

# 刑事手続における被害者参加制度に 関する一考察

宿 谷 晃 弘

- 一. はじめに
- 二. 本制度の概要と指摘される問題点
- 三. 刑事司法過程・刑事司法システムのモデル論と被害者の位置
- 四. 若干の検討
- 五. おわりに

## 一. はじめに

日本における被害者支援の施策は、平成以降、活発化の一途を辿ったといつてよいであろう<sup>1)</sup>。このことは、各機関における被害者支援の施策の実施や様々な被害者関連立法の動きを見れば明らかなことといえる。ここで詳しく見ていくことはできないが、各機関における被害者支援のための施策の実施の例としては、例えば、平成8年には警察庁が被害者対策要綱を策定したことが挙げられるであろう。また、検察においては、平成11年に、被害者等通知制度が導入されたことは周知の事実である。そして、法律としては、平成12年にいわゆる犯罪被害者等保護二法が成立し、さらには平成16年12月に犯罪被害者等基本法が成立し、翌年4月に施行されてい

る。とくに、この犯罪被害者基本法の成立によって刑事手続・民事手続上の被害者関連施策は、さらなる進展を遂げた。つまり、同法8条に従い、犯罪被害者等基本計画が策定され、そこでは立法的手当が必要なものとして、以下のものが挙げられた。すなわち、①損害賠償請求に関し刑事手続の成果を利用する制度を新たに導入する方向での検討及び施策の実施、②公判記録の閲覧・謄写の範囲拡大に向けた検討及び施策の実施、③犯罪被害者等に関する情報の保護、④犯罪被害者等が刑事裁判に直接関与することのできる制度の検討及び施策の実施、⑤民事訴訟におけるビデオリンク等の措置の導入などである。そして、これに基づいて法制度の整備が実行された。

本稿においては、これらの一連の被害者関連施策のうち、とくに刑事手続における被害者参加制度（第166回国会において成立した「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95号。以下、「本法律」と表記）によって創設されたもの（以下、「本制度」と表記））について、若干の検討を加えていく。筆者の基本的立場は、一言でいうならば、犯罪解決における被害者の主体性の重視というものである<sup>2)</sup>。犯罪は、まさに被害者自身のものであり、その解決に被害者が主体的に関っていくことができるということは、被害者の権利という観点から見れば当然のことといえるであろう。しかしながら、結論からいえば、筆者は、本制度のあり方について、一定の疑義を示すものである。犯罪解決における被害者による主体性の獲得とは、必ずしも刑事司法システムに被害者が組み込まれていくことを意味しないであろう。被害者の主体性は、それを保障する制度のもとで実現されなければならない、刑事司法システムは（あるいはそれのみでは）、その目的に適合的なシステムであるとは、必ずしもいえないように思われるのである。もっとも、この小稿においては、必ずしも、本制度に対して、筆者の主張する修復的正義の立場から最終的な評価を下すところまではいかないであろう。次章

で検討するように、本制度をめぐるわが国の議論は、多少なりともすれ違いの様相を呈しているようにも見受けられる。つまり、そこでは、本制度の客観的な分析を前提とするよりは、各論者の立場を前提とし、多少なりともそれに左右された議論が展開されているように思われるのである。これでは、議論は、いつまで経っても平行線を辿るだけであろう。それゆえ、本稿では、本制度の性質について、客観的・総体的な視点から、その方向性を若干なりとも明らかにする作業がなされる。すなわち、本稿は、刑事司法過程・刑事司法システムの本質・構造に関する近時の議論を参照しつつ、あくまでも試論として、①「私」優先モデル、②「公」優先モデル、③「公共」優先モデル、④「利益社会」優先モデル、⑤バランスモデルの、5つのモデルを提示し、これらをもとに本制度について、若干の検討をなしていく。

以下においては、まず第2章において、本制度の内容を概観し、指摘される問題点を整理する。次に、第3章において、本制度の客観的な分析をなすための前提となる刑事司法過程・刑事司法システムの本質・構造に関する議論の流れを概観していく。そして、これらの議論を踏まえた上で、第4章において、まず刑事司法過程・刑事司法システムの本質・構造に関するモデルについて、試案を提示し、それを使用しつつ、本制度の方向性について、若干の検討をなしていくことにしたい。

## 二. 本制度の概要と指摘される問題点

### 1. 本制度の概要<sup>3)</sup>

本法律によって創設された被害者参加制度は、単なる心情等に関する意見陳述に止まらないものであり、「全く新しい制度<sup>4)</sup>」であるということがいえよう。本制度は、在廷（本法律による改正後の刑事訴訟法（以下、

「改正後刑訴法」と表記) 316条の34第1項), 証人尋問(同316条の36第1項), 被告人への質問(同316条の37第1項), 弁論としての意見陳述(同316条の38第1項)などといったように, 被害者等に様々な形での参加を認め, さらには, 被害者等が, より安心して刑事手続に参加することができるように, 付添いや遮への措置(同316条の39第1項, 第4項, 第5項)を講じることを認めているのである。また, 被害者等による検察官への意見・検察官による意見を述べた者への説明義務(同316条の35)も認められている。これは, 被害者と検察官との間の連携をより密なものにし, 本制度による被害者参加をより実効性のあるものにするためのものである。

もっとも, 本制度も, 被害者等の完全なる参加を認めたものではない。本制度は, 様々な制限を設けた上で, 一定の限度で刑事手続への被害者参加を認めたものであるといえる。そのことは, まず, 参加を許可され得る被害者等の範囲に示されている。本制度においては, 故意の犯罪行為により人を死傷させた罪をはじめとした被害者の生命・身体等に深刻な害を及ぼすものに限られている。次に, 証人尋問に関しても, 情状に関する事項(犯罪事実に関するものを除く。)についての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, 尋問することが許可されている。また, 被告人への質問に関しても, 被害に関する心情についての意見の陳述や事実又は法律の適用についての意見の陳述をなすために必要があると認められる事項に限られている。そして, 弁論としての意見の陳述に関しても, 訴因として特定された事実の範囲内という限定がつけられている。

これらの制限の範囲内で, 被害者等による参加の申出がなされ, 裁判所による決定がなされるのである。

以上が本制度の概要である。

## 2. 指摘される問題点について<sup>5)</sup>

本制度に関しては, 大きく分けて4つの観点から, 様々な問題点が指摘

されている。つまり、第一に、刑事司法システムの本質の観点からの指摘であり、第二に、刑事訴訟の基本構造の観点からの指摘であり、第三に、被告人の権利の観点からの指摘であり、そして、第四に、被害者のニーズの観点からの指摘である。以下、それらに対する反論も含めて、順次、見ていくことにしたい<sup>6)</sup>。

#### (1) 刑事司法システムの本質の観点からの指摘

まず、刑事司法システムの本質に関連して、被害者の私的な応報感情・復讐感情と刑罰権の本質との関係について指摘がなされている。この指摘は、次のようなものである。つまり、そもそも国家刑罰権は、被害者による復讐のためにあるものではない。国家刑罰権は、公的な観点から行使されるものである。それゆえ、それを被害者の私的な応報感情に基づいて行使することは、時計の針を逆行させるようなものである、と<sup>7)</sup>。

これに対しては、次のような反論がなされている<sup>8)</sup>。つまり、本制度においても、被害者が刑罰権を行使するわけではない。被害者は、国家による刑罰権の適正な行使を求めて参加するのみである。また、刑罰権の公益性ということについても、ただ単に公益のために刑罰があるという見方は、被害者の権利に対する認識が不十分であった時代の産物であり、被害者の権利の重要性が認識されるに至った今日においては、「刑事司法の目的は、社会の秩序を維持するという公益を図ることだけにあるのではなく、今や犯罪被害者の利益を保護することにもあると言うべき<sup>9)</sup>」である、と。

以上の議論から明らかなことは、本制度に批判的な立場も、肯定的な立場も、本制度の趣旨が、従来の刑事司法システムの本質を根本的に変化させるものであることを認めているということである。問題は、このようなシステムの根本的変化が、本制度においては、システム運営のための諸条件にどの程度の影響を与えているかであり、その点をめぐって、激しい意見の対立が見られるのである。以下、順次見ていくことにしたい。

## (2) 刑事訴訟の基本構造の観点からの指摘

刑事訴訟の基本構造の観点からは、当事者主義との関係からの指摘がなされている。被害者参加の形態については、例えば、ドイツなどにおいて、在廷の権利等に止まらず、訴因の設定や上訴等、幅広い権利を認めていることから、日本においても、これに倣うべきであるとする意見もある<sup>10)</sup>。しかしながら、この意見に対しては、ドイツが職権主義的な訴訟構造を採用しているのに対して、日本では当事者主義的訴訟構造を採用していることから、日本の刑事裁判とは調和しないという批判がなされ、本法律においても、そこまで幅広い権利が認められるに至らなかったことは、既述したところから明らかである。したがって、ここでは、本法律が認めた範囲での被害者参加が、当事者主義的訴訟構造と調和し得るものであるか否かをめぐる、様々な指摘を概観していくことになる。

この点に関して、次のような指摘がなされている。つまり、①当事者主義の下では、公判審理の主導権は、検察官と被告人（弁護人）にある。しかしながら、ここに被害者が加わった場合、審理の複雑化・争点の混乱を招くであろう。そして、その結果として裁判所による介入の必要性が増大し、現在の当事者主義的訴訟構造に重大な変容を引き起こすことになるであろう<sup>11)</sup>。②当事者主義の下では、検察官と被告人側の一対一の構造がある。これに対して、被害者が被告人側に敵対する者として加わった場合、この一対一のバランスが崩されてしまう<sup>12)</sup>。③当事者主義の下では、両当事者による主張のぶつけ合いを通じて真相の解明がなされていくのである。ここに、被害者が加わった場合、争点の混乱が生じ、結果として真実が見失われる危険がある<sup>13)</sup>。

これらの指摘に対しては、反論も提起されている。まず、①②の指摘に対しては、本法律において認められた被害者参加制度は、限定的なものであり、それは従来の刑事訴訟の基本的な構造の枠内に収まるものである<sup>14)</sup>という反論がなされている。他方、そもそも犯罪被害者等基本法やそれに

基づく基本計画は、従来の訴訟構造を変えてでも被害者の参加を促進することを求めているのであり、それに対して従来の構造はこうなっているから受け入れられないといった形の批判は妥当ではないという反論もなされている<sup>15)</sup>。また、③の指摘に対しては、本制度においては、例えば、証人尋問の対象となる事項が限られていたり、被害者参加人等が行う事実又は法律の適用についての意見陳述は証拠とならないなど、真相解明が妨げられることがないような措置が講じられているといった反論がなされているのである<sup>16)</sup>。

### (3) 被告人の権利の観点からの指摘

被告人の権利の観点からの指摘としては、次のようなものがある。つまり、まず第一に、前款でみた訴訟構造の変化がもたらす一般的な問題点についての指摘、第二に、無罪推定との関係における指摘、第三に、黙秘権や聴聞を受ける権利との関係における指摘、第四に、裁判員制度への影響に関する指摘などである。

#### (i) 一般的な問題点についての指摘

本法律によって設けられた被害者参加制度が、日本の当事者主義的な刑事訴訟の基本構造に変化をもたらすものであるという指摘があることについては、すでに見たところである。このような観点からは、さらに、その訴訟構造の変化が被告人の防御権一般に対してもたらし得る不利益についての指摘がなされている。それによれば、被害者の参加は審理の混乱や争点の拡散をもたらし、防御すべき対象の拡大につながるとされるのである<sup>17)</sup>。

このような指摘に対しては、本法律のもとでの被害者参加によって、従来の訴訟構造に変化がもたらされることはなく、審理の混乱や争点の拡散などは生じないとする反論が提起されていることについては、すでに見た通りである。

#### (ii) 無罪推定との関係における指摘

無罪推定原則との関係において、ある者が被害者であるということは有

罪判決が確定して初めて明らかになることであり、それより前に、単に起訴状に被害者と記載されたことのみをもって、被害者等に対して「参加人」として強固な地位や権限を付与することは同原則に反するという指摘がなされている<sup>18)</sup>。

これに対しては、一定の被害者に訴訟参加を認めることは、検察官が被告人の有罪について挙証責任を有することに何らの変更をもたらすものではなく、したがって、この批判は当たらないという反論がなされている<sup>19)</sup>。

しかしながら、この反論に対しては、さらに、そうした「被害者」が訴訟参加することによって、事実上、被告人が有罪であるかのような外観が生じ、それが被告人にとって不利な状況を作り出す危険性は小さくないとの指摘がなされている<sup>20)</sup>。

この指摘に対しては、さらに、次のような反論がなされている<sup>21)</sup>。つまり、これまで証人尋問などで、「被害者」と想定されている人が被害者と呼称され、心情等の意見陳述においても、そうした人に一定の地位が与えられているが、それによって無罪推定の原則が揺らいでいるわけではない。事実上の影響という問題はあるかもしれないが、それは、そのような心証を排除すべきという問題であるにすぎない、と。

### (iii) 黙秘権や聴聞を受ける権利との関係における指摘

黙秘権や聴聞を受ける権利との関係において、被告人に対する萎縮効果があるとの指摘がなされている。つまり、被害者等が在廷し、さらには被告人に対して質問することによって、被告人が黙秘権を行使したり、自己の言い分を主張したりするのを控えてしまうのではないかとの懸念が表明されているのである<sup>22)</sup>。

これに対しては、質問に対しては制限が設けられていること、被害者に被告人への質問に対する強いニーズが存在すること、被告人には弁護権が保証されており、通常、法廷での防御活動は弁護人が行うこと、そして、仮に被害者からの質問に対して供述することがためらわれたとしても、被



告人は十分に自分の主張をなす機会を与えられていること、などが反論として述べられている<sup>23)</sup>。

このような反論に対しては、さらに、被告人の黙秘権・主張提示権の行使に対して、「事実上の」制約が存在するかどうかの問題なのであり、そのような制約効果が存在することを完全に否定することはできない以上、それを無視することは妥当ではないとの指摘がなされている<sup>24)</sup>。

そして、この指摘に対しては、実際には黙秘権が深刻な問題となるような事項については検察官が質問することとなるなどの事情から、上に指摘される「事実上の」制約も、実際には発生しないという指摘が対置されるであろう<sup>25)</sup>。

#### (iv) 裁判員制度への影響に関する指摘

裁判員制度との関連で、被害者参加制度が、被告人にとって不利な影響を及ぼすおそれがあるとの指摘がなされている。つまり、質問や陳述を通じて表明される被害者等の生の応報感情に触れることによって、いわば素人たる裁判員が重大な影響を受け、応報感情に引きずられる形で、事実認定や法令の適用、量刑判断などを行う危険性が高いのではないかという指摘である。そして、さらに、被害者に遺族がいるかいないか、いたとしても訴訟活動に積極的に従事するかしないかによって、裁判員の判断が左右されるとしたら、刑罰の公正性を損なうことになるという指摘されるのである<sup>26)</sup>。

これに対しては、そもそも裁判員制度は、広く国民の感覚を裁判に反映させることを目的としているのであり、したがって裁判員の感覚を裁判に適切に反映させることを目指すこそが制度の趣旨に合致するのであって、裁判員の感覚を疑問視するような指摘は妥当ではないこと、本法律に基づく被害者参加制度には様々な制限が設けられており、被害者等の生の応報感情がそのまま裁判に反映される仕組みにはなっていないこと、そして、裁判員制度においても、裁判官が裁判員に対して十分な説明を行うなどして、審理・判断の適正性を確保するための仕組みが設けられているこ

と、などの反論がなされている<sup>27)</sup>。

#### (4) 被害者のニーズの観点からの指摘

被害者の有する刑事訴訟に対するニーズについては、次のようなものが挙げられている<sup>28)</sup>。つまり、第一に、真相の解明に寄与したい、あるいは真実を知りたいという欲求であり、第二に、私的な応報感情を裁判に積極的に反映させたいという欲求であり、第三に、裁判に何らかの影響を与えたいというよりも、被告人や被告人側の人間に対して自己の主張や心情をぶつけたり、さらには刑事手続に主体的に関与することを通じて、納得感・満足感を得たいという欲求である。

これらの欲求について、次のような指摘がなされている。つまり、第一の欲求にとって直接的な参加が不可欠とはいえず、また被害者が知りたいと望む事実と刑事裁判において問題とされるべき事実とが一致するかも問題である、と。また、第二の欲求について、このような欲求の充足を正面から目的とすることが妥当であるかどうか自体、問題であるとされる。そして、第三の欲求についても、その充足を刑事手続の直接の目的とすべきかどうかについて、疑問が提示されているのである<sup>29)</sup>。

さらに、全ての被害者が上記のようなニーズを有するわけではないことが指摘されている<sup>30)</sup>。つまり、刑事手続に積極的に関与することを望まない被害者や、関与することを求めたとしても叶わない被害者がいるのである。そして、被害者参加人により強固な地位や権限を認める制度を創設した場合、これらの被害者と積極的に参加する被害者との間の格差は、より大きなものになってしまうと指摘されるのである。もちろん、論者も、このことをもって、被害者参加を否定すべき根拠とすることはできないという。ただ、このような被害者間の格差が生じてしまうことを念頭に置きつつ、政策決定・制度設計すべきであると、主張されるのである。

もっとも、問題は、被害者間の格差だけに止まらない。上記のようなニーズを強く有する、いわば「強い被害者」像がもたらす害悪についても

指摘がなされている<sup>31)</sup>。つまり、全ての被害者が直接参加に対する強い欲求をもつわけではないのに、そうした欲求をもち、積極的に行動する「強い被害者」のイメージが定着することによって、そうした欲求をもたない被害者などが、世間からの、「強い被害者」として振舞うようにとの期待にさらされることになるおそれがあるとされるのである。

また、上記のニーズが満たされるどころか、裁判において、被告人側からの厳しい攻勢にさらされることや十分な結果が得られないことなどから、被害者がさらに傷つく危険性が指摘されている<sup>32)</sup>。

上のような指摘に対しては、次のような反論がなされている<sup>33)</sup>。まず、参加への強制という指摘に対しては、参加は基本的に自由であり、そのような強制があり得ないし、仮に事実上の強制があったとしても、そのような冷たい社会こそ、変えられなければならないとされる。ここでは、参加への強制が生じ得るから参加を認めるべきではないという主張は、選挙権を行使しないことを批判されるおそれがあるから選挙権を与えるべきではないという議論と同然であるとされるのである。次に、被害者の二次被害のおそれという指摘に対しては、本制度においては、被害者が被告人側から直接激しく攻撃されるような場面は存在せず、そのような指摘は、本制度の性質の誤解に基づくものであるとの反論がなされている。

以上の記述から、本制度の導入による刑事司法システムの本質・目的に根本的変化（その内容については、意見の対立があるにせよ）が生じることでは一致しつつも、刑事司法過程・被告人の権利・被害者の権利への影響については、各論者の立場の違いを反映し、様々な意見が提起されていることが見て取れた。次節において、これらの議論のあり方について、若干考察し、その上で、次章に進むことにしたい。

### 3. 小括

本章においては、本法律によって創設された被害者参加制度の概要、そ

して、本制度につき、指摘されている様々な問題点について見てきた。上記の諸議論から明らかになることは、本制度は、その程度については議論の余地があるにせよ、従来の制度の構造に変化をもたらし、刑事手続に係る全ての者に何らかの新たな負担を付与するものであるということであろう。もちろん、このことに対する反論があることは上で見た通りである。しかしながら、そのような反論もなす論者も、既述のように、刑事司法システムの目的・本質について重大な変化があることを認めているのであり、そうであるならば、その変化に添った構造上の変化が生じることをも認めざるを得ないであろう。問題は、その構造変化によって生じる負担が、誰に対して、どの程度もたらされ得るかであり、それが公平性の観点からみて、妥当な範囲に収まっているか、ということ、あるいは生じる負担の総体と、これまた新たに生じる利点の総体とを比較してみた場合、どちらが優越しているか、ということであるように思われる。しかしながら、上の記述から見て取れるように、これまでの議論は、各自の基本的な立場に沿った視点からの議論が主とされ、そのために生じる議論のすれ違いが少なくなかったようにも思われるのである。例えば、刑事司法過程への負担について、被害者参加を積極的に捉える立場は、この負担を少ないものとし、逆に参加を消極的に捉える立場は、負担を大きいものとする傾向にあるように思われる。ここでは、議論の背景となっているところのそれぞれの立場によって、現状分析の結論が、多少なりとも左右されている部分もなきにしもあらずであるようにも思われるのである。これは、ある意味で、当然の流れであるといえるかもしれない。しかしながら、問題とされなければならないのは、システムのある一部分において、どの程度の負担や利益が生じるかということだけでなく、それらの利益・負担を総体的にみて、どのように評価すべきか、ということであろう<sup>34)</sup>。従来の議論においては、その辺りについて、自覚的な議論が展開されてきたとは言いがたい側面もあるように思われる。これでは、議論のすれ違いは、いつまでたっても解

消され得ないようにも思われるのである。そこで、次章以降では、以上の記述を踏まえた上で、本制度について、より客観的に分析するためのモデルを構築し、それらを使用しつつ、若干の考察をなすことにしたい。

### 三. 刑事司法過程・刑事司法システムのモデル論と被害者の位置

近時、刑事司法過程、あるいはより広く刑事司法システムの本質・構造をめぐる議論が活性化しているといつてよい。これは、世界的に被害者運動が進展し、法制度の中に被害者の視点が大きく流入したことによるものなのである。つまり、従来の議論の枠組みにおいては、いわば蚊帳の外に置かれていた被害者が現実の制度・政策の中に浸透してきたことを受けて、この被害者をどこに位置づけ、刑事司法過程・刑事司法システムをどのように捉えなおすべきかを論じる必要性が高まったのである。

以下においては、まず、従来の、刑事司法過程のモデル論、および近時の被害者の視点を考慮した様々な議論を概観していく。そして、次に、被害者の視点の流入後の議論における視座の転換について、若干考察していくことにしたい。

#### 1. 刑事司法過程・刑事司法システムのモデル論の展開

##### (1) 従来の議論<sup>35)</sup>

刑事司法過程の本質・構造をめぐる議論の土台は、パッカー（Herbert L. Packer）によって構築されたといつてよいであろう。パッカーによれば、刑事司法過程の本質・構造は、次の2つのモデルによって把握することができる。つまり、犯罪統制モデルと適正手続モデルである。ここで、犯罪統制モデルとは、犯罪統制を主たる目的とし、統制機関への法的束縛の排除・被告人の権利の否定に突き進むモデルのことであり、これに

対して、適正手続モデルとは、当事者間の平等性を重視し、個人の自由を守るために公権力に対する法的束縛をなすことを主たる目的とするモデルのことを指す。パッカーは、この2つのモデルによって、現実の刑事司法過程の本質・構造を分析することができ、あるいは、その現実のシステムを理念的に指導することが可能になるとしたのである。

パッカーの議論に対しては、賛同のみならず、様々な批判が提起されることとなった。中でも、キングは、パッカーのモデル論では、現実の刑事司法過程を分析し、あるいはそれを理念的に指導するために不十分であるとして、次のようなモデル論を提示した。つまり、キングは、パッカーが提示した犯罪統制モデルと適正手続モデルに、医療モデル (medical model)、官僚モデル (bureaucratic model)、地位移行モデル (status passage model)、権力モデル (power model) を付け加える。ここで、医療モデルとは、犯罪者の更生を主たる目的とするモデルのことをいい、官僚モデルとは、刑事司法過程の政治的配慮からの独立や、迅速かつ効率的な運営を主たる目的とするモデルのことをいい、地位移行モデルとは、刑事司法過程を通じて、犯罪者にコミュニティの道徳的非難を伝達し、彼らに反省を促すことを主たる目的とするモデルのことをいい、そして、権力モデルとは、刑事司法過程を通じて、階級的な利益を維持・強化することを主たる目的とするモデルのことをいうとされる。パッカーのモデルが、国家による権力行使か被告人の権利かという視点のみに基づいて構築されたものであったのに対して、キングのモデルは、犯罪者の更生の視点やマルクス主義の知見などを取り入れた点において、パッカーのそれよりは、分析のための枠組みとして、より重厚なものになったと評価することができるであろう。ただ、パッカーの2つのモデルが、それぞれ、国家による統制か個人の自由かという、理念的、かつ同次元に属する観点に基づくものであるのに対して、キングのモデルは、権力モデルなどのように、社会学的な観点に基づくものなども混在しているように思われる。その点で、

理念的指導の効力において、パッカーのモデルよりも後退し、あるいは分析においても、若干複雑さを増した側面もあるようにも思われるのである。

このキングの6つのモデルに、さらに2つのモデルを追加したのが、デレイヴィス (Malcolm Davies) らのモデル論である。デレイヴィスらによって追加されたモデルとは、応報モデル (just deserts model)、行動管理モデル (managing offender behaviour model) の2つである。応報モデルとは、犯罪者を、その有責性とその犯罪行為の重大さに応じて処罰することを重視するモデルのことをさし、行動管理モデルとは、犯罪者の更生よりも、例えば電子監視などを通じて、その行動を管理することを目的とするモデルのことをさす。これらは、近時の法政策の動きを反映したものと見える。しかしながら、その視点は、あくまでも刑事司法過程・刑事司法システム内部に止まっており、しかも、新たに出現してきた要素を取り上げ、従来のモデルに追加したのみであって、指導理念の提示としても、現状分析の道具としても、不十分なものに止まっているようにも思われるのである。

パッカーにはじまる刑事司法過程のモデル論としては、以上のようなものが挙げられるであろう。

## (2) 近時の議論<sup>36)</sup>

被害者の視点の法制度・政策への流入に刺激され、実践や理論においても、新たな動きが促進されることとなった。中でも、メノナイトの実践に始まり、ゼア (Howard Zehr) によって理論化された修復的正義／司法<sup>37)</sup>、そしてリバータリアニズムの思想を背景としつつ提示されたバーネット (R. Barnett) らの損害賠償一元論は、従来の議論の枠組みに大きな変更を迫るものであったと見てよいであろう。これらの新たな動きを受けて、刑事司法過程・刑事司法システムのモデル論においても、新たな議論が登場することとなった。そして、それは、単に、新たな視点を取り入れたというだけに止まらず、議論の枠組み自体の重大な変更を伴うものであった

のである。

まず、刑事司法過程のモデル論において、ロウチ (Kent Roach) によって、パッカーの枠組みの批判的検討の上に、新たなモデルが提示されるところとなった。ロウチは、被害者の観点を取り入れた後の刑事司法過程・刑事司法システムについて、懲罰モデル (punitive model of victim's rights) と非懲罰モデル (non-punitive model of victim's rights) を提示する。ここで、懲罰モデルとは、刑事司法システムを、国および被害者・潜在的被害者対被疑者・被告人との対抗関係において捉え、被害者の権利を守るために刑罰を積極的に用いることを肯定するものである。これに対して、非懲罰モデルとは、刑罰による事後的な犯罪統制よりも、予防や修復的司法に注目し、刑事司法システムのみならず、被害者やコミュニティが犯罪解決において果たす役割を重視するものである。このように、ロウチのモデルは、すでに刑事司法過程の枠組みを超え、刑事司法システムのみならず、他の諸システムとの関連において、犯罪への対応を考察する方向へ踏み出したものといえる。これは、被害者の視点の流入、さらにはそれに促進されて出てきた修復的正義／司法の観点等の流入により、議論の枠組み自体が変化したことを示すものであるといえよう。

このような枠組みの変化は、他の論者の議論にも顕著である。被害者の視点の流入を受けて、様々な論者によって、被害者との関係において、刑事司法システムの本質・構造を捉えなおす試みがなされているが、それはもはや、パッカーらの議論の枠組みを超えたものである。そして、さらには、それらの議論は、今日、刑事司法過程の本質・構造を把握するためには、もはやパッカーらの議論の枠組みに止まっていたのでは、不十分であることを示すものであるようにも思われるのである。

例えば、ディグナンとカヴァディーノ (James Dignan & Michael Cavadino) は、次のような5つのモデルを示している。つまり、応報モデル (retributive model)、福祉モデル (welfare model)、民事モデル



(civilian model), 被害者・加害者修復モデル (victim/offender reparation model), 共同体主義モデル (communitarian model) である。ここで、まず、応報モデルとは、被害者の権利の視点を取り入れ、犯罪者を厳罰に処することを旨とするものであり、福祉モデルとは、被害者支援を重視するものであり、民事モデルとは、被害者の損害回復を旨とし、犯罪者に被害者に対して損害賠償をさせることを旨とするものであり（これには、刑事司法システムを民事化することを旨とするものと、非公式のシステムを活用することを旨とするものがあるとされる）、被害者・加害者修復モデルとは、被害者・加害者の主体的な犯罪解決の過程を重視し、修復的司法プログラムのうち、被害者と加害者の和解プログラムを活用することを旨とするものであり、そして、共同体主義モデルは、コミュニティの主体性を重視し、修復的司法プログラムのうち、家族集団会議の活用を旨とするものである。

また、ロウチや、ディグナンとカヴァディーノらが、被害者の権利の視点と国家による厳罰主義（懲罰モデル・応報モデル）を、論理的あるいは実際的な視点から区別するものの、モデルの上では区別していないのに対して、セツバ (Leslie Sebba) は、応報モデル (just deserts model) と、被害者の権利／参加モデル (victim's rights or participation model) を明確に区別する。セツバによれば、応報モデルは、確かに被害者運動の高まりとその厳罰化要求を受けて登場してきたものであるが、本質的に異なる方向性を内在しているものであるとされる。つまり、被害者の権利／参加モデルが、あくまでも生の被害者の権利・利益を問題とするのに対して、応報モデルは、基本的に類型化されたそれしか、問題にしない。なぜなら、応報モデルにとっては、犯罪行為の重大さや犯罪者の責任の重さが問題なのであり、個々の被害者の利益は、それを量るための判断資料に過ぎないからである。この指摘は、公的な視点と私的な視点の区別を際立たせるものとして重要なものであると評価することができるであろう。

さらに、吉田教授は、上記の様々な議論を踏まえた上で、被害者関係

的司法の6つのモデルを提示されている。つまり、①道義論的応報モデル、②刑事手続き参加モデル、③社会復帰モデル、④民事モデル、⑤被害者－犯罪者－調停／和解モデル、⑥共同体モデル、である。ここで、吉田教授による「被害者関係的－司法」という概念は、議論の枠組みが根本的に変化していることを端的に示すものといえるであろう。

## 2. 若干の分析——議論における視点の転換——

以上の記述から、次のことが明らかになってくるように思われる。つまり、被害者の視点の流入によって（あるいは、それに促されて）、刑事司法過程の構造・本質をめぐる議論において視点の劇的な変容が生じたということである。被害者の視点は、個人、すなわち「私」の視点であり、この「私」の視点の流入の前と後では、刑事司法過程の構造・本質をめぐる議論に含まれる要素や論じ方等に劇的な変化が生じたのである。もちろん、犯罪者の視点も「私」であり、従来の議論の中で、これに対する配慮がなされていなかったわけではない。それは、まさに、医療モデルなどに反映されているところである。しかしながら、被害者の「私」の視点が特異なのは、単なる配慮ではなしに、この「私」こそが、まさに完全なる主役として、刑事司法システム全体を動かし得る、あるいは動かすべきだという考えが議論の中に流入したことである<sup>38)</sup>。これほどまでに圧倒的な「私」の視点は、これまでの議論・政策の中には存在しなかったように思われるのである。

このような「私」の観点の流入の前と後の議論状況について、いささか図式的に整理するならば、次のようになるであろう。つまり、それは、従来の議論は、もっぱら公的な犯罪解決システムのみを問題にしていた（あるいは、その主体性を大前提としていたともいえるであろう）。その結果、①被害者の忘却、コミュニティの疎外<sup>39)</sup>、犯罪者の利益の限定的（被告人の権利等）あるいは従属的（治療の対象）な考慮、②「犯罪解決」概念の

一元性、思考における形式性の優越、③刑事司法過程・刑事司法システム全般・他の諸システムといった諸々のシステムの相互関係への視線の希薄さ、などを生じさせていた。これに対して、近時の議論は、著しい「私」の優越を認め、あるいはコミュニティの観点をより積極的に取り入れた。その結果、①被害者の権利の躍進、コミュニティの主体性の考慮、②「犯罪解決」という概念の多様化、③「私」「公」の緊張関係の拡大、あるいは逆に癒着関係の強化、「私」「公」「公共」等の観点の錯綜、④刑事司法過程の構造・本質をめぐる議論の中への、他の観点（刑罰論、刑事司法システム全般の構造・本質、他の諸システムとの相互関係等）の混入、などを生じさせた、というものである。

ここで、以上のような視座の転換を経た近時の議論（およびその背後にある実際の政策等）から、本制度を分析するためのモデルを構築する上で、中核となるべき諸概念を抽出することができるように思われる。その諸概念とは、つまり、第一に、「公」「私」「公共」等の、いわゆる犯罪解決において主体的地位（解決における主体性、解決におけるその利益の優越性）を占めるべき存在に関係する概念である。そして、第二に、「害悪」「恩恵」「回復ないし修復」等の、いわゆる刑罰を含めた犯罪解決の手法の本質に関係する概念である。以上を踏まえた上で、次章に進むことにしたい。

#### 四. 若干の検討

以上の議論を踏まえた上で、本章においては、犯罪解決システム<sup>40)</sup>のモデルについての試案を提示し、本制度の本質について、若干の検討を試みていく。以下においては、まず、前章の末尾において抽出された諸概念について、若干の定式化を試み、それらをもとに犯罪解決システムのモデルを構築していくことにする。そして、このモデルを使用しつつ、本制度

について、若干の検討を行っていくことにしたい。

## 1. モデル構築の試み

### (1) 概念の定式化

#### (i) 「私」・「公」・「公共」・「利益社会」

モデル構築の準備作業として、それぞれの概念を、定式化するとすれば、次のようになるであろう。つまり、

- ・「私」の観点：個々人の生の感情を重視するもの。「個」を基調とする。
- ・「公」の観点：個々人よりも社会全体あるいは国家の利益を重視するもの。「組織性」を基調とする。
- ・「公共」の観点：個々人の視点を土台としつつ、対話によってつながる個々人からなる公共圏の利益を重視するもの。緊張関係、対話、そして動態性を基調とする。
- ・「利益社会」の観点：個々人の経済的利益を土台に、競争・取引を通じて利益を拡大し、損失を補填することを重視するもの。

これらの概念の相互関係について、簡単に述べるとすれば、以下のようになる。

まず、「私」の観点は、単なる私的利益、あるいは個人的観点のみと結び付くと「公」や「公共」の観点を完全に排除するか、さもなくば排他的な「公」と連動しやすい。なぜなら、他者なき個体の観点にとって、個体以上の広がりをもつ「公」や「公共」は相容れないか、あるいは単なる手段にすぎなくなるからである。もっとも、排他的な「公」と結び付いた「私」は、その「公」に飲み込まれやすい側面をも有していよう。これに対して、己の責務を遂行し、権利を擁護するために行動する市民、つまり、徳の観点<sup>41)</sup>と結び付くと対話的な「公共」と連動しやすい。なぜなら、単なる利益ではなく、規範的な重みをもつものとしての権利の観点は、人に、その擁護のために行動する義務を課すものであり、さらには、自己の

権利だけでなく、他者の権利をも尊重することを示すものだからである。

次に、「公」の観点は、国家それ自体の尊重あるいは社会防衛といったような観点のみと結び付くと、「私」「公共」「利益社会」を圧迫するものとなり得る。なぜなら、国家それ自体の尊重は、個人を単なる道具と見ることにつながりやすく、対話を排除する方向に赴きやすいからである。これに対して、「公」の観点が、徳や対話の観点と結び付くと、「公」と「私」と「公共」のバランスを重んじ、協調を重視するシステムへとつながっていくことになろう。ただし、これにも一定の限界は存在するであろう。

次に、「公共」の観点は、「公」の観点がいかに徳を重んじる「私」に接近しようとも、それとは区別されるべきものである。なぜなら、「公」については官僚制を抜きにして考えることはできず、あくまで対話重視の「公共」とは、密接に関連しつつも、本質的に分離されるべきものだからである。あるいは、これは、「利益社会」とも区別されるべきものである。なぜなら、対話は、それが競争・取引の原理に支配された場合、もはや競争・取引の手段でしかなくなり、対話ではなくなってしまうからである。

これに対して、「公共」の観点は、コミュニティ概念とは境を接するよう思われる。ただし、「公共」の観点ないしコミュニティ概念が、ナイーブな身内意識と連動した場合、それは排他的な「私」の観点の拡大にすぎないことになりかねないであろう<sup>42)</sup>。「公共」の観点は、単なるコミュニティというのではなしに、対話を基調としつつ、「私」の観点（とくに徳の観点と連動したそれ）の拡大としての、近隣コミュニティ・ネットワークとしてのコミュニティと、他の様々なコミュニティとの緊張関係のもとに成り立つものとイメージされるべきである。もう少しいえば、「公共」は、ともすれば身内意識・同族意識とつながりやすいコミュニティ概念の中に、異分子同士の緊張関係と対話の視点を取り込んだものと位置づけることもできるように思われる<sup>43)</sup>。

最後に、「利益社会」の観点は、「私」との関係でいえば、「権利の担い

手としての個人」と密接な関係にあるといえよう。なぜなら、まったくの個体であれば、社会の観点は成り立ちえず、他者を自己の利益の拡大のための道具と見て、しかもその道具の利用方法に長けた個人たちのみが「利益社会」を形成し得るからである。このようなものとしての「利益社会」は、排他的な「公」と連動し得る。なぜなら、そのような「公」が経済的利益追求を保障する限り、「利益社会」は「公」と対立関係に立つどころか、むしろそれと手を結ぶこともできるからである。

(ii) 「害悪」・「恩恵」・「回復ないし修復」

それぞれの概念の内容を定式化するとすれば、以下のようになるであろう。つまり、

- ・「害悪」：犯罪者の利益を損ねることが犯罪解決をもたらすという視点。
- ・「恩恵」：犯罪者に対するものにせよ、被害者に対するものにせよ、犯罪解決は、これらの当事者よりも高次の存在（つまりは、国家）によってもたらされるものとする。
- ・「回復ないし修復」：犯罪によってもたらされた害を回復ないし修復することが犯罪解決をもたらすという視点。修復的司法によってもたらされたものといえる。

まず、「害悪」であるが、パッカーに代表される従来の議論の主流派は、この観点を前提とするものといえよう。つまり、犯罪抑制モデルも適正手続モデルも、犯罪解決の手法が、刑罰という害悪であることを大前提としているのである。

この観点が、上述の「私」の観点と結び付いた場合、復讐という概念が生じることになる。また、この観点を絶対視し、それを「公」の観点と結び付けた場合には、犯罪抑制モデルないし懲罰モデルにつながるようになるだろう。

次に、「恩恵」であるが、犯罪者の更生に特化した議論は、この観点を全面に出すことになるだろう。この観点においては、犯罪者には、更生のため

の治療ないし指導という恩恵がもたらされなければならないということになる。もっとも、それは、あくまでも「恩恵」であり、犯罪者の意とは別に、もっぱら国家という高次の存在から犯罪者に対して施されるものであるといえる<sup>44)</sup>。また、「恩恵」は、国家から被害者に対してもたらされることもできる。国家が被害者に対して行う、心理的・身体的・財産的支援は、被害者の権利に基づくというよりも、このような観点に基づいてなされることも可能である。その場合、国家はあくまで被害者を権利の主体とみなしていないことになる。それゆえ、支援の度合いも低いものとなり、その改善もなかなか進展しないことになるかもしれない。もっとも、あくまでも「恩恵」という観点でなされていたとしても、国家による被害者支援が急速に進展する場合も存在し得るであろう。おそらく、それは、そうすることによって国家が何らかの利益を得る見込みが存在する場合である。そのような施策は、もともと被害者のためになされたものではないことは明らかであろう。それだけではなく、ただ単に国民の不満をそらすなどの目的でなされた場合には、結果として被害者の利益を損なう場合もあり得るように思われる。

この観点が「私」の観点と結び付いた場合、そこに権利の担い手としての個人ないし市民という視点は成り立ち得ないであろう。また、「公」の観点と結び付いた場合、そのような「公」はまさに社会防衛の観点に傾きやすくなるであろう。そして、「公共」の観点と結び付いた場合、「害悪」の場合と同様、「公共」の観点の土台が侵食されることになるように思われる。そして、この観点は、それが犯罪者に対するものである場合には、「利益社会」の観点とは対立することになりやすいであろう<sup>45)</sup>。なぜなら、「利益社会」の諸個人が犯罪者に「恩恵」を与えることに自己の利益を見出すことは、相当困難であるからである。もちろん、これは、あくまで犯罪者の更生が社会に何らの利益をもたらさないということを前提としており、社会が更生した犯罪者に利用価値を見出したならば、話は違ってくる

であろうが。また、被害者への「恩恵」については、「利益社会」は比較的寛容かもしれない。ただし、「利益社会」において、支配的な地位を占める層が、自分たちの住む地域の防犯を完全にし、あるいは損失が生じた場合、比較的容易にカバーできるような仕組みを設け得た場合には、話は違って来るかもしれない。

最後に、「回復ないし修復」であるが、ゼアによってもたらされた、この視点は、その意図においては、「害悪」にも「恩恵」にも程遠いものであるといえよう<sup>46)</sup>。「回復ないし修復」が「害悪」と区別されるのは、その対象が犯罪者だけでなく、被害者やコミュニティないし「公共」をも含むからであり、対犯罪者の側面のみを見たとしても、その利益を損ねることを目指すのではなく、むしろ利益を増進することを目指すからである。また、「回復ないし修復」が「恩恵」と区別されるのは、それを行う主体が、まさにその対象たる被害者・加害者・コミュニティ（「公共」）自身だからである。つまり、「恩恵」が対象の自律性を無視し、あるいは積極的に否定するのに対して、「回復ないし修復」は、むしろ自律性を前提とするのである。

## (2) 犯罪解決システムに関する5つのモデル

以上の概念分析をもとに、すでに概観した諸議論を参照しつつ、新たなモデルの構築を試みることにしたい。

前章において概観した諸議論においては、犯罪解決において主体的地位を占めるべき存在に関係する概念、あるいは刑罰を含めた犯罪解決の手法の本質に関係する概念によって、様々なモデルが区別・整理されていた。例えば、ロウチやゼアなどの議論においては、もっぱら後者に基づくモデル構築がなされ、セツバやディグナンら、吉田教授などの議論においては、両者が混在していたのである。本稿においては、各主体のニーズから出発するという視点から、モデルを構築することにする。すなわち、①「私」優先モデル、②「公」優先モデル、③「公共」優先モデル、④「利益社



会」優先モデル、⑤バランスモデルの、5つのモデルを提示し、議論を進めることにしたい。

まず、①「私」優先モデルとは、犯罪解決において、「私」の観点、とくに被害者の視点を最優先する立場のことをいう。このモデルの内部で、「害悪」を重んじる立場は、私的復讐を目指すことになり、基本的に「公」や「公共」などとは袂を分かつことになろう。復讐は、まずもって「わたし」の手でなされねばならない、その場に「公」などがしゃしゃり出てくるのは、僭越であり、「私」による復讐の権利の行使を阻害する行為であるということになろう。ただし、「私」が「公」を利用することに利益を見出しえた場合には、「公」に接近することも可能であろう。セツバや吉田教授などが提示される刑事手続き参加モデルもここに位置づけられよう。その場合、本来の意図はともかくとして、結果的に、「法と秩序」政策のような、排他的な「公」優先モデル・犯罪統制モデルに飲み込まれる危険性を有することになるであろう。また、「恩恵」を重んじる立場は、被害者保障制度などの実現・充実を目指し、いずれのモデルとも並立関係に立つことになるであろう。これは、社会復帰モデルと類似のものをさすことになる。そして、「回復ないし修復」を重んじる立場は、とくに被害者と加害者の和解のようなプログラムの実現・充実を目指すことになろう。ただし、「公」や、とりわけ「公共」に接近することも可能であろう。前者の場合には、刑事調停、プロベーション、社会奉仕命令等の、いわゆる修復的刑罰<sup>47)</sup>などの実現・充実を、後者の場合には、家族集団会議などのプログラムの実現・充実を目指すことになろう。もっとも、このようにして「私」優先モデルが「公」に接近できるのは、とりわけ「公」が対話の精神を取り入れることができるという見込みがある場合に限られる。

次に、②「公」優先モデルとは、犯罪解決において、「公」、つまり国家の刑事司法システムの視点・その利益を最優先する立場のことをいう。ここには、従来の議論における犯罪者に対する応報モデルも更生モデル

も、あるいは被害者に対する社会復帰モデルも含まれ得ることになる。なぜなら、これらのモデルにおいては、その対象の利益を詳細に考慮するにせよ、しないにせよ、その考慮・判断の主体は、あくまで「公」だからである。もちろん、その「公」が国民による民主主義的な統制下にある度合いなどによって、「公」優先モデルの内容も相当異なったものになるであろう。それは、日本における、刑罰の意義等をめぐる古典学派と近代学派（あるいは古典学派（旧派）の内部でも、前期旧派と後期旧派）の争いに、あるいはそれとある程度重なるものとしての、英米の応報モデルと更生モデルとの争いに現れているところであるように思われる。ここで、とくに前期旧派は「公共」による「公」の監視ないし統制を意識し、新派、すなわち近代学派は、むしろ「公共」による統制を排除しようとするものと位置づけることができよう。そして、更生モデルが犯罪者の更生に対する「公共」の信頼を背景とした国家システムによって担われていたのに対して、応報モデルは、犯罪者の更生に疑念を抱き、むしろ犯罪者を社会から排除することに関心を抱く「私」や「利益社会」の後押しを得たものと位置づけることもできるように思われる。

次に、③「公共」優先モデルとは、犯罪解決において、対話する「公共」の視点を最優先する立場のことをいう。このモデルは、基本的に「回復ないし修復」と深く結び付くことになろう。なぜなら、対話を基調とする「公共」は、犯罪解決においても、「害悪」の付与ではなく、対話を通じて、何が真の問題であり、どのようにすればよりよい解決を導くことができるかを、全ての人々、とくに被害者・加害者・その関係者が主体的に考察し、意見を述べることを最優先するであろうからである。この点で、「公共」優先モデルは、「私」優先モデルにおける「回復ないし修復」を重視する立場と近似することになろう。もっとも、両者の間に一定の違いが存在することも確かである。つまり、後者においては、犯罪は、基本的に被害者・加害者のものと考えられやすい。これに対して、「公共」優

先モデルは、犯罪を、まさに被害者・加害者を含めた「公共」のものと考え、「公共」の手によって解決することを重視するのである。この点において、「公共」優先モデルは、ときに被害者・加害者のニーズ・主体性を離れ、「恩恵」を重視する立場に近づく可能性があることも事実であろう。とくに、「公共」がより強くコミュニティの要素を帯びる場合には、あるコミュニティに特殊な基準と「公共」一般において通用する基準とを比較する作業を行う必要が生じる場合もあるようにも思われる。

また、④「利益社会」優先モデルとは、犯罪解決において、利益社会の視点を最優先する立場のことをいう。このモデルは、損失の補填という点を徹底的に追求する場合には、民事モデルへと行き着くことになる。なぜなら、損失の補填のみを追求する限り、犯罪者を処罰するというよりは、むしろ彼ら自身に損失を償わせるべきだということになるからである。ここで、犯罪者がその損失を補填できない場合には、何らかの組織がその損失を肩代わりし、後で犯罪者から徴収するというような仕組みも取られ得るであろう。この場合、国家の役割というのは、かなり軽いものになるように思われる。あるいは、競争におけるルール違反者の徹底的排除のみを追求する場合、むしろ刑罰を重くする方向に傾きやすいであろう。なぜなら、この立場は、前の立場との対比でいえば、犯罪者が損失を補填できることへのあきらめを前提とするのであり、犯罪者の社会からの追放に傾くことになりやすいように思われるからである。

最後に、⑤バランスモデルとは、犯罪解決において、どの主体を最優先させるかということよりも、ある段階において、どの主体の活動を優先させた方が目標の達成のために、よりよいかを考える立場である。

このバランスモデルにおいても、設定される目標に応じて、内容の変化が生じてくるであろう。最終目標として、「害悪」を設定する立場は、復讐を目指し、そのために様々な主体を利用する方向に赴きやすいように思われる。これは、「私」優先モデルのうち、個人の復讐権を重視する立場、

あるいは「公」優先モデルのうちの、排他的な立場、あるいは「利益社会」優先モデルのうちの、排除型が戦略的な視点をもったものと位置づけることもできるであろう。また、「恩恵」を目標とする立場は、「公」優先モデルにおける被害者の社会復帰モデルに近似することになるだろう。これらの2つの立場に対して、「回復ないし修復」を目標とする立場は、基本的にもっともこのモデルの趣旨に合致したものになるように思われる。なぜなら、真のバランスは、対話によってもっとよく導かれ得るからである。

## 2. 本制度についての若干の検討

前節においては、若干の概念分析を経た上で、試論として、犯罪解決システムに関する5つのモデルを提示した。本節においては、これらのモデルを使用しつつ、本法律によって創設されたところの被害者参加制度について、若干の検討をなしていくことにしたい。

### (1) 制度の各内容についての検討

まず、参加を許可され得る被害者の範囲が限定されていることについてであるが、これは「私」と「公」の利益を折衷したものと評価することが可能であろう。もし、純粹に「私」の利益を優先するのであれば、全ての被害者を本制度の対象とすべきということになるだろう。しかしながら、それを認めず、これまでニーズが高かった罪名につき、認めたというのは、被告人の利益ということもあろうが、なにより刑事司法システムの負担等を考慮した結果であろう。このような限定は、「私」優先モデル（そのうちでも、「公」のシステムを通じて犯罪を解決する道を選択した立場）から見れば、相当な譲歩ということになるだろう。なぜなら、被害者間において、その取り扱いに設ける、しかも罪名に基づいて画一的に差異を設けるというのは、本来、あってはならないことであるはずだからである。

次に、在廷についてであるが、「私」優先モデルからは一定の前進ということになるだろうが、それでも、本制度のそれは、やはり十分とはいえない

であろう。このモデルにとって、在廷は、まさに事件の当事者としての被害者の権利であり、その当事者が在廷できるかどうか、できるとしてどの程度在廷できるかなどにつき、裁判所が決定できるなどというのは、とんでもない話であるからである。とくに、被害者の間で、在廷を認められた者と認められなかった者との差異が生じた場合、「私」優先モデルから見れば、その弊害は多大なものであると評価することになるように思われる。また、「公」優先モデルにとっては、一定の負担を強いるものとなる。なぜなら、被害者の在廷に関連する様々な考慮・作業等が新たに生じることが明らかであるからである。それゆえ、これもまた、「公」と「私」の利益の折衷と位置づけることが可能であるように思われる。

次に、検察官への意見・検察官の説明義務についてであるが、これは、とくに「公共」優先モデルからすれば、問題が多いものとなる。なぜなら、このモデルの観点からすれば、いくら当事者であるからといって、「公共」の他の構成員ではなく、被害者のみがこのような優遇措置を受けられる理由はないということになるように思われるからである。「公共」優先モデルからすれば、検察官は「公共」に支えられた「公」の観点からその任務を遂行すべきであり、それに対して意見を述べる等の権利は、与えられるとすれば「公共」の構成員に等しく与えられるべきだということになるであろう。また、「公」優先モデルにとっても、一定の負担を強いるものと位置づけられることになる。

次に、証人尋問・被告人質問についてであるが、これも「私」優先モデルと「公」優先モデルの折衷ということになる。「私」優先モデルからすれば、尋問ないし質問の範囲が限定されていること、検察官を通じて申出をなすといった手続上の制限があること、などは、本来許容し難いことのように思われる。これに対して、「公」優先モデルからすれば、一定の負担の増加が生じたことは否定できないであろう。また、「公共」優先モデルからすれば、基本的に対話よりは競争によって物事が決定されてい

く法廷において、検察官以外の者にまで、このような権利を認めることは、被告人の利益の点からいっても妥当ではないということになる。

そして、意見陳述についてであるが、「私」優先モデルからすれば、その効果が限定されており、手続上の制限もあることなどから、単なる心情等の意見陳述よりは、対象的には前進したものの、やはり本来的にはきわめて不十分なものということになる。ただし、裁判官や裁判員への事実上の効果が見込めるような場合も存在することを考慮するならば、やはり十分に活用されるべきということにはなるように思われる。これに対して、「公共」優先モデルからすれば、被害者という特定の構成員のみにこのような権利を認めること、事実上の影響力をもって、裁判官や裁判員の判断を左右するおそれのあることなどから、心情等の陳述を超える意見陳述に対しては、異論が提起されるところとなるであろう。また、「公」優先モデルにおいても、犯罪者の更生を重視する立場からは、このような制度は余計なものということになる。なぜなら、この立場においては、あくまでも科学的な知見をもった裁判官の判断が重視されるのであり、とくに専門的な知識や技能を有さない者の意見は、基本的に排されることになるからである。あるいは、「公」優先モデルにおいて、害悪による反作用・応報を重視する立場からも、一定の負担を生じさせるものということになる。なぜなら、「公」優先モデルにおいて、とくに法的判断はあくまでも公的な視点からなされるべきものであり、私的な立場からの意見は、本来不純物であるはずであるからである。

最後に、付添い・遮へいの措置についてであるが、これは、「私」優先モデルからは、いずれの立場をとろうとも、刑事司法システムをこのような形で利用するということが決定された以上、当然認められるべき措置であるということになる。ただ、「公」優先モデルにとっては、一定の負担を生じさせ得るものであるということにもなる。また、「公共」優先モデルにとっては、そもそも被害者のみの在廷自体が問題多きものとなる

余地があり、その上、付添い・遮へいまで認めるというのに対して、異議が唱えられる可能性もあろう。

## (2) 制度全体に対する検討

上述してきたところの、本制度の個々の内容の検討を踏まえた上で、次に、本制度全体について、若干考察することにする。

本制度は、すでに見たところから明らかなように、「私」優先モデルと「公」優先モデルとの折衷ともいえるべきものであると位置づけることができるように思われる。両者にとって、少なからぬ譲歩を強いられたものともいえるであろう。ただし、「私」優先モデルにとっては、やはり前進であったことは否めないであろう。なぜなら、被告人が有罪か無罪か、有罪だとしたら、どのように処罰されるべきか等の決定に対して、自己の主張を少しでも反映させる契機を得たのであるからである。それは、これまでほとんど認められてこなかったことであった。その点で、「私」優先モデルからは、一定の前進と評価され得るであろう。それでは、他のモデルにとって、本制度はどのように評価され得るであろうか。

「利益社会」優先モデルにとっては、とくにルール違反者の排除を目指す立場からは、「私」優先モデルと同様の評価をなすことも可能であろう。また、損失補填を目指す立場からも損害賠償命令制度と相俟って、一定の評価をなすことが可能であるように思われる。

これに対して、「公共」優先モデルや「私」優先モデルにおける「回復ないし修復」を目指す立場、あるいは「公」優先モデルにおける犯罪者の更生を重視する立場あるいはシステムの自己組織性を重んじる立場などからは、否定的な評価がなされることになるであろう。前二者においては、本制度による競争・「害悪」の要素の加速に対する警戒感が示されることになる。また、「公」優先モデルにおける犯罪者の更生を重視する立場においても、これと同様の点、および「公」による判断への「私」の視点の浸透に対して異論が提起されることになるであろう。あるいは、「公」

優先モデルにおいて、とくにシステムの自己組織性を重んじる立場からは、「私」の視点の流入によって、システムへの負荷が増加することに対して、警戒の目が向けられることになろう。

また、バランスモデルからも、懸念が表明されることになろう。なぜなら、本制度は、「私」や「公」における一部の傾向のみを助長し、他の主体の観点を排斥していくことになる危険性を有するからである。もっとも、他の主体の動きとの連携において、これらの危険性が除去されるということは理論的にはあり得るもののように思われる。ただ、実際的には、そのような可能性は比較的微弱なものであるようにも思われるのである。

以上のことを考慮するのであれば、本制度は、刑事司法システムへの「私」の流入の中で、「私」優先モデルと「公」優先モデルとの折衷ともいべきものであり、かつ、とくに対話や「回復ないし修復」の方向とは、逆の、競争と「害悪」の方向に向かうものと位置づけることが可能であるように思われる。したがって、対話やそれを通じての「回復ないし修復」を重視する立場にたつ場合、やはり本制度に対する評価は否定的なものにならざるを得ないように思われる。なぜなら、対話や「回復ないし修復」を重視する場合、「公共」優先モデルや「私」優先モデルにおける「回復ないし修復」を目指す立場、あるいはバランスモデルをとることになり、それらのモデルの主張が、本制度の赴く方向とは異なるものであることは上の記述から明らかであるからである。もっとも、とくにバランスモデルの中で、「私」「公」以外の主体の動き（その可能性）との関係で本制度を評価しようとする立場に基づくならば、むしろ、「公」に流入する「私」を対話的なものにし、「公」と「公共」の結び付き・「公共」による「公」の統制を強化することができるならば、本制度も、将来的には評価すべきものとなり得る要素をもつということになろう。あるいは、そのように評価すべきものになるように、解釈を行い、運用していくべきだということになろう。



以上から、暫定的な結論として、次のような見解を得ることができるように思われる。つまり、本制度は、「私」優先モデルあるいは「公」優先モデルにおいて害悪を重視する立場以外の観点からは、現時点では否定的なものとして評価される。しかしながら、法廷をより対話的な場にする工夫、あるいは法廷以外の場において、対話的なプログラムを活性化させ、それを刑事司法システムとうまく連動させることができるのならば、本制度にも一定の意義を見出すことは可能になるかもしれない。ただし、このような見込みは現時点においては、希薄であるように思われる、と。

## 五. おわりに

本稿においては、本制度をめぐる議論のすれ違いを解消し、本制度の本質を見極めるために、試案としての犯罪解決システムについてのモデル論を提示し、それを使用しつつ、若干の分析を試みた。ここで提示したモデルは、あくまで試案の域を出ず、詳細な検討は別稿の課題としたい。また、本制度に対する、筆者の立場（修復的正義の立場）からの評価についても、別稿において、より詳細に示していくことにしたい。ただ、一言、暫定的な見通しを述べるとすれば、修復的正義の立場は、本稿で提示したモデルのうち、バランスモデルに近いものであり、したがって、筆者の立場からは、本制度に対しては基本的に否定的な評価が下されることになるものと思われる。ただし、これはあくまで見通しに過ぎないのであり、詳細な検討は他日に期することにした。

### 注

- 1) ここで全てを挙げることはできないが、諸澤英道「日本における被害者対策の現状と課題」法律のひろば60巻11号（2007年）4-13頁、あるいは内閣府『平成19年版犯罪被害者白書』（佐伯印刷株式会社、2007年）などを参照。

- 2) 拙稿「被害者の権利についての予備的考察」トランセンド研究5巻2号(2007年)96-106頁参照。
- 3) 本節においては、主として以下の文献を参照した。平城文啓「法令解説 被害者参加制度と損害賠償命令制度の創設—併せて犯罪被害者等に関する情報の保護、公判記録の閲覧・謄写範囲の拡大等を規定—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」時の法令1801号(2008年)6-19頁、岡本章「被害者参加の制度」法律のひろば60巻11号(2007年)27-36頁、白木功「『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No.1338(2007年)48-55頁参照。
- 4) 岡本・前掲論文(注3)30頁。
- 5) 本節においては、主として以下の諸文献を参照した。岡村勲監修『犯罪被害者のための新しい刑事司法：(解説)被害者参加制度と損害賠償命令制度』(明石書店,2007年)、瀬川晃ほか「(座談会)犯罪被害者の権利利益保護法案をめぐって」ジュリストNo.1338(2007年)2-47頁、平山真理「『刑事裁判への被害者参加』と『修復的司法』の関係はいかに」白鷗法学第14巻1号(2007年)294-318頁、吉田敏雄「刑事手続きにおける被害者の参加形態：ドイツ、オーストリアの法制度」北海学園大学法学研究第43巻第1号(2007年)1-45頁、岡本・前掲論文(注3)、川出敏裕「犯罪被害者の刑事手続への参加」ジュリストNo.1302(2005年)36-43頁、川崎英明「刑事裁判への被害者参加制度の批判的検討」刑事弁護50号(2007年)89-93頁、堀江慎司「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(5)(2007年)77-83頁、椎橋隆幸「刑事訴訟法改正の意義と今後の課題」法律のひろば60巻11号(2007年)48-57頁参照。また、法制審議会の議事録については、<http://www.moj.go.jp/SHINGI/index.html#2>を参照。
- 6) なお、ここで概観する指摘は、後述するように、あくまで現行の被害者参加制度を念頭に置いたものを中心とするものであり、例えば訴因の設定などをも含む被害者参加制度に対する指摘は、ひとまず除外するものとする。
- 7) 岩田・前掲論文(注5)87頁、平山・前掲論文(注5)306-307頁、堀江・前掲論文(注5)79頁、吉田・前掲論文(注5)39-40頁参照。
- 8) 岡村・前掲書(注5)224-226頁参照。
- 9) 同上,225頁。
- 10) 同上,第3章参照。
- 11) 堀江・前掲論文(注5)78頁参照。
- 12) 岩田・前掲論文(注5)86-87頁、堀江・前掲論文(注5)78-79頁参照。
- 13) 岩田・前掲論文(注5)86頁、堀江・前掲論文(注5)79頁参照。

- 14) 岡本・前掲論文（注3）28頁，岡村・前掲書（注5）226-227，231-235頁参照。
- 15) 堀江・前掲論文（注5）78頁参照。
- 16) 岡本・前掲論文（注3）28-29頁，椎橋・前掲論文（注5）54-55頁参照。
- 17) 堀江・前掲論文（注5）78-79頁参照。
- 18) 岩田・前掲論文（注5）87頁，川崎・前掲論文（注5）90頁，平山・前掲論文（注5）306頁参照。
- 19) 岡村・前掲書（注5）228頁，川出・前掲論文（注5）41頁，椎橋・前掲論文（注5）54頁参照。また，堀江・前掲論文（注5）79頁も参照。
- 20) 堀江・前掲論文（注5）79頁参照。
- 21) 岡村・前掲書（注5）229頁，川出・前掲論文（注5）41頁参照。
- 22) 岩田・前掲論文（注5）87-88頁，平山・前掲論文（注5）305-306頁，吉田・前掲論文（注5）39頁参照。
- 23) 岡本・前掲論文（注3）29頁，椎橋・前掲論文（注5）54-55頁参照。
- 24) 堀江・前掲論文（注5）79-80頁参照。
- 25) 岡村・前掲書（注5）236頁参照。
- 26) 岩田・前掲論文（注5）88-89頁，平山・前掲論文（注5）305頁参照。
- 27) 岡村・前掲書（注5）240-241頁，岡本・前掲論文（注3）29頁参照。
- 28) 堀江・前掲論文（注5）80頁参照。
- 29) 同上，80-81頁参照。さらに，吉田・前掲論文（注5）38頁参照。
- 30) 堀江・前掲論文（注5）81頁参照。
- 31) 平山・前掲論文（注5）304-305頁，吉田・前掲論文（注5）38頁参照。
- 32) 平山・前掲論文（注5）304-305頁，堀江・前掲論文（注5）78-79頁，吉田・前掲論文（注5）38頁参照。
- 33) 岡村・前掲書（注5）243-246頁参照。
- 34) 制度の評価に関する，このような視座については，See John Braithwaite & Philip Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice* (Oxford; Clarendon Press, 1990) pp12-24.
- 35) ここでは，主として，以下の諸文献を参照した。See Malcolm Davies, Hazel Croall & Jane Tyrer, *Criminal Justice third edition: An Introduction to the Criminal Justice System in England and Wales* (London; Longman, 2005) pp23-8; Lucia Zedner, *Criminal Justice* (Oxford; Oxford University Press, 2004) pp116-20; Michael King, *The Framework of Criminal Justice* (London; Croom Helm, 1981) pp12-28; Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford, California; Stanford University Press, 1968) pp149-73.

- 36) ここでは、主として、以下の諸文献を参照した。See Jo Goodey, *Victims and Victimology: Research, Policy and Practice* (London; Longman, 2005) pp36-9; Zedner, *supra* note 35 at pp116-20; Leslie Sebba, "The Individualization of the Victim: From Positivism to Postmodernism," in Adam Crawford & Jo Goodey, *Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice: International Debates* (Aldershot; Ashgate, 2000) pp55-76; Kent Roach, "Four Models of the Criminal Process," *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol.89 No.2 (1999) pp671-716; James Dignan & Michael Cavadino, "Towards a Framework for Conceptualising and Evaluating Models of Criminal Justice from a Victim's Perspective," *International Review of Victimology*, Vol.4 (1996) pp153-82. および、吉田敏雄『犯罪司法における修復的正義』(成文堂, 2006年) 16-44頁, 黒澤睦「ケント・ロウチ『犯罪対応過程に関する4つのモデル』」法律時報74巻7号(2002年) 92-96頁参照。とくに、新たなモデルを構築し、それに基づいて被害者参加制度を分析した労作として、吉村真性「刑事手続における被害者参加論(一)(二)(三・完)」龍谷法學第39巻第2号(2006年) 5-40頁, 第39巻第3号(2006年) 43-99頁, 第39巻第4号(2007年) 103-245頁参照。
- 37) Restorative Justiceの訳し方については、紙数等の関係上、ここでは詳しく説明しない。ただ、筆者としては、理念としての修復的正義と、手法としての修復的司法を区別し、後者は前者の統轄下にあるという立場をとるものである。拙稿「修復的正義の展開：トランセンド法との来るべき対話に向けて」トランセンド研究5巻1号(2007年) 45-60頁, 同「修復的正義・修復的司法の構想と法定刑の理論的位置について」法律時報78巻3号(2006年) 58-63頁参照。
- 38) このことを端的に指摘するものとして、See Sebba, *supra* note 36, at p69.
- 39) ただし、一般予防や加害者の社会復帰などということに関連して、限定的あるいは従属的な形では考慮してきたともいえなくはないようにも思われる。
- 40) これまでの議論から明らかなように、被害者の視点の流入によって、モデル論の射程範囲は、単なる刑事司法過程・刑事司法システムだけでなく、犯罪解決を達成するために使用される諸々のシステムにまで及ぶことになったとあってよいであろう。それゆえ、ここでは、犯罪解決システムという概念を用いることにする。ただし、これについては、紙数等の関係上、ここで、これ以上の検討をなすことはできない。この概念の明確化についても別稿の課題としたい。
- 41) 市民の徳、あるいは共和主義ということについては、拙稿「共和主義政治理論・刑罰論の射程範囲：修復的正義とブレイスウェイト・ペティット」比較法学40巻3号(2007年) 17-61頁参照。

- 42) コミュニティ概念の危険性については、拙稿「刑罰・コミュニティ・フェミニズム：Nicola Laceyの政治理論・刑罰論の検討」比較法学39巻3号（2006年）117-161頁参照。
- 43) もっとも、「公共」・対話と、多様性・動態性との間に対立関係を見出す立場もあることも事実である。拙稿・前掲論文（注42）117-161頁参照。
- 44) See Sebba, *supra* note 36, at pp57-61.
- 45) 政策における医療モデルから応報モデルへの転換の政治的背景について、See Goodey, *supra* note 36, at pp15-6. さらに、See Barbara Hudson, *Justice in the Risk Society* (London; Sage Publications, 2003).
- 46) See Howard Zehr, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice* (Scottsdale, PA; Herald Press, 1990)（邦訳としては、ハワード・ゼア（西村春夫ほか監訳）『修復的司法とは何か：応報から関係修復へ』（新泉社、2003年））。もっとも、一口に「回復ないし修復」といっても、その内容として、様々なものが挙げられ得るであろう。ここで、ひとまず、「回復ないし修復」の対象となるのは、様々なニーズであるとするならば、それらの内容として、次のようなものを挙げることができるように思われる。第一に、被害者のニーズとして、心理的・身体的・財産的損害の回復、犯罪解決のプロセス（真相究明、加害者に対する処置の決定等）への主体的関与あるいは被害者の要望の優先的考慮、事件やそれが被害者にもたらしたものについての言明に対する傾聴、安全で安心な生活の回復などが挙げられるであろう。第二に、加害者のニーズとして、適正な措置、加害者自身が（例えば児童虐待などの）何らかの犯罪の被害者である場合にはその害の回復ないし修復、一人の人間として認められること、スムーズな社会復帰などが挙げられるであろう。第三に、「公」、すなわち国家のニーズとして、速やかな秩序の回復、自己の正当性の維持、既存の制度枠組みに過度の負担（財政的、人的、手続的等）をかけない範囲での事件処理などが挙げられるであろう。第四に、コミュニティないし「公共」のニーズとして、安全で安心な生活の回復、犯罪解決のプロセス（真相究明、加害者に対する処置の決定等）への主体的関与あるいはコミュニティないし「公共」の要望の優先的考慮などが挙げられるであろう。そして、第五に、「利益社会」のニーズとして、損失の補填、業務等の速やかな再開などが挙げられるように思われる。そして、これらのうち、どの主体の、どのニーズを重視するかによって、「回復ないし修復」の内容も変わってくるように思われるのである。ただし、ここで詳しく論じることにはできないが、「公」や「利益社会」のニーズということについては、修復的正義／司法の中で、異論が提起される場合もあり得よう。
- 47) この概念については、拙稿「修復的刑罰論における被害者の地位について：DVへ

の対応を中心として」被害者学研究第16号（2006年）24-30頁，同「英米における自由主義的刑罰論への批判の本意と『批判後』の刑罰論に関する一考察：ダフ（Duff）の政治理論・刑罰論の検討」比較法学39巻1号（2005年）67-109頁参照。