

## 刑事訴訟における被告人の地位 ——シュエネマン教授の講演をめぐって——

齊 藤 誠 二

I 2005年（平成17年）10月30日に、折から国際刑事政策シンポジウムに出席されるために来日されていた、ドイツのミュンヘン大学のベルント・シュエネマン（Bernd Shünemann）教授は、山梨学院大学法科大学院で「刑事訴訟における被害者の地位」という題で特別講義（講演）をされた。ここにあるシュエネマン教授の原稿がその時の草稿である。

II 歴史的にみると、はじめは、刑事訴訟と民事訴訟の区別はなく、犯罪の被害者が訴訟を始めるといふ形（私訴）が採られていた<sup>(1)</sup>。しかし、現代の刑事訴訟では、犯罪の被害者は、基本的には（犯罪の）「証人」としての地位を持つだけのものとされてきた<sup>(2)</sup>。そこで、犯罪の「被害者は無力化された」<sup>(3)</sup>（ユング）とか刑事訴訟の「忘れられた存在」である（ヴァイゲント）<sup>(4)</sup>といわれていた。

そこで、いま、刑事訴訟では、この犯罪の被害者の地位を高め、それにどういう権利を認め、それをどう保護支援していくのか、ということが大きな問題となって来ている<sup>(5)</sup>。

わが国では、とくに、犯罪の被害者が刑事訴訟にどう積極的に加わることが出来るようにしていくのか、犯罪の被害者が刑事手続の中で民事訴訟（損害賠償の請求）（付帯私訴）を起こすことが出来るようにするのがよいのか、

被害者を保護し支援することといわゆる修復的司法をどのように調和させていくのか、などといったことが論議<sup>(6)</sup>されている。

III わが国の刑事訴訟に大きな影響を与えてきたドイツでは、わが国とは同じ意味ではないが、犯罪の被害者は刑事訴訟で「忘れられた存在」である、といわれていた。

すなわち、

(1) ドイツでは、わが国と違って、1877年2月1日のいまの刑事訴訟法には、犯罪の被害者に関係するいくつかの手續が認められていた。

(i) そのはじめから、(侮辱とか軽い傷害のような個人のごく軽微な犯罪といった) ごく限られた範囲ではあったが、被害者が訴訟を起こす制度(私訴 [Privatklage]) が認められていたし、

(ii) やはりはじめから、(後でその範囲は拡げられたものの) 限られた範囲ではあったが、はじめは被害者だけに、後ではその遺族などにも、検察官が提起した公訴に参加すること(公訴と並んで訴えを起こすこと)(訴訟参加 [Nebenklage] [公訴参加] [付随私訴という訳もある]<sup>(7)</sup>) が認められてきたし、

(iii) さらに、はじめは、(侮辱や傷害などの被害者に認められていた) 賠償金 (Buße) の請求についてだけ、しかし、(1942年からはオーストリア法に倣って) (一定の範囲の) 損害賠償の請求を、提起された公訴に被害者が加わってすることを認める付帯私訴 (Adhäsionsprozess) が認められてきた、

といったことが、それであった。

(2) ドイツでは、19世紀の末から約1世紀にわたって犯罪を克服するために刑法を改正しようという議論がされてきた。そうして1969年になって新しい刑法の総則がつくられた。

そこでは、それまであった犯罪の被害者やその家族によってされる純粹

な私的な刑事司法を国の機関による刑事司法に代えようとし、それまでのいわゆる応報刑法をいわゆる予防刑法に代えようとした。

ところが、刑事訴訟の最終の目標が犯罪者を社会復帰させるという社会の利益にあるということになると、犯罪の被害者はもはや刑事訴訟でただ証人としての役割を持つだけのものになってしまう。そこで、ドイツでは、それまであった犯罪の被害者の訴訟参加のようなものは永久にこれを廃止するのがよいというような主張もされるようになった。<sup>(8)</sup>

それで、ドイツでは、犯罪の被害者は刑事訴訟で「忘れられた存在」である、といわれたのである。

そこで、1984年に、第55回のドイツ法曹大会 (Deutscher Juristentag) で、「刑事訴訟における被害者の法的な地位」 (Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren) というテーマが選ばれた。それ以来、ドイツでは、刑事訴訟における被害者の地位の問題は、突然、「人気のある」 (en vogue)、「流行の」 (a la mode) 問題となった。そこで、ドイツでは、いまや犯罪の「被害者の時間」 (Stunde des Opfers) がやって来た、といわれている (もともと、ときに、これは、「一時的なもの」なのか、それとも、いわば「多年性のもの」なのか、といわれたりもした)<sup>(9)</sup>。それ以来、ドイツでは、刑事訴訟において被害者の地位を強めようとする一連の立法がされ、さらにその権利を強めようとする動きが示されている。

(わが国ではかならずしも十分に注目されているわけではないが、ドイツでの近年のこの被害者の保護をめぐる論議の展開のプロモーターとなったのは、フェミニズムの運動であった。殆どの場合に男性によっておこなわれる性的な犯罪の被害者の地位をめぐる展開されたフェミニズムの主張が一般に被害者の地位を改善していこうとする議論のいわば作動ボタンとなったのである。)

IV ここで、シューネマン教授は、まず、1984年のドイツの法曹大会を契機と

して1986年から今日に至るまでのこの20年の間にドイツでみられた刑事訴訟における被害者の地位の保護についての立法（1986年、98年、2004年などの立法）の展開について簡潔に鳥瞰し、ついで、つぎのような問題について、その考えを示された。

すなわち、

- (1) 犯罪の被害者を訴訟の主体とすることをどう評価するか、
- (2) 付帯私訴を幅広くしていてもよいか、被害者が財物の返還を求めることに国が協力するのか、犯罪者と被害者との和解をどう取り扱うのか、さらに
- (3) 近年ドイツでは被害者の申立によっておこなわれるいわゆる起訴強制手続（Klagezwangsverfahren）が非常に弱体化されてきているが、これでよいのか、

といった問題である。

こういう問題について、シューネマン教授は、次のような考えを示された。

すなわち、

- (1) ドイツでは、私訴は実際には殆どおこなわれていない。それで、その実際的な意味は殆どないといえる。これに対して、訴訟参加（公訴参加）（付随私訴）は近年本質的に拡げられ、実際にも性犯罪で多くは女性の弁護人のグループによりおこなわれている。その他にも、侮辱や傷害や自由に対する罪や（被害者の近親者によって）殺人などでもかなりおこなわれている。しかし、被害者をいわば補足的な訴追者として当事者化することは、かなり疑問である。そうすることによって、犯罪の被害者の証人としての機能は非常に損なわれることになるし、それによって、実体的な真実の発見も危うくなるし、全体として被告人の負担を増すという間違った状況になるからである。そうすることによって、被告人には検察官と被害者と裁判所による、いわば包囲網が敷かれ、弁護の可能性が制限される。い

ってみれば、全体として訴訟のバランスが失われる。

(2) これに対して、付帯私訴については、次のようにいえる。

(i) ドイツの付帯私訴は、オーストリアの刑事訴訟から継受したものであるが、弁護士からも裁判所からも余り好まれず、長い間重要な意義を持つものではなかった。それは、①一方で、付帯私訴はかならずしも弁護士がおこなわなければならないものではなく、しかも、弁護士報酬は一般の民事訴訟よりも低いものであったので、これは弁護士にとって全く魅力のないものであったからであり、②他方で、民事の損害賠償法という日頃なじみの薄い分野の問題なので、付帯私訴は刑事の裁判官にとって非常に大きな負担になるし、また、損害賠償が認められるのか、どの程度に認められるのか、という判断をするために、刑事訴訟が遅延することになったからである。そこで、付帯私訴の申立は非常に少なく、しかも、その申立てがあっても、殆どの場合に、裁判官の裁量によって取り上げられないということが多かった。

(ii) 1986年の被害者保護法によって付帯私訴の規定は改正され、刑事訴訟の遅延に対する配慮がされたが、実際には殆ど状況は変わらなかった。

(iii) そこで、**2004年の被害者の権利の改善のための法律で付帯私訴における被害者の法的な地位は非常に強められた**。すなわち、たしかに、①付帯私訴の申立があっても、それが刑事訴訟による処理に適していない場合（ドイツ刑事訴訟法406条1項4文）、②とくに、刑事手続がそれによって非常に遅延する場合にはその申立は却下される（同1項5文）ことになっている。しかし、裁判官は、いまや、それについて自由裁量で却下することは出来ないことにされ、慰謝料の請求があった場合には、いつでも刑事訴訟による処理に適しているとされることになった。しかも、申立が却下された場合には、即時抗告が認められることになったのである。

(iv) こういうようにして、被害者の地位は本質的に強められた。そうし

て、付帯私訴は、そこではすべての証拠が職権で収集されるという被害者にとって民事訴訟よりも有利な点があるので、この手続は非常に魅力的なものになった。付帯私訴が市民権を持つかどうかは今後の展開に待たれている。将来においては、とくに経済事犯でそれは大きな意義をもつことになるであろう。

- (3) 付帯私訴の他にも、犯罪行為によって得られた財産的な価値のあるものを被害者が取り戻すのを予め確保しようとする制度がある。ドイツ刑事訴訟法111b条5項に規定されている、いわゆる「取り戻しの援助」(Zurückgewinnungshilfe)の制度が、それである。それは、被告人が、その犯罪によって得た財産上の利益を、被害者のそれを取り戻したいという要求に基づいて、検察官が捜査の段階で差押え、それによって被告人のその取り戻しを確保しようとするものである。これは、被害者に被告人から犯罪行為によって得たものを取り戻す可能性を与えようとするものである。

これまで、経済犯罪では、しばしば盗品が海外に運ばれ、それを取り戻すために多額の費用を必要とすることがあった。いまや、検察官は被害者の被害回復を確保するための有力な武器をもったのである。

- (4) これまで見た付帯私訴も被害者による取り戻しの援助の制度ももっぱらいわば被告人の負担で被害者の訴訟上の地位を強めようとするものである。これに対して、1994年に取り入れられた被告人と被害者との和解(Täter-Opfer-Ausgleich)の制度は、被害者にも被告人にも利益になるようにということで設けられたものである。これは、被告人が被害を回復するために少なくとも真摯な努力をした場合には、刑罰減輕事由とするものである。

これについては、次のようなことをいっておこう。

- (i) 被告人と被害者との和解は、狭い意味では、被害者も加え、被告人が被害者との話し合いに達しようという意思を持ち、話し合いの場所で犯罪によって引き起こされたコンフリクトの全体を解決しようとするもの

である。それは、また、広い意味では、被告人が個人的な負担をし、被害者にその被害の全部か、少なくともその大部分の賠償をする場合でも、たとえば、そうすることが出来るように、被告人が、その余暇に大きな仕事をしたり、その個人的ないしは金銭的な面で非常な制約を受けるといった場合でも、よいのである。

- (ii) ドイツ刑法46a条では、被告人と被害者との和解は、刑罰減輕事由とされているが、刑事訴訟法では、これは3つの規定で取り上げられている。

すなわち、

- ① 検察官と裁判所は、刑事手続のどの段階でも、被告人と被害者との和解の可能性を探らなければならないし、適当な場合には、これを實現できるようにしなければならない (155a条)。
- ② 検察官と裁判所は、被告人と被害者との間の和解を、裁判所の外でのコンフリクトの仲裁についての経験のある和解機関 (Ausgleichsstelle) に委ねることができる (155b条)。
- ③ 検察官は、裁判所と被告人の同意を得て、被告人と被害者との和解が、軽罪についてのもので、公訴を維持する公の利益に反しない場合で、責任の重さにも反しない限り、これを条件として手続を打ち切ることができる (153a条)。

この3つがそれである。

- (iii) 全体としていえば、被告人と犯罪の和解は、いわゆるダイヴァージョンの重要な可能性を示すものである。(すでに見たように、) 被告人と犯罪者の和解は刑罰減輕事由とされ、ときに、これによって手続を打ち切ることができるとされている。ところが、ドイツの連邦裁判所は、刑罰減輕事由は自白があった場合にだけ認められる、としている。それで、特に性犯罪において、被告人は自白をしなければならないという心理的な圧迫を受けることになっている。

(5) 最後に、起訴強制手続に触れておこう。1877年の現行のドイツの刑事訴訟法は、検察官が手続を打ち切るという判断をした場合には、被害者は、はじめは検察官に、後からは上級地方裁判所に、手続の打ち切りではなくて、公判請求をしてくれるように申立をすることができることにして来た。立法者は、被害者の応報の利益を検察官のコントロールの下に置き、いわば「コントロールをする者を誰がコントロールするのか」という問題に解答を与えたものである。

いうまでもなく、こういうコントロールは重要なことである。それは、政治的に影響力のある被告人のケースでも、検察官にとって刑事訴追が労力の多い、骨の折れるものであるケースでも、いえることである。

しかし、この重要な制度は、過去十数年の間に非常に弱まってきている。重罪ではなく、軽罪と財産犯的な領域で実際には起訴便宜主義が取り入れられてきているからである。とくに、重大な経済事犯で、検察官は、しばしば、金銭が支払われた場合に、ドイツ刑事訴訟法153a条によって、手続を打ち切っている。

しかも、この手続の打ち切りは、被害が数百万ユーロ、時には、数十億ユーロに及ぶ場合にもおこなわれている。しかし、ドイツの判例は、この起訴便宜主義的な理由に基づく手続の打ち切り、特に、刑事訴訟法153a条による打ち切りの場合には、被害者の起訴強制の権利を認めず、連邦憲法裁判所は、それを憲法に反しないものとしている。

しかし、これは法治国家としての大きな欠陥であるように思われる。たしかに、犯罪の被害者は検察官の裁量を自分の判断に置き換えるように要求することはできない。しかし、検察官が起訴便宜主義的な理由から、手続を打ち切った場合には、少なくとも、それが法律で認められた裁量の限界の中にあるかどうかを裁判所が検討することができるようにしなければならないと思われる。

こういうように、いったのである。

V ドイツでは、刑事訴訟における被害者の地位は、過去二十年の間にこういうように大きく発展したのである。ここでのシューネマン教授の論旨をまとめてみると、次のようにいうことができる。

すなわち、

- (1) 犯罪の被害者を刑事訴訟の主体にしようとするには、大きな疑問がある。そういうようにすることによって、被害者の証人としての役割は、非常に害されることになるし、全体としての訴訟のバランスが失われる。特に、被害者が最も重要な、ないしは被告人の有罪を証明する唯一の証人である場合には、そうである。
- (2) これに対して、「付帯私訴」を強めたり、「取り戻しの援助」によったり、「被告人と被害者の和解」によったりして損害の回復の領域で犯罪の被害者の地位を強めることは、積極的に評価することができる。
- (3) しかし、起訴強制手続の領域では、犯罪の被害者の地位に、非常に大きな欠陥がある。起訴便宜主義を拡大することは、検察官に対する起訴強制手続によるコントロールの可能性を非常に弱めてしまってきているからである。

シューネマン教授は、こういうようにいうのである。

このうち、被害者が訴訟主体として訴訟に参加することに消極的なシューネマン教授の考えには、わが国で反対する向きもあろうが、これに賛成する向きもあろう。シューネマン教授の考えには、刑事訴訟の理念や構造などから見て、正鵠を射た点もあるものだと思われるからである（ロクシン教授はシューネマン教授の考えを評価している）。

VI シューネマン教授は、（既に別の機会に紹介したことがあるので、ここでは簡潔に触れるだけにするが）、1944年11月1日に、ドイツのニーダーザクセン州のブラウンシュヴァイクの近郊のブロイシュテットで生まれた。ゲッティンゲン大学とベルリン（ベルリン自由）大学とハンブルク大学で法律学

を学んだ。その頃ゲッティンゲン大学にいたロクシン (Claus Roxin) 教授の助手をしながら、1970年12月にゲッティンゲン大学に提出した『不真正不作為犯の基礎と限界——刑法の方法論との関連で——』(Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre.) という学位請求論文で、法学博士の学位を取った。ロクシン教授とともにミュンヘンに移り、1974年に『法の発見の4つの段階——刑事訴訟の上告審との関連で——』(Die vier Stufen der Rechtsgewinnung. Exemplifiziert am strafprozessualen Revisionsrecht.) という教授資格論文をミュンヘン大学に提出して教授資格を取った。75年に、まず、マンハイム大学の、次いで、ボン大学の員外教授となり、76年には、マンハイム大学の正教授になり、フライブルク大学の正教授を経て、91年からミュンヘン大学の正教授として今日に至っている<sup>(10)</sup>。

1971年の『不真正不作為犯の基礎と限界』や、78年の『法律がなければ刑罰はないのか?』(Nulla poena sine lege?) (マンハイム大学の教授就任講演に加筆したものである)をはじめとして、その著書や編著は数多い。その論文に至っては、枚挙にいとまがない程である。しかも、その一つ一つは、どれも現代の刑事法学に鋭い問題提起をするものである。

シューネマン教授の著書論文は、今いったように極めて多い。しかも広範にわたっている。それで、その刑事法学に問題を提起してきた点を少ないスペースで鳥瞰するのは難しい。そこで、ここでは、その問題提起をした点のいくつかに触れておくだけにする。

(1) いまドイツでは、なお一部に、行為者に責任があるかどうかを、全く伝統的な他の行為をすることのできる個人の自由を前提として考えていこうとする考えもある (イエシェック、ヒルシュ)。しかし、有力な考えは、行為者に責任があるかどうかを、その行為者のかわりに平均的な市民なら、その行為を避けることができたかどうか、ということと、その行為者は普通、平均 (的) 人の能力を持っているかどうか、という一般的な判

断で決めていこうとする、いわゆる「社会的な責任概念」(sozialer Schuldbegriff)である(ボッケルマン=フォルク、クリュムペルマン、マンガキス、シュトラーターテンヴェルト、レンクナー、ルドルフィー、イエシュック=ヴァイゲントなど)。

しかし、シューネマン教授は、1984年から、言語学者ウォルフ(Whorf)の有名な、1つの社会の言語の特質、とくに、その言語の文法は、その社会の一定の物事の見方を表すものである、という仮説をベースにおいて、意思の自由を認め、責任の概念を肯定している<sup>\*</sup>。

しかし、シューネマン教授は、そうであるからといって、応報刑の考えを採るのではなく、現代の予防刑法のもとでも、刑罰の限界を画するという形で責任主義は維持しなければならない、という考えを採っている<sup>(11)</sup>。

- (2) よく知られているように、1973年から、ロクシン教授は、犯罪論を構成要件論と違法論と答責性論とにわけて論じて来ている。責任というものをただ刑罰の限界を画するという形でだけ認め、それまでの責任論に代えた答責性論の中心となる機能は一般予防と特別予防の要請から刑罰の限度を決めていくことになると見たからである<sup>(12)</sup>。1984年から、シューネマン教授は、このロクシン教授の考えをベースに置き、しかし、ロクシン教授とは違って意思の自由を認めながら、犯罪論を構成要件論と違法論と責任論と答責性論との4つにわけて論ずるという考えを示して来ている<sup>(13)</sup>(ついでにいうと、かねて、わたくしは、予防刑法という観点から、基本的には、ロクシン教授やシューネマン教授のように、これまでの責任論に代えたり、これを補完するものとして、いわゆる「答責性論」ということを犯罪論に取り入れてもよいとは思っている。ただ、「答責性」という言葉よりは、用語として熟さない点もあるが、従来の「責任」を「狭い意味の責任」と呼び、いわゆる「答責性」を「広い意味の責任」というようにいう方がわかり易く一般に理解し易いと思っ<sup>\*\*</sup>て来ている)。

- (3) 1971年から、シューネマン教授は、不真正不作為犯について、いわゆる

先行行為 (Ingerenz) にもとづいて保障人的な地位が生ずるとする伝統的な考えを批判するいわゆる「非先行行為説」(Antiingerenztheorie) を採り、保障人的な地位は「結果の原因 (みなもと) の支配」(Herrschaft über den Grund des Erfolges) から出てくるものである、という考えを主張している。これは、ドイツでは、いわゆる非先行行為説のいわばスポークスマンともいえるものであるとされ、1つの注目されなければならない立場といわれている。<sup>(14)</sup>

(4) 1975年に、シューネマン教授は、過失犯について包括的でくわしい分析を展開された。これは、ドイツでは、それまで刑法解釈論のなかで継子であった過失犯をその寵児にしたものである、という評価を受けている。<sup>(15)</sup>

(5) 1972年に、シューネマン教授は、ドイツの刑法雑誌に「ノバによる刑事の再審の手續と『疑わしいときには被告人の利益に』の原則」(Das strafprozessuale Wiederaufnahmeverfahren propter nova und der Grundsatz „in dubio pro reo“) という論文を発表し、刑事の再審について鋭い分析を展開した。ドイツでは、これは、10年に1度出るかどうかというすぐれたものである、という評価 (当時の刑事訴訟法学の第1人者といわれていたペータース [Karl Peters] 教授の言葉) を受けている。

ここではスペースの関係で、その研究者としての地歩を固めるにいたるごく初期のいくつかのものを中心として、そのいくつかの問題提起を見たが、シューネマン教授は、わが国ではその著書論文が読まれることが比較的多くはないが、ドイツでは高い評価を受けている。

まったく個人的なことであるが、わたくしは、1970年12月初旬にその頃のゲッティンゲン大学のロクシン教授の研究室で偶然初めてシューネマン教授と出会った。その日その後でシューネマン教授は、後で、有名になったその学位請求論文「不真正不作為犯の基礎と限界」の口述試験を受けなければならなかった。

ロクシン教授のもとからもなん人も刑法学者が巣立ったが、ロクシン

教授はかつてシューネマン教授がもっとも秀でていた弟子であるといわれたが、いまは「シューネマンはかつてわたくしの弟子であったが、いまは同僚であり友人である」といっている<sup>(16)</sup>。

〈注〉

- (1) Vgl. His, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina, 1928, S. 485.; Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1971, S. 48ff.
- (2) Schünemann, NStZ 1986, S. 194.
- (3) Jung, ZStW, Bd. 96, 1981, S. 115.
- (4) Weigend, ZStW, Bd. 96, 1981, S. 761 (これは、McDonald, in: McDonald (ed.), Criminal Justice and the Victim, 1976, pp. 17, 19 にもとづいたものである)。
- (5) Schünemann, in : Schünemann/Dubber (Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, 2000, S. 155.
- (6) たとえば、「特集 犯罪被害者のための施策の総合的検討」ジュリストNo.1302 (2005年) 2ページ以下。
- (7) 《Nebenklage》は、ここでは、「訴訟参加」としておいたが、山田『ドイツ法律用語辞典 [改訂増補版]』《1993年》440ページは「付随私訴」としている。
- (8) 古く、Rosenfeld, Die Nebenklage des Reichsstrafprozesses, 1900, S. 208ff. は、「訴訟参加」の廃止を主張していた (noch vgl. Meyer-Großner, ZRP 1984, S. 228ff.)。
- (9) Vgl. Schünemann, NStZ 1986, S. 194.
- (10) シューネマン「現代の予防刑法における責任概念の機能」警察研究54巻8号 (1983年) 56ページ以下 (齊藤訳) のわたくしの解説も参照。
- (11) Schünemann, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 153ff.; ders., GA 1986, S. 293ff.; ders., in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, S. 147, 151ff.; ders., in: Festschrift für Lampe, 2003, S. 537ff. (= Festschrift für Saito, 2003, S. 39ff.)。
- (12) Vgl. Roxin, Strafrecht, Allg. Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 19.
- (13) Vgl. Schünemann, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, S. 153ff.
- (14) Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971; ders., ZStW, Bd. 96, 1984, S. 287ff.; ders., in: Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1995, S. 72ff. Vgl. auch Roxin, Strafrecht, Allg. Teil, Bd. II, 2003, § 32 I Rdnr. 8.

(15) Schünemann, JA 1975, S. 435ff., 511ff., 575ff., 647ff, 715ff. (vgl. auch Roxin, Strafrecht, Allg. Teil, Bd. I, § 24 Rdnr. 2 Fußn. 4).

(16) Roxin, in: Festschrift für Schünemann, 2005, S. 135.

[ドイツにおける最近の「意思の自由」と「刑罰の本質」についての論議] (65ページ7行目と25行目の注)

※ ドイツでは、いま、また、「意思の自由」の問題が関心を呼んでいる。それは、ここ数年の間に、ドイツでは、現代の脳の研究を踏まえて、意思の自由の領域はないことを証明できるとする考え（決定論）（プリンツやジンガーやロートなど）が出され、さらに、決定論と自由とを調和させ、責任刑法の原則を取ろうとするもの（パオエン [2004年]）が出されたりなどしているからである。こういう考えは、1983年に発表されたアメリカの精神生理学者リベット（Libet）の研究をベースにおいたものである。リベットは、意思の決定の前に、脳の電子的な活動にもとづく「運動準備電位」があり、それは無意識に起きるものであり、それに続く意思の決定を決める、としている。

かねて、わたくしは、意思の自由があるともないとも（非決定論とも決定論とも）決めないで、刑法の理論を展開することが出来ると考えて来ている（わたくしの「刑罰の正当性をめぐって」宮沢古稀論文集2巻 [2000年] 1ページ以下）。いま、リベットの考えに接しても、わたくしは、これまでの考えを変えようとは思わない。

それは、こういうわけである。リベットは、意識的な意思は無意識のニューロンによって起きる衝動をブロックすることが出来るのであり、意思のプロセスは無意識の脳のプロセスによって始められるものではあるが、意識的な意思は意思のプロセスの結果に影響をあたえる、として、決定論も非決定論もどちらも証明されてはいない、としているからである（vgl. Geyer [Hrsg.], Hirnforschung und Willensfreiheit, 2004, S. 277, 284）。

ロクシンも、同じような理解をしている（Roxin, Strafrecht, Allg. Teil, Bd., I, 4. Aufl., 2006, § 19 Rdnr. 44. この問題については、vgl. noch Z. B. Hillenkamp, JZ 2005, S. 313ff. ; Lampe, ZStW, Bd. 118, 2006, S. 1ff. ; Walter, Festschrift für Schroeder, 2006, S. 131ff.）。

※※ 2006年5月27日に立命館大学で日本刑法学会の第84回の大会があった。その共同研究の第1分科会で、ドイツではいま予防刑法は衰退しいわゆる「あたらしい応報刑」が力をえている、という報告があった。

しかし、これは、つぎのような理由で、妥当とは思われない。

(1) 2006年1月に、ロクシンは、つぎのようにいった。

すなわち、

たしかに、いまでも、ドイツには、あたらしい観念論的な刑法理論を支持するか

なりな人がいる、しかし、ドイツの多数説は基本的には応報刑を否定する立場を採っている。たとえば、

- (i) コリアートは、経験的に理解された応報原則を出発点とする統合説は採ることが出来ない、統合説の出発点は予防原則のなかにある、といい（1995年）、カントやヘーゲルに戻ることは出来ない、といているし（2004年）、
- (ii) シュトラテンヴェルトは、刑罰の議論のなかで絶対説はむしろマージナルなものである、といているし（1995年）、
- (iii) リューデルセンは、応報にはスペースはないし、これは宗教的なメタファーであるとか（1995年）、絶対刑はクラシイカーの繰り返しおこなう呪術以外のものではないといい（1998年）、
- (iv) また、シューネマンは、絶対的な刑法の基礎付けは「説得的なものではない」し（1995年）、あたらしい絶対的な刑罰の理論は現代の社会を誘導する相互の関係とその処罰の必要性を断ち切り、明らかに逃げ道のない袋小路に入り込んでしまっている、といている（2004年）

などしている（このほかにも、①フロイントは、刑罰は、法益保護という刑法の役割から目的合理的に正当化されなければならない、しかし、絶対的な完全に目的のない刑罰の理論は、いまの憲法のもとでは、これを維持することが出来ないものである、といい [1998年]、また、②ヨエックも、刑罰の目的の理論としての絶対説は、現行法の背景からみると、もはやこれを維持することが出来ない、とし [2002年]、さらに、③ B. D. マイアーは、行為者は、憲法が正当とする目的での意味の「必要性の考慮」を追求されたときだけ、一観念論哲学とはまったく違って—その自由に対する刑罰による侵害を受け容れることができる、といている [2001年]）。こういうようにいうのである（Roxin, AT, I, § 3 Rdnr. 47）。

- (2) 最近、ドイツでは、パヴリックが、ヘーゲルを踏まえた応報理論を展開している。すなわち、パヴリックは、市民は平和と自由を享受しているが、その「代償」として国に対して忠実義務を負っている、ところが、犯罪をおこないこの義務に反すると、この忠実義務から、その義務の違反によって市民はその自由の一部を奪われなければならない、という第2次的な義務が出てくる、といている（Pawlik, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, 2004, S. 75ff. Vgl. Pawlik, Festschrift für Rudolphi, 2004, S. 213ff.）。

しかし、パヴリックも、被害回復とか軽い犯罪での手続の打ち切りを認めている。これは、すでに、応報理論から予防刑法に接近することであり、はたして、その出発点と調和するのか疑問であるからである。

[追記]

1 これは、「研究ノート」として、2006年（平成18年）6月上旬に書かれ提出されたものである。それで、普通は、遅くとも2006年の初秋までには出されるものであった。ところが、その理由はわからないがその刊行が極度に遅れ、やっと再校を手にしたのが2007年（平成19年）3月上旬ということになってしまった。はじめは、この研究ノートを発表する多少の意味もあった。しかし、こう遅れるとこの研究ノートを発表する意味も非常に減ってしまったように思われる。それは、つぎのような理由による。

(1) よく知られているように、いま、わが国では、犯罪の被害者が刑事訴訟に参加することを認めるのか、認めるとしてもどういう形でなのか、ということ（訴訟参加の問題）と、犯罪の被害者が刑事手続の中で民事訴訟（損害賠償の請求）（付帯私訴）を起こすことが出来るようにするのがよいのか、そうだとした場合でもどういう形でなのか（付帯私訴の問題）が論じられている。この研究ノートが早い時期に出されたとしたら、この問題についてのシューネマン教授の考えは、（それが認められなくても）わが国でこの問題についての法案の原案が作られるプロセスで多少の話題になったかも知れない。しかし、いまとなると、すでにこの問題についての法案の原案が作られてしまった。それでも、もはやシューネマン教授の考えが多少とも話題となるとは思われない。こういう形でこの研究ノートをいま発表する意味は非常に減ってしまったと思われる。

(2) ここで焦点を当てたシューネマン教授は、ドイツの刑法は予防刑法をベースにしているという基本的な考えから、その刑法の理論を展開し、ここで問題としている刑事訴訟における被害者の地位の問題などにもアプローチしているのである。ところが、すでにいったように、2006年5月27日の日本刑法学会の大会の1つの「共同研究」で、ドイツではいま予防刑法は衰退し、いわゆる「あたらしい応報刑」が力をえている、という報告があった。もしそうであるとすれば、シューネマン教授の考えはそれを取り上げるかどうかまで含めて、抜本的に検討し直さなければならないことになる。しかし、わたくしには、その報告は妥当ではないと思われた。2006年1月にロクシン教授はそのドイツでもっとも浩瀚な体系書である『刑法総論』の第1巻の4訂版を出された。そこでは、全体にアップ・ツー・デートのものにしながら、150ページ程従来の叙述に書き加え、その体系をさらに深化された。そうして、まさにこの問題にもアップ・ツー・デートの状況をくわしく示しながらアプローチされた。この問題については、すでにいったように、ドイツの多数説はいま基本的には応報刑を否定する立場を採っている、とされたわけである（Roxin, AT, I, 4. Aufl., 2006, § 3 Rdnr, 47）。わたくしは、このロクシン教授の理解が妥当だと思っているが、これと違う理解を示すのであれば、このロクシン教授の理解を批判しなければならない。しかし、学会の当日の先程の報告では、4月程前のロクシ

ン教授の理解も、それを批判するということがまったくされなかった。それで、わたくしは、その時、自分の言葉でロクシン教授の理解を述べるとともにそれがどの点でおかしいのかを質問してみたいと思った。その用意もあった。これが学問的に妥当な態度だと思ったからである。しかし、時間の関係で発言の機会を持てなかった。それで、そのすぐ後で、一種の速報的な意味をも込めて、この状況を書いてみたのである（これは結局シューネマン教授の考えにも触れることになることである）。しかし、これ程に遅れたいまとなると、これも迫力を欠くことになってしまった。

こういうようにして、わたくしは、こういう形でこの研究ノートを公表することの意味は非常に減ってしまったと思っている。残念なことである。

- 2 学問の道には感傷はない。しかし、このことは書いて置きたい。2004年12月末に、ロクシン教授は不幸な災害に見舞われた。精神的に立ち直ることの出来ない程の大きな打撃であったろう。ところが、文字通り不退転の勇気をもって数ヶ月経ったところでドイツでもっとも浩瀚な体系書であるその『刑法総論』第1巻の3訂版の大幅な改訂と、版を重ねることでドイツで他に例を見ないその教授資格請求論文『正犯と行為支配』の7版の増補版を作るという作業を始められた。そうして、その『刑法総論』の3訂版の大幅な改訂の作業は2005年10月末に終わられ、2006年1月には4訂版が上梓された。そこでは、全体に資料がアップ・ツー・デートのものになったというだけではなくて、いくつものあたらしい問題をも論じられ、これまでの叙述を補強されながら、スペイン法などを中心とする比較法的な検討もされ、全体としては150ページ程の加筆がされた。

ここで取り上げ（学会でも僅かではあるが話題になった）近年の「脳の研究」をベースに置いた「意思の自由」の問題やいわゆる「あたらしい応報刑」の問題などはまさにこの加筆された部分に入るものである。ところが、学会では十分に時間的余裕があった筈であったにもかかわらず、この注目してよいロクシン教授の理解にはまったく触れられなかった。ロクシン教授のためにも悲しいことであった。いままた深い感懐をもってこの「追記」を書いたことである（2007年3月6日）。

### [再度の追記]

いまここで再び「追記」を書かなければならないことはまことに遺憾なことである。

- 1 この数年のわが国の刑事立法でもっとも重要なものは先の国会で成立した「被害者の訴訟参加」の制度である。これはいうまでもなく、ドイツやフランス、とくにドイツの制度から示唆をえたものである。ドイツなどの制度については一部で現地にいき実際の運用の状態を調査した報告書が出されている。ただわが国では、ドイツの刑事訴訟はいわゆる職権主義を採っているので、わが国に合うようにメタモルフォーゼされた、といわれている。

2 わが国では紹介されることがすくなかったが、ドイツでは被害者の「訴訟参加」（「公訴参加」）にはかなり多くの疑問が出されている（シューネマン、ロクシン、フェッサー、キューネなど [vgl. Fezer in KMR Kommentar zur StPO, 8. Aufl., 1990, Rdn. 2 vor § 395; Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl., 2007, Rdn. 257.1]）。わが国のドイツの現地報告ではドイツの学説に触れられることは殆どなかった）。

ここで話題としているシューネマン教授のこの制度に対する疑問の要点は、もう一度繰り返すことになるが、つぎのようなものである。すなわち、

[ i ] 被害者は刑事訴訟で証人としての役割りを持っている。証人というのは自分の体験した事実を客観的に述べる存在である。このことは刑訴法の条文にも示されている。証人は個別に尋問しなければならないし、後で尋問する証人が在廷する場合にはこれを退廷させなければならないとする規定（ドイツ刑訴§58 I）が、それである。ところが、訴訟参加の手続では、被害者は事件記録を閲覧したりその弁護人から聞いて事件の内容を知ることが出来る。そうであるとすれば、被害者は事件について先人主を持つことになり、その体験した事実を示す存在であるという証人としての性格は損われ変ってしまうのではないか。

[ ii ] そこで、刑事訴訟の理念である実体的真実が害されることにもなるのではないのか。

[ iii ] さらに、被害者の訴訟参加によって、検察官と被害者とその弁護人、それにしばしば検察官に同調する裁判所とが、法廷でいわば被告人とその弁護人に対する**包囲網**を敷くことになり、歴史的に培われた刑事弁護の可能性が損われ、いつてみれば刑事訴訟の全体のバランスが失われることになる。

こういうようにいうのである。これはわが国でも十分に検討されてよいことである。この「ジャーナル」が適時に出されていたら、法制審議会でも国会でもこんどの被害者の訴訟参加の制度の討議の際にこの考えも触れられたことであろう。しかし、いまとなっては所詮**六日の菖蒲**ということになってしまった。

2 こんどの被害者の訴訟参加の制度では「被害者の求刑」ということが認められることになった。しかし、**現在の実務でも、いま認められている「被害者等の意見の陳述」（刑訴§292の2 I）の際にしばしば「被害者の求刑」がおこなわれている。**2007年5月26日に名城大学であった日本刑法学会の第84回大会の共同研究の第2分科会での報告者のなかには「いまでも被害者が被告人を死刑にして欲しい」というようにいうことはあるだろうという発言もみられた。しかし、そうではない。**実務ではいまでも意見の陳述を終える際に被害者が「被告人に禁錮7年の刑を求刑する」といった発言をすることがしばしばみられる。**そうであるとすると、こんどの被害者の求刑の制度というのは屋上屋を架するものであることになってしまう。そうでなければ現在の実務の運用が誤っているということになるからである。

- 3 先程の刑法学会の大会の共同研究では、わたくしは、被害者の訴訟参加についてのドイツでの基本的な疑問やわが国の実務でのいわゆる被害者の求刑についてのいまの運用などについて立案の審議のプロセスでどういう議論が展開されたのかを教えて欲しいという質問を提出しておいた。しかし、これはまったくネグレクトされ取り上げられることはなかった。それ程意味のないものなのであろうか。まことに遺憾なことである。  
(2007年8月4日)