

タイトル	犯罪被害者の満足利益の刑事訴訟参加への影響及び刑罰理論との関係
著者	吉田，敏雄
引用	北海学園大学法学部50周年記念論文集：3-21
発行日	2015-03-15

# 犯罪被害者の満足利益の刑事訴訟参加への影響 及び刑罰理論との関係

吉 田 敏 雄

## 1 はじめに

犯罪によって被害を被った具体的、つまり、実際の被害者（以下、単に被害者と表記する）の保護・救済が刑事法上の重要な問題として扱われるようになってから久しい。事実、二〇〇〇年五月一二日に、「犯罪被害者等の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律」（平成一二年法律七五号。「犯罪被害者保護法」と「刑事訴訟法及び検察審査会法の一部を改正する法律」（平成一二年法律七四号）が成立した。前者は、被害者やその遺族、家族の優先傍聴（第二条）、公判記録の閲覧、謄写（第三条第一項）、民事上の合意の公判調書記載とその執行力の付与（第四条）を定めた。後者は、性犯罪の告訴期間の撤廃（刑事法第二三五条第一項第一号）、証人尋問の際の証人への付き添い（同第一五七条の二）、証人尋問の際の証人と被害者又は／及び傍聴人との間の遮蔽措置（同第一五七条の三）、ビデオリンク方式による証人尋問（同第一五七条の四第一項）、ビデオリンク方式による証人尋問の録画（同第一五七条の四第二項、第三項）、検察審査会への審査申立権者の範囲の拡大（検察審査法第二条、同第三〇条）を定めた。しかし、後

者は、被害者の保護・救済に留まらず、さらに一歩進めて、公判手続における被害者等による心情その他の意見の陳述を可能とする「被害者の意見陳述」(刑訴法第二九二条の二)を定め、これを「量刑上の一資料」とすることができるとした。

二〇〇四年一月八日には「犯罪被害者等基本法」(平成一六年法律一六号)が成立した。同法第一二条は、「国及び地方公共団体は、犯罪等による被害に係る損害賠償の請求の適切かつ円滑な実現を図るため、犯罪被害者等の行う損害賠償の請求についての援助、当該損害賠償の請求についてその被害に係る刑事に関する手続との有機的な連携を図るための制度の拡充等必要な施策を講ずるものとする」、同法第一八条は、「国及び地方公共団体は、犯罪被害者等がその被害に係る刑事に関する手続に適切に関与することができるようになるため、刑事に関する手続の進捗状況等に関する情報の提供、刑事に関する手続への参加の機会を拡充するための制度の整備等必要な施策を講ずるものとする」と規定した。その後、二〇〇五年一月二七日に内閣府犯罪被害者等基本計画検討会と内閣府犯罪被害者等施策推進会議がまとめた「犯罪被害者等基本計画」が閣議決定された。「犯罪被害者等基本法」第一二条関係では、「損害賠償請求に関し刑事手続の成果を利用する制度を新たに導入する方向での検討及び施策の実施」が、同法第一八条関係では、「犯罪被害者等が刑事裁判に直接関与することができる制度の検討及び施策の実施」が挙げられた。後者は、被害者の刑事手続きへの適切な関与形態としての「直接関与」への道を敷いたのである。

二〇〇七年六月二〇日に成立した「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事訴訟法等の一部を改正する法律」(平成一九年法律九五号)。なお、本法律により、平成一二年法律七五号は、「犯罪被害者等の権利利益の保護を図

るための刑事手続に付随する措置に関する法律」と改称された)は、被害者特定事項の秘匿(公判手続関係…刑訴法第二九〇条の二、第二九一条、第二九一条の二、第二九五条、第三〇五条、第三五〇条の八。証拠開示関係…第二九九条の三、第三一六条の二三)と刑事手続における損害賠償命令(犯罪被害者保護法)の制度を新設したほか、既存の「被害者の意見陳述」制度に加えて、弁論としての意見陳述(いわゆる「被害者論告・求刑」)制度を設けた。同法によると、故意の犯罪行為により人が死傷した罪、強制わいせつ及び強姦の罪、業務上過失致死傷及び自動車運転過失致死傷の罪、逮捕及び監禁の罪並びに略取誘拐及び人身売買の罪等について、参加を申し出る被害者やその遺族もしくは被害者の法定代理人又はこれらの者から委託を受けた弁護士に「参加人」としての法的地位が付与され(刑訴法第三一六条の三三第一項)、公判への出席(同第三一六条の三四)、検察官の権限行使に関して意見を述べる(同第三一六条の三五)、被告人の家族等情状証人に対する反対尋問(同第三一六条の三六。「犯罪事実に関するものを除く」、被告人に対する質問(同第三一六条の三七)、検察官の論告・求刑終了後の「弁論としての意見陳述」(同第三一六条の三八。「意見の陳述をするために必要があると認める場合」)等が認められる。「被害者の意見陳述」では、被害に関する心情等に限って意見陳述が認められていたが、事実に関する意見陳述は認められていなかった。これに対して、「弁論としての意見陳述」では、事実又は法律の適用についての意見陳述が認められる。ただし、これは証拠とはならない(同第三一六条の三八第四項)。二〇〇七年六月八日に成立した「更生保護法」(平成一九年法律八八号)は、被害者等の関与について、二つの制度を導入した。その一つは、地方更生保護委員会が、仮釈放審理又は少年院退院審理を行うに当り、被害者等から申出があった場合には、その意見を聴取する制度(第三八条、第四二条)、もう一つは、保護観察中に、被害者等から申出があった場合には、保護観察所が、その心情等を聴取して、保護観察対象者に伝達する制度(第六五条)である<sup>1)</sup>。

このように被害者はもはや「忘れられた人」ではなく、「光の当る存在」となったのであるが、こういった一連の立法の背景には、犯罪者の処遇は十分になされているのに対し、被害者の処遇がおろそかにされていたことがあった。しかし、同時に、一部の被害者団体の活動、これに共鳴する潜在的被害者に見られるように、被害者の保護・救済は犯罪者の厳罰化によって得られるという思考が底流にあったのである。かかる事情が実体法だけでなく手続法の改定に繋がったのである。刑事立法において被害者の処遇改善を推進することで、政治家は「落選」の危険を冒すことは無いだろうし、立案に関与した刑事法学者、実務法学家も被害者やその他の市民から非難されることも少ないだろう。しかし、それだけに、被害者の公判手続における地位について立ち止まって考えることも必要である。刑事法の理念と理論との整合性の検討が不十分なままの、国民受けのする「改革」は往々にして禍根を残すものである。本論考は、実体法的角度から被害者等の満足利益に焦点を当て、これが被害者の刑事訴訟参加に及ぼす影響、及び、刑罰理論に被害者の満足を独自の目的として取り入れる必要性があるのかを考察する。

## 2 刑法と刑事訴訟法の関係

被害者の刑事訴訟参加を認める根拠として、一般に被害者の満足利益があげられる。被害者は犯罪者の犯罪衝動の客体となったことにより、その権利・利益を蹂躪されたのであるから、当然、犯罪者はそれに対する償いをしなければならず、被害者はこれによる満足を得ることを期待してもよく、その実現のためには、被害者の刑事訴訟参加が認められるべきだというのである。ここで問題とされるべきは被害者の満足利益が有する実体法上の意義である。なぜなら、被害者の刑事訴訟参加の正当化が実体刑法に求められるとき、このことは、実体法の関心事が訴訟法に反映されるという考慮に基づくからである。被告人の行為の犯罪構成要件該当性・不法・有責が訴訟の対象であるように、

刑事訴訟参加者の役割も究極的には実体法に規定されなければならない。この関係について、実体法は禁止素材とそれが侵害された場合の制裁を明記し、手続法は、すくなくともその任務の一つとして実体法の実現を引き受けると云える。すなわち、手続法は、その枠内で実体法が転換されうる、そして、犯罪が現実の生から司法の生へと転換する手続きを明記しなければならない。この点で、訴訟法は実体法の鏡像である<sup>②</sup>。形式刑法（刑事訴訟法）は法的平和の恢復を目的とする実体刑法の実現に資する「奉仕的性格」を有しているとも表現される<sup>③</sup>。そうすると、被害者の満足利益というものがいかなる実体法上の意味を有するのかが確定されてはじめて、それがどのように手続法に反映されるべきなのが明らかとなる。

### 3 被害者等の満足利益の関連点

一般に、具体的被害者は犯罪者に重い刑罰が下されれば、それだけ満足するということが云われる。一般に、満足という概念は、被害者が犯罪被害にあうことよって被った心の平静の乱れからの回復と理解される<sup>①</sup>が、これが被害者の刑事訴訟参加を正当化する満足利益と捉えられうるか否かが問題とされるべきである。この問題を規範的視点から捉えるためには、刑事判決から得られうる、そして得られるべき被害者等の満足利益というものをいまま少し仔細に検討する必要がある。以下、刑事判決のいかなる効果が被害者の満足利益をもたらすのかを、次の四つの関連点から検討しよう。

#### (1) 行刑

有罪判決を言い渡された行為者（以下、犯罪者と表記する）が刑の執行（生命、自由、金銭の剝奪）により苦痛を

被ること、これを聞知することで被害者が満足するということはありうることである。<sup>(5)</sup>しかし、刑罰の主要な機能が被害者利益の満足に縮減されると、被害者自身によつて行われる私的復讐との違いがほとんどなくなるし、<sup>(6)</sup>さらには、刑罰というのはたんに被害者の個人的利害にだけ役立ちうるというのではなく、常に公益、つまり、一般の人々の利益にも関係しなければならないということが無視されることとなる。国が刑罰権を独占し、私的な実力行使を禁止しているということは、刑罰が公共の利害に関係するという考えと結びついているのであるから、専ら被害者の目的に合わせた刑罰は自己矛盾ということになる。さらに、次の点も指摘できよう。刑罰の満足効果は現実には自由刑が執行された場合にだけ云えることで、罰金刑の場合にこのような効果が見込まれるかは疑わしい。それに、犯罪者に実刑判決でなく、執行猶予付き自由刑が言い渡された場合には、行刑による被害者の満足というのはそもそも問題とならない。統計上ごく一部の犯罪者にしか実刑判決が下されないのであるから、刑の執行による被害者の満足を基にその手続的地位を思考することが間違いなのである。そもそも行刑の目的は犯罪者の（再）社会化にあるのであるのであって、被害者に満足を与えることにあるのではない。<sup>(7)</sup>

更生保護法第三八条（第四二条による準用）は、被收容者の仮釈放、仮退院に関する、被害者等による「意見及び被害に関する心情」聴取制度を新設した。しかし、被害者等の「感情」が仮釈放等の審査資料として利用され、それらの活用に消極的影響を与えることがあつてはならない。むしろ、更生保護委員会は、社会内処遇の望める状態になつた被收容者に仮釈放等を許可するに至つた具体的事情を被害者等に説明すべきであり、その趣旨の法規定を設けるべきなのである。被害者等の心情等を保護観察対象者に伝達する制度（第六五条）だけでは不十分である。「被害者感情」への対応策としては、施設内処遇中や仮釈放等の段階で、双方向の、直接的又は間接的な形態で可能な「被害者―犯

罪者調停・和解」制度の確立・活用が図られるべきである。なお、「仮釈放、仮出場及び仮退院並びに保護観察等に關する規則」第三二条は、仮釈放許可の規準として、「悔悟の情が認められること」（一号）と「社会の感情が仮釈放を是認すると認められること」（四号）を挙げているが、いずれも過大な要求である。

## （2）刑の宣告

刑事判決が被害者にもたらす満足機能としては刑の宣告が考えられる。すなわち、この満足機能は、行刑における被害者の満足機能に向けられた疑問を回避できる。被害者は、犯罪者が、執行猶予付きであろうがなかろうが、自由刑、罰金刑を科せられることを聞知して満足することである。つまり、被害者の満足利益は刑が宣告されたということとそれ自体にある<sup>⑧</sup>。刑罰は重いほど、被害者の満足は大きい。そうすると、この帰結として、被害者は公判において刑の種類、程度についての意見表明ができるということになるし、<sup>⑨</sup>軽すぎると思われる刑罰に対して上訴できるということにもなる<sup>⑩</sup>。被害者は法定刑の上限まで刑の宣告を要求できることにもなる。しかし、被害者の満足を規範的に刑罰の重さから導出することは許されない。なぜなら、現代法治国においては、国が被害者を代理してその私的復讐欲求を実現するのでない。もしそういうことになれば、それは歯止めのない攻撃欲求が公認されることに等しく、刑事法機関の残虐化をもたらすことになる<sup>⑪</sup>。刑罰は犯罪者の責任に応じて計量されるのであって、刑の宣告は被害者の満足要求とは関係が無い。この点につき、被害者の満足要求は犯罪者の責任が重くなるのに応じて増大するとして、この両者を調和させる試みは適切でない。例えば、犯罪者に構成要件的錯誤が認められるとき、過失犯処罰規定の存在を前提として、当該犯罪者にはせいぜい過失犯の成立しか認められないのである。強姦罪においては、犯罪者とその被害者の同意があったものと考えていたとき、過失強姦罪の規定は存在しないので、そもそも処罰の可



能性が無い。犯罪者の行為が故意であろうが、過失であろうが、被害者の視点からは、行為の重要性は等しい。しかし、それは刑法の視点からは重要でないのである。<sup>12)</sup>さらに、処罰に関する被害者の満足要求の大きさは、特にその個人的要因によって影響を受けることが多く、まったく主観的なものであつて、<sup>13)</sup>犯罪者の責任の重さと相互関連しているとは云えない。被害者によっては激怒し、犯罪者の処罰を望む者もいるが、肩をすくめるだけで、犯罪者の処罰を望まない者もいる。<sup>14)</sup>被害者の満足利益を考慮することは刑罰の公平性を損なうことに繋がる。したがって、被害者が刑の宣告から満足を得るといふ事實は、宣告刑の重さに関して間接的にも重要性を有してはならない。<sup>15)</sup>

### (3) 有罪（有責）宣告

有罪宣告が被害者にもたらす満足利益というものも考えられる。その帰結は、無罪判決の場合に被害者の上訴権を認めるといふことになる。犯罪成立要件を全部充足したとの有罪宣告、したがって又、犯罪者には犯罪理論上の責任が認められるとの宣告によって被害者に満足がもたらされる。ここに、法共同体の被害者との刑法上の連帯、つまり、被害者には犯罪に「責任」を負うなものも無いのだということが象徴的に明らかにされる。しかし、法共同体によって被害者として認知してほしいということが有罪（有責）宣告と一致するものではない。有罪（有責）宣告には、たんに構成要件該当の違法な行為があつたということ以上の認定が必要である。刑法は不法の実現があつたということ、を常に犯罪者との関連で評価し、有責か否かを判断するのである。責任の帰属の判断規準は専ら犯罪者に関わるものであつて、被害者とは関係がない。それは、被害者が受けた犯罪とその結果の体験、被害者の満足要求に影響を及ぼさねばならないといつたものではない。たしかに、被害者は、犯罪が精神障害者の仕業であつて、犯罪者が素人の理解からしてもどうにもできなかつたといふことを聞知するとき、被害者は犯罪に対してうまく心理的距離をおくこと

ができ、満足要求が無くなるということはありうる。しかし、同様に考えられることだが、まさに重い犯罪では、犯罪者の責任の有無とは関係なく、被害者は犯罪から心理的距離がおけず、心理的損傷が生じており、これを克服するためには、現行法上はありえない有罪（有責）宣告が役立つということもありうる。<sup>(19)</sup> だからといって、責任帰属の前提要件を変えるわけにはいかないのである。<sup>(17)</sup>

#### (4) 不法認定

有罪（有責）宣告への被害者の満足利益を規範的には承認できないとしても、不法認定による被害者の満足利益を規範的に承認する余地があるのではないかが問題となる。法共同体の被害者との連帯は、法共同体が被害者の被った犯行を是認しないこと、被害者が「正しい側にいる」ということ、法益の損失を被ったのであるから泣き言を言わずに甘受する必要はないのだということを保証することにあるとすると、被害者の身に、偶然の出来事でなく、刑法上重要な不法が降りかかったということを刑事裁判で認定してほしいという被害者の切実な要求には正当性がある。「不法と不運を区別することが重要である。不運には誰も責任が無い、誰も不運に対する責任が無い。不法な行為はあってはならなかったが、不運に対しても同じことを云うのは意味が無い。不法と不運の区別が重要なのは、私に苦痛を与えた者の自由な行動範囲を喚起するからである。私の被った苦痛は、私を侵害する他者の自由のせいである。他者ほしめないで済ませることができた。他者はそれをしてはならなかったということ、判決はこれを不法と呼ぶ<sup>(18)</sup>。被害者のこの満足要求は犯罪者に苦痛を与えたいという復讐欲求とは関係がないし、犯罪者の有責性とも関係が無い<sup>(19)</sup>。被害者の中にも、犯罪者の処罰を望んでいないが、しかし、自分の身に「不法」が降りかかったことだけは確認してほしい者がいるのである。<sup>(20)</sup> この帰結として、犯罪者が真犯人として構成要件・不法を実現したということだけでなく、被害

者が法的に真の被害者として認められることも判決主文中に記されるべきだということになる。被害者としての地位が判決理由中に「ついでに」認定されるか、主文中に記載されるかは、象徴的な面で被害者に大きな違いが生ずるからである。

このことは、公判手続きを二分割すべきとの主張に繋がる。従来、犯罪者の必要事に焦点を合わせ、公判手続きを事実認定手続きと量刑手続きに二分割すべきという議論があったのであるが犯罪者の必要事とともに被害者の満足利益にも焦点を合わせるべきだとすると、むしろ、不法認定手続き(Tainterlokut = Leidinterlokut = Unrechtsinterlokut)と責任・量刑認定手続きに二分割すべきということになる。<sup>(21)</sup>前者の手続きでは、構成要件該当性、違法性の問題が扱われ、有罪(有責)か否かの問題が扱われることはない。被告人の行為が構成要件に該当し違法であるという認定は、同時に、被害者が被告人の行為による不法を被ったということであり、被害者が「正しい側に立つ」という認定でもあるから、この手続きの段階で、重大な関心をもつ被害者の「適切な」関与が考えられよう。<sup>(22)</sup>

#### 4 刑罰理論に見る被害者等の満足利益

理念的には、犯罪者に科せられる刑罰は被害者等の満足に直接仕えるものではなく、社会に仕えるものである。従来の刑罰理論も犯罪を「人」の侵害としてではなく、「法益」の侵害として捉え、個人の利益だけでなく、社会、国の利益にも関わる犯罪をも包括した理論を追求してきたので、現実の被害者の満足利益をまったく考慮していないようである。このことは、たしかに、応報刑論、贖罪刑論、威嚇刑論には妥当する。しかし、このことは近時有力になりつつある積極的一般予防刑論にも妥当するであろうか。

(1) 絶対的刑罰理論

a 応報刑論 応報の宗教的淵源が極めて明白に現れている「同害報復(Talionprinzip)」によれば、同じことは同じことで報われるべきである(目には目、歯には歯)。すなわち、本来、応報の対象は結果であり、行為ではなかった。<sup>23)</sup>同害報復に哲学的基礎づけを与えたのがカントである。カントは、犯罪者が他人の自由を尊重すべしとの刑法の「定言命法」を自由意思で破ったことから、国の刑罰強制を導出したのである。応報刑論は、刑罰の社会的有用性とは関係なく先験的に基礎づけられた。カント曰く、「裁判による刑罰は、犯罪者自身にとって、あるいは市民社会にとって、別の善を促進する手段にすぎないということはけつしてありえず、つねにもつばらその人が犯罪を犯したがゆえにその人に課されるのでなければならぬ。というのも、人間が他の人の意図のための手段としてのみ扱われること、物権の対象と一緒にされることはできないのであり、市民的人格であることを剝奪する判決が下されても、生得的人格であることが、そうした扱いからその人を守るからである。処罰すべしという認定が、犯罪者自身あるいは同朋市民にその刑罰によってもたらされる利益について考えることに、先行しなくてはならない。刑罰の法則は定言命法である。幸福論の曲がりくねった道を這い回り、見込まれる利益ゆえに免除する、あるいは一段階だけ軽減する何らかの理由を見出そうとする人々、つまり『全人民が減びるより一人の人が死ぬ方がよい』というパリサイ人の標語に従う人々に災いあれ。というのも、正義が減びるなら、人間が地上に生きることにもはやなんの価値もないからである」<sup>24)</sup>。

カントと並ぶ応報刑論の双壁の一人であるヘーゲルも、カントと同じく、刑罰を目的との関係で相対的に基礎づけ

ることに反対した。しかし、ヘーゲルは、カントと違い、「一つの害悪（刑罰）をたんにもうひとつ別の害悪（犯罪）が存在しているからという理由だけで意志することは、もちろん非理性的であると見なすことができる」と論じ、<sup>(26)</sup> 刑罰を次のように弁証法的に基礎づける。「（権利の）侵害の肯定的、実定的な現存在は、ただ犯罪者の特殊な意志としてだけ有る。それゆえ、一つの現存在する意志としてのこの（犯罪者の特殊な）意志を侵害することは、そうでなかつたら妥当することになるであろうところの犯罪行為を揚棄することであり、正ないし法を回復することである」<sup>(26)</sup>。「法はこのおのれの否定を否定することによっておのれを回復する」<sup>(27)</sup>。ヘーゲルによれば、刑罰は規範侵害の「否定の否定」である。これは表面的には積極的一般予防の云う規範確認を思い出させる。しかし、ヘーゲルは一般の人々の法意識に影響を及ぼすという意味での刑罰の有用性を説いているのでなく、法はその構想からして刑罰害悪それ自体によって修復されると説いているのである。<sup>(28)</sup>ヘーゲルは、刑罰と復讐の違いを次のように論ずる。「犯罪にたいしては国家の実定法にもとづいて罰がくだされるので、それを実行するのは公権力の一機関たる法廷ないし裁判官です。裁判官は、人格としては偶然の存在ですが、判決をくだすに当たっては一般的な法規範にしたがわねばなりません。が、復讐では、それ自体が正義にかなっているとしても、正否の判断が実行者の主観にゆだねられ、実行者は自分の胸中にある正義感にもとづいて相手の不正に復讐します。たとえば、オレステスの復讐は正しかったのですが、かれは法的な判断にしたがって復讐したのではなく、自分一個の徳性の声だけを頼りに復讐を遂げたのです」<sup>(29)</sup>と。

応報刑論では、刑罰は、形而上学的に理解された正義の回復のために科せられ、正義は専ら行為者の意思自由を前提とする責任調整と関係するのであって、被害者の満足要求とは関係がない。時に、応報刑論が被害者と最も関係に近い刑罰理論だと云われることがある。被害者、親族の損害の大きさ、苦痛の強度、将来の損傷といったことが、応

報指向の刑法では、刑罰の警告、刑事手続きにおける科刑の重要な基準を与えること、応報指向の刑法は過去に目を向け、被害者の損傷を見、この害悪を犯罪者に害悪を加えることよって相殺すると説かれる<sup>30)</sup>。この説は、応報刑理論がその実践的帰結として一般の人々の応報欲求や被害者の復讐欲求を反映していると捉えることに由来するのであろうが、しかし、応報の理念は、被害者の法益、利益の侵害の修復でなく、法の侵害の修復なのであって、個別具体的被害者に満足を与えることは全く関係が無いのである。<sup>31)</sup>

**b 贖罪刑論** 贖罪は応報とか復讐の婉曲表現として用いられることもある。しかし、応報では、犯罪者へ外側から苦痛が加えられることで正義が回復されるのであるが、独自の意味としての贖罪では、犯罪者が自分自身及び社会と宥和するための内心の浄化が問題となる。贖罪により罪ある者は自己の罪から解放され、自己の尊厳を回復する。犯罪者は刑罰を内心で正しいと受け入れ、内心の浄化の機会を得る。犯罪者が贖罪の経験をもつことは、本人が被害者に対する不法行為を犯したという認識を有するにいたったことを徴表となるから、それは刑罰の望ましい効果である。しかし、本来、贖罪は犯罪者の心の奥底の問題であるから、贖罪は刑罰という害悪で外側から強制されて実現されるものではない。<sup>32)</sup>

## (2) 相対的刑罰理論

**a 消極的一般予防刑論** 一般予防には消極的一般予防と積極的一般予防があるが、いずれも人々に規範に誠実な行為をさせるといふ社会的効用を目的とするところに共通点がある。一般予防は犯罪者に刑罰を科することによって、それ以外の人々が犯罪行為に出ることを防止しようとする。フオイエルバッハによって理論的に展開された刑罰の威

嚇作用に頼る消極的一般予防の構想は潜在的犯罪者を名宛人とするもので、現に被害を被った具体的被害者を組み込んでいない。潜在的犯罪者を威嚇することでこれらの者による犯罪行為を防止するということによって、具体的被害者は再被害体験をせずにすむというように、具体的被害者は間接的な影響しか受けない。具体的被害者にとつていいことは、潜在的被害者にも等しく有益である。消極的一般予防では、具体的被害者を潜在的被害者全体から区別するその特別の事情が考慮されることは無い。<sup>33)</sup>

**b 積極的一般予防刑論** 積極的一般予防は規範と結びつく社会構成員を名宛人とする。犯罪は規範が妥当性を有するという人々の法意識を動揺させる。規範が破られた後、社会はその規範妥当性の意識において回復化することを要する。積極的一般予防刑では、刑罰は法秩序の不可侵性の回復と強化を目的とする。犯罪者は自己の犯罪行為によって、一般の人々の意思によって担われる法規範の不可侵性への一般の人々の信頼を動揺させたことの修復責任をとらなければならないのである。<sup>34)</sup> ロクスイーンによると、積極的一般予防には三効果がある。①学習理論効果、つまり、人々が法誠実を覚えこまされることによつてもたらされるべき社会教育的に動機づけられた学習効果、②信頼効果、これは人々が法の貫徹を認識することによつて生ずる効果である、及び、③鎮静効果、これは、人々の法意識が犯罪者の処罰によつて落ち着き、犯罪者との紛争が処理されたものと見られるとき生ずる効果である。<sup>35)</sup> 積極的一般予防刑論では、被害者は働きかけられるべき一般の人々の一部にすぎないので、形式的には、被害者の満足利益は考慮されていないように見える。しかし、実質的に見ると、積極的一般予防は、刑罰理論の中でも、被害者を最も考慮している理論と云えよう。刑罰は、構成要件該当性、不法及び責任が認定されてはじめて科せられうるものであり、それ故、科刑は当然、被害者に「不法が降りかかった」ことを表現している。直接の損害を被っていない一般の人々よりも、

被害者は自己の犯罪被害の実体験によって刑法規範信頼をいっそう動揺させられるのが普通である。刑罰は具体的被害者の規範への信頼を再生させうる。すなわち、一般の人々だけでなく、被害者にも規範妥当性が依然として有効であること、これからも有効であることが確認されるのである。<sup>36)</sup>

c 特別予防刑論 リストの「マールブルク綱領」によって展開された特別予防刑論によれば、特別予防は改善能力のある、改善を必要とする犯罪者の改善、改善を必要としない犯罪者の威嚇、改善能力の無い犯罪者の無害化によって実現される<sup>37)</sup>。特別予防の対象者は犯罪者であり、被害者は考慮されていない。今日、特別予防は犯罪者の再社会化（積極的特別予防）、犯罪者の威嚇と社会の犯罪者からの保安（消極的特別予防）によって実現される。特別予防刑論は、その元来の構想からすると被害者を考慮に入れていないのであるが、今日、それは被害者の満足利益のための重要なつながりを与えるものと理解されている。威嚇と保安は、当該犯罪者による再被害の危険性を減少させるのであるから、被害者の再被害者の防止に役立つ。しかし、被害者の満足利益という観点からすると、再社会化が格別の意味をもつ。積極的特別予防というのは、積極的一般予防に相応して、法的に保護された価値との犯罪者の結びつきを強化することを意味する。これには、犯罪者の将来の法的誠実が含まれるのである。<sup>38)</sup>

## 5 総括

以上の考察から、刑事法における被害者の正当な満足利益は、刑罰の効果、つまり、行刑、刑の宣告、有罪(有責)宣告が被害者にもたらす満足にあるのではなく、特定の犯罪不法の被害者になったという認定が下される必要性にある。したがって、その限度での被害者の刑事裁判参加が認められる余地があるが、被害者に刑罰の種類、重さの提案権を



認めるべき刑法理論的根拠は認められない<sup>(39)</sup>。ここに被害者の刑事訴訟参加の歯止めがあつてしかるべきである。もつとも、被害者の刑事裁判参加が認められうるにせよ、法的枠組みとしては、構成要件該当性・不法認定の必要性の範囲内で刑事裁判所が被害者に個別的・限定的に訴訟追行行為を認めるほうが良い。というのは、犯罪被害者の刑事裁判参加が事件の構成要件該当性・不法認定という意味での真相解明に役立つことがあるとしても、実体的真実を究明する客観義務を負う検察官は被害者等との綿密な意思疎通を図つた上で訴訟追行行為ができるのが普通だからである。被害者が行う情状証人への反対尋問や被告人質問は、規範侵害を自ら経験した具体的法益の担い手である被害者自身が行う方が具体的被害状況を明らかにする上で適切だといえる場合に限定されるべきである。現行法は、「被害者の意見陳述」（刑訴法第二九二条の二）と「弁論としての意見陳述」（刑訴法第三一六条の三八）の二つの制度において、被害者にその希望する量刑意見の陳述を許しているが、被害者の生の復讐感情が排除されるどころか、流れ込みかねないこれらの制度の改廃を含めた、被害者の刑事訴訟参加についての制度設計の見直しが必要である。刑罰理論についてみれば、被害者に限定付きの刑事訴訟参加を認める上で、具体的被害者の満足利益を独立の刑罰目的として刑罰理論にとり込む必要はない。刑罰理論上は、積極的一般予防刑論、積極的特別予防刑論が被害者の正当な、保護に値する満足利益を取り入れていると云える。<sup>(41)</sup>

注

(1) 参照、白木功『犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事訴訟法等の一部を改正する法律』の概要「ジュリスト一三三八号（二〇〇七）四八頁以下、岩田研二郎「刑事訴訟における被害者参加制度の問題点」法律時報七九卷五号（二〇〇七）八四頁以下、河原誉子「更生保護法における犯罪被害者等施策」更生保護平成一九年九月号二二頁以下。

(2) F. Bommer, Warum sollen sich Verletzte am Strafverfahren beteiligen dürfen?, ZStR 121 (2003), 172 ff., 185.

- (c) *R. Moos*, Grundstrukturen einer neuen Strafprozessordnung, (in: Verhandlungen des Neunten österreichischen Juristentages, 1985 II/3 Abt. Strafrecht), 1985, 65; *W. Hassener*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., 1990, 119.
- (4) *Vgl. W. Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, 2007, 133; *F. Bommer*, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, 2006, 286.
- (5) *Vgl. G. P. Fletcher*, Der Platz des Opfers in einer Vergeltungstheorie, in: *B. Schünemann, M. D. Dubber* (Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, 2000, 75.
- (9) *Vgl. Fletcher*, (Fn. 5), 76; *K. Lidervsen*, Der öffentliche Strafanspruch im demokratischen Zeitalter - Von der Staatsräson über das Gemeinwohl zum Opfer?, in: *C. Pittwitz, I. Manoldakis* (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausende, 2000, 63 ff., 73.
- (7) *Bommer*, (Fn. 4), 247 f.; *ders.*, (Fn. 2), 190.
- (8) 「トモトモに被害者への哀悼の意を連帯しつゝ、観点から、善悪賦料が必要であるとを説くが、特定の刑量を要求する権利を被害者認識するとはしない。その理由は、被害者に量刑に関する直接の関与権を認めると、それは個人的反作用の抑制過程を危うくし、国家の判断を必要とし、公正な刑事司法を衝突するであろう」といふ事。T. Hörnle, Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht, JZ 2006, 950 ff., 956. *Vgl. G. Jeroschek*, Strafrecht und Traumatisierung, JZ 2000, 185 ff., 193.
- (6) *Th. Weigend*, Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren, ZStW 96 (1984), 761 ff., 789; *ders.*, Zur Renaissance des Genußgedankens, RW. H. 1 (2010), 39 ff., 53 FN 63, 56.
- (10) *Weigend*, (Fn. 9, Überlegungen), 790 f.
- (11) *W. Hassener, J. Ph. Reemtsma*, Verbrechensoffer, 2002, 126 f. *Vgl. H. Fuchs*, Die strafprozessuale Stellung des Verbrechensoffers und die Durchsetzung seiner Ersatzansprüche im Strafverfahren (Gutachten), 1997, 92. 「今年裁判法」の公論参加について」 *H. Ostendorf*, Jugendgerichtsgesetz, 9. Aufl., 2013, Grdl. z. den §§ 79-81 Rn 6.
- (12) *Bommer*, (Fn. 2), 174; *ders.*, (Fn. 4), 250.
- (13) *Reemtsma*, (Fn. 11), 134 FN. 20.
- (14) *F. Steng*, Bewältigungsstrategien der Opfer von Gewaltdelikten, ÖJZ 1994, 145 ff., 148.
- (15) *Bommer*, (Fn. 2), 190 f.; *D. Fabricius*, Die Stellung des Nebenklägervertreters, NSZ 1994, 257 ff., 260.
- (16) *Vgl. J. Ph. Reemtsma*, Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters - als Problem, 1999, 27.

- (17) *Bommer*, (Fn. 2), 191 ff.; *ders.*, (Fn. 4), 251 f.
- (18) *Reemtsma*, (Fn. 11), 130 f.; *ders.*, (Fn. 16), 26 f. Vgl. *Holz*, (Fn. 4), 134.
- (19) *Jerowschek*, (Fn. 8), 191; *L. Sautner*, *Opferinteressen und Strafrechtstheorien*, 2010, 291.
- (20) *Jerowschek*, (Fn. 8), 193; *D. Dilling*, *Zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, in: *Jung-FS*, 2007, 77 ff., 82. 参照‘原田國男「被害感情と量刑」(『田宮裕博士追悼論集上巻』二〇〇一年、四八一頁以下、四九六頁)「量刑においては、個々の被害感情の強さそのものを重視すべきではなく、犯罪被害の結果生じた被害者側の客観的な被害状況ないし影響を量刑の基礎として取り入れるのが相当である。被害者に被告人の受けるべき量刑についての意見を述べさせること自体は意味があるとしても、その意見を重視しすぎるべきではないであろう。激しい被害感情を持っていること自体ではなく、被害を受けたことにより、平素の生活にどのような身体的、精神的、経済的あるいは社会的な支障が生じているかを問題とすべきである。このような方法で、被害状況の客観化を図るほうがよいと思われる。これまでは、被害者側の情状として、被害感情が重視され、このような客観的な状況に関する情報は必ずしも多くはなかった」。
- (21) *Bommer*, (Fn. 4), 288; *Jerowschek*, (Fn. 8), 193.
- (22) *Bommer*, (Fn. 2), 193 f.; *ders.*, (Fn. 4), 252 ff.
- (23) *Sautner*, (Fn. 19), 45.
- (24) *I. Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797 (Reclam 1990, 192) (邦訳‘樽井正義‘池尾恭一『人倫の形而上学』(カント全集一一所収・二〇〇二年・一七八頁以下)。
- (25) *G. W. F. Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Reclam 1970), § 99 (邦訳‘藤野涉‘赤沢正敏『法の哲学』(世界の名著四四『ヘーゲル』所収)一九七八年・二九九頁)。
- (26) *Hegel*, (Fn. 25), § 99 (邦訳‘二九九頁)。
- (27) *Hegel*, (Fn. 25), § 82 (邦訳‘二八八頁)。
- (28) Vgl. *H. Lersch*, *Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Straftens* (1. Teil), JA 1994, 510 ff., 514.
- (29) *G. W. F. Hegel*, *Vorlesungen über die Ästhetik I* (stw 613, 1986), 242 (邦訳‘長谷川宏『ヘーゲル美学講義上巻』一九九五年・一九九頁)。
- (30) *Hassener*, (Fn. 3), 72.

- (31) C. Prittwitz, Opferlose Straftheorien?, in: B. Schinmann, M. D. Dubber (Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, 2000, 51 ff., 60; L. Sautner, Was wollen Opfer? Strafrechtsw Zwecke aus Sicht einer österreichischen Opferbefragung, RZ 2009, 209; dies., (Fn. 19), 47; B. Schinmann, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NSfZ 1986, 193 ff., 197.
- (32) Lesch, (Fn. 28), 513; Sautner, (Fn. 19), 48.
- (33) Sautner, (Fn. 19), 49.
- (34) R. Moos, Positive Generalprävention und Vergeltung, in: Pallin-FS, 1989, 283 ff., 300 ff.; Schinmann, (Fn. 31), 194.
- (35) C. Ravin, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2006, 80 f.
- (36) Vgl. L. Sautner, Viktimologie, 2014, 182; Bommer, (Fn. 4), 256; Reemtsma, (Fn. 11), 122, 134 f.; B.-D. Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl., 2009, 36; F. Steng, Bewältigungsstrategien der Opfer von Gewaltdelikten, ÖJZ 1994, 149; kritisch Lüttersen, (Fn. 6), 72 f.
- (37) F. v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), 3 ff.
- (38) Vgl. Sautner, (Fn. 19), 55.
- (39) Sautner, (Fn. 19), 296; T. Hörmle, Straftheorien, 2011, 40 f.
- (40) 参照『座談会』「犯罪被害者の権利利益保護法案をめぐって」『ジュリスト』三三八号（二〇〇七）二頁以下（加藤克佳発言）二三三頁、二六頁（三四頁）。
- (41) Steng, (Fn. 36), 152; ders., Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl., 2012, Rn 29.