnung)

証人が被告人とじかに対面することは、証言の際の対面であれ証人尋問とは別の機会に対面するのであれ、ストレス要因として非常に大きな位置を占めるという⁷⁸⁾。性暴力や児童虐待を内容とした事件の場合には、被告人のほとんどが——保護者・近親者をはじめとする——証人と身近な人間であるため、この事情が両者の間に大きな緊張関係を生んで、証人に威圧感や動揺 (Verunsicherung) を与える⁷⁹⁾。また、被告人と向き合わされる証人は、しばしば嫌悪感 (Ekelgefühl) や羞恥心を覚えるのに加えて、自責の念 (Schuldgefühl) や、忠愛の念 (Loyalität) と証人という立場との板挟みから生じる葛藤のように、もともと抱いていることも多い複雑な感情を強く抱えるようになる⁸⁰⁾。

76) *Geppert*, oben FußN. 30, S. 550 (S. 550). 非公開の場合にも、子どもが多くのおとなに接しなければならないという事実は変わらずに問題となる。*Weigend*, oben FußN. 25, S. C48 f.

77) *Denger*, oben FußN. 35, S. 48 (S. 49); *Schmoll*, oben FußN. 57, S. 57 f.

78) *Volbert/Busse*, oben FußN. 42, S. 73 (S. 80); *Bettina Hartz*, Das Zeugenschutzgesetz 1998 – eine Bilanz, KJ 2006, S. 74 (S. 82); *Kipper*, oben FußN. 33, S. 76. S. ferner BT-Drs. 7 / 2526, S. 26.

79) *Volbert/Busse*, oben FußN. 42, S. 73 (S. 87); *Wolf/Steller*, oben FußN. 36, S. 163 (S. 164 f.).

80) 自責の念や葛藤について厳密に考えれば、それらの生起にかなりの程度で寄与しているのは、証人の境遇や社会のリアクションであって、これらの事情は、被告人との対面や複数回にわたる尋問・取調べなどを体験することのインパクトから切り離して位置づけられるものである。Vgl. z.B. *Volbert/Busse*, oben FußN. 42, S. 224 (S. 234); *Jäger-Helleport*, oben FußN. 34, S. 80 f.; *Schmoll*, oben FußN. 57, S. 52 f. そして、とくに被告人が証人の家族であれば、被告人に不利な証言は、近しい者に犯罪者の汚名を着せるという行動になるとともに、自身や家族を後々に困難な状況に陥れてしまうものとなる。それゆえ、不利な証言の効果について証人が自覚していればしているほどに、その者の心には証言にともなって自責の念や葛藤が強く刻み込まれるものと考えられる。Vgl. dazu *Swoboda*, oben FußN. 25, S. 156; *Denger*, oben FußN. 35, S. 48 (S. 50 f.).

(7) 複数回にわたる聴取

事件についての聴取がくり返されるという事態は、その者に強い負荷をかけるものと理解されている。複数回にわたる尋問・取調べ(Mehrfachvernehmungen)がストレス要因となることは、とくに子どもが尋問・取調べの対象となったときの問題として、刑事法や心理学の学説からも刑事司法の実務からも異口同音に表明されてきた。

複数回にわたる尋問・取調べは、それぞれに権威をまとった人間が別々の機会に同じテーマに関して聴取するということであるから、ゆえに、対象となった子どもの心を混乱・困惑させて (verwirren)、自己の信頼性に対する不信任感 (Misstrauen) を抱かせてしまう⁸¹⁾。また、頭の中で体験の再現がくり返される過程で、不安や羞恥心さらには自責の念が再発・増大することも少なくないという⁸²⁾。

ストレス要因を構成するものとしては、裁判所・裁判官による尋問や検察官・検察捜査員による尋問のほか、警察による質問・取調べや供述の信用性に関する鑑定もある。さらに、福祉機関などによる聴取も、ストレス要因を構成するものとなる⁸³⁾。

(8) 被告人の側との対決

尋問の際に被告人・弁護人が防御の戦略・戦術として対決・攻撃の姿勢をとれば、証人に対して負荷をかける場面が増えるのと同時に、それぞれの負荷

81) *Kintzi*, oben FußN. 30, S. 184 (S. 185); *Denger*, oben FußN. 35, S. 48 (S. 49 f.). Vgl. auch *Schmoll*, oben FußN. 57, S. 53. ここにいう不信任感は、質問する側に信用されていないという——「(3) 尋問の方法」のところで挙げた——メッセージを子どもが感じとった際に抱くものである。Vgl. dazu *Scholz/Endres*, oben FußN. 72, S. 6 (S. 9). なお、菱川愛「司法面接 (特集 どう関わるか——子ども虐待)」小児科臨床60巻4号 (2007年) 831頁以下 (832頁) を参照。

82) *Volbert*, oben FußN. 37, S. 149 (S. 156); *Albrecht*, oben FußN. 38, S. 3 (S. 17).

83) 複数回にわたる聴取は、子どもの被害者について古くから問題とされていたのと同時に、性犯罪の被害者についても指摘されていた。Z.B. *Dippel*, oben FußN. 39, S. 599 (S. 609); *Weigend*, oben FußN. 33, S. 1481 (S. 1495). もっとも、この問題はいくぶん誇張されて論じられているという指摘もある。*Volbert/Busse*, oben FußN. 36, S. 139 (S. 162).

の内容・程度も強くなるものと考えられている。とくに自白事件でないときは、被告人の主張や弁護人による反対尋問の内容が大きな問題となる。

被告人・弁護人は、ときに、落ち度の指摘や責任転嫁 (*Anschuldigung*) をこころみることもあれば、質問のたたみかけ (*Nachhaken*) によって証人を畏縮させることもある⁸⁴⁾。また、証言の信用性をぐらつかせるために、うそつき呼ばわりする (*Lüge bezichtigen*) ことやその他の中傷 (*Diffamierung*) のことを証人に浴びせることさえあるという⁸⁵⁾。このような主張・質問を投げつけられた証人は、屈辱感を味わうのに加えて、自責の念や無力感 (*Machtlosigkeit*) に襲われるときもある。これらの主張・質問は、とくに証人が性暴力の被害者であれば、容易にストレス要因となるという⁸⁶⁾。

(9) 刑事手続が進行する期間

刑事手続が進行する期間は、公判における尋問に応じる可能性がある者にとって、過去に体験した記憶をそのままに保持して再現にそなえるという状況から逃れられない時間になる⁸⁷⁾。また、この期間は、とくに子どもの被害者や性暴力の被害者にとって、体験した被害の消化・克服と社会復帰を果たすために無駄にできない時間であるのに、そのための治療・処遇と尋問の予定が相いれないため、治療・処遇の実施を困難にするものと指摘されている⁸⁸⁾。すなわち、被害者がこのような状況のもとで放置されるときは、この時間の経過もストレス要因の1つになるというのである。

子どもを被害者とする性的虐待の被疑事件・被告事件が対象となって実施された調査の1つによれば、捜査機関による告訴の受理から公判手続の開始ま

84) *Albrecht*, oben FußN. 38, S. 3 (S. 15 f.); *Swoboda*, oben FußN. 25, S. 160.

85) *Maaß*, oben FußN. 27, S. 23; *Dippel*, oben FußN. 39, S. 599 (S. 601).

86) *Denger*, oben FußN. 35, S. 48 (S. 49); *Volbert*, oben FußN. 37, S. 149 (S. 157).

87) このような生活に身を置くことからこうむる負荷は、実際に証人として証言したのか否かとは関係がないという。*Volbert*, oben FußN. 37, S. 149 (S. 154).

88) *Kintzi*, oben FußN. 30, S. 184 (S. 185); *Swoboda*, oben FußN. 25, S. 158. また、——このような生活に身を置いているのに——刑事手続の進展に関する情報が得られないという状況も、さらに負荷をかけるものとして指摘されている。*Swoboda*, ebenda.

でに要した時間は、平均して41週間であったという⁸⁹⁾。また、公訴を提起せずに捜査手続が終結するという場合（ドイツ刑事訴訟法第170条第2項）に関しても、手続の打切り（Einstellung）が決定されるまでには、平均11週間を要している⁹⁰⁾。心理学の分野では、この期間に被害者を放置し続ければ子どもにかかる負荷も相応に強いものとなるという指摘がある⁹¹⁾。

【付記】

本稿は、科学研究費助成事業（学術研究助成基金助成金）・基盤研究（C）（一般）「刑事手続における司法面接の有効かつ適正な利用を目的とした制度の構想」（課題番号：18K01308）による研究の成果の一部である。

（いわした・ともみつ 筑波大学法科大学院准教授）

89) この時間は、最短で5週間であったのに対して、最長では4年であった。一連の数字は、1991年に実施された調査から得られたものである。Volbert/Busse, oben FußN. 42, S. 73 (S. 77). なお、原典を確認できていない数字も挙げれば、その後に政府の委託を受けて大規模に実施された同種の研究は、14ヶ月の平均値を得たという。Zitiert von Schmoll, oben FußN. 57, S. 54 Fußnummer 21.

90) Volbert/Busse, oben FußN. 42, S. 73 (S. 77).

91) Volbert/Busse, oben FußN. 42, S. 73 (S. 86); Pfäfflin, oben FußN. 38, S. 95 (S. 97); Volbert, oben FußN. 37, S. 149 (S. 150).