

## 刑事訴訟への被害者参加

— 刑事司法における限界と修復的司法における可能性 —

前原 宏 一

### 一、はじめに

二〇〇七年六月、「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」が成立し、刑事訴訟法の三一六条の三三以下に「被害者参加制度」が追加され、二〇〇八年二月一日から施行された。

この制度は、全国犯罪被害者の会の努力による精力的な準備活動を受けて成立したもので、それなりのものができた<sup>(1)</sup>と自負する制度設計関係者もいる反面、成立当初からその危険性が広く指摘されてきて<sup>(2)</sup>もいた。

そうした批判に示されているように、やはり本制度には問題が多く、制度設計自体が刑事訴訟にとって合理的ではないように思われる。それは制度としての組み立てそのものの問題であり、そのシステムの中で働くことになる人々の資質や能力、行動傾向に関する懸念とは異なるものである。例えば、裁判員が被害者参加制度の下では公正な判断が下せないのではないかとの懸念は、そこに働く個人の資質・性質などに大分影響されることになるもので、

確かに社会心理学的考察の対象とはなりうるし、そうした懸念のあるシステムを設計すること自体もそこから問題視されることになるだろうが、システムそのものの合理性とは異なるものである。各地で行われた模擬裁判で、被害者参加制度のもとでも裁判員は被害者側主張にそれほど流されることなく、過酷な刑罰を量定することがなかったという結果が出たとしても、それは主にそこに参加した裁判員のバランス意識に依存するものであって、この制度設計そのものの合理性とは直接的な関係のないものである。本稿は、この「被害者参加制度」を刑事訴訟の目的に照らし合わせて批判的に検討し、刑事訴訟において認められるべき被害者の権利とはどのようなものか、また、従来の刑事司法システムにおいて被害回復および被害者治癒を遂行することの限界と、被害状況や被害者を治癒するためにはどのような法システムが求められるのかについて、若干の検討を加えるものである。

## 二、「被害者参加制度」の概要

### （一）被害者参加許可の要件と手続

まず、刑事訴訟法三二六条の三三以降に新設された被害者参加制度の概要について確認しておこう。<sup>3)</sup>これは被害者等、その法定代理人、その委託を受けた弁護士らに、被害者参加人として、事件についての刑事裁判に一定の参加をすることを認める制度であるが、被害者等を訴訟当事者として刑事司法制度に広く直接参加させるものではなく、さまざまな限定がなされている。

そもそも被害者等が特定の刑事裁判に参加するためには、まず、被害者等やその法定代理人、あるいはその委託を受けた弁護士などからの参加の申し出があり、次に、犯罪の性質や被告人との関係、その他の諸事情を考慮して

参加するだけの相当性があり、さらに、その事件が特定の重大な犯罪行為にかかるものであることが必要である（刑事訴訟法三一六条の三三第一項）。

また、その手続は以下のような経過をたどる。まず、被害者等から検察官への参加の申し出がなされ、それに対して検察官が意見を付けて裁判所にそれを通知する。通知を受けた裁判所は、被告人または弁護人の意見を聴取した上で上記の要件を満たしているかを判断し、満たされている場合には参加許可の決定をする（法三一六の三三第二項、第三項）。

このうち特に問題となりうるのは、「相当」性の判断であろう。

刑事訴訟三一六条の三三第一項は「相当と認めるとき」は、被害者の刑事訴訟の参加を認めるとしており、起草者は被害者参加に事実上の差し障りが無い限り「相当」であると考えているようではあるが、こうした一般条項的条文は、恣意的制度運用の温床ともなりうるものであるから、解釈論的にはより厳格に捉え直されねばならないことになる。こうした観点で見ると、これは本来の被害者参加の在り方、あるべき刑事訴訟への被害者参加の形態とかわつてくる。つまり、本来あるべき刑事訴訟への被害者参加の在り方が実現できる、あるいはそれに資する状況である場合に、それが「相当」であると判断されることになる。そうであるとすると、どのような状況があるべき刑事訴訟への被害者参加状況といふべきなのかが問題となるし、それは、刑事訴訟における被害者参加の理想像であり、それが現在の刑事訴訟の目的ないしは刑罰の在り方からみて、合理的であるといふものでなければならぬということになる。この意味でも刑事訴訟の目的から「被害者参加制度」を検討し直すことが必要となる。

(2) 被害者参加人の権限

いずれにしる、こうして被害者参加人として参加が許可されると、以下のような権限が認められることになる。

まず第一に、公判廷への出席が認められ、被害者参加人等には公判廷への出席が認められる（刑訴法三一六条の三四）。

第二に、検察官への意見陳述とそれに対する検察官の説明義務が認められる。すなわち、被害者参加人には、検察官の訴訟上の権限の行使や不行使について意見を述べることが認められ、検察官はそうした意見を述べた者に対して、その訴訟上の行為について説明すべき義務を負うことになる（刑訴法三二六条の三五）。

そして第三に、証人尋問権が認められ、被害者参加人等には証人尋問すらできることになっている（刑訴法三一六条の三六）。この場合、(イ)被害者参加人等からの申出があること、(ロ)審理状況や申出尋問事項、申出者数、その他の事情を考慮した上で尋問させることが相当であると判断されること、(ハ)情状に関する事項についての尋問であつて、犯罪事実に関するものでないこと、(ニ)証人の証明力を争うために必要な事項についてのものであることが、証人尋問が認められるための要件となっている。こうした要件からして、本条項によつて被害者参加人等が証人尋問するような場合としては、示談成立後の被告人の義務履行状況についての証人の証言の信憑性について、その証人を尋問するような場合が考えられることになる。さらに、こうした証人尋問の許可を得るためには以下のような手続きがとられねばならない。すなわち、まず、検察官の尋問（無ければ被告人側からの尋問）が終わった直後に、被害者参加人等から検察官に、尋問事項を明らかにした上で尋問の申出をする。次に、それを受けた検察官は、当該事項につき自ら尋問するか、あるいは検察官としての意見を付けて、それを裁判所に通知する。そして、

その通知を受けた裁判所は、被告人または弁護人の意見を聴取して、先の要件について判断し、証人尋問の許可をすることになる。こうした要件や手続きからして、被害者参加人等は、訴訟に主体的に関与して訴訟を形成する訴訟当事者ではなく、あくまで検察官や裁判官によるコントロールの下であつて、もつぱら量刑をめぐる情状について関与するようにされているということがわかる。

また第四に、被告人への質問が認められる（刑訴法三一六条の三七）。この場合にも、(イ)被害者参加人等からの申出があること、(ロ)任意の供述を求める質問であること、(ハ)被害者参加人等としての意見陳述をするために（意見を確定させるために）質問する必要性があること、(ニ)審理状況や申出質問事項、申出者数、その他の事情を考慮して、質問する相当性があると判断されること、が要件とされている。この被告人質問に対する許可を得る手続は、まず、被害者参加人等から検察官に対して、質問事項を明らかにして、質問の申出をすることから始められる。次にこの申し出を受けた検察官は、当該事項につき自ら供述を求めるか、その申出を自らの意見を付けて裁判所に通知する。そして、この通知を受けた裁判所は、被告人または弁護人からの意見を聴取し、先の要件について判断し、被告人質問の許可の決定をすることになる。

そして第五に、弁論としての意見陳述がなされうるとされている（刑訴法三一六条の三八）。これは起訴事実の範囲内で、検察官の論告・求刑と同様に、事実および法律の適用に関して意見を述べることが認められる制度であり、これに類似した従来の被害者の意見陳述（刑訴法二九二条の二）との相違は、陳述の範囲と陳述の性質にみられるという。すなわち、陳述の範囲に関して言えば、従来の制度では、被害感情・処罰感情の情状についての意見を述べるとどまっていたものが、この「被害者参加制度」での弁論としての意見陳述では、犯罪事実や法律の適用、

さらには量刑意見まで述べることができることになっている。また、陳述の性質に関しては、従来では、証拠ではないが量刑資料の一つとされていたが、この弁論としての意見陳述では、検察官の論告・求刑と同様に意見ではあるが、証拠とはならないし、量刑資料でもないことになっている。被害者参加人等に訴追権や訴訟当事者としての性格が認められていないこともあり、その意味では当然かもしれないが、この点で、被害者参加人等による弁論としての意見陳述は、非常にその性格が曖昧なものとなっている。いずれにしろこの意見陳述にも、(イ)被害者参加人等から申出のあること、(ロ)事実または法律の適用についての意見陳述であること、(ハ)審理状況や申出質問事項、申出者数、その他を考慮して、相当であると判断されること、(ニ)訴因の範囲内での陳述であること、といった要件があり、その許可手続きは、検察官の論告・求刑が終わった直後に、被害者参加人等から検察官への、陳述要旨を明らかにした上での意見陳述の申出に始まる。その申出を受けた検察官は、検察官としての意見を付けて、それを裁判所に通知し、それを受けた裁判所は、上記の要件についての判断をして、意見陳述の許可をすることになる。陳述の範囲に関しては広げられたものの、やはり検察官と裁判所によるコントロールの下にあり、なおかつその法的性格は不明確である。

### (3) 支援的諸制度

こうした被害者参加が滞りなく行われるようにするため、二つの支援的制度が設けられている。一つは被害者参加人等への付添制度であり、もう一つは国選被害者参加弁護士制度で、概要は以下の通りである。

被害者参加人等への付添制度は、被害者参加人等が公判廷等で精神的抑圧を負わないようにするために、その援

助をする人を付き添わせるという制度であり、被害者参加人が公判期日や公判準備に出席するに際して、その年齢や心身の状態その他の事情を考慮したときに、著しく不安や緊張を覚えるおそれがある場合に、付添となる者がその被害者参加人の不安または緊張を緩和するのに適当な者であつて、裁判官や訴訟関係人の尋問、被告人への質問、訴訟関係人の陳述を妨げたり、その内容に不当な影響を与えるおそれのない者であるときに認められる（刑訴法三一六条の三九）。あくまで付添人であるにすぎないから、公判期日における訴訟関係人の陳述の妨害や、不当な影響を付与することは厳しく禁じられており、その禁止事項が破られた場合には、裁判所は付添いの取消をなしていることになっている。

一方の国選被害者参加弁護士制度は、被害者参加人に関する国費での弁護士支援のための制度で、二〇〇八年の改正により犯罪被害者保護法（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）に第四章として新たに規定されたものである。それによれば、(イ)刑訴法三一六条の三四から三一六条の三八までの行為を弁護士に委託しようとする被害者参加人であつて、(ロ)その有する現金・預金などの換価可能財産から、療養費などの犯罪により支出されなければならない額を差し引いた額が、基準額以下であることを要件として（犯罪被害者保護法五条一項）、被害者参加弁護士（被害者参加人の委託を受けて行為する弁護士）の選定を当該被告事件の係属する裁判所に請求することができるとされている。その手続は、日本司法支援センター（法テラス）を通じて行うこととされており（同条二項、同法六条参照）、それを受けて、事件の係属する裁判所が当該被害者参加人のための国選被害者参加弁護士を選定すると、当該審級における被害者参加弁護士としての地位を得ることになる（同法七条、八条）。この場合、当該被害者参加弁護士の報酬は、法テラスを通じて国費から支払われ、

被害者参加人自身が負担することはないことになる（同法八条四項、総合法律支援法三九条の三、三六条二項等参照）。

このように、被害者の法廷の場への実際上の参加を実現するための現実的支援策については素早い対応がなされている。あたかも、兎にも角にも、被害者参加の事実を造ってしまふことを狙っているかのようである。

### 三、刑事訴訟の目的と「被害者参加制度」

#### （一）部分的システムの評価基準としての刑事訴訟の目的

このような「被害者参加制度」に関して、まず第一に疑問となるのは、刑事訴訟制度ないしは刑事司法システム全体をどのようなものにとらえ、それとどのようにリンクするものとしてこれが制定されたのか、という点である。この「被害者参加制度」は被害者の意向を大幅に刑事訴訟に取り入れようとするものであり、それが被害者団体からの希望であつて、それを、裁判所の許可や検察官との事前相談という絞りを掛けて、広く受け入れたものもあつた。すなわち、被害者がその被害を生じさせた公訴事実に関する裁判に立ち会い、どのようにその審理が進み、何が明らかにされていくかを知りたいだけではなく、さらに証人尋問や被告人質問を通じて、被告人に反省しているかどうかを追及し、その被害や被告人に対する思いを表明し、自己の欲する処罰を求めることまでも、被害者に認める制度なのである。それゆえ、中には「刑事司法の目的として社会秩序の維持のほかに、被害者のためにもあるということが加わつたと思います。これは目的の変更ではなくて、いわゆる歴史的發展ではないでしようか」とする論者もいるのである。しかし、それでも刑事訴訟が被害者の意向を活かすための制度であることを第



一義的目標におくものと変わったと言うわけではなく、せいぜい被害者のためにもあるとの目的が付加されたと論ずるとどまつている。しかも刑事訴訟法一条の目的等についての改正もなく、従来の刑事司法全体のあり方について、本格的な改正論議が正面切つて展開されたのではないところからすると、刑事訴訟制度や刑事司法システム全体の目的そのものが変化ないしは歴史的変遷したというよりは、むしろ、従来からの刑事訴訟の目的や刑事司法システムのあり方そのものは維持されたまま、被害者の復権に合わせた修正が行われた、あるいは被害者参加制度というサブ・システムが追加されただけ、と見るのが妥当なところではなからうか。

そうであれば、この被害者参加制度は、そのメイン・システムである刑事訴訟制度や刑事司法システム全体の従来からの目的やあり方に即したものでなければならぬことになるが、果たして、これだけ被害者の意向をくみ入れようとする被害者参加制度が、そうした刑事訴訟制度や刑事司法システムの目的に合致したものといえるのであろうか。この場合、まず、刑事訴訟や刑事司法システム全体の目的をどうとらえるべきか、が問題となるが、これに関して第一の手がかりとなる刑事訴訟法第一条の規定には、公共の福祉維持と基本的人権を保障しながら、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正かつ迅速に適用実現することが、刑事訴訟法の目的であると定められているにすぎず、「被害者参加制度」において大幅に取り入れられることになった被害者の意向などには全く触れていない。そこで、この刑事訴訟の目的に関してどのような理解がなされてきたのかをもう少し詳しく見てみる必要がある。

(2) 刑事訴訟に関する様々な目的論からみた「被害者参加制度」

刑事訴訟の目的論は、これまでも様々に展開され整理されてきているが、<sup>(6)</sup>紙幅の都合上、ここではその主要なものを参照しながら、それと「被害者参加制度」との整合性について検討していこう。

① 実体法的目的論（実体的真実追求説、刑法実現説）

まず揚げられるのは、実体法を手続法に先行するものとして捉えて、刑事法においても刑事実体法に何らかの優先性を認める形で刑事訴訟の目的論を展開するもので、これには実体的真実追求説と刑法実現説が含まれる。

実体的真実追求説は、実体法の予定する要件事実である実体的真実の発見を刑事訴訟の目的とする見解である<sup>(7)</sup>が、こうした目的理解に対しては、訴訟で追求されるのは仮の真実であって、人間には絶対的な完全な真実は把握できないとの批判や、<sup>(8)</sup>刑事訴訟においては真実は中間目的であって、それに基づく正しい判決こそが究極目標であるとの批判が展開されている。<sup>(9)</sup>また、もう一方の刑法実現説は、刑事訴訟は真実に基づく正しい判決を獲得し、刑法を実現することを目的とするという見解であるが、<sup>(10)</sup>こうした目的理解に対しては、そもそも刑事訴訟の結果として無罪とされる被告人もおり、その場合には刑事訴訟により刑法を実現することにならないのではないかとの批判や、誤った判決は本来は刑法に反したものであるはずなのに、刑事訴訟の結果としてそれが確定すれば変更できないことを説明できないといった批判、さらには、それらを踏まえて刑事訴訟が刑罰を科すためのものとはいえないのではないかといった批判が展開されている。<sup>(11)</sup>

これら実体的真実追求説や刑法実現説のように実体法に優位性を認める見解では、刑事訴訟は基本的に国家刑罰権の行使のためのシステムという意味合いが強くなるから、そうした目的論からみた「被害者参加制度」の目的合

理性は、国家刑罰権の行使に際して被害者がどのような位置に立つべきなのかといった、刑事司法システム全体における被害者の位置付けにかかってくる。被害者を刑事訴訟に関与させるということは、基本的には、その意向を刑事訴訟の中に明らかにさせるということに他ならないから、この見解においては、現行のような広範な「被害者参加制度」が刑事訴訟制度そのものとの調和するかどうかは、国家刑罰権の行使に被害者の意向をどれだけ汲み取り、反映させるべきだと考えるかにかかってくることになる。

この刑事司法システムにおける被害者の位置付けについては、項を改めて論ずるが、おおよそ、国家刑罰権の根拠と限界を規定する実体法においても被害者の意向の尊重が示される形になっていない以上、今のところ公正な刑罰であるためには被害者の意向を尊重するべきだとの理解を維持することは難しいであろう。そうであれば、この見解から見て、刑事訴訟に被害者の意向を幅広く取り入れようとする現行「被害者参加制度」は刑事訴訟の目的とはリンクするものとは言えなくなるだろう。

## ②個人と国家の利益調整説

これは、実体的真実を発見して刑法を實現するという国家の利益と、これに対する個人の保護という二つの利益を調整することに、刑事訴訟の目的があるとする見解である。<sup>(12)</sup>これに対しては、国家の関心と個人利益保護が調和しても、その手続がその目的を達成したかどうかは別の問題であり、刑事訴訟の目的はその調和によって成し遂げようとしたところにあると批判され、利益調整それ自体には意味はなく、その調整によって達しようとする目的こそが問題であると批判されている。<sup>(13)</sup>

この見解では、本来、国家との間で利益調整されるべき個人として予定されているのは被告人であるから、被害

者はむしろ国家の側の一員として理解されることにならう。したがって、被害者の意向は、国家の刑罰権の量定に際して考慮されるべきかどうかという問題において取り上げられることとなるであろうから、この点では先の実体的目的論と同じ事が言えることになる。仮に、被告人とは別個の個人として被害者が想定され、三者間の利益調整を図ることを刑事訴訟の目的として理解するとすれば、この見解に対する批判に表れたように、一層、その調整によつて果たされるべきことこそが刑事訴訟の目的として重要となつてくるはずである。したがって、この見解では問題が提起されるだけで、現行「被害者参加制度」が刑事訴訟の目的と合致するかどうかの実質的結論は出ないことになる。

### ③紛争收拾説

これは、社会的紛争の解決による法的平和の回復が刑事訴訟の目的とする見解である。<sup>(14)</sup> こうした目的理解に対しては、紛争の除去は、本来、紛争当事者の間の和解により終了すべきものであつて、判決によつて強制的に終了させることには馴染まず、その点で、こうした目的理解は民事には妥当するが刑事には妥当しないと批判されて<sup>(15)</sup>いる。そもそも刑事訴訟においては、行為者と被害者の間の紛争が問題として設定されているのではないのであつて、国家による一方的な被告人の責任追及の制度が刑事訴訟なのであるから、こうした理解は、民事訴訟においてはともかく、刑事訴訟の目的の理解としては妥当しないとされるのである。

しかし、この見解のような刑事訴訟の目的理解においては、行為者と被害者との紛争の收拾のために被害者がより前面に出て行為者と対峙することこそが本来の刑事訴訟のあり方として妥当することになるから、その意味で、現行「被害者参加制度」は、刑事訴訟制度とリンクした目的合理的なものということになる。しかし、第一に、こ

の見解では行為者と被害者の紛争が前提とされているのであり、その点で被告人と被害者を対峙させる現行「被害者参加制度」とは隔たりがあると言わざるを得ない。そして第二に、被害者との紛争を收拾させるためには、刑事訴訟が被害者の処罰請求により開始されたというのでなければならぬが、現行法では国家訴追主義がとられており、被害者には公訴権は認められていない。確かに、証人尋問や被告人質問にも被害者参加が認められているとはいえ、証人尋問の対象は情状事実に限定されており、被告人質問も検察官と裁判所によるコントロールの下にある。その点で、やはり国家による一方的な被告人の責任追及の制度という側面が残るから、逆の意味でこの見解とも現行制度は合致しないということになる。すなわち、この見解から刑事訴訟の目的を理解してその実践のための制度を構築するなら、むしろ現行「被害者参加制度」の被害者の立場や権限は制限されすぎているのである。<sup>(16)</sup>

#### ④ 社会的平和説

これによれば、犯罪行為の結果として法的平和が害された状態が生み出されるが、その段階では、それが誰によつてどのように惹起されたかが不明で、そうした状態のままでは、相互不信と他者への恐れが社会を支配し続けることになってしまう。そこで、そうした不安定状態を除去し、社会的平和を回復しようとして刑事訴訟が開始されるという。すなわち、犯罪行為による法的平和侵害によつて生じた不安定状態の除去と社会的平和の回復が刑事訴訟の目的であるとするのである。<sup>(17)</sup> こうした目的理解に対しては、不安定状態が続くとしても手続的正義から、こうした社会的平和の回復という目的が縮減される場合があり、そうした他の利益との調整や関係をより考慮すべきであるとの批判がなされている。ただ、これまでの諸説の難点を克服し、刑事上の和解等の新たな動向を包括することができるといふ、将来に向けての発展的基盤となりうるものとして、この見解が現在の一応の標準とするべき

ではないかと思われる。<sup>(18)</sup>

この見解からすると、ここでいう社会的平和を導き出す手段として、被害者が刑事訴訟に幅広く関与することが有効かどうかという観点から、「被害者参加制度」の刑事訴訟との整合性が判断されることになろう。ここでは、刑罰権行使に被害者が関与すべきか、刑罰の量定に被害者の意向をくみ入れるべきかという議論ではなく、手続きを通じた社会的平和の回復という目的から検討されるべき事になる。

しかし、不安定状態を打破するために刑事訴訟が展開されるべきだとしても、そこに被害者が関与すべき必然的な理由はない。確かに、犯罪事実の認定は被害者状況の認定でもありうるから、その確定は被害者をめぐる不安定状態の除去であり、それゆえに、そこに被害者の関与を認めるべきであるとの主張は理解できるものではある。しかし、被害者だからといって、事実状態を必ずしも知悉しているわけではない<sup>(19)</sup>、逆に、被害者であるがゆえに、その見方が中立・公正でない危険も高いのである。適正・公正な刑事訴訟によつてこそ不安定状態が除去できると考えるならば、むしろ、被害者の関与は回避させられるべきことにもなる。そもそも刑事訴訟ではその不安定状態が払拭されて終わりではなく、それに基づいて、被告人に対する国家刑罰権の有無や程度がもつぱら考慮されることになるから、その判断内容により直接的な不利益を被ることになる被告人の公正な裁判を受ける権利の保護をまず優先すべきであろう。したがつて、こうした刑事訴訟の目的理解からしても「被害者参加制度」が要請されることはなく、その優先順位は低いものとならざるを得ないことになる。ただし、そうした前提の上で存在する「被害者参加制度」であるならば、この目的理解との合理的な整合性は保たれることになろう。では、そのようなプライバシーを認めながら、どのような関与を被害者に認めるべきであろうか。これは、刑事司法システム全体におけ

る被害者の位置付けと関連することになる。

(3) 刑事司法システムにおける被害者の位置付け

従来の法制度の中で被害者が尊重されず、刑事司法制度においても蚊帳の外に置かれてきたことに対する反省から、被害や被害者の状況・心痛などをも考慮すべきであるということが主張されてきた。しかし問題はどのような場面で、どう考慮するかである。思うに、刑事司法において被害者の状況や被害者が被っている心痛などを考慮すべきであるというのは、犯罪がどのようなものであったかを明らかにするにあたり、考慮すべきであるということと解すべきであろう。すなわち、行為者の有責的規範違反が実際にどのような社会的害悪を惹起したかを確定するために考慮すべきなのである。

周知のように、そもそも現行刑事訴訟法には除斥制度があり、裁判官が事件の被害者であったり被害者の親族であるときには(刑事訴訟法二〇条一号、二号)、職務の執行から除斥され、事件を担当することができないとされている。公平な裁判所による裁判(憲法三七条一項)を保障しようとするからであり、裁判官が特定の犯罪の被害者という立場にあるのでは、それに対する適正な刑罰を冷静に提示することが定型的に期待し得ないからである。このように、たとえ公正であるべく教育・訓練を積んだ裁判官であっても、被害者という立場に立った場合には、当該事件における司法判断に携わるべきでないというのであるならば、逆に、被害者は、その立場上、どんなにそれを望んだとしても、司法判断に携わるべきではないということになる。これは、裁判員の事件に関する不適格事由として裁判員法にも示されており、被害者またはその親族や法定代理人等の一定の関係にあるものは当該事

件の裁判員となることはできないとされている（裁判員法一七条）。こうした法制度を妥当なものとして維持すべきであると考えられるなら、被害者が処罰内容を決定すべきではないのもちろんのこと、被害者の処罰感情が適正な刑罰の指針となると考えるべきではないのであつて、むしろ、被害者感情とは一線を画していることこそ、適切な量刑と推定される根拠となるはずである。両者は別物であり、その混同はつとに回避されるべきなのである。

そうであれば、被害者は量刑判断の場面においてではなく、むしろその前提たる法律要件の事実的確定の場面においてこそ関わるべきことになる。<sup>(20)</sup> ある犯罪行為によりどのような被害が生じているか、特にその精神的な被害状況については被害者という立場にある者が誰よりも認識しているとも言いうる。だがそれだけで量刑が定まるべきものではない。仮に、窃盗事件などで、被害者にとっては相対的に軽微な被害であつたがゆえに、あまり精神的苦痛を感じていなかったとしても、規範違反の度合いや社会的影響等を考慮して、被害者の処罰感情とは別に、刑が量定されることもあるだろう。<sup>(21)</sup>

したがつて、刑事手続を事実認定過程と量刑過程とに分け、被害者は量刑判断に関わるべきであるとする主張も妥当なものとは言ひ得ない。例えば、無罪推定原則を考慮して、事実が認定されるまでは被害者とは確定できないとの考えから、「何らかのかたちで被害者の意見を刑事裁判に反映させていくことは重要であろうが、その場合、訴訟手続を事実認定手続と量刑手続に明確に分け、被害者の参加は量刑手続のみにおいて認めることが重要となる」とする見解がある。<sup>(22)</sup> 確かに、被害者であるかどうかは事実の認定をしてからでないと断言できないから、無罪推定の観点から事実が確認できないのにある者を被害者と特定するのには問題があろう。しかし、たとえ被害者であることが犯罪事実そのものに先立つて確定され得たとしても、必ずしも被害者だからその過去に起こつた犯罪事



実を正しく認定しうるはずだといえないから、その犯罪事実の適正な認定のために事実認定に関与すべきだともいえないことになる。被害者であるという立場からは事実認定判断についての優位性は導かれえないのである。しかし、同様に、被害者であるからその犯罪事実に対する適切な量刑の判断ができるともいえないのである。それは、先に述べたように、むしろ被害者という立場の者から切り離して行われるべき判断なのである。したがって、被害者の意見が量刑の指針となるべきではなく、それは単に被害状況を被害者の立場から伝えるもので、犯罪行為の全体像の一部であって、その意味で量刑判断の一要素となるにすぎないのである。

また、刑事訴訟において主たる問題となるのは国家刑罰権の行使であり、その向けられている対象は被告人であり、被告人に対する刑罰権発動を求めて提示された訴因が刑事訴訟の審判対象となつてゐることからすれば、こうした刑事訴訟においては、やはり被告人を訴訟当事者とするべきであつて、被害者を訴訟当事者とするべきではないだらう。<sup>(23)</sup>

このように見るならば被害者の陳述等は、量刑資料の一つとして捉えるべきであり、その意味で、むしろ刑訴法二九二条の二に現れた意義を基本とすべきであらう。

しかし、これは刑事司法システムが被害や被害者の状況を軽視するということを意味するものではない。刑事制裁が遂行されるほどの実際の被害が存在してこそ、国家刑罰権が確認されるし、量刑判断されることになるから、どれだけの被害状況であるのかの確認は重要であるし、国家刑罰権発動の基礎として不可欠なのである。<sup>(24)</sup> しかも、被害は具体的被害者と切り離せないものであるから、被害者の状況も重要になつてくる。こうした意味で被害や被害者は刑事司法システムにおいても重要なのである。

ただ、現行の刑事司法システムは被害や被害者を癒すために存在するシステムではないということに注意すべきである。中には、「被害者参加制度」が被害者に対するカタルシス効果を有しうることを、ある種肯定的に論じる向きもあるが、刑事訴訟の目的からいって、被害者の精神的治癒はその目的とはなり得ないし、刑事司法システムそのものが、そのための制度ではないのである。確かに、量刑にあたっては、様々な要素が考慮されるし、その社会的、国家的コストを考へるならば、刑の執行が単なる実体法の實現という意味しか持たないのではなく、さまざまな社会的メリットを考慮しながら、全体的な効果を高めることこそ考へるべきである。その意味で当該犯罪行為の現実的否定を表現する刑の執行に、被害者に対するカタルシス効果があると考へ、それをも考慮して量刑を考へるといふのは納得できることである。しかし、それは一要素であり、刑罰の主要な根拠でも量刑の基本的目的でもないのである。

#### 四、刑事訴訟における被害者の権利

##### (一) 被害者の権利保障の必要性

それでは、被害者は、刑事訴訟において被害状況やそれによって生じた被害心情を陳述する者としてしか存在し得ないのであろうか。

これまで、刑事手続のなかで、被害者は当該犯罪の当事者であるにもかかわらず、「等閑にされてきた」、「蚊帳の外に置かれてきた」という点は認めざるを得ないし、その反省から被害者に刑事手続き上の一定の権利を認めべきだとする主張は理解できるものである。これは国際的潮流でもあり、例えば、被害者および証人の保護およ

び公判手続への参加を定める国際刑事裁判所に関するローマ規定の六八条は、その三項で「裁判所は、被害者の個人的な利益が影響を受ける場合には、当該被害者の意見及び懸念が、裁判所が適当と判断する公判手続の段階において並びに被告人の権利及び公正かつ公平な公判を害さず、かつ、これらと両立する態様で、提示され、及び検討されることを認める。これらの意見及び懸念は、裁判所が適当と認めるときは、手続及び証拠に関する規則に従い被害者の法律上の代理人が提示することができる」としている。しかし問題はそれを現行法制度の中でどのように組み入れるかである。

## (2) 刑事訴訟目的論からの方向性

刑事訴訟は、国家刑罰権の行使を主要な手段として、その国家刑罰権発動の根拠とその範囲を明確化することを主な内容として展開するものであるから、そこでの刑罰権が国家に帰属するものであって、被害者の権利でない以上、<sup>(26)</sup>刑事訴訟により被害者の権利が不当に害されてはならないとしても、そもそも被害者の権利を実現するために、刑事訴訟が存在するということはあり得ない。<sup>(27)</sup>しかし、刑事訴訟の目的や主要内容と関連した被害者の権利は、十分な配慮を受けるべきである。これは、刑事訴訟の目的追求のために被害者がなおざりにされ二次被害が惹起されることを防ぐべきだということを意味しているのではなく、刑事訴訟の目的そのものと関連して被害者に認められるべき権利については、訴訟手続上も十分に考慮すべきだということを意味しているのである。

そこで翻って考えてみると、加害の過程は被害発生過程でもあるから、加害行為を認定するということは、被害者にどのような被害状況がどのように形成されていったかを認定することでもあるといえる。被害者であるかど

うかは事実の認定をしてからでないと言言できないということは、このことを裏返して表現しているにすぎない。したがって、事実認定は、公権力によつて被害状況の発生過程やそれへの被害者の寄与の割合や関与形態等を公に明言する手続きであるということになる。それゆえ、その当事者である被害者が裁判所によるこの公的明言手続きへ関与できるようにし、それへの異議申し立てができるようにするというのには、合理的根拠がある。また、公訴事実の確認はいずれの訴訟目的論に立つてもおよそ訴訟目的の一端としては認められるものであり、それは、犯罪行為による嫌疑不明から生じた社会的不安定状況を除去することを訴訟目的とする社会的平和説においては、特に刑事訴訟の目的に即応したものと見える。したがって、被害者が被害発生過程としての事実認定に関与し、その自己の関与形態に関する公的宣言に異議申し立てができることは、この観点からは特に刑事訴訟の目的に即したものである。

### (3) 刑事訴訟において認められるべき被害者の権利内容

とはいえ、刑事訴訟により刑罰という不利益を直接的に負担する可能性があるのは被告人であり、被告人に対する刑罰権発動を求めて提示された訴因が刑事訴訟の審判対象であることからいっても、被告人を第一義的な直接的当事者とするべきである。したがって、そうした被告人の権利を害することのない限りで、被害者の刑事訴訟への関与権限と異議申し立て権限が認められるべきだと考えられる。しかし、先にも述べたように、国家刑罰権の根拠と範囲は公正な立場で決められるべきであるから、被害者が量刑を決定すべきではないし、被害者の心情を適正な量刑の主要基準とするべきではない。<sup>29</sup> その意味では、被害者の負った苦痛や被害状況は量刑判断の一要素となるに

すぎないのである。

このように考えると、犯罪事実についての（証人尋問という）関与を認めず、被告人への量刑判断に資することを主たる目的として情状認定についての関与を中心にする「被害者参加制度」は、ある意味、本末転倒ということになる。本来、犯罪事実についての被害者関与状況の部分についての異議申し立てこそを中心にするべきことになる。

ただし、そうなる被害や被害者の苦痛そのものをどのように扱い、修復していくべきかが問題となってくる。

## 五、被害および被害者を修復・治癒する司法の可能性

### (1) 修復的司法と「被害者参加制度」

先にも述べたように、現行の刑事司法システムやその一端である刑事訴訟は、被害を回復させ、被害者を癒すことを目的として設けられた制度ではない。ここに、そのためのサブシステムを組み入れることには無理があるし、そうした全体として不整合なシステムは瓦解する運命を担うことになる。その意味で、現行刑事訴訟に被害者治癒を第一的とするシステムを組み入れることはできないと考えるが、それは被害者の回復支援や治癒を目的とした犯罪処理のための法的システムが不要であるということではないし、それが不可能であるということでもない。現行刑事訴訟制度に組み入れられた「被害者参加制度」がそうしたものとして機能し得ないというにすぎない。

それではこの「被害者参加制度」は、現行刑事訴訟制度とは異なつた別の司法制度を目指す第一歩として表れてきたとみるべきなのであろうか。そうであれば、その別の観点からの検討も必要となってくる。現行刑事司法制度

への不満足を根源におくという点では、修復的司法の主張との繋がりが認められるから、次に、修復的司法の観点から「被害者参加制度」の意義を今一度確認してみることになしよう。

既に、「同じく被害者参加を重視する修復的司法を手掛かり」にして、「被告人と弁護人」においてどのようなメリットがもたらされるかを考察し、この「被害者参加制度」を「参加による陶冶」として理解した上で、これに一定の評価を与える向きもある<sup>(2)</sup>。それによれば「修復的司法の一つの効果は、加害者の陶冶である。加害者が被害者と対面し、被害者の信条を聴く中で、自分の行為を見つめていく。それを通じて、時に加害者は、責任を自覚し、反省し、被害者に謝罪する。その結果として道徳的調和が訪れる。刑事裁判への被害者参加も、修復的司法と同様、こうした加害者の更生に一定の効果を持ちうる」という。しかしここにはすり替えがある。修復的司法にみられる被害者参加の効果は、加害者との関係において考察されているにもかかわらず、それが被告人との関係に持ち込まれているのである。だが、被告人は加害者ではない。本来、有罪と認定されてはじめて加害者と断定されるのであり、よしんば自白し自己の有罪を認めているものを、そうした関係修復的視点での加害者とするにしても、被告人という枠組みには有罪を認めているものも、否認しているものも含まれるのである。それゆえ、被告人と加害者を同一視することはできない。これをするには無罪推定を否定することにもなる。そうした点は次の記述にも見て取れる。すなわち、「被害者の前に立ち、被害者自身によって問責されることで、被告人が黙秘権や主張提示権の行使に困難を感じることもありうる。被害者の前だからこそ口を開いたり、逆に無責任な言動を慎んだりすることもあるだろう。しかしこのことは、黙秘権に対する侵害として否定的に評価されるべきではない。黙秘権は、被害者と対面しない権利ではない。被害者と対面したがゆえに語ってしまうことは語られるべきである。ま

た逆に、被害者と対面したがゆえに語られないことは語られるべきではない」という。被告人は、公訴提起されているだけのものであつて、当然、無辜の者もその枠に入りうる。そうした者が何故、ある犯罪の被害者と対面しなければならぬのだろうか。また、被害者に対して語られるべきものを持っていると想定されなければならないのだろうか。

そもそも、修復的司法において対面すべきなのは、被害者と加害者とコミュニティであり、被告人という枠組みでとらえられた人物がそこに組み入れられるべきではないのである。仮に、自白をしている被告人の場合だけに被害者参加を限るとしても、それを修復的司法の一端であると理解したり、その観点から評価するということは難しいだろう。

確かに、何をもって修復的司法手続であるとするかについては、修復的司法を主張する論者の間においても一様ではなく、おおよそピュアリストとマキシマリストといった大枠においてその認識の相違があることが指摘されているが、そのいずれの観点からしてもこれを修復的司法の実践とはみなせないだろう。すなわち、ピュアリストは被害者・加害者の参加の自発性・随意性を修復的司法手続の本質的要素として要求するから、刑事手続に否応なく引きずり込まれた被告人が被害者と対面するというのは、たとえそれが自白している被告人であつたとしても自発性・随意性が認められず、修復的司法手続とはいえないことになる。また、ピュアリストは、修復的司法の非形式制にその特徴を見いだすから、裁判所による厳格な許可制や検察官との事前協議等を求めて、被害者の活動に縛りかける現行「被害者参加制度」は、この点でも修復的司法と相容れるものではないといふことになる。<sup>(32)</sup>

一方、マキシマリストは自発性がたとえ薄れていて、強制的色彩が残っていても、その目標が関係修復にあるな

らば、その手続を修復的司法手続であると理解するが、ここでの「被害者参加制度」は、その質問内容等から分かるように、加害者の反省を被害者が自ら検証するという対立的構造となっているから、関係修復を目的としているとはいえない。その点で、やはり修復的司法手続とはいえないことになる。

そもそもこの制度導入に際して、当初は三項対立構造を予定していたものの、これまでの刑事手続きの構造の大幅変化ができないということで、二項対立構造のままでの「被害者参加制度」が受け入れられたともされるが、たとえ当初の予定通り三項的構造が受け入れられていたとしても、相互に弾効しあい、過去の責任を追及するだけの構造では修復的司法とはなりえなかつたであらう。<sup>(35)</sup>

## (2) 修復的司法の必要性と被害者参加の法システム

以上に見てきたように、「被害者参加制度」は修復的司法の表れとして見ることはできず、その敵対的構造を残した上での量刑への被害者感情の導入傾向をみれば、むしろ応報的司法を超えた復讐的司法に繋がるものであるようにも思われる。<sup>(37)</sup>しかし、この「被害者参加制度」の性質がどうであろうと、被害者は支援されるべきであるし、被害者は癒されるべきである。害は修復されるべきなのであって、そのため法システムが強く望まれることには変わりない。問題は、それをどのように刑事訴訟や刑事司法システムと関連づけて構築するかである。

基本的に被害者の支援そのものは、経済的なものであれ、精神的なものであれ、本来、刑事司法システムとは異なつた理念をもつ、社会福祉的システムにおいて担われるべきものである。<sup>(38)</sup>しかし、被害の克服は加害の克服でもあるから、被害者への支援を前提として、加害者との関係をも念頭に置いた被害状況の修復が必要となる。この



段階においては、被害者は、(被告人ではなく)加害者と向き合わざるを得ない状況となるし、先述の「参加による陶冶」はここでこそ目指されるべきものである。ただ、そうした状況においては、更なる被害化が起こる可能性も否定しきれないから、その可能性をなくすための事前準備が十分に行われなければならないし、被害者側からの参加の同意が大前提となる。だが、たとえそれがあるとしても、ここでは被害の修復こそが第一の目標なのであるから、被害者の犠牲や被害拡大・再被害化を起こしてまで、加害者の矯正教育などの他の目標が追求されることがあつてはならない。また、ここでは抽象的な被侵害規範の回復ではなく、具体的な害の修復こそが問題となるから、解決策は画一化・規定化されることになじまず、加害者と被害者が関わるより具体的なコミュニティが、そこに関わることになる。こうした修復的過程は、目的論的にみると、刑罰を主要内容とする従来の刑事司法と連携しうるし、せざるを得ないとも思われるものの、それと直結しえないものであるから、やはり別領域において多層的な法システムの形態をとらざるを得ないだろう。すなわち、法システムは刑事司法、被害者保障、修復的司法の多層的なシステムとして構築され、それぞれの目的に応じて被害者参加が果たされるべきように思われる。これをまとめると以下のようになる。

①加害者中心な刑事司法システムと被告人中心な刑事訴訟法制度

刑事司法システムは、加害者中心な法システムであり、加害者に対する国家刑罰権の執行を基本的対応方法として実体的に規定されており、刑事訴訟制度も、誰が加害者といえるかを人権保障を前提に慎重に確定し、それに対する国家刑罰権の範囲を明確にすることによって、犯罪によって生じた社会の不安定状態から抜けだし、社会の不安を解消することを目的としたものである。

この場合、加害行為の認定は被害状況、被害者関与状況の認定ともなるから、被害者には犯罪やその裁判について知る権利が認められるべきであるし、それに対する異議申し立てとして意見を表明する権限が認められるべきであり、それは刑事訴訟の目的から離れるものではない。とはいえ、ここでの中心の当事者は被告人であるから、こうした被害者の参加は、その権利を害しない限度で認められる、二次的順位のものとなる。

② 被害者中心的な被害者支援保障法制度

一方、被害の現実的な回復や被害者の具体的支援は、被害者中心的な法制度であるべきであり、加害者が誰であるかということとは別個に、被害者が支援を受ける権利を持つということの確認から出発すべきものである。犯罪やその裁判の進行とは無関係に、いわば対処療法的に即時的に行われなければならないものであって、基本的には社会福祉法的領域に属するべきものである。

③ 両者の先にあるものとしての修復的司法制度

そして、この両法システムが目的合理的に構築され、かつ、その本来の趣旨をふまえて機能していることを前提<sup>(41)</sup>に、より生産的な段階へと向かうための法システムとして、修復的司法制度が構築されるべきだと思われる。ただし、この前二者の法システムが前提となるといつても、目的自体が別のレベルのものであるから、相互に連関しようとしても、手続き上の時間的先行を意味しない。時間的には同時に各レベルのシステムが機能することにもなりうる。その連関をどのように、どの程度認めていくかが更に問題となるが、いずれにしろ、この場合には、被害者は自立した存在として自発的にこのシステムに参加することになろう。そして、この段階において、コミュニケーションとともに能動的責任の探求に向かい、加害者との精神的な対峙が図られることになろう。

## 六、おわりに

「被害者参加制度」をめぐっては、様々な疑問や懸念が呈示されている。特定の犯罪にだけ被害者参加を認めるというのは制度として妥当とは言えないのではないか、裁判員法が施行され裁判員が裁く事になった場合、被害者に流されてしまうのではないか、といったものなどである。これらは突き詰めていくと、刑罰とは何で、何のために存在するのか、そこに正義が不可欠だとすると刑罰が目指す正義とは何かといった根本的な問題に戻っていくことになるが、これらについては他日を期す他はない。

しかし、システムの本来の目的とは無関係な、全く別の要素をその場しのぎで付け足していくのであれば、それによる直接的な目に見える障碍が生じないとしても、やがてはそのシステムそのものの信頼が失われ、そのシステムそのものが機能しなくなるというのは見やすい道理である。ある一定の取り扱いを望む者がいて、そこに何らかの共感できる状況があるならば、<sup>(43)</sup>それにより従来のシステムに直接的な障碍が生じない限り、システムの目的とは異なった要素を取り入れても良いとするなら、極論すれば、死刑判決を受けた極悪非道な犯罪者の死刑執行の際に、そのボタンをそれを望む被害者遺族に押させても良いということになりかねない。強力な国家刑罰権に関わる制度設計は、どんな権利を切望する人達がどれほどいるかだけではなく、どんな権利をどのような人達に認めるべきかという観点が不可欠だと思われる。

確かに、既に運用され始めている制度であるからその弊害を減らす工夫を重ねることも必要かも知れないが、その問題を指摘し続けていくことも必要ではないかと思う。本稿はそうした意識の下に記されたものである。<sup>(44)</sup>

※尚、本稿は平成二〇年度札幌大学研究助成の成果の一部である。

(1) 基本的に本制度に肯定的なものとしては、岡村照監修、守屋典子・高橋正人・京野哲也著「犯罪被害者のための新しい刑事司法…『解説』被害者参加制度と損害賠償命令制度」(二〇〇七年・明石書店)、諸沢英道「日本における被害者対策の現状と課題」法律のひろば(二〇〇七年一月号)四頁以下、さらには、椎橋隆幸「刑事訴訟法改正の意義と今後の課題」法律のひろば(二〇〇七年一月号)四八頁以下などを参照のこと。

(2) 例えば、石塚伸一「刑事裁判における被害者の役割—裁判員、被害者参加そして死刑—」現代思想三六卷一三号(二〇〇八年一月号)八二頁以下は、刑事裁判が暴走しているとして、社会学的な考察を加える。また、足立昌勝「刑事訴訟への犯罪被害者の参加と裁判員制度」法と民主主義四二三号(二〇〇七年一月)四一頁以下は、「被害者参加制度」が歴史的に克服されてきた復讐の場となることを危惧している。さらに、白取祐司「日本型『被害者参加』の導入で刑事裁判はどうなるか」世界二〇〇七年五月号二一五頁以下は、ドイツと特にフランスの法制度と比較しつつ、職権主義的でない我が刑事訴訟において、安易にそれらの私訴制度にならった被害者参加制度を導入すると、その復讐的性格のみが強められる虞があり、特に死刑制度の残る我が国においては危険であって、裁判員制度とともに導入することによる恣意的感情的な司法へと至る可能性も指摘している。この他にも、豊崎七絵「現代治安政策と『刑事裁判への被害者参加』」法と民主主義四一九号(二〇〇七年六月)四四頁以下、浅田和茂・川崎英明・山下幸夫・高田昭正「〈座談会〉犯罪被害者と刑事訴訟—犯罪被害者関連施策の総論的・各論的検討」法律時報七九卷七号八八頁以下等を参照。

(3) この内容については、高井康行、番敦子、山本剛「犯罪被害者保護法制解説」第二版(二〇〇八年・三省堂)を参照。

(4) 「例えば、犯罪の性質ということで言えば、暴力団の対立抗争事件の場合であるとか、被告人との関係ということで言えば、従前から被害者と被告人との関係が非常に悪化していて、顔を合わせれば一触即発の状態になってしまうような場合」が考えられるとされている(瀬川晃・大谷晃大・加藤克佳・川出敏裕・川上拓一・高橋正人「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No.一三三八(二〇〇七年七月一五日号)、二頁以下、二八頁の大谷発言)。

(5) 前掲「座談会」ジュリストNo.一三三八、二二頁の高橋発言。

- (6) 特「Schmidhäuser: Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses. in: Festschrift für Eb. Schmidt zum 70. Geburtstag. 1961. S.511 以下」の検討以来、様々なものが組上り「Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren. 1989. S. 173 ff. (hiernach abgekürzt als 'Weigend, Deliktsoffer') により整理され、最近では「Kleinert, Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung. Eine Untersuchung zur Stellung des Deliktsoffers im Strafrechtssystem. 2008. S. 227ff. (hiernach abgekürzt als 'Kleinert, Betroffenheit und Mitwirkung') によって論じられている。我が国では、田口守一『刑事訴訟の目的』(二〇〇七年・成文堂) 特に三三頁以下が、先のヴァイケントの分析に触れつつ、我が国での動向を踏まえた詳細な検討をしている。そもそも、刑事訴訟の目的の理解と被害者の刑事訴訟における地位とは関連せざるを得ないものであるが(田口、前掲書五一頁)、クライネルトは本稿とは逆に、被害者の刑事訴訟および刑事司法における地位を確認した上で(Kleinert, Betroffenheit und Mitwirkung, S. 186ff.)、それに見合った刑事訴訟の目的を論じている。なお、本稿での諸見解の分類や分析は、おおよそ田口、前掲書による。
- (7) 田口、前掲書三六頁。Weigend, Deliktsoffer, S. 177ff.
- (8) なお、刑事訴訟における真実については、拙稿「刑事訴訟における『真実(真理)論』の意義と方向性」『光藤景峻先生古稀祝賀論文集下巻』(二〇〇一年・成文堂) 六四九頁以下参照。
- (9) Schmidhäuser, Festschrift für Eb. Schmidt, S.511 ff. 522. 田口、前掲書三三頁。Weigend, Deliktsoffer, S. 182ff., 187f.
- (10) 了った理解は古くからの一般的理解であった。Vgl. Ulrich Stock, Das Ziel des Strafverfahrens. in : Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag. 1954. S.429 ff. 田口、前掲書同所。
- (11) 田口、前掲書三八頁。Weigend, Deliktsoffer, S. 191ff.
- (12) 田口、前掲書同所。
- (13) Weigend, Deliktsoffer, S. 194f.
- (14) Schmidhäuser, Festschrift für Eb. Schmidt, S.516 ff. n.vgl. Kleinert, Betroffenheit und Mitwirkung, S. 238ff.
- (15) 田口、前掲書四〇頁以下。Weigend, Deliktsoffer, S. 205f.
- (16) 犯罪処理システムの在り方として、様々なモデル論を手掛かりにして、「公」優先モデルと「私」優先モデルの対比の中に本制度を分析する、宿谷晃弘「刑事手続における被害者参加制度に関する一考察」『流経法学八巻一三頁以下は、「被告人が有罪か無罪か、有罪だとしたら、どのように処罰されるべきか等の決定に対して、自己の主張を少しでも反映させる契機を得たのであるか

ら」、この「被害者参加制度」は「私」優先モデルにとつては前進であつたであろうとする。この論者自身も「私」優先モデルを推進するものではないが、被害者の観点のみをもって「私」優先モデルの前進と評価することには疑問が残る。そこで言う「私」は「公」に対するものであるから、当然、被告人も含まれ、その両者の対向的關係を主流とするシステムが「私」優先モデルというべきであり、しかも、パッカーやロウチなどにより展開されているモデル論も司法システム全体としてのものであるから、付け足し的な「被害者参加制度」だけを取り上げて、システム全体との整合性を考慮せずに「私」優先モデルの前進といえるのであるうか。むしろ、この制度が、「対話的なプログラムを活性化させ、それを刑事司法システムとうまく連動させること」の「見込みは現時点においては、希薄であるように思われる」とこの論者自身が最後に述べているように、制度として「私」優先モデルを前進させているとも言えないように思われる。

(17) Weigend, *Deliktsoffer*, S. 212f. 217.

(18) 田口、前掲書四三頁参照。

(19) 特にこれはいわゆる殺人事件の死亡した直接被害者の遺族である間接被害者に顕著である。こうした間接被害者も区別されることなく被害者参加人として参加しようという点の問題点を指摘したものと、前掲足立論文参照。

(20) Kleinert, *Betroffenheit und Mitwirkung*, S. 220.

(21) Vgl. Stein, *Täter-Opfer-Ausgleich und Schuldprinzip. Überlegungen zur geringen Akzeptanz des Täter-Opfer-Ausgleich für Erwachsene in der Praxis*, NSZ 2000, 383-397. の紹介として拙稿「ヴォルフガング・シュタイン「犯罪者―被害者―和解と責任主義」実務での成人に対する犯罪者―被害者―和解の限定的採用についての考察」札幌法学一四卷二号七七頁以下。

(22) 平山真理「刑事裁判への被害者参加」と「修復的司法」の關係はいかに「白鳩法学一四卷一―二頁。なお、無罪推定との關係での問題点についての構造的分析については、既に、川崎「刑事裁判への被害者参加制度の批判的検討」季刊刑事弁護五〇号(二〇〇七年夏号)八九頁以下参照。また、手続二分論自体については、裁判員制の導入を踏まえ予断排除という観点から積極的に検討すべきだとは思われるが、中間評価をどのように取り扱うか等、別個に考慮すべき問題が残されている。これについては、山田道郎「冒頭陳述、手続二分および裁判員制度」鈴木茂嗣先生古希祝賀論文集「下巻」(成文堂、二〇〇七年)七二〇頁以下参照。

(23) Vgl. Schünemann, *Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege. Ein Drei-Säulen-Modell*, in ders./Dubber (Hrsg.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*, 2000, S. 1ff. 9.

- (24) Kleinert, Betroffenheit und Mitwirkung, S. 218f.
- (25) 堀江慎司「刑事裁判への被害者参加の制度についての覚悟―被害者等による証人尋問・被告人質問を中心に―」法学論叢一六二巻一―六号二四三頁以下、特に二五〇頁。
- (26) これに関する刑事訴訟制度の歴史的發展については、Weigend, Deliktsopter, S. 24ff.を参照のこと。
- (27) Vgl. Kleinert, Betroffenheit und Mitwirkung, S. 220.
- (28) 前掲田口論文同所参照。
- (29) もちろん、ドイツのレーバッハ判決 (BVerfGE 35, 202ff. 235 f.) にみられるように、再社会化の考慮こそが、量刑にあたって国家に義務づけられているとも考えられる。この点については、Weigend, Resozialisierung: die gute Seite der Strafe?, in: Radtke/ E. Müller/ Britz/ Koriath/ Müller-Dietz (Hrsg.), Muss Strafe sein?, Kolloquium zum 60. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Heike Jung, 2004, S. 181ff.
- (30) 周知のやうに、これはRestorative Justice (RJ) の訳であり、一つの基本的考え方であって、国家間の戦争や部族間での紛争の事後処理における「真実委員会」の基礎理論としても用いられているし、学校内でのいじめ撲滅運動における基礎理論として活用されているものである。その意味では本来的には「修復的正義」と訳すべきものであるが（高橋則夫「修復的司法の観点から見た裁判員制度と被害者参加制度」刑法雑誌四八巻一号五八頁以下、五九頁）、従来の「刑事司法」との対比が問題となるこの場面では、この訳を用いたい（拙稿「修復的司法序説」札幌法学一六巻二号〔二〇〇五年〕一頁以下参照）。法制度としての検討が迫られているいま、正義論そのものとして $\square$ を主題的に取り上げることが、別の機会に譲ることにした。
- (31) 瀧川裕英「参加による陶冶―応答責任論から見た被害者参加制度」法学セミナー五三巻九号（二〇〇八年九月号）一二二頁以下。
- (32) 瀧川、前掲論文同所。
- (33) 高橋則夫「修復的司法の探求」（二〇〇三年・成文堂）八五頁以下、前掲拙稿「修復的司法序説」など参照。
- (34) こうした問題点を指摘し、検討を促すものとして高橋則夫「刑事裁判と被害者参加、制度概観―修復的司法の視点から―」法学セミナー五三巻九号（二〇〇八年九月号）一〇頁以下、特に一三頁。
- (35) 前掲「座談会」ジュリストNo.一三三八、二四頁以下の高橋発言参照。
- (36) そもそも修復的司法が回路的な受動的責任の追及ではなく、展望的な能動的責任の探求を内容とするものであることについて

744 J. Braithwaite and D. Roche, "Responsibility and Restorative Justice", Bazemore/Schiff (eds.), *Restorative Community Justice: Repairing Harm and Transforming Communities*, 2001, pp. 63-84. の翻訳として、ブレイスウェイト(細井洋子・染田恵・鴨志田康弘・前原宏一共訳)『修復的司法の世界』(二〇〇八年・成文堂)四九頁以下参照。

(37) 一定の枠組みや客観性を持つという点で応報と復讐が異なることについては、既に、増田豊「消極的応報としての刑罰の積極的一般予防機能と人間の尊厳——カントおよびヘーゲルと決別してもよいのか——」『人間の尊厳と現代法理論』：ホセ・ヨンバルト教授古稀祝賀』(二〇〇〇年・成文堂)一三五頁以下参照。

(38) Kleinert, *Betroffenheit und Mitwirkung*, S. 222f.

(39) 従来の刑罰制度をどのようなものとして捉えるかにより、その連携の仕方は異なってくる。この点で、R. A. Duff, *Punishment, Communication, and Community*, 2001 (これについては、宿谷晃弘「英米における自由主義的刑罰論への批判の本意と『批判後』の刑罰論に関する一考察——ダフ(Duff)の政治理論・刑罰論の検討——比較法学三九卷一―号六七頁以下に紹介がなされている)は刑罰そのものを、現状の制度においてもより修復的なものとして捉えようとするが、Elscheid, *Zur Straftheorie von Antony Duff, in: Radtke/ Egon Müller/ Müller-Dietz (Hrsg.), Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Heike Jung*, 2004, S. 25ff. 44 現状の刑罰制度ではその理解は難しとする。

(40) TOA に関してあるが、逆に、それが刑罰の裏付けの下に強制的性質を有することから、やはり、刑罰制度に他ならないとするものとして、Bleckmann/ Tränkle, *Täter-Opfer-Ausgleich: Strafrechtliche Sanktion oder Alternative zum Strafrecht?*, ZfRSoz 25 (2004), S. 79ff. 99f.

(41) 英国でのウィクティム・サポートや、ドイツでの白い環のような強力な組織があることが、修復的司法へと向かう前提状況といえるかもしれない。なお、ドイツの最近の被害者支援状況については、安部哲夫「ドイツにおける被害者支援の現在」被害者学研究一八号六五頁以下参照。

(42) しかも、この場合には損害賠償請求・義務や損害回復請求・義務といった民事法的な取扱が重要なものとなってくるから、それと刑事法的取扱との関係が問題となってくる。そのための新たな手続レヴェルを設けるべきかも問題となってくるが、これを刑事法システムのレヴェルにおいてもなされるものと広く理解するものとして、vgl. Weigend, *Wiedergutmachung als, neben oder statt Strafe?*, in: Britz/Heike Jung/Kriath/ Egon Müller (Hrsg.), *Grundfragen staatlichen Strafsens*, Festschrift für Heinz Müller-Dietz



zum 70. Geburtstag 2001, S.975ff.

(43) こうした点をポビュリズムという観点から指摘することもできよう。これについては、官澤節生「エビローグ…ポビュリズム刑事政策の到来と批判的立場への課題」菊田幸一・西村春夫・官澤節生編『社会のなかの刑事司法と犯罪者』（二〇〇七年・日本評論社）五七九頁以下、西村春夫「被害者の刑事裁判参加制度とポビュリズム政治」法学セミナー五三卷九号（二〇〇八年九月号）二六頁以下などを参照のこと。

(44) 水谷規男「被害者参加人の代理人弁護士は何をするべきか」季刊刑事弁護五七号（二〇〇九年春号）九五頁以下。