

スイスの親告罪和解協議召喚制度，損害回復和解協議召喚制度及び刑事調停制度（2・完）

中 根 倫 拓

- 第1 はじめに
- 第2 統一刑事訴訟法の制定過程
- 第3 統一少年刑事訴訟法の制定過程
- 第4 小括 (以上前号)
- 第5 学説の紹介
 - 1 平和判事制度の検討
 - 2 旧チューリッヒ州刑事訴訟法34 c 条の検討
 - 3 損害回復及び和解協議召喚制度の検討
 - 4 刑事調停制度の検討
 - 5 親告罪の根拠論
- 第6 考察
 - 1 考察の視点
 - 2 親告罪の根拠論
 - 3 修復的司法としての親告罪の機能
 - 4 修復的司法としての親告罪の視点から見た具体的制度設計
- 第7 むすび (以上本号)

第5 学説の紹介

学説紹介では、チューリッヒ大学犯罪学研究所の助手としてパイロットプロジェクトにも参画した *Veio Zanolini* が詳細かつ最新の資料に基づき検討をしているため、*Zanolini* の学説を中心に検討する。

1 平和判事制度の検討

Zanolini は現行の和解協議召喚制度・刑事調停制度の元となり、親告罪を対象とする平和判事（Friedensrichter）制度についてイタリア語圏であるティチーノ州を題材に紹介した上で批判的に検討する。

(1) 平和判事制度の概要

平和判事の非公式手続に関しては、権限は主に民事法領域にあり、通常その手続は仲介（Vermittlung）または調停（Schlichtung）と言われている¹。平和判事制度は部分的に別の名称（Vermittler, Kreispräsident, Mastral co mediatur, Gemeinderichter, Juge de paix und Giudice di pace）で呼ばれているものの、ベルン州、バーゼル＝シュタット準州、ヌーシャテル州及びジュラ州を除く全ての州で存在していた²。

ティチーノ州では平和判事は既に調停行為について1803年から調停及び刑事法上の権限を有していた³。これらの実務は二つの観点から刑事事件における（現行法の）調停と類似点を示す。一つ目は平和判事の調停も非公式な手続を意味する。二つ目は平和判事は（現行法の）調停人の様に中立な第三者として扱われる。なぜなら、平和判事は調停対象に関して具体的権限を有しないためである。

平和判事の調停において訴訟経済（Verfahrensökonomie）の原理が優位にある⁴。

ティチーノ州の1928年～2000年の平和判事を担当した者の職業類型のデータによると、平和判事の26.5%が教師と最も高い比率を有し、次いで州公務

¹ Veio Zanolini, Veio Zanolini sen, Der Friedensrichter als Wegbereiter der Mediation in Erwachsenenstrafsachen, ZStrR 129/2011, S. 80. チューリッヒ州は1803年から1874年チューリッヒ司法に関する法律（Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege vom 2. 12. 1874）まで平和判事は専ら贖罪公務員（Sühnebeamte）として活動し、1875年以降は単独裁判官として正規の手続を担当していた。Peter Ziegler, 200Jahre Friedensrichter im Kanton Zürich 1803-2003, 2003, S. 50.

² Mario Fransioli, La giustizia popolare, 2001, p. 166, 167.

³ Zanolini, aa.O. (Anm. 1), S. 80.

⁴ Zanolini, aa.O. (Anm. 1), S. 84.

員15.7%，地方自治体書記（Gemeindesekretäre）と続く⁵。この3つの類型で過半数を占めており，そして60%以上が公的分野から雇われている⁶。自由業は40%未満であり，法律家は1.8%に過ぎない。

平和判事による調停の任務は通常名誉毀損罪である。また，平和判事は全ての親告罪の権限を有する⁷。

ティチーノ州では検察庁は旧ティチーノ州刑法180条により親告罪のみを対象とする手続において紛争を平和的に調停する目的のために平和判事に手続行為を委託していた⁸。事件の委託は権限ある検察官の自由裁量により決定された。手続参加者の同意は事件委託の前提条件にならない。すなわち，その手続は自由意思ではない。被害者と告訴権者が欠席したときは刑事告訴は取下げとみなされる。この点で調停手続の義務的性質が示される。

権限官庁が個々の事件において非公式の合意がなされる蓋然性があり目的適合的と見えるとの考えの時はその手続の出番が来る。もっとも，目的適合性の究明はこの手続段階では実務においてはかなり制限され得る。なぜなら官庁は被害者と被疑者を事前対話に呼ばず，単に記録に記載された情報を有するだけだからである。

⁵ Zanolini, aa.O. (Anm. 1), S. 85.

⁶ Zanolini, aa.O. (Anm. 1), S. 86.

⁷ Zanolini はティチーノ州は「他の州と異なり」と指摘するが，成人刑訴法案の通知1268頁においては多くの州で既多くの親告罪の和解手続が規定されたとされ，*André Kanyar* も個々の州では親告罪の領域において義務的贖罪手続（Sühneverfahren）を規定するとあることから，多くの州で親告罪が平和判事調停の対象であったと思われる。*Mikolásek, Aebersold, Heer* も同旨。Botschaft, 2005, S. 1268. *André Kanyar, Wiedergutmachung und Täter- Opfer- Ausgleich im schweizerischen Strafrecht: Entwicklung eines Modells unter Berücksichtigung des deutschen und österreichischen Strafrechts*, 2008, S. 214. *Angelika Murer Mikolásek, Analyse der Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung (JStPO) Entspricht sie den Grundsätzen des Jugendstrafrechts?*, ZStStr 60/2011, S. 134. *Peter Aebersold, Restorative Justice in der Schweiz*, *Heinz Schöch, Jörg-Martin Jehle* (Hg.), *Angewandte Kriminologie zwischen Freiheit und Sicherheit*, 2004, S. 441. *Marianne Heer, Peter Aebersold* (Hg.), *Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung*, 2010, S. 283.

⁸ Zanolini, aa.O. (Anm. 1), S. 87.

参加者に対して平和判事は調停手続において行動（Vorgehen）や方法（Methode）を自由に選ぶことができる⁹。平和判事は合意の試みが実行されたら結果を記録し記録を官庁に送り返す必要がある¹⁰。被疑者と被害者がこの手続の領域において合意に到達しなかった場合は平和判事は記録を検察庁に送り返し、その刑事手続は続行される¹¹。調停が平和判事の意見により個々の事件において初めから不可能と見えるときは、平和判事は被疑者と被害者に連絡なく書類を権限ある官庁に送り返すことができる¹²。長年の実務によると平和判事は被疑者と被害者への質問を超えて、さらに客観的状況及び主観的状況の捜査のために証拠調べができる¹³。その際、証人は公式の刑事手続の規定に則して尋問が行われる必要がある¹⁴。平和判事は基本的に全ての親告罪において、権限ある官庁の様に証拠調べをする機会が認められることは平和判事が裁判所警察の権限（gerichtspolizeilichen Zuständigkeiten）及び刑事訴追の領域の権限を有していたという歴史に基づいてより正確に理解される¹⁵。

平和判事に委託された手続の数は1997年～2009年の13年間観察したうちでも変動している¹⁶。事件委託に関して上級検察（Oberstaatsanwalt）はガイドラインを公布していない。平均年137件が委託され、すなわち年間1グ

⁹ Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 88. zitiert aus *Dipartimento di giustizia*, Conciliazioni per reati a querela penale. Lettera alle Giudicature di pace del Cantone Ticino, Bellinzona 1991, 1.

¹⁰ Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 88. zitiert aus *Dipartimento di giustizia*, Conciliazioni per reati a querela di parte. Giornate di studio, Bellinzona 1990, 1.

¹¹ Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 80.

¹² Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 88. zitiert aus *Commissione speciale del Gran Consiglio*, Rapporto del 22. 7. 1992 per l'esame del Codice di procedura penale, Bellinzona 1992, 60.

¹³ Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 88. zitiert aus *Divisione della giustizia*, Manuale dei giudici di pace. Schede, Bellinzona 2007, scheda 161; *Commissione speciale del Gran Consiglio*, a.a. O. (Anm. 12), 60.

¹⁴ Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 88. zitiert aus *Dipartimento di giustizia*, a.a.O. (Anm. 9), 2.

¹⁵ Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 88.

¹⁶ Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 89.

ループまたは平和判事ごとに3.6事件であり、4半期に1件よりも少ない。成功率は年50～70%で推移しており、平均して60.7%でありこれらの数値は基本的に国内外の調停プロジェクトより低く算出される¹⁷。これは平和判事による調停手続の参加が法律により自由意思が保障されていない状況が主に関連しているのであろう。それに応じて平和判事に初めから非公式な紛争の取り扱いに適さない事件が委託される。

一般的に平和判事の調停手続は公式な領域の裁判所に近い手続であり、それは義務的すなわち起訴は調停手続が実行され不成功に至ったことの証明書なしに開始されない¹⁸。刑事事件における調停手続に関する全ての行為はガイドライン（Giudicatura di pace del Circolo della Navegna in Minusio）のもとに行い、正確に当事者、証人への口頭の質問、平和判事の内部の報告、メモ及びコメントを事件ごとに評価する¹⁹。名誉、秘密、私的領域（嫌な悪口、侮辱、中傷、電信設置の濫用）、身体または生命に対する犯罪（単純傷害、暴行）、財産に対する犯罪（器物損壊、窃盗）及び自由に対する犯罪（脅迫、住居侵入）が対象とされ、全部で15の名誉毀損罪と26のその他刑法犯が扱われた²⁰。それによって調停手続の適用領域が名誉毀損罪に制限されていないことが分かった²¹。告訴に関する犯罪とは独立して、具体的な紛争状況及び当事者の欲求に応じて軽～中重大事件が対象となる。

被疑者の対話での表明は典型的には謝罪、自身の振舞いについての責任引受け、自白、将来被害者を配慮したいことの表明、被害者から将来関わらないことの願望を受けること内容とする²²。被疑者の態度は全体として被害者が刑事告訴を取り下げる動機があるときは間接的に刑事手続の終局的な終結に導く。これに対して、被害者は調停手続の進展に直接影響を及ぼすことが

¹⁷ Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 90.

¹⁸ Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 91.

¹⁹ Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 92.

²⁰ Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 93.

²¹ Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 94.

²² Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 95.

できる。なぜなら、どの時点で、どのような状況と条件下で満足して刑事告訴を取り下げを決定するかは自由であるからである。平和判事は当事者にさらに調停手続の意義と目的を説明し、法的助言を果たす。状況の捜査が重要な場合は当事者、場合によっては証人へ口頭の質問に基づく証拠調べも調停手続における平和判事の重要な任務の一つである。被疑者の発言は協力的な態度と含めて刑事手続の経過において通常積極的に影響を与える²³。

調停手続は非公式であり、すなわち法的に事前に定義された手続規定に合致する必要はなく、したがって被害者と被疑者は同じ時間・同じ場所で会う必要はなく、互いに直接コミュニケーションをとる必要もない。したがって事例の状況に応じて平和判事はどれがベストなやり方であるか、どのような手続を構成するか判断する。これは自由裁量である。決定的な要素は主に以下の2つの視点である。非公式の手続は対立状況を更に硬化させるか、紛争の増大を防ぐかである。聴取の順番は合意の機会及び刑事告訴取下げを目的として計画されたことが考慮されるという。非難される犯罪がより重大であると証明される状況で刑事手続から外れることが非常に不確実と思われるときは、通常まず被害者が召喚される。その他の場合は逆に被疑者が先行する。紛争解決または訴訟回避へ導きうる分別があり協力的な態度があるかを明らかにするためである。調停手続の間（特に初期の段階）に平和判事は当事者に（可能な）状況の法的判断及び同時に訴訟の見通し（Prozessaussichten）の教示を行う。これについては法的に決定的な視点の状況に制限し、これとの関連でまず第一に法律違反の犯罪がテーマとして扱われる。情報伝達が裁判に似た性質を有することが当事者及び証人による供述を記録すること及び証拠調べにおいて明らかに現れる²⁴。平和判事はあまりに多くの遠慮を行使せず、平和判事はむしろ調停手続の対象が実用的かつ良識的に決定されるよう積極的に貢献する。調停手続の原則は非公式の性質を考慮して実務からもたらされる。平和判事によって質問された人は事実を発言することを

²³ Zanolini, aa.O. (Anm. 1), S. 96.

²⁴ Zanolini, aa.O. (Anm. 1), S. 97.

義務付けられる²⁵。証人は虚偽供述をしないよう、平和判事の刑法307条（虚偽証言罪）の教示のもと促される。尋問の要求は常に被害者からではなく、ときおり被疑者からもある。一方当事者が期日に出席しないまたは平和判事と対話に参加したくないために達成し得ないときは初めから調停手続は失敗となる。再犯者や異常犯罪者（*verhaltensauffälligen Täter*）においては平和判事の見解から成功の見込みがないとしてしばしば初めから制限される。なぜなら被疑者の態度と反応は調停手続の一致した目標設定と対照に存在することを示すためである。

行為を通して引き起こされた被害の損害回復はたしかに調停手続において優位な目的ではない²⁶。しかし、通常は一方当事者のそれによって被害者は非公式解決に基づいて刑事告訴を取り下げる。多くの事例では行為と結果について謝罪がなされ、そのあとに（少なくとも事件について）理解したことが示される。謝罪とともにしばしば表明は被害者を将来配慮していきたいことと結びつく。そのような表明は象徴的性質である。それは多くの被害者によって高く評価される。なぜなら秩序が修復され、それによって不正な行為が明白になり知れ渡ることを許すためである。

(2) 批判

かなりの数の調停手続は成功なく終結している²⁷。なぜなら、事件選別は参加者の意見を配慮せずに決められているためである。当事者の協力意思を欠く場合において非公式の手続は初めから見込みがない。それに加えて事件委託は官庁を通して、単に刑事告訴記載の情報に基づいて行われる。調停手続の開始前に官庁は被害者と被疑者とコンタクトを持たず、紛争のおおよそも知ることができない。訴訟の見込みが明白に不確かな事件では被害者に刑事告訴を取り下げて訴訟経済を図る意義を納得させる。これに対して具体的

²⁵ *Zanolini*, aa.O. (Anm. 1), S. 98.

²⁶ *Zanolini*, aa.O. (Anm. 1), S. 99.

²⁷ *Zanolini*, aa.O. (Anm. 1), S. 100.

状況を考慮して刑事告訴が根拠ある場合は被疑者に認識と協力の動機を与える。解決プロセスに関しての平和判事の影響は調停人（現行法の Mediator）の役割よりむしろオーストリア型の紛争調整者（Konfliktregler）の制御（Steuerung）・操縦任務（Lenkungsufgabe）と同列に扱われる。

決定的な事情の捜査の時間消費は調停手続の主要部分をなす²⁸。どの程度捜査がなされるべきかは平和判事が刑事訴追機関の様に自由な裁量で決定する。関係当事者または別の証人の各供述は記録される²⁹。訴訟経済の目的（時間と金の節約）を考慮して、客観的真相の捜査の投入は最小限に制限すべきである³⁰。調停手続においては当事者自立を尊重し、平和判事の積極的役割を否定することを明確にすべきである。調停は当事者の協力意思に依存するのであり調停手続の義務は意義を有しない。

(3) 近時の動向

2008年に Zanolini らが行った州への統一成人刑訴法移行についての問い合わせによると、連邦司法省（Bundesamt für Justiz）は平和判事の活動に関して以下の様に立場を明らかにした³¹。「刑事訴訟法においては包括的かつ基本的、最終的な法典化が重要であるため、州は追加の手続を定めることはできない。したがって、個々の犯罪におけるいかなる平和判事の調停手続も検察以外の官庁は不可能である」。

もっとも、ティチーノ州では平和判事は1997年以降一般的に高く評価され、上級検察官（Oberstaatsanwalts）の要望に基づき平和判事に委託された事件の数は高くなっているといわれており、ティチーノ州政府は州議会に刑事事件での平和判事の役割を組織法に規定するよう動くことができた（ティチーノ州裁判所組織法31条3項）³²。この規定のおかげで平和判事は

²⁸ Zanolini, aa.O. (Anm. 1), S. 101.

²⁹ Zanolini, aa.O. (Anm. 1), S. 102.

³⁰ Zanolini, aa.O. (Anm. 1), S. 105.

³¹ Zanolini, aa.O. (Anm. 1), S. 81.

今後も調停人として成人刑事事件で活動できるようになる。適用領域は親告罪に限定されたままであり、新しい規定は被疑者と被害者の自由意思による手続であることが調停の原則に合致する。

ティチーノ州では事件委託数を高めることを目的とする平和判事を検察と統合するプロジェクトが現在始動している³³。すなわち、平和判事は司法の負担軽減のために重要な貢献を果たす。一方で親告罪はたびたび起こる、他方でこの州では現在38人の平和判事に対して15人の検察官と6人の代理人 (Substitut) で活動している。いずれの平和判事も通常少なくとも1月当たり1事件委託されており、年間500事件が実際に処理されており、それによって統合が既に同意されたことが表明された³⁴。ティチーノ州での経験は調停手続の実行によって阻害する機会は何もなく、特に活動結果は肯定的であり、平和判事と検察官との間の共同作業においてとても良い信頼基礎が存在することを示した。この理由から州政府は州司法省 (kantonales Amt für Justiz) の提案の下に時宜を得て扱い、州議会は適切な法案を提出した。同法の制定により平和判事の調停実務が成人刑事事件における調停 (Mediation) においても利用できる。もっとも、この制度の統一刑訴法への導入の時に一つの問題が生じる。調停人として平和判事を利用し続けるためには以下のことが必要である³⁵。まず、効果ある調停計画を定めるとともに、平和判事が調停を続けるために調停の方法について定期的な教育を続行するコースの機会を持つ。次いで、遅かれ早かれ専門に扱う調停人の活動の境界が疑問視される (したがって適切な専門証明書が要求される)。この調停人はたしかに職業上の資格を有しているが、しかし特殊な構造の刑事法関連の紛争及びほとんど委託されることのない継続して争う事件の状況の扱い

³² Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 106.

³³ Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 107.

³⁴ Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 107. zitiert aus V. Zanolini sen., Discorso del Presidente dell'Associazione Ticinese dei Giudici di Pace in occasione dell'82esima Assemblea generale ordinaria, Minusio/ Cevio 2010.

³⁵ Zanolini, a.a.O. (Anm. 1), S. 108.

について実践的な経験を有しない。もしかすると、調停人が今日なお信頼ある社会的性格と一致しない一つの理由がその中にあるかもしれない。さらに、スイス全土でなお刑事事件における調停への明確な提案が発展していないという事実が決定的であろう。そこで、調停の扱いについて底上げ戦略（Bottom-up-Strategie）が要求されるべきである。具体的には、まず第一に非公式紛争解決にどのような可能性があり、どのような目的のために実施され、実施についてどのような境界が必要かを平和判事制度の経験に基づいて定められる必要がある（その他に「調停」の純理論的な定義も必要である）。次に、平和判事は将来実践的な経験に基づいて刑事事件の新しい扱いを習得し、新しい知識を広く吸収することによって、調停実施のための有用な調停計画を発展する。これらの発展によって、かつての平和判事制度は最終的に現行法の調停人の制度に影響を与えるよい契機となる³⁶。

2 旧チューリッヒ州刑事訴訟法34c条の検討

2007年にチューリッヒ州刑事訴訟法に34c条として刑事調停制度が導入され、統一刑事訴訟法が施行される前年の2010年まで適用された³⁷。これはパイロットプロジェクトで蓄積された経験に基づいて規定されたものである。2007年からチューリッヒ州の成人調停が統一刑訴法施行前に導入されことは

³⁶ 平和判事制度以外にも親告罪を対象とした処理として、チューリッヒ州では1996年に裁判所外行為和解（Aussergerichtlicher Tatausgleich）というプロジェクトグループが成人の領域で始まった。この目的は保護観察及び執行職務において手続打切り領域における裁判所外和解の履行の法学・心理学・社会的な前提条件を明らかにする点にある。このプロジェクトは親告罪に限定された（特定の職権犯罪をともに含むことができる）。指導原理は参加の自由意思及び法治国家的保証と観察される。Silvan Fahrni, *Mediation im Jugendstrafrecht: Eine vergleichende Studie über die rechtliche Ausgestaltung und Praxis in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, 2001, S. 95. バーゼル＝シュタット準州も同様に親告罪を対象とするプロジェクトが実施されたという。Aebersold, a.a.O. (Anm. 7), S. 441.

³⁷ Veio Zanolini, *Wiedergutmachung durch Mediation: Eine Untersuchung über praktische Erfahrungen in Strafsachen*, 2014, S. 125. 他にもジュネーヴ州に2001年、フライブルク州に2004年に規定された。S. 103.

一般的に意義があり、第一に量的に重要な実務を手掛かりとして統計的な理由から早く効率的な調停モデルを稼働することを可能にする必要性、第二に多くの犯罪類型と様々な事例状況に関する経験が効果的な調停コンセプトを発展させる必要性である³⁸。もっとも、Zanoliniは以下の様に検討する³⁹。

2008年の旧通達1条1項の規定に基づいて成人は外部の専門家に委託できない⁴⁰。旧通達5条2項b号により被疑者側からの責任引き受けによって無罪推定の原則（連邦憲法32条1項及び欧州人権条約6条2項）と矛盾しない⁴¹。なぜなら、自白の存在を必要としないためである。

旧通達5条2項c号の「意味ある紛争」という法律概念ではない基準を設計することは疑問である。この条文は権限ある審査官庁に広い評価裁量を認める。旧通達5条2項d号の「力の差」の判断により官庁に更なる評価裁量を認める⁴²。成功の見込みは調停合意が締結される蓋然性という厳格な審査

³⁸ Veio Zanolini, Strafmediation im Kanton Zürich: Die Ergebnisse des Pilotprojekts im Kontext der Einführung des Instituts ins Jugend- und Erwachsenenstrafrecht, Neue Kriminalpolitik Vol. 19 No. 3 2007, S. 87.

³⁹ 旧チューリッヒ州刑事訴訟法 34c条1項 審査官庁は司法権管理職に以下の場合に刑事調停を委託することができる。1号 刑事調停が被疑者（Angeschuldigte）と被害者の間で損害回復を通して引き起こした不法を和解に導くことに根拠ある見込みがある場合。2号 被疑者及び被害者の書面による同意が存在する場合。3号 審査が専ら親告罪を対象とし、または39a条5号の意味における審査の打切りが問題になる場合。39a条 検察庁は以下の場合で刑事訴追の本質的利益がないまたは被害者の利益と対立する限りで犯罪の訴追を放棄し、審査を打ち切る。5号 被疑者と被害者の間の刑事調停または和解協議（Vermittlungsverhandlung）で損害回復を通して引き起こした不法を和解に導いた場合は、執行猶予の前提条件を満たし、その被害者はさらなる刑事訴追の関心がないことを明示的に表明した場合。

旧通達 5条2項 34c条1項1号の根拠ある見込みがある場合とは特に以下の場合に存在する。a 行為の状況が本質的に明らかにされた場合。b 被疑者が事情を本質的に認め、行為、行為結果を被害者に説明すること及び自身の行動の責任を負う用意を示した場合。c 被疑者と被害者の間に意味ある紛争が存在する場合。d 被害者と被疑者の間に大きな力の差が存在せず、自身の利益を独自に守ることができる場合。

⁴⁰ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 126.

⁴¹ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 127.

⁴² Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 128.

は要求されない。むしろ当事者が非公式手続を許すことが基本条件として決定的である。決定的な前提条件がないため、実務においては調停人が適切なきっかけをもたらす解決方法を示すことができる場合でも不可能になり得る危険が存在する。

34 c 条 2 項は典型的な平和判事による調停モデル（Schlichtungsmodell）であり、一次的目的は訴訟経済にある⁴³。その様なモデルの実務においては外部の専門職への委託は特別な根拠義務が証明されると言われる。特に事件適性の前提条件は詳細に公式化された「根拠ある見込み」概念の限定を通して決する。もっとも、個々の事件において不法和解の見込みの根拠があるかの問題判断のための大きな裁量を再び存在させた。法的概念でないそれぞれの概念は考察の見解及び個人的確信にほとんど近づきやすい。専ら親告罪を対象とした手続に特別な事件委託の基準が存在しないことについて説明が必要である⁴⁴。これは調停手続が成功した場合において単に刑事告訴の取下げを待たれるためと推察される。

旧通達 1 条 2 項により少年刑事手続において調停が委託されることは例外的場合である。

この規定の影響を与えるメルクマールは調停合意の確定力であり、それによって間接的ではあるが、正当化され事前かつ独立になされた事件のみ正当化できるという規範が導かれる⁴⁵。その際、調停が事実上起訴便宜主義適用の領域に来て、単なる手続打ち切りの道具として奉仕するとの印象が生じる。起訴法定主義を考慮するとこの規範の適用は全く疑わしいと思える。また、専ら親告罪の対象になるか職権犯罪に該当するかは有益でも意義深くもない⁴⁶。

39 a 条 5 項は調停が刑事手続を打ち切りに導くかを初めから手元にある要素

⁴³ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 130.

⁴⁴ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 131.

⁴⁵ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 136.

⁴⁶ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 173.

で推測する必要がある、打切りの前提条件は専ら規範的であり調停手続の終了後に初めて判断される⁴⁷。この理由から打切りのための要件該当性判断は事実上不可能である。さらに官庁は既に調停の開始の前に場合によっては調停合意の実現が明らかになり、被害者が更なる刑事手続に関心がないことを認識している状況が問題である。「根拠ある見込み」、「意味ある紛争」、「力の差の不存在」は広範で不明確で多くの解釈に接近する⁴⁸。基本的に官庁が見込みを自身の裁量で初めから判断し、何らかの疑いにおいて調停の入り口を拒むのは意義深いか疑わしい。適切な規定は事件委託の前提条件を満たさないと判断することではなく一致した解決の追求へ向けて援助に貢献することである。

また、評価対話の判断が手続過程のいつ実行されるか明らかではない⁴⁹。

3 損害回復及び和解協議召喚制度の検討⁵⁰

(1) 事前判断の困難性

刑訴法316条2項の損害回復和解召喚の規定の説明は手続の早い段階では疑わしい、なぜなら刑罰免除の前提条件は事後になってから初めて判断されるものである⁵¹。単に前提条件が問題になるに違いないことは刑罰免除事由の法的構造の複雑性を考慮すると更なる問題解決の手助けをしない。また、官庁内部での調停は特に中立性の要請の問題提起をする⁵²。

(2) 刑法53条の履行内容

たしかに実務では刑法53条の合意の履行が前提条件になるか統一されていない⁵³。現行刑法53条の結果では不十分である。決定的なことは実際に合意された内容が履行されることである。

⁴⁷ Zanolini, a.a.O. (Anm. 37), S. 397.

⁴⁸ Zanolini, a.a.O. (Anm. 37), S. 398.

⁴⁹ Veio Zanolini, Quo vadis Strafmediation? : Bericht zuhanden der Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich über die Praxis der Strafmediation nach zwei Jahren seit deren gesetzlicher Verankerung, Jusletter vom 23. 11. 2009, S. 16.

4 刑事調停制度の検討

(1) 親告罪と職権犯罪の区別

少年刑訴法17条の適用領域は親告罪と職権犯罪との区別がないことに関し、歓迎されるべきである⁵⁴。なぜなら調停は紛争の関係レベルでの履行がも

⁵⁰ 他の批判として、*André Kanyar* は以下の様に批判する。損害回復の適用領域は犯罪の種類または量刑により一般的限定をするのではなく、個々の事件における具体的な損害回復努力で判断すべきである。また、損害回復を和解協議から除外すべきである。そして、（成人草案で）親告罪和解協議召喚制度を義務とすることに対して、親告罪は初めから和解が問題とならない時もいつも適用され得る。それを通して調停は親告罪の領域で実務上存在が失われる。親告罪の和解協議を義務とすると、調停の適用領域を中～重犯罪に位置を変える。親告罪の領域で刑法目的が考慮されることはない。親告罪は軽微事犯と同視できないだろう。そこから無条件に親告罪の領域においては調停適用を努力すべきであろう。そして、以下の様に刑訴法316条1項・少年刑訴法16条a号の改正案を提案する。「親告罪を手続の対象としている限りで刑事訴追の公共及び被害者の利益が僅かな場合、検察庁は告訴提出者と被疑者を和解を達成する目的で協議に召喚することができる。告訴提出者が無断で来ない場合は刑事告訴は取下げとみなされる」。 *André Kanyar*, aa.O. (Anm. 7), S. 256, 227, 228, 257, 271, 273. *Andreas Eigenman* (検事) は以下の様に批判する。損害回復の場合は被害者が召喚に応じない場合は刑事手続が続行されるのに対して、親告罪の場合刑事告訴が取り下げられるのは手続平等（刑訴法3条）の点から問題となる。また、和解協議召喚制度はたしかに多くの場所でお「壁の花（Mauerblümchen）」としてなんとか存在し続け、規定通りの実行を待っている。明らかな観察において検察官を通してときおり効率性を考慮して和解協議の実行を放棄し、少なくとも手続打切り的手段として明らかにより早い略式命令（Strafbefehl）が選ばれていることが理解して見える。自身の現在の仕事負担ではなく、紛争当事者の発展に目を向けることによって認識は別の方向に向かうだろう。和解協議の際の被疑者の責任引き受けを通して修復した法的平和の上で結果として生じた理解が信頼される。それによって被疑者の側から行動の変更を促すチャンスが高まる。そして比較的長期に見ると和解有効性のある事件では検察官の負担軽減になるだろう。新刑事訴訟法で提供された和解協議の手段はほとんど利用されていない。その貢献は紛争当事者間を満足に導くチャンスを提供するだけでなく、検察官の負担軽減に導く。 *Andreas Eigenmann*, *Wo und wie macht der Vergleich wieder gut?*, *forumpoenale* 4/2012 S. 243, 246.

⁵¹ *Zanolini*, aa.O. (Anm. 37), S. 139.

⁵² *Zanolini*, aa.O. (Anm. 37), S. 140. 官庁内部の紛争処理形式は混合し、その際に調停の思想が希釈化する恐れがあるものの、官庁内部と外部の形式が調停の行為処理として自由に利用されるときは状況と需要に適合した方法選択を最も可能にする。 *Claudio Domenig*, *Behördeninterne Mediation im strafrechtlichen Kontext, perspektive mediation* 3/2011, S. 141, 144.

たらされるからである。

(2) 基準の不存在

もっとも、新たな規定が調停開始のための事件適性基準を提供しない状況については問題がある。実務的な前提条件として行為状況が相変わらず広範囲であることが明らかに違いない。また、調停参加の自由意思の基本的原理はもはや言及されていない。にもかかわらず全ての参加者と法定代理人が圧力の行使なしに同意しなければならないとされることは理解することはできない。通達6条の「調停人は当事者と紛争の性質が適しているかを審査する」との規定は参加者の欲求に配慮することを保証しない。

なぜ立法の領域において任意によることが議論されたのか、調停のこの区別をした規定を理解できる理由が明らかではない⁵⁵。少年事件も成人刑事事件も調停の規定が調停手続の開始の前提条件を具体的に定義することに全く寄与していない⁵⁶。裁量規定により一般的に個々の事例の特殊性考慮を許すのではなく、前提条件の解釈が検査されないことが問題である。すなわち、そのような不特定概念による事件委託基準（例えば不法和解、調停有効性の見込み）及び法的設計（例えば、手続打ち切りまたは刑罰免除の前提条件が問題になる）により、状況解明の時点で権限官庁を通して導かれるかは疑わしい。

⁵³ *Zanolini*, aa.O. (Anm. 37), S. 166. なお、2016年の改正草案では成人の損害回復の対象を1年以下の自由刑等に限定する提案もなされた。

⁵⁴ *Zanolini*, aa.O. (Anm. 37), S. 143. 外国での調停またはRJでは事件状況に関してより広い射程を有し、通常親告罪に制限しない。S. 332.

⁵⁵ *Zanolini*, aa.O. (Anm. 37), S. 173.

⁵⁶ *Zanolini*, aa.O. (Anm. 37), S. 174. なお、パイロットプロジェクトについても三段階の審査を経るため複雑であること、法的でない概念が問題となり多くの解釈に接近すること、訴訟経済の考慮の下に合意実現の可能性が考慮されたこと、パイロットプロジェクトで選ばれた犯罪類型の多くは刑事手続で確定力ある略式命令で処理されると批判する。S.122, 123, 333, 208.

(3) 保護処分との関係

さらに調停の事件委託基準に単なる補充性機能を与えることも問題がある⁵⁷。保護処分に対する調停の補充性（少年刑訴法17条1項a号）は事実上立法者の根拠なき決定である。

(4) 調停結果

調停の新しい規定は最終的に調停合意の確定力の緩和をもたらす⁵⁸。「成功した」または「成果豊かな」調停とは何かを理解することは未解決である。この規定は官庁が今事情によっては成果豊かな調停の終了を参加者間の書面による合意が存在するにもかかわらず否定することを可能にする。合意した損害回復に関しては参加者の自律性及び被害者の欲求の配慮の上で官庁は本来は内容検査を行わないまたは遠慮することが期待される。紛争解決が明らかに過度であること，損害回復の履行の義務が法的に憂慮すべきまたは全く効果的ではない事例に留保をとどめるべきである。新しい法規では官庁が参加者の契約自由を制限，場合によっては客観的に適当な基準を設定すべき機会を含む。官庁を通じた調停結果の判断は非公式紛争調停の質的手続基準を促進し得るにもかかわらず，望ましくない検査メカニズムの危険の原因が含まれている。

(5) 損害回復と調停の対象犯罪の不一致

少年の損害回復は戒告に限定されているため狭く定義される。この制限は

⁵⁷ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 144. 刑罰ではなく，保護処分が科されるときは調停が利用できないという意味である。その理由として，調停結果に確定力が生じるため，保護処分が必要な場合は正当化できないためと考えられる。Veio Zanolini, Vergleich, Wiedergutmachung, Mediation: welche Fallzuweisungskriterien im Jugendstrfrecht? AJP 2011 S. 305.

⁵⁸ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 145. また，刑罰放棄と減刑を合わせて規定することによって，個々の事例の反応の柔軟性だけでなく適切な適用領域の拡大をもたらす（例えば TOA に重大犯罪も適用）との見解もある。Kanyar, aa.O. (Anm. 7), S. 241. 現行法の減刑は刑法48条 d 号の損害回復のみである。

少年刑訴法17条の調停の適用領域と矛盾している⁵⁹。なぜなら、保護処分が必要ではない全ての事件は刑事手続の打切りに導かれるからである。それによって損害回復の履行は本質的に専門的支援の外で刑罰免除に導き得る。調停は損害回復の道具であり、それにより刑法を補充するものとして構想される⁶⁰。

(6) RJ としての調停

調停計画の構造はRJ (Restorative Justice) 理論による⁶¹。核において損害回復のためのRJとなる。これは被害者志向を目指す。適切な目標設定は刑法の損害回復思想の橋を建設する点にある⁶²。調停の目的としてのディヴァージョンは基本的に行為者志向と理解されている⁶³。それはRJとは一致しない。ディヴァージョンの関心事は被害者の欲求が考慮される保証がない。したがって、直接の調停の手続目的としてのディヴァージョンはRJ主義を考慮して基本的に適切ではないと判断される。

重大事件を調停の適用領域から取り出すかという問題は解明される必要がある。この問題はRJプログラムの国際的レベルでも答えが要求されている。犯罪の形式的重大性をテーマとするRJの著作は一般に稀である。現行法はディヴァージョンを目的とし、刑事審査の早い段階で適用し効率的な事件処理に導く⁶⁴。

損害回復目的は調停計画の輪郭と結びついているとみなされる。調停の可能性だけではなく境界としても理解できる。損害回復の関心事が正義の理論

⁵⁹ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 171. 少年刑訴法17条1項b号は刑罰免除、すなわち損害回復の前提条件を満たす場合は調停は利用できないという意味である。おそらく実務上及び訴訟経済上の考慮に責任があるとする。S. 175.

⁶⁰ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 174.

⁶¹ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 387.

⁶² Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 388.

⁶³ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 389.

⁶⁴ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 390.

構造に現れたとき損害回復を調停手続に合わせる可能性が犯罪行為について統一的扱いの履行に存在する。損害回復目的を考慮して調停をそれに合わせ、RJ主義とその基本的価値を履行すべきである⁶⁵。

各調停計画は次の要素及びテーマ領域は基本的に損害回復の正義理論的構造の基本的要素に組み込むべきではない。①犯罪の法的性質（特に親告罪・職権犯罪としての判定）、②損害回復についての非公式合意の法結果、③訴訟経済の観点。調停においては損害回復への適切な条件実現のために、関係者の欲求を特に考慮することによって、親告罪または職権犯罪の存在及び訴訟経済の考慮は重要ではないと思われる。狭い損害回復目的と調停計画と結びつき、調停結果が確定力がないただの前提条件の下にあることが意義深い（調停合意が刑事告訴の取下げを含まない規定が意味に則す）。

また、管理メカニズムを排除することに配慮すべきである⁶⁶。管理は調停合意の中身が特定の基準に合致しまたは専門家を通じた事後的コントロールまたは官庁に従属する形式が存在する。同様に管理メカニズムによって行為者に謝罪するよう圧力をかけ、調停は義務的宥恕目的を目指す。

パイロットプロジェクトの調停有効性の判断はほとんどRJ主義に反している⁶⁷。僅かまたは全く当事者の積極的に参加したい欲求、動機に結び付いていない。部分的に当事者意思に基づいてのみ実行される。現実中存在する客観的基準は個々の事件における意義深い解決かを予測する点にある。この構想はRJの基本原則から反論される、紛争関与者の欲求が決定的であるべきだ。実際は刑事事件における調停は基本的に重大なジレンマが存在する。また、被害者と加害者の上下関係といった力の差が考慮されていない任意の基準による調停有効性の判断は、事実上管理可能な統制ができない⁶⁸。

⁶⁵ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 391.

⁶⁶ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 392.

⁶⁷ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 408.

⁶⁸ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 409.

(7) 無罪推定・平等との関係

法治国家の考慮から無罪推定（欧州人権条約6条2項，刑訴法10条1項）の侵害が関係する⁶⁹。しかし，自白ではなく単なる決定的行為状況の本質的解明が前提条件となるからそのような危惧は根拠ないと思われる。また，調停手続への入口は連邦憲法8条による法的平等の要求は十分かという問題がある。調停開始の前提条件は全ての被疑者に法的平等に適用する必要がある。精神的・肉体的障害は差別禁止に関して重大な問題を与える。たしかに当事者は調停手続に法定代理人を同行できるが，法定代理人が手続において重大な精神的・身体的障害に直面したとき事実上自主的な役割を占めているときに，どのような条件が非公式の合意試みで意義深いかは未解決のままである。その事例では法定代人はもはや一次的に代理人としての考えではないことが明らかになり，調停の目的適合性は疑わしい⁷⁰。外国語の刑事手続の領域において通訳の費用は国が負担するが（刑訴法426条3項b号），調停の被疑者はチューリッヒ州では被疑者自身が負担する。

(8) 社会的法益及び被害者なき犯罪

社会的法益及び被害者なき犯罪の裁判所和解の機会はおも議論されていない。このテーマは被害者が調停手続の参加を拒んだときにも重要である。そのような状況では行為者の役割，被害者の役割，及び両者が出席し積極的な共同作業をするという調停計画と衝突し，不可能である。具体的な被害者がいないと決定したとき，それでもなお侵害された共同社会の代理人に対して非公式の和解をすべきか問題になる⁷¹。

(9) 自由意思原則

自由意思原則は選択についての適切な情報と適切な条件が前提条件にな

⁶⁹ Zanolini, a.a.O. (Anm. 37), S. 393.

⁷⁰ Zanolini, a.a.O. (Anm. 37), S. 394.

⁷¹ Zanolini, a.a.O. (Anm. 37), S. 395.

る。調停参加の自由意思の教示では不十分であり，むしろ官庁は決定の前に被疑者と被害者に調停とその結果について適切に情報を与えることを義務付けられるべきである。

(10) コントロールメカニズム

コントロールメカニズムはRJ理論の観点から扱いにくい側面がある⁷²。調停の領域においては力のアンバランスをコントロールすることが難しい。また，統合は別のアンバランス排除の費用がかかる。どちらの当事者が個々の事件において強いかは一般的に被害者また行為者という手続役割によらない。もっとも，親告罪において被害者が被疑者に対して正当化できない力を行使する危険が存在する⁷³。なぜなら，刑事告訴取下げの条件を自由に決定できるからである。これを阻止するために調停計画を考慮し調停プロセスのメカニズムを規定し，当事者の自律に境界を設定する。内部のコントロールと責任は非公式の領域においても可能であるにもかかわらず，力のアンバランスを避けることは基本的に法治国家の刑事手続の任務である。地域レベルで基本価値のリストを作る主導権を握れば，基準と規範のための議論の出発点となる。これに関して国は規範とコントロールメカニズムの議論のために少なくとも促進はできる⁷⁴。

(11) パイロットプロジェクト後の統計

ア 2007年までの統計

チューリッヒ州では調停事件の数が少ないこと及び犯罪学研究所の研究を通して比較的高い費用が課されることに基づいて，さらなる投資はしないこと及び調停職を司法執行省に合併することによって資源を削減した⁷⁵。それ

⁷² Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 403. Braithwaite も基本的基準として支配を避ける様に努めるべきとする。John Braithwaite, *Setting Standards for Restorative Justice*, 42 BRIT. J. CRIMINOL. 565 (2002).

⁷³ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 404.

⁷⁴ Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 405.

以来一人の専門職員20%の支援によって調停事件の扱いはわずか一人の調停人だけで90%担当するようになった。

また、今日の結果に基づいても学説においても調停は刑事手続よりコストがかかるとを否定する⁷⁶。チューリッヒ州の2006年と2007年の事件処理の時間はパイロットプロジェクト段階と比較して平均18.1時間から9.3時間と約半分になった。それに対応して、賃金も1事件当たり調停が507スイスフランに対して検察庁の場合は722スイスフランである。また日数も平均143日から79日に短縮された。効率性上昇の理由は方法論が職業化されたこと及び運用計画が改良されたことにある。

もっとも、調停の不成功の平均値の割合が相当程度高くなっている。この要因として今日は中断に導くことが広範であることが知られている。調停が有効な事例の効率的な選択は時間の節約を可能にする。そのほかに検察官を通して犯罪類型を選び出して専ら略式命令で処理するという実務が関係する。

また、合意の遵守及び調停手続終了後のさらなる管理行動を調停の委託範囲に含むべきではない⁷⁷。

イ 2008年までの統計

チューリッヒ州のパイロットプロジェクトが終了して以降現実の経験値がもはや公開されていない⁷⁸。Zanolini は実務家にアンケート調査を行い以下

⁷⁵ Zanolini, aa.O. (Anm. 38), S. 88. 2011年の少年刑罰法施行の際に少年弁護組織の下に移行した。

⁷⁶ Christian Schwarzenegger/Veio Zanolini, Strafmiediation auch bei Erwachsenen-Keine Frage der Kosten-Das Strafmonopol des Staates wird nicht in Frage gestellt, NZZ Nr. 215 17. 09. 2007, S. 34.

⁷⁷ Veio Zanolini, Erste Erkenntnisse zur Mediation im Jugend- und Erwachsenenstrafrecht Die wichtigsten Ergebnisse der kriminologischen Evaluation des Pilotprojekts" Strafmiediation" im Kanton Zürich, ZStrR 125/2007, S. 417.

⁷⁸ Zanolini, aa.O. (Anm. 49), S. 3. なお, Zanolini の脚注37の学位論文はパイロットプロジェクト最終報告書に記載されていないデータも紹介する。

様な結果を報告する。チューリッヒ州の刑事調停部に送られた数は2006年は少年23件・成人18件，2007年は少年27件・成人12件，2008年は少年28件・成人18件であった⁷⁹。もっとも，少年検察庁によると2007年は32件，2008年34件委託されたとされ一致しない⁸⁰。すべての事例が到着の時点で実際に登録されたときに，どうやら若干の手続が刑事調停部の統計に登録されなかったらしい。多くの検察官が刑事調停に委託しない状況はパイロットプロジェクトとどうやら変わらないらしい。単純傷害，暴行，脅迫，器物損壊，過失傷害が多数を占める⁸¹。住居侵入，官庁に対する脅迫，電信設置の濫用（Fernmeldeanlage），殴り合い（Raufhandel）も稀ではない。名誉毀損2件，セクシャルハラスメントも2件ある。

過失傷害を今後も刑事調停に割り当てるべきかは解明する必要がある⁸²。手続期間をかなり長くし，通常この類型は調停は必要ではない。その他に名誉毀損は5年の期間で2件と過度に少なく，2008年は0件であり，通常調停が有効であると分類されるべきかという問題が生じる。同様のことは財産犯も確認される。性犯罪において調停手続の実行は基本的に扱いにくい。被害者の精神的健康及び感受性（Empfindlichkeit）を強く侵害し，しばしば重大な事例となる。したがって，この類型ではどのような（定評ある）専門基準の援助及びどのような条件の下で治療領域ではない非公式協議が開始され得るかが調停計画に基づいて基礎付けられる。

刑事調停部におけるデータの扱いについて，現在透明性ある活動結果を提供しないよう異議が出ている⁸³。これは刑事調停を最善の状態にする可能性の観点から残念である。

⁷⁹ Zanolini, a.a.O. (Anm. 49), S. 5.

⁸⁰ Zanolini, a.a.O. (Anm. 49), S. 6.

⁸¹ Zanolini, a.a.O. (Anm. 49), S. 9. 刑事調停の適用領域は将来，国際的な経験に基づいて更なる犯罪類型，特に名誉毀損罪と財産犯にも拡大されるべきとする。Zanolini, a.a.O. (Anm. 77), S. 415.

⁸² Zanolini, a.a.O. (Anm. 49), S. 10.

⁸³ Zanolini, a.a.O. (Anm. 49), S. 11.

刑事調停部の申し立てによると2008年の成人刑事事件における調停手続は平均64日であり、パイロットプロジェクト段階で143.2日とされたのが本質的に削減された。少年事件はパイロットプロジェクト段階が2年半で11件だったのに対して、2008年だけで30件と増加した。パイロットプロジェクトの調停人が3名だったのに対して、調停が制度化されてからは刑事調停部はわずか1人の調停人と1人の秘書（パートタイム）で占める⁸⁴。権限ある専門家の賃金階級はパイロット段階と比較して変わっていない。処理した手続とチューリッヒ州の現行の賃金規則に基づいて1事件当たり3650スイスフラン（社会費用含む）からなる⁸⁵。

作業コストの一部である準備・復習・実行の管理（例えば統計の更新，事件記録，監督，教育の続行）を事件処理活動から抜きとるとき，一事件当たりの平均費用はいくらか低くなる。調停事件の扱いがとても高い費用を引き起こすことは驚き困惑させる。なぜなら，手続期間と並んで作業コストも長年の経験を考慮して削減を目指していたからである。今日も調停が有効な事例の賃金コスト刑事手続と比較して相変わらず高いことを証明している。刑事調停部は年間少なくとも431手続を扱うと言われ，それによって従来の手続に対して純粋に費用において競争力が劣る。オーストリアからの経験によれば1年あたり500事件を超えると刑事訴追官庁における軽減効果も示され，一事件当たりの固定費を明確に下げることが示している。

成功率は2008年は49件中45件成功した⁸⁶。

調停有効性の余計な検査は訴訟経済を考慮したものであり，そのうえ意味を持たない⁸⁷。成功要素に関して十分な認識状態においては二重のコント

⁸⁴ Zanolini, aa.O. (Anm. 49), S. 13.

⁸⁵ パイロットプロジェクトの統計は審査官庁を通じた状況捜査及び調停有効性審査の期間と費用が考慮されていない。他方，通常の刑事手続は上級審に移審する可能性があり，基本的に調停事件の費用を超えるとされる。Vgl. Zanolini, aa.O. (Anm. 37), S. 275, 276.

⁸⁶ Zanolini, aa.O. (Anm. 49), S. 14.

⁸⁷ Zanolini, aa.O. (Anm. 49), S. 15.

ロール（審査官庁及び刑事調停部）は不必要である。

また、刑事調停部は司法と内部の運用における「家庭内暴力における刑事調停に関するガイドライン」（内部の指揮に関するガイドライン）にもはや注意が払われていないことは明らかである。すなわち、刑事調停部の外で家庭内暴力事件に従事した人はいない。

場合によっては多くの時間が実際の調停手続に投資されるが、それは参加者にとって理想的方法を学習する過程として機能を果たす⁸⁸。現在は外見上今まだなお調停有効性検査のために多くの時間が費やされている。

残念ながら刑事調停部の実務についての最終的な報告書は公開されていない。これは官庁と関与した専門家の世界内で多数起きている。この例はチューリッヒ州の有効な調停モデルの発展には不可欠な前提条件がなお満たされないことを意味する⁸⁹。学術的評価パイロットプロジェクト（2002年～2005年）以降組織的に集められたデータはないとの印象を受ける。この状況は刑事調停の非公式性質を考慮すると異常な難しさを生むと理解される。

刑事調停の実務は手続の非公式な性質を理由として不明確かつ不透明のままにしてはならない⁹⁰。旧通達7条は家庭内暴力の有効性基準を定めることを任意とする。実務において今までこれはまじめに取り上げられてこなかった。刑事調停部の活動について将来適切に示すべきか緊急に配慮すべきである。情報と透明化の要求が言及された通達の領域において定められるべきである。また、新しいガイドラインは家庭内暴力事件に制限されるべきではない⁹¹。そして、少年弁護組織は新しい基礎の発展を目的とする作業グループに含めるべきである。裁判所外紛争処理の基準は公式の決議ではなく実務を通して発展させるべきである⁹²。また、刑事事件における調停手続は損害回復及び再犯の削減に重点を置くべきである。

⁸⁸ Zanolini, a.a.O. (Anm. 49), S. 17.

⁸⁹ Zanolini, a.a.O. (Anm. 49), S. 18.

⁹⁰ Zanolini, a.a.O. (Anm. 49), S. 19. Zanolini, a.a.O. (Anm. 77), S. 417.

⁹¹ Zanolini, a.a.O. (Anm. 49), S. 20.

⁹² Zanolini, a.a.O. (Anm. 49), S. 20. Zanolini, a.a.O. (Anm. 77), S. 418.

紛争調停が要求される特別な事例での調停手続は公式の刑事手続よりも時間が長くなり、その際高い手続費用がどうしても基礎づけられる。これが刑事政策的に正当であり根拠ある場合はその目的は手段を正当化する。この観点から今日の調停事件の扱いの費用をかなりの短い手続期間だけを考慮することは不適切である。具体的には新しいガイドラインはまず第一に調停手続の前提条件と手続打ちりの前提条件をはっきり区別すべきである。新しいガイドラインには損害回復の条件も集中して制限すべきこと、被害者に圧力を行使しないこと、刑事告訴の取下げを義務付けることも含むべきである⁹³。

5 親告罪の根拠論

Christof Riedo は自身の親告罪の体系書において、親告罪の根拠を歴史の変遷を踏まえて以下の様に考察する。

今日のスイスでは全ての犯罪を被害者の意思と独立して訴追することに意義がないことに反論はなされていない⁹⁴。しかしながら、この一致には激しい対立が先行したことを忘れてはいけない。かつての刑法史は努力により、私的復讐から離れることにより、国家の刑罰独占を築いた。職権主義（*Offizialmaxime*）はこの発展の果実である。したがって、歴史的観察から告訴要求（*Antragserfordernis*）が懐疑的に視られることは全く理解できる。職権主義への侵入は本来的な改革・自由化としてではなく、伝統的なイメージへの帰還として解される。それは告訴要求の擁護者に正当化の相当な圧力を提供した⁹⁵。

歴史的発展の経過において根拠を失ったものとして以下のものがある。①親しい国に不利になる違法行為における憲法および国際法の配慮を根拠とする説。この根拠は刑法典の体系の下でもはや役割を演じない。侵害された国の（秘密保持の）利益が存在しているときは適切な訴訟法上の安全措施（特

⁹³ *Zanolini*, a.a.O. (Anm. 49), S. 21.

⁹⁴ *Christof Riedo*, *Der Strafantrag*, 2004, S. 38.

⁹⁵ *Riedo*, a.a.O. (Anm. 94), S. 39. 親告罪には多くの批判があった。同頁脚注参照。

に刑法302条の連邦評議会の授權）を通して考慮される。②被害者の協力を欠くために行為の立証不可能な蓋然性を根拠とする説⁹⁶。この根拠は既に間違いである。なぜなら、職権犯罪において被害者の協力なしでも証明することに問題はないとの前提条件は誤りである。被害者の協力は全ての事件の立証において欠くことはできない。この根拠をとると実務的に全構成要件に告訴要求を与えることになる。③問題となる被害者の利益が国家より被害者の方が訴追されるべきかをより良く判断できることを根拠とする説。なぜ私人が国家に刑事手続の開始について決定してよいのか疑問である。これら3つの根拠は現実性を失い、刑法典施行前に既に告訴要求として定着していたものとして以下のものがある。i 民事法上の不法と刑事法上の不法の間の境界はときおり確定できない（例えば、僅かな器物損壊、食物の窃盗等）または軽微犯罪（“きわめて些細なことには裁判官は配慮しない” *minima non curat preator*）。ii 例えば性交の誘惑または強姦の様な被害者利益の対立、iii 家族生活の配慮（例えば、姦通または親族窃盗）。

1937年の現行刑法典の立法者は二分説から告訴要求を規定していた⁹⁷。第一類型である軽微性は「軽微理論（Bagatelltheorie）」と「表明理論（Manifestationstheorie）」に分かれる。両者の違いは後者は被害者が被害を感じる時のみ訴追される点にある。今日では軽微理論と表明理論はもはや区別されない。表明理論は不透明だけではなく（適切な告訴要求の本来の目的をごまかす）、独断的でもあり維持できない。軽微理論がもつともである。二分説の第二類型の「衝突理論（Kollisionstheorie）」は一次的に相対的親告罪の正当化に仕える⁹⁸。今日ではこの関係では二次被害と言われるものである。被害者の人格にかかわる絶対的親告罪についても問題となる。

20世紀後半初頭に三分説が優勢となる⁹⁹。三分説は①僅かな不法量、②刑

⁹⁶ Riedo, a.a.O. (Anm. 94), S. 40.

⁹⁷ Riedo, a.a.O. (Anm. 94), S. 41.

⁹⁸ Riedo, a.a.O. (Anm. 94), S. 42.

⁹⁹ Riedo, a.a.O. (Anm. 94), S. 43.

事手続が被害者の人格的領域に強く影響する、③刑事訴追が被害者と行為者の間の親密な人格的關係を侵害し得ることを根拠とする。今日の支配的な学説は侵害前の人的な行為者被害者關係保護を告訴要求正当化の独立の根拠として見る。しかし、法がそこから出発していないのは明らかであり、關係は保護に値しない。この關係は抽象的に親密として觀察しているに過ぎない。關係の保護は目的ではなく単なる手段に過ぎない。その限りで理由がなく、歴史的解釈の結果に反する¹⁰⁰。

残りの二つの正当化根拠には一つの共通の根源を指摘できる。職権主義に合致するか反するか決定の問題は国家利益と私的利益の緊張の場に存在する¹⁰¹。訴追実行の利益が軽微な場合（軽微犯罪：刑法172ter条が典型例）、刑事訴追がなされない相当な私的利益が存在する場合（一次的に相対的親告罪、訴訟の実行により秘密の周知がより大きくなる秘密または私的領域に対する犯罪）。たしかに個人の利益と公共の利益を比較できるか疑わしい。しかしながらこの考えは一定の根拠を持つ。この状況は混合する場合がある、例えば親戚の下での軽微犯罪がある。

二つの目標設定は最終的に被害者保護にある¹⁰²。それから軽微理論は公共の利益に仕える（刑事官庁の負担加重阻止）。しかし、二つの挙げられた目的の告訴要求の明確な分類は常にそのような単純ではない。相対的親告罪と絶対的親告罪は外観上明瞭な境界に見えるが繰り返し様々な目的で訴追され、事情によっては全く簡単ではない。絶対的親告罪の訴追目的はしばしば明確とは見えない。他人の会話の盗聴（刑法179bis条1項）・嫌な陰口（刑法173条）は軽微性質を持ち得るが、特定の状況では被害者の人格保護も持つ。

起訴便宜主義は既に現行法においても適切な代替手段として知られてい

¹⁰⁰ Riedo, a.a.O. (Anm. 94), S. 44.

¹⁰¹ Riedo, a.a.O. (Anm. 94), S. 44. zitiert aus *Martin Killias*, Précis de droit pénal général, 2. Aufl., 2001, N 832.

¹⁰² Riedo, a.a.O. (Anm. 94), S. 45.

る¹⁰³。起訴便宜主義によって独立の官庁を通して、存在する私的利益と公共利益の考量が保障される。告訴要求によることは危険であるとよく知られている。被害私人は通常当然のことながら一次的に自身の要求を志向する（しばしば損害が賠償されたとき。財産犯の49%は告訴をやめる。なぜなら、公共利益が考量されることは決してないためである）。したがって、特定の軽微犯罪の全ての事件が訴追されるべきではない、結果として起訴便宜主義に導かれ、関係利益を正当に評価する。それによって、二つの正当化戦略の一つ目は既に広範囲に信用を失わせていると思われる。

また、被害者保護は一次的に訴訟法で図るべきである¹⁰⁴。ここでは適切な安全措置（行為者と被害者の直接対面無し、公判非公開、被害者情報の公表制限等）による。たしかにこれらの措置を適用するにもかかわらず被害者の人格権を危険に晒す場合がある、しかしとりわけ重大犯罪において（例えばレイプまたは誘拐）では常に職権犯罪にすることが重要である。被害者保護のために告訴要求を規定するとき同じ目的はたいいて比較的簡単に訴訟の安全措置を通して達成できる。例外として相対的親告罪の訴追だけは通常告訴要求で十分である。存在する行為者被害者関係を破壊するためである。したがって、ここでは重大な性質の犯罪でない場合は被害者の意思に依存して訴追されることが適切である。しかしながらこれは例外なく妥当するものではなく、被害者が行為者に依存関係にある場合、告訴要求は被害者を追加の危険に導く¹⁰⁵。相対的告訴要求は依存関係が欠ける場合に限り正当化されると思われる。この観念は書き改められていないことにその問題が存在する。例えば「親族」は1親等以内の者をいう（刑法110条2項）。相対的親告罪もそれによって利益とのみ結びつくのではない。それぞれの具体的状況に

¹⁰³ Riedo, a.a.O. (Anm. 94), S. 46. 刑訴法7条は起訴法定主義の原則を定め、同8条で起訴便宜主義的規定を設ける。統一法以前は大半の州法が起訴法定主義を規定し、多くの州が法定の特定の前提条件の下に起訴便宜主義的の制度を規定した。Fahrni, a.a.O. (Anm. 36), S. 99. Zanolini, a.a.O. (Anm. 37), S. 108.

¹⁰⁴ Riedo, a.a.O. (Anm. 94), S. 47.

¹⁰⁵ Riedo, a.a.O. (Anm. 94), S. 48.

応じて被害者意思とは独立に刑事訴追が始められる方がよい。しかし、立法が十分に柔軟な形を整えることなしにそれぞれの法的安定性の疑念を捨てきすることは難しいように見える。極端な言葉を使うと、親族関係にある被害者と行為者が「依存関係にないこと」と規定する必要がある。

前述の推論は告訴要求のそれぞれの存在理由を無しで済ますよう誘惑しようが、しかしそうではない。なぜなら逆説的に事実上別の目的に到達するからである。告訴要求は TOA (Täter-Opfer-Ausgleich) と損害回復を促進する。親告罪の被害者はすなわちまず告訴を提出し、行為者に適切な損害回復の履行を要求し、代償として後に刑事告訴取下げする機会を持つ。たしかに職権犯罪を通してでも被害者は行為者と通報について約束できる¹⁰⁶。しかし職権犯罪では通報されるとすぐに職権により開始され続行される。この段階では行為者は被害者と和解する動機はない。なぜなら通報の取下げの申し出がもはやできないためである。被害者に特定の時点まで刑事手続の開始及び続行について決定する機会を与え、存在する紛争状況の一致した調整への探求のために手続法領域に強いることを成し遂げ、同時に被害者の手に行為者に対してまじめに交渉する動機付けを可能にする「交換物」を置く¹⁰⁷。この TOA または損害回復促進が今日なお規定された告訴要求の規定を支える力のある唯一の根拠である。しかし、ここでは二つの方向に制限される。

①前述した親告罪の形態の根拠はあまり重大な犯罪ではない場合のみ正当化される。一定の重大な犯罪行為は刑事手続を実行する公共の利益が大きく、私人に決定されることが問題とならない。その他に適切な犯罪として通常個人的法益を保護する犯罪、さもなければ告訴権者が決定されない(せいぜい特別法の例外がある程度である)。

② TOA 及び損害回復は告訴要求導入を通して以外にも別の方法で促進される。すなわち、別の制裁システムの適切

¹⁰⁶ Riedo, a.a.O. (Anm. 94), S. 49.

¹⁰⁷ Riedo, a.a.O. (Anm. 94), S. 50. 犯罪学的研究によると、財産犯において実質的損害回復がしばしば決定的な告訴・通報をするかの決定的な動機となることを示すとされる。S. 53.

な形態も問題になり得る。

TOA と損害回復は訴訟上の起訴法定主義の緩和を促進する別の機会を持つ¹⁰⁸。告訴要求はそれだけで決定できるが裁判所外和解だと不確実となる。

現行法の三分説はもはや全く納得できないが、それでも告訴要求は特定の犯罪において絶対的に TOA 及び損害回復を促進する利益を持つ¹⁰⁹。その結果、立法論としては様々な方法を組み合わせることを努力すべきである。その際新たな連邦刑訴法の導入はチャンスである。現在の法状況¹¹⁰は告訴要求の本来の強みを常に効果を発揮させる最善な方法ではない。

第6 考察

1 考察の視点

具体的考察に入る前に考察の視点を示す。スイス法では19世紀初頭から親告罪が平和判事により調停類似の制度で処理され、1996年にチューリッヒ州で刑執行段階で親告罪を対象として損害回復のモデル事業が実施され、2003年のチューリッヒ州のパイロットプロジェクトではガイドラインで親告罪が調停の有効な犯罪類型として挙げられ、2007年のチューリッヒ州刑事訴訟法 34c 条（刑事調停）では親告罪が対象とされた。そして、現行刑法・現行少年刑訴法の和解協議召喚制度において親告罪が対象とされている。また、チューリッヒ州の実務では共犯者に成人がいる少年事件において親告罪の場合のみ少年の調停手続に取り込むことができる。このように、歴史的に古くから親告罪が和解・調停手続と結びつくという他国には見られない法制度が発展し、親告罪の修復的司法としての新たな可能性を示している。この「修復的司法としての親告罪」の視点から、それ自体の正当性、現在の法制度及び学説の正当性について考察していきたい。

¹⁰⁸ Riedo, a.a.O. (Anm. 94), S. 51.

¹⁰⁹ Riedo, a.a.O. (Anm. 94), S. 53.

¹¹⁰ Riedo の学位論文刊行時の2004年は和解協議・刑事調停は不存在であった。

2 親告罪の根拠論

Riedo は三分説を厳しく批判する。軽微性は起訴便宜主義の方が妥当であり、人格的領域の保護については訴訟法上の手段によるべきであり、家族関係は目的ではなく手段であり、依存関係がない場合に限り正当化されるとする。さらに、家族関係保護は被害者が関係を守らなければならないと感じると指摘し、独立の根拠ではなく第二類型に包摂されるとする¹¹¹。現行刑法は起訴便宜主義の制度を導入し（刑法8条）、また法定刑だけを見ると同様に軽微な犯罪も職権犯罪とされるものもある。訴訟法的には2007年の被害者支援法制定以降は訴訟法上の被害者保護が充実し、また家族関係保護についてもかえって告訴を躊躇する危険があり、Riedoの主張するような「依存関係にないこと」という改正もなされていない。したがって、1937年の刑法典制定当時においては、旧来の起訴法定主義、被害者保護制度の不徹底、封建的な家族観の下では正当化できたとしても、今日の現行法の解釈論として三分説を正当化することは困難である。

そして、Riedoは親告罪の唯一の根拠としてTOA・損害回復促進目的を挙げる。かつて、類似した学説として、ドイツでは1970年にManfred Maiwaldが和解・宥恕思想（Versöhnungsgedanke）を主張した¹¹²。これはドイツにTOAと損害回復が導入される以前の学説であり、行為者と被害者の間に事前に存在している関係の結果として裁判外で和解・宥恕が期待されるとする。そして、この学説への主たる批判として、親告罪の法律上規定された一覽は和解が期待される関係犯罪だけを含むものではないとするものがある¹¹³。他方、Riedoの学説は訴訟外の和解・宥恕の期待ではなく、TOA・損害回復という訴訟法上の手段の促進を想定するものであり、訴訟外で一般的に和解回復が期待できない類型も和解協議や調停という訴訟法上

¹¹¹ Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hg), Basler Kommentar Strafrecht, Bd. 1, 3. Aufl., 2013, S. 631.

¹¹² Manfred Maiwald, Die Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren, GA 2/1970, S. 35ff.

¹¹³ Thomas Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S. 450.

の手段を含めた和解・損害回復の期待と捉えれば，被害者に告訴取下げのイニシアティブがある以上，検察官・調停人等の中立・公正な関与によって積極的な和解・調停が期待できる。したがって，かつての *Maiwald* への批判は *Riedo* に当たらず，訟法上の規定を併せることによって現行法の親告罪の根拠の解釈論として TOA・損害回復促進を根拠として統一的に理解できる。

また，スイスでは前述の様に刑典制定以前の19世紀初頭から現在に至るまで親告罪が和解・調停手続と結びつき，親告罪が和解・調停による処理が想定されていると評価できることも *Riedo* 説を根拠付けられる。こうしてスイス法では親告罪が修復的司法と結びつく。

他方，日本法においても各犯罪の非親告罪化で指摘されている事項には *Riedo* と重なる点もある。すなわち，性犯罪では，名誉・プライバシー保護は訴訟法上の手段によるべきとすることが非親告罪化の理由の一つとして挙げられ¹¹⁴，営業秘密侵害罪では，平成23年改正により，公判で営業秘密の秘匿決定（不正競争防止法23条）や公判期日外の証人尋問（同法26条）が制定されたことが非親告罪化の理由の一つとされた¹¹⁵。これらの指摘は，各犯罪ごとの各論的な議論というよりは親告罪の根拠そのものに妥当する批判といえる。今後は親告罪の根拠そのもの正当性として，立論する必要がある。スイス法の議論は起訴便宜主義を採り，訴訟法による保護が整備された日本法にも妥当し得る。したがって，日本法においても，もはや三分説は妥当しないといえそうである。他方，和解協議・調停制度が存在しない日本においては，スイス法のように TOA・損害回復促進目的を統一的根拠として位置付けることもできず，現行法の親告罪規定は理論的に正当化できないにもかかわらず存在しているという問題が生ずる¹¹⁶。

¹¹⁴ 性犯罪の罰則に関する検討会『「性犯罪の罰則に関する検討会」取りまとめ報告書』（2015）4頁参照。

¹¹⁵ 経済産業省・産業構造審議会知的財産分科会 営業秘密の保護・活用に関する小委員会「中間とりまとめ」（2015）19頁。

3 修復的司法としての親告罪の機能

(1) 被害者意思尊重促進機能

親告罪の根拠を修復的司法と結びつけることで親告罪の新たな機能を見出すことができる。すなわち、親告罪の被害者は和解・調停手続を利用することで刑罰・損害賠償以外の社会奉仕活動・名誉回復といった柔軟で迅速な解決が図れるとともに、加害者の反省した態度・直接的な謝罪も受けることができ、より納得した解決が得られる。また、履行の担保も可能である。そして、権限官庁・調停人の関与の下、弁護人も同席できることにより公正な被害回復を受けることができる。また、非公開でプライバシー保護を図ることもできる。チューリッヒ州のパイロットプロジェクトの結果を見ても被害者の満足度は高い。

日本法では親告罪の示談は訴訟外で行われており、インフォーマルな手続の下、性犯罪の非親告罪化の議論では示談交渉に伴う二次被害が危惧されている¹¹⁷。また、示談の公正さの問題や弁護人が付かない場合は示談そのものが困難となる場合があり、弁護費用等の負担から泣き寝入りを助長するおそれもある。このように親告罪がフォーマルな場で明確かつ公正な手続の下で、和解・調停手続と結びつくことによって泣き寝入り・逃げ得や二次被害を防止し、被害者意思尊重促進を図ることができる。

(2) 行為者教育機能

親告罪が修復的司法と結びつくことで行為者の教育効果が期待される。かつて、チューリッヒ州の刑執行段階のプロジェクトにおいて、これを期待して親告罪を対象に損害回復が行われていた。

スイス法における和解・調停制度では加害者は被害者の声を直接聴き、加害者の更生に資する。チューリッヒ州のパイロットプロジェクトの結果から

¹¹⁶ ドイツ語圏との制度的差異を踏まえた日本法に妥当する親告罪の根拠論については今後の研究課題としたい。

¹¹⁷ 性犯罪の罰則に関する検討会・前掲注114) 4頁参照。

も「調停が被疑者が犯罪行為の原因・被害者の心情を理解することを助けているか」との質問に多くの被疑者は肯定的に回答した。もう一度規範意識の回復を促進する教育効果を可能にする。議会の審議も何度も少年刑法における調停手続の教育・予防効果を示してきた。彼の行為によって生じた結果を徹底的に説明することによって、彼の態度の変化を導くことができる。そして、この方法によって将来の犯罪を防ぐことができ、ひいては社会に奉仕する。

現在の日本の親告罪制度では、示談をする場合は被告人が告訴人に一定額の被害者弁償を約した示談書を作成するのが通例であり、示談とは民法上の和解契約（民法695条以下）の一種であるから、本来であれば、告訴人・被告人の双方が作成者となる契約書の形式をとるべきであろうが、実際には告訴人が被告人から被害弁償を受けた事実を証明して被告人に差し入れるだけの簡単な書面によることも多いとされる¹¹⁸。権限官庁ないし調停人の下で被害者と加害者が対面し、被害について語る場面は当然想定されおらず、金銭賠償だけでは教育効果は乏しい。

親告罪は刑罰以外の紛争解決を志向するものであり、刑罰を科さなくても代替的手段により解決できるという許容性を満たす必要があり、和解・調停と結びつくことにより刑罰以上の教育効果が期待され、この許容性を満たすものといえる。

もっとも、親告罪における修復的司法においては、親告罪は被害者意思尊重を図る制度である以上、被害者意思尊重促進機能と行為者教育機能が対立する場面では前者が優位する。これは行為者の教育が重視される少年刑事手続においても異ならない。

(3) 司法の負担軽減機能

親告罪が修復的司法と結びつくことにより、司法の負担軽減をもたらす。

¹¹⁸ 井窪保彦「第2章 告訴状・告発状の作成と提出」『書式 告訴・告発の実務：企業活動をめぐる犯罪の理論と書式』（2017、5版、民事法研究会）42頁。

親告罪は厳格な起訴法定主義を緩和するものであり、和解・調停により告訴取下げの機会が増え、これにより一定程度の検察の訴追負担・裁判所の審理の負担が軽減される。また、司法の負担軽減を主目的とする平和判事制度、旧チューリッヒ州刑法34c条及び和解協議召喚において対象犯罪として親告罪が明示的に掲げられていることから親告罪は司法の負担軽減が期待されているといえる。

チューリッヒ州のパイロットプロジェクト後の統計を見ても、調停制度が機能し始めると処理日数及び処理時間が短縮し、通常の刑事手続より訴訟経済かつ迅速な処理が実現できる。また、人件費の点においても利用を促進し、一定の処理件数を超えれば安価に済ませられる。したがって、和解協議はもとより調停においても司法の負担軽減機能が期待できる。

また、親告罪が行為者に和解・損害回復の動機を与え、前述の行為者教育機能により長期的に見ても親告罪に司法の負担軽減機能が期待できる。

他方、日本法においては親告罪は訴訟外の示談または被害の甘受により、短期的には司法の負担軽減が図られているが、被害者保護を犠牲にし、行為者の教育がなされていないため長期的に見れば司法の負担軽減につながらない。

司法の負担軽減機能は被害者意思尊重促進機能と行為者教育機能の結果として付随的に生じるものであり、前二機能に劣位する。

4 修復的司法としての親告罪の視点から見た具体的制度設計

(1) 親告罪和解協議における裁量規定

刑訴法草案・少年刑訴法修正案において親告罪の和解を義務規定とした。刑事訴訟法案通知・統一少年刑訴法案添付報告書にあるように、一般的に軽微事件を対象とする親告罪といえども具体的事件においては初めから和解が期待できない場合もある。また、*Kanyar* が批判する様に、親告罪の和解協議を義務付けると刑事調停の可能性が事実上閉ざされてしまい、少年の調停の適用領域が中～重犯罪に位置を変えることになる。これでは、親告罪

の修復的司法としての機能を弱める。親告罪が被害者意思尊重を図るものである以上、被害者の意思に反して行うべきではなく、裁量規定が妥当である。また義務にすると、和解が期待できない場合に再び刑事手続を続行するという二度手間が生じる。

なお、*Kanyar* の改正案の様に親告罪の場合も刑法53条の損害回復同様に「刑事訴追の公共及び被害者の利益が僅かな場合」という限定を付ければ個別具体的に訴追の必要性が高い事件を除外でき有効である。この学説はドイツの条件付親告罪（*Eingeschränkte Antragsdelikte*：原則的に告訴を要するが、例外的に刑事訴追の特別の公益がある場合は職権で訴追する）の様に和解協議レベルで「公益」概念を取り入れ限定を付す中間的な制度設計であり、親告罪を対象にすべきか否かという二分論と一線を画し、示唆に富む。もっとも、この学説は裁量の要素を取り入れ起訴便宜主義に接近する。この学説を採用する際は当事者の予見可能性確保のため通達またはガイドラインでの具体化は必要であろう。

検事の *Eigenman* は和解協議より迅速な略式命令が重宝され、和解協議が利用されていない実務の現状を嘆く。たしかに、裁量規定にすると、検察は自身の負担軽減を図るべく略式命令に依存し、和解協議が利用されない状況を招く。それでは前述した新法の親告罪の修復的司法機能を減殺する。パイロットプロジェクトの検察へのアンケートでは「被害者の非公式の領域で処理したいという要望は重要であるか」との質問に8割以上の検察官が肯定していたが、施行後の実務ではそれとかけ離れた現状がある。そこで、検察が自身の負担軽減を図るために略式命令を利用することを防止すべく、裁量規定により検察官が和解協議を利用しない場面は、*Zanolini* が指摘する様に当事者の意思が決定的であり、当事者の一方が和解協議を拒否している場合に限る旨の明確な改正が必要である。

この点、チューリッヒ州の通達が「当事者が初めから和解を放棄した場合は除外する」とした点は妥当である。他方、フライブルク州の通達が「和解成功の見込みがないと思われる十分な根拠がある場合を除いて、記録を上級

職に送付する」としているが、明確に当事者の意思を基準にするのが妥当である。州による通達の内容如何によって和解協議が形骸化するおそれがあるため、やはり制度の根幹に関わる問題である以上、統一刑訴法の明確な改正が必要であろう。そして、長期的に見れば検察官の負担軽減につながる。

(2) 和解協議における親告罪の被害者欠席の法効果

Eigenman は和解協議に被害者が欠席した場合に、損害回復の場合は刑事手続が続行されるのに対して、親告罪の場合は告訴取下げになることを平等違反（刑訴法3条）と主張する。この点については、無断欠席のみが取下げの対象となることから、強制的色彩が緩和されておりRJの理念と矛盾しないとの見解がある¹¹⁹。しかし、被害者意思尊重を図る親告罪としては、被害者意思の観点から決することが必要である。既に告訴を提出した被害者は処罰感情を有しているものといえ、和解協議に欠席した告訴権者の意思としては和解をする意思がないと解するのが素直である。また、無断欠席の場合は告訴取下げになるというのであれば、訴訟外で行為者側から無断欠席の圧力を受けるおそれがある。したがって、平等違反と構成するかは別として、無断欠席を告訴取下げとみなすことは司法の負担軽減を強調し過ぎており、修復的司法としての親告罪の被害者意思尊重促進機能を減殺するものとして妥当でない。損害回復と同様に告訴権者欠席の場合は刑事手続を続行すべきである。

(3) 調停における親告罪と職権犯罪の区別

Zanolini は旧チューリッヒ州刑訴法34c条が親告罪と職権犯罪を区別したことを批判し、また現行少年刑訴法の調停が両者を区別していないことを評価し、個別具体的状況により判断することが適切とする。たしかに、親告罪

¹¹⁹ 黒澤睦「スイス刑事訴訟法・少年刑事訴訟法における親告罪和解協議召喚制度：損害回復協議勸奨制度及び少年刑事調停制度との比較も踏まえた修復的司法としての親告罪論」法学新報123巻9・10号（2017）152頁。

であるからといって一律に和解・調停が期待できるとはいえず，個別具体的事件に応じて判断する点は理解できる。しかし，親告罪が一般に被害者が起訴のイニシアティブを取る点で行為者に和解・損害回復の動機付けを与えることは *Zanolini* 自身も認めるところであり，むしろ現行少年刑訴法の様に審査官庁及び裁判所に広範な裁量を認める方が判断基準が不明確であり，恣意的な判断につながるおそれがある。これはパイロットプロジェクトにおいて家庭内暴力のガイドラインが「調停ではなく捜査」の原則を含み，2003年の刑法改正により家庭内暴力等を相対的職権犯罪にしたにもかかわらず，社会的に近い領域の暴力犯罪が多く委託されたことから懸念が大きい。かつての平和判事制度や旧チューリッヒ州刑訴法34 c 条の様に親告罪を対象犯罪として明示すべきである。そして，一律に親告罪を対象にすることの不都合性については，和解協議に関する *Kanyar* の学説の様に調停においても，原則的に親告罪を調停対象犯罪として挙げつつも，例外的に「刑事訴追の公共及び被害者の利益が僅かな場合」は対象にしないという限定を加える方が妥当といえる。パイロットプロジェクトのガイドラインである回覧状において，対象犯罪を「行為自体又は当事者の振舞いを通して初めから不可能と思われる場合を除く全ての親告罪」とし，一律に親告罪を対象としていない点は評価できる。また，パイロットプロジェクトの検察官へのアンケートで「単に親告罪が明らかになり被疑者が自白しているとき，被疑者と被害者が調停手続に参加することが基本的にいつも提案されるべきか」との質問に対して検察官の多くが否定的に回答したことからもこの結論は調停を委託する検察官の実務感覚とも整合的といえる。

(4) 和解協議より刑事調停

親告罪の修復的司法としての被害者意思尊重機能及び行為者教育機能を重視すれば，調停の専門的教育を受けた調停人の方が被害者心情を理解した解決が期待でき，行為者により反省を促すことができる。司法の負担軽減機能についてもパイロットプロジェクト後の統計の様に調停においても期間・コ

ストの節約が期待でき、また調停の方が行為者教育機能を発揮でき、長期的に見れば調停の方が司法の負担軽減機能を発揮できるといえる。また、捜査・訴追を担う検察官よりも調停人の方がより中立性を担保できる。調停人が検察官等に比べ法的知識が劣る点については、チューリッヒ州の通達2条の様に調停人の要件として「刑法、刑事訴訟法及び特に少年刑法、少年刑事訴訟法の知識を有していること」と定め、養成専門教育の時に習得すれば足りるいえる。

そこで、親告罪の修復的司法機能を発揮するためには和解協議より刑事調停での処理の方が適格的であり、成人においても刑事調停を導入すべきである。

パイロットプロジェクトの結果から検察は調停に懐疑的であることが示された。また、*Eigenman* が指摘する様に実務では和解協議すらあまり利用されていない現状であることから、親告罪の修復的司法機能を実行あらしめるために、原則的に調停を利用し、調停費用を払えない場合は和解協議に付し、当事者が拒否した場合にはじめて略式命令を検討する旨の改正が必要であろう。

(5) 和解協議の主宰者

刑事調停の方が和解協議より親告罪の修復的司法機能の観点から適切であるとしても、調停の利用には調停費用の前払いが必要であり、成人刑事訴訟法には刑事調停が規定されていない以上、和解協議の主宰者として誰が適切であるかが問題となる。

現行スイス法での和解協議では成人手続においては検察官、少年手続においては審査官庁（少年裁判官及び少年弁護人を含む概念）または少年裁判所が主宰者として定められている。検察官は捜査・訴追を担うため、中立性の観点から問題がある。そこで、和解協議の主宰者として裁判官が関与することが適切である。

(6) 平和判事制度

かつての平和判事制度は以下の様に多くの問題を抱えていると考える。訴訟経済の原理が優位するとされる点で修復的司法としての親告罪との親和性は低い。平和判事の主宰者も教師、州公務員、地方自治体書記が過半数とされており、法曹資格もなく養成専門教育を受けていない者が担当し、修復的司法としての親告罪の被害者意思尊重機能及び行為者教育機能も十分に期待できない。また、当事者の同意が要求されていない点も被害者意思尊重を図れず、行為者の教育を十分に期待できず、修復的司法と合致しない。告訴権者が欠席した場合は刑事告訴が取下げとみなされる点についても、訴訟経済を強調しており、修復的司法と合致しない。委託に裁量を認めていること自体は適切であるが、当事者を事前対話に呼ばず、単に記録に記載された情報を通し委託を決定する点は調停適合性を審査することは困難であり、妥当ではなく *Zanolini* の批判は妥当である。また、合意がなされる蓋然性を考慮している点も訴訟経済の観点を強調し過ぎており妥当ではない。調停手続の方法についても自由裁量とされ、通達等で制約されておらず養成専門教育を受けていない素人が主宰することを考えると、被害者に二次被害の危険もあり、行為者教育機能も期待できない。また、平和判事が証拠調べの権限を有する点については、調停は状況解明の場ではなく、法的知識を有しない者が実施すると協議の長期化を招き妥当ではない。当事者の同意を要求していないため、成功率が低い点も結局は刑事手続続行によりかえって司法の負担が加重になるおそれもあり、当事者の負担も増すと言え、この点に関する *Zanolini* の批判は妥当である。対話で互いに直接コミュニケーションをとる必要がない点は行為者教育機能を減殺し、単なる損害回復に接近し、修復的司法としての親告罪の機能を十分に発揮できない。そして、刑事告訴の根拠が不確かな事件では訴訟経済を図る意義を説明し被害者に刑事告訴の取下げを促すとされる点は訴訟経済を強調し過ぎており妥当でない。すなわち、告訴の根拠が不確かな事件は調停ではなく、通常の刑事事件として捜査に移行して告訴に根拠があるかを確認すべきである。

平和判事制度は一般的に高く評価され、検察の要望に基づき委託される事件が多くなり、テネシー州では平和判事を検察と統合することにより、統一刑訴法制定後においても、成人刑事事件において平和判事が活動できるとする。これに際して、平和判事に調停人としての教育の機会と資格を要求するとされるので、実質的には成人刑事事件における、私的調停に近い制度または訴訟経済を目的とする和解協議召喚制度の延長になるものといえる。

第7 むすび

前稿と本稿の成果をまとめると、以下の様になる。前稿（1）では統一刑事訴訟法の制定過程を紹介し、議会では和解協議召喚を義務にするかが主に争われた。制定前にチューリッヒ州でパイロットプロジェクトが実施され、立法に大きな影響を与えた。パイロットプロジェクトではガイドラインに対象犯罪の一つとして親告罪が掲げられ、多くの親告罪が処理された。結果として刑事調停に高い成功率、当事者の高い満足度等の積極的評価が得られた反面、コスト及び期間の負担が大きいこと、検察官が刑事調停制度に懐疑的であること及び調停対象犯罪に偏向があることが示された。結果的にコストの面が国民議会で懸念され、刑事調停の成人での導入は見送られた。また、チューリッヒ州やフライブルク州の実務の運用を紹介した。統一少年刑事訴訟法の制定過程においては、刑事調停の要件について大きく争われた。また、各州の実務の運用について紹介し、州ごとに協会を有するか等の詳細・内容が異なることを示した。

本稿（2・完）では、まず親告罪を対象とする平和判事制度を紹介し、調停類似の制度であるが、目的は訴訟経済にあり、当事者の任意性が否定されるなど従来の刑事手続に近い性質を有していることを示した。パイロットプロジェクトを受けて規定された旧チューリッヒ州刑事訴訟法34c条は親告罪を対象とし、旧通達とともに前提条件を詳細に規定しているが、どれも不明確な前提条件であり恣意的な判断に陥る危険がある。損害回復及び和解協議召喚制度に対して、学説は刑罰免除の事前判断の不明確性を批判し、公益概

念による限定、略式命令による形骸化を指摘する。次に、刑事調停制度に対する学説は親告罪と職権犯罪の区別をなくしたこと積極的に評価し、他方、委託基準及び成果ある調停の意義の具体的基準を欠くこと、RJ理論によると調停は損害回復の道具にもかかわらず損害回復の場が除外されてしまうこと等を批判する。そして、*Riedo* は三分説を批判し、親告罪の根拠として TOA・損害回復促進目的を主張する。考察では、スイス法では三分説は現行法では妥当せず、親告罪の根拠を TOA・損害回復促進目的として再構成することが妥当であることを示した。そして、親告罪を修復的司法と結びつけることにより親告罪は新たに、①被害者意思尊重促進機能、②行為者教育機能、③司法の負担軽減機能を有することになる。具体的な制度設計としては、親告罪和解協議召喚制度は裁量規定の方が適切であり、*Kanyar* が指摘する中間的な制度設計は示唆に富み、検察官が略式命令に依存しない改正が必要である。刑事調停の対象犯罪としては、親告罪を明示的に挙げつつ、限定を加える制度設計が適切である。そして、親告罪の修復的司法機能を発揮するためには刑事調停の方がより適切である。和解協議の主宰者としては裁判官が適切であり、親告罪和解協議の告訴権者欠席の場合の告訴取下げの法効果は妥当ではない。そして、平和判事制度の問題点を示した。

日本の非親告罪化の潮流は、各分野の一連の諸規定改正の厳罰化・規制強化の大きな議論の流れで生じたものと評価できる¹²⁰。他方、スイス法の親告罪の議論では、対極に刑罰で対処するのではなく修復的司法の発想の下、刑罰以外での法的平和の回復を図るという新たな方向を志向する。たしかに、修復的司法の観点から見ても日本法における非親告罪化は結論的には支持できる面はあるが、親告罪の告訴の負担等の消極的側面だけを捉えて、親告罪の修復的司法としての可能性といった積極的側面を看過して、性急に非親告罪化に流れている。今まで表でなされてこなかった告訴取下げに伴う示談交渉を被害者・加害者の両者の利益をより実現できる形で公正で明文化した規定の下でフォーマルな司法の場で行うことによって、少なくとも著作権侵害罪及び営業秘密侵害罪については一部修復的司法の可能性がある¹²¹。

非親告罪化だけが唯一の道ではない。性犯罪の議論では、「親告罪制度が加害者にとって有利な武器」と評されたが¹²²、親告罪は本来被害者意思尊重を図るものであり、Zanoliniが「被害者が被疑者に対して正当化できない力を行使する危険」、Riedoが「存在する紛争状況の一致した調整への探求のために手続法領域に強いることを成し遂げ、同時に被害者の手に行為者に対してまじめに交渉する動機付けを可能にする『交換物』を置く」と指摘する様に、スイス法では修復的司法と結びつくことにより、親告罪は被害者の武器として位置づけられる。

日本法の問題点はこのような親告罪の修復的司法としての可能性を看過し、根拠の疑わしい三分説を前提に議論している点にある。また、日本法の議論では、著作権侵害罪で一部非親告罪化が検討されたことを除き¹²³、ス

¹²⁰ 性犯罪の罰則に関する検討会の開催を求めた2010年閣議決定の第3次男女共同参画基本計画は第1部「基本的な方針」において、「女性に対する暴力は重大な人権侵害であり」、「女性に対する暴力の様々な形態に応じた根絶のための幅広い取組を総合的に推進することが必要である」とする。「第9分野 女性に対するあらゆる暴力の根絶」の「3 性犯罪への対策の推進」では具体的施策としてまず、「ア 性犯罪への厳正な対処等」を掲げる。第3次男女共同参画基本計画「第1部 基本的な方針」(2010) 2頁。第3次男女共同参画基本計画「第2部 第9分野 女性に対するあらゆる暴力の根絶」(2010) 8頁。著作権侵害罪では、著作権審議会、文化審議会著作権分科会、TPP協定において組織的な海賊版の販売の様な被害法益が大きい行為に対処するためとされる。文化審議会著作権分科会 法制・基本問題小委員会「環太平洋パートナーシップ(TPP)協定に伴う制度整備の在り方等に関する報告書」(2016) 12-14頁参照。ストーカー行為罪は法定刑の引き上げ及び常習累犯規定の新設と共に議論された。ストーカー行為等の規制等の在り方に関する有識者検討会「ストーカー行為等規制等の在り方に関する報告書」(2014) 7-9頁。また、営業秘密侵害罪においては「技術情報など営業秘密の漏洩事例の増加」及び「技術の秘匿化ニーズの増大等」の現状が改正の契機となった。産業構造審議会・前掲注115) 4-6頁。

¹²¹ スイス法ではセクシャルハラスメントが親告罪とされ、アールガウ州では2006年から2009年の間に同罪の調停が7件実施されており、調停実務の評価では、調停手続は性的不可侵に対する犯罪の被害者にも有効であり、大抵の場合は思いやりがあり適応した処理方法であったとされる。このように、性犯罪の一部においても修復的司法の可能性がないわけではない。拙稿「スイスの親告罪和解協議召喚制度、損害回復和解協議召喚制度及び刑事調停制度(1)」信州大学経法論集2号(2017) 78頁。

¹²² 性犯罪の罰則に関する検討会・前掲注114) 5頁。

イス法の *Eigenman* の見解やドイツ法の条件付親告罪といった中間的な制度設計が考慮されず，親告罪か非親告罪かの二者択一で論じられている。中間的な制度設計を考慮に入れることにより，修復的司法としての可能性を残すとともに，処罰の必要性にも対応できる立法を可能にする。

今後の研究課題としては，ドイツ・オーストリアにおける親告罪の根拠論の学説を通して，三分説の妥当性，修復的司法と結びつける学説の検討，条件付親告罪といった中間的な制度設計による修復的司法と処罰の両立の可能性を検討していきたい。そして，ドイツ語圏との制度的差異を踏まえた，日本法に妥当する親告罪の根拠論を示したい。

【訂正】

前稿に誤りがありましたので，訂正致します。

- ・ 39頁 （誤）学説の検討
（正）学説の紹介
- ・ 55頁 （誤）親告罪の審査を委託した。
（正）親告罪の審査に従事した。
- ・ 72頁 （誤）1000スイスフラン以下の罰金
（正）1000スイスフラン以下の科料
- ・ 93頁 （誤）親告罪を委託したと回答する反面，
（正）親告罪の審査に従事したと回答する反面，
- ・ 68, 69, 71, 73, 75, 76頁 （誤）保護措置
（正）保護処分

¹²³ もっとも，自発的になされたものではなく TPP 協定により受動的になされたものである。See, Text of the Trans-Pacific Partnership Article 18.77: 6(g).