

# 証人等の氏名等の代替開示措置および条件付与等措置に関する刑事訴訟法299条の4、299条の5の憲法37条2項前段適合性

(最高裁第二小決平成30・7・3刑集72巻3号299頁)

成 富 守 登

## 【事案の概要】

### 1 事実概要

被告人は、共犯者とともに、平成21年から23年にかけて被害者5名を逮捕・監禁し、さらにこのうちの2名を殺害、1名を監禁途中で死亡させるなどしたとして、殺人および逮捕監禁致死等で起訴された。本件では、共犯者らとの共謀が主な争点となり、共犯者らのうち主要な実行行為者とされる者が否認し、被害者2名の遺体も発見されていなかった。検察官は、事件性や共謀等を立証するに際して29名の証人尋問を請求した。さらに、このうち、かつて被告人の配下等として直接あるいは間接的に犯行に関わった者、被害者あるいは被害者側の人間として事情を知る者、犯行場所と被告人のつながりを知る者などの重要証人20名に関し、刑訴法299条の4第2項により、被告人および弁護人に対して当該重要証人らの住居を秘匿し、代わりとなる連絡先として神戸地方検察庁姫路支部を指定する措置をとった。なお、本件各証人の氏名及びその供述調書等は全て弁護人に開示されている。

これに対し、弁護人は、当該証人のうちの16名分の措置に関して、①当該

証人らに対する加害行為等がなされるおそれはなく、②本件各措置により被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがあり、③少なくとも、刑法299条の4第1項本文に基づき、弁護人に対し本件各証人の住居を知る機会を与えた上で、これらを被告人に知らせてはならない旨の条件を付せば、加害行為等を防止できるという3点の理由から、本件各措置は取り消されるべきであると主張し、刑法299条の5第1項に基づき裁定請求を行った。

## 2 訴訟の経過

### (1) 原々審 (神戸地裁姫路支決平成30・2・21刑集72巻3号313頁)

神戸地裁姫路支部は、次に見る大阪高裁の判断とほぼ同様の事実を指摘したうえで、上記①～③の各主張を退け、「本件各措置について、刑事訴訟法299条の5第1項各号に該当する事由はいずれも認められないから、本件請求を全て棄却することとし、主文のとおり決定する」と判示した。

これに対して、被告人側は即時抗告した。

### (2) 原審 (大阪高決平成30・3・22刑集72巻3号319頁)

大阪高裁は、以下のとおり述べ、即時抗告を棄却した。まず、加害行為等のおそれについては、被告人が証人らによって自己に不利益な供述がなされるのを避けたいと考えても不思議ではないこと、「本件が集団による連続的な凶悪犯罪で、被告人が相当長期にわたってこの集団において君臨し、共犯者らを含む集団のメンバーを思うままに操ってきたこと、メンバー全員が身柄拘束されているわけではないこと、現に……証人の中には、被告人の親族や関係者から威迫されたり、接触されたりした旨供述する者が、少なからずいること」や「被告人が身柄拘束されて6年以上が経過し、この間、妻を除く一般人との接見を禁止する処分が続いているにもかかわらず、……証人のうち複数の者が被告人の親族や関係者から接触等された旨供述しているこ

と」といった本件事情を挙げ、加害行為等のおそれを認定した。

次に、被告人の防御に実質的な不利益を生じるおそれがあるかについては、「原決定の認定判断は、概ね正当として是認できる」としたうえで、検察官の対応を摘示し、「もともと弁護人が……各証人に直接の連絡をとることによって得られる防御上の実質的な利益はそれほど大きなものではなかったといえる上、これを補うための措置<sup>1)</sup>も検察官において準備されており、これらからすれば、本件措置によって、被告人の防御に実質的な不利益があるとまでは認められない」とした。

最後に、条件付与等措置によって加害行為等を防止できないかについて、本件において想定される加害行為等の重大性や、現に被告人側からの証人への接触行為等の存在もうかがえることを挙げ、「被告人に各証人の住居が知られることを確実に防止しなければなら」ないとしたうえで、弁護人らが過失による漏洩行為を防止する手立てを取っている様子がないことに加え、「本件各証人中の複数の者が、被告人が弁護士を意のままに動かして不適切な行為をさせていたと供述していることや、そのような指摘を受けた弁護士の一部が今も被告人の弁護人に含まれていることがうかがえる」とし、「〔条件付与等〕措置によって加害行為等のおそれを防止できるとはいえない」との判断を下した。

以上の大阪高裁の判断に対して、被告人側は、①刑訴法299条の4および5が、検察側証人に対する対決権・反対尋問権を刑事被告人の基本的な権利として保障した憲法37条2項に違反する、②刑訴法299条の5が公平な裁判を受ける権利を保障している憲法37条1項に違反する旨などを主張し、特別抗告を申し立てた。

---

1) 本件において、具体的には、弁護人から各証人への連絡や面談の要請があれば、その旨を証人に伝達するだけでなく、その要請内容に応じて弁護人の連絡先を伝達するなどし、その伝達の結果を回答したり、弁護人からの信書を証人に交付したりして、その要請に可能な限り応じるとしているなどの措置がとられていたようである。

## 【判旨】

最高裁第二小法廷は、上記主張①について以下のとおり判示し、上記主張②について、刑訴法299条の5が所論のいうとおり受訴裁判所裁判官に継続中の被告事件について予断を抱かせるものではないから前提を欠くとし、その余は単なる法令違反の主張であって刑訴法405条の上告理由に当たらないとして抗告棄却決定を出した。

「条件付与等措置及び代替開示措置は、証人等又はその親族に対する加害行為等のおそれがある場合に、弁護人に対し証人等の氏名及び住居を知る機会を与えた上で一定の事項が被告人その他の者に知られないようにすることを求めることなどでは、証人等の安全を確保し、証人等が公判審理において供述する負担を軽減することが困難な場合があることから、加害行為等を防止するとともに、証人等の安全を確保し、証人等が公判審理において供述する負担を軽減し、より充実した公判審理の実現を図るために設けられた措置であると解される。このうち、代替開示措置については、検察官が、被告人及び弁護人に対し、証人等の氏名又は住居を知る機会を与えなかったとしても、それにより直ちに被告人の防御に不利益を生ずることとなるわけではなく、被告人及び弁護人は、代替的な呼称又は連絡先を知る機会を与えられることや、証人等の供述録取書の取調べ請求に際してその閲覧の機会が与えられることその他の措置により、証人等と被告人その他の関係者との利害関係の有無を確かめ、予想される証人等の供述の証明力を事前に検討することができる場合があり、被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがないこととなる場合があるといえることができる。」

「しかしながら、検察官は、被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがあるときには、条件付与等措置も代替開示措置もとることができない。さらに、検察官は、条件付与等措置によっては加害行為等を防止できないおそれがあるときに限り代替開示措置をとることができる。裁判所は、検察官が条件付与等措置若しくは代替開示措置をとった場合

において、加害行為等のおそれがないとき、被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがあるとき、又は検察官が代替開示措置をとった場合において、条件付与等措置によって加害行為等を防止できるときは、被告人又は弁護人の裁定請求により、決定で、検察官がとった措置の全部又は一部を取り消さなければならない。裁定請求があった場合には、検察官は、裁判所からの意見聴取において、刑訴法299条の5第1項各号に該当しないことを明らかにしなければならず、裁判所は、必要なきときには、更に被告人又は弁護人の主張を聴くなどすることができる。そして、裁判所の決定に対しては、即時抗告をすることができる。これらに鑑みれば、刑訴法299条の4、299条の5は、被告人の証人審問権を侵害するものではなく、憲法37条2項前段に違反しないというべきである。」

「以上のように解すべきことは、当裁判所の判例（最高裁昭和23年（れ）第833号同24年5月18日大法廷判決・刑集3巻6号789頁、最高裁昭和23年（れ）第1069号同25年9月27日大法廷判決・刑集4巻9号1774頁、最高裁昭和26年（あ）第2357号同27年4月9日大法廷判決・刑集6巻4号584頁）の趣旨に徴して明らかである。」

## 【研究】

### 1 問題の所在

刑訴法299条1項は、「検察官、被告人又は弁護人が証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人の尋問を請求するについては、あらかじめ、相手方に対し、その氏名及び住居を知る機会を与えなければならない」旨規定している。同項によれば、証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人（以下、「証人等」とする。）の尋問請求者は、相手方に対して証人等の個人情報を提供することが原則とされ

ている<sup>2)</sup>。これは、相手方に当該証人の証言の証拠能力や証明力について防御準備の機会を与え、証拠調べ請求に対する適切な意見を述べることを可能にさせ、それによって不意打ちを防止して公正な審理を確保することを企図したものである<sup>3)</sup>。このほか、刑訴規則191条の3においても、当事者は証人尋問の準備をしなければならない旨が規定されている。これらの規定が設けられていることから明らかなとおり、特に被告人側からすると、証人等の氏名・住居を確認して事前調査することは、証人等の利害関係、偏見、予断等を反対尋問で明らかにするのに重要であると考えられる。また、理論面においても、被告人側が事前準備をすることができず、実質的に十分な証人尋問を実施できない場合には、憲法37条2項前段の保障する証人審問権と相当程度緊張関係が生じるようにも思われる。

そのような中で、平成28年改正で導入された刑訴法299条の4の規定する、いわゆる条件付与等措置と代替開示措置によって、一定の場合に上記の証人等に関する情報提供について制限が課されることとなった。

しかし、後に述べるとおり、一定の場合に証人等の氏名や住居の情報開示に関して弁護人に一定の不作為義務が生じ、あるいは当該情報開示それ自体がなされないこととなるなど、従前の被害者・証人保護制度と比較しても被告人の防御権への影響が大きいと見える<sup>4)</sup>。より具体的には、条件付与等措置および代替開示措置が利用され、被告人側に証人等の氏名・住居が開示されないなどの状況が生じることで、反対尋問のための十分な準備ができず、ひいては十分な反対尋問が実施できなくなるおそれがある。このような問題意識がもたれるところ、本件では刑訴法299条の4および5が憲法37条2項前段に反しないかが問題となった。

---

2) 河津博史「刑訴法改正の要点と弁護実務 証人等の氏名及び住居の開示に係る措置」自由と正義67巻9号(2016)17頁。

3) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第6巻』[高橋省吾]250頁(青林書院、第2版、2011)。

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)42頁、小島淳「判批」ジュリスト1531号(2019)171頁参照。

本稿では、まず、従前の被害者・証人保護制度と平成28年改正時の議論を整理したうえで、条件付与等措置および代替開示措置の制度内容やその刑事手続上の位置づけを明らかにし、次に、憲法37条2項前段の保障する証人審問権に関する議論について整理する。以上の作業を踏まえ、本決定の妥当性について検討する。

## 2 被害者・証人保護と平成28年改正

### (1) 従前の被害者・証人保護制度

先述のとおり、証人尋問に際しては、証拠調べ請求をした当事者の相手方に証人等の氏名・住居を知る機会を与えることが原則とされている。刑事弁護の実務においては、このような情報を確知し、それに基づく事前調査を行うことは防御権行使の一環として当然の行動とされており<sup>5)</sup>、当該証人等の被告人との利害関係や偏見、予断等を反対尋問で明らかにするのが肝要であると考えられる。その一方で、組織犯罪等を中心として、証人等が被告人やその周囲の者から恨まれ、危害を加えられるといったことが想定される。また、そのような危害をおそれて証人等が証言を拒むといったこともありうる。このような実情から、多くの被害者・証人保護制度が設けられてきた。その概要は、次頁の表のとおりである。

その中で、本件のように証人等の個人情報についての取り扱いに関して規定したのが、平成11年改正で導入された刑事訴訟法299条の2である。同条は、相手方が証人等の氏名・住居を知るに際し、当該証人等およびその親族の「身体若しくは財産に害を加え又はこれらの者を畏怖させ若しくは困惑させる行為がなされるおそれ」がある場合には、相手方に対し、その旨を告げて被告人を含む関係者に当該住居等を知らせないなど、当該証人等およびその親族

5) 武井康年＝森下弘『ハンドブック刑事弁護』（現代人文社、2005）295頁、三木祥史ほか『ベシック刑事弁護実務』（三協法規出版、2016）74頁参照。

表：被害者・証人保護に資する主要関連規定の沿革と概要

時期	条文	内容
平成11年改正前	憲法82条2項	公開の停止
	刑法105条の2	証人威迫罪
	刑訴法89条5号	証人の畏怖を生じさせる疑いを理由とする保釈不許可
	刑訴法96条1項4号	証人の畏怖を生じさせる疑いを理由とする保釈取消し
	刑訴法158条	裁判所外での証人尋問
	刑訴法281条	公判期日外証人尋問
	刑訴法304条の2前段	被告人の退廷
	刑訴規則202条	傍聴人の退廷
平成11年改正	刑訴法299条の2	証人等の身体・財産に対する加害行為等の防止のための配慮
	刑訴法295条2項	証人等の十分な供述の確保のための尋問制限
平成12年改正	刑訴法157条の4	証人への付添い
	刑訴法157条の5	遮へい措置
	刑訴法157条の6 1項	ビデオリンク方式による証人尋問(同一構内型)
平成19年改正	刑訴法290条の2	公開法廷における被害者特定事項の秘匿決定
	刑訴法299条の3	証拠開示時における被害者特定事項の秘匿要請
平成28年改正	刑訴法157条の6 2項	ビデオリンク方式による証人尋問(非同一構内型)
	刑訴法290条の3	公開法廷における証人等特定事項の秘匿
	刑訴法299条の4 1項	条件付与等措置
	刑訴法299条の4 2項	代替開示措置

※なお、改正は刑訴法の改正を指す。



の安全が脅かされることがないように配慮することを求めることができる旨規定している<sup>6)</sup>。また、平成19年改正で導入された刑訴法299条の3も、被害者特定事項に限定されているが、一定の場合には、弁護人に対して、これを被告人その他の者に知られないようにすることを求めることができる旨規定している。

しかし、これらの規定は、あくまでも配慮要請に留まるものであり、また情報秘匿の対象は住居等の情報に限定されている。さらに、被告人側を相手方とする場合には、弁護人の判断に依拠する構造となっている。そのため、たとえば、暴力団による組織犯罪等や性犯罪における証人等の安全確保や負担軽減のための手段としては必ずしも十分ではない場合があるところ、その結果として当該証人等から十分な協力を得ることが困難となるおそれがあることは否定できない<sup>7)</sup>。

そこで、法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」（以下、「法制審特別部会」とする。）において、この分野のさらなる議論が重ねられ、当該加害行為等を防止し、証人等の負担軽減を図ることで、これらの者から十分な協力が得られるようにし、より充実した公判審理の実現に資することを目的に条件付与等措置および代替開示措置が設けられることとなった。

## (2) 制度概要とその評価

刑訴法299条の4においては、まず、第1項で条件付与等措置が規定されている。同項によると、証人等の氏名・住居情報を開示するに際し、当該証人等もしくはその親族の「身体若しくは財産に害を加え又はこれらの者を畏怖させ若しくは困惑させる行為がなされるおそれ」があると認められる場合に、検察官は、弁護人に対し、当該氏名及び住居を知る機会を与えた上で、

6) なお、同条は、「犯罪の証明若しくは犯罪の捜査又は被告人の防御に関し必要がある場合」はこの限りでないとしている。

7) 法制審議会「法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会」第16回会議議事録〔大野委員発言〕30頁、保坂和人ほか「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(2)」法曹時報69巻3号（2017年）39頁。

①当該氏名又は住居を被告人に知らせてはならない旨の条件を付すか、②被告人に知らせる時期若しくは方法を指定することができる。また、同条第3項では、証拠書類又は証拠物の閲覧に際して同様の措置が認められている。当該要件を充足する場合としては、証人等もしくはその親族に対する深刻な加害行為等がなされる可能性が高く、これを確実に防止するために弁護人の過失によって当該情報が漏洩する可能性を排除する必要がある場合、被告人から弁護人に強い働きかけがあるなど、弁護人が当該情報を秘匿することが困難な場合、あるいは弁護人と暴力団組織の癒着が疑われる場合が想定されている<sup>8)</sup>。条件付与等措置については、実効性担保のために刑訴法299条の7の第1項には当該弁護人が所属する弁護士会等に対する処置請求が規定されている。

次に、条件付与等措置によって同条第1項本文に規定する行為を防止できないおそれがある場合に用いることのできる措置として、同条第2項で代替開示措置が規定されている。同項によると、検察官は、被告人及び弁護人に対し、当該証人等の氏名・住居を開示しないことができ、氏名に代わる呼称、住居に代わる連絡先を知る機会を与えることとなる。同条第4項では、証拠書類又は証拠物の閲覧に際して同様の措置が認められている。当該措置の具体的内容としては、たとえば、氏名に代わる呼称として事件当時の旧姓や通称名を用いること、住居に代わる連絡先として措置対象者から委託を受けた弁護士の事務所やDV被害者の一時保護を行っているNPO法人等の事務所の名称および所在地、電話番号を連絡先とすることなどが考えられる<sup>9)</sup>。

条件付与等措置と代替開示措置は、前者を講じたとしてもそれでもなお証人等への加害行為等を防止できないと考えられる場合に、後者を講じることが許されるという形で、2段階構造となっている。このような構造からわか

8) 保坂ほか・前掲50頁。また、隅田陽介「近時における刑事訴訟法改正に関する一考察：犯罪被害者等の私的な情報の保護及び秘匿を中心に」帝塚山法学29号(2018)17頁は、このような状況は「頻繁に起こるわけではなく、かなり限定的な場合に該当すると言えるのではないかと評価する。

9) 松尾浩也・監修『条解 刑事訴訟法』(弘文堂、第4版増補版、2016)1353頁。

るとおり、代替開示措置はより例外的な措置として位置づけられる<sup>10)</sup>。

なお、刑訴法299条の4第5項によれば、各措置をとった場合には、刑訴法299条の6の定める裁判所による措置の対象となりうるため、検察官は「速やかに、裁判所にその旨を通知しなければならない」こととされている。また、証人等の「供述の証明力の判断に資するような被告人その他の関係者との利害関係の有無を確かめることができなくなる場合その他の被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがある場合」には、いずれの措置もとることができない。これは、加害行為等がなされるおそれの程度やその内容を問わず、当該措置をとることを否定するものであり、被告人の防御権保障に配慮したものである<sup>11)</sup>。当該おそれがあるときは、予想される証人等の供述の証明力を事前に検討することができず、反対尋問を実効的に行うための準備をすることができないことを指していると考えられる<sup>12)</sup>。

条件付与等措置・代替開示措置が用いられるか否かに関しては、上記要件を充足するかについて検察官と弁護人との間で争いが生じうる。そのため、条件付与等措置・代替開示措置については、刑訴法299条の5によって裁定請求の制度が設けられており、当該請求による決定に対しては即時抗告が認められている。

以上、条件付与等措置・代替開示措置の概要について整理してきた。すでに設けられていた刑訴法299条の2および3が検察官から弁護人に対する「配慮」を求めるにとどまるものであったところ、これらの措置は弁護人に対して「配慮」を超えて不作為義務ないし情報秘匿を課しうる制度である。また、対象となる情報の範囲も、299条の2と比べると、証人等の氏名又は住居という形で従前よりも拡大されている。このように、条件付与等措置および代替開示措置は、従前の制度と比べた場合の相対的な法的効果の大きさ、そして片務的に一定の措置の遵守が求められる構造になっていること<sup>13)</sup>に特徴

10) 保坂ほか・前掲注(7)50頁。

11) 保坂ほか・前掲48頁。

12) 匿名「判批」判時2440号(2020)97頁。

13) 川崎英明ほか編著『2016年改正刑事訴訟法・通信傍受法 条文解析』〔新屋達之〕111頁(日

があるといえよう。

しかしながら、条件付与等措置・代替開示措置とも立法に向けた議論の時点から懸念・疑問の声も多くみられた。具体的には、①検察官による証人の囲い込みの懸念<sup>14)</sup>、②証人等の信用性に関わる事項について調査できず、防御権行使に支障をきたすとの懸念<sup>15)</sup>、③弁護人にも氏名が知らされない可能性があり、匿名で証言することで、虚偽証言によって被告人を罪に陥れる危険性が高まるとの懸念<sup>16)</sup>、④被告人の防御に実質的な不利益を生じるおそれがあるか否かを検察官や裁判所が的確に判断できるのかといった疑問<sup>17)</sup>である。このうち、②および③については、先述のとおり<sup>18)</sup>、十分な証人尋問を実施することができるかという点に関わるものであり、理論的には憲法37条2項前段との関係が特に問題となる。

それでは、反対尋問の事前準備という点は、憲法37条2項前段の保障範囲内のものといえるのだろうか。

### 3 証人審問権の内実・射程に関する議論

憲法37条2項前段は、「刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を十分に与へられ」る権利として、いわゆる証人審問権を保障している。証人審問権の合憲性が問題となるパターンは、①伝聞法則との関係性が問題となる場合、②被告人の証人審問権の内容を制約ないし限定する制度を設ける場合、③公判期日に喚問された証人が、何らかの理由で被告人側の反対尋

---

本評論社、2017)。

14) 川崎ほか・前掲〔新屋達之〕116頁。

15) 法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」第16回会議事録〔小野委員発言〕31頁。

16) 法制審議会「法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会 第2作業分科会」第6回会議事録〔神幹事発言〕7頁。

17) 法制審議会「法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会 第2作業分科会」第1回会議事録〔神幹事発言〕19頁。

18) 本稿124頁参照。

問に応じない場合とに区分される<sup>19)</sup>。

証人審問権については、上記①のパターンとの関係で多くの議論が蓄積されてきたが、1990年代以降、証人審問権の内実それ自体を問い直す研究がみられはじめる。代表的なものとして、たとえば、証人尋問プロセス保障説<sup>20)</sup>は、証人審問権を、被告人に対して「少なくとも、……供述による情報を提供する証人に、事実認定者の面前で、狭義の尋問のほか、物理的対面をも含めた、通常の証人尋問のプロセスを実行する機会」を保障したものと理解する<sup>21)</sup>。また、近時、証人審問権を供述証拠の信頼性の事実認定者によるより確実な評価の可能性を趣旨とする権利と捉える、信頼性評価可能性確保説<sup>22)</sup>も登場しており、証人審問権が伝聞法則とは異なる次元で公判外供述の証拠利用に規律を及ぼしうると理解されている<sup>23)</sup>。もっとも、尋問それ自体が実現されているが、その事前準備が妨げられたために期待されたほど有効な反対尋問ができなかった場合に憲法37条2項違反とするかは、これらの見解からは、明らかでない<sup>24)</sup>。

それでは、判例上はどのように理解されてきたのだろうか。本決定は、憲法37条2項違反でないという結論を補足する形で、最高裁昭和24年5月18日大法廷判決<sup>25)</sup>、最高裁25年9月27日大法廷判決<sup>26)</sup>、最高裁27年4月9日大法

19) 酒巻匡「証人審問権と伝聞法則」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、第3版、2002）180頁。

20) 堀江慎司「証人審問権の本質について—アメリカにおける議論を中心に（六・完）」法学論叢142巻2号（1997）1頁。

21) 堀江・前掲 23頁。

22) 大谷祐毅「刑事裁判における公判外供述の証拠使用と証人を審問する権利の役割（五・完）」法学協会雑誌136巻10号（2019）136頁。

23) なお、周知のとおり、退去強制と検面調査の証拠利用に関する最高裁平成7年6月20日第三小法廷判決刑集49巻6号741頁も証人審問権の趣旨に触れたうえで、「検察官面前調書を証拠請求することが手続的正義の観点から公正さを欠くと認められるときは、これを事実認定の証拠とすることが許容されないこともあり得る」旨判示している。

24) 証人尋問プロセス保障説に関する同様の指摘として、伊藤陸「判批」新・判例解説 Watch25号（2019）188頁。

25) 刑集3巻6号789頁。

26) 刑集4巻9号1774頁。

廷判決<sup>27)</sup>を引用する。これらの判例は、憲法37条2項前段が、被告人に証人尋問の機会を与えない証人の供述には絶対的に証拠能力を認めないとしているわけではなく、それゆえに一定の要件のもとで伝聞証拠の取調べが許容されることを趣旨としたものであろう<sup>28)</sup>。本判決においてこれらの判例が引用されているのも、伝聞例外規定の適用に関して証人尋問の機会が与えられない場合でも憲法37条2項前段違反とされないことが認められるところ、証人尋問の機会が与えられている場合に同項前段違反とすることは困難であるとの論理に基づいていると考えられる<sup>29)</sup>。しかしながら、これらの判例は、証人審問権の合憲性が問題となるパターンのうち、上記①の場合について判断したものであり、かつ証人審問権の内実や効果それ自体について判示したのではなく、引用判例を上記論理のとおり一般化できるかは必ずしも明らかではない。このような事情を考慮すれば、上記各判例は、直接的には本件において先例として妥当するものではないと考えられる<sup>30)</sup>。本件は、証人尋問それ自体は実施できる状況にあるところ、その準備が十分にできているか否かという点が問題の核心であろう。すると、本来的には上記①のパターンに関する判例を検討するのみでは先例の動向把握としては不十分であるようにも思われる。

そこで、証人審問権の合憲性が問題となるパターンのうち、上記②のものについて整理する<sup>31)</sup>。上記②に該当すると考えられる比較的近時のものとしては、遮へい措置の活用およびビデオリンク方式による証人尋問と証人審問権の関係に関する最高裁平成17年4月14日第一小法廷判決（以下、「平成17年判例」とする。）<sup>32)</sup>である。平成17年判例は、遮へい措置と証人審問権の

---

27) 刑集6巻4号584頁。

28) 野村賢「判解」法曹時報72巻7号(2020)190頁参照。

29) 野村・前掲参照。

30) 川出敏裕『刑事訴訟法の論点』（立花書房、2019）170頁も、本件に関してあくまで証人を審問する機会を「十分に」与えたか否かが問題であるとする。

31) なお、本稿と同様のアプローチを試みるものとして中村真利子「判批」刑事法ジャーナル59号(2019)119頁。

32) 刑集59巻3号259頁。

関係性について述べる文脈において、「証人尋問の際、被告人から証人の状態を認識できなくする遮へい措置が採られた場合、被告人は、証人の姿を見ることができないけれども、供述を聞くことはでき、自ら尋問することもでき、さらに、この措置は、弁護人が出頭している場合に限り採ることができるのであって、弁護人による証人の供述態度等の観察は妨げられないのであるから、……制度の趣旨にかんがみ、被告人の証人審問権は侵害されていない」とし、ビデオリンク方式による証人尋問と証人審問権の関係性について述べる文脈において、「ビデオリンク方式によることとされた場合には、被告人は、映像と音声の送受信を通じてであれ、証人の姿を見ながら供述を聞き、自ら尋問することができるのであるから、被告人の証人審問権は侵害されていない」と述べている。また、両制度が併用された場合についても、「映像と音声の送受信を通じてであれ、被告人は、証人の供述を聞くことはでき、自ら尋問することもでき、弁護人による証人の供述態度等の観察は妨げられないのであるから、やはり被告人の証人審問権は侵害されていない」としている。ここでは、法廷において、被告人が証人とやり取りできることと、少なくとも弁護人によって証人の供述態度等の観察ができることをもって「十分な審問」ができるという判断がなされている。すなわち、平成17年判例においても、証人審問権が公判外供述の規律として供述の信用性担保を要求するものなのか、あるいはそれ以上に証人尋問の実効性そのものを保障するもののかなど、権利の内実それ自体や保障範囲に対する判例の理解は示されておらず、あくまで公判段階における尋問態様の分析（と宣誓や偽証罪による威嚇）から証言の信用性を担保できるとの判断がなされているに過ぎない。

また、本件以前の下級審レベルの判断として、条件付与等措置と証人審問権の関係に関する東京高裁平成30年6月22日決定<sup>33)</sup>が挙げられる。同決定は、条件付与等措置の制度趣旨に「相応の必要性和合理性」が認められること、被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがあるときには同措置を用いることができないとされていること、証人や親族の「身体若しくは財産に害

33) 東高（刑事）時報69巻1～12号46頁。

を加え又はこれらの者を畏怖させ若しくは困惑させる行為がなされるおそれがある」との要件を満たす場合に限って同措置を用いることができるとの限定が付されていること、要件充足の判断について争う場合には裁定請求ができること、そして、弁護人には証人の住居を知る機会が与えられることに鑑み、証人審問権の侵害に当たらないと結論付けている。また、「仮に刑訴法299条の制度が憲法37条2項により直接に保障される範疇に属するものであるとの前提に立つとしても、他者の人権との競合が生ずる場合等において、必要で合理的な制約が存することになることは、他の人権の場合と同様であって、上記の内容の本件条件付与制度は、必要で合理的な制約の範囲内に止まる」とも述べている。同決定によれば、証人尋問の事前準備のために証人等の氏名・住居を知ることが証人審問権の保障範囲に含まれるかは不明であり、仮に含まれるとしても条件付与等措置の仕組みから制約を正当化しうることになる。

このように、証人審問権に関する議論動向からは、本件のように証人尋問の事前準備が充分にできないことをもって証人審問権違反となるか否かは明らかではない。他方で、上記パターン②に該当する裁判例からすると、証人尋問において被告人が証人とやり取りでき、少なくとも弁護人によって証人の供述態度等の観察ができる場合には憲法37条2項前段違反とはならず、また、違反を疑われる制度についてその趣旨や仕組みから必要で合理的な制約であると評価される場合にも同項前段違反とはならないことになる。

#### 4 本決定について

本決定は、条件付与等措置および代替開示措置の制度趣旨について基本的に立案担当者と同様の理解を示し、代替開示措置が利用可能な場合や裁定請求も含めた当該制度の仕組みについて言及したうえで端的に、「これらに鑑みれば、刑訴法299条の4、299条の5は、被告人の証人審問権を侵害するものではなく、憲法37条2項前段に違反しないというべき」とする。そして、



補足的に昭和24年判例等の先例を挙げ、「以上のように解すべきことは、当該裁判所の判例……の趣旨に徴して明らかである」とする。

本決定の特徴は、合憲性の争われている制度について不服申し立ての手段も含めて全体の仕組みを前提として合憲性を肯定した点にあると解される。特に、「被告人の防御に実質的な不利益を生じるおそれがある」場合に当該措置を用いることができない点、条件付与等措置と代替開示措置の2段階構造となっている点は、まさしく証人審問権の保障を担保することを示す事実として指摘されているのであろう。このうち、裁定請求の存在とその内容に言及する文脈において当事者の意見聴取がなされることを指摘している点は、「実質的な不利益」の判断主体への疑問に対する裁判所の解答とも読める<sup>34)</sup>。

また、本決定におけるこれらの特徴は、その論理構造から外形的に評価できるものであるが、その判断内容については疑問も向けられている。特に、憲法37条2項の適合性が争われているところ、本決定は証人審問権の内実や射程について言及せずに条件付与等措置および代替開示措置の合憲性を肯定している。このような判断手法については、条文を一般論として妥当したのみで具体的な解釈基準もないとの評価<sup>35)</sup>や、特に代替開示措置が被告人の防御に「実質的な不利益」を及ぼしうるか否かをもう少し真摯に検討すべきだったとの指摘もみられる<sup>36)</sup>。たしかに、本決定は、本件事情については何ら触れることなく当該制度の合憲性を肯定しており、加害等のおそれがある場合なのか否か、条件付与等措置では防止できない場合なのか否かについては不明確である。「実質的な不利益」の内容と証人審問権の保障内容が完全に一致するとまでは言えないかもしれないが、本決定の理解が当該制度の仕組みを根拠として合憲性を肯定するものである以上、少なくとも証人審問権の内容・守備範囲それ自体についての理解を示したうえで、本件における「実

34) 小島・前掲注(4)171頁参照。

35) 伊藤・前掲注(24)190頁。

36) 飯島滋明「判批」新・判例解説 Watch24号(2019)32頁。

質的な不利益」がないことを記すべきだったのではないだろうか。

もっとも、本件特別抗告申立てにおける主張は、刑訴法299条の4および5について憲法37条2項前段について主として法令違憲を争点としたようにも読めるところ、その限度では本決定も応答しているのかもしれない。しかし、個別具体的な局面を問題とする適用違憲が問題とされる場合はありうると考えられ、やはり、この点の検討も今少しなされるべきだったのではないだろうか。先述の要件充足性に関する判断基準については今後の課題ということになろう<sup>37)</sup>。

## 5 本決定の意義・まとめ

本決定は、従来抵触が懸念されていた刑訴法299条の4および5と憲法37条2項前段の保障する証人審問権との関係性について、最高裁としてはじめて合憲との判断を示したものとして意義がある<sup>38)</sup>。特に、本件では、特別抗告申立書における主張へ応える形での判断がなされていると読めるところ、法令違憲か否かへの回答はなされたものと理解できる。そのため、個々の事案での適用の仕方次第では、適用違憲となりうることはありえよう。本稿でも確認したとおり、代替開示措置・条件付与等措置とも、あくまで「被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれのある場合」とはならないこともありうるとの想定の下に成り立っており、裏を返せば被告人の防御権に大きな影響を及ぼすことがありうることは念頭に置かれているのである。そのため、今後も条件付与等措置・代替開示措置の運用については慎重な態度が求められるべきであるし、事案の蓄積によってどのような場合に用いられるかの指針が示されることが望まれよう。

なお、2018年4月までの間で、裁定請求を認めて代替開示措置を取消した証人等の数は6件、裁定請求措置を棄却した事例は本件以外には見当たらな

37) 中村・前掲注(31)123頁、榎本雅記「判批」法学教室459号(2018)155頁。

38) 野村・前掲注(28)192頁。

いようである<sup>39)</sup>。

また、本稿で見てきたように、本件における判示の仕方に対しては批判もみられ<sup>40)</sup>、依然として証人審問権それ自体の内実や射程に関しても最高裁による判断は明確には示されていない。本件とは離れるが、近年においても司法面接の証拠利用方法など、証人審問権の保障との関係が問題となりうる課題が控えている。このような状況からすると、一般論として、このような判断の仕方では憲法37条2項に関する合憲性の判断が充分かは、なお検討の余地があるように思われる。

---

39) 野村・前掲 192頁。執筆者も、本稿脱稿時点での状況をデータベース等(Lex/DB および West Law Japan)で調査したが、この時点において裁定請求を棄却した事例は確認できなかった。

40) 飯島・前掲注(36) 32頁参照。