HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	<論説>法的平和の恢復(二十五) : 行為者-被害者-仲介・和解の視座
著者	吉田, 敏雄
引用	北海学園大学法学研究, 39(1): 1-25
発行日	2003-06-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

法的平和の恢復（二十五）

――行為者―被害者―仲介・和解の視座――

吉田敏雄

目次

第一章　現代刑事司法における犯罪被害者と犯罪者
第二章　アメリカ合衆国刑事司法における被害者
第三章　弁償の歴史
第四章　恢復の思想
第五章　恢復の思想と心理学
第六章　恢復の思想とダイヴァージョン
――オーストリア少年法制――
第七章　刑法学説にみる「恢復」の思想
第八章　ドイツ連邦共和国の法制度
第九章　オーストリア共和国の法制度
第十章　スイス連邦の法制度
第十一章　行為者―被害者―仲介・和解
第十二章　現代ドイツ刑法学における弁償、行為者―被害者―和解
第十三章　刑法（犯罪法）の新しい道
第一節　刑法の任務としての法的平和の恢復
(1)　刑法の概念
(2)　法的責任としての客観的、社会倫理的責任
(3)　法的刑罰
第二節　恢復（修復）的司法（正義）の理念と実践
(1)　行為者―被害者―仲介・和解

(2)「修復的」公共に役立つ労働
a 公共の損害とその修復
b 立法例
aa ドイツ
bb オーストリア
第三節 恢復（修復）的司法（正義）と刑事手続き
(1) 刑事手続きの目的
(2) 立法例
a ドイツ
b オーストリア
(3) 検察官の新しい役割
(4) 裁判官の新しい役割
a 法政策者としての裁判官
b 立法例
aa ドイツ
bb オーストリア
(5) 行刑
a （再）社会化・「修復」行刑
b 立法例
aa ドイツ
bb オーストリア
(6) 保護観察官の新しい役割
(7) 弁護士の新しい役割
第四節 恢復（修復）的司法（正義）と少年（犯罪）法
(1) 少年（犯罪）法の目的
(2) 少年期の特徴
(3)「少年」概念の機能と位置価値
(4) 教育思想への批判
a ドイツの状況
b アメリカの状況
（以上第三十巻第三号—第三十八巻第四号）
(5) 適法行為の確証と教育思想
(6) 教育思想、比例の原則及び責任主義
(7) 行為者—被害者—仲介・和解の優先性
（以上本号）

第十三章　刑法（犯罪法）の新しい道

第四節　恢復（修復）的司法（正義）と少年（犯罪）法

(5)　適法行為の確証と教育思想

アメリカ合衆国における近時の少年法制の傾向は、発達心理学の成果（第十二章第三節(5)d、ff参照）を無視しているとは言わないまでも、軽視しているといえよう。犯罪の重さを判断する基準は不法（法益侵害）と責任である。なるほど、不法は行為者の年齢とは関係なく判断できるが、しかし、非難可能性は行為者の年齢と関係がある。たしかに、一般に、法的、道徳的価値観、判断能力は一四歳までには獲得されるとはいえよう。しかし大人ほどには、少年は社会倫理的判断ができないし、自己訓練ができておらず、自己の衝動を統制することもできないし、自己の行動のもたらす結果の認識もできない。しかも少年は仲間、仲間集団の心理力学の影響を受けやすい。そうすると、少年は大人ほどには責任を問えないはずである。したがって、少年は一般に刑が軽減されるべきなのである。[171]

しかし一般刑法（犯罪法）と少年（犯罪）法の違いは、刑の軽減に見られるような、法的効果の単なる量的違いに還元されてはならない。[172] 少年（犯罪）法の独自性を特徴づける一大支柱が教育思想なのである。これこそが、少年の人格に適合し、現代犯罪学、教育学の知見に相応し、しかも少年にとって有害な結果を回避できる少年（犯罪）法上の反応を可能にする。但し、自由主義的法治国にあっては、平和的かつ秩序ある人間の共同生活を保障することが国の任務であるから、教育思想はこの任務を越える目的に仕える法的効果を根拠づけることができない。多元的価値観の支配する社会において、教育目的は多様でありうるものの、少年（犯罪）法では、教育目的が、特別予防の本質的

内容であり、教育目的は適法行為の確証（Legalbewährung）、つまり犯罪を犯すことのない生活ができる能力を付与することに限定される。[173] しかし適法行為の確証を実現するためには、少年の個人性と社会性の涵養が必要である。換言すれば、適法行為の確証に役立つ価値、つまり他人の生命、身体、自由等の尊重といった犯罪抵抗要因を内面化する必要がある。すなわち、少年（犯罪）法においては、適法行為の確証を何によって（教育手段）、どのように（教育方法）実現するかが決定的に重要なのである。[174] 少年（犯罪）法において刑事手続き上の権利を保障する一方で、応報、威嚇一般予防を強調し、法的効果としては、成人に対するのと同じ刑罰を科するか、せいぜい刑の（必要的）軽減にとどめる道は、少年を「小さな大人」と見た時代への逆行を意味する。[175]

少年法における教育思想を論ずるにあたって、社会統制の二つのモデルを検討することが重要である。その一つは、外面的統制である。社会規範は、その実効性を確保するためには、恒常的に外面的社会統制を必要とする。このモデルでは、犯罪は外面的統制のないときに発生する。その二は、内面的統制である。社会規範の意味・目的を認識し、その妥当性を承認することによって、究極的には、その人の内面的統制が可能となり、規範遵守のための恒常的な外面的統制の必要が無くなる。このモデルでは、犯罪は、内面的統制がないか、十分に形成されていないときに発生する。もとより、この二つの統制形態は、学習過程においても、内面的統制を阻害するか弱めかねない社会化欠損に関連しても、機能的には多様に関連し合っている。[176]

社会規範が自己答責的判断を可能とするためには、それが少年の内面に達し、少年の価値構造に組み込まれなければならない。そうすると社会規範学習は、規範遵守のより確実な基盤としての内面化の方を最終目的とすべきである。この最終的目的が達成されるのは、少年が規範の意味・目的を認識し、規範の妥当性を承認し、それ故、規範を自己統制的に、外的監視無しに遵守する場合である。

発達心理学によると、この過程は純粋の服従要求(「盗む者は処罰される。処罰されない、あるいは捕まらないなら、盗んでもかまわない」)から規範模倣者との一体化(「禁止されているから、盗んではいけない」)を経て自律的自己答責的規範遵守(「盗んではいけないのは、盗むことは擁護できる基本原則ではないからである」)に至る数段階からなる。他者の権利に意を払い尊重することが自律的道徳の決定的要素である(177)(第十二章第三節d、ff、i、ii参照)。

価値尊重、規範遵守及び社会的統合の相互作用は明白である。行動を外から抑圧的に統制する必要があるのは、自己統制が欠けている場合、つまり社会化の過程が少なくとも部分的に失敗した場合である。内面的統制の方が外面的統制よりも効果のあることは自ずから明らかである。というのは内面的統制は常に現存し、外面的行動統制とは異なって、特別の監視機関がつきまとうことを要しないからである。現在の多元的社会における社会規範の拘束力の減退は、自己答責と共感能力を強化すること、つまり内面的統制の増加によって調整されねばならない(178)。

なるほど、行為が適法であるとき、それが如何なる動機―慣習からであれ、処罰に対する不安からであれ、無関心からであれ、はたまた内的確信からであれ―によるものかは国の関心の外にある(179)。しかし犯罪が実行されたときは別である。少年犯罪では、挿話的犯罪は別として、社会的義務無視、社会規範の内面化不足が犯罪の原因、付随現象になっている。ここで必要なことは、犯罪の原因を突き止め、それを埋め合わせ、行為者の法律遵守の用意を強化することである。そのためには少年に、刑法規範の基礎にある価値(保護法益)、社会の共同生活にとって不可欠の基本価値―社会倫理―を批判的に内面化することが求められる。したがって教育は、適法行為への調教ではなく、自己答責的行為への導きなのであって、内的「植民地化」でも何でもない。換言すれば、それは他人による教育を通した自己教育への道を開くことでもある(180)。もとより、社会倫理の内面化が常にうまくいくとは限らないし、又それは常に適法行為に繋がるというものでもないが、しかしこれ無しには適法行為の期待は大幅に減退せざるをえなくなる(181)。

人格権も、社会倫理の強化、内面化を否定する根拠とはなりえないのであって、それどころか、刑罰規範の根底にある社会倫理的基本価値の内面化、それに応じた行動ができるように支援する教育こそが少年自身の尊重要求に応えることになる。社会国原理もこれを要請するのであって、[182] 価値中立的教育を要請するものではない。[183] なるほど、ドイツ憲法裁判所は、国には、大人の市民を「改善する」任務はなく、それ故この目的のために自由を剝奪する権利は認められないこと、特別予防の目的は適法行為の確証にあること、刑法第五六条（刑の延期）、同第五七条（有期自由刑の場合の残刑の延期）もこの観点から理解されるべきであると判示している。[184] しかし他方で、同裁判所は、少年裁判所法の目的が、犯罪少年に「特別の、その年齢にふさわしい、そして教育思想によって支配された手続きにおいて影響を及ぼし、犯罪少年を事例に適した、人格関係的反応によってさらなる損傷から保護すること」にあると判示しているのである。[185] 法治国の面からも、社会倫理の内面化は公衆の保護（法益保護）に役立つ。[186]

(6)　教育思想、比例の原則及び責任主義

教育思想から、実体刑法的には、「刑罰の補充性」が、形式刑法的には、「刑事手続きの補充性」、「教育手続き（少年審判）の非形式性」が導き出される。[187] すなわち、第一に、刑罰は最後の手段（ultima ratio）であり、自由剝奪を伴う教育的措置もそれ以外の教育的措置の後位にあること、第二に、少年に対する刑罰といえども、法治国思想の下では、行為責任によって根拠づけられ、限定されるのであり、教育上の理由からの科刑は許されないが、[188] 重大犯罪でしかも非常に重い責任のために自由刑が宣告される場合、少年刑の構成は教育思想に則ること、[189] 第三に、国の教育的措置は国以外の者（例えば、両親）の教育的措置を補充するものにすぎないこと、第四に、少年犯罪者ができるだけ自主的な「構造転換過程」を歩めるようにする審判前手続き、公判前手続き（ダイヴァージョン）を正式の手続き（格

印付け、貶格化を伴う、少年審判、刑事裁判）に優先すること、[190] 第五に、教育手続き（少年審判）は社会倫理的コミュニケーションを可能とするように構成されなければならない。[191]

成人刑法では、責任が刑罰の上限を画するのであるが、少年（犯罪）法上の教育的措置は、法治国的観点から、行為関係的比例の原則（Tatbezogenes Verhältnismäßigkeitsprinzip）に拘束されるべきである。教育的措置といえども、この上限を突破することは許されない。[192] 教育的措置の選択に当たっては、第一に、個別事案に即した、教育的効果の見込まれる性質の効果的措置であること、つまり少年の抱える問題を克服するのに適切な措置であること（適切性）、第二に、基本権制限が最低限にとどまる措置であること（相当性）、つまりできる限り穏やかな措置であることが基準となる。その際、少年の犯罪因調査、つまり人格、環境調査が前提となる。[193]

少年犯罪者に対する刑罰は、重大犯罪でしかも責任が非常に重く、教育的考慮をしても、なお積極的一般予防の観点から刑の宣告がやむを得ない場合に限定されるべきである。しかしこの場合、発達心理学的理由から、一般に刑罰は軽減されることになる。教育的観点を理由に行為責任を上回る刑罰を科することは許されない。[194] この意味で少年刑は教育刑ではなく、責任刑である。ここでは、成人に対するのと同様に、責任主義が妥当する。しかし逆に、教育的観点から、行為責任を下回る刑罰は許される。[195] この限度内で、量刑、刑の執行に当たっても教育思想は犯罪少年の社会復帰処遇の礎石となるべきなのである。社会国思想の下にある少年行刑では、教育思想が少年刑（Jugendstrafe）においても社会国機能を持つことになる。[196] このように、少年（犯罪）法においては、限定機能と構成機能を有する教育思想は、行為関係的比例の原則及び責任主義と並ぶ、三支柱の一つなのである。[197]

ドイツでは、現代の刑法目的は予防であり、そうすると少年刑法の目的も予防であり、したがって、少年刑法は「少年適合的予防刑法（Jugendadäquates Präventionsstrafrecht）」と定義されるべきとの見解がある。[198] ここに「予防」

とは、個別予防のことを言い、主として積極的個別予防(解放的社会治療の意味での適法行為への働きかけ)、従として消極的個別予防(個別威嚇、社会のさらなる犯罪からの保護)からなる。しかし「個別予防」をもって教育思想に代えることは適切でない。「個別予防」は、積極的特別予防のみならず、論者自身が認めるように、個別威嚇(外面的適応)、個別「保安」をも包摂する概念だからである。「少年適合的」の意味も不明確である。それが少年の保護・介入の必要性から判断されるなら、結局、教育思想が基礎にあることになろう。少年犯罪には教育思想を基礎とした当該少年に適合した、未来指向的対応をとるべきであり、これを抜きにした少年(犯罪)法制は、少年(犯罪)法の効果のみならず、その人道化をも促した従前の努力を無駄にし、たやすく抑圧への道に繋がりかねないのである。(199)

(7)　行為者―被害者―仲介・和解の優先性

人格の成長過程において通常起こりうる挿話的犯罪(200)を「劇化」して、少年の人格への過度の介入を許す、少年(犯罪)法の「全面的教育学化」で対処してはならない。(201)規範意識が発達し始め、それ故まだ規範が可視的にはなっていない者の犯す挿話的犯罪に対する対応としては、少年自らが紛争の自律的処理・克服するための機会が必要であり、それによって少年の自己同一性の形成も可能となるのである。つまり少年の犯罪行為に対する寛容が求められる(Bagatellprinzip. 些事主義)。実証的調査研究によると、非持続的、一過性の軽微犯罪は国の介入が無くとも自然に消失するものである。そうすると、少年犯罪に対して、捜査手続きの持つ事実上の警告機能だけで十分であり、それ以上には国は積極的対応措置を執らないということが、最良の対応ということもありうる。(202)少年に対する早期の且つ重い法的効果は有害であり、比例の原則に反するのである。(203)

尤も、犯罪の重さの故にそれに寛容の態度を示すことのできない場合には、少年に、所為が個別具体的被害者に与

えた結果を正面から認識させ、規範違反を自覚させ、行為の結果を除去し、建設的に修復する自己答責への訴えかけが必要となるが、包括的な行為者人格への教育的働きかけまでの必要はないという場合がある。この場合、その統合予防効果が保護処分や刑罰を不要とする。(204)

しかし少年犯罪の挿話的性格から、一般に、少年犯罪者に対する保護処分、刑罰はおよそ不要であるとの結論を導くのは性急である。教育的欠損の見られる頻回少年犯罪者、重罪少年犯罪者に対する反応としては、人格育成的且つ統制的でもある教育指向の行為者指向対応策が必要である。かかる自己統制、答責意識の欠けている少年には、家庭の事情、知育欠損、薬物依存等のために、その生活態度を克服する機会が大幅に減少していたのである。このような場合、少年の犯罪経歴は大人になる過程で生ずる一過性の問題にすぎないとはもはやいえず、間違った成長過程が始まることの兆候であることを警告する合図でもある。これに対しては、規範と答責の明確な認識を持たせることと併せて、可塑性のある少年への強力な学校教育、治療教育的働きかけによる犯罪予防のための、従来の環境から切り離された、少年の「社会的誕生」に向けられた施設内処遇を含めた差異的対応が必要となる。(205) 少年は将来の規範適合的行動を可能とする行動態様を習得しなければならない。

しかし少年(犯罪)法上の反応には行為者指向ばかりでなく、行為指向の視座も取り入れられなければならない。社会紛争としての犯罪視座からすると、行為者—被害者—仲介・和解は、少年犯罪者が、刑法違反を、国の規範違反という角度からばかりでなく、個別具体的被害者に与えた損害(強奪され、窃取され、欺罔されたりするのは国ではなく、個別具体的被害者である。)という社会的状況において明確に認識し(法秩序と被害者利益の承認)、建設的所為処理(行為者—被害者間の紛争処理)を通して、自発的に自己答責を実現するという点で(行為関係的答責)、挿話的犯罪への対応として最適である。(206) 挿話的少年犯罪の克服のためには、当該少年への全人格的働きかけは必要がない

からである。対話による犯罪の解決にはとりわけ財産罪、傷害罪、名誉毀損罪が適している。自発的行為答責は、社会的攪乱を除去し、規範非侵害性を具体的な形で明確にし、法的平和の恢復に寄与する（積極的一般予防）。行為者―被害者―仲介・和解は、行為関係性という点では刑罰と同じであるが、しかし破壊性ではなく、協調性、建設性の点で刑罰とは異なる。

行為者―被害者―仲介・和解は個別具体的被害者の救済、社会復帰といった観点からも重要な意味を持つ。被害者はこの手続きでは重要な役割を果たすのである。被害者は、早期に損害賠償金を得る可能性を持つが、それに劣らず重要なことは、「証人」としての役割ではなく、痛みを感ずる「人」として行為者によって真剣に対処されていることを体験すること、つまり、恥辱、憎しみ、怒りなどの感情を表出し、さらに、行為者との意志疎通を通して不安感を解消でき、立ち直りの機会を与えられ、社会によって受け容れられることである。[207] それによって被害者の法秩序への信頼感が恢復、強化される。公判や少年審判で、被害者の（一方的）意見陳述が認められても、それは単に欲求不満や復讐感情を持続させるにすぎないことになろう。被害者の自発的参加を前提とする行為者―被害者―仲介・和解は単に少年犯罪者の教育を目的とし、個別具体的被害者をその意思に反して行為者のための「教育学的道具」として濫用するというものではないのである。[208] それは、少年ばかりでなく、被害者にも生きる力を与えるのである（第十二章第一節(2)参照）。

それにも関わらず、行為者―被害者―仲介・和解は、「修復による教育（Erziehung durch Wiedergutmachung）」思想の観点からも重要である。[209] それは、「行為関係的社会教育・学習」、つまり特殊刑法的社会教育・学習を可能とする。従来、ともすれば、教育上の理由から、少年（犯罪）法では個別具体的被害者視座が遮断されがちであったのであるが、今日、これはもはや維持できない。というのは、少年犯罪者は、個別具体的被害者の苦悩の内容を洞察し、

社会的に適切な方法で自発的建設的に紛争を解決することによって、紛争を手がかりとした社会的学習が可能となり(Learning by doing, Lernen durch Handeln)[210]、答責意識が強化されるからである。少年犯罪者が、中立化技術として持ち出す「正当化事由」は、その結節点がほとんどの場合被害者であり、さらなる犯罪への芽を宿しているのであるが、被害者との直接的対話の過程において、その検証に持ちこたえられず、その効用を失う。少年犯罪者は、被害者を非人格化したり、自己の責任を被害者に押しつけたりすることができなくなるからである。悔悟、他者への共感、他者の権利尊重、自律性、自己答責といった、自由・民主・社会連帯主義共同体を根底から支える社会倫理を、事後的ではあるが、主体的且つ具象的に学ぶ機会が与えられるのである[211]。それは同調的自己同一性、内面的社会統制に繋がる。創造的意志疎通を困難にするどころか、戦術的意志疎通を促進しかねない伝統的刑事手続きでは、その実現の可能性が大幅に減少する[212]。したがって、暴力対抗的紛争教育学、答責教育学といった視点から、被害者関与は少年(犯罪)法でも重要な意味を持つのである[213]。

行為者―被害者―仲介・和解は、社会化の負因となりかねない少年審判、保護処分、刑事裁判、刑罰の持つ貶格作用を伴うこともない。行為者―被害者―仲介・和解という社会統合的反応は少年犯罪者の社会化、法的平和の恢復の実現に繋がるのである。実際、行為者―被害者―仲介・和解が、特別予防効果の点で、他の対応策よりも劣っているとの調査研究は見あたらない。したがって行為者―被害者―仲介・和解は、補充の原則に基づき、基礎反作用(Basisreaktion)ないし第一次効果(Primärfolge)として、少年(犯罪)法上の他の対応策に優先されるべきである。

行為者―被害者―仲介・和解は、頻回犯罪とか犯罪類型によって始めから排除されるべきではない。確かに、殺人(未遂)とか強姦といった重い犯罪の場合に、被害者は行為者との対面を望まないのが普通であろう。しかしそれでも場合によっては対面も可能である。頻回犯罪の場合、つまり「犯罪経歴」を重ねる少年についても、その原因は、過

去の個人的、社会的負因にあるのではなく、その者が現に置かれている現実の行為条件、統合条件、例えば、過去の刑事制裁の「マイナスの自己力学」に負うところが大きいことが指摘される。そうすると、犯罪を繰り返す者に一層厳しい刑罰やその他の施設内処遇を科することは、累犯防止といった点で、最悪の対応ということになる。[214]しかも犯罪を犯した少年はその幼少期から家庭内で体罰教育を受けてきたとか、学校教育に問題のあることが多いものである。[215]こういった少年には、本人が予期もしないのに、抑圧的対応ではなく、行為者―被害者―和解という建設的対応の特別の機会を提供することが一層重要となるのである。犯罪（暴力）には抑圧（暴力）をもって臨むことは憎悪、暴力への慣れを挑発しかねないからである。基本的には、如何なる犯罪にも行為者―被害者―和解の機会を遮断するべきではない。もとより場合によっては、少年への積極的援助の観点から施設内処遇も必要となろう。いずれにせよ、行為者、被害者、社会の宥和の場が提供されるべきであり、それこそが法的平和の恢復への最善の道である。[216]

したがって、犯罪少年への教育効果とは矛盾しない、このような形での個別具体的被害者の利益考慮が、法的平和の恢復の本質的要素として包含されるべきことは当然である。少年裁判官は、保護手続きの如何なる段階でも、職権で、あるいは犯罪少年又は被害者の申し立てに応じて、行為者―被害者―和解の可能性を探るべきである。和解、相互了解が遅すぎるというようなことは決してないのであるが、[217]行為者―被害者―仲介・和解は、自己答責原理に基づく以上、捜査終了後、少年審判開始前、刑事訴追前に行われるのが理想的といえるから、その可能性の調査が審判開始条件、刑事訴追条件とされるべきである。行為者―被害者―仲介・和解は、行為者の自白ないし濃厚な嫌疑、行為者、被害者の自発的協働用意が開始要件となる（第十三章第三節(1)参照）。行為者―被害者―仲介・和解はおおよそ六ヶ月以内に開始されるべきである。それ以上になると、行為者には、行為者―被害者―仲介・和解と自己の犯した犯罪との関係を見失う恐れが出てくるし、被害者には、損害賠償の遅延や不安感が持続することになりかねない。他方、

性急なその開始も避けられるべきである。被害者には事件によってもたらされた衝撃にある程度距離をおける時間が必要である。(218) 行為者—被害者—仲介・和解が成功したとき、又は、犯罪少年が和解の真摯な努力をしたとき、少年裁判官は、原則として、審判不開始決定を下すか、検察官への送致はしないこととし、例外的に、保護処分、刑事処分が必要とされる場合、少年審判を開始するか、検察官送致とする。このようにして、中位の犯罪、重い犯罪にも行為者—被害者—仲介・和解を試みることが可能となる。(219)

注

(171) B. C. Feld, (fn. 154), pp. 898ff.

(172) E. Schlüchter, Plädoyer für den Erziehungsgedanken, 1994, p. 5.

(173) E. Schlüchter, (fn. 172), pp. 40f.; the same, Suche nach der Reform von oben, RdJB 1993, pp. 328ff., p. 332.; W. Heinz, Kinder- und Jugendkriminalität - Ist der Strafgesetzgeber gefordert? ZStW 114 (2002), pp. 519ff., pp. 576f.; A. Kreuzer, Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? NJW 33 (2002), pp. 2345ff., p. 2346.; H. Ludwig, Referat, in: Verhandlungen des vierundsechzichsten deutschen Juritentages, B. II/1, Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitmäßig?, 2002, N 18.

　オーストリア少年裁判所法第五条一号は、「少年刑法の適用目的は、とりわけ、行為者が可罰的行為をすることを予防することにある」として、特別予防を明文化し、同第一四条は、一般予防の考慮を法に定められた場合に限定している（「第六条〔訴追の免除〕、第一二条〔刑を言い渡さない有罪宣告〕及び第一三条〔刑の言い渡しを留保する有罪宣告〕の適用に当たっては、特別の理由から、刑事手続きの遂行又は刑の宣告が、他人の可罰的行為を防ぐために、不可欠であるかどうかを考慮しなければならない」）。特別予防の優位性から、教育思想は適法行為の確証の範囲内でのみ意味を有する。U. Jesionek, Jugendgerichtsgesetz, 3. edition, 2001, §5 Anm 7.

　ドイツ少年裁判所及び少年裁判所援助連合の「第二次少年刑法改正—委員会」の最終報告書も次のように論じている。2. Jugendstrafrechtsreform-Kommission, Abschlussbericht vom 15. August 2002, DVJJ-Journal 3 (2002), pp. 227ff. p. 228.「本来のそして今日でも妥当する少年刑法の意図は、国の刑罰請求権を引っ込めて、少年に適合する、援助措置をとることにあり（「刑罰に代わる教育」）、教育的怠慢を刑法の手段で行う（「刑罰による教育」）ことにあるのではない。

刑法の介入目的が良き人間への教育にあると理解されるなら、国の、とりわけ刑法による介入の限定性という現代法治国の見解に矛盾する。人格の尊重と個人の尊厳は、少年刑法においても、犯罪行為者の『内的改心』を強制しようとすることを放棄するよう命令する」。オーストリア少年裁判所法第五条一号にならい、「適法行為の確証」を明文化するべきである。「他方で、委員会は、教育思想それ自体を少年刑法から追放することを拒否する。適法行為の確証という目的への道を、他でもなく少年にあっては全く教育的手段提供でもって歩むことができるのである、但し、相応の必要性があり、行為責任の程度を越えない限りのことではあるが。刑法は自らをその秩序機能、統制機能に限定しなければならないが、しかし他面で、少年の社会的統合を阻止するべきでなく、犯罪を契機に必要となったその介入をできるだけ人格性・統合促進的に構成するべきである。教育はこの意味で、少年の社会的統合を強化して、少年に自己答責的且つ共同社会生活能力のある人格へと成長するように援助するべきである」。

同連合の、少年裁判所法改正案第一条は次の通りである。

第一条（少年刑法の目的）

少年刑法の適用は、少年が犯罪を犯すことのない生活を送ることができるように寄与するべきものとする。刑法上重要な失策行為を契機としていても、少年は、自己答責的且つ共同社会生活能力のある人格への成長促進権を有する。

この社会的統合目的達成のために、少年援助と並んで、司法及び国のあらゆる機関は協働する責務を有する。

(174) M. Walter, Das Jugendkriminalrecht in der öffentlichen Diskussion: Fortentwicklung oder Kursänderung zum Erwachsenenstrafrecht? Zentralblatt für Jugendrecht, Vol. 87, No. 9 (2002), pp. 321ff., p. 325.; H. Ludwig, (fn. 173), N 20 - N 21.

教育思想が、我が国の「少年法」の一大支柱であることは同第一条目的規定（「少年の健全な育成」）にも現れている。一般に、これは「保護主義」といわれている。その内容については、必ずしも一致を見ないが（参照、澤登俊雄『少年法』（一九九九年）一一一頁以下）、本文で論じた見地から解釈されるべきである。そうすると、立法論としては、「虞犯少年」は少年法から除外されるべきこととなる。

(175) E. Schlüchter, De nihilo nihil - oder: Der Erziehungsgedanke im Jugendstrafrecht, GA 1988, pp. 106ff.; U. Jesionek, Der Stellenwert der Konfliktregelung im neuen Jugendgerichtsgestz, Kriminalsoziologische Bibliographie Vol. 15, No. 58/59, 1988, pp. 183ff., p. 187.; H. Schöch, Wie soll die Justiz auf Jugendkriminalität reagieren? in: D. Dölling (edit.), (fn. 118), pp. 125ff., p. 128.; D. Dölling, Die Rechtsfolgen des Jugendgerichtsgesetzes, in: D. Dölling, (edit.), (fn. 118), pp. 181ff., p. 183.

(176) D. Rössner, (fn. 119), pp. 14ff.

(177) D. Rössner, Was kann das Strafrecht von jungen Menschen verlangen? (Manuskript), p. 37.

(178) R. Brunner, D. Dölling, Jugendgerichtsgesetz Kommentar 11. edition, 2002, Einf II Anm. 6 - 8; D. Rössner, (fn. 119), p. 15.; G. Kaiser, H. Schöch, Strafvollzug, 5. Aufl., 2001, §6, 13.; F. Streng, Referat, in: Verhandlungen des vierundsechzisten deutschen Juristentages, Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? 2002, N 71.; The Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, Guide for Implementing the Balanced and Restorative Justice Model, 1998, p. 27.

一九八九年に国連総会で採択された「児童の権利に関する条約」も、その前文で、「児童が、社会において個人として生活するため十分に準備が整えられるべきであり、かつ、国際連合憲章において宣明された理想の精神並びに特に平和、尊厳、寛容、自由、平等及び連帯の精神に従って育てられるべきである」と唱っている。同第四〇条も、「締約国は、刑法を犯したと申し立てられ、訴追され又は認定されたすべての児童が尊厳及び価値についての当該児童の意識を促進させるような方法であって、当該児童が他の者の人権及び基本的自由を尊重することを強化し、かつ、当該児童の年齢を考慮し、更に、当該児童が社会に復帰し及び社会において建設的な役割を担うことがなるべく促進されることを配慮した方法により取り扱われる権利を認める」と定める。(政府（訳)、前掲『ハンドブック少年法』所収・四九八頁以下)。

少年非行に関する国連ガイドライン（リヤド・ガイドライン）に関する一九九〇年一二月一四日の国連総会決議のⅣ社会化の過程、B教育21ａも、「基本的価値を教え、子ども固有の文化的アイデンティティおよび文化様式、子どもが生活している国の社会的価値、子ども自身の文明とは異なる文明、ならびに人権および基本的自由に対する尊重の念を育てる。」と定める。(村井敏邦、斉藤豊治、佐々木光明（訳)、前掲『ハンドブック少年法』所収・四六六頁以下)。

(179) H. Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz, 2. edition, 1991, Grdl. z. §§1-2 Rn 4.

(180) E. Schlüchter, (fn. 172), pp. 51f.

(181) E. Schlüchter, (fn. 172), pp. 41ff.; W. Beulke, Wieviel Erziehung ist im Jugendstrafrecht möglich? in: D. Rössner (edit.), Toleranz - Erziehung - Strafe (Hofgeismarer Protokolle 266), 1989, pp. 65ff., p. 71.; A. Eser, Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzugs, in: Festschrift für K. Peters, 1974, pp. 505ff., p. 518.; G. Kaiser, Die Behandlung junger Rechtsbrecher zwischen informeller Konfliktregelung und defensivem Formalismus - Erziehungsstrafrecht ohne Chancen? in: J. Wolff, A. Marek (edit.), Erziehung und Strafe, 1990, pp. 62ff., p. 75.; G. Kaiser, H. Schöch, (fn. 178), §4, 13.; F. Streng, Erziehungsgedanke im Jugendstrafrecht. ZStW 106 (1994), pp. 60ff., p. 86. これに批判的なのが、Th. Trenczek, (fn.

155), p. 45.

(182) E. Schlüchter, (fn. 172), p. 79.

(183) S. v. Hasseln, Vom Fremdenhass zur Toleranz - Interkultueller Täter-Opfer-Ausgleich, Neue Justiz 4 (2002), pp. 182ff. p.182.

(184) BVerfGE 22, pp. 180ff.

(185) BVerfGE 74, pp. 102ff., NStZ 1987, pp. 275f. (m. Anm. F. Schaffstein, NStZ 1987, pp. 502f.), NJW 1987, pp. 275ff. 同判決は、労働指図の合憲性に関する判断において、なるほど国の教育権（基本法第六条第二項二文、同第六条第三項）は親の第一次的教育権（基本法第六条第二項一文）に対して補充的であり、したがって親が自分の教育任務を自分だけでは果たせないか、もはや果たせない場合にのみ、国は教育者として介入することが許されるが、この前提要件は、少年の教育欠損が犯罪行為に現れているときには常に充たされること、基本法は価値中立の秩序ではなく、社会内での人格発展と尊厳を指導形象とするから、少年が社会において自己答責的人として生活を送れるようにすること、それが少年教育の目的であると判示した。

ドイツ基本法第六条第二項、第三項は次の通りである。「（二）子供の育成および教育は、両親の自然の権利であり、かつ、何よりもまず両親に課せられている義務である。その実行にたいしては、国家共同社会がこれを監視する。（三）子供は、教育権者に故障ある場合、または子供がその他の理由で放任されるおそれのある場合に、法律の根拠にもとづいてのみ、教育権者の意思に反して家族から引きはなすことが許される。」（宮澤俊義編『世界憲法集』第四版（一九八三年）から引用）。

(186) E. Schlüchter, (fn. 172), p. 43.

(187) K. Peters, Strafprozeß, 3. Aufl, 1981, p. 570.; W. Heinz, (fn. 152), p. 125.

(188) BGH vom 9.2.1990, NStZ 1990, p. 389.

(189) 少年行刑の教育目的は、将来の法確証以上のものではないし、それ以下のものでもない。J. Walter, Jugendvollzug in der Krise? DVJJ-Journal Nr. 176 (2002), pp. 127ff., p. 128.; F. Dünkel, Jugendstrafvollzug zwischen Erziehung und Strafe - Entwicklungen und Perspektiven im internationalen Vergleich, in: Festschrift für A. Böhm, 1999, pp. 99ff., p. 131.; H. Ludwig, (fn. 173), N 21.

ドイツ少年裁判所法は、その第九条（少年行刑の任務）第一項で、「少年刑の執行によって、被有罪者は、将来きちんとした且つ答責意識のある生活転換を送れるように教育されるべきである」と定めている。なお、同第一七条第二項は、「裁判官が少年刑を科するのは、所為に現れた少年の有害な性癖（schädliche Neigungen）の故に、教育措置又は懲戒手段が教育のために十分でない場合か、責任の重さの故に刑罰が必要である場合である」、同第一八条（少年刑の期間）第一項は、少年刑の下限は六月、上限は五年、一般刑

法で法定刑が一〇年以上の場合は、上限は一〇年とすること、一般刑法の刑の範囲に関する規定は効力を有しないこと、第二項は、少年刑は、必要とされる教育的影響が可能となるように量定されるべきことを定めている。

(190) W. Heinz, Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis Eine Bestandsaufnahme, in: Bundesministerium der Justiz (edit.), Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis, 1989, pp. 13ff.

(191) この問題につき、I・ヴァイヤースは、次のような指摘をしている。イングランドの当事者主義の少年刑事訴訟では、裁判官と少年の対話は最小限に押さえられる。先ず、起訴状が読み上げられ、次いで、裁判官が少年に罪状認否の質問をする。その後は、検察官と弁護人が訴訟の中心人物であって、少年は脇役にすぎない。少年の発言が求められるのは、攻撃、防御に役立つ限りにおいてのみである。裁判官が少年にに語りかけるのは、判決を言い渡すときである。これに対して、糾問主義に立つオランダの少年手続きでは、手続きの最初から、裁判官と少年の社会倫理的対話を重視している。裁判官の任務は、規範、価値を伝達するというよりは、少年にその為した犯罪行為の社会倫理的意味を悟るように手助けして、その行動、心構え、自己像を変えるように援助することにある。裁判官は、先ず、少年にその言い分を話すように求める。次いで、犯罪の原因、動機についての質疑・応答がなされる。その後、裁判官は、専門家の報告書を読み上げ、少年にこの報告についての意見を求める。次いで、少年が自分自身をどう考えているのかについての話し合いがなされる。裁判官は、少年の個人的事情、家庭環境、教育歴、趣味、将来計画について調査しなければならない。これを終えた後、裁判官は終局処分を言い渡す。I. Weijers, A Pedagogical Perspective on Juvenile Justice, in: I. Weijers, A. Duff (edit.), Punishing Juveniles Principle and Critique, 2002, pp. 135ff., pp. 146f., p. 151.

我が国の改正「少年法」は、検察官関与を「非行事実を認定するため」に限って可能としたが（第二二条の二）、しかし、これには動機や犯行にいたる経緯等も含まれることになるが、そうすると家庭裁判所調査官による「要保護性」調査と交錯することになる。さらに、「三人の裁判官」による合議制（裁判所法第三一条の四第二項）、検察官関与は、少年審判のコミュニケーション構造の一大障害となりかねないという問題がある。参照、石井小夜子『少年犯罪と向き合う』二〇〇一年、八七頁以下。

(192) Ch. Pfeiffer, Unser Jugendstrafrecht - Eine Strafe für die Jugend? DVJJ-Journal, No. 135 (1991), pp. 114ff., p.125.; W. Heinz, Mehrfach Auffällige - Mehrfach Betroffene Erlebnisweisen und Reaktionsformen, in: DVJJ (edit.), Mehrfach Auffällige - Mehrfach Betroffene Erlebnisweisen und Reaktionsformen, 1990, pp. 30ff., p. 59.; F. Streng, (fn. 181), p. 125.; F. Schaffstein, W. Beulke, Jugendstrafrecht, 12, edition, 1995, pp. 68f., pp. 82f.

(193) W. Beulke, N. Dittrich and H. Mann, Erste Vorüberlegungen zu den Vorschlägen für eine Reform des Jugendstrafrechts,

DVJJ-Journal 2 (2002), pp. 122ff., p. 123.

(194) H. Diemer, A. Schoreit, B.-R. Sonnen, JGG Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, 2. edition, 1995, §18 Rd. 18.; U. Jesionek, (fn. 173), §5 Rd. 7.; D. Hermann, P. Wild, Die Bedeutung der Tat bei der jugendrichterlichen Rechtsfogenbestimmung, MschKrim 72. Jg. (1989), pp. 13ff., p. 31.; H. Begemann, Zur Legitimationskrise der Jugendstrafe Überlegungen zur Umgestaltung des Jugendstrafrechts, ZRP 1991, pp. 44ff, p. 46.

そもそも責任の量を超える刑罰なるものが、これを正当化するはずの教育思想から根拠づけられうるかは疑問である。実際に公正でありそして公正であるとも感じられる刑罰が教育効果を持つからである。公正な感情の侵害、反抗的態度は刑務所の教育努力を台無しにする。R. Brunner, D. Dölling, (fn. 178), §18 Anm 13.

(195) M. Walter, Über die Fortentwicklung des Jugendstrafrechts - Vom besonderen Sanktionensystem zur Reduktion der Eingriffstatbestände. NStZ 1992, pp. 470ff., p. 473.; E. Schlüchter, (fn. 172), p. 71.; A. Kreuzer, (fn. 173), p. 2347.

(196) W. Heinz, Das Jugendstrafrecht auf dem Weg in das 21. Jahrhundert, JuS 1991, pp. 896ff., p. 900.; the same, Das Erste Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1. JGGÄndG), ZRP 1991, pp. 183ff., p. 188.; F. Streng, (fn. 181), pp. 80f.; D. Dölling, (fn. 175), p. 192.; DVJJ-Kommission „Jugendkriminalrecht", Unterkommission IV: Rechtsfolgensystem, DVJJ-Journal 1-2 (1992), p. 27.

(197) 参照、「少年司法運営に関する国連最低基準規則」(注159) 第五条及び第七条一七・一(a)(「選択された処分は、常に、犯罪の状況および重大性のみならず、社会のニーズとともに少年の状況および少年のニーズに比例しなければならない。」)

(198) H. Ostendorf, (fn, 179), pp. 5.

(199) G. Kaiser, (fn. 151), p. 21.; the same, (fn. 15), p. 456.; E. Schlüchter, Wider die Entwurzelung des Jugendstrafrechts, ZRP 1992, pp. 390ff.; F. Schaffstein, W. Beulke, (fn. 118), p. 35.

P.-A・アルブレヒトは、教育思想の放棄を主張する一方で、行為責任指向を少年の「規範的特別の地位」と結びつけ、成人に対する関係で少年の優遇処遇を主張するが(P. -A. Albrecht, Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen, (fn. 153), p. 853.)、かかる地位の特別の根拠付けが、特に、特別の少年法上の制裁の根拠付けが必要である。G. Kaiser, (fn.151), p. 20.

H-J・アルブレヒト(H. -J. Albrecht, Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? Gutachten D für den 64. Deutschen Juristentag. Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002, Band I)は、教育目的及び教育構想はその求められてい

ることを果たすことができないばかりでなく、少年犯罪者に不利益な結果をもたらしていると主張して、少年刑法の基礎、説明としての教育主義を放棄すべきことを説き、「責任主義、比例主義」を前面に押し出すことによって、少年刑法の成人刑法への近似化を主張し、これが世界的傾向でもあると指摘し、それと同時に、奇妙なことではあるが、少年裁判所法第三七条（少年裁判官及び少年検察官の選任）「少年裁判所の裁判官及び少年検察官は教育能力を持ち、少年教育の経験を持たなければならない」は維持されるべきだとし、更に、少年裁判官は少年教育学、発達心理学及び少年犯罪法の基本知識を持たねばならないと主張する。

しかしこの議論は説得力を持たないものとして批判される。第一に、このような傾向はアメリカ、イングランド、ウエールズの特別の展開にすぎず、殆どの欧州諸国では特別予防（教育）少年刑法が支配的である。国連、欧州会議の諸準則もその例外ではない。第二に、一方で教育思想を拒絶し、他方で、従来の、社会教育的目的を持つ制裁体系を維持するという主張は成り立たない。第三に、比例、行為の重さを量刑の基準にするなら、償金や学習計画参加を選択することが難しくなる。少年個人の事情、教育不足を考慮せずに、一面的に行為の重さを強調するなら、かえって、H.J•アルブレヒトの主張する不正義、不平等処遇が生ずる。第四に、教育学的内容の教育概念は、いわば「トロイの馬」として場合によっては懲罰的、抑圧的処罰イデオロギーを持ち込みかねないが（国家社会主義の時代がその好例）、行為比例思想の方がイデオロギー耐性、濫用耐性があるなどとはいえない。近時のアメリカ少年刑法、刑法の展開からそのことは明証されている（本章第四節b参照）。F. Dünkel, Jugendstrafrecht - Streit um die Reform Anmerkungen zum Gutachten von H. -J. Albrecht zum 64. Deutschen Juristentag 2002, Neue Kriminalpolitik 3 (2002), pp. 90ff.; M. Walter, (174), pp. 331ff.; A. Kreuzer, (fn. 173), pp. 2345ff.

H.J•アルブレヒトの教育主義放棄論は、二〇〇二年にベアリーンで開催された第六四回ドイツ法曹大会刑法部会「ドイツ少年刑法はなお時代に適合しているか」において、支持を得られなかった。少年刑法の目的に関する票決結果は次の通りである。(1)教育思想。少年刑法の優先的目的は、少年を励まして犯罪を犯すことのない生活をさせることにある。賛成：六七票。反対：〇票。棄権：二票。(2)教育目的の意義。〔第一案〕教育目的の再考が必要であり、前もって示される人格像へと導く教育をするという従来の考えは、適法行為をできるようにする教育によって置き換えられるべきである。賛成：四八票。反対：五票。棄権：一三票。〔第二案〕教育思想の有効性は実証されており、それは維持されるべきである。しかし、教育思想はそれだけでは少年刑法を正当化せず、規範明確化という刑法上の要請と一緒になって少年刑法を正当化する。賛成：四〇票。反対：九票。棄権：一六票。〔第三案〕少年刑法の指導原理としての教育思想の有効性は実証されている。教育思想は維持されるべきである。教育思想は柔軟な制裁形態を保障し、適切な反作用に対する社会の受け容れを可能にする。賛成：五四票。反対：五票。棄権：六票。

(200) 今から遡ること四五〇年ほど前に、W・シェクスピアは、The Winter's Tale 第三幕第三場で今日でも通用する犯罪学的知見を羊飼いに述べさせている。「人間なんて、十六から二十三までの年がなきゃいいんだ。でなきゃあ、その年のあいだは眠ってりゃあいいんだ。その年ごろの若いもんは、することと言やあ、娘っ子に赤ん坊を産ませたり、年寄りをいじめたり、盗みを働いたり、喧嘩したりするぐらいのもんだからな」（小田島雄志訳『冬物語』一九八三年）。

(201) R. Brunner, D. Dölling, (fn. 178), Einf II Anm. 4.

(202) H. Viehmann, Anmerkungen zum Erziehungsgedanken im Jugendstrafrecht aus rechtschaffender Sicht, M. Walter (edit.), (fn. 147), pp. 111ff., p. 126.; H. Ostendorf, (fn. 198), Grdl. z. §§45 und 47, 5; §45 Rd. 9; §47 Rd. 7, 10.

(203) K. Laubenthal, Aufgabenwandel der Jugendgerichtshilfe, in: Festschrift für G. Spendel, 1992, pp. 795ff., pp. 808ff.; E. Schlüchter (fn. 172), p. 68.

(204) D. Rössner, (fn. 177), pp. 48f.

(205) G. Kaiser, H. Schöch, (fn. 178), §10, 87.; D. Rössner, B. Bannenberg, Deutschland, in: H. -J. Albrecht, M. Kilchling (edit.), Jugendstrafrecht in Europa, 2001, pp. 51ff., pp. 59f.

(206) 犯罪の解決に当たっては当の少年も関与すべきことについては、「子どもの権利条約」第一二条の定める子供の意見表明権からもいえることである。第一項「締約国は、自己の意見を形成する能力のある児童がその児童に影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意見を表明する権利を確保する。この場合において、児童の意見は、その児童の年齢及び成熟度に従って考慮されるものとする。」。第二項「このため、児童は、特に、自己に影響を及ぼすあらゆる司法上及び行政上の手続において、国内法の手続規則に合致する方法により直接に又は代理人若しくは適当な団体を通じて聴取される機会を与えられる。」（政府（訳）、前掲『ハンドブック少年法』所収・五一一頁以下）。

(207) H. Viehmann, Festvortrag am 29. November 2002 zur feierlichen Übergabe der Festschrift an Udo Jesionek zum 65. Geburtstag (Manuskript), p. 3.

(208) D. Rössner, Ergebnisse und Defizite der aktuellen TOA-Begleitforschung - Rechtliche und empirische Aspekte -, in: G. Gutsche and D. Rössner (edit.), Täter-Opfer-Ausgleich: Beiträge zur Theorie, Empirie und Praxis, 2000, pp. 7ff., pp. 30f.

(209) D. Rössner, Mediation im Jugendstrafrecht, Kurseinheit 2, p.17.; H. Schöch, Täter-Opfer-Ausgleich im Jugendrecht, RdJB 3 (1999), pp. 278ff., p. 281.; the same, Neuere Entwicklungen in der Strafverfahrensforschung, SchwZStr 98 (1981), pp. 293ff., pp.

313ff.; The Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, Balanced and Restorative Justice for Juveniles A Framework for Juvenile Justice in the 21st Century, 1997, p. 17, p. 33.; G. Bazemore, M. Umbreit, Rethinking the Sanctioning Function in Juvenile Court: Retributive or Restorative Responses to Youth Crime, Crime & Delinquency, Vol. 41 No. 3 (1995), pp. 296ff., p. 305.; I. Weijers, Restoration and the family: a pedagogical point of view, in: L. Walgrave (edit.), Restorative Justice and the Law, 2002, pp. 68ff., p. 72.

(210) W. Hammel, Aspekte sittlicher Erziehung, 1976, p. 38.; D. Rössner, Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktarbeitung - mehr als nur ein Diversionskonzept für Bagatellkriminalität? in: DVJJ (edit.), (fn. 192), 1990, pp. 490ff., p. 494.; E. Schlüchter, (fn. 172), p. 48-49.

(211) G. Zwinger, Der Außergerichtliche Tatausgleich in Österreich, in: G. Kaiser, J. -M. Jehle (edit.), Kriminologische Opferforschung Teilband I., 1994, pp. 89ff., p. 93f.

(212) Ch. Solte, Jugendstrafrechtspflege im Jahr 2000 - Resümee und Denkanstöße für die Zukunft, in; Landesgruppe Baden-Württemberg in der Deutschen Verneinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e. V., 2000, pp. 39ff., pp. 46f., p. 71.

(213) D. Rössner, Das Jugendkriminalrecht und das Opfer der Straftat, in: D. Dölling (edit.), (fn. 118), pp. 165ff., p. 173, p. 179.

修復的正義の実現手段として、烙印付け恥いらせ (stigmatic shaming) とは異なる「再統合的恥いらせ (reintegrative shaming)」が提案され、実践されている (例えば、キャンベラの再統合的恥いらせ実験 (RISE)、アメリカのReal Justiceの実践例等)。R・ローランスは、J・ブレイスウエイト (J. Braithwaite, Crime, Shame and Reintegration, 1989) を援用して、「被害者—犯罪者—和解プログラム」を、地域社会内矯正の一つの試みとして積極的に評価する。社会の犯罪への対応の仕方には二つのものがある。その一は、再統合的恥いらせであり、その二は、烙印付けである。前者は、不法行為の地域社会による非難に基づく社会統制であるが、非難の対象は行為であって、行為者ではなく、不法行為者を遵法市民からなる地域社会へ再統合する機会を提供する。後者は、法違背行為を理由として、行為者にレッテルを貼り、行為よりもむしろ行為者を拒絶する。それは再統合の機会を提供しない。再統合的恥いらせは、犯罪者が責任を受け容れ、法と社会の期待を内面化することを奨励し、犯罪者を受け容れ、支援する。恥が犯罪行為を抑止するのは、重要な他人からの社会的是認というものが人の失いたくないものだからである。そして恥いらせと悔悟は犯罪行為を内的に抑止する良心の形成に役立つと。R. Lawrence, Reexamining Community Corrections Models, Crime and Delinquency, Vol. 37, No. 4 (1991), pp. 496ff.

問題は、犯罪者が誰から何について恥をかかされ、「再統合的恥いらせ」が実現するかである。「再統合的恥いらせ」に基礎を置く修復相談会（restorative conference）は今のところ警察主導である。犯罪少年の視点からは、警察官は必ずしも中立な調整者（facilitator, co-ordinator）ではない。警察官を共同体の公的代表者として恥いらせに用いることには問題があることが指摘される。イングランドはテムズ・ヴァリーでは、従来の警察による注意（caution）に代わって修復相談会が実践されているが、警察が主導であり、再犯防止のための威嚇が強調されている。アメリカの状況については、宮崎聡「アメリカ合衆国におけるリストラテイブ・ジャステイスの実状について―被害者・加害者間の和解プログラムを中心として―」家庭裁判月報第五二巻第三号（二〇〇〇年）一六一頁以下、一六九頁以下参照。

警察主導の修復相談会には一般に次のような問題がある。相談会参加者が自分たちに要求される行為者と行為という不可欠の区別を維持できないとか、少年が、行為について恥をかかされても、自分は恥ずべき人だと感ずるとき、人格としての少年の恥いらせが生ずる。さらに、「再統合的恥いらせ」がその目的を達成するためには、恥をかかせられる少年が恥をかかせる人を尊敬・評価しているか、少なくとも恥をかかせる者の権威の正統性を是認していなければならない。しかしこのようなことが困難なのは、一般に加齢とともに少年の警察への反感が増大する傾向が見られるからである。これらのことから、「再統合的恥いらせ」に警察が関与することは不適当であると指摘される。

キャンベラでは、直接の被害者がいない場合、例えば、酒酔い運転の場合、家族相談会に共同体からの参加者が招待されるが、その役割は「恥をかかせること」のようである。

恥いらせが再統合的であるか否かを判断するのは、恥をかかせる人ではなく、恥をかかせられる人である。恥をかかせる人の意図が良くても、恥をかかせられる人がそれを貶格的と捉えることは大いにありうることである。少年が、警察官や自分とは関係のない人に恥をかかせられて、それが再統合的に働くとはあまり考えられないことである。A. Morris, Shame, Guilt and Remorse: Experiences from Family Group Conferences in New Zealand, in: I. Weijers, A. Duff (edit.), (fn. 191), pp. 157ff.; A. Morris, G. Maxwell, Restorative Conferencing, in: G. Bazemore, M. Schiff, Restorative Community Justice, 2001, pp. 173ff., p. 182. なお、「再統合的恥いらせ」を肯定的に検討したものに、渥美東洋、宮島里史「AustraliaとNew Zealandにおける少年法制度研究―Family Group Conferenceを中心として―」警察学論集第五三巻第一〇号（二〇〇〇年）二〇頁以下、四〇頁以下。テムズ・ヴァリー警察活動を検討したものに、守山正「リストラテイブ・ジャスティスとコミュニテイ・ポリシング」現代刑事法四〇号（二〇〇二年）三四頁以下。徳岡秀雄「少年司法における恥と謝罪の意義」犯罪と非行第一二七号（二〇〇一年）三三頁以下。

恥いらせは、一般に、その対象を行為に限定することができず、行為者をも包含し、行為者の排除に容易に繋がることは周知に事実である。恥いらせ論者は、烙印づけ恥いらせと再統合的恥いらせを区別するのであるが、しかし応報思想の支配する社会において、再統合的恥いらせはその意図することとは異なった方向へ、つまり行為者の貶格化を促進しかねないのである。それはすでにアメリカで現実化している。T. Massaro, Shame, Culture, and American Criminal Law, Michigan Law Review Vol. 89 (1991), pp. 1880ff.; D. Rössner (fn. 119), p. 37.; G. Taylor, Guilt, Shame and Shaming, in: I. Weijers, a. Duff (edit.), (fn. 191), pp. 179ff., pp. 190f.

「恥の文化圏」では、恥をかかせることが、恥をかかせられる者の自尊心・名誉を剥奪し、社会からの排除をもたらしていることは周知の事実である。J. Vagg, Delinquency and Shame Data from Hong Kong, Brit. J. Criminol., Vol. 38, No. 2 (1998), pp. 247ff. 日本については、参照、T. Yoshida, Confession, apology, repentance and settlement out-of-court in the Japanese criminal justice system - Is Japan a model of 'restorative justice'?.; E. G. M. Weitekamp, H. -J. Kerner (edit.) Restorative Justice in Context International Practice and Directions, 2003, pp. 173ff.

ニュージーランドでは、少年裁判所ですら罪状認否（guilty or not guilty）は行われない。質問されるのは、起訴事実を否定するか、否定しないかである。家族集団相談会では、先ず、警察官が犯罪の概略を読み上げる。次いで、犯罪を犯したことを認める(admit)か否かの質問がなされる。これはなんなる「意味論的言い逃れ」にすぎないというものではない。少年は細かな事実については争うことはあっても、犯罪を犯したことを認める。家族集団相談会や少年裁判所は、少年がその引き起こした損害に対する責任を引き受けることに焦点を合わせるのである。家族集団相談会の目的の一つは、少年に犯罪行為のもたらした諸々の結果を理解させ、被害者の気持ちを理解させることにある。そのためには、非難（disapproval）・恥いらせ（shaming）を強調する手続きではなく、犯罪の被害者に与えた影響を強調する手続きこそが重要である。この過程において、少年は恥を感ずるかもしれないが、これは調整者によって意図されたものではない。ニュージーランドの家族集団相談会で期待されることは、少年が責任を受け容れ、悔悟の引き金となっていると考えられる被害者への共感（empathy）を抱き、修復をすることによって悔悟（remorse）を示すことにある。通常は、少年は、謝罪、共同体における労働、希に、損害賠償の約束をする。A. Morris, Shame, Guilt and Remorse, (fn. 118), pp. 169ff.

「再統合的恥いらせ」に基礎を置くオーストラリア家族集団相談会では、少年、被害者とも全く関係のない者も参加するのであるが、ニュージーランドではこれと異なり、少年、被害者を支援する者だけが家族集団相談会に参加できる。少年の関係では、「養育の共同体(community of care)」、被害の関係も含めて「関心の共同体（community of interest)」に所属する者だけが協議会に参加できる。

ニュージーランドの家族集団相談会では、家族に積極的役割が与えられる。伝統的少年司法では、少年家族は少年の犯罪に対して、非難、処罰といったまったく消極的な方法で責任をとらされる傾向にある（例えば、イングランドでは、親が少年の犯罪に対する責任として罰金を支払うことがあるし、子育て講習を受けねばならない）。しかしニュージーランドでは、誰を家族集団相談会に招待するかは双方の家族が決めることである。家族が犯罪の解決策を考案するのであり、その過程で家族は力を付けられるのであって、烙印付けや非難の強化は見られない。「親に責任をとらせる」には建設的意味が与えられるのである。この点で、我が国の改正「少年法」第二五条の二（保護者に対する措置）の運用には慎重な配慮が望まれる。A. Morris, G. Maxwell, The Practice of Family Group Conferences in New Zealand: Asssing the Place, Potential and Pitfalls of Restorative Justice, in: A. Crawford, J. Goodey (edit.), Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice, 2000, pp. 207ff.

心理学の分野では、罪の意識（guilt）と恥の感情（shame）は明確に異なった感情であり、怒りに関係する意図、行動に関して顕著な意味を持つことが指摘される。前者は「道徳的」又は建設的指向の感情であるが、後者は怒りに対して不適応的、非建設的対応を伴う。

恥の感情は、自己全体に対する全面的否定的評価であり、人格としての全否定である。恥の感情に対処する方法として少なくとも二つある。受動的対処としては、対人関係における引きこもり、恥を引き起こす状況の回避があり、能動的対処としては、怒りを他人に向けることによる傷ついた自己の再活性化がある（仕返しするとか、恥をかかせた状況に関与した者を非難する）。いずれの場合も、状況や対人関係の積極的変化を促進するものではない。

罪の意識は、特定の行動に関する否定的評価にかかわるので、怒りへの対応が恥の感情の場合とは異なる。罪の意識は自己への重大な脅威ではないので、仕返し反応を取らせそうもない。対人関係で紛争の生ずる状況に直面したとき、合理的、非敵対的話し合い、直接的、建設的行動がとれる。罪の意識を持つ者は、対人的共感能力をもてるので、これ又建設的意図、行動への道を容易にする。J. P. Tangney, P. E. Wagner, D. Hill-Barlow, D. E. Marschall, and R. Gramzow, Relation of Shame and Guilt to Constructive Versus Destructive Responses to Anger Across the Lifespan, Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 70, No. 4 (1996), pp. 797ff.

一方で、積極的に恥をかかせることは、人格全体を否定することに容易に繋がり、自尊心を掘り崩し、攻撃心を起こさせ、理解、共感、悔悟の気持ちを排除しかねないが、しかし他方で、罪の意識を得させようとする努力が行き過ぎてもならない。なぜなら、第一に、強制ではなく、少年が真剣に自発的に犯罪行為の意味を理解することが重要であるからである。第二に、罪の意識が犯罪に見

合わないほど長く引きずり、そのため、自分自身が汚されたと思い、自分自身の損害に関心を集中させせかねないからである。G. Taylor, (fn. 118), p. 191.

(214) W. Heinz, Mehrfach Auffällige - Mehrfach Betroffene Erlebnisweisen und Reaktionsformen, in: DVJJ (edit.), (fn. 210), pp. 31ff., pp. 52ff.

(215) H. Kury, Gewalt an Strafgefangenen: Ergebnisse aus dem anglo-amerikanischen und deutschen Strafvollzug, ZfStrVo 6 (2002), pp. 323ff. 服部朗「修復的司法の可能性」立教法学五五号（二〇〇〇年）二四四頁以下、二七〇頁以下。

(216) D. Rössner, Die Jugendkriminalität und das Opfer der Straftat, TOA-Infodienst, No. 15, 2001, pp. 8ff., p. p. 10f.; the same, Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktverarbeitung, (fn. 210), p. 501.; S. Fahrni, Mediation im Jugendstrafrecht, 2001, p. 17.

(217) S. v. Hasseln, (fn. 183), p. 184.; DVJJ-Kommission „Jugendkriminalrecht", Unterkomission IV: Rechtsfolgensystem, (fn. 196), p. 27. なお、染田恵「修復的司法の理論的・実務的課題と日本における活用可能性」犯罪と非行第一二七号（二〇〇一年）六六頁以下は、修復的司法実務の主たる対象は、少年が適当であり、しかも、刑事処分確定後の段階、つまり、矯正及び更生保護の段階において試験的に導入するのが適当であると論ずる。

(218) U. Böhner, K. Hechler, K. Graffunder, K. Lobedan and S. Neumann, Täter-Opfer-Ausgleich bei Jugendlichen - Konzeption, Finanzierung und Vergleich mit anderen Bundesländern -, 2001, p. 50.

(219) 改正「少年法」のリストラティヴ・ジャスティス的要素を考察したものに、椎橋隆幸「リストラティブ・ジャスティスと少年司法」現代刑事司法四〇号（二〇〇二年）四一頁以下。

（つづく）