

# 被害者参加制度と応答責任

瀧川 裕英

第1節 被害者の刑事裁判への参加	第3節 被害者参加と応答責任
1 経緯	1 修復的司法
2 被害者参加人	2 被告人の応答
3 参加の自己決定権	3 証人への尋問
4 配分的正義	4 弁論としての意見陳述
第2節 被害者参加制度の理論的根拠	5 被害者と被害者遺族
1 応答責任論	6 応答責任の不発
2 民刑分離	第4節 被害者参加と説明責任
3 二当事者対立構造	1 刑罰権力と説明責任
4 尊厳の承認	2 検察官
5 改正法の基本構造	3 裁判官
6 応答責任論か自然権論か	4 被害者の応報感情
	5 被害者の求刑

## 第1節 被害者の刑事裁判への参加

### 1 経緯

近年、日本の刑事法は激動期にあり、数多くの立法がなされている。国民参加・組織犯罪・重罰化と並んで、その重要な契機になっているのが、犯罪被害者<sup>1)</sup>である。

犯罪被害者は、犯罪により、生命・身体・財産・安全・安心・人間関係・名

1) 以下、事件の直接の被害者だけではなく、被害者の遺族等（「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」（刑事訴訟法290条の2 1項））を含めて、「被害者」または「犯罪被害者」と呼ぶ。但し、被害者本人と被害者遺族を同様に扱ってよいかは、第3節5で検討する。

誉・尊厳など多くのものを失う。犯罪により失ったものを回復するには、様々な困難が伴う。犯罪被害者が自分の力だけで回復するのは不可能に近い。

しかし、犯罪被害者は、長い間「見捨てられた」存在であった。1974年に発生した三菱重工ビル爆破事件を契機として、1980年に犯罪被害者等給付金支給法が制定されたが、支給対象や給付額は、犯罪被害を補償するのに十分なものとはいえなかった。

最近になってようやく、犯罪被害者は「発見」された。被害者が発見される過程では、全国犯罪被害者の会（あすの会）を初めとする犯罪被害者自身からの働きかけが重要な役割を果たした。

2002年に、第147回国会で成立したいわゆる犯罪被害者保護二法<sup>2)</sup>は、刑事手続への被害者関与という面で、二つの新たな制度を導入した。第一は、意見陳述制度であり、被害者は「被害に関する心情その他の被告事件に関する意見」を陳述することが可能になった（刑事訴訟法292条の2）。第二は、優先傍聴制度であり、被害者は公判手続の傍聴が可能になるよう配慮されることになった（犯罪被害者保護法2条）。

さらに2004年に、第161回国会で「犯罪被害者等基本法」（平成16年法律第161号）が成立した。本法は、犯罪被害者等のための施策に関して基本理念を定め、かかる施策を総合的かつ計画的に推進して、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（犯罪被害者等基本法1条）。特に、その18条で、犯罪被害者等がその被害に係る刑事に関する手続に適切に関与することができるようにするため、刑事に関する手続の進捗状況等に関する情報の提供、刑事に関する手続への参加の機会を拡充するための制度の整備等必要な施策を講ずるものとする定められた。

犯罪被害者等基本法を受けて、2005年に、「犯罪被害者等基本計画」が閣議決定された。犯罪被害者等基本計画は、① 損害回復・経済的支援、② 精神

2) 「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）、および「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）。

的・身体的被害の回復・防止、③ 刑事手続への関与の拡充、④ 支援等のための体制整備、⑤ 国民の理解の増進と配慮・協力の確保、という5点を重点課題として指摘し、対応する施策を推進・展開していくこととした。特に、法務省において、刑事裁判に犯罪被害者等の意見をより反映させるべく、公訴参加制度を含め、犯罪被害者等が刑事裁判手続に直接関与することのできる制度について、我が国にふさわしいものを新たに導入する方向で検討を行い、その結論に従った施策を実施すると明記された。

犯罪被害者等基本法及び犯罪被害者等基本計画を踏まえて、法務省は、2006年に法制審議会に諮問を行った。それを受けて、法制審議会刑事法（犯罪被害者関係）部会で審議・検討が重ねられ<sup>3)</sup>、2007年に被害者参加制度や損害賠償命令制度の創設等を内容とする要綱（骨子）が法務大臣に答申された。

## 2 被害者参加人

2007年6月、第166回国会で「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）（以下、「改正法」と呼ぶ。）が成立し、2008年12月1日に施行された<sup>4)</sup>。ここに、いわゆる被害者参加制度が導入された。

刑事手続への参加を許可された被害者等は、「被害者参加人」と呼ばれる（316条の33 3項<sup>5)</sup>）。被害者参加人に認められる権限は、① 公判期日等への出席（316条の34）、② 情状に関する証人への尋問（316条の36）、③ 被告人質問（316条の37）、④ 事実又は法律の適用に関する意見陳述（316条の38）である。被害者参加人が、②から④の活動を行うためには、検察官に申し出て、裁判

3) 法制審議会での審議の特徴として、「全国犯罪被害者の会」（あすの会）の代表幹事が参加し、あすの会が作成した案を基に審議が行われたことが挙げられる（後藤2007）。このことが、要綱（骨子）にも大きな影響を与えた。

4) 法律制定の経緯について、神村 2005、白木 2007、岡本 2007等を参照。

5) 被害者参加人が、一定の訴訟上の包括的地位なのか、個別の権限の集合に対する単なる呼称かは、理解が分かれている。川出 2007：15、加藤 2008：83、高橋 2008：71。

所の許可を得ることが必要である。裁判所の許可が得られなかった場合の不服申立ては認められていない（瀧川他 2007：28 [大谷発言]）。

本稿の目的は、被害者参加制度を理論的に検討することである<sup>6)</sup>。犯罪被害者等が刑事裁判に参加することの是非について、国会・法制審議会刑事法（犯罪被害者関係）部会のみならず論壇（公共圏）においても、刑事法学者・弁護士・犯罪被害者等により多くの議論がなされてきた。

一口に、犯罪被害者といっても、多様であり、求めるものも異なる（Strang 2002：209）。参加を強く希望する被害者もいれば、できるだけ関わり合いたくないと考える被害者もいる。それだけではない。一人の被害者の中でも、多様な、しかも相互に矛盾する要求がありうる。こうした二重の意味で、犯罪被害者は多層的である<sup>7)</sup>。かかる多層的な被害者に参加を認めることは、さしあたり二つの論点を提起する。

### 3 参加の自己決定権

第一の論点は、参加の自己決定権に関わる。犯罪被害者は、裁判所の許可を得て、尋問等を行う。つまり、犯罪被害者の参加を最終的に決定するのは、裁判所である。しかし、参加するか否かを初めに決定するのは、犯罪被害者自身である。犯罪被害者が、参加を申し出ることによって、参加手続は動き出す。要するに、裁判所の許可という条件付きではあるが、犯罪被害者に「参加の自己決定権」が付与されたということである。

これに対しては、犯罪被害者が訴訟手続に参加すると、被告人に逆恨みされるおそれがある、あるいは被告人の応答によっては精神的に傷つき二次被害を

6) そのため、被害者参加制度と共に導入された損害賠償命令制度については論究しない。

7) 狭義の被害者が多様であるのと同様に、被害者遺族も多様である。この関連で、特に注意されてよいのは、ある一つの被害者死亡事件においてさえ、その遺族は一枚岩ではなく、事件への対応に相違がありうるということである。例えば、被告人に厳罰を求める被害者の母と、被告人を宥恕する被害者の父がいる場合、どのように取り扱うべきだろうか。その父が刑事裁判に参加する際に、検察官の横に着席するのは適切だろうか。

受けることがあるという理由で、参加制度を創設すべきではないという批判がなされている（岩田 2007：86）。犯罪被害者を代表とする「被害者と司法を考える会」も、二次被害のおそれがあるという理由で参加制度を批判し、むしろ、公的弁護士制度を軸とした早期支援弁護士制度を確立することを求めている。

こうした批判が依拠するのは、パターンリズムである。パターンリズムとは、本人の利益のために本人の自由を制約することである。逆恨みや二次被害を理由とした被害者参加制度批判は、被害者の利益のために被害者の自由を制約することを求めており、まさにパターンリズムの典型である。この批判は、例えば中絶の自由や出生前診断の自由を認めると、妊婦が葛藤し精神的に傷つくことになるから、こうした自由を認めるべきではないという議論と完全に同型である。個人の自由に価値を見出し、安易にパターンリズムを認めることを警戒する立場からすると、二次被害を根拠とする批判は妥当なものとはいえない。

確かに、参加の自己決定権が付与されることは、別の影響をも犯罪被害者に与える。参加する選択肢があるにもかかわらず諸般の事情により参加しなかった場合に、被害者は自分の弱さや脆さを再認識することになりかねない。また被害者遺族が、亡くなった被害者本人に対する責任を果たせなかったと自責することもありうる（後藤 2007：63）<sup>8)</sup>。自由は責任を拡張するからである。犯罪被害者は、被害に遭った状況下で、訴訟手続に参加するか否かを決定するという圧力に晒される。

改正法が想定するのは、こうした圧力にも抗しうる逞しい被害者である。強い被害者は参加制度を利用できるが、弱い被害者は利用できない（浅田他 2007：95 [山下発言]）。改正法の背後に存在するのは、他の被害者を配慮するために、逞しい被害者の自由を制約することは妥当とはいえないという判断で

8) こうした懸念に対して、被害者が刑事裁判に参加しないことで非難されるならば、そうした心ない社会を変えるべきであり、参加制度の導入を否定すべきではないとの反論がある（岡村編 2007：244）。しかし、ここで問題となっているのは、参加しないことに対する社会からの批判ではなく、自分自身からの批判であり、この反論は的を外している。

ある<sup>9)</sup>。

#### 4 配分的正義

第二の論点は、配分的正義に関わる。これは、刑事司法に費やすことの可能な資源をどのように配分すべきかという問題である。

まず、被害者参加制度によって利益を受けるのは現実の被害者であり、潜在的被害者は利益を受けない。刑事司法の意義として伝統的に理解されてきたのは、刑罰の適切な執行により、将来における犯罪を防止し、潜在的被害者を保護することである。つまり、犯罪を防止することで、現実の被害者ではなく潜在的な被害者を保護することこそが、刑罰権の根拠となってきた（Seelmann 2008）。しかし、被害者参加制度は、こうした潜在的被害者の保護に直接資するわけではない。

次に、現実の犯罪被害者のうち、実際に刑事裁判に参加できるのは、そのごく一部に過ぎない。第一に、犯罪被害者のうち、被疑者が起訴されていない事件の被害者は、刑事裁判に参加することができない。例えば2006年度でいえば、認知件数287万7,027件のうち検挙されたのは約51%の146万6,834件である。また、検察庁終局処理人員の総数207万6,777人のうち公判請求されたのは約6.6%の13万8,029人である（平成19年版犯罪白書）。このように犯罪被害者の大多数は、自分が被害を受けた事件で公判請求がなされていない。

第二に、刑事裁判への参加が許されるのは、全ての刑事事件ではなく、一部の刑事事件に過ぎない。具体的には、故意の犯罪行為により人を死傷させた罪、強制わいせつ及び強姦の罪、業務上過失致死傷等の罪、逮捕及び監禁の罪、略取誘拐及び人身売買の罪等に関わる被告事件に限定されている（316

条の33)<sup>10)</sup>。

以上のように、潜在的被害者は刑事裁判への参加とは無縁であるし、実際に刑事裁判に参加可能な犯罪被害者は、現実の犯罪被害者全体のうちごく一部に過ぎない。さらに、既に見たように、多様な被害者が求めるニーズも多様である。被害者の中には、刑事裁判への参加よりも経済的・精神的支援を求める者も少なくない。

刑事司法全体に費やすことの可能な資源の量は従来少なすぎたので、今後増やすべきだと仮にいえたとしても、その量は無限ではなく有限である。資源の有限性という制約条件の下で、多様な被害者のニーズに応えるためには、被害者参加制度と、他の被害者支援制度や従来の刑事司法制度との間で、公正な資源の配分が求められる。

### 第2節 被害者参加制度の理論的根拠

#### 1 応答責任論

被害者参加制度の理論的根拠は明らかでないとされてきた（浅田他 2007：96-97）。私はその理論的根拠を応答責任論に求めたい。

責任を問われそれに応えるという責任実践は、負担の大きい、それゆえに脆い実践である。第一に、責任を問われる者にとって、責任実践は大きな負担である。相手に責任を追及されることは、時間的負担や精神的負担であるし、結果として経済的負担や社会的負担を背負うことにもつながる。そのためにしばしば採用される戦略が「責任逃れ」である。

第二に、責任を問う者にとっても、責任実践は大きな負担である。責任を追及しても相手に応じるとは限らない。責任逃れをされたり、無視されたり、場合によっては逆に暴力をふるわれることもある。また、責任を追及することが、

9) 2008年4月、第169回国会で「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及び総合法律支援法の一部を改正する法律」（平成20年法律第19号）が成立し、資力の乏しい被害者参加人も弁護士の援助を受けられるようにするため、被害者参加人のための国選弁護制度が創設されることとなった。これにより、「強いが資力の乏しい被害者」も被害者参加制度を利用しやすくなる。

10) このように被害者参加の対象犯罪が限定されているのは、これらの罪が「個人の尊厳」の根幹をなす個人の生命、身体、身体的自由を侵害するからである。このような「個人の尊厳」の重視は、犯罪被害者等基本法3条1項（「すべて犯罪被害者等は、個人の尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい処遇を保障される権利を有する」）に由来する（瀧川他 2007：27）。

周囲の人や世間からの圧力を受けることもある。そのためにしばしば採用される戦略が、「泣き寝入り」である。

このように、責任実践は負担の大きい実践であり、それゆえに常に健全に作動するとは限らない（瀧川 2003：47）。

被害者と加害者が対面しつつ、被害者が問責し、それに対して加害者が理由をもって応答することこそが、責任実践の中心的部分である。このような考え方を、「応答責任論」と呼ぶことができる（瀧川 2003：第5章）。応答責任論からすれば、責任実践が責任逃れや泣き寝入りなどにより阻害されそうな場合には、責任実践を保障するためのなんらかの措置が必要となる。

ここにおいて、責任実践の適切な作動を保障するために登場するのが法である。法は、強制や圧力を排除して当事者を保護し、当事者が問責・理由応答を行うのに適切な場を設営することで、責任実践を保障する。かかる責任保障機能が、法の重要な存在理由である（瀧川 2003：第6章）。

応答責任論が、問責と理由による答責というプロセスを重視し、それを法によって保障すべきだと主張するのは、責任実践が内在的意義を持つからである。その内在的意義とは、簡潔に言えば、責任実践における相互承認である。責任を問い問われるという一種の敵対関係においてなお相互の人格を承認するという営みに、応答責任論は内在的価値を見出すのである（瀧川 2003：149）。

以上のような応答責任論（および、応答責任論に依拠する責任保障としての法という理念）から、刑事裁判への被害者参加を考察しよう。

## 2 民刑分離

応答責任論からすれば、被害者と加害者が直接対面しつつ、責任を問いそれに応えるプロセスが重要であり、そのプロセスを保障するのが法である。したがって、被害者は当然、刑事裁判に参加する権利を認められるべきである、ということになりそうである。果たして、そういえるだろうか。

必ずしもそうはいえない。確かに、応答責任論は被害者参加制度と親和的であるが、応答責任論から被害者参加制度が直接導出されるわけではない。従来

の法制度では、被害者と加害者の対面性は、もっぱら民事裁判において保障されてきた。「民刑分離」の下で、被害に焦点を当てる民事裁判と、加害に焦点を当てる刑事裁判は、いわば分業を行ってきた<sup>11)</sup>。被害の認定と回復を目的とする民事裁判では、被害者は手続の当事者となることができる。しかし刑事裁判は、民事裁判とは異なる目的を持つ。それゆえ、被害者が当事者として参加できるわけではない。

## 3 二当事者対立構造

刑事裁判は、検察官と被告人が対立し、裁判官が第三者として審理する構造を採る。この訴訟での当事者は、検察官と被告人の二者であり、「二当事者対立構造」と呼ぶことができる。審理の対象は、被告人による法規範を侵害する行為の有無・態様である。問責者は検察官であり、答責者は被告人である。ここに被害者は登場しない<sup>12)</sup>。

ではなぜ、二当事者対立構造が採用されるのだろうか。刑事裁判が関心の対象とするのは、法秩序の侵害である<sup>13)</sup>。このことを示すものとして、次の二点を挙げることができる。

第一に、個別の被害者が存在しない場合にも、法秩序は侵害されうる。例えば、贈賄罪やわいせつ物頒布罪、覚せい剤使用罪などは、具体的な被害者が存

11) 民刑分離、刑罰と損害賠償の分離が厳格に貫徹されなくなったのは、国家刑罰権の根拠づけが多面化していることに原因の一端があると見ることができる（高橋 2004：40）。

12) 歴史的に見れば、公訴を提起する責任を国家が担うようになったのは、19世紀以降のことに過ぎない。それまで国家の主要な責任は、損害回復のための司法的役割であった。被害者が担っていた公訴のコストが被害者に担いきれず、加害者に刑罰が科されないという事態が問題視されるに至って、被害者ではなく検察官が公訴を提起するようになった（Strang 2002：3-5）。

13) このように被害者の受けた被害ではなく、法秩序の侵害が裁判の関心対象となったのは、教会法の影響である。教会法は、犯罪を、人に対する罪のみならず神に対する罪でもあると捉えた（Zehr 1990=2003：115）。このように被害という具体的な次元を離れ、侵犯という抽象的次元へと照準が移行したことが、国家（検察官）対被告人という国家司法の成立に重要な役割を果たした。

在しなくても、法秩序が侵害されたという理由で、処罰の対象となる。つまり、被害者は刑事裁判に不可欠の構成要素ではない。

第二に、被告人が法的ルールを破ったことによって、実際に被害を蒙る人が生じている場合であっても、検察官が公訴を提起するのは、被害者が存在するからではなく、法秩序が侵害されたからである。検察官は「公益の代表者」（検察庁法4条）であり、検察官が関心を持つのは、個別の具体的被害であるというよりも、「国家及び社会の秩序維持という公益」（最判H2.2.20判時1380号94頁）である。確かに、個別の被害も公益の一部であるが、公益は個別の被害には還元されず、それを越えた全体としての法秩序として理解される。

これが、従来の刑事裁判の捉え方である。こうした二当事者対立構造を厳格に前提にすれば、被害者は事件の当事者ではあるが、手続の当事者ではない。刑事裁判は、「事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現すること」（刑事訴訟法1条）を目的としており、「犯罪の被害者の被侵害利益ないし損害の回復を目的とするものではない」（最判H2.2.20）。こうして、刑事裁判は、犯罪の被害者の非侵害利益ないし損害の回復を目的とする民事裁判と、厳格に峻別されることになる。

#### 4 尊厳の承認

以上のように、民刑分離及び二当事者対立構造の下では、犯罪被害者は刑事裁判において責任を問う当事者にはなりえない。そのため、加害者の責任を直接問いたいと考える被害者は、自ら民事訴訟を提起して、加害者への対面的問責を図ることになる。応答責任論からすれば、仮に民事裁判が十分機能するのであれば、刑事裁判への被害者参加制度を導入する必要はないことになる。

では、犯罪被害者に対して民事裁判というチャンネルを提供するだけで十分だろうか。それでは十分ではないという主張を支える根拠として、次の三点を指摘することができる。

第一に、民事訴訟を提起しても、加害者と対面して責任を追及できるわけではない。いわば「加害者に会えない」可能性がある。加害者が収監されている

場合や、加害者が代理人を選任する場合には、被害者は加害者と直接対面して責任を問うことはできない。

第二に、被害者が求めているのは、いふならば「金の問題ではない」。確かに、民事裁判で被害者は損害を賠償するように加害者に請求し、請求が認められれば被害者の金銭的損害は回復される。しかしながら、被害者が提起しているのは、問題の損害賠償の側面ではなく権利侵害の側面である。被害者が目的とするのは、加害者が権利を侵害し尊厳を傷つけたことに対して責任を問い、それによって自らの尊厳を回復することである。にもかかわらず、この目的のために民事訴訟を提起すると、いわば金のために加害者を訴えているという誤解が生じかねない。

第三に、犯罪被害者にとって、自分の被害に関わる刑事裁判は、いわば「私の事件」である。刑事裁判の関心の対象が法秩序の侵害であるとしても、私が被害に遭ったがゆえに法秩序の侵害が生じているはずである。その意味で、私は事件の重要な一部である。にもかかわらず、なぜ私は私の事件に関与することができないのか。

このように、民事裁判という責任のプロセスが保障されるだけでは、犯罪被害者にとって十分とはいえない。にもかかわらず、刑事裁判という責任のプロセスから犯罪被害者が隔離されるならば、被害者は、結局のところ責任のプロセスから阻害され、責任のプロセスに主体的に参加することでなされる尊厳の承認を受けられないことになる。そのため、被害者の「個人の尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい処遇を保障される」（犯罪被害者等基本法3条1項）ためには、被害者が刑事裁判に参加できることが必要である。

刑事裁判に参加することで、被害者は自分が公正に扱われていると感じることが可能になる。別の言い方をすれば、自分が社会の重要な一員として尊重されていることと認識することが可能になる（Strang 2002:14）。

被害者は、単なる証人としてではなく被害者参加人として参加することで、「尊厳にふさわしい処遇」を受けることになる。判決に自分の意見が反映されるか否かにかかわらず、あるいは参加することで精神的な癒し（=カタルシス

効果）を得られるか否かにかかわらず、責任のプロセスに主体的に参加すること自体が尊厳の承認となる。

この点について、カタルシス効果と尊厳の尊重を連続して捉える見解もある（堀江 2007：80）。しかし、刑事裁判において一定の法的地位を付与されること自体が被害者の尊厳の尊重であり、参加した結果として被害者が精神的満足を得ることは、それ自体が追求すべき政策的目的になりうるとしても、尊厳の尊重とは別のものである。

要約しよう。民刑分離と二当事者対立構造の下では、刑事裁判に被害者は参加できない。だが、民事裁判への被害者「参加」だけでは不十分であるという想定の下において、応答責任論は、責任過程への参加を通じた尊厳の承認という理念を媒介として、刑事裁判への被害者参加を正当化する。今回の被害者参加制度の背景理論は、応答責任論である。

## 5 改正法の基本構造

今回の改正法は、民事と刑事の厳格な分離を緩和する一方で、二当事者対立構造は維持している（瀬川他 2007：23 [大谷発言]、椎橋 2007：59、岡村編 2007：227、加藤 2008：81）。被害者参加人が当事者として証人尋問・被告人質問・意見陳述を行うためには、検察官に申し出て、裁判所の許可を得ることが必要である（316条の36～316条の38）。つまり、被害者参加人が活動するためには、検察官への申出と裁判官による許可という二段階のフィルターを通過しなければならない。それゆえ、被害者参加が従来の基本構造を変質させてしまうという批判は当たらない。

仮に、被害者参加人が、検察官と独立に、裁判官の許可を得る必要もなく、被告人に対する質問権や証人に対する尋問権を持つならば、二当事者対立構造に揺らぎが生じたと評価されよう。さらに、全国犯罪被害者の会（あすの会）の訴訟参加制度案要綱のように、被害者参加人が検察官とは独立に訴因設定権や上訴権を持つならば、基本構造は変化したと評価されることになる。この点で、裁判官の忌避申立権、証拠調べ申請権、上訴権等、検察官とはほぼ同様の

権限が認められているドイツの制度とは、日本の制度は今回の改正法をもってしても大きく異なるといえる。

このように、改正法は二当事者対立構造という基本構造を維持しながらも、被害者に一定の仕方でも権限を認めることで、被害者の尊厳の尊重を図るものである。

## 6 応答責任論か自然権論か

被害者参加制度を正当化する理論として、社会契約論に依拠する次のような興味深い見解が被害者団体の代表から提示されている（法制審議会刑事法（犯罪被害者関係）部会第1回会議議事録 [岡村勲発言]、岡村編2007：184）。長くなるが引用する。

まず基本的な考えですけれども、被害者が参加すると言いますが、これは当然のことだと思っております。自然状態においては、危害を加えられたものは反撃するという権利は当然にあったわけです。ところが、復讐が復讐を呼ぶと社会の平和が乱れるということで、刑罰権は国に信託譲渡したと社会契約説では説明されております。我が国の憲法もその社会契約説にのっとってつくられております。刑罰権というものを国に信託譲渡しますと、当然そこで裁判所というものを国はつくることになる。そうすると、自分で行使した刑罰権というのは、訴追権という格好で自然権として残るわけなんです。だから、刑罰は自分では科せないけれども、裁判所に向かって、「この男にこんな犯罪を受けました。調べてください、証拠があります」というところは自然権として残っていなければおかしいと思うんです。そこまで国に被害者は譲った覚えはない。だから、訴追権というのは当然私は自然権として被害者に残っていると思います。

つまりこの見解は、社会契約論を援用しつつ、① 自然状態で被害者は加害者に対して刑罰権を有していたところ、② 復讐の連鎖を避けるために社会契約を結び、刑罰権を国家に信託譲渡したけれども、訴追権は自然権として残っ

ている、という2段構えの理論構成になっている。

今この議論を「自然権論」と呼ぶことにしよう。果たして、被害者参加制度を正当化する理論として、自然権論は応答責任論よりも優れた理論だろうか。

この問いに答えるために、自然権論を仔細に検討しよう。まず、社会契約論が「処罰権 (the power to punish)」を自然状態で人々が有する権利によって基礎付けているというのは正しい理解ではない。例えば、T・ホブズは断言する。「コモンウェルスが保持する処罰権が臣民の譲歩や贈与に基づくものでないことは、明らかである」。むしろ、「コモンウェルスが設立される前には、すべての人はすべての物への権利と自己保存のために必要だと考えるいかなることをも行う権利を有していた。……臣民たちはこうした権利を主権者へ譲渡したのではなく、単に放棄した。……その結果、そうした権利は主権者にのみ残された」(Hobbes 1651: chap. 28)。つまり、「すべてのことへの権利」を主権者だけが放棄しなかった結果として、主権者には刑罰権があるというのである<sup>14)</sup>。このホブズの刑罰論と自然権論は、理論構成が全く異なる。

むしろ、自然権論が依拠しているのは、「信託」という言葉遣いからして、J・ロックの刑罰論だと思われる。そこで、ロックの処罰権論を瞥見しよう。

第一に、ロックの考えでは、自然状態で人々は二つの権力を持つ。自由権と処罰権である (Locke 1698: II 128)。ここでいう処罰権とは、「自然法に背いた犯罪を処罰する権力」(Locke 1698: II 128; 強調原文) である。この処罰

14) ホブズの刑罰論に対しては、プーフENDORFの痛烈な批判がある。ホブズは『リヴァイアサン』第28章冒頭で、刑罰を公的権威によって科される害悪と定義する (Hobbes 1651: chap. 28)。この定義から、公的権威が設立される前の自然状態において処罰がありえない以上、処罰権は自然権に含まれない。したがって、仮に自然権である「すべてのことへの権利」が主権者のみに残されたとしても、処罰権が導出されるはずがないとプーフENDORFはいうのである (Pufendorf 1688: VIII 3.1-2)。

但し、ホブズの刑罰論は特異なものではなく、国家の設立の結果として刑罰権を捉える点で、ヴィトリアやヴァスケスらと意見を同じくする。むしろ特異なのは、ロックのほうである。従来の理論に対抗して、自然法から直接刑罰権を導出したのはグロティウスであり、ロックの刑罰論はそのグロティウスの流れを汲むものである (Huning 2007: 229-234)。

権の特徴として、次の二点を挙げることができる。第一の特徴として、処罰権は自然法によって制約されている。ロックは言う。「自然状態においては、一人の人が他の人に対して権力を持つようになる。しかしそれは、犯罪者を捕らえて激情のままに、限度を超えて気の向くままに処分できるという絶対的で恣意的な権力ではない。それは、冷静な理性と良心の命ずる限りで、その罪に比例して、賠償と抑止に役立つ程度で、犯罪者に報復するための権力である」(Locke 1698: II 8)。第二の特徴として、これが被害者参加との関係では特に重要な点だが、処罰権を持つのは被害者のみならず、すべての人である。犯罪者は自然法を侵犯することで、人類の平和と安全を侵害したのだから、「すべての人が犯罪者を処罰する権利を持つ」(Locke 1698: II 8)。

このように、ロックのいう処罰権とは、被害者が加害者に対して持つ権利のことではなく、すべての人が加害者に対して持つ権利のことである。したがって、自然権論の①の主張、すなわち自然状態では被害者が加害者に対して処罰権を持つという主張は、ロックの処罰権論と整合しない。ロックの議論を刑事裁判への参加制度に応用するならば、参加できるのは被害者のみならずすべての人であるという結論に至るはずである。

第二に、ロックの考えでは、政治社会を形成するときに、人々は処罰権を放棄する。しかも重要なこととして、処罰権を「完全に (wholly) 放棄する」(Locke 1698: II 130)。これは、自由権の放棄が一定の留保付きであるのとは対比的である (Locke 1698: II 129)。つまり、処罰権のうち一部を放棄し一部を留保するというのではなく、処罰権を留保なく完全に放棄するというのである。したがって、自然権論の②の主張、すなわち処罰権 (= 刑罰権) を信託譲渡したけれども訴追権は自然権として残っているという主張は、ロックの処罰権論と整合しない。

もしかしたら、自然権論者は、ここでC・ベッカリーアの議論に訴えるかもしれない。ベッカリーアは『犯罪と刑罰』において、刑罰の根拠を社会契約論に求めつつ、死刑に反対する論拠として、死刑を含むような社会契約を結んでいないことを挙げている (Beccaria 1764)。つまり、社会契約の内容は、死刑

を含まない限定的なものだといっているのである。こうしたベッカリーアの限定的な社会契約論を援用して、自然権論者は、処罰権を完全に信託譲渡したわけではなく、訴追権は含まない形で限定的に信託譲渡したに過ぎないと主張するかもしれない。

しかし、こうした限定的な社会契約論も、自然権論を救済しない。なぜなら訴追権は自然権ではありえないからである。その理由はこうである。第一に、自然権とは、自然状態で人々が持つ権利である。第二に、自然状態とは、国家が存在しない状態のことである。第三に、訴追とは、公認された処罰権を持つ者に加害者の処罰を訴えることである。こうしたことからすると、自然状態には国家が存在せず、そのため公認された処罰権を持つ者が存在しないのであるから、そもそも訴追することが不可能である。訴追権とは、国家という制度が存在して始めて意味を持つ行為を行う権利であり、それは自然権ではありえないのである。

以上から、自然権論の二つの主張（①、②）は、いずれも根拠のないものであることが明らかになった。このように自然権論では被害者参加制度を正当化できないとすると、勝ち残る正当化理論は、応答責任論だということになる。

### 第3節 被害者参加と応答責任

#### 1 修復的司法

被害者参加制度の位置を明確にするために、修復的司法と比較してみよう。「修復的司法 (restorative justice)」は、犯罪によって惹起された被害の修復を目的とする司法制度・正義観念のことである（瀧川 2003：186）。従来の刑事司法が犯罪を国家と加害者の関係で捉えるのに対し、修復的司法は犯罪を被害者と加害者の関係で捉える（Zehr 2001=2006：200）。修復的司法の典型である「被害者加害者調停 (Victim-Offender Mediation)」や「家族集団会議 (Family Group Conferencing)」では、被害者と加害者が直接対面し、意見を交換する。被害者は加害者に、なぜ犯罪を行ったのか、それについて今どう思っているかを尋ねる。加害者は弁明し、時には謝罪し、自分の責任を自覚する。

こうした修復的司法は、従来の刑事司法（ときに「応報的司法」と呼ばれる）よりも、被害の修復に資するといわれる。例えば、被害者の不安感の解消、加害者に対する怒りの軽減、被害者の尊厳や自尊心の回復などについて、修復的司法は従来の刑事司法よりも効果的である（Strang 2002：ch. 5-7）。

ここでの問題は、刑事裁判への被害者参加と修復的司法との関係である（高橋 2008）。被害者が司法プロセスに参加するという点で、両者に共通性があることは間違いない。ここでは、制度と理念の二つの点から対比しよう。

一方で、制度としてみれば、刑事裁判への被害者参加は修復的司法と大きく異なる。公開の法廷で、敵対的な当事者として被告人と被害者が対面する刑事裁判は、修復的司法にふさわしい場ではない。修復には、それに適した場所や手続的配慮が必要だからである。修復的司法の典型である被害者加害者調停や家族集団会議は、訓練された進行役やインフォーマルな場所を必要とするが、刑事裁判にはそれらが欠けている。したがって、制度的には、刑事裁判への被害者参加は修復的司法とは大きく異なる。

他方で、理念としてみれば、刑事裁判への被害者参加と修復的司法は重なり合う。なぜなら両者とも、被害者による加害者への対面的問責を、正義の実現に不可欠な要素として捉えるからである。犯罪によって侵害された正義を回復するためには、被害者がその修復プロセスに直接関与しなければならない。

修復的司法の主眼は被害の修復にある。被害の修復のために有用なのが、加害者の道徳的変容である。加害者は、被害者と対面し、被害者の心情を聴く中で、自分の行為を見つめていく。それを通じて、時に加害者は、責任を自覚し、反省し、被害者に謝罪する。その結果として道徳的調和が訪れる<sup>15)</sup>。被害者と直接対面することで加害者が改悔するという効果を、修復的司法と同様に、刑事裁判への被害者参加も持つ可能性がある。

15) もっとも、刑罰による威嚇の前でなされた謝罪は、しばしば表面的なものにすぎない（Murphy 2003：37）。改悔を赦免の条件とすることは、単に改悔が偽装される確率を高めるだけである（Minow 1998：19）。そのため、南アフリカの真実和解委員会は、賢明にも、改悔を赦免の条件とはしなかった。

## 2 被告人の応答

被害者参加制度は、被告人の道徳的変容という帰結を伴わない場合でも、被害者と被告人の関係を変化させる効果を持つ。

被害者は被告人に対して二つの欲求を持つ。一方で、「黙る被告人」に対しては口を開かせたいと欲し、他方で、「喋る被告人」に対しては反論したいと欲する（堀江 2007：79）。被害者参加制度により、被害者が直接被告人に質問できるようになることで、被害者の欲求は充足される可能性が高まる。応答責任論からすれば、被害者と被告人の問責-応答のプロセスが実質化することは、基本的に肯定的に評価される。

もっとも、被害者の前に立ち、被害者自身によって問責されることで、被告人は、自分が有する主張提示権や黙秘権の行使に困難を感じることもありうる。例えば、正当防衛の成否、被害者の落ち度、過失の存否等について、被告人は、自分に有利な主張をするのが心理的に困難な状況に置かれるかもしれない（山下 2007：84）。逆に、被害者の前だからこそ口を開くこともありうる。

しかしこのことは、主張提示権や黙秘権に対する侵害として否定的に評価されるわけではない。応答責任論からすれば、被害者と対面したがゆえに語れないことは語られるべきではない。閉ざされた空間においてしか主張できないことは、主張されるべきではない。被害者が排除された場所においてしか主張できないということは、被害者に対して責任のある主張ではないということである。また逆に、被害者と対面したがゆえに語ってしまうことは語られるべきである。黙秘権は、被害者と対面しない権利ではない。

その結果として、被告人の防御は従来よりも困難になる可能性がある。そこで重要になるのが、被告人の弁護人である。訴因の範囲内に限られるとはいえ、被害者が参加することで、争点が増加しうる。従来、ともすると量刑を争うくらいしか活躍の場がなかった被告人の弁護人は、より積極的な防御活動を行うことが要請される。確かに、被害者は、被告人の弁護人に対して不快感や敵意を持つため、時として弁護人に対して不穏当な言動をするかもしれない（高野 2008）。しかし弁護人は、被害者による問責とは被告人の尊厳の承認に他なら

ないことを理解した上で、弁護人としての自らの職責を果たすことに徹していくことになる。

## 3 証人への尋問

応答責任論からは、公判期日等への出席と被告人質問は認められてしかるべきだということなる。被害者と被告人が対面する場を保障し、被害者による問責と加害者による理由応答のプロセスを確保するという理念からすれば、公判期日等へ出席して、被害者が被告人に質問することを可能にすることで、相互承認が可能になるからである。

しかし、証人尋問と意見陳述については同じようにはいえない。その理由を順に考察しよう。

改正法が認めたのは、全ての事項についての証人尋問ではない。証人を尋問することが認められるのは、情状に関する事項のうち犯罪事実に関するものを除いた事項について証人の供述の証明力を争うために必要な事項についてのみである（316条の36 1項）。被害者にこのような証人尋問を認めることがいかなる意味で被害者の個人の尊厳を尊重することになるのかは明らかではない<sup>16)</sup>。

この点に関して、情状証人たる被告人家族が、法廷外では「損害賠償する気はない」と言いながら、法廷では「誠意を持って償います」と都合の良いことを時として言うことを、証人尋問を認める根拠として挙げる見解もある（岡村編 2007：78）。この見解が依拠しているのは、適切な量刑のためには被害者が直接証人尋問する必要があるという主張である。つまり、検察官が尋問するだけでは不十分であり、被害者という別の観点を持つ者が直接参加することで、適切な量刑が発見できるという主張である。この主張は、より多く者が参加すればより真実に近づくという、アリストテレス以来の「多数者の英知（the wisdom of the crowds）」の理論である（『政治学』：1281a43）。

16) また、被告人には黙秘権が認められていることと比較して、証人には証言義務があるため、被告人質問よりも証人尋問のほうが実質的な負担は重くなる（瀧川他 2007：31-33）。

多数者の英知の理論が妥当か否かは別として、ここでは次の2点を指摘しておく必要がある。第一に、改正法は犯罪事実に関する事項については、被害者による証人尋問を認めない。その理由は、検察官の主張立証と矛盾した尋問がなされると、真相解明が阻害される可能性があるからである（瀧川他 2007：32-33、岡村編 2007：78、196）。つまり、犯罪事実に関しては、より多くの者が参加したとしても真相解明には近づかず、むしろ遠ざかる可能性があることを前提としている。すると、犯罪事実に関する事項と情状に関する事項とで、一方では多数者の英知の理論を否定しながら、他方で多数者の英知の理論を肯定していることになる。このように、改正法は、内部に矛盾を孕む<sup>17)</sup>。

第二に、多数者の英知の理論は、応答責任論ではない。刑事裁判への被害者参加制度が応答責任論に依拠しており、問責と理由による応答を通じた被害者の「個人の尊厳」（犯罪被害者等基本法3条1項）の承認が基本理念であるという本稿の理解が仮に正しいならば、改正法の証人尋問に関する部分は、制度の基本理念とは異質なものであると評価されることになる<sup>18)</sup>。

#### 4 弁論としての意見陳述

証人尋問と同じように、弁論としての意見陳述についても疑問が残る。被害者が事実又は法律の適用に関する意見陳述（「被害者の論告求刑」ともいわれる）を行う権限は、応答責任論からは導出されない。現行の心情等の意見陳述の他に、改正法のような弁論としての意見陳述を認めることが、いかなる意味で被害者の個人の尊厳を尊重することになるのかは明らかではない。

- 17) 逆にいえば、仮に被害者参加制度が多数者の英知の理論に依拠しているならば、犯罪事実に関する事項についても被害者に証人を尋問することを認めるべきだということになる。但し、既に述べたように、私はこのような制度理解を採用しない。
- 18) もっとも、被害者による証人尋問は、証人の被害者に対する応答責任であるという見方も可能かもしれない。このように捉えれば、応答責任論から証人尋問を整合的に説明することも可能になる。しかし、証人の証言が及ぼす影響が間接的なものに過ぎない被害者に対しても、証人が応答責任を負うべきだといえるかは、別の考慮を要する問題である。これは、注19)で言及する説明責任の影響原理を、どの程度限定するかという問題である。

もしかしたら、次のようにいわれるかもしれない。心情の意見陳述とは異なり、弁論としての意見陳述は証拠にならず（316条の38 4項）、したがって量刑資料とすることが許されないという意味で法的に無意味である。また、被害者の供述調書や情状証言という従来型の証拠のほうが、影響力が強い場合も少なくない（加藤 2008：82）。このように弁論としての意見陳述は効果が限定的であるがゆえに、逆説的に認めてもよい。

しかし、被害者が必ずしも証拠調べの全過程に関与し、それを熟知しているわけではないため、弁論としての意見陳述を認めることの妥当性は疑わしい（堀江 2007：82、加藤 2008：82）。被害者の論告求刑は、証拠調べの全過程に関与した検察官の論告求刑とは異なるといわざるをえない。

#### 5 被害者と被害者遺族

弁論としての意見陳述については、被害者と被害者遺族の相違という問題もある。改正法では、被害者と被害者遺族は、共に「被害者参加人」という呼称を与えられ、付与される権限等も同様に扱われている。つまり、被害者と被害者遺族は、全く区別されていない。刑事裁判への参加という文脈で、被害者と被害者遺族を同様に扱うことに疑念がほのめかされることもあるが（後藤 2007：62）、その理由が明確に示されてきたわけではない。

ここでは、被害者と被害者遺族の間にある重要な相違を、赦しの可能性という点に着目して指摘しよう。人が赦すことができるのは、自分が蒙った被害だけである（Walker 2006：178）。自分以外の者が蒙った被害を赦すことはできない。いくら自分の家族であろうと、被害を蒙った本人以外が赦すことはできない。赦しは、謝罪や非難と同様に、被害者と加害者の直接的対面性においてのみ意味を持つ。この点で、直接的対面性を離れて第三者が行っても意味を持つ補償とは、性質が異なる。赦しが持つこうした性質を、「赦しの直接性」と呼ぶことができるだろう<sup>19)</sup>。

- 19) 被害者と加害者の直接的対面性においてのみ意味を持つ責任を「直接責任」、直接的対面性を離れても意味を持つ責任を「間接責任」と呼ぶことができる（瀧川）

赦しの直接性は、次のような重要な含意を持つ。被害者は、自分の蒙った被害を赦すことができる。しかしながら、被害者遺族は、亡くなった被害者が蒙った被害を、被害者に代わって赦すことができない。要するに、被害者は赦すことができるのに対し、被害者遺族は赦すことができない。そのため、被害者遺族の求刑は、被害者自身の求刑よりも、原理上重くなりがちである。

確かに、被害者遺族も全く赦すことができないわけではない。被害者遺族自身が蒙る被害については、すなわち自分の家族を殺されるという自分自身が蒙る被害については、被害者遺族は赦すことができる。このことは、赦しの直接性から導かれる。しかし、自分自身が蒙る被害を超えて、亡くなった被害者が蒙った被害については、いかに被害者の家族といえども、赦すことができない。

このように、一口に「被害者参加人」と呼ばれても、被害者と被害者遺族との間には、重要な相違がある。被害者と被害者遺族は共に論告求刑する権限を認められたが、その相違のために、被害者遺族が原理上厳罰を求刑する傾向にあることは、被害者参加制度を運用する上で、十分注意されておいてよいだろう。

## 6 応答責任の不発

応答責任論は、加害者と被害者の直接的対面性を重視する。そのため、一定の条件の下では、対面的責任関係を保障する被害者参加制度を正当化する。

しかしながら、加害者が真の加害者でない場合がある。刑事訴訟に即して言えば、被告人が真犯人でない場合がある。同様に、被害者も真の被害者でない場合がある。刑事訴訟に即して言えば、公訴事実において被害者とされた者が、真の被害者ではない場合がある。例えば、被告人の業務上過失により傷害を負ったと見られていたが、実際には被告人に過失がなかった場合、その被害者は真の犯罪被害者ではない。また、被告人によって殺害されたと見られていたが、実際には病死だった場合、その遺族は真の被害者遺族ではない。被害者から被告人への問責は、被告人が真犯人ではないときには終点において失敗し

（1999；瀧川 2003：44）。赦しは、直接責任と同様の性質を持つ。

ているし、被害者が真の被害者ではないときには始点において失敗している。別の言い方をすれば、手続と実体には齟齬がある。

こうした手続と実体の齟齬は、被害者参加制度に対する批判に根拠を提供している。被害者が事件の当事者であるから刑事訴訟に参加できるというのは、刑事訴訟以前に実体的に存在する被害者を前提としてしまっている。しかし、無罪推定の原則からすれば、刑事訴訟を経て初めて被告人の有罪が確定され、それによって被告人の犯罪行為による被害者だと確定されることになるはずである。したがって、単に起訴状に被害者と記載されたことのみをもって一定の訴訟上の権限を付与する被害者参加制度は、無罪推定の原則と整合しないといわれる（川崎 2007：90，岩田 2007：87）。

この問題は、手続と実体の乖離の度合いに応じて考えるべきである。仮に手続と実体があまり乖離していない場合には、つまり手続的に被害者とされる者が実体的には被害者である蓋然性が高い場合には、その者に参加を認めたとしても不当ではない（川出 2007：19，堀江 2007：79）。

逆に、仮に手続と実体が大きく乖離している場合には、つまり手続的に被害者とされる者が実体的には被害者である蓋然性が低い場合には、その者に参加を認めることは妥当ではないであろう。この場合には、手続的に被告人とされる者が実体的には被告人である蓋然性も、同様に低いといえよう。したがって、この場合には刑事訴訟制度全体が不当だということになる。

このように考えるならば、被害者参加制度は不当ではないというか、刑事訴訟制度全体が不当であるというか、いずれかだということになる。現在の日本の刑事訴訟制度全体は不当であるとはいえないと、私は判断している。

確かに、刑事訴訟制度全体が不当ではないとしても、起訴状に被害者として記載された者が真の被害者ではない場合はありうる。この場合には、その者に一定の訴訟上の権限を与えることは、振り返ってみれば、必要がなかったということになる。しかしながら、刑事訴訟制度全体として見て、起訴状に被害者として記載された者が真の被害者である蓋然性が高い場合に、その者に一定の訴訟上の権限を与えることは不当であるとはいえない。

もつとも、被害者参加制度の導入と裁判員制度の開始が重なることは懸念を生じさせる。被害者が刑事裁判に参加することで、あたかも被告人が有罪であるような偏見を裁判員に抱かせやすくなるからである。D・フットは、この事態を「まさに衝撃的である」とし、「これが合衆国であれば、有罪・無罪の判断の段階での被害者の積極的な参加が、被告人に公正な裁判への権利を保護する観点から、違憲審査で認められるとはまず考えられない」という（フット 2007：310）。こうした懸念に対処するために、被害者が参加しているとしても被害者が有罪であるとの心証を形成してはならないことを、裁判官は、裁判員及び自らに対して、十分理解させる必要がある。

被害者参加制度は被害者の推定を導入する。被害者の推定は、論理的には、被告人の有罪の推定には結びつかない。ある個人に一定の被害が生じており、その被害が犯罪によって生じたか推定されたとしても、その被害が実際に当該犯罪によって生じたのか（因果関係の問題）、その被害が違法な行為によって生じたのか（違法性の問題）、その被害が有責な行為によって生じたのか（責任の問題）、その被害を生ぜしめた犯罪行為を行ったのが被告人なのか（犯人性の問題）といったことにまで推定が及ぶわけではない。このような被害者推定と有罪推定の厳格な切断こそが、被害者参加制度への懸念を解消するためには不可欠である。

#### 第4節 被害者参加と説明責任

##### 1 刑罰権力と説明責任

日本国憲法の特質として、国民主権や戦争放棄等が挙げられることが多いが、それと並んで「刑罰権力への懐疑」を挙げることができる。日本国憲法は補足を含めて全103条中、実にその約10分の1にあたる10条（31条～40条）を費やして、刑罰権力の統御を目的とする規定を置いている。これは比較憲法的に見て、異例といえるほど詳細な規定ぶりである（瀧川 2007：110）。刑罰権力をいかに統御するかが、日本国憲法の一つの重要な課題である。

一般に、権力を統御する手法として、分割・分離・抑制・均衡・公開・参加

などがある。ここで注目したいのは、説明責任（accountability）である。権力を行使するのに際して、説明する責任を課すことにより、権力行使の適正化と統御を図る制度思想が、ここでいう説明責任である。

説明責任と応答責任の関係は次のように理解しておこう（Takikawa 2008）。応答責任論からすれば、責任実践の中心にあるのは、問責と理由による応答である。かかる理由による応答のうち、特に権力行使に際してなされるものが、説明責任と呼ばれる。簡潔に言えば、説明責任とは、権力統御という観点から、応答責任を捉え返したものである。

刑罰権力は複合的な権力である。それは、逮捕権力・勾留権力・取調権力・搜索権力・押収権力・起訴権力・事実認定権力・法解釈権力・量刑権力・行刑権力・恩赦権力などから構成される（瀧川 2007：114）。こうした刑罰権力の一翼を担う者は、説明責任を負う。

被害者が刑事裁判に参加することで、説明責任の布置も変化する。第一に、検察官や裁判官が負う説明責任が実質化する。特に、検察官や裁判官が被害者に対して負う説明責任が顕在化する。第二に、裁判官の許可を得るという条件の下であるとはいえ、被害者自身が一定の権力を行使することで、被害者自身も説明責任を負うことになる。

##### 2 検 察 官

犯罪被害者の刑事裁判への参加により、最も実質的な対応を迫られることになるのが検察官である。検察官は公益の代表者である一方で、犯罪被害者と十分なコミュニケーションをとりながら、任務を遂行することを要請される。

被害者参加人は、検察官の権限行使に関して意見を述べることができ、検察官は、当該権限の行使・不行使について、「その理由を説明しなければならない」（刑事訴訟法316条の35）。ここに、被害者参加人に対する検察官の説明責任が明文上規定されることになった。

刑罰権力の重要な部分を担う検察官は、当然のことながら、説明責任を負う。一般的に言えば、説明責任の相手方は、当該権力の行使により影響を受ける者

である<sup>20)</sup>。検察官の権限行使によって影響を受けるのは、直接的には被告人である。しかし、間接的にせよ被害者も一定の影響を受ける。このように考えれば、被害者に対する検察官の説明責任は、今回の法改正を待つまでもなく、潜在的にせよ従来から存在していたといえる。

検察官は被害者に対してのみ説明責任を負うわけではない。「公益の代表者」たる検察官は、「公衆 (the public)」に対しても説明責任を負う。つまり検察官は、自らの権限行使について、被害者参加人に対して現実的に説明する責任を負うのと同時に、公衆に対しても可能的に説明責任を負う。言い換えれば、眼前にはいない公衆に対しても理由を説明できるような仕方でも権限を行使することが要請される。確かに、目の前にいる犯罪被害者という具体的な相手方に対して説明することはかなりの苦勞を伴う（加藤 2008：87）。そのため、犯罪被害者に対する説明責任を事実上重視するようになることが予想される。しかし、それによって公衆に対する説明責任が軽視されることがあってはならない。

このように、被害者の参加は、被害者に対する検察官の説明責任を顕在化させることで、具体的被害者と抽象的公衆という異なる相手方への説明責任を検察官が負っていることを明示化する。

特に問題となるのが、被害者に対する説明責任と公衆に対する説明責任が相剋する場合である。それは、公益の観点から検察官が行う訴訟活動について被害者が納得しない場合である。この場合に検察官は、被害者に対する説明責任の果たし方を、公衆に対して説明することが可能か、という観点から判断することになる。すなわち、検察官が最終的に負っているのは、公衆に対する説明

責任である。

### 3 裁判官

裁判官も、検察官と同様の対応を迫られる。まず、既に述べたように、被害者が証人尋問、被告人質問、事実又は法律の適用に関する意見陳述を行うためには、裁判所の許可が必要である。逆にいえば裁判官は、被害者のこうした活動を許可するか否かを判断し、適切な形で訴訟指揮することが求められる（川出 2005）。許可するか否かの裁判所による判断は、被害者だけではなく公衆に対しても説明可能な仕方で行われなければならない。

また、検察官だけではなく被害者にも弁論としての意見陳述が認められたこととの関係で、裁判官は検察官だけではなく被害者に対しても説明可能な仕方でも判決を下すことが要請される。それだけではなく、裁判官が下す判決は、最終的には公衆に対して説明可能でなければならない。

このように、裁判官が公衆に対する説明責任を負う根拠は、憲法に則していえば、裁判の公開（82条）に求めることができる。公開制は、潜在的な説明責任の制度である（瀧川 2001）。すなわち、公に開かれていることが要請されるということは、公に説明可能であることが要請されるということである。被害者参加により、裁判官の被害者に対する説明責任が顕在化するが、裁判官が最終的に説明責任を負うのは、公衆である。

### 4 被害者の応報感情

刑事裁判に被害者が「参加」することで、被害者自身も刑罰権力の一部を担うことになる。そのため、被害者自身もその権力行使に際して、説明責任を負うことになる。

では、被害者参加によって、刑事裁判はどう変わるのだろうか。被害者参加制度に対する一つの警戒感、復讐司法化である。被害者参加によって、被害者の応報感情・報復感情が公判審理に無秩序に流れ込んで、証拠に基づく事実認定に影響を与えてしまうのではないかとの懸念が表明されている（山下

20) 説明責任の相手方が誰かという問題は、難問である。この問題に対しては、およそ二つの解答がある。第一の解答は、「授権原理 (the principle of delegation)」に基づき、権力行使者は、当該権力を授権した者に対して、説明する責任を負うとする。第二の解答は、「影響原理 (the principle of impact)」に基づき、権力行使者は、当該権力の行使により影響を受ける者に対して、説明する責任を負うとする (Takikawa 2008)。被害者に対する検察官の説明責任は、影響原理によって容易に説明することができる。もっとも、検察官に刑罰権力の一部を授権したのは国民であり、被害者もその国民の一部であるという経路を辿れば、授権原理によっても説明可能である。

2007：83)。

この懸念に対しては、いくつかの応答が可能である。まず、被害者の多くは実際には報復的ではなく、より重い刑罰を求めるわけではない。また、いくら被害者が応報感情を発露しようと、裁判官が法に基づいて判断すれば問題ない。さらに、ここで強調したいのは、応報感情は情緒的ではないという点である。

法哲学者の J・マーフィーは、被害者の応報感情を刑事司法と相容れないものと捉える従来の考え方を批判している。被害者が加害行為に憤りを感じるとき、被害者は感情的になっているというよりは、自分には適切に取り扱われるべき尊厳があると訴えているのである。つまり、自分の尊厳を毀損する犯罪行為に反発して、尊厳を承認するよう要求している。

しかも、被害者の応報感情は、単なる激情とは異なり、理性的な判断やコントロールに服している (Murphy 1988a：5)。いいかえれば、応報感情の表出は、理性的な道徳判断に裏打ちされた、自尊の価値の表明である (Murphy 1988b：16)<sup>21)</sup>。さらに、こうした自尊の価値へのコミットメントは、道徳的秩序の尊重へとつながっている (Murphy 2003：19)。

このように、応報感情は情緒的であるというよりは道徳的である。このことは、重要な含意を持つ。すなわち、道徳的な応報感情を持つ被害者は、自分だけではなく加害者にも尊厳があることを承認せざるをえない。自分の復讐欲求を満たすための手段としてのみ加害者を扱うことは、禁止される。被害者が加害者を責めるとき、被害者は加害者の人格を承認しているのである (瀧川 2003：第5章)。

加害者の尊厳を承認するという点で、応報は復讐とは異なる。応報感情を持つ被害者が求めるのは、犯罪行為によって象徴的に示された加害者の優位性及び被害者の劣位性を否定することであり、その結果として、被害者と加害者の尊厳における平等が示されることである。この点で応報は、被害者の優位性を樹立しようとする復讐とは異なる (Hampton 1988：137)。被害者が加害者を

21) そうであるがゆえに、「拙速な赦し」は、自尊の価値の欠如を含意してしまいかねない (Murphy 1988b：18)。

貶めたり尊厳を傷つけることは、加害者が被害者を貶めたり傷つけたことと同様に、正しい行為とはいえない (Hampton 1988：137)。

こうして、被害者が刑事裁判に参加するとき、仮に応報感情に基づいていたとしても、それはあくまで道徳的なものである。したがって、単に情緒的な応報感情に依拠しているのではないかという批判に対して応答可能な行為が要請される。この意味で、被害者はかなり困難な対応が迫られることになるが、それは刑事裁判に参加することにより引き受けざるをえない責任である。

## 5 被害者の求刑

被害者は、被告人質問の場面だけではなく求刑の場面でも説明責任を負う。改正法により、被害者は弁論としての意見陳述をすることができるようになった。被害者が求めるのは、被告人が犯した罪の重大さにふさわしい刑罰が科されることである。この罪と罰の関係を絶対的均衡と呼ぶとすれば、被害者による求刑は、罪刑の絶対的均衡に依拠している。

これに対して検察官は、これとは別の種類の均衡をも考慮に入れる。それは同種事件の被告人との刑の均衡である。同程度の罪質の強盗には、同程度の刑罰が科されねばならない。これを罪刑の相対的均衡と呼ぼう。検察官による求刑は、罪刑の絶対的均衡のみならず、それ以上に罪刑の相対的均衡に依拠している。

法は、平等な取り扱いを要請する。同様の犯罪を犯した被告人には同様の刑罰が科されねばならない。つまり、罪刑の相対的均衡が決定的に重要である。そのため、裁判官は相対的均衡を重視する (瀧川 2006)。

このように、被害者が罪刑の絶対的均衡だけを考慮して求刑をしたとしても、裁判官はそれに一定の理解を示しつつも、罪刑の相対的均衡を重視して量刑判断をすることになる。そのため、いわゆる被害者の求刑は、量刑にほとんど影響を与えないことになる<sup>22)</sup>。

22) ただし、裁判員制度の下で、多くの裁判員は罪刑の相対的均衡を図るための経験が欠くため、裁判官よりも罪刑の絶対的均衡に依拠しがちとなることが予想される。

日本では2000年の法改正で被害者による意見陳述制度が導入された。実証データは存在しないが、その導入後、その効果として刑が重くなったという結果は生じていないといわれる。諸外国でも、いわゆる被害者影響陳述（VIS）の導入後、刑が重くなるという結果は生じていないようである（Strang 2002: 12）。つまり、被害者の参加によって量刑は影響を受けていない（Sanders et al. 2001, Chalmers et al. 2007）<sup>23</sup>。

以上のことからすると、被害者は、自らの求刑がいかなる意味で罪刑の絶対的均衡に依拠しているかを説明する責任を負う。それだけではなく、相対的均衡をも考慮して下された裁判所の量刑判断が、被害者が思料する絶対的均衡にそぐわないとしても、法の支配を貫徹すべく刑事裁判に参加する被害者は、その量刑判断を甘受しなければならない。

そもそも、被害者が実際に求めているのは、結果への影響力ではなく、手続への参加である（Strang 2002: 14）。手続に参加して自ら求刑することで判決結果に影響を与えることではなく、手続に参加することで公正に扱われることを、被害者は求めている（Sanders et al 2001: 455-457）。要するに、プロダクトへの影響ではなく、プロセスへの参加とそれによる尊厳の承認が、被害者参加制度の眼目である。かかる被害者参加制度の意義は、応答責任論によってこそ適切に説明されることを、本稿は示した。

## 参考文献・資料

- Beccaria, Cesare Bonesana (1764) *Dei delitti e delle pene*. = (1959) 風早八十二・風早二葉訳『犯罪と刑罰』, 岩波書店. = (1995) Richard Bellamy ed., *On Crimes and Punishments and Other Writings*, Cambridge University Press.
- Chalmers, James, Peter Duff and Fiona Leverck (2007) "Victim Impact Statements: Can Work, Do Work (For Those Who Bother to Make Them)," *Criminal Law Review*, 2007: 360-379.

る。この問題に対処するために、最高裁は量刑データベースを導入したが、むしろ量刑ケースブックを整備することを、私は提案している（瀧川 2006）。

23) 但し、被害者参加制度の導入が裁判員制度の開始と重なるため、今後の動向がどうなるかは不明である。

- Hampton, Jean (1988) "The Retributive Idea," in Murphy and Hampton (1988): 111-161.
- Hobbes, Thomas (1651 [1996]) *Leviathan*, edited by Richard Tuck, Cambridge University Press.
- Huning, Dieter (2007) "Hobbes on the Right to Punish," Springborg (ed.) (2007): 217-240.
- Locke, John (1698 [1988]) *Two Treatises of Government*, edited with an introduction and notes by Peter Laslett, Cambridge University Press.
- Minow, Martha (1998) *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History After Genocide and Mass Violence*, Beacon Press. = (2003) 荒木教夫・駒村圭吾訳『復讐と赦しのあいだ』, 信山社。
- Murphy, Jeffrie G. (1988a) "The Retributive Emotions," in Murphy and Hampton (1988): 1-10.
- (1988a) "Forgiveness and Resentment," in Murphy and Hampton (1988): 14-34.
- (2003) *Getting Even: Forgiveness and Its Limits*, Cambridge University Press.
- Murphy, Jeffrie G., and Jean Hampton (1988) *Forgiveness and Mercy*, Cambridge University Press.
- Pufendorf, Samuel (1688) *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*. = (1964) *The Classics of International Law, The Translation of the Edition of 1688*, by C. H. Oldfather and W. A. Oldfather, Oceana.
- Sanders, Andrew, Carolyn Hoyle, Rod Morgan, and Ed Cape (2001) "Victim Impact Statements: Don't Work, Can't Work," *Criminal Law Review*, 2001: 447-458.
- Springborg, Patricia (ed.) (2007) *The Cambridge Companion to Hobbes's Leviathan*, Cambridge University Press.
- Seilmann, von Kurt (2008) "Taterschutz versus Opferschutz," *mimeo* (2008. 5. 28 講演原稿 於早稲田大学). (本講演原稿の入手については、井田良教授のご高配を賜った。)
- Strang, Heather (2002) *Repair or Revenge: Victims and Restorative Justice*, Oxford University Press.
- Takikawa, Hirohide (2008, forthcoming) "Conceptual Analysis of Accountability: The Structure of Accountability in the Process of Responsibility" in *Accountability*, UNU Press.
- Walker, Margaret Urban (2006) *Moral Repair: Reconstructing Moral Relations After*

- Wrongdoing, Cambridge University Press.
- Zehr, Howard (1990) *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press. = (2003) 西村春夫・細井洋子・高橋則夫監訳『修復的司法とは何か——応報から関係修復へ』, 和泉社。
- (2001) *Transcending: Reflections of Crime Victims*, Good Books. = (2006) 西村春夫・細井洋子・高橋則夫監訳『犯罪被害の体験をこえて——生きる意味の再発見』, 現代人文社。
- 浅田和茂・川崎英明・山下幸夫・高田昭正 (2007) 「座談会 犯罪被害者と刑事訴訟——犯罪被害者関連施策の総論的・各論的検討」『法律時報』79巻7号: 88-102。
- 井川 良 (2005) 「犯罪被害者等基本法」『ジュリスト』1285号: 39-43。
- 岩田研二郎 (2007) 「刑事訴訟における被害者参加制度の問題点——法制審議会刑事法部会の審議を中心に」『法律時報』79巻5号: 84-89。
- 岡村勲監修 (2007) 『犯罪被害者のための新しい刑事司法』明石書店。
- 岡本 章 (2007) 「『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』の概要」『刑事法ジャーナル』9号 (2007): 9-13。
- 加藤克佳 (2008) 「犯罪被害者の権限拡充法制的意義と課題」『刑法雑誌』47巻3号 (2008): 77-92。
- 神村昌道 (2005) 「犯罪被害者等のための施策をめぐるこれまでの経緯と基本計画案骨子」『ジュリスト』1302号: 28-35。
- 川崎英明 (2007) 「刑事裁判への被害者参加制度の批判的検討」『季刊刑事弁護』50号: 89-93。
- 川出敏裕 (2005) 「犯罪被害者の刑事裁判への参加」『ジュリスト』1302号: 36-43。
- (2007) 「犯罪被害者の刑事裁判への参加」『刑事法ジャーナル』9号: 14-21。
- 後藤弘子 (2007) 「犯罪被害者にとって朗報となるのか——『犯罪被害者権利利益保護法案』の問題点」『法学セミナー』631号: 60-63。
- 瀬川晃・大谷晃大・加藤克佳・川出敏裕・川上拓一・高橋正人 (2007) 「座談会 犯罪被害者の権利利益保護法案めぐって」1338号: 2-47。
- 椎橋隆幸 (2007) 「犯罪被害者等の刑事裁判への参加」『ジュリスト』1338号: 56-62。
- 白木 功 (2007) 「『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』の概要」『ジュリスト』1338号 (2007): 48-55。
- 高野嘉雄 (2008) 「被害者参加制度下での弁護活動」『自由と正義』2008年7月号: 62-68。
- 高橋則夫 (2004) 「刑罰と損害賠償——刑法・民法における行為規範と制裁規範」『現代刑事法』6巻6号: 37-42。

- (2008) 「刑事裁判と被害者参加 制度概観——修復的司法の視点から」『法学セミナー』2008年9月号: 10-13。
- 高橋正人 (2008) 「犯罪被害者のための刑事司法」『自由と正義』2008年7月号: 69-77。
- 瀧川裕英 (2001) 「公開性としての公共性——情報公開と説明責任の理論的意義」日本法哲学会編『〈公私〉の再構成 法哲学年報 (2000)』: 23-40。
- (2003) 『責任の意味と制度』, 勁草書房。
- (2006) 「量刑権力の説明責任」『法律時報』78巻3号: 17-23。
- (2007) 「権力分立原理は国家権力を実効的に統御しうるか」井上達夫他編『岩波講座 憲法 第1巻』, 岩波書店: 89-124。
- 長沼範良 (2008) 「被害者の刑事手続への参加」『刑法雑誌』47巻3号: 69-76。
- フット, ダニエル・H (2007) 『名もない顔もない司法——日本の裁判は代わるのか』(溜箭将之訳), NTT 出版。
- 堀江慎司 (2007) 「刑事手続上の被害者関連施策について——刑事裁判への「直接関与」の制度を中心に」『法律時報』79巻5号: 77-83。
- 山下幸夫 (2007) 「刑事裁判への被害者参加制度の立法経過と実務家から見た問題点」『季刊刑事弁護』50号: 82-88。

全国犯罪被害者の会 (あすの会) <http://www.navs.jp/>  
 被害者と司法を考える会 <http://victimandlaw.org/>  
 犯罪被害者等基本計画 (2005.12) [http://www8.cao.go.jp/hanzai/basic\\_plan.pdf](http://www8.cao.go.jp/hanzai/basic_plan.pdf)  
 法制審議会刑事法 (犯罪被害者関係) 部会議事録 (2006.10~2007.1) [http://www.moj.go.jp/SHINGI/keiji\\_higaisha\\_index.html](http://www.moj.go.jp/SHINGI/keiji_higaisha_index.html)

- \* 本稿の姉妹版として、「参加による陶冶——応答責任論から見た被害者参加制度」を、『法学セミナー』2008年9月号に発表した。併せて、ご参照を願いたい。旧稿が被害者の参加による当事者の陶冶に焦点を当てているのに対し、本稿は被害者参加制度を応答責任論から読み解くものである。本稿は、旧稿の一部を利用しつつ、分量にして約4倍に加筆している。
- \*\* 本研究は、科学研究費補助金 (基盤研究(C): 課題番号20530010) の助成を受けたものである。