

「とくに傷つきやすい (besonders sensibel/verletzlich) 証人」の保護について (1)

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 (以上本号)
 - 2. 公判手続の非公開
 - 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

I. はじめに

(1) 本稿が分析・考察の対象とするのは、ドイツの刑事手続法における証人保護 (Zeugenschutz)¹⁾の重要な部分をなす「とくに傷つきやすい (besonders sensibel/verletzlich) 証人」の保護である。「とくに傷つきやすい証人」とは、被害者²⁾が証人の立場ないし地位に置かれている——すなわち、保護の対象が被害者証人 (Opferzeuge) と一般に呼ばれる者である——という場合を想定を中心に置いた語である³⁾。本稿は、「とくに傷つきやすい証人」の保護に有用なものと考えられる各種の措置を拾い上げたうえで、その新設・手直しをめぐる立法のねらいなどや法の解釈に踏み込んで、それぞれにおける議論から制度・規定にまつわる問題を明らかにする。

本稿の目的は、このような分析・考察をつうじて、他の諸外国の制度に対する分析に有益な視点を得るのとともに、日本の制度について研究するための——すなわち、日本の制度における同種・類似の措置についてその意義をとらえ直すための、また、いまだに日本に存在しない制度や措置について実現の可能性を構想するための——材料となるような知見も獲得するということにある。

(2) ドイツの刑事法において、被害者を保護するための制度は、たび重なる

- 1) ドイツの刑事手続法における証人保護の全体像をくわしく分析した学説によれば、ここにいう証人保護は、「保護を要する (shutzbedürftig) 証人」を対象とするのであれば、通常の証人と比べて手厚いものを要する。そして、「保護を要する証人」については、これを「危険にさらされている (gefährdet) 証人」の保護と「とくに傷つきやすい証人」の保護に大別したうえで議論するという状況が学説の内部で形成されてきた。両者を区別することの意義とそれぞれのくわしい内容については、拙稿「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——」筑波ロー・ジャーナル 24 号 (2018 年) 1 頁以下 (7-11 頁) およびこれに掲載された文献を参照。
- 2) 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。なお、被害者を保護するためのさまざまな制度における被害者の範囲・位置づけについては、水野陽一「刑事訴訟における被害者概念について——ドイツにおける被害者概念に関する議論を素材として——」広島法学 34 巻 4 号 (2011 年) 43 頁以下を参照。
- 3) 「とくに傷つきやすい証人」の定義は、制定法にも判例にも存在しないのとともに、学説において完全に確立したものでもない。もっとも、前掲注 1) に挙げた学説においては、「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」(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. C45)、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況にある証人」(Sabine Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren (2002), S. 154) などと定義されている。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。語の詳細については、拙稿・前掲注 1) 9-11 頁を参照。

立法のすえに、全体として豊富なメニューを擁するまでにいたった。刑事手続法における証人保護に関しても、法の整備がすすんで、被害者証人のための手だてが制度のレベルでおおいに拡充されたことには、ほとんど疑いがない⁴⁾。法典であるドイツ刑事訴訟法 (Strafprozessordnung – StPO)⁵⁾ (以下では、個別の条項を挙げた記述において、たんに「法」と略す) およびドイツ裁判所構成法 (Gerichtsverfassungsgesetz – GVG) (以下では、個別の条項を挙げた記述において「構成法」と略す) をながめれば、証人保護を可能とする制度がいくつも見つけられる。刑事手続法における証人保護は、——本稿がのちに示すとおり——おもに被害者の保護を充実させるというねらいのもとで、数度の立法による創設と拡充を経て、現在のレパートリーとボリュームを有するまでになったものである。

しかしながら、証人保護を可能とする種々の制度については、一方で、いぜんとして、有効にはたっていないため制度の改善を要するものも少なくないという指摘がなされている⁶⁾。他方で、制度の拡充に慎重な立場においては、ときに、いくつもの制度が数度の立法によって刑事手続法の基本原理と調和・整合しないおそれを高めているものと理解されている⁷⁾。そもそも、被害者の保護に向けた一連の立法については、「特定の問題点が現れる度に、それのみを改正していった……パッチワーク的な改革⁸⁾」と評されるものであって、ときに、「相も変わらずに、刑事手続における被害者の地位に関して明快かつ理

4) *Mark A. Zöller*, Opferschutz im Strafverfahren – Zwischenbilanz eines Widerspruchs, in: Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag (hrsg. v. Carl-Friedrich Stuckenberg u. Klaus Ferdinand Gärditz, 2015), S. 719 (S. 728); *Michael Kilchling*, Opferschutz innerhalb und außerhalb des Strafrechts (2018), S. 31 f.; s. auch (als eine Liste der Maßnahmen) *Friedrich-Christian Schroeder / Torsten Verrel*, Strafprozessrecht (7., neu bearb. Aufl., 2017), RdNr. 375.

5) ドイツ刑事訴訟法を和訳したものとして、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』〔松尾浩也ほか訳・法務資料460号〕(2001年)がある。ただし、この和訳については、すでに公刊から年月が経っているため、その後に新設された多数の条項が訳されていないのとともに、改正されたものと内容が大きく隔たっている条項も少なくない。

論を反映した観念が立法者に欠けている⁹⁾」といった評価も示されている。

ドイツの学説における以上のような所見が正鵠を得ているのであれば、証人保護を可能とする各種の制度については、——「とくに傷つきやすい証人」の保護から大きく離れないように視野を限定したうえで——関連する規定の新設と以後の改正のそれぞれにおける立法・学説の議論にもくわしく立ち入った分析・考察を加えることによって、保護の実効性という観点から不十分と評価できる点や、法の原理・基本原則との整合性といった観点から不適切と評価できる点が見いだせるように思われる。もっとも、不十分・不適切な点は、それぞれの規定の目的や個々の措置の機能などに認められるのかもしれない、あるいは、種々の制度について体系の合理性や相互の関連などを明らかに

6) 近年の文献において制度の現状に関する分析・考察とともに改善の必要も指摘するものを挙げれば、被害者証人に質問するときの方法や証言拒否権に対する指摘として、*Heinz Schöch*, Persönlichkeitsschutz des Zeugen im Strafverfahren, in: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag (hrsg. v. Mark A. Zöller et al., 2013), S. 1093 (S. 1104 ff.). また、ビデオ技術の利用による尋問をのぞいた各種の制度に対する指摘として、*Kirstin Maaß*, Der Schutz besonders sensibler Zeugen durch den Einsatz von Videotechnik unter besonderer Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte und Verfahrensprinzipien (2012), S. 34. さらに、被告人の退廷やビデオリンク方式の尋問に対する指摘として、*Hans Dachs*, Der "entfernte" Angeklagte oder die Hauptverhandlung als "Videokonferenz", in: Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70. Geburtstag (hrsg. v. Carl-Friedrich Stuckenberg u. Klaus Ferdinand Gärditz, 2015), S. 559 (S. 563 ff.).

7) このような理解を表明した近年の文献として、*Zöller*, oben FußN. 4, S. 719 (S. 728 ff.).

8) ヨアヒム・ヘルマン（只木誠訳）「ドイツ刑法および刑事訴訟法における被害者保護の展開について——ある終わりのない物語——」金尚均＝ヘニング・ローゼナウ編『刑罰権と刑罰正義』（2012年）111頁以下（113頁）。Der Originaltext davon *Joachim Herrmann*, Die Entwicklung des Opferschutzes im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht – Eine unendliche Geschichte, ZIS 2010, S. 236 (S. 237).

9) *Thomas Weigend*, Das Opfer als Prozesspartei ?, in: Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag (hrsg. v. Dieter Dölling et al., 2010), S. 947 (S. 961). 証人保護との関連でも、のちに紹介する第2次被害者権利改革法（2. Opferrechtsreformgesetz）によって改正された複数の規定について、それぞれの改正の背景になければならないはずの基本姿勢が立法府の説明からは読みとれないという点を指摘している。Ebenda, S. 949 ff.

したすえに見いだされるものなのかもしれない。

(3) 「とくに傷つきやすい証人」にあたる者として想定されてきたのは、おもに、子ども¹⁰⁾の被害者や、性犯罪の被害者となった女性である¹¹⁾。このうちの子どもの被害者については、ドイツの刑事手続法が別段に処遇するための規

10) 本稿がドイツに関する記述において用いる「子ども」という語は、別段に論じなければならぬときをのぞいて、18歳未満の者を指す。また、「児童 (Kind)」という語は、14歳未満の者を指す。ドイツ青少年保護法 (Jugendschutzgesetz – JuSchG) やドイツ青少年メディア保護州間協定 (Jugendmedienschutz Staatsvertrag – JMStV) によれば、「児童」とは14歳未満の者を指すのと同時に、「少年 (Jugendliche)」とは14歳以上18歳未満の者を指す (ドイツ青少年保護法第1条第1項・ドイツ青少年メディア保護州間協定第3条第1項を参照)。また、現在の刑事手続法との関連でも、ドイツ刑事訴訟法は、「18歳未満の者 (Person unter 18 Jahren)」という語と一緒に、これと同じ対象を指す語として、「児童又は少年」(Kind oder Jugendliche) も用いる (一例として、法第58条 a 第1項第2文第1号)。さらに、ドイツ少年裁判所法 (Jugendgerichtsgesetz – JGG) は、行為の時点で14歳以上18歳未満の者を「少年」と定義する (ドイツ少年裁判所法第1条第2項)。本稿における語の用法は、——標準となる時点が本稿における用法と異なるものもあるという点を別にすれば——いずれの法律における語とも整合する。ただし、欧州連合 (Europäischen Union: EU) の立法に目を転じれば、のちに紹介する「犯罪被害者の権利、支援及び保護の最低基準に関する指令」や、2011年に採択された「子どもに対する性的虐待及び性的搾取並びに児童ポルノの撲滅のための指令」(Richtlinie 2011 / 92 / EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004 / 68 / JI des Rates, ABl. L 335, S. 1) (以下では「2011年EU指令」という) は、前者の第2条第1項第c号および後者の第2条aにおいて、「児童の権利に関する条約」(Übereinkommen über die Rechte des Kindes) すなわち子どもの権利条約と同じように、18歳未満の者を“Kind”(child)と呼んでいる。なお、ドイツ刑法典 (Strafgesetzbuch – StGB) は、行為の時点で14歳未満の者を刑事未成年と定める (ドイツ刑法典第19条) のとともに、とくに「性的自己決定 (sexuelle Selbstbestimmung) に対する罪」に関して刑法上の保護を受ける客体のいかにしたがった区別によれば、14歳未満の者を絶対に保護される客体として、また、14歳以上18歳未満の者を限定された保護の客体として、それぞれ定める (「性的自己決定に対する罪」との関係で保護される子どもの区別については、高山佳奈子「ドイツ刑法における性犯罪の類型と処罰」刑法雑誌 54 巻1号 (2014年) 30頁以下 (40頁)、佐藤陽子「ドイツにおける性犯罪規定」刑事法ジャーナル 45号 (2015年) 70頁以下 (71頁) を参照)。

11) 詳細については、拙稿・前掲注1) 9-11頁を参照。

定をいくつも設けている。この別段の処遇は、本稿のⅢ．においてくわしく紹介・分析するとおり、「とくに傷つきやすい証人」に対する手厚い保護にさらに上乘せした手厚さをもって扱うものである。

子どもの被害者——とりわけ、性犯罪の被害者となった子ども——に対する別段の処遇を含んだ制度について、制度そのものないし個々の措置に不十分・不適切な点があるものと指摘されている¹²⁾のであれば、そこに法の原理・基本原則あるいは政策の観点からどのような不備があるのかという問題を具体的に解明するときこそ、ドイツの刑事手続法から多くの示唆が得られる機会となるように思われる。

Ⅱ．「とくに傷つきやすい証人」と証人保護（Zeugenschutz）

1．証人の義務

(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¹³⁾」——には、その事件を体験した者のすべてが含まれる。「とくに傷つきやすい証人」が証人保護における主要な対象の1つと位置づけられるのは、証人という立場ないし地位につきまとう有害な事態の生起が深刻に懸念されるからである。

証人の立場・地位にある者に対して刑事手続法が供述を要求できるという命題は、しばしば、有害な事態の生起を不可避なものとする。以下においては、ドイツの刑事手続における証人の義務をおおまかにながめて¹⁴⁾、そのうえで、証人の立場・地位につきまとう有害な事態とは何なのかについても簡単に説明したい。

12) 現在の制度に関する改善の必要を指摘するものとして前掲注6)に挙げた文献においては、いずれも、子どもの被害者を念頭に置いた論述が展開されている。

13) Ulrich Eisenberg, Beweisrecht der StPO (10., völlig überarb. u. teilweise erw. Aufl., 2017) 〈Abk.: Eisenberg BR〉, RdNr. 1000; auch Urs Kindhäuser, Strafprozessrecht (4., völlig überarb., 2016), 21 / RdNr. 6.

(2) 証人から供述を得るための手続としてドイツ刑事訴訟法に定められているのは、尋問 (Vernehmung) である。尋問については、法第48条第1項や法第70条などによれば、召喚 (Ladung) を受けて所定の場所に出頭する (erscheinen) ことと真実かつ全きを証言する (aussagen) ことが証人に義務づけられる¹⁵⁾。

尋問は、質問の主体によって区別すれば、裁判官による尋問 (richterliche Vernehmung) ——すなわち、裁判所を構成する裁判官または裁判所を構成しない単体の裁判官が主体となるもの (以下では、条文における表記をのぞいて、「裁判官尋問」という) ——のほかに、検察官による尋問 (法第161条a第1項第1文) と検察捜査員 (Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft) による尋問 (法第163条第3項第1文)¹⁶⁾に分けられる。裁判官尋問には、公判におけるもののほかに、いわゆる捜査判事 (Ermittlungsrichter) によるもの (法第162条) および受命裁判官・受託裁判官によるもの (法第223条) がある。これらの尋問に対して、おもに警察によっておこなわれるインフォーマルな情報の照会や聴取 (Befragung) などの場合には、出頭の義務も証言の義務も生じない¹⁷⁾。

証人が被疑者・被告人の配偶者ないしその他の所定の親族であるとき (ま

14) ドイツの刑事手続法における証人については、日本の文献による近時の説明として、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』(4)」近畿大学法学63巻1号 (2015年) 75頁以下 (86頁以下) や金尚均ほか『ドイツ刑事法入門』(2015年) 209-213頁 [辻本典央] なども参考になる。

15) Claus Roxin / Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch (29., neuberarb. Aufl., 2017), 26 / RdNr. 11 f.; Eisenberg BR, RdNr. 1055, 1056, 1084 f., 1096. なお、裁判所が必要と認めたときに限って、証人は宣誓しなければならない (法第59条第1項第1文)。ただし、検察官による尋問や検察捜査員による尋問の場合については、宣誓の権限が裁判官に留保されている (法第161条a第1項第3文・第163条第3項第3文) のとともに、証人が真実に反する証言をおこなったときも偽証の罪 (ドイツ刑法典第153条) に問われることがない。もっとも、法第57条第1文が準用されることから明らかとなっており、いずれの場合にも、証人が真実義務——すなわち、真実かつ全きを供述するという義務——から免れるものではない。Vgl. zunächst Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar (hrsg. v. Volker Erb et al., 26., neubearb. Aufl.) (Abk.: LR), Bd. 5 (2008), § 161a RdNr. 10, 12 [Erb].

たはこれらの者であったとき）や被疑者・被告人にとって特別なパートナーであるときは、証人に証言拒否権（Zeugnisverweigerungsrecht）の行使が認められる（法第52条第1項）¹⁶⁾。特定の業務・職務を遂行する過程で打ち明けられた事実や知ることができた事実については、証人に証言拒否権の行使または証言義務の解除が認められる（法第53条－第54条）。また、質問に答えれば訴追を受けるおそれが自己または所定の親族などに生じるという場合には、この質問に対して答えることを拒否できる（法第55条第1項）。

(3) 幼少の子どもや精神疾患を抱える者も原則として証人となるものと考えられている¹⁹⁾。幼少の子どもが証人であるときについて考えれば、4歳児ないし5歳児くらいの子どもの供述の意味を的確に把握できないおそれは、つ

16) 検察捜査員が尋問を実施できるのは、検察官から具体的な指示が発せられたときに限られる。検察捜査員による尋問の実施は、2017年の法律——すなわち、2017年に成立した「刑事手続の実効性及び実務上の有用性を向上させるための法律」(Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens) (Gesetz vom 17. 8. 2017, BGBl. I, S. 3202) ——によって一新された法第163条第3項を根拠とする。この法律が施行されるまでの警察には、出頭・証言を義務づけない取調べ (Vernehmung) が許されるだけであった。Zur damaligen Rechtslage insbesondere Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, mit GVG und EMRK (hrsg. v. Jürgen Wolter, 4., neubearb. Aufl.) (Abk.: SK-StPO), Bd.3 (2011), § 163 RdNr. 25 [Wohlers]; LR, Bd. 5, § 163 RdNr. 25; näher Joachim Kretschmer, Einige Eckpunkte in der entwicklung der Videoaufzeichnung von strafprozessualen Zeugenvernehmungen, JR 2006, S. 453 (S. 455)。

17) Z.B. Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen (erl. v. Bertram Schmitt u. Marcus Köhler, 61., neubearb. Aufl., 2018) (Abk.: Meyer-Goßner/Schmitt 61), § 163 RdNr. 50 f. [Schmitt]; Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafprozessordnung, mit GVG und EMRK (hrsg. v. Helmut Satzger u. Wilhelm Schluckebier, 3. Aufl., 2018) (Abk.: SSW), § 163 RdNr. 58 ff. [Ziegler]。

18) 子どもの被害者との関連で証言拒否権についての説明をつけ加えれば、判断能力の未成熟や精神上の疾患・障害のため「未成年者又は被後見人が証言拒否権の意味について十分な理解を有しない場合には、その者に証言する意思があり、かつ、その法定代理人が尋問に同意するときに限り」、この者に対する尋問をおこなうことが許される（法第52条第2項第1文）。ただし、法定代理人が事件の被疑者・被告人であるという場合には、この法定代理人としての関与が許されない（法第52条第2項第2文）。

ねに大人の側が抱える問題である。また、知覚した事実を報告するのに要する発達度が幼少の子どもにおいて認められるのか否かも、経験科学の知見に依拠して個別に慎重に考慮しなければならないことである。とはいえ、これらの問題の一部は証言の信用性や証人の信用性に引き直して論じられるのとともに、その他の問題についても、理にかなった供述がおよそ期待できないような場合をのぞけば、ただちに証言能力 (Zeugnisfähigkeit) の否定に結びつけることを要しないというのである²⁰⁾。

そして、証言能力が肯定されるのであれば、原則として、この者が所定の義務から解放されることはない。子どもが証人であるときも同じである²¹⁾。

2. 「とくに傷つきやすい証人」の権利・利益の保護

(1) 証人保護における「とくに傷つきやすい証人」の保護とは何なのかが問われるとき、証人の立場・地位ゆえに侵害の危険に直面する権利・利益のいかんという視点から補助線を引いて考えれば、「とくに傷つきやすい証人」の保護とその他の証人の保護との違いを見いだせるように思われる。すなわち、「とくに傷つきやすい証人」の保護を特徴づけるものの1つは、個人の権利・利益の保護という観点から見いだせる保護の根拠ないし保護の意義にあるものと考ええる。

被害者証人をめぐる議論では、国家が侵害から保護しなければならない権利・利益について、ドイツ基本法 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

19) Eisenberg BR, RdNr. 1000; Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK (hrsg. v. Rolf Hannich, 7., neubearb. Aufl., 2013) (Abk.: KK), RdNr. 5 Vor § 48 [Senge]; Roxin/Schünemann, oben FußN. 15, 26 / RdNr. 2.

20) Eisenberg BR, RdNr. 1001 f., 1411; LR, Bd. 2 (2008), RdNr. 25 Vor § 48 [Ignor/Bertheau]; SK-StPO, Bd. 1 (2014), RdNr. 36 ff. Vor § 48 [Rogall]; Kindhäuser, oben FußN. 13, 21 / RdNr. 7. 一般論として、証言を期待できるのか否かの境目は4歳あるいは3歳にあるという。Eisenberg BR, ebenda.

21) 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. 1483).

- GG) に定められた基本権が明確に提示される。議論に上るのは、人格（権）の保護（*Persönlichkeitsschutz / Schutz des Persönlichkeitsrechts*）（ドイツ基本法第2条第1項と関連づけられたドイツ基本法第1条第1項）と、生命および身体の完全性を求める権利（*Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit*）の保障（ドイツ基本法第2条第2項第1文）である²²⁾。

(2) このうちの人格（権）の保護について要請されるのは、「とくに傷つきやすい証人」との関係で重要となるものを挙げれば、①<本質的にプライベートなことから暴露>からの保護である。この要請に関する詳細は、本稿のⅢ. 2. における検討にゆずる。

また、生命および身体の完全性を求める権利の保障として要請されるのは、精神上の障害が発生するという危険から「とくに傷つきやすい証人」を保護することである。すなわち、身体の完全性はひろい意味で精神の健康を含むものと理解されているため、証人に対する義務づけがその精神の健康に重大な（*erheblich*）侵害をもたらすようであれば、これがドイツ基本法第2条第2項第1文に抵触するというのである²³⁾。それゆえ、「とくに傷つきやすい証人」の保護において国家が果たさなければならないのは、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生じさせないことである。そして、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から強い負荷（*Belastung*）をこうむれば障害の可能性は生じるものと考えられているため、以下の②から⑨までに挙げるような強い負荷——すなわち、刑事手続上のでき

22) *Zöller*, oben FußN. 4, S. 719 (S. 720). S. ausführlich insbesondere *Weigend*, oben FußN. 3, S. C20, C24 ff.; *Claudia Keiser*, Das Kindeswohl im Strafverfahren (1998), S. 79 ff.; *Daniela Schmoll*, Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß (1999), S. 87 ff.; *Sabine Swoboda*, Videotechnik im Strafverfahren (2002), S. 31 ff. とくに人格（権）の保護については、人間の尊厳（ドイツ基本法第1条第1項）との関連も無視できない。*Swoboda*, ebenda, S. 29 f.; allerdings *Schmoll*, ebenda, S. 86 weist auch auf die Verbindung mit der Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit hin.

23) *Swoboda*, oben FußN. 22, S. 32 f. Ferner *Ursula Nelles*, Der Zeuge – ein Rechtssubjekt, kein Schutzobjekt, NJ 1998, S. 449 (S. 452 f.); *Schmoll*, oben FußN. 22, S. 87 f.

ごとに由来する強い負荷——の回避・除去ないし軽減に関心が向かうのである²⁴⁾。

②<証人としての役割および証人に対する応接の状況>に応じた負荷：尋問や取調べという慣れない特殊な状況のもとで記憶の喚起や供述を要求される証人について、その心に相応の負荷がのしかかることは一般に否定しえない。犯罪行為に対してトラウマを負っている子どもなどが証人であるときは、負荷がとくに強いものになるという。

③<尋問の方法>に応じた負荷：不作法な質問やくり返しの質問が証人に対して悪い影響をおよぼすことも、しばしば懸念されている。供述の信用性に関する鑑定を実施するときも、証人は同じ事態に直面しやすいので、同種の負荷が問題となる。

④<法に関する知識の欠如>による負荷：刑事法や刑事手続に関する知識に乏しい証人にとって、刑事手続のさまざまな場面で待ち受けている事態や期待・要求されることを把握できないがゆえの不安・心配は、強い負荷となる。法に関する知識の欠如は相当に強い負荷となりえるという指摘もある。

⑤<公の場での証言>にともなう負荷：とくに性暴力の被害者や年少の子どもが法廷で尋問を受けるときは、個人生活の内容や内密性の高い体験を人前で語らせることが——法廷の独特な雰囲気と相まって——強い負荷となるという。マス・メディアを介して尋問の内容・状況が公知と化すことも、証人に相応の負荷をかけてしまう。また、証言の際に見知らぬ人々（おとな）と多く接することも負荷の要素ととらえれば、法廷で受ける尋問が非公開となるのであれ、法廷とは別の場所で尋問するのであれ、証人はこの負荷を免れえない。

⑥<被告人との対面>による負荷：証人が被告人とじかに対面することは、証人の心にのしかかる負荷において非常に大きな位置を占めるという。とくに

24) 刑事手続に起因する障害の可能性の意義について、および、強い負荷の要素となるできごと——すなわち、ストレス要因 (Stressfaktor) ないしストレッサー (Stressor) ——の意義については、ともに拙稿・前掲注1) 11頁以下を参照。また、本文において列挙された負荷のそれぞれに関する詳細は、同・前掲注1) 23頁以下を参照。

複雑かつ困難な問題が生じるのは、性暴力や児童虐待の被害者証人が被告人と身近な関係にあるという場合である。この場合に被告人と向き合わされる証人がこうむる負荷は、その人間関係ゆえに葛藤や自責の念を覚えるといった点で、通常の証人と比べて著しく強いものとなる。

⑦＜複数回にわたる聴取＞にともなう負荷：同じ事件に関する聴取のくり返しが証人に強い負荷をかけるという問題は、とくに子どもの被害者や性犯罪の被害者などを念頭にしばしば指摘されてきたため、よく知られている。尋問のほかに負荷となるできごとを構成するものとして、警察による聴取や供述の信用性に関する鑑定が挙げられるのはもちろんのこと、福祉機関などによる聴取もこれらと同じように問題とされる。

⑧＜被告人との対決＞による負荷：被告人・弁護人が尋問の際に防御の戦略・戦術として対決・攻撃の姿勢をとるとき、落ち度の指摘や責任転嫁をはじめとする主張・質問がなされて、証人が強い負荷をこうむることもあるという。とくに、自白事件でないときや証人が性暴力の被害者であるときは、問題が深刻になりえる。

⑨＜刑事手続が進行する期間＞に応じた負荷：公判において尋問される可能性が存在すれば、証人は事件に関する記憶を保持して再現にそなえるという状況から逃れられないのと同時に、体験した被害の消化・克服や社会復帰を果たすための治療・処遇の実施が妨げられてしまう。それゆえ、こうした時間の経過も負荷となるできごとの1つと考えられている。

3. 証人保護の制度をめぐる立法の歴史

(1) ドイツの刑事手続法において証人保護を可能とする各種の制度が創設・拡充される過程では、「とくに傷つきやすい証人」の保護に有用なものと考えられる措置も、その種類やそれぞれの内容を増していった。「とくに傷つきやすい証人」の保護を発展させたのは、この数十年にわたって証人保護の制度を創設・拡充するために制定された多数の法律である。

そのつどの立法の際に個々の措置がどのような経緯で新設・手直しされて

どのような内容や性質・機能を有するものになったのかという点の詳細は、本稿のⅢ.における紹介・分析にゆずる。その前に、そのつどの立法の概略を示して、証人保護の制度化の歴史を一覧しておきたい。

(2) さしあたって、1974年に成立した「刑法典を施行するための法律²⁵⁾」と「刑事手続法の改革のための第1次法律を補充するための法律²⁶⁾」(以下では、両者の法律を併せて「1974年の法律」という)を挙げなければならない。

証人保護との関係で注目される点を両者の法律から拾い上げれば、前者の法律によって、公判手続の非公開に関する規定が証人保護を可能とする制度も含む内容に改正されたのとともに、後者の法律によって、16歳未満の者に対する尋問の際に質問の方法が制限されることになった。また、両者の法律をつうじて、16歳未満の者に対する尋問の際にこの年齢を理由とした被告人の退廷があらたに可能となった。

(3) つぎに、1986年に成立した被害者保護法 (Opferschutzgesetz)²⁷⁾が挙げられる。証人保護との関係で注目される点を拾い上げれば、おもに被害者の保護をねらいとして、公判手続の非公開に関する規定が範囲を拡大して適用できるように改められた。また、尋問の際に質問の内容を制限される可能性も拡げられた。さらに、被害者を補佐できるようになった弁護士には、この者に対する尋問に立ち会う権利が認められたのとともに、被害者の信頼を得ている者が

25) Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch – EGStGB (Gesetz vom 2. 3. 1974, BGBl. I, S. 469)。

26) Gesetz zur Ergänzung des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts – 1. StVRErgG (Gesetz vom 20. 12. 1974, BGBl. I, S. 3686)。

27) 正式な名称は「刑事手続における被害者の地位を改善するための第1次法律」(Erstes Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren – OpferschutzG) (Gesetz vom 18. 12. 1986, BGBl. I, S. 2496)である。この法律の内容や制定までの経緯を紹介したうえで制定の前後における学説の状況などもフォローして分析した日本の文献として、宮澤浩一「被害者の法的地位——西ドイツの動向を中心として——」法学研究59巻12号(1986年)45頁以下、同「犯罪被害者の法的地位について——西ドイツの一九八六年改正法を中心として——」研修473号(1987年)3頁以下、田口守一「西ドイツにおける犯罪被害者の地位」刑法雑誌29巻2号(1988年)221頁以下などがある。

尋問・取調べに付き添う（同席する）ことも許されるようになった。

1998年に成立した証人保護法（Zeugenschutzgesetz）²⁸⁾は、まさに証人保護を主眼とした法律である。この法律は、尋問の際に実施される措置に関して多数の規定を新設した。すなわち、ビデオリンク方式の尋問に関する規定や、尋問・取調べの録音・録画とその利用に関するさまざまな規定をあらたに設けた。このほかに、証人が子どもであるといった場合には、公費で弁護士による補佐を受けてその付添い（立会い）のもとで尋問にのぞめるという手だても用意された。

なお、証人保護法に先だって1992年に成立した組織犯罪対策法（Organisierte Kriminalitätsgesetz）²⁹⁾と、証人保護法の成立からしばらくして2001年に成立した証人保護調和法（Zeugenschutz-Harmonisierungsgesetz）³⁰⁾は、証人の側に危害を加えられるおそれが生じるときの保護——すなわち、「危険にさらさ

28) 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の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 – ZSchG) (Gesetz vom 30. 4. 1998, BGBl. I, S. 820) である。この法律の内容や制定までの経緯を紹介したうえで制定の前後における学説の状況などもフォローして分析した日本の文献として、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、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〉がある。また、この法律の内容を紹介した日本の文献として、宮澤浩一「ドイツとオーストリアの証人保護（その1）」捜査研究567号（1999年）78頁以下、同「～（その2）」捜査研究568号（1999年）86頁以下、加藤克佳「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頁以下などがある。

29) 正式な名称は、「違法な薬物取引及びその他の組織犯罪の形態を撲滅するための法律」(Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität – OrgKG) (Gesetz vom 15. 7. 1992, BGBl. I, 1302) である。

30) 正式な名称は、「危険にさらされている証人の保護を調和させるための法律」(Gesetz zur Harmonisierung des Schutzes gefährdeter Zeugen – ZSHG) (Gesetz vom 11. 12. 2001, BGBl. I, S. 3510) である。この法律の内容をくわしく紹介して分析した文献として、滝沢誠「証人保護の多義的な目的」比較法雑誌37巻1号（2003年）127頁以下がある。

れている (gefährdet) 証人」の保護——について法律に定めるものであった。もっとも、前者がドイツ刑事訴訟法に規定を設けるという立法であったのに対して、後者は、危険防除 (Gefahrenabwehr) のために証人の生活全般におよぶ保護を実現しようというものであった。

(4) 2004年に成立した(第1次)被害者権利改革法((1.) Opferrechtsreformgesetz)³¹⁾も、証人保護との関係で重要な改正を含んでいる。すなわち、ビデオリンク方式の尋問や尋問・取調べの録音・録画に関する規定が——適切な保護に相応した規制の実現を目的として——改正されたのとともに、被害者証人の保護に必要なときは裁判所の管轄を限定するという規定があらたに設けられた。このほかに、証人保護を支える手だてとして、すべての証人が召喚の際に証人の権利などに関する示唆を受けられるという規定も新設された。

2009年に成立した第2次被害者権利改革法(2. Opferrechtsreformgesetz)³²⁾は、証人保護との関係では、3つの点に注目しなければならない。その1つは、16歳未満の者を適用の対象とした特別な定めについて、それらに明記されている年齢を18歳未満に引き上げて——すなわち、年齢にかかる文言をそのように変更して——すべての子どもが適用の対象となるように改めたことであ

31) 正式な名称は、「刑事手続における被害者の権利を改善するための法律」(Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Verletzten im Strafverfahren – OpferRRG) (Gesetz vom 24. 6. 2004, BGBl. I, S. 1354)である。訴訟参加との関連でこの法律にふれた文献として、滝沢誠「ドイツの訴訟参加制度と被害者保護新法」被害者学研究16号(2006年)15頁以下、斎藤司「被害者の刑事手続参加」犯罪と刑罰20号(2010年)93頁以下、阿部千寿子「被害者参加制度の見直しと展望」法学新報123巻9=10号(2017年)207頁以下がある。

32) 正式な名称は、「刑事手続における被害者及び証人の権利を強化するための法律」(Gesetzes zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren – 2. OpferRRG) (Gesetz vom 29. 7. 2009, BGBl. I, S. 2280)である。この法律について紹介した日本の文献として、山口和人「海外法律事情 ドイツ：刑事手続における被害者等の権利を強化する法改正」ジュリスト1390号(2009年)93頁がある。さらに、訴訟参加との関連でこの法律にふれた文献として、水野陽一「刑事訴訟における被害者弁護について——ドイツにおける議論を参考に——」広島法学36巻1号(2012年)113頁以下、阿部・前掲注31)がある。

る。証人保護に関しては、未成熟さを考慮して特別に用意された規定のいずれも、適用の範囲が拡大された。また、あらゆる証人の権利として、尋問・取調べの際に弁護士による補佐を受けて、その付添い（立会い）のもとで尋問にのぞむことが認められるようになった。さらに、尋問における質問の内容の制限に関して、いくつかの規定が改められた。

2013年に成立した「性的虐待の被害者の権利を強化するための法律」³³⁾（以下では「2013年の法律」という）においては、子どもの被害者——とくに、性的虐待などの被害に遭った者——を対象とした保護の強化がはかられた。証人保護との関係で注目される点を拾い上げれば、子どもを適用の対象とした特別な定めのうち証人保護と関連する規定の多くは、「18歳に達する前に性的虐待等の……被害を受けた成人にも適用される³⁴⁾」ようになった（以下では、「18歳に達する前に性的虐待等の……被害を受けた成人」のことを「被害当時子ども」と呼ぶ）。また、子どもを尋問しなければならない事件の多くは少年裁判所（Jugendgericht）に対する公訴の提起が原則となるように変えるために、これに必要な限りで規定が改正されたのとともに、公判手続の非公開に関する規定が適用される範囲も一段と拡大された。

そして、2015年の第3次被害者権利改革法（3. Opferrechtsreformgesetz）³⁵⁾も挙げなければならない。この法律は、2012年にEU理事会（Rat der Europäischen Union）によって「犯罪被害者の権利、支援及び保護の最低基準に関する指令³⁶⁾」（以下では「2012年EU指令」という）が採択されていたため、ドイツの国内法を2012年EU指令に適合させるという目的のもとで制定されたものである³⁷⁾。証人保護との関係では、被害者証人に対する十分な配慮を裁

33) Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauch – StORMG (Gesetz vom 26. 6. 2013, BGBl. I, S. 1805). この法律について紹介した日本の文献として、渡辺富久子「ドイツ：性的虐待の被害者の権利を強化するための法律」外国の立法（月刊版）257号（2013年）12頁以下、滝沢誠「犯罪被害者と時代に即した新たな刑事司法の構築の在り方の予備的検討」専修法学論集123号（2015年）233頁以下、阿部・前掲注31）がある。

34) 渡辺・前掲注33）12頁。

判所と捜査機関に要求するという規定が新設された。また、尋問の際に通訳・翻訳による支援や被害者に対するケースワークをつうじた支援が受けられることも明文化された。

(5) 以上のように、ドイツの刑事手続法における証人保護は、被害者の保護を標榜するものも含めた多数の法律によって制度化されてきた。以下においては、証人保護の制度を個別にとり上げる過程で、立法の経緯や立法府の説明そして学説における見解のそれぞれに分け入って、「とくに傷つきやすい証人」の保護に有用なものと考えられる措置のすがたをくわしく把握するのとともに、おのこの措置に関する制度・規定がどのように評価されているのかという点を明らかにしたい。

35) 正式な名称は、「刑事手続における被害者の権利を強化するための法律」(Gesetz zur Stärkung der Opferrechte im Strafverfahren) (Gesetz vom 21. 12. 2015, BGBl. I, S. 2525) である。この法律の内容を EU の立法との関連も含めてくわしく紹介した文献として、黒澤睦「ドイツの被害者支援の現在——2015年第三次被害者権利改革法を中心にして——」被害者学研究 28 号 (2018 年) 92 頁以下がある。また、被害者に対するケースワークや訴訟参加との関連でこの法律にふれた文献として、阿部千寿子「ドイツ刑事手続における被害者への付添い制度」同志社法学 69 巻 7 号 (2018 年) 1305 頁以下、阿部・前掲注 31) がある。

36) Richtlinie 2012 / 29 / EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001 / 220 / JI des Rates, ABl. L 315, S. 57. しばしば“Opferschutzrichtlinie”と呼ばれる立法である。2012 年 EU 指令をくわしく紹介した日本の文献として、末道康之「EU における被害者の権利保護——犯罪被害者の権利、支援及び保護に関する最低限の法規を定めた 2012 年 10 月 25 日の指令の概要」被害者学研究 24 号 (2014 年) 45 頁以下がある。また、黒澤・前掲注 35) 94-97 頁も参照。

37) BT-Drs. 18 / 4621, S. 13. S. auch Rita Haverkamp, Im Labyrinth des Opferschutzes – Zum Entwurf eines Dritten Opferrechtsreformgesetzes, ZRP 2015, S. 53 (S. 53); Roswitha Müller-Piepenkötter, Die EU-Opferschutz-Richtlinie 2012/29/EU – Handlungsbedarf bei Unterstützungsdiensten in Deutschland, NK 2016, S. 9 (S. 9). もっとも、2012 年 EU 指令が要請する事項のほとんどは 2012 年 EU 指令の以前にすでにドイツ法に盛り込まれていたという見解もある。Bernd-Dieter Meier, Neues aus Europa? Die Opferschutzrichtlinie der EU, in: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag (hrsg. v. Mark A. Zöller, et al., 2013), S. 1387 (S. 1395, 1397); Haverkamp, ebenda, S. 53 (S. 54).

以下の論述は、立法の歴史や条項の配置などにとらわれずに、それぞれの制度の趣旨などにてらして有意義な分析をすすめられるものと考えた順序にしたがっている³⁸⁾。

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

(1) 法第48条は、ドイツ刑事訴訟法第1編第6章——すなわち「証人」の章——の冒頭に置かれた規定であって、出頭の義務および証言の義務について定める第1項と、証人が出頭しないときの召喚について定める第2項と、さらに、被害者証人に関してとくに定める第3項から構成される。もともと、第2項の規定だけが法第48条をなしていたところ、2009年の第2次被害者権利改革法があたらしく第1項³⁹⁾を挿入して、法第48条は2つの項から構成されるものとなった。そして、その後に2015年の第3次被害者権利改革法が第3項を新設したため、法第48条は、以下のように3つの項から構成される規定となって現在にいたっている。

第48条（証人の義務及び召喚）

① ¹証人は、尋問のため定める期日に裁判官の面前に出頭する義務を負う。

²証人は、法律で定める例外の場合を除いては、証言する義務を有する。

② 証人の召喚は、証人の利益に資する手続法上の規定、証人援助（Zeugenbetreuung）を受ける機会及び出頭しないときの法律上の効果を示して（unter Hinweis）、これをするものとする。

③ ¹証人が同時に被害者（Verletzte）であるときは、この者に係る弁論、

38) Vgl. als die der Komposition meines Aufsatzes Ähnliche Weigend, oben FußN. 21, S. 1483 (S. 1492 ff.).

39) 法第48条第1項は、——犯罪者の処罰というおおよけの利益にもとづいて——当然に正当化されるものと考えられてきた義務を明記した規定である。出頭・証言の強制が基本権の侵害になるため、出頭・証言の義務づけには法律の留保（Gesetzesvorbehalt）という観点から法律上の根拠を要するものと指摘されていた。法第48条第1項はこの指摘を受けたものである。BT-Drs. 16 / 12098, S. 11.

尋問及びその他の審問行為 (Untersuchungshandlungen) は、そのつど、その特別な保護の必要性 (besondere Schutzbedürftigkeit) を考慮してなされなければならない (durchzuführen)。²特に、次に掲げる事項が調査されなければならない (zu prüfen)。

- 一 証人の福祉に深刻な不利益をもたらす危険が切迫していることにより、第168条e又は第247条aの規定による措置を要するかどうか。
- 二 証人の保護に値する利益が認められることにより、裁判所構成法第171条b第1項の規定による公開の停止を要するかどうか。
- 三 第68条a第1項に従い、証人の個人の生活領域に関する質問であってやむを得ないとは認められない (nicht unerlässlich) 内容のものを断念することができる範囲。

³調査に当たっては、証人自身の状況並びに犯罪の性質及び情状を考慮しなければならない (zu berücksichtigen)。

(2) 本稿の目的との関係でまずもって若干の説明を要するのは、法第48条第2項において証人の権利などに関する示唆 (Hinweis) ——すなわち、「証人の利益に資する手続法上の規定」と「証人援助を受ける機会」の示唆——が要求されていることである。召喚の権限を有する者が召喚の際に証人の権利などについて証人に知らせるという法律上の要求は、2004年の(第1次)被害者権利改革法によって追加されたものである。

召喚の際に要求されている示唆の内容は、証人が「証人援助」と呼ばれる事実上の援助を現存する範囲で利用できることと、刑事手続法によって証人に認められた基本的な権利を証人が有することであって、ここにいう基本的な権利の示唆も、証人のために用意されたさまざまな措置の実施が可能であるという点を——逐一の列挙や形式ばった説明によらずに、個々の状況に応じて必要な程度に——明らかにすれば足りるという⁴⁰⁾。教示 (Belehrung) という語が用いられずに「示唆」という文言になったのは、伝える内容・方法がこの程度

40) LR, Bd. 2, § 48 RdNr. 8 f. [Ignor/Bertheau].

の具体性と一定の柔軟性をもって足りるものとなっているからであろう。

証人の権利などに関する示唆は、「とくに傷つきやすい証人」との関係で、④<法に関する知識の欠如>による負荷の回避・除去に役立つものと考えられる。もっとも、示唆のメリットが実際にどのくらいあるのかという点については、疑問も投げかけられている⁴¹⁾。

(3) とくに被害者証人を対象として、これに対する十分な配慮を要求するのは、法第48条第3項である。同項は、2015年の第3次被害者権利改革法によって新設された規定である。この規定は、2012年EU指令の第18条および第22条の規定を国内法に導入するために設けられた⁴²⁾。被害者証人の保護に有用な措置の実施について、その判断の過程を統制するために設けられた規定である。

調査を要するものとして同項に列挙された第1号ないし第3号の事項は例示であるから、各種の措置の実施について検討する契機が生じること、検討に必要な事情が調査されなければならない⁴³⁾。また、同項による規制の対象は裁判所がおこなう手続に限定されないものと考えられている。すなわち、検察官による尋問と検察捜査員による尋問は——法第161条a第1項第2文と法第163条第3項第2文によって第1編第6章の規定が準用されるため——当然に規制を受けるのと同時に、裁判所であれ捜査機関であれ各個人の組織がその職務にお

41) *Folker Wenske*, Zur Modifikation gerichtlicher Zeugenladungen unter Beachtung der Vorgaben des Opferrechtsreformgesetzes vom 24. 6. 2004, DRiZ 2005, S. 293 (S. 293); *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 48 RdNr. 3a [*Schmitt*].

42) 法第48条第3項は、とくに2012年EU指令第22条の内容を具体化したものと考えられる。すなわち、2012年EU指令第22条第1項によれば、特別な保護の必要性に関する判定や、特段の措置 (Sondermaßnahmen) をどのような範囲で実施すればこれが証人の保護に役立つのかといった判断は、「個別の評価 (individuelle Begutachtung)」にもとづいて、早期かつ随時になされなければならない。また、同条第2項によれば、「個別の評価」にあたっては、とくに被害者個人の特性や犯罪の種類・性質さらに犯罪の情状が考慮されなければならない。ABl. 2012 L 315, S. 57 (S. 71)。なお、「個別の評価」という語は、英語の原文において "individual Assessment" であるから、鑑定 (Gutachten) を要求するものでない。*Meier*, oben FußN. 37, S. 1387 (S. 1395)。

43) BT-Drs. 18 / 4621, S. 23; ferner BR-Drs. 56 / 15, S. 20 f.

いはじめて被害者に接触する段階ですでに調査に着手すべきであるという理解にしたがって、警察における聴取ないし尋問の段階も規制の対象となるものと考えられている⁴⁴⁾。

もっとも、法第48条第3項は象徴としての意義を有する規定と評価されていて、裁判官などの判断に現実の効果をおよぼすことは期待されていないようである⁴⁵⁾。なお、「証人の義務及び召喚」という法第48条のタイトルは、同条第3項の新設ののちにも維持されていて、いまや誤解を与えるものとなっている⁴⁶⁾。

(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)

44) BR-Drs. 56 / 15, S. 15, 20. So auch *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 48 RdNr. 11 [*Schmitt*]. 検察捜査員による尋問を新設した2017年の法律が成立する前から、警察による取調べの段階も規制の対象になるものと明確に位置づけられていた。それゆえ、証人に出頭や証言を強制するのにともなって調査の義務が生じるものとは考えられていないということもわかる。Vgl. dazu BR-Drs. 56 / 15, S. 20; *Gabriele Kett-Straub*, Wieviel Opferschutz verträgt das Strafverfahren?, ZIS 2017, S. 341 (S. 343) .

45) *Sabine Ferber*, Stärkung der Opferrechte im Strafverfahren – Das 3. Opferrechtsreformgesetz, NJW 2016, S. 279 (S. 279) . *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 48 RdNr. 12 [*Schmitt*] .

46) *Haverkamp*, oben FußN. 37, S. 53 (S. 55) .