

論文

ドイツ刑事裁判における自由・権利

清水晴生・今井朋子

Strafverfahren und Recht

SHIMIZU Haruki

IMAI Tomoko

- 1 ドイツ刑事裁判における信教の自由と犯罪
- 2 ドイツ少年裁判所法における公訴参加の一考察
—公訴参加の小史を中心に—

1 ドイツ刑事裁判における信教の自由と犯罪

清水 晴 生

第一章 序 ～BVerfGE 32、98(BVerfG 1.Senat, Beschluss v.19.10.1971)

第二章 日本の判例との比較

第三章 跋

第一章 序 ～BVerfGE 32、98 (BVerfG 1.Senat, Beschluss v.19.10.1971)－

一 初宿正典が紹介する福音主義兄弟団事件はドイツでも多くの評論が紹介されているものである。

その【事実】は概ね、自宅出産直後に急性貧血に陥った妻が、信仰に基づき病院で輸血を伴う治療を拒否して死亡したことにつき、同じ信仰を有する夫が妻の意思を尊重し、必要な治療を受けさせなかったとして不救助罪の有罪判決を受けたというものである。

夫は連邦憲法裁判所への憲法訴願にあたり、各人には病院での治療を受けるかどうかの自由があるがゆえに夫は強制しえなかったこと、信仰に基づく治療に訴えたとしても救助放棄にはあたらないと主張した。

これに対して州法務省は生命こそ至上の価値を有しているとして反論した。

【判旨】は、具体的状況において信仰上の確信により法的義務に違反した場合について、その状況で処罰することが刑罰の趣旨を充足するかという問いを立て、行為者が「より高いおきてに従う義務があると感じている」以上は「刑罰を用いて行為者に対処することが正当化できる程度にまで、この決断を非難することは、もはやできない。刑罰は——その重さの

程度のいかんにかかわらず——かかる事案の下では、いかなる観点（応報、予防、社会復帰）からみても、適切な制裁ではない」、「行為者を一種の心的苦境に陥れ、この苦境を前にして行為者に犯罪者の烙印を押す刑罰を科すことが、過度の、それゆえ行為者の人間の尊厳を侵害するような社会的反応となる場合には、刑法は一步後退すべきだという結果に至らざるをえない」とした。

そして具体的にも、自分も共有する妻の信仰上の確信を放棄するよう説得しなかったことをもって非難することはできないなどとしたのである。

二 この事案は日本の輸血拒否事件^二と同様に、安楽死のケースとは区別されなければならないだろう。死を望んでいるわけではないからである。

第二章 日本の判例との比較

一 日本の判例と比較して検討してみたい。比較対象とするのは、いわゆる加持祈祷事件^三とシャクティ治療事件^四である。

二 加持祈祷事件において最高裁大法廷は「信教の自由の保障も絶対無制限のものではない」としたうえで次のように判示した。

「被告人の本件行為は、被害者Ⅰの精神異常平癒を祈願するため、線香護摩による加持祈祷の行となされたものであるが、被告人の右加持祈祷行為の動機、手段、方法およびそれによつて右被害者の生命を奪うに至つた暴行の程度等は、医療上一般に承認された精神異常者に対する治療行為とは到底認め得ないというのである。しからば、被告人の本件行為は、所論のように一種の宗教行為となされたものであつたとしても、それが前記各判決の認定したような他人の生命、身体等に危害を及ぼす違法な有形力の行使に当るものであり、これにより被害者を死に致し

たものである以上、被告人の右行為が著しく反社会的なものであることは否定し得ないところであつて、憲法20条1項の信教の自由の保障の限界を逸脱したものというほかはなく、これを刑法205条に該当するものとして処罰したことは、何ら憲法の右条項に反するものではない」。^{〔伏字筆者〕}

福音主義兄弟団事件では、妻は病院に行く代わりに同団体の信徒を自宅に呼ぶように求め共に神に祈った。これは「医療上一般に承認された治療行為とは到底認め得ない」だろう。

ただし行為を指揮したのは、福音主義兄弟団事件では被害者たる妻であつたのに対して、加持祈祷事件ではそうではなかったという違いがある。

また最高裁大法廷は「一種の宗教行為となされたものであつたとしても、それが前記各判決の認定したような他人の生命、身体等に危害を及ぼす違法な有形力の行使に当るものであり、これにより被害者を死に致したものである以上、被告人の右行為が著しく反社会的なものであることは否定し得ないところであつて、憲法20条1項の信教の自由の保障の限界を逸脱したものというほかはなく」と判示する。

これは違法性の判断としては順序が逆であろう。「被告人の右行為が著しく反社会的なものであることは否定し得ない」からこそ、「一種の宗教行為となされたものであつたとしても、……他人の生命、身体等に危害を及ぼす違法な有形力の行使に当る」ことになるのであろう。

行為が反社会的（＝違法）かの判断が、行為が違法な有形力の行使にあたることを理由になされている点で妥当でない。

福音主義兄弟団事件では、夫が妻自身の行為をとめる義務まではないと判断された。妻の信仰に基づく判断が尊重されてよいとされた。

加持祈祷事件は法益の処分権者自身が積極的・主体的に行為をおこなったのではなく、行為を直接的・支配的におこなったのは行為者の方であった。

この点に確かに違いはある。しかし一見大きな違いがありそうだが、そこにあるのは意外と小さな違いではないかと疑ってみる余地がある。

福音主義兄弟団事件で妻は信徒たちが共に祈ってくれるのに任せておいた。加持祈祷事件でも被害者は行為者たちが祈祷してくれるのに任せておいた。

福音主義兄弟団事件では夫や信徒たちは不作為で見殺しにしたとといえるかもしれない。加持祈祷事件では行為者たちは作為で傷害致死行為をおこなった。

両者の違いは作為か不作為かの違いにすぎないかもしれないのである。

ここでおそらく指摘できることは、夫は妻のその危機的状況において、その状況のコントロールに関して支配的な立場にはいなかったかもしれないということであろう。それに対して加持祈祷事件で行為者らは一定の支配力をもっていたともいえるし、作為である以上それを問題にする余地もないかもしれない。

妻が（指揮・作為をなす）支配的な立場にあったとすれば、妻の判断に反する作為の義務までが夫に課されたかは疑問が生じるし、その作為をなすことも不可能とはいえないが相当の困難を要したであろう。また積極的に妻に対して病院拒否を勧めた場合と同程度の行為ということもできない。

事実上の共同者間にあって、あるいは対向関係にあるとしても、その行動・事柄につき相手に対して従属的な地位にあるものの作為義務は一定程度減じられると解する余地があるとすれば、夫に不作為犯が成立しない理論的な説明も不可能ではないように思われる。

そして、そこでの信教の自由の意義は、妻が夫の作為を排した行動に一定の了解可能な意味が付与されることによって、夫の（より積極的な行為

に出るべきとする) 作為義務が減じあるいは否定される点にあるといえよう。

他方で加持祈祷事件では、作為により積極的・支配的な形で行為がおこなわれている。

ただし、この行為は信仰に基づいてなされたものである。「他人の生命、身体等に危害を及ぼす……有形力の行使」であることは、福音主義兄弟団事件で作為義務が認められていたとすれば同じことがいえないではない。治療や食事を与えない不作為は「他人の生命、身体等に危害を及ぼす……有形力の行使」といわざるをえないだろう。したがってそうであることはいまだ不作為の殺人や保護責任者遺棄致死や傷害・傷害致死の構成要件に該当することをいうものにすぎない。

加持祈祷事件の問題の行為が「著しく反社会的なもの」であったかとの判断において、それが「一種の宗教的行為としてなされた」ことはどのように評価されるべきであったろうか^五。

行為者そして被害者の信教の自由の行使として行為をなした行為がなされた場合、被害者の承諾が殺人罪ではなく傷害罪についてあるといえるならば、判例によればその行為は「憲法20条1項の信教の自由の保障の限界を逸脱した」という意味で「著しく反社会的なもの」である限りで犯罪が成立するにすぎないということになる。

学説によっては承諾の動機は問わないとして、犯罪の成立を否定すべきとの主張もありえよう。

しかし判例の見解に従うならば、「憲法20条1項の信教の自由の保障の限界を逸脱した」「著しく反社会的なもの」であるがゆえに、仮に承諾があったとしてもその承諾は無効ということになろう。

そして反社会的で違法だといえるためには、問題の有形力行使がどんなものであったかを問うことになる。

それは単に「他人の生命、身体等に危害を及ぼす」行為だったというだけでなく、「被告人の右加持祈祷行為の動機、手段、方法およびそれに

よつて右被害者の生命を奪うに至つた暴行の程度等は、医療一般に承認された精神異常者に対する治療行為とは到底認め得ないというのである」と判示する。

その行為は動機、方法、程度において「医療一般に承認された精神異常者に対する治療行為とは到底認め得ない」というとき、「動機」はおそらく信仰上の観点の外部から了解することは困難であろう。「方法」も「医療一般に承認された治療行為」ではないからこそ問題になっているわけである。

「動機」も「方法」も「医療一般」に承認されていないからといってただちに違法視されるならば、信教の自由はかなり大きく制約されることになる。

そしてここでも実質的に重要な基準となっているように思われるのは、その行為が一般性・社会（的相当）性から逸脱するその「程度」である。

結果的に死に至らしめるほどの激しい暴行が、もはや社会一般において許容可能な信教の自由に基づく行為という範囲を超えてしまっている、ということであろう。

結局のところ、ここで信教の自由がもちえた意義とは、ある行為の反社会性の判断において、信教の自由の行使として社会一般により類型的ないし具体的に許容可能な範囲というものを設定するという点にあらう。その範囲内に収まる程度の行為については、おそらく刑法上も被害者の承諾の法理によりその反社会性が否定される^六。しかし、その有形力の強力さが許容範囲を超える場合には違法性が肯定されることになる。

優越的利益説による場合には、許容範囲は社会一般によってではなく、本来被害者自身によって設定されると主張されようが、同意殺等が処罰されていることにかんがみて許容・承諾の限界を考慮するという主張もありうるということになる。

三 シャクティ事件についても検討を試みよう。事実と判旨は次のとおり

である。

「1 原判決の認定によれば、本件の事実関係は、以下のとおりである。

(1) 被告人は、手の平で患者の患部をたたいてエネルギーを患者に通すことにより自己治癒力を高めるという「シャクティパット」と称する独自の治療（以下「シャクティ治療」という。）を施す特別の能力を持つなどとして信奉者を集めていた。

(2) Aは、被告人の信奉者であったが、脳内出血で倒れて兵庫県内の病院に入院し、意識障害のため痰の除去や水分の点滴等を要する状態にあり、生命に危険はないものの、数週間の治療を要し、回復後も後遺症が見込まれた。Aの息子Bは、やはり被告人の信奉者であったが、後遺症を残さずに回復できることを期待して、Aに対するシャクティ治療を被告人に依頼した。

(3) 被告人は、脳内出血等の重篤な患者につきシャクティ治療を施したことはなかったが、Bの依頼を受け、滞在中の千葉県内のホテルで同治療を行うとして、Aを退院させることはしばらく無理であるとする主治医の警告や、その許可を得てからAを被告人の下に運ぼうとするBら家族の意図を知りながら、「点滴治療は危険である。今日、明日が山場である。明日中にAを連れてくるように。」などとBらに指示して、なお点滴等の医療措置が必要な状態にあるAを入院中の病院から運び出させ、その生命に具体的な危険を生じさせた。

(4) 被告人は、前記ホテルまで運び込まれたAに対するシャクティ治療をBからゆだねられ、Aの容態を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識したが、上記(3)の指示の誤りが露呈することを避ける必要などから、シャクティ治療をAに施すにとどまり、未必的な殺意をもって、痰の除去や水分の点滴等Aの生命維持のために必要な医療措置を受けさせないままAを約1日の間放置し、痰による気道閉塞に基づく窒息によりAを死亡させた。

2 以上の事実関係によれば、被告人は、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた上、患者が運び込まれたホテルにおいて、被告人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあったものと認められる。その際、被告人は、患者の重篤な状態を認識し、こ

れを自らが救命できるとする根拠はなかったのであるから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である」。〔下線筆者〕

本件でも福音兄弟団事件におけるのと同様に、行為者と被害者は同じ信仰を有するものであり、さらに共同正犯である被害者の親族もまた同じ信仰を有するという関係が認められる。

そしてここでも福音兄弟団事件と同様に、信仰の問題は不作為犯の作為義務の認定の中で評価されていよう。

すなわち、被害者やその親族も被告人の「信奉者」であり、「自らが救命できるとする根拠はなかった」被告人に対して被害者の息子は「後遺症を残さず回復できることを期待して……依頼」している。このことは被告人の行為に対する承諾であると同時に、被告人がそれらを認識していることが被告人の作為義務を高める意味も持ってこよう。結局は「重篤な患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあった」と認定され、適当な作為（必要な医療措置を受けさせること）をなすべき義務が認められる前提とされている。

また患者が重篤であるにもかかわらず、「主治医の警告」や「家族の意図」を無視して、「独自の」治療を施すにとどまった点は、むしろ加持祈祷事件における「社会的な許容範囲を逸脱した」反社会的行為であったというのに近い評価が加えられている。この点は、本来なされるべき作為の代わりにとった行動の反社会性ないし社会的に有用でないということが、信教の自由に基づく一定の代替作為としての評価にも値しない、社会的に相当なものとはいえないし、保護法益に対する対抗的価値を有するともいえないということを示すものである。この意味で行為は正当化されない。

それは同時にまた、そのような行動が何ら作為義務を尽くしたことになるどころか、そうした行動しかとらなかつたがために作為義務を尽くさなかつたという意味でも行為の違法性を基礎づけうるものといえよう。

作為義務、違法性に続き、最後に主観面の認定も確認しておこう。

被告人は「指示の誤りが露呈することを避ける必要」を認識しつつ、また「未必的な殺意をもって」被害者を放置した。

「指示の誤りが露呈することを避ける必要」の認識は、作為義務の認識に関して錯誤がなかつたことをいうものであろう。

そして未必の殺意は共同者間におけるその支配的な立場とともに、共同正犯者より重い殺人罪の不作为犯が成立する理由づけの一つとなっていよう。

第三章 跋

ここまで見てきたところにより、信教の自由などの憲法上の価値はこれまで総合的な実質的違法性判断、法益衡量、相対的輕微性判断などの中で非類型的な具体的な判断としてなされるものと考えられてきたにもかかわらず、実はそれにとどまらず、とりわけ不作为犯の場合においてはその作為義務の認定においても考慮されうるのではないかと推論に至ることができた。

そこで前提となるのは、行為者と被害者の双方が同じ信仰を有しているということである。少なくとも両者の間ではある程度了解可能な事柄であったことについてさらに一般的な基準からどのような評価がなされるかという形で、作為義務の存否が判断され、そしてまた実質的違法性の総合評価もなされることになろう。

また本稿では検討が及ばなかつたが、信仰のために適法行為の期待可能性が減少する場合も考えられるだろう。

- 一 初宿正典「信教の自由に基づく治療拒否と刑事訴追——福音主義兄弟団事件——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』115頁以下参照。
以下、同論文の【事実】と【判旨】を参照・引用する。
- 二 最三小判平成12年2月29日民集54巻2号582頁。
- 三 最大判昭和38年5月15日刑集17巻4号302頁。
- 四 最二小決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁。
- 五 この点、小泉洋一は、宗教的行為の自由に対する制約を考える場合、「その制約は、行為の目的、方法、結果等の外形的事項にのみ着目して考えられるべきものである。その際、行為の基礎にある信仰、教義等の宗教的事項に基づいて判断されてはならない。さもなければ、国家が宗教の価値判断を行うことになり（これは国がある宗教を邪教と認定することに等しい）、それは明らかに内心の信仰の自由までも制限することになるからである」という。内心にある限り絶対的に保障されるという言い回しは、本来このような意味で捉えられるべきであろう。小泉洋一「信教の自由と加持祈禱治療」高橋和之・長谷部恭男・石川健治編『憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕』85頁参照。
- 六 被害者の承諾の法理のうちに、憲法秩序における総合的な実質的違法判断、あるいは実質的違法にかかるいわゆる相対的輕微性の判断がなされるものといつてよからう。
- 七 本件に関して作為義務それ自体や共同正犯の観点で論じる評釈は多数ある。藤井敏明・本件評釈『最高裁判所判例解説刑事篇平成十七年度』208頁を参照。

2 ドイツ少年裁判所法における公訴参加の一考察

－公訴参加の小史を中心に－

今 井 朋 子

第一章 序

第一節 研究目的

第二節 研究対象

第三節 研究方法

第二章 ドイツ少年裁判所法における公訴参加

第一節 条文の新設の序説

第二節 歴史的背景

一 1923年以前

二 1923年ライヒ少年裁判所法

三 1943年ライヒ少年裁判所法

四 2006年ドイツ少年裁判所法

第三節 ドイツ少年裁判所法における公訴参加

一 適用範囲

二 対象犯罪

三 公訴参加人の権限

四 ドイツ少年裁判所法48条との関係

第三章 跋

第一章 序

第一節 研究目的

2004年12月犯罪被害者等基本法が制定され、被害者には「その尊厳に相応した処遇」が補償されることとなった（3条1項）。それを受け政府が2005年12月に制定した犯罪被害者等基本計画では『『事件の当事者』である犯罪被害者が、刑事に関する手続きや少年保護事件に関する手続きに適切に関与できるよう、その機会を拡充する取り組みを行わなければならない』とする。次に2007年6月に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により、被害者の立場は従来と比べて保護されるという受動態^一から刑事裁判への直接的関与という能動態へと変わった^二。これは被害者の尊重という点では評価される。その一方で被害者の法的地位の不明確性や刑事裁判の基本構造の変容の危険性など問題点も多い。

少年においては2008年に少年法が改正された^三。この改正により被害者の審判傍聴が新設された^四。成人の刑事裁判と異なり、少年法における審判は非公開とされてきた^五。よってこの改正は非公開である少年審判へ被害者が傍聴することを意味する。

このような経過から、将来少年審判においても被害者参加が認められる可能性があると予想される。

第二節 研究対象

そこで、少年における被害者の手続参加を日本より先に行っているドイツ少年裁判所法（Jugendgerichtsgesetz）の公訴参加を比較研究の対象としたい。ドイツ少年裁判所法における少年審判への公訴参加は、2006年に改正され^六、少年審判への公訴参加が認められるようになっている。こうしたドイツ少年裁判所法の考察、特に改正過程を見ていくことは、今後の日本における少年審判への被害者参加を考えるための糸口をつかむこと

になると思われる。したがって、ドイツではなぜ少年に対する公訴参加が導入されているのかに焦点をあてて考えていきたい。そして日本における公訴参加の動向はドイツの動向のどのあたりと符合するといえるのか検討したい。

第三節 研究方法

まずドイツ少年裁判所法80条3項における歴史的背景について順次で考察していく。次にドイツの少年審判への公訴参加の制度を概観したい。最後に少年法における公訴参加の必要性和今後の課題とを論じる。

第二章 ドイツ少年裁判所法における公訴参加

第一節 条文の新設の序説

かつてドイツ少年裁判所法旧80条3項は「公訴参加手続（Nebenklage）は、許されない」と規定していた。しかし2006年12月22日の第二次司法現代化法（2. Justizmodernisierungsgesetz: BGBl I 2006, 3416）により、この規定は次のように改正された。すなわち「公訴参加人として、提起された公訴にかかわりうるのは、生命、身体の不可侵性若しくは性的自己決定に対する重罪若しくは刑法典第239条3項、239a条若しくは第239条bに基づく重罪により、精神的若しくは身体的に重大な被害を受け、若しくはその危険にさらされた者、又は刑法典第252条若しくは第255条とも関連づけられうる場合も含んで刑法典第251条による重罪により被害を受けた者とする。その他、刑事訴訟法第395条第2項第1号および第396条から第402条までを準用する」と。これに基づいて現在ドイツでは少年手続に公訴参加が導入されている。そこで公訴参加の導入過程についてみていくことにする。なぜなら、このような経緯をかんがみると、公訴参加の歴史を紐解いていくことは、今後の日本における被害者参加を考える基礎となり、理

解を一層深めることになると思われるからである。

第二節 歴史的背景

ドイツ少年裁判所法における公訴参加の廃止と導入との歴史は、大別すると次の三つになると思われる。すなわち、①1923年、②1943年、③2006年である。しかし、公訴参加という制度自体は、1923年に突如導入されたものではなく、ローマ法まで遡る。

まずは、1923年以前の公訴参加の経緯について簡単にまとめた。

一 1923年以前

ローマ法にはすでに公的な刑事手続が存在し、被害者にも訴追に関する権限が備えられていた。他方、ゲルマン法では刑事訴追は原則私人訴追であった。これは犯罪行為による被害の私的復讐だけでなく、実質的な損害賠償を補うのに役に立っていた。

中世になると、漸次に私的な対審構造は国家の主権にもとづく厳格な追及に有利になるよう排除されていく。平和保持を目的としたラントフリーデ運動を機に、初めて公的な刑罰が注目されることになるが、しかしゲルマン法において刑事訴追は原則的に私人にあった。「まずイタリア法学から再発見され、そして時宜を得て注釈されたローマ法の継受により生じ^⑥ることによってドイツの刑法発展の転換期が訪れる。これにより専ら被害者は「手続きの各々の手続への関与の権利が剥奪され^⑦」、被害者の手続への関与は消極的となった。

1532年カロリーナ刑法典において被害者の公訴参加が積極的に取り入れられ、これに関しては「カロリーナ刑法典は、近代への過渡期な局面において、刑罰の公的・法的解釈に、最終的な力をかけて勝利を得させた。その際、カロリーナ刑法典は、被害者に、被害者の処罰欲求のために訴追するという付随的な地位を保持した^⑧」と評されている。

次にドイツ少年裁判所法の公訴参加について俯瞰していくことにする。

ドイツ少年司法制度については「刑事法的色彩を強くもつ制度である」^{一〇}と紹介されている。主な特色は三つ挙げられる。それは①管轄が刑事裁判の少年部であること、②少年への選択的処分、③少年裁判所法と少年福祉法とに拠る二元方式である。こうした特色が1923年に成立したドイツ少年裁判所法に取り入れられ、この枠組が1943年、1953年の少年裁判所法改正を経ていまなお継承されている。

二 1923年ライヒ少年裁判所法

ライヒ少年裁判所法の条文を通観すると公訴参加に関する規定は見当たらない^{一一}。ヒンツが「1923年からの最初の少年裁判所法は、少年刑事手続きにおける公訴参加について触れてないままである」と表現されるように^{一二}、1923年ライヒ少年裁判所法には公訴参加が定められていない。

三 1943年ライヒ少年裁判所法

1943年のライヒ裁判所法には公訴参加を認めないとする規定がある。ライヒ少年裁判所法53条1項1文は「私人起訴と公訴参加は、少年に対して許されない。反訴は、少年に対して提起されうる。検察官による訴追が公的利益を理由に、あるいは、教育理由から必要であるとき、私人起訴を通して訴追されうる違反を検察官が訴追する^{一三}」と規定している。これにより1943年に少年手続に関する公訴参加の規定を確認することができる。

では、なぜ少年に対する公訴参加が認められていないのだろうか。それは「国家社会主義の立法者がライヒ少年裁判所法において少年裁判所運動の若干の要求をも変えてきた。もっとも、国家社会主義の刑法解釈論は、公訴参加に、昔から否定的な態度をとってきた。なぜなら、特有の権利を与えられた被害者は、全体的な刑事手続の精神に反した^{一四}。ライヒ少年裁判所法における公訴参加人の末梢が、すべて少年保護考慮に基づいているかどうか、あるいは、ついでに国家社会主義的思想もまた重要であるかど

うかは、公的理由は欠けているため、はっきり分らない^{一五}。いずれにしても、公訴参加人の参加は、内容的には変わらず、1953年4月8日の少年裁判所法80条3項において加えられた^{一六}とされている。換言すれば、この時代の国家社会主義の考え方が影響し、少年手続における公訴参加に関して国家社会主義の立法者はドイツ少年裁判所法の教育思想に反するという理由から批判してきたが、少年裁判所運動の要求に若干応える必要があり、公訴参加について言及したと考えられる。

なお、国家社会主義の時期とはどのような時期なのか。このことについては「国家社会主義のとき、すなわち、ドイツの法史の最も暗い時期において、『権威主義的な国家意義の精神から』刑事手続法の領域における新しくする試みは、さらに必然的に公訴参加の廃止に向けられなければならない。個人の利益は、例外的に、民族共同体の利益のなかに埋没していたとき、また刑事行為による被害者に専ら手続の行為権限が認められる必要がある限り、民族共同体の利益として、全体の福祉を一致させられた。その際、公訴参加人は、公訴参加人の広範囲の手続法により、全く専ら『指導原理』に応じて、長と検察局の代理人との権威主義において導かれた手続における妨害と思われる。それは違反者に民族共同体の利益において、法的に守られた規定の侵害としてやましいところがない形式主義について、できるだけ急に、そしてできるだけわずかな支出とともに妨害したかった。それに応じて1939年の刑事手続の草案は刑事手続から公訴参加人の完全な消去を前もって規定した。むろん実現は急に起こった戦争のために失敗した。しかしながら公訴参加の廃止は少年に対する手続において1943年のライヒ少年裁判所法を通して実施された。国家社会主義の時期において試みは必然的に公訴参加の廃止に向けられなければならない。これらの判決が前述の観念体系的退廃にあるいは一事情によっては累積的にも一少年法の教育的考慮に基づいたのかどうかは、公的理由は欠けているため明らかにされていない^{一七}」と述べられている。要するに、国家社会主義の時期というのはドイツ法史において最も暗澹とした時期で

あり、この時期の権威主義的な国家意義の精神からの刑事手続法領域の新しい試みが公訴参加という手続きの関与をこの時期の権威主義的裁判手続の障害と捉えられ、公訴参加の廃止へと至ったのだ。したがって、この公訴参加の廃止がドイツ少年裁判所法の教育的考慮に因るものかどうかは公的理由がないため判明しないが、公訴参加の廃止に国家社会主義の思潮が関っていることは確実である。また戦乱のため貫徹されなかった1939年の刑事手続草案に規定されている公訴参加の廃止は、1943年のライヒ少年裁判所法で定められることとなる。

2002年のドイツにおける被害者施策は次のような施策であった。ドイツ刑事訴訟法に基づき、犯罪被害者の刑事手続関与に関わる制度として次のことがあげられる。すなわち、告訴、私人訴追、公訴参加、付帯私訴、起訴強制手続である。1976年、暴力犯罪被害者の補償に関する法律が制定される。犯罪被害者は、申請に基づき、治療のための費用、収入低下による年金支給などの補償を受けることができるようになった。同年、民間の被害者支援団体白い環が設立する。この団体は民間団体ながらも被害者保護の推進力となった。1986年刑事手続における被害者の地位改善に関する刑事訴訟法の改正により、公訴参加制度、附帯私訴制度等の下地が定められるとともに、被害者には任意の手続関与権が与えられた。1985年被害者と加害者との和解が実施される。1994年刑法、刑事訴訟法及びその他の法律の一部改正に関する法律に従い損害回復及び加害者と被害者との和解に関する刑法改正が行われた。1998年刑事手続における尋問の際の承認の保護及び被害者保護の改善のための法律により刑事訴訟法が改正される。これは証人である被害者が尋問によって受ける精神的苦痛の緩和を目的とする。同年犯罪行為の被害者の民事請求権の確保に関する法律により、被害者の損害賠償権が強化される^{一八}。

そして、2002年ドイツの刑事局は公訴参加について次のような決定をする。「被害者保護における発展と被害者に今日少年刑事手続において当然に与えられるという意義にかんがみて、公訴参加は少年に対する手続に

においてもまた許される^{一九}」と。これは公訴参加導入の一因となった。

四 2006年ドイツ少年裁判所法

2006年12月22日第二次現代化法改正により少年手続における公訴参加が再導入される^{二〇}。再導入された経緯について見ていく。

「少年刑法の厳罰化を追求するところの連邦参議院の多くの法律発意は、かつてのドイツ少年裁判所法旧80条3項に基づかれない。【中略】提案された連邦参議院の法案において、2004年6月24日の少年刑法の強化へと実現され^{二一}」、ドイツ少年裁判所法旧80条3項は排除され、『『少年に対して、公訴参加は、教育の理由と矛盾していないときだけ許される』^{二二}』とし、ドイツ刑事訴訟法395条に対していくらかの制限された犯罪一覧に従うと主張する。同じ内容について「連邦参議院は、刑事訴訟法395条1項と比べると限定された範囲であるが、被害者の公訴参加を許容し、ただし、教育的理由はある場合に限り、少年裁判官は公訴参加を許可しないとできた^{二三}」と解されている。

尚且つ、ドイツ少年裁判所・少年審判補助連合(DVJJ)のドイツ少年刑法改革のための諸提案では「公訴参加はもはや攻撃的な制度ではなく、保護的で参加的な制度になっており、したがって少年裁判所法でそれを排除する動機はもはやないということが主張されている [が、しかし]…懸念されるのは、特に、権利と復讐を盾にとった被害者が対決的な姿勢を硬化させ、少年にふさわしい審理の遂行や適切な教育上の影響づけができなくなってしまうことである [ゆえに、]…公訴参加を少年刑事手続にまで拡張することは適切でない^{二四}」として公訴参加の不適切性を主張する。

この批判も虚しく、2006年12月31日施行の第二次司法現代化法により公訴参加が再び許されることとなる。ドイツ少年裁判所法80条3項は次のように規定する。すなわち、「公訴参加人として、提起された公訴にかかわりうるのは、生命、身体の不可侵性若しくは性的自己決定に対する重罪若しくは刑法典第239条3項、293条a若しくは239条bに基づく重罪に

より、精神的若しくは身体的に重大な被害を受け、若しくはその危険にさらされた者、又は刑法典第252条若しくは第255条とも関連づけられうる場合も含んで刑法典第251条による重罪により被害を受けた者とする。その他、刑事訴訟法第395条第2項第1号および第396条から第402条までを準用する」と。

この規定に関しては「良い被害者保護のために必要^{二五}」と見なす「被害者の地位を改善する観点から^{二六}」と肯定的な表現で評価されているが、しかし他方では、「被害者の利益と未成年の被疑者の少年刑事手続法の保護利益との間の比較考量は、草案において完全に欠けている。特にすでに公訴参加許可の法的行為事実の効果は、ひとことで言えば、論及されていない。それに対して、司法の一部は、特別の手続関係においてではあるが、いくつかの該当する効力を詳述してきた。最後に、草案理由において、公訴参加に関して、該当している被疑者の権利の拡充なしに、刑事訴訟法上の真相解明において生じうるところの否定的な影響の多くが、無視されたままである^{二七}」と否定的に評価されている。

つまり、被害者保護の思潮のみに応えるかたちでの決定は、被害者と被疑者との利益比較考量や被疑者の権利拡充への配慮なく公訴参加を認めることになり適切ではないとする。

第三節 ドイツ少年裁判所法における公訴参加

一 適用範囲

ドイツ少年裁判所法における公訴参加はどのような者に適用されるのだろうか。それは「犯行時少年であった被疑者に対する手続において、公訴参加は、原則的に許されない^{二八}」と。つまり、公訴参加は、青年に対して許されている。こうした解釈は、「手続において青年又は成人は訴追されているときには、審理は公開して行う」というドイツ少年裁判所法48条3項1文の反対解釈から明らかにされるものとする。

二 対象犯罪

次にどのような犯罪に対して公訴参加が許されるのだろうか。これについては以下の犯罪に適用される。

- (一) 刑法176条a、176条b、177条、178条、179条 3 項、7 項の罪
- (二) 刑法211条、212条、221条 3 項の罪
- (三) 刑法226条、226条 2 項の罪
- (四) 刑法239条 3 項、239条a、239条b の罪

公訴参加が全ての犯罪に適用されるのではなく、被害者の参加を認めるに足るだけの重大性と被害者参加の必要性とを兼ね備えた犯罪に適用される。

三 公訴参加人の権限

被害者にはドイツ刑事訴訟法406条e 1 項 2 文、406条g による権限、つまり成人と同様の権限が少年に対する手続において与えられるわけではない。なぜなら、ドイツ少年裁判所法には教育思想の保持があるからである^{二九}。しかしながら、少年の場合にもドイツ刑事訴訟法397条が準用され、とりわけ、質問権、証拠請求権と上訴権により、被害者も積極的に意見できる。これは、少年の教育上有害であるが、しかし、直ちに教育思想と相反するとまではいえない^{三〇}。ドイツ少年裁判所法80条 3 項、ドイツ刑事訴訟法395条 2 項 1 号に従い、公訴参加は違法な行為により殺された両親、子ども、兄弟姉妹と配偶者あるいは人生のパートナーにもまた当然に与えられるべきものである。これらの権限は、ドイツ少年裁判所法80条 3 項による被害者の権限のように限られる。ここまでは、少年に対する手続における公訴参加人について概観してきたが、ここで少年自身が公訴参加人となりえるのかについて若干述べたい。このことについて、ショライトは次のように述べている。すなわち「少年は公訴参加人になりうる^{三一}」と。つまり、少年が公訴参加人になることは許されている。なぜなら、ドイツ少年裁判所法80条 3 項は、専ら少年に対する公訴参加に関係してい

るが、少年からの公訴参加については、関係がないからである。ただし、公訴参加人が少年である場合は体系的理由と教育思想とによりドイツ刑事訴訟法406条e 1 項 2 文の記録閲覧と406条g の公訴参加権のある被害者の補佐とによる公訴参加権限は与えられない。

四 ドイツ少年裁判所法48条との関係

ここまで述べてきたドイツ少年裁判所法80条 3 項の他に、ドイツ少年裁判所法48条 2 項 1 文は「手続関与者とともに、被害者、並びに被告人が保護観察官の監督及び指導又は援助者の擁護及び監督に服しているとき、又は被告人のために教育扶助者が選任されているときには、援助者及び教育扶助者に出席が許される」と規定し、被害者の少年審判への出席が認められている。つまり、公訴参加人にならずとも少年審判への出席ができる。

またドイツ少年裁判所法48条 1 項及び 3 項は次のように規定する。1 項は「判決裁判所における審理は、裁判の言渡しも含めて、公開されない。」と、3 項は「手続において青年又は成人が訴追されているときには、審理は公開して行う。少年の被告人の教育上の利益から見て必要であるときには、公開しないことができる。」と規定する。少年審判への公訴参加と少年法の基本原則である審判の非公開との関係は避けて通ることができない重要な論点である。これについてショライトは、少年審判の公訴参加人により公開裁判の場で少年がさらしものになることによって、とりわけ深刻な影響をもたらすということを見通すべきであると指摘する^{三〇}。

このような指摘と同様に日本においても2008年の被害者の傍聴に端を発して少年審判の非公開と被害者参加との関係については指摘されている^{三一}。このことは、非常に多くの考察すべき論点を含んでいるため、本稿では論点整理と問題提起に留める。

日本における少年法の被害者参加と審判非公開との関係については次のように指摘されている。すなわち「少年司法における被害者対策は、少年の健全育成理念や審判の非公開という点で大きく成人刑事司法とは異なっ

おり、刑事司法の単なる適用拡大の問題で済まされるものではない^{三四}」と。つまり被害者保護を強調するのは良いが、少年審判の基本構造をゆがめるようなことは安易にしてはならないし、被害者保護の観点同様、少年の観点にも考慮しなければならないという。

第三章 跋

ドイツ少年裁判所法における公訴参加の再導入は、被害者の保護を理由としている。そして、今までのドイツ少年裁判所法における公訴参加の発展には、そのときどきの時代が大きく影響していて導入と非導入とを起伏をなしながら循環するように経過してきていることが分かる。つまり公訴参加の発展は周期的に「導入↔非導入」の間を巡っている。

現在の日本の状況は、ドイツ少年裁判所法の歴史的背景のどのあたりと符合しているのだろうか。近年の刑事司法に関して「1990年代末以降、政治経済から社会、文化に至る構造的変革のなか、厳罰主義・必罰主義に傾斜し^{三五}」ていると評される日本の動向は「非導入→導入」の流れに沿っていて、この定式は循環型なので今後導入から非導入へと進んでいくことが推測され、被害者保護の風潮に飲み込まれ勇み足的に被害者参加を導入することは、公訴参加サイクルを延々続けることとなり、循環型の「導入↔非導入」の周期へと埋没する危険性がある。

ドイツでは、少年における公訴参加の導入により、公訴参加の弊害や欠点がより具体的な問題として表面化してきている。たとえば、非公開および教育思想との止揚などの根本的な問題から、被告人である少年が行為の一部を少年として、またもう一部を青年として犯した場合の公訴参加の成否などの詳細な論点にまで及ぶ。こうした論点については、今後の課題として引き続き研究したい。

- 一 白取祐司『刑事訴訟法〔第5版〕』63頁（日本評論社、2008年）では、「被害者は、いうまでもなく『犯罪』のと当事者であるが、『手続』の当事者であるか、あるべきかについては見解が分かれ、立法例の様々である」といわれている。
- 二 石川正興「少年保護システムにおける犯罪被害者への配慮」早稲田法学85巻1号301号以下参照（2009年）。この論文では、成人の場合における刑事司法システムとの対比として、少年の場合を少年保護司法システムと称し、2005年犯罪者等基本計画や2008年少年法改正を含め、審判段階と保護処分執行段階とに分けて論じられている。
- 三 飯島泰＝親家和田＝岡崎忠之「『少年法の一部を改正する法律』（平成20年法律第71号）の解説」法曹時報60巻12号70-97頁（法曹会、2009年）参照。また斎藤豊治「『被害者救済論』と少年法の課題」法と民主主義341号12-17頁（1999年）では、被害者に対する特別な地位を認め審判への参加に関して「検討すべき問題が山積みしている」として次のような五つの疑問を提示している。すなわち、①被害者参加によって、裁判官の理性的犯罪の揺らぎと少年裁判が被害者の応報感情の満足、心の傷の癒しとなるのに適した場所であるか、②被害者が少年裁判に被害者参加したが、被害者の感情が反映されない場合の被害者の非満足、③個々の場合において、被害者参加による処分の結果の大きな差異の危険、④被害者参加が、少年審判の機能であるケースワーク機能を後退させること、⑤反対尋問の問題として少年側の適正手続きと被害者の二次被害の可能性である。また斎藤豊治「被害者問題と刑事手続」季刊刑事弁護22号93-97頁（2000年）では、少年法の範囲にとどまらず刑事手続の被害者参加権については「慎重論、消極論の立場をとる」と明示され、「被害者の刑事手続への参加は、参加方式の如何によっては、犯罪者の対国家の公的な刑事責任に加えて、対被害者の私的責任が刑事責任として加えられ、重罰化の危険がある」とされている。
- 四 葛野尋之「少年司法における少年のプライバシー保護－被害者の審判出席をめぐって」法律時報78巻4号67-71頁（2006年）では、「『懇切』で『和やか』な手続環境は、少年審判がケースワーク機能を果たすために不可欠だけではなく、少年の手続保障という適正手続からの要請でもある。このように考えたとき、被害者の権利として審判出席を認めることはない」とされている。
- 五 川口宰護「少年事件における犯罪被害者への配慮の充実」法律のひろば4月号28-34頁（2001年）では、少年審判の非公開に関して「犯罪被害者等から家庭裁判所での手続が見えないとの批判が加えられてきた」とされている。また守山正「少年事件被害者への配慮」現代刑事法5巻8号45-50頁（2003年）では、「少年法は少年保護の目的を有し、その性格上、審判は非公開とされるなど、情報の開示が刑事手続きとは明らかに異なる」とされている。
- 六 武内謙治「ドイツ少年裁判所法 翻訳補遺－2008年12月17日の法律による改正分まで－」法政研究76巻1号61－84頁（2009年）。
- 七 Hinz, DRiZ 2001, S.321ff.
- 八 Hinz, a.a.O., S.321ff.
- 九 Himz, a.a.O., S.321ff.
- 一〇 武内謙治「世界の少年法(3) ドイツ」守山正＝後藤弘子『ビギナーズ少年法

〔第2版〕』303-316頁（成文堂、2004年）。また、澤登俊雄『少年法入門〔第3版〕』267-269頁（有斐閣、2005年）では、「ドイツの少年法制は、1888年に設立された国際刑事学協会の活動及び1899年のシカゴにおける少年裁判所開設にはじめるアメリカの少年裁判所運動の影響のもとに形成された」とし、ドイツ少年裁判所法は「教育・保護の観点が強調されてはいるが、基調は少年刑法である」と解説されている。さらに、川出敏裕「ドイツにおける少年法制の動向」ジュリスト1087号86-95頁（1996年）では、ドイツ少年法制は『少年刑法（Jugendstrafrecht）』と『少年援助法（Jugendhilferecht）』による二本立ての制度で〔あり、〕…少年裁判所法は、基本的に、刑事事件の処理を定めた特別の法律という枠内にとどま〔り、〕…少年刑法と少年援助法は互いに異なる目的と手段を有す〔るので、〕…ドイツの少年法制の動向を把握するためには、その両者の検討が必要である」と指摘されている。

- 一 RGBI I,135.
- 二 Werner Hinz,JR2007 Heft4,S.140ff.II.
- 三 RGBI I,637.
- 四 Hinz,a.a.O.,321,323.; ZRP 2002,475,476.
- 五 Hinz,a.a.O.,321,323.
- 六 BGBI,IS,751.
- 七 Hinz,a.a.O.,S321ff.
- 八 安部哲夫「犯罪被害者の権利－外国の動向ドイツ」法律時報71巻10号66頁以下（1999年）。加藤克佳「各国の刑事手続きと被害者②ドイツの場合」季刊刑事弁護第22号119頁以下（2000年）。
- 九 NJW 2002,S.3079.
- 一〇 川淵健司「ドイツ連邦共和国における少年裁判手続の実情－被害者配慮に関連した手続を中心として－」家庭裁判月報61巻9号35-90頁（2009年）。
- 一一 Werner Hinz,a.a.O.,140ff.
- 一二 Hinz,a.a.O.,S.140ff.
- 一三 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－」法学研究第43巻第1号（2007年）。
- 一四 武内謙治『ドイツ少年刑法改革のための諸提案』75-84頁（現代人文社、2005年）。
- 一五 吉田・前掲注二三・21頁参照。
- 一六 吉田・前掲注二三・21頁参照。
- 一七 ZRP 2005,S.191f.;Eisenberg,Jugendgerichtsgesetz,13.Auflage,S.704.Rn.16-20.
- 一八 Ulrich Eisenberg,a.a.O.,S.704.
- 一九 Ulrich Eisenberg,a.a.O.,Rn.14.
- 二〇 Ulrich Eisenberg,a.a.O.,Rn.19.
- 二一 HerberDiemer/ArminSchoreit/Bernd-RuedegerSonnen,Jugengerichtsgesetz Kommentar,5.,Auflage,S.718ff.Rn.11a. [Schoreit]
- 二二 HerberDiemer/Armin Schoreit/Bernd-RuedegerSonnen,a.a.O.,S.718ff.Rn.11.[Schoreit]
- 二三 吉中信人「改正少年法と被害者の権利拡大」現代刑事法24号61-65頁（2001年）。この論文では、「日本における少年司法における被害者参加を十分に検討

するための準備作業として」、諸外国の少年審判の被害者参加について整理されている。とりわけ、ドイツが少年において私人起訴を認めていなかったのは、「私訴原告人としての被害者は、教育的な考慮にもとづいた気配りのなしに、個人的な報復欲求と主観的な権利の貫徹のみからあまりに容易に訴訟をせきたてるからだ」と解説されている。そして、被害者に「強力な地位を保障することと少年審判における少年の立場との均衡を考慮すると、ドイツのように「成人事件のばあいには認める私訴権を少年事件において遮断し、被害者としての地位にもとづく出席権を認めるという方向が望ましいのかも知れない」と提言されている。瀬川晃「少年審判と被害者の地位」ジュリスト1152号94-99頁（1999年）。この論文では、日本において刑事司法の被害者の地位について論じられるようになったきっかけを、三つの背景により整理されている。この三つの背景とは、国際的な被害者学の発展、少年事件の報道による少年審判での被害者配慮不足という社会的風潮の高まり、警察段階と検察段階とにおける「被害者対策の発達」である。特に、少年に対しては、「少年の健全育成という理念が避けては通れない壁として立ちはだかっている。この壁を壊さずに、乗り越えなければならないという点で、少年審判における被害者の地位の問題は特殊性を有している」と指摘されている。

三四 吉中・前掲注三三・61頁参照。

三五 葛野尋之「被害者傍聴は少年審判を変質されたかー改正少年法」法学セミナー657号1-3頁（2009年）。

（本学法学部・法務研究科准教授）

（広島大学大学院社会科学研究科博士課程後期三年）