UNIVERSITÄT AUGSBURG
Universitätsbibliothek

OPEN ACCESS
OPUS AUGSBURG

ドイツにおける修復的司法の理論と実務 [Theorie und Praxis der Restorative Justice in Deutschland]

Johannes Kaspar

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kaspar, Johannes. 2020. "ドイツにおける修復的司法の理論と実務 [Theorie und Praxis der Restorative Justice in Deutschland]." *Hikaku hōgaku = Comparative Law Review* 54 (1): 217–37. https://waseda.repo.nii.ac.jp/records/57722.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:
Deutsches Urheberrecht
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:
https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/

講　演

ドイツにおける修復的司法の理論と実務

ヨハネス・カスパー
仲道祐樹（訳）

Ⅰ．個人的な前置き

本稿は，ドイツにおける**修復的司法**について概観することを主題とする。このテーマには，私のアカデミック・キャリアの初期から関わってきた。Heinz Schöch〔訳注：ミュンヘン大学名誉教授〕の弟子として，ミュンヘンでの刑法上の損害回復〔Wiedergutmachung〕に関するプロジェクトの評価に携わり，2004年には，ルートヴィヒ・マクシミリアン大学ミュンヘンに「刑法における損害回復とメディエーション」に関する博士論文を提出した(1)。それ以来，このテーマには継続的に関わっており，2014年には「行為者と被害者の和解〔Täter-Opfer-Ausgleich〕」に関する著作を２人の共著者とともにBeck-Verlagから出版したほか(2)，刑法における損害回復の問題について今日まで定期的に業績を公表している(3)。

Ⅱ．概念規定

修復的司法という概念は，周知の通り英米圏に由来し，犯罪についての伝統的な処理に対しての代替となる，関与者の利益を志向する関わり方を目的とするプログラムの上位概念として用いられている。〔英語の〕「Justice」には，

（１） Kaspar, Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht, 2004.
（２） Kaspar/Weiler/Schlickum, Der Täter-Opfer-Ausgleich, 2014.
（３） S. nur Kaspar NJW 2015, 1642; ders. JZ 2015, 310. また，TOA-Magazin に（Kratzer-Ceylan と共著で）定期的に法学の視点からの論文を掲載している。行刑における TOA に特化した業績については，後述する。

〔ドイツ語の〕「正義〔Gerechtigkeit〕」と「司法〔Justiz〕」の 2 つの意味があることから，この概念を適切な形でドイツ語に翻訳することは非常に困難であり，そのため多くの場合，英語の表現のまま使用されている。この分野のパイオニアである Howard Zehr によれば，修復的司法という「レンズ」から見た犯罪とは，人間を傷つけ，人間と人間の間の関係を傷つけるものである(4)。これに対応して，修復的司法は，ある犯罪の被害者（あるいは他の関係者）のニーズをよりよく認識し，発生した害を回復することを目標とする。

修復的司法はこのように非常に広汎に及ぶ概念である。**行為者と被害者の和解**と**物的損害回復**〔Schadenswiedergutmachung〕というドイツにおける修復的司法にとって極めて重要で，実務上の重要性を有する 2 つの形式がここに包摂される。以下では，この 2 つを中心に検討する。もちろん，直接法律上の規定があるわけではないその他の方法として，関与する人間の範囲をより広げた上で精神的な害や社会的な害の回復を目指す，**家族集団会議**，**コミュニティ会議**，**平和サークル**のような方法もある。しかしドイツでは，このような方法は実務上それほど重要視されていない(5)。

行為者と被害者の和解（以下，TOA という）とは，行為者と被害者の間の仲裁を図るコミュニケーションが行われ，これにより犯罪行為によって生じ，または犯罪行為にあらわれたコンフリクトを解決しようとする試みを意味する。TOA は，多くの条文において，「被害者との和解を達成しようと努力すること」と法律上定義されている（刑法46条 2 項 2 文，46条 a 第 1 号，刑事訴訟法153条 a 第 1 項 5 号，少年裁判所法10条 1 項 3 文 7 号を参照）。和解のために対話をすること以外にも，行為者による謝罪など，精神的な対応もここで重要となる。もちろん，被害者に財産的な支払をすることも TOA の一部たりうる。これに対して，**物的損害回復**の場合には，被害者への損害賠償や慰謝料の支払といった，財産的な要素にフォーカスがあたる。この 2 つのグループの境界線は流動的であり，しばしばまとめて（刑法上の）**損害回復**と呼ばれる(6)。両者の大きな違いは，物的損害回復の場合には，行為者と被害者との個人的なコミュニケーションは決定的な役割を果たさないという点にある。

（4） Zehr/Toews, Critical issues in Restorative Justice, 2004, Kapitel 8.

（5） Vgl. Früchtel/Halibrand, Restorative Justice, 2016, 77 ff., 88 ff., 104.

（6） Kaspar 2004, 2.

Ⅲ．発展の歴史

修復的司法の理念，その中でも特に**被害者のニーズに着目した刑事司法**(7)という考え方は，ドイツにおいては長らく顧みられてこなかった。1970年代になってからようやく，この点に関する議論がスタートしたが，それには様々な理由があった。１つには，国家刑罰というものの**正当性が疑われる事態**になったことが挙げられる。犯罪者の再社会化にかけられていた期待が裏切られた一方，一般予防論と応報論もまた批判にさらされていた。このような状況において，被害者に着目することによって，刑罰に新たな，そして各方面からの同意が得られるような意味を与えることができるのではないかと考えられたのである。同時に，犯罪学の新たな分野として，**被害者学**が発展することとなった。被害者学は，被害者のニーズに関する極めて多くの実証的知見をもたらした(8)。例えば，いわゆる「二次的被害者化」を避けたいというニーズや(9)，物的損害と物的でない損害の双方に対する賠償を求めるというニーズがこれである。

ここに刑法および刑事訴訟法における**「被害者の再発見」**(10)が起こったのである。例えば，被害者の**手続上の権利**が不十分であると受け止められ，法改正が様々な形で進み，その中で被害者の手続上の権利が構築されていった。日本でも同じような傾向が見て取れる(11)。

罪を犯したことの結果に対する回復にも一層の注目が集まることとなった。刑事政策の多くの新しい動きがそうであるように，この点に関する最初の試み

（７）　Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl.（2015）, 402 f.; s. auch Dünkel, FS Rössner, 2015, 499 f. 同論文は，欧州諸国の発展状況について指摘を含む。

（８）　S. nur Kilchling, Opferinteressen und Strafverfolgung, 1995.

（９）　これが指しているのは，被害者が刑事手続の中で新しいトラウマを受けたり，それ以外にも様々な形で害を受けたりする危険のことである。例えば，性犯罪の被害者が警察から配慮に欠けた扱いを受ける場合などがこれである。このような問題は，2012年の EU 被害者権利指令12条１項で明示的に言及されている。

（10）　Dünkel 2015, 293.

（11）　S. dazu Kaspar/Kurosawa, Opferrechte im Straf- und Strafprozessrecht, in: Kaspar/Schön（Hrsg.）, Einführung in das japanische Recht, 2017, 166 ff.

は**少年法**の領域で行われた(12)。1990年改正法で，被害者の特別なニーズを考慮し，行為者と被害者の間のコンフリクトを解消することを可能にするものとしてTOAが設けられた(13)。被害者，そして被害者の考え方に直に触れることによって，犯罪少年に，自らの行為によって起きたことをドラスティックに突きつけ，もって可能であればその犯罪少年に被害者に対する理解と共感を得させるということが狙いであった。それゆえ言い換えれば，TOAは**犯罪少年に対する社会的学習**を可能にするものと見られていたのである。少年法の領域ではTOAに関する様々なプロジェクトが，1980年代の初頭から行われており，多くの成果を生んできている(14)。

このようなポジティブな経験は，損害回復が**一般の刑法**にもしっかりと定着することにつながった(15)。1994年には，「犯罪対策法〔Verbrechensbekämpfungsgesetz〕」の枠組の中で，**刑法46条 a** が導入された。ここで立法者は，私の学問上の師である Heinz Schöch が1992年の第59回ドイツ法曹大会における報告書において示した勧告に従った(16)。もう 1 つの重要なきっかけは，同じく1992年に公表された**損害回復対案**である。これは，対案グループの教授陣によるものであり，その中には Claus Roxin がいたほか，新たに Heinz Schöch が加わっていた(17)。さらに，1992年に公刊された **Sessar による実証研究**も重要なファクターであった。Sessar の研究は，国民は損害回復に対して好意的な態度を示しており，それどころか刑罰賦課という古典的な方法に比して損害回復の方が重要であると考えているということを示すものであった(18)。

1999年には，立法者が**刑事訴訟法に155条 a，155条 b** を追加し，これにより修復的司法の理念はさらに強固なものとなった。刑事訴訟法155条 a は，検察庁と裁判所は適切な事案において，手続のどの段階にあっても積極的に TOA の達成に務めなければならないとしたのである。

刑法上の損害回復の生命線は，関与者間のコンフリクトを合意によって解決

---

(12)　Kespe, Täter-Opfer-Ausgleich und Schadenswiedergutmachung, 2011, 28.
(13)　BT-Drucks. 464/89, 43.
(14)　S. Kaspar/Weiler/Schlickum 2014, 65 m.w.N.
(15)　Noltenius GA 2007, 521.
(16)　Schöch, Gutachten C zum 59. DJT, 1992.
(17)　Baumann u.a., Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, 1992.
(18)　Sessar, Wiedergutmachen oder Strafen?, 1992.

するのであり，特に，両関与者の任意の参加(19)と受容に基づく合意によってこれを解決するという理念にある。古典的な刑法のような国家と犯罪者との関係のみをとらえ，強制することのみに基づいた仕組みと比較すると，損害回復の理念は新たな視野を開く建設的なアプローチであるといえる。損害回復を支持する者の中には，刑罰と改善および保安の処分の２つのルートと並び立つべき，刑法における**新たな「第３の道」として損害回復**と位置づける論者すらいたのである(20)。立法者はこのような広範囲に影響を及ぼすコンセプトには従わなかったが，現行法上損害回復を，刑罰の全部または少なくとも一部を科さないものとする重要な事由であると見ている。しかしこの理解は刑罰論上正当化可能であろうか？

Ⅳ．刑罰論から見た修復的司法の基礎

この問題に答えるためには，修復的司法を**刑罰目的**の観点から見ていく必要がある(21)。周知のように，「正しい」刑罰論をめぐる議論には長い伝統があり，複雑で，かつ，今日まで激しい争いがある――ドイツもそうであるし，世界のどこでもそうである。ここではごく簡単に重要な刑罰論を概観するとともに，それが修復的司法の思想と整合的であるかを検討したい(22)。

１．絶対説

最初に，刑罰を応報ないし責任の精算〔Schuldausgleich〕ととらえる**絶対説**を見てみよう(23)。この見解によれば，刑罰は何か他の，応報を超えた社会

---

(19)　例外として，少年裁判所法（同10条，15条）が正式な制裁とする。この点については後に本文中で言及する。もちろん，刑事手続の文脈において被疑者に対して一定の参加強制が事実上行われる可能性は排斥できない。そのため，ここでいわれる任意性は，相対的なものにとどまる。それでも，参加しないということに制裁が賦課されるわけではないことからすれば，このことを問題視するべきではない。

(20)　この見解については，文献を含め，Meier 2015, 402参照。

(21)　Kaspar 2004, 41 f.

(22)　この点についての基礎的文献として，Roxin, in Schöch（Hrsg.）, Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, 1987, 37 ff.

(23)　ここでの説明はやや簡略化したものである。絶対説と相対説とは明確な二項対立ではないことが屢々指摘されるが，正当である。近時一部で主張され

的目的に資するようなものではなく，その意味で「目的のない」ものである(24)。問題となるのは，行為者自身が何か害悪をなしたがゆえに，害悪を賦課するという点のみである。害悪が行為者，被害者，あるいは社会に対して何か益するところがあるかは全く関係なく，そのような効果は（あるとしても）単なる副作用であって，刑罰の正当化にとっての重要性はない。つまり，利益に即した建設的なコンフリクト解消と仲裁という理念を持つ修復的司法は，古典的な絶対的刑罰論の中には明らかに含まれていないのである。厳罰は被害者の応報のニーズに基づくとする主張は，以上の説明の下では次の 2 点で誤っている。理論的には，カントの言う意味での定言命法としての責任応報は，被害者のニーズとは明らかに無関係である。実証的には，ドイツだけではなく国際的にも，多くの実証研究が，具体的な犯罪の被害者は一般の国民と比べてより強く刑罰を求めているというわけではないということを示している。――それとは反対に，被害者の求めるものは極めて多岐にわたり，厳罰よりも損害回復を重視しているのである(25)。

もう 1 つの問題は，損害回復が**量刑法上「責任の精算」**に寄与しうるかである。これが重要なのは，ドイツ法における「責任」が，刑法46条 1 項 1 文により，「刑の量定の基礎」となるからである。行為者による損害回復による刑の減軽あるいは刑の免除が刑法に含まれているということは，これらの事情が責任と関係がないと仮定すると基礎づけが困難である。その一方で，連邦通常裁判所の判例は厳格にも（そして私見によれば不当にも），刑罰には，予防を理由としては下回ることが許されない**責任の絶対的下限**が存在するとする。この問題を解決するため，行為者は自らの積極的事後行為により責任の精算の少なくとも一部を果たしたと見る立場が主張されている(26)。このように理解すると，刑法46条 1 項 1 文と，損害回復が達成された場合に部分的とはいえ大幅な刑の減軽がなされることの間に矛盾は生じない。もちろん，このような処理の

ている「刑罰の表明説〔expressive Straftheorie〕」には紙幅の関係からここでは立ち入らない。この点につき，Hörnle, Straftheorien, 2. Aufl.（2017）を参照。

(24)　S. auch Kaspar AT, 3. Aufl.（2019）, § 1 Rn. 10 ff.

(25)　Kilchling, Opferinteressen und Strafverfolgung, 1995および近時のものについては Berndt, Der Täter-Opfer-Ausgleich aus Sicht des Opfers, 2017のまとめを参照。

(26)　S. nur Stein NStZ 2000, 393 ff.

問題は，量刑の文脈における**「責任」**が**極めて曖昧な概念**であって，特定の事情が責任に関連するといっても，単にそのように言っているにすぎず，論証になっていないことがほとんどであるという点にある(27)。これを具体的に言えば，行為に出たことに対する非難可能性は，TOA に参加したというような，後になってはじめて生じた事情によって減少することはありえないという批判となろう。これが，私が第72回ドイツ法曹大会の報告において，刑の量定にあたっては，もはや「責任」という概念を中心に据えるのは止め，違法で有責な行為に対して刑罰を向けることにより**法的平和を回復**する点に着目せよと提案した理由の１つなのである(28)。私見によればより好ましい刑罰目的であるこのような意味での積極的一般予防論を基礎とすることにより，行為者の積極的な事後行為が量刑にあたっても関連性を有するということを労なく基礎づけることができるのである。

２．相対説

続いて，**相対説**を検討しよう。相対説の論者は（私見によれば正当であり，憲法上の理由からはそうならざるをえないのであるが）(29)，刑罰は社会に有益な効用をもたらすと主張する。この効用とは，相対説によれば将来の犯罪行為の予防をいう(30)。**特別予防**では，周知の通り，刑罰が行為者自身に，再社会化や威嚇，保安といった形で及ぼす作用が問題となる。**消極的一般予防**は，一般人に対する威嚇を重視し，**積極的一般予防**は（バリエーションは多岐にわたるが），社会的な学習や社会の信頼の向上効果や安定維持効果を重視する(31)。ドイツにおいて支配的なのは**統合説**であり，この見解では重点の置き方が〔立法，量刑，処遇の各段階で〕変わってくることから，責任の精算と並んで各種の予防論も考慮されることになる。

a）特別予防

上述の通り修復的司法は，学習効果が見込まれることから，少年法的な教育思想と親和性が高い。このような考え方は，成人の犯罪者にも転用可能であ

---

(27)　S. nur Kaspar, Gutachten C zum 72. Deutschen Juristentag, 2018.

(28)　Kaspar 2018, C 23 ff.

(29)　この点につき，包括的には Kaspar, Grundrechtsschutz und Verhältnismäßigkeit im Präventionsstrafrecht, 2014を参照。

(30)　Kaspar AT, 2019, § 1 Rn. 8.

(31)　Roxin AT I, 4. Aufl.（2006）, § 3 Rn. 27 ff.

る。これらの者が自らの犯罪行為やその行為の被害者と向き合う場合には，その**改善および再社会化**は促進される。――コンフリクトが将来に向けて解消する，ということによる場合もあるだろうし，犯罪行為が被害者にもたらした結果をよりよく理解することを通じて，再犯の可能性が減少することによる場合もある。少なくとも理論的には，このようなイメージでよい。しかし，犯罪者が，TOA により刑の減軽あるいは刑の免除を受けたまさにそのことにより，威嚇効果が十分に働かず，新たに犯罪行為に出るよう鼓舞されるということもありうるのかもしれない。この点について実証研究の成果はどのようなものであろうか？この点について真に説得力のある結論を示した研究は，ドイツにおいてはごくわずかである。その中でも最も重要なのは，純粋対照群法〔echtes Kontrollgruppendesign〕を用いた Dölling らの研究である(32)。その結果は次のようなものであった。TOA は，ごく限られたものとはいえ，再犯率に明らかに影響する。TOA に参加した85名の加害者のうち，再犯に至らなかったのは32名（37.6％）であったのに対して，比較群では，140名の加害者のうち，再犯に至らなかったのは49名（35％）であった。まとめると，TOA は，ポジティブな特別予防効果を一定程度有しうるということが指摘できる。Bonta らが行ったメタ分析では(33)，特別予防効果は小さいが，重要であるとの結論に至った。Bonta らは，この問題に関する最近の複数の研究が，〔TOA には〕より大きな効果があることを示したという点も強調する。見落としてはならないのはとりわけ，TOA が再犯率の上昇につながることを指摘した研究は 1 つもなかったということである。それゆえいずれにしても，個人の威嚇という側面に悪影響があるものではない。そして，修復的司法が再犯率を，若干とはいえ減少させるということを前提とすれば，「選択的無害化〔selective incapacitation〕」のような直接的な保安効果を問題とするものではもちろんないとはいえ，修復的司法は社会の安全にも寄与するといえる。

b）一般予防

行為者が損害回復に向けて努力することは，私も支持する刑罰目的である**積極的一般予防**(34)，とりわけ犯罪行為により攪乱された法的平和を刑罰によって回復するという効果を強調するバージョンのそれと適合性が高い。すでに述

(32)　Dölling/Hartmann/Traulsen MSchrKrim 2002, 185 ff.

(33)　Bonta u.a., in: Sullivan/Tifft (Hrsg.), Restorative Justice: A global Perspective, 2006, 108 ff; s. auch Dünkel 2015, 512.

(34)　Kaspar 2004, 48 ff.; Meier 2015, 422 ff.

べたように，複数の実証研究が，国民の多数は，損害回復を古典的な刑罰賦課の（少なくとも部分的な）補完物として認めてよいと考えている(35)。このような理由からは，損害回復が法的平和を回復するのに適したものであるということは，一般人から見ても犯罪行為に直接関わった被害者から見ても説得力のある想定である。**被害者の観点を刑罰論に取り込むかどうか**は，ドイツで1990年代の終わり頃に一時議論されていた時期があるが(36)，いまだ決着を見ていない。私の立場についてはその概略を示すにとどめたい。刑罰が法的平和の回復と〔犯罪によって〕揺らいだ法秩序への信頼の回復のためのものであるとすれば，刑罰論において全体に関わる側面のみを（抽象的に）重要視することは一貫性を欠く。被害者こそが，法秩序への信頼を直接揺らがされ，その影響に最もとりつかれる存在であり，そのような被害者の視点に補充的に着目するのは当然のことである。これはしかし，１人１人の被害者が自ら，あるべき刑の軽重を定めることができるということを意味するものではもちろんない。それが意味するのは，一般的であり，かつ抽象的な形で提起された被害者のニーズと期待に関する実証研究の存在を認識し，刑事司法による判断の際にそれを考慮すべきであるということである。我々は被害者研究から，犯罪によって起こったことに対する損害回復が被害者にとっていかに重要であるかということを知っているのであるから，このような見方によれば，修復的司法が，刑罰目的はもちろん量刑にも同じように重要性を有するということは明白なのである！

問題として残るのは，損害回復による刑の減軽が**消極的一般予防の目的，すなわち威嚇**と矛盾しないかという点である(37)。25年前に刑法46条 a が導入された時に，同じ危惧を示していた批判者がいた。これは一般予防〔Generalprävention〕ではなく，**一般誤導〔Generalinvitation〕**，すなわち潜在的犯罪者に対して，犯罪を行い，その後に犯罪行為に対する損害回復をすることによって簡単に刑罰を「金で免れる」よう勧める，まさに誤導を促進するものであるというのである(38)。この批判は複数の理由から不適切なものであったといえる。刑法46条 a（あるいはその他の損害回復関連規定）を導入したことが犯罪発生

(35)　Sessar 1992.

(36)　S. nur Reemtsma, Das Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters – als Problem, 1999; Kilchling NStZ 2002, 57; Prittwitz, in: Schünemann/Dubber (Hrsg.): Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, 2000, 51 ff.

(37)　Meier 2015, 422.

(38)　S. Hirsch ZStW 102 (1990), 546; s. auch Loos ZRP 1993, 53 f.

数の上昇につながったことを示す証拠はない。また，批判者が危惧するようなことが起こるとは考えられない。というのは，一般予防に関する研究から，予想される刑の重さではなく，およそ犯行が発覚し，（何らかの形で）制裁を受けることになるとの見込みの方がはるかに人間の行動に影響を与えるということが明らかとなっているからである(39)。刑法46条 a による裁量的減軽を使っていい思いをしようという，単なる（そうなるかすらわからない）見込みが，もう一押しとなって犯罪行為に出る動機づけとなるような犯罪者など全く存在しないだろう。また，行為者は，すぐ後で説明するように，金銭の支払だけでただちに刑法46条 a の効果を享受できるわけではない。――すなわち，刑罰を単に「金で免れる」ということは不可能なのである。

V．現行法における修復的司法

1．概観

ここで，修復的司法の要素を含むドイツ法の規定を概観しておきたい。中心となる規定が上述した**刑法46条 a** である。後に詳述する 3 つの要件を充足した場合，裁判官は次の 3 つの対応が可能となる。裁判官は，裁量により刑を減軽することもできるし，刑を完全に免除するもできる。もちろん本条による減軽をおよそ行わないということも可能である。しかしその場合でも，裁判官は損害回復が行われたということを**刑法46条 2 項 2 文に従い，一般的な刑の量定**の枠内で必ず評価に入れなければならない。

一方で損害回復は，手続の初期段階でも重要となる。**刑事訴訟法153条 a 第 1 項 1 号および 5 号**により，検察庁は行為者に対して，物的損害回復を行うこと，あるいは TOA に向けた努力をすることを遵守事項として課すことができる。行為者がこれに従った場合，検察庁は便宜主義に基づき，手続を打ち切ることができる。裁判所も，刑事訴訟法153条 a 第 2 項により同様の措置をとることができるが，これが行われるのは実務上極めてまれである。

このようなダイバージョンによる非公式な処理は，とりわけ**少年法**で重要である。この場合の関連規定として，**少年裁判所法45条**（検察庁による打ち切り）と**同47条**（裁判所による打ち切り）がある。同45条 2 項 2 文が明示的に，

(39)　S. dazu nur Schöch, FS Jescheck, 1985, 1090 ff.; Dölling ZStW 102 (1990), 1 ff. 近時の（同じ）結論として，Spirgath, Zur Abschreckungswirkung des Strafrechts – eine Metaanalyse kriminalstatistischer Untersuchungen, 2013.

行為者の和解に向けた努力を手続打ち切りの契機として挙げている。

ここに挙げた全ての例は，行為者が和解への参加を拒否したとしても，何らの直接的な制裁や強制を受けないという意味で**任意**のものである。**少年法**についてだけは，**TOA（少年裁判所法10条１項３文７号）**と**物的損害回復（同15条１項１号）**を実際に**正式な制裁**とし，強制的に行わせることができるとする規定がある。〔しかし〕少年裁判所の裁判官がこれらの規定を適用するのにかなり慎重であるということは想像に難くないであろう。仮に，行為者が強制されて被害者と和解のために対話をし，裁判所からそう指示されたという理由で「謝罪」をしたとして，行為者の実際の学習プロセスに何かよいことが見込まれるかといえばそのようなことはないのである。また，このようなことをしたとして，被害者にとっても，仲裁がなったとする印象を残すことは特にないであろう。

２．刑法46条 a

a）適用領域

原則として，刑法46条 a は，その態様や重大性にかかわらず，全ての犯罪に適用可能である。**重大な暴力犯罪や性犯罪**についても，TOA と物的損害回復は選択肢に入る(40)。

刑法46条 a は，**被害者**（同46条 a 第２号）ないし**害を受けた者**（同第１号）の存在を前提とする。この点は，自然人が直接ある犯罪行為の被害者となる場合には，問題とはならない(41)。若干**問題が生じる**のは，まず，犯罪行為が**公共的法益**に対するものであったり，**法人**に対するものであったりする場合である(42)。これらの場合において，「被害者」はいるのだろうか？――それとも，刑法46条 a の適用がはじめから排除される「被害者なき犯罪」なのであろうか？1999年の判決において連邦通常裁判所は，少なくとも刑法46条 a 第２号による物的損害回復は，法人たる企業に対する犯罪の場合であっても適用可能であるとの判断を示した(43)。

---

(40)　Noltenius GA 2007, 518.

(41)　Kespe 2011, 57.

(42)　Kaspar JZ 2015, 312, 314.

(43)　BGH NStZ 2000, 205 f. この点について利用可能な全州 TOA 統計の数値である1993年から2002年の統計によれば，被害者の約５％が法人である。この点につき，Kerner/Hartmann, Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung,

これに対して，**純粋に抽象的な公共的利益**が問題となる場合については，TOA と物的損害回復は不可能である。刑法316条の単純酩酊運転罪〔訳注：酩酊運転をして被害者のなかった場合〕がその例である(44)。ここでは，和解に向けた努力が向けられる相手も，物的に回復されるべき損害も存在しないのである。もちろん，行為者が公益的組織に寄付を行うことはありうる。しかしこのような形式の，純粋に**象徴的な損害回復**を，立法者は支配的見解に従い，法律には取り込まなかった。ここでは，損害回復の「相当性」を評価する基準が存在しないためである(45)。

連邦通常裁判所は近時の判決で，**殺人が既遂**となった後で〔被害者の〕家族に支払を行った場合について，刑法46条 a 第 1 号は適用できないとした(46)。これは，特に条文の文言が家族を含むことを明示的に規定しているわけではないことから，結論としては十分に支持できるものである。もちろん，拡張的で損害回復に親和的な解釈も可能ではあっただろう。外国からの実践報告，例えばベルギーのもののように，これらの場合も，関係者全員が事件に整理をつけるのに意味があり，〔当事者間の〕仲裁に作用することがありうることが示される場合もあるのである(47)。

b）TOA（46条 a 第 1 号）

刑法46条 a 第 1 号は，**3 つの選択肢を示している**。行為者が完全な和解を達成するか（第 1 肢），主たる部分についての回復をするか（第 2 肢），犯罪の回復について少なくとも「真摯に努める」か（第 3 肢）である。46条 a の立法に関する資料は，いずれの選択肢も「**全面的な損害回復の努力**」が基礎となって行われる必要があると指摘している。刑法46条 a の導入直後に連邦通常裁判所も，TOA の要件として，「**コミュニケーションのプロセス**」という追加的な基準を展開した(48)。その際に，何か特定の形式のコミュニケーションが指定さ

2005, 38参照。

(44)　刑法315条 b の場合に TOA を実施することが可能かについては非常に争いがある。同罪はたしかに集合的法益（道路交通の安全）を保護している一方で，危険の及んだ者がおり，これが潜在的な被害者側関与者となる。この点について刑法46条 a 第 1 号をはじめから排除することは妥当ではないことにつき，Kaspar JZ 2015, 312参照。

(45)　Kaspar 2004, 126 ff.; Meier 2015, 406 ff.

(46)　BGH, Urt. v. 06.06.2018, Az. 4 StR 144/18.

(47)　S. dazu Kaspar/Kratzer-Ceylan TOA-Magazin 1/2019, 27 ff.

(48)　BGH NStZ 1995, 492.

れているわけではない(49)。仲介役としての第三者の参加が常に求められるわけではないため，行為者と被害者が全く私的に，誰に仲介されることもなく会うということも可能である。加えて，両当事者が**直接〔会って〕コミュニケーション**することも必須の条件ではない。行為者と被害者が手紙，メール，その他のコミュニケーションツールを使って個人同士でやりとりすることも，あるいは弁護士を通じてやりとりすることも可能である。このような形式のコミュニケーションは実務上極めて重要である。後に言及する全州 TOA 統計は，平均40％の手続が当事者間の直接のコミュニケーションではない形で行われているとしている(50)。

行為者が TOA に向けた努力をしたかを評価する際に，裁判所にとって重要となる観点は，行為者がその態度により，**犯罪行為の責任を引き受けた**かという問いである。これに対応して，連邦通常裁判所も，複数の判決において，原則として行為者が**自白**をしなければならないことを要求している(51)。原則論としては，TOA を首尾よく進めるための，事柄に即した適切な要件であると思われる。それでも，このような要件を厳格なものと扱うことは避けるべきであろう（し，「原則として」自白を要件とするにとどまるから，連邦通常裁判所もあらゆる場合にそうするわけでもない。また2012年の EU 被害者権利指令〔EU-Opferrechtslinie〕12条１項 c〔訳注：被害者が「安全で専門的な損害回復サービスにアクセスできるようにする」ことを定めたものであり，「安全で専門的な損害回復サービスへのアクセス」の条件として，a から e の項目が挙げられている〕も，行為者が事案の「本質的部分」について認めたことを要求するにとどまる）。例えば詐欺の事案において，被告人は，自分が財産上の損害を引き起こしたことは認めており，この損害を回復しようと考えているが，一方で詐欺の故意は否定しているという事案が考えられる。この例では有罪か無罪が争われている（反対に民事責任は争っていない）。――それでもここでは，和解手続に進むことが可能であるべきであろう。このような類型も実務上重要である。利用可能な TOA 統計は，残念ながら1993年から2002年までのものに限られるが，その数値によれば，自白をしていない行為者の割合は，増加

(49)　Schädler NStZ 2005, 366, 367 f.

(50)　Hartmann u.a., Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, 2014, 44; 2016, 57; 2018, 60.

(51)　BGHSt 48, 134, 141.

傾向を見せ，2002年にはなんと15.8％に達したのである(52)。

判例は，TOA が成功するためには，**被害者**がこれを「**心から受け入れる**」ことが必要であるとする(53)。これは奇妙で曖昧な要件である。文言にあるわけではないし，事柄との関係でも不適切であると思われる。行為者が性犯罪の被害者に和解において合意したところに基づいて相当額の慰謝料を支払ったという事案において，十分な TOA がなされたとは認められなかったのであるが，それは，被害者が慰謝料支払を「心から受け入れた」わけではなく，そうしないと何の見返りも得られないのではないかと考えたがゆえに支払を受けたから，という理由によるものであった(54)。このような処理は，被害者が和解のための合意内容に OK を出したということを無意味にするものである。またこのようなことでは，行為者の努力を裁判所が認めるかを事前に見積もることが，行為者にとって極めて困難なこととなる。これもまた，行為者を被害者の利益となる損害回復の努力へと動機づけようとする，立法者が刑法46条 a に与えたインセンティブ機能を弱めるものである。最後にこのような，もっぱら被害者の内心の態度に依存した TOA の制限は，条文が和解に「**真摯に努める**」というバリエーションを認めているという点から見ても，条文の文言と整合しない(55)。立法者は，このバリエーションを有益な選択肢として，極めて意識的に法律に書き込んだのである。ここにおいて，ある種の**被害者の「拒否権」**にかからしめるようなことは意図されていなかったのである。決定的なのはただ，行為者が誠実かつ明確に，人としてこれに関わるとの十分な姿勢を示して，TOA を進めようとしたか，である。

c）物的損害回復（刑法46条 a 第 2 号）

物的損害回復は，実務的には TOA に比してそれほど重要ではないため，ごく簡単に触れるにとどめる。物的損害回復は，あらゆる種類の損害に対する**物的な補償**に着目する（そして正当にも，判例がそのようにいう傾向があるように，財産犯の場合に限定されない）(56)。刑法46条 a 第 2 号は，行為者が被害者

---

(52)　Kerner/Hartmann 2005, 59.

(53)　重要なものとして，BGHSt 48, 134. 近時の判例の批判的な評釈として，Kaspar/Kratzer-Ceylan TOA-Magazin 2/2019, 28 ff. を参照。

(54)　BGH StV 2002, 649 m. Anm. Kaspar.

(55)　Kaspar 2004, 116.

(56)　S. dazu m.w.N. Kaspar/Weiler/Schlickum 2014, 19 f.

に対して，全部または主たる部分(57)の補償を行うことを要件とする。単に支払の約束をするとか，支払の努力をするというのでは足りない。46条 a 第 1 号とは異なり，本号では両当事者間の「コミュニケーションのプロセス」も重要ではない。その一方で，行為者による支払は，「**著しい個人的給付〔erhebliche persönliche Leistungen〕**」または「**個人的断念〔persönlicher Verzicht〕**」に基づくものでなければならない。これらの要素が行為者の個人的な責任の引き受けを示すものとされていると同時に(58)，まさにここでも，単に「金で免れる」との印象を与えないものとなっている。著しい個人的給付の例としては，金銭を得るために超過勤務や週末に副業を行うといったことが考えられる。著しい個人的断念とされるのは，行為者が自己の自動車を売却し，これにより自らの生活スタイルに制限を迫られるような場合である(59)。

Ⅵ．実証データ

ところで，修復的司法はドイツにおいていかなる実務上の重要性を有しているのであろうか？この点については，上述の連邦司法省のサポートを受けたいわゆる「**全州 TOA 統計〔bundesweite TOA-Statistik〕**」を見ておくことが有益である。この統計には，ドイツ全国の TOA 関係機関からの情報が掲載されている。もっとも，全ての機関が統計に参加しているわけではないため，数値は完全なものではない。また，TOA 関係機関が介入せずに，例えば両当事者の代理人である弁護士同士の間で直接実施された和解手続は登録対象となっていない。それでも，この統計はドイツの「TOA の風景」について有益な認識を与えるものである。以下の数値は2011年から2016までのものである。

大部分の手続（80％から87％）が，**捜査手続**段階で行われており(60)，平均で約75％の事例が**検察庁**で行われている(61)。**罪名**について見ると，対象期間

(57)　ここにいう「主たる部分」とは，支配的見解によれば，民法上負担する金額の少なくとも50％の支払で足りる。さしあたり，Richter 2014, 363を参照。

(58)　BGH NStZ 1995, 492, 493.

(59)　Meier 2015, 419 ff.

(60)　Hartmann u.a., Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, 2014, 14; 2016, 17; 2018, 29.

(61)　Hartmann u.a., Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, 2014, 15; 2016, 18; 2018, 30.

を通じて**傷害罪**の割合が**55％程度**で安定していることがわかる。他の重要な犯罪群としては，人身の自由に対する罪（約11％から15％），器物損壊罪（約12％）がある。増加傾向が見られるのは侮辱罪であって，ピーク値として2015年から2016年にかけての統計で割合にして約17％を示した(62)。

被害者の参加意欲については，55％から58％となっているが，ここには被害者からのリアクションが得られなかった未確認事案が含まれている(63)。被害者が参加への賛否を表明した事案に限れば，参加意欲の数値は70％から75％に上昇する(64)。より高い数値を示すのが**加害者の参加意欲**である。これは全件をカウントしても71％から73％を示している(65)。明確な回答があった事案に限れば，その値は82％から85％に上昇する(66)。首尾よく終結した手続に関しても数値はポジティブなものである。両当事者がともにTOAに参加する意欲を明らかにしていた場合には，85％の手続で**終局的な合意**に達している(67)。興味深いのが，合意内容となった事項の中で飛び抜けて重要なのが**謝罪**であり，割合にして62％から69％に及ぶ(68)。例えば，今後加害者は被害者に近づかないことを確約するなどのいわゆる「**行動についての合意〔Verhaltensvereinbarungen〕**」も一定の役割を担っており，最近では30％程度の割合を占める(69)。合意した和解内容は，統計上ほとんどの場合において，加害者から実際に遵守されており，割合としては合意内容を完全に実施したものが87％，合意内容の実施継続中のものが約10％である。最終的に合意内容の不遵守となったのは

(62)　Hartmann u.a., Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, 2014, 28; 2016, 31; 2018, 44.

(63)　Hartmann u.a., Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, 2014, 34; 2016, 37; 2018, 50.

(64)　Hartmann u.a., Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, 2014, 38; 2016, 41; 2018, 55.

(65)　Hartmann u.a., Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, 2014, 36; 2016, 39; 2018, 53.

(66)　Hartmann u.a., Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, 2014, 38; 2016, 41; 2018, 55.

(67)　Hartmann u.a., Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, 2014, 48; 2016, 52; 2018, 65.

(68)　Hartmann u.a., Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, 2014, 50; 2016, 54; 2018, 66.

(69)　Hartmann u.a., Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, 2014, 50; 2016, 54; 2018, 66.

１％を下回る程度にとどまることが確認されている(70)。すなわち，総じて言えるのは，統計上は，TOA が受容されており，ほとんどの場合で首尾よく行われているという意味で，**質的な点では成果**を明らかに上げていることが示されているということである。

これに対して，**量的な面での結果**は，統計が和解手続のうち登録されたものという「表に出たもの」を反映するにとどまるという点を考慮しても，それほど満足できるものではない。登録された TOA の件数は過去数年で上昇しているものの，それは最初の数字があまりに低かったことによる。2007年には全州で1,454件を記録し，2009年は4,015件，2011年は4,502件，そして2013年に5,500件と推移する。2015年には7,082件に達し，2016年にはピーク値の7,672件を記録した。すでに述べたように，この数値は不完全なものであり，推計では，年間３万件弱の和解手続が行われ(71)，その多くが軽微犯罪についてのものとされている(72)。これは決して量的に少ないものではない。しかし，ドイツでは年間200万件を超える捜査手続が行われており，損害回復はほとんどすべての犯罪に適用可能であることを考慮すると，ドイツの修復的司法は，まだまだポテンシャルを秘めているといえるのである(73)。

Ⅶ．最近の展開――刑の執行段階における TOA――

一見したところでは，刑の執行段階での TOA というのは余計なものに見えるかもしれない。少なくとも形式的には，判決をもって法的平和は回復され，行為者はその刑を受けるのである。これにより，全関与者には，和解手続に参加する理由はなくなったようにも見える。しかし，このような印象は誤解を生むものである。被害者が TOA に参加しようという気になるまでにそれなりの時間を必要とすることがしばしばある。同じように加害者の側でも，最初は犯罪事実と責任を否認していたが，しばらく時間がたってはじめて「きっちりし

(70)　Hartmann u.a., Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, 2014, 52; 2016, 56; 2018, 68.

(71)　Dünkel 2015, 508.

(72)　Meier 2015, 428.

(73)　例えば，当時の連邦司法大臣である Heiko Maas も，Hartmann u.a., Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, 2018, III において，TOA を「建設的な紛争処理の重要なツール」と表現している。

よう」とか，被害者と腹を割って話そうとか，謝罪しようとか，被害者からの金銭的な要求に応じようなどの思いが湧くということもしばしばである。これは，各州の行刑法（例えばバイエルン州行刑法 3 条）が執行の目的として挙げる**行為者の再社会化**にとって重要なステップたりうるものである。それ以外にも，TOA による量刑上のメリットはもはやないとはいえ，行為者にとっては，刑の執行段階でもなお TOA に参加しようとするインセンティブは一定程度存在する。執行の間の行為者の態度や自らの行為と向き合おうとする姿勢は，再犯に及ばないであろうとの予測〔positive Legalprognose〕につながり，これは休暇の判断，執行緩和の判断，刑法57条および57条 a による残刑の執行猶予の判断にとって重要となるのである。

外国において刑の執行段階での TOA が効果を上げていることをうけて，ドイツでもここ数年で複数のモデル事業が行われた。その中には，ブレーメン，バーデン・ヴュルテンブルク，バイエルンのものがある(74)。**バイエルン州の事業**は，2013年11月，ランツベルク刑務所でスタートした(75)。私が担当した本事業の事業評価期間 3 年間のうち，38件の TOA が開始され，そのうち特に重要な犯罪類型として，財産犯が18件，傷害罪が10件であった。手続が開始された38件のうち，その約 3 分の 1（n＝13）が和解の合意を得て終結し，7 件については，事業評価期間終了時点で和解協議が継続していた。行為者に十分な資力がない，被害者が参加を望まない，あるいは被害者に連絡がつかなかったなどの様々な理由から，和解の試みがなされたにとどまったものが22件ある(76)。

〔刑の執行段階における〕手続の件数およびその成果は，刑の執行段階以外の TOA の実践と比べると比較的低い水準にある。これは，刑の執行段階という条件下での TOA が特に難しいということを反映している。同じような結果は，バーデン・ヴュルテンブルクの事業にも見られる(77)。明らかに，多くの行為者，そして被害者も，ここまで来てしまっては，もはや TOA を必要としていないのである（もちろん，執行段階にある者の中にはすでに TOA を行っ

(74)　S. näher Kaspar/Weiler/Schlickum, 2014, 54 ff.

(75)　第 1 次の調査結果は，Kaspar/Mayer, Forum Strafvollzug 2015, 261 ff. に示した。包括的には，Mayer, Täter-Opfer-Ausgleich im Strafvollzug, 2017がある。

(76)　Vgl. Mayer 2017.

(77)　S. dazu Kilchling, Täter-Opfer-Ausgleich im Strafvollzug, 2017.

た者もいる)。しかし一方で，TOA を必要とする者もおり，彼らのためには，執行段階での TOA を提供できるような準備をしておくべきであろうし，それは，事件についての整理をつける手助けを TOA に期待している被害者の利益にもなるのである。

Ⅷ．まとめ

ここでまとめに入る。お気づきの通り，私は**刑法における修復的司法の積極的な賛同者**である。私は夢想家でも刑罰廃止論者でもないので，TOA のような，どちらかといえばインフォーマルで，コンフリクト解消に向けられた手続が，古典的な刑事制裁を完全に代替できるとも考えていない。しかし，多くの事案において，少なくとも**著しい刑の減軽のポテンシャル**があり，これは既に見たように，現行法から導かれるだけではなく，刑罰論としても正当化可能なものである。修復的司法は，より制限的でなく，刑罰目的を充足するに十分な程度に適合性を有する刑罰を常に追究することを求める**刑法における比例原則**を実現する 1 つの範例であるということができる。刑罰による純粋な害悪賦課と比較すると，修復的司法は，犯罪行為への対応としては，より寛大で，同時に建設的な方法である。それは Radbruch の言う意味で「刑法よりもよい」のであり，それゆえ同時に「よりよい刑法」に寄与しうるのである。

修復的司法は，犯罪行為について，犯罪者と被害者の両側から，その**人間としての側面**を見ることを強調する。ここでは犯罪者は，「中和」されるべき匿名の危険源と見られるだけではない。むしろ責任ある人間として，すなわち自ら積極的に被害者と，そして最終的には社会とも，対話を通じて解決を図るよう寄与することのできる人間として立ち現れる。さらに修復的司法は，もう一方の側面において，被害者を，国家による刑事訴追を円滑にするために使える証人にすぎないと見るべきではなく，傷つけられ，あるいはその他の方法で害を被り，そのニーズが刑事手続の内部でも考慮されるべき人間として見るべきであることを我々に思い出させてくれる。

もちろんここで述べた全てのことは，修復的司法の批判者が危惧するような，**被告人に対する法治国家的保障**の制限につながってはならない。もっとも私はこの点に関する批判を，今でも共有することができない。私見によれば，被害者の利益を刑法と刑事訴訟法に組み込むことがほぼ自動的にそのような効

果をもたらすわけではない(78)。TOA を任意に申し出ることは，行為者側の選択肢を広げるものであるが，行為者にその参加を強制するものではないということを想起すればこの点はより明らかであろう。

以上の論証で十分ではなければ，加害者と被害者のみならず**刑事司法**も修復的司法によって得るところがあるということを想起してはどうだろうか。というのも，まさに TOA によって，手続打ち切りにつながる事案が出てくるし，より重大な事案でも実刑を回避することにつながることがあるからである。これは，リソースの節約につながるものであり，それは常に加重負担状態にある刑事司法においては過小評価されてはならないのである(79)。

我々，とりわけ刑事司法に関わる者に必要なのはいわば「**修復的司法の精神〔Restorative Justice Spirit〕**」なのである(80)。私の印象では，多くの裁判官や検察官，そして刑事弁護人すらも，依然として様々な理由から損害回復の措置に懐疑的である。彼らが恐れているのはおそらく，外側からのある種の「攪乱」，すなわち，彼らにとってなじみがなく，完全なコントロールは不可能な，手続における外的要因なのである(81)。我々はこのような悪い意味で保守的な考え方を克服し，修復的司法を全ての関与者，すなわち，被害者と，加害者と，刑事司法と，そして最終的には社会全体とにとって利益をもたらしうる大きな機会と見るべきであろう。これが日本にとってもモデルにならないとどうして言えるだろうか？

〔訳者あとがき〕

本稿は，アウクスブルク大学法学部ヨハネス・カスパー教授（Prof. Dr. Johannes Kaspar）が2019年 9 月28日に比較法研究所で講演された際の講演原稿の翻訳である。

カスパー教授は，本文でも言及されているように，ミュンヘン大学で法律学を学ばれ，2001年に第 1 次国家試験に合格された後，2004年に博士号を取得されている。2011年に教授資格を取得された後，2012年からアウクスブルク大学法学部教授の職にある（教授資格論文は，2014年に Nomos から „Grundrechtsschutz und Verhältnismäßigkeit im Präventionsstrafrecht“ として出版されてい

(78)　S. dazu Kaspar/Kurosawa 2017, 166 ff.
(79)　Dünkel 2015, 513.
(80)　Dünkel 2015, 510 und 515.
(81)　Kaspar 2004, 286 ff.

る)。教授就任後も，制裁法に関する複数のプロジェクトを主宰し，複数の論文集を成果として世に出している。また，2018年の第72回ドイツ法曹大会の刑事法部門において量刑のあり方に関する報告者を務めるなど，現在のドイツにおける制裁法研究のニュースターと言っていい存在である。

今回の講演にあたっては，ドイツにおける修復的司法の現状に関する報告をお願いしたところ，法規定はもちろん，最新の判例，実際の統計，そしてご自身の関わったモデル事業評価の経験までも踏まえた素晴らしい原稿を書き下ろしていただいた。本稿を読めば，現時点におけるドイツの修復的司法関連規定の趣旨と運用を概観することが可能であるといってよいと思われる。

訳出にあたっては，原文中のボールドは訳文ではゴシックで示し，原文中下線が付されている箇所にはこれに代えて圏点を付した。原文中の丸括弧は訳文でも丸括弧とした。キッコーは訳者による補足，訳注および原語の表記である。

なお，今回のカスパー教授の講演は，明治大学新領域創成型研究による日本招聘にあわせて実施されたものである。関係の先生方には，ここに記して感謝を申し上げる。