

# 刑事司法における被害者の法的地位

## —修復的刑事司法の理念的前提条件—

鯨 越 溢 弘

### はじめに

戦後我が国の刑事訴訟法学において、犯罪被害者は、『忘れられた存在』であったが、1980年代以降の犯罪被害者に対する国際的な関心の高まりの影響を受け、我が国においても、活発な研究が行われるようになってきた<sup>1</sup>。

犯罪被害者の権利について、関心が低かった最大の理由は、戦前の我が国の刑事司法における被疑者・被告人の権利保障が充分ではなかったこと、特に戦時中の特別高等警察や思想検事が反体制派に対する政治的弾圧の手段として刑事司法上の権限を濫用したこと、の反省に基づき、被疑者・被告人の権利を保障することが急務であるという認識が普遍的に存在したことである。

更に、戦後刑事訴訟法学の主たる関心は、大陸法から英米法への理念的転換を図った現行刑事訴訟法の解釈・運用に関する研究にあったが、そこでも、旧刑事訴訟法のもとで培われた糺問主義的実務との対抗上、被疑者・被告人の人権を擁護するための理論構築に努力が傾注されたのである。このような状況の中では、被害者の権利を主張することは、被疑者・被告人の権利保障を弱めることになるという懸念さえ表明されたのである。

しかし、被害者の権利保障を主張することが、被疑者・被告人の権利保障を弱体化するという主張は、正しいのであろうか。また、それ

は、現行憲法・刑事訴訟法の理念と一致するのであろうか。

本稿は、刑事訴訟法における「当事者」概念を再検討することを通じて、犯罪被害者の法的地位を明らかにすることを目的としている。そして、それは同時に、現在、盛んな研究が行われている『修復的刑事司法』の理念的な前提条件を確立することを意味する<sup>2</sup>。何故ならば、『修復的刑事司法』を理念的に基礎付けるためには、加害者と被害者を当事者と位置付けること、そして、当事者間における自律的な解決を認めることが必要だからである。

## 1. 私人訴追主義における「当事者」

現行刑事訴訟法は、「公訴は、検察官がこれを行う」（247条）と規定している。そして、この規定を根拠として、殆どの教科書は、国家公務員である検察官が起訴するのであるから、現行法は国家訴追主義を採用していると解し<sup>3</sup>、刑事訴訟法における「当事者」は、検察官と被告人であるとしている。この理解が正しいとすれば、刑事手続において、犯罪被害者に一定の「参加」は認められるとしても、少なくとも、訴訟「当事者」として関与する余地は、存在しないこととなる。

しかしながら、筆者は、この理解が誤りであり、現行憲法・刑事訴訟法は、訴追理念としての私人訴追主義に立脚していることを繰り返し論証してきた<sup>4</sup>。最近では、次第に筆者の主張に対する理解が進んできたように思われる<sup>5</sup>が、未だ不十分であると思われるので、整理しておきたい。

まず、現行憲法・刑事訴訟法は、国家訴追主義を採るとする論拠とされるのは、「公訴」は検察官がこれを行う、という規定である。しかし、「公訴」という概念は、フランス法の「action publique」に由来し、「私訴」を意味する「action civile」と対をなす概念であっ

た。フランス法の影響の下に制定された我が国の治罪法においても、『私訴』と『公訴』が規定されていた。すなわち、『公訴』は、刑事訴追権の一部を意味する概念に他ならず、フランス法の歴史を顧みれば明かなように、貧困者・寡婦・老人等であるという理由により『私訴』を提起する能力が欠ける者に代わって、公衆の代理人として訴追を行う権限を意味する概念であったのである<sup>6</sup>。更に、イギリスにおける『犯罪訴追協会』の歴史が示す如く、『公訴』は、文字通り、公衆による訴追を意味するのである<sup>7</sup>。

次に、国家公務員である『検察官』が『公訴』を提起するからということをも理由として、現行法制が『国家訴追主義』に立脚していると解するのは、形式的な議論にすぎず、国家訴追『主義』というからには、『訴追理念』としての内実を持たなければならない。

『訴追理念』としての『国家訴追主義』は、絶対王政の中で形成された理念であり、そこにおいては、刑事司法における目的は、『臣民』の権利保護ではなく、『臣民』の利害から超越した君主を中心とする絶対王政という『国体』を護持することにある。従って、『国家訴追主義』に立脚した訴追制度は、『股肱の臣』としての警察官・検察官・裁判官が、『国体の護持』のために、一体となって活動することを可能とすべく設計されなければならないし、『臣民』の権利を超越した権限を付与されなければならない。従って、『国家訴追主義』に立脚した検察官は、統治権を総攬する君主に帰属する刑事訴追権を行使する官吏として、可能な限りの権限を付与されなければならない。この意味において、我が国における明治憲法の下では、まさに、『国家訴追主義』が貫徹されていたと言えるのである。

これに対して、『私人訴追主義』は、国民主権を実現するための市民革命期に形成された訴追理念であり、刑事司法における目的は、『公衆の福祉 (public welfare)]<sup>8</sup>を維持すること、すなわち、市民の自由・財産・生命・名誉を保護することにある<sup>9</sup>。従って、『私人訴追主

義』に立脚する訴追制度においては、刑事訴追権は、国民に帰属するものとして制度設計されなければならない。すなわち、公判準備のための捜査権・訴追権は、市民に属するのであり、社会の高度化・複雑化の中で分業が進んだことに対応するために、一定の職能を公務員に付託するとしても、市民と同等の権限において『公僕(public servant)』として捜査を行う警察官、市民の付託を受けて訴追権を行使する検察官という制度が構想されるのである。そして、後で詳述するように、現行憲法及び現行刑事訴訟法は、『私人訴追主義』に立脚しているといえることができるのである。

『私人訴追主義』に立脚するならば、刑事訴訟における当事者は、犯罪の直接の被害者・その家族及び犯罪によって引き起こされた社会秩序の侵害によって被害を受けた一般市民を含むという意味での広義の犯罪の『被害者』に他ならず、検察官は、『加害者』とされる被疑者・被告人の法的代理人である弁護士と対等の『被害者』の法的代理人というのが論理的帰結となる。

## 2. 刑事訴訟法における訴訟『当事者』 としての『被害者』

これまでの論述において、犯罪の『被害者』及び『加害者』という用語を定義することなく使用してきたが、犯罪の『被害者』は、現行法制の下では、種々の法的地位を有している。すなわち、犯罪の被害者は、告訴権者・告発権者、証拠方法（証人）、民事訴訟の原告、犯罪被害者給付金の請求者等、種々の法的な地位がある。この区別を明確にした上で、犯罪『被害者』の権利・義務を論じる必要がある。

『犯罪学』の研究動向を見てみると、犯罪『被害者』は、主として保護客体の観点から論じられることが多かったように見受けられる<sup>10</sup>

が、本稿では、訴訟当事者としての【被害者】について論じることとしたい。既に述べた如く、民主主義社会においては、刑事訴追権は、究極的には、広義の意味での犯罪【被害者】に属するとする【私人訴追主義】に立脚すべきである。

しかしながら、天皇主権原理に基づく明治憲法から国民主権原理に基づく現行憲法への革命的変更が行われたにも関わらず、我が国の刑事訴訟法学においては、訴追理念に関する研究は殆ど顧みられることがなく、現行法制においても【国家訴追主義】が採られており、刑事訴訟における訴追側【当事者】は、検察官であるとされてきたのである。そして、この理解こそが、陪審制度を採用しなかったことと並んで、刑事司法の民主的改革を阻んできた要因であると言って過言ではない。

【私人訴追主義】との関連で問題となるのは、憲法32条の解釈である。通説では、憲法32条は、民事訴訟及び行政訴訟について、市民の訴権、つまり訴訟の原告となる権利を認めたものであるが、刑事訴訟における訴権を認めたものではない、とされている<sup>11</sup>。しかしながら、憲法32条が、訴権を規定していることを認めながら、刑事訴訟における訴権を認めたものではないという見解は、少なくとも、憲法解釈としては誤りである。何故なら、現行憲法を概観すると、まず、憲法31条において刑事司法全体の理念である【適正手続の保障】を規定し、同法32条において市民の訴追権を規定し、同法33条から35条において捜査手続における被疑者・被告人の権利を規定し、同法37条において公判手続における被告人の権利を規定するという構成になっている。憲法32条が、訴権を定めた規定であり、かつ、憲法31条以下40条の規定が刑事事件に関する規定であることは、通説と言えども否定しえないとすれば、刑事訴権を排除するには、積極的な理由が必要である。

恐らく、既に述べた刑事訴訟法247条を根拠として、刑事訴訟法学の通説が、我が国の現行刑事訴訟法は【国家訴追主義】を採り、かつ、

検察官による起訴独占が採用されているとしていることと整合させるために、憲法32条は刑事訴権を認めたものではないという解釈を引き出したと思われる。しかしながら、下位法である刑事訴訟法の解釈を根拠として、憲法解釈を行うことは、憲法学の「敗北」であると言わざるをえない。

また、最高裁も、住居侵入事件の告訴人が、告訴があった場合には検察官は訴追義務を負うと主張した上告について、『私人である被害者又は一般に訴追の権利を享有行使せしめる、いわゆる、被害者訴追主義又は一般訴追主義』を、憲法も刑事訴訟法も採用していないとした<sup>12</sup>。しかしながら、この判例をもって、『私人訴追主義』を否定した判例と評価することは、誤りである。判例は、憲法も刑事訴訟法も、被害者訴追主義又は一般訴追主義を採用していない理由として、告訴事件について、検察官に訴追義務を負わせるものではないと述べているに過ぎない。『私人訴追主義』に立脚したとしても、告訴・告発があった場合に、直ちに、訴訟係属が生じるわけではない。告訴・告発手続に関しては、その形式的要件<sup>13</sup>及び実質的要件<sup>14</sup>を欠けば、訴訟係属を生じさせることなく手続を打ち切るのは、当然のことだからである。

現行憲法及び現行刑事訴訟法が、『国家訴追主義』を採用しているのか、『私人訴追主義』を採用しているのかという議論の核心は、現行憲法の定める国民主権＝民主主義の理念を、刑事訴訟法の解釈において、どこまで深めるかという点にある。現行憲法が、国民主権を理念としていることは、明白であり、既に述べた如く、現行憲法32条で『国民の刑事訴権』を規定していると解釈するのが、素直な解釈である。

この解釈が正しいとすれば、犯罪『被害者』こそが、刑事訴訟における当事者である、という結論になる。問題は、現行刑事訴訟法において、犯罪『被害者』は、訴訟当事者としての『正当な扱い』を受け

ているか否かである。

### 3. 犯罪【被害者】と捜査

犯罪【被害者】が、現行刑事訴訟法において、訴訟当事者として「正当な扱い」を受けているかという問いを發するとき、我々は、現行憲法及び現行刑事訴訟法は、「国家訴追主義」を採用しているとする迷妄こそが、適切な実務の運用を阻害してきたことに気づかざるをえない。そこで、まず最初に、現行刑事訴訟法の規定を、「私人訴追主義」に立脚して解釈し直すことから初めたい。

犯罪【被害者】を訴訟当事者として構成する場合、重要なことは、訴追手続きを、訴訟係属を生じさせる【起訴】の一点に絞って考察するのではなく、捜査－訴追－公判手続きを総体として考察することである。何故ならば、訴追権は、公判において【被告人が有罪であり、処罰を求める】という当事者の主張の真偽につき審判を請求する権利に他ならないからである<sup>15</sup>。

従って、犯罪【被害者】は、まず、犯罪が発生し、自分が被害者であることを主張し、そのことを証明する必要がある、それは、捜査手続きに属する<sup>16</sup>。そこで問題となるのは、犯罪【被害者】は捜査権を有するか否かである。

【国家訴追主義】に立脚する従来解釈において、捜査とは、犯罪の嫌疑が存在する場合に、被疑者の身柄確保と証拠の収集・保全のために、【捜査機関】が行う公判準備であるとされてきた。そのために、私人が現行犯を逮捕したとしても、これを捜査行為とはいわないとしてきた<sup>17</sup>。しかしながら、捜査の目的が、被疑者の身柄確保と証拠の収集・保全であるとするれば、それが私人によるものであるか、公務員によるものであるかに決定的な違いは存在しない<sup>18</sup>。民主主義国家においては、刑事訴追権がそうであるのと同様に、刑事捜査権も究極的

には国民に帰属すべきである。そして、現行憲法及び現行刑事訴訟法も、このことを当然の前提としているのである。

既に見たように、現行憲法は、31条以下に刑事訴訟に関する詳細な規定をおいているが、33条において「何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない」と規定している。現行犯逮捕が、捜査機関によって行われた場合は捜査であるが、私人によって行われた場合は捜査ではないという主張は、刑事司法は公務員の独占物だと主張するのと同じであり、国民主権を理念とする現行憲法とは相いれない<sup>19</sup>。

更に、現行憲法35条は、「何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収されることのない権利は、第三十三条の場合を除いては、正当な理由に基づいて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない」と規定している。逮捕に際しては、令状なしに搜索・押収ができる旨を定めた規定であるが、ここでいう逮捕には、当然、私人による現行犯逮捕も含まれる筈である。とすれば、私人による強制的な証拠の収集を想定した規定だという他なく、私人による捜査を否定することには違和感を抱かぬ者はいないであろう。

一方、現行刑事訴訟法は、197条において、「捜査は、その目的を達するため必要な取調をすることができる。但し、強制の処分は、この法律に特別の定めのある場合でなければ、これを行うことができない」と規定し、任意処分の原則・強制処分法定の原則を明らかにしている。そして、199条以下に、強制処分を行うに際しては、裁判官の発する令状によらなければならないことを規定しているのである。

ここで注目すべきは、197条の規定において、捜査を行う主体については、何らの限定もしていないことである。従来の解釈では、捜査は捜査機関が行うということを当然の前提と解していたが故に、その



主体については、疑問を發することがなかった。

しかしながら、『私人訴追主義』の観点からすれば、捜査権も究極的には国民に帰属するのであり、197条が特に捜査の主体を限定していないのは、私人も捜査主体となりうることを想定したからであるという結論になる。

このことは、任意処分原則と令状主義の関係を考慮する場合に、①捜査は、他人の権利を侵害しない限り、私人を含め誰でも自由に行うことができ、捜査機関もアプリアリに私人以上の権限を有するものではない、②強制処分を行う場合には、訴追側・被告側から中立・公平な裁判所の發する命令状によらなければならない、という重要な帰結が導かれる。

更に、強制処分は、捜査機関の『専売特許』ではなく、本来は、裁判所固有の権限なのである。実際、現行刑事訴訟法も、57条以下において、召喚(57条)、勾引(58条)、勾留(60条)、出頭・同行命令(68条)、差し押さえ等(99条)、搜索(102条)、検証(128条)、証人尋問(143条)、鑑定(165条)等、裁判所が行う強制処分について規定している。これらの規定は、裁判所が職権によって行うものと解されているが、それが使われることは稀である。その最大の理由は、これらの規定が、例えば召喚・勾引の如く『被告人』を対象としており、そこには、被疑者は含まれないと解されてきたからである。

しかしながら、次第に明らかにされているように、英米法における“the accused”という概念は、告訴・告発された者を意味する概念なのであり、イギリスにおいては、今日でも、私人訴追者は、治安判事に対して、召喚状(the writ of summon)の發布を請求しうるのである<sup>20</sup>。

もし、仮に、現行刑事訴訟法の上記諸規定における『被告人』には、告訴された被疑者が含まれると解釈することが可能であるならば、犯罪『被害者』は、裁判所による捜査援助を期待することができるが、

文理解釈としては無理があり、立法的な解決を待たなければならない。

犯罪「被害者」の訴追意思が実現されるためには、証拠の収集が極めて重要であるが、裁判所にそれを期待できないとすれば、他の方法が模索されなければならない。

#### 4. 犯罪「被害者」と告訴

従来、現行刑事訴訟法の解釈において、一般的には、告訴・告発は、単なる捜査の端緒に過ぎないとされてきた。ただ、『親告罪』の場合にのみ、告訴の存在が訴訟条件となるのである。この解釈は、訴追権は究極的には国家に属し、被害者の意思を超越した国家の立場から刑事訴追権は行使すべきであるとする『国家訴追主義』の立場に立脚するならば、当然の帰結であり、旧法時代となんら変わりのない解釈である。

しかしながら、『私人訴追主義』に立脚するならば、告訴は、犯罪の直接的「被害者」（被害者自身及び法定代理人、被害者が死亡した場合の配偶者等を含む）の訴追意思の表示であり<sup>21</sup>、刑事手続きを駆動させる権利であるということになる。

問題は、現行刑事訴訟法が、旧法に比較し、一般市民たる被害者の訴追意思をどれくらい尊重しようとしているのか、という点である。ただ、注意が必要なのは、既に述べた如く、『私人訴追主義』を採用している英米法においても、一般市民の訴追意思が常実現されるわけではない。換言するならば、告訴が行われたとしても、直ちに、訴訟係属が生じ、公判が開かれるわけではないということである。というのは、既に述べた最高裁判例の如く、中世以前の『被害者訴追』『公衆訴追』と近代の『私人訴追主義』に基づく訴追とを同一視することから、混乱が生じているからである。

告訴に関しては、旧法時代にも規定が存在した。しかしながら、旧法においては、既に述べた如く『国家訴追主義』が貫徹していたが故に、それは、単なる捜査の端緒に過ぎなかった。すなわち、親告罪を除けば、一般市民たる『被害者』の訴追意思を尊重しようとする規定は存在しなかったのである。

しかしながら、現行刑事訴訟法は、242条において、告訴を受けた警察官は、「速やかにこれに関する書類及び証拠物を検察官に送付しなければならない」と定め、告訴事件に関しては、全件送致すべき旨を規定しているのである。すなわち、告訴は、単なる被害届けの場合とは異なり、市民の訴追意思の表明であるから、警察官は、その意思を尊重し、捜査を行い、その結果を検察官に送致する必要があるとしているのである。

ところで、現行刑事訴訟法は、241条において、告訴は「検察官又は司法警察員にこれをしなければならない」と規定している。従来の解釈においては、検察官に対する告訴と司法警察員に対する告訴について区別せずに、告訴権者の選択に委ねるものと解してきた。しかしながら、司法警察員の場合は、告訴を受け、告訴権者に代わって捜査を行い、証拠を収集・保全し、検察官に送致することが想定されているのに対し、検察官は捜査権を有してはいるが、第二義的捜査機関に過ぎず、捜査を主たる任務としているわけではない<sup>2</sup>。

だとすれば、同じ告訴と言っても、司法警察員に対する告訴は、告訴権者が任意捜査の結果として得た証拠のみでは起訴及び公判維持に十分ではないと判断した場合に、捜査の依託を付して訴追意思を表明するものであり、検察官に対する告訴は、告訴権者が、訴追及び公判維持に十分な証拠を既に収集・保全している場合に行うべきものと解するのが妥当であろう。告訴を受けた司法警察員は、必要な場合には、裁判官の発する令状に基づき、強制捜査を行うことができるのであり、市民の付託を受けて、捜査を遂行することとなる。

最後に、告訴と告発の関係について論じておく必要がある。というのは、告訴が犯罪の直接的な「被害者」の訴追意思の表明であるのに対して、告発は、一般市民であれば、誰でも行うことができる訴追形式だからである。

犯罪「被害者」のみを訴追主体とする「被害者訴追主義」は、古代に行われていた復讐（Fehde）を平和的に解決するために発達した裁判に起源を有するが、その目的は、犯罪によって失われた損害の回復と報復であった。告訴は、その近代的な形式であるということが出来る。従って、告訴を認めることは、犯罪「被害者」の応報感情を緩和することに役立つとは言え、他方においては、刑事訴追を「被害者」の私的処分に委ねるといふことになり、犯罪訴追が行なわれなかったり、濫訴が行われる等の問題を生じさせる。犯罪の訴追は、直接的な「被害者」のみの関心事ではなく、社会構成員全体の関心事でもある。何故なら、犯罪が訴追されずに野放しにされるならば、犯罪を助長し、他の社会構成員を危険に晒すこととなるからである。従って、社会構成員に対しても、犯罪を訴追する権利を与えなければならない。それが、告発制度を設けた理由である。更に、市民社会の高度化・複雑化を受け、分業が進む中で、一般市民のみに訴追を負担させることは現実的ではなくなり、私人の訴追負担を補完するシステムが必要となる。そこで、警察あるいは検察が「職業として」訴追の任務を請け負うこととなったのである。現行刑事訴訟法239条1項が「何人でも、犯罪があると思料するときは、告発することができる」と定めながら、同条2項において、「官吏又は公吏は、その職務により犯罪があると思料するときは、告発をしなければならない」として、公務員に告発を義務付けているのは、そのためである。更に、法的な告発義務を負うのは、税法違反を捜査する権限のある税務署職員、税関職員、公正取引委員会等であるが、警察官等もここに含まれると解すべきである。このように解することにより、告訴・告発された被疑者が「被告人(the

accused)】としての訴訟当事者であるということが明確となるのである<sup>23</sup>。

## 5. 告訴権者の権利保護

【国家訴追主義】に立脚していた旧法においては、告訴・告発は、被害届けと同様に単なる捜査の端緒に過ぎず、市民の訴追意思を尊重するという考慮は存在しなかった。

しかしながら、現行刑事訴訟法は、告訴・告発事件は、全件、検察官に送致すべきものとされ(刑事訴訟法242条)、検察官は、その処分結果について、起訴・不起訴を問わず、告訴人等に通知しなければならない(刑事訴訟法260条)ものとされている。更に、検察官が不起訴処分にした場合には、告訴人等の請求があった場合には、その理由を告げなければならない(刑事訴訟法261条)ものとしているのである。

これらの規定は、現行刑事訴訟法において新設された規定であり、明らかに市民の訴追意思を尊重するために設けられたものである。このことから、現行刑事訴訟法は、【国家訴追主義】から【私人訴追主義】へと歩を進めたものと見なければならない。

しかし、【私人訴追主義】が単なる理念に止まらず、刑事訴追権は市民の権利であると言いうるためには、検察官が、告訴人等の訴追意思に反して不起訴処分とし、告訴人等がその処分に不服である場合に、独自に訴訟を進行できるシステムが存在しなければならない。

現行法制では、告訴人等が検察官の不起訴処分に対して不服な場合に、独自に訴訟を進行できるシステムとして、付審判請求手続(準起訴手続)と検察審査会制度とを用意している。

付審判請求手続は、戦前の人権侵害が【国家訴追主義】に立脚した【礼問主義的検察官司法】によって齎されたというGHQの認識と、

警察・検察等の司法官憲による人権蹂躞事件の根絶のためには検察官による起訴独占を打破すべきであるとする戦前から我が国の在野法曹による主張とが結び付いて、現行刑事訴訟法に採用された手続である。

そのために、付審判請求の対象となる事件は、特別公務員が犯した刑法193条乃至196条の罪及び破壊活動防止法45条の罪に限定されているのである（刑事訴訟法262条）。

付審判請求手続に関する刑事訴訟法の規定が僅かであることから、これまで、手続きの意義・構造に関して、見解が対立してきた。すなわち、付審判請求手続の意義について、特別公務員犯罪について検察官が不起訴処分にした場合に、その処分に不服である告訴人・告発人が審判を求める手続であることは疑いないが、通説は、検察官の起訴独占の例外ではあるが、『国家訴追主義』の例外ではないとしてきた。しかしながら、立法の経緯から明らかなように、付審判請求手続は、『検察の民主化』の一環として採用された手続であり、『私人訴追主義』に立脚する手続であると解すべきである。

また、手続の構造に関して、①捜査に準じた手続と解する説、②行政訴訟に準じた手続と解する説、③捜査と公判との中間的手続と解する説、④裁判所・請求人・被疑者の三面関係として構成すべきだとする説等が主張されてきたが、いずれも妥当ではなく、英米における予備審問手続類似の手続と解するのが妥当である<sup>24</sup>。

このように解すると、付審判請求手続の当事者は、請求人（告訴人・告発人）と被疑者ということになり、請求人の手続参加は当然の要請となる。また、付審判決定があった場合に、請求人の法的代理人である弁護士が、訴追側弁護士として検察官が有すると同じ資格・権限に基づいて、訴訟の追行を行うこととしている現行刑事訴訟法の規定も、理論的整合性をもって理解できるのである。

しかしながら、付審判請求手続においては、対象犯罪が限定されて

おり、犯罪【被害者】が、告訴を通じて、その訴追意思を実現する手続としては、限界がある<sup>25</sup>。というのは、告訴人が、検察官の不起訴処分に不満を持つ事件の多くは、業務上過失致死罪や暴行・窃盗等の通常の犯罪だからである。

訴追人が、検察官の不起訴処分に不服である場合に、その訴追意思を実現する方法としては、付審判請求手続の他に、検察審査会への審査申立がある(検察審査会法30条)。

検察審査会は、戦後の【検察民主化】の一環として、検察官による不当な不起訴処分を是正し、市民の訴追意思を実現する方策として、英米の【大陪審 (grand jury)】をモデルとして導入された制度であるが、英米の大陪審と比べると、①不当な起訴処分に対する申立を審理することができず、②検察審査会の議決に法的拘束力を認める明文規定がないという点で、換骨奪胎されている。

しかしながら、戦後の検察審査会の活動をみると、検察審査会は、10万件以上の事件を受審しており、約1万6千件の事件について、起訴相当又は不起訴不相当の議決を行っており、検察審査会の起訴相当又は不起訴不相当の議決を受けて、検察官は約1000件の事件を起訴しているのである<sup>26</sup>。

更に、平成13年6月に公にされた【司法制度改革審議会意見書】においては、「検察審査会の一定議決に対し法的拘束力を付与すべき制度を導入すべきである」として、「裁判員」制度と並んで国民の刑事司法への参加の重要な意義を認めているのである。

その具体的な制度設計に関しては、「司法改革推進本部」の下に設けられた【裁判員制度・刑事検討会】において議論されているところであるが、検察審査会の起訴相当に議決があった場合には、「公訴提起」と同様に法的効果を与える方向で結論が出されることを期待したい<sup>27</sup>。

以上、見てきたように、「私人訴追主義」に立脚すれば、刑事訴訟

における当事者は、犯罪の直接的・間接的【被害者】である一般市民であり、彼らは、告訴・告発という手段を通じて、刑事訴訟に参加するのであり、現行憲法及び現行刑事訴訟法も、そのことを想定しているということが明らかになる。

## 6. 【犯罪被害者保護二法】と犯罪被害者

【私人訴追主義】に立脚すれば、現行憲法及び現行刑事訴訟法における訴訟当事者（訴追権者）は、犯罪の【被害者】であるということは、既にもてきた通りであるが、刑事訴訟において、犯罪の【被害者】が訴訟当事者として活動するためには、警察が収集・保全している証拠を利用できること、検察官が不起訴処分にした理由を詳細に開示されること、捜査が不十分な場合には、補充捜査が可能とすることが必要である。

これらの点が、犯罪【被害者】の保護を求める運動を背景にして、改正・制定された、いわゆる【犯罪被害者保護二法】では、どの程度認められたのかを検討しておきたい。

ここで言う、【犯罪被害者保護二法】とは、「刑事訴訟法及び検察審査会法の一部を改正する法律」（平成12年法律第74号）と「犯罪被害者等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」（平成12年法律第75号、以下、【犯罪被害者保護法】という）である<sup>28</sup>。

刑事訴訟法改正では、親告罪である性犯罪の告訴期間の撤廃（235条1項1号）、被害者の意見陳述機会の付与（292条の2）を規定し、犯罪【被害者】が、刑事訴訟に主体的に関与する道を開いた。しかしながら、性犯罪の告訴期間の撤廃は、被害者が告訴人として、訴訟当事者として関わる機会を拡大したと評価できるが、被害者の意見陳述に関しては、「被害に関する心情」を陳述することとされており、単に、被害者の【憤激の緩和】のための手段として妥当か否か<sup>29</sup>はさて



おき、量刑判断の資料とするのであれば、被告側からの刑事訴訟法420条1項の抗告も、同法309条1項及び2項の異議申立ても許されないとする<sup>30</sup>ことは不当である。犯罪【被害者】を訴訟主体とすれば、意見陳述が証言なのか、主張なのか、明確となるが、イギリスにおける私人訴追、ドイツにおける私訴(privateklage)、フランスの私訴(action civile)と比較すれば、明白な如く、訴訟主体としての関与という点を曖昧にしたことにより、問題を残す解決となったと言わざるをえない。むしろ、今回の改正は、証人としての犯罪【被害者】の保護に重点があり、証人付添人制度の導入(157条の2)はともかくとして、遮蔽又は別室での証人尋問を採用した点(175条の3、175条の4)は、被告人の対質権を侵害する虞れがあり、運用において、相当に慎重な配慮を行う必要がある。

また、検察審査会法改正では、審査申立人の範囲を拡大した(2条2項)点は、告訴権者と平仄をあわせたという点で評価でき、また、審査申立人が検察審査会に意見書又は資料を提出できるとした点も、審査申立人の権利強化を図ったものとして妥当であると思われるが、検察審査会改正で解決すべき最も重要な点は、検察審査会の起訴相当の決議に【起訴】と同じ法的効果を与えることであり、当事者の立ち会いを認める等、検察審査会の審理方式を抜本的に改正することである。

【犯罪被害者保護法】は、犯罪の【被害者】が刑事手続に付随して、被害者の心情を尊重し、その被害を回復するための措置を講ずることを目的として制定されたものである。

従って、主要な目的は、被害者による損害賠償請求を容易とするために、刑事裁判における訴訟記録の利用を一定の条件の下で認めるという点にある(同法3条)。また、当事者間で和解が成立した場合に、刑事事件の公判調書に記載することによって、裁判上の和解と同じ効果を付与する(同法4条)ことで、被害者の便宜を計ろうとするもの

である。

しかしながら、これらの措置は、独仏の付帯私訴（Nebenklage, action civile）と対比すれば明白な如く、被害者をして「訴訟当事者」として、刑事手続に参加させるものではない。被害者は、せいぜい優先的に裁判を「傍聴」することができるに過ぎない（同法2条）。

## おわりに

犯罪「被害者」に対する保護が必要であるという運動の高揚に支えられて「被害者学」の研究も活発となり、それを受けて法改正や新たな法律の制定が行われるようになってきたことは、上に見た通りであるが、刑事訴訟においては、被害者は専ら「保護客体」という視点から論じられることが多く、「訴訟主体」としての視点は希薄であったといえることができる。

その根本的な理由は、訴追理念としての「私人訴追主義」が、未だ定着していないという点に求められよう。被害者について「訴訟主体」としての法的地位と「証人」としての法的地位を混在させることは、「主張」と「立証」とを混同することになり、「冤罪」の新たな原因を発生させることとなる。「被害者救済」の運動が、処罰要求のみに収斂することの危険性も注意しておく必要がある。

被害者は、アプリアリに認定されるのではなく、告訴権者として刑事手続に主体的に関与することによって、捜査—訴追—公判全体を通じて「公僕」である捜査機関・訴追機関・裁判所の支援を受けることを可能とする理論の構築が緊急の課題である<sup>31</sup>。

最後に、「被害者学」の新たな展開として、「修復的刑事司法」という視点が登場してきているが、それに関しても、訴訟主体としての「被害者」という視点を抜きにしては、理論的深化は望めないであろう<sup>32</sup>。

何故ならば、『修復的刑事司法』を理論的に基礎付けるためには、刑事事件の処分を被害者に委ねる必要があり、『国家訴追主義』の理念とは、相いれないからである<sup>33</sup>。

本稿においては、刑事事件における『訴訟主体』としての犯罪『被害者』の法的地位<sup>34</sup>について、私人訴追主義の観点から論じてきたために、被害者救済として種々の側面については、触れなかった。稿を改めて論じることとしたい。

---

#### 注

1. 『世界被害者学会』が結成されたのが、1979年であり、我が国において『犯罪被害者学会』の結成は、1990年のことである(『被害者学』の国際的・国内的発展の経緯については、宮沢浩一「被害者学の軌跡と展望」『被害者学研究』第10号(2000年)、20頁以下参照)宮沢浩一・国松孝次監修、大谷實・山上皓編集代表、瀬川晃編『講座被害者支援1 犯罪被害者支援の基礎』(東京法令出版・2000年)第1章被害者支援の意義(執筆・宮沢浩一)、第2章被害者支援の歩み(執筆・瀬川晃)、等参照。
2. 所一彦編・西原春夫先生古稀祝賀論文集『犯罪の被害とその修復』(敬文堂・平成14年)は、主として犯罪社会学的アプローチからの論稿を多く収めている。その中に収められた、吉岡一男「犯罪被害者と刑事システムの課題」は、刑法及び刑罰理論の変革を展望する点で示唆的であるが、刑事訴訟法との関係での理論的深化は不十分であると思われる。
3. 平野龍一『刑事訴訟法』有斐閣(昭和33年)62~63頁;高田卓爾『刑事訴訟法[2訂版]』青林書院(1984年)370頁;白取祐司『刑事訴訟法[第2版]』日本評論社(2001年)186頁;福井厚『刑事訴訟法[第4版]』有斐閣(2002年)169頁等。
4. 『私人訴追主義』の理念の意義を最初に提唱したのは、拙著『私人訴追主義と国家訴追主義』『法政研究』第48巻1号(昭和56年)33頁以下、においてである。

5. 庭山英雄・岡部泰昌編『刑事訴訟法』青林書院（1994年）88～89頁（小山雅亀執筆）；小山雅亀『イギリスの訴追制度』成文堂（1994年）213頁；新屋達之等「現代検察論の課題」『刑法雑誌』40巻1号、11頁以下、等。
6. 沢登佳人「フランス刑事訴訟法は、検察官と私訴原告人との協同による公衆訴追主義を採る」『法政理論』16巻1号（1983年）、白取祐司、前掲、185頁。
7. 拙稿「近代私人訴追主義の源流－イギリス犯罪訴追協会－」光藤景岐先生古稀記念論文集、成文堂（2001年）327頁以下。
8. 現行憲法の英原文は、public welfareであり、publicを「公共」と訳している。英語におけるpublicは、公衆電話、公園、公民館等の「公」であり、privateと対となる概念であり、本来的には、「公衆の利益と関係ない国家」が入り込む余地は、殆どない筈である。
9. 刑法が定める社会公益及び国家公益を侵害する犯罪も、それが間接的に国民の公益を侵害することとなるが故に訴追の対象となるのである。
10. 犯罪「被害者」を保護客体としての観点から救済しようとする制度としては、犯罪被害の補償を求める運動の高揚（大谷実『犯罪被害者と補償』（日本経済新聞社、1975）参照）を受けて1980年に制定された「犯罪被害者給付金支給法」がある。同法については、大谷実・斎藤正治『犯罪被害者給付制度』（有斐閣、1982）参照。
11. 宮沢俊義『憲法Ⅱ』有斐閣（1959年）420頁等。
12. 最大判1952・12・24民集6巻11号1214頁以下。
13. 例えば、告訴に関しては、告訴権者に該当するか否か、告訴期間を徒過していないか否か、告訴・告発に関しては、定められた方式に合致しているか否か等（現行刑事訴訟法230条以下、参照）がある。
14. 実質的要件としては、訴追を行うのに十分な証拠が存在するか否かという「証拠基準」の充足の問題と、仮に証拠があったとしても、犯罪の軽重・犯罪の情状、犯罪後の情状や被告人の年齢・境遇等を考慮し、裁判という公的機関で裁く必要があるか否かという「公益基準」が考えら

- れる。この点については、現行刑事訴訟法248条、イギリスの『訴追基準 (Code for Prosecutions, June 1994.)』の5条及び6条が参考となる。
15. 私人が訴追当事者となる場合に、どのような負担をせざるをえないかについては、18世紀のイギリスの歴史が示唆的である(拙稿、前掲『私人訴追主義の源流』、332-333頁参照)。
  16. 犯罪の「被害者」もアプリアリに存在するわけではない。古来「狂言強盗」という言葉が存在するように、被害者を装う場合も存在する。また、「痴漢冤罪事件」が示唆するのは、被害者の主張と証言を混同する危険性である。
  17. 高田卓爾『刑事訴訟法 [2訂版]』(青林書院・1984年) 312頁; 白取祐司『前掲書』77頁; 福井厚『前掲書』58頁等。
  18. 平野龍一『前掲書』82頁は、「私人も捜査を行えないわけではない」とする。
  19. 警察法1条は、警察が「民主的理念を基調とする」ことを明示している。
  20. バスを待っていた黒人の青年が白人の少年によって殺され、イギリスの公訴官 (Crown Prosecutor) が、不起訴処分とした事件で、少年の両親は、謀殺の訴因で提起した訴追が認められた(簡単な紹介については、拙稿「続イギリス法幻視考—ロウレンス事件の教訓」『狭山差別裁判』(部落解放同盟、1996年) 34-37頁参照)。
  21. 多くの論者も、告訴が訴追(審判請求)の意思表示であることは、認めている(平野龍一『前掲書』87-88頁; 高田卓爾『前掲書』323頁; 田宮裕『刑事訴訟法 [新版]』(有斐閣・1996年) 54頁等)。これに対して、処罰を求める意思表示であるとする見解もあるが(松尾浩也『刑事訴訟法(上) [新版]』(有斐閣・1999年) 40頁等)、刑事訴追権を刑罰請求権と解するのは妥当ではない。
  22. 検察官の役割に関して、公訴官に純化すべきであるとする主張も存在する(安倍治夫『新検察官論』『中央公論』昭和38年5月号162頁; 佐々

木史郎「刑事裁判の当面する課題－検察官よ、法定にかえれ」（『判例タイムズ』150号）175頁）。尚、これに対する反論としては、出射義夫「検察・裁判・弁護」（有斐閣・1973年）87頁以下、参照。

23. イギリスにおいては、本来、逮捕又は召喚が行われると、それは訴追（"charge"）に当たり、それ以降は、被疑者は「被告人」としての法的地位を取得するために、取調が許されなかった（拙稿「逮捕・勾留中の被疑者取調べと『供述の任意性』－イギリスの議論を参考にして」『法政理論』24巻4号11－12頁参照。）。また、「被疑者」を逮捕した場合は、遅滞なく治安判事の下へ連行しなければならないとする英米法の伝統も、このような理解に基づく。
24. 拙稿「準起訴手続と私人訴追主義」『自由と正義』43巻7号、12頁以下。
25. 付審判請求手続を経て、公判継続が認められた件数は、現在まで僅か17件に過ぎない（法曹時報55巻2号58頁参照）。
26. 最高裁判所事務総局刑事局監修「検察審査会50年史」（法曹会・1998年）；拙稿「検察審査会の機能」『刑事訴訟法の争点（新版）』（有斐閣・1991年）；法曹時報55巻2号412頁参照。
27. 刑事訴追制度の改革に関しては、拙稿「公訴権の運用とその規制」『法律時報』61巻10号、30頁以下において、検察審査会の起訴相当の議決に「公訴提起」と同様の法的効果を与えること、訴訟の追行に関しては、検察官と同じ資格・権限を付与された弁護士が当たるべきことを提言しておいた。
28. 松尾浩也編著「逐条解説 犯罪被害者二法」（有斐閣・2001年）参照。
29. 被害者による意見陳述が、被害者の欲求からみて効果がないという評価については、福島至「イギリス『被害者』衝撃陳述をめぐるパイロット事業」『光藤景皎先生古稀祝賀論文集・下巻』904頁参照。
30. 松尾浩也編「前掲書」、105頁参照。
31. 告訴事件が、公判に付された場合には、被害者は、審理の経過を知る

ことが可能である(被害者等に対する事件処理結果の通知に関しては、法務省刑事局「被害者通知制度実施要領」がある(松尾浩也編『前掲書』240-241頁。))が、私人訴追主義の立場からは、告訴人・告発人の訴追意思が検察官によって拒絶された不起訴処分の場合が、特に重要である。この点について、検察審査会法35条の検察官の協力義務及び36条の照会、37条証人等尋問権規定がある。民事訴訟等の損害賠償請求に必要な場合に関しても、近年の改善がみられている(法務省刑事局「被害者等に対する不起訴記録の開示について」平成12年3月23日)松尾浩也編『前掲書』238-239頁。

32. 染田恵「修復的司法の基礎概念の再検討及び修復的司法プログラムの実効性と実務的可能性」『犯罪の被害とその修復』(西原春夫古稀記念論文集)280頁は、「修復的司法」と刑事司法の関係について、①統一モデル、②二元的モデル、③支援モデル、④混成モデルを抽出したファン・ネスらの見解を紹介し、適正な手続に基づく公平・妥当な結果を担保しうることを理由として、②が妥当だとする。被害者救済・保護・支援という視点から「被害者問題」を考える場合には、刑事司法に一元化できない課題が存在することを考慮すれば、染田の見解に賛同したい。
33. 「国家訴追主義」を採用しながら、起訴便宜主義を採用することは、市民の権利から超越して専断的刑事訴追権を行使しうる絶対主義国家においては理論的一貫性を有するが、民主主義的な「法治国家」においては、理論的な一貫性を持たない。
34. 「被害者」の法的地位という用語は多義的であり、そこには、刑事・民事における訴訟主体、証人、意見陳述権利者、傍聴人、被害者給付金請求権者等が含意されている。明確に区別して論じる必要があろう。

[本稿は、平成14年度科学研究費基盤研究C「非行原因に応じた『関係修復的少年司法』システムの構築に関する基礎的研究」による研究成果の一部である。]