

# ドイツ刑事訴訟における被害者参加について

水野陽一

- 一. はじめに
- 二. ドイツにおける訴訟参加の制度
- 三. 若干の考察—日本法との比較を通じて—
- 四. おわりに

## 一. はじめに

わが国において二〇〇八年二月一日以降に起訴された事件のうち、特定の事件について被害者参加人制度の運用が開始された。本制度の趣旨は、これまでわが国の刑事訴訟において、刑事訴訟の埒外に置かれていた犯罪被害者（以下特に明記なき場合、単に被害者とする）の刑事訴訟における権利向上を第一義的なものとしていると考えられる。<sup>①</sup> わが国の刑事訴訟における、被害者の訴訟参加はその運用が開始されたばかりであり、他の訴訟当事者と比して、被害者参加人には極めて限定的な権利しか与えられていない。そして今後被害者参加制度の継続の是非も含めて、わが国の被害者参加の形態がどのように変化していくのかは未知数であると言つてよいだろう。<sup>②</sup>

一方でドイツにおいては、刑事訴訟における犯罪被害者の地位は高く、私人訴追の手続（Privatklageverfahren）に

おいて特定の軽微な犯罪について私人による被疑者の訴追が認められている（§374 StPO）、訴訟参加手続（Nebenklageverfahren）において被害者は、特定の犯罪に関して検察官の提起した公訴に訴訟参加人（Nebenkläger）<sup>(5)</sup>として参加が認められている（§395 StPO）。ドイツにおいても検察官の起訴独占が原則として定められており、上記の制度はあくまでも刑事訴訟における例外として取り扱われるのであるが（§152Abs. 1 StPO）、訴訟参加人として刑事訴訟に参加する被害者は、刑事訴訟における検察官との共同訴追実行者として位置づけられるのである。<sup>(6)</sup>

ただドイツにおいても、現代的意味での被害者の訴訟参加が実現したのは一九八六年にいわゆる被害者保護法（Opferschutzgesetz）<sup>(9)</sup>が成立し、翌年四月に施行されたからのものである。<sup>(10)</sup> 刑事訴訟における被害者は、従来からその証人としての役割において、裁判所、検察官、弁護側にとつて訴訟遂行上欠かすことのできない存在であり、かつ真実の探求の客体であるとして認識されてはいたもの、その一方で、被告人とは異なりその存在は刑事訴訟において脇役としてしか認識されていない時期が存在した。<sup>(11)</sup> 被害者保護法によって、被害者は刑事訴訟参加への可能性が大幅に拡大され、かつ犯罪による損害の補償と言う観点からではないより直接的な刑事訴訟における被害者の法的地位が認められる契機が築かれた。<sup>(12)</sup>

上述した被害者の刑事訴訟法における地位向上を目的とする立法の背景にあるのは、従来の伝統的刑事訴訟において、被害者の直接的参加への可能性があまりに少なかったことの反省である。<sup>(13)</sup> 一九八六年以降、二〇年以上に渡ってドイツにおける被害者の権利は拡大され続ける傾向にあり、<sup>(14)</sup> そこにある問題点が何であるのかを考察することは、わが国とドイツにおける訴訟体系の差異を考慮に入れても、わが国における被害者の訴訟参加制度継続の是非、また本制度が今後如何にして運用されていくのかを考える上で非常に有益なものになると考えられる。

- (1) 被害者参加制度の対象事件について、刑事訴訟法三二六条の三三第一項が規定する。
- (2) 諸澤英道「被害者学入門〔新版〕」四七六頁参照（成文堂、二〇〇一）。
- (3) 法務省ホームページによれば、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（平成一九年法律第九五号）の立法理由は以下の通りである。「犯罪被害者等の権利利益の一層の保護を図るため、犯罪被害者等が刑事裁判に参加する制度、犯罪被害者等による損害賠償請求について刑事手続の成果を利用する制度及び刑事手続において犯罪被害者等の氏名等の情報を保護するための制度を創設するとともに、刑事訴訟における訴訟記録の閲覧及び謄写の範囲を拡大するほか、民事訴訟におけるビデオリンク等の措置を導入するための規定を整備する必要がある。これが、この法律案を提出する理由である。」
- (4) 被害者参加制度に対する否定的な意見として、川崎英明「刑事裁判への被害者参加制度の批判的検討（犯罪被害者の刑事訴訟参加と刑事弁護）」刑事弁護第五〇巻（二〇〇七）、後藤弘子「被害者参加裁判と刑事司法―刑事裁判の私化をどう防ぐのか」法律時報第八一卷四号（二〇〇九）、足立勇人（茨城県弁護士会会長）「被害者参加制度及び賠償命令制度導入に反対する会長声明」等参照。以上に関して共通するのは、被害者の刑事訴訟への参加が、適正な事実認定や、量刑判断の妨げになるのではないかと懸念である。
- (5) „Nebenklage“及び„Nebenkläger“の訳語に関して、それぞれ、公訴参加及び、公訴参加人とする文献もあるが、„Nebenklage“は公訴のみを問題とするのではなく、それより広い範囲に渡る問題を対象とするように考えられる。故に、本稿においては刑事訴訟に参加するという意味で、„Nebenklage“及び„Nebenkläger“の訳語として、訴訟参加及び、訴訟参加人と言う語を用いる。公訴参加及び、公訴参加人という訳語を用いる文献として、例えば、吉田敏雄「刑事手続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」北海学園大学法学研究四三巻一号（二〇〇七）。本稿と同じく訴訟参加、訴訟参加人という訳語を用いる文献として、滝沢誠「犯罪被害者の訴訟参加（一）、（二）、（三）」獨協法学第六四・六六・六七巻（二〇〇四・二〇〇五）がある。
- (6) 類似の制度が、他のヨーロッパ諸国において認められている。例えば、スウェーデン、オーストリア、デンマーク、ポルトガル等において、犯罪被害者は主に重大犯罪について、刑事訴訟への参加が認められる場合がある。See Lorraine Wolhuter, Neil Olley and David Denham *Victimology: Victimisation and Victim's Rights*, pp. 189-193. (2009).
- (7) Vgl. Werner Beulke, *Strafprozess*, 2008, S. 357ff.; Klaus Volk, *Grundkurs StPO*, 2008, S. 338ff.

- (8) 訴訟参加人には、証拠調べ請求権、上訴権等強力な刑事訴訟上の権利が認められる場合がある。詳細は後述する。
- (9) vgl. BGBl. I 1986, S. 2496.
- (10) ドイツにおける訴訟参加制度は、一八七七年に成立した帝国刑事訴訟法 (*Reichsstrafprozessordnung*) において、初めて明文化されたものである。当時の刑事訴訟というものは、専ら国家刑罰権の行使のために行われると云うのが当然の認識であって、被害者は偶然に犯罪が具現化した客体としてしか認識されていなかったためである。そのような認識の下で当時の訴訟参加制度の目的は、検察官の監視及び負担軽減に限定されていた。Vgl. Karsten Alenhan, JZ, 2001, S. 795.
- (11) Albin Eser, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, Gedächtnis für Amin Kaufmann, 1989, S. 723.
- (12) 上田信太郎「ドイツ私人訴追手続に関する一考察」一橋論業第一〇八巻八三頁参照 (一九九二)。Vgl. Klaus Schroth, *Die Rechte des Opfers im Strafprozess*, 2004, S. 6ff.
- (13) Klaus Schroth, a. a. O. (Anm. 7), S. 5ff.
- (14) ドイツ連邦議会において二〇〇九年七月二日第二次刑事訴訟における被害者の権利改正に関する法律 (2. Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern und Zeugen im Strafverfahren. (2. Opferrechtsreformgesetz)) が賛成多数で採択され、同年十月一日施行された。これにより刑事訴訟上の被害者の権利は更に拡大する方向にある。Vgl. BGBl. I 2009, S. 2280.

## 二. ドイツにおける訴訟参加の制度

現代的意味での被害者保護の契機となったのは、一九七六年五月一日に公布された犯罪被害補償法 (*Opferentschädigungsgesetz*)<sup>(15)</sup> の制定であり、その後一九八六年二月一八日に被害者保護法が成立し、これによって現代的意味での訴訟参加制度の運用が開始されるに至る。本法は新しい被害者参加の形態を具体化したものであり、これまで形式的に一体化されていた私人訴追の対象事件と、公訴参加の対象事件を切り離して、新たに規定しなおし

た。<sup>19)</sup>これによって訴訟参加は私人訴追と切り離されて独自の制度として発展していくこととなったのである。そして一九八六年の被害者保護法成立以後も二〇〇四年の刑事訴訟における被害者の権利改正に関する法律 (Opferrechtsreformgesetz)<sup>20)</sup>、二〇〇六年の第二次司法現代化法 (2. Justizmodernisierungsgesetz)<sup>21)</sup>、二〇〇七年のストーカー行為刑法構成要件化のための第四〇次刑法改正 (40. StÄndG)<sup>22)</sup>、そして二〇〇九年の第二次刑事訴訟における被害者の権利改正に関する法律 (2. Opferrechtsreformgesetz)<sup>23)</sup>の成立により、訴訟参加制度はその対象とする犯罪や、制度内容に変更を加えながら今日に至るのである。以下では上記被害者関連立法による諸変更留意しつつ、訴訟参加制度の対象、訴訟参加制度における手続、訴訟参加制度における被害者の権利、の三つに分けて順次考察を加える。

#### (一) 訴訟参加制度の対象

##### ① 成人事件に対する訴訟参加

法は訴訟参加に関して、明確な規定を定め、ドイツ刑事訴訟法三九五条及び、三九六条において定められる条件に合致する場合、成人事件に対する訴訟参加は原則常に認められる。<sup>24)</sup>

これは成人に対する保安手続 (Sicherungsverfahren)<sup>25)</sup>においても同様である。しかしながら二〇〇四年刑事訴訟における被害者の権利改正に関する法律の成立以前は、保安手続において被害者の訴訟参加が許されるか否か不明確であった。従来連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof [BGH]) は保安手続への被害者の訴訟参加について消極的な姿勢を示しており、これは、一九八六年被害者保護法が成立してからも立法者が保安手続への訴訟参加に関して明確な規定を定めていないとの理由から堅持されてきたが、二〇〇一年一月一八日連邦通常裁判所は、被告側からの被害者に対する責任転嫁等から、被害者を保護する必要性が保安手続においても存在することを認め、保安手続における被害者の訴訟参加を容認する立場へとその姿勢を改めた。<sup>26)</sup>この新しい連邦通常裁判所の判例を受けて、二〇〇四年刑事訴訟

における被害者の権利改正に関する法律の中で、ドイツ刑事訴訟法三九五条一項の規定が変更されることが決定され、明文によって被害者の保安手続における訴訟参加が認められるに至った。

② 訴訟参加権限が認められる被害者の類型

二〇〇九年第二次刑事訴訟における被害者の権利改正に関する法律が成立し、ドイツ刑事訴訟法三九五条の規定が変更され、訴訟参加の対象範囲が拡大されたこととなった。また本条において、「私人訴追人」(Privatklager) と言う文言が削られることとなった。訴訟参加が許される「被害者」(Verletzte) は、主に以下四つの類型に大別することができる。<sup>(30)</sup>

i 特定の違法行為 (Durch rechtswidrige Tat) による被害者 (§395 Abs. 1 Nr. 6 StPO)

ドイツ刑事訴訟法三九五条一項は、特定の違法行為により侵害された者について、刑事訴訟における訴訟参加人としての参加を認める。訴訟参加権限 (Nebenklageberechtigung) は自らの権利、利益が直接的に侵害された者に関してのみ認められるものである。<sup>(31)</sup> 故に、訴訟参加の権限を有する者が死亡した場合、その権限はその親族等に承継されない。被害者親族の訴訟参加については、別個ドイツ刑事訴訟法三九五条二項一号において規定される。

ドイツ刑事訴訟法三九五条一項一号から六号はとりわけ、個人的法益を侵害された者について言及し、その被害者について原則訴訟参加権限を認める。ドイツ刑事訴訟法三九五条一項が対象とするのは以下の犯罪類型である。

- ・ 性的自己決定に対する罪 (§395 Abs. 1 Nr. 1 StPO)<sup>(32)</sup>
- ・ 殺人未遂の罪 (§395 Abs. 1 Nr. 2 StPO)<sup>(33)</sup>
- ・ 身体に対する罪 (§395 Abs. 1 Nr. 3 StPO)<sup>(34)</sup>
- ・ 人身の自由に対する罪 (§395 Abs. 1 Nr. 4 StPO)<sup>(35)</sup>

- ・ 暴力保護法が規定する裁判所命令に対する違反行為 (§395 Abs. 1 Nr. 5 StPO)
- ・ 経済上の利益保護に関する法律違反 (§395 Abs. 2 Nr. 6 StPO)

ドイツ刑事訴訟法三九五条一項五号が定める暴力保護法四条の保護命令違反は、二〇〇四年成立の被害者の権利改正に関する法律によって訴訟参加の対象となったものである。<sup>(35)</sup>この際にとりわけ問題となるのは、傷害罪類型及び、性的自己決定に対する犯罪類型との関連であるが、あくまでも本条は暴力保護法四条に言う保護命令違反を根拠とする訴訟参加のみをその対象とするものである。上記と関連して、従来は暴力保護法四条の保護命令違反の一類系として訴訟参加制度の対象となっていたストーカー行為について、二〇〇七年にストーカー行為の刑法構成要件化に関する刑法改正が行われ、<sup>(40)</sup>それに伴い本犯罪類型は個別にドイツ刑事訴訟法三九五条一項が対象とするものとなった。<sup>(41)</sup>

また更に二〇〇九年成立の第二次刑事訴訟における被害者の権利改正に関する法律により、昨今国際的に問題となっている「強制結婚」(Zwangsheirat)<sup>(42)</sup>についても本制度の対象となった。

またドイツ刑事訴訟法三九五条一項及び、三項に列挙される犯罪の未遂罪についても、被害者による訴訟参加の対象となることに争いはない。加えて、訴訟参加の対象犯罪に関して、その正犯者以外、つまり共犯者の訴訟においても被害者は訴訟参加を申立てることができる。この場合、少なくとも共犯者に幫助の事実が認められれば、被害者は当該共犯者の訴訟において、訴訟参加を申立てることができる。また完全酩酊罪 (Vollrausch) の被害者に対しても訴訟参加権限が認められる場合がある。原則として、行為者が刑法三二三条 a に言う酩酊状態において、ドイツ刑事訴訟法三九五条に列挙される訴訟参加の犯罪類型に関して、その構成要件を実現した場合、被害者には訴訟参加権限が認められる。以上と関連して、被告人の責任能力の有無が、被害者による訴訟参加の可否に影響を与えるか否かが問題となるが、一般的に違法行為の成立には、刑法典における構成要件の実現があればそれで足りると解さ

れるために (§11 Abs. 1 Nr. 5 StGB)、被告人の責任能力の有無が裁判所において訴訟参加の許否が判断される際に問題となることはな<sup>(43)</sup>。

ii 死亡した被害者の親族等 (§ 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO)

刑事訴訟における訴訟参加は、本来訴訟参加人たる権限を与えられる被害者が死亡した場合、その親族等についても認められる場合がある (§395 Abs. 2 Nr. 1 StPO)。訴訟参加が認められる場合があるのは、死亡した被害者の両親、子、兄弟姉妹、配偶者又は、法律で認められた共同生活者<sup>(44)</sup>である<sup>(45)</sup>。また死亡した被害者は当然のことながら、犯罪の発生原因等に関して、自らに責任が無いと訴えることができないのであるが、被害者遺族に訴訟参加を認めることで、被告人からの死亡した被害者に対する一方的な責任転嫁を防ぐことができるのである<sup>(46)</sup>。

死亡した被害者遺族に訴訟参加を認めるか否かを判断する際に、謀殺罪 (§211 StGB) の被害者遺族、故殺罪 (§212 StGB) の被害者遺族のみならず、他の致死結果を含む結果的加重犯類型における被害者遺族をもその対象とする場合がある<sup>(47)</sup>。以上に関して、いわゆる結果的加重犯が問題となる事例において、ドイツ刑法十八条が定める条件を満たしていること、即ち加重結果発生について行為者に少なくとも過失が認められなければならない<sup>(48)</sup>。但しドイツ刑法二二一条が定めるけんか等の参加者に対する罰則を定める規定に該当する行為によって死亡した被害者の遺族には、訴訟参加は認められない。ドイツ刑法二二一条の構成要件は、被害者の致死結果に関して、実際に行為者が傷害行為を行ったことを必ずしも要求しないのであるから、本条における被害者遺族は訴訟参加が認められる対象から除外される<sup>(49)</sup>。

なお本条によって訴訟参加を認められる被害者遺族は、他の訴訟参加人とは関係なく、各人が独立に訴訟参加を認められる<sup>(50)</sup>。つまりある被害者遺族が訴訟参加人と認められていることを理由として、その他の被害者遺族が除外され

ることはないし、また死亡した被害者の異母（異父）兄弟姉妹も訴訟参加が認められる<sup>(31)</sup>。祖父母には、被害者死亡の場合にも訴訟参加が認められることはなく、離婚した配偶者も同様である。また法律上の手続を経ていない、事実上の婚姻関係にあるパートナーについても、現状では訴訟参加は許されない<sup>(32)</sup>。

iii 起訴強制手続の申立人 (§395 Abs. 2 Nr. 2 StPO)

被害者による起訴強制手続の申立を受け、上級地方裁判所が公訴の開始を決定した場合 (§175 StPO)、当該被害者は訴訟参加人たる権限を認められる (§395 Abs. 2 Nr. 3)。しかしながら、この場合に訴訟参加人たる被害者は、検察官が訴訟において、訴訟参加人の権利を顧慮、確保することに關して過度に期待することはできない。また起訴強制手続の申立とは別に、検察の新たな捜査手続によって公訴の提起が決定された場合にも本条によって定められる訴訟参加人たる権限は認められない。また上級地方裁判所主席検事 (Generalstaatsanwaltschaft) が、裁判所による起訴強制手続の命令とは独立に不起訴及び手続の打切りを不当であると判断し、独自に公訴の提起を命じた場合、当該訴訟において訴訟参加が認められるかが問題となるが、このような場合には検察官が真摯に訴訟活動を行わない虞が無いのであるから、ドイツ刑事訴訟法三九五条二項二号を理由とする被害者の訴訟参加は認められないと言うことになる<sup>(33)</sup>。以上のことから本条において認められる訴訟参加権限は、被害者の満足に資すると言うよりも、検察官が行う訴訟活動の監視及び、検察官の訴訟活動の公正さを担保にその重点が置かれていると言えるだろう<sup>(34)</sup>。

iv 過失傷害類型や他の犯罪類型による重大な被害を被った被害者 (§395 Abs. 3 StPO)

従来ドイツ刑事訴訟法三九五条三項の規定は、過失傷害罪 (§229 StGB) の被害者だけをその対象とするものであり、とりわけ問題となるのは交通事故における被害者であった。ただ二〇〇九年の法改正によって、その対象となる犯罪の範囲は大きく拡大されたのである。従来本条において問題とされていたのは、過失傷害罪の被害者のみであっ

たが、侮辱や名誉毀損等<sup>(61)</sup>、名誉に関する犯罪の被害者や、住居侵入窃盗<sup>(62)</sup>の被害者、強盗、恐喝に関する犯罪<sup>(63)</sup>の被害者、強盗や窃盗を目的とした自動車等の運転者及びその同乗者への暴行、傷害行為の被害者もこれに加わった。ただし本条において問題となる犯罪類型について、他の犯罪類型とは異なり、当該被害者に訴訟参加が認められるためには、「特別な理由」(aus besonderen Gründen)の存在が要求される旨明文において規定される。言い換えれば本条において問題とされている犯罪類型の被害者に訴訟参加が認められるためには、当該被害者の権利利益について、法が特に保護の必要性を認める (schutzbedürftig) ほどの重大な結果が生じたと判断される必要があるのである<sup>(64)</sup>。この「特別な理由」と言う文言について、統一的な解釈はされておらず、管轄裁判所が事前に検察や被告人等に聴取し、その存在、不存在について判断するのであるが、被害者は、当該決定に対して不服申立てをする<sup>(65)</sup>とはできなく (§396 Abs. 2, S. 2, StPO)。「特別な理由」の存否を判断する際に、とりわけ発生した侵害の程度が重要な指針となる。つまり重大な侵害が発生した際には基本的に、当該被害者の訴訟参加が認められることとなる<sup>(66)</sup>。但し従来から本条において対象とされている過失傷害、特に交通事故の場合において、被害者側の過失について抗弁がされていない時や、損害賠償請求訴訟が未だに係争中の時には、被害者の訴訟参加が認められないことに注意しなければならない。ただ既述のように二〇〇九年の法改正において、本条が対象とする犯罪類型が大幅に拡大された。従来は過失傷害類型についてのみが本条の対象となっていたが、これに加えて強盗などの比較的重大な侵害を生じさせやすい犯罪類型もその対象となつたため、法改正以前よりも本条の言う「特別な理由」が認められるケースが増えることは十分に考えられる<sup>(67)</sup>。

## (二) 訴訟参加制度における裁判手続

### ① 訴訟参加の申立

被害者の訴訟参加人としての刑事訴訟への参加は、訴訟参加の申立てを通じて行われ、原則として訴訟参加の可否

を決定する権限を有する裁判所に対して書面で行われることが要求され (§396 Abs. 1 S. 1 StPO)、訴訟参加の申立ての際に未だに公訴が提起されていない場合、公訴が提起された時点で当該申立てはその効力を生ずる (§396 Abs. 2 S. 2 StPO)。被害者の訴訟参加人としての訴訟参加は、刑事手続の全ての段階において認められる。また訴訟参加の申立ては公判の開始までにその効力を生ずる必要はなく、公判中にも当該申立てを行うことができる。<sup>(64)</sup>

また第一審での判決後に、上訴のため訴訟参加を申立てることも可能とされる (§395 Abs. 4 S. 2 StPO)。例えば、既に第一審の公判手続が終了し、そこで被告人が無罪判決を受けていたとしても、検察官が、当該無罪判決に異議を申立て上訴することができるのと同様に、被害者にも訴訟参加を申立て上訴審裁判所に上訴提起する可能性が残されているのである。<sup>(65)</sup>

また再審手続に関して、訴訟参加人自らが、被告人に訴訟参加対象犯罪について有罪判決を求めるなどの理由で再審請求することは認められない。ただし他の訴訟当事者が再審請求した場合には、被害者に再度訴訟参加権限が認められる。<sup>(66)</sup>

訴訟参加申立ての効力が一度生ずると、原則としてその後行われる全ての手続に対してその効果が及ぶことになる。また訴訟参加人が訴訟参加の申立てを取り下げない限り、特別な申立てが無くとも当該訴訟参加人は原則として、上訴審においても訴訟参加が認められることになる。また訴訟参加人が、当該訴訟における判決が確定する前に訴訟参加申立てを行った場合、再審請求手続においても、裁判所はその職権に基づき (von Amts wegen) 当該訴訟参加人の再度の訴訟参加を認めなければならない。<sup>(67)</sup>

なお管轄裁判所は、訴訟参加人の刑事訴訟への参加に関して、「決定 (Beschluss)」によりその可否を判断する。

裁判所による訴訟参加の可否に関する決定が本質的な意味を有するのは、訴訟参加の対象となる事件が、ドイツ刑

事訴訟法三九五条三項の射程にある場合である。と言うのは、ドイツ刑事訴訟法三九五条三項が問題となる事件において、訴訟参加が認められるためには、訴訟参加の申立ての有無という形式的な要件に加えて更に、特別な理由の存在という実質的要件の存在もが要求されるからである。<sup>66)</sup> 以上取り扱った訴訟参加の許否に関する裁判所決定は、上訴審においても維持される保証はない。

## ② 訴訟参加の終了

訴訟参加人が死亡した場合、ドイツ刑事訴訟法四〇二条の規定によれば、訴訟参加の申立てはその効力を失い、当該訴訟参加は終了することになる。<sup>66)</sup> また上記の場合に、死亡した訴訟参加人の親族等に、当該訴訟参加人の権利、地位が承継されるか否か、という問題が生ずるが判例及び通説はこれを否定する。<sup>70)</sup> これは、私人訴追人死亡の場合に、親族等による私人訴追の継続を認める旨法が規定するのは対照的である (§393 Abs. 2 StPO)。

訴訟参加人は、手続の全段階で自らがした訴訟参加の申立てを撤回 (Widerruf) することができ (§402 StPO)。訴訟参加申立ての撤回に関して、特定の形式によらない方法で裁判所に対してこれを成すことができるが、当該撤回によって訴訟参加人は自らの訴訟参加によって生じた必要経費の償還請求権を失う。ただし訴訟参加人が訴訟参加申立ての撤回を行った場合にも、同一事件において、再度訴訟参加を申立てることが禁止されるわけではない。<sup>72)</sup> しかしながら、訴訟参加人が自らの権利を放棄 (Verzicht) した場合には、同一事件における再度の訴訟参加は認められない。<sup>71)</sup>

訴訟参加の権限を有する者は被告人と和解をすることができる。<sup>73)</sup> この際にたいいていの場合、訴訟参加の権限を有する者は、訴訟参加人として訴訟参加しないこと、又は告訴権の放棄を、既に訴訟参加人としての地位を有している場合には、それに基づく権利の放棄等を義務づけられる。上記和解による訴訟参加の終了が行われる事例として、第一

に考えられるのは名誉毀損事件において訴訟参加が行われる場合である。この場合、被告人、被害者間の和解が行われるための条件として、被告人の公式陳謝（*Ehrenerklaerung*）<sup>(74)</sup>が被害者に対して成されることが大きな意味を持つことになる。加えて、罰金の支払い、損害賠償金の支払い等の取り決めが問題となる。また被害者自らが告訴を取り下げるか、最初から告訴権を放棄した場合にも、検察官の介入により当該訴訟が継続される場合がある。<sup>(75)</sup>和解手続が困難となるのは、本来親告罪とされる犯罪の訴追に、検察官が公共の利益を認めた場合である。この場合告訴を取り下げることができても、検察官により行われた公訴の提起を取り下げることができない。以上の場合に和解の可能性が残されるのは、全ての訴訟当事者が示し合せて、被害者が告訴を取り下げ、検察官、被疑者、もしくは被告人の合意を元に裁判所がドイツ刑事訴訟法一五三条又は一五三条aに従って、当該訴訟を打ち切った場合などが考えられる。

### (三) 訴訟参加人の権利

訴訟参加人には、刑事訴訟上の諸権利が認められている。<sup>(76)</sup>なお原則として、訴訟参加人はその権利行使に際して、検察官の意思とは独立して自らの権利を行使できるとされる。<sup>(77)</sup>以下では主に公判における在廷権、弁護人依頼権、証拠調べ請求権について考察を進める。<sup>(78)</sup>

#### ① 在廷権

ドイツ刑事訴訟法三九七条一項の規定によれば、訴訟参加人は公判における在廷権を認められる。ただしこれは、あくまで権利として認められるのであって、訴訟参加人としての役割から公判における在廷義務が生ずるわけではない。以上のことから、裁判所が訴訟参加人本人の出頭を命ずることはできないと解される。訴訟参加人は、基本的には何時でも公判廷への出廷及び、公判廷からの退廷を許される。訴訟参加人は、訴訟参加人であると同時にしばしば証人として公判廷に召還されるのであるが、その場合に当該訴訟参加人は、その証人としての地位に基づいて、一時

的にではあるが公判廷における在廷義務を課されることになる (§48: 51 StPO)。また逆に、通常であれば証人として、公判廷における在廷権を制限される場合であっても、当該証人が、証人であるのと同時に訴訟参加人としての地位を認められているのであれば、訴訟参加人としての地位を理由に、公判廷における在廷権が認められることになる (§397 Abs. 1 S. 1 StPO)。以上の点に関して裁判所は、訴訟参加人の公判廷における役割を、証人のそれと比して優先的に評価しているのである。<sup>(85)</sup>

### ② 訴訟参加人の弁護士依頼権

訴訟参加人は公判廷において、自らの補助人として、弁護人を同席させることができ、更に弁護人に訴訟参加人たる権利を以てその全権を委ねることも可能である。その際には文書による申立つが必要になる (§397 Abs. 1 S. 2)。また一人の弁護士が複数の訴訟参加人を代理することも可能である。<sup>(86)</sup>

ドイツ刑事訴訟法三九七条 a 一項によれば、特に保護すべきであると考えられる訴訟参加人は国庫により弁護士、いわゆる被害者弁護士 (Opferanwalt) を請求することができる。<sup>(87)</sup>二〇〇九年に成立した第二次刑事訴訟における被害者の権利改正に関する法律により、被害者弁護人を請求できる者の対象が広がった。<sup>(88)</sup>ドイツ刑事訴訟法三九七条 a 一項が対象とする被害者について、国庫による費用補償に関する条件の有無は、被害者弁護人を請求する上で特に問題とならない。

### ③ 証拠調べ請求権

ドイツ刑事訴訟法三九七条一項三文によれば、訴訟参加人には証拠調べ請求権<sup>(89)</sup>が認められる。訴訟参加人に認められる証拠調べ請求権は、一九八六年被害者保護法成立に伴い認められたものである。しかしながら、証拠調べ請求権を訴訟参加人に対して認めることについては多くの批判がなされた。訴訟参加人に証拠調べ請求権を認めることに對

して批判的な論者は、訴訟参加人に証拠調べ請求権を与えることの裁判所に課せられる客観義務へ与える悪影響について、大きな懸念を抱いたのである。彼らは被害者である訴訟参加人の復讐を目的とする証拠調べ請求が行われる可能性を憂慮し、かつ実際にそのような事態が起こった場合に、刑事裁判が被害者の復讐の場と化す事態を生ずる可能性に対する危険性を指摘したのである。<sup>(86)</sup>確かに、証拠調べ請求権のような攻撃的性格を持つ権利を被害者である訴訟参加人に認めることは、本来訴訟参加制度に認められる保護機能と相容れないことは間違いない。<sup>(87)</sup>ただ立法者は、証拠調べ請求権が訴訟参加人に認められることは、真実の究明及び、被告人による犯罪発生に対する責任転嫁に被害者が対抗するためには不可欠のものであると考え、訴訟参加人に公判廷における証拠調べ請求権を認めたのである。<sup>(88)</sup>また以上に加えて、当該権利が訴訟参加人に認められることは、彼らの満足にも資すると考えられる。<sup>(89)</sup>

#### ④ 上訴権

ドイツ刑事訴訟法三九五条四項及び、四〇一条一項の規定により、訴訟参加人には上訴権（Rechtsmittel）<sup>(90)</sup>が認められる。訴訟参加人としての地位に基づいて、裁判所が行う判断（Entscheidung）<sup>(91)</sup>について、不服（Beschwer）<sup>(92)</sup>を申立てる場合に当該訴訟参加人は上訴を行う権限を有する。但し訴訟参加人は、被告人にとって有利な結果をもたらすための上訴を提起することはできない。<sup>(93)</sup>故に訴訟参加人が上訴を提起する際に、ドイツ刑事訴訟法二九六条二項の規定は適用されないことになる。<sup>(94)</sup>但し訴訟参加人が被告人に対して不利な結果を目指して上訴した場合であっても、ドイツ刑事訴訟法三〇一条の規定が適用されることに注意しなければならない。<sup>(95)</sup>上訴を行う際に要求される一般的要件は、訴訟参加人が上訴を行う際にも、他の上訴権限者と同様に要求される。

訴訟参加人は検察官とは独立して、上訴を提起することができる（§401 Abs. 1 StPO）。これは公訴の提起に関して、訴訟参加人が検察官の付随的存在として位置づけられるのと対照的である。検察官は訴訟参加人の上訴提起の判断に

際して、何らの指示、干渉等を行うことも許されない。以上のように訴訟参加人は検察官とは独立して上訴を提起できるのであるが、検察官と同様の範囲で上訴権を認められるわけではないことに注意しなければならない。ドイツ刑事訴訟法四〇〇条は、主に訴訟参加人の上訴権制限に関して規定する。具体的には、訴訟参加人は、裁判所が認定したものは別の法的効果 (eine andere Rechtsfolge der Tat)<sup>(97)</sup> を求めて上訴することは許されず、また訴訟参加の対象犯罪以外の犯罪を根拠として上訴を提起することもできない<sup>(98)</sup>。以上のように、ドイツ刑事訴訟法四〇〇条は、訴訟参加人の上訴権について制限を加えるものであるが、これはできるだけ犯罪事実に客観的であろうとする客観的訴訟参加人 (objektiver Nebenklager)<sup>(99)</sup> と、復讐目的の訴訟参加人を区別するためのものではないし、また復讐目的の訴訟参加人の排除をその目的とするものでもない。なぜなら、訴訟参加人に、検察官に求められる様な客観義務の履行を過度に求めることは、訴訟参加人に認められるべき法的利益を損なう結果を生じさせかねないからである。

なおドイツ刑事訴訟法四〇〇条において明確に示される、訴訟参加人の上訴権制限に関する立法者意思は、首尾一貫して実務において継承されている<sup>(100)</sup>。

(15) Vgl. BGBl. I 1976, S. 1181.

(16) Vgl. BGBl. I 1986, S. 2496.

(17) §374ff. StPO 私人訴追：私人訴追手続において、特定の犯罪に関して、被害者は検察官に代わり自ら公訴を提起することができる。とされる。対象犯罪は、一九八六年以前、住居侵入罪、侮辱罪、信書開封罪、傷害罪及び過失傷害罪、脅迫罪、器物損壊罪、不正競争法違反、特許法違反、品種保護法違反、新案意匠法違反、半導体保護法違反、商標法違反、登録意匠法違反、著作権法違反、であつた。現在では上記に加えて、ストーカー行為、完全酩酊罪等が対象となる犯罪類型に加わっている。

- (18) 旧ドイツ刑事訴訟法三九五条一項によれば、私人訴追の権限を有する者について、原則訴訟参加が許されていた。旧ドイツ刑事訴訟法三七六条によれば、私人訴追が行われた場合に、そこに公共の利益が認められれば、訴訟を檢察官が引き継ぐ旨規定されている（この点について現行法も同様）。その場合、旧ドイツ刑事訴訟法三七七条三項が定めるところによれば、私人訴追を提起した者がそのまま訴訟参加人としての権限を与えられたのである。通常訴訟参加のためには、裁判所による書面による申請が必要である（旧法、現行法ともに同様）。しかしこの場合例外的に手続参加の申請は不要とされた。旧制度について、Vgl. Z. B. Hinrich Rüping, *Das Strafverfahren*, 1983, S. 199ff.; Karlheinz Meyer, *Kommentar zur Strafprozessordnung*, 1981, S. 1017ff.
- (19) Klaus Schroth, a. a. O. (Anm. 7), S. 121ff.
- (20) Vgl. BGBl. I 2004, S. 1354.
- (21) Vgl. BGBl. I 2006, S. 3416.
- (22) Vgl. BGBl. I 2007, S. 354.
- (23) Vgl. BGBl. I 2009, S. 2280.
- (24) 従来成人が対象となる裁判とは対照的に、少年裁判（Jugendgerichtsverfahren）については被害者の訴訟参加は認められなかったのであるが、二〇〇六年の第二次司法現代化法の成立により、一部重大犯罪が問題となる事件について被害者の訴訟参加が認められることとなった（§80 JGG）。また、他に、少年（Jugend）が若年成人（Heranwachsende）、成人（Erwachsene）との同一法廷で審理される場合に、被害者の訴訟参加が認められるかという問題が存するが、本稿では主に成人事件に対する訴訟参加についてのみ論ずる。
- (25) §§413-416 StPO 保安手続…ドイツの刑事訴訟において、裁判所が通常の刑事訴訟を進行する際に、被告人には刑事訴訟上の訴訟能力（Verhandlungsfähigkeit）を有することが前提とされる。これは民事訴訟上の訴訟能力（Prozessfähigkeit）と区別され、民事上の行為能力（Geschäftsfähigkeit）を前提とするものではない。被告人が、公判、又は公判外において、被告人自身の権利利益について理性的に認識し、刑事訴訟における防御活動を分別のある方法で行うことができ、かつ刑事訴訟における自らの主張、反論を行うことができる」と認められた場合に、刑事訴訟法上の訴訟能力が認められる。被告人に関して、刑事訴訟法上の継続的な訴訟能力が認められないと檢察官が判断した場合、檢察官は保安手続の請求をすることができる。保安手続は被告人の改善、保安が目的で行われる。また保安手続中に、被告人が刑事訴訟上の訴訟能力を有すると認められた場合、通常の刑事訴訟手続に再度移行することも可能とさ

れた。

Vgl. Lutz Meyer-Großher Der Kommentar zur Strafprozessordnung 2009, S. 1485-1490, Werner Beulke, a. O. (Anm. 7), S. 173, Klaus Volk, a. O. (Anm. 7), S. 295.

(26) BGH, NJW, 1974, S. 2244.

(27) BGH, NSZ, 2002, S. 275.

(28) BGH, NSZ, 2002, S. 275.

(29) 現在ドイツにおいて、全法領域にわたる統一的かつ明確な „Verletzer“ „Verletzte“ „Opfer“ (つまり日本語で言う「被害者」) の定義はなされておらず、法領域毎にその定義は異なる。訴訟参加制度において被害者とは、起訴強制手続 (Klageerzwingungsverfahren) (§172 StPO) におけるそれと同様に理解され、「違法行為によって、権利、又は法的に認められた利益が直接に侵害された者」を言う。Vgl. Werner Beulke, a. O. (Anm. 7), S. 358.

但し以上に関して、訴訟参加制度独自の被害者概念を定めるべきであるという考えも有力である。Vgl. Dirk Niedling, *Strafprozessualer Opferschutz am Beispiel der Nebenklage*, 2004, S. 61.

(30) Dirk Niedling, a. O. (Anm. 29), S. 110ff.

(31) 直接自らの権利に侵害を被った者に認められる訴訟参加権限 (Nebenklagerechtigung) と、被害者死亡の場合に訴訟参加が許される (Anschlussberechtigung) は区別して考えなければならない。

(32) 本犯罪類型において問題となるのは以下の犯罪である：被保護者に対する性的虐待、児童に対する性的虐待、強制わいせつ及び、強姦、抵抗できない者に対する性的虐待、性的未成熟者に対する姦淫、売春目的での人身売買、少年に対する性的虐待、売春の仲介及び、売春婦からの搾取。

(33) 本犯罪類型において問題となるのは、謀殺未遂罪及び、故殺未遂罪である。

(34) 本犯罪類型において問題となるのは以下の犯罪である：遺棄、傷害、危険な手段を用いた傷害、被保護者に対する虐待、結果に後遺障害を伴った傷害、公務員が職務中に行った傷害。

(35) 本犯罪類型において問題となるのは以下の犯罪である：性的搾取を目的とした人身売買、労働搾取を目的とした人身売買、人身売買の斡旋等、略取誘拐、未成年者略取、少年に対する虐待、ストーキング行為、一週間以上の監禁等、恐喝目的での誘拐、人質罪、

- 強要で重大な結果を生じさせた場合。
- (36) 暴力保護法 (Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellung) (GewSchG) は二〇〇一年十二月一日成立の家庭内暴力やストーキング行為の拡大防止のために成された立法であり、本法は行為者の被害者宅への立ち入りの中止、被害者への接近禁止等、強制力のある命令について定める。本法に基づく各種命令の違反には罰金又は最大で一年の自由刑が科されることになる (§4 GewSchG)。本法の違反者に対する審理においても被害者の訴訟参加が許される。
- (37) 本犯罪類型において問題となるのは以下の犯罪である。…特許法違反、品種保護法違反、新案意匠法違反、半導体保護法違反、登録意匠法違反、著作権法違反等。
- (38) 二〇〇四年改正当時は、ドイツ刑事訴訟法三九五条一項一号eに定められていた。
- (39) 例えば、ドイツにおける女性性犯罪被害者のおよそ四分の三が、知人、特に被害者の夫による被害を受けたことがあるとの統計がある。Vgl. Klaus Schroh, a. a. O. (Anm. 7), S.131.
- (40) 本法の詳細について、嘉門優「ドイツにおけるストーカー行為処罰規定の新設について」国学院法学第四五巻第四号六七頁以下参照 (二〇〇八)。
- (41) Andewas Mosbacher, NSZ, 2007, S. 670-671.
- (42) ドイツ刑法典は、その二二八条四項において強制結婚の罪について規定する。ドイツ連邦共和国は、長らくその実体とは異なり、移民国家であることを認めなかったのであるが、二〇〇五年に移民に関する諸立法(いわゆる移民法)を成立させ移民国家であることを初めて認めた。以上を受けて、主に移民系住民の間で問題となっていた強制結婚の罪に関する規定を創設すべきであるとの議論が盛んに行われるようになった。連邦議会案 (Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Zwangsheirat und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsheirat) では、当初強制結婚に関するドイツ刑法三二八条bの規定を新たに創設することが予定されたが、最終的に本犯罪類型は、ドイツ刑法二四〇条に規定される強要罪の一類型として規定されることとなった。以上に関して、ハンス・ゲオルク・マーセン「講演 ドイツ移民法・統合法成立の背景と動向」筑波ロー・ジャーナル二号一〇五頁以下参照 (二〇〇七)。Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Zwangsheirat und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsheirat 2006.
- (43) ドイツ刑事訴訟法三九五条一項の文言には、違法行為により侵害された (verletzt ist durch eine rechtswidrige Tat) とある。
- (44) 二〇〇一年同姓による共同生活を認める法律 (Lebenspartnerschaftsgesetz) の成立により、ドイツにおいては、同姓同士による婚姻

に類似する法律上の関係が認められている。

(45) 被害者遺族に訴訟参加が認められることは、遺族の個人的満足に資するものであり、かつ被害補償の観点から見ても大きな意味を持つものである。Vgl. BVerfGE, NJW, 1993, S. 3316-3317.

(46) 訴訟参加制度の機能として、以上のような保護機能も重視されている。吉田・前掲註(五)・一六頁以下、Klaus Schroth, a. a. O. (Anm. 12), S. 133.

(47) 例えば、児童に対する性的虐待致死、強姦致死、遺棄致死、傷害致死、誘拐致死、強盗致死、放火致死等がこれに当たる。

(48) 周知のように、ドイツ刑法一八条は、結果的加重犯の成立に関して、基本行為と加重結果との間に少なくとも過失を要求する。

(49) ドイツ刑法三二一条の規定は、わが国における同時傷害の特例に関する規定に類するものである。つまりドイツ刑法三二一条の規定は、けんか(Schlagererei)一人以上の複数人による暴行傷害が行われた際に、当該暴行傷害に関して、その因果関係や客観的帰属の立証困難を回避することを目的とする規定である。故に本条における構成要件の充足のために、各行為者について、実際に傷害行為を行った事実を必ずしも要求されない。ドイツ刑事訴訟法三九五条は、被害者が直接に本条において列挙される違法行為によって侵害された者であることを要求しており、ドイツ刑法三二一条における被害者、被害者遺族に訴訟参加を認めることは、ドイツ刑事訴訟法三九五条が予定するところではない。Vgl. Lackner/Kühl Kommentar zum Strafrecht, 2007, S. 998-1000.

(50) Klaus Schroth, a. a. O. (Anm. 12), S. 133.

(51) OLG Neustadt, NJW, 1956, S. 1611.

(52) OLG Düsseldorf, NJW, 1958, S. 394.

(53) BVerfGE, NJW, 1993, S. 3316. 本件事案において申立人と死亡した被害者の間にはロマ族の伝統的作法における婚姻はなされていたが、法律上の婚姻関係がなかった。つまり死亡した被害者と申立人が事実上の婚姻関係にある場合に訴訟参加を認められるか否かが問題となったのである。憲法裁判所は法律上の婚姻関係の不存在を理由に、当該申立人に対する訴訟参加を認めなかった。

なおドイツ人弁護士オリバー・ケストラー(Oliver Köster)氏によれば、近年ドイツでは相続等の領域において、事実上の婚姻関係にある者に対して法律上の婚姻関係にある者と同等の権利が認められる。それはたとえ男性同士、女性同士の関係であっても同様である。以上のような事実から、訴訟参加権限が相続等によって単純承継されるものではないにしろ、今後死亡した訴訟参加権限が認められていた被害者と事実上の婚姻関係が認められる者について、訴訟参加が認められる可能性が無いとは言い切れない。以上に

について、二〇〇九年九月二九日広島大学大学院社会科学研究所にてヒアリングした。

- (54) OLG Frankfurt, NJW, 1979, S. 994.
- (55) ドイツ訴訟参加制度が担う機能の一つとして、検察官が行う訴訟活動の監視機能が認められている。例えば、Vgl. Werner Beulke, a. O. (Anm. 7), S. 357; Klaus Schroth, a. a. O. (Anm. 12), S. 123; Klaus Volk, a. a. O. (Anm. 7), S. 338.
- (56) ドイツ刑法一八五条から一八九条において規定される犯罪類型が問題となる。侮辱、名誉毀損、誹謗中傷、政治的活動に対する名誉毀損及び、誹謗中傷、死者に対する名誉毀損がこれに当たる。
- (57) ドイツ刑法二四四条は武器を用いた窃盗 (§244 Abs. 1 Nr. 1 StGB)、集団窃盗 (§244 Abs. 1 Nr. 2 StGB)、住居侵入窃盗 (§244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) において規定し、( ) には住居侵入窃盗のみが問題となる。
- (58) ドイツ刑法二四九条から二五五条、及び三二六条 a において規定される犯罪類型が問題となる。強盗、危険な手段を用い、かつ被害者の生命身体等に危険をもたらした強盗、強盗致死、事後強盗、恐喝、強盗事後恐喝 (Raubersche Erpressung) がこれに当たる。
- (59) ドイツ刑法三二六条 a は強盗 (Raub) (§249 StGB)、危険な手段を用い、かつ被害者の生命身体等に危険をもたらした強盗 (Schwerer Raub) (§250 StGB)、事後強盗 (Rauberscher Diebstahl) (§252 StGB)、強盗事後恐喝 (Raubersche Erpressung) (§255 StGB) を目的として自動車等の運転者及び同乗者に暴行、傷害を行った者に対する処罰を定める規定である。本条は交通の安全と財産保護をその目的とする。本条に言う「運転者及び同乗者」とは当該暴行、傷害行為が行われている際に自動車等を運転している者及び、その同乗者を言う。ドイツ刑法三二六条 a の解釈に関し、Vgl. Lackner/Kühl, a. a. O. (Anm. 49), S. 1382-1385.
- (60) Dirk Niedling, a. a. O. (Anm. 29), S. 111; Klaus Schroth, a. a. O. (Anm. 12), S. 134.
- (61) Klaus Schroth, a. a. O. (Anm. 12), S. 135.
- (62) Vgl. AG Hörter, NJW, 1990, S. 1126.
- (63) 山口和人は刑事訴訟法三九五条三項が対象とする犯罪類型について、二〇〇九年の第二次刑事訴訟における被害者の権利改正に関する法律の成立により、「全ての犯罪類型がその対象となった」としている(傍点筆者)。以上に関して、山口和人「海外法律情報」インターネット刑事手続における被害者等の権利を強化する法改正」ジュリスト No. 1390 九三頁参照 (二〇〇九)。
- (64) BayObLG, NJW, 1958, S. 1598.
- (65) 但し上記の場合において、訴訟参加人に対して独自の上訴期間は設定されず、検察官に認められる上訴期間の間に上訴しなかった

場合には、当該訴訟参加人に認められる上訴権も消滅すると解される。故に、他の訴訟当事者が上訴を取り下げた場合、訴訟参加人の意思とは関係なく当該訴訟は終了する。BGH bei Pfeiffer/Miebach, NSZ, 1984, S. 18.

(66) Klaus Schroth, a. a. O. (Ann. 12), S. 141.

(67) Klaus Schroth, a. a. O. (Ann. 12), S. 142.

(68) OLG Düsseldorf, NSZ-RR, 1994, S. 49.

(69) OLG Düsseldorf, MDR, 1986, S. 76.

(70) z. B. BGH, NSZ, 1996, S. 200, Fezer, NSZ, 1996, S. 300.

(71) OLG Hamm, NJW, 1971, S. 394.

(72) ドイツ刑事訴訟法三九二条は、私人訴追人が訴追を撤回した場合に、再度の訴追を認めない旨規定するものであるが、本条が訴訟参加制度において適用されることはない。

(73) ドイツでは、刑事訴訟における和解の一形態として刑事和解制度 (Täter-Opfer-Ausgleich) が存在する。ドイツ刑法四六条 a は刑事和解制度について規定するものである。本制度の主旨は、被告人と被害者が物質的、精神的に満足のいく和解が得られる場合に、もはや犯罪行為に対する国家の介入は必要ないとするものである。更にドイツ刑事訴訟法一五三条 a が、本制度の手続面での規定を定め、一定の場合に、被害者と被告人との同意に基づく刑事訴訟の打ち切りを認める。本制度は刑事手続の中に、「調停、仲裁 (Mediation)」と言う形式を導入したものと見える。但し、ドイツ刑法四六条 a 二項の規定によれば、本制度が対象とするのは、軽罪が問題となる事件に限られる。

(74) 公式陳謝 (declaratio honoris) : 公式陳謝とは他者を侮辱したこと、彼の名譽に関して誤った評価をしたことを認め、かつ正しい評価をする旨、口頭又は文書によって確約することである。

Vgl. Ehrenbreitsien-Ehrenerklaung, Meyers Konversations-Lexikon online-version, Homepageadresse : <http://www.retrobibliothek.de/retrobib/seite.html?id=104741>

(75) 以上のことが問題となるのは、単純傷害と過失傷害が問題となる事案においてである。ドイツ刑法二三〇条一項は、単純傷害、過失傷害の両犯罪類型について、原則的には被害者の告訴が行われた場合にのみ刑事訴追が行われる旨規定する。但し同条一項一文後段によれば、刑事訴追当局が両罪の訴追に関して、公共の利益の存在を認める場合には、刑事訴追当局が職権により刑事訴追を行う

- 旨規定されている。
- (76) 訴訟参加人が自らの権利を有効に行使するためには、民事訴訟法的意味での訴訟能力を備えている必要があるとされている。被害者自身に訴訟能力が認められない場合、訴訟参加人となる者の権利利益の確保、保護のため法定代理人 (gesetzlicher Vertreter) が被害者に代わり訴訟参加の申立てを行う。Vgl. Klaus Schroth, a. a. O. (Anm. 12), S. 141.
- (77) 但しドイツ刑事訴訟における大原則である客観義務に抵触する権利行使は許されないと解される。  
Vgl. Klaus Schroth a. a. O. (Anm. 12), S. 145ff.
- (78) 上記以外にも刑事訴訟において訴訟参加人には、裁判官の忌避権 (§24, 31 StPO) 及び、鑑定人の忌避権 (§74 StPO)、被告人、証人及び鑑定人に対する質問権 (§240 Abs. 2 S. 1 StPO)、公判廷における裁判長の訴訟指揮及び、他の訴訟当事者が行う質問に対する異議申立権 (§238 Abs. 2, §242 StPO)、証拠調べに対する意見陳述権 (§257 StPO) 及び、論告権 (§258 StPO)、等が認められる。
- (79) ドイツ刑事訴訟法五八条一項によれば、証人として召喚された者は、通常公判における在廷権を制限されることになる。これは各証人に対する尋問は一人ずつ個別に行われるのが原則であるとされるためで、各証人の尋問に際して、証人間で相互に予断を与えることを防止するという目的で行われる措置である。またドイツ刑事訴訟法二四三条二文によれば、証人は、公判が開始された直後に、訴訟における一般的規則、又はその進行等に関して説示を受けることになる。その直後に被告人尋問が行われるため、一旦公判廷から退廷することになる (§§58 Abs. 1, 243 Abs. 2 S. 2 StPO)。Vgl. Lutz Meyer-Grohner, a. a. O. (Anm. 25), S. 212-215, 948-955.
- (80) BGH, MDR, 1952, S. 352.
- (81) これと関連して、ドイツ刑事訴訟法三七八条は、公判廷において、私人訴追人が補助人としての弁護士を同席させることができる旨規定する。
- (82) Klaus Schroth, a. a. O. (Anm. 12), S. 149.
- (83) 訴訟参加を申立てる被害者のニーズは様々に特徴付けられる。例えば真実の解明に重点を置く被害者もいれば、被告人への応報的感情から訴訟参加をする被害者も多い。また損害賠償請求や、刑事和解などによって得られる賠償金の獲得を目指す者も多く、そのニーズは様々である。訴訟参加人の代理人たる被害者弁護士 (Opferanwalt) の責務は、以上掲げたような被害者の多様なニーズに 대응することが第一であるとされるため、その目的を達するために、依頼人たる被害者と人念な打ち合わせをし、訴訟戦略を構築することが不可欠であると思われる。Vgl. Klaus Schroth, a. a. O. (Anm. 12), S. 124-126.

- (84) 被害者弁護士を請求できる者は、特定の犯罪類型によって被害を受け、訴訟参加人としての地位を認められた者である。ドイツ刑事訴訟法三九七条によれば、被害者弁護士を請求できる者の範囲が拡大され、従来の対象者に加えて重傷害、強盗、ストーカー行為等の被害者で、当該犯罪行為により重大な被害を被った者にも被害者弁護士請求権が認められることとなった (§397a Abs. 1 Nr. 1-4)。
- (85) ドイツ刑事訴訟法二四四条一項によれば、証拠調べ請求は被告人尋問の後、公判において行われる。証拠調べとは特定の形式に則って公判廷に公判で、そこで争われる事実に関する資料を採用することであり、当然のことながら裁判所は証拠調べ請求により採用された証拠に基づき事実の解明に当たることになる。証拠調べ請求は職権又は、訴訟当事者により行われることになる。Vgl. Lutz Meyer-Grobner, a. O. (Ann. 25), S. 955-987.
- (86) Bernd Schumann, NSZ 1986, S. 193, 198.
- (87) Thomas Weigend, NJW 1987, S. 1170, 1175.
- (88) Dirk Niedling, a. O. (Ann. 29), S. 84.
- (89) Klaus Schroth, a. O. (Ann. 12), S. 151.
- (90) ヲリト言ウ上訴とは、主に控訴 (Berufung) / 上告 (Revision) / 抗告 (Beschwerde) を指す。
- (91) ヲリト言ウ裁判所が行う判断 (Entscheidung) とは、判決 (Urteil) / 決定 (Beschluss) / 命令 (Verfügung) を指す。
- (92) BGHSt 29, S. 216, 218.
- (93) BGHSt 37, S. 136.
- (94) ドイツ刑事訴訟法二九六条は上訴権限に関する規定であり、本条一項は上訴権限者を原則検察官及び、被告人であると定める。また検察官が被告人に有利な結果を目指して、上訴を行うことも許される (§296 Abs. 2 StPO)。
- (95) ドイツ刑事訴訟法三〇一条は検察官による上訴の効果について規定する。本条によれば、当該上訴が裁判所によって認められた場合、破棄された裁判所の判断に関して、上訴審において被告人にとって有利な変更がなされる場合がある。これは当該検察官上訴が、被告人に対して不利な結果をもたらすことを目指して行われた場合も同様である。
- (96) Vgl. Lutz Meyer-Grobner, a. O. (Ann. 25), S. 1180.  
上訴を行うための一般的要件は以下の通りである。

許容性 (Stattbarkeit)・上訴権限 (Rechtsmittelbefugnis)・刑事訴訟上の訴訟能力 (Prozesshandlungsfähigkeit)・形式 (Form)・上訴期限 (Frist) 以上、上訴の一般要件に関して、Vgl. Klaus Volk, a. O. (Anm. 7), S. 297ff.

(97) 法的効果の宣告は、裁判所が出す判決本文を構成する要素の一つであるとされ、自由刑 (§§38ff. StGB)・罰金刑 (§§40ff. StGB)・財産刑 (§§3a. StGB)・付加刑 (§§4. StGB) 等がこれに当たる。

以上のように法的効果の宣告は、判決を執行する上での根拠となるものである。故に、法的効果の変更に關して、訴訟参加人の上訴権が制限されると言うことは、実質的に、訴訟参加人の判決を不服とする上訴権は、下級審裁判所で、被告人無罪の判決が下された場合に、被告人の有罪を求めて行うものに限定されることを意味する。

(98) 一九八六年当時立法者は、ドイツ刑事訴訟法四〇〇条の規定を制定する際に以下のことを根拠とした。つまり、被害者は自らが侵害され、かつ訴訟参加を根拠付ける犯罪に対してのみ、訴訟参加人として、有罪を求める第一義的な合法的利益を有するのであって、それ以上の刑罰を被告人に対して求める合法的利益は存在しないとしたのである。

(99) Dirk Fabricius, *NSIZ*, 1994, S. 257, 261.

(100) Klaus Schroth, a. O. (Anm. 12), S. 157.

### 三、若干の考察——日本法との比較を通じて——

ドイツ、わが国において、一定の犯罪による被害者が刑事訴訟へ参加することが許されており、その制度趣旨は被害者保護及び、その権利向上にあるとされている。しかしながら両者の間には、制度内容に関する差異はもちろんであるが、制度目的に関する質的差異が認められるように思われる。例えばドイツにおいては、刑事訴訟法三九五条一項に列挙される違法行為による被害者は原則として刑事訴訟への参加が認められるのであるが、わが刑事訴訟法三二六条三三は、その一項の列挙する犯罪類型による被害者の刑事訴訟への参加について、裁判所がその可否を判断する

として<sup>(10)</sup>いる。しかもその判断に際して、各被害者の保護必要性よりも裁判所が重視するのは刑事訴訟の適正な進行や、被告人の権利保護であるように思われる<sup>(11)</sup>。ドイツにおいても、刑事訴訟法三九五条三項の列挙する違法行為類型による被害者について訴訟参加が認められるのは、裁判所がそこに特別な理由を認めた場合に限られるのであるが、既述のようにその判断に際してもっとも重視されるのは、発生した侵害の程度であり、重大な侵害が発生した際には基本的に当該被害者の訴訟参加が認められることとなる。

また、わが国における被害者参加人制度が対象とするのは、故意の犯罪行為により人を死傷させた罪、強制わいせつの罪、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、人の身体に重大な結果を生ぜしめる虞のある罪の被害者に限定されているのであるが、ドイツにおける訴訟参加制度においては、謀殺、故殺罪及び、他の致死結果を伴う結果的加重犯類型等、重大な結果を伴う違法行為類型をはじめ、近年刑法構成要件化されたストーカー行為や、強制結婚、また各特別法に規定された経済規定に対する罪の違反による被害者等、幅広い範囲で刑事訴訟への参加を認めるのである。

以上に関してドイツにおいては一八七七年の訴訟参加制度発足以後、その対象は私人訴追と同一、つまり私的領域に関わるものに限定してきたのであるが、その後被害者の権利強化の要請によって一九八六年の被害者保護法成立以後その対象範囲を重大犯罪にまで拡大した経緯がある。それとは対照的に、わが国における被害者参加人制度についてはその発足当初より人の身体に重大な結果を生ぜしめる虞のある罪に限定して規定されていることから、そこに被害者参加人制度と、ドイツにおける訴訟参加制度が目的とするものとの差異を見いだすことができるかもしれない。

ドイツにおいては、二〇〇七年のストーカー行為の刑法構成要件化のための立法が成立したことから推察できるように、今後私的領域で起こる犯罪について国家介入が促進することが予想される。以上のような私的領域に関わる

犯罪の刑事訴追についての、私人による監視及び、調整等の役割が今後訴訟参加制度に求められるのであれば、わが国においてもストーリーカー行為や、ドメスティックバイオレンスに対する国家刑罰権の行使の必要性が求められる昨今の国内情勢に鑑みて、被害者参加人制度の対象が、ストーリーカー行為や、他の犯罪領域に拡大していく必要があるかを議論する必要性が生じよう。更に、ドイツにおける訴訟参加制度を利用する被害者のニーズについては、真実解明を求め、訴訟において賠償を求める者、訴訟外で賠償を求める者等、様々に特徴付けられており、被害者と加害者が一定の合意に達した場合、軽罪が対象となる訴訟の打ち切り制度によって刑事司法がそれ以上の介入を行わないことがあるなど柔軟な対応がなされている。以上に関して、わが国においては被害者参加人制度の対象犯罪拡大の問題と合わせて、刑事裁判の形態を変化させていく必要があるのか否かについても議論を要すように思われる。

また従来わが国において、刑事訴訟における被害者について語られるとき、それはあくまでも日本人の被害者に限定されてきた感があるが、ドイツにおいては二〇〇九年成立の第二次刑事訴訟における被害者の権利改正に関する法律によって、強制結婚の罪についても訴訟参加の対象とすることを決定した。強制結婚の罪に関する規定は、ドイツ系住民を主な保護対象とするものではなく、主に移民系住民の保護が目的とされた立法であり、ドイツの被害者保護政策が移民系住民に対しても向けられたものとなっている証左と言えよう。わが国においても近年言われるグローバル化の流れの中で、外国人住民の更なる増加が予想され、外国人が主体、若しくは客体となる犯罪の増加が予想される。この問題に対して、わが国の刑事司法がどのような姿勢を示すのかについてこのようなドイツにおける立法は何かの指針となり得よう。

また被害者遺族に関する規定について、ドイツにおいては明文においてその定義がなされ、死亡した被害者の、両親、子、兄弟姉妹、配偶者はもちろんのこと、事実上の共同生活者についても訴訟参加を認めるものである。但し<sup>(四)</sup>下

イツ刑法法二二二一条が定めるけんか等の参加者に対する罰則を定める規定に該当する行為によって死亡した被害者の遺族には、訴訟参加は認められないこととされており、この問題については、わが刑法二〇七条を根拠として、致死傷結果を生じさせたと判断され得る行為が扱われる事例において同様の問題を生じさせよう。つまり同時傷害の特例は、同時犯でも共犯として取り扱うということになっているので、同時傷害であれば、当然刑法三一六条の三三第一項一号によって対象犯罪になるのである。具体的には、同時暴行が問題とされる場合が考えられるが、共犯が成立するとして傷害罪の構成要件該当性を認めることになるのであるから、本当は暴行したに過ぎないかもしれない被告人に対する被害者参加も認められるものと解される。被害者参加の対象犯罪は全て参加時点では証明されていないのであるから、検察官が傷害の訴因を証明しようとする以上、上記の法理が妥当することになる。この点、無罪推定法理との関係で議論の余地があるように思う。ドイツ刑事訴訟法三九五条は、被害者が直接に本条において列挙される違法行為によって侵害された者であることを要求しており、ドイツ刑法二二二一条における被害者、被害者遺族は、ドイツ刑事訴訟法三九五条の言う被害者ではない可能性が残ることから、訴訟参加が認められないことになるのである。以上のドイツにおける実務上の解釈は、無罪推定原則との抵触を避ける措置であると考えられ、今後わが国における類似の事例の取り扱いについてどのように裁判所が判断するのかについては、慎重に議論する必要がある。また仮にわが国の刑事訴訟において、以上のような被害者について、被害者参加人として刑事訴訟への参加が認められた場合にも、訴訟法上は被告人の側において、致傷結果に寄与していないことの証明があれば、刑事訴訟法三一六条の三第三項に基づいて直ちに決定を取り消すことになろう。

以上と関連して、被害者による刑事訴訟への参加と、無罪推定原則との関係で問題となるのは、一体何をもって「被害者」を観念するのかということである。以上の問題は、全ての犯罪類型について問題となることであるが、特

に例えば、一対一のけんかや単純傷害、自動車事故等の事例において、未だに因果関係の証明や過失割合の算定等が終了していない場合においても、一方の当事者を「被害者」として刑事手続きに参加させることは、そのことをもってして被害者、加害者の関係を決定してしまうことにもなりかねないのである。<sup>106)</sup>

また検察官との関係について、訴訟参加制度においては、被害者は公訴の提起に関して検察官の付随的存在として位置付けられるのであるが、公判開始後、訴訟参加人は上訴権を含む自らの権利行使等について、検察官の意思とは独立して意思決定を行うことができるとされる。対照的にわが国の被害者参加人制度において被害者は、手続参加の申込みを検察官に対して行う必要があり、公判においても自らの権利行使に際して、事前に検察官にその旨を申出て許可を得る必要がある。ドイツにおいては、訴訟参加制度の目的の一つとして、検察官の公正な訴訟活動の担保を挙げることができ、わが国の被害者参加人制度については、そのような機能を認めることは難しいであろう。この点についても、今後被害者参加人の主体的権利を認めるか否かと併せて更なる検討を要するものと思われる。またわが国において、刑事訴訟における当事者構造を採用する関係上、通常検察官は当然に訴追した被告人を有罪に導くよう訴訟活動を行うものと考えられるが、被害者が被告人の無罪を求めて刑事訴訟への参加を申し出た場合、これをどのように取り扱うのかについて議論を要するように思われる。<sup>107)</sup>

(101) ドイツ刑事訴訟法三九五条一項がその対象とする事例において、訴訟参加の可否に関する裁判所の決定は宣言的な意味を有するのみであるとされる。故に以上の場合において、訴訟参加人の刑事訴訟における法的地位は、裁判所の決定を待たずとも、被害者による訴訟参加の申立てが裁判所に対してされた時点で成立することになる。Vgl. BGH, MSZ, 1996, S. 149.

(102) 滝沢誠「刑事訴訟における犯罪被害者等の権利利益について(一)」法学新報一一五巻第三・四号八三頁(二〇〇八)。

(103) わが国の被害者参加人制度は、事実上の共同生活者であった者を、刑事訴訟法三二六条三三の言う「被害者等」に含めない。以上に関して、親家和仁「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」について「警察学論集第六〇巻第一〇号一一二頁参照(二〇〇八)。

(104) 傷害行為が問題となる事例において、双方が有罪となることも珍しくないことを理由に、傷害罪を訴訟参加制度の対象から除外すべきであると言う主張もなされる。Vgl. Dirk Niedling, a. O. (Ann. 29), S. 64.

(105) 以上に関して興味深い事例が存在する。

**Monika Weimar 事件 (1988)**

本件事案において、二人の児童が殺害され、捜査段階においてはその両親に犯罪の嫌疑が向けられたのであるが、結局はその母親 Monika Weimar のみが謀殺罪の嫌疑で公訴を提起された。同時に被害者の父親、つまり Monika Weimar の夫が訴訟参加人としての訴訟への参加を地方裁判所に申立て、認められた。本件事案において問題となるのは、当該訴訟参加人について、犯罪の嫌疑が全くないと言いきれない者に対して、訴訟参加人たる権限が認められるかということにある。また Monika Weimar の夫は、訴訟において訴訟参加人たる権限に基づいて、Monika Weimar を犯罪事実に関して激しく追及し、彼女が有罪判決を受けるよう非常に積極的な訴訟活動を行い、結局 Monika Weimar には謀殺罪を理由とする有罪判決が下された。以上のように訴訟参加人自身にも、当該訴訟参加人についての嫌疑が認められる可能性がある場合に、自らの罪を回避しようとして訴訟参加人としての訴訟活動を行う者を、攻撃的な訴訟参加人 (angreifender Nebenkläger) と呼ぶことがある。Vgl. Karsten Altenhein, a. O. (Ann. 10), S. 791.

本件事案において、Monika Weimar は Fulda 地方裁判所で、謀殺罪を理由に有罪判決を受け、後に連邦通常裁判所において有罪判決が確定している (BGHSt 36, S. 119)。ただ後に本件に関して再審が行われ、Monika Weimar には無罪判決が下されている (OLG Frankfurt, StV, 1996, S. 138)。

本件事案において、Monika Weimar に対して有罪判決が下された理由の一つとして、訴訟参加人の訴訟活動が挙げられることは疑いない事実である。ましてや、本件事案において訴訟参加人たる地位を認められたのは、被告人の夫であり、捜査段階では彼にも、犯罪の嫌疑が及んでいたのである。

(106) 以上に関して興味深い事例が存在する。

Satvan Eid 事件 (Vgl. OLG Schleswig, NSZ-RR, 1996, S. 270.)

本件事案は、Lübeck にある収容保護施設に対して行われた放火が問題となったものである。当該放火によって起こった火災で一〇名が死亡、三八名が重度の火傷をおった。捜査の結果、検察官は本施設の住人のレバノン人 Satvan Eid を放火の嫌疑を理由に起訴した。同時に数人の同保護収容施設の住人が、共同して訴訟参加の申立てをし、Lübeck 地方裁判所はこれを認めた。本件事案において、訴訟参加人は被告人 Satvan Eid の無罪を確信しており、公判において訴訟参加人は被告人の無罪を求めて訴訟活動を行った。結果 Lübeck 地方裁判所は Satvan Eid に無罪判決を下している。しかし後になって連邦通常裁判所はこの無罪判決を破棄、Kiwi 地方裁判所における差戻審理を命じた。また当該差戻審において被害者ら再度訴訟参加の申立てをしたものであるが、Kiwi 地方裁判所は被害者が被告人の無罪を求めて刑事訴訟に訴訟参加することはできないとする判断をし、被害者の訴訟参加の申立てを認めなかった。この Kiwi 地方裁判所の決定に対し、訴訟参加人らは Schleswig 上級地方裁判所に一般抗告の申立てをしたが、この訴訟参加人らの一般抗告には法的根拠がないとして棄却されている。前述 Monika Weimar 事件におけるのとは逆に、被害者が訴訟参加人として、被告人の無罪を求める場合に、当該訴訟参加人は防御的訴訟参加人 (verteidigender Nebenkläger) と呼ばれることがある。しかし既述のように判例はこれを認めない。但し学説においては防御的訴訟参加人を認めるものも存在する。防御的訴訟参加人を認める見解として、Vgl. Karsten Allenhein, a. a. O. (Ann. 10), S. 797ff.

#### 四．おわりに

以上簡単にはあるが、ドイツにおける訴訟参加の制度について整理し、若干の考察を加えた。

ドイツにおける訴訟参加の制度は、一九八六年の被害者保護法の成立以後、被害者に刑事訴訟における主体的な立場を認めるものとして、諸立法による改正を経て今日まで運用されてきた。ドイツにおける被害者の権利は訴訟参加制度をその中核として、強化され続ける流れにあるように思われる。わが国においても二〇〇八年二月一日より、被害者参加人制度の運用が開始され、刑事訴訟における被害者の参加が開始されたのはあるが、そこで認められる被害者の立場は、刑事訴訟の目的や、被告人の権利を疎外しない程度に認められているものに過ぎない。

以上のように言うと、わが国においてもドイツや他の欧米諸国におけると同様に、被害者の権利を強化すれば良いように捉えられるかもしれないが、ことはそう単純に運ばないように思われる。ドイツにおいても、本稿に挙げたような被害者の刑事訴訟への参加による冤罪事件の発生等様々な問題が生じているのである。

更に今後問題となるであろう、裁判員と被害者参加人との刑事訴訟における関係等について、本稿では取り扱うことができないまま終わってしまった。以上について、本稿において指摘した諸問題に関する更なる検討と合わせて今後の課題にしたい。