

刑事裁判の公開原則と被告人のプライバシーの権利(1)

笹 倉 香 奈*

- I 本稿の目的
- II ドイツにおける刑事裁判の公開原則をめぐる議論の展開（以上本号）
- III 日本における議論の現状
- IV 新たな「刑事裁判の公開」

I 本稿の目的

本稿の目的は、被告人のプライバシー権という観点から、これまで絶対性を疑われてこなかった、日本における刑事裁判の公開原則を再検討することにある。日本における従来の議論とは対照的に、ドイツでは、公開原則が被告人の人格権を度外視して貫徹されることに対して疑問が提示され、そのことをめぐって議論及び立法が行われてきている¹⁾。そこで、本稿はまずIIで、従来日本で紹介されてこなかったドイツにおける刑事裁判の公開原則を巡る議論を概観し、IIIで従来の日本における公開原則を再検討し、IVで日本における刑事裁判の公開原則の新しいあり方を探る。

II ドイツにおける刑事裁判の公開原則をめぐる議論の展開

1 公開原則に関する規定²⁾

ドイツでは、一般的な裁判の公開原則を宣言した規定は、裁判所構成法 Gerichtsverfassungsgesetz³⁾（以下、GVGと記す）169条以下にある。ドイツでは、

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第6巻第1号2007年3月 ISSN 1347 - 0388

※ 日本学術振興会特別研究員、一橋大学大学院法学研究科博士後期課程修了(2005年博士(法学)取得)

- 1) 民事裁判に関しては、ドイツにおける公開原則を巡る議論の紹介として、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（1982年）83頁、出口雅久「民事訴訟における秘密保護手続」立命館法学249号（1997年）1186頁がある。
- 2) 本稿の末尾に、ドイツ法の関連条文一覧を付した。

基本法上に裁判の公開に関する規定がないため、公開原則は「憲法上の法規範ではない」⁴⁾とされている。しかし、同時に、裁判の公開は民主主義の要請であり⁵⁾、法治国家の基本制度のひとつである⁶⁾として、憲法上の原則から導かれており、重要な意義を有するともされる。従来、公開原則には、国家権力の恣意を公のコントロール下に置いて被告人を守り、そうすることで司法に対する国民の信頼を得る、という意義があるとされてきたが、現在では、裁判の公開によって、一般公衆の情報の利益を充足するという意義が強調されている⁷⁾。

169条の公開原則は、刑事裁判では、①特別の手續における制限（少年裁判所法等）、②公判の一部の例外的公開停止、③個々の人間に対する公開制限⁸⁾により、制限を受ける。

ドイツ法の特徴は、このうち、例外的な公開停止を171条a乃至172条までの理由によって広く認めることにある。特に、171条b1項は、訴訟関係人⁹⁾、証人もしくは被害者の私生活領域 *persönlicher Lebensbereich* を保護するための公開停止を定める。本規定は、1986年の被害者保護法 *Opferschutzgesetz* により挿入された。後に詳細に見るように、審理の公開において真実を明らかにすることが、基本法1条2項、2条1項で保護されている一般的人格権を侵害することになる場合が存在するという認識がドイツには存在し¹⁰⁾、本規定には、そのような認

3) 刑事及び民事の通常裁判所の構成及び管轄を定めた法律である。

4) BVerfGE 4, 74, 94; 15, 303, 307.

5) BGHSt 2, 56, 57; 4, 279, 283.

6) BGHSt 9, 280, 281; 11, 213, 214; 21, 72, 73; 22, 297, 301; 23, 176.

7) Vgl. Otto Rudolf Kissel, *Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar* 2. A (München 1994) § 169 Rn. 1; Löwe-Rosenberg, *Strafprozeßordnung*, 25. A. (Berlin, 1997) GVG Vor § 169, Rn. 4; Kleinknecht/Meyer=Goßner, *Strafprozessordnung*, 46. A. (München, 2003) § 169, Rn. 1.

8) 公判廷の品位を害する者 (GVG175条)、秩序を乱す者 (同177条) の退廷や、被告人の退廷 (刑事訴訟法247条)、証人となる可能性のある者の退廷 (同243条2項) 等。

9) 被告人、私訴原告、付随私訴原告、参加人、告訴人等。Kissel, aa.O., GVG § 171b, Rn. 2; Kleinknecht/Meyer, aa.O., § 171b Rn. 3.

10) 刑事事件で特に深刻であるとされる。人格権への配慮がさほど重要でない行政・財政・労働事件等では、議論は公開に傾きやすい。木佐茂男『人間の尊厳と司法権』（日本評論社、1990年）64頁。BVerfGE 103, 44の少数意見は、間接公開のあり方が問われた事件において、刑事事件と行政事件とを区別し、刑事事件で人格権への配慮が特に必要である、とした。

識が反映されている。

私的生活領域とは、基本法1条2項、2条1項によって保障される一般的人格権の保護法益のひとつであるが、私的生活上の全ての事柄をさすわけではない。単なる秘密保護の必要性が存在することのみでは公開を停止できない。例えば、職業に関する秘密は除かれる¹¹⁾。学説・判例上は、精神的な健康状態¹²⁾、身体的な健康状態¹³⁾、精神鑑定の結果¹⁴⁾、家族に関する事柄¹⁵⁾、性生活の問題¹⁶⁾、宗教的・政治的な見解¹⁷⁾等が挙げられている¹⁸⁾。こうした場合、裁判所は、人格権保護の必要性と、裁判公開の利益とを、比較衡量し、公開の利益が上回らないときは公開を停止しなければならない。

171条b1項、2項による公開停止の決定には、異議申し立てが認められない(同条3項)¹⁹⁾。従って、裁判官は171条bによって公開を停止するとき、それを理由とした上訴をおそれなくてもよい。このように、171条bによる公開停止の要件は、他の公開停止規定に比べ、より緩やかである。

以上のように、ドイツで訴訟関係人の人格権のために公開を停止するという特徴的な制度が認められるにいたるには、どのような経緯があったのか。以下では、ドイツにおける公開停止事由の拡大の経過とその背景事情を概観する。

2 公開原則の成立

ドイツにおいて、近代的な裁判の公開原則が成立したのは19世紀の前半である。革命戦争後、フランス人によってもたらされた公開の裁判は、その後1830

11) GVG172条による公開停止は可能である。

12) BGHSt 23, 82.

13) BVerfG, *NJW* 72, 1123, 1124.

14) Dierk Müller-Gindullis, Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutz der Privatsphäre, *NJW* 73, 1218.

15) BGHSt 30, 212, 214.

16) BGHZ 39, 124.

17) Reinhard Böttcher, Das neue Opferschutzgesetz, *JR* 87, 133, 139.

18) Kissel, a.a.O., Rn.7; Kleinknecht/Meyer=Goßner, a.a.O., Rn.4; Löwe-Rosenberg, a.a.O., Rn.4; Henning Stutz, *Zurückdrängung des Öffentlichkeitsprinzips zugunsten der Privatsphäre im Strafverfahren* (Konstanz, 1992) S. 104-105.

19) 公開停止を規定するその他の規定の違反には上訴が認められる。BGHSt 1990, 10.

年代の中頃からの改革過程で、多くの州により導入された²⁰⁾。1848年には「ドイツ国民の基本法」の中で、その後、ほとんどの領邦で法律上に規定がおかれ、裁判はドイツ全土で公開された。初めて政治的統一が実現した1871年には、憲法が制定されたが、司法に関しては公開原則を含め、ほとんど規定がない。1874年には、GVGの草案が帝国議会に提出された。草案は、「判決を言い渡す裁判所」での公開の審理を規定し、「公の秩序もしくは良俗」のために、審理・判決の言い渡しにおいて公開停止を認めるとした²¹⁾。なぜ裁判を公開するかに関する政府側草案の理由は、「ドイツ全土において、口頭主義の手続は公開であり、判決裁判所の裁判手続は公開である。公衆の誰でも判決が言い渡される公判廷に入場することができる。」との簡潔なものであった²²⁾。裁判は公開されてきたのであるから、今更これを非公開にする理由はない、ということである²³⁾。このころ、裁判の公開は、被告人にとって大きな保護を意味すると言われた。国民が裁判を監視することで、被告人の秘密裁判による断罪と恣意的な裁判が避けられるとされた。

GVGは、まもなく1888年に改正され、国家の安全のための公開停止が認められるようになった。20世紀に入ってから、裁判の公開停止事由は拡大される。それは、国家や社会の利益保護のためというよりは、裁判に関わる者の個人的利益の保護のためでもあった。

このような動きが初めてみられたのは、20世紀初頭である。このころ、人格権の研究が盛んになり²⁴⁾、裁判の公開と訴訟関係人、特に被告人の人格権の侵害という問題が初めて意識された。1908年にはGVGの改正草案が発表され、そこでは少年事件、名誉毀損事件の非公開が規定された²⁵⁾。立法化には到らなかった

20) Peter-Paul Alber, *Die Geschichte der Öffentlichkeit im deutschen Strafverfahren* (Berlin, 1974) S. 69 ff. ドイツにおける公開原則成立期の日本での紹介として、鈴木・前掲論文がある。

21) Carl Hahn, *Gerichtsverfassungsgesetz* 1 (Berlin, 1879) S. 174.

22) Ebenda, S. 173.

23) Bovensiepen, *Einschränkung der Öffentlichkeit der erkennenden Gerichte?* in: *Deutsche Strafrechtszeitung*, Jg.3, (1916) S. 40-41.

24) 同時期における人格権研究者として、Gierke, Kohler等がいる。

25) *Entwurf einer StPO und Novelle zum GVG* (Berlin 1908) S. 19, 20.

ものの、これを契機として裁判における人格権保護の議論が徐々に芽生えた。

このような立法の機運の背景にあったのは、学説における議論である。すでに1909年、Eisnerは小稿を発表し、被告人と公衆の利益や事件の性質、もしくは裁判所の威厳や証人の利益のため、審理の公開停止を行うべきであると主張した²⁶⁾。また、Bovensiepenは、1916年に、公開に対する公衆の利益が相対的に軽微な軽罪事件では、被告人の申立による公開停止を行うべきであると主張した²⁷⁾。しかし論者自身も、「このような提案は過激に聞こえるかもしれない」²⁸⁾と述べていることから分かるように、このような考え方はまだ少数説であった。

1919年にはワイマール共和国が成立し、憲法が公布されたが、そこには公開原則に関する規定がない²⁹⁾。翌年には、GVGの改正草案が議会で提出された³⁰⁾。そこでは人格権保護のため、個人、家庭もしくは家族に関する事柄の審理が、刑事訴訟の目的から見て耐えがたい侵害を与える場合に公開を制限できる、という内容の規定が含まれたが、議会の事情で改正にはいたらなかった。同時期には帝国少年裁判所法が制定され、少年の人格権保護が必要であるというアメリカ及びイギリスの議論と、真実発見に非公開が最適であるという理由から手続が原則的に非公開とされた³¹⁾。1932年には、大統領の緊急命令でGVG172条が改正され、営業もしくは職業上の秘密が侵害されるおそれがある場合に公開停止が認められた³²⁾。このように、20世紀の初頭には、個人の権利に関する意識が芽生えると同時に、公開原則の弊害が意識されはじめ、その修正が行われた。

26) Beuthen Eisner, Die Gefahren der Öffentlichkeit des Strafverfahrens, *DJZ* 1909, 523.

27) Bovensiepen, a.a.O., S. 39 ff.

28) Bovensiepen, a.a.O., S. 43.

29) 裁判所の構成や任務の範囲については、ワイマール憲法上何らの保障もない。その理由は推測するしかないが、裁判所の構成に関しては、GVGに任せるという考えがあったこと、また、裁判の公開はすでにドイツ全土で実施されており、改めて憲法規定を設ける必要性が感じられなかったのではないか、という二点が考えられる。

30) *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GVG und Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen* (1920) S. 23.

31) Heinrich O. Grundmann, *Der Ausschluß der Öffentlichkeit im Strafprozeß* (Diss. Erlangen, 1926) S. 70; Stutz, a.a.O., S. 37-38.

32) Eduard Kern, *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts* (München, Berlin, 1954) S. 175.

国家社会主義の時代には、GVG171条aが挿入され、強制収容に関する事柄の審理を非公開とすることが可能になった³³⁾。公開原則が持つ、国家に対するコントロール機能ではなく、犯罪者の見せしめ効果や裁判の場に出席することでドイツ民族としての意識を高めるという機能が重視された。この時期の法治国家の解体は、公開原則を縮小して秘密の手続を復活させ、恣意的な裁判を行うことによってではなく、特別裁判所の設置や手続の迅速化、検察の権限強化、適法性の原則の廃止、上訴の制限などによって行われた³⁴⁾。

3 公開原則と人格権保障

(1) 戦後の展開

第二次世界大戦後、ボン基本法は19世紀以降のドイツの諸憲法と同じく、裁判所の構成に関する基本的な特質を、憲法文書の中で保障した。しかし裁判がどのように行われるべきかについては、基本法上にはほとんど規定がない。公開原則も、やはり基本法ではなく、GVG上に規定された。

20世紀の後半、刑事裁判の公開原則は人格権の保護との調節という問題意識によって大きな展開を見せる。まず、1950年代から60年代初頭にかけては、法廷におけるテレビ・ラジオの録取の問題から被告人の人格権の侵害と公開原則が注目を集め、その後、60年代後半から80年代初頭にかけてこの点に関する議論が高まり、ついに1986年の被害者保護法によって、GVG171条bが挿入され、裁判に関わる者の人格権と公開原則との調整問題は決着したという経緯が存在する。

(2) 人格権論の発展

戦後の報道技術の発展とともに、刑事裁判の公開は新たな局面を迎えた。テレビ・ラジオ等による公判廷の様子の報道、すなわち間接公開の問題が浮上したのであった³⁵⁾。当初、公判廷での報道は法律による規制を受けずになされていたが、

33) 1933年11月の、危険な常習犯罪人及び保安改善処分の新設に関する法律(Ausführungsgesetz v. 24. 11. 1933. RGBL. 1, 1000)によって挿入された。

34) Fritz Rohde, *Die Öffentlichkeit im Strafprozess* (Diss. Bochum, 1972) S. 72-74; Jochen Witzler, *Die personale Öffentlichkeit im Strafverfahren* (Pfaffenweiler, 1993) S. 41-45.

ついに連邦通常裁判所（以下、BGH）は、GVGで保障されている裁判の「公開」とは、間接公開ではなく、直接公開のことであると判示した³⁶⁾。また、別の判断でも公判審理のテレビ放送を裁判所もしくは裁判官が許可することは、真実発見と被告人の弁護権を侵害するとした³⁷⁾。刑事訴訟法学でも、無制限の間接公開には反対の声が強く、訴訟関係人が撮影の対象物となること、証人や被告人の供述が影響を受けて真実発見が危殆化する事、被告人の社会復帰の妨げになること等が指摘された。個人への注目は、同時期の公法・民事法の分野で、基本法1条、2条に規定された人格権論の発展が見られたことにも一因がある。ここではじめて、裁判に関わる「個人」の立場に注目する考え方が支配的となった³⁸⁾。結果、ついに1964年のいわゆる小刑事訴訟改正法³⁹⁾によってGVG169条2文が挿入され、上映・公表を行う目的での公判廷のラジオ・テレビ録取が禁止された。但し、同条項は、間接公開の制限を訴訟関係人の申立てにかかるものとしていないことから分かるように、真実発見という一般的な観点から公開のあり方を規定したものであった。当時はいまだ、人格権を公開原則の文脈で議論するという意識は存在したにせよ、それを中心に据えた議論は行われていなかった。しかし、基本法の制定と、それと結びついた一般的人格権の重視が、刑事裁判の公開原則をも制限するものであると認識されはじめたのであった⁴⁰⁾。

1960年代には、こうしてドイツ法学において人格権論への関心が高まると同時に、公開の拡大（間接公開）に関して、被告人を中心とした個人の人格権保護のために歯止めがかけられた。この後、間接公開のみならず、直接公開の制限をも、被告人の人格権保護の観点から主張する議論が活発となる。

35) ドイツにおける直接公開・間接公開の概念を日本で初めて紹介したのとして、庭山英雄「E・J・ヴェトシュタイン「刑事訴訟における公開原則」」判タ238号（1969年）66頁。

36) BGHSt 10, 202 (BGH vom 8. 2. 1957).

37) BGHSt 16, 111 = NJW 1961, 1781.

38) Stutz, a.a.O., S. 50-51; Max Kohlhaas, Bild- und Tonberichterstattung im Gerichtsverfahren, DRiZ 1956, 2; Paul Bockelmann, Öffentlichkeit und Strafrechtspflege, NJW 1960, 217.

39) Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19. 12. 1964, BGBI 1, S. 1067 ff. 被疑者・被告人の地位の改善を目指した。

40) Stutz, aa.O., S. 54.

(3) BGH1969年判決

1960年代頃から、刑事裁判の公開と人格権の調整という論点が、刑事訴訟法における一大テーマとなった。それは、刑の量定は個別的に行為者の人格と結びつかなければならないという考え方が強くなり、被告人の個人的な情報が公判廷で明らかにされることが多くなったこととも関係する。個人情報が多く報道されてしまうことが、被告人の人格領域への大きな侵害になるのではないか、また被告人の社会復帰に大きな障害物となるのではないか、よってこれらのことに留意して審理等の公開停止を認めるべきではないかということが主張されるようになった⁴¹⁾。

当時の多くの学説は、欧州人権保護条約（以下、EMRK）6条1項2文、基本法1条1項、2項、2条1項や、GVG169条の法意から、人格権保護のための公開停止申立を認めるべきと主張した。

例えば、Herbstは、1969年の論稿⁴²⁾で以下のように述べ、審理の一部の公開停止を認めることによって被告人の人格権の保護を図ることを主張した。Herbstは、刑事裁判における医師や精神科医等の鑑定人の尋問が公開法廷で行われ、裁判外であれば医師の秘密として保護される被告人の精神・身体に関する事情が公の場で明らかにされてしまうことを問題視した。そうして、後法であるEMRK6条1項によって、前法であるGVGが事実上改正されたこと、また基本法が人格権の保護を国家の最大の任務としていることに鑑みて、医師の秘密のような、被告人の人格権に関わる事項は保護すべきであるとする。また、人格権のような自由領域への侵害は、その侵害の手段とその目的の比例性とを要求するという比例原則⁴³⁾が憲法的効力を持つ⁴⁴⁾ことから、裁判の公開についても、公開の手続きを求める公衆の利益と、被告人の私的領域の保護が衡量されるべきである、という。

41) Witzler, a.a.O., S. 49; Heinz Zipf, *Empfiehl es sich, die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Strafverfahrens neu zu gestalten, insbesondere zur Verbesserung der Rechtsstellung des Beschuldigten weitere nichtöffentliche Verfahrensgänge zu entwickeln?*, Gutachten zum 54. Deutschen Juristentages (DJT) (München, 1982) S. 20-21, S. 31 ff.

42) Leonore Herbst, *Öffentlichkeit der Hauptverhandlung, Arztgeheimnis und Schutz der Menschenwürde*, NJW 1969, 546.

GVGは、公開原則を公衆の利益のためであると考えたのに対して、EMRKは、裁判の公開に当たって、人間の尊厳と公の利益を同等に考慮するという思想に立っている。公衆の利益は、公開を停止された法廷であっても、鑑定の内容が訴訟関係人に明らかにされることで満たされる。そうして、GVGは前述のとおりEMRKによって改正されているのであるから、比例原則からも医師の秘密に関する尋問に関しては公開停止が要求される、と結論づける⁴⁵⁾。このように、HerbstはEMRK、基本法1条、2条を援用して、比例原則によって人格権保護目的での公判の公開停止を認めるべきであると主張した。

しかし、BGHは被告人の人格権保護のために審理の公開停止を行うことを1969年7月2日の判決⁴⁶⁾で否定した。この後の、公開原則のあり方に関する議論を引き起こすきっかけとなったこの事件は、以下のようなものである。

ある刑事事件において、被告人の責任能力に関する鑑定人の尋問が行われることになった。被告人側は公開の法廷においてその尋問を行うことが、被告人の人格権を侵害すると主張し、審理の公開停止を事実審裁判所に申し立てた。それにもかかわらず、裁判所は鑑定人尋問を法廷を公開したままで行った。被告人側は基本法1条、2条とEMRK6条1項とによれば、被告人の人格権保護のための審理の公開停止は認められるはずであるとして、Herbstの議論を援用し、この場合に公開停止が認められなかったことは、公開原則の「許されない拡大」であったとして上訴した。BGHは、4つの理由によって被告人の上訴を棄却した。

第一に、被告人の人格権保護のための公開停止の申立権は、基本法1条、2条からは導き出せない。刑事訴訟法81条以下（鑑定に関する規定）の場合は、鑑定に当たって、人格権保護のために比例原則が考慮され、必要以上の人格権の侵

43) 比例原則は、国家による国民の権利の制限は、公益の保護のために必要不可欠でないと許されないと限定する憲法上の原則として、連邦憲法裁判所の判例で認められている。e.g. BVerfGE 61,126/134. 比例原則に関しては、クラウス・シュテルン（小山剛訳）「過度の侵害禁止（比例原則）と衡量命令」名城法学44巻2号（1994年）153頁、3号（1995年）125頁。

44) BVerfGE 19, 348=NJW 1966, 243; BVerfGE 23, 127=NJW 1968, 979.

45) Herbst, aa.O., S. 548.

46) BGHSt 23, 82 (Urt. vom 2. Juli 1969).

害は避けられなければならない。しかし、犯罪の捜査と訴追のために許容される範囲で、人格権を侵害して得られた鑑定の結果を公開の法廷で利用することは許される。鑑定人尋問を非公開にしたとしても、その尋問によって得られた結果が、公開で行われる審理の他の部分において明らかになることは避けられない。従って、完全なる個人的領域の保護は、刑事事件に関する審理をすべて非公開にすることによってしか達成できない。しかし、そうして公開主義を停止することは、立法者の意思に反する。第二に、EMRK6条1項からも、被告人の人格権保護のための公開停止の申立を認めることはできない。同6条は、裁判の公開原則を宣明したものであり、また公開停止がいかなる場合に認められ得るかを規定したものであって、Herbstが論ずるようには、「当事者の私的生活の保護のため」に公開停止を必ず認めなければならないとしたものではない。第三に、同条約は自由権に関する最低の基準を定めたものである。従って6条1項第2文は、条約の加盟国がそこに列挙されている範囲においてのみ公開停止を行うという法律を制定することを認めたものであって、そのような法律を制定するか否かは各国に任されている。しかし、ドイツはこのような法律を制定する選択を行ってはいない。第四に、公開停止の不作为は、いかなる場合にも刑事訴訟法338条6号の絶対的上訴事由を構成しない。従って審理の公開を停止しなかったことは、上訴理由にはならない。

Schmidtは、この判決の評釈⁴⁷⁾で、判決の結論を妥当であるとしつつも、EMRK6条1項によって被告人の人格権保護のための公開停止の可能性が生じたと解するべきであると主張し、個々の裁判所は裁量によって、人格権保護のための公開停止ができる、と主張した⁴⁸⁾。

判決の結論自体を批判する論者も多い。例えば、Kühneは、被告人の責任能力に関する鑑定人の尋問の際には、被告人の私的領域に関する詳細な事情が明らかにされるが、その結果、責任能力の有無のみが明らかになるのであって、公判の他の部分では、この結果のみが問題とされるのだから、審理の一部の公開停止

47) Eberhard Schmidt, Straf- und Strafprozeßrecht. Gerichtsverfassungsrecht, JZ 1970, 35.

48) Ebenda, S. 36.

によって被告人の私的領域の保護を効果的に行うことができる、という⁴⁹⁾。また、BGHの上述の論理に従えば、当時のGVG171条、171条a、172条による審理の公開停止も意味がないこととなるから、BGHの論理はおかしい、とする。以上のことから、彼は審理の一部の非公開を被告人の内密領域Intimsphäreの保護のために行うことが実際的である、とする⁵⁰⁾。

人格権保護のための公開停止を、どのような根拠に基づいて認めうるかに関して、KühneはEMRKによってGVGが改正された、と主張する⁵¹⁾。その上で、GVGが裁判の公開を市民の司法への信頼を得るためという公的性格を持った規定としているのに対し、EMRKが公開原則を被告人の権利としていることに注目する。そうであるとすれば、EMRKにおいては、被告人の個人的な権利が優越的に考慮されているから、被告人の人格権という他の権利が侵害されている場合においては、公開停止が認められる趣旨である、とする。また、ドイツ基本法の1条、2条から人格権の尊重が導き出されること、人格権は比例原則によってのみ侵害され得ることからも、被告人の人格権保護のための公開停止を認めるべきであった、とする。

Zipfは、GVG上すでに認められている公開停止事由（婚姻事件、入院に関する審理における公開停止）からも、関係人の内密領域Intimbereichと私的領域Privatsphäre保護のための公開停止を行うという考え方が認められるから、秘密保護が情報の利益に優越する場合には被告人の公開停止の申立を認められることがGVG上の規定から類推できるとし、BGH判決は公開原則を過度に重要視する、と批判する⁵²⁾。彼は、基本法から導き出される比例原則からは、個々の事件において関係人の秘密保護の利益と、刑事司法に対して一般公衆が持つ刑事司法のコントロール・情報利益とが衡量されなければならないということが導かれる、という⁵³⁾。

49) Hans-Heiner Kühne, Ausschluß der Öffentlichkeit im Strafverfahren, *NJW* 1971, 224.

50) Ebenda, S. 224-225.

51) Ebenda, S. 225-227.

52) Heinz Zipf, Der Anspruch des Angeklagten auf Ausschluß der Öffentlichkeit zum Schutze des Privatbereichs- BGHSt 23, 82, *JuS* 1973, 350, 351.

53) Ebenda, S. 352.

以上を踏まえて、Zipfは目指すべき改革の三つの道を提示する。第一は、被告人に公開停止の申立権を認めること。しかし、この手段によれば、通常の被告人は常に非公開の審理を求めるであろうから、一般公衆が有する刑事司法のコントロール・情報利益は排除されてしまう。第二は、実質的な解決として、被告人の個人的領域に関わる事項の審理が被告人に対して不当に侵害を与える場合に、公開停止を認めるという規定を創設すること。第三は、最終的かつ包括的な解決として、公判の二分化を導入すること。英米法系の手続にならって公判を罪責認定手続と量刑手続に二分し、罪責認定手続では公開原則が人格の保護に優越するから、既に存在する公開停止事由の場合にのみ公開停止を行う。これに対して、量刑手続では、被告人の処遇の個別化や社会復帰を考慮して、被告人の人格の保護を優越的に考え、公開停止の範囲を広げるべきである、という。彼は、第三の手段に依拠した、総合的な手続の改革のみが問題の根本的解決になる、と主張した⁵⁴⁾。

Zipfの議論にも見られるように、英米法系の手続にならった公判二分論に依拠し、公判における被告人の人格保護を図ろうとする立場が、1960年代以来盛んになった⁵⁵⁾。量刑手続の公開は、とりわけ被告人の人格権を侵害し、社会復帰を妨げる効果を持つものとなる可能性があるため、審理の公開を何らかの形で制限すべきとの主張である。一部の論者は、量刑手続の公開を全面的に停止するべきである、と主張し⁵⁶⁾、他の論者は、一部の非公開を主張した⁵⁷⁾。

54) Ebenda, S. 354-355.

55) Werner Beulke, Neugestaltung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Strafverfahrens?, *JR* 1982, 309, 311. ドイツにおける公判二分論の展開については、福井厚「西ドイツにおける刑事手続二分論」法学会雑誌22巻2号(1972年)53頁、田口守一「公判二分論の今日的意義」高田卓爾博士古稀祝賀(三省堂、1991年)所収151頁、本庄武「ドイツの参審制と量刑手続」刑事弁護44号(2005年)54頁を参照。

56) Günter Blau, Die Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte, Schuldspruch und Strafausspruch, *ZStW* 81 (1969), S. 45; Hans-Heinrich Jescheck, Der Strafprozeß-Aktuelles und Zeitloses, *JZ* 1970, 206; Zipf, Der Anspruch des Angeklagten, S. 354.

57) Helmuth Fischinger, Die Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte, *ZStW* 1969, 49, 57; Schöch/Schreiber, Ist die Zweiteilung der Hauptverhandlung praktikabel?, *ZRP* 1978, 63, 67; Zipf, Der Anspruch des Angeklagten, S. 354. このほか、Rießは、量刑手続のみならず、事実認定手続においても公開停止を容易にすることを主張する。Rieß, Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, in: *Festschrift für K. Schäfer* (Berlin, New York 1980), S. 155, 214.

以上のような学説の動きには、連邦憲法裁判所の実務の影響もある⁵⁸⁾。憲法裁判所においては、特定の法律上の規定にもとづかないで関係人の人格権保護のための公開停止がすでに行われていた。例えば、いわゆるレーバツハ事件においては、『元被告人についてテレビ・ドキュメンタリーを放映すると彼の社会復帰にどのような影響があるか』という点に関して鑑定人を尋問する際に、「被告人の私的領域の保護のため、事件の特別性を考慮して」公開停止がおこなわれた⁵⁹⁾。本件では憲法異議の対象が民事事件であったものの、連邦憲法裁判所では、人格権保護のための審理の公開停止が必要であるとすでに認識されていたことは興味深い。

(4) 1974年の法改正

① 1974年の法改正とその評価

学説からの批判を受けて、1974年にはGVGが改正され、EMRK6条1項2文に依拠して、人格権保護のための公判廷審理の公開停止がはじめて法律上認められた⁶⁰⁾。

Kleinknechtは、1977年の論文で次のように述べる⁶¹⁾。裁判の公開原則は、基本法によって保障されていない手続上の原則であって、少年裁判所法48条1項のように、優越的な他の利益のために、法律による制限を行うことができる。刑事訴訟法338条6号の絶対的上訴理由にも見られるように、同原則が刑事裁判における基本的な原則であることには変わりはないが、新GVG172条2項は、公開原

58) Müller-Gindullis, a.a.O., 1218 ff.

59) BVerfGE 35, 202 (1973).

60) 1974年の刑法典施行法 (BGBl 1 S. 469 ff.) で挿入。(172条2項:「裁判所は訴訟関係人もしくは証人の私的生活領域に関わる事情が問題となる場合で、その公開での尋問が保護を必要とする優越的利益を侵害する場合は、……審理の一部もしくは全部の公開停止をすることができる」) 草案の立法趣旨では、172条2項の規定は、「女性の証人が公開の審理で、公衆の面前において、個人的な出来事について証言を行わなければいけない場合が存在した」ことの解決のために導入されるべきである、と述べられている。立法者によっては、被告人の人格権保護を行うための規定であるとは必ずしも意識されておらず、むしろ証人の保護が意識されていた。BT-Drucks. 7/550, S. 321.

61) Theodor Kleinknecht, Schutz der Persönlichkeit des Angeklagten durch Ausschluß der Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung, in: *Festschrift für Schmidt-Leichner* (München, 1977) S. 111-113.

則に比して人格権保護を優越的なものであると認めたものである、と。

Kleinknechtは、この規定の背景には、人格権保護重視の思想と、公開原則の意義の変化があると分析する。つまり、基本法によって、個人の人格権保護が国家の第一の目的であると宣言された。これに対して、公開原則は、今日では主として情報を得る、という公衆の利益から導き出される。秘密裁判を公衆のコントロールのもとに置き、裁判所による恣意的判断を防ぐという19世紀の政治的理由に基づいて裁判の公開は導入されたが、今日では、裁判官の独立が確立したことで、裁判所による恣意的判断の危険が除去された。このことは、多くの裁判所の手続が非公開で行われているにもかかわらず、判決の正当性は一般に疑われていないことから分かる。したがって裁判の公開の意義は、今日では19世紀に考えられたものとは異なる。

Kleinknechtは、このような変化に伴ってGVG172条2項が創設されたのであり、同規定で求められているのは、個々の事件における比例原則を考慮して、公の利益と被告人の人格権保護の利益を衡量することである、と主張する。この利益衡量をどのように行うかに関して、彼は次のように述べる。「審理の対象となる事柄が、私的なものであればあるほど公開の要求は退くべきである」⁶²⁾と。

② 新たな問題

しかし、現実には、GVG172条2項の創設によっても問題は解消しなかった⁶³⁾。同規定は、裁判所において実際に適用されなかったのである⁶⁴⁾。これは前述のBGHの1969年の判例の影響であった。すなわち、1969年判決は、公開原則違反に関する絶対的上訴事由を構成するのは、公開の「許されない縮小」の場合のみであり、公開の「許されない拡大（公開停止の不作为）」は、絶対的控訴事由を構成しない、としたのであった。この影響から、下級審は新設された172条2項

62) Ebenda, S. 114.

63) Witzler, aa.O., S. 52.

64) Kleinknecht, Schutz der Persönlichkeit des Angeklagten, S. 111/117 ff.; Karl Hillermeier, Zum Öffentlichkeitsgrundsatz in Strafverfahren, DRiZ 1982, 281, 284. 後に、GVG171b条の挿入の議論の際にもこのことが問題になった。Vgl. B-Tags Drucks 10/5305, S. 22 ff.

に基づく公開停止を行わないという運用をした⁶⁵⁾。公開停止を行わない限り、公開原則違反を理由とした上訴の危険はないからである。また、172条は裁判の直接的な訴訟関係人及び証人の人格権保護のみを規定しているために、潜在的な証人等、直接裁判にかかわっているわけではないが、将来かかわる可能性のある者の人格権も保護すべきではないか、との批判も行われた⁶⁶⁾。以上の理由から、公判廷における被告人等の人格保護の実効化が必要であると主張する声は、さらに高まった。

(5) 1980年対案

① 1980年対案

公判審理における被告人の人格権保護の実効化を求める議論とも結びついて、1980年には、対案グループによって、いわゆる「非公開裁判草案」⁶⁷⁾が作られた。対案は、直接には刑事訴訟法153条aの改正を目的とした。1975年に創設された同条は、被疑者に対して、賦課及び遵守事項を課すことによって訴追を行う利益が排除されるときに、軽微な罪の訴追を打ち切ることを認め、起訴法定主義を修正した。この規定が「刑事裁判の商業化」として厳しい批判を浴びていたため、対案グループはこの規定に代え、簡易な非公開手続を導入しようとした⁶⁸⁾。対案は、一年以下の自由刑・罰金刑等の事件で、被告人が自白しており、捜査の結果がそれに一致し、被告人が同意しているときに、非公開の裁判を認めた。この背景にある思想は、法治国家的・社会国家的な要素の融合を刑事訴訟において実現

65) Gerd Pfeiffer, Richter in heutiger Zeit, *DRiZ* 1979, 229(131); Lutz Meyer=Goßner, Verbesserung der Rechtsstellung des Beschuldigten durch weitere nicht-öffentliche Verfahrensgänge, *ZRP* 1982, 237 (240). 別の論者によれば、裁判所がGVG172条2項の適用に躊躇した理由は、多くの裁判官が、裁判情報を得るといふ公衆の利益を重要視したからであったとされる。Heike Jung, Öffentlichkeit- Niedergang eines Verfahrensgrundsatzes? in: *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann* (Berlin, New York, 1986) S. 891, 901.

66) Kleinknecht, Schutz der Persönlichkeit des Angeklagten, S. 115; Peter Mertens, Persönlichkeitsschutz des Zeugen durch Ausschluß der Öffentlichkeit, *NJW* 80, 2687.

67) Alternativ-Entwurf, *Novelle zur Strafprozeßordnung- Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung* (AE-StPO-NOV).

68) Ebenda, S. 6.

することであった。当時の刑事訴訟法153条aには裁判官の関与がなく、検察官の裁量で刑事事件を処理していた。そこで対案は、153条aや略式手続によって処理される事件に、新しく非公開の裁判手続を創設しようと試みたのであった。

対審審理において、裁判の公開が不可欠の要素であるということは、対案も認める⁶⁹⁾。しかし、軽罪に関しては、略式手続等によって、すでに公開を行うことによる公衆のコントロールは放棄されている。また、被告人が起訴事実に関して争っていない場合は、審理の公開は被告人にとって大きな負担であり、スティグマづけの作用を有し、社会復帰に悪影響を及ぼす⁷⁰⁾。現に、少年裁判所法48条はこの考え方のもと、公開原則に制限を加えることを認めている。従って、同様に、軽罪事件の公開停止は、社会国家思想からも私的領域の保護という法治国家的原則からも要請される、という⁷¹⁾。対案は、このような場合に、被告人の協力によって、法治国家的な社会復帰思想を実現しようとした。但し、対案は、裁判公開のもうひとつの機能であるとされていた、一般公衆の情報利益に関しては一切言及していない。これは、軽罪については一般公衆の情報利益が存在しない、という認識があったからであろう。

② 対案への批判

対案に対しては、様々な批判が起こった。

Kohlmannは、対案の提示するような非公開の裁判では、被告人の保護を十分に行えないとする⁷²⁾。彼は、公開原則の重要性に関しては異議を唱えず、同原則を廃止することは今日では考えられないとしつつも、裁判官の中立性の保障によって司法権への信頼は確立され、他方で人格権保護がとりわけ重要な国家目的となったことを指摘し、今日では公開原則を堅持する必要はない、とする⁷³⁾。公

69) Ebenda, S. 7.

70) 社会復帰権について判示を行った同時期のレーバツハ判決の影響があったのではないかという分析として、Stutz, a.a.O., S. 76. この点については、対案起草者の一人でもあるHorst Schüler- Springorum, Ein Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung? Zum Alternativentwurf „Novelle zur StPO“, *NSzZ* 82, 305に詳しい。

71) Albeitkreis AE-StPO-NOV, S. 7.

72) Günter Kohlmann, Die öffentliche Hauptverhandlung- überflüssig, zweckmäßig oder geboten?, *JA* 1981, 581.

判は、被告人にとって刑罰以上の重い「拷問」となり、さらしもの効果 Prangerwirkung を有するから、対案の目指す方向は基本的に正しいという。しかし、彼は、別の方法でこの問題に取り組むことを提案する。すなわち、① GVG172条の公開停止事由を拡大することと、②罰金もしくは短期の自由刑に当たる罪の公判をすべて非公開とすること、の二点である。さらに、重罪事件でも同様に被告人の人格権の保護は必要であるが、この場合には公の場で事実を解明することが必要である、とし、軽罪と重罪の公判の形式を基本的には区別することを主張する⁷⁴⁾。

他方で、多くの学者は、対案の行き過ぎを指摘した。とりわけ、非公開の審理が、被告人の自白を前提とする点が、自白の強要につながると指摘された。

例えば、Meyer=Goßner は、新しく非公開審理を導入しなくても、現在の規定の改正によって問題は解決する、とした。実務において公開停止の規定が活用されていないことが問題なので、GVGの公開停止事由に関する規定を明確化し、裁判官が適用しやすいように改正すべきであるというのである⁷⁵⁾。彼は、対案に対して、非公開の裁判で被告人が求めた場合には公開の審理に切り替えなければいけないから、裁判官の負担が増加すること、そもそも裁判の公開の有無を自白にかからせる点が自白の強制となる可能性があること、そして結局は検察官が被告人の自白を獲得し、同意を得た後で裁判の形式を決めるので、被告人の立場は向上しないことを指摘する⁷⁶⁾。

Beulke は、現在でも決して市民による司法のコントロール保護という裁判公開の意義は消滅していないとする⁷⁷⁾。彼はまた、公開には公衆の情報利益を満た

73) Ebenda, S. 587.

74) Ebenda. Kohlmann の考え方への批判としては、Beulke, Neugestaltung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Strafverfahrens? S. 315; Jung, Öffentlichkeit, S. 906. Beulke は、Kohlmann の構想に従えば、刑事事件のほとんどが秘密裁判となり、司法に対する国民の信頼が著しく損なわれる、と批判する。Jung は、公衆の関心が重罪にのみ集中してしまう、とする。

75) Meyer=Goßner, Verbesserung der Rechtsstellung des Beschuldigten, S. 237 ff.

76) Ebenda, S. 242.

77) Beulke, Neugestaltung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Strafverfahrens? S. 237 ff.

す意義があり、裁判の傍聴それ自体の意義も認めるべきである、とする。Beulkeはこれらを民主主義の要請から導きだし、司法の基本的な透明性を要求する⁷⁸⁾。従って、彼は、同時代の議論よりも、公衆の利益（情報に対する利益）を重視すべきであるとする。しかし、同時に社会国家原則から、被告人の社会復帰の要請が導かれ、公開の公判のスティグマづけ効果は軽減されるべきであるともいう。その上で、彼は次のように述べる。「……従って、将来においては、公開の規制にあたって、社会国家原則をより強く働かせることが賢明であるように思われる。公の（情報に関する）利益と被告人の保護との間での調整は、それによって刑事裁判が「秘密的」性格を帯びない限り、後者を優先させるべきである。立法者はすでにこのような調整を、少年裁判所構成法や、GVG172条において行っている。このような考え方はさらに拡充されなければならない。」⁷⁹⁾

このように述べた上で、Beulkeは、対案の非公開審理を導入すれば、全事件の63%が秘密裁判となり、国民の利益を無視する結果になってしまうこと、また、非公開裁判が自白を前提にしていることが自白の強制の一手段になってしまうことを指摘する。彼は、現在の問題の解決は、公判の二分を行うことによってなされるべきであり、量刑手続において人格権侵害のおそれがある場合に、裁判官の側に公開を制限する義務を課すべきである、という⁸⁰⁾。

以上のように、対案への批判の多くは、裁判の公開停止を拡大する点自体を問題としていたのではない。公判における被告人の人格権保護をより実効化し、社会国家・法治国家的な公判を目指すべきであるという点ではこれらの批判は対案の基本的な考え方とも一致している⁸¹⁾。

第54回ドイツ法曹大会（1982年）では、対案の肯否がテーマとなったが、以上のような批判が強かったため、否決された。しかし、同時に、裁判の公開停止規定が、被告人等の人格権保護のために活用されるべきであるとの決議もなされた⁸²⁾。

78) Ebenda, S. 312.

79) Ebenda, S. 313.

80) Ebenda, S. 314-315. 同旨、Dieter Engels/Helmut Frister, Nichtöffentliches Verfahren vor dem Strafrichter? ZRP 81, 111, 115.

(6) 立法による対応の完成—— GVG171条bの創設——

非公開の裁判を導入しようと試みた対案は、立法化されることはなかった。しかし、対案を批判する者も、公判廷における関係人の人格権保護の為に審理の公開を停止することを不要としたわけではない。裁判の公開と人格権保護の調整の試みは、対案の否決後も続けられた。

1985年には公判の二分に関する草案が発表され、量刑手続を非公開にするという提案が行われた⁸³⁾。否認事件で公判を二分し、公判の第二段階で被告人の申立により、裁判所が公開の停止をすることが提案された。また、同時期には、公判における被害者保護の議論が注目を集めた⁸⁴⁾。これらの議論をうけて、ついに1986年、被害者保護法⁸⁵⁾によりGVGが改正され、現行の171条bの挿入が実現した。同条の規定によって、関係人の人格権保護のための公開停止が以前よりは行われやすくなった⁸⁶⁾。というも、既に見たように、同条は、関係人の人格権保護と、公の裁判公開への利益との比較衡量に際して、後者の利益が上回らない限りは、前者を優先するべきとしているからである。特に重要なのは、171条bによる公開停止の決定に上訴ができないとして、1969年BGH判決とその影響とを顧慮して上訴をおそれ、結果として人格権の保護に消極的であった下級審の実務

81) これらの意見に対して、裁判公開停止自体を疑問視する論者も存在した。例えばHillermeierは、裁判公開の意義を強調し、対案のみならず、人格権保護のための公開停止一般に対して批判を行った。Hillermeier, S. 281 ff. 彼は、刑事司法への国民の協力を得るためには裁判が見えるものでないといけないという点を強調し、一般公衆の情報利益と一般予防効果を主張する。多数説がいうように、被告人の人格権は裁判において侵害されうるが、自ら法を破ったものは、その結果をすべて引き受けるべきであるという。その上で、現行以上の公開停止は必要がなく、むしろ裁判に関する報道をより活発にするべきである、とした。

82) Beschluß I. 4. des 54. DJT, in: NJW 1982, 2545.

83) *Novelle zur Strafprozeßordnung, Reform der Hauptverhandlung, 1985* (AE-StPO-HV). 同草案に関して、田口・前掲論文「公判二分論の今日的意義」149頁。

84) 第55回ドイツ法曹大会刑事法部会(1984年)のテーマは、「刑事手続における被害者の法的地位」であった。このころの議論について、Böttcher, a.a.O., S. 133; Odersky, Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung nach dem Opferschutzgesetz, in: Festschrift für Gerd Pfeiffer (Köln, Berlin, Bonn, München 1988), S. 325, 327-328.

85) Opferschutzgesetz, BGBI 1986, S. 2498 ff.

86) 改正にあたっては主として刑事事件の公判が念頭に置かれたが、同条はもちろん民事事件にも適用される。Odersky, a.a.O., S. 328.

を修正することが試みられたことである。171条bの創設によって、公判廷における人格権保護と公開原則との調整はひとまず完成をみた。

(7) 小括

① 学説の状況

以上、戦後ドイツにおける裁判の公開原則に関する議論の特徴が、主に被告人などの訴訟関係人や証人などの個人の利益の視点から議論が行われており、公開停止の拡大に消極的であった実務を、学界が批判するという経緯を通じて、判例の積み上げによる解決ではなく、法律改正がなされていった状況を概観した。

裁判の公開とその停止に関して、ドイツ学説は大きく三つにまとめることができる。

第一の立場（通説）は、公開原則を19世紀的自由主義の遺物として相対化する立場である。この立場を取る論者としては、すでに本稿で紹介したKleinknecht、Kohlmann、Meyer=Goßnerらがいる。司法権の監視のための手段としての公開原則の意義は、今日、司法権の独立と裁判官の中立性の保障が確立されたことによって消滅し、公開は公衆の情報を得る利益の為にある、とする。その上で、被告人の人格保護のための公開停止を積極的に認めようとする。

第二の立場は、公開原則を今日も固守しようという主張である。この立場は、公開原則の意義の重要性を強くとらえ、被告人の人格保護のための公開停止をできる限り限定しようとする。その理由は、一般公衆の側の公開裁判に対する利益が重視されるべきだという点にある。とりわけ裁判の公開を民主主義実現の一環として把握する論者は、公衆は裁判が公開されることに対して利益を有しているから、裁判は公開されるべきであり、訴訟関係人等の個人的な理由でもって公開を制限するわけには行かない、とする⁸⁷⁾。

例えば、Bäumlerは、19世紀に主張されていたような自由主義原則からくる、

87) このような主張の先駆は、Arndtであった。Adolf Arndt, Umwelt und Recht, *NJW*1960, S. 423. 彼は、裁判の間接公開に関して、公衆の利益をきわめて重視する考え方を提示した。裁判は権力執行のひとつの形態であるから、基本法20条の民主主義原則から、国民が裁判官の監視を行う必要があるとして、個人の内心や秘密をさらしものにもすることも問題であるが、他方で匿名性には危険があることから、間接公開の拡大を主張した。

裁判のための不可欠の前提としての裁判の公開の意義は、今日ではもはや存在しないという⁸⁸⁾。彼によれば、今日において裁判の公開は、むしろ基本法20条2項の民主主義原則から派生する。国家の権力行使は、公衆の見えるところでなされなければならない。従って権力行使を市民が監視する権利が、民主主義原則から導かれる。裁判所に関してもこのことは妥当する。裁判所も国家の権力を行使する主体の一つであり、また議会によって制定された法律を適用するのであって、その監視をする必要がある。従って、一般市民は裁判を傍聴することができるのみならず、裁判を傍聴する権利を有する、として、市民の裁判傍聴の権利をはじめて明確に主張した。Bäumlerは、傍聴の権利が存在することは、刑事訴訟法268条1項が、「判決は国民の名においてIm Namen des Volkes下される」としていることから分かる、とする。さらに続けて、同じことは基本法5条1項の知る権利からも導かれる、という。基本法5条1項は「情報源」に近づく権利を一般公衆に与えており、裁判はまさにこの「情報源」である、というのである。彼は、公開停止については、「民主主義の原理は、非公開の権力執行の領域を認めない」⁸⁹⁾として、人格権保護のための公開停止を認める方向にあった当時の学説の流れを批判した。

別の論理から、公開停止の拡大を批判する論者も存在する。Frankeは、公開原則の意義から裁判公開のあり方を導く。彼はまず、裁判の公開が司法の公正さの担保であるとする従来の考え方について、非公開の少年裁判が成年の裁判よりも公正さの点で劣っているとはいえない、として否定する。そうして、裁判の公開は民主主義、法治国家、一般予防等の目的ではなく、一般公衆の情報を求める利益のためにのみ存在する、と分析する。彼はこの観点から、裁判は必ず公開されなければならない、と論じた⁹⁰⁾。

しかし、これらの主張は、支持を得ることはなかった。例えば、Kisselの批判

88) Helmut Bäumler, Das subjektive öffentliche Recht auf Teilnahme an Gerichtsverhandlungen, *JR* 1978, S. 317.

89) Ebenda. S. 320.

90) Franke, *Die Bildberichterstattung über den Angeklagten und der Öffentlichkeitsgrundsatz im Strafverfahren* (Diss. Saarbrücken, 1978) S. 27.

によれば、Bäumlerのように、民主主義原則と裁判の公開とを不可分のものとしてとらえ、公開原則が基本法上も要請されていると考え、GVG170条以下の公開停止事由が正当化されない⁹¹⁾。Kisselはまた、国民の意に添った権力執行を行うことは、裁判官の中立性に反してしまうこと、公開原則を基本法上の要請であると考えることによって人格権の保護ができなくなってしまうと批判した。

このように、Bäumlerらの考え方がドイツにおいて支持を得られなかったのは、やはり、個人の人格権が公開の要請の前で無視されることへの危惧が強いからであった。

第三の立場は、二つの折衷ともいいうる有力説であり、すでに紹介したBeulkeやJungらの説である⁹²⁾。司法への信頼確保の手段、透明性確保のための民衆監視の手段という公開の意義、さらに今日的な概念である、公衆の司法に関する情報を得る利益の重要性を認めて第二の立場に近い考え方をとりつつも、第一の立場のように、被告人の人格保護の必要性を主張する。そして、これらの利益相互の比較衡量を行うべきである、と主張する立場である。

これら諸学説は、いずれも、公開原則を刑事裁判において何らかの形で制限することに関しては異議を唱えない。さらに、公開原則を厳格に遵守することを訴える第二の立場に立つ論者も、GVG上の公開停止規定については批判を加えない。これらのことは、いかなる事情から生じたのであろうか。

② 背景事情

第一に、ドイツでは、司法への信頼が厚い。このことは、多くの論者が、司法権の独立が確立したことによって、19世紀に必要とされた「司法の監視」という国民の要求は消滅したと主張し、非公開の裁判には以前のような危険性がない、と述べていることからもうかがえる。

91) Kissel, a.a.O., § 169 Rn. 2. Bäumlerも当時すでに法律上認められていた公開停止事由が憲法違反であるとは言わない。傍聴の権利が制限なく保障されることは当然であるとしながら、「必要な制限は手続法がすでに配慮している。これ以上の不文法による制限は必要もないし正当化もされない」というに留まる (Bäumler, a.a.O., S. 321)。Kisselはその矛盾を指摘したのであろう。

92) 対案に対する意見書を記したZipfも同様の主張を行う。Zipf, Gutachten S. 47-51.

このような信頼が可能である理由は、形式的には基本法上に裁判官の独立が保障されているということが考えられる。制度面においても、終身任期での任命、法律上の手続によらない免官禁止、本人の同意を欠く転勤の禁止、固定額の俸給の保障等によって、裁判官の独立が確保されている⁹³⁾。また、戦後、裁判所自身の取り組みによって、「内からの」司法改革が試みられ、国民の司法に対する信頼を構築し、司法を「人間化」する努力が繰り返された⁹⁴⁾。裁判を安心して任せることのできる中立的な裁判官の存在が、ドイツの公開原則に関する議論の前提となっているのであろう。

第二に、ドイツ基本法上に裁判の公開に関する規定が存在しないことが挙げられる。公開原則が憲法上の要請ではないため、その制限を立法で行うことも比較的容易であった。但し、注意せねばならないのは、このことはドイツで公開原則が軽視されていることを意味しないということである。前述の通り、公開原則は民主主義原理・法治国家原理からの要請であり、憲法的な原理から派生する重要な原則であるとされていることは、他国と変わらない。基本法上に公開の規定が存在しない理由は、文献上必ずしも明らかではないものの、歴史事実からうかがうに、19世紀から間隙なく裁判が公開されてきたという事実が存在し、もはや公開が自明の理だったからであろう。実際、人権の蹂躪が甚だしかった国家社会主義の時代においてさえ、裁判は公開されていた。19世紀以降、公開原則がないがしろにされてきたという事実はドイツでは存在しない。

これに対して、人格権の保護には基本法上強い要請がある。私的領域を侵害する場合は、いかなる場合においても比例原則を満足しなければならず、必要以上の侵害は許されない。この原理が、あらゆる場面で貫徹されなければならないと正面から認め、たとえ公開原則であっても、人格権の保護を考慮して制度設計されなければならないというのは、ドイツの議論の特色である。

このような考え方は、刑事裁判の分野においては、別の原則によって補強されるとの議論も存在する。それは、被告人の社会復帰権、無罪推定の原則、公正な

93) 木佐・前掲書385頁。

94) ドイツの司法改革に関しては、木佐・前掲書第4章を参照。

裁判を受ける権利⁹⁵⁾である。

社会復帰権は、レーバツハ判決を契機として、公開原則との緊張関係が論じられるようになり、不当に社会復帰権を侵害するような方法で公開が行われてはならないとされた。さらに無罪推定原則⁹⁶⁾は、公開原則が内在的に有している被告人の「さらし者効果」を和らげなくてはいけないことを要求する⁹⁷⁾。

これらに加え、被告人の公正な裁判を受ける権利は、同じ法治国家原則から派生する無罪推定の原則と一方では結びつきつつ、社会国家原則から派生する社会復帰権、そして一般的人格権に基づく諸権利と共に、裁判所に対して、公開を適切な方法で行うという義務を課す⁹⁸⁾。

これらの社会復帰権、無罪推定原則、公正な裁判の権利等の概念は、ドイツにおいて比較的新しく、1970年代後半以降に議論されるようになったものであるがゆえ、1980年代初頭までに大体の議論枠組みが完成した人格権保護に基づく公開停止の議論においては、その内容が詳細に論じられていない。しかし、以上から、これらの利益も公開原則において被告人が不必要にさらし者とならないことを要求し、公開を限定する方向への議論を補強するものであることが理解できる。

公開原則への懐疑は、このように、一般的人格権に加えて被告人の社会復帰権⁹⁹⁾、さらには法の社会国家化という観点から出発している。個人の立場から制度を見直すことによって、公開原則の問題点が明らかとなったのである。

第三に、ドイツでは、しばしば公開原則の意義の変化によって、もはや裁判の

95) 公正な裁判を受ける権利に関するドイツでの議論と、公正な裁判を受ける権利、社会復帰権、無罪推定原則等との関係に関する分析は、渕野貴生「犯罪報道と適正手続の理念(一)・(二)」法学63巻2号・3号(1999年)に詳しい。

96) Wimmer, Unschuldsvormutung- Verdacht- Freispruch, *ZStW* 80, 375.

97) Zipf, Gutachten, S. 29.

98) Zipf, Gutachten, S. 27-33.

99) 一般的人格権は、前述の通り、基本法1条2項(人間の尊厳)、2条1項(人格の自由な発展の権利)に基づく。社会復帰権は、一般的人格権に由来し、レーバツハ判決によれば、「社会国家原理」の要請によるものであり、「個人的な弱点、罪、無能力、社会的に不利な立場のゆえに個人的・社会的な発展を妨げられている社会集団に対する国家の保護と救済の権利」である。従って、直接公開の文脈においては、一般的人格権と、その具体的な現れとしての社会復帰の権利の侵害が問題となる。社会復帰権については、Natalie Andrea Leyendecker, *(Re-) Sozialisierung und Verfassungsrecht* (Berlin, 2002)を参照。

公正さの担保としての公開の意義は重要ではなくなったということが強調される。その背後には、少年裁判等の新しい裁判形式において必ずしも公開原則が要請されていないという考え方がある。少年裁判においては人格保護・社会復帰のために非公開の審理が必要であるとされ、しかもその裁判が不公正だとはされてこなかったから、成人の裁判でも同じ論理が及ぶべき場合が存在しうる。これとともに、必ずしも「公開」することのみが裁判の公正さを担保するものではない、という考え方も存在する。実際、国家社会主義時代においては、裁判の公開は貫徹されていたものの、不当な裁判が行われた。公正で民主的な裁判を達成するためには、単に公開することのみでは足りないのであって、司法そのものの内実を変える必要があったことが認識されていたのではなかろうか。

第四に、個々の市民が裁判を傍聴するということが、権利としては認められていない。裁判の傍聴は許されるが、その権利までは一般公衆の側には存在しないというのが判例¹⁰⁰⁾・通説の立場である。一部の論者はメディアの情報収集は基本法5条1項によって保障されるが、同条2項は、一般的法律によってその権利は制限されうとする¹⁰¹⁾。従って、GVG上の規定によって、裁判の公開を停止することが可能である¹⁰²⁾。しかし、だからといってドイツで一般公衆の側の裁判へ

100) BGHは、すべて関心がある者は法廷で傍聴することを「許される *freisteht*」(*NJW* 1961, 1781 (1782))、とか、何人も裁判所手続に「出席する *beizuwohnen*」ことを「許可 *Gestattung*」されるとして、傍聴が認められるとしているが、権利性は認めていない。連邦憲法裁判所も、すべての者に対して、法廷が「開かれている *offenstehen*」とのみ述べている (BVerfGE, 1973, 36(370)); Bäumlner, aa.O., S. 321。諸教科書・コンメンタールでも傍聴の権利が一般市民にある、とする記述は見あたらない。

101) 基本法5条1項は、国民の情報収集権を保障しており、国民が十分な情報を得て意思形成を行うという民主主義的意義を持つ。しかし、同規定は国民に対し、情報源 *Informationsquelle* (書籍、新聞や映画、ラジオ、テレビなど) に近づく権利を認めているのみであって、国民が官公庁に対して一般的な情報請求をする権利をもっていると認めるものではない、というのが通説・判例である (石村善治『言論法研究Ⅱ』(信山社、1993年) 133頁)。以上のような事情により、ドイツにおいては、基本法上の表現の自由規定から国民が裁判の傍聴を求める権利を有するとは理解されていない。連邦憲法裁判所も、裁判は「情報源」であるが、裁判所によって公開の停止が行われる場合にまで公開を求める権利は国民に存在しない、という (BVerfGE 103, 44 (2001))。

102) このことは、ドイツにおいて報道の自由が軽視されているということの意味するものではない。報道の自由は、民主主義の存立に不可欠の要素であると考えられている。

のアクセスの利益が全く認められていないわけではない。既にのべてきたとおり、特に1970年代以降は、公開原則の意義を、司法への信頼の確保のみならず、典型的にはメディアによって媒介される意見形成のプロセスに関わるという内容を含め、一般公衆の裁判に関する情報を得るという利益から構成する論者が増えてきた。従って、公開の制限は、基本法5条と適合的に、利益衡量を経た上で行わなければならないとも主張されている¹⁰³⁾。

③ 問題点

もちろん、以上のようなドイツの状況にも問題はあ

る。第一に、公開停止に関する規定が、実際には被告人の人格権保護のために創設されたのではなく、その意味では学説における議論と連動していなかったという点である。1974、1987年の法改正に際して、議会でもつぱら問題であるとされたのは、証人、とりわけ性犯罪の被害者の保護であった¹⁰⁴⁾。公開停止によって被告人の人格権保護を行い、社会復帰を容易にしようという発想は学説においては有力であったが、立法に際しては重視されなかった。このような立法の経過をたどった結果、創設された規定が実務でどの様に運用されているかを示す文献・判例は、管見の限りでは見あたらないものの、ある学者によれば、私的領域保護のためのGVG171条bは、被害者保護のためには多用されるが、被告人の保護のためにはほとんど使われていない¹⁰⁵⁾。そうであるとすれば、実際には被告人が公開を求めているにもかかわらず、被害者保護のためであるとして裁判所が公開を停止する場合が多く存在するということになる。私的領域保護のための公開停止の決定に関しては異議を申し立てることができないから、実際にはこの規定によって被告人の利益が害されるおそれさえある。とりわけドイツにおいては法律上も

103) Zipf, Gutachten, S. 49-50.

104) BT-Drucks, 7/550, S. 321; 10/5305, S. 22.

105) アウグスブルグ大学名誉教授 Joachim Hermannの発言による。最近のGVG・刑事訴訟法の教科書にも、主として被害者の為の公開停止を念頭においた記述が行われている。例えば、Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens, G. A. (Kohlhammer, 2000) Rn. 838, 840では、被害者証人の内密領域保護を念頭においている規定であるかのような記述がある。

判例上も、被告人に公開裁判を受ける権利が認められていないのであるから、問題はより深刻である。

被告人に公開裁判を受ける権利を認めていないということと関連して、公開停止の拡大を主張した文献で、しばしば、公開裁判が被告人の不利益となる点が一面的に強調されていることも問題ではなかろうか¹⁰⁶⁾。被告人のための公開停止を認めてしかるべきであるという主張の論理が、時に短絡的であるのは、このためであろう。裁判の公開は、被告人にとって不利益であると同時に、やはり被告人の利益となる側面も有している。裁判所の恣意的な裁判を防ぐという伝統的な意義の他にも、例えば、一般公衆への公開が行われることによって、裁判は非法律家にわかりやすいものでなければならなくなる。そのことが同時に被告人にとっても、わかりやすい裁判を受けることの保障となる。ドイツにおける議論の引き金となったEMRKも、裁判の公開が第一義的には被告人の権利であることを宣言している。

最後に、公開停止の際に考慮されるべき「私的生活領域」に関する事情が何を意味しているかが、必ずしも明確ではないことである。さらに、私的生活領域に関する事情については、条文上、裁判官が公開の必要性との利益衡量を行ったうえで公開停止を決定するという構造になっているため、その利益衡量の基準を明らかにする必要がある。しかし、利益衡量の明確な基準については、現在に至るまで、理論的に明らかにされていない。例えば、軽罪・重罪で区別を行い、重罪においては基本的に情報の利益が優越すると説く論者 (Kohlmann) もいれば、人格の内密領域に侵入する事情であればあるほど公開が制限されるべきである、という基準をとる論者 (Kleinknecht, Beulke) も存在する。有力なのは、後者の基準である¹⁰⁷⁾。この基準によれば、事件の重大性にかかわらず、情報の内容やその内密性と、公開を通じた報道等によって、人格権の侵害度が高いと思われる場

106) Böttcher, aa.O., S. 140も、近年の議論においては、裁判の公開が訴訟関係人の利益でもあることが見すごされがちであると指摘する。Vgl. Kreinknecht, Schutz der Persönlichkeit des Angeklagten, S. 113, aber auch Kissel, §169 Rn. 1.

107) Yvonne Braun, *Medienberichterstattung über Strafverfahren im deutschen und englischen Recht* (Freiburg, 1998) S. 168.

合には、公開停止が認められることとなろう¹⁰⁸⁾。さらに、すでに見てきたように、公開の必要性は、犯罪事実に関する場合は高く、刑の量定に関する情報に関しては低いとの議論も存在した。このように利益衡量の基準が明確ではない状況では、裁判官に指針を与えられず、個々の裁判官の裁量に衡量が委ねられるという意味で濫用の危険性もある。

ドイツにおけるこれらの問題点は意識されなければならない。

以上、ドイツにおける裁判の公開原則に関する議論を概観し、検討を加えた。以上の分析を通して、ドイツでは一貫して個人の人格権の視点から公開原則とその停止に関する議論が行われ、対立する諸利益間の調和をいかに図るかという観点から、制度設計及び学界での議論が行われたことが明らかになった。さらにそのような議論が、ドイツにおける人格権保護の重要性の認識に裏付けられていることも確認できた。

(以下次号)

【参照】 関連条文一覧

● ドイツ基本法

1条(1) 人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、及び保護することは、全ての国家権力の義務である。

2条(1) 何人も、他人の権利を侵害せず、かつ憲法秩序又は道徳律に違反しない限り、自らの人格の自由な発展を求める権利を有する。

5条(1) 何人も、言語、文書及び図画で、その意見を自由に発表し、および流布し、ならびに一般に入手できる情報源から妨げられることなく知る権利を有する。出版の自由並びに放送及び放映の自由は保障する。検閲は行わない。

(2) これらの権利は、一般法律の規定、少年保護のための法律上の規定及び個人的名誉権によって、制限される。

108) Kleinknecht, Schutz der Persönlichkeit des Angeklagten, S. 114.

● ドイツ裁判所構成法

169条 事実審裁判所における審理手続は、判決及び決定の言渡しを含めて公開する。内容を公開上映または公表することを目的とする、放送用録音及びテレビ録画並びに録音及びフィルム録画は禁止する。

171条 a 被告人を精神病院もしくは禁断治療施設に収容すべきかが問題になっている公判では、保安処分としての収容の場合、刑と併科する場合を含め、その全部もしくは一部の公開を停止することができる。

171条 b(1) 訴訟関係人、証人、若しくは違法行為によって被害を受けた者の私的な生活領域に関する事情が問題となる場合、その事情を公開の場で審理することによって、保護に値する利益が侵害されるときであって、かつその事情を公開の場で審理することの利益が優越しないときには、公開を停止することができる。但し、当該生活領域にかかわる者が、公判において、公開の停止に異議を申し立てた場合はこの限りではない。

(2) 前項第一文の要件が満たされる場合に、当該生活領域にかかわる者が公開停止を申し立てた場合には、公開は停止されなければならない。

(3) 前二項に関わる決定には異議を申し立てることができない。

172条 裁判所は、以下の各号の場合に、公判の一部もしくは全部の公開を停止できる。

① 国家の安全や、公の秩序もしくは道徳の危殆化のおそれがある場合、

① a 証人もしくは他の人物の生命、身体、もしくは自由への危殆化のおそれがある場合、

② 公開の審理によって優越的な保護を要する利益が侵害されるような、取引、営業、発明、租税に関する重要な秘密の審理が行われる場合、

③ 権限なく公表することに刑事罰が科せられるような、私的秘密の審理がなされる場合、

④ 16歳以下の者の尋問がなされる場合。

173条(1) 判決はすべて公開で言い渡す。

(2) 審理の一部公開停止が認められる場合においては、その判決の一部もしくは全部の言渡しの公開を停止することができる。

● 欧州人権保護条約

6条1項 すべての者は、その民事上の権利及び義務の決定または刑事上の罪の決定のため、法律で設置された独立のかつ公平な裁判所による妥当な期間内の公正な公開審理を受ける権利を有する。判決は公開で言い渡される。但し、報道機関及び公衆に対しては、民主的社会における道徳、公の秩序もしくは国の安全のため、少年の利益もしくは当事者の私生活の保護のため必要な場合において、またはその公開が司法の利益を害することになる特別な状況において、裁判所が真に必要と認める限度で、裁判の全部または一部を公開しないことができる。