

検察官が証人の氏名、住所等を被告人や弁護士に知らせないこと等を認める刑事訴訟法 299 条の 4 第 1 項、第 2 項は証人審問権を保障した憲法 37 条 2 項に違反しないとした事例

【文 献 種 別】 決定／最高裁判所第二小法廷

【裁判年月日】 平成 30 年 7 月 3 日

【事 件 番 号】 平成 30 年（シ）第 170 号

【事 件 名】 検察官による証人等の氏名等の開示に係る措置に関する裁定決定に対する
即時抗告棄却決定に対する特別抗告事件

【裁 判 結 果】 棄却

【参 照 法 令】 憲法 37 条 1 項・2 項前段・3 項、刑事訴訟法 299 条の 4、299 条の 5

【掲 載 誌】 裁判所ウェブサイト、裁時 1703 号 1 頁

LEX/DB 文献番号 25449567

事実の概要

刑事訴訟法 299 条 1 項では、「検察官、被告人又は弁護士が証人、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」とされている。しかし 2016 年に刑事訴訟法が改正され、299 条の 4 という規定が創設された。299 条の 4 第 1 項では、証人やその親族の身体・財産への加害・畏怖・困惑などのおそれがある場合、検察官は証人等の氏名や住居を被告人に知らせない等の条件を弁護士に付す措置（以下、「条件付与等措置」という）、さらに 299 条の 4 第 2 項では、「条件付与等措置」では証人や親族の保護ができない場合、検察官は弁護士にも証人等の氏名や住居を秘匿し、氏名に代わる呼称、住居に代わる連絡先を告げる措置（以下、「代替開示措置」という）をとる権限が付与された。

2018 年 1 月 15 日、神戸地方検察庁姫路支部の検察官は殺人事件等で 29 人の証人尋問を申請したが、20 人に対して「代替開示措置」をとり、弁護士にも証人の住居を秘匿し、住居に代わる連絡先として神戸地方検察庁姫路支部を指定した。それに対して弁護士は、「代替開示措置」がとられた 20 人のうち 16 人の「代替開示措置」の取消請求を神戸地方裁判所姫路支部におこなった。2018 年 2 月 21 日、神戸地方裁判所姫路支部は請求を棄却する決定をおこなった。それに対して弁護士は①検察側証人の氏名や住居を知る権利は反対尋問権（憲法 37 条 2 項）や弁護士依頼権（憲

法 37 条 3 項）の要素をなす権利だが、「平成 28 年改正刑訴法は、十分な事実上の根拠なしにこれらの権利を侵害する制度を創設したのであり、違憲である」、②「公平な裁判所による裁判を受ける権利（憲法 37 条 1 項）を侵害し、無罪推定を受ける権利（自由権規約 14 条 2 項）を侵害する」として即時抗告の申立てをおこなった。しかし大阪高等裁判所も即時抗告を棄却した。そこで弁護士は最高裁判所に特別抗告を申し立てた。

決定の要旨**主文**

本件抗告を棄却する。

理由**1 本件抗告の趣意のうち、刑訴法 299 条の 4、299 条の 5 は、憲法 37 条 2 項前段に違反する旨の主張について**

（前略）「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、弁護士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ない。裁判所は、必要なときには、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ということができる。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、被告人の証人尋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。」(略)

2 その他の主張について

「刑訴法 299 条の 5 の憲法 37 条 1 項違反という点は、刑訴法 299 条の 5 は、所論のいうように受訴裁判所の裁判官に係属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……、前提を欠き、その余は単なる法令違反の主張であって、いずれも刑訴法 405 条の上告理由に当たらない。」

判例の解説

一 「証人尋問権」(憲法 37 条 2 項)と「弁護人依頼権」(憲法 37 条 3 項)について

敗戦までの日本の刑事手続では、国家権力による恣意的な身体拘束や虐待、拷問など、極めて深刻な人権侵害がおこなわれた。一方、日本の敗戦を契機に成立した「日本国憲法」では「個人の尊重」が最高の価値とされ(13 条)、「基本的人権の尊重」が基本原理とされた(11 条、97 条)。日本国憲法では敗戦までのような、人権侵害を伴う刑事手続は全面的に否定された。そして刑事手続での最大の人権侵害の一つ、それは実際には犯罪を犯していないのに犯罪者とされる「冤罪」である。「冤罪」は「個人の尊重」(憲法 13 条)を根底から蹂躪する。また、「13 条から流出派生する刑事に関するまさしく基礎的規定」¹⁾である「適正手続の保障」(31 条)は、「冤罪防止の見地から無実かもしれない者が処罰されることを厳しく禁止している」²⁾。「冤罪」を生み出さないため、憲法 13 条や 31 条³⁾、「国際協調主義」⁴⁾を根拠に「無罪推定の原則」が導き出される。さらに「冤罪」や刑事手続での人権侵害を阻止するため、憲法ではさまざまな権利が保障されている。憲法 37 条 2 項の「証人尋問権」も「冤罪」防止のための規定の一つである。「自分への告発に反論を提示してそれに対決する機会が与えられなければならない」という考え方は、アングロ・アメリカン系での『適正な手続』原則の中核であり、「憲法 37 条 2 項は、このことを証人に関する権利として明記している」⁵⁾。被告人や弁護士が証人の記憶や証言の正確性について質問し、記憶や証言が不自然・不正確な場合には証言の信用性のなさを明らかにする尋問は、被告人の無罪証明のためには極めて重要である。「証人尋問権」はこうした尋問を被告人の権利として認めたものである。

さらに憲法 37 条 3 項では「弁護人依頼権」が保障されている。被疑者や被告人が拷問、脅迫などによる虚偽の自白に追い込まれないための「人権侵害違憲・違法捜査の監視」、「不起訴処分・無罪証明にむけた活動」、そして長期勾留などで被告人などが「虚偽の自白」に追い込まれないための「精神的サポート」など、「弁護人」の行動は「冤罪防止」のためにも重要な役割を果たす⁶⁾。

二 「条件付与等措置」「代替開示措置」に関する憲法的考察

検察による「条件付与等措置」や「代替開示措置」は、証人の氏名や住居を被告人、さらには弁護士にさえ秘匿するなどの措置のため、憲法で保障された「証人尋問権」との緊張関係に立つ。「代替開示措置」の場合には「弁護士依頼権」との関係も問題となる。そして「条件付与等措置」「代替開示措置」は憲法上、極めて問題がある。

まず、「条件付与等措置」「代替開示措置」を法律で認める「立法事実」が「抽象的な必要性としてしか論じられていない」⁷⁾という問題が指摘されている。たとえば「法制審議会」の議論でも、「条件付与等措置」「代替開示措置」が本当に必要なのか、「証人保護」という「目的」が正当だとしても、その目的のために被告人や弁護士に証人の氏名や住居を秘匿するという「手段」が正当なのか、十分な議論がされたわけではない。

つぎに「当事者主義」の理念に適う措置かどうか問題となる。日本国憲法の刑事手続では、捜査機関である警察や検察、そしてもう一方の当事者である被告人や弁護士がお互いの主張を突き合わせ、その是非を裁判所が判断するという「当事者主義」が採用されている(31条)。「当事者主義」を前提とすれば、当事者である検察官が相手方当事者である被告人や弁護士の活動を一方的に制限する措置を正当化するのは困難である。「仮にこのような制度を置く必要があるとしても、検察官の請求・弁護人の意見聴取と裁判所による裁定ないし決定によるのが筋」⁸⁾であろう。

最後に、「条件付与等措置」「代替開示措置」は「過度に広範な規制」であり、「証人尋問権」や「弁護士依頼権」を侵害・空洞化する危険性が払拭できない。証人や親族に対して被告人が「加害」「畏怖」「困惑」行為の「おそれ」がある場合、検察官は「条件付与等措置」「代替開示措置」をとることができる。『「加害」概念はまだしも、『畏怖』『困惑』は主観的・あいまい』⁹⁾、『「困惑」は不明瞭で、立法として問題があり、削除すべきである』¹⁰⁾と指摘されている。「畏怖」「困惑」という要件は明確とはいえない。「おそれ」という「要件」も抽象的・曖昧であり、かつ検察官の拡大解釈の余地を残す。たしかに暴力団関係の事件のように、証人や親族などへの報復や加害の危険性がある場合など、「条件付与等措置」「代替開示措置」が必

要な状況が存在する可能性も完全には否定できない。刑事訴訟法学説でも「これらの措置によって、被告人の防御権が大きく制約される可能性が払拭できない以上、真にやむを得ない特別な事態でないかぎり、証人の氏名・住所の不告知は許されない」¹¹⁾のように、「真にやむを得ない特別な事態」が存在することは否定されていない。ただ、「証人尋問権」「弁護士依頼権」の重要性に鑑み、「条件付与等措置」や「代替開示措置」は極めて例外的な場合にしか認められるべきではない。ところが「条件付与等措置」「代替開示措置」の要件は極めて曖昧であり、「証人尋問権」や「弁護士依頼権」を画餅にさせる危険性を払拭できない。

三 最高裁判所決定と「証人尋問権」

以上のような視点から本件最高裁判所の決定をみると、「証人尋問権」の重要性を正当に評価していないとの感が否めない。最高裁は「代替開示措置」について「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」としている。しかし、「当該証人等の供述の証明力に争いがあるため、その信用性に関する事項を調査する必要がある場合において、弁護人に証人等の氏名又は住居を不開示とすることは、被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがある」¹²⁾。弁護士は無罪証明のため、検察官が申請した証人に事実などを直接、確認する必要がある場合もある。検察官が申請した証人発言の信用性などを調査するため、近隣住民などに事件の背景や証人の人柄などを聞くことも必要になる場合もある。ところが「代替開示措置」がとられ、弁護士が証人に連絡をしようとしても検察が間に入ること、弁護士の意図が正確に伝えられなかったり、弁護士から証人への粘り強い説得などが不可能となる場合がある。さらに、弁護士が証人に事前に会う目的を詳細に検察に伝えるのであれば、弁護活動の手の内が検察官に知られることになる。こうした状況をもたらしかねない「代替開示措置」は、極めて多くの場合、「被告人の防御に実質的な不利益」をもたらす。「平成30年3月15日付即時抗告申立書に対する意見書」で検察が「被告人であった元部下たちが口をそろえて、被告人に住居が知られれば、深刻な危害を加えられるおそれが高い旨述べている」こと、「[一部の弁護士が]現に被告人の罪証隠滅工作に協力しており、被告

人からの要請があれば、Z₁〔実際は実名〕など周辺者に証人らの住居を漏示することを拒絶するとは考えられず、漏示の可能性が極めて高い」との指摘を前提とすれば、本件は極めて例外的・特殊な事例であり、「代替開示措置」もやむを得ない事例かもしれない。ただ、本件「代替開示措置」が被告人の防御に実質的な不利益がないかどうかについては「証人尋問権」の重要性に鑑み、もう少し真摯に検討すべきだった。「公判廷外における聴取書又は供述に代わる書面をもって証人に代えることは絶対に許されないという趣旨ではない」（最大判昭 23・7・19 刑集 2 巻 8 号 952 頁）、「被告人に反対尋問の機会を与えない証人その他の者（被告人を除く）の供述を録取した書類は、絶対に証拠とすることは許されないと言う意味を含むものではない」（最大判昭 24・5・18 刑集 3 巻 6 号 789 頁）とのように、最高裁判所は今までも「証人尋問権」の意義や重要性を重視しない判断をしてきた。本件でも最高裁は「証人尋問権」の重要性について丁寧な判断を示すことはなかった。

四 最高裁判所決定と「公平な裁判所」

最高裁判所は本件決定で、「条件付与等措置」や「代替開示措置」は「公平な裁判所」の裁判を受ける権利を侵害しない旨の判示をした。この点こそ、最高裁判所はもう少し踏み込んだ検討が必要ではなかったか。判例によれば「公平な裁判所」とは、「構成其他において偏頗の惧なき裁判所」とされる（最大判昭 23・5・5 刑集 2 巻 5 号 447 頁）。刑事訴訟法では「公平な裁判所」の具体化のために、さまざまなしくみが設けられている。たとえば旧刑法では、検察官は起訴状と一緒に一件記録も裁判所に提出した。裁判官は事前にこうした記録に目を通したうえで公判に臨み、「被告人尋問」をおこなっていた。しかし「このような方式では、裁判官は被告人が有罪であるとの予断をもって公判に臨むおそれが強くなる」¹³⁾。そこで「刑事訴訟法は、捜査過程と公判を切断する起訴状一本主義をとることで裁判所の予断を防ぐとともに（刑訴法 256 条 6 項）、『訴因』の観念を導入することで審判の範囲を検察官の専権として裁判所の権限を限定し（刑訴法 256 条 3 項）、かつ証拠調べの主導権を当事者に与えることで『公平な裁判所』の理念をより具体的に実現しようとしている」¹⁴⁾。さらに「公平な裁判所」を実現する

ため、勾留に関する処分は受訴裁判所を構成する裁判官とは別の裁判官がおこなうことになっている（刑訴法 280 条）。ところが 2016 年改正刑訴法では、公判裁判所が「条件付与等措置」や「代替開示措置」についても判断することとなっている。「起訴状一本主義」などの制度と対比した場合、「条件等付与措置」や「代替開示措置」について判断した裁判所がその後の裁判でも判断するという制度が本当に「公平な裁判所」といえるのか。最高裁判所は「憲法違反」との判断を示すことも視野に入れても良かったのではなかろうか。

●——注

- 1) 佐藤幸治『日本国憲法』（成文堂、2011 年）331 頁。
- 2) 白取祐司『刑事訴訟法〔第 4 版〕』（日本評論社、2007 年）3～4 頁。
- 3) 憲法 31 条の「適正手続」の内容に「無罪推定の原則」が含まれると指摘する文献として、芦部信喜編『憲法Ⅲ 人権（2）』（有斐閣大学叢書、1987 年）97 頁〔杉原泰雄執筆〕。
- 4) 1948 年に国連総会で採択された「世界人権宣言」11 条、1966 年に国連総会で採択され、日本も 1979 年に批准した「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（いわゆる「B 規約」）14 条では「無罪と推定される権利」が保障されている。憲法 98 条 2 項及び前文の「国際協調主義」を根拠に、日本の関係機関は「無罪推定の権利」を保障する憲法上の義務を負う。
- 5) 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』（有斐閣法学叢書、1993 年）346 頁。
- 6) 弁護士のこうした役割については、飯島滋明『痴漢えん罪に巻き込まれた憲法学者』（高文研、2012 年）145～151 頁参照。
- 7) 新屋達之「刑訴法案の忘れられた論点 証人等の保護について」法民 503 号 41 頁。
- 8) 川崎英明＝三島聡＝淵野貴生編『2016 年改正 刑事訴訟法・通信傍受法条文解析』（日本評論社、2017 年）111 頁。
- 9) 川崎＝三島＝淵野編・前掲注 8）文献 114 頁。
- 10) 川崎＝三島＝淵野編・前掲注 8）文献 114 頁。
- 11) 白取祐司『刑事訴訟法』（日本評論社、2017 年）375 頁。
- 12) 小坂井久＝青木和子＝宮村啓太編『Q&A 平成 28 年改正刑事訴訟法等のポイント』（新日本法規、2017 年）174～175 頁。
- 13) 田口守一『刑事訴訟法〔第 6 版〕』（弘文堂、2012 年）209 頁。
- 14) 長谷部恭男『新法学ライブラリー 2 憲法〔第 6 版〕』（新世社、2014 年）266 頁。