

# 刑事訴訟における被害者弁護について ードイツにおける議論を参考にー

水 野 陽 一\*

1. はじめに
2. ドイツ刑事訴訟における被害者弁護
  - (1) 総説
  - (2) 被害者弁護人
  - (3) 小括
3. わが国の刑事訴訟における被害者弁護 - ドイツにおける議論を参考に -
  - (1) 総説
  - (2) 被害者参加弁護士
  - (3) 小括
4. おわりに

## 1. はじめに

わが国において、2008 年 12 月以降特定の事件について被害者参加制度の運用が開始され、犯罪被害者（以下被害者とする）に対して訴訟参加者としての地位が認められることになった。被害者が自らに認められる法的地位についての確に把握し、認められる権利を有効に行行使するためには、何らかの法的援助が必要となるのであって、被害者弁護を担う弁護人の存在が求められる。

ドイツ刑事訴訟においても、被害者はその主体的地位を認められている場合がある。その中でも訴訟参加制度（*Nebenklage*）は、重要な役割を果たしており、訴訟参加人（*Nebenkläger*）には、刑事訴訟における訴訟参加者としての地位が認められる<sup>(1)</sup>。特に保護されるべきであるとされる訴訟参加人に

---

\* 広島大学大学院社会科学研究所・日本学術振興会特別研究員（DC）

は、無償の弁護人依頼権が認められる場合があり、いわゆる被害者弁護人（Opferanwalt）の存在は、被害者に認められる法的地位の実質的保障のため重要なものであると認識されている<sup>(2)</sup>。

わが国の刑事訴訟においても、被害者に対して無償の弁護人依頼権が認められる場合があるが、その人的範囲は決して広いものとはいえず、その内容についても、包括的な被害者弁護の実現にとって不十分である部分が多いように思われる。以上のような状況のもと、ドイツにおける被害者弁護に関する状況を概観し、わが国の刑事訴訟における被害者弁護のあり方についての示唆を得ることが本稿の目的である。

## 2. ドイツ刑事訴訟における被害者弁護

### (1) 総説

ドイツ刑事訴訟において、被害者には弁護人による法的援助を受けることが認められている。被害者が自らに認められる法的地位についての的確に把握し、その訴訟法的権利を有効に行行使するためには弁護人による援助は不可欠のものである。例えば、ドイツ刑事訴訟法 406 条 e の規定によれば、被害者には裁判書類を閲覧する権利が認められているが、本条の規定は被害者に対して直接当該書類を閲覧・謄写することを認めるものではない<sup>(3)</sup>。すなわち、正当な理由が認められる場合において<sup>(4)</sup>、被害者には弁護人を通じた裁判書類の謄写権が認められることになるのであって、被害者に認められる裁判書

---

(1) ドイツ刑事訴訟における訴訟参加制度について、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 34 巻 1 号 131 頁以下参照（2010 年）。

(2) *Niedling, Strafprozessualer Opferschutz am Beispiel der Nebenklage*, 2005, S.99.

(3) *Schroth, Die Rechte des Opfers im Strafprozess*, 2. Aufl. 2011, S.67.

(4) なお訴訟参加権限を有する被害者は、本条にいう正当な理由の存在について申し立てなくとも、弁護人を通じた裁判書類の謄写・閲覧を行うことができる（§ 406e I StPO）。

類の謄写・閲覧権は、その委託を受けた弁護士による間接的行使を前提とされた権利なのである。被害者より委託を受けた弁護士は、裁判所及び検察官の裁判書類を閲覧しこれを謄写することができるものとされる（§ 406e V StPO）<sup>(5)</sup>。

ドイツ刑事訴訟において、被害者がその主体的地位を認められる場面は複数存在するが、の中で最も重要となるのはやはり訴訟参加制度であろう。訴訟参加制度において被害者は、場合によっては検察官に匹敵する強力な訴訟法的権利が認められており、彼らに認められる法的地位は、訴訟当事者（Prozesspartei）であるとははいえないものの、訴訟参加人の存在は刑事訴訟において極めて重要なものとして理解されている<sup>(6)</sup>。訴訟参加権限が認められる被害者には国費による弁護士依頼権が認められることがある。いわゆる被害者弁護士は、捜査手続、公判手続等、刑事手続全般における被害者の利益保護をその主たる目的として活動を行うものである<sup>(7)</sup>。

ドイツにおいて、2009 年第 2 次被害者の権利改正に関する法律（2.Opferrechtsreformgesetz）が成立し、訴訟参加制度に関する大規模な改正が行われた。訴訟参加人の弁護士依頼権に関する条項についても改正が行われ、

(5) しかしながら、資力が欠ける場合、被害者は弁護士による法的援助をあきらめなければならない場合がある。訴訟参加権限を認められる被害者は、その弁護士の選任に関して、原則何らかの訴訟費用の援助を受けることができるが、訴訟参加権限が認められない被害者についてはその対象とはならない。Vgl. *Schroth* (Fn.3), S.68ff.

またこの点について、わが国の刑事訴訟においても同様の問題が生ずる可能性がある。被害者参加人として公判に参加する被害者は、その資力に欠ける場合、国費による弁護士の選定請求権が認められる。しかしながら、被害者参加制度の対象となる犯罪以外を理由として侵害された被害者は、当然に国選被害者参加弁護士制度の対象とはならず、その資力に欠ける場合弁護士による法的援助を受けることができない場合がある。これらの問題の検討については後述する。

(6) Vgl. *Weigend*, Das Opfer als Prozesspartei im Straßprozess?, FS für Heinz Schöch 2010, S.960ff.

(7) *Schroth*, (Fn.3), S.18.

国費による弁護人依頼権が認められる人的範囲が拡大された<sup>(8)</sup>。以下では訴訟参加人の代理人である弁護人、いわゆる被害者弁護人について考察をすすめる。

## (2) 被害者弁護人

### ① 訴訟参加制度

ドイツ刑事訴訟において、特定の違法行為<sup>(9)</sup>により侵害された被害者は、訴訟参加人として手続に参加することが認められる場合がある (§ 395 StPO)。ドイツ刑事訴訟法 397 条の規定によれば、訴訟参加人に認められる権利として、在廷権、聴取される権利、証拠調べ請求権、裁判官の忌避権及び、鑑定人の忌避権、被告人、証人及び鑑定人に対する質問権、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、証拠調べに対する意見陳述権及び、論告権等があり、更にドイツ刑事訴訟法 397 条 a は、訴訟参加人として手続に参加する被害者に対して国費による弁護人依頼権が認められうる旨規定する<sup>(10)</sup>。すなわち、特に保護されるべきであるとされる訴訟参加人<sup>(11)</sup>は、国費による弁護人、いわゆる被害者弁護人を請求する権利が認められるとされるのである。

更に被害者による弁護人の依頼及びその選任が裁判所に通知された後、裁判所は手続日程を当該弁護人に通知しなければならないとされる ( § 397 II

---

(8) *Graf, Der Kommentar zur Strafprozessordnung*, 2010, § 397a Rn.1.

(9) ドイツ刑事訴訟法 395 条は、被害者の訴訟参加に関する要件について規定する。訴訟参加権限が認められる人的範囲について、拙稿・前掲註 (1) ・ 136 頁以下参照。

(10) 訴訟参加人の代理人となる弁護人は、同時に複数の訴訟参加人の為に弁護活動を行うことが許される。しかしながら、依頼人間において何らかの利益衝突が起こる虞がある場合においてはこの限りではない。Vgl. *Schroth* (Fn. 3), S.174.

(11) 被害者弁護人を請求できる人的範囲は、2009 年の第 2 次被害者の権利改正に関する法律による法改正により拡大され、被害者個人に関わる事情についても考慮されることになった。Vgl. *Weigend* (Fn.6), S.948ff.

S.3 StPO)<sup>(12)</sup>。この通知は、被害者に対するものだけでは不十分であり、弁護人当人に対してなされることが要求される。

②被害者弁護人制度の対象となる被害者

i. 特定の重大犯罪による被害者 (§ 397a I Nr.1,2 StPO)

特定の重大犯罪により侵害され、訴訟参加権限が認められる被害者には、その高い保護必要性を理由として無償の弁護人依頼権が認められる。人身売買の罪<sup>(13)</sup>、性的自己決定に対する罪<sup>(14)</sup>、殺人未遂の罪<sup>(15)</sup>、殺人の罪<sup>(16)</sup>により侵害された被害者等がこれにあたり、これらの被害者にはその資力の有無にかかわらず無償の弁護人依頼権が認められる。

ii. 特定の違法行為により重大な結果が生じた場合における被害者 (§ 397a I Nr.3 StPO)

特定の犯罪<sup>(17)</sup>により重大な身体及び精神的被害を被った訴訟参加権限を有する被害者に対して、国費による弁護人依頼権が認められる場合がある。本

(12) この点について、2009 年の法改正以前は明確な規定が存在せず、実務において実践されないことが多かった。Vgl. Graf (Fn.8), § 397 Rn.9.

(13) とりわけ売春行為等の強要を目的とした人身売買の罪による被害者に対して、高い保護必要性が認められている。Vgl. Graf (Fn.8), § 397a Rn.2.

(14) ここで対象とされるのは主に以下の違法行為である。：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。

(15) ここで対象とされるのは主に以下の違法行為である。：謀殺未遂及び故殺未遂罪。

(16) ここで対象となるのは、謀殺及び故殺既遂罪の被害者である。訴訟参加の対象犯罪について、当該行為により被害者が死亡した場合には親族等に対して訴訟参加権限が認められる場合がある (§ 395 II Nr.1 StPO)。

(17) ここで対象となるのは以下の違法行為より侵害されたとされる被害者である。：重傷害罪、誘拐罪、ストーカー行為、強盗罪、事後強盗罪等。

条の規定は、刑事訴訟における被害者保護の充実を図ることを目的としたものであるが<sup>(18)</sup>、全ての訴訟参加人がその対象とされているわけではなく、重大な身体及び精神的被害の存在という条件が満たされているかが問われる。当該被害者にとって相当な長期間に渡って持続する程度の身体及び精神的被害が存在すると判断された場合に<sup>(19)</sup>、本条にいう条件が満たされていると判断されることが多い<sup>(20)</sup>。

iii. 特定犯罪の違法行為により侵害された18歳未満の被害者（§ 397a I Nr.4 StPO）。

訴訟参加権限を有する者が、訴訟参加の申立を行う際に18歳未満<sup>21)</sup>であり、かつ特定の違法行為<sup>(22)</sup>により侵害されたとされる場合において、国費による弁護士依頼権が認められることがある（§ 397a I Nr.4 StPO）。例えば、18歳未満の児童に対するネグレクト（§ 221 StGB）<sup>(23)</sup>、強要罪（§ 240 StGB）、と

---

(18) BT-Drs 16/12098, 52ff.

(19) 以上に関して、訴訟参加人が本条に列挙される犯罪を原因として治療に相当な長期間を要する疾病を発症した場合、訴訟参加人の労働能力に重大な障害を与えた場合、訴訟参加人の健康機能回復のためにリハビリテーションの実施を必要とする場合、心的外傷後ストレス障害を発症した場合などが想定される。これらの症状は、その何れもが被害者の生活に対して生涯を通じて何らかの制限を与える虞があり、それ故当該被害者に対しては高い保護必要性が認められる。Vgl. *Schroth* NJW 1998, 2861.

(20) *Graf* (Fn.8), § 397a Rn.4.

(21) 2009年以前、本条の対象となるのは16歳未満の訴訟参加権限が認められる被害者であった。これに対して、国際基準に照らせば本条の対象年齢を18歳未満まで引き上げるべきであるという主張もなされた（例えば児童の権利に関する条約第1条参照）。これを受けて2009年の第2次被害者の権利改正に関する法律によって行なわれた法改正により、本条の対象年齢が18歳に引き上げられた。Vgl. *Graf* (Fn.8), 397a Rn.5a.

(22) ここで対象とされるのは主に以下の違法行為である。：性的虐待、未成年者に対する遺棄及び虐待、重傷害罪、性的搾取を目的とした人身売買、未成年者略取、ストーカー行為、強要罪、強盗罪、事後強盗罪等。

りわけ 18 歳未満の児童に対する強制結婚、人工妊娠中絶の強要などの被害者が、訴訟参加を行う際に本条の規定を根拠として無償の弁護人依頼権が認められることになる。

iv. 被害者が独力で自らの権利を行使できない場合（§ 397a I Nr.4 StPO）

特定の違法行為<sup>(24)</sup>により侵害されたことを根拠として、訴訟参加を行った被害者が、自らに認められる権利を独力で行使できず、かつ自らの利益を保護することができないと判断される場合において、当該被害者に対して無償の弁護人依頼権が認められる場合がある。ここでは、当該被害者がどの程度の身体及び精神的被害を被っているかが問われ、その判断に際し重要となるのは、対象とされる違法行為から重大な結果が生じているか否かということである。また、当該被害者が置かれていた生活環境等も重要な判断要素とされ、例えば、近年ヨーロッパにおいて問題となっている強制結婚の被害者について、無償の弁護人依頼権が認められることが多い<sup>(25)</sup>。また、訴訟参加人が何らかの理由から、文書作成及び読解を行うことが困難である場合に、本条の規定を根拠として弁護人による法的援助を受けることが認められることがある<sup>(26)</sup>。

---

(23) 児童に対するネグレクトも、ドイツ刑法 221 条の構成要件の一つであると理解される。*Lackner/Kühl, Der Kommentar zum Strafrecht*, 26. Aufl. 2007, § 221 Rn.2.

(24) ここで対象とされるのは主に以下の違法行為である。：性的虐待、遺棄罪、虐待、重傷害罪、性的搾取を目的とした人身売買、未成年者略取、ストーカー行為、誘拐、強制結婚、強盗、事後強盗等。

(25) 既述のように強制結婚は、強要罪の一類型とされる。Vgl. *Lackner/Kühl (Fn.23)*, § 240 Rn.28.

(26) LG Hildesheim NJW 2008, 454.

v. ドイツ刑事訴訟法 397 条 a 1 項の条件に該当しない被害者 ( § 397a II StPO)

以上見たようにドイツ刑事訴訟法 397 条 a 1 項は、特定の訴訟参加人に対して、無償の弁護人依頼権が認められうる旨規定する。以上の条件を満たしていない場合においても、訴訟参加人が弁護人による法的援助を求める際、これにかかる費用について、一部国庫による補助を受けることができる場合がある ( § 397a II StPO)。しかしながら、訴訟参加人が独力で自らの利益を守り認められる権利を行使することができるかと判断される場合には、弁護人依頼に関する訴訟費用補助を受けることができない<sup>(27)</sup>。

### ③被害者弁護人の活動

訴訟参加人の代理人である被害者弁護人は、被害者の利益保護を主目的として弁護活動を行う。ドイツ刑事訴訟において、多くの被害者弁護人が依頼人である被害者の心理的安定に重点を置いて、その活動を行っていることが指摘される<sup>(28)</sup>。それ故、有効な被害者弁護の実践のために心理学的知識を有する専門家とのネットワークの構築が求められる。心身両面における被害者の安定は、彼らの刑事訴訟への参加を実現するために不可欠の要素であり、被害者と弁護人との相互間信頼構築のため、依頼人である被害者と可能な限り詳細な面談を行うことが求められる。その際に被害者個人の特殊性に左右されず、主に以下の要素が重要であるとされている<sup>(29)</sup>。

- ・ 依頼人の人格、性格等。
- ・ 依頼人の社会的環境、例えば家庭環境、仕事、友人関係等。
- ・ 依頼人と犯人とされる者との関係。

---

(27) *Graf* (Fn.8), § 397a Rn9.

(28) *Barton*, StrFo 2011,165.

(29) *Schroth* (Fn.3), S.20.

- ・ 依頼人に必要とされる保護的措置。
- ・ 必要な証拠保全。
- ・ 被害者の証言の信用性：特に性犯罪、児童虐待などが対象とされる手続において重要となる。
- ・ 捜査手続及び公判において依頼人である被害者に認められる法的地位及び権利の確認。
- ・ 依頼人である被害者に認められる刑事告訴期間の確認。
- ・ 刑事訴訟における民事法的権利の行使。
- ・ 刑事和解制度 (Täter-Opfer-Ausgleich)<sup>(30)</sup>に関する助言。
- ・ メディアへの対応。
- ・ 依頼人が被害者弁護に求めるもの。
- ・ 弁護人費用をも含めた訴訟費用。
- ・ 訴訟手続における訴訟活動。
- ・ 官・民の被害者支援組織との連携。
- ・ 依頼人である被害者と、その代理人である弁護人との関係の明確化。

以上挙げた要素について、被害者弁護人はその効果的な弁護活動を行うために、被害者個人のプライバシーに関わる事項についても、その活動に必要な限りにおいて十分に把握しておくことが求められる。また、依頼人である被害者の希望について誤解することのないように、面談の内容について、被害者弁護人は書面による記録を残しておくことが望ましい<sup>(31)</sup>。被害者弁護人の活動が、被害者個人のプライバシーに深く関わる領域に係る可能性があることから、その内容についての取り扱いに関して、弁護人に課せら

---

(30) ドイツにおける刑事和解制度について、土井和重「ドイツ刑法 46 条 a における「行為者と被害者の和解」と「物的損害回復」について - 刑法における損害回復のあり方に関する一考察 -」法学研究論集 35 号 65 頁以下参照 (2011 年)。

(31) *Schroth* (Fn.8), S.20.

れる守秘義務遵守との関連で問題が生ずる場合がある。それ故被害者弁護人には、守秘義務解除についての同意を含んだ包括的委任契約を、依頼人である被害者との間で締結しておくことが推奨されている<sup>(32)</sup>。以上のことは、メディアとの関係においても重要となる。裁判所構成法 169 条以下の規定は、公開裁判の原則について規定している。しかしながら、起訴状および他の公的文書について、公判において当該書類が公開される以前に、これを第 3 者に公開した場合、当該行為が処罰されることがあることに注意しなければならない（§ 353b StGB）。刑事弁護人、被害者弁護人がメディアへの露出を好む傾向にあることが指摘されるが、弁護人は常に依頼人の利益を優先して行動する必要があり、メディアへの露出も必要な場合に限られなければならないだろう<sup>(33)</sup>。

更に依頼人である被害者がする証言の真実性についても、弁護活動を行う際に注意しなければならない。被害者弁護人は、優先的に被害者の利益保護を図ることができるが、その為に捜査機関、裁判所等を欺くこと、事実を隠蔽することは許されない<sup>(34)</sup>。

いわゆる一般的な刑事弁護に関して、一定のメソッドのようなものが存在しており、刑事弁護人はそれに沿って代理人活動を行うことが多い<sup>(35)</sup>。それ故刑事弁護人が、訴訟参加人の代理人として活動を行う際にも、彼らは「防衛活動」を行うとの視点から、代理人活動を行うことになり、結果として訴訟参加人の利益を損なう結果を招く虞が指摘される。すなわち、被告人を訴訟において攻撃するということが、訴訟活動の主目的とされがちになるというのである。しかしながら典型的な被害者弁護というものは存在せず、被害

---

(32) *Schroth* (Fn.8), S.19.

(33) *Schroth* (Fn.8), S.24.

(34) *Schroth* (Fn.8), S.19.

(35) ドイツにおける刑事弁護について、例えば Vgl. *Beulke*, *Zwickmühle des Verteidigers*, FS für Claus Roxin 2001, S.1173.

者弁護人には被害者個人のニーズに合わせた代理人活動を行うことが求められる。すなわち単に眼前の被告人の処罰を求めるか、真実発見をその目的として、眼前の被告人が無罪である可能性も含めて訴訟活動を行うことが求められるのか、民事訴訟を通じた損害賠償及び訴訟外での和解を通じた損害賠償を求めるのか、等が問題とされる<sup>(36)</sup>。更に被害者が外国人である場合には、依頼人である被害者の出身国における文化、宗教、法制度の違いが被害者弁護を困難にする可能性が指摘されており、被害者弁護を行う弁護人にはこれらの差異を考慮に入れた活動が求められる<sup>(37)</sup>。依頼人である被害者が外国人である場合には、被害者弁護を行う上で通訳・翻訳人との連携を図ることが不可欠となり、この点についても十分に考慮されなければならないだろう<sup>(38)</sup>。

また、従来の刑事弁護と被害者弁護との関係について、被疑者・被告人と被害者にとって双方に共通した利益（例えば双方が何らかの和解を望んでいる場合）が問題とされる際に、刑事弁護の経験が、被害者弁護に生きてくる

---

(36) 被害者弁護人の主たる活動（以下の数字は、278 事例、200 人に対するアンケート調査に拠る。アンケート結果について、*Barton* (Fn.28), S.163. に拠った。）。

捜査手続における被害者弁護人の活動

- ・ 裁判書類の閲覧・謄写請求（72.5 %）
- ・ 捜査機関に対して積極的な捜査活動を行うように働きかけること（51.5 %）
- ・ 裁判官聴取への同席（7 %）

公判における被害者弁護人の活動

- ・ 訴訟参加人との同席（86.5 %）
- ・ 裁判官及び鑑定人の忌避申立（0 %）
- ・ 裁判所命令への意義申立（0 %）
- ・ 証拠調べ請求（9 %）
- ・ 訴訟参加申立（16 %）
- ・ その他の訴訟活動に関する申立（18.5 %）
- ・ 刑事弁護人の質問の拒否（0.5 %）
- ・ 附带私訴手続の申立（5 %）

(37) *Schroth* (Fn.3), S.21.

という側面もあるが、伝統的な刑事弁護における「防御」の観点からのみではなく、被害者弁護人の活動が公判における訴訟参加人のための代理人活動以外にも、訴訟外における和解、他の専門家との連携、被害者支援組織との連携等様々な場面において重要となることから、民事法、その他社会保障等に関わる法分野における弁護人との議論が行われ<sup>(39)</sup>、被害者弁護のあるべき姿について模索していくべきであるという主張がされる<sup>(40)</sup>。

また、刑事弁護と被害者の訴訟参加について、訴訟参加は必ずしも刑事弁護の戦うべき敵になるわけではないが<sup>(41)</sup>、訴訟参加人は、通常被告人の処罰を目的として訴訟参加を行うことが多い。それ故刑事弁護人は、大抵の場合、訴訟参加から刑事弁護に有利な事情を引き出せるとは考えない。ただし、被

---

(38) 裁判所構成法 187 条 2 項によれば、訴訟参加人が問題とされる手続において十分に言語の理解ができない場合、裁判所は当該訴訟参加人のために、通訳・翻訳人を選任しなければならないとされる。従来から、被疑者・被告人が外国人であり、かつ彼らが手続で使用される言語の理解を十分にできない場合において、通訳・翻訳人依頼権が認められてきた。これは、手続で使用される言語の理解が、被疑者・被告人に認められる法的地位の実質的保障のために不可欠の要素であるとされている所以であろう。以上に関して、拙稿「刑事訴訟における公正な裁判を求める権利と弁護人依頼権、接見交通権、通訳権保障との関係—ヨーロッパ人権条約 6 条における公正な裁判原則に関する議論を参考に—」*広島法学* 34 卷 4 号 99 頁参照 (2011 年)。ドイツにおいては、刑事訴訟において認められる被害者の法的地位の高まりを受けて、2004 年の法改正により、訴訟参加人に対しても通訳・翻訳人依頼権が認められるに至った。Vgl. *Kissel/Mayer, Der Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 6. Aufl. 2010, § 187.

(39) ドイツにおいて、弁護人活動の専門化が一般的であり、各法領域においてそれぞれ専門化された弁護人が存在する。これまで被害者弁護は、刑事弁護人がこれを担うものとされてきた。Vgl. *Barton* (Fn.28), S.161ff.

(40) *Barton* (Fn.28), S.167.

(41) 確かにドイツ刑事訴訟において、訴訟参加人が被告人の無罪を求めて訴訟参加を申し立てた事例がある。しかしながら、当該事例において裁判所は、被告人の無罪を求める訴訟参加は、当該制度の目的に反するとして、被害者の訴訟参加を認めなかった。以上について、拙稿・前掲註 (1)・161 頁参照。

告人と被害者の刑事和解<sup>(42)</sup>が成立しているなど、被告人、被害者双方にとって利益となる事情が存在している場合においては、訴訟参加が刑事弁護にとって有利に働くことも想定できる。被害者弁護を担う弁護人と、刑事弁護人、一見相反する利益を擁護する立場にある両者ではあるが、先述のように双方に共通した利益が存在する場合もある。刑事弁護人と被害者の代理人である弁護人が、双方の依頼人の利益について、ある種の通訳のような役割を果たしているのではないかという指摘がなされる<sup>(43)</sup>。以上について、刑事訴訟の目的が何であるかという問いに立ち返って考えるなら、刑事弁護も被害者弁護もある程度共通した目的を目指して行なわれるべきものであるが、現実には、被害者が刑事訴訟に参加することと無罪推定原則との関係、被害者保護が刑事訴訟の主たる目的足りうるか等、解決すべき問題も多く存在し、刑事訴訟が如何なる目的のもとに行なわれるのかという議論と併せて、刑事訴訟における被害者のあるべき姿との関連でも論じられるべきである。

刑事訴訟における訴訟参加人の権利拡大に伴い、被害者弁護人を請求できる被害者の人的範囲が拡大される傾向にある。通常訴訟参加人である被害者が、何らの法的援助を受けずに自らの法的地位についての的確に把握し、認められる権利を有効に行使するのは困難であり、被害者に認められる法的地位の実質的保障のためには、法律の専門家である弁護人の援助が不可欠のものであるといえよう。当然のことながら、通常被害者は法律の専門家ではない。それ故に被害者の法的地位が強化され、付与される権利が拡大すればするほど、被害者がそれを有効に行使するために、なんらかの法的援助を必要とす

---

(42) ここでいう刑事和解とは、主にドイツ刑法 46 条 a が定めるものが想定されるが、その他、被告人と被害者が何らかの合意に至り、被害者が、刑事告訴を行わない場合、公判において問題とされる被告人の行為について、その事実認定及び量刑判断に際して有利な供述を行う、または証人としての証言拒絶権を行使して不利な供述を行わなかったなどの事情が存在する場合も含まれると考えられる。

(43) *Barton* (Fn.28), S.168.

る場面が増える。ドイツにおいて被害者弁護を担う弁護人の専門性の欠如も問題とされることがあり<sup>(44)</sup>、刑事訴訟における被害者弁護の特殊性に鑑み、被害者対応専門の弁護人を養成すべきであるという主張がされる<sup>(45)</sup>。近年のドイツ刑事訴訟における被害者の法的地位の向上を考えれば、被害者専門の弁護人養成について、前向きに検討していく必要があるように思われる。

### (3) 小括

ドイツ刑事訴訟において、訴訟参加人に対して無償の弁護人依頼権が認められる場合があり、その対象となる人的範囲は広い。これは、訴訟参加人に対して認められる法的地位の実質的保障のために、弁護人による法的援助が重要視されている所以であろう。実際に被害者である訴訟参加人が、自らに認められる法的地位についての的確に把握し、有効に権利行使をするためには弁護人の法的援助が必要となる。

訴訟参加人の代理人である被害者弁護人の活動は、包括的な被害者保護実現のため多岐にわたる。また通常の刑事弁護とは異なり、典型的被害者弁護というものは存在せず、各被害者のニーズに沿った被害者弁護の実践が求められている。それ故被害者弁護人の活動は公判におけるものに限定されることはなく、公判外活動にその重点が置かれることも決して珍しいことではない。

被害者弁護人の活動は、一般的な刑事弁護人の活動に、類似性が認められる部分も存在するが、基本的にはその性質を異にしており、訴訟参加人のための代理人活動は、これまでの弁護人の業務とは異なる性質を持つものである。訴訟参加人のための代理人活動は、弁護人にとって新たな活動領域を提供し、被害者弁護に特化した弁護人の必要性を生じさせる<sup>(46)</sup>。これは、一般

---

(44) *Barton* (Fn.28), S.161.

(45) *Barton* (Fn.28), S.162.

的な刑事弁護人にとっても新しい刑事弁護の選択肢を与える可能性のあるものであるといえよう。被害者弁護のあり方について、刑事訴訟の目的論との関連においても議論がなされるべきであり、ドイツにおける今後の展開が注目される。

### 3. わが国の刑事訴訟における被害者弁護 —ドイツにおける議論を参考に—

#### (1) 総説

犯罪被害者等基本法はその 1 条において、「この法律は、犯罪被害者等のための施策に関し、基本理念を定め、並びに国、地方公共団体及び国民の責務を明らかにするとともに、犯罪被害者等のための施策の基本となる事項を定めること等により、犯罪被害者等のための施策を総合的かつ計画的に推進し、もって犯罪被害者等の権利利益の保護を図ることを目的とする」と定め、これ以後わが国において、刑事訴訟上の被害者の権利保護を図り、それを必要に応じて拡充すべきであるとの方向性を明確にした。2007 年 6 月には「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事訴訟等の一部に関する法律」が成立し、刑事裁判への被害者参加を実現するため、被害者参加制度が創設された。被害者参加制度は、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ものであることが期待されている<sup>(47)</sup>。被害者参加人には、刑事訴訟において一部主体的地位が認められており、その実質的保障のため、国費による弁護人依頼権が認められる場合がある。以下では、上述したドイツにおける議論を参考にしながら、わが国の制度を検討する。

(46) Barton (Fn.28), S.167.

(47) 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 頁以下参照 (2009 年)。

## （２）被害者参加弁護士

### ①被害者参加制度

被害者参加制度において、その対象となるは、故意の犯罪により人を死傷させた罪（死傷結果につき故意がなくとも、その基本犯となる行為から死傷結果が生ずれば対象事件となる。例えば強盗致傷罪等。）、強制わいせつ、強姦、準強制わいせつ及び準強姦の罪、業務上過失致死傷及び自動車運転過失致死傷の罪、逮捕及び監禁並びに略取・誘拐及び人身売買の罪（以上列記した全ての犯罪類型に関して、当該違法行為にこれらの罪の構成要件に該当する行為が含まれている場合、これら未遂罪も同様）である<sup>(48)</sup>。以上列挙した罪の被害者等（被害者又は被害者が死亡した場合若しくはその心身に重大な故障がある場合におけるその配偶者、直系の親族若しくは兄弟姉妹をいう<sup>(49)</sup>。）が被害者参加人として刑事訴訟への参加を認められることがある。

被害者参加人に対して、訴訟当事者である被告人と比べて制限はあるものの、公判における在廷権（刑事訴訟法 316 条の 34）、検察官に対する意見陳述権（刑事訴訟法 316 条の 35）、証人尋問権（刑事訴訟法 316 条の 36）、被告人質問権（刑事訴訟法 316 条の 37）、事実又は法律の適用について意見陳述をする権利（刑事訴訟法 316 条の 38）等が認められている<sup>(50)</sup>。これらの権利を実質的に保障し、被害者保護に資するために、国費による弁護人依頼権が認められる場合がある。

---

(48) 被害者参加制度の対象犯罪は 80 ある。対象犯罪の一覧表について、白木功＝飯島泰＝馬場嘉郎「『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 19 年法律第 95 号）の解説（２）」法曹時報 60 卷 10 号 60 頁以下参照（2008 年）。

(49) 親家和田仁「『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 60 卷第 10 号 112 頁以下（2008 年）。

(50) 被害者参加制度について、親家・前掲註（49）・109 頁以下、阿部潔「被害者参加制度について」刑事弁護第 57 号 88 頁以下等参照（2009 年）。

②国選の被害者参加弁護士を請求できる被害者

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（以下犯罪被害者保護法とする）5 条は、被害者参加人に対して、国費による弁護士依頼権が認められることがある旨定める。本条の規定によれば、被害者参加人として公判への参加が認められる被害者が、その資力に欠ける場合に、被害者参加弁護士を請求できることとされ、日本司法支援センターが候補となる弁護人を指名し（犯罪被害者保護法 6 条 1 項）、裁判所が被害者参加人の代理人となる被害者参加弁護士を「選定」するものとされている<sup>(51)</sup>（犯罪被害者保護法 7 条）。犯罪被害者保護法 7 条の規定が、「選定」という文言を用いたのは、被害者弁護の特殊性をある程度認識し、その効果的実践のためには、一定の専門的知識を持った弁護人の必要性が認識されているからであろう<sup>(52)</sup>。

被害者参加人が国選による被害者参加弁護士を請求する場合、資力要件が問題とされ（犯罪被害者保護法 5 条 1 項）、これについて条件を満たさない場合には、私選による弁護人を請求しなければならないとされる。この点につきドイツ刑事訴訟において、特定の重大犯罪による被害者は、経済的条件に左右されずに被害者弁護人を請求することができることとされ、18 歳未満の被害者及び、対象とされる違法行為を理由としてその身体に重大な身体及び心理的障害を被った被害者に対しても、その高い保護必要性を理由として無償の弁護士依頼権が認められる場合がある。わが国の被害者参加人に認められる法的地位は、ド

---

(51) 国選被害者参加弁護士の選定請求に関する資力要件について、犯罪行為を理由として、請求の日から、3 ヶ月以内に支出する見込みの療養費等その他の費用を控除した後の、現金・預金・貯金などの流動資産の合計額が（不動産、国債、株式は除外）150 万円に満たないことが条件とされる。被害者参加人個人の資力のみが問題とされ、家族等の資力はこれに含まれない（犯罪被害者保護法 5 条 1 項、犯罪被害者保護法第 5 条 1 項の資産及び基準額を定める政令 2 条）。以上について、岡村勲編『犯罪被害者のための新しい刑事司法〔第 2 版〕』147 頁参照（明石書店、2009 年）。

(52) 岡村編・前掲註 (51) ・ 125 頁参照。

イツにおける訴訟参加人に認められるそれと比して制限的ではあるものの、被害者保護を目的とした被害者参加制度の趣旨を考えれば、被害者個人に関わる事情により、その高い保護必要性が認められる場合において<sup>(53)</sup>、資力条件に左右されずに無償の弁護人依頼権が認められるべきであろう<sup>(54)</sup>。

### ③被害者参加弁護士の活動

効果的かつ包括的な被害者弁護のために、被害者の代理人となる弁護人には、被害者と詳細な面談を行い、依頼人である被害者が弁護人に対して何を求めているのか、何を目的としているのかということについて十分に把握しておくことが求められる<sup>(55)</sup>。ドイツにおける被害者弁護人は、被害者の身体

---

(53) ドイツ刑事訴訟法 395 条 3 項は、訴訟参加の条件について、対象とされる違法行為より重大な結果が生じた場合において、被害者が訴訟参加できる旨定める。これを受けて、被害者弁護人の請求についても、結果の重大性及び被害者個人の事情が、その可否についての判断にとって重要となる。わが国の被害者参加人制度についても、被害者保護の必要性から同制度が導入されたことを考えると、被害者個人の事情や、行為結果の重大性などの要素について、被害者参加の可否に関する判断の際に問題とされるべきであり、明文によって規定されるべきであろう。

(54) 更に現行法によれば、国選被害者参加弁護士を請求できるのは、被害者参加人に限られるとされており、被害者が公判への参加を求めず、弁護人による法的援助のみを求める場合においても、便宜上被害者参加の申立を行わなければならない。被害者参加人に在廷義務はなく、事実上公判への参加を行わないということも可能ではあるが、高い保護必要性が認められる場合において、被害参加人以外にも、国費による弁護人の法的援助を受けられることが認められるべき場面があるのではないだろうか。

(55) 弁護人が被害者弁護を行う際に、被疑者・被告人弁護と同様に守秘義務遵守との関係で問題が生ずる場合がある。弁護士法 23 条は、弁護士もしくは弁護士であったものが業務上知り得た秘密を保持する義務を負う旨定め、刑法 134 条 1 項は、これを正当な理由なく他人に漏らした場合、処罰されることがある旨規定する。被害者弁護を担う弁護人は、被害者に関わる何らかの秘密を知り得る場合があることが考えられるため、被害者弁護の遂行上被害者に関わる秘密の開示が必要となる場合には、これについて被害者と事前に合意しておくことが求められよう。

及び心理的安定に重点を置き様々な活動を行うものであるが、彼らの活動は公判におけるものに限定されることなく、公判外における活動も被害者弁護にとって重要なものとなる。ドイツにおける被害者弁護を担う弁護人の役割は、公判における訴訟参加人への法的援助のみならず、公判外における被害者の利益保護をも意識して行なわれなければならないとされている<sup>(56)</sup>。

以上のことは、わが国において被害者弁護が実践される際にも重要なものであると考えられる。しかしながら、わが国において、被害者弁護を実践する中核となるはずの被害者参加弁護士について、その活動は、公判におけるものに限定されているのが実情である。すなわち、被害者参加弁護士は、被害者が被害者参加人として活動を行う範囲において代理人活動を行うこととされており、公判外活動について、被害者参加弁護士の活動対象とはならない<sup>(57)</sup>。この点について、被害者個人が自らの資力により被害者参加弁護士を選任した場合には、公判外活動についても別途委任契約を締結し、被害者弁護を求めることができるのであるが、被害者に資力がなく、国選により被害者参加弁護士が選定された場合においては、いささか問題が生ずる。すなわち、被害者参加弁護士の活動が、公判におけるものに限定されるがゆえに、

---

(56) ドイツにおいて被害者弁護人は、被害者の利益を第一に考えた弁護活動を行い、そのニーズに沿うため様々な領域でその活動を行うことが求められている。わが国においても、被害者参加人として手続に参加する被害者の目的は様々に異なり、被告人の処罰を望む者、金銭的補償を望む者等様々であるように思われる。以上について、峰ひろみ「被害者参加制度における検察官と被害者参加弁護士の役割」法学会雑誌 49 巻 2 号 209 頁 (2009 年)。

(57) 被害者参加弁護士の業務の対象となるのは、被害者参加に関わる活動及び、これに密接に関連する活動、例えば記録の閲覧謄写、被害者参加人が行う従来の意見陳述(刑事訴訟法 292 条の 2) のサポートに限られる。被害者のためのマスコミ対応、被害届及び告訴状提出、刑事訴追機関で行われる事情聴取への同席、公判外における和解活動、被害者保護法 13 条が定める刑事和解のための活動、犯罪被害者給付金請求手続の代行等は被害者参加弁護士の活動対象とならない。以上に関して、岡村編・前掲註 (51) ・ 154、155 頁参照。

公判外における活動について法的援助を受けることを希望する場合において、その資力に欠けることを理由として被害者弁護を受けることを断念せざるを得ないことが想定されるのである<sup>(58)</sup>。効果的な被害者弁護を実現するためには、その対象が公判に限定されることは望ましいこととはいえ、公判外活動についても国費による弁護人の法的援助が必要となることがあろう<sup>(59)</sup>。弁護人による法的援助を求める被害者について、その性格、社会的環境、家庭環境、仕事、友人関係、被害者と犯人とされる者との関係はそれぞれ異なり、それ故被害者弁護に求められる要素も様々に異なるのである。

わが国において、被害者参加人はその権利行使に際して、検察官の同意を求められることが多く、かつその活動は検察官の示した訴因の範囲内に限定されるため、被害者参加弁護士には検察官との十分なコミュニケーションを確保しておくことが求められる。これは被害者参加人の訴訟活動が、検察官に付随する限定的なものであることを意味しているが、今後、刑事訴訟における被害者の権限が拡大していき、今以上の主体的地位が認められるようになれば、それに伴い被害者弁護を担う弁護人の存在はその重要性を増すことになろう。それ故、刑事訴訟における被害者弁護及びその代理人が果たすべき役割の大きさは、被害者に如何なる法的地位が認められるのか、という問いと密接したものであるといえる。被疑者・被告人にとっての弁護人の重要

---

(58) 以上について、日弁連委託の法律支援事業の利用により、被害者に資力が欠ける場合においても、その代理人を選任できるとの指摘もあるが（岡村編・前掲註（51）・156頁参照）、被害者保護の重要性を強調するのであれば、国選被害者参加弁護士の業務範囲を拡大するなどの措置が取られるべきであろう。

(59) 例えば被害者と被告人との和解について、被害者参加弁護士にその役割を期待し、被害者と被告人との関係修復に資することを期待する意見がある（水谷則男「被害者参加人の代理弁護士は何をすべきか」刑事弁護第57号98頁以下参照（2009年））。しかしながら和解を前提とした被害者弁護に対して、懐疑的な態度をとる論者もおり（岡村編・前掲註（51）・142頁参照）、これについて、依頼人である被害者の求めるものが何であるのかということについて、的確に把握しておくことが求められる。

性に関しては論をまたない。同様に、被害者が刑事訴訟において認められる諸権利に関して、それを十分に理解しかつ有効に行使するためには、弁護人の援助は不可欠のものとなる。従来の刑事弁護実務とは異なる、被害者弁護に対応するために、被害者弁護に特化した弁護人の存在が求められることも想定でき、被害者弁護に特化した弁護人の養成についても検討していく必要があるように思われる。

更に、被害者が外国人であり、かつ当該手続において使用される言語について十分な理解が困難である場合、必要に応じて通訳・翻訳人の援助が必要となる場合がある<sup>(60)</sup>。被害者が外国人である場合、刑事追迫制度、文化、宗教的な差異が原因となり、被害者弁護がより困難なものとなることが予想され、外国人被害者のための被害者弁護を行う際に、弁護人と通訳・翻訳人との連携が求められる。この点について、外国人被害者が、当該手続において使用される言語を十分に理解することができない場合、必要に応じて通訳・翻訳人を請求できる権利が認められるべきなのであって、この点についても何らかの立法的措置が求められるであろう。

### (3) 小括

被害者参加弁護士の活動は、被害者参加人が公判において行う訴訟活動及び、それに密接に関連するものに限られており、公判外活動についてはその対象とはならない。また、国選被害者参加弁護士の選定を請求できるのは、被害者参加人に限られており、被害者参加制度の対象とならない被害者も

---

(60) 例えば、自由権規約 14 条 3 項 f は、被疑者・被告人が外国人であり、かつ問題とされる手続において使用される言語について十分な理解ができない場合に、無償の通訳・翻訳人依頼権を認める。自らに認められる訴訟法上の権利について十分に把握し、有効な弁護人による法的援助を得るためには、正確な通訳・翻訳がなされることは不可欠の要素であり、これは被害者についても同様のことがいえるだろう。以上について、拙稿・前掲註 (38)・66 頁以下も併せて参照。

もちろん、その対象とされる被害者についても、被害者参加の申立を行わない場合においては、国費による弁護人の法的援助を受けることはできないとされる。国費による弁護人依頼権が認められる人的範囲について、被害者個人の事情も考慮されるべきであり、その結果高い保護必要性が認められる場合において、当該被害者はその対象とされるべきであろう。

また、依頼人である被害者のニーズに沿った包括的な被害者弁護を実践するためには、弁護人の活動対象が公判に限定されることは望ましいことであるとはいえ、公判外活動についてもその対象とされるべき場合がある。また、依頼人である被害者が外国人である場合、必要に応じて通訳・翻訳人との連携が必要となり、刑事訴訟制度、文化的差異等も考慮に入れた被害者弁護の実施が求められる。

更に被害者弁護の特殊性を考えると、その効果的な実践のために、被害者専門弁護士の必要性も考慮されるべきであり、これについても議論がされなければならないだろう。

#### 4. おわりに

被害者保護の観点からすれば、刑事訴訟における被害者の法的地位が向上することは好ましいことであるといえ、それに伴い、被害者弁護を担う弁護人の存在は、その重要性を増す。効果的な被害者弁護を実践するためには、それを担う弁護人の活動が公判に限定されることは好ましいものとはいえ、公判外における被害者の利益保護についても常に意識がされなければならない。

被害者保護の重要性について疑いはないが、一方で無罪推定原則が妥当するはずの刑事訴訟において、なぜ「被害者」という存在が観念されうるのか<sup>(61)</sup>、といった問題もつとに提起されている<sup>(62)</sup>。被害者保護の重要性を十分に認識しつつ、その実践に関して、刑事訴訟の目的が何であるのかという問題との関連においても十分に議論がされなければならないだろう<sup>(63)</sup>。そうした議論

を踏まえた上で、被害者保護をいかなる形で実践していくことが被害者にとって最も好ましいものであるかについて検討され、被害者に対していかなる法的支援が必要であるのか、法律の専門家である弁護士がどのような形でそれに関与していくかについて、議論が行われなければならない。以上の問題について、今後の課題としたい。

- 
- (61) 若干古いデータではあるが、被害者参加の許否に関する裁判所の判断について、ほとんどに事案において許可を与えているのではないかの指摘がある。以上に関して、日比一誠「被害者参加制度の運用状況」法律のひろば 63 巻 3 号 14 頁参照 (2010 年)。被害者参加が被疑者・被告人の防御権に与える影響は軽視できるものではなく、被害者保護の重要性を考慮しても、被害者が刑事手続に参加する要件は慎重に検討されるべきであるように思われる。被害者参加が刑事手続に与える影響について、阿部潔「被害者参加と公判：アンケート調査等の分析に基づく考察」刑事弁護第 61 号 42 頁以下 (2010 年) も併せて参照。
- (62) 拙稿「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—」広島法学 34 巻 4 号 176 頁以下参照 (2011 年)。
- (63) すなわち、刑事訴訟の目的に被害者保護が含まれるのかが問われる。以上について、筆者がドイツ・テュービンゲン大学で行った研究報告、Yoichi MIZUNO, 「Zum Anspruch des Opfers auf ein faires Verfahren」, Tübingen Germany, (August 2011)の際に、ヨアヒム・フォーゲル教授 (Prof. Dr. Joachim Vogel) より指摘を頂いた。