

刑事司法における被害者参加のあり方について 刑事司法の史的分析試論

藤 本 幸 二*

はじめに

(1) 問題の所在

平成30(2018)年6月3日、犯罪被害者の権利や被害回復制度の確立、および被害者支援を目的として活動していた全国犯罪被害者の会、通称「あすの会」が解散されたことが報道された。同会は、平成12(2000)年1月23日のシンポジウム開催以来、目的実現に向けて精力的に活動し、法制審議会への出席などを通じて法制度の整備にも影響力を及ぼしていた。

その中でも特筆すべきは、平成20(2008)年に施行されたいわゆる被害者参加制度の導入であろう。従来も存在していた被害者による意見陳述制度からさらに踏み込み、犯罪被害者およびその家族による刑事司法への参画の度合いを高めたこの制度は、施行から10年を経て行われた研究によれば実際の参加経験者から高い評価を受けているとされる¹⁾。

被害者に関する研究においては、こうした制度整備がなされる以前には、犯罪被害者は「忘れられた存在」というべき地位に押しやられていた、とされる。ここからの転換は、まずは昭和49(1974)年に発生した「三菱重工ビル爆破事件」を契機として高まった、被害者に対する補償制度の立法化に向けた動きとして実現することとなった。この動きは、昭和55(1980)年に犯罪被害者等給付金支給法が制定されたことにより一段落を迎えたが、1990年代に入ると、犯罪被害者の刑事司法におけるプレゼンス拡大を求める運動となって再び高まりを迎えることとなった。このきっかけとなったのが平成2(1990)年2月20日の最高裁判所判決であったことはよく知られている。被害者等が捜査等によって受ける利益が、公益上の見地に立って行われる捜査等によって反射的にもたらされる事実上の利益に過ぎない、と断じたこの判決は、犯罪被害者やその支援者等からの強い批判²⁾に晒されることとなった。

こうした批判に起因した運動は、まず平成3(1991)年の福岡地方検察庁を皮切りとして導入された、検察による「被害者通知制度」の導入として結実することになる。被害者やその親族等に対し、事件の処分結果や刑事裁判の結果、有罪となった者の受刑中の処遇状況、刑務所からの出所時期などに関する情報を伝えるこの制度は、被害者が刑事手続において権利をもつ

*岩手大学人文社会科学部准教授

1) 白岩祐子・小林麻衣子・唐沢かおり「犯罪被害者遺族による制度評価－被害者参加制度・意見陳述制度に着目して」『犯罪社会学研究』56巻1号, 2018年, 105-116頁。なお、本研究が被害者「遺族」を対象としたものである点には留意する必要がある。

2) 憲法・行政法的な観点からの批判として、棟居快行「捜査の不適正や不起訴処分の違法を理由とする国賠請求(最判平成2.2.20)」『民商法雑誌』103巻5号, 1991年, 789-799頁がある。

という考え方を芽生えさせることとなった。さらに平成7（1995）年に発生した地下鉄サリン事件により犯罪被害の拡大に対する懸念が広まったことから、この運動は立法機関を動かし、平成12（2000）年にはいわゆる「犯罪被害者保護二法」が成立し、刑事訴訟法が改正され、いわゆる「被害者意見陳述制度」が創設された。被害者が事件や加害者に対する心情や意見を述べる機会を定めたこの法改正は、犯罪被害者にはじめて自らの意思で刑事裁判の法廷に出廷する権利を認めたものとして画期的な意味を有していた。また、既述のとおりあすの会の設立もこの年に実現している。

さらにあすの会は、平成16（2004）年に自由民主党の政務調査会司法制度調査会に設けられた「経済活動を支える民事・刑事の基本法制に関する小委員会」において繰り返し意見陳述を行い、議員立法による同年の犯罪被害者等基本法の成立に結び付けた³⁾。「全て犯罪被害者は個人の尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい処遇を保障される権利を有する」ことを基本理念とするこの基本法の成立は、本邦における犯罪被害者の法的位置づけに関して大きな転換点となった。この基本法には「刑事司法は、社会の秩序の維持を図るという目的に加え、それが「事件の当事者」である生身の犯罪被害者等の権利利益の回復に重要な意義を有することも認識された上で、その手続が進められるべきである」と定められ、これは犯罪被害者支援の立場からは平成2（1990）年2月20日最高裁判決を修正したものと考えられている。翌年、平成17（2005）年の「犯罪被害者等基本計画」の閣議決定や被害者参加制度の創設は、すべてこの基本法を前提としてもたらされたものである、と言ってよいだろう。

こうした一連の動きに対して、法曹三者は果たしてどのような対応を示したのであるだろうか。日本弁護士連合会は平成7（1995）年に犯罪被害回復制度等検討協議会を、平成11（1999）年には犯罪被害者支援委員会を設置して被害者支援活動に取り組んでいるが、平成11（1999）年に法務省からなされた意見募集に対して、「刑事手続における犯罪被害者の保護」に関する意見書を発表している。そこでは、犯罪被害者支援対策が極めて不十分であり、国と地方公共団体が行うべき施策を定める基本法の制定が不可欠であるとは認めつつも、「現行の刑事訴訟の構造を生かしながら、制度的改善をすることで、被疑者被告人弁護人の防禦権を保障しつつ、公訴官たる検察官の責任で被害者の実状を公判審理に反映する道を広げていくことが適切である」⁴⁾と論じている。また、平成17（2005）年には被害者参加制度の創設に先立ち、「被害者等が当事者あるいは検察官を補佐する者として刑事訴訟手続に参加し訴訟行為（証拠調請求、証人尋問、被告人質問、事実関係を含む意見陳述、求刑、上訴など）を行う制度は、導入すべきではない」⁵⁾として、被害者の刑事訴訟への参加に反対の意思を明らかにした。

他方、裁判所と検察庁の対応は定かではないが、たとえば平成18（2006）年に開かれた、後の被害者参加制度の導入を審議する場となった法制審議会刑事法（犯罪被害者関係）部会の議事録には、発言者は不明なものの実務家であると思われる委員から、

我が国、あるいはほかの当事者主義の国はどこでもそうだと思いますが、基本的には検察官と被告人の二当事者対立構造というものを採ってやってきたわけです。それがこれまで

3) 高橋正人「背景と歴史」(岡村勲監修『犯罪被害者のための新しい刑事司法(第2版)』明石書店, 2009年), 35-36頁。

4) 日弁連「刑事手続における犯罪被害者等の保護」に関する意見書 <https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/991022.pdf> (2020年9月26日閲覧)

5) 日弁連「犯罪被害者等の刑事手続への関与について」の意見書 https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2005_36.pdf (2020年9月26日閲覧)

何とかやってこれた。そこに全く新たな冒険をして、検察官対被告人の対立構造のほかに被害者対被告人の対立構造、それも、検察官と被害者とは必ずしも同じことを言わないかもしれない。こういう構造を持ち込んで本当にうまくいくのだろうか⁶⁾。

という発言がなされ、やはり被害者の刑事手続への参加が拡大していくことに対して懸念が示されていた。

その結果、実際に導入された被害者参加制度は、刑事司法の従来からの基本構造である当事者主義（検察官と被告人による二当事者主義）を維持したまま、被害者（被害者参加人）に訴訟手続上の地位を新たに与えるのではなく、刑事訴訟法により認められる複数の権限を行使する可能性がある被害者という存在に便宜的に「被害者参加人」という名称を与えたに過ぎない⁷⁾、と評価されることとなった。特に重要なのは二当事者主義構造が維持されたという点であり、あすの会が審議会で主張した、被告人・検察官・被害者の三当事者主義⁸⁾は容れられなかった。被害者に独自の訴因設定権や証拠調べ請求権、上訴権が認められることはなく、実質的に被害者が刑事手続へ関与できる程度は非常に限定的なものに落ち着くこととなった。

こうして施行された被害者参加制度は、既述のとおり実際の参加経験者から高い評価を受けているとされる一方で、法曹三者や被害者団体などからは批判や見直しの要求が已むことなく現在にまで至っている。その詳細については、被害者参加制度を導入した平成19（2007）年の刑事訴訟法等一部改正法附則第9条に基づき法務省が開催した、同制度の見直しの要否について検討を行うに当たっての被害者関係団体や、刑事法研究者、日本弁護士連合会、裁判所、検察庁との意見交換会の概要⁹⁾等に示されているが、証人尋問の範囲拡大や公判前整理手続への参加を求める被害者団体の要求に対し、被害者参加人が訴訟当事者ではないことを理由として反対する声が、明確ではないがおそらくは法曹三者を中心に寄せられていることがわかる。したがって、被害者参加制度をめぐる諸問題の多くは、極めて大づかみに言うならば、制度導入後も疑いなく堅持されている刑事司法の二当事者構造の中で、被害者参加人の地位をどのように評価するか、という点に係るものであると言っても過言ではないだろう。

（2）本稿の目的と史的分析の意義

本稿の目的は、以上述べてきた犯罪被害者の刑事手続に関する関与、特に被害者参加制度と刑事司法の構造との関係に関して、現代の刑事手続に至るまでの史の変遷を手掛かりとして検討することにある。

刑事手続における犯罪被害者の位置づけに関しては、アメリカにおける被害者学の泰斗であるステファン・シェーファーがその著『被害者学Victimology』で示した歴史観が強い影響を及ぼしてきた。刑事司法史を犯罪被害者への着目度により「被害者の黄金期」（被害者による復讐やフェード、自力救済が紛争解決の中心におかれ、どちらかといえば奨励されていた時

6) 法務省法制審議会刑事法（犯罪被害者関係）部会第3回会議（平成18年11月14日）議事録。http://www.moj.go.jp/content/000003753.pdf（2020年9月26日閲覧）

7) 川出敏裕「犯罪被害者の刑事裁判への参加」『刑事法ジャーナル』9号、2007年。なお、これとは異なり、被害者参加制度により被害者に訴訟手続上の地位が与えられたと考える論稿として、守屋典子・高橋正人「被害者参加制度逐条解説」（岡村前掲（註3））、59頁。

8) 高橋前掲（註3）、88-89頁。

9) 法務省「「平成19年改正刑事訴訟法等に関する意見交換会」における議論の概要」http://www.moj.go.jp/content/000124877.pdf（2020年9月26日閲覧）

期)、「被害者の衰退期」(民事と刑事が峻別され、国家が刑罰権を独占していく時期)、「被害者の復興期」(1960年代以降)と分類して論じる彼の見解は、その分かりやすさゆえにその後の犯罪被害者支援や被害者学研究において金科玉条のごとく扱われてきた。

しかしながら、こうしたモデル論的な史的分析は、当然ながらディテールの部分に大きな問題点を抱えることになる。この問題は、この分析を、異なる歴史的文化的経緯を辿って形成された制度に当てはめるときにより大きく、また明らかなものとなりがちである。この意味において、法史的な観点に比較法史的な視座を加えて刑事司法と被害者との関係を今ひとたび整理しようとする本稿の試みからは、被害者参加制度の今後に向けて一定の示唆を得られるのではないかと考えるものである。なお、本稿では基本的構想を示すにとどめ、詳細な検討については後日に譲る。

2. 刑事手続における被害者の位置づけの歴史の変遷

(1) 古代「被害者の黄金期」－フェーデと贖罪契約

シェーファーは古代における人間社会について以下のように記述している、

人間は、その手で法を執行しなければならなかった。さらに言えば、彼は自身で法をつくり、彼は被害者であると同時に訴追者でもあり、裁判官でもあり、また自身で刑罰を執行していた。その刑罰は復讐のかたちをとり、抑止と賠償を念頭に置くものであった¹⁰⁾。

多分にホブズ的な自然状態を前提としているこうした見解は、しかし総論としては適切であろう。洋の東西を問わず、およそ人間社会の揺籃期における秩序は自力救済と復讐により基礎づけられていた。しかし、シェーファーは何も、こうした時期を捉えて「被害者の黄金期」と述べているわけではない。誰もが少なくとも潜在的な被害者であったこの時代は、ある意味では「被害者」が存在しなかった時代とも言えるからである。

より重要なのは続く時期についての記述である。

初期の原始的集団が形成されてきた時期には、親族の域を超えた、国家による統制は存在せず、社会統制は親族共同体の手に委ねられていた¹¹⁾。

シェーファーは、この親族共同体による社会統制に関連付けて「血讐blood-feud」という語を用いている。本邦におけるこの用語は多分にダブルミーニング的な用いられ方をしており、「流血による復讐」という意義で捉えられる場合もあるが、シェーファーはここでの「血」は血のつながり、つまり親族関係をあらわし、親族共同体が主体として行われる報復のことを指すものと捉えている。ここにおいて復讐は被害者個人や個々の家族の問題ではなく、親族共同体によって担われるべきものとなったのである。

このことを、英単語feudの語源となった古代ゲルマンの紛争解決手段であるフェーデを具体例として見てみよう。その担い手となった親族共同体はジッペと呼ばれていたが、ジッペには

10) Schafer, Stephan, *The Victim and His Criminal: Victimology*, Reston Pub. Co., 1977, p.4.

11) ebd., p.4.

その構成員に対して、ジッペ内での平和と、ジッペ外からの攻撃に対する安全を保障する機能があると考えられていた。万一、構成員の身体や生命、財産¹²⁾に対する侵害を許してしまった場合には、ジッペはこれに対して全力で反撃、すなわち復讐や自力救済を行うことが義務付けられていた。これがフェーデである¹³⁾。

留意せねばならないのは、ジッペはこうしたフェーデの主体であると同時に客体でもあったということである。ジッペによる復讐は、加害者個人に限定されるわけではなく、加害者の属するジッペ全体がその対象となった。さらに、ジッペの安全保障は、たとえば現行法における正当防衛のように加えられる侵害の不当性を前提とするものではなく、正当性を伴う攻撃—たとえば他ジッペによるフェーデのような—に対しても機能することが求められていたため、あるジッペによって発動されたフェーデは、多くの場合、相手フェーデとの間の持続的な戦闘状態をもたらすこととなった。シェーファーは、親族共同体が主体となつて行われる血讐を、民族間あるいは国家間の紛争の比喩を用いて説明している¹⁴⁾が、少なくともフェーデに関してはこれは妥当であろう。

それではこうした状況下で被害者個人やその家族はどのような状況に置かれていたか。もちろん、復讐や自力救済に際して親族共同体から得られる助力が大きな利益をもたらしたことは想像に難くない。しかし既述のとおり安全保障はジッペの義務として捉えられており、被害者の裁量によりその発動を左右することはできなかった¹⁵⁾。また、実際にフェーデの結果が被害者の望むものとなるかどうかは自ジッペと相手ジッペとの実力関係に拠るところが大きく、保証が全くなかったことも軽視することはできない。その意味において、この時期についても、これを「被害者の黄金期」と呼べるかは疑問の余地があると言わざるを得ない。

ただし、古代ゲルマンについていえば、フェーデと並んで異なる紛争解決手段も存在していた。贖罪金の支払い、すなわち金銭賠償である。既述のとおりフェーデは関与するジッペに全力での対応を義務付けるものであり、理念的にはどちらかが対応が不可能になる状態になるまで続くことになるため、ジッペからすると大きな負担を強いられることにもなりかねない。そのため両ジッペは、フェーデが続いたあとに、あるいは開始前にすら、賠償金の支払いと、それによるフェーデの放棄とを合意することができた¹⁶⁾。

シェーファーにおいてはこれは、さらに時代が進み、経済的な発展がなされた後の段階として語られている。そこでは、経済的な財が物理的・精神的損害を埋め合わせるに足るものとなったことが、血讐や物理的な報復を衰退させ、経済的な賠償によって取って替わられた、と説明されている¹⁷⁾。

いずれにせよこれは、現代では峻別されている刑事的な手続と民事的な紛争解決手段とが混交されている状態にあることを示している。被害者のジッペは、あくまでフェーデを続けることも、贖罪契約を結んで紛争を終わらせることもできた。シェーファーはこうした中での被害者の位置づけについて、以下のように述べている。

12) もっとも、この時期には個人が所有する財産という概念はそれほど強固なものではなく、財産的価値のあるものほとんどは共有財産であると考えられていた。山内進他編『概説西洋法制史』（ミネルヴァ書房、2004年）、36-37頁。

13) Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3rd revised and changed ed., Göttingen, 1974, § 3.

14) Schafer, a.a.O. (note.10), p.5.

15) Schmidt, a.a.O. (note.13), § 5.

16) ebd. § 6.

17) Schafer, a.a.O. (note.10), p.5.

この時代は、被害者が復讐や満足を求めることが無条件に前提とされており、犯罪者と被害者の関係が認知されたのはこの時期だけである。ここでの「賠償」は被害と結びついてきた¹⁸⁾。

シェーファーが被害者の黄金期として名指ししているのはまさにこの時代であるが、その理由がこの一文に示されている。確かに、紛争解決において被害者や被害そのもの、あるいはそこから回復するというものが最も直接的に意識されていたのがこの時代であったことは間違いない。フェーデや贖罪契約による紛争解決メカニズムがはたらくのは、何よりも、生命や身体、財産に対する侵害により生じた被害を回復するためであり、社会防衛や秩序維持といった目的は二義的なものであった。

しかし、既述のとおり、フェーデは被害回復を目指して実行されるものであっても、実際に被害回復が実現するかは定かではない。場合によっては、ジッペの被害がさらに拡大することも考えられ、そうした際にはジッペが－被害者の意思に反しても－贖罪契約を結ぶことも考えられる。さらに重要なのは、ある二つのジッペがフェーデ状態に陥ることは、近隣のジッペや、ジッペのまとまりから構成される部族にとっては、外敵の存在などを考えれば望ましいことではなく、それゆえフェーデを続けるジッペに対しては外から贖罪契約による解決を促す仲介や仲裁などの働きかけがなされる可能性も低くはなかった。すなわち、この時代にあっても被害者や被害者のジッペの利益が最優先されていたわけではなく、秩序維持という観点から被害者の意に沿わない紛争解決手段が用いられる場合もあったということになる¹⁹⁾。フェーデにせよ贖罪契約にせよ、その主体は被害者やその近い家族ではなく、あくまで親族共同体であるジッペであったことも含め、「被害者の黄金期」についてもその実態を再検討する必要があるように思われる。

(2) 中世～近世「被害者の衰退期」－弾劾訴訟・糾問訴訟の確立

続く時代は、刑事法史においては、公的機関が犯罪訴追を担当し、行為者に経済的な制裁にとどまらない「刑罰」を賦課していく、いわゆる刑事法の公化の時代と考えられている。これを、前節で見たとおり従来は紛争解決におけるイニシアティヴを握っていた被害者の側から評価すると、シェーファーの「衰退期」という表現になることは至極当然のことであろう。しかし刑事法史、特に刑事訴訟法の歴史を、訴訟構造に着目してみていくならば、それほどシンプルに割り切れるものでないことが明らかになってくる。

刑事手続の公化は、まずは前時代ではあくまで贖罪契約締結を推奨する仲裁や仲介に過ぎなかった外部からの働きかけが、徐々に王や領主といった公的な権威者によって、ある程度の強制力を伴ってなされるようになったことから始まる。支配権を確立しつつあった王や領主にとって、自身の統治する領域においてフェーデが乱発されることは決して無条件で受け入れられるような事態ではなく、それゆえ彼らにはフェーデを抑圧し、当時これに代替し得る唯一の紛争解決手段であると考えられていた贖罪契約を推進していくインセンティヴが存在していた。彼らは、また、贖罪契約を結ぶにあたり常に問題となっていた贖罪金額の確定に関して、「贖罪金のカタログ」とも言われる部族法典を制定し、その相場を明らかにするとともに、金額を確定するための場として従来から用いられてきた法廷を公的なものとして提供する、と

18) ebd.,p.6.

19) Schmidt,a.a.O. (note.13), § 27.

いった策を用い、フェーデから贖罪契約による解決へと人々を誘導した。シェーファーはこうした施策について、王や領主たちが本来被害者に支払われるべき賠償の一部を手数料として徴収するようになり、その結果として被害者が有していたはずの補償を求める権利が徐々に制限されていったと説明しているが²⁰⁾、刑事裁判の財産権化と呼ばれるこうした事情も背景としてあることは間違いない。

ともあれ、こうしたかたちでフェーデの抑制に取り組んでいた王や領主たちが次に取り組んだのが、犯罪に起因する紛争を公的訴追と「刑罰」の賦課により解決するメカニズムの確立であった。こうした代替手段が考案されたことによりフェーデは直接的に制限されるようになり、犯罪被害者は復讐や自力救済を行う権利のみならず、主体的に贖罪契約を結ぶ機会すらも失うこととなった。このように見ていくと、確かに紛争解決における被害者の地位は衰退し、「忘れられていく」過程をたどる一方であるようにも思える。

しかし、この時代にあっても被害者は決して犯罪訴追のプロセスから完全に排除されたわけではなかった。被害者は、社会契約説の枠組みで言われるとおり、自らの手で復讐し自力救済を遂げる権利こそ支配者に移譲したのかもしれないが、しかしその代わりに、公的機関に対しその刑罰権の発動を求めるべく自ら訴えを提起し、当事者として犯罪訴追にアクセスする権利は留保していたのである。

領主や都市の支配者たちは、自らが担うこととなった犯罪訴追を実行するため、様々な形式を有した司法制度を模索したが、その中では、被害者をはじめとする私的な訴訟の提起によって訴訟が開始され、裁判のイニシアティブを訴訟提起者＝原告人が握る弾劾訴訟と呼ばれる制度が広く用いられていた。この訴訟形式は、1532年に神聖ローマ帝国の帝国法として制定されたカロリーナ刑事法典においても、公的機関がイニシアティブを握る糺問訴訟とともに、「正規訴訟」²¹⁾の手続として規定されている。ことほどさように、支配者たちも、伝統や慣習に基づき被害者の刑事手続への主体的関与が維持されることを求める声を完全に排除することはできなかったのである。

カロリーナ刑事法典の規定を参考にするならば、この弾劾訴訟において原告人となるのは被害者とその近親者に限られていた²²⁾。原告人は以下のような訴訟行為を独自に実行することができる。①訴訟の提起。特に女子略取・強姦・姦通、および相続財産からの窃盗については現在の親告罪にも似た措置が採られ、弾劾訴訟のみが可能であるとされていた²³⁾。②被告人の身柄拘束の請求。ただし罪状がさほど重くない場合には認められなかったり被告人側からの保証提供により保釈がなされたりすることもある²⁴⁾。③立証活動。カロリーナ刑事法典では法定証拠主義が採られていたことから、被告人の自白聴取のため拷問の使用が法定化されていた。原告人は自ら拷問や被告人尋問を実施したりそれに立ち会ったりすることは許されなかったが、証拠により拷問適用の要件について証明し、拷問を申し立てることもできた²⁵⁾。また、そこで得られた取調べ結果については開示を受けるものとされた²⁶⁾。さらに、被告人が否認する

20) Schafer, aa.O. (note.10), p.7.

21) カロリーナ刑事法典において弾劾訴訟と糺問訴訟のどちらが主となるのかについては上口裕『カロリーナ刑事法典の研究』（成文堂、2020年）、82-83頁を参考のこと。

22) 同、90頁。

23) 同、91頁。

24) カロリーナ刑事法典第11条。なお、上口前掲（註17）、92頁。

25) カロリーナ刑事法典第45条。上口前掲（註17）、173頁。

26) カロリーナ刑事法典第47条。上口前掲（註17）、179-180頁。

場合には証人尋問を求めることもできた²⁷⁾。裁判官が実施する証人尋問に立ち会うことは許されなかったが、証人に問いただすべき質問事項を予め文書に定め、提出しておくことができた²⁸⁾。さらに、被告人に判決が言い渡される場である最終開廷日において陳述することもできた²⁹⁾が、これは文言が条文で定められており、多分に儀式的な意味合いが強かった³⁰⁾。

このように見ていくと、弾劾訴訟において被害者は原告人として多種多様な権利を有していたことがわかる。以上を考え合わせるならば、被害者は、少なくとも弾劾訴訟が用いられていた時期においてはリスクを負うものの刑事司法への主体的な関与は十分に可能であり、その意味でこの時期を「被害者の衰退期」と呼ぶのはやや妥当性を欠くとも考えられる。

ただし、他方で、弾劾訴訟において原告人は権利だけを有していたわけではなかった、という点は、この時期を評価するうえでは留意されねばならない。カロリーナ刑事法典において、原告人は訴訟提起にあたり被告人に一定の嫌疑があることを示さねばならず³¹⁾、また被告人の拘禁を求める場合には、原告人が被告人の有罪立証に失敗し敗訴した際の被告人への賠償のための保証を提出することが求められた³²⁾。保証は保証人によってなされ、これを提出するまで原告人は自身の身柄を留置される³³⁾。さらに弾劾訴訟における証人尋問の実施に際しては、原告人は証人の召喚にかかる費用を負担するものとされた³⁴⁾。さらに被告人が無罪となった場合には、損害賠償請求を受ける可能性も認められていた³⁵⁾。

弾劾訴訟において被告人が無罪となった場合については、これ以前の弾劾訴訟においては原告人自身が刑罰を科せられる可能性も認められていたが、カロリーナ刑事法典では否定され、原告人には保証の提出と民事的な損害賠償の可能性がリスクとして負わされていた。このことが弾劾訴訟を困難化させる結果となったのか、あるいは科刑の可能性が否定されたことで弾劾訴訟が促進されたのかについては見解が分かれているが、ともあれ弾劾訴訟の提起に当たっては、原告人には一定の負担が求められていたことは明らかであろう。この背景には、おそらくは濫訴や誣告の回避という社会防衛的な観点があり、その意味において被害者の権利行使には制約が付されていた。とはいえ前時代においても被害者の復讐や自力救済には社会的観点からの限界が課せられていたことは既述のとおりであり、その意味においてやはりこの時期は未だ「衰退期」には当たらないのではないだろうか。

真の「衰退期」はその後、17世紀以降のいわゆる普通法の時代に訪れたと考えられる。ここにおいて原告人による弾劾訴訟は刑事訴追の中心から追いやられやがて実効性を失い、代わって首尾一貫して公的機関によって運営される糺問訴訟が刑事司法を支配した。シェーファーの言を借りれば、「被害者は刑事事件の解決からほぼ完全に排除されるようになり」、「犯罪は被害者の利益を害するというよりは社会秩序を乱すものとされ、その結果として「犯罪に巻き込まれた不幸な被害者は慣習的に無視され」³⁶⁾るに至ったのである。

27) カロリーナ刑事法典第62条。上口前掲（註17）、203-205頁。

28) カロリーナ刑事法典第70条。上口前掲（註17）、220頁。

29) カロリーナ刑事法典第89条。上口前掲（註17）、251頁。

30) なお、上訴についてはカロリーナ刑事法典に規定がなく、原告人に上訴権があったか否かは定かではない。上口前掲（註17）、260-261頁。

31) カロリーナ刑事法典第11条。上口前掲（註17）、90頁。

32) カロリーナ刑事法典第12条。上口前掲（註17）、97-99頁。

33) カロリーナ刑事法典第14条。上口前掲（註17）、104-105頁。

34) カロリーナ刑事法典第75条。上口前掲（註17）、235-236頁。

35) カロリーナ刑事法典第99条。上口前掲（註17）、268-269頁。

36) Schafer, a.a.O. (note.10), p.8.

法学者たちもこれを支持した。普通法の時代を代表する刑事法学者であるベネディクト・カルプツォフは犯罪を神との関係により、神に反する行為として捉え、皇帝や領主等の公的権力は神の代理人であって、「法律に反する者を処罰することは君主および官憲の義務である」³⁷⁾と述べ、カロリーナ刑事法典の文言上は副次的なものとされていた糺問訴訟の地位を引き上げ、弾劾訴訟は一定の段階から裁判官もしくは糺問訴訟に引き継がれ得る、という見解を示した³⁸⁾。この背景には、弾劾訴訟を提起したものの、資力その他の関係から訴訟継続が不可能になる原告人の存在があったと考えられる³⁹⁾。続く世代の代表的法学者ヨハン・ブルネマンにおいてはもはや弾劾訴訟に関する記述はほぼ見られない。また、普通法学とは異なる出自を持ち、同時代のヨーロッパを席卷した自然法学においても、刑罰権は構成員の持つ自然権である復讐や自力救済の権利に基づくものであるとされながらも、国家成立後はそれが国家によって独占されることが前提とされ、市民による復讐・自力救済権の行使は強く否定された⁴⁰⁾。この自然法思想は自然状態論を経由して、続く時代に社会契約論へと結実することとなるが、刑罰権が個人の持つ復讐権に由来すること、およびそれを国家が独占するに至ったことについての思想はすでに自然法学において明らかにされていた。これにより被害者をはじめとする個人は刑事司法から排除されることとなったのである。

社会契約論とともに自然法学がもたらした啓蒙主義とそれに基づく一連の刑事法改革においても、被害者の刑事司法からの排除は改められることはなかった。国家の刑罰権を前提とし、その行使に制約を課すものとしての法典が制定され、責任主義や罪刑法定主義の確立、身体刑から自由刑への移行、拷問の廃止と黙秘権および自由心証主義の導入といった、被疑者被告人の権利と適正手続の保障に関する制度整備は進んだが、犯罪被害者について顧みられることはほとんどなかった。訴訟構造に関する劇的な変化として、起訴担当官庁が裁判所から分離され検察制度が設立されたことにより糺問訴訟の支配は崩れ、訴訟構造は裁判所と被告人が向かい合うかたちから、検察と被告人が当事者として対峙する弾劾主義へと変容することとなったが、これにより被疑者・被告人に当事者としての主体的権利が認められたのに対して、相変わらず被害者の刑事手続への関与は否定され、被害救済は民事手続に委ねられていたのである。

(2) 現代「被害者の復興期」－被害者の「再発見」と刑事司法への再包摂の試み

こうした状況に最初の転機をもたらしたのは、1871年のライヒ刑法と1877年のライヒ刑事訴訟法であった。統一ドイツの初めての刑事法典となったこれらの法典では、被害者に告訴の権限のみならず、私人訴追や訴追参加を認めていたが⁴¹⁾、これは1848年以降にドイツの各ラントで試みられていた検察による起訴独占主義が、公的機関たる検察官による時の権力者や特定政党を利する行動に出、市民の自由の剥奪につながるのではないかという危惧からもたらされたものであり⁴²⁾、弾劾訴訟の時代における被害者の立場への回帰や、手続における被害者の役割

37) Carpzov, Benedikt, *Practica nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, Qu.101.8

38) ebd., Qu.107.42.56

39) ebd., Qu.107.51.

40) 近世自然法論の代表的論者であるフーゴ・グロティウスの理論について、山内進「グロティウスははたして近代的か」『慶應義塾法學研究』82巻1号，2009年，963-994頁。

41) Hermann, Joachim, *Die Entwicklung des Opferschutzes im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht – Eine unendliche Geschichte*, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2010, s.236.

42) 上田信太郎「ドイツ私人訴追手続の沿革と私訴犯罪について」『一橋研究』17巻2号，49頁。

の根本的な再定義をもたらすものではなかったとされている⁴³⁾。事実、その対象は、軽微であり、私訴に基づいたとしても解決を図ることが十分可能であり、かつ公的な刑事訴追の負担軽減にもつながると考えられていた侮辱や軽い身体傷害のような犯罪行為に限定されていた⁴⁴⁾。また、ナチス期には国家社会主義的観点から、これらの制度は実質的に骨抜きにされ、第二次大戦が終結するまでほぼ機能停止状態にあった⁴⁵⁾。その後も被告人の社会復帰に対する悪影響などの観点から廃止や制限を求める声が上がられ続けたことにより、この制度が本格的に被害者支援の一環として根付くには1980年代を待たねばならなかったとされる。

この時期に生じた刑事法をめぐるパラダイムシフトは、刑事手続への被害者参加をポジティブに捉えるものであり、制度廃止という方向ではなく犯罪被害者の法的地位の確立という方向での議論が活発化された⁴⁶⁾。この流れのなかで1986年に制定された被害者保護法による刑事訴訟法改正は私人訴追と訴訟参加とを切り離し、後者について重罪をも対象に含みこむこととなった。ドイツにおける被害者参加はその後も対象を拡大され続け⁴⁷⁾、またそれにより被害者参加人は独自に証人尋問や被告人質問を実施し、証拠調べを請求し、異議を申し立て、最終意見陳述を行い、さらに検察官とは独立して上訴権を行使することが可能となった⁴⁸⁾。このようにして犯罪被害者は刑事司法の中での存在を再発見され、手続に再包摂されることとなったのである。

劇的なパラダイムシフトがあったとはいえ、ドイツ法がこれほどまでに大きな変革を成し遂げた背景には、やはり前時代の経験が影響を及ぼしているものと考えられるべきであろう。フェーデおよびそこにおける個人の復讐・自力救済権の行使との間に関係性を見出そうとする見解もある⁴⁹⁾が、思想としてのつながりはともかくも、公的機関によって運用される刑事「司法」の存在を前提としつつ、その中に私人たる被害者による参加を制度として位置づけ、なおかつ本来の訴訟構造を構成するその他の当事者や裁判官の権限との調整を実現する⁵⁰⁾という点においては、やはり私人がイニシアティブを握る弾劾訴訟の経験が重要な意味を有していると考えてよいのではないだろうか。

3. 検討と今後の展望

以上、刑事手続における被害者の位置づけの歴史的な変遷についてみてきたが、そこからどのような示唆が得られるのであろうか。

まず根本的かつ歴史性に深く根差す問題として、訴訟構造との関係が挙げられる。検察官と被告人という二当事者構造が曲がりなりにも定着したと考えられている本邦において、「新し

43) 阿部千寿子「被害者参加制度に関する一考察-被害者参加の根拠・被害者参加の目的・被害者の法的地位」『同志社法学』62巻4号、2010年、1041頁。

44) 上田前掲(註38)、51頁。

45) 同、1042頁。

46) 同、1044頁。

47) 同、1046-1048頁。また、滝本幸一・橋本三保子「ドイツにおける被害者保護施策及び被害者救済活動の現状(諸外国における犯罪被害者施策に関する研究)」『法務総合研究所研究部報告』9号、108-113頁

48) 改正以前には被害者参加人には私人訴追者と同等の権利が認められるという規定方式が採られていた。阿部前掲(註43)、1045頁。

49) Schorn, Hubert, *Das Recht der Privatklage*, 1967, S.18f

50) もっとも、この調整、特にその他の当事者との関係をめぐっては本邦と同様、ドイツにおいても未だ議論の決着はついていない状況にある。阿部前掲(註43)、1057-1058頁。

い当事者」としての被害者参加人はどのような立場から、どのような権利を行使できるのだろうか。既述のとおり、この点は被害者参加制度を論じる法制審議会でも中心的な論題となり、結果として導入された被害者参加制度は、被害者参加人およびその委託を受けた弁護士（以下被害者参加人等）に公判への出席を認め、証人尋問や被告人質問の機会を与え、また独立した意見陳述を一応は許すけれども、証人尋問の対象は情状事項に限定され（刑訴第316条の36第1項）、被告人質問とともにその尋問・質問内容について裁判所（同条同項および第316条の37第1項）と検察官（第316条の36第2項、第316条の37第2項）のコントロールに従わせ、さらに意見陳述についても同様の制約を課す（第316条の38）とともに陳述内容が証拠とならないことをあえて明記（同条第4項）した。これらにより被害者参加人等の独立した権利行使を規制することにより、既存の訴訟構造をあくまで維持しつつ被害者の公判手続への関与を可能にしたのである。また、公判外において被害者参加制度は、被害者参加人等に検察官の権利行使に関する意見表明の機会を与え、検察官に当該権利行使につき理由説明を行う義務を課したが、しかしここでもまた被害者参加人等の独立した意思に基づく私訴や起訴強制といった権利行使のあり方は導入されなかった。

こうした内容については、被害者参加制度の導入自体を歓迎した被害者団体の側からも不満の声が聴かれ、特に証人尋問に関しては施行後3年目の見直しの機会にも、法務省からのヒアリングに対して尋問対象の拡大を求める内容の意見が述べられている⁵¹⁾。また、基本的に制度自体に反対の立場を採る日弁連は、同じ機会に、たとえば被害者参加人等による意見陳述が、裁判員裁判を中心にして、法定刑以上の処罰を求める事例や検察官求刑とはかけ離れた厳しい処罰を求める事例などがあり、刑訴法第292条の2の心情意見陳述と同じような機能にとどまっているという意見もあったといううえで、心情意見陳述との併用を制限し、公訴事実等の存否を判断する手続と刑の量定の手続を二分する、いわゆる手続二分制度を創設した上で、被害者の参加を刑の量定手続においてのみ許可すべきだとする意見を明らかにしている⁵²⁾が、2020年現在、被害者参加制度に関する改正の要望は容れられておらず、創設当時のものが現在も使われ続けている。

このような慎重な制度設計とその維持は、被害者のイニシアティブに基づき運用される弾劾訴訟という歴史的体験を背景に持ち被害者参加人に広範かつ独立した権利行使を認めるドイツにおいてすら、既述したとおり被害者の訴訟構造上の位置づけに関する議論がいまなお已まない現状を鑑みるに、本邦においては致し方ないところかとも考えられる。詳細な検討は措くが、本邦においては刑法を国家統治の基盤とする律令制の導入により、刑事司法は常に公的機関によって独占されたものとしてあり続けてきた。この点は、両国間の刑事法史に関する決定的相違であり、特に刑事手続の発展史を比較法史的観点から検討するうえでは必ず念頭に置かねばならないファクターであるといえる。そこにおいて被害者は告訴以外の手続参加から厳重に締め出されており、告訴すら誣告罪の威嚇の下、自由に権利行使できるものではなかったとされる。もちろん村落フェーデ⁵³⁾に代表されるように民衆史のレベルにおいて復讐や自力救済は、近代⁵⁴⁾に至るまで紛争解決の手段であり続けてきたが、しかしそれは公的な訴訟手続

51) 岡村勲「被害者参加制度3年後の見直しー「被害者参加制度3年後見直しのヒアリング」(法務省)における意見陳述から」『あすの会ニュース・レター』第44号、http://www.navs.jp/nl/nl_44/nl_44_01.pdf (2020年9月30日閲覧)

52) 日本弁護士連合会「現行の被害者参加制度の見直しに関する意見書」<http://www.moj.go.jp/content/000109468.pdf> (2020年9月30日閲覧)

53) 藤木久志『戦国の作法：村の紛争解決』（講談社学術文庫、2008年）

54) 藤野裕子『民衆暴力——揆・暴動・虐殺の日本近代』（中公新書、2020年）

とは切り離されたアウトローなものでしかなかった。そうした歴史的背景を考慮に入れるならば、現行の刑事司法の、特に公判手続において被害者の独立した権利行使が認められる余地はほとんどないと言わざるを得ないだろう。

むしろ、被害者の刑事手続への影響力行使の可能性を考えるのであれば、私訴や起訴強制といった、刑事訴訟の開始に係る手続こそ検討の対象となり得るのかもしれない。この点が第二の論点となるが、もっともこれらについては被害者参加制度の立法過程において俎上に挙げられることはなく、あすの会もまた社会契約によっても「処罰請求権」は譲渡されておらず被害者に残っているはずという歴史認識を持ちながら⁵⁵⁾、私訴や起訴強制については法制審議会に提出された骨子案ですでにこれを断念していた⁵⁶⁾。しかし、既述のとおり、中世・近世ドイツにおける弾劾訴訟の重要なメルクマールは、被害者の訴えを契機とする刑事訴追が認められるか否かというところに置かれており、ひとたび手続が開始された後の原告人の権利行使はしばしば糾問訴訟における裁判官のそれによって代替され、補完され、移行されていくことが常であり⁵⁷⁾、そして本邦においても歴史的にその可能性は排除されるものではなかった。そもそも被害者と刑事司法の関係についての議論の火種となった平成2（1990）年2月20日の最高裁判所判決がそもそも不起訴処分をめぐるものであった点を考えれば、起訴独占主義と真っ向から対立することとなったとしても、私訴や起訴強制を求める動きがあってもよいようにも思える。

ただし、この点に関してはまた新たな問題点を生じるおそれもある。被害者がいつ「被害者」として認められるのか、という問題である。現行法は被害者の被害者参加人としての地位に関する判断を裁判所に委ねており（刑訴第316条の33第1項）、したがって被害者の訴訟参加は公訴提起以降となるが、予審を欠く現行法においては適切であろう。しかしこのような制度設計においては、そもそも被害者は検察官の起訴裁量に際して意見を表明するための法的根拠を欠くということには留意する必要がある⁵⁸⁾。また、これに関して、有罪判決確定に先立ち「被害者」を認定し、訴訟法上の権限を付与することは無罪推定の原則と反する、という指摘⁵⁹⁾があるが、暫定的にであれ犯罪と評価されるべき事件が発生した事実と、被害者の被った損害と当該事件の因果関係さえ証明できれば、被告人を当該事件の加害者として仮想しないかたちでの「被害者」認定を行うことは不合理ではないと考えられる⁶⁰⁾。この場合、被害者参加人の公判手続上の権利行使が、手続二分制を前提とし、刑の量定手続においてのみ許可されるべきことは言うまでもないだろう。

第四の論点として考えられるのが、被害者自身ではなく被害者「家族（遺族）」の権利がどこまで認められるべきか、という問題であろう。そもそも被害者団体では犯罪被害者の家族を被害者自身と区別しておらず⁶¹⁾、法制審議会の議論等では、両者が同等の権利を持つことが当

55) 高橋前掲（註3）、90頁。

56) 同、378頁。また、断念に至る経緯につき、101-103頁。

57) カロリーナ刑事法典以降は、弾劾訴訟は拷問の申立てが認容された時点で弾劾訴訟へ移行するものと考えられていた。上口前掲（註17）、173頁。また、上口裕『近世ドイツの刑事訴訟』（成文堂、2012年）、17頁。Carpzov., a.a.O., Qu.107.60.

58) ただし公訴提起後に、たとえば訴因設定に関する説明を求め、訴因変更を求める意見を述べることは可能である。高橋前掲（註7）、70-71頁。

59) 川崎英明「刑事裁判への被害者参加制度の批判的検討」『刑事弁護』第50巻、2007年、89-93頁。

60) ドイツにおける議論について、阿部前掲（註43）、1058-1059頁。

61) たとえばあすの会の規約では、第3条で「犯罪被害者（以下被害者という）とは、次の者をいう」とし、（1）犯罪により生命を失った者の遺族、（2）犯罪により身体に被害を受けた者、（3）上記（1）（2）の

然の前提として論じられてきたきらいがあるが、しかしたとえば「赦し」の可能性という観点から、「被害者は赦すことができるのに対し、被害者遺族は赦すことができない。そのため被害者遺族の求刑は、被害者自身の求刑よりも、原理上重くなりがちである」とし、被害者自身の利害と被害者家族のそれとは異なるとする法哲学からの指摘⁶²⁾は頷けるものがある。歴史的にみても、「被害者の黄金期」からすでに復讐や自力救済、贖罪契約の締結に際しては被害者自身ではなく親族共同体全体が主体となっていたことと考え合わせるならば、刑事手続における被害者の救済や復権を前面に押し出しつつ、被害者個人と家族（遺族）とを同一視し同等の権利行使を求めることにどの程度の正当性があるのかは疑わしいものとなる。これは被害者参加制度を再考するに当たっては決して無視できない論点であると言えよう。

そして最後の論点となるのが、被害者の刑事司法への参加が一般社会に与えるインパクトについてである。2010年に開催された日本法社会学会のシンポジウム「刑事司法の主体を問う」において、刑法学者の伊東研祐は、社会的コストという観点から被害者参加制度について以下のように述べている。

問題なのは、語られた思いの内容がマスコミ等に（少なからぬ場合に、コンテキストから切断され、また、語ることの被害者等にとっての意味・価値とは異なった観点から選ばれて）載ることによって、その読者である一般社会構成員にとっては、当該事件が見せ物化・復讐劇化し、その反復によって近現代的な刑事司法像・市民像が変容していくことである。…同制度の実施により生じるであろう刑事司法制度一般上のメリット・デメリットを考慮しても、払い続ける社会的コストの不均衡さは否定しがたいと思われる⁶³⁾

ここで伊東は「近現代的な刑事司法像・市民像の変容」に言及しているが、筆者はそもそも、明治以降に実現されたはずの法の西洋化・近代化の流れにあって、本邦の刑事司法は未だ西洋で言うところの近世段階にあると評価せざるを得ない部分がある、という問題意識を従来から有している。これに照らせば、いまだ本邦において定着しているとは言いがたい「近現代的な刑事司法像・市民像」が被害者参加の拡大によりさらなる変容を迎えることに対しては、筆者は強い否定的評価と危惧を抱かざるを得ない。

くわえて言えば、近年は被害者支援が弁護士業務の中での重要性を増しつつあり、被害者参加制度において弁護士が委託を受ける件数も年々増加の一途をたどっている⁶⁴⁾。このことは、ともすれば「加害者（犯罪者）の味方」と見られがちな弁護士に対する一般的評価を正すことにもつながる反面、被疑者・被告人弁護との関係において弁護士の立場を不安定化させる要因にもなりかねないという懸念を筆者は抱いている。

総じていえば、被害者の刑事司法への参加に関する史的分析から浮彫りになるのは、やはり本邦における現行制度の不徹底さということになるだろう。被害者参加は、純粋に被害者の利害にかなったかたちで突き詰めるなら、日本の刑事司法を根底から問い直す覚悟がなければ実

近親者、という順で定義がなされていた。 <http://www.navs.jp/introduction/introduction.html#k> (2020年9月30日閲覧)

62) 瀧川裕英「被害者参加制度と応答責任」『法学雑誌』55巻2号、646-647頁。

63) 伊東研祐「『刑事司法の主体を問う——裁判所・検察と市民参加——』——ある刑事実体法専攻者の印象」『法社会学』72号、2010年、52-53頁。

64) 2018年度の被害者参加が許可された被害者等の延べ人員が1485人であるのに対し、弁護士への委託がなされたものは1184件にも及ぶ。『弁護士白書』2019年版、134頁。

現は難しい。他方で、妥協の産物としての現行の制度もまた、岩に打ち込まれた楔のごとく、一般社会からの評価を含んだ刑事司法全体を揺るがせていく危険性を秘めている。制度の見直しや運用に際しては十全の注意を払う必要があるのではないだろうか。