

〔論文〕

「行為による悔悟」制度における任意性と強制

鈴木 一 永

名古屋学院大学法学部

要 旨

オーストリア刑法167条では、財産犯に対する「行為による悔悟」制度が規定されている。この制度は、犯罪が可罰的な程度に至った後に、一定の法益保護に資する行為を行為者がすることによって刑の減免が得られる、という点で中止犯と共通し、要件についても比較して議論がなされる。

中止犯では、行為者は中止行為を「任意に (freiwillig)」行わなければならない、とされているところ、本規定では「強制されることなく (ohne Zwang)」損害回復行為等をすればよい、とされている。他方で、わが国の任意性論における主観説は、任意性を自由な意思、すなわち外部から強制を受けないことと解してきたことから、「強制」の概念について比較検討した。その結果、両規定の被害者志向的な根拠論が「強制」の解釈に影響を与えていること、いわゆる刑罰目的説との関係が特に法的効果との関係において検討されるべきこと等が明らかとなった。

キーワード：行為による悔悟、中止犯、任意性

Freiwilligkeit und Zwang beim Tätige Reue

Kazuhisa SUZUKI

Faculty of Law
Nagoya Gakuin University

目 次

- 1 問題の所在
- 2 わが国の中止犯の任意性論における強制
 - 2-1 任意性論の前提
 - 2-2 主観説
- 3 オーストリア刑法167条における任意性と強制
 - 3-1 167条における行為により悔悟の要件
 - 3-2 167条の根拠論
 - 3-3 167条の「任意性」
- 4 若干の検討

1 問題の所在

わが国における中止犯の任意性論では、近時、従来の主観説とは異なるタイプの主観説が有力になっている。従来の議論においても、客観説や限定主観説と並ぶ学説として主観説は存在しており、学説においては通説といってもよいと思われる。そこでの主観説は、いわゆる「フランクの公式」を用いる。これに対し、近時は主観説を基本的に妥当としつつ、強制されたような場合以外は任意性を認める見解が現れている¹⁾。もっとも、従来の主観説も行為者の意思に対する「強制」を基準してきたのであって²⁾、その相違を明らかにするためには「強制」の意味を検討しなければならないだろう。

ところでドイツ語圏刑法には「Tätige Reue (行為による悔悟³⁾)」といわれる法制度がある。これは犯罪が既遂に至った後でも、行為者が一定の法益保護に資する行為をすることで、刑の減免という優遇を得られる制度である。この制度は、違法性、有責性がすでに実現されている点、刑罰という制裁が介入することなく合法性へ帰還し、犯罪行為の果実を断念しているという理由で不処罰となる、などの共通点を有すると考えられ⁴⁾、中止犯と比較する形で論じられてきた⁵⁾。

オーストリア刑法の中止犯規定(16条)ではドイツ刑法、(言語の違いを別にすれば)わが国の刑

-
- 1) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』(2016年)302頁以下、高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』(2018年)426頁以下など。
 - 2) 山中敬一『中止未遂の研究』(2001年)80頁。金澤真理「中止行為の任意性について」法政論叢47号(2010年)43頁以下も参照。
 - 3) 「行為による悔悟」という訳語がもっとも一般的であるように思われるが(高橋則夫『刑法における損害回復の思想』(1997年)14頁、野澤充『中止犯の理論的構造』(2012年)432頁など)、「行為に表した悔悟」(法務省大臣官房司法法制部『ドイツ刑法典』(2007年))、「有効な悔悟」(法務大臣官房司法法制調査部『1974年オーストリア刑法典』(1975年)など)という訳語も用いられる。
 - 4) Valentin Schroll, Zu den reuefähigen Delikten des Vermögensstrafrechts, ÖJZ 1985, S.358.
 - 5) もちろん両制度には、中止犯は未遂犯一般に対して総則に規定されるのに対して、行為による悔悟は既遂犯に対して各則に規定されるという大きな違いがある。しかし行為による悔悟は講学上「Rücktritt vom vollendeten Delikt」(Gunter Arzt/Ulrich Weber/ Heinrich/ Eric Hilgendorf, Strafrecht Besonder Teil, 3. Aufl., 2015, § 37 Rn.51.)とも呼ばれ、両制度はいわば「未遂の中止」と「既遂の中止」として並列的に扱われてきた。

法と同様に、その主観的要件に対して「freiwillig(任意に)」という単語を用いている⁶⁾。それに対して、一定の財産犯に対する損害回復行為を行為による悔悟として規定する167条では「Ohne Zwang (強制されることなしに)」という文言が用いられている⁷⁾。特に167条の解釈においては、16条の解釈と

6) § 16(1) Der Täter wird wegen des Versuches oder der Beteiligung daran nicht bestraft, wenn er freiwillig die Ausführung aufgibt oder, falls mehrere daran beteiligt sind, verhindert oder wenn er freiwillig den Erfolg abwendet.

(2) Der Täter wird auch straflos, wenn die Ausführung oder der Erfolg ohne sein Zutun unterbleibt, er sich jedoch in Unkenntnis dessen freiwillig und ernstlich bemüht, die Ausführung zu verhindern oder den Erfolg abzuwenden.

16条1項 行為者が任意に実行を放棄した場合、又は数人がこれに関与したときは任意に実行を阻止した場合、又は行為者が任意に結果を回避した場合には、行為者は、未遂犯又は未遂への関与行為に故を以ては罰しない。

2項 行為者の関与なしに実行行為又は結果が生じなかったにもかかわらず、行為者がこのことを知らずに任意にかつ真摯に実行行為を阻止し又は結果を回避するように努力した場合にも、行為者は罰しない。

なお、邦語訳は、法務大臣官房司法法制調査部編・前掲注3)を参考にした。

7) § 167(1) Die Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung, Datenbeschädigung, Störung der Funktionsfähigkeit eines Computersystems, Diebstahls, Entziehung von Energie, Veruntreuung, Unterschlagung, dauernder Sachentziehung, Eingriffs in fremdes Jagd- oder Fischereirecht, Entwendung, Betrugs, betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs, Erschleichung einer Leistung, Notbetrugs, Untreue, Geschenkannahme durch Machthaber, Förderungsmissbrauchs, betrügerischen Anmeldens zur Sozialversicherung oder Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungskasse, Wuchers, betrügerischer Krida, Schädigung fremder Gläubiger, Begünstigung eines Gläubigers, grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen, Vollstreckungsverweigerung und Hehlerei wird durch tätige Reue aufgehoben.

(2) Dem Täter kommt tätige Reue zustatten, wenn er, bevor die Behörde (§ 151Abs.3) von seinem Verschulden erfahren hat, wenngleich auf Andringen des Verletzten, so doch ohne hiezu gezwungen zu sein,

1.den ganzen aus seiner Tat entstandenen Schaden gutmacht oder

2.sich vertraglich verpflichtet, dem Verletzten binnen einer bestimmten Zeit solche Schadensgutmachung zu leisten. In letzterem Fall lebt die Strafbarkeit wieder auf, wenn der Täter seine Verpflichtung nicht einhält.

(3) Der Täter ist auch nicht zu bestrafen, wenn er den ganzen aus seiner Tat entstandenen Schaden im Zug einer Selbstanzeige, die der Behörde (§ 151Abs.3) sein Verschulden offenbart, durch Ertrag bei dieser Behörde gutmacht.

(4) Der Täter, der sich um die Schadensgutmachung ernstlich bemüht hat, ist auch dann nicht zu bestrafen, wenn ein Dritter in seinem Namen oder wenn ein anderer an der Tat Mitwirkender den ganzen aus der Tat entstandenen Schaden unter den im Abs. 2 genannten Voraussetzungen gutmacht.

167条1項 窃盗、エネルギーの侵奪、横領、動産横領、他人の狩猟権若しくは漁業権の侵害、盗取、詐欺、給付の詐取、困窮詐欺、背任、暴利、詐欺的な違法破産、他人の債権者に対する加害、債権者の庇護、過失による違法破産、執行を無効にする行為、隠匿及び過失による物の領得、物の隠蔽若しくは売却の故による可罰性は、行為による悔悟によって解消するものとする。

の比較が従来からなされており、ここでの議論を検討することは、わが国の中止犯論における「任意性」と「非強制」との関係を考える上で有益であろう。また、後に検討するように167条の「Ohne Zwang」の解釈には変遷がみられ、167条の規定目的との関係で指摘がなされていることから、任意性自体の解釈と規定目的との関係についても示唆が得られることが期待される。

以下では、まずわが国の中止犯の任意性論における「任意」と「強制」の関係を整理したうえで、オーストリアの議論を参照し、併せて検討したい。

2 わが国の中止犯の任意性論における強制

2-1 任意性論の前提

任意性とは、それ単独で存在するわけではなく、あくまで中止行為の属性である。したがって、任意性を検討する場合、中止行為が存在すること、すなわち（着手中止の場合には）物理的続行可能性が少なくとも純客観的には存在することが前提となる。近時、これが存在しない場合を「失敗未遂」として中止犯論における独自のカテゴリとして論じる傾向が特にドイツ語圏刑法で強まっている⁸⁾。

〔事例1〕 XがAを殺害しようとナイフを構えたが、銃を構えた警官Pから「やめないと撃つぞ」と言われたので止めたが、仮に刺そうとしていたら発砲されて阻止されていた。

〔事例2〕 XがAを殺害しようとナイフを構えたが、銃を構えた警官Pから「やめないと撃つぞ」と言われたので、（客観的には刺すことで殺害の可能性はあったものの）殺害が実現不可能になったと考えて刺すのを止めた。

〔事例3〕 XがAを殺害しようとナイフを構えたが、銃を構えた警官Pから「やめないと打つぞ」と言われたので、即座に刺すことで殺害できる可能性はあるが、同時に発砲され痛い目にあうし、逮捕もされる、と考えて刺すのを止めた。

このような場合に、実際にも刺そうとしたとしても警官の発砲により物理的に阻止されることが確実であるような場合（〔事例1〕）に、そのように考えて刺すのを止めたのであれば、それはもはや殺害の危険が障害によって消滅しているのであって、中止行為が存在しない（客観的失敗未遂）。それ

2項 次の場合、行為による悔悟が行為者に役立つものとする。官庁が行為者の罪過を聞知する前に、行為者が、たとえ被害者の懇願に基づくにせよ、それを強制されていないにもかかわらず、

①自己の所為から生じた損害の全部を補償したとき、又は

②一定の期間内に被害者に対してそのような損害賠償を行う義務を契約上負担したとき。ただし、行為者が自己の義務を厳守しないときは、この第2号の場合においては可罰性が回復するものとする。

3項 官庁に対し自己の罪過を打ち明ける自首の過程において、自己の所為から生じた損害の全部を当該官庁に供託して補償したときも、行為者は罰しない。

4項 補償のために真摯に協力した行為者は、第三者が行為者の名において、又は所為が関与した他の者が、第二項に挙げられた条件の下で、この所為から生じた損害の全部を補償したときも、これを罰しない。

邦語訳は、法務大臣官房司法法制調査部編・前掲注3)を参考にした。

8) 失敗未遂については、鈴木一永「失敗未遂について」早研140号（2011年）189頁以下参照。

に対して、客観的に続行可能性があったのであれば、客観的な中止行為はあったといえる。ただし、〔事例2〕は危険消滅を認識していないので、中止行為の主観的要件たる中止意思が存在せず⁹⁾、結果として任意性の問題を検討するまでもなく中止犯の成立は否定される。〔事例3〕では中止意思もあり、客観的な続行可能性があるため、中止犯の成否は任意性が認められるか否かにかかることになる。

それに対して、いわゆる主観的失敗未遂とされる事案には、以下のような客体の取り違えや失望事例が含まれる。

〔事例4〕XはAを殺害しようとして拳銃をその人に向けたが、その人が振り向いたらBだったので発砲を止めた。

〔事例5〕Xは仇と考えていたAに銃を向けたが、Aの説明で仇は別人のBであることがわかったので発砲を止めた。

〔事例6〕Xは借金返済のために100万円くらい盗もうと考えてA宅の金庫を開けたが、中には5万円しか入っていなかったので盗むのを止めた。

中止犯により減免されるのは未遂犯の可罰性である以上、中止行為は未遂犯の処罰根拠たる結果発生危険を消滅させる行為であるべきである。そうすると、これらの場合には、消滅させるべき対象としての未遂犯の危険は、実行の着手の時点以降可罰的なレベルに達した、それぞれ「A（の命ないし5万円）」に対する危険であるはずで、そこにいない「Bの命」や「Aの100万円」に対する危険ではない¹⁰⁾。そうすると、その危険は人違いに気づいたり、失望したりすることにより消滅するのではなく、気づいたり失望したりして発砲や窃取を取りやめることによって消滅するというべきである¹¹⁾。したがって、これら主観的失敗未遂の場合にも、中止行為の存在は認められ、中止犯の成否はもっぱら任意性で論じられることになる。

2-2 任意性論における主観説

従来の主観説が用いるフランクの公式は、「たとえできたとしても、なしとげることを欲しない」

9) 鈴木一永「中止意思について」早研135号（2010年）116頁以下参照。

10) もちろん、たとえばいわゆる修正された客観的危険説（山口厚『危険犯の研究』（1982年）165頁以下）をとった場合に、そこにBがいたという事情についての可能性を検討し、可罰的な程度にありえたのであればBに対する殺人未遂を肯定することも可能かもしれない。もっとも、その危険はいったん肯定された以上、Bがいないことが確定した後の時点において、消滅させることができるのかは明らかではない。人違いに気づいて止めた、という場合には、仮にそこにBがいれば人違いではなく続行したであろうから、人違いに気づいて止める、ということはBに対する危険を消滅させる中止行為とならないのではないだろうか。それに対し人違いではなく、たとえば突如後悔して止めた、というような場合であれば、仮にそこにいたのがBであれ中止したであろうとして危険が消滅する、ということになるかもしれない。いずれにせよ現実に存在したAに対する危険は肯定され、可罰性を有するはずである。そして、その危険は人違いに気づいて止めることで消滅しているといえるだろう。

11) 鈴木一永「中止犯における任意性」早法90巻3号（2015年）183頁、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（2018年）500頁。

場合には任意性を肯定し、「たとえ欲したとしても、なしとげることができない」場合には任意性を否定するものである¹²⁾。この公式に対しては、なしとげることが「できる」「できない」という意味が「物理的に不可能である」ことに限定されるのか、さらには「心理的に不可能である」場合も含むのか、という点が不明確である、との指摘がなされている¹³⁾。そして山中は、「心理的に不可能な場合を含むとすると、例えば憐憫の情が強くなればなるほど、任意ではなくなり、可哀相でとても続行『できない』と思った場合には、任意性がなくなることになる」のは不当であるから心理的不可能性は考慮すべきではない、とする¹⁴⁾。

仮に、そのような場合に憐憫の情が強くなりすぎて体が動かなくなったのであれば、行為性がなく中止行為といえないから中止犯が成立しない。それに対して、単に憐憫の情から見逃さざるを得ないような場合には、それはやろうと思えばできる、すなわち心理的「強制」といえない、と考えられているのではないだろうか¹⁵⁾。それに対して、警官が来たことを認識したという事例に対して主観説が任意性を否定する場合¹⁶⁾、それが警官に物理的に阻止されると考えた事例なのか、物理的に阻止されないが即座に逮捕されると考えた事例なのか必ずしも明らかでない。後者の場合だとすれば、その程度の心理的影響は心理的強制といえる、と解しているということだと思われる。憐憫の情が「広義の後悔」に含まれるものであり「良い」動機であるのに対し、発覚の恐れが「良くはない」動機である、という動機の質が結論に影響していないとすれば、心理的な「やりにくさ」にも強制といえるレベルに達するかどうか、個々の事案に応じた具体的な検討が必要になる¹⁷⁾。主観説では、「強制」に心理的強制も含むとする見解がこれまでの多数説であるように思われる¹⁸⁾。

12) Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.Aufl., 1931, S.97.

13) 山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（2015年）823頁、大塚裕史ほか『基本刑法Ⅰ総論〔第3版〕』（2019年）294頁。あるいは、主観説は外部的障害による場合、または外部的障害を認識する場合以外が内部的動機による場合として任意性を肯定するものとして説明されることもあるが（たとえば曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（2008年）230頁）、ここでの「外部的障害」が物理的障害に限られるのか、心理的障害も含むのか、が問題となることになる。

14) 山中・前掲注13) 823頁。

15) 山口厚『問題探究刑法総論』（1998年）232頁。

16) 内藤謙『刑法講義総論（下Ⅱ）』（2002年）1291頁。

17) 「早晚」の発覚を恐れる場合と発覚の「暁」を恐れる場合とを区別するのも（木村亀二『刑法の基本問題』（1979年）364頁）、強制的レベルの違いに基づくものであろう。行為者基準は、実際に止めたのだから強制的影響があったことになりかねず、任意性の基準とならない、という批判があった（林幹人『刑法総論〔第2版〕』（2008年）368頁）。しかしそれは、不能犯論における客観的危険説に対して実際には結果が発生しなかったのだから、危険がないことになってしまい未遂犯はすべて不能犯となってしまう、という批判が有効なものとはいえないのと同じである。すべての要素において事後的・客観的に事件を追体験すれば、実際に起きた事象と同じになるのは自明の理である。客観的・事後的に事実を明らかにした上で、その事実についての当罰性を「危険」という可能性判断で問うのが不能犯論である。同様に、任意性論においても、行為者が中止に至った動機形成過程を事後的・客観的に明らかにし、それをもとに「任意か」という規範的判断が行われなければならない。

18) たとえば大塚仁『刑法概説総論〔第4版〕』（2008年）260頁以下、平野龍一「中止犯」『犯罪論の諸問題』（1981年）155頁。これに対し、曾根威彦『刑法原論』（2016年）508頁「犯罪の既遂に達することが妨げられる

このような主観説に対して、「行為者が危険消滅の意思でそれを達成したような場合には、原則として中止犯が成立」し、「任意性に欠けるのは、中止行為を強制されたというような例外的な場合に限られる」とする見解がある¹⁹⁾。この見解は、「強制」を物理的強制と考えていると思われるが、この見解に対しては、「事例3」のような場合に任意性を認める²⁰⁾のはおかしい、という批判が向けられる²¹⁾。しかし、既遂の回避を最優先に考える純粋な奨励説からすれば必ずしも不当な結論ではない²²⁾。

3 オーストリア刑法167条における任意性と強制

3-1 167条における行為による悔悟の要件

前述したように、行為による悔悟の規定はドイツにもみられるが、財産犯についての行為による悔悟規定はオーストリア刑法に特有のものであり、また200年を超える長い歴史を持つものである²³⁾。

現行刑法制定時の議論、あるいはそれ以前からこの規定に対してはいくつかの疑問が向けられていた。たとえば刑罰消滅という法的効果を規定することについて、被害者に対して早く補償をさせるという理由から行為者に刑罰を科さないことは、刑罰の本質と相いれない、あるいはそうすることで損害回復が債務の弁済によって解放される民事法と同じになってしまうとされたり、また支払い能力のある裕福な行為者のみが刑罰から解放され、貧しく支払い能力のない行為者にはなんら役立たないのは不合理である、といった批判にさらされたりしたのである²⁴⁾。それにもかかわらず、現行の1974年刑法典は刑罰消滅事由としての行為による悔悟を採用し、学説および実務も広くこれを支持している²⁵⁾。

とって中止したときは」任意でないとして物理的強制が念頭に置かれているように読めるが、「後日の逮捕・処罰を免れないと思って中止したとき」に任意の中止犯とするが、「後日」という表現が不明確である。

19) 山口・前掲注1) 287頁。

20) 山口・前掲注15) 233頁は「犯行継続の事実上の可能性のある状況における中止という意味での任意性」を認める。

21) 林・前掲注17) 367頁注36。佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年) 365頁は、「逮捕を恐れて止めたのであれば、刑罰による犯罪防止がまさに機能したのであるから、中止犯を適用する必要がない」とする。小林憲太郎『刑法総論』(2014年) 135頁は同様の主張を「中止減免の補充性」という。

22) 松宮孝明編『ハイブリッド刑法総論』(2009年) 230頁以下〔野澤充〕。鈴木・前掲注11) 200頁以下参照。

23) すなわち、1769年のテレジア刑法典(“*Constitutio Criminalis Theresiana*”)において窃盗における損害回復行為が刑罰軽減事由として設定され、その後の1787年のヨーゼフ刑法典(*Josephinisches Strafgesetz*)において刑罰消滅事由としての損害回復が156条3項に規定された。167条の規定の歴史について詳しくは、*Patrik Bugelnig, Tätige Reue als Strafaufhebungsgrund oder als bloßer Strafmilderungsgrund?, in: Strafrechtsfreie Räume in Österreich und Deutschland, 2014, S.36ff.*

24) Vgl. *Heinz Müller-Dietz, Problem des Strafaufhebungsgrundes der tätigen Reue (§ 167 StGB), ÖJZ1977, S.344f.* また、実際に1909年草案と1912年草案においては刑罰軽減事由とされていた。

25) *Richard Soyer/ Sergio Pollak, Tätige Reue. Grundfragen der Rechtzeitigkeit und Freiwilligkeit der Schadensgutmachung, SIAK2016(2), S 50.*

行為による悔悟は、悔悟に適した犯罪が既遂に達した場合に可能となる。行為による悔悟が可能な（悔悟適性のある）犯罪は、167条1項に列挙されている。窃盗や器物損壊、詐欺といった財産犯の大部分が含まれている一方、特に人に対する暴力ないし威嚇によってなされた犯罪、すなわち強盗や恐喝は除外されている。これらの犯罪は、生命や身体、意思自由といった財産以外の法益への侵害が重要な役割を果たしていることから、損害回復することが困難であるか、不可能だからである²⁶⁾。

また、行為による悔悟における損害回復は、適時的になされなければならない（適時性）。すなわち、行為者の引き起こしたことを151条3項の意味における当局（刑事訴追権限を有する官庁ないし公的な保安機関）に聞知され、具体的な嫌疑が抱かれる前に²⁷⁾ 損害回復がなされなければならない。

そして、損害回復は「任意に」なされなければならない。この要件については後に改めて検討する（3-3）。

適時かつ「任意な」損害回復は「完全に（*ganzen*）」なされなければならない。行為者は自身の所為によって生じた損害全体の埋め合わせをしなければならない。部分的に賠償したのでは足りず、そのような場合は34条1項14号ないし15号の任意的な減輕事由になるに過ぎない²⁸⁾。

167条の行為による悔悟には4種類の形式が規定されている。第1は、本稿が課題とする「*Ohne Zwang*」が問題となる行為者自らの手による損害回復である（2項1号）。所為によって損害が発生する以前の状態に戻すこと、すなわち物を返還するか、それが不可能な場合には惹起した損害額を金銭によって弁償することによってもよい。被害者側が損害回復を拒んでいる場合にも、行為者側がいつでも補償の準備ができていいるか、当局に供託することによって行為による悔悟が認められる²⁹⁾。第2は、一定の期間内の損害回復を契約によって義務付けられた場合である（2項2号）。この形式による行為による悔悟はいわば不処罰を「予約」するものであり³⁰⁾、最終的に可罰性の消滅を確定させるためには、契約を順守し、義務を履行することが必要である。履行されなかった場合には、可罰性が復活する³¹⁾。第3は、当局に自首する過程で供託する場合である（2項3号）。自首するまでに当局に行為者が惹起したことを聞知されてはならず、自首によって新たな知見がもたらされなければならない。ここでの供託とは、即座に物を引き渡すことのみを意味するのではなく、被害者と隠し場所や譲受人を明らかにすることでもよい³²⁾。第4は、第三者が行為者の名において、あるいは所為への関与者が損害回復をし、かつ行為者が真摯に損害回復のために努力をしている場合である（2項4号）。もっとも、ここでの真摯な努力は非常に緩やかに解釈されており、「行為者の意思による（ないしは

26) *Diethelm Kienapfel/Kurt Schmoller*, *Strafrecht Besonder Teil I*, 2. Aufl., 2017, § 167, Rn.20.; *Müller-Diez*, a.a.O.(Anm.24), S.346.

27) *Margarethe Flora*, *Leukauf/Steininger Strafgesetzbuch Kommentar*, 4. Aufl., 2017, § 167, Rn.15ff.

28) *Soyer/Pollak*, a.a.O. (Anm.25), S.56; *Bugelnig*, a.a.O. (Anm.23), S.28.

29) *Flora*, a.a.O. (Anm.27), § 167, Rn.29; *Soyer/Pollak*, a.a.O. (Anm.25), S.56.

30) *Bugelnig*, a.a.O. (Anm.23), S.29.

31) *Flora*, a.a.O. (Anm.27), Rn.37ff.

32) *Soyer/Pollak*, a.a.O. (Anm.25), S.56f. 従来、実務上行為による悔悟が認められるか不明確だった事例を明確化したものとされる。*Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.24), S.347.

関与した)」損害回復であれば足りる、と理解されており³³⁾、また努力と損害回復との因果連関も必要ない。

第2から第4の3類型は1974年刑法典で新たに規定されたものであり、特に第三者による損害回復は1852年刑法典では明確に排除されていたものであって、行為による悔悟の範囲を拡大するものである³⁴⁾。

3-2 167条の根拠論

規定の存在根拠論が要件解釈において指導的役割を果たすのは中止犯においても167条の行為による悔悟においても同様であると考えられる。したがって、まず167条について論じられている規定の根拠論を概観しておく。根拠論において主張される学説の状況は、中止犯とかなり共通している。

まず、黄金の橋理論が主張される。すなわち、行為による悔悟という刑罰消滅事由が、行為者に対して犯行により惹起された損害を回復する動機づけの可能性を与える、というのである³⁵⁾。ただし、この理論は単独で用いられることは少なく、行為者に対して損害回復を動機づけることによって被害者の利益に資する、という形で、後に見る被害者保護アプローチを補完する形で用いられることが多い³⁶⁾。

また、刑罰目的説も有力に主張されている。すなわち、任意かつ適時の損害回復によって、一般に対する所為の墮落した印象が除去され、そこに明らかになっている行為者の合法性への帰還によって、一般予防及び特別予防上の処罰の必要性が欠落する、というのである³⁷⁾。

Müller-Dietz は、刑罰目的説の論理を認めつつも、その限界を指摘する。すなわち、「損害回復は、侵害された権利の外面的な修復により、補償ないし応報の必要性が減少する。それは発生した損害を除去する真摯で任意な行為者の努力を考慮して予防の必要性を減少させる。もっともそれが同様に、すべての場合における一般予防ないし特別予防にあてはまるかは疑問としうる」のであって「167条のすべての場合において、要罰性がゼロにまで縮減される、ということは主張しえない」と述べている³⁸⁾。そこから*Müller-Dietz* は、刑法の「補助的機能(subsidiäre Funktion)」ないし「最終手段性(ultima

33) *Diethelm Kienapfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts BT II, 3.Aufl., 1993, § 167, Rn.77.

34) *Müller-Dietz*, a.a.O.(Anm.24).; *Manfred Burgstaller*, Aktuelles zur tätigen Reue gemäß § 167 StGB, in Festschrift für Winfried Platzgummer, 1995, S.102.

35) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.24), S.345; *Schroll*, a.a.O. (Anm.4), S.358; *Flora*, a.a.O. (Anm.27), § 167, Rn.2.

36) *Bugelnig*, a.a.O. (Anm.23), S.58.

37) *Kienapfel*, a.a.O. (Anm.33), § 167, Rn.5.; *Kirchbacher/Presslauer*, Wiener Kommentar, 2. Aufl, 2006, § 167, Rn.9.; *Rainer*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 167, Rn.2; *Soyer/Pollak*, a.a.O. (Anm.25), S.50f.

38) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.24), S.351. *Bugelnig*, a.a.O. (Anm.23), S.64 も、損害回復をしていることは行為者の内心が合法性に後退していることを徴表するかもしれないが、証明するものではなく、すべての場合に特別予防の必要性が消滅するとは考えられないことを指摘する。その上で、*Müller-Dietz* と *Bugelnig* は刑罰目的説が刑罰の減輕という量刑の範囲内で意味をもつとしている (*Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.24), S.350; *Bugelnig*, a.a.O. (Anm.23), S.62)。なお、オーストリア刑法では34条14号で損害回復を一般に刑の軽減事由

ratio)」によって行為による悔悟の不如罰を説明しようとするのであるが³⁹⁾、大多数の論者は、この刑罰目的説の不十分さを補いつつ、行為による悔悟規定の歴史的経緯も考慮して次にみる被害者保護アプローチを正面に出してくることになる。

行為による悔悟の存在根拠として、最も強調されるのが、被害者保護アプローチである。すなわち、財産犯の被害者に迅速な損害回復を得させることが、この規定の基本的目的とされる。生命や身体といった法益に侵害結果が生じている場合には、所為前の状況に戻すことは事実上不可能であり、被害者の関心は第一次的に慰謝料といった非物質的な損害の補償に向けられるのに対し、財産犯では所為によって生じた状況を除去し、所為前の合法的な状況に戻すことが被害者にとっての優先的関心となるのである⁴⁰⁾。刑事訴追及び刑罰は真相解明に寄与し、犯罪を予防することができるが、損害賠償の履行を動機づけるものではない⁴¹⁾。また、被害者が時間と費用をかけて民事訴訟及びそれに基づく差し押さえ及び強制執行をしたとしても、あるいは刑事裁判所における付帯訴訟によっても、多くの場合何も得ることはできない。多くの、特に財産犯を行う行為者はしばしば犯罪行為以前から資力がなく、しかも行為者が自由刑に科されると、就業の可能性が奪われることになり、そのこともより一層損害回復の可能性を失わせてしまう⁴²⁾。この見解は、被害者に損害回復を得させるために刑事手続を利用する制度として行為による悔悟を理解しているといえる⁴³⁾。

中止犯と比較した場合に、被害者関連的な要素が前面に出てくるのがこの規定の特色であり⁴⁴⁾、一般予防、特別予防の必要性に基づく要罰性という刑事訴追における国家の公的な利益に対して被害者

としている。また、上述したように、行為者以外の者による損害回復の形態が加わったことで、そこでは行為者の真摯な努力が要求されてはいるものの、ますます刑罰目的からの根拠づけの説得力は弱まったといえるだろう (Müller-Dietz, a.a.O. (Anm.24), S.350)。

39) Müller-Dietz, a.a.O. (Anm.24), S.351. すなわち、法益保護が民事的な対応で保証されるのであれば刑罰的な制裁は必要なく、損害回復における被害者の私的な利益を優先することを法共同体が正当なもの、すなわち財産保護に十分であると考えるのであれば、損害回復がなされた場合にそれ以上の刑事制裁は必要ない、というのである。これに対してSoyer/Pollak, a.a. O. (Anm.25), S.52は、最終手段性は刑罰それ自体の正当化、すなわち刑罰の「可否」の問題についての原理であるのに対し、行為による悔悟は、いったん違法かつ有責な可罰的な所為が前提となるのであるから定義上誤っているし、そのようにいったん刑罰を科され得る状況になってから、それを除去するような反対行為をすることで自身を復権させるような状況が問題になっているのであるから、それは刑罰自体の正当化、根拠の議論とは根本的に異なるものである、と批判している (Bugelnig, a.a.O. (Anm.23), S.64も同旨の批判をする)。もっとも、いったん既遂という刑罰を科されるべき状況になってからそれを打ち消すような行為をした時点において、その全体をみて刑罰の可否を考えれば、必ずしもそのような批判は当たらないのではなからうか。

40) Soyer/Pollak, a.a.O. (Anm.25), S.51.

41) Müller-Dietz, a.a.O. (Anm.24), S.345.

42) Müller-Dietz, a.a.O. (Anm.24), S.345.; Bugelnig, a.a.O. (Anm.23), S.22.; Manfred Burgstaller, Der Ladendiebstahl und seine private Bekämpfung, 1981, S.49.

43) Bugelnig, a.a.O. (Anm.23), S.22.

44) Schroll, a.a.O. (Anm.4), S.358.

の損害回復の利益に明確な優先権が与えられる、という⁴⁵⁾。所為が未遂にとどまっている場合には、既遂に至っている場合に比べて要罰性は低いにもかかわらず、行為による悔悟による不処罰を得られる可能性がない、という矛盾も、まさにこの要罰性の要請に被害者の利益が優先する、ということから甘受されなければならない、と理解されている⁴⁶⁾。

このようにして、刑罰目的説を主とする行為者志向的な根拠づけと被害者志向的な根拠づけを併用しつつ、被害者側の観点が優先する、という見解⁴⁷⁾が167条の根拠づけにおいては有力である。これら両者の関係についてSchrollは、行為者が任意な損害回復をすることで、生じた損害が埋め合わされると共に行為者の再社会化と損なわれた社会構造の修復がなされ、国家的な処罰欲求と被害者の補償欲求が「Ausgleich」されるうる、と述べる⁴⁸⁾。これは一見両者を調和させる方向での理解を示している。たしかに、これらの欲求がいずれも満たされている場合には問題なく行為者を不処罰とする方向において調和するだろう。しかし、これらの欲求が対立する状況になった場合、それらは「Ausgleich」するものとはいえないように思われる。そして、この対立が要件論において生じる主たる場面が、いわゆる「任意性」である。

3-3 167条の「任意性」

167条の文言によれば、損害回復は「たとえ被害者の懇願に基づくにせよ、そうするように強制されることなく」なされなければならない。この要件が従来「任意性」として論じられ、特にその内容に争いはなかったようである⁴⁹⁾。かつてÖGH（オーストリア最高裁判所）は「行為者が拒むことも自由であるような状況で」損害回復をした場合に任意である、と述べた⁵⁰⁾。学説においては、告発ないし刑事手続の進行を防ごうという抽象的、一般的な動機は任意性を排除しないが、十分な嫌疑に基づいた捜査に直面している場合や、民事手続による告訴や刑事手続による有罪立証がなされるような被害者からの脅迫を受けた場合には、任意ではなく、167条の適用はなされない、という見解が一般的

45) Burgstaller, a.a.O. (Anm.34), S.101ff.; Bugelnig, a.a.O. (Anm.23), S.59.; Marianne Löschnig-Gspandl, Die Wiedergutmachung im Österreichischen Strafrecht, 1996, S.102.; Alois Birkbauer/Marianne Johanna Hilf/Alexander Tipold, Strafrecht Besonder Teil I, 3.Aufl., 2015, S.273.

46) Müller-Dietz, a.a.O. (Anm.24), S.345.

47) Bugelnig, a.a.O. (Anm.23), S.58f.; Soyer/Pollak, a.a.O. (Anm.25), S.50f.

48) Schroll, a.a.O.(Anm.4),S.358. Soyer/ Pollak, a.a.O. (Anm.25), S.52. は「刑罰目的の欠如と被害者学的な規範的方向付けは、行為による悔悟が被害者と行為者の双方に利益になる、ということに結び付く」と述べる。

49) すでに旧刑法（1852年刑法典）の規定（旧187条）に対する議論の段階から、freiwilligという用語が用いられていた。なお、旧規定はすでに「行為者が行為の悔悟から、被害者からの懇願にかかわらず」損害を回復した場合に可罰性がなくなることを規定していた。例えば、Friedrich Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955, S.107. また、Theodor Rittler, Lehrbuch des österreichischer Strafrechts, 2.Aufl., 1962, Bd2,Besonder Teil, S.136. は「freiwillige, nicht erzwangene Schadensgutmachung」と併記している。

50) ÖJZ-LSK1976/58.

であった⁵¹⁾。

これに対し現在では、そのような刑事告発による威嚇のような事情は、167条の適用を排除しない、とする見解が一般的になり⁵²⁾、判例もそのような立場に変わっているようである⁵³⁾。*Kienapfel*によれば、167条は「被害者の懇願」があることが行為による悔悟の成否に無関係であることを明示しているが、それはたいていほぼ無意味である単なる「お願い」のことを意味しているのではなく、告発ないし刑事手続による威嚇、それも覆す余地のない証拠があり、有罪判決の蓋然性があるような場合ですら「任意性」を排除しない、ということを明らかにしているとみるべきだ、というのである⁵⁴⁾。

また、このような行為による悔悟の「任意性」解釈の変化を機に、167条の「任意性」と16条の「任意性」との関係についても検討がなされ、167条の「任意性」の独自性を強調し、16条の「任意性」に対する解釈の安易な転用を戒める論調が一般的となった⁵⁵⁾。

この問題について詳細に検討を加えた*Burgstaller*によれば、そのような解釈には3つの根拠があるという。第1に、167条は16条と異なり、「損害回復にむけて強制されることなく」行為すること、その際に「被害者の懇願」が行為による悔悟の成立を損なわないことが文言上明示されており「任意性」を要求していないこと、第2に、中止犯と行為による悔悟とでは基準が異なっていること、すなわち16条においては犯罪が任意に既遂に至らないことが一般的に問題になるのに対して、167条では「強制なく」行われる損害回復が個別的に問題となること、第3に、そもそも双方の刑罰消滅事由における刑事政策的な基本アプローチが異なること、すなわち中止犯においてはいわゆる刑罰目的説によって刑法の目的に対するバランスの取れた配慮がなされるのに対して、167条の行為による悔悟では被害者の損害回復という目的の充足が明確に優先されること、である。

まず、文言についていえば、たしかに同じ「freiwillig」が用いられていないことから、同じ解釈をしなくてもよい、という消極的意義を見出すことはできるだろう⁵⁶⁾。あるいはそれが自然であることを示唆するかもしれない。しかし、この文言の違いから、16条は行為者の内的な態度が重要であるのに対して、167条は外的な、物理的な強制に焦点を当てている、というアプローチの違いを見出し⁵⁷⁾、両規定の解釈に反映させることができるかは疑問である。この文言の相違は、何らかの具体的

51) Müller-Dietz, a.a.O. (Anm.24), S.347.; Foregger/Serini, Strafgesetzbuch Kurzkommentar, 3. Aufl., 1984, § 167 III. *Burgstaller*, a.a.O. (Anm.42), S.48は、それまでの通説としている。

52) *Burgstaller*, a.a.O. (Anm.34), S.106f.

53) SSt56/49.

54) *Diethelm Kienapfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts, 2. Aufl., § 167, Rn.58.; *ders.*, a.a.O. (Anm.33), Rn.58.

55) *Soyer/Pollak*, a.a.O. (Anm.25), S.55; *Burgstaller*, a.a.O. (Anm.34), S.105.

56) 逆に、16条と同じく「freiwillig」の要件を規定している167条以外の行為による悔悟の規定では、16条の任意性と同じ解釈がなされているものがある。たとえば102条4項(恐喝的誘拐における行為による悔悟)について*Alexander Tipold*, L/S, 4.Aufl., 2017, § 102, Rn.31。ドイツの行為による悔悟規定でも、freiwilligの用語が多く用いられており、その解釈は中止犯規定(ドイツ刑法24条)と同じと考えられている。鈴木一永「既遂後の行為による刑の減免制度について」清和法学研究21巻1号(2016年)71頁注31参照。

57) *Burgstaller*, a.a.O. (Anm.34), S.108.; *Flora*, a.a.O. (Anm.27), § 167, Rn.23.また、*Helmut Fuchs/ Susanne*

な内容を積極的に導くものではない。わが国の任意性論でもみたように、「自己の意思で」あるいは「freiwillig」ということは、外から「強制されていない」ということの言い換えに過ぎないからである。その「強制」の内容をいかに解するかで、内容はどのようにも変わるのである。「被害者の懇願」という文言、ないしはそこから解釈によって導かれる、刑事訴追等の恐れは「任意性」を排除しない、という帰結は、「freiwillig」という文言からでも導くことは可能である（がそうしていない、というだけである）⁵⁸⁾。

また、中止犯と行為による悔悟とでは基準が異なっている、という点については、たしかに問題となる場面が異なっているものの、それは主として中止行為ないし損害回復行為の相違である。特に終了未遂の中止であれば、一定の積極的な行為について、その「任意性」を問う以上、場面は異ならないといえよう⁵⁹⁾。

これらに対し、3点目の指摘、すなわち、両規定の刑事政策的な存在根拠が異なる、という指摘がもっとも重要である。

オーストリアにおいても、中止犯の根拠論ではいわゆる刑罰目的説が有力である⁶⁰⁾。そして、中止犯の任意性の基準としては、いわゆるフランクの公式を用いる者も、「自律的な動機」⁶¹⁾から中止することを求めるなど、要件を追加することによって任意性が認められる範囲を規範的に狭めている。犯行の継続可能性について計画通りにできたか、が基準となるので、発覚の恐れにより計画通りに犯行を既遂に至らせることができなくなったような場合には、任意性が否定される⁶²⁾。あるいは、いわゆるロクシンの公式⁶³⁾を用いる論者からすれば、犯罪を既遂に至らせることの断念が、行為者の合法性への帰還を象徴するような場合にのみ認められる、として、たしかに倫理的に高い動機は必要とされ

Reindl-Krauskopf, *Strafrecht Besonder Teil I*, 2015, S.284も強制が「外部からの（äußerem）」物理的なものであることを強調する。

58) 実際に、「freiwillig」の用語を用いていても、たとえば通貨偽造罪（232条）や有価証券偽造罪（237条）に対する行為による悔悟を規定する240条については、16条の任意性より寛大な解釈がなされている。*Tipold*, a.a.O. (Anm.56), § 240, Rn.9a. さらに *Klaus Schwaighofer*, *Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, 2018, § 240, Rn.3. は167条の「任意性」の解釈を参照するように指示をつけている。

59) なお、*Bugelnig*, a.a.O. (Anm.23), S.32は、未終了未遂の中止の場合、構成要件の結果の惹起が可能であるにもかかわらずそれを断念することによって不処罰を得ることができるかどうか、が問題となっており、行為者志向的な基礎づけが問題となるのに対し、終了未遂の中止の場合、行為者は積極的に結果発生を阻止しなければならない一方で、被害者にとってはその成果のみが決定的であって、被害者志向の基礎づけが問題となり、16条と167条とは「十分に類似している」と指摘する。Vgl. *Kienapfel/ Schmoller*, a.a.O. (Anm.26), § 167, Rn.65.

60) *Alexander Tipold*, *Rücktritt und Reue*, 2002, S.22.; *Robert Durl/Hannes Schütz*, L/S, § 16, Rn.1.; *Otto Trifteler*, *Österreichisches Strafrecht AT*, 2.Aufl., 2000, S.368.

61) *Helmut Fuchs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 9.Aufl., 2016, S.307.

62) *Durl/Schütz*, a.a.O. (Anm.60), § 16, Rn.2.

63) *Claus Roxin*, *Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch*, *Festschrift für Heinitz*, 1972, S.251.

ないもの⁶⁴⁾、犯罪的な打算に基づくような場合には、任意性が認められない⁶⁵⁾。

これに対し、上述したように、167条の根拠論において刑罰目的説はせいぜい副次的な根拠づけにとどまり、被害者に損害回復を得させる、という被害者の利益が第一に考えられる。したがって、行為による悔悟の「任意性」解釈がより「悔悟友好的 (reuefreundlich)」になっている⁶⁶⁾。犯罪打算的な動機であろうと、具体的な発覚、刑事訴追の恐れによってであろうと、行為者自身の見地から損害回復を拒絶することが可能であるにもかかわらず、損害回復をする場合に、「任意性」が認められる⁶⁷⁾。そのような解釈は、刑罰目的説とは相いれないが、被害者の利益を考慮すれば、少なくとも被害回復をせざるをえないような「強制」がない限りは損害回復を認めるべきと考えられている⁶⁸⁾。

なお、ここでの「強制」は物理的強制と心理的強制の両方を含むものと理解されている。まず、被害者や警察官などにより直接的に干渉されて容易に盗品等を取り上げられる場合には、物理的強制が問題となる。そのような物理的強制が避けられないものと予見し、それに先手を打とうとしている場合には心理的強制が問題となりうる、とするのである⁶⁹⁾。ここでの心理的強制の範囲は、「差し迫った物理的強制の先行作用として副次的にのみ考慮される」⁷⁰⁾、あるいは「自ら進んで引き渡さなければいずれにせよすぐに強制的に取り上げられる」⁷¹⁾と判断した場合、というようになり狭いものである。

そのような強制の存在は、行為者自身による評価が決定的である。なお、これらの強制に対し、暴力や脅迫を用いることで対抗し、盗品等を返還しなくて済むことが行為者によって予想される場合にも、強制が存在することには変わりないとされている。そのような違法な手段を投入しない、という行為者の判断は、さらなる可罰的行為の取りやめを意味するに過ぎず、それ以前の財産犯を不処罰とするものではないからである⁷²⁾。

4 若干の検討

行為による悔悟における黄金の橋理論 (奨励説) は、そうすることで被害者の利益に資するもの、

64) *Durl/Schütz*, a.a.O. (Anm.60), § 16, Rn.2.

65) *Burgstaller*, a.a.O. (Anm.42), S.45.

66) *Kienapfel*, a.a.O. (Anm.54). Rn.55; *ders*, a.a.O. (Anm.33), Rn.54.

67) SS60/6; *Rainer*, a.a.O. (Anm.37), § 167, Rn.30.

68) *Soyer/Pollak*, a.a.O. (Anm.25) 参照。そうすると、結局のところ、167条の根拠論における刑罰目的説は、「そのような考え方が当てはまる場合もある」というだけであって、要件解釈の指針となるべき根拠論とはいえないのではなかろうか。

69) *Burgstaller*, a.a.O. (Anm.34), S.108.; *Rainer*, a.a.O. (Anm.37), § 167, Rn.31.; *Bugelnig*, a.a.O. (Anm.23), S.27.

70) *Burgstaller*, a.a.O. (Anm.34), S.108.

71) *Soyer/Pollak*, a.a.O. (Anm.25), S.55. Vgl. *Christian Bertel/Klaus Schwaighofer/Andreas Venier*, Österreichisches Strafrecht Besonder Teil I, 13.Aufl., 2015, § 167, Rn.15.

72) *Burgstaller*, a.a.O. (Anm.34), S.108.; *Kirchbacher/Presslauer*, a.a.O. (Anm.37), § 167, Rn.46.

という形で被害者志向的に理解されていた⁷³⁾。被害者の利益に優先的配慮を与える行為による悔悟においては、「強制」は物理的強制、あるいはそれを避けえないと予期する、という意味における「心理的強制」に限られていた。そのような「心理的強制」は、冒頭にあげた事例で言えば〔事例1〕ないし〔事例2〕に対応するものであり、わが国の中止犯論の議論でいえば物理的強制（外部的障碍）として議論されるものである⁷⁴⁾。そのような物理的強制のある場合は、いわば「失敗損害回復」であり、それ以外の場合に強制を認めない、すなわち「任意性」を認めることは、非常に寛大な解釈といえる。わが国の奨励説の論者が「強制」を物理的強制に限定し、任意性を広く認めようとする傾向は、このような被害者志向的な行為による悔悟の「強制」の理解と一致するものといえる。

もっとも、行為による悔悟の根拠論では、被害者志向のアプローチのみをとる論者は少なく、刑罰目的説などと組み合わせて主張するものが多かった。しかし、少なくとも任意性の解釈においてそれらが対立する場面になると、被害者志向のアプローチが重視され、結局刑罰目的説は要件の解釈の基準としては意味をもたなかった⁷⁵⁾。それでは奨励説と刑罰目的説のように、対立しうる根拠論を合わせて採用する可能性はないのだろうか。この点、*Müller-Dietz*が、損害回復行為がなされたにもかかわらず一般予防効果が損なわれているような場合に、行為による悔悟を刑罰消滅事由ではなく、刑罰軽減事由として扱うべき可能性を示唆している⁷⁶⁾のが注目される。このような考え方をわが国の中止犯論に及ぼせば、わが国の中止犯規定である43条但書が法的効果として刑の任意的減免、すなわち刑の免除の場合と軽減にとどまる場合をいずれも含んでいることから、奨励説を主として採用する立場からも、任意性の「質」を軽減と免除の区別基準とすることができる可能性があるのではなかろうか。もっとも、この点は法的効果の設定についてさらなる検討が必要となるため、今後の課題としたい。

73) *Bugelnig*, a.a.O. (Anm.23), S.58.

74) ドイツ対案グループ（光藤景皎ほか共訳）『犯罪被害の回復』（2002年）148頁参照。

75) 野澤・前傾注3) 366頁は、（中止犯の）根拠論は成立範囲と連動して論じられるべきことを強調している。もちろん、167条においても、被害者保護アプローチがすべての場合に優先するわけではない。たとえば本条には行為による悔悟を当局が聞知する前にしなければならない、という適時性要件が規定されている。しかし、被害者の損害回復への利益は当局が聞知しているか否かに関係せず、そのような偶発の事態に行為による悔悟が行える時間的限界が依存することは、被害者優先の思想とは相容れない。被害者保護アプローチを重視する論者からは、この要件は167条の「弱点（Eine Schwachstelle）」（*Reinhard Moos*, 《Tatausgleich》 statt Strafe in Österreich, ZStR 1993, S.74）であるとか「不幸な形態（unglücklichen Ausgestaltung）」（*Bugelnig*, a.a.O. (Anm.23), S.50）などと批判されている。

76) *Müller-Dietz*, a.a.O. (Anm.20), S.351.