

ドイツ刑法46条aにおける「行為者と被害者の和解」と「物的損害回復」について-刑法における損害回復のあり方に関する一考察-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2014-03-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 土井, 和重 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/16386

ドイツ刑法46条 a における
「行為者と被害者の和解」と「物的損害回復」について
——刑法における損害回復のあり方に関する一考察——

Täter-Opfer-Ausgleich und Schadenswiedergutmachung
gemäß §46 a StGB in Deutschland

——Zur Gestaltung der Wiedergutmachung im Strafrecht——

博士後期課程 公法学専攻 2007年度入学

土 井 和 重

DOI Kazushige

【論文要旨】

我が国では、現行刑法が成立して以来、長きに渡って制定法上も理論上も民刑の分離が堅持されてきた。この民刑分離の考え方は、成立当時に模範とされたドイツ刑法とそれを支えた学説の影響によるものであるが、そのドイツでは、1994年の「犯罪対策法」の成立によって「行為者と被害者の和解」と「物的損害回復」に関する46条 a が刑法典に導入された。また、我が国においても、被害者保護法制の一環として2008年に「損害賠償命令制度」が創設されるに至っており、民法との関係における刑法の役割は変化しつつある。それと同時に、最近では「刑事制裁の多様化」の必要性が唱えられており、やはりその中でも損害回復制度は議論の対象とされている。

そこで、本稿では、ドイツ刑法46条 a の解釈を巡る判例と学説の議論を素材として、刑法における損害回復のあり方について考察する。そして本稿の分析から、同条1号の「行為者と被害者の和解」と2号の「物的損害回復」の区別には、「損害回復」に関する「被害者志向」と「行為者志向」の二つの異なった方向性が反映されていることが明らかになる。

【キーワード】 行為者と被害者の和解, 物的損害回復, 行為の損害回復, 紛争, 相互交渉過程

目次

- I. 本稿の目的
- II. ドイツ刑法46条 a とその規定形式
- III. 1号と2号の区別に関する判例の検討
- IV. 1号と2号の解釈に関する理論的な整理
- V. ドイツ刑法46条 a の意義
- VI. 結語—刑事制裁システムへの損害回復導入を巡る議論の道標

I. 本稿の目的

我が国では、20世紀初頭にドイツ刑法の影響の下で現行刑法が成立して以来、当時のドイツ刑法やそれを支える学説によって確立された民刑の分離が¹、制定法上も理論上も堅持されてきた。すなわち、従来の法制度の下では、行為者に制裁を加えることが刑事法の役割とされ、その反面で被害者の被害回復は専ら民事法の役割であるとして、犯罪という事象への対応を刑法と民法のそれぞれに振り分けてきた。とりわけ、「第二次世界大戦後、附帯私訴が認められなくなるに至って、世界的に見ても、民刑の分離が最も徹底される法制度」となっていた²。

しかし、かつて模範とされたドイツでは、1994年の「犯罪対策法」(Verbrechensbekämpfungsgesetz)の成立によって、「行為者と被害者の和解」(Täter-Opfer-Ausgleich)および「物的損害回復」(Schadenswiedergutmachung)に関する46条 a が刑法典の中に導入された³。また、我が国においても、被害者保護法制の一環として、2008年に附帯私訴を基礎とする「損害賠償命令制度」が創設されるに至っており⁴、民法との関係における刑法の役割は、近年変化しつつある。

このような変化と時を同じくして、我が国では「刑事制裁の多様化」の必要性が最近盛んに唱えられている。我が国の刑事制裁システム全体を見てみると、現行刑法が施行されてからのおよそ100年の間に、刑罰の種類や処遇のための処分がほとんど増えていない。そこで、「社会の多様化

¹ *Claus Roxin*, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke. in: Heinz Schöch (Hg.): Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, S. 39; *Albin Eser*, Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren. in: Gerhard Dornseifer u.a. (Hg.): Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 724; *Thomas Weigend*, Die deutsche Diskussion um den Stellenwert der Wiedergutmachung im Strafrecht, The Hokkaido Law Journal 1992, S. 225 (吉田敏雄訳「刑法における損害弁償の位置価値をめぐるドイツの論争—最近の展開と実践的経験—」北海学園大学法学研究28巻1号〔平成4年・1992年〕142頁)。

² 永田憲史「刑事制裁としての被害弁償命令(一)」法学論叢153巻1号(平成15年・2003年)81頁。

³ 本稿では、広義の損害回復(Wiedergutmachung)と明確に区別するために、46条 a の解釈として「物的損害回復」(Schadenswiedergutmachung)の訳語を用いる。両者の関係については、本文第IV章参照。なお、犯罪対策法自体の立法理由とその内容については、H・シェッヒ/宮澤浩一(訳)「ドイツ連邦共和国の刑事政策に対する1994年10月28日の犯罪対策法の意義」刑法雑誌36巻10号(平成11年・1999年)19頁以下、川出敏裕「ドイツ犯罪対策法(上)・「(下)」ジュリ1077号103頁以下・ジュリ1078号51頁以下参照。

に伴い犯罪現象も犯罪者も100年前と比べて著しく多様化しているのであるから、刑罰や処遇のための処分もこれに対応して多様化していくべきであろう」とする主張がなされている⁵。このような問題意識の下でも、損害回復に関する制度は当然に議論の対象となり得る。

このことに加えて、損害回復の導入とそのあり方を巡る議論は、刑法の根本問題と密接に係わっており、それゆえ、刑事政策上に留まらず、刑法上も極めて重要な意義を有している。すなわち、そこでは、民事法との関係における刑法の役割、あるいは刑罰の目的などが正面から論じられなければならないのである⁶。その証左はドイツに見られ、1980年代から20世紀の終わりにかけて、ドイツの刑法学界全体が、これらの根本問題を含めて損害回復導入の議論に多くの時間と労力を投じたことに表れている。この意味においても、損害回復の問題は、多くの刑事法研究者にとって「魅力的」(faszinierend)に映るのである⁷。

以上の問題関心から、我が国の刑事制裁の多様化を巡る議論の一環として、刑法における損害回復のあり方について検討する。現在、損害回復に関する制度は世界各国に見られ、その形は様々である。本稿では、その一例として特にドイツ刑法46条aを取り上げ、同条1号の「行為者と被害者の和解」と2号の「物的損害回復」の解釈について論じる⁸。

ドイツの立法者は、従来「損害回復」(Wiedergutmachung)という一つの概念の下で考えられてきた両者を区別して規定した。それによって、実務と学説は、両者の関係を整理する必要に迫られることになった。特に学説では、必ずしも明確とはいえない1号と2号の区別が46条a適用の促進を妨げていると問題視されて⁹、規定が導入された直後から多くの議論が積み重ねられてきた。ここでは、その議論の整理・分析を通じて、刑法上の損害回復にとって特徴的な要素と中心的な視座を明らかにすることを目指す。

⁴ 「損害賠償命令制度」については、別稿で改めて検討する。本制度の内容については、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1338号(平成19年・2007年)48頁以下、奥村正雄「犯罪被害者等の損害回復と損害賠償命令制度」ジュリ1338号(平成19年・2007年)63頁以下、同「犯罪被害者と損害賠償命令制度—刑事手続からのアプローチ—」刑事法ジャーナル9号(平成19年・2007年)22頁以下、川出敏裕「損害回復のための刑事手続の成果の利用」刑雑47巻3号(平成20年・2008年)61頁以下参照。

⁵ 佐伯仁志『制裁論』(平成21年・2009年)65頁(初出:「刑事制裁・処遇のあり方」ジュリ1348号〔平成20年・2008年〕)。その他に、現代刑事法研究会「第5回 制裁の多様化」ジュリ1403号(平成22年・2010年)116頁以下参照。

⁶ 高橋則夫『刑法における損害回復の思想』(平成9年・1997年)2頁。

⁷ Weigend (Fn. 1), S. 222 (吉田〔敏〕訳144頁)。

⁸ 我が国において、損害回復およびドイツ刑法46条aを包括的に論じた貴重な先行研究として、高橋(則)・前掲註(6)1頁以下および吉田敏雄『法的平和の恢復』(平成17年・2005年)1頁以下が挙げられる。

⁹ Vgl. Bernd-Dieter Meier, Konstruktive Tatverarbeitung im Strafrecht —Bestandnahme und Reformperspektiven—, GA 1999, S. 2; Heinz Schöch, Täter-Opfer-Ausgleich und Schadenswiedergutmachung gemäß §46 a StGB. in: Roxin/Widmaier (Hg.): 50 Jahre BGH-Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV 2000, S. 317; Susanne Pielsticker, §46 a StGB —Revisionsfalle oder sinnvolle Bereicherung des Sanktionenrechts?, 2004, S. 129.

II. ドイツ刑法46条 a とその規定形式

損害回復制度の刑法への導入は、20世紀末において、全世界的に最も重要視された刑事政策上のテーマであった¹⁰。ドイツでも、1980年代および90年代を通じて、多くの刑事法研究者がこの議論に取り組んだ。その際、1960年代の第一次および第二次刑法改正以来数々の立法提案を行ってきた「対案教授陣」が中心的な役割を果たし、対案グループによる研究の成果は、「対案・損害回復」(Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, 1992年)へと結実した¹¹。そして、対案公刊後まもなく、同年にハノーファーで開催された第59回ドイツ法曹大会の刑法部会において、「自由剥奪のない刑事制裁」というテーマの下、対案の内容および損害回復導入の可能性が検討された。これらを受けて、1994年の「犯罪対策法」により新たに導入されたのが、「46条 a 行為者と被害者の和解、物的損害回復」の規定である¹²。

もっとも、この規定は、あくまでも「制定法に関する一つの枠組みを創設する上での、経過的で限定的な試み」に過ぎないと考えられており¹³、制定当初から、その内容と適用範囲に関する不明確な部分が問題とされてきた。そこで、46条 a について確認すると、以下の通りである¹⁴。

第46条 a 行為者と被害者の和解、物的損害回復

行為者が、

1. 被害者との和解の達成に努力して（行為者と被害者の和解）、その行為の全部または大部分について損害回復をしたとき、若しくは、その損害回復に真剣に努めたとき、あるいは、
2. 物的損害回復が行為者に著しい個人的給付若しくは個人的断念を要求する事例において、被害者に全部または大部分を補償したとき、

裁判所は、刑法49条 1項により、その刑を減輕し、若しくは、1年以上の自由刑または360日以上の罰金刑が科せられない場合は、刑を免除することができる。

ここで注目すべき点は、46条 a が、1号の「行為者と被害者の和解」と2号の「物的損害回復」を区別して規定したということである。それゆえ、この規定を解釈する際に、従来必ずしも明確には区別されてこなかった和解と物的損害回復の概念内容が法的に異なる可能性が生じることになっ

¹⁰ Roxin, Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem. in: Badura/Scholz (Hg.): Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche, 1993, S. 313.

¹¹ Jürgen Baumann u. a., Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), 1992, S. 1 ff.

¹² 46条 a が導入されるまでの過程については、vgl. Schöch (Fn. 9), S. 313 ff.

¹³ Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. 2007, §46 a Rn. 1; Roxin, Strafrecht AT Bd.I, 4. Aufl. 2006, S. 103; Schöch, Wege und Irrwege der Wiedergutmachung im Strafrecht. In: Bernd Schünemann u. a. (Hg.): Festschrift für Claus Roxin, 2001, S. 1064.

¹⁴ 訳出にあたっては、高橋（則）・前掲註（6）52頁註（46）を参照した。

た。判例上、この両者の区別と適用関係はしばしば問題となり、それに応える形で、学説上も46条aの解釈を巡る議論の中心的課題になっている¹⁵。そこで、以下では関連する判例および学説を概観し、それを基に両者の区別とそこから導かれるそれぞれの概念の中身を明らかにしたい。

Ⅲ. 1号と2号の区別に関する判例の分析

1. 1995年の判例に表れた二つの対照的な理解

(1) 犯罪行為の種類による46条a1号と2号の区別を認めない判例

当初、判例は、1号と2号の適用関係について、犯罪行為の種類と46条aの法効果との関連で両者が等価値であると考えていたようである¹⁶。それを示しているのは、①連邦通常裁判所刑事第4部の1995年1月17日決定である。

原審(LG)において、被告人は道路交通への危険な介入および危険な傷害、交通における過失酩酊の罪で有罪とされた。このとき、被害者による民事訴訟提起の後、そこで主張された物的損害全額と慰謝料の一部(約7000マルク)を承認し、最初の支払いとしておよそ10000マルクを提供したことが、量刑上考慮されていた。その判決について被告人側から上告がなされ、刑事第4部は、次の理由を述べて原審を破棄し差し戻した。すなわち、当該事案は、原審が判決を下した時点で(1994年1月12日)、まだ施行されていなかった46条a(同年12月1日施行)の特に2号の物的損害回復に該当し減刑される可能性を残している。しかし、その規定の要件である「著しい個人的給付あるいは個人的断念」が認められるか否かについて、原審の認定した事実では判断できない。なお、行為者が民事訴訟を提起された後にはじめて被害者への賠償を行ったという事情それ自体は、必ずしも46条aの適用を妨げるものではないとされた¹⁷。

この決定が、直ちに2号の適用可能性を論じていることからすると、刑事第4部は、犯罪行為の種類に関係なく、事案に応じて1号と2号のいずれをも直接に適用することができる、いいかえると二つの条項の間に適用の優先順位はないと捉えていることが読み取れる。

(2) 「犯罪行為の結果」により46条a1号と2号の適用範囲を区別する判例

ところが、この決定が出た直後に、②連邦通常裁判所刑事第5部1995年5月2日決定が「犯罪行為から生じた結果ないしは損害」の種類に基づく1号と2号の区別について明示した¹⁸。

原審(LG)の事実認定によれば、被告人は、強姦および危険な傷害を犯した後、被害者に対して謝罪を試み、被害者の弁護人との間で10000マルクの慰謝料を支払うことを取り決めて、実際に

¹⁵ 我が国でこの問題に言及したものとして、宮崎英生「刑法における損害回復」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第四巻』(平成10年・1998年)256頁参照。

¹⁶ Michael Kilchling, Aktuelle Perspektiven für Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung im Erwachsenenstrafrecht, NStZ 1996, S. 313.

¹⁷ BGH NStZ 1995, S. 284, Beschluß vom 17. 1. 1995-4 StR 755/94.

¹⁸ BGH NStZ 1995, S. 492, Beschluß vom 2. 5. 1995-5 StR 156/95.

はクレジットの借入により限度額の5000マルクを支払った。これに対し、原審は、46条 a2 号により減刑される可能性を認めながらも、この新しい規定は判決期日（1994年12月1日）に施行されるので、判決の時点ではまだ当該裁判所の手元にないとして、被告人に対し上告することを提案した。

こうして申し立てられた被告人の上告に対し、刑事第5部は、原審の事実認定では46条 a の適用を判断するのに不十分であるとして、これを破棄し差し戻した。そして、決定理由の中で、判例としては初めて1号と2号の区別基準に言及した。すなわち、46条 a の規定の仕方および条文の見出しからすると、1号の「行為者と被害者の和解」は、被害者との間の和解および行為による損害回復、つまり犯罪行為から生じる「非物質的結果」の調整（Ausgleich der immateriellen Folgen）を表している。これに対し、2号の「物的損害回復」は実損害の回復ないし填補、つまり「物的損害」の賠償（materieller Schadensersatz）を意味する。それゆえ、1号に関しても財産犯が対象となる可能性はあるが、財産犯は物的損害を生じるので、通常2号の適用が考えられると述べた。

この区別基準に従うと、本件の場合、原審は2号の適用可能性を示唆したが、人格の不可侵性を侵害する強姦行為が問題となっているので、本来1号の適用を検討すべき事例ということになる。しかし、1号が要求する行為者と被害者間の非物質的な調整、あるいはそのような調整を実現するための包括的な努力については、重い強姦行為の場合、それらを満たす解決へと至った事例はこれまで例外的であり、ここで見られる謝罪の試みやローンを組んでの慰謝料の支払いでは、明らかに不十分である、と結論付けられた¹⁹。

2. 「犯罪行為の結果」による分類を前提とした諸判例

この刑事第5部の決定以降、判例はそこで示された「犯罪行為の結果」による分類を前提にしてきたと一般に解されている²⁰。その中でも、主なものとして、以下の三つの判例が挙げられる。

第一の判例は、同年に現れた③連邦通常裁判所刑事第1部1995年7月25日決定である。本件で、刑事第1部は刑事第5部が②決定の中で示した分類を確認し、加えて1号と2号それぞれで考慮されるべき要素について具体的に言及した²¹。詳細な事実関係は公表されていないが²²、原審

¹⁹ もっとも、キルヒリングは、本件の場合、そもそも2号で要求される補償の程度を満たしていないことが明らかなので、5. Senat が1号と2号の一般的な区別基準について詳述した部分は「余計である」（überflüssig）と評価している。Kilchling (Fn. 16), S. 314.

²⁰ Vgl. *Kristian Kühl/Martin Heger*, Anm. JZ 2002, S. 363; *Dieter Dölling/Arthur Hartmann*, Anm. NStZ 2002, S. 366; *Bert Hüttemann/Bad Berka*, §46 a StGB in der Rechtsprechung der Obergerichte, StV 2002, S. 679.

²¹ BGH NStZ 1995, S. 492 ff., Beschluß vom 25. 7. 1995-1 StR 205/95.

²² 本件は公式の判例集に掲載されておらず、NStZの該当箇所にも本文で言及した事実以外の記述はない。シェヒも、「残念ながら、判決文の中で事実関係が伝えられていない」と述べている。Schöch (Fn. 9), S. 324.

(LG) で故意の完全酩酊および武器の不法携帯により2年9月の自由刑を言渡された被告人からの上告に対し、刑事第1部は、原審が46条aの適用を考慮していなかったことを理由としてこれを破棄し、1号と2号の適用可能性について、次のように説明した。

1号については、46条aの立法理由によれば、第一に「包括的な和解を目指した努力に基づいて達成あるいは遂行される損害回復」が必要である。それを認める上で、中立的な第三者による指揮または立会を要するか否かは条文の文言からは明らかでないが、いずれにしても「行為者と被害者の間における相互的な話し合いの過程」が要求される。こうして被害者を無視した一面的な損害回復行為を排除することによって、裕福な行為者の特権化が回避されることになる。

他方で、2号で要求されている著しい個人的給付若しくは個人的断念は、「行為者による責任の引き受け」を表すものでなければならない。そして、損害回復が平和創設の意義を持ちうるためには、単なる計算上の損害填補を超えた寄与をなさなければならない。

以上のような理解を前提に原審が認定した事実を検討すると、被告人は、持ち家の売却と別荘の賃貸を解約することにより、被害者の一人に慰謝料、治療費、弁護士等を計75000マルク、別の被害者に2000マルクの慰謝料をすでに支払っていることが明らかである。この損害回復給付が1号の要件を満たすか否かについて、原審は何ら言及していないが、少なくともその事実は行為者が経済的に著しい制約を強いられたことを意味しており、本件は2号の適用可能性が認められる事案であった、と述べている。

第二の判例は、④連邦通常裁判所刑事第1部1998年6月17日決定である。本件において、初めて1号の適用に肯定的な意見が示された²³。被告人は、強盗目的で被害者を襲い、その際拳銃の柄で繰り返し殴打したことにより、被害者の頭部に10箇所もの裂傷と左手の中指に腱の断裂を負わせた。その後、被告人は自白して、被害者への謝罪と12000マルクの慰謝料および1000マルクの弁護士料の支払を行い、その結果、被害者による告訴と訴訟参加の申立が取り下げられた。しかし、原審(LG)は46条aの適用を考慮しなかったため、刑事第1部は、被告人からの上告を認め、次の理由を述べてこれを破棄した。すなわち、本件では、1号の要件を満たす被害者による和解の受け入れが明らかに認められ、その和解手続が拘留中に弁護人によって行われたということは、1号の適用を妨げないとされた。

第三の判例は、⑤連邦通常裁判所刑事第4部1999年9月8日判決であり、背任の事案が問題となった。本件では、前述②1995年の刑事第5部決定の基準を前提にして、原審で認められた1号の適用が否定されている²⁴。

社会福祉団体の事務局長をしていた被告人は、在任中の1995年から1997年の間に、計5件の背任行為を行い、当該団体に約488000マルクの損害を与えた。その一方で、犯行が発覚する前後

²³ BGH StV 1999, S. 89, Beschluß vom 17. 6. 1998-1 StR 249/98.

²⁴ BGH NStZ 2000, S. 205 ff., Urteil vom 18. 11. 1999-4 StR 435/99.

に、被告人は次のような埋め合わせを試みていた。まず1997年の犯行発覚前の時点で、被告人は、当該団体の不動産購入代金312000マルクを自宅の売却益から支払うことによって、着服した金額の一部の埋め合わせを行おうとした。しかし、その代金が支払われたのは弁済期限を過ぎた後であったので、売主から当該団体に対し9000マルク以上の延滞利息の請求がなされて、一連の犯行が発覚した。発覚後は、被告人から債務承認に関する公正証書が提出され、これにより年5%の利子を伴う総額800000マルクの賠償と全財産に対する強制執行が行為者に義務付けられた。さらに、被告人と妻が所有する宅地には、300000マルクの抵当権が設定された。その結果、社会福祉団体が裁判時までには受け取ることができた金額は、合計約41900マルクであった。

以上の事実につき、原審（LG）は、46条 a1 号を適用して2年の自由刑を言渡し、これを保護観察付の執行猶予とした。これに対して検察側が上告し、刑事第4部は、1号の適用を認めた点に瑕疵があるとして原審を破棄した。

まず、1号の適用については、前述1995年の②決定および③決定の基準に従って、犯罪行為の非物質的な結果の調整、いいかえると包括的な調整に向けた行為者と被害者間の相互交渉の過程が必要である。これに対して、本件で被告人が示した金銭的補償の努力は、むしろ損害の填補、つまり物的な補償にあたる。さらに2号との関係では、不動産代金の支払は、その後も背任行為を行っていることからすると、自己の責任の引き受けを表すものでないから不十分である。しかし、被告人の全財産の提供を約する債務承認の公正証書については、抵当権の設定とも結びついて2号の要件を充足する可能性がある。ただし、担保について、債権者が即座の換価を放棄していたのか、そしてその評価額がいくらであったのが、原審では十分に審理されていない、と判示された。

3. 「給付行為の態様」により46条 a1 号と2号を区別する判例

ところが、次に現れた⑥連邦通常裁判所刑事第2部2001年5月25日判決は、前述1995年②決定が示した「犯罪行為の結果」による区別を疑問視する見方を明らかにした²⁵。

原審（LG）において、被告人は、2件の強盗の刑で罰せられる犯情の重い恐喝罪と1件の同未遂罪、そして3件の窃盗罪により6年の自由刑を言渡された。原審は、このうち銀行強盗の際の恐喝について、量刑で46条 a の適否を検討したが、1号と2号いずれの適用も否定した。そこで考慮された事実は、以下の通りである。

逮捕後、被告人は所有地を売却して得た70000マルクをもとに、奪った金額のうち自分の分け前に相当する金額を銀行の保険会社に送金していた。これにより、保険会社は残りの債権について被告人を免責した。他方で、犯行に使用するために奪った車の持ち主に対しても、慰謝料の支払を約束した。さらに犯行当時銀行にいた人々に対しても、弁護士を介して慰謝料の支払を申し出ていたが、これらの被害者は民事上の請求を行うつもりがなかったため、それに代わる公共施設への金銭

²⁵ BGH NJW 2001, S. 2557 ff., Urteil vom 25. 5. 2001-2 StR 78/01.

の提供について話し合いが行われている最中であった。

被告人側からの上告に対し、刑事第2部は、原審が46条aの適用を否定した点は違法であるとして破棄し、次のようにその理由を述べた。

第一に、46条aが規定する二つの類型はいずれも等価値であり、前述1995年②決定のように1号と2号を厳格に区別し、それによって適用範囲を限定するのは、疑問である。そして、本件のように、一つの行為に対し複数の被害者が存在する多面的な事件の経過が問題となる場合、その基準の下では、当該事案を1号と2号のいずれかに一義的に分類することはできない。結局、それぞれの被害者について、いずれかの損害回復類型の充足が認められれば足りるのである。

それを前提とした場合、本件で見られる被害者の銀行員たちとの和解の努力は、1号の要件を満たしている。1号に関しては、損害回復結果（Wiedergutmachungserfolg）は必ずしも必要ではなく、行為者と被害者との間における非物質的な給付（immaterielle Leistungen）、つまり和解の達成に向けた真摯な努力の存在が重要な意味をもつ。行為者の利益に関わる46条a適用の可否については、被害者だけの手に委ねられてはならず、たとえ被害者が慰謝料請求に関心がないとしても、本件のように被害者の同意の下で公共施設への金銭提供に努めている場合、1号が要求する真摯な努力に該当する。

また、被害銀行との関係では、2号の適用が認められる。ここでは、銀行の保険会社に対する賠償金の支払と、保険会社による残債権の請求放棄の意思表示によって、2号の要件が満たされている。たしかに、行為者による賠償金額は被害総額の半分にも満たないものであるが、刑法上の損害回復は民法上の損害賠償と同義でないから、当該請求権の完全な充足である必要はなく、それ以上に、被害者自身がその部分的な支払に満足し、残債務の請求を放棄している点がより重要である。そして、被告人が自らの意思で全財産を用いて損害の賠償に当てたことは、損害回復の意思を一義的に表すものであって、それは「個人的な犠牲」（persönliches Opfer）を意味し、そこでなされた給付は著しいものであったと評価できる、とされた²⁶。

4. 判例の分析

(1) 1号と2号の一般的な分類基準について

以上のように、46条a1号と2号の区別に関する判例の理解は、施行された当初から大きく変遷している。1995年の前述②決定が「犯罪行為の結果」による分類を示し、従来の判例はそれを採用してきたが、この基準が今世紀に入って疑問視されるようになり、現在に至るまでそれに代わる統一的な解釈の指針は示されていない。ドイツの学説は、判例の流れをこのように捉えてきた²⁷。

²⁶ なお、本件の事実関係および判決理由の詳細については、曲田統「ドイツ刑事判例研究（56）加害者と被害者の和解 Täter-Opfer-Ausgleich および損害回復 Schadenswiedergutmachung がなされたばあいの刑の減輕 StGB §46a」比較法雑誌37巻1号（平成15年・2003年）269頁以下も併せて参照。

²⁷ Vgl. Hüttemann/Berka (Fn. 20), S. 678.

しかし、②決定以降の判例を詳しく検討してみると、そもそも、「犯罪行為の結果」に基づく分類がその後の判例でも統一的に用いられていたとする見方について、疑問が生じる。たしかに、②決定は、非物質的な損害を生じる粗暴犯などの場合には通常1号が適用され、2号は物質的な損害を生じる財産犯の場合に適用されるとして、犯罪類型による分類を46条a各号の基本的な判断枠組みとして念頭においていたと考えられる。このような分類に従うとすれば、論理的には、行為者が責任を問われている犯罪類型によって1号と2号のいずれの損害回復行為が当該事案で要求されるべきかが、本来真っ先に確定されることになる。ところが、②決定以降のすべての判例が、必ずしも問題となっている犯罪類型に応じて適用されるべき条項を最初から限定しているわけではない²⁸。

ここで改めて確認する必要があるのは、②決定自体が、1号について財産犯への適用可能性を排除していないということである²⁹。したがって、②決定の意義は、2号について財産犯への適用しか認めないことにあり、本来の射程は2号の適用範囲を限定することにあつたといえる³⁰。

さらに、分類の基準それ自体についても、③決定の登場によって、「犯罪行為の結果」から、むしろ当該結果の「調整」、つまり行為者による「回復行為」へと実質的には重点が移されている。特に1号に関して、③決定は、条文に規定された「被害者との和解の達成に努力して（行為者と被害者の和解）」という要件との関連で、「行為者と被害者との間における相互的な話し合いの過程」が不可欠であると強調している³¹。そして、この③決定を前提として、⑤判決は、1号の適用可能性を否定するために行為者と被害者間の相互的な交渉過程の必要性について言及し、本件では「明らかに、被告人による所為の非物質的な結果の調整ではなく、損害賠償が問題になっている」と結論付けている³²。つまり、⑤判決では、1号と2号それぞれの要件として、「調整」と「賠償」が対置されているといえるのである。

このように従来の判例を捉え直すと、実は⑥判決との間にも連続性が見られることが分かる。⑥

²⁸ 例えば、③判例の理由付けでは、「このような損害回復の提供が行為者と被害者の和解の枠内でなされたか否かについて、その判決（筆者注：原審）は、なんら言及していない。もっとも、これまでに述べた事実認定は、……46条aの要件が認められようということをサポートするものである」と述べられており（BGH NSTZ 1995, S. 493.）、必ずしも1号の適用可能性を積極的に排除しているわけではない。また本件については、賠償された被害を生じさせた行為が明らかにされていないので断定的には言えないが、被告人が酩酊で有罪とされていることと給付内容に治療費が含まれていることからすると、おそらくその行為は財産を侵害するものではなく、身体を害するものであったと考えられる。つまり、最終的に2号の適用可能性が示されているが、従来の分類基準に従えば、1号の適用が考えられるべき事案であったといえる。

²⁹ BGH NSTZ 1995, S. 492.

³⁰ Vgl. Johannes Kaspar, Schadenswiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich bei Gesamtschuldnern. Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 25. 5. 2001. GA 2003, S. 148. この点に関して、キュール/ヘーガーは、基本的に全ての損害の調整が問われるので、2号については、専ら物的損害を生じる犯罪についてしか適用され得ない、としている。Kühl/Heger (Fn. 20), S. 363.

³¹ BGH NSTZ 1995, S. 493.

³² BGH NSTZ 2000, S. 205.

判決は、1号の要件として「行為者と被害者との間における非物質的な給付」(傍点筆者)を挙げているが、まさにこの要件は、③決定および⑤判決が重視していた「行為者と被害者との間における相互的な話し合いの過程」と一致するものである。結局のところ、従来の判例においても、学説が批判の対象としてきた判旨の文言とは異なって、多数説と同様に、実質的には「給付の態様による分類」(Leistungskategorie)³³が用いられてきたのであって、⑥判決はこれを改めて明示したと捉えることができる³⁴。

(2) 慰謝料の位置づけについて

さらに、前述②決定が登場した当初から特に学説の批判が向けられたのは、「犯罪行為の結果」による分類を前提にした場合の慰謝料の位置づけについてであった³⁵。たしかに、慰謝料は一面において「非物質的な損害」を回復の対象としているので、「犯罪行為によって惹き起こされる結果」の面からみれば、当然に1号の適用が問題になる事案で意味を持つことになる。しかし、他面においてそれは金銭による「物的な補償」であるから、「給付行為の態様」からすれば、2号の適用と結びつくとも考えられる。現に、①決定は、粗暴犯による慰謝料の支払に対して2号を適用する余地を認めており、②決定の後にも、③決定がやはり2号の適用に肯定的な判断を示している。したがって、財産犯以外の場合についても2号が適用される可能性があり、この点においても、「犯罪行為の結果」による一義的な分類が困難なことは明らかである。

もっとも、「給付行為の態様」を基準にする場合でも、慰謝料の支払が、同時に和解あるいはそれに向けた努力の内容として1号において考慮されることは否定されない³⁶。それゆえ、慰謝料の支払については、1号と2号の適用可能性が競合することになる。この点は、1号と2号の解釈に関わるので、次節の理論的な整理においてさらに検討する。

(3) 1号と2号のそれぞれで考慮される個別的事情について

1号と2号の一般的な分類基準に関する以上の理解を前提として、一連の判例からは、さらに注目に値する個別的事情の評価を見出すことができる。それは、(a)第三者立会いの下での直接的対話の必要性と、(b)被害者による和解の受け入れ、(c)必要とされる補償の程度と民法上の損害賠償との

³³ *Kilchling* (Fn. 16), S. 314 (ここでは *Ersatzkategorien* という表現が用いられている), *Schöch* (Fn. 9), S. 324, *Dölling/Hartmann* (Fn. 20), S. 366, *Kaspar* (Fn. 30), S. 148.

³⁴ 刑事第5部が示した「犯罪行為の結果による分類」の不正確さの原因が、「非物質的な結果」と「物質的な損害賠償給付」との本来相応しないものの対比にあることについては、2001年の判例が現れる以前の段階で、すでにシェヒヒによって指摘されている。*Schöch* (Fn. 9), S. 324; dazu auch *Pielsticker* (Fn. 9), S. 154.

³⁵ *Kilchling* (Fn. 16), S. 314; *Schöch* (Fn. 9), S. 323; *Kühl/Heger* (Fn. 20), S. 363; *Dölling/Hartmann* (Fn. 20), S. 366; *Pielsticker* (Fn. 9), S. 154, 156.

³⁶ *Kühl/Heger* (Fn. 20), S. 363; *Kühl* (Fn. 13), §46 a Rn. 2; Schönke/Schröder-*Stree/Kinzig*, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28. Aufl. 2010, §46 a Rn. 3.

関係性の3つの点である。

まず、1号の適用にとって決定的な「行為者と被害者との間における相互的な話し合いの過程」と関連して、この要件を示した③決定は、(a)中立的な第三者による指揮または立会の下で両当事者が直接に対話することが必要か否かについて、結論を留保していた³⁷。しかし、この点については、次に現れた④決定によって、必ずしも直接的対話は必要ではなく、弁護人の仲介による相互交渉であってもよいということが明らかにされた³⁸。

また、④決定では、(b)被害者による和解の受け入れを理由にして1号の適用に肯定的な判断が示された。ここで特に重視されたのは、合意に基づき、行為者側において(α)慰謝料等が現に全額支払われており、それに応じて被害者側が(β)告訴および(γ)被害者参加の申立を取り下げたということである³⁹。そして、犯罪行為の種類あるいは2号の適用可能性に触れることなく、明白な和解の存在という一点をもって1号の適用だけを論じていることからすると、この種の事情が認められる場合、1号の適用が第一に考慮されると考えられる⁴⁰。

もっとも、連邦通常裁判所刑事第2部2002年5月31日判決では、強姦の事案について、形式的には合意の存在が認められるにもかかわらず、1号の適用が否定されている⁴¹。この事案では、「行為者と被害者の和解」(Täter-Opfer-Ausgleich)と題された合意文書が双方の弁護士によって作成され、被害者がこれに同意し、行為者から慰謝料等の全額支払を受けて被害者参加の申立を取り下げたが、当該合意は被害者によって「平和創設的な紛争規正」(friedensstiftende Konfliktregelung)として受け入れられてないと評価された。たしかに、合意文書の表題、および「被告人は被害者に赦しを請い、被害者はその謝罪を受け入れた」とする内容からは1号の適用が考慮されるべき事案であるが、ここでは、被害者が合意文書に同意しなければ、被告人からの賠償を受けることができず必要な治療費を賄えなくなるという恐れから、すなわち事実的な強制の下で同意の意思を示した点が重視され、1号が要求する「和解」の存在自体が否定されている⁴²。

他方で、主として金銭的な補償に関わる2号の適用を考える上では、(c)民法との関係性が一つ

³⁷ BGH NStZ 1995, S. 493.

³⁸ BGH StV 1999, S. 89, Beschluß vom 17. 6. 1998-1 StR 249/98. Vgl. BGH NJW 2001, S. 2557; BGH StV 2002, S. 649, bes. 651, BGH Urteil vom 31. 5. 2002-2 StR 73/02.

³⁹ 決定理由では、「被害者が、被告人による支払—12000マルクの慰謝料と1000マルクの弁護士料—を、明らかに和解として受け入れている。なぜならば、彼女は、それに応じて告訴と被害者参加を取り下げたからである」(傍点筆者)とされており(BGH StV 1999, S. 89)、相互交渉の過程に加えて、支払が現になされたことを重視しているのが窺える。

⁴⁰ Schöch (Fn. 9), S. 328.

⁴¹ BGH StV 2002, S. 650-651. 事案は次の通りである。被告人と友人男性の誘いに乗って、被害者の女性は3人で酒を呑みながら歓談することにした。彼女は、以前交際していたその友人男性との仲を修復したいとの思いから長時間に渡り彼らに同行したが、結局その望みは叶わないと分かり帰宅を申し出た。しかし、彼女への関心を捨て切れなかった被告人は、自ら運転して送迎するといいい、途中で林に連れ込み彼女を強姦した。その際、彼女の反抗を抑圧するために、歯が折れるほど激しく顔面を殴り、さらには両手で首を絞めてそのまま絞殺すると脅迫した。

の重要な視点となりうる。この問題に関して、判例では「刑法上の損害回復が民法上の損害賠償と同義ではない」とする点で一致が見られる⁴³。もっとも、ここで興味深いのは、このような理解が、2号の適用に必要な補償額を理由付ける際に二つの異なった方向で用いられているということである。すなわち、一方では、刑法上の損害回復に期待される平和創設の目的から、単に民事上必要な損害の填補では足りない⁴⁴とされ、他方で、現に支払われた補償額が損害額の半分に満たない場合であっても、被害者が満足していれば十分であり、民法上認められる損害賠償請求権を完全に充足する必要はないとされている⁴⁵。この点は、これからの判例の展開を待つほかないが、まさにここにおいて、ドイツで刑法上の損害回復の、さらには刑事司法全体の目的と考えられている「法的平和の維持・回復」と、「被害者個人の利益保護・回復」との関係が問われているといえる⁴⁶。

IV. 1号と2号の解釈に関する理論的な整理

1. 1号と2号に共通する要素と両規定の一般的な区別基準

判例の検討からも明らかなように、現実には、1号と2号の適用が競合する事案が多く見られる。そこで、1号と2号の個別的な内容を考える前に、それらに共通する要素を確認しておく必要がある。それは、いずれの規定も、「被害者関係的な損害回復」(opferbezogene Wiedergutmachung)を目指しているということである⁴⁷。

まず、行為者による損害回復行為は、基本的に当該被害者に向けられたものでなければならず、その意味で「被害者関係的」でなければならない。したがって、公共施設への金銭的給付や公益的労働などの、いわゆる「象徴的損害回復」(symbolische Wiedergutmachung)については、その過程に被害者が関与しない限り46条aは適用されない⁴⁸。

他方で、ここでの「損害回復」は「広義の損害回復」を意味しており、この側面からは、行為者

⁴² さらに本件では、「和解」の存否を検討する前提として、個々の犯罪類型の特徴を考慮する必要性についても言及している。特に、本件に現れた悪質な性犯罪の場合は、前述②決定も述べていたように、相応な紛争解決の達成が実際上の理由から基本的に困難であるとされている。BGH StV 2002, S. 651.

⁴³ BGH NJW 2001, S. 2558. Vgl. BGH NStZ 1995, S. 493; BGH NStZ 1999, S. 610, Urteil vom 8. 9. 1999-3 StR 327/99.

⁴⁴ BGH NStZ 1995, S. 493; BGH NStZ 1999, S. 610.

⁴⁵ BGH NJW 2001, S. 2558.

⁴⁶ 「法的平和」概念の問題性について、刑事手続における被害者の地位との関連で論じたものとして、Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S. 195-214.

⁴⁷ Sebastian Kasparek, Zur Auslegung und Anwendung des §46 a StGB, 2001, S. 29, Pielsticker (Fn. 9), S. 156.

⁴⁸ たとえば、前述⑦判例で見られるように、被害者の同意に基いて公共施設への金銭的給付あるいは公益的労働がなされる場合については、1号の適用が考えられるであろう。ここでは、行為者によるこれらの給付行為は、和解ないしそれに向けた努力の内容として理解されることになる。Dieter Rössner/Britta Bannenberg, Das System der Wiedergutmachung im StGB unter besonderer Berücksichtigung von Auslegung und Anwendung des §46 a StGB. in Graul/Wolf (Hg.): Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S. 168; Schönke/Schröder-Stree/Kinzig (Fn. 36), §46 a Rn. 3.

による何らかの給付 (Leistung) が必要とされることになる⁴⁹。いいかえると、損害回復という概念の焦点は、本来「行為者」の側に、そして犯罪後の回復行為によってもたらされる「成果」(Ergebnis) に置かれている⁵⁰。具体的には、損害賠償や慰謝料の支払などの金銭の給付あるいは現物給付が第一に考えられるが、被害者に対する謝罪や仲直りのための話し合いに積極的に加わることそれ自体も、給付の一つといえる⁵¹。つまり、46条 a は、行為者による行為後の物的な給付や非物質的な給付に対して、刑の免除または減軽によって褒賞を与える規定と解される。

このような理解を前提にすると、学説の多くが1号と2号の区別基準を「給付行為の態様」(Leistungskategorien) に求めていることは、基本的に妥当な方向を示しているといえる⁵²。しかし厳密に考えると、「被害者関係的な給付」という基本的な性格との関係で、1号の「行為者と被害者の和解」と2号の「物的損害回復」とは同次元において対置されるべきものではない。なぜなら、後者の場合、「給付」の「種類」それ自体を物的なものに限定するのに対して、前者は、本来「給付」を行う「プロセス」に目を向けるものであって、「給付」の種類に関係なく、むしろそれに付加される条件を表しているからである⁵³。このような非対称性ゆえに、1号と2号の適用範囲がしばしば交錯することになるのである⁵⁴。

両類型の中心的な視点が同次元にないことは、規定の基本的構造を考えるとさらに明らかになる。なぜなら、二つの類型は内容的な構造の面では類似しており、それを軸にすると正確に対比することが可能になるからである。

1号と2号に類似する構造とは、次の点である。すなわち、いずれの類型も、「被害者関係的な給付」に関する部分と、「行為者の態度」に関する部分から構成されている⁵⁵。そこで、以下では、1号と2号それぞれの内容を、この二つの構成要素に対応させて分析する。それにより、「給付行為の態様」と両類型の特徴との結びつきも明らかになる。もっとも、2号の「行為者の態度」に関

⁴⁹ Meier (Fn. 9), S. 3; Pielsticker (Fn. 9), S. 139. なお、マイアーは、行為者による給付は特に法的平和の回復のために行われなければならないとしている。

⁵⁰ Vgl. Kilchling (Fn. 16), S. 310; Meier (Fn. 9), S. 4; Kasperek (Fn. 47), S. 25.

⁵¹ Schöch (Fn. 9), S. 317; Meier (Fn. 9), S. 3; Pielsticker (Fn. 9), S. 131.

⁵² Kilchling (Fn. 16), S. 314; Schöch (Fn. 9), S. 324; Dölling/Hartmann (Fn. 20), S. 366; Kaspar (Fn. 30), S. 148. この点に関連して、マイアーは、従来の判例が用いていた「犯罪行為の結果」による分類を修正する形で、2号の対象に、物的損害に加えて「物質化可能な損害」(materialisierbarer Schaden) を含めるべきであるとしている。Meier (Fn. 9), S. 4. しかし、何をもちいて当該損害が物質化可能といえるのかを問うとすれば、その答えは、結局のところ、別の物による代替や換価、つまり物的な給付による補償が可能であるということになるので、むしろ端的に「給付行為の態様」を基準にすれば足りるであろう。Vgl. Kasper (Fn. 30), S. 148, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Streng, Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2010, §46 a Rn. 9.

⁵³ Kilchling (Fn. 16), S. 310; Kasperek (Fn. 47), S. 26. Pielsticker (Fn. 9), S. 153. 立法理由書でも、「行為者と被害者の和解の枠組み (Rahmen) の中で」行為を回復することとされている。BT-Drs. 12/6853, S. 21.

⁵⁴ Meier, Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung im allgemeinen Strafrecht, JuS 1996, S. 437; Schöch (Fn. 9), S. 319; Kaspar (Fn. 30), S. 148; Pielsticker (Fn. 9), S. 129-130.

⁵⁵ Vgl. Kilchling (Fn. 16), S. 312; Schöch (Fn. 9), S. 319.

する部分、つまり「著しい個人的給付若しくは個人的断念」については、ここでの検討の対象から外される。それは、他の三つのパターンと異なり、独立して法効果を認められるわけではなく、46条 a が想定する和解および物的損害回復の内容それ自体とは結びついていないからである。あくまでも、2号の成立範囲を限定する追加的な要件と解されるべきである⁵⁶。

	1号	2号
被害者関係的な給付	和解の達成, 行為の損害回復	物的損害回復, 物的補償
行為者の態度	和解に向けた真摯な努力	著しい個人的給付, 個人的断念

2. 損害回復の三つのパターン

(1) 和解の達成と行為の損害回復—1号における「被害者関係的な給付」

(i) 1号が意図する究極的な目標

1号の目標が行為者と被害者の間における和解の達成に向けられていることは、比較的明らかであろう。その上で、和解の具体的な内容が問われることになるが、それを明らかにする手がかりは、1号の規定に見られる「行為の損害回復」(Wiedergutmachung der Tat)にある。

まず、この考え方の出発点は、犯罪行為を「紛争 (Konflikt) の表れないしは発端」として捉えることにある⁵⁷。それを前提にすると、1号において「行為」を回復するというのは、犯罪行為の持つ意味を事後的に減じること、つまりここでは行為の背後にある紛争状態を正常に戻すこと (Konfliktregulierung) として理解されることになる。したがって、行為者と被害者の間に存在する紛争状態の正常化こそが、「行為者と被害者の和解」によって追求されるべき究極の目標といえるのである⁵⁸。

(ii) 和解の本質的な性格

それでは、なぜ「行為者と被害者の和解」が両者の紛争解決に役立つといえるのであろうか。それは、和解が当事者相互の意思疎通を行うプロセスであって、まさしく当事者間の相互作用関係 (Interpersoneller Interaktionszusammenhang) によって特徴付けられるからである⁵⁹。前述したよ

⁵⁶ キルヒリングは、2号が要求する「著しい個人的給付若しくは個人的断念」を、補償 (Entschädigung) の内容それ自体には関係がなく、専らそれに付随する行為者側の事情に関わる、追加的な要件であると説明している。Kilchling (Fn 16), S. 312; dazu auch Pielsticker (Fn. 9), S. 153.

⁵⁷ Kilchling (Fn. 16), S. 310.

⁵⁸ Kilchling (Fn. 16), S. 310; Meier (Fn. 9), S. 4; Kasperek (Fn. 47), S. 25; Pielsticker (Fn. 9), S. 131. Auch vgl. BT-Drs. 12/6853, S. 22.

⁵⁹ Kilchling (Fn. 16), S. 310; Dieter Rössner/Thomas Klaus, 2 Rechtsgrundlage und Rechtspraxis. in: Dölling (Hg.): Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland. Bestandsaufnahme und Perspektiven, 1998, S. 51; Meier (Fn. 9), S. 3; Pielsticker (Fn. 9), S. 131; NK-Streng (Fn. 52), §46 a Rn. 12.

うに、この点は判例でも1号の適用を認めるために不可欠な要素と考えられている⁶⁰。

和解のこの本質的な性格からすると、最も基本的な形として想定されるのは、仲裁人など中立的な第三者の立会および指揮の下において行為者と被害者が直接対話することであろう⁶¹。しかし、ここでも判例と同様に、学説も、必ずしも第三者の立会が必要というわけではなく、また直接的な対話ではなく、弁護士の中介による場合でも十分であると解している。むしろ、実務の経験からは、行為者と被害者が対面するのは例外的であって、常に有意義であるとはいえないとする指摘さえ見られる⁶²。

(iii) 合意の必要性

以上の説明は主として「行為者と被害者の和解」という「プロセスとその枠組み」に目を向けるものであり、それに加えてその目的である当事者間の紛争解決との関係で問題となるのが、期待される「損害回復給付」の内容である⁶³。

特に行為者と被害者との間での「合意」(Vereinbarung)の要否が、ここで問われることになる。たしかに、1号が「和解に至る努力」それ自体を損害回復として捉えていることから、合意を必要条件ではないとする見解も一方で存在する⁶⁴。しかし、完全か部分的かに関わらず、少なくとも和解が達成されたといえるためには、合意の成立は当然に前提とされるべきではないだろうか⁶⁵。また、合意に至るためには、被害者による協力(Mitwirkung)、つまり積極的な関与が必要とされることになるであろう⁶⁶。

その上で合意の内容については、その性質からして、専ら当事者の意向に委ねられることになる。「行為者と被害者の和解」によってもたらされるべき成果が「開かれている」(offen)とされるのは、まさにこのことを言い表している⁶⁷。つまり、ここでは、物的給付はもちろんのこと、非物質的給付も合意の内容として考えられ、和解によって処理される犯罪行為についても、それによって惹き起こされる損害が物的か非物質的かは問題にならない。

(2) 狭義の損害回復と物的補償—2号における「被害者関係的な給付」

次に、2号において「物的損害回復」(Schadenswiedergutmachung)の下で専ら物的な損害回

⁶⁰ BGH NStZ 1995, S. 492 ff.

⁶¹ 立法理由書も、第三者の指揮に言及している。BT-Drs. 12/6853, S. 22. Vgl. Kilchling (Fn. 16), S. 311.

⁶² Schöch (Fn. 9), S. 318; NK-Streng (Fn. 52), §46 a Rn. 12.

⁶³ このような分類を用いて説明するものとして, Pielsticker (Fn. 9), S. 131, 138-139.

⁶⁴ Pielsticker (Fn. 9), S. 140.

⁶⁵ Rössner/Klaus (Fn. 59), S. 50; Kasperek (Fn. 47), S. 32-33, 34; NK-Streng (Fn. 52), S. §46 a Rn. 12, 15. Vgl. BGH StV 2002, S. 651.

⁶⁶ Vgl. Meier (Fn. 9), S. 8; Kühl (Fn. 13), §46 a Rn. 3.

⁶⁷ Kilchling (Fn. 16), S. 314; Kasperek (Fn. 47), S. 25.

復給付が想定されていることについては、争いがない。このことは、1号の損害回復 (wiedergutmachen) と区別して、あえて補償 (entschädigen) という言葉を条文が用いていることから明らかである。したがって、2号の下で行為者に要求される損害回復は、金銭的評価が可能なものも含めて、基本的に金銭的な給付に限定される。具体的には、損害賠償はもちろんのこととして、慰謝料の支払がこれに含まれる⁶⁸。

しかし、以上の説明だけでは、1号との相違がなお不明確なままである。損害回復給付それ自体の性質、つまりそれが物的か非物質的かを考えると、1号の「行為者と被害者の和解」には非物質的給付だけでなく物的給付も含まれるので、2号が要求する給付はそれと重複するからである。

結局、両者の決定的な相違は、当事者間の相互作用関係の有無に求めるほかないであろう⁶⁹。2号の「物的損害回復」は、そのような相互交渉過程が認められない場合を念頭に置いていると考えられ、金銭的な給付が与えられる対象が被害者であるという限度において、「被害者関係的」な損害回復といえることになる。つまり、「2号の場合の被害者は、物的な給付の名宛人 (Adressat) にしか過ぎない」のである⁷⁰。以上のように考えると、2号が規定する「物的損害回復」の基本的な性格は、「損害賠償責任の任意的な履行」ということができるであろう⁷¹。

(3) 和解に向けた努力—1号における「行為者の態度」

これら二つのパターンに比べて、運用上最も困難を極めるのは、1号が認める「和解に向けた努力」の解釈である。もっとも、立法者自身は明確なねらいを持ってこのパターンを規定に加えているので、その意味では解釈の出発点は明らかであるともいえる。しかし、他の二つのパターンとの関係を考慮したとき、そのねらいを実現するために妥当な規定の仕方であるのかが、ここでの問題である。そこで、まずはこの規定の立法趣旨から確認しなければならない。

立法理由書によると、1号の説明として、「大部分の (筆者注：行為の) 損害回復でも、あるいはそのための単なる真摯な努力でさえも十分であり得るとすることによって、完全な (筆者注：行為の) 損害回復が可能ではないような事案であっても、46条 a の法効果を享受する現実的なチャンスが行為者に与えられる」とされている⁷²。

ここで、立法者が、損害回復の実現のために必要な資力を持たない行為者に対しても、46条 a による刑の減免の可能性を認めようとしたことは、基本的に妥当である。また、「大部分の損害回復」については、前述した「行為の損害回復」に関する第一のパターンに属する事例であって、こ

⁶⁸ Kilchling (Fn. 16), S. 312; Schöch (Fn. 9), S. 318; Kasperek (Fn. 47), S. 50.

⁶⁹ Kasperek (Fn. 47), S. 58; Kasper, Anm. StV 2002, S. 652; Pielsticker (Fn. 9), S. 151. ピールシュティッカーは、この相違を基準としない限り、1号と2号の区別は不可能であろうとしている。

⁷⁰ Pielsticker (Fn. 9), S. 164.

⁷¹ Vgl. Schöch (Fn. 9), S. 321; Kasperek (Fn. 47), S. 50-51.

⁷² BT-Drs. 12/6853, S. 21.

の事例に1号の適用が認められることに異論はないであろう⁷³。ところが、それに留まらず、行為の損害回復ないしは和解に向けた努力にも独立して1号適用の余地を与えたことによって、この規定の理解は複雑になった。

立法者は、このパターンに関して具体的な事例を念頭に置いている。すなわち、「被害者が和解に必要な協力（Mitwirkung）を拒む状況、あるいは比較的軽微な責任から大きな損害が惹き起こされる状況」の二つが考えられている⁷⁴。このうち、1号の基本的な性格との関係で特に問題になるのは、前者の場合である。前述したように、1号は和解の枠組みを通じて「行為の損害回復」を目指しているのであって、その究極的な目標は紛争状態の正常化を促進することにある。そうであるからこそ、1号の場合には当事者間の相互作用関係の存在が決定的な意味を持つのであって、被害者が和解の過程に関与することを拒絶しているのであれば、そもそも1号の本質的な要素が欠けているはずだからである。

したがって、「和解に向けた努力」それ自体に1号の適用を認めるとしても、このパターンに該当する事例は例外的なものとして捉えられなければならない⁷⁵。それに該当するものとしては、たとえば、「行為者による和解の努力を思慮分別をもって評価するならば、行為者と和解することが本来被害者に期待されるうる場合」が考えられる⁷⁶。しかし、同時に「たとえ間接的にであったとしても、被害者に道徳的な圧力が加えられてはならないので、このような（筆者注：行為者との和解に対する）期待可能性の評価は、慎重に行われなければならない」と指摘している点は正当である⁷⁷。結局、被害者が和解に必要な協力を拒むときには、行為者側からの任意的な損害賠償給付によって2号の適用可能性が考慮されるか、あるいは、そのような資力に乏しい場合、46条に基づく一般的な量刑の中で行為者の努力が考慮されれば足りるであろう⁷⁸。

V. ドイツ刑法46条 a の意義

1. 1号と2号における被害者の位置づけと民法との関係

前章の説明から明らかなように、1号と2号では、被害者の位置づけが大きく異なっている。この相違は、必要とされる損害回復の程度を判断する際に民法との関係性を考える上でも重要な意味を持つことになる。

⁷³ Vgl. Rössner/Klaus (Fn. 59), S. 49.

⁷⁴ BT-Drs. 12/6853, S. 21.

⁷⁵ Vgl. Kasperek (Fn. 47), S. 37.

⁷⁶ NK-Streng (Fn. 52), §46 a Rn. 14, 15. シュトレングは、このような場合に初めて、「象徴的な意味に留まる損害回復給付が和解に相応しいものとして承認されうる」としている。

⁷⁷ NK-Streng (Fn. 52), §46 a Rn. 14.

⁷⁸ ビールシュティッカーも、「46条 a における行為者の損害回復は、46条の場合よりも著しく手厚い褒賞を受けるので、損害回復の意味内容もそれに応じてより高度でなければならない」としている。Pielsticker (Fn. 9), S. 129.

まず、1号の「行為者と被害者の和解」に関しては、行為者同様、被害者にも中心的な役割が与えられている。和解は紛争解決を目指す合意の形成とその実現の過程であるから、被害者は当然に当事者としての地位を与えられることになる。それに加えて、行為者が刑事制裁の脅威の下にあることを考えれば、ここでの損害回復には被害者の意向が反映されやすい。また、損害回復の方法に含まれる非物質的な給付は一律ではなく、この性質から、客観的な評価、数量的な評価にはなじまないで、結局行為者と被害者双方の主観的評価を基準とせざるを得ない⁷⁹。したがって、1号の場合には、民法の基準が直ちに妥当するわけではない。

しかし、刑法上の法効果に関わる評価を当事者の主観に強く係らしめることについては、刑法固有の観点から批判が加えられている。つまり、刑法上は、責任主義の観点から、行為者に対する非難に応じて法効果が決められなければならないとされる⁸⁰。量刑を考える際に、犯罪行為に対する責任の程度が基礎とされなければならないのは確かである。しかし、1号に基いて刑の免除や大幅な減刑が認められるのは、まさしく当事者が合意内容の実現について一定程度納得するに至った過程を重視して、それによって行為の責任が埋め合わされたからと考えるべきではないだろう⁸¹。それと同時に、46条aは裁量的規定であって、具体的な判断の際には、行為責任と併せて刑罰目的との関係も総合的に考慮されることになるので、必ずしも国家刑罰権に表わされた社会の利益の全てが無視されるわけではない⁸²。以上の意味で、46条aの場合、当事者の合意は十分条件ではないが、必要条件と考えるべきであろう。

これに比べて、2号の「物的損害回復」では、被害者の役割が物的給付の名宛人へと縮小される。2号の損害回復は専ら金銭的給付と金銭的評価が可能な物的給付に限られるので、必要な給付の程度を判断するときには、基本的に民法の基準を用いるべきであろう⁸³。

しかし、2号においても、被害者の意向が全く考慮されないわけではない。その例は前述した判例に見られ、行為者からの任意的な賠償金支払を受けて被害者側が残りの請求額を放棄する場合に、支払われた金額がたとえ民法上本来請求可能な額を大幅に下回っていたとしても十分であるとされている⁸⁴。その理由として、判例は「刑法上の損害回復が民法上の損害賠償と同義ではない」ことを挙げているが、この場合、民法上も権利者が権利を放棄すれば義務負担者も義務から解放さ

⁷⁹ Kasperek (Fn. 47), S. 32-34.

⁸⁰ Meier (Fn. 54), S. 437; Pielsticker (Fn. 9), S. 140. また、「たとえ被害者がそれに満足したとしても、それほど多くない部分（筆者注：の損害回復）では足りない」とするシュトリーの見解の背後にも、同様の理解があると考えられる。Schönke/Schröder-Stree, 25. Aufl. 1997, §46 a Rn. 3.

⁸¹ ピールシュティッカーは、当事者の合意を基準とすることが「行為の損害回復」を規定する条文の文言と矛盾するとも述べている。Pielsticker (Fn. 9), S. 140. しかし、1号の「行為」は背後にある当事者間の紛争と結びついているのであって、当事者の納得ないしは妥協によって紛争状態が正常化に向かうとすれば、まさに行為の意味を、つまりその責任を減じることになると考えられる。

⁸² Kasperek (Fn. 47), S. 34.

⁸³ Kasperek (Fn. 47), S. 50-51.

⁸⁴ BGH NJW 2001, S. 2557 ff.

れるのであって、むしろ民法的な処理と一致するといえる。結局、判例の基本的な考え方自体は妥当であるものの、刑法固有の評価は、本稿で検討の対象としなかった2号の「行為者の態度」に係わる要件を判断する際に考慮されるべきである。そして、ここでもやはり刑罰目的との関係が重要な意味を持つのであって、以上のような理解は一般的な量刑の理解とも一致すると考えられる。

2. 1号と2号の区別が持つ実質的な意義

以上の分析を踏まえて、1号と2号を区別して規定したことそれ自体の意義について、ここで改めて考えておかなければならない。

この点について、学説上は、46条aの下では民事上の損害賠償を超える給付が要求されているとして、この基本思想を明示するために立法者はあえて二つの類型を規定したと、一般に解されている⁸⁵。さらにそれを越えて、1号の「行為者と被害者の和解」を通じた包括的な紛争解決が本来理想型 (Idealmodell)⁸⁶ であるということから、2号を「この規範の法効果に到達するための裏通り (Nebenweg)」⁸⁷、あるいは「和解に向けた努力の特別事例 (Sonderfall)」⁸⁸ と位置づける見解さえも見られる。

しかし、これらの見解は、1号と2号の等価値性を認める条文に明らかに反している⁸⁹。なぜなら、46条aはそれぞれの類型に同一の法効果を認めているからである。そして、1号と2号が等価値とされたことは、学説が考える区別の趣旨とは反対に、2号の中心である物的給付の存在意義を実質的に際立たせることになっていると考えられる⁹⁰。

たしかに、物的給付については、46条aの導入以前から「裕福な行為者の特権化」が問題視されており、独立して詳しく規定することによって、立法者はその問題を回避しようとしたと解される⁹¹。また、構成要件を可能な限り具体的に規定するドイツ刑法の一般的な傾向からしても、このよう規定の仕方は当然であったといえるのかもしれない。しかし、2号の適用範囲に該当する物的給付行為は、この類型が規定されていなかったとしても、本来1号の「和解に向けた努力」の適用対象に含まれたはずである⁹²。それにも係わらず、あえて1号と分けて2号を規定したことによ

⁸⁵ Kilchling (Fn. 16), S. 312; Meier (Fn. 54), S. 438; Schöch (Fn. 9), S. 319; NK-Streng (Fn. 52), §46 a Rn. 11.

⁸⁶ Kilchling (Fn. 16), S. 312. もっとも、キルヒリング自身は、2号の追加的な要件である「行為者の態度」の存在によって、1号との格差は相当程度埋め合わされていると考えている。Dazu auch Schöch (Fn. 9), S. 319; Kasperek (Fn. 47), S. 59.

⁸⁷ Rössner/Klaus (Fn. 59), S. 53.

⁸⁸ Rudolphi/Horn/Hoyer/Günther/Samson/Wolthers-Horn, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl. 2001, §46 a Rn. 7.

⁸⁹ Kilchling (Fn. 16), S. 312; Kasperek (Fn. 47), S. 58; NK-Streng (Fn. 52), §46 a Rn. 9.

⁹⁰ Uwe Brauns, Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter, 1996, S. 316.

⁹¹ Vgl. BT-Drs. 12/6853, S. 22.

⁹² ブラウンスは、「損害回復は、様々な価値関係的な観点の下で考察されるべき、一体的な事象 (ein einheitlicher Vorgang) である」として、本文のような理解こそが、まさしく1号と2号の区別がいかに不適切であるかを示していると述べている。Brauns (Fn. 90), S. 315-316。宮崎・前掲註 (14) 257頁も同旨。

って、紛争解決に向けた当事者間の相互作用関係が欠ける場合であっても、物的給付それ自体が刑法上の評価において一定の意義を持ち得ることを示唆する形になったといえるのではないだろうか。

いずれにしても、和解の達成によって行為者と被害者の間の紛争が解決されるとすれば、それが理想的な帰結であることは間違いないので、このパターンを「第一の」類型として規定したことの意義が過小評価されてはならない。他方で、物的給付は紛争状態の正常化の一部と考えられるので、金銭的補償に焦点を当てて評価しようとしたことも妥当である。とりわけ、1号とのバランスを考えて、「行為者の態度あるいはそれを表す付随的事情」によって適用範囲を適正なものに限定しようとした工夫は、評価に値する。ただし、この追加的な要件の存在を前提にするならば、実際に給付されなければならない金額自体には制限を設けるべきでなかったと考えられる。

VI. 結語—刑事制裁システムへの損害回復導入を巡る議論の道標

本稿では、刑法における損害回復制度の一例として、ドイツ刑法46条aの「行為者と被害者の和解」と「物的損害回復」の内容について検討した。判例の概観が示していたように、両類型の区別が解釈およびその運用に困難を生じさせたのは事実であるが、同時に、その区別によって、従来「損害回復」の概念の下で一纏めに論じられてきた多様な回復行為に関して、刑法上考慮されるべき重要な特質が浮き彫りにされることになった。

第一に、1号が規定する「行為の損害回復」は、損害回復の究極の目標が犯罪の背後にある「紛争状態」の正常化にあることを示すものであった。刑法上の損害回復を考えるときには、法律家がこれまで「法益侵害」という抽象的な概念の下で見落としてきた「現実的な紛争」の存在、そして具体的な被害者およびその損害の存在に改めて目を向けることから始めなければならない⁹³。46条a1号は、まさにこの重要な視座を具体化した一つの形といえるのである。

その一方で、2号は、紛争解決に向けた当事者間の相互作用関係が見られない場合であっても、一定の物的給付行為に対して和解の場合と同様の法効果を認めていた。このことは、行為者による物的給付が、それ自体として刑法上特別な意味を持ち得ることを示していると解される。

翻って考えてみると、1号と2号のこれらの特質は、損害回復の刑法への導入を考える上で中心的な視点を何処に求めるのかに由来していると考えられる。すなわち、1号が意図する「行為者と被害者の和解」については、被害者の利益が強く意識されており、2号の「物的損害回復」は、行為者の犯罪後の行為を積極的に評価しようとするものであると捉えられる。つまり、46条aには、「被害者志向」(opferorientiert)と「行為者志向」(täterorientiert)という二つの異なった方向性を持った損害回復が含まれているのである⁹⁴。

「被害者志向か、行為者志向か」という視座は、世界各国の多様な損害回復制度を分析する上で

⁹³ 高橋(則)・前掲註(6)1, 28頁。Vgl. Meier (Fn. 54), S. 440; Susanne Walther, Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt, 2000, S. 26.

⁹⁴ このような分類を用いるものとして, Pielsticker (Fn. 9), S. 27 ff.

も、重要な意味を持ち得る⁹⁵。たしかに、刑法において目指されるべき損害回復の形は、「行為者利益と被害者利益の調和，行為者関係と被害者関係の統合ともいうべき，紛争解決的な方向」に見出される⁹⁶。しかし，行為者の利益と被害者の利益は相反する場合が多いので，制度を設計する上では，そのいずれかを出発点として選択しなければならないであろう。そして，本稿では論ずることができなかったが，二つの方向性の選択は，なぜ刑事制裁システムに損害回復の考え方を導入する必要があるのか，あるいはなぜそれが合理的といえるのかという根本的な問いにも本来結びついている。したがって，本稿の分析は，我が国の刑事制裁システムにおける損害回復のあり方を考える際にも，基礎的な情報を提供するものであるといえる。

我が国の損害回復制度の拡充は，まだ始まったばかりである。それゆえに，関連する制度の運用を継続的に観察し，必要に応じて改善していかなければならない。我が国の現状を診断し，その上で世界各国の多様な制度をも参考にしながら，我が国に相応しい損害回復制度のあり方を今後さらに検討していきたい。

⁹⁵ 永田・前掲註(2) 83頁。

⁹⁶ 高橋(則)・前掲註(6) 1頁。Vgl. *Kasperek* (Fn. 48), S. 24.