

「とくに傷つきやすい (besonders sensibel/verletzlich) 証人」の保護について(2)

岩 下 雅 充

- I. はじめに
- II. 「とくに傷つきやすい証人」と証人保護 (Zeugenschutz)
 1. 証人の義務
 2. 「とくに傷つきやすい証人」の権利・利益の保護
 3. 証人保護の制度をめぐる立法の歴史
- III. 各種の制度と「とくに傷つきやすい証人」の保護
 1. 証人の地位に置かれた被害者に対する充分な配慮など (以上、本誌25号)
 2. 公判手続の非公開
 - a) 公判手続の非公開と証人保護
 - b) 規定の内容：非公開の措置について定めた条項
 - c) 規定の意義と問題——証人保護との関係で
 - d) 不服の申立て (以上本号)
 3. 質問の内容・方法における制限
 4. 被告人の退廷およびビデオリンク方式の尋問
 5. 尋問の録音・録画とその利用
 6. その他の制度
- IV. 「とくに傷つきやすい証人」の保護に関する考察
- V. おわりに

III. 各種の制度と「とくに傷つきやすい証人」の保護

2. 公判手続の非公開

a) 公判手続の非公開と証人保護

(1) 刑事事件における訴訟手続の公開については、民事事件におけるそれとあわせて、ドイツ裁判所構成法が定める⁴⁷⁾。構成法第169条第1項第1文によれば、判決裁判所 (Erkennendes Gericht) の面前における口頭弁論 (mündliche Verhandlung) は公開される (öffentlich sein)⁴⁸⁾。刑事手続においては、法第

226条以下の規定——すなわち、第2編第6章（「公判」の章）に置かれている規定——にいう公判手続（Hauptverhandlung）が公開されなければならない⁴⁹⁾。

もっとも、公判手続の公開は原則であって、法律に定められた範囲で公判手続を公開しない——すなわち、公判手続について公開の停止（Ausschluss der Öffentlichkeit）⁵⁰⁾をおこなう——という例外も設けられている。構成法第171条 a から第173条までの条項には、裁判所の権限において公判手続を非公開とするという規定がある^{51, 52, 53)}。

公開主義あるいは公開原則（Öffentlichkeitsmaxime / Grundsatz der Öffentlichkeit）が刑事手続法においてとくに重要な意義を有するということに異論はない。学説によれば、公判手続の公開に求められるのは、——司法権の

47) 「裁判所構成法を施行するための法律」(Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz – EGGVG (Gesetz vom 27. 1. 1877, RGBL. 77; BGBl. III, S. 300-1))によって、ドイツ裁判所構成法の規定は、通常裁判所（ordentliches Gericht）(構成法第12条)の裁判権とその行使に対して適用される。

48) 構成法第169条第1項第1文にいう公開とは、直接公開（Unmittelbare Öffentlichkeit）と呼ばれるものであって、法廷に所在して傍聴できるという旧来からの意味での公開である。すなわち、ここにいう公開とは、手続に関与しない者のいずれも——すなわち、特定の所属も特定の資格・身分も問わずに——傍聴人の立場で公判手続に出席する機会を有することであって、誰であれ公判手続の際に特段の困難をとまわずにその場と経過を見聞きできることであるという。S. zunächst BGH, Urt. v. 6. 10. 1976 – 3 StR 291 / 76 = NJW 1977, S. 157; auch LR, Bd. 10 (2010), RdNr. 8 Vor § 169 GVG [Wickern]; Meyer-Goßner/Schmitt 61, § 169 GVG RdNr. 3 [Schmitt]. もっとも、後掲注53)において説明するとおり、必要な限度で公開を制限することは許される。また、たとえば、傍聴のために立ち入る者に身元の証明を要求すれば公判手続の公開に制限がもたらされるかもしれないとはいえ、このような要求も、裁判所の庁舎に所在する人々の安全を確保するために必要な範囲で許されるという。BGH, a.a.O.; Roxin/Schünemann, oben FußN. 15, 47 / RdNr. 7 ff.; Berner Beulke / Sabine Swoboda, Strafprozessrecht (14., neu bearb. Aufl., 2018), RdNr. 377. これに対して、間接公開（Mittelbare Öffentlichkeit）と呼ばれるのは、中継や録音・録画を介して生の音声や映像に接することができるという意味での公開であって、メディア（マス・メディア）による中継・取材に対しての開放が問題の中核である。Z.B. Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz (verf. v. Herbert Mayer, 9., Neubearb. Aufl., 2018) (Abk.: Kissel/Mayer), § 169 GVG RdNr. 3, 52; Meyer-Goßner/Schmitt 61, § 169 GVG RdNr. 3 [Schmitt].

行使に社会全体による統制をおよぼして——司法の判断を恣意の介入や不当な影響から護るという機能の実現や、社会全体の要求として司法の運用に関する情報を得るために市民が手続にアクセスできるという機能の実現である⁵⁴⁾。そして、構成法第171条aから第173条までのそれぞれは、公開の機能の実現に

(前頁からつづき)

メディアに対しての開放は限定されている。ラジオ放送・テレビ放送をはじめとした上映・公表のための中継や録音・録画は許さないという規定(構成法第169条第1項第2文)が置かれている(ただし、特定の裁判所における裁判の告知に限って裁判所が中継や録音・録画を許可する余地はある(構成法第169条第3項))。もっとも、裁判所は、取材の自由に配慮して、一定の限度で、報道機関のために設置されているプレスルームに向けた音声の中継を許可できる(構成法第169条第1項第3文・同項第4文)。これとは別に、現代史上の意義が顕著な事件の手続であれば、学術研究や歴史資料の保存を目的とする録音の実施・保存が——厳格な要件と裁判所による監督・管理のもとで——許される(構成法第169条第2項)。なお、開廷前・閉廷後や休廷の時点で中継や録音・録画をおこなうことの許否も問題となる。この問題に関して、連邦憲法裁判所(Bundesverfassungsgericht)の判例によれば、被告人の容ぼうにモザイクをかけたうえでの撮影は、比例原則に反しない限りにおいて禁止できないという(BVerfG, Beschl. v. 19. 12. 2007 - 1 BvR 620 / 07 = NJW 2008, S. 977)。メディアに対しての開放については、憲法判例の動向やドイツ裁判所構成法の改正を紹介したうえで学説による評価などもフォローした日本の文献として、鈴木秀美「ドイツにおける裁判テレビ中継と裁判の公開——二〇一七年の裁判所構成法改正を手がかりに——」法学研究91巻1号(2018年)71頁以下がある。また、泉眞樹子「ドイツ：裁判のメディア公開拡大」外国の立法(月刊版)276-2号(2018年)10頁以下も参照。

49) *Kissel/Mayer*, § 169 GVG RdNr. 8; LR, Bd. 10, § 169 GVG RdNrn. 6 f. [*Wickern*]. ドイツ裁判所構成法は民事訴訟も適用の対象とするため、成人の刑事事件と同じように公開を原則とする。これに対して、家族裁判所(Familiengericht)における家族事件(Familiensache)のすべては、——非訟事件(Angelegenheit der freiwillige Gerichtsbarkeit)の手続とともに——訴訟手続の非公開を原則とする(構成法第170条第1項)。

50) 公開の停止を——原語に即した訳として——「公衆の排除」と呼ぶことも考えられる。もっとも、日本の裁判所法第70条における「公衆」という語が傍聴人を指していて、直接公開と間接公開を含んだ"Öffentlichkeit"の意味と一致するものでないのとともに、「排除」という語も法令や通例において用いられないので、本稿においては、公開の停止と訳している。鈴木重勝「わが国における裁判公開原則の成立過程」早稲田法学57巻3号(1981年)83頁以下(85頁注(2))も参照。なお、「Öffentlichkeit」という語を「公開性」と訳す余地がある。ヴェルナー・ボイルケ(加藤克佳=辻本典央訳)「〈翻訳〉ヴェルナー・ボイルケ著『ドイツ刑事訴訟法』(6)」近畿大学法学63巻3=4号(2015年)121頁以下(149頁以下)。

かかる利益に優越する別の利益が公判手続の公開によって害されるという場合を明文化した条項であって、いずれの例外も、対立する利益の調整にせまられた立法が所定の場合に非公開の措置をとくに許したものと考えられる^{55,56)}。

公判手続の公開は、成人の刑事事件を対象とする⁵⁷⁾。成人の刑事事件における非公開の措置について定めた条項のいくつかは、以下のとおり、証人保護に

51) 本稿においてくわしく紹介する構成法第171条bと構成法第172条のほか、構成法第171条aは、被告人を精神医療施設または禁絶治療施設（Entziehungsanstalt）に収容するのかが審判の対象となっているときの公判手続の非公開について定める。また、構成法第173条は、いかなる場合にも判決の宣告を公開の法廷でおこなわなければならないものと定め、うえて（構成法第173条第1項）、理由の告知に限って——構成法第171条bや構成法第172条を適用できるときであれば——全部または一部が非公開の対象となりえる（können）という規定も置いている（構成法第173条第2項）。

52) ドイツ裁判所構成法は、公判手続の公開を停止するという決定を下すための手続についても定める。すなわち、構成法第174条第1項第1文のもとで、公開・非公開の決定に向けた審理を——請求に応じて、または、職権によって——公開せずにおこなわなければならない（zu verhandeln sein）のに対して、構成法第174条第1項第2文によれば、非公開の決定は公開の法廷で告知しなければならない（müssen）のであって、公開の法廷でおこなえば「公判廷の秩序に重大な（erheblich）支障を生ずるおそれがあると認められるとき」に限って告知の非公開も許されるということになっている。これに加えて、非公開の決定が構成法第171条bから第173条までの規定にもとづいたものであれば、裁判所は、決定の告知とともに公開を停止することの理由も示さなければならない（anzugeben sein）（構成法第174条第1項第3文）。

53) 特定の者の立入りや退出などをコントロールできることについても、ドイツ裁判所構成法が定める。すなわち、構成法第175条が明文で定めるところによれば、未成年の者や裁判所の品位にそぐわない振る舞いの者などに対して裁判長が公開の法廷に立ち入ることを禁止できるとともに、裁判所は、非公開の場合にも特定の者に対して——とくに刑事事件であれば被害者に対して——立ち入ることを個別に許可できる。これらの措置に加えて、構成法第177条によれば、法廷の秩序を維持するために発せられた命令にしたがわない者については、この者を退去させることや24時間の限度で留置することが裁判所・裁判長の権限にゆだねられているから、それぞれの措置が公開・非公開の状態を実現するために用いられるという場合も想定できる（このほかの措置が必要であれば、裁判長が構成法第176条にもとづいた法廷警察権（Sitzungspolizeigewalt）の行使として措置を命じることになる）。なお、以上の措置を実現するために用いられる強制の手段については、構成法第178条および第179条が定める。

関する規定と理解されている。

(2) 証人保護に関する規定と理解されているものの中核は、構成法第 171 条 b 第 1 項である⁵⁴⁾。同項第 1 文によれば、「訴訟関係人 (Prozessbeteiligte)、証人又は刑罰法令に触れる違法な行為 (刑法第 11 条第 1 項第 5 号) により害を被った者の個人の生活領域 (persönlicher Lebensbereich) に由来する事情が審理

54) とくに刑事事件における公開の意義について、現在の学説は、1 つ目の機能に重点を置く立場 (z.B. *Roxin/Schünemann*, oben FußN. 15, 47 / RdNr. 1; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK* (hrsg. v. Rolf Hannich, 8., Neubearb. Aufl., 2019) (Abk.: KK 8), § 169 GVG RdNr. 2 [*Diemer*]; *Klaus Ferdinand Gärditz*, *Verfahrensöffentlichkeit im Strafprozess*, in: *Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag* (hrsg. v. Carl-Friedrich Stuckenberg u. Klaus Ferdinand Gärditz, 2015), S. 439 (S. 470 f., 481)) と、2 つ目の機能が中核であって 1 つ目の意義はいまや薄れているものと理解する立場 (z.B. *Beulke/Swoboda*, oben FußN. 48, RdNr. 376; *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 169 GVG RdNr. 1 [*Schmitt*]; *Martin Heger*, *Der Grundsatz der Öffentlichkeit im deutschen Strafverfahren*, in: *Festschrift für Berner Beulke zum 70. Geburtstag* (hrsg. v. Christian Fahl et al., 2015), S. 759 (S. 761 f.)) に、それぞれ分類できる。一方で、前者の立場からは、——実体法や手続法の適用のいかんを市民に知らせることや刑事司法を活性化させることが 2 つ目の機能の内容となるというのであれば——判決の内容をおおやけにするだけで通常は機能が実現されるのであって、また、2 つ目の機能の本質も公判手続の全体を公開するための十分な理由にならないものと論じられる。他方で、後者の立場からは、いまや法廷の傍聴による公開と比せばマス・メディアによる公開に大きな意義があつて、伝えられた情報の共有が刑事司法に対する有効な統制にもつながるものと説明される。もっとも、過剰な公開はナチス・ドイツの経験にてらして適切でないという指摘もある (*Kleinknecht/Müller/Reitberger*, *Kommentar zur Strafprozessordnung* (ab der 81. Lieferung hrsg. v. Bernd von Heintschel-Heinegg u. Jan Bockemühl) (Abk.: KMR), RdNrn. 118, 120 Vor § 226 [32 Lfg. (5. 2002): *Eschelbach*]; *Heike Jung*, *Öffentlichkeit – Niedergang eines Verfahrensgrundsatzes ?*, in: *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann* (hrsg. v. Hans Joachim Hirsch, 1986), S. 891 (S. 893))。また、——それぞれの機能に加えて——治安の状況に対する市民の肯定感が確保されるという機能を公判手続の公開に見出す立場もある (Vgl. zu dieser Meinung LR, Bd. 10, RdNr. 5 Vor § 169 GVG [*Wickern*])。ドイツの学説については、*Nikolaus Bosch*, *Opferbezogene Medienöffentlichkeit – Gebot oder Einschränkung des Öffentlichkeitsgrundsatzes ?*, JA 2016, S. 45 (S. 46 f.); *Katrin Gierhake*, *Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren*, JZ 2013, S. 1030 (S. 1032 f.) や笹倉・後掲注 56) 「～(1)」314–316 頁も参照。

で取り扱われる場合」に、この審理を公開すれば保護に値する利益が侵害されるものと認められるときは、公判手続の非公開を決定できる(können)。ただし、同項第2文によれば、「当該事情の公開の討論(öffentliche Erörterung)に係る利益が優越するときは、この限りでない」。なお、一方で、適用の対象となる者——すなわち、同項第1文に定められた者——のいずれかが非公開を請求したとき、同項に定められた適用の要件が存在するのであれば、裁判所は決定を下して非公開としなければならない(構成法第171条b第3項)のとともに、他方で、適用の対象となる者のすべてが非公開に対して異議を唱えたときは、非公開が許されないという法効果を生じさせるものと定められている(構成法第171条b第4項)⁵⁹⁾。

55) 公開主義ないし公開原則は、——ドイツ基本法が公判手続の公開について明文で定めていないため——憲法規範としてドイツ基本法から導かれる規範でない。もっとも、連邦憲法裁判所の判例によれば、裁判所の組織と作用について定める法は「法治国家原理(Rechtsstaatsprinzip)の構成要素」であるのとともに「民主主義社会における一般公開主義(allgemeines Öffentlichkeitsprinzip)」に沿うべきものであるから、憲法に由来する要請のもとで、法律における明文の定めによって公判手続の公開を制限できるのにとどまるという。BVerfG, Urt. v. 24. 1. 2001 – 1 BvR 2623 / 95 u. a. = NJW 2001, S. 1633. また、公判手続の非公開に関するドイツ裁判所構成法の規定といわゆる欧州人権条約(Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – EMRK)との関係について説明を加えれば、ドイツ裁判所構成法の規定は欧州人権条約第6条第1項第2文と調和するという説明がある。SSW, § 171b GVG RdNr. 1 u. § 172 GVG RdNr. 1 [Quentin]. もっとも、両者の関係に対する理解をもとに、欧州人権条約第6条第1項第2文はドイツ裁判所構成法の規定に変更をせまるものでないという説明もなされる。Kissel/Mayer, § 169 GVG RdNr. 82 ff.; SK-StPO, Bd. 9 (2013), RdNr. 6 Vor § 169 GVG, 16 [Velten].

56) ドイツの刑事手続法における公開原則と公判手続の非公開にくわしく立ち入った日本の文献として、笹倉香奈「刑事裁判の公開原則と被告人のプライバシーの権利(1)」一橋法学6巻1号(2007年)295頁以下および同「～(2・完)」一橋法学6巻2号(2007年)216頁以下がある(とくに被告人を適用の対象とした公開の停止に関して論じられている)。

57) 成人の刑事事件に対して、少年の刑事事件については、ドイツ少年裁判所法の規定が特別法と位置づけられるため(ドイツ少年裁判所法第2条を参照)、公判手続のすべてが——すなわち、審理に加えて判決・決定の宣告も——非公開となる(ドイツ少年裁判所法第48条第1項)。ただし、年長少年の被告人または成人の被告人と併合して審理されるときは、審判が非公開とならないこともある(ドイツ少年裁判所法第48条第3項)。

「とくに傷つきやすい (besonders sensibel/verletzlich) 証人」の保護について (2)

さらに、公判手続の非公開について子どもに対する別段の処遇をおこなうための規定も設けられている。ここにいう別段の処遇をおこなうための特別な定

58) 構成法第171条bは、以下のとおりである。

第171条b (人格権を保護するための公開の停止)

- ① ¹訴訟関係人 (Prozessbeteiligte)、証人又は刑罰法令に触れる違法な行為 (刑法第11条第1項第5号) により害を被った者の個人の生活領域 (persönlicher Lebensbereich) に由来する事情が審理で取り扱われる場合には、この事情を公開の討論 (öffentliche Erörterung) に付することにより保護に値する利益が侵害を受けると認められるときに限り、公判手続の公開を停止することができる (können)。²ただし、当該事情の公開の討論に係る利益が優越するときは、この限りでない。³決定に当たっては、児童又は少年 (Kinder und Jugendliche) に対し公判手続の公開に伴う特別な負荷 (besondere Belastungen) を負わせることが考慮されなければならない (zu berücksichtigen sein)。⁴児童又は少年の時に犯罪により害を被った者であって成年に達したもの (volljährige Personen) についても、同様とする (Entsprechendes gelten)。
- ② ¹性的自己決定に対する罪 (刑法第174条から第184条jまで) 若しくは生命に対する罪 (刑法第211条から第222条まで) に係る事件の手続、保護を命じられた者による虐待 (刑法第225条) の事件の手続又は人身の自由に対する刑法第232条から第233条aまでの罪に係る事件の手続において、18歳未満の証人を尋問するときは、このときに限り (soweit)、公判手続の公開を停止しなければならない (sollen)。²第1項第4文の規定は、第1文の場合にこれを準用する。
- ③ ¹第1項又は前項に規定する事由がある場合において、当該生活領域に係る者のいずれかから公開の停止の請求があるときは、公判手続の公開を停止しなければならない (auszuschließen sein)。²前項に掲げる罪の事件の手続における最終弁論 (Schlussantrag) については、第1項若しくは前項に規定する事由又は第172条第4号に規定する事由により公判手続がその一部又は全部の公開を停止して行われた場合には、請求がないときであっても、公開を停止しなければならない (auszuschließen sein)。
- ④ 第1項及び第2項の規定にかかわらず、当該生活領域に係る者が公開を停止することに異議を述べたときは、公判手続の公開を停止することができない (nicht dürfen)。
- ⑤ 第1項から第4項までの規定による裁判に対しては、不服を申し立てることはできない (unanfechtbar)。

59) 非公開の請求と非公開に対する異議のそれぞれについての条項は、1986年の被害者保護法による同条の新設にあたって定められたものである。ただし、非公開の請求があるときも構成法第171条b第1項または同条第2項に「規定する事由がある場合」に限って非公開としなければならないのであるから、非公開の請求を内容とする規定は、公判手続を公開されないという権利までも認めたものでない。Kissel/Mayer, § 169 GVG RdNrn. 19 f.

めとしては、以下の3つが挙げられる。

構成法第172条は、その各号に列挙された場合に裁判所が公判手続の非公開を決定できる（können）ものと定めていて⁶⁰⁾、同条第4号に「18歳未満の者（Person unter 18 Jahren）」に対する尋問の場合を挙げている（以下では、「非公開にかかる子どもの処遇②」または本稿のⅢ. 2. において「子どもの処遇②」という）。

また、構成法第171条b第1項にもとづいた措置によって保護を受ける者——すなわち、適用の対象となる者としての「訴訟関係人、証人又は刑罰法令に触れる違法な行為（刑法第11条第1項第5号）により害を被った者」——が子どもであるときや被害当時子どもであるときは、この者に対する配慮が要請される。すなわち、構成法第171条b第1項第3文および同項第4文は、公判手続の公開によって子どもや被害当時子どもがこうむる負荷の特別さに注意して、これを考慮しなければならない（zu berücksichtigen sein）ものと明文で定める（以下では、「非公開にかかる子どもの処遇③」または本稿のⅢ. 2. において「子どもの処遇③」という）。

さらに、性犯罪や虐待をはじめとした特定の犯罪類型の事件における子どもの証人については、特別な類型の証人としての処遇が予定されている。すなわち、構成法第171条b第2項によれば、同項に列挙された事件の手続においては、子どもや被害当時子どもに対する尋問を非公開としなければならない（sollen）

60) 構成法第172条は、以下のとおりである。

第172条（公開の停止）

裁判所は、次に掲げるときは、公判手続の全部又は一部を停止することができる。

- 一 国の安全、公の秩序又は道徳を害するおそれがあると認めるとき。
- 一 a 証人若しくは他の者の生命、身体又は自由を害するおそれがあると認めるとき。
- 二 重要な営業秘密、企業秘密、発明に係る秘密又は納税に係る秘密が審理で取り扱われる場合に、これを公開の討論に付することにより、保護に値する利益であって優越するもの（überwiegende Interesse）が侵害を受けると認めるとき。
- 三 個人の秘密（privates Geheimnis）であって、証人又は鑑定人が権限を有しなければその者による開示が刑罰法令に触れるものについて、これを公開の討論に付するとき。
- 四 18歳未満の者（Person unter 18 Jahren）が尋問を受けるとき。

(以下では、「非公開にかかる子どもの処遇^㉔」または本稿のⅢ. 2. において「子どもの処遇^㉔」という)。

b) 規定の内容：非公開の措置について定めた条項の内容

(1) 構成法第 171 条 b 第 1 項が非公開の措置をつうじて保護するのは、同項にいう「個人の生活領域 (persönlicher Lebensbereich)」に由来する事情をおおやけにされないという利益である。そして、適用の対象となる者は同項に挙げられた者に限定されるというのが一般の理解である⁶¹⁾。

「個人の生活領域」の意味は、法第 68 条 a 第 1 項にも用いられている同じ語と違いがないという理解のもとで⁶²⁾、「私的領域 (Privatsphäre)」の語に相当するものと一般に考えられている⁶³⁾。構成法第 171 条 b 第 1 項にもとづいた公判手続の非公開は、「私的領域」に基礎を置いた個人の人格 (権) が保護に値する——すなわち、ここに人格 (権) の保護⁶⁴⁾という利益が認められる⁶⁵⁾——という理解に立ったうえで、この利益と公判手続の公開による利益との衡量を定めたものと考えられている^{66,67)}。

「個人の生活領域」に由来する事情の顕出を理由とした規定は、もともと、構成法第 172 条の一部——すなわち、旧第 172 条第 2 号に定められた事由の 1 つ——をなしていた。旧第 172 条第 2 号は、子どもの処遇^㉔について定めた構成法第 172 条第 4 号とともに、1974 年の法律によって新設された。このうちの旧第 172 条第 2 号の規定を根拠づけたのは、女性の証人などがしばしば法廷において「もっぱらプライベートなことがらの経過 (intime Vorgänge)」を明ら

61) 刑事事件については、ここにいう「訴訟関係人」の典型として、被告人のほか、私人訴追人 (Privatkläger) や訴訟参加人 (Nebenkläger) が挙げられる。また、付帯私訴手続 (Adhäsionsverfahren) の申立人や、没収 (Erziehung) にかかる利害関係人 (Nebenbeteiligte) (法第 424 条・法第 438 条を参照) なども、——これらの者が自然人であれば——ここにいう「訴訟関係人」に該当する。SSW, § 171b GVG RdNr. 3 [Quentin]; Meyer-Goßner/Schmitt 61, § 171b GVG RdNr. 3 [Schmitt]. S. auch LR, Bd. 10, § 171b GVG RdNr. 4 [Wickern].

62) BT-Drs. 10 / 5305, S. 8, 22; KK 8, § 171b GVG RdNr. 3 [Diemer]; Meyer-Goßner/Schmitt 61, § 171b GVG RdNr. 3 [Schmitt].

かにしなければならないという問題に対処することの必要であった⁶⁸⁾。

その後規定が大きく変貌したのは、1986年の被害者保護法においてである。すなわち、この規定は、被害者保護法の制定の際に、第171条bという独

63) 「個人の生活領域」とは、人間の尊厳と個性の実現を至高の価値とする国家が市民のために保障しなければならない領域であって、この領域に含まれるのは、通常であれば社会生活と関係しないため臆せず自身でおおやけに知らせることがありえないような事実であるという。*Peter Rieß / Hans Hilger, Das neue Strafverfahrensrecht – Opferschutzgesetz und Strafverfahrensänderungsgesetz Teil 1, NSTZ 1987, S. 145 (S. 150)*. このような理解が学説において支配的な地位を有している。S. z.B. KK 8, § 171b GVG RdNr. 3 [Diemer]; LR, Bd. 10, § 171b GVG RdNr. 5 [Wickern]; Meyer-Göbner/Schmitt 61, § 68a RdNr. 4 [Schmitt], § 171b GVG RdNr. 3 [Schmitt]; SSW, § 171b GVG RdNr. 2 [Quentin], § 68a RdNr. 3 [Franke]. もっとも、支配的見解に対しては、語に含まれる事項が広範に過ぎるという批判にもとづいて、「内密領域 (Intimsphäre)」およびこれに密接に関連する領域に限られるものとする立場もある。SK-StPO, Bd. 1, § 68a RdNr. 27 ff. [Rogall]; SK-StPO, Bd. 9, § 171b GVG RdNr. 6 [Velten]. このように「内密領域」などに限定する見解は、公判手続の公開による利益の意義を重視するのと同時に、「個人の生活領域」に含まれる事項なのか否かという点が不明確であることも問題として指摘する。*Bernd Schünemann, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NSTZ 1986, S. 193 (S. 199)*; SK-StPO, Bd. 9, § 171b GVG RdNr. 6 [Velten].

64) 人格(権)の保護は、みずからの人格の自由な発展を求める権利(ドイツ基本法第2条第1項)によって根拠づけられるものと理解される。すなわち、ドイツ基本法第2条第1項に根拠をもつ『『一般的』人格権というものもまた、不確定な数の『特別な』人格権から成り立っている』のであって、「四〇年間の民事裁判と三〇年間の憲法裁判とによって、一般的人格権という屋根の下に集められた特別な人格権が、ただちに、一貫した原理の具体化であると認められるわけではない」とはいえ、——社会の変化にともなう人格の保護の欠缺を補充するために——人間の尊厳と発展の自由との連関に着目して解釈すれば、これらとの連関から、保護されなければ自由な人格を発揮しえないような領域が導き出せるというのである(ディーター・グリム(上村都訳)「憲法における人格の保護」名域法学51巻1号(2001年)117頁以下(118-123頁))。Vgl. zum Persönlichkeitsschutz im Strafverfahren insbesondere *Walter Odersky, Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung nach dem Opferschutzgesetz*, in: *Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes* (hrsg. v. Otto Friedrich Freiherr von Gamm, Peter Raisch u. Klaus Tiedemann, 1988), S. 325 (S. 325); *Swoboda*, FußN. 22, S. 31 f.; *Oliver Kipper, Schutz kindlicher Opferzeugen im Strafverfahren* (2001), S. 86 f.; SK-StPO, Bd. 1, RdNr. 99 ff. Vor § 48 [Rogall].

立した条項の新設によって、旧第172条第2号からまるごと移されることになった。そして、構成法第171条bの規定は、条項としての独立の際に、すべての被害者が適用の対象となるように改められた⁶⁹⁾のとともに、適用の要件が緩和されることによって、人格(権)の保護に力点を置くという姿勢に転化したのである^{70,71)}。なお、適用の要件にかかる明文の定めは、2013年の法律による改正の際に条文の整序のためにおこなわれた文言の編集を経て、現在にいたっている。

(2) 構成法第171条b第1項にもとづいた裁判所の決定は、同項に定められた適用の要件にしたがって、利益の衡量をもとに下されなければならない。公判手続を非公開とするのか否かについて裁判所が判断する段階では、そのつどに予想される討論の内容が私的領域の中核に向けて食い込んでいけばいくほどに、また、マス・メディアを経由した伝播の危険が個々の状況に応じて大き

65) 適用の対象となる者の人格(権)が保護に値する利益であるから、公衆の羞恥感情は考慮されない。この場合には公序良俗の問題として構成法第172条第1号の適用が検討の対象となる。LR, Bd. 10, § 172 GVG RdNr. 30 [*Wickern*]; SSW, § 171b GVG RdNr. 5 [*Quentin*].

66) Dazu *Roxin/Schünemann*, oben FußN. 15, 47 / RdNr. 10; SSW, § 171b GVG RdNr. 5 [*Quentin*]; *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 169 GVG RdNr. 1, 5 [*Schmitt*]. 田口・前掲注27) 231頁も参照。

67) なお、構成法第172条第3号は、証人または鑑定人が——権限を有しないときであれば刑罰法令に触れる漏示となるような——「個人の秘密 (privates Geheimnis)」を開示するという場合にも、裁判所の決定による公判手続の非公開を許している。同号の規定は、刑法の規定によって保護される「個人の秘密」をおおやけにしないために、これに必要な範囲で一定の状況を類型化したものであって、適用の対象となる者を限定しないのとともに、構成法第171条bのような適用の要件としての衡量も予定していない。Dazu z.B. LR, Bd. 10, § 172 GVG RdNr. 30 [*Wickern*].

68) BT-Drs. 7 / 550, S. 320 f. 旧第172条第2号の新設を提案した連邦政府の説明によれば、社会裁判所 (Sozialgericht) において審判の公開を停止するというドイツ社会裁判所法 (Sozialgerichtsgesetz: SGG) の当時の規定 (社会裁判所法第61条第1項第2文) が参考になったという。BT-Drs. 7 / 550, S. 321.

69) 旧第172条第2号に定められていた「個人の生活領域」は、「訴訟関係人及び証人」だけを適用の対象とするものであった。これに対して、構成法第171条bは、訴訟参加の主体にも証人にもなっていない被害者も保護できるように適用の対象を拡大したのである。

くなればなるほどに、人格（権）の保護の必要性も高く見積もられるから、相応に公開主義の要請は後退せざるをえないものと評価される⁷²⁾。もっとも、「保護に値する利益」に對置される利益——すなわち、「公開の討論に係る利益」——の重要性も、事件が喚起するセンセーション・議論の大きさや、訴訟

70) 構成法第171条bの新設を提案した連邦政府の説明によれば、新設の理由は、「個人の生活領域」に由来する事情が以前と比べて訴訟で多くもち出されるような時代になったのとともに、マス・メディアの存在感もとみに大きくなったため、報道による私生活の暴露などの問題を深刻に受けとめることが必要であるという点にあった。BT-Drs. 10 / 5305, S. 22. 当時の学説のすう勢は、適用の対象となる者や適用の要件が同条の新設によって拡大・緩和されるまでの数年のうちに、公判手続の非公開による人格（権）の保護にいっそうの重きを置くという方向に傾いていったのとともに、同じ時期に、法曹や“白い環（Weißer Ring）”などの団体も、とくに被害者の保護を手厚くすることに向けて、立法に対するはたらきかけを強めていた。S. dazu *Weigend*, oben FußN. 3, S. C51 f.; *Reinhard Böttcher*, Der Schutz der Persönlichkeit des Zeugen im Strafverfahren, in: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 70. Geburtstag (hrsg. v. Karl Heinz Gössel u. Hans Kaufmann, 1985), S. 25 (S. 41 ff.); LR, Bd. 10, § 171b GVG RdNr. 2 [*Wickern*]. なお、連邦政府の説明においては、性的自己決定に対する罪の被害を受けた女性が適用の対象として念頭に置かれていた。BT-Drs. 10 / 5305, S. 8. S. auch SK-StPO, Bd. 1, § 68a RdNr. 12 [*Rogall*].

71) 旧第172条第2号が適用の要件として定めていたのは、「個人の生活領域」に由来する事情を「公開の討論に付することにより、保護に値する利益であって優越するもの（überwiegende Interesse）が侵害を受けると認められるとき」であった。この要件のもとでは、人格（権）の保護が公判手続の公開による利益の確保に優先するときに限って非公開の措置を実施できた。しかしながら、被害者保護法は、この要件を「公開の討論に係る利益が優越しないときに限り（soweit nicht überwiegen）」という文言に変更して、利益の衡量に関する基準の変更をはかったのである。BT-Drs. 10 / 5305, S. 22, 30 f.; BT-Drs. 10 / 6124, S. 16 f.; *Thomas Weigend*, Das Opferschutzgesetz – kleine Schritte zu welchem Ziel?, NJW 1987, S. 1170 (S. 1172). 被害者保護法の制定による基準の変更については、田口・前掲注27) 231頁やヘルマン（只木）・前掲注8) 118頁も参照。実務の現場では、人格（権）の保護と公判手続の公開による利益の確保との対立において優劣をつけがたいという状況がひんばんに生じていたところ（*Jung*, oben FußN. 54, S. 891 (S. 893); *Peter Rieß*, Strafprozeß und der Verletzte – eine Zwischenbilanz, Jura 1987, S. 281 (S. 289)), 被害者保護法による改正の結果として、優劣をつけがたいときも非公開の決定が下せるようになった。なお、構成法第172条第2号は、旧第172条第2号の文言から「個人の生活領域に由来する事情」が削除されたことのほかには何らの変更も加えられずに、現在にいたっている。

手続の結末に対する社会の評価との関係で「公開の討論」が有する意義の大きさによって、相応に高いものとなりえる⁷³⁾。このように、事案ごとにそれぞれの利益の大小を明らかにしたうえで衡量することが裁判所に要求されている⁷⁴⁾。

構成法第171条b第1項に定められた適用の要件が存在するとき、同条第3項にいう請求も同条第4項にいう異議も提起されていなければ、非公開の決定は裁判所の職権によるもの (von Amt wegen) となつて、非公開の決定を下すのか否かが裁判所の判断にゆだねられる。この判断は、義務にかなった裁量 (pflichtmäßiges Ermessen) の行使であつて、非公開とするのか否かやどこまでの範囲で非公開とするのかといった点で自由な選択をおこなえるような権限が裁判所に与えられるものでない⁷⁵⁾。

裁判所の決定にしたがつて非公開となる手続の範囲は、構成法第171条b第1項に定められた適用の要件が存在する限りにおいて設定できるものと考えられている。すなわち、証人に対する尋問の手続のほかに、鑑定に関する手続や公判廷の内外で実施される検証の手続などについても、「個人の生活領域」に

72) *Theodor Kleinknecht*, Schutz der Persönlichkeit des Angeklgten durch Ausschluss der Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung, in: Festschrift für Erich Schmidt-Leichner zum 65. Geburtstag (hrsg. v. Rainer Hamm u. Walter Matzke, 1977), S. 111 (S. 114); *Kissel/Mayer*, § 171b GVG RdNr. 11; *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 171b GVG RdNr. 5 [*Schmitt*].

73) *Kleinknecht*, oben FußN. 72, S. 111 (S. 114); *Kissel/Mayer*, § 171b GVG RdNr. 11; LR, Bd. 10, § 171b GVG RdNr. 15 [*Wickern*].

74) 公判手続の非公開が争点となった判例でないとはいえ、衡量の観点や手法に関する参考例として、ときに、連邦憲法裁判所の判決 (BVerfG, Urt. v. 5. 6. 1973 - 1 BvR 536 / 72 = NJW 1973, S. 1227) —いわゆるレーバッハ事件 (Lebach-Fall) の判決—が挙げられる (z.B. *Kissel/Mayer*, § 171b GVG RdNr. 6; KK 8, § 171b GVG RdNr. 3 [*Diemer*])。この判決によれば、司法の運用に関する情報の獲得という利益と関連づけられた報道の自由は、人格 (権) の保護と対立するとき、事案ごとの両者の衡量をつうじて限界づけられるものと位置づけられなければならない。

75) LR, Bd. 10, § 171b GVG RdNr. 20 [*Wickern*]; *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung* (hrsg. v. Björn Gercke et al., 6., Neubearb. u. erw. Aufl., 2019) (Abk.: HK-StPO), § 171b GVG RdNr. 8 [*Schmidt*]. 効果裁量の一種であるから、「保護に値する利益」が重みを増せば増すほどに、相応に裁量を行使する余地も狭まるものと考えられる。

由来する事情が顕出するものと見込まれるときは、この手続を非公開とすることができ⁷⁶⁾。また、連邦通常裁判所（Bundesgerichtshof）の判例によれば、証拠調べの全体において「個人の生活領域」に由来する事情をとり扱うことが予測されるときは、非公開とする手続の範囲が証拠調べに費やされる期日のすべてにおよぶ余地も肯定できるという⁷⁷⁾。さらには、起訴状の朗読⁷⁸⁾から——構成法第173条第2項にもとづいて——判決の宣告における理由の告知まで非公開とする余地もあるというのである⁷⁹⁾。

(3) 構成法第171条bの規定が構成法第172条から独立したのに対して、子どもの処遇^⑧について定めた構成法第172条第4号は、第2次被害者権利改革法によって当初の「16歳未満の者」から「18歳未満の者」に対象が拡大された⁸⁰⁾という点をのぞけば、1974年の法律による新設から変わらずに現在にいたっている。この規定は、子どもの証人に対する尋問の場合という定型化された状況を適用の要件としたものである。

構成法第172条第4号の規定は、1974年の法律を提案した連邦政府の説明によれば、子どもゆえにその心理に強く影響するような要素が公開の法廷における証人の環境に存在するため、この要素の除去を可能としたことにあるとい

76) BGH, Urt. v. 17. 12. 1987 - 4 StR 614 / 87 = NStZ 1988, 190.

77) BGH, Urt. v. 23. 2. 1989 - 4 StR 29 / 89 = NStZ 1989, S. 483 = StV 1990, S. 9 m. Anm. v. *Monika Frommel*. この事案は、強制わいせつなどの複数の行為が強制性交と行為単一性 (Tateinheit) の関係にあるというものであった。

78) 連邦通常裁判所の判例によれば、起訴状の朗読も非公開とすることが許されるという。BGH, Urt. v. 21. 6. 2012 - 4 StR 623 / 11 = NJW 2012, S. 3113 = StV 2012, S. 712. S. auch LR, Bd. 10, § 172 GVG RdNr. 39 [*Wickern*].

79) *Kissel/Mayer*, § 171b GVG RdNr. 16; KK 8, § 171b GVG RdNr. 5 [*Diemer*].

80) 政権党の会派が年齢の引き上げを提案するうえで示した説明によれば、一方で、とくに性犯罪の被害を受けた少年の場合には、16歳以上の者についても保護の必要性が16歳未満の者と変わらないほどに認められるのであって、被害者にのしかかる負荷の度合いから考えれば16歳の境界線には合理性がないのととも、他方で、こどもの権利条約第1条や欧州連合基本権憲章をはじめとするEUの制定法と調和させることも求められているから、第2次被害者権利改革法による改正の機会に年齢の引き上げをおこなうのが現下の要請にかなっているというのであった。BT-Drs. 16 / 12098, S. 10, 41 f.

う⁸¹⁾。すなわち、子どもの処遇^④の制度は、公開された法廷で証言に臨む子どもの状況に着目して、このときの子どもの証人⁸²⁾にのしかかる負荷を回避・除去するために設けられたものである。それゆえ、構成法第172条第4号は、——裁判官・参審員や弁護人をはじめとした見知らぬ人々（おとな）に接しなければならないことが問題としてなお残るとはいえ——証人が公衆の耳目にさらされる苦しみから逃れられるという限りにおいて、⑤<公の場での証言>にともなう負荷の回避・除去を目的とした規定と位置づけられる⁸³⁾。

もっとも、構成法第172条第4号に関しては、⑤の回避・除去に加えて、しばしば、異質な——すなわち、子どもの権利・利益に対する侵害に目を向けるものでない——視点から措置の意義が論じられている。同号を新設するまで

81) 構成法第172条第4号は、出廷したうえで多数の傍聴人 (zahlreiche Zuhörer) の前で証言することが成熟度の低さゆえに多くの子どもにとって重い負荷の要素となりえるという知見をふまえて、スウェーデン法を模範とした処遇が実現できるような規定に仕立てられた (BT-Drs. 7 / 550, S. 321)。もっとも、当初の法案においては、14歳未満の者が適用の対象となっていた (Art. 20 Nr. 7 vom Entwurf eines EGStGB: BT-Drs. 7 / 550, S. 55)。ところが、公聴会における研究者の意見などを皮切りに、その後の審議の過程で適用の対象がたびたび議論の俎上にのぼるようになって、対象を14歳未満とすることの是非が検討されたすえに、まずはこれを16歳未満に引き上げるという結論で固まったのである。この引き上げの理由として、——連邦議会 (Bundestag) による付託のもとで法案に対する調査をおこなった刑法改革特別委員会 (Sonderausschusses für die Strafrechtsreform) から——「公判手続の公開が子どもの証人の心にのしかかる特別な負荷となることは、もはや疑いを差しはさみえないのであって、個々の事案で有害な結果を招来する余地も排斥できない」という説明が示されていた (BT-Drs. 7 / 1261, S. 35)。また、公衆の面前で尋問すれば「真実を語ることの実行性や心がまえ (Fähigkeit und Bereitschaft, die Wahrheit zu sagen) に悪い影響がおよぶおそれは、14歳未満の児童と同じように、14歳以上の少年において認められる」という理由も提示された (BT-Drs. 7 / 1261, S. 35)。

82) 構成法第172条第4号の文言に示されていないとはいえ、同号の対象は証人として尋問を受ける子どもに限られる——すなわち、被告人 (Angeklagte) となっている子どもを含まない——ものと理解されている。その理由として、14歳未満の者を対象としていた当初の法案の趣旨が挙げられる。LR, Bd. 10, § 172 GVG RdNr. 34 [Wickern]。

83) 「とくに傷つきやすい証人」の保護に関する規定とは別に、「危険にさらされている証人」の保護に関する規定として、構成法第172条第1号aが設けられている。この規定は、1992年の組織犯罪対策法によって新設されたものである。

の過程では、新設の理由に関連して、公開の法廷でなければ証人が躊躇せずに真実に沿って証言できるようになるという見解も示されていた⁸⁴⁾。学説においては、この見解を引用・参照して、同号の規定が真実発見（Wahrheitsfindung）にも資するものととらえられている⁸⁵⁾。このようにとらえる学説の一部は、さらにすすんで、真実発見を確保することも同号の目的であるという見解に立つ⁸⁶⁾。

構成法第172条によれば、それぞれの号に定められた適用の要件が存在するとき、職権の発動による非公開の決定を下すのか否かについては——義務にかなった裁量の行使として——裁判所の判断にゆだねられる⁸⁷⁾。また、同条第4号を適用するときであれば、非公開となる手続の範囲は、原則として尋問を実施する間に限られるとはいえ、尋問そのものに直接に関連する手続や尋問そのものから派生する手続⁸⁸⁾にも範囲を拡大できるものと考えられている。もっとも、少なくとも同条第4号にもとづいた措置に限れば、事件の審理を全体にわたって非公開とするようなことは同号が予定していないはずである⁸⁹⁾。

84) 前掲注81)において紹介した連邦政府の説明は、年齢を引き上げることの理由に言及しただけで、公開の法廷に置かれた証人が証言に躊躇するという見方を前提としていた。

85) *Kissel/Mayer*, § 172 GVG RdNr. 51; SSW, § 172 GVG RdNr. 19 [*Quentin*]; KK 8, § 172 GVG RdNr. 10 [*Diemer*]; HK-StPO, § 172 GVG RdNr. 11 [*Schmidt*]. Ferner *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 172 GVG RdNr. 14 [*Schmitt*]; *Kipper*, oben FußN. 64, S. 98. 公衆の面前とくにメディアの前では証人が「不快な途を避ける」あるいは「できごとをきれいにみせる（とり繕う）」という傾向をもって、事案の解明をあやうくするという。*Hans Dahn, Zum Persönlichkeitsschutz des "Verletzten" als Zeuge im Strafprozeß*, NJW 1984, S. 1921 (S. 1925).

86) LR, Bd. 10, § 172 GVG RdNr. 33 [*Wickern*].

87) もっとも、同条第4号については、裁量の行使のあり方をめぐる見解の対立がある。一方では、子どもの証人にのしかかる負荷の程度——すなわち、事件の性質や子どもの発達状況に応じた負荷の大きさ——とともに、予定される証言が事案の解明にとってどれほどの重要性を有するののかという点や、証言から生じる社会の反響が証人の成長・発達を妨げる事情となりえるのか否かという点も勘案したうえで、職権の発動を要するほどの事案であるのかどうかについて判断すべきものと論じられる (LR, Bd. 10, § 172 GVG RdNr. 35 [*Wickern*]; *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 172 GVG RdNr. 14 [*Schmitt*])。他方で、立法によって定型化された要件の意味に注目した見解のもとでは、——およそ18歳未満の証人に対する尋問の場合であれば——証言の内容も事件の性質も考慮せずに非公開とすることが許されるという (*Kissel/Mayer*, § 172 GVG RdNr. 53)。

(4) 近年になって、子どもに対する別段の処遇が構成法第 171 条 b に盛り込まれた。すなわち、同条第 1 項に第 3 文と第 4 文が挿入されて、子どもの処遇⑥が明文化されたのと同時に、子どもの処遇⑦については、あたらしい同条第 2 項の挿入をもって規定が設けられたのである。いずれの条項も、2013 年の法律による改正をつうじて新設されたものである。

子どもの処遇⑥がおこなわれるのは、裁判所が構成法第 171 条 b 第 1 項にもとづいた措置を実施するのか否かについて判断するときである。すなわち、同項第 3 文によれば、「個人の生活領域」に由来する事情が子どものものであるときは、公判手続を非公開とするのか否かの判断において、公判手続の公開にともなう「特別な負荷 (besondere Belastungen)」が考慮されなければならない (zu berücksichtigen sein)。また、この規定は、同項第 4 文によって、被害当時子どもにも準用される。子どもの処遇⑥について定めた同項第 3 文の意義は、連邦政府の説明によれば、同項第 1 文と第 2 文に定められた衡量が子どもの特性も考え合わせておこなわれなければならないという要請を法律に記して明確化したことにある⁹⁰⁾。

また、子どもの処遇⑦について定めた構成法第 171 条 b 第 2 項第 1 文によれば、「性的自己決定に対する罪 (刑法第 174 条から第 184 条 j まで) 若しくは生命に対する罪 (刑法第 211 条から第 222 条まで) に係る事件の手続、保護を命じられた者による虐待 (刑法第 225 条) の事件の手続又は人身の自由に対する刑法第 232 条から第 233 条 a までの罪に係る事件の手続において、18 歳未満の証人を尋問するときは、このときに限り」、非公開の決定が下されなければならない (sollen)。同項第 2 文は「第 1 項第 4 文の規定……を準用する」ものと定めるので、被害当時子どもの証人に対しても子どもの処遇⑦がおこなわれる。

88) たとえば、被告人を退廷させて実施した尋問の主旨について被告人に告げるための手続 (法第 247 条第 4 文) も——構成法第 172 条第 4 号にもとづいて——公開せずにおこなえるという判例がある。BGH, Beschl. v. 25. 1. 1994 - 5 StR 508 / 93 = NStZ 1994, S. 354.

89) S. näher, LR, Bd. 10, § 172 GVG RdNr. 39 [Wickern].

90) BT-Drs. 17 / 6261, S. 14.

なお、同項が適用の対象となる事件として列挙する犯罪は、法第255条a第2項に列挙されたものと同じである。

2013年の法律の制定に向けた作業の過程では、子どもの処遇⑥の制度だけが準備されていたところ、特定の犯罪類型の事件において複数回の聴取による有害な結果から保護するための措置を最大限に強化しなければ不十分であるという意見が出たため、子どもの処遇⑦の制度も法案に追加されることになった⁹¹⁾。性犯罪や虐待をはじめとした特定の犯罪類型の事件において複数回にわたる聴取の問題に最大限に対処するというねらいは、構成法第171条b第2項の意義を決定づけるものとなった。すなわち、立法の経緯をふまえて示された連邦政府の説明によれば、同項に列挙された事件の場合に、以前になされた裁判官尋問の録音・録画の記録を公判において再生するという措置（法第255条a第2項）が実施できないとき——要するに、公判において子どもの証人に対する尋問を実施することが必要となるとき——は、裁判所が次善の策となる子どもの処遇⑧をおこなわなければならないのである⁹²⁾。

c) 規定の意義と問題——証人保護との関係で

(1) 以上においては、非公開の措置について定めた条項のそれぞれの内容をつまびらかにしてきた。以下においては、証人保護という視点から、それぞれ

91) 連邦議会における審議の過程で、連邦政府は、子どもの処遇⑥の制度が創設されるだけにとどまるのであれば改正の目的にかなわない不十分な立法であるという勧告を法務委員会(第6委員会)から受けて、法案の修正を要するものと認めたため、勧告における鑑定意見(Sachverständigenbegutachtung)に沿った内容の制度——すなわち、選択肢の1つとして提示されていた子どもの処遇⑦の制度——をあらたに法案に盛り込んだのである。Protokoll des BT-Rechtsausschuss, Nr. 64; BT-Plenarprotokoll, 17 / 228, S. 28472C-28472D; vgl. zur Referentenentwurf *Ulrich Eisenberg*, Referentenentwurf des BMJ “Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG)”, HRRS 2010, S. 64 (S. 66 f.); *Folker Bittmann*, Referententwurf für ein Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG), ZRP 2011, S. 72 (S. 73). なお、勧告においては、ドイツ少年裁判所法第48条第1項と同じ保護を子どもに与えるために——子どもの処遇⑧のような——あらたな制度が必要であるという意見も示されていた。

の規定の意義と問題を明らかにしておきたい。それぞれの規定の關係に着目した解釈をつうじて規定の意義と問題にアプローチするためには、構成法第171条b第1項を軸として検討することが有用と考えられる。

構成法第171条b第1項は、証人とならない被害者や訴訟關係人の保護も予定する。適用の対象となる者のバラエティという点で、同項の意義が証人保護そのものに認められるわけではない。また、同項の淵源は被害者の保護を本旨とするものでもなかった。もっとも、1986年の被害者保護法による改正のすえに、同項に与えられた役割において被害者の保護が一定のウエイトを占めることになったのは否定できない⁹³⁾。そして、とくに被害者証人との關係では、事件の性質・内容や証人自身の特性さらには手続の状況などから考えれば、その「個人の生活領域に由来する事情……を公開の討論に付すること」の不利益が通常と異なるほどの質量に転化するというケースも、多かれ少なかれ存在するであろう。それゆえ、これらの者が適用の対象となるときは、同項のほんらいの目的が——証人にのしかかる負荷の回避・除去にあるのでなくて——①<本質的にプライベートなことがらの暴露>からの保護にあるということをつまえたうえで、被害者証人としての特別な状況をどのように考慮してどこまでの手続の範囲で⁹⁴⁾非公開とすれば権利・利益の適切な保護につながるのかが思量されるべきであろう。

適用の要件については、対立する利益——すなわち、「個人の生活領域に由来する事情」との關係で背中合わせになる「公開の討論に係る利益」と「保護

92) BT-Drs 17 / 12735, S. 17. So auch *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 171b GVG RdNr. 7 [*Schmitt*]; LR, Bd. 12 (2014), Nachtr. § 171b GVG RdNr. 8 [*Krauß*]. なお、法第255条aによって尋問の録音・録画の記録が再生されるときも、構成法第171条b第1項にもとづいた措置を実施することは許される。

93) 構成法第171条b第1項は被害者を保護するために重要な (wesentlich) 規定であるという評価も見受けられる。*Kissel/Mayer*, § 171b GVG RdNr. 2.

94) 一般論としてであれば、非公開の措置を実施するのかどうかの決定にあたって、出廷の予定があるのか否かは問われない。また、措置を実施する段階では、適用の対象となる者が在廷しているのか否かも問われるものでない。*Kissel/Mayer*, § 171b GVG RdNr. 2.

に値する利益」——を事案ごとに衡量することが予定されている。もっとも、衡量を裁判所による個別の判断にゆだねるという制度の設計に関しては、検討を要する問題がある。

(2) まずもって、衡量の観点に立ち入った検討が必要であろう。刑事手続法における公開主義の価値を重視する立場によれば、公判手続の非公開については、その例外としての位置づけが強調されるため、公判手続の非公開に関する規定を慎重に運用することが求められる⁹⁵⁾。これに対して、——マス・メディアの発達や情報社会の進展によって——個人の生活にもたらされるようになった影響の変化をふまえれば公開のあり方のとらえ直しも避けられないものと理解する立場から、公判手続の非公開に関する規定の適用をもはや旧来の運用のように抑制すべきではないという主張が展開されている^{96,97)}。このような立場の違いに応じて判断の内容や過程に違いが生じるようであれば、同種の事案にあって裁判所による衡量の結果が異なるといった事態もしばしば発生することであろう。たとえば、非公開となる手続の範囲をめぐるっては、立場の違いから同種の事案で大きく異なる結論に達することがしばしば起こるという可能性も否定できない⁹⁸⁾。

証人保護——とりわけ被害者証人の保護——との関連では、衡量の要素についても検討の余地がある。検討の対象は、構成法第171条b第1項を構成法第172条第4号と比較すれば浮き彫りになる。子どもの処遇④について定める構成法第172条第4号は、⑤<公の場での証言>にともなう負荷の回避・除去を目的とするのとともに、学説において、真実発見にも資するもの——あるいは、同号の目的の1つになるもの——と考えられている。ひるがえって、構成法第

95) *Kissel/Mayer*, § 171b GVG RdNr. 6; SK-StPO, Bd. 9, § 171b GVG RdNr. 2 ff. u. RdNr. 18 Vor 169 GVG [Velten].

96) KMR, RdNr. 120 Vor § 226 [32 Lfg. (5. 2002): *Eschelbach*]; *Jung*, oben FußN. 54, S. 891 (S. 908 f.).

97) 発達・拡大したマス・メディアによって社会に広範かつセンセーショナルに報道される時代になったことが非公開の重要度に変化をもたらしたという認識については、前掲注70)を参照。

171条b第1項に目を向ければ、子どもの処遇^㉔と同じ目的ないしはたらきは、同項の前身である旧第172条第2号の新設から現在の規定にいたるまでの間に、立法の過程にも、また、判例・学説における判断・議論にも、いずれにも規定の意義として顔を出すことがなかった⁹⁹⁾。もともと、⑤の回避・除去による証人の平穏や真実発見の促進を法律上の保護に値するものと理解するのであれば、裁判所はこれらも構成法第171条b第1項にいう「保護に値する利益」として衡量の要素と位置づけたうえで——尋問そのものや尋問に関連する手続の公開・非公開にかかる判断の際に——加味しなければならないという結論になりそうである。しかしながら、この結論は、これまでに明確に意識されてこなかったはずであって、同項の適用に関する解釈に再考をせまるような帰着であるのと同時に、適用の対象となる者が子どもの証人であるという場合に構成法第172条第4号の適用との区別をあいまいにするようにも思われるため、さらなる検討を要するものであろう。従来議論をふまれば、この問題は構成法第171条b第1項の解釈から一義に決着しえないように思われる^{100,101)}。また、この問題は、職権を発動しない裁判所に対して証人の側から非公開の請求がなされたときや、成人の被害者が証人となっているような場合に、裁判所がどのように対応すべきなのかという点に影響する。

この問題をとくに法律の解釈において複雑化させるのは、子どもの処遇^㉔と子どもの処遇^㉕の制度がともに構成法第171条bに盛り込まれたという事実で

98) 一方で、非公開となる手続の範囲を判例が拡大してきたことに対しては、安易に措置を実施するような傾向が疑われるという批判もある (SK-StPO, Bd. 9, § 171b GVG RdNr. 11 [Velten])。他方で、「個人の生活領域」に由来する事情が審理でとり上げられるのかどうかについての予測は困難をともなうことから、一定の限度で非公開の範囲をゆるやかに設定できるという見解もある (S. dazu Reinhard Böttcher, Das neue Opferschutzgesetz, JR 1987, S. 133 (S. 144))。

99) そもそも、⑤の回避・除去は、適用の対象となる者が在廷を要するときでなければ措置の目的となりえないのと同時に、——人格(権)を保護するために「個人の生活領域」に由来する事情の顕出が予測される範囲でひろく非公開の状態にしようという——ほんらいの目的とも異質なものであるから、構成法第171条b第1項にもとづいた措置の正当性を基礎づける目的ないしはたらきとして想定されなかったはずである。

ある¹⁰²⁾。前者すなわち同条第1項第3文は、「とくに傷つきやすい証人」の保護も念頭に置いた規定である。また、後者すなわち同条第2項の規定がもっぱら「とくに傷つきやすい証人」の保護を目的とするのは明らかである。これらの規定と同条第1項第1文・第2文との関係について、以下のように検討の対象をさらにおし拡げなければならない。

(3) 子どもの処遇⑥について定めた構成法第171条b第1項第3文は、公開にともなう特別な負荷が子どもにのしかかることも考慮して公開・非公開の決定を下すように裁判所に要求する。それゆえ、同項は、少なくとも、⑤の回避・除去によって保護される子どもの証人の利益も衡量の要素に組み入れるという要請を内容とするように読める¹⁰³⁾。また、この読み方のもとで、さらにすすんで、同項第3文の新設は衡量に関する従来からの要請を明文化したのにすぎないという解釈¹⁰⁴⁾に立脚するのであれば、——適用の対象となる者が子どもであれ成人の被害者などであれ——およそ同項にもとづいた裁判所の決定にあたって、⑤の回避・除去からもたらされる証人の利益を衡量の要素と位置づけたうえで判断することがつねに裁判所の責務となるはずである。

100) ——非公開の措置を実施すれば——公開の法廷で証言することから生じる負担が回避できるのと同時に証言の抑制にはたらく事情も排除しえるので、この限りにおいて、構成法第171条b第1項にもとづいた措置は、⑤の回避・除去という事実上の効果を併有するのとともに、ときに真実発見の促進にもかなうはずである。それゆえ、プライベートなことがらに関連した尋問が見込まれるとき、同項にもとづいた措置によって尋問の手続を非公開とするのか否かという判断にせまられた裁判所の念頭には、しばしば、⑤の回避・除去による証人の保護や真実発見の促進も衡量の要素にとり入れて決定を下すことの可否が思い浮かぶはずである。

101) 構成法第171条b第1項に定められた適用の要件が存在するときであって、職権の発動による非公開の決定を下すのか否かという判断の段階に達したのであれば、構成法第172条第4号の適用と同じように、⑤の回避・除去による証人の保護や真実発見の促進を勘案することが許されるのかもしれない。もっとも、この段階で勘案することと適用の要件について判断する段階で衡量の要素とすることは別論であろう。

102) SSW, § 171b GVG RdNr. 1 [Quentin].

103) LR, Bd. 12, Nachtr. § 171b GVG RdNr. 5 [Krauß]. So auch BT-Drs. 17 / 6261, S. 14.

104) LR, Bd. 12, Nachtr. § 171b GVG RdNr. 5 [Krauß].

もっとも、構成法第171条b第1項に関する以上の解釈にしたがうのであれば、——対立する利益の衡量において異質な要素を追加するため——裁判所による個別の判断を難解にしてしまうという批判¹⁰⁵⁾は、無視できないように思われる。また、——くわしい考察を本稿のIV. にゆずることにして、要点だけに簡単に言及すれば、以前から——そのつどの衡量という手法のあやうさについて指摘されてきたところ¹⁰⁶⁾、以上の解釈のもとでは、「保護に値する利益」の意義をめぐる疑問が一段と深刻化する可能性も否定できないであろう¹⁰⁷⁾。

構成法第171条b第1項の解釈に関しては、衡量の観点という側面にも、また、衡量の要素という側面にも、いずれにも問題を見いだすことができる。これらの問題に対する解決のありようは、規定の運用に影響を与えて、多かれ少なかれ、措置の性質ひいては規定の意義そのものを決定づけるように思われる。

(4) これに対して、子どもの処遇^③に関する構成法第171条b第2項の規定は、確定的に記述された事項の認定を事案ごとの衡量に代えて要求するものであるから、この限りにおいて同条第1項のような個別の判断を予定していない。同条第2項については、立法による衡量の結果を明確な要件に具体化した規定ととらえることができるはずであって¹⁰⁸⁾、この意味で、事案ごとの衡量にまつわる問題が解決されている¹⁰⁹⁾。

しかしながら、同条第2項を適用するための要件については、かならずしも明確に画定できない。一方で、同条第2項の適用は「個人の生活領域」に由来する事情の顕出が予測されるとき——すなわち、同条第2項に定められた要件とともに同条第1項に定められた要件も充たすとき——に限られるという解釈

105) *Kissel/Mayer*, § 171b GVG RdNr. 11a.

106) SK-StPO, Bd. 9, § 171b GVG RdNr, 7 [*Velten*].

107) 構成法第171条bとして独立する前の旧172条第2号が新設されるまでの過程では、刑法改革特別委員会から、「個人の生活領域に由来する事情」の射程が法律要件として非常に広汎なものであるという点に疑念を投げかけられた。しかしながら、結論として、——人格（権）の保護が公判手続の公開による利益の確保に優先するときに限って非公開の措置を実施できるという規定のもとでは——適用の妨げにならないものと判断されたのである。BT-Drs. 7 / 1261, S. 34 f. S. ferner *Kleinknecht*, oben FußN. 72, S. 111 (S. 114 f.).

が提示されている。この解釈によれば、同条第2項の文言からただちに読みとれないとはいえ、条項の位置や保護の必要性にてらして考えれば、同条第2項の規定を同条第1項から独立したものと読むべきでないというのである¹¹⁰⁾。他方で、「個人の生活領域」に由来する事情の顕出は同条第2項を適用するための要件とならないという解釈も十分にありえる¹¹¹⁾。このように解釈が分かれうるのは、立法の過程で同条第2項の目的ないしはたらきについて十分に説明されなかったということや、ほんらいの目的を異にする規定が同じ構成法第171条bにならべて置かれたということに起因すると思われる。

いずれであれ、構成法第171条b第2項の解釈に関しては、適用の要件に不十分な点を残しているものと考えられる。この点については、構成法第171条b第1項の解釈に関する問題とともに、本稿のIV.において考察することにしたい。

d) 不服の申立て

(1) 裁判所が公判手続の公開について定めた法令に違反して非公開としたとき——すなわち、「許容されない公開制限 (unzulässige Beschränkung der Öffentlichkeit) ないし「狭すぎる公開 (“zu enge” Öffentlichkeit)」と一般に呼ばれる事案のとき——や、裁判所が法令に違反して非公開としなかったとき——す

108) 子どもの処遇③に関する構成法第171条b第2項について、——構成法第172条第4号と同じように——⑤の回避・除去と真実発見の促進がともに同項の目的ないしはたらきを形成しているという見解もある。LR, Bd. 12, Nachtr. § 171b GVG RdNr. 8 [Krauß].

109) なお、構成法第171条b第2項の新設にいたる立法の過程でドイツ少年裁判所法第48条第1項の規定が援用されたことについて、前掲注91) を参照。

110) 構成法第171条b第2項の新設を根拠づけた保護の必要性との関係で、本質的にプライベートなことがらに関連した尋問を受けない子どもには同項の適用による保護が予定されていないという解釈の理由について、つぎのように説明されている。すなわち、同項は、「停止しなければならぬ」ものと定めていて、子どもの処遇④に関する構成法第172条第4号と段違いなほどの強力な保護を実現するための規定となっているから、保護の必要性が相応に高度な場合に適用される規定でなければならないというのである。Kissel/Mayer, § 171b GVG RdNr. 13.

111) S. in dieser Richtung LR, Bd. 12, Nachtr. § 171b GVG RdNr. 5, 8 [Krauß].

なわち、「許容されない公開拡大 (unzulässige Erweiterung der Öffentlichkeit)」ないし「広すぎる公開 (“zu weite” Öffentlichkeit)」と一般に呼ばれる事案のとき——は¹¹²⁾、上訴によって是正を求めるという訴訟手続が考え浮かぶ。しかしながら、構成法第 171 条 b にもとづいた裁判所の決定に対しては、不服を申し立てることが許されない (構成法第 171 条 b 第 5 項)。そもそも、「判決裁判所が判決前にした裁判に対しては、抗告 (Beschwerde) をすることはできない」(法第 305 条第 1 文) ため、決定そのものに対する不服の申立てが許されていない¹¹³⁾。これとは別に、構成法第 171 条 b 第 5 項は、裁判所の決定が上告審による審査も免れるという法効果を明らかにしている。同項がこの法効果を有するのは、同項の存在によって、「判決前にした裁判」の瑕疵を判決とあわせて審査できるという権限 (法第 336 条第 1 文) が否定されてしまうからである (法第 336 条第 2 文)¹¹⁴⁾。とくに、公判手続の公開については、「手続の公開に関する規定に違反した口頭弁論に基づいて判決をしたとき」が絶対的上告理由 (Absoluter Revisionsgrund) とされていて (法第 338 条第 6 号)、これを理由とした上告にも構成法第 171 条 b 第 5 項の法効果がおよぶため、同項の存在は際立つものとなっている。

もっとも、構成法第 171 条 b 第 5 項の規定が上告審による審査との関係でどのような意義を有するのかについては、さらなる分析を要する。同項の文言か

112) このような——二分された法令違反のそれぞれにあてた——呼称は、判例においても学説においても好んで用いられてきた。Z.B. BGH, Urt. v. 2. 7. 1969 - 4 StR 226 / 69 = NJW 1969, S. 2107 = JZ 1970, S. 35 m. Anm. v. Eberhard Schmidt, Peter Rieß, Zeugenschutz durch Änderung des § 338 Nr. 6 StPO ?, in: Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag (hrsg. v. Christian Broda, 1985), S. 969 (S. 971).

113) 抗告には裁判の執行を停止させる効力が原則として認められない (法第 307 条第 1 項) のとともに、停止の効力あるいは執行の延期 (法第 307 条第 2 項) を是認すれば——しばしば複数名になる「証人、鑑定人その他の者」からの抗告の可能性 (法第 304 条第 2 項) と相まって——訴訟の遅延が避けられないため、立法によって抗告の申立てを公開・非公開との関係で許すことは、適用の対象となる者にとって有益でないというだけでなく、訴訟の進行にとって有害でもあるという。BT-Drs. 10 / 5305, S. 24. So auch LR, Bd. 10, § 171b VVG RdNr. 25 [Wickern].

らは、そもそも公判手続の非公開に関して上告審による審査の余地をいっさい否定するという趣旨の規定であるのかどうかも、ただちに判明するものでない。上訴の制限という点で同項と同じ内容の規定が——のちに紹介・分析するとおり——証人保護を可能とする種々の制度のうちに散見されることから、さしあたって同項の趣旨をつまびらかにすることは、この種の規定に対する理解を深めるために有益であろう。

(2) 構成法第171条b第5項の前身である旧第171条b第3項の新設を提案した連邦政府の説明によれば、この規定の法効果としては、「職権による決定であれ請求による決定であれ、また、非公開の決定を下すのであれ公開の請求を却下するのであれ、……裁判に対する不服の申立てが許されない」ということであった¹¹⁵⁾。このように上告を許さないことの理由については、被害者の保護の実効性を高めるために要求されるという説明が連邦政府から提示されていた。すなわち、上告審によって破棄される可能性があれば、破棄の可能性を念頭に置いた裁判所が非公開の決定に躊躇してしまうものと考えられるので、このような状況では、とりわけ被害者を保護するために用意された非公開の措置が積極的に用いられるようにならないというのであった¹¹⁶⁾。

新設の理由として示された以上の説明には、いくつかの論拠があった。1つ目に、法第338条第6号に定められた絶対的上告理由の存在は非公開の決定を妨げているという指摘が投げかけられたため、この指摘をふまえての改正が必要となったことである。すなわち、「許容されない公開制限」の事案と違って「許容されない公開拡大」の事案であれば絶対的上告理由を構成しえないという「上

114) 構成法第171条bにもとづいた裁判所の決定に「手続に関する法令の違反」(法第344条第2項)が認められるという指摘をもって上告することは許されないのであるから、職権による真実の探求を裁判所に義務づけた法第244条第2項に違反するという指摘——たとえば、非公開の状態で尋問していれば証人が証言拒否権を行使せずに証言していたはずであるという指摘——も許されない。BGH, Beschl. v. 10. 10. 1995 - 3 StR 467 / 95 = NStZ 1996, S. 243; auch BGH, Beschl. v. 31. 8. 1999 - 1 StR 410 / 99; KK 8, § 171b GVG RdNr. 7 [Diemer]; KMR, RdNr. 133 Vor § 226 [32 Lfg. (5. 2002): Eschelbach].

115) BT-Drs. 10 / 5305, S. 24.

告理由のアシメトリー (Asymmetrie)」が連邦通常裁判所の判例のもとで形成されている¹¹⁷⁾ので、事実審の側は——破棄に直結する「許容されない公開制限」の事案と判断されることをつよく忌避して——非公開の措置をとるのに消極的・抑制的になるものと指摘されたのである¹¹⁸⁾。2つ目に、そもそも、上告審が判決を破棄したうえで事実審にふたたび審理させることは——破棄される前に個人の生活領域に由来する事情が公開の討論を経てすでにおおやけにされているから——「許容されない公開拡大」の事案について人格 (権) の保護に役立つ方策となりえないところ、かといって、「許容されない公開制限」の事案だけに上告審による審査がおよぶような制度をつくれば、まさに1つ目と同じ問題が生じてしまうから、このような制度の設計も「今回の改正が第一の目的とする被害者の保護にそぐわない結果をもたらす」というのであった¹¹⁹⁾。

116) BT-Drs. 10 / 5305, S. 24 f. S. auch *Rieß*, oben FußN. 71, S. 281 (S. 289) .

117) すでに確立した判例である。BGH, Urt. v. 2. 7. 1969 - 4 StR 226 / 69 = NJW 1969, S. 2107 = JZ 1970, S. 35; BGH, Urt. v. 21. 11. 1969 - 3 StR 249 / 68 = NJW 1970, S. 523; BGH, Beschl. v. 12. 11. 2015 - 2 StR 311 / 15 = NSStZ 2016, S. 180 m. Anm. v. *Olaf Arnoldi* = StV 2016, S. 788; ferner BGH, Urt. v. 17. 2. 1989 - 2 StR 402 / 88 = NJW 1989, S. 1741. 従前の学説においても判例を支持する見解が大勢であった。S. zunächst *Eberhard Schmidt*, Anm. m. BGH Urt., JZ 1970, S. 35 (S. 35 f.); *Ellen Schlüchter*, Das Strafverfahren (2., überarb. u. erg. Aufl., 1983), RdNr. 738.2. 「上告理由のアシメトリー」は、ライヒ裁判所 (Reichsgericht) によって示された判断が淵源であるという。Dazu *Rieß*, oben FußN. 112, S. 969 (S. 976); *Hans Kudlich*, Der Öffentlichkeitsgrundsatz im Strafprozeß, JA 2000, S. 970 (S. 974) .

118) 事実審の側にとっては、相対的上告理由 (Relativer Revisionsgrund) (法第337条) にとどまって破棄に直結しない「許容されない公開拡大」と判断されるほうが「まし」なものと考えるため、「許容されない公開制限」を忌避するようになるという。このことは、すでに構成法第172条の適用について指摘されていた。そのため、忌避の傾向は旧第171条 b 第3項の新設によって解消できるものと考えられたのである。 *Odersky*, oben FußN. 64, S. 325 (S. 326); *Böttcher*, oben FußN. 70, S. 25 (S. 41 ff.) . 構成法第171条 b の新設までにこの問題に言及した文献が問題の原因に関してさまざまな見解を示していたとはいえ、裁判所が旧第172条第2号にもとづいた非公開の決定を下すことに消極的・抑制的であったという点では、当時の議論において評価が一致していたという。 *Reinhard Böttcher*, Zur Ausschluß der Öffentlichkeit nach § 172 Nr. 2 GVG, DRiZ 1984, S. 17 (S. 17); *Odersky*, a.a.O., S. 326 f. u. FußN. 9.

連邦政府による提案は、上告審に対するアクセスの制限がはたして適切なのかという疑問を生じさせるものであった。もっとも、旧第171条b第3項の新設をもって上告審による審査の余地が完全に閉ざされるものとは、当時から考えられていなかった。同項のインパクトに直面した学説の多数は、「第1項及び第2項の規定による裁判に対しては」不服が申し立てられないという——もっぱら構成法第171条bに向けられた——文言をとらえて、構成法第174条などの適用に瑕疵を見いだせるのであれば上告が許されるものと論じていた¹²⁰⁾。また、連邦政府の説明も、上告審による統制のはたらきに一定の喪失がもたらされるという影響に目を向けたうえで、旧第171条b第3項の存在によって統制のはたらきが大きく減退するような結果にはならないものにとらえていた。すなわち、この説明においては、「構成法第172条から第175条までの適用に瑕疵があるのか否かという点の審査」を制約しないことも明言されていて¹²¹⁾、学説から示された解釈に沿うような見解が表明されたのである。

(3) 1986年の被害者保護法の成立をもって連邦政府による提案のとおりに設けられた規定は、その後2013年の法律による条項そのものの移置があったため、構成法第171条b第5項となって現在にいたっている。そして、この規定の解釈・適用をめぐるのは、現在までに連邦通常裁判所の判断が数多く示されて、判例が規定の内容を具体化することになったのである。

連邦通常裁判所は、構成法第171条b第5項および旧第171条b第3項の機

119) BT-Drs. 10 / 5305, S. 24.

120) たとえば、裁判所の決定における理由の不備や非公開の状態でなされた決定の告知を例に挙げたうえで、いずれの例も構成法第174条の規定に違反するものであって構成法第171条bの適用そのものと関連しないから上告は許されるといった説明が示された。Peter Rieß / Hans Hilger, Das neue Strafverfahrensrecht – Opferschutzgesetz und Strafverfahrensänderungsgesetz Teil 2, NStZ 1987, S. 204 (S. 208); vgl. auch Schlüchter, oben FußN. 117, RdNrn. 738.2 f. 構成法第174条の違反という理由であれば上告審による審査の余地を肯定できるものと考えるのは、学説の大勢であったようである。Vgl. dazu Claus Roxin, Strafrechtliche und prozessuale Probleme der Vorverurteilung, NStZ 1991, S. 153 (S. 155); Monika Frommel, Anm. v. BGH Urt., StV 1990, S. 10 (S. 11).

能について、たびたび、公開・非公開の決定に対する実体的審査 (inhaltliche Überprüfung)——すなわち、構成法第171条b第1項または同条第2項に定められた適用の要件が個々の事案で存在したのか否かという点の審査——を否定するものと判示してきた¹²²⁾。すなわち、構成法第171条bにもとづいた裁判所の決定が衡量にかかる判断の誤りをもとに成り立っていたからといって、これを指摘して上告理由とすることは許されないのと同時に、衡量にかかる判断の誤りに起因した法令違反が審査されることもありえないというのである¹²³⁾。そして、このような実体的審査の否定は、裁判所の決定によって非公開の措置がとられたときにとどまらない。すなわち、裁判所が構成法第171条bの適用をおよそ否定して非公開としないときや、非公開の請求があったという場合に非公開の対象となる手続を請求と比べて狭い範囲に限定したときも、上告審がその適否を審査する余地はないものと考えられている¹²⁴⁾。要するに、個々の事案で裁判所が構成法第171条bを適用したことまたは同条を適用しなかったことについて¹²⁵⁾、この適用・不適用にかかる判断の当否が問われるのであれ

121) BT-Drs. 10 / 5305, S. 25. すなわち、連邦政府によれば、「法案は、人格 (権) の保護を最適化するために、あえて、上告をつうじた統制の可能性に若干の喪失 (geringfügiger Verlust) が生じるという結果も受け容れたのである。構成法第172条から第175条までの適用に瑕疵があるのか否かという点の審査をこれまでと変わらずにおこなうことによって、公開主義にかかる是正の機能を損なわないように維持させるのであるから、結論の受け容れは一段と容易になるであろう」。

122) BGH, Urt. v. 21. 2. 1989 - 1 StR 786 / 88 = StV 1990, S. 10 m. Anm. v. *Monika Frommel*; BGH, Beschl. v. 19. 12. 2006 - 1 StR 268 / 06 = NJW 2007, S. 709; BGH, Urt. v. 21. 6. 2012 - 4 StR 623 / 11 = NJW 2012, S. 3113 = StV 2012, S. 712; BGH, Beschl. v. 12. 11. 2015 - 2 StR 311 / 15 = NStZ 2016, S. 180 = StV 2016, S. 788.

123) BGH, Urt. v. 2. 12. 2003 - 1 StR 102 / 03 = NJW 2004, S. 865. これまでに判例が具体例として挙げたのは、公開・非公開となる手続において「個人の生活領域」に由来する事情の顕出があるのかどうかという予測 (Prognose) の当否を審査の対象としないことである (BGH, Beschl. v. 19. 12. 2006 - 1 StR 268 / 06 = NJW 2007, S. 709)。なお、連邦社会裁判所 (Bundessozialgericht) の判例によれば、非公開の請求があるからといって、衡量にかかる判断の誤りを指摘した上告が許されるものにはならないという。BSG, Beschl. v. 16. 1. 2007, B 5 R 96 / 06 B = SGB 2007, S. 564.

ば¹²⁶⁾、このときの法令違反は上告審による審査に服さないというのである。

これに対して、連邦通常裁判所は、旧第171条b第3項の新設から間もないうちに、学説から示された解釈を引用して、構成法第174条第1項の要請に反した公開・非公開の決定に対して上告することが許されるという判断を示していた¹²⁷⁾。やがて、同項第2文の違反——すなわち、非公開の措置は公開の法廷で告知される裁判所の決定によらなければならないのに、そもそもこの決定を欠いたこと——が理由となって原判決の破棄にいたるという事案もあらわれるようになった¹²⁸⁾。そして、このように裁判所の決定を欠けばこれが適法な上告理由となるという判断¹²⁹⁾とともに、非公開の決定において示された範囲を超える手続にまで非公開の措置がおよんでいれば上告は許されるという趣旨の判断¹³⁰⁾も、連邦通常裁判所が明確に示すまでにいたっている。また、構成法第174条第1項第3文——すなわち、非公開の決定にあたって裁判所がその旨の告知とともに決定の理由も示さなければならないという規定——に関しても、規定の要請を充たさなかったときは、この法令違反にもとづいた破棄の

124) BGH, Beschl. v. 10. 10. 1995 - 3 StR 467 / 95 = NStZ 1996, S. 243; BGH, Urt. v. 19. 12. 2006 - 1 StR 583 / 06 = StV 2008, S. 10. So auch KK 8, § 171b GVG RdNr. 8 [Diemer].

125) 適用・不適用と違って、ある種の手続——たとえば起訴状の朗読——を非公開の対象とすることがおよそ裁判所の権限として許されるのか否かという点について問うのであれば、この点は上告審による審査の対象となる。BGH, Urt. v. 21. 6. 2012 - 4 StR 623 / 11 = NJW 2012, S. 3113 = StV 2012, S. 712; BGH, Beschl. v. 12. 11. 2015 - 2 StR 311 / 15 = NStZ 2016, S. 180 = StV 2016, S. 788.

126) 学説においては、対立する利益の重みが衡量の際に不適切に評価されたということや、非公開の決定を下すのか否かにかかる判断の裁量が不当に行使されたということも、上告審による審査に服さない事項として挙げられている。KK 8, § 171b GVG RdNr. 8 [Diemer]; Kissel/Mayer, § 171b GVG RdNr. 17. そして、前掲注122)に挙げた判例は、これまでに挙げた事項のいずれかについて、その当否が審査の対象とならないという判断を示したものと読める。

127) BGH, Urt. v. 21. 2. 1989 - 1 StR 786 / 88 = StV 1990, S. 10.

128) BGH, Beschl. v. 1. 12. 1998 - 4 StR 585 / 98 = NStZ 1999, S. 371. この決定には、構成法第174条第1項第2文の要求である裁判所の決定は裁判長の命令によって代替できないという判断が——絶対的上告理由にもとづく破棄にあたって——示されている。

判決・決定を下すべきなのか否かがつねに審査されてきたのである¹³¹⁾。

おもに連邦通常裁判所の刑事部によって示された一連の判例から構成法第171条b第5項の機能を端的に描き出せば、その本質は、構成法第171条bの適用・不適用にかかる判断の当否を上告審による審査の対象から除外するという点にあるものと説明できる。これに対して、非公開の措置にかかる手続・形式に瑕疵が認められるのであれば、適用・不適用にかかる判断の当否が審査の対象となるケースでないから、この法令違反は適法な上告理由となって上告審による審査に服するということになるのであろう。同項の機能に関する以上の説明は、「第1項から第4項までの規定による裁判」に対する不服の申立てが許されないという構成法第171条b第5項の文言にてらせば、特段の意味を盛り込んでいない中身に乏しいものであるように見受けられるのかもしれない

129) 構成法第171条b第3項第2文にもとづいた非公開の措置にあたって裁判所がその旨の決定を事前に下さなかったという事案について、連邦通常裁判所は、構成法第174条第1項第2文の違反を認めた。BGH, Besch. v. 9. 5. 2019 - 4 StR 605 / 18 = NJW-Spezial 2019, S. 441. このほかに、裁判長が公開の再開を命じたという事案に対する判断であって、また、原判決の破棄ないし上告の棄却における直接の理由とならなかったとはいえ、裁判長による命令が適法な上告理由となることに言及した判示も——構成法第171条b第3項第2文との関係で——散見される。BGH, Urt. v. 17. 9. 2014 - 1 StR 212 / 14 = StV 2015, S. 79; BGH, Beschl. v. 12. 11. 2015 - 2 StR 311 / 15 = NStZ 2016, S. 180 = StV 2016, S. 788; vgl. auch BGH, Beschl. v. 15. 12. 2015 - 4 StR 401 / 15 = StV 2016, S. 788.

130) BGH, Beschl. v. 13. 3. 1998 - 3 StR 67 / 98 = StV 1998, S. 364. さらに、非公開の範囲として裁判所の決定に示された手続——すなわち、この事案では2名の証人に対する尋問——を非公開としたうえで、この手続を終えたのちに、あらたな決定が下されていないのに、非公開の対象となったものの一部と認めえない手続——すなわち、この事案では、法の見解 (rechtlicher Gesichtspunkt) の変更について告知するための手続 (法第265条第1項) ——を引き続いて公開しなかったときも、この法令違反を理由とした上告が許されるという。BGH, Beschl. v. 19. 7. 1994 - 4 StR 360 / 94 = StV 1994, S. 641.

131) BGH, Urt. v. 30. 8. 1994 - 5 StR 403 / 94 = NStZ 1994, S. 591 = StV 1994, 641; BGH, Beschl. v. 29. 6. 1999 - 5 StR 300 / 99 = StV 2000, S. 243; BGH, Beschl. v. 9. 11. 1999 - 5 StR 552 / 99 = StV 2000, S. 243; auch BGH, Beschl. v. 6. 11. 1998 - 3 StR 511 / 97 = NStZ 1999, S. 372; BGH, Urt. v. 9. 6. 1999 - 1 StR 325 / 98 = NJW 1999, S. 3060 = NStZ 1999, S. 475 m. Anm. v. *Karl Heinz Gössel*, NStZ 2000, S. 181 = StV 2000, S. 244 m. Anm. v. *Tido Park*.

い。しかしながら、構成法第171条bの適用が問題となっているのか、それとも、——立法の過程で言及されたように——「構成法第172条から第175条までの適用に瑕疵があるのか否かという点」を審査するのか、いずれなのかによって構成法第171条b第5項の法効果が区別されるものと単純に説明するのは正しくないように思われる。連邦通常裁判所は、裁判所が——構成法第171条b第3項第2文の場合に該当するため最終弁論の「公開を停止しなければならない」のに——同項第2文を適用せずに最終弁論の手續にすすんだという事案について、この法令違反を理由とした上告が許されるものと判示している¹³²⁾。非公開の措置を裁判所に強いる同項第2文の要件と法効果が判示の論拠となっているから、この判示は、構成法第171条bの適用・不適用にかかる考慮・決断をおこなう場面が法律において予定されていなければ、同条の適用・不適用を問題とするケースであれ、これを上告審による審査の対象とするものと扱っているように読める。むしろ、この判示は、同条の適用・不適用にかかる考慮・決断の場面が裁判所に与えられていれば上告審による審査を控えるべきであって、このような判断過程の当否に上告審を介入させないのが構成法第171条b第5項の趣旨であるという解釈に立脚するもの¹³³⁾と読めそうである。そうであれば、同項の機能の本質は、やはり、構成法第171条bの適用・不適用にかかる判断の当否を上告審による審査の対象から除外するという点にあるものと説明しなければならないであろう¹³⁴⁾。

132) BGH, Beschl. v. 26. 10. 2016 – 5 StR 196 / 16 = JR 2017, S. 535 m. Anm. v. *Werner Hinz*.

133) 前掲注129) に挙げた判例のすべては構成法第171条b第3項第2文の場合に該当するケースであって、いずれの事案も、裁判所が非公開の決定を下さなければならなかった——すなわち、同項第2文の規定が非公開の措置を裁判所に強いている——という状況のもとで決定を下さずに最終弁論の手續にすすんだものである。それゆえ、いずれの判例も、非公開の措置にかかる手續・形式に瑕疵が認められるという意味で上告の可能性に言及したものと読める。Vgl. dazu eingehend BGH, Besch. v. 9. 5. 2019 – 4 StR 605 / 18 = NJW-Spezial 2019, S. 441. もっとも、構成法第171条bとの関係で考慮・決断の場面が予定されていないことは前掲注132) に挙げた判例の事案と変わらないから、裁判所が非公開の措置をとらなければならなかったという状況に着目すれば、いずれも判断過程の当否を審査の対象として扱っていない判例と評価できる。

(4) もっとも、上告審による審査がこのように制限されるのであれば、構成法第171条bの適用・不適用にかかる判断との関係では、具体的な事件における不当な結論を是正するという上告の目的が果たされえないものとなるのとともに、法令の解釈・適用を統一させるという目的の実現もあやうくなるため、その妥当性が問題となりえる。また、構成法第171条b第5項のような上訴の制限が公開主義にとってどのような意義を有するものとなるのかという点については、学説による分析の結果に目を向けたうえで、あらためて考察しなければならないであろう。

いずれの問題についても、同条第5項と同じ内容の規定が複数の制度に導入されているという事情から、これらの規定にも立ち入ったうえでアプローチするのがのぞましいので、くわしい考察を本稿のIV. にゆずることにしたい。

(つづく)

【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）

134) 適用の対象となる者のすべてが非公開に対して異議を唱えたという場合に、裁判所が異議にしたがわずに非公開の措置をとったときは、このときの法令違反——すなわち、構成法第171条b第4項の違反——も上告審による審査に服するものと位置づける見解がある。KK 8, § 171b GVG RdNr. 7 [Diemer]; vgl. auch SK-StPO, Bd. 9, § 171b GVG, RdNr. 17 [Velten]. この見解の論拠は、異議の存在によって非公開の決定を下すのか否かにかかる判断の裁量が否定されるという点から導かれている。この見解も、判断過程の当否を問うための上告となっていなければ審査は免れえないという解釈に立脚するように思われる。