

刑事訴訟における被害者概念について

—ドイツにおける被害者概念に関する議論を素材として—

水 野 陽 一

1. はじめに
2. ドイツ刑事訴訟における被害者概念に関する議論
 - (1) 起訴強制手続 (Klageerzwingungsverfahren) における被害者概念
 - (2) 私人訴追制度 (Privatklage) における被害者概念
 - (3) 訴訟参加制度 (Nebenklage) における被害者概念
 - (4) 附帯私訴手続 (Adhäsionsverfahren) における被害者概念
 - (5) 小括
3. 日本法への示唆
4. おわりに

1. はじめに

一般的に「被害者」という語が用いられる場合、それは実際に被害を受けた者を指すことが前提とされているように思われる。しかしながら、我々が刑事訴訟において被害者を問題にする場合、「被害者」という語はあくまでも被害を受けた可能性のある者を指すのであって、彼らは推定的被害者と言われるべき存在であることに注意しなければならない⁽¹⁾。無罪推定の原則は、今日刑事訴訟における鉄則とされており⁽²⁾、被害者の地位も刑事訴訟の終結まで推定的な者にとどまることになるのである⁽³⁾。更に言えば、彼らは刑事

(1) ドイツ刑事訴訟において、被告人の法的地位が基礎付けられるのに、一定程度の犯罪の嫌疑が求められるのと同様、被害者の法的地位が基礎付けられる為には、特定の条件が満たされなければならないとされる。以上の意味で刑事訴訟における被害者は、推定的な存在とされるのである。Vgl. Petra Velten, SK-Kommentar Vor§§ 374-406h, S.1. また他の法領域において被害者として問題とされている者についても、刑事訴訟においてはその被害者性 (Verletzeneigenschaft) について否定される場合がある。

175— 刑事訴訟における被害者概念について—ドイツにおける被害者概念に関する議論を素材として（水野）
訴訟において、自らが被害者であると主張する者であるとされなければならない。

我が国において、これまで刑事訴訟における被害者概念に関する議論はあまりされてこなかったように思われる。なぜなら、従来刑事訴訟、とりわけ公判において被害者は、あくまでも証拠としてその重要性が認識されていたにとどまっており、独立の訴訟参加者としての地位が認められるものではなかったため、特別な問題が生じなかったからである。しかしながら、2008年被害者参加制度の運用が開始され、我が国の刑事訴訟においても被害者に訴訟参加者としての地位が認められることになった。

前述の通り、刑事訴訟における被害者は、あくまでもその存在を推定的なものとして認めなければならないが、それでは何故、推定的存在であるはずの被害者に、刑事訴訟への参加が認められる場合があるのだろうか。また、どのような条件の下で被害者は刑事訴訟への参加を認められるのであろうか。

以上の問題に関して本稿においては、ドイツにおける被害者概念に関する議論を参考にし、そこに存する問題について検討を進めていく。ドイツにおいても、1986年の被害者保護法（Opferschutzgesetz）制定まで、刑事訴訟における被害者の法的地位は決して高いものとは言えなかったが、1877年の帝国刑事訴訟法制定以来、被害者が刑事訴訟において主体的な地位を認められる場面が複数存在し⁽⁴⁾、それ故に刑事訴訟における被害者概念に関する議論は充実したものとなっている。

(2) 田口守一『刑事訴訟法〔第5版〕』333頁（成文堂、2009年）参照。

(3) ドイツにおいて実務、とりわけ弁護側から以下のような批判がなされる。それは、刑事訴訟においていわゆる被害推定（Verletztenvermutung）がなされているから、自らを被害者と主張するものが刑事訴訟に参加できることが認められるのではないかというものである。以上に関して、Vgl. Johannes Latz, Kritik der Nebenklage, S. 26., [http:// www.strafverteidigervereinigungen.org / Material / Themen / Opferrechte / Latz % 20END.pdf](http://www.strafverteidigervereinigungen.org / Material / Themen / Opferrechte / Latz % 20END.pdf).

2. ドイツ刑事訴訟における 被害者概念に関する議論

2001 年 3 月 15 日に採択された刑事訴訟における被害者の地位に関するヨーロッパ決議 (Rahmenbeschluss des Rates vom 15.03.2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren) の 1 条 a は、被害者概念について規定する。本条において被害者とは、「加盟国の刑法規範に違反する作為及び不作為によって直接に惹起された身体、精神的被害及び、精神的苦痛または経済的損失等を含む被害を被った自然人である」とされる。

上記のようにヨーロッパ決議において被害者概念に関する規定が定められたにも関わらず、ドイツ刑事訴訟において、現在立法及び判例における統一的被害者概念は存在しない⁽⁵⁾。また、ドイツにおいて立法者は、被害者保護法立法の際に、被害者概念は各関連制度においてその目的や機能に応じた被害者概念の定義がなされるべきであるとさえ明示した⁽⁶⁾。ドイツ刑事訴訟において、被害者が主体的権利を与えられる制度は複数存在し、それぞれの制度趣旨は必ずしも一致しない場合がある。故に立法者は、統一的被害者概念の明文による規定を避け、それぞれの制度目的や機能に応じた被害者概念の構築を図る方が有益であると考えたのである⁽⁷⁾。

以下では主に、起訴強制手続、私人訴追制度、訴訟参加制度、附帯私訴手続において問題とされる被害者概念について考察を進めていく。

(4) 現在とはその内容、制度目的が部分的に異なるものの 1877 年当時、起訴強制手続 (§ 170 RStPO)、私人訴追制度 (§ 414 RStPO)、訴訟参加制度 (§ 435 RStPO) は既にその運用が開始されていた。

Vgl. G.Thilo, Die Strafprozeß-Ordnung für das deutsche Reich vom 1. Februar 1877, 1878, S.181ff., 470ff., 486ff.

(5) Vgl. Hans Hilger, LR-Kommentar zur Strafprozessordnung §§ 152-212b, 2009, S.923.

(6) Vgl. BT-Drs. 10/5305, S.16.

(1). 起訴強制手続 (Klageerzwingungsverfahren) における被害者概念

① 制度概要及び目的

検察官が公訴提起に支障がある、つまり被告人が当該犯罪を実行したことについての十分な嫌疑 (hinreichender Tatverdacht) が無いと判断し、捜査手続を打ち切った場合 (§ 170 Abs.2 StPO)、被害者は上級地方裁判所に対して起訴強制手続の申立てをすることができる (§ 172 StPO)。本制度は、被害者主導による起訴法定主義の担保制度として理解される。但し当該犯罪行為が私人訴追の対象となる場合や、犯罪の軽微性故に手続が打ち切られた事件 (§ 153 StPO) 等に関して起訴強制手続の申立てをすることができない⁽⁸⁾。起訴強制手続の申立てが受理された場合裁判所は、検察官に捜査手続の再開を命じ検察官は公訴を提起することとなる。

第一に本制度は、起訴法定主義の遵守を担保するものとされ、被害者の保護はそれに準ずるものとされる⁽⁹⁾。言い換えれば本制度が優先して保護すべき対象は、被害者の応報感情や被害回復という個人的利益ではなく、むしろ国家訴追権という公的利益ということになる。

② 被害者概念

起訴強制手続の申立人は、「被害者」(Verletzte) でなければならないとされるが (§ 172 Abs.1 S.1 StPO)、その被害者性 (Verletzteneigenschaft) が認められる範囲に関して、法は何らの規定を設けていない。これは本条において規定される起訴強制手続の目的が、起訴法定主義を担保するものであり、その為には広い範囲でその申立人たる被害者としての適格が認められなけれ

(7) Vgl. BT-Drs. 10/5305, S.16.; OLG Koblenz, StV, 1988,S.433.

(8) Vgl. Werner Beulke, Strafprozessrecht, 2010, S.225.

(9) Vgl. Klaus Roxin, Strafverfahrensrecht, 2009, S.299.; Klaus Volk,Grundkurs StPO, 2008, S.110.; Werner Beulke, a. a. O. (Anm. 8), S. 224.

ばならないとの考えから、あえてその対象とする犯罪カテゴリーの明示を避けているからである⁽¹⁰⁾。故に本条における被害者概念は、他の法領域におけるそれと比して比較的広く認められることになる。これは、国家訴追権及び起訴法定主義の包括的保護は、限定されすぎない範囲での監視制度があってはじめて実現されるとの考えに由来するものである⁽¹¹⁾。

ただし、起訴強制手続における被害者概念に関していくつかの決疑論的判例は存在し、被害者とは、「当該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 (unmittelbar) 侵害された者である」とされる⁽¹²⁾。しかしながらここでいう直接性 (Ummittelbarkeit) の内容については、ほとんど明確な記述がされておらず、個別事例における検討がなされているだけである。いずれにせよはっきりしているのは、起訴強制手続の申立人は、他の国民と比して被告人の訴追及び処罰に関して特別に強調された利益を有していなければならない、ということである。また、申立人に認められる被害者性の限定を通じて、起訴強制手続を手段とした民衆訴訟 (Popularklage) が行われることを防止しようとする立法者意思も十分に考慮されなければならない⁽¹³⁾。支配的見解によれば、起訴強制手続における被害者性の限定に、「規範の保護範囲論」(Schutzbereich der Norm)⁽¹⁴⁾ が用いられる⁽¹⁵⁾。この見解に従えば、刑罰規範が当該制度において侵害客体の権利・利益を保護する場合に限って、被害者性が認められることになる⁽¹⁶⁾。また規範の保護範囲論によれば、当該事件における共犯者とされるものには被害者性は認められないこととなる。ドイツ刑事訴訟法 172 条は、同一事件において共犯者とされるものにつ

(10) Vgl. Hans Hilger, a. a. O. (Anm.5), S. 921.

(11) Vgl. Dirk Niedling, Strafprozessualer Opferschutz am Beispiel bei der Nebenklage, 2005, S.57.

(12) z. B. OLG Braunschweig, MDR, 1971, S.1028.; OLG Bremen, NSTZ, 1989, S.39.; OLG Koblenz, NSTZ, 1998, S.40.

(13) Vgl. Klaus Schroth, Die Rechte des Opfers im Strafverfahren, 2005, S.91.

- (14) 規範の保護範囲論は、もともとロクシンによって客観的帰属の範囲を限定する理論として発展されたものである。ロクシンは注意規範の保護目的の帰属阻却と構成要件の保護目的による帰属判断とを区別する。前者は許された危険を限界付ける注意規範の保護目的を問題とし、後者においては侵害された構成要件規範の保護目的が問題となる。Vgl. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2005, S.390ff.

本稿ではとりわけ被害者性が認められる人的範囲確定の際に、問題とされる侵害が、各制度が対象とする刑罰規範の保護範囲にある法益に向けられたものかということが問題となる。故に本稿が規範の保護範囲論を問題とする際に重要となるのは、構成要件規範の保護範囲論である。規範の保護範囲論に関するロクシンの見解について、安達光治「客観的帰属論の理論とその課題 (3)」立命館法学第1号33頁以下(2000年)参照。また以上に関して、小池信太郎「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」慶應法学第7巻19頁以下(2007年)、からも示唆を得た。

- (15) Vgl. Hans Hilger, *GA*, 2007, S.288.

- (16) BGHSt 18, S.283, 284. 例えば、以下の者及び機関に被害者性が肯定される。

- ・ 故殺罪・謀殺罪・傷害致死罪によって被害者が死亡した場合の、配偶者・両親・社会生活上のパートナー・子・兄弟姉妹。
- ・ 窃盗罪における占有者。
- ・ 詐欺罪において実際に財物交付を行い、財産的損害を被った者。
- ・ 固有の利益を侵害された官庁及び宗教団体。
- ・ ドイツ刑法 170 条 b の意味における扶養義務違反が行われた事例で、犯人に代わり扶養を行った者。

例えば、以下の者及び機関は被害者性を否定される。

- ・ 教唆者及び他の共犯者。
- ・ 当該侵害法益を保護する役割を負う官庁。例えば、滞在法違反が行われた場合の外国人局、自然保護法に抵触する行為が行われた場合の自然保護局等。
- ・ 動物虐待が行われた場合の飼い主。
- ・ ドイツ刑法 315 条 c の意味における交通上の危険な行為によって具体的危険にさらされた者。
- ・ 株式会社の株主。
- ・ 有限会社の社員。

以上に関して、Vgl. Graf/Ferber, *Kommentar zur Strafprozessordnung*, 2010, S.753,754.; Lutz Meyer-Großner, *Der Kommentar zur Strafprozessordnung*, 2007, S.754.

いて被害者性を認めることはないのである⁽¹⁷⁾。

また応報利益 (Vergeltungsinteresse) 及び被害者の満足利益⁽¹⁸⁾ (Genugtuungsinteresse) が存在するかということも、被害者性確定の基準として用いられる。これは、問題とされる可罰的行為によって自らの権利・利益が侵害された者には、応報必要性によって基礎付けられた刑罰請求権が当然に認められるとし、故に彼を被害者として認識しようとするものである。これは起訴法定主義が妥当するドイツ刑事訴訟において、検察官が当該行為に対して公訴を提起しなかったとしても、被害者は、当該行為に刑罰が科されるように要求することができるという考えに由来するものである⁽¹⁹⁾。この基準に従えば、規範の保護範囲論によって基礎付けられたものよりも、被害者性が認められる人的範囲が広がる可能性がある。しかしながら、この基準に従った場合にも、どのようにして応報必要性を根拠づけるかという場面で、最終的には規範の保護範囲の理論が用いられることになり、結果として被害者性が認められる人的範囲が拡張することはあまりないとされる⁽²⁰⁾。

ドイツ刑事訴訟法 172 条における被害者は、告訴権者 (§ 77 StGB) であり、訴訟参加権限をも認められることになる (§ 395 Abs.2 Nr.2 StPO)⁽²¹⁾。また、

(17) OLG Hamburg, NJW, 1980, S.848.

(18) 犯罪行為によって侵害された被害者には、満足利益が認められる。被害者は、犯罪行為によって自らの身体・精神等を侵害されたが故に、通常犯罪行為の主体、即ち犯人に対して激しい処罰感情を抱くことが多い。ここでいう満足とは、処罰感情の緩和を意味する。犯人に対する適正な刑罰の執行は、被害者の処罰感情の緩和に資するものであるため、被害者は、自らの被った侵害の原因である犯罪行為に対する刑罰請求権を有することになる。以上をまとめると、満足利益とは、「自らが被った侵害の原因である犯罪行為に対して刑罰請求をすることに関する利益」ということになる。Vgl. Jurgen Niemezer, Genugtuung des Verletzten durch Buße, 1972. S.39ff.

(19) Vgl. Eberhard Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung, 1964, S.216ff.

(20) Frisch の見解によれば、保護されるべき法益が直接に侵害された全ての者は、疑いなく各構成要件の保護範囲の対象であり、彼らには原則満足利益が認められるとされる。Vgl. Wolfgang Frisch, JZ, 1974, S.10.

ドイツ刑事訴訟法 406 条 d 以下における被害者概念についても、起訴強制手続における被害者概念に関連付けて論ぜられる場合がある。ドイツ刑事訴訟法 406 条 d 以下の規定は、被害者の刑事訴訟における一般的権利の保障⁽²²⁾を目的とするのであるから、その目的を達するためには、そこで認められる被害者概念も起訴強制手続におけるものと同様に広く理解されるべきとされる⁽²³⁾。

なお、起訴強制手続が起訴法定主義を担保する制度である以上、裁判所にその申立が受理されるためには、被疑者に当該事件における犯罪行為を実行したことについての十分な嫌疑が認められなければならない。従って、被疑者がここで問題とされる行為を実行したことについてどれ程の嫌疑が認められるかということも、起訴強制手続の申立が認められるかという判断に際して重要な要素となる⁽²⁴⁾。

(21) このことから起訴強制手続における被害者概念は、訴訟参加制度においても大きな意味を持つことになる。詳細は後述する。

(22) ドイツ刑事訴訟法 406 条 d 以下は、被害者の刑事訴訟における一般的権利を保障するものである。ここで認められる権利は多岐にわたり、被害者には、事件の処分結果等の通知を受ける権利 (§ 406d StPO)、裁判書類を閲覧する権利 (§ 406e StPO)、弁護士依頼権 (§ 406f StPO)、訴訟参加権限を認められるが、訴訟参加の申立をしていない者に認められる在廷権 (§ 406g StPO) や、自らに認められる権利の存在について通知される権利 (§ 406h StPO) も保障される。ここで挙げたような被害者に認められる広範な権利を保障するためには、刑事訴訟における被害者概念は統一的なものというよりむしろ各制度に応じた柔軟なものである必要があり、立法者は統一的な被害者概念を定めず、司法による解釈の余地を残したものであると考えられる。

(23) Vgl. OLG, Koblenz, StV, 1988, S.332. 但しこれについては異論も提示される。即ち起訴強制手続の保護する対象は起訴法定主義の担保という公的利益であるが、ドイツ刑事訴訟法 406 条以下の規定が保護するのは被害者の権利という私人の利益であるから、後者における被害者概念は前者におけるそれと比べ狭く理解されるべきであるとす。Vgl. Riedel/Wallau, NStZ, 2003, S.393ff. この見解に従えば、刑事訴訟において優先して保護されるべきは国家訴追権、刑罰権等の公的利益であり、私人の利益はそれを妨げない範囲で認められるものということになろう。

(2). 私人訴追制度 (Privatklage) における被害者概念

① 制度概要及び目的

特定の軽微犯罪に関して、被害者による私人訴追が認められる場合がある (§ 374 StPO)⁽²⁵⁾。私人訴追制度は、公訴に基づく手続 (Offizialverfahren) と同様に被疑者に対して刑事訴追を行ない、刑事罰を科すことを目的とするものではあるが、公訴によって処理される手続とは異なり、「当事者手続」(Parteiverfahren) としての性格をあわせ持つものである。故に私人訴追制度は、国家訴追主義の例外として位置づけられ、訴追者たる被害者には、広範な裁量が認められる⁽²⁶⁾。私人訴追人たる権限が認められる者であっても、必ずしも訴追を行わなければならないわけではなく、また、仮に被告人を訴追する場合であっても、私人訴追人に客観義務は課せられない⁽²⁷⁾。そればかりか私人訴追人は、既に提起した訴訟を公判開始後であっても取り下げることができ、この点も通常の手続とは異なる。このような私人に対して認められた訴訟対象の処分権は、和解によって手続を終結させる可能性を当事者に承認したものであるといえよう⁽²⁸⁾。

上述したように私人訴追制度において、第一に保護されるべきは被害者個人の利益であり、この点起訴法定主義の担保を目的とした起訴強制手続とは

(24) 周知の通りドイツ刑事訴訟法 152 条は、被疑者が犯行を犯したことに關して十分な嫌疑が認められる場合に検察官が公訴提起の義務を負う旨規定する。それ故、起訴強制手続において裁判所が検察官に公訴提起を命ずるための要件として、十分な嫌疑が要求されるのである。

(25) 私人訴追の対象犯罪は、住居侵入罪 (§ 153 StGB)、侮辱罪 (§ 185-189 StGB)、信書開封罪 (§ 202 StGB)、傷害罪 (§ 223, 229 StGB) ストーカー行為 (§ 238 Abs.1 StGB)、脅迫罪 (§ 241 StGB)、器物損壊罪 (§ 303 StGB)、不正競争防止法違反 (§§ 16-19 UWG) 等である。

(26) Vgl. Petra Velten, SK-StPO, § 374, S.4.

(27) Vgl. Klaus Roxin, a. a. O. (Anm.9), S.469.

167- 刑事訴訟における被害者概念についてドイツにおける被害者概念に関する議論を素材として（水野）対照的である。但し私人訴追制度において、無条件に被害者が検察官に代わり刑事訴追を行えるのではなく、被告人の訴追に関して公益（*öffentliches Interesse*）の存在が認められた場合には、検察官が訴訟を引き継ぐことになる（§ 376 StPO）⁽²⁹⁾。

②被害者概念

私人訴追制度において被害者とは、「刑法規範によって保護された権利利益を構成要件に該当する行為によって直接に侵害された者をいう」とされる。犯罪構成要件の実現に際して要求されるのと同様に、当該侵害行為によって被害者の権利利益が侵害されたことが要求される⁽³⁰⁾。

私人訴追制度において、被害者が検察官に代わり被告人を訴追できるのではあるが、私人訴追は民衆訴追ではない⁽³¹⁾。故に、私人訴追において被害者性が肯定されるためには、法的に認められた刑事訴追を求めることに関する利益が必要とされる⁽³²⁾。ここでいう法的に認められた刑事訴追を求めることに関する利益は、当該法益が侵害行為から刑法規範により保護されるべき場合においてのみ存在する⁽³³⁾。更に、構成要件が実現された場合、即ち法益侵害結果が生じた場合においてのみ被害者が生まれるという訳ではなく、侵害

(28) 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108巻1号84頁（1992年）。

(29) 以上私人訴追における公益概念について検討したものとして、上田信太郎「ドイツ私人訴追における公益概念」香川法学第14巻第2号207頁以下（1994年）参照。

(30) Vgl. Petra Velten, a.a.O.(Anm. 26), S. 7.

(31) 一般に、民衆訴追とは、他人に対して加えられた行為であっても、加害者を訴追できる制度であるとされる。Vgl. Klaus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 1998, S. 78. そして、私人訴追の起源は、カロリーナ法典（1532年）に遡るものとされ、カロリーナ法典の特徴として被害者・民衆訴追から国家訴追への移行があげられる。

Vgl. Dirk Niedling, a. a. O. (Anm.11), S. 20ff.

(32) Vgl. Wolfgang Frisch, a. a. O. (Anm.20), S. 7ff.

客体に向けられた実行行為が結果を発生させるに至らず、未遂に終わった場合にも、被害者は生まれうるのである⁽³⁴⁾。また私人訴追における被害者性確定の際に、常に被告人の法的地位、とりわけ防御権が侵害されないように配慮されなければならない⁽³⁵⁾。

(3)．訴訟参加制度 (Nebenklage) における被害者概念

①制度概要及び目的

ドイツ刑事訴訟において、被害者が一定の法的地位を認められる場面は複数存在するが、その中核的役割を果たすのは訴訟参加制度である。訴訟参加制度において、被害者は検察官の提起した公訴に参加できることとされる (§ 395 StPO)⁽³⁶⁾。訴訟参加が認められた被害者には、公判における在廷権、証拠調べ請求権、尋問権、論告請求権、上訴権、弁護人依頼請求権等、刑事訴訟上の権利が認められ、それらはいずれも検察官の意思から独立して行使できることとされる (§ 397 StPO)⁽³⁷⁾。

訴訟参加制度の意義及び目的は、第一に被害者の満足利益に資することであるとされ、これは、本制度が一定の場合に被害者の親族等に対して訴訟参加を認める場合があること (§ 395 Abs.2 Nr.1 StPO) から明らかである⁽³⁸⁾。更に附帯私訴手続および、刑事裁判の終了後に行われる私法の領域での被害者の被害回復に資することも、訴訟参加制度の重要な目的であるとされる。

(33) Vgl. Petra Velten, a. a. O. (Anm.26), S. 4, 5.

(34) Vgl. Petra Velten, a. a. O. (Anm.26), S. 5.

(35) Vgl. Petra Velten, a. a. O. (Anm.26), S. 4.

(36) 訴訟参加制度の詳細については、拙稿「ドイツ刑事訴訟における被害者参加について」広島法学第34巻第1号131頁以下(2010年)を参照。

(37) 訴訟参加制度において被害者には、広範な刑事訴訟法上の権利が与えられる。故に訴訟参加を通じて、被害者は公判の進行に重大な影響を及ぼすのである。しかしながら、支配的見解によれば訴訟参加人には、検察官と違い訴訟における客観義務は課せられないとされる。Vgl. Otfried Ranft, Strafprozessrecht, 2005, S.731.

165— 刑事訴訟における被害者概念について—ドイツにおける被害者概念に関する議論を素材として（水野）
加えてドイツ刑事訴訟法 395 条 1 項 3 号が、起訴強制手続の申立人にも訴訟
参加を許す場合があると規定することから、検察官の訴訟活動に対する監視
も訴訟参加制度の目的であるとされる⁽³⁹⁾。被害者は、訴訟参加制度において
当該犯罪について自らに何らの落ち度もないと主張し、被告人の非難対し
て反論する機会を与えられる。以上のような被告人からの保護機能
（Schutzfunktion）も、近年では重要な制度目的であるとされる⁽⁴⁰⁾。

②被害者概念

ドイツ刑事訴訟法 395 条は、性的自己決定に関する罪の被害者（§ 395
Abs.1 Nr.1 StPO）、故意による身体の完全性に対する罪の被害者（§ 395
Abs.1 Nr.1,2 StPO）、違反行為等の経済上の利益保護に関する違反による被害
者（§ 395 Abs.1 Nr.6 StPO）等に訴訟参加権限が付与される旨定める。また
「特別な理由」（aus besonderen Gründen）⁽⁴¹⁾ が認められる場合には、訴訟参加
権限が認められる人的範囲は更に広がる場合がある（§ 395 Abs.3 StPO）。ド
イツ刑事訴訟法 395 条は、人の身体に深く関わる法益が侵害された者に被害
者性を認める一方、経済上の法益が害された者にも被害者性を肯定する場合
がある。更に特別な理由が認められた場合には、侮辱罪等、人の名誉に関す

(38) Vgl. Klaus Schroth, a. a. O. (Anm.13), S. 123.

(39) Vgl. Peter Bringewat, GA, 1972, S. 292.

(40) Vgl. Werner Beulke, a. a. O. (Anm.8), S. 376.

(41) 「特別な理由」認定の際に用いられる基準として、問題とされる行為から重大な結
果（schwere Folgen）が発生したか否かという基準が重要なものであるとされるが、
これに対しては基準が不明確であり特別な理由が認められる範囲が広くなりすぎる可
能性があるとの批判がされる。Vgl. Hans Hilger, GA, 2009, S. 658. 2009 年の法改正で
「特別な理由」の存在を理由として訴訟参加権限が認められる範囲が拡大した。
Weigend は本改正によって、訴訟参加制度の性格は従来言われていた防御的なものか
ら、攻撃的なものに変化したと指摘する。Vgl. Thomas Weigend, Das Opfer als
Prozesspartei ?, Heinz Schöch-FS, 2010, S.957ff.

る罪の被害者についても訴訟参加を認めるなど、訴訟参加権限が認められる人的範囲に関して明確な統一性は見られない。また、従来訴訟参加制度が私人訴追制度の付随的なものとされていたことを理由として、被害者概念についても両者のそれに差異はないとする見解が支配的であった⁽⁴²⁾。今日においても、両制度の対象犯罪は、一部の犯罪類型について交錯する部分があるものの、私人訴追制度の対象犯罪が訴訟参加制度において問題とされるのは、検察官が公益の存在を認め、私人訴追人に代わって訴追を引き継いだ場合に限られるのであり、両者の被害者概念は別個に検討される必要があるだろう⁽⁴³⁾。

ドイツ刑事訴訟法 395 条の意味における被害者性を肯定するためには、違法行為が向けられた客体である者自らが有する法益が侵害されなければならないとされる。しかしながら、法は被害者死亡の場合、その親族等に対して例外的に訴訟参加を認める⁽⁴⁴⁾ (§ 395 Abs.2 Nr.2 StPO)。

更に、ドイツ刑事訴訟法 395 条が訴訟参加権限を認める前提条件として、本条に列挙される対象犯罪に関して、被告人に対する一定の犯罪の嫌疑が存在するか、ということが問題となる。これに関して支配的見解は、公訴提起された行為が、訴訟参加制度の対象となる犯罪構成要件を充足している法的な可能性があれば足りるとするが⁽⁴⁵⁾、これに対して十分な嫌疑が必要であるとする見解も有力である⁽⁴⁶⁾。この見解によれば、犯行についての十分な嫌疑が認められている場合においてのみ、被告人は、被害者の訴訟参加により生ずる負担を甘受しなければならないとされる。更に起訴状及び訴訟参加申立の内容が、適切であるかということを筋の通った方法で確認されなければな

(42) Vgl. Dirk Niedling, a. a. O. (Anm.11), S. 56.

(43) 訴訟参加制度は、起訴強制手続きにおける公益保護の側面と私人訴追における私人の利益保護という側面を併せ持つものである。

(44) Vgl. Otfried Ranft, a. a. O. (Anm.37), S. 731.

(45) Vgl. BGH, MDR, 1978, S.461.; OLG Düsseldorf, NStZ, S.204.; Riegner, NStZ, 1990, S.11.

(46) Vgl. Petra Velten, SK-StPO, § 395, S. 6.

163— 刑事訴訟における被害者概念について—ドイツにおける被害者概念に関する議論を素材として（水野）
らないとされる⁽⁴⁷⁾。

また被害者性の確定に関して、訴訟参加人の目的も重要な要素となる。訴訟参加制度の目的から鑑みて、訴訟参加人が被告人の有罪を目的として訴訟活動を行うことは当然に認められる。それでは逆に、被告人の無罪を求める訴訟活動は、訴訟参加制度の目的からして認められるだろうか。このような、被告人の無罪を求めて訴訟活動を行う訴訟参加人を、防御的訴訟参加人（verteidigender Nebenkläger）と呼ぶことがある⁽⁴⁸⁾。判例は、被告人の無実を求めることは訴訟参加の目的に合致しないとして、被害者の防御的訴訟参加を認めないが⁽⁴⁹⁾、訴訟参加人は、必ずしも検察官の側に立って被告人が有罪となるように訴訟活動を行わなければならないわけではない⁽⁵⁰⁾。訴訟参加人には、公判において真実に沿った適正な刑罰実現を請求する権利が認められるのみで、これは、必ずしも被告人に対して刑罰を請求することには結びつかない場合がある。ドイツ刑事訴訟法 395 条は、ここに列挙された違法行為により侵害された者に対して訴訟参加権限を認める旨規定するが、訴訟参加

(47) Vgl. Karsten Altenhein, JZ, 2001, S. 798.

(48) Vgl. Karsten Altenhein, a. a. O. (Anm.47), S.791ff.

(49) OLG Schleswig, NStZ-RR, 2000, S. 270. 本件事案において、被害者は被告人の無罪を求めて訴訟参加し、当該事件における犯行を行ったのは真犯人である旨主張したものである。裁判所はこのような訴訟参加には満足利益が欠けるとし、被害者の訴訟参加人としての被害者性を否定したのである。更に以上と関連して、ドイツ刑事訴訟法 400 条が訴訟参加人に対して被告人有利となる上訴を認めない旨規定することも、防御的訴訟参加が否定される理由とされる。

(50) Vgl. Petra Velten, a. a. O. (Anm. 46), S.8. 訴訟参加人は、検察官の意思とは独立して自らの刑事訴訟法上の権利を行使できるものとされる。訴訟参加人は、公訴提起に関して、検察官に従属した存在ではあるが、一旦公判が開始されると、検察官の意思とは独立した訴訟参加者としての地位を認められるのである。しかしながら、訴訟参加人の法的地位は、あくまで訴訟参加権限の範囲内でのみ認められるのであって、訴訟参加人は訴訟当事者ではない。これは、訴訟参加人には、基本的に公判における在廷義務が課されないこと、訴訟参加の時期が公判開始時に限定されないこと等からも明らかである。

人と被告人との関係について何ら言及するものではない⁽⁵¹⁾。以上の理由から、防禦的訴訟参加は認められるべきであると考えられる。

また、自らに向けられた嫌疑を被告人にそらすために、訴訟参加人が訴訟活動を行うことは許されるだろうか。このような、自らの嫌疑を被告人にそらすために訴訟活動を行う訴訟参加人は、攻撃的訴訟参加人 (angreifender Nebenkläger) と呼ばれることがある⁽⁵²⁾。攻撃的訴訟参加人は、満足利益の為ではなく、むしろ自らに向けられた嫌疑を被告人にそらす為に訴訟活動を行う。更には言えば攻撃的訴訟参加人は、犯人の処罰を望むのではなく、眼前の被告人に有罪判決が下されることを目的として訴訟活動を行うのである⁽⁵³⁾。このような自らにも当該事件における嫌疑が向けられた者に対して、訴訟参加権限が認められるのであろうか。裁判所は、審理の対象となる行為の十分な嫌疑を理由として公判を開始するが、そこでは理論上、実際には被害者が犯人であるといった認定を行うことは許されない。また被告人に向けられた十分な嫌疑は、被告人の公判における訴訟法上の法的地位を基礎付けるに留まらず、申立人の訴訟参加権限をも根拠づける要素となる。更に法は、訴訟参加制度の目的に関して明確な規定を設けていない。それ故、たとえ訴訟参加の申立人に、捜査段階において犯罪の嫌疑が向けられていた場合であって

(51) Vgl. Karsten Altenhein, a. a. O. (Anm.47), S. 794.

(52) Vgl. Karsten Altenhein, a. a. O. (Anm.47), S. 792. 攻撃的訴訟参加が行われたとされる代表的な事例として、以下のものが挙げられる。二人の児童が殺害された事件において、捜査段階からその嫌疑は児童の両親に集中した。結果として検察官は、児童の母親 Monika Weimar に対してのみ謀殺罪の嫌疑を理由に公訴を提起し公判が開始された。児童の父親 Reinhard Weimar は、当該公判において訴訟参加人として訴訟参加する旨申立て、第一審の管轄裁判所であった Fulda 地方裁判所はこれを認めた。結果として Monika Weimar は謀殺罪の嫌疑を理由として有罪判決を受けた。なお本件において、訴訟参加した Reinhard Weimar は、自らの嫌疑を被告人に向けることのみを目的として訴訟活動を行ったのではないかと、本件における彼がした訴訟参加申立の有効性については疑義が抱かれた。Vgl. Uwe Maefert, StV, 1998, S.461ff.

(53) Vgl. Karsten Altenhein, a. a. O. (Anm.47), S. 792.

161— 刑事訴訟における被害者概念について—ドイツにおける被害者概念に関する議論を素材として（水野）も、彼がドイツ刑事訴訟法 395 条の意味における被害者たり得る場合には、当該訴訟参加は許容されなければならないとされる⁽⁵⁴⁾。

訴訟参加制度における被害者性は、ドイツ刑事訴訟法 395 条が対象とする各刑罰規範によって保護された法益を有する者が、当該法益を直接に侵害された場合に肯定される⁽⁵⁵⁾。これらの基準が満たされたか否かを判断するに際して重要となるのは、当該訴訟において問題とされる行為に関して、一定の嫌疑が認められるかということである。また、訴訟参加人が如何なる目的を持って訴訟活動を行うかということも問題となるが、既述のように、法はこのことに関して何ら明確な規定を設けておらず、これは決定的な要素ではない。

(4)．附帯私訴手続（Adhäsionsverfahren）における被害者概念

①制度概要及び目的

附帯私訴手続において被害者は、加害者に対する民事上の損害賠償請求を、刑事訴訟において行うことを許される場合がある（§§ 403ff. StPO）⁽⁵⁶⁾。これが認められた場合、被害者は新たに民事訴訟を提起せずとも、刑事訴訟において損害賠償を請求することができ、そこでは刑事裁判において採用された証拠を用いることができる。故に本制度は訴訟経済、とりわけ被害者の負担軽減に資するものとされる⁽⁵⁷⁾。

②被害者概念

附帯私訴の申立を行うことが認められるのは、被害者及びその一般承継人（Erbe）とされるが、被害者概念について法は明確な定義をしていない。こ

(54) Vgl. Petra Velten, a. a. O. (Anm.46), S. 9.

(55) Vgl. Petra Velten, a. a. O. (Anm.46), S. 9.; Vgl. Hans Hilger, a. a. O. (Anm. 15), S.291.

(56) 附帯私訴手続について詳細に検討したものと、松川実「ドイツ附帯私訴手続の現在」青山法学論集第 48 巻第 4 号 200 頁以下（2007 年）参照。

でも、制度目的に沿った被害者概念の解釈が行われる必要性が生ずる⁽⁵⁸⁾。附帯私訴手続における被害者とは、犯罪行為から直接に財産的請求権を獲得したものとされる⁽⁵⁹⁾。ここでいう犯罪行為とは、問題とされる刑法規範によって保護される法益を侵害したものでなければならない⁽⁶⁰⁾。

更に支配的見解によれば、附帯私訴手続は、その制度目的故に他の制度、例えば起訴強制手続、私人訴追制度、訴訟参加制度におけるそれとは異なり、直接的侵害だけでなく間接的侵害をも問題とする。例えば直接的侵害を被った者の配偶者や、彼に対し用益権、賃貸借権を有する者等にも、間接的侵害を理由に附帯私訴の申立が認められる場合がある⁽⁶¹⁾。

附帯私訴手続は、被害者の財産的請求の実現をその目的とするために民事訴訟的性格が強く、それ故本制度における被害者概念は、他の制度におけるものとはその性格を異にする。例えば起訴強制手続、私人訴追制度、訴訟参加制度における被害者概念は、被害者に認められる保護利益及び満足利益を根拠として説明されるものであるが、附帯私訴手続における被害者概念の解釈に際してこれらの要素はほとんど意味をなさない。附帯私訴手続において問題とされるのは、被害者保護や被害者が犯人に対する処罰を求めているか、ということではなく、民事上の損害賠償に関する利益のみである⁽⁶²⁾。

(57) しかしながら現在附帯私訴制度の利用者は少ない。このことは以前から問題とされており、2004 年の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、制度利用を容易にするための改正が図られた。更に刑事裁判官が適正に民事訴訟法的意味における事実認定を行えるのか、適正な損害賠償額の算定ができるのかといった問題も併せて指摘されている。以上に関して、Vgl. Hans Heiner Kühne, Strafprozessrecht, 2007, S.629.

(58) Vgl. Petra Velten, SK-StPO, § 403, S.1.

(59) Vgl. Graf/Ferber, a. a. O. (Anm.16), S. 1744.

(60) Vgl. Petra Velten, a. a. O. (Anm. 58), S.1.

(61) Vgl. Graf/Ferber, a. a. O. (Anm.16), S.1744.; Hans Hilger, LR-Kommentar zur Strafprozessordnung §§ 374-448, 2009, S.241.

(5) 小括

既述のように、ドイツ刑事訴訟において統一的な被害者概念は存在しない。刑事訴訟上の各制度における被害者概念は、相互類似性を有し、各制度が対象とする犯罪カテゴリーに関する解釈と、当該制度における目的が何であるのかを併せて考慮し、被害者性が認められる人的範囲が決められることになる。

基本的に申立人の侵害された法益が、各制度が対象とする刑罰規範の保護範囲にある場合にのみ被害者性が肯定される⁽⁶³⁾。更に、侵害客体の法益が問題とされる刑罰規範の違反によって、「直接に」侵害されたか否かという基準も重要なものとなる⁽⁶⁴⁾。附帯私訴手続において被害者性が認められる範囲は、他の制度におけるものとは異なり、例外的に間接的侵害を原因としたものも含めて、最も広い範囲でこれが肯定されることが考えられる。しかしながら既述の通り、附帯訴訟手続の内容それ自体は、事実認定や損害賠償額を算定するのが刑事裁判官ということ以外通常の民事訴訟と何ら変わらないものであり、ここで問題となる被害者概念は、本稿にて主に取り扱った他の制度におけるそれとは性格を異にするものであろう⁽⁶⁵⁾。

起訴強制手続は、その対象とする犯罪カテゴリーを定めないといった点で

(62) Vgl. Hans Hilger, a. a. O. (Anm. 15), S.293.

(63) Vgl. Hans Hilger, a. a. O. (Anm. 15), S.291.

(64) 侵害客体の有する規範の保護範囲にある法益が侵害された場合、それは大抵の場合直接的な行為により生じた場合がほとんどであり、それ故に直接性基準自体はさしたる意味を持たないとの指摘もある。Vgl. Hans Hilger, a. a. O. (Anm.15), S.292. しかしながら規範の保護範囲論において被害者性が認められる範囲を限定した後、更に直接性基準を用いる判断を行うことで、より明確に被害者性の範囲を確定することができるように思われる。被害者が訴訟に参加することは、被告人の防御活動に対して不利益を与える可能性が大きく、各制度における被害者性の判断はできるだけ明確に行われなければならない。

他の制度とは異なる。故にそこで認められる被害者概念の範囲は、他の制度におけるそれと比して比較的広く認められる。これは、起訴法定主義の担保のために、比較的広い範囲で被害者性が認められなければならない、との考えに由来するものである。逆に私人訴追制度は、その対象とする犯罪カテゴリーが軽微な犯罪に限定されており、必然的にそこで認められる被害者性の範囲は狭いものとなる。以上両制度の中間に位置付けられるのが訴訟参加制度であり、その対象とする犯罪カテゴリーは、身体の完全性に対する罪をはじめとする個人的法益に深く関わるものから、経済上の利益に関するものまで幅広くその対象とし、2009 年の法改正によって更にその対象を広げた。また本制度は、被害者の保護・満足利益に資するだけではなく、起訴法定主義の担保や検察官の訴訟活動の監視等、起訴強制手続、私人訴追制度双方の性質を併せ持つものである。

訴訟参加人が行う訴訟活動の目的も、被害者性が認められる範囲に影響を及ぼすものとされており、そこでは主に被告人に対して無罪を求める訴訟活動が許されるのか、また、それとは逆に自らに向けられた嫌疑を被告人にそらすために訴訟活動を行うことが許されるのか、ということが問題となる。ドイツにおいて判例は、後者についてのみ訴訟参加制度の目的からして許容されるとの判断を下し、訴訟参加人が被告人に対して無罪を求める訴訟活動を行うことは、満足利益に欠けるためこれを認めないとされる。ドイツ刑事訴訟の目的は、適正な国家刑罰権の確保及び執行にあるとされ、その結果として法的平和 (Rechtsfrieden) が創出されるとする⁽⁶⁶⁾。法的平和の内容を巡っては諸説分かれるが、いずれに説を採用するにしてもその中核にあるのは、法的平和創出という目的を達する為には、公正な裁判によって「訴訟的」

(65) 以上のことは、我が国の損害賠償命令制度においても同様のことが言えるように思われる。

(66) Vgl. Werner Beulke, a.a.O.(Anm.8),S.3.4.

157- 刑事訴訟における被害者概念について—ドイツにおける被害者概念に関する議論を素材として（水野）
（prozessual）真実の解明が行われなければならないということである⁽⁶⁷⁾。

しかし、真実の解明という観点からすれば、むしろ自らの嫌疑を被告人にそらす目的でなされる訴訟参加の方にこそ問題があるだろう。ドイツにおいては職権主義的訴訟構造の下、検察官に客観義務が課せられることが明文によって規定されており、被告人に有利な上訴も可能とされているのであり、そのような事情の下で、訴訟参加制度における被害者は、必ずしも被告人と対置する者として観念されるのではない。従って、訴訟参加人が被告人の無罪を求めて行う訴訟活動については、むしろ許容されるべき筈である⁽⁶⁸⁾。

これらの問題と関連して、訴訟参加制度における被害者性を基礎づけるためにドイツ刑事訴訟法 395 条に列挙される犯罪行為について、一定の嫌疑が存在する必要があるかということも問題とされる。これに関して支配的見解は、法的な可能性があれば足りるとするが、被害者参加が被告人の防御権に対する影響の大きさを考えると、公訴提起の際に必要とされるのと同様、十分な嫌疑の存在が要求されるべきであろう。

3. 日本法への示唆

では、ドイツにおける「被害者概念」に関する議論は、我が国の被害者概念について考える場合に、どのような示唆を与えるものであろうか。我が国の刑事訴訟制度においても、被害者が一定の法的地位を認められる場面が存在する。その中でも特に重要となるのは、やはり被害者参加制度であろう。本制度は、これまで「事件の当事者」でありながら、刑事訴訟において不十分な扱いしかされてこなかった被害者に光を当て、その立ち直り等に資する

(67) Vgl. Otfried Ranft, a.a.O.(Anm.37),S.3,4.; Jürgen Rath, Zur Einheit aller Verfahrenziele, Wilfried Kuper-FS, 2007, S.466.

(68) Vgl. Karsten Altenhein, a.a.O.(Anm.47), S.793.

ものであることが期待されている⁽⁶⁹⁾。刑事訴訟法 316 条の 33 第 1 項は、被害者参加制度の対象者について規定し、ここに列挙される犯罪によって侵害された被害者等及びその法定代理人に、被害者参加を認める旨定めるが、本条における被害者概念の解釈について、法は明確な規定を持たない。そこで、わが国においても、ドイツと同様、被害者参加制度が対象とする犯罪カテゴリーに関する解釈、制度目的とを併せて考慮し本制度における被害者性が認められる人的範囲が決められることになろう。もちろん、犯罪被害者等基本法は、第 2 条第 2 項において、この法律における「犯罪被害者等」を「犯罪等により害を被った者及びその家族又は遺族をいう」と定義しており、同法の基本法的性格から、この定義を踏まえておく必要はある。そこで、まず被害者参加制度における被害者性が肯定される為には、申立人が刑事訴訟法 316 条の 33 の対象となる犯罪類型によって被害を被ったということが、実体的法的解釈によって示されなければならない⁽⁷⁰⁾。ドイツにおいては既述の通り、以上の判断を規範の保護範囲論を用いた解釈によって行ない、申立人の侵害された法益が各制度の対象とする刑罰規範の保護範囲にある場合にのみ被害者性が肯定されるとする。しかしながら我が国において、行為者性に関してではあるが、ドイツ流客観的帰属論をそのまま導入することに懐疑的な見解も多く⁽⁷¹⁾、この部分の判断に関してはさらなる議論が必要であるように思われる。

更に被害者性が認められるかという判断の際に、本制度の対象犯罪に関し

(69) 椎橋隆幸「裁判員裁判における被害者参加の意義」刑事法ジャーナル 16 号 31 頁以下 (2009 年) 参照。

(70) これは主に刑法各論の領域における解釈が問題となるように思われる。例えば各刑罰規範における保護法益が何であるのか、どのような場合に法益侵害が生じたと言えるのか、等の解釈が重要なものとなる。Vgl. Petra Velten, a. a. O. (Anm. 46), S. 5.

(71) 例えば佐伯仁志「因果関係論」山口ほか『理論刑法学の最前線』27 頁以下 (岩波書店、2001 年) 参照。

155- 刑事訴訟における被害者概念について—ドイツにおける被害者概念に関する議論を素材として(水野) て、一定の犯罪の嫌疑が存在するかということも問題となる。我が国の刑事司法は当事者主義構造を採用し、旧法下におけるのとは異なり、捜査段階における犯罪の嫌疑が、公判において引き継がれることは許されない。しかしながら検察官の公訴提起に際しては、一定の嫌疑が要求されるとされ⁽⁷²⁾、犯罪の嫌疑なき起訴は違法なものとされている⁽⁷³⁾。一定の嫌疑が存在する場合にのみ、被告人は被害者が訴訟に参加することにより生ずる不利益を甘受しなければならない、というドイツにおける主張には正当性が認められよう。被告人が被害者参加によって生ずる不利益を甘受するよう要求するためには、被告人に対して一定の嫌疑、もしくは犯行を行った可能性が要求されるべきではなかろうか。なぜなら、被害者参加制度における被害者の権利は、

(72) 検察官の公訴提起に際して犯罪の嫌疑を要求する見解は実体的審判請求権説と呼ばれるが、これによれば、公訴権は、「有罪判決の得られる見込みを前提要件とする実体判決請求権」であるとされる(高田卓爾『刑事訴訟法〔二訂版〕』106頁(青林書院、1984年))。本説における犯罪の嫌疑の解釈について、「客観的な犯罪の嫌疑」とするもの(井戸田侃『刑事訴訟法要説』129頁(有斐閣、1993年))、「犯罪の確実な嫌疑」とするもの(松尾浩也『刑事訴訟法 上』149頁(弘文堂、1999年))、「高度の嫌疑」とするものなどが主に主張される(鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』127頁(青林書院、1990年))。また田口教授は、検察官の公訴提起に際して、一定程度の犯罪の嫌疑を要求したからと言って、それが直ちに糾問的捜査観につながることはならず、捜査で十分に事案を解明し、公判でこれを点検するという二元的発想が必要である、とされる。田口・前掲註(3)『刑事訴訟法第〔5版〕』・167頁参照。被害者性認定の際に、一定程度の犯罪の嫌疑が存在していなければならないとすることは、理論上可能であるように思われる。しかしながら、公訴提起の際に犯罪の嫌疑を要求するとすることは、糾問主義的手続につながるとし、これに否定的な見解も有力に主張される。例えば、平野龍一『訴因と証拠』11頁以下(有斐閣、1981年)参照、福井厚『刑事訴訟法講義〔第4版〕』233頁以下(法律文化社、2009年)参照。

(73) 検察官の公訴提起の際に、「合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑」が必要であるとされる。最判昭和53年10月20日民集第32巻7号1367頁、最判平成元年6月29日民集第43巻6号664頁。以上に関して、多田辰也「刑事手続における嫌疑」立教法学第79巻88頁(2010年)参照。

ドイツ訴訟参加制度におけるそれと比して限定的なものとはいえ、実際に被害者とされるものが刑事裁判に参加することの訴訟への影響は、決して無視できないものとなっているからである⁽⁷⁴⁾。以上のことを考慮に入れつつ、被告人が自らの犯行について否認している場合、もしくは公判で問題とされる事実関係が複雑な場合等においては、裁判所は被害者が公判に参加することに関して通常にも増してより慎重な判断を行う必要がある⁽⁷⁵⁾。

また被害者参加人が行う訴訟活動の目的も、被害者参加制度における被害者性の認められる人的範囲の確定に関して重要なものと考えられる。ここでは、先にあげたドイツ訴訟参加制度における防衛的訴訟参加と、攻撃的訴訟参加の議論が参考になる。ドイツ刑事訴訟は職権主義的訴訟構造を採用し、検察官には訴訟における客観義務が課される (§ 160 Abs.2 StPO)。更に訴訟参加人は、検察官の提起した公訴に参加するものの、検察官の意思とは独立して自らの権利を行使できるものとされ、必ずしも被告人に対置された存在ではないとの理解が可能であった。しかしながら我が国の刑事訴訟は、当事者主義的訴訟構造を採用するが故に、検察官の客観義務に関して定める明文による規定は存在しない。検察官は、むしろ被告人に対する一方の訴訟当事者としての地位を強調されることが多く、一般的に被告人と対置する存在であると考えられている。我が国の被害者参加制度において被害者は、参

(74) 新聞報道によれば、わが国において、職業裁判官が事実認定及び、量刑判断を行った事件において、被害者参加人の意見を受けて、検察側求刑よりも重い量刑を被告人に対して科したのではないかとされる例がある (読売新聞 2009 年 6 月 17 日)。このように職業裁判官が量刑判断に際して、被害者参加人の意見を容れる場合があるとすれば、裁判員裁判においても同様のケースが考えられよう。

(75) 刑事訴訟法 316 条の 33 第 3 項は、犯罪の性質、申立人と被告人との関係、その他の事情を考慮して当該事件の手続への参加を認めることが相当でないと判断するときには、当該申立人に被害者参加を認めない旨規定している。被告人が、当該事件において問題とされる犯罪を行ったということに関する一定程度の蓋然性の有無は、本条における被害者参加の可否を判断する際に重要な基準となるように思われる。

153- 刑事訴訟における被害者概念について—ドイツにおける被害者概念に関する議論を素材として（水野）
加の申出を検察官に対して行わなければならない（刑事訴訟法 316 条の 33 第 2 項）。仮にこれが認められたとしても被害者参加人は、自らの刑事訴訟法上の権利行使に際して、まず検察官にその旨申し出る必要があり（刑事訴訟法 316 条の 36 第 2 項等）、これが認められた場合でも、被害者参加人は、事実に関する質問等を許されず（刑事訴訟法 316 条の 36）、また事実又は法律の適用に関する意見陳述についても、訴因の範囲内においてのみこれが許されるにとどまる（刑事訴訟法 316 条の 38）。上述のように被害者参加人は、公判において検察官が示す事実に沿って訴訟活動を行わなければならないものとされ、現行制度において被害者参加人は、あくまでも検察官の側に立った一訴訟参加者として位置づけられている。公判において、検察官が被告人に対して無罪を求めることは、ほぼ例外的と言ってよく、それ故被害者参加人が公判において被告人の無実を請求することは、制度上困難であろう。しかしながら今後被害者参加制度において、将来的に、被害者により主体的な法的地位を認めるような法改正が行われる場合には、検察官の示す事実の範囲を超えて訴訟活動を行うことが許されるのか、といった点も考慮に入れて議論が行われなければならないであろう⁽⁷⁶⁾。

被害者参加制度の目的である被害者の被害回復に資するという観点からすれば、当該事件における犯人の適正な処罰が行われる必要があり、被害者参加人には、ドイツにおける満足利益に近いものが認められるべきであろう。故に被害者参加人には、犯人に対する適正な処罰を求める権利が認められており、法も制限付きではあるものの事実や量刑に関する意見陳述権を認める。しかしながら既述の通り、公判で問題とされる事実関係が複雑な場合において裁判所は、被害者参加を認める判断に際して慎重にこれを決する必要がある、被害者参加人が自らの嫌疑を被告人にそらすために行う訴訟活動及び、このような意図を以てされる被害者参加の申立は認められるべきではないだろう。

4. おわりに

本稿では、ドイツにおける議論を参考に、我が国でこれまであまり意識されてこなかった、刑事訴訟における被害者性が認められる人的範囲について考察した。我が国とドイツにおける刑事訴訟制度に関して、構造的に異なる部分も多いが、被害者概念については以下のことが共通して言えるだろう。

刑事訴訟における被害者の法的地位は、裁判の終結まで推定的なものとならなければならない。彼らが一訴訟参加者として基礎付けられるためには一定の条件が課されなければならない。①まず被害者であると主張する者が、問題とされる各制度において、実際に被害を被ったことが実体法的解釈によっ

(76) 以上の点について、当事者主義訴訟構造の堅持のために、被害者参加人には刑事訴訟上の主体的な地位を認めないとの説明がなされてきたように思われる。しかしながら既述のように、現行制度において被害者参加人は検察側の一訴訟参加者として位置づけられており、このことによって被告人の防御権に多大な影響を与える可能性がある。我が国において以前より、いわゆる武器対等の原則は、実質上存在しないとの批判がなされてきた(大久保哲「求刑・量刑と当事者武器対等の理念」久留米大学法学第 38 卷 1 号 21 頁以下(2000 年)参照)。仮に以上の批判に正当性が認められるのだとすれば、検察官側に立って行われる被害者参加が、さらにこれを加速させる可能性がある。当事者主義訴訟構造の堅持をいうならば、被害者の参加による被告人の防御権に与える影響を如何にして考慮し、これを是正していくかが問題となるだろう。また、既述のようにドイツ刑事訴訟において、訴訟参加人は、独立した訴訟当事者ではないが、彼の訴訟活動が被告人の防御権に対して与える影響の大きさが指摘されている。例えば、ドイツにおいては、被害者の訴訟活動に対する防御を行うために、法定代理人を国費で請求する権利等を与え、被告人側の防御権充実を図る必要があるとの批判がされる。Vgl. Johannes Latz, a.a.O.(Anm.3), S. 23ff. 検察官に客観義務が課され、被害者は必ずしも、被告人と対置しないという理解が可能であるドイツ刑事訴訟においてすら、被害者の訴訟参加が与える訴訟への影響は極めて大きい。故に、我が国の刑事訴訟において、被害者参加制度を継続的に運用していくためには、伝統的な当事者主義訴訟構造を維持した上で、被告人の防御権の強化を図るのか、あるいは被害者にある程度独立した刑事訴訟上の法的地位を認め、訴訟構造の変化を含めた法改正を行う必要があるのかを議論しなければならない。

151- 刑事訴訟における被害者概念についてードイツにおける被害者概念に関する議論を素材として(水野)

て示されなければならない。即ち、被害者が問題とされる各制度において、対象となる刑罰規範の保護法益が何であるのか、どのような場合に法益侵害が生じたと言えるのかが問題とされなければならないのである。②次に被告人に対して、被害者参加による不利益を甘受するように求めるためには、各制度が対象とする犯罪類型に関して一定の嫌疑が存在していなければならない。被告人の公判における法的地位を基礎付けるために、一定の犯罪の嫌疑が求められるのと同様、被害者の法的地位も、自らが被害を受けたと主張したと同時に、それが確定することは許されず、当該被告人に対する一定の嫌疑が認められている場合でなければ、被害者として刑事訴訟への参加が認められるべきではない。③更に、被告人が自らの犯行について否認している場合において、彼がこれを認めている場合に比して、より具体的な犯罪の嫌疑の存在が求められなければならないだろう。以上のことは、公判において争われる事実関係が複雑な場合も同様である。また、決定的要素ではないものの、④被害者として訴訟に参加を求める者の、刑事訴訟における目的も問題とされる。例えば、我が国の被害者参加制度は、被害者の被害回復に資することをその制度目的としており、被害者参加人にはドイツにおける満足利益に近いものが認められなければならない。故に被害者参加人には、犯人に対する適正な刑罰権の執行を求める権利が認められるのであるが、それを超えて、自らに向けられた嫌疑を被告人にそらす為だけに行われる被害者参加は許容されるべきではない。また、我が国の現行制度においては、被害者参加人は、検察官の示した事実に沿って訴訟活動を行わなければならない、被告人の無罪を求める被害者参加も許容されるとは考えにくい。

被害者保護は、刑事訴訟における重要な課題であり、今後もより一層の制度的充実が求められる。しかしながら、公判における被害者参加が、被告人の防御権に対して大きな影響を与えうるのだということを考慮に入れた上で、我々は刑事訴訟における被害者保護の充実を図ると同時に、それによって被告人の防御権が侵害されないように十分な配慮を図る必要がある。次の

機会では、刑事訴訟における被害者性が認められる条件につき、規範の保護範囲論採用の是非、各制度が対象とする犯罪類型に関する犯罪の嫌疑の程度等、より具体的基準の提案を行ってみたい。