

タイトル	刑事手続きにおける被害者の参加形態：ドイツ、オーストリアの法制度
著者	吉田，敏雄
引用	北海学園大学法学研究，43(1)：1-45
発行日	2007-06-00

# 刑事手続きにおける被害者の参加形態

——ドイツ、オーストリアの法制度——

吉 田 敏 雄

刑事手続きにおける被害者の参加形態

目次	
初めに	
一 ドイツ刑事訴訟法における被害者の地位	
(一) 私人起訴	
A 私人起訴の対象犯罪	
B 和解官庁による和解の試み	
C 私人起訴手続きの遂行	
D 議論	
(二) 公訴参加	
A 公訴参加の目的とその権利者	
B 公訴参加の手続きと公訴参加人の権利内容	
C 議論	
D 議論	
二 オーストリア改正刑事訴訟法における被害者の地位	
A 被害者と私人参加人の概念	
B 被害者の権利	
C 私人起訴	
D 議論	
三 終わりに	

## 初めに

刑事手続きにおける被害者の状況に改善の余地があることには異論はなからう。しかし、被害者に、ドイツ刑事訴訟法の定める「公訴参加」に類似の制度を導入して、被害者に積極的権利を認めるべきかということになると、考えなければならぬ問題が横たわっている。確かに、「被害者のルネサンス」ということが言われるが、それは、被害者が刑事訴追から排除される前の時代に戻り、刑事訴追の私事化を促進するべきということを意味するのではなく、むしろ、捜査手続きから始まる刑事手続き全般にわたって、被害者を人として尊重するべきことを意味するのではないかと考えられるのである。<sup>1)</sup>

然るに、日本政府は、二〇〇七年(平成一九年)三月一三日に、被害者参加制度の新設を含む「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案」を閣議決定し、第一六六国会に提出した。本法案によると、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遺族に「参加人」としての法的地位が付与され、公判への出席、被告人の家族等情状証人に対する尋問、被告人に対する質問、検察官の論告・求刑終了後の「被害者論告・求刑」等が認められる。当然ながら、本被害者参加制度に対する批判がみられる。<sup>2)</sup> 第一は、既に、被害者等の意見陳述制度が導入されているところ、それ以上に、被害者等の生の声を尋問や求刑という形で反映させるよりは、検察官や弁護人を介して伝える方が被告人に対し冷静に受け止められて反省を促すには有効であるという批判である。第二は、検察官の活動から独立した訴訟活動を認める「被害者参加人」は、現行の刑事訴訟における當事者主義構造を変容させ、刑事法廷を個人的な復讐の場とし、同時に、被告人・弁護人の防御活動の負担を過大なも

のにするという批判である。第三は、被害者の落ち度が重要な争点となっているが、犯罪結果の重大性に圧倒されて、被告人は心理的に被害者の落ち度を主張しづらいところ、検察官からの厳しい追及に加えて、被害者等からも質問される、被告人は沈黙せざるをえなくなり、十全な防御権行使ができなくなり、適正手続きに反し、その結果、真実発見が歪められるという批判である。第四は、被害者等による意見や質問が過度に重視され、事実認定や量刑に厳格な証拠法則と矛盾した影響を与えるという批判である。第五は、二〇〇九年に施行される裁判員制度には、その制度設計に際して、被害者参加制度が考慮されておらないこと、さらに、裁判員制度が実施され、定着する前に被害者参加制度が導入されることになれば、裁判員制度の円滑な運用に支障を来すという批判である。

いずれの批判も耳を傾けるべきものがあると思われる。そもそも、公訴参加については、法制審議会における議論が不十分であると思われるし、学界及び法曹界においても同様の状況にあるように思われる。そこで、本稿の目的は、刑事手続きにおける被害者参加の法制度として、ドイツの私人起訴、公訴参加及びオーストリアの改正刑事訴訟法における一般的被害者参加、私人参加及び私人起訴を紹介・検討し、もって、わが国のあるべき被害者参加制度設計への橋渡しをすることにある。

注

- (1) Höynck, Th., Opfer im Jugendstrafverfahren, ZfJ 2005, 4-6, 4.
- (2) 日本弁護士連合会「犯罪被害者等が刑事裁判に直接関与することのできる被害者参加制度に対する意見書」二〇〇七年五月一日。  
 平山正剛(日本弁護士連合会)「被害者の参加制度新設に関し慎重審議を求める会長談話」二〇〇七年三月一三日。吉岡桂輔(東京弁護士会)「被害者参加制度に反対する会長声明」二〇〇七年三月二二日。小寺一矢(大阪弁護士会)「犯罪被害者の訴訟参加制度に反対する会長声明」二〇〇七年二月二日。

## 一 ドイツ刑事訴訟法における被害者の地位

ドイツでは、一九八六年の「被害者保護法 (Opferschutzgesetz)<sup>(1)</sup>」及び一九九八年の「証人保護法 (Zeugenschutzgesetz)<sup>(2)</sup>」といった二つの比較的大きな改正により、刑事手続きにおける被害者の地位の改善が図られた。「被害者保護法」により、刑事訴訟法中に第五編第四章「被害者のその他の権利」(第四〇六条dから第四〇六条h)が新設され、「公訴参加」がその第五編第二章として独立して規定されることになった。「証人保護法」により、証人保護の充実が図られ、その一環として、ビデオ技術を使用するための法的整備が図られた。次いで、二〇〇四年に、「被害者保護法」の路線をさらに進めた「被害者の権利改正法 (Opferrechtsreformgesetz)<sup>(3)</sup>」が成立し、同年九月一日に施行された。

注

- (1) BGBl. I, 2496.
- (2) BGBl. I, 820.
- (3) BGBl. I, 1354.; Hilger, H., Über das Opferrechtsreformgesetz, GA 2004, 478-486.

### (一) 私人起訴

#### A 私人起訴の対象犯罪

ドイツ刑事訴訟においては、国家訴追主義が妥当する。「公訴の提起は、検察官の任務である」(刑訴法第一五二条

第二項)。したがって、公訴無ければ刑事裁判なしということになる。「裁判所による審理は、公訴の提起がなければ、開始することができない」(刑訴法第一五一条)。

しかし、これはいわゆる職権起訴犯罪 (Officialdelikt) の刑事手続きにのみ妥当することである。ドイツ刑事訴訟法には、私人起訴犯罪 (Privatklagedelikt) と呼ばれる犯罪がある。かかる犯罪を被害者は、官庁に告発・告訴することなく、自ら刑事裁判所 (区裁判所刑事部) に私人起訴の方法で訴追できるのである。私人起訴は、被害者と並んで、又は、被害者に代わって、告訴を有する権利を有する者もこれを行うことができる(刑訴法第三七四条第二項<sup>①</sup>一文)。<sup>①</sup> あらかじめ検察官に訴追を求めることなく、被害者が私人起訴の方法で訴追を行うことのできる犯罪として、ドイツ刑事訴訟法第三七四条第一項は次の各号の犯罪を列挙している。

- 1 住居侵入罪 (刑法第一二三条)
- 2 侮辱罪 (刑法第一八五条(侮辱罪)、刑法第一八六条(悪評の流布罪)、刑法第一八七条(不実の誹謗罪)、刑法第一八七条 a (政治家に対する悪評の流布及び不実の誹謗罪)、刑法第一八九条(死者への追憶の誹毀))
- 3 信書秘密侵害罪 (刑法第二〇二条)
- 4 傷害罪 (刑法第二二三条(傷害罪)、刑法第二二九条(毒害罪))
- 5 脅迫罪 (刑法第二四一条)
- 5 a 商取引における収賄又は贈賄 (刑法第二九九条)
- 6 器物損壊罪 (刑法第三〇三条)
- 6 a 完全酩酊罪 (刑法第三二三条 a・1号から6号までの行為が完全酩酊状態で行われたとき)
- 7 不正競争防止法第一六条から第一九条までの犯罪

8 特許法第一四二条第一項、実用新案法第二五条第一項、半導体保護法第一〇条第一項、品種保護法第三九条第一項、商標法第一四三条第一項、第一四三条a第一項、及び第一四四条第一項、第二項、意匠法第五一条第一項、第六五条第一項、著作権法第一〇六条から第一〇八条まで、第一〇八条b第一項、第二項、並びに、美術品及び写真の著作権に関する法律第三三条に定める罪。

#### B 和解官庁による和解の試み

しかし、被害者は、これらのすべての犯罪について、直ちに区裁判所に自ら起訴できる、又は、代理弁護士を通して起訴できるというわけではない。先ず、犯罪に伴う人間間の紛争を裁判外の和解という方法で平和的に解決することが求められている。この裁判外処理手続きが和解の試み(Sühneveruch)である(刑訴法第三八〇条)。住居侵入罪、侮辱罪、信書秘密侵害罪、傷害罪(刑法第二二三条及び刑法第二一九条)、脅迫罪及び器物損壊罪については、州の司法行政官庁の指定する和解官庁が和解を試みて不成功に終わった後でなければ、私人起訴による訴追は許されない。私人起訴人は、訴えに際して、和解の不成功に関する証明書(いわゆる「消極証明書」)を提出しなければならない。和解の試みは、形式上、刑事手続きには属さず、むしろ、「私人刑事手続き」を避けるための、刑事訴訟法で命令された試みである。交渉には管轄の仲裁人が主導的役割を果たす。対立を解消することに向けられる話し合いの目的は、対立している、あるいは少なくともこれから紛争が続くと予期される当事者双方にとって受け入れることのできる結果をもたらし、もって、争いを終結させるところにある。最もうまくいく場合には、相互譲歩という方法で、民事法上有効な和解(Vergleich)が成立し、両当事者間の対立が沈静化する。被害者のためには、損害賠償の支払い、名誉毀損の場合には、精神的損害の調整に関する取り決めが問題となるし、行為者の場合には、被害者が告訴を行わない

義務を負うこともありうる。

### C 私人起訴手続きの遂行

和解の試みが不成功に終わり、最終的に、私人起訴が裁判所になされるとき、検察官はこの手続きの開始について必ずしも聞知するものではない。そうでない場合には、検察官は、管轄裁判所が、検察官による訴追の引き受けが必ずやと判断し、検察官に記録を正式に提示してはじめて、私人起訴手続きについて知ることになる。

検察官は、私人起訴手続きにおいて、私人起訴人のために関与する義務はない(刑訴法第三七七条第一項一文)。しかし、検察官が、事案を調べた後、特に、裁判所から記録を提示された後、手続きを引き受ける判断をしたとき、私人起訴人の意思に反しても、手続きを進めることができる。引き受けの宣告とともに、手続きは職権手続きに移る。

犯行時一四歳から一七歳の少年に対する私人起訴は許されない(少年裁判所法第八〇条第一項一文)。したがって、少年裁判所法は、一般規定により私人起訴によって訴追できる少年非行について、教育の理由又は教育目的に反しない被害者の正当な利益があり、要求するときも、検察官に訴追することを命令している(少年裁判所法第八〇条第一項二文)。

少年に対する私人起訴は、一九四三年の少年裁判所法で、又、少年に対する公訴参加は一九四三年の少年裁判所法で廃止された。再犯を教育的制裁又は制裁を放棄して手続きの介入だけで防止するという目的が、私的影響によって危険にさらされたり、挫折させられないようにするためである。「復讐欲求、応報欲求が——今日ほかの概念でまともな起訴の可能性というのには既に成人刑法でも異質物である。……手続きにおいて被害者の地位を強化するとか、制裁領

域でいつそう考慮するとかいった『現代』思考がこの妨げとなるものではない。後者の関心事のために、まさに少年裁判所法は損害修復制裁（第一五条第一項一号）並びに行為者―被害者―和解（第一〇条第一項三文七号、第四五条第二項、第四七条第一項二号）でもって先導的役割を果たしうるものであり、……国の刑罰装置が少年非行者を私人の手に委ねるようなことがあつてはならない。」と説明されるのである。<sup>(2)</sup>

年長少年や成人を被疑者とする告発・告訴が為されたとき、刑法第三七四条の意味での私人起訴犯罪が問題となっているのか否かを調べた上で、公訴を提起するほどの「公共の利益」があるのかどうかを調べなければならない（刑法第三七六条）。

検察官が公の利益を肯定するのは、例えば、犯行の態様が特別に粗暴であるとか、危険な犯行だった場合である。さらに、被害者が日常生活において傑出した人物であるとか、高位の人物である場合（例えば、国会議員、団体の会長）も公訴提起が為される。一般的に言うところ、法的平和が被害者の生活圏を越え攪乱される状況が必要である。被害者に、行為者との（密接な）人間関係のために、私人起訴を行うことが期待できないときにも、検察官は刑事訴追についての公共の利益を肯定することがある。

検察官は、公の利益が無いと判断すると、手続きを打ち切り、被害者に私人起訴の道があることを指摘する。

私人起訴は被害者にとり若干の危険を内蔵している。私人起訴人が訴訟費用の扶助の承認を得ていないとき、手数料を予納しなければならない（刑法第三七九条a）。私人起訴が却下されたり、被告人が無罪とされたり、又、手続きが打ち切られたとき、訴訟費用及び被告人に生じた必要的支出金は私人起訴人が負担する（刑法第四七一条）。さらに、私人起訴手続き自体が、裁判実務に慣れていない者には対処の難しい問題を生じさせることがある。したがって、平和的解決の可能性がある場合には、初めから犯罪者―被害者―和解（Täter-Opfer-Ausgleich）という厳格な規則に縛

られない手続きを利用することが考えられる。

#### D 議論

私人起訴創設の決定的動機は、刑事訴訟法強制から軽微犯罪を除き、したがって、創設当時、ほとんど無限定の起訴法定主義と起訴強要手続き (Klageerzwingungsverfahren) の負担を軽減することにあつた。被害者にとり、私人起訴は、検察官の介入がなくとも、被害者の制裁要求の貫徹が可能だという意味での刑事訴追特権と、被害者自身の訴追活動が必要という意味での刑事訴追負担の両面を有している。

このように、なるほど、私人起訴は刑事手続きにおける被害者の地位を強化するのに役立つ。しかし、同時に、それによって修復的正義の実現が阻まれることにもなる。<sup>③</sup>私人起訴は、最終的には、行為者の有罪判決を目指すものであつて、主として、被害者の満足、特に、応報要求に応ずるものだからである。

刑事訴訟法自体が、私人起訴が軽率に行われることを阻止するために、「和解の試み」という制度を設けている。すなわち、「和解の試み」は、事件の平和的解決と裁判所の負担軽減のために、刑事訴訟をできるだけ避けようとするものである。<sup>④</sup>さらに、非公式の紛争処理による非犯罪化効果が期待できる。

そこで、立法論としては、そもそも、私人起訴は廃止されるべきである、なぜなら、公訴提起の利益が欠如している場合にまで、処罰が可能とする制度は、現代刑法思想と矛盾するし、被害者の満足要求は、慰謝料請求等の形で、民事手続きにおいて実現されるべきであると主張されることになる。<sup>⑤</sup>

- (1) ドイツ刑事訴訟法における私人起訴を含む被害者の地位全般を概説したものに、Kerner, H.-J., Opferrechte/Opferpflichten. Ein Überblick über die Stellung der durch Straftaten Verletzten im Strafverfahren seit Inkrafttreten des Zeugenschutzgesetzes, 1992.
- (2) Ostendorf, H., Jugendgerichtsgesetz, 6. Aufl, 2003, Grdl. z. §§79-81, Rdnr. 6.
- (3) Bannenberg, B., Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis, 1993, S. 26.
- (4) Bannenberg, B., (Fn. 3), S. 28.
- (5) Kühne, H.-H., Strafprozessrecht, 6. Aufl., 2003, §11 III, Rdnr. 254.

## (二) 公訴参加

一九八六年二月一八日の「被害者保護法」(一九八七年四月一日施行)<sup>(1)</sup>は、被害者の刑事手続きにおける地位を強化するという観点から、公訴参加制度を大幅に手直しし、私人起訴から切り離したのである。<sup>(2)</sup>その後、一九九八年四月三〇日の「証人保護法」(一九九八年二月一日施行)<sup>(3)</sup>により、公訴参加適用範囲が拡大され、次いで、二〇〇四年六月二四日の「被害者の権利改正法」(二〇〇四年九月一日施行)<sup>(4)</sup>により、それがさらに拡大され、今日に至っている。<sup>(6)</sup>これにより、公訴参加は、「私人起訴と起訴強制手続きの単なる飾り」<sup>(5)</sup>の存在から独自の法制度へと成長したのである。<sup>(6)</sup>現行法の公訴参加の概要は次の通りである。

A 公訴参加の目的とその権利者

捜査の結果、公訴を提起するに足りる十分な理由が示されたが(刑訴法第一七〇条第一項)、検察官は、公判の必要が無いと認めるとき、略式命令手続き (Verfahren bei Strafbefehlen) による裁判の申し立てをし (刑訴法第四〇七条以下)、事件の事実関係が簡単であるか、又は証拠が明白で、即時の審判に適しているとき、簡易手続き (Beschleunigtes Verfahren) による裁判の申し立てをする (刑訴法第四一七条以下)。重要な案件については、検察官は、公判を開始すべき旨の申し立てを含む正式の起訴状と記録を管轄裁判所に提出する (刑訴法第一九九条)。

犯罪の被害者及びその他の公訴参加権利者は、公訴参加者として公訴に加わることができる (刑訴法第三九五条)、したがって、限定的ではあるが、手続き関与者として独自の役割を果たすことができる。公訴参加の目的は、直接の被害者に刑事手続きにおいて保護に値する利益をもたらすことにあり、次いで、それ以外の(むしろ、間接的に例えば、被害者との関係に基づき、又は、その他、犯罪の結果によって侵害された)人の特別の利益に注意を払うことにある。被疑者が「違法行為を犯した」(刑法第一一条第一項五号)ということと十分であるから、検察官が手続きを(潜在的)責任無能力者に対して進めるときでも、公訴参加は可能である。

公訴参加の権利がある人は次の通りである。

- (1) 性的自己決定に対する犯罪の被害者 (刑訴法第三九五条第一項一号 a)
  - ・ 保護を命じられた者の性的濫用 (刑法第一七四条)
  - ・ 被拘禁者、官の命令により監置された者、病者又は施設において扶助を要する者の性的濫用 (刑法第一七四条 a)
  - ・ 公務上の地位を利用する性的濫用 (刑法第一七四条 b)

- ・相談、治療又は世話関係を利用する性的濫用（刑法第一七四条c）
  - ・児童の性的濫用（刑法第一七六条）
  - ・児童の重い性的濫用（刑法第一七六条a）
  - ・児童の重い性的濫用致死（刑法第一七六条b）
  - ・性的強要、強姦（刑法第一七七条）
  - ・性的強要致死、強姦致死（刑法第一七八条）
  - ・抵抗不能者の性的濫用（刑法第一七九条）
  - ・未成年者の性的行為の奨励（刑法第一八〇条）
  - ・売春婦の搾取（刑法第一八〇条a）
  - ・売春婦幫助（刑法第一八一条a）
  - ・少年の性的濫用（刑法第一八二条）
- (2)
- ・名誉に対する犯罪の被害者（刑訴法第三九五条第一項一号b）
  - ・侮辱（刑法第一八五条）
  - ・悪評の流布（刑法第一八六条）
  - ・不実の誹謗（刑法第一八七条）
  - ・政治家に対する悪評の流布及び不実の誹謗（刑法第一八八条）
  - ・死者への追憶の誹毀（刑法第一八九条）
- (3)
- ・身体の不可侵性に対する犯罪（刑訴法第三九五条第一項一号c）

- ・ 遺棄（刑法第二二一条）
  - ・ 傷害（刑法第二二三条）
  - ・ 危険な傷害（刑法第二二四条）
  - ・ 保護を命じられた者に対する虐待（刑法第二二五条）
  - ・ 重い傷害（刑法第二二六条）
  - ・ 職務上の傷害（刑法第三四〇条）
- (4) 人身の自由に対する犯罪の被害者（刑訴法第三九五条第一項一号d）
- ・ 性的搾取のための人身売買（刑法第二三二条）
  - ・ 労働力搾取のための人身売買（刑法第二三三条）
  - ・ 人身売買の奨励（刑法第二三三条a）
  - ・ 人身の奪取（刑法第二三四条）
  - ・ 拉致（刑法第二三四条a）
  - ・ 未成年者の奪取（刑法第二三五条）
  - ・ 監禁（刑法第二三九条第三項）
  - ・ 恐喝的な人身奪取（刑法第二三九条a）
  - ・ 人質（刑法第二三九条b）
- (5) 暴力保護法第四条の犯罪の被害者（刑訴法第三九五条第一項e）
- (6) 殺人未遂の被害者（刑訴法第三九五条第一項二号）

- ・ 謀殺未遂（刑法第二二一条、刑法二二条、刑法第二三条）
- ・ 故殺未遂（刑法第二二二条、刑法第二二条、刑法第二三条）
- (7) 裁判所の裁判を求める請求によって（刑訴法第一七二条…起訴強制手続き）公訴提起を実現した被害者（刑訴法第三九五条第一項三号）
- (8) 遺族、つまり、違法行為により死亡した者の親、子供、兄弟姉妹及び配偶者（刑訴法第三九五条第二項一号）
- (9) 経済的保護規定の被害者（刑訴法第三九五条第二項二号）  
刑訴法第三七四条第一項七号及び八号に規定に従って私人起訴の権利を有する者、及び、特許法第一四二条第二項、実用新案法第二五条第二項、半導体保護法第一〇条第二項、品種保護法第三九条第二項、商標法第一四三条第二項、意匠法第五一条第二項、第六五条第二項、著作権法第一〇八条a、第一〇八条b第三項の規定する違法行為により被害を受けた者
- (10) 刑法第二二九条の定める過失致傷の被害者（刑訴法第三九五条第三項）  
但し、特別の事由、特に、被害結果の重大性の故に、その者の利益を考慮するために必要であると認められるとき。

#### B 公訴参加の手続きと公訴参加人の権利内容

公訴参加人としての参加は、公訴提起後、手続きのどの段階でも可能である。公訴参加は、判決の宣告後においても、これに対する上訴のためにすることができる（刑訴法第三九五条第四項）。被害者には、提起された公訴に公訴参加人として参加する権利が告知されなければならない（刑訴法第四〇六条h）。

従前、少年に対する刑事手続きでは、公訴参加は許されなかった（少年裁判所法旧第八〇条第三項）。その理由は、私人が手続きに参加すると、その者自身の利益が少年手続きの教育思想に反するところにある。さらに、公訴参加人が刑事手続きに参加すると、裁判が遅延することになり、その結果、少年刑事手続きで妥当する迅速原則に反して、少年のためになる手続きの早期終結が妨げられることが挙げられる。

参加の申し出は、裁判所に対し、書面で行う。参加の申し出が誤って公訴の提起前に検察官又は裁判所に対して為されたときでも、公訴提起によるその効力が生ずる。略式手続きの場合には、参加の申し出は、公判期日が指定されたとき（刑訴法第四〇八条第三項一文、第四一一条第一項）、又は略式命令の請求が棄却されたときに、その効力が生ずる（刑訴法第三九六条）。

公訴参加犯罪が明確に起訴されたわけではないが、しかし、それが（観念的競合又は法条競合の関係にあつて）他の起訴された非公訴参加犯罪とともに犯された場合も、公訴参加は許される。被告人が、刑事訴訟法第三九五条第一項列举の犯罪を犯した可能性があるということだけで十分である。

公訴参加の申し出があつた場合、裁判所は、その申し出の適否について、検察官の意見を聴いた後、裁判しななければならない（刑訴法第三九六条第二項一文）。棄却の決定に対しては、抗告が許される（刑訴法第三〇四条第二項）。

過失致傷の場合には、裁判所は、参加が刑事訴訟法第三九五条第三項に掲げる事由により「必要である」かについて、被告人からも意見を聴いた後、裁判をする。この裁判に対しては、不服を申し立てることができない（刑訴法第三九六条第二項）。過失致傷の場合に限定条件を付することによって、交通事故で、中くらいの傷害でしかなく、損害賠償も既に済まされている事案を公訴参加から除外しようとしている。

公訴参加が許されると、公訴参加人としての被害者は一連の権利を有する（刑訴法第三九七条）。例えば、裁判官（刑

訴法第二四條、刑訴法第三一條)又は鑑定人(刑訴法第七四條)を忌避する権利、質問する権利(第二四〇條第二項)、裁判長の訴訟指揮(刑訴法第二三八條第二項)及び質問(刑訴法第二四二條)に対して異議を申し立てる権利、証拠調べを請求する権利(刑訴法第二四四條第三項から第六項)並びに意見陳述権(刑訴法第二五七條、刑訴法第二五八條)。又、公訴参加人を証人として尋問すべき場合であっても、公訴参加人は公判廷に在廷する権利を有する。

公訴参加人として参加する権利が、刑事訴訟法第三九五條第一項一號a、二號又は第二項一號に基づくか、又は、公訴参加人が刑法第二三二條から第二三三條aの定める違法行為により被害を受けており、且つ、参加の根拠となつた犯罪が重罪であるとき、公訴参加人の請求により弁護士を補佐人として任命することができる(いわゆる「被害者弁護士」)。公訴参加人には、申し立てにより、弁護士の依頼について訴訟費用の扶助が認められる(刑訴法第三九七條a)。

公訴参加に関わる犯罪事実について有罪判決が下されたとき、被告人が公訴参加人に生じた必要的支出金を負担しなければならぬ(刑訴法第四七二條第一項一文中)。この場合、補佐人としての弁護士費用も被告人負担であり(刑訴法第四七二條第三項一文中、刑訴法第四〇六條g)、被疑者が刑事訴訟法第一五三條aの定める賦課事項又は遵守事項を履行し、手続きが最終的に打ち切られるときも、被告人が公訴参加人に生じた必要的支出金を負担しなければならぬ(刑訴法第四七二條第二項二文中)。但し、これらの場合、裁判所は、被告人に負担させることが相当でないときは、いわば被害者の「自己の危険負担」において、全部又は一部を免除する(刑訴法第四七二條一文中)。

### C 議論

一般に、刑事訴訟法第三九五條の趣旨が、被告人側からの責任転嫁などによる「被害化」を防止することにあるこ

と、それは立法理由から分かる。改正前の第三九五条「第一項に、刑訴法制定当初から定められている公訴参加権利者の型録が、真つ先に被害者保護に奉仕する被害者の参加権利としての公訴参加の今日的機能にもはや対応できていない。私人起訴の規定に基づいて私人起訴人となることが出来る者（刑訴法第三七四条）が公訴参加できるとされていて、おおよそのところ軽微な犯罪が問題となっており、検察官が刑事訴追に公共の利益を肯定した場合であつてすら（刑訴法第三七六条）、被害者が無限定に公訴参加人になれるとするための十分な理由が、あらゆる場合に見出されるか疑問がある。これに対して、特別に重い、一身専属的法益に向けられた犯罪、例えば、性的自己決定に対する犯罪には、公訴参加の権利が認められていない。しかし、ほかでもなく一身専属的法益に向けられた犯罪の場合が、被告人からの責任転嫁を防御するためにも被害者に訴訟参加としての確実な役割を認める必要性が高い典例である。」<sup>(7)</sup> すなわち、ここでは、公訴参加が被害者の防御手段として位置づけられているのである。

しかし、立法理由からは、法改正前に公訴参加を支えていた被害者の「満足利益」の側面に、法改正後、いかなる意味が与えられるのかが明らかでない。一般に、現行法制上、公訴参加はもはや被害者の満足利益ないし行為者処罰を本質的目的とはしておらず、むしろ、被害者側からの責任転嫁や誹謗から被害者の人格を保護することを主要目的としていると説かれている。<sup>(8)</sup> この点で、被害者保護法は、できるだけ被害者の利益と行為者の再社会化利益の均衡をとろうとしているとも説かれる。<sup>(9)</sup> 確かに、刑事訴訟法第三九五条第一項の型録からは、そうとも言える。例えば、強姦の被害者には、質問権、証拠調べの請求権を行使することによつて、行為者側の「同意があつた」という主張に反駁することができよう。この理由だけからでも公訴参加の存在理由があると言われることもある。<sup>(10)</sup>

立法者は、被害者保護法により、公訴参加の新しい意味づけを指向しているように見える。旧法下とは異なり、公訴参加人はもはや検察官の助手として機能する（検察官を援助する機能）ことは期待されていない。「起訴の地位の二

重占拠」という考えが放棄されたことは明白である。<sup>(11)</sup> 公訴参加がもはや処罰指向でないということは、刑事訴訟法の新規定からも分かると言われる。「公訴参加人は、判決に対して、量刑を変更すること、又は公訴参加の対象となることのできない犯罪行為について被告人を有罪とすることを目的として、不服を申し立てることはできない。」<sup>(12)</sup>（刑訴法第四〇〇条第一項）。ここから、公訴参加が特定の法律効果の獲得を目的とするものではないことが導かれると。<sup>(12)</sup>

それにもかかわらず、公訴参加には被害者の満足利益の実現という重要な機能があるとの見解も有力である。<sup>(13)</sup> 刑事訴訟法第四〇〇条第一項は、「公訴参加人は、判決に対して、量刑を変更すること、又は公訴参加の対象とすることのできない犯罪行為について被告人を有罪とすることを目的として、不服を申し立てることはできない。」と規定し、法律効果の言い渡しに関する上訴は許さないというにすぎない。公訴参加にかかる犯罪の無罪判決に対しては、上訴が許されるのである。それどころか、公訴参加人は、第一審手続きにおいてまさに特定の法律効果を得ようと手を尽くすことが許されるのである。立法理由からも、立法者が、被害者には行為者に有罪判決が下されることに利益があり、これは保護に値すると考えていることが分かる。「被害者は、何よりも先に、被告人が犯罪の廉で……そもそも有罪判決を下されることに正当な利益を有する。……これに対して、被害者には、被告人に下される刑罰の重さに正当な利益を有するという考えは規則正しく否定されるべきである。」<sup>(14)</sup>

さらに、被害者保護法は、違法な行為により殺された者の近親者にも、法改正前と同じく、公訴参加権を認めている（刑訴法第三九五条第二項一号）ことが問題となる。歴史的には、かかる近親者の公訴参加権は、訴訟経済的考慮に由来する、つまり、刑事手続きと後の民事損害賠償裁判の食い違いを避けるために認められたのであるが、<sup>(15)</sup> しかし、公訴参加権を有する近親者の意図はほとんどの場合まったく別なところにある。特に、重大な犯罪では、公訴参加は、ほぼ例外なく、被告人をできるだけ重く処罰しようと努力を集中する。損害賠償とか責任転嫁からの保護といった観

点が役割を果たすことは滅多にない。<sup>(16)</sup>

さらに又、被害者保護法は、法改正前と同じく、起訴強制手続きによって公訴を提起させた者にも公訴参加権を認める（刑訴法第三九五条第一項三号）。これによって、公訴参加には、検察官を統制する機能もあるという従前からの思考が完全には消滅していないことが分かる。ここにも、被告人が有罪判決を下され、処罰されることに有する被害者の利益が考慮されていることが分かる。

被告人が初めから完全自白しているか、前もってその弁護人を通して攻撃的防御の態度をとることを知らせているかといったようなことは、公訴参加の許容性とは関係がないことも指摘されなければならない。刑事訴訟法第三九五条第一項は予想される訴訟状況とは関係がないのである。又、過失致傷（刑法第二一九条）の場合、「被害結果の重大性」が公訴参加の要件となっているが（刑訴法第三九五条第三項）、これも、被害者の満足利益といった観点からしか説明できないであろう。<sup>(17)</sup>

これに対して、刑事手続きにおける被告人側からの責任転嫁からの保護といった観点は実際にはあまり大きな役割を果たしていないようである。このことは、特に、典型的な攻撃武器といえる証拠調べ請求権に妥当するのであり、被害者は、この権利を利用して検察官の訴訟活動を「助け」、裁判所に圧力をかけ、証明状況を被告人に不利益な方向に変えることができるのである。被告人は二人の「敵」検察官と対峙しなければならぬ、一人は、国の機関としての検察官であり、他の一人は、いわば私人検察官である。防御的権利はともかく、このような攻撃的利用の可能な権利を認めることには問題がある。<sup>(18)</sup>

立法者は、公訴参加人に諸権利を与えることによって、いわゆる「武器対等」をもたらそうとし、それをどのように行行使するかは公訴参加人に委ねようとしたといえそうである。つまり、責任転嫁から防御するために行使するのか、

被告人の有罪判決と処罰を求め、攻撃的に使用するかは、公訴参加人に委ねられたといえそうである。<sup>(19)</sup>

問題は、被告人が処罰されることにつき、被害者が正当に有すると説かれることのある満足利益なるものが、公の合理的刑法体系において正当な位置づけを与えられうるのかということである。正当にも、かかる被害者の満足利益なるものは、復讐欲求、応報欲求に衣をかぶせた概念ではないかと批判されるのである。私的応報欲求が公訴参加を経由して刑事手続きに流れ込んでくる。<sup>(20)</sup>「被害者が行為者の処罰によって満足を得たいということは、心理学的観点からは復讐本能そのものであり、実体的には、部分総称として、一般の人々の応報欲求と一致するのであるから、刑法体系において苦勞の末に廃止された応報刑法が、攻撃的手続き権利で装備した被害者という人の中に息を吹き返すことになる——これにより、同時に、理論史の側面の下で見ると、一見したところ非常に進歩的な被害者手続き手法の反動的性格が明らかとなる。<sup>(21)</sup>」被害者が、法廷において、証人としても、攻撃的権利を有する公訴参加人としても活動できるということによって、むしろ、真実発見から遠ざかることになり、ここに致命的欠陥がある。「復讐思想の最後の遺物は廃止される」べきだと。<sup>(22)</sup>

確かに、被害者には、公的に「犯罪は不法だったのであり、不運だったのである」ということを認められる<sup>(23)</sup>ことに、つまり、真実の発見と有罪の確定によって精神的満足を得るという正当な利益がある。しかし、公訴参加において客観義務を負わない公訴参加人<sup>(24)</sup>が、客観義務を負う検察官の訴訟活動を相対化することによって、その正当な利益の一線を超えることになる。なぜなら、公訴参加の背後には依然として応報原理があるからである。被害者の正当な満足利益と応報原理とは一致しないのである。<sup>(25)</sup>そこで、被害者保護法は、「公訴参加人と被害者の地位を一面的に強化することで、本人の応報欲を一般の人々の再社会化利益よりも優先することに傾いている。被害者に行行為者の処罰に關して自制的役割を果たすように指示し、これに代わって、いずれにしても本人の主たる関心事である恢復利益にもつ

と高い位置価値を認めていたなら、この刑事政策の退行を避けることができたのに<sup>(26)</sup>、そして、「満足機能と結びつく  
 応報思想及び被告人に生じる公訴参加費用が再社会化敵対的であるから、公訴参加は、立法論としてであるが、被害  
 者の回復利益を正面にすえる行為者―被害者―和解の手続きに組み込まれるべきである<sup>(27)</sup>」、と主張されることになるの  
 である。

従前、少年（一四歳―一七歳）事件に対する公訴参加は許されていなかったのであるが、少年刑事手続きへの導入  
 論も有力に主張されていた。その論拠は、公訴参加が被害者保護のための制度へとその性格が変わり、したがって、  
 それが少年刑事手続きの原則を破るものではないというのである<sup>(28)</sup>。それどころか、公訴参加の攻撃的側面がその少年  
 手続きへの導入の論拠とされることがある。少年刑事手続きにおける少年の「四方面防御」に鑑み、被害者には防衛  
 権だけでは不十分であり、証拠調べ請求権、上訴権が必要だというのである<sup>(29)</sup>。さらに、犯罪者―被害者―和解（T O  
 A）の積極的評価が少年刑事手続きへの公訴参加導入論の根拠とされることもある<sup>(30)</sup>。しかし、これらの論拠には説得  
 力が欠けている。被害者のための公訴参加の満足機能が教育思想と矛盾するのである。犯罪者―被害者―和解におい  
 ては、それへの犯罪者の自主的参加、そして、和解が関心事なのであり、当事者間の攻撃―防御が関心事のでは  
 ない。公訴参加の性格付けに変化が見られたといっても、公訴参加は、依然として、攻撃の手段たりうるのである。  
 被害者によっては、復讐・応報欲求を有しないこともあろうが、しかし、それでも、一般的にそれを可能とする制度  
 であり、それを前提とした公訴参加が教育思想と矛盾するものであることを否定できないだろう<sup>(31)</sup>。

ところが、二〇〇六年一月三十一日施行の「第二次司法現代化法」は、被害者の地位を改善するという観点から、  
 少年刑事手続きにおける被害者の公訴参加を再導入した。少年裁判所法旧第八〇条第三項は「公訴参加は許されない<sup>(32)</sup>  
 と規定していたが、それが次のように改正された<sup>(32)</sup>。

## 第八〇条「私人起訴と公訴参加」

- (3) 生命、身体の不可侵性又は性的自己決定に対する重罪「最下限が一年の違法行為」によって、又は、刑法典第二三九条第三項「自由の剝奪」、第二三九条a「恐喝的な人身奪取」又は第二三九b条「人質」の定める重罪を犯し、これにより被害者が精神的又は身体的に重く損なわれるか、こういった危険にさらされた者、又は、刑法典第二五一条の定める重罪「強盜致死」により侵害された者は、この場合、刑法典第二五二条「強盜的窃盜」又は第二五五条「強盜的恐喝」と結びついてよいが、公訴提起に公訴参加人として参加できる。その他、刑事訴訟法第三九五条第二項一号及び同第三九六条から第四〇二条はこれを準用する。

連邦政府法案は、従前どおり、少年刑事手続きにおける公訴参加は認めないこととするが、但し、刑事訴訟法第四〇六条dから第四〇六条hの定める被害者の（防衛的）情報権、保護の諸権利を認め、もって、被害者保護の利益と少年刑法の要請、特に、教育主義の間に適切な均衡をとろうとしたのであった。<sup>33</sup>これに対して、連邦参議院は、刑事訴訟法第三九五条第一項と比べると限定された範囲ではあるが、被害者の公訴参加を許容し、但し、教育的理由がある場合に限って、少年裁判官は公訴参加を許さないことができる<sup>34</sup>としていたのである。連邦衆議院は、参考人意見聴聞会を開催したが、専門家の間の意見の一致が見られず、そこでは、かえって、公訴参加に伴う攻撃的権利と教育思想の間の緊張関係が浮き彫りになった。連邦衆議院は、この緊張関係を、成立した少年裁判所法第八〇条第三項の形で、つまり、公訴参加を被害者の重い損害を伴う重罪に限定することによって解決しようとした。<sup>35</sup>しかし、それは仮象の解決にすぎない。というのも、教育的理由からの公訴参加の制限規定が設けられておらず、被害者「利益」が優先されていることは覆いようもないからである。<sup>36</sup>責任調整思想で導かれる一般刑法とは異なり、特別予防、つまり、

「行為者指向」の少年刑事手続きにおいては、一方で、協調的—問題解決的手法がとられ、他方で、法治国の形式性が遵守されるという、その間の均衡が図られねばならないが、公訴参加人及びその代理人がいかなる役割を果たしうるのか、そして、果たすべきかという未解決の問題が生ずるのである<sup>(27)</sup>。

注

- (1) OpferschutzG v. 18. 12. 86.
- (2) 刑訴法旧第三九五条「第三七四条の規定に基づいて私人起訴人となる権利を有する者は、手続きのいかなる段階でも、提起された公訴に参加人として加わることができる。但し、略式命令の際の手続きにおいては、公判期日が指定され（第四〇八条第二項、第四一條第一項）又は、略式命令請求が却下されたときに限る。」
- (3) Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998, BGBl 1998, I, 820.
- (4) Opferrechtsreformgesetz vom 24.6. 2004, BGBl 2004, I, 1354.
- (5) Weigend, Th., Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S. 159.
- (6) Barton, S., Nebenklagevertretung im Strafverfahren, in: Festschrift für Hans-Dieter Schwind, 2006, S. 211-224, 211.
- (7) BT-Drucks 10/5305, S. 11. 改正前の公訴参加人については「その本質からして、行為者の処罰を求める」制度と理解されていた<sup>①</sup>。BGH vom 10.9.1974, NJW 1974, 2244.
- (8) Rieß, P., Der Strafprozeß und der Verletzte - eine Zwischenbilanz, Jura 1987, 281, 287; LG Essen, NStZ 1991, 98-99 mit Anm. Weigend, Th., 99.
- (9) Rössner, D., Alternativ-Kommentar zur Strafprozessordnung, 1996, vor §395 Rdnr. 10.
- (10) OLG Köln, NJW 1993, 3279-3280, 3280.; Rieß, P., (Fn. 8), 286.
- (11) Vgl. BT-Drucks. 10/5305; dazu Rieß, P., (Fn. 8), 286.
- (12) Rössner, D. (Fn. 9), vor §395 Rdnr. 8; OLG Köln, (Fn. 10), 3280.
- (13) Kleinkecht/Meyer-Gobner, Strafprozessordnung, 44. Aufl., 1999, Vor §395 Rdnr. 1; Roxin, C., Strafverfahrensrecht, 25. Aufl.,

1998, §62 Rdnr. 1; Schönemann, B., Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NStZ 1986, 193, 197; Fabricius, D., Die Stellung des Nebenklagevertreters, NStZ 1994, 257, 260.

- (14) BT-Drucks. 10/5305, S. 15.
- (15) Verhandlungsbericht der 265. Sitzung des BT vom 5.5.1953. BT-Drucks. 12999 B.
- (16) Hinz, W. Opferschutz, Genußtung, Wiedergutmachung, DRiZ 2001, 321-324. 326.
- (17) Hinz, W., (Fn. 16), 326.
- (18) Moos, R., Verhandlungen des fünfzehnten österreichischen Juristentages Innsbruck 2003, Bd IV/2, Strafrecht, Referate und Diskussionsbeiträge, 2004, S. 133.
- (19) Höynck, Th. u. U. Jesionek, Die Rolle des Opfers im Strafverfahren in Deutschland und Österreich nach den jüngsten opferbezogenen Reformen des Strafverfahrensrechts: Österreich als Modell?, MschrKrim 2006, 88-106, 98. 公訴参加をめぐるか  
とくぐり攻撃的手段だと評価をめぐり' Baumann M. C. u. W. Schädler, Das Opfer nach der Straftat - seine Erwartungen und  
Perspektiven, 1991, S. 33.
- (20) Kühne, H.-H., Strafprozessrecht, 6. Aufl., 2003, §11 V Rdnr. 257.1.
- (21) Schönemann, B., (Fn. 13), 197. 参照' 加藤克佳「刑事手続における被害者の地位」(『刑法雑誌』第四〇巻第二号(二〇〇一年)  
一三三頁以下所収)' 一三六頁' 一四〇頁。
- (22) Rautenberg, E. C., Empfehlen sich gesetzliche Änderungen, um Zeugen und andere nicht beschuldigte Personen im Straf-  
prozeß besser vor Nachteilen zu bewahren?, -Referat-, 1998, L43-58, L 50. 被告人の権利を拡大するほど、誤判無罪判決が増大す  
る恐れが高まるのと同じく、被害者の権利が拡大するほど、誤判有罪判決が増大する恐れが高まること指摘される。被害者の権利  
の拡大は、真実の発見手続きが被害者の利益といった視点から左右されることに繋がる。そうすると、法を破った犯罪行為が、被害  
者を侵害した犯罪行為に変質することになる。結局、真実発見という公の利益が、被害者の社会復帰、満足といった利益によって圧  
倒されてしまう。おまけに、被害者の権利の拡大は、感情的判断の範囲を広くすることに繋がり、客観的証明状況への依存性が弱め  
られる。被害者の個性、その無情さ、寛容さ、その経済的地位、弁護士補佐人の腕前といった要因が手続きを決定付ける意味をもつ  
る。 Kunz, K.-L., Zu den Problemen einer opfergerechten Ausübung des Strafanspruchs und zur Suche nach Auswegen,  
in: Festschrift für Manfred Burgstaller, 2004, S. 541-552, 546f.

- (33) Reemtsma, J. P., Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters - als Problem, 1999, S. 26.
- (34) Kleinknecht/Mayer-Göbner, (Fn. 13), 2 vor §395, 2 zu §385.
- (35) Moos, R., Die Reform der Hauptverhandlung, 1. Teil, ÖJZ 2003, 321-332, 328.
- (36) Roxin, C., (Fn. 13), Vorbemerkung §§61, 62 u. 63.
- (37) Roxin, C., (Fn. 13), §62, 1.
- (38) Weisser Ring, Rechtspolitische Forderungen des Weißen Rings zur Verbesserung des Opferschutzes, 2004, S. 3.
- (39) Schöch, H., Das Opfer im Strafprozess, in: Eger, R. u. E. Minthe (Hrsg.), Opfer von Straftaten, 2003, S. 19-36, S. 26f.
- (40) Rössner, D., Das Jugendkriminalrecht und das Opfer der Straftat, in: Dölling, D. (Hrsg.), Das Jugendstrafrecht an der Wende zum 21. Jahrhundert, 2001, S. 165-195, 172ff.
- (41) Höynck, Th., Stärkung der Opferrolle im Jugendstrafverfahren?, ZJJ 2005, 34-41, 39f.
- (42) Zweites Gesetz zur Modernisierung der Justiz (BGBI I 2006 S. 3416ff. vom 30. Dezember 2006).
- (43) Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/3038 (19. 10. 2006), S. 20 und S. 65f.
- (44) Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 550/06 (Beschluss) (22. 09. 06), Ziffer 13.
- (45) Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), BT-Drs. 16/3640 (29. 11. 2006), S. 48.
- (46) Stuppi, F., Die Änderungen des Jugendgerichtsgesetzes durch das 2. Gesetz zur Modernisierung der Justiz, ZJJ 1/2007, 18-31, 19.
- (47) Höynck, Th., Zu den Ausweitungen der Opferrechte im JGG durch das 2. JuMoG, ZJJ 1/2007, 76-78, 77.; Gesetzentwurf der Bundesregierung, (Fn. 33), S. 65.

## 二 オーストリア改正刑事訴訟法における被害者の地位

オーストリアの刑事手続きにおける被害者の地位の改善は、一九八七年の「刑法改正法」<sup>(1)</sup>、一九九三年の「刑事訴訟改正法」<sup>(2)</sup>から始まった。これらの立法は、刑事手続きによる第二次被害を避けるべく、証人としての被害者保護を図ったものである。一九九九年の「刑事訴訟改正法」<sup>(3)</sup>は、成人犯罪者に対するダイヴァージョンの導入、及び、精神的外傷を蒙った被害者の私立被害者援助団体による裁判所付き添いに対する国庫補助を導入した。その後、欧州連合の二〇〇一年「刑事手続きにおける被害者の地位に関する大綱決議」<sup>(4)</sup>、性暴力、家庭内暴力の被害者としての子供、女性の世話と取り組んできた「白い環 (Weisser Ring)」<sup>(5)</sup> (一九八九年創立)等の被害者支援団体のロビー活動を背景として、オーストリアの刑事訴訟法全面改正作業が進行し、被害者の訴訟当事者として地位を認める等の規定を盛り込んだ「刑事訴訟改正法」<sup>(6)</sup>が二〇〇四年三月二三日に可決成立したことをもってその一応の完成を見た。その全面的施行は二〇〇八年一月一日であるが、被害者の権利等の一部の規定は既に二〇〇六年一月一日に施行されている。<sup>(7)</sup>

### A 被害者と私人参加人の概念

オーストリア改正刑事訴訟法第一〇条「被害者の参加」の一般条項は、従前のオーストリア刑事訴訟法で用いられていた、完全に民事財産法上の概念である被害者 (Verletzter od. Geschädigter) に代えて、犯罪被害を蒙った人の精神的損害を含む全体状況を際立たせ、刑事不法であることを明確にする新たな被害者概念 (Opfer) を使用している。<sup>(8)</sup>

第一〇条「被害者の参加」

- (1) 犯罪被害者は、第四章の規定にしたがい、刑事手続きに参加する権利を有する。
- (2) 刑事警察、検察官及び裁判所は、犯罪被害者の権利及び利益に適切な考慮を払い、被害者のすべての者に、手続きにおけるその重要な権利に関して、並びに、補償又は援助を得る可能性に関して情報提供をする義務を負う。

(3) 刑事手続きに関与する官庁、施設及び人はすべて、被害者に、手続き中、その人の尊厳に敬意を払った対処をし、その一身専属的生活領域を守る利益を顧慮しなければならない。このことは、特に、それほど狭くはない一定範囲の人々の中で人物確認を可能とする写真の回付、説明書の通知に妥当する、但し、これが刑事司法の目的によって命令されるときはこの限りでない。検察官及び裁判所は、手続きの終結に関する決定をするに当たって、常に、被害者の回復利益を調査し、その促進の最大限の努力をしなければならない。

改正刑事訴訟法は、基本的に、被害者 (Opfer) と私人参加人 (Privatbeteiligter) を区別している (刑訴法第六五条)。前者には、故意の犯罪行為により暴力又は危険な脅迫にさらされたか、性的不可侵性の点で侵害されたかもしれない者 (一号 a)、犯罪行為によって死を惹起されたかもしれない者の配偶者、生活伴侶、直系親族、兄弟姉妹、又は、犯罪の証人だったその他の親族 (二号 b)、犯罪行為によって損害を蒙ったか、その他刑法で保護される法益の点で侵害されたかもしれない者 (一号 c) が属する。後者には、蒙った損害又は蒙った侵害に対する賠償を求めするために、手続きに参加する被害者が属する。この定義規定は、必ずしも民事法上の賠償請求権を行使に関心がなく、しかし、情報や手続き参加に関心のある被害者の一般的利益を考慮している。刑事手続きにおける被害者の主体的地位が損害

賠償請求から切り離されているのである。

## B 被害者の権利

改正刑事訴訟法第六六条第一項一号から八号は、被害者に、私人参加人としての地位とは関係なく、次の権利を認め<sup>(9)</sup>ている。

- 1 代理してもらうこと、
- 2 記録を閲覧すること、
- 3 尋問前に、訴訟対象と自己の重要な権利についての情報を与えられること、
- 4 手続の進行について知らされること、
- 5 翻訳援助を得ること、
- 6 証人及び被告人の反対尋問、鑑定調べ及び現場検証に参加すること、
- 7 公判中在廷し、被告人、証人及び鑑定人に質問し、自己の請求権について聞いてもらうこと、
- 8 検察官が打ち切った手続の続行を要求すること。

改正刑事訴訟法第六六条第二項は、性犯罪、暴力犯罪の被害者、殺された者の親族、犯罪の証人だった者に、心理社会的観点及び法律的観点からの手続き付き添い権を認めている。心理社会的付き添いは、本人の手続き及びこれに伴う感情的負担への準備、捜査及び公判手続きにおける尋問への付き添いを包含し、法律的手続き付き添いは弁護士による法的助言及び代理を包含する。

改正刑事訴訟法第六七条は私人参加(Privatbeteiligung)に関する規定である。「被害者は、犯罪行為によって蒙っ

た損害又は刑法上保護されている法益の侵害のために補償を要求する権利を有する。損害又は侵害の程度は、刑事手続きの結果又はさらに簡単に調べることで可能である限り、職権で認定されねばならない。傷害又は健康毀損を判断するために鑑定人が任命されるとき、痛みの期間の認定も命じなければならない。」(刑訴法第六七条第一項)。被害者は申し出により私人参加人となる。私人参加人は、手続きに参加して、賠償又は補償請求権を基礎付ける権利を有する(刑訴法第六七条第二項)。改正刑事訴訟法第六七条第二項一号から五号は、私人参加人が、改正刑事訴訟法第六六条の定める「被害者の権利を超えて」、さらに、次の権利を有することを定める。

- 1 証拠調べ請求権、
- 2 検察官が起訴を取り消す場合には、起訴を維持する権利、
- 3 裁判所による手続打ち切りに対する不服申し立て権、
- 4 公判に召喚され、検察官の最終論告の後で自己の請求権を詳述し、基礎付けるための機会を与えられる権利、
- 5 私法上の請求権のために控訴する権利。

法律的観点からの手続き付き添い(刑訴法第六六条第二項)が認められていない限り、私人参加人には弁護士の無償付き添いが認められる。但し、司法のための、特に、私人参加人の請求権行使を実現するための弁護士による代理が、後の民事訴訟を避けるために必用であり、しかも、私人参加人が、必要な扶養経費を削減することなしには弁護士費用を負担できない場合に限られる(刑訴法第六七条第七項)。

裁判所は、公判手続きにおいていつでも私法上の請求権に関する和解を調書にとらなければならない。裁判所は、被告人と私人参加人を申し立て又は職権により和解の試みに召喚できる(刑訴法第六九条第二項)<sup>10</sup>。

## C 私人起訴

オーストリア改正刑事訴訟は、旧法と同じく、ドイツ刑法の私人起訴 (Privatklage) に相当する私人起訴 (Privatanklage) を維持している。

## 第七条「私人起訴人」

(1) 被害者の請求に基づいてのみ訴追されうる可罰的行為は法律が定める。公判は、これらの場合、私人起訴人の起訴又はこの者の第四四五条の定める財産法上の命令発付を求める独立の申し立てに基づき、遂行される。捜査手続きは行われない。

(2) (4) 省略。

(5) 私人起訴人は基本的に検察官と同じ権利を有する。しかし、私人起訴人による強制処分申し立ては、証拠又は財産法上の命令保全に必要な限りでしか認められない。私人起訴人には、被疑者の逮捕又は勾留の開始、継続を申し立てる権利は認められない。

(6) 省略。

## 第七二条「補充起訴人」

(1) 私人参加人は、検察官が訴追を取り消すとき、訴追を補充起訴人として維持する権利を有する。私人参加人は、訴追を維持する申し出により、補充起訴人となる。被害者は、事前にこれに関して、私人参加人として手続きに協働する申し出をしなければならない。

(2) (4) 省略。

実体刑法に、「被害者又はその他の関係者の請求に基づいてのみ訴追されうる」犯罪が「私人起訴犯罪」と呼ばれる。

私人起訴犯罪に対して、私人起訴が許される(刑訴法第四条第一項二文)。私人起訴犯罪の本質は、その保護法益が専ら又は圧倒的に被害者の私的領域にあり、それ故、職権起訴犯罪とは異なり、刑事訴追をするほどの特別の公的利益が認められないところにある<sup>11)</sup>。

私人起訴の対象犯罪は次の通りである。専断的治療行為(刑法第一一〇条)、名誉に対する可罰的行為(刑法第一一条)第一一七条、但し、第一一七条第二項の「授權犯罪」は除く。)、信書の秘密の侵害及び信書の隠蔽(刑法第一一八条)、通信の秘密の侵害(刑法第一一九条)、職業上の秘密の侵害(刑法第一二一条)、業務又は営業の秘密の侵害・探知(刑法第一二二条、一二三条)、信用毀損(刑法第一五二条)、器物損壊、窃盗等の家族内での遂行(刑法第一六六条)、婚姻の欺罔及び婚姻の強要(刑法第一九三条)等。一八歳未満の少年による犯罪については、私人起訴は許されない。

#### D 議論

オーストリア改正刑事訴訟法は、旧法下において独自の訴訟上の地位を認められない証人にすぎなかつた被害者に、様々な権利を有する訴訟主体(Prozesssubjekt)としての地位を認めている。しかも、私人参加人として参加していない被害者にも訴訟主体の地位が認められているのである。そこから、立法者が、刑法の伝統的目的である特別予防、一般予防と並んで、被害者の心理社会的必要事の修復を重視していることが分かる<sup>12)</sup>。このことから、オーストリア刑事法(Strafrecht)が一般的犯罪法(Kriminalrecht)へとその性格を変えたことが指摘される<sup>13)</sup>。

オーストリアの刑事手続きは、自由主義の当事者主義と高権的職権審理主義の混合形態をとっているのであるが<sup>14)</sup>、オーストリア改正刑事訴訟法は、ドイツ刑事訴訟法に見られる「公訴参加」の制度を導入することはなかった。それ

は次のような理由による。被害者に検察官の権利に匹敵する権利を認めるなら、被告人は複数の訴追官、したがって、複数の手続き上の「敵」と対峙することになる。そうすると、どっちみち著しい心理的緊張を強いる審理に加えて、審理環境に不都合な感情の高ぶりが生ずることが指摘される。さらに、刑事手続きにおける被害者利益の多層性・相違性及び実に様々な犯罪者―被害者関係に鑑み、被告人に対する敵対的訴追の役割を果たすように被害者を駆り立てることは不適切であり、少なくとも、事柄を単純化しすぎていることも指摘される<sup>(15)</sup>。

さらに、オーストリア改正刑事訴訟法は、被害者に、罪責問題（特に、無罪判決の場合が問題となる）やそれどころか量刑問題に関する上訴権を認めていない。それは、検察官が上訴をする理由が無い又は勝訴する見込みがないと判断しているときに、被害者の上訴権を認めることは、被告人に耐えられない状況をもたらすことになること、さらに、被害者にも、費用を負担する危険を負わせることになるからである。被害者は自ら尋問することは許されないし、論告求刑の権利も有していない。もともと、被害者に証拠調べ請求権が認められることがあるが（刑事訴訟法第六七条第二項一号）、それは、ドイツ刑事訴訟法の定める付帯訴訟（Adhäsionsverfahren）に相当する制度であって、民事法上の請求権を刑事手続きで主張する私人参加において認められるにすぎない。すなわち、犯罪事実認定と損害の種類と損害額の認定に重要である限りで、証拠調べ請求権が認められるのである。又、検察官の打ち切った捜査手続きの続行を裁判所に申し立てる権利（刑事訴訟法第六六条第一項八号）が認められているが、これは捜査手続きの性急な終結の是非を検証させるべきことがその理由とされる<sup>(16)</sup>。

私人起訴については、ドイツにおけるのと同じく、正当にも、廃止論が有力に主張されている。私人起訴の対象犯罪については、刑罰に頼らない紛争処理が望ましい。これらの犯罪は、多くの場合、私的関係の中で生じ、しかも、不法内容が低いからである。刑事訴追をする公共の利益が無いのに、国の刑罰要求が肯定される。しかし、公の訴追

要求が無いとき、公の処罰要求も存在しない、そうすると、公の刑罰も存在しないはずである。私人起訴犯罪にはその犯罪としての性格が欠如しているのであるから、それに見合った和解手続きを整備したほうが良い。和解官庁において、当事者間の話し合いで事件の処理がされる。和解が成立しないとき、事件は区裁判所に移され、罪責認定の後、被害者のための非刑罰的満足措置又は公共施設のための過料支払いが言い渡される。自由刑の宣告は避けられる。私人間の些細な原因から起こった出来事を犯罪とすることは、法に誠実な市民を前科者にする事になり、刑罰目的に反する。なぜなら、応報利益に最大の余地が残され、処罰が訴追者の気分に委ねられるからである。さらに、私人起訴は、その遂行に必用とされる知識及び費用の点で、社会的に恵まれない者には利用しづらいこと、裁判所の負担軽減にも繋がらないことが指摘されるのである。<sup>(17)</sup>

注

- (1) Strafrechtsänderungsgesetz BGBl 1987/605.
- (2) Strafprozessänderungsgesetz BGBl 1993/526.
- (3) Strafprozessnovelle 1999 BGBl I 1999/55.
- (4) Rahmenbeschluss des Rates der EU vom 15.3.2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren (201/220/JD.)
- (5) Jesionek, U., Opferschutz in Österreich im Lichte der aktuellen gesetzlichen Änderungen, Der österreichische Amtsvorstand 2006, 181-192, 182 u. 183.; Höynck, Th. u. U. Jesionek, Die Rolle des Opfers im Strafverfahren in Deutschland und Österreich nach den jüngsten opferbezogenen Reformen des Strafverfahrensrechts: Österreich als Model?, MschrKrim 2006, 88-106, 91.
- (6) Strafprozessreformgesetz BGBl 2004/19 (öStPRG)
- (7) StPONovelle BGBl I 2005/119 (Nov 2005).
- (8) Jesionek, U., (Fn. 5), 186.; ders. Das Verbrechenopfer im künftigen österreichischen Strafprozessrecht, in: Festschrift für

Manfred Burgstaller, 2004, S. 253-264, 254; Höynck, Th. u. U. Jesionek, (Fn. 5), 91 u. 96. ドイツ刑事訴訟法では、犯罪者―被害者―和解に関する規定において「Opfer」という言葉が使用されているが、それ以外の箇所では「Verletzter」という言葉が使用され、しかも、その詳細な定義が為されていない。

- (6) Höynck, Th. u. U. Jesionek, (Fn. 5), 97. ドイツ刑事訴訟法では、公訴参加人、付帯訴訟の申立人及び私人起訴人という特別の役割を果たす被害者とは異なり、そうでない被害者には刑事手続きにおける正式の参加権は認められていない。刑事訴訟法第四〇六条d以下の定めるいわゆる一般的被害者権利として、情報を得る権利、弁護士や信頼する人による補佐を得る権利が認められるにすぎない。

- (10) この規定には疑問が提起されている。弁護士に代理してもらわない当事者間の交渉は問題を残す。場合によっては後になって生ずるが、しかし、まだ予見できない損害に対する対処がまずい。近時の裁判外行為和解でよく生じていることだが、被害者が他の請求権をすべて放棄し、後に、後精神的外傷が生じても、治療費請求権が失われていることが多い。Jesionek, U., (Fn. 5), 187.; ders. Die Entwicklung der Opferrechte im österreichischen Strafprozessrecht, in: Festschrift für Roland Miklau, 2006, S. 211-227, 225.
- (11) Eder-Rieder, M. A., Der Opferschutz, 1998, S. 93-94.; Janotta, K. F., Stand und Perspektiven des österreichischen Privatanklageverfahrens, ÖJZ 1988, 326-337, 326.

- (12) Jesionek, U., (Fn. 10), S. 222.
- (13) Jesionek, U., Die Wiederentdeckung des Verbrechensofners, juridikum 2005, S. 171-173, 173.
- (14) Moos, R., Die Reform der Hauptverhandlung, 1. Teil, ÖJZ 2003, 321-332, 324.
- (15) Miklau, R., Rechtspolitische Anmerkungen zur Stellung des Opfers im Strafverfahren, in: Festschrift für Manfred Burgstaller, 2004, S. 293-306, 301f.; Moos, R., Verhandlungen des fünfzehnten österreichischen Juristentages Innsbruck 2003, Band IV/2, Strafrecht, Referate und Diskussionsbeiträge, 2004, S. 131.; Hilf, M., Opferinteressen im Strafverfahren. Neuere Kriminalpolitische und gesetzgeberische Entwicklungen in Österreich, in: Festschrift für Hans-Dieter Schwind, 2006, S. 57-71, 71.

- (16) Miklau, R., (Fn. 15), S. 302.

- (17) Moos, R., Grundstrukturen einer neuen Strafprozessordnung, in: Verhandlungen des neunten österreichischen Juristentages Wien, 1985, II/3 Abteilung Strafrecht, S. 53-148, 74-76, 89-91. 私人起訴犯罪中、その重や、危険性、特別の非難から刑事訴追の

必要な犯罪は職権起訴犯罪に格上げする一方、軽微な不法侵害しかない構成要件は刑法から削除し民事法、行政法に任せるべき、つまり、私人起訴を廃止するべきと論ずる者に<sup>1</sup> Fuchs, H., Die strafprozessuale Stellung des Verbrechensopfers und die Durchsetzung seiner Ersatzansprüche im Strafverfahren. Verhandlungen des dreizehnten österreichischen Juristentages Salzburg 1997, IV/1, Abteilung Strafrecht, S. 110.

### 三 終わりに

形式的当事者主義からすると、公訴提起は、民事訴訟との対比から、実体刑法から生ずる検察官のいわゆる「刑罰請求権」の行使ということになる。そうすると、構成要件、違法性及び責任という犯罪成立要件の充足が刑罰請求権を基礎付け、給付判決としての有罪判決により刑罰が宣告されるということになる。しかし、これは皮相な当事者主義的見解である。似ているということは必ずしも同じことを意味しないのである。刑事手続きにおいては、実質的法治国の観点からの制限付きの客観的真実の発見（中間目的）、これを通じた実体刑法の目的の実現、つまり、法的平和の回復（最終目的）が問題となるのである。このために、国の権力が裁判官と検察官に分割され、さらに、必要に応じて、弁護人が関与するのである。刑罰の宣告、執行は社会的形成行為とも言うべきものである。刑罰において、検察官を満足させることが問題となっていないのではない。いわんや、刑罰において、被害者を満足させることが問題となっているのではなく、したがって、又、被害者の満足利益のために、被害者に刑事手続きに直接参加する権利が認められるのは当然だということにもならないのである。<sup>1</sup>

被害者の刑事手続き参加権が強化されるのに伴うその弊害を無視してはならない。刑事裁判（判決）の客観性が、

被害者の権利行使の有無、その懲罰（復讐・応報）指向の有無・強度によって左右される危険性が高まるのである。したがって、被害者の刑事手続き参加権利の内容が、被告人の、適正な期間内に独立且つ中立の裁判所による公正な裁判を受ける権利を侵害するようなものであつてはならない。<sup>(2)</sup>被告人は、自己に迫りくる有罪判決そして刑罰の宣告に対してあらゆる正当な手段を用いて防御できなければならないのである。

刑事手続きにおける被害者の法的地位を真剣に考慮するなら、その先決問題は、被害者の必要事、利益が何であり、しかも、それが犯罪司法システム内において実現されるべき正当性を有しているのか、したがって、正当な権利として創設しうるのかを検証することにある。被害者又はその支援者の視点からはもつともといえる主張であつても、それが刑事司法したがって刑事手続きの基本原則と矛盾するなら、少なくとも刑事手続きにおいては不当な主張として譲歩を迫られざるをえないのである。いやしくも被害者のための権利が被告人の権利を犠牲にして創設されてはならない。被害者の権利創設・拡大の根拠として、（推定上の）犯罪者と（推定上の）被害者は、対等に扱われ、対等の権利を認められねばならないといわれることがある。これは皮相な見解であるといわざるをえない。刑事手続きにおいて、検察官は被告人の有罪立証に向けて全力を尽くす。有罪判決が下されると、被告人はその生命、自由又は財産を失いかねない。被告人は、防御権を行使して、これに対抗する。ここには、被告人と被害者が対等の関係に立つ（べき）か否かというようなことはおよそ問題とならない。しかも、刑事手続き自体が、被告人が真実犯人であり、推定上の被害者が真実被害者であることを認定する手段<sup>(3)</sup>でもある。

被害者には、刑事手続きにおいて精神的外傷を蒙ることがあるし、期待に反して事実が明らかにならなかつたことで満足利益が得られなかつたということがある。しかし、そのことで、刑事手続きにおいて、定義上、被害者に法的害悪が科せられたということにはならない。被害者には、私人参加や付帯訴訟で損害回復が実現することはあつても、

法的不利益が生ずることはない。簡単に言うると、被告人には失うか否かが問題となり、被害者には場合によって得るか否かだけが問題となる。したがって、刑事手続き上の対等関係というようなことは初めから問題とならない。被害者には、その正当な利益、必要事に応じて、きめ細かく検討したうえで、具体的権利の創設を認めるべきなのである。「この根本思想は、本来、自明の理のはずだが、しかし、——『被害者支援者』と他でもなく刑法の領域で大衆迎合主義の傾きのある政策の間の気分が結びつき、膨らみつつある現状に鑑み——明確に述べておかねばならない。」<sup>(4)</sup>

およそ被害者一般というのは存在せず、個別の被害者の利益、必要事が問題となり、しかもそれは多様である。<sup>(5)</sup> 諸外国の実証研究によれば、被害者の告訴の動機は、後に犯人の処罰を求めていることではなく、緊急の援助を求めていることであることが多いのである。又、公判時点において、被害者の多くが有罪判決ないし処罰を望んでいるというものでもない。<sup>(6)</sup> そして、そもそも、民主主義・自由主義・社会連帯主義体制の下での刑法においては、刑罰は復讐・応報の要素を有してはいけないのである。<sup>(7)</sup>

公判廷において、被害者に被告人質問権、論告求刑権等の積極的権利を認めることは、被告人の一層の烙印付けのみならず、被害者の第二次被害を招きかねない。しかも、本来、構成要件該当性、不法、責任といった合理的基準によつて導かれるべき量刑が復讐・応報的、懲罰的感情によつて誤導される危険が生ずる。被害者には、公判廷において自己の被害体験を陳述するのはともかく、量刑に関する意見を述べたり、裁判官に量刑勧告をする権利は認められるべきでない。<sup>(8)</sup>

犯罪者を処罰することによつて、被害者の傷を癒すことができるという命題は、実証的裏づけに欠けている。被害者の保護・救済を真剣に考えるなら、公判廷において被害者と被告人を対決させるという方向ではなく、むしろ、別の道を選ぶべきである。<sup>(9)</sup> できるだけ、その他の手段、例えば、行為者—被害者—和解という建設的手段によつて、被

害者の利益が図られるべきであり、それを通して、法的平和が回復されるべきである。ここにおいて、被害者利益に考慮を払うことが刑事手続きにおける犯罪に対するいつそうの人的解決を可能にすることになる。社会現象としての犯罪から生ずる問題を処理するために、社会は被害者にも犯罪者にも等しく責務を負うのである。<sup>(10)</sup>

最後に、日本政府の国会に提出した「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事訴訟等の一部を改正する法律案」(以下、「本法案」)の「被害者参加」の問題点を指摘しておきたい。<sup>(11)</sup>

被害者にとっての問題点。本法案は、被害者(以下、その遺族を含む)自ら、直接に、被告人質問をしたり、証人尋問をすることを認めているのみならず、現行の心情等の意見陳述に加えて、事実又は法律適用に関する意見陳述(弁論としての意見陳述。いわゆる被害者「論告・求刑」)の制度を設けた。これによって、被害者の精神浄化作用効果が期待されているのかもしれない。しかし、被告人が、被告人質問に黙秘を貫き通すこともあろうし、被告人との間で言い争いが生ずることもあろう。いずれにせよ、被害者は被告人から満足のいく返答が得られない。しかも、被害者の「論告・求刑」に沿う刑の宣告が為されないこともあろう。これらの場合、被害者に「落胆効果」が生じ、そこから生ずる第二次被害は計り知れないであろう。

被害者の中には、事件の真相を知りたいし、被告人の謝罪を望むが、公判審理に参加したくない者もいよう。おそらく、こういう被害者が多数を占めるであろう。しかし、「法定で発言する(べき)被害者像」が大衆媒体機関を通して定着すると、被害者は皆公判審理に出席することが期待されることになる。そうになると、静かにしておいてもらいたい被害者はつらい立場に立たされよう。被害者の中で法定出席をめぐって意見が割れた場合、いつそう深刻な事態が生じよう。本法案は、いわゆる「強い被害者」定型だけを対象として、大多数のいわゆる「弱い被害者」を放置しているのである。

被告人にとっての問題点。被害者は、被告人自身から、なぜ自分が被害者とならねばならなかったのかや、被告人の心境などを知りたいし、憎悪・怒りの感情をぶつきたいし、被告人の説明に反論もしたい。これを制度的に保障したのが被害者の「被告人質問」である。しかし、これによって、被告人の「黙秘権」行使を制約することに繋がりがねず、被告人の権利行使に対する萎縮効果を生じさせよう。あるいは、被告人は、逆に、押し黙るかもしれない。いずれにせよ、公判審理における「敵対状況」の中で、被告人が率直に自分の「心情」を吐露し、真摯に「悔悟」するとは到底思われない。

それどころか、被告人は、検察官と「被害者参加人」と常時対決することから、實際上、二人の訴追官と対峙していると感ずるだろう。そうすると、被告人は、重罰を宣告された場合、それは被害者のせいだと感ずるだろうし、被害者に報復感情を抱きかねない(連鎖的報復感情)。それは、被害者にとって望ましいことではないのみならず、被告人自身の社会化にも大きな負因となるのである。

刑事司法にとっての問題点。本法案は、被害者に証人尋問、被告人質問を認めることによって、公判審理に間断なく「私的感情」が流れ込むことを可能にしている。そのみならず、本法案は、被害者の「論告・求刑」を認めている。なるほど、現行の「心情等の意見陳述」と異なり、それ自体を量刑資料とすることは許されていない。それは検察官による論告・求刑と同じように扱われるのである。しかし、このような屋上屋を架する制度の正当性根拠は見当たらない。検察官には、証明された事実に基づき、公益の観点から論告・求刑することが期待されている。証拠状況の全体を把握しているわけでもない被害者に、このようなことを期待するのは無理であり、仮に、期待できるとしても、重ねて同じ事を繰り返す必要性も無い。おそらく、この制度に期待される機能は、検察官による「公益観点」からの「厳罰要求」が、被害者の「生の怒り・憎悪感情、応報・報復・復讐感情」によって補強されるということであ

ろう。「被害者が（も）厳罰を望んでいる」。これは確実に「感情刑法」への第一歩である。確かに、被害者の発言は厳格な制約の下にある。したがって、これは杞憂に終わるといふ反論があるかもしれない。それならば、逆に、なぜ、被害者の生の感情をぶつけられないような制度が必要なのか、その存在根拠が問われることになるろう。

結局、本法案は、本法案作成者が、大衆迎合的刑事政策を推進する上で、犯罪被害者を利用したという謗りを免れないであろう。裁判員制度との関係で言えば、被害者参加制度は、裁判員が被告人側の情状証人に共感することを阻止する上での必要不可欠の手段と位置づけられることになるろう。とどのつまり、被害者も被告人も救われず、ただ、厳罰化だけが粛々と実現することになるろう。少なくとも、その傾向を押しとどめることは期待されてはいない。本法案の「被害者参加」制度を、現行の当事者主義から逸脱していないという法形式論理だけで正当化することは到底できない。

被害者、その遺族にとつても必要なことは、情報提供、損害賠償、慰謝料、心理的・精神的支援、経済的支援、そして安全感を抱ける生活支援である。刑事裁判への「被害者参加」を急ぐ必要性があるとは到底思えない。「被害者参加」のあり方については、なお議論が尽くされていないのである。<sup>12</sup>最後に、社会・経済政策の貧困を刑事政策で補う「社会・経済政策の刑事政策化現象」が肥大しているように見受けられる今日、被害者保護・救済政策の犯罪法上の意義・位置づけを考究するに当たって、その社会・政治・経済的視点からの検討も不可欠であることを指摘して、ひとまず本稿を閉じる。<sup>13</sup>

注

(1) 参照、吉田敏雄『法的平和の回復―応報・威嚇刑法から修復的正義指向の犯罪法へ』二〇〇五年（成文堂）一九〇頁以下。

- (2) Jesionek, U., Das Verbrechenopfer im künftigen österreichischen Strafprozessrecht, in: Festschrift für Manfred Burgstaller, S. 253-265, 254.; Höynck, Th., u. U. Jesionek, Die Rolle des Opfers im Strafverfahren in Deutschland und Österreich nach den jüngsten opferbezogenen Reformen des Strafverfahrensrechts: Österreich als Modell?, MschrKrim 2006, 88-106, 102.
- (3) Miklau, R., Rechtspolitische Anmerkungen zur Stellung des Opfers im Strafverfahren, in: Festschrift für Manfred Burgstaller, 2004, S. 293-306, 301.
- (4) Miklau, R., (Fn. 3), 301.
- (5) Kilchling, M., Empirische Erkenntnisse aus Kriminologie und Viktimologie zur Lage von Opfern, DVJJ-Journal, 2002, 14-23.
- (6) Miklau, R., Die Stellung des Verletzten im Strafverfahren, in: Gesamtreform des Strafverfahrens. Internationales Christian-Brodas-Symposium 1986, 1986, S. 67-75, 67.
- (7) 和田敏雄・堀江肇 (注一)。
- (8) Aertsen, I. and K. Beyens, Restorative Justice and the Morality of Law: A Reply to Brochu, in: Gales, E., Fogue, R. and T. Peters (edit.), Punishment, Rstorative Justice and the Morality of Law, 2005, pp. 101-117, 115ff.; Cornwell, D. J., Criminal Punishment and Restorative Justice, 2006, p. 92. 応報と復讐は別物であり、厳格に区別されるべきであるとの立場から、次のように論じられる。「復讐と応報との正義との関係も無い。復讐は、被害者が自分の蒙ったのと同じ苦痛を与えたいという願望ではない。もし法制度が、被害者に被告人に科せられる刑罰を選択することを可能にするなら、それは憎しみに支配される制度ということになる。きわめて重要なことは、そういった野蛮と応報の原理を適切に適用することには違いのあることが理解され、認識されるべきである」。Lord Justice Laws, The Future of Sentencing: a Perspective from the Judiciary, in: Sedgwick, P. (edit.), Rethinking Sentencing: A Contribution to the debate, 2004, pp.64-67, 66. 復讐を果たすこと、怒りの気持が鎮まらぬこと、Selby, P., Restorative Justice in a Money Culture: Overcoming the Obstacles to a Restorative Rationality, in: Sedgwick, P., (Fn. 8), pp.68-76, 70.
- (9) Kunz, K.-L., Zu den Problemen einer opfergerechten Ausübung des Strafanspruchs und zur Suche nach Auswegen, in: Festschrift für Manfred Birgstaller, 2004, S. 541-552, 548ff.
- (10) Miklau, R., (Fn. 6), 74.
- (11) 参照、堀江慎司「刑事手続上の被害者関連施策について—刑事裁判への『直接関与』の制度を中心に」『法律時報』第七九巻第五号

(二〇〇七年) 七七頁以下。岩田研二郎「刑事訴訟における被害者参加制度の問題点―法制審議会刑事法部会の審議を中心に」『法律時報』第七九巻第五号(二〇〇七年) 八四頁以下。

- (12) 公訴参加制度をとらないアメリカ合衆国における「被害者(遺族) 衝撃陳述」についても、次のような問題点が指摘されている。「被害者(遺族) 衝撃陳述」の問題性が先鋭化するのには、法定刑に死刑の定めのある謀殺罪の場合である。「被害者(遺族) 陳述」が裁判官、陪審員の量刑判断において死刑の方向へ決定的影響を与えているという調査結果は無いようである。そうすると、「被害者(遺族) 衝撃陳述」の「精神浄化作用」、つまり、「治療効果」も怪しくなる。なぜなら、被害者遺族は厳罰による「治療効果」をもてなくなるからである。そのことは、むしろ、被害者遺族に破壊的效果をもたらすことに繋がる。死刑ではなく、終身刑の宣告によって、被害者遺族は恥辱感を抱きかねない。そもそも、「被害者(遺族) 衝撃陳述」が被告人によって被害者の「性格」等について反駁されることにでもなれば、それによる恥辱感も相当なものである。さらに、被害者遺族の間に、死刑の適用をめぐり、賛否両論に分かれると、各被害者遺族に精神的葛藤、特に、死刑反対の者のそれは不可避である。さらに裁判所によっては、死刑の適用に反対の被害者遺族には、法定侮辱罪をもって、その意見を陳述させないところもあるとか、又、死刑に反対の被害者遺族には法廷にその座席を用意しない検察官もいるとの報告もある。いっそう悪いことに、「被害者(遺族) 衝撃陳述」が、個々の被害者(遺族) を配慮するというよりは、懲罰的「法と秩序」、「復讐の帰還」を促進するために利用されている。つまり、こういうことである、「被害者(遺族) 衝撃陳述」の象徴的效果は巨大である。国が国の目的だけのために死刑を執行することに、不愉快な気持ちを抱く市民は多い。しかし、これよりも、死刑執行者を、殺人の被害者遺族の個人的使用人として思い浮かべることのほうがいっそう安らぎを与える。
- Acker, J. R., Hearing the victim's voice amidst the cry for capital punishment, in: Sullivan, D. and T. Larry (edit.), *Handbook of Restorative Justice. A Global Perspective*, 2006, pp.246-260, 253-254. 吉田敏雄『犯罪司法における修復的正義』二〇〇六年(成文堂) 一一頁―一七頁、四五頁―五八頁。
- (13) 思えば、今からおよそ二〇年も前に、被害者支援運動のいっそうの充実が望まれるのであるが、しかし、アメリカ合衆国、カナダその他の国の現状を見ると、他面で、その危険性もますます明らかになってきていること、それを放置することによって、被害者支援運動が政治的的目的のためにつけ込まれることが指摘されていたのである。Fattah, E. A., Prologue: On Some Visible and Hidden Dangers of Victim Movements, in: Fattah, E. A. (edit.), *From Crime to Victim Policy*, 1986, 1-14. この指摘は今日の日本社会にも基本的に妥当する。その危険性とは次のようなものである。

第一は、犯罪者たたきの危険である。被害者の必要事の重視、被害者関係的刑事手続きへの動きが「法と秩序」と密接に連動し、厳

しい刑事政策と連動している。被害者支援者の要求は、被害者の権利憲章の制定にとどまらず、厳罰方向へと走っている。かくして、被害者の貴重な主張が抑圧された復讐欲求を爆発させる口実に利用されたり、犯罪者に対する攻撃を活性化する言い訳として利用される。かくして、被害者支援運動が犯罪者たたきに転換し、不断の努力の払われてきた刑事政策と刑事司法システムの人道化が逆転させられる。

第二は、社会統制網の拡大の危険である。ダイヴァージョンとか社会奉仕命令に見られるように、如何にそれが善意に担われて開始されても、公的社会統制網の拡大が生ずるように、被害者支援にもそのような現象が見られる。例えば、被害者証人の保護政策は、被害者に協働できる雰囲気を作り、訴訟への参加を可能にするという代わりに、公的機関の必要事・視点と効果的犯罪統制に組み込まれる道を開くように見える。さらに、被害者が政治的目的のために利用され、日和見主義的政治家や刑事司法実務家のための道具として役立つ。主たる目的が別にあつて、間接的にしか被害者支援をしない被害者支援団体が数多くある。これらの団体は、被害者の必要事を調査したり、それに関心を払ったりしない。選挙目当てのためにこういった団体が設立されることが多い。

第三は、根源に迫ることなく、うわべだけの措置にとどまる危険である。被害者支援運動は、注意をそらし、人的・物的資源を効果的犯罪統制と見込みのある犯罪予防戦略に使えないようにしている。被害者支援が、専ら、被害者化の結果を除去することだけにその関心を集中している。しかも、被害者支援運動は、応報的刑事司法を支持することによって、懲罰政策の実現にかかる費用を増大させ、犯罪予防効果を犠牲にしている。犯罪の根源に迫る政策をとることが阻害される。国の被害者支援政策は、犯罪減少を目指すといつつ、実際には逆効果しか生み出していない。

第四は、伝統的犯罪が強調されすぎることによって、その他の重大な社会的害悪を惹起する行動が無視される危険。直接の、目に見える被害者のいる犯罪、例えば、殺人、強姦、強盗といった伝統的犯罪に焦点が合わされず、その他の、社会に大きな害悪を及ぼす行為、それが犯罪である場合もそうでない場合もあるが、例えば、環境破壊行為、企業の不正・犯罪行為、人種差別行為、国によるテロ行為、政治・経済権力者の濫用行為が、その影響度において巨大であるにもかかわらず、真剣に対処されることが無い。

第五は、犯罪への不安感を増大させ、被害にあう恐れを高める危険である。社会的支援・共感を得るために、被害者支援運動は、被害者になることの危険と結果、そして現実被害を蒙った者の窮状を強調するが、このことが、犯罪への不安を増進し、被害にあう恐れを高める。このことは、特に、女性や年配者といった被害を受けやすいと思われている「弱者」にいえる。つまり、これらの者の潜在的被害者感覚が強まる。犯罪への不安感が強まるほど、自分も被害にあうのではないかと恐れて、現実被害を蒙っている同胞市民を救済する意思が弱くなる。

第六は、紛争を解決するよりはむしろ強める危険である。被害者の保護・救済が必要なことは誰も否定しない。しかし、そこには過大な干渉に通ずる危険がある。被害者支援運動は、反目する当事者を仲直りさせるのではなく、その間の溝を広げ、紛争を解決するのではなく、増大させるのである。例えば、被害者支援団体によっては、家庭内暴力の被害女性が処罰の意味を持たないようなその夫との和解、示談に応じないように圧力をかけることがある。ここには、被害者の「最善の利益」ではなく、当該団体の「イデオロギー」が問題となっている。被害者支援運動の提唱するその刑事司法における被害者支援策にも同じことが言える。しかし、仮釈放決定の段階での発言権は、拘禁の不必要な長期化、社会復帰の遅延に繋がる。被害者衝撃供述は拘禁刑の増大、その代替手段の減少に繋がる。司法取引に被害者を関与させることは、司法手続きを遅延させ、今以上に手続きの効率を悪くする。

第七は、被害者を烙印付けし、被害者定型像を作り上げる危険である。犯罪学の貼付手法論は、犯罪者を社会の敵と烙印付ける効果をもたらしたが、しかし、被害者を、支援、配慮と共感を必要とする、弱く、傷つきやすい人と分類するのも、一種の貼付けであり、それは、社会福祉の受益者が蒙る社会的烙印と共通性を有している。被害者の烙印付けを避けるためには、窮状ではなく、権利を、弱さでなく、強さを、傷つきやすさでなく、危険を強調したほうがよい。他方で、被害者の弱さ、傷つきやすさ、無力さ、窮状を強調することは、犯罪者を排斥する危険を伴う。捕食者と餌食、外部の者と内部の者といった対立関係を際立たせることによって、そして、害を与える者の罪と害を受ける者の無実、前者の邪悪さと後者の徳を誇張することによって、全体主義国に見られる「もつとも極端な分割形態」の実現が危惧される事態に陥る。犯罪者は人間以下であり、残酷、非人間的、きわめて抑圧的措置の対象となるにふさわしい。

第八は、社会的絆を弱め、社会福祉への依存性を強める危険である。社会福祉国は福祉に依存する者を大量に出したとして批判される。この批判の当否は別論としても、これらの受益者がその社会的責務を免れることによって、社会的絆が弱まった。他の市民もその社会的責務を免れる。被害者の支援は専ら国の問題と意識されることになる。支援を受ける被害者は、国の非人格的配慮の対象であり、「客」であり、「福祉の受益者」となる。被害者は「人」としてではなく、「数」として非人道的に扱われ、恥辱感にさいなまれることになる。

第九は、被害者が自然に癒される過程を遅らせる危険である。一般に、過剰な注意、過剰な関心、過剰な配慮は、人を弱い、依存しがちな、恐れを抱く受身で、引きこもりやすくするものである。集中的そして／又は過剰な介入は自然の癒しの過程を遅らせかねない。犯罪被害から生じた苦痛、精神的外傷を引き伸ばし、犯罪状況と被害にあう危険についての過度の不安を引き起こし、現実の被害者、潜在的被害者の間にある不信を助長しかねない。

最後に、第十は、満たされないあるいは満たされるはずのない期待を生じさせる危険である。被害者支援運動の高まりとともに、被害者の期待は膨らむが、しかし、それがいかに正当な期待であろうとも、現実には、完全に実現されることはない。賠償金を得られる事例はそれほど多くない。加えて、国の財政的状况から、被害者支援の潤沢な財政的裏づけは無理だからである。