

タイトル	<論説>法的平和の恢復(二十六) : 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(2): 239-270
発行日	2003-09-30

法的平和の恢復 (三)

——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	第十章	スイス連邦の法制度
第二章	アメリカ合衆国刑事司法における被害者	第十一章	行為者—被害者—仲介・和解
第三章	弁償の歴史	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
第四章	恢復の思想	第十三章	刑法（犯罪法）の新しい道
第五章	恢復の思想と心理学	第一節	刑法の任務としての法的平和の恢復
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——	(1)	刑法の概念
第七章	刑法学説にみる「恢復」の思想	(2)	法的責任としての客観的、社会倫理的責任
第八章	ドイツ連邦共和国の法制度	(3)	法的刑罰
第九章	オーストリア共和国の法制度	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
 - (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
 (以上第三十卷第三号―第三十九卷第一号)
 - (8) 立法例
 - a ドイツ
 - b オーストリア
 - c ベルギー
 - d イングランド、ウエールズ
 - (9) 家庭裁判所調査官の新しい役割

(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

(8) 立法例

a ドイツ

一九九〇年八月三〇日の第一次少年裁判所法改正法は、一九八〇年代に始まる行為者―被害者―和解拡充への刑事政策的要請を受け容れた⁽²⁰⁾。行為者―被害者―和解は、従来通り、少年裁判所法第一五条に負担として存置されたが、同第四五条第二項は、行為者―被害者―和解を訴追免除事由として明文化した。さらに、同第四五条第三項によると、検察官の勧告に依じて、少年裁判官は、形式にとらわれない教育手続きにおいて、被害者との和解の指図、損害弁償の負担を言い渡すことができる。さらに、同第一〇条七号は正式に判決によって言い渡される指図として行為者―被害者―和解を明文化した（本論説第八章第一節(1)参照）。

この法体系は、全貌が見極めがたいこと、体系矛盾を犯していること及び複雑であるといった点で、行為者―被害者―和解の阻害要因になりかねないことが指摘される。ドイツ少年裁判所法では、修復の実践形態が、刑事手続きの回避（第四五条）、教育（第一〇条七号）さらには懲罰（第一五条）としても役立つ、つまりあらゆる目的の手段として位置づけられているからである。

第一に、少年裁判所法第四五条第二項によると、行為者―被害者―和解は、訴追免除事由とされる。本規定が中位

の犯罪を対象にしていることは、同条第一項が非介入的ダイヴァージョンの規定であることとの対比から明らかである。本条項は、適用犯罪対象を限定せず、自発的な、物質的、非物質的、並びに直接的、象徴的弁償を許容している。

第二に、少年裁判所法第四五条第三項は、形式にとられない裁判官による手続きで、行為者―被害者―和解を指図（同法第一〇条）としても負担（同法第一五条）としても言い渡すことができると定める。しかし裁判官が言い渡す強制的所為調整はもはや行為者―被害者―和解とはいえず、物質的損害弁償にしか組み込むことができない。但し、裁判官も、少年裁判所法第四七条第一項二号（同法第四五条第二項二文と結びついて）によると、訴追後でも手続きを打ちきることができる。

第三に、少年裁判所法第一〇条第一項七号は、教育措置の構成要素としての指図の形態で行為者―被害者―和解を定める。立法者は、教育的働きかけによって、犯罪少年の社会的逸脱を除去しようとしたのである。しかし行為者―被害者―和解は、懲戒手段としての負担（少年裁判所法第一五条第一項一号、二号）としても言い渡されうる。行為者―被害者―和解の持つ諸側面がばらばらに扱われるところに問題がある。さらに、命令された「行為者―被害者―和解」はその基本前提である自発性と矛盾する。

第四に、少年裁判所法第一五条第一項一号（損害弁償）、二号（謝罪）は、懲戒手段の構成要素としての負担の形態で行為者―被害者―和解を定める。本条項は、教育措置とは異なつて、行為の懲罰を目的とする。それにもかかわらず、損害弁償、謝罪の教育作用も強調される。本条第一項の損害弁償は、自覚の足りない少年犯罪者に自己の犯罪の不法性を認識させ、被害者利益を考慮させる場合に適用が可能であるが、しかし本条第二項の定める被害者への謝罪は、裁判官によって命令されるとき、その一切の意義を失う。

第五に、行為者―被害者―和解は実現したが、犯罪行為の重さからして手続きの打ち切りでは済まされない場合が

ありうるが、それへの対処規定がない。制裁を伴わない有罪の宣告制度が考えられる（少年裁判所法第二条と結びついた刑法第四六条⁽²¹⁾）。

D・レスナー、Th・クラオスは、少年裁判所法に行為者―被害者―和解の基本規定を設けることを提案する⁽²²⁾。その一は、少年犯罪の可罰性の限界に関する規定、その二は、法的効果に関する規定である。

少年裁判所法第四条第二項、第三項に「可罰性阻却原則」を挿入する。

(二) 少年の行為は次の場合罰しないものとする、

一 行為が結果を惹起しないか、とるに足らない結果しか惹起しなかったとき、又は、

二 行為の結果がおおむね除去されたか、修復されたか、又はその他の方法で調整されたとき（犯罪結果和解）。

(三) 検察官及び裁判官は、手続きの如何なる段階においても、職権により、あるいは少年又は被害者の申し立てにより、自発的犯罪結果和解の有無を調査しなければならない。当事者の努力は支援されなければならない。

少年裁判所法第五条第三項に「法的効果原則」を定める（旧第三項は第四項とする）。

(三) 少年が、被害者との和解を達成する努力において（行為者―被害者―和解）自己の所為を全部又はかなりの部分修復したか、所為の修復の真摯な努力をし、一年を越える少年刑が予期されえず、教育的働きかけも不可欠とはいえないとき、命令又は懲罰は科さないものとする。

ドイツ少年裁判所、少年裁判所援助連合の第二少年刑法改正・委員会も次のような理由から、少年裁判所法改正案を提言する⁽²³⁾。

先ず、軽微犯罪の実体法的非犯罪化について次のように論じられる。軽微な少年犯罪は広範囲に広まっている現象であり、ほとんどの場合、国の介入が無くとも行われなくなるという認識から、この種の犯罪に国が介入する必要性は認められない。従来、この領域での正式の反作用が特別予防の意味で非介入や正式でない反作用よりも優れているという証明はない。むしろ逆の証明はある。しかし実務はこの認識に必ずしも従っていない。

刑法が国の反作用の最後の手段であるという性格は少年の場合にも失うものではない。したがって、なるほど少年の行為が犯罪構成要件を充足しているが、しかし繰り返す恐れがなく、他に処罰理由も見あたらない場合、(少年)刑法を発動する正当性はない。それ故、軽微領域では規範的非犯罪化が要請される。

次に、裁判所外和解形態について次のように論じられる。従来、行為者が所為の結果を被害者と和解又は他の弁償によって除去する努力を尽くすとき、検察官は少年法第四十五条に従い訴追を免除できる。しかし如何なる手続段階でも、行為者―被害者―和解又はその他の裁判所外紛争処理、弁償の可能性を調査できるようにするべきである。

一般的に、和解は、人が損害を受けたすべての犯罪に適用している。被害者としては真つ先に自然人が問題となる。行為者―被害者―和解は、行為者と被害者の間の意志疎通による紛争処理を目指すものだからである。自然人が被害者でないときは、交渉権限を持ち、行為者と話し合う用意のある者の存否を調べるべきである。そのほかの場合には、他の裁判所外行為和解と損害弁償が考えられる。

犯罪の軽重、前科歴は和解の試みやその成果の見込みの判断基準にはならない。具体的案件において、行為者、被害者との接触、事前の話し合いが行われて始めて和解への適格性が判明する。行為者―被害者―和解は行為者、被害者の双方に提供の性格(Angebotscharakter)を持たねばならない。両者ともに圧力を受けてはならず、又、和解の試みを拒絶することによって不利益を蒙ってはならない。

少年裁判所法第三条の次に第三条 a を挿入する。

第三条 a (軽微性)

行為が損害又は危険を惹起しないか、軽微な損害又は危険しか惹起せず、行為者の責任が軽いとき、行為は可罰的でない。

第四条 (弁償及び行為者―被害者―和解)

(一) 刑事手続きの如何なる段階においても、検察官、裁判所及びその他の手続関与者は、被疑者・被告人と被害者の間の裁判所外和解の実現可能性若しくはその他の(一方的)弁償形態の促進可能性を調査しなければならない。

適切な場合には、手続関与者はその実現に尽力し、事案を調停及び行為者―被害者―和解の専門機関に移送しなければならない。

(二) 行為者―被害者―和解の適格性は、基本的には、事実関係が解明されており、刑事責任が肯定され、被害者に用意のあるすべての犯罪に認められる。

被害者と被疑者・被告人の用意は調停専門機関により確認されるものとする。

b オーストリア

オーストリアでは、少年(犯罪)法の独自性は、一九二八年制定の「少年裁判所法」の正式名称、つまり、「少年刑法」ではなく、「少年法違反者の処遇に関する連邦法(少年裁判所法) (Bundesgesetz über die Behandlung junger

Rechtsbrecher)」から明らかである。本法律の基本的立場は、刑罰を、なるほど教育に対立するものとは理解していないものの、しかし教育の手段の一つにすぎず、しかも多くの場合、その最適な手段とはいえないものだからである。少年裁判官はできるだけ刑罰を科さず、他の教育手段を執るべきとされている。一九八四年の終わり頃、熱心な少年裁判官、少年検察官及び保護観察官の努力により、保護観察とソーシャルワーク協会が連邦家庭・少年・消費者保護省の本格的支援及びウィーン「法社会学と犯罪社会学研究所」の協力を得て、少年犯罪を扱うモデル実験「紛争処理 (Konfliktregelung)」を立ち上げた。これが、一九八八年の少年裁判所法改正の基礎となったのである(本論文第六章参照⁽²⁴⁾)。一九八八年の改正で、少年裁判所法の正式名称は「少年犯罪における司法に関する連邦法 (Bundesgesetz über die Rechtspflege bei Jugendstrafaten)」と改称されたが、それは本法律の刑法的性格を意識的に抑制する意図からでたものであり、一九二八年少年裁判所法の基本精神は今日でも維持されている。その基本思想は、少年の身体的、精神的成熟度の特別の事情が国の規範構造、刑法と衝突する誘因となつてゐること、この紛争状況から発生した犯罪への対応を誤ると、少年を犯罪経歴生活へ追いやりかねないということである⁽²⁵⁾。

裁判所外行為和解が実務のみならず、一般の人々にも広く受け容れられたことにより、一九九二年の国民議会決議に基づき、モデル企画「成人裁判所外行為和解」が実施された。この試みはうまくいき、全国に広がることになった。これが一九九九年刑事訴訟改正法に繋がつたのである。この改正法により、裁判所外行為和解に関する規定は刑事訴訟法に定められたので、少年裁判所法には少年刑事手続きに関する特別の規定だけが残された。関係条文は次の通りである。

少年裁判所法

訴追の免除

第六條

(1) 檢察官は、その法定刑が罰金刑又は五年以下の自由刑にすぎない少年犯罪の訴追を、別の処置が、殊に、一九七五年刑事訴訟法第九章 a の定めるそれが第七條と結びついて、被疑者に可罰的行為をさせないために必要でないように思われるとき、免除しなければならぬ。かかる処置は、いずれにせよ、所為が人の死を惹起したるときは、排除される。

(二) (三) 省略。

(本條は満一八歳以上満二一歳以下の若年成人 (junge Erwachsene) には適用されぬ)

刑事訴訟法第九章の定める訴追の中止 (ダイヴァージョン)

第七條

(一) 檢察官は、その法定刑が罰金刑又は五年以下の自由刑の少年犯罪の場合、特別の理由から刑事手続きの遂行又は刑の宣告が、他人による可罰的行為をさせないためには必要と思われず、その他の、刑事訴訟法に定められた前提要件が充たされるとき、一九七五年刑事訴訟法第九章 a の定めるところにしたがい処置をとらねばならない。

(二) 省略。

(三) 公共に役立つ役務 (刑訴法第九〇條 e 第一項) は、一日につき六時間、一週につき二〇時間、全体として二〇時間を超えてはならない。

(四) 裁判所外行為和解の成立は被害者の同意を前提としない。

(五) 損害弁償及びその他の所為結果調整（刑訴法第九〇条c第三項、第九〇条d第三項、第九〇条f第二項及び第九〇条g第一項）にあつては、適切な方法で、少年の給付能力及びその生計が不当に困難にならないように注意を払わねばならない。

（本条は満一八歳以上満二二歳以下の若年成人には適用されない）

少年刑法の適用目的は、とりわけ少年犯罪者のこれからの犯罪を防ぐことにある（少年裁判所法第五条一号）。つまり、特別予防が正面に出ているのである。しかし、訴追免除（少年裁判所法第六条、同第一四条）とダイヴァージョン（少年裁判所法第七条）の場合には、一般予防の必要性が例外的且つ補充的に制限的機能を持つことになる。

一般刑法において、法定刑の上限が二〇年以下の自由刑の場合、少年裁判所法では、法定刑が一〇年以下の自由刑へと半減される（少年裁判所法第五条四号）。

一九九九年の刑事訴訟改正法以前には、少年裁判所法第六条ないし第一二条がダイヴァージョンを定めていたが、現行少年裁判所法第七条（ダイヴァージョン）は、刑訴法第九章aの特別規定を定める。

ダイヴァージョンの前提要件は、事実関係が十分に解明されていること、つまり、少なくとも濃厚な犯罪の嫌疑があり、ダイヴァージョンの前提要件がそろわないときには、検察官が起訴するであろうといえること、法定少年刑が五年以下であること、被疑者の責任が重くないこと（判例、学説によれば一般に、重い責任は、行為・心情・結果無価値が構成要件該当行為の犯罪類型から見て、その通常の責任内容、無価値内容を越えている場合に認められる）、特別予防、一般予防を理由とする科刑の必要性がないこと、被疑者がダイヴァージョンに、その詳細な説明を受けた後

で同意していることである。検察官は、法定刑が罰金刑又は五年以下の自由刑の場合、つまり、陪審裁判所、参審裁判所管轄事件の場合でも、ダイヴァージョンの処置を執ることができる。しかし、被害者死亡事件では、検察官はダイヴァージョン処置を執ることはできない。裁判所のダイヴァージョン処置では、このような制限はない。

ダイヴァージョンの前提要件の存否の解明、公共に役立つ役務を受け容れる組織の協力、とりわけ裁判所外行為和解の実施のために、検察官と裁判官には特別に資質のあるソーシャルワーカー(紛争処理者)が用意されている。ソーシャルワーカーは、現在、「協会 新出発(Verein Neustart)」に所属し、保護観察その他刑事司法における任務を果たしている。ダイヴァージョン、とりわけ裁判所外行為和解が今日ここまで発展したのは、資質のあるソーシャルワーカーの活躍による。犯罪者と被害者の間の調停が成功するためには、それなりの資質のある調停者の存在が必須であり、そうでない場合には、益より損害の多いことが指摘されている。⁽²⁶⁾

公共に役立つ役務については、一日につき六時間、一週につき二〇時間、全体として一二〇時間を越えてはならない(少年裁判所法第七条第三項)。成人と比較すると、週及び月単位で、半減されており、一日単位では、三分の一だけ軽減されている。

裁判所外行為和解は、成人刑法とは異なり、被害者の同意がなくとも可能である(少年裁判所法第七条第四項)。租税犯罪には裁判所外行為和解の適用はない(租税刑法第二四条第一項)。

損害弁償、所為結果調整の場合、少年の給付能力、生計が考慮に入れられなければならない(少年裁判所法第七条第五項)。

少年にダイヴァージョン処置が執られる前に、法定代理人に意見表明の機会が与えられなければならない(少年裁判所法第三八条第一項)。法定代理人には、その国内の居所が判明しているかぎり、ダイヴァージョン手続きにおける

被疑者の法的地位について教示されねばならない（少年裁判所法第三八条第二項）。

c ベルギー

ベルギーでは、行為者―被害者―和解ばかりでなく、二〇〇一年一月以来、フランダース地域で、警察主導でしかも「恥じ入らせ」理論に依拠するワガ・ワガ・モデルではなく、家族とその責務に焦点を合わせるニュージールランド・モデル（本論文第十二章第二節(1)、(2)参照）に基礎をおくものの、ベルギーの法制度、文化に適合させた家族集団相談会も実施されている⁽²⁷⁾。それは重い少年犯罪を対象とするのであるが、その理由は、第一に、重い犯罪を対象とすることによって、家族集団相談会が全犯罪に拡大できること、第二に、それほど重くない少年犯罪にはすでに調停がなされ、それが成功した場合には、不起訴処分が為されるが、これと家族集団相談会を競合させることには意味がないというところにある。

ベルギーでは、ニュージールランドと異なり、家族集団相談会をダイヴァージョンとしてではなく、少年犯罪への起訴後の反作用として位置づけることにより、その重い犯罪への利用を可能とした。家族集団相談会の結果を裁判所の承認にかからしめることは、起訴法定主義とも調和するし、少年の権利保護の観点からも有益である。

重い犯罪の場合には、警察官は組織者としてよりは参加者としての役割の方がふさわしいと考えられたために、参加者として位置づけられる。一般に、警察官の役割は、犯罪事実についての情報を提供し、公益を代表することであるが、それは調整者の役割とは調和しないからである。弁護士も家族集団相談会に参加できる。少年は重い責務を負うことにもなるし、後に、弁護士は少年裁判所で意見を述べることになるからである。

家族集団相談会の手続きは次の通りである。検察官は、訴追に値すると判断した事件を少年裁判所に起訴する。こ

れによつて、悪質とはいえない初犯少年は家族集団相談会から除外される。これらの者には、調停 (mediation) の可能性があるからである。少年裁判官は家族集団相談会の可否を調査するための「暫定命令 (provisional order)」を下し、裁判所の社会調査部 (social service) に調査させる。少年が犯罪事実を否認している場合を除いて、常に「暫定命令」は可能である。

社会調査部は調停機関の調整者 (facilitator) と連絡を取る。調整者は家庭訪問などを行う。社会調査部は十日以内に家族集団相談会の適否を判断して、少年裁判官に勧告する。家族少年相談会に適切でない判断されるのは、例えば、事件がそれほど重大とはいえないとか、少年が協力を拒絶しているとか、家族集団相談会が被害者に害を及ぼす恐れがあるといった場合である。少年裁判官が最終的にその開催の適否を判断する。

被害者の参加はその任意である。被害者は、手紙で意見を述べることも、友人や親族といった他人に意見を述べてもらうこともできる。被害者には、少年と同じく、支援者が付き添うことができる。家族集団相談会が開かれた場合、その進行は一応「台本」に則るが、それほど厳格なものではない。「物語 (storytelling)」の段階が家族集団相談会の核の部分を構成する。被害者側も、少年側も犯罪の及ぼした影響を話し、思い、感情を共有し、相互理解に至る過程がここにある。少年側には、修復計画を練るための十分な私的時間が与えられる。その結果は、ニュージーランドのそれとは異なり、「協定 (agreement)」という形ではなく、参加者の署名した「共同意思宣言 (common declaration of intention)」の形をとり、被害者、社会全体に与えた損害の修復、将来の犯罪予防を内容とする。これは裁判官に送られ、判決の中に取り入れられる。裁判官は、「共同意思宣言」を確認しないこともできるが、今までの所、当事者の努力を無視したことはない。判決文の中には、次回期日を定められ、この期日までに「共同意思宣言」が実行されることになる。それが実行されると、最終公判で少年は放免されることになる。

現在、家族集団相談会は、五裁判管区、つまりアントワープ、ブリュッセル、ハッセルト、ロイヴェン、トンゲレンで実施されている。一九九九年に、L・ヴァルグラヴェ教授(Prof. Lode Walgrave)と二名の少年裁判官がニュージールランドに家族集団相談会調査に出かけたのが始まりである。その後、すでに少年事件の調停活動をしていた五非政府機関から、十人の経験を積んだ調停人が、ニュージールランドはウェリントンで家族集団相談会の調整人の経験のあるA・マクリー(Allan Macrae)から二週間の家族集団相談会の訓練を受けることになった。

各裁判管区に地域諮問委員会が、全体を統括する全国組織として運営委員会が設置された。これらには、裁判官の代表者、検察庁、弁護士、被害者救済機関、少年救済機関、家族集団相談会実施機関、それに学術班が属している。平均して、隔月で会議が開かれる。調整人を含めた家族集団相談会の方法に関する検討会も隔月に開かれる。

今日まで、約八十件が家族集団相談会に委託されたが、件数としては少ない。その主な原因として指摘されていることは、第一に、裁判官が日常的仕事に追われ、時として、家族集団相談会のことを忘れてしまうこと、第二に、あらゆる犯罪の被害者は修復を必要とする、そのためには家族集団相談会が最善の手段であるという原則に立っているので、家族集団相談会への委託選択基準がないのであるが、そのことが結果的に委託を少なくしているのかもしれないということである。

委託事件には、放火、自動車ジャッキング、持凶器強盗、重い常習暴行、加重窃盗が含まれている。多くの少年に前科がある。したがって、家族集団相談会がダイヴァーションとして位置づけられていたならば、検察官は起訴したといえる事件が扱われたことになる。ベルギーの家族集団相談会の問題点として、その結果が裁判所の承認を要することから、参加者が感情、修復行為について率直に述べることができないのではないかということである。これにつき、調整人から、被害者が過少な損害賠償請求をしたり、被害者が、裁判官は「共同意思宣言」を認めないので

ないかとの疑念を抱いたりするとの指摘が為されているが、今までの所、裁判所が「共同意思宣言」を拒否した例はない。

警察官の参加については、その犯罪事実についての説明によって、家族集団相談会が「穏やかな」話し合いの時間ではなく、犯罪による社会規範違反が公共の関心事であることが参加者に明らかにされる。犯罪は単に個別具体的被害者に与えた損害にとどまらないものがあることが明示される。公共の利益を代表するのは法的には警察官ではなく、検察官であるが、警察官の参加は犯罪が公的関心事であることを象徴するものと捉えられている。警察官は、犯罪事実についての情報を提供できるし、参加者に安心感を与えることもできる。公判で、家族集団相談会の結果の適否を論ずるのは検察官である。

弁護士の参加には実践的理由がある。「共同意思宣言」は裁判所の承認を要することから、弁護士をすでに家族集団相談会に参加してもらった方がよいことである。対象となる事件は重大事犯であるから、犯罪者には厳しい要求が突きつけられるであろうし、時間もかかる。弁護士は、自分が始めから関与していないとき、家族集団相談会と公判の間に、少年にその結果に従わないように説得する恐れが生ずる。弁護士は少年に代わって発言するのではない。現在、弁護士は家族集団相談会の役割を十分に理解しており、裁判官にそれへの委託を要請したり、そこでの助言の役目を果たしている。もつとも、弁護士の中には、家族集団相談会の精神である「平和」を築くというのではなく、少年の「戦争」に勝とうとする者が散見される。

少年に内輪だけの時間が与えられることは有益でもあり、必須ですらある。少年の犯罪問題は家庭内での人間関係が絡んでおり、その多くは家族集団相談会で明らかにされるが、しかしそれでも他人に曝したくない問題というものもある。人には、誇りがあり、プライヴァシーの権利がある。これらは、家族が真剣に取り組まなければならない

問題のこともあるし、相手に提案をする上で考えねばならない問題かもしれない。したがって、家族内だけで話し合う機会を与えることが重要となる。家族や少年支援者が修復の具体案を持っているが、それを先ず内輪で検討したい場合もありうる。

d イングランド、ウェールズ

イングランド、ウェールズは、一九九九年「少年司法及び刑事証拠法 (Youth Justice & Criminal Evidence Act)」により「修復的司法」の観点から注目されるべき新しい制度を導入した。²⁸⁾ 本法は義務的制裁 (mandatory sentence) を導入することで、初めて刑事訴追された少年 (一〇—一七歳) に対する対応を劇的に変えたのである。すなわち、拘禁の必要のなさそうな犯罪を犯した少年が初めて裁判を受ける場合に、有罪の答弁をしており、過去二年以内に警察による捜査段階で警告を受けていないとき、裁判所は委託命令 (Referral Order) を下さねばならない。有罪の答弁の為された事件と無罪の答弁の為された事件があり、これにつき有罪判決が下された場合、委託命令を下すか否かは裁判所の裁量による。裁判所は委託命令期間を犯罪の重さに応じて三ヶ月と一二月の間で定め、又、契約期間を定めねばならない。裁判所は、命令を言い渡すに当たって、命令の効果、少年犯罪者処遇審査会 (Youth Offender Panel) との契約を結ばない場合や契約違反の帰結を少年に「普通の言葉」で説示しなければならない。

命令期間が定められると、少年は、命令の内容を練り上げるために、少年犯罪者処遇審査会に委託される。各地域少年犯罪対処班 (Youth Offending Team) が各少年犯罪者処遇審査会開催 (初回は委託命令が発せられた日から一五労働日以内) の手はずを整えなければならぬし、裁判記録を入手したり、危険評価を最新のものにしたりしなければならぬ。少年犯罪者処遇審査会は、地域少年犯罪対処班の代表者一名、少なくとも二名の地域共同体の計三名

から成る。少年犯罪者処遇審査会の目的は、起こった事柄、影響の態様、償いに必要なこと、再犯の予防についての形式にとらわれない率直な話し合いのできる場を提供するところにある。少年犯罪者処遇審査会の活動原理は、「修復、再統合及び責任 (restoration, reintegration and responsibility) として定義される「修復的司法 (正義)」に則る。

一六歳未満の少年犯罪者の親は、例外的場合を除いて、常に出席しなければならない。理由無しの親や保護者の欠席は一九八〇年の「治安刑事裁判所法」第六三条の侮辱事件となる。裁判所は出頭命令を出すのが普通である。犯罪少年は自分を支援してくれる大人を指名できる(少年犯罪者処遇審査会の同意が必要)。専門家は直接にも間接にも支援者としては認められない。被害者も出席できるし(一六歳未満の者は親の同意を必要とする)、その友人、支援者をつれてくることができる(少年犯罪者処遇審査会の同意が必要)。直接の被害者がいない場合、被害者視座をもたらししてくれる会社で働く人や、同種の被害にあったことのある人の出席が求められる。少年犯罪者の欠席に十分な理由が認められない場合は、当該少年は再制裁のために裁判所へ逆送されなければならない。

少年犯罪者処遇審査会は裁判所の定めた期間内に少年のとする活動についての「契約」を承認しなければならない。この契約はかなり多くを要求する内容のものでも、かなり単純な内容のものでも良い。例えば、後者には、門限、交際禁止、指導、補償、活動センター参加を含みうるし、単に少年は実際的な補償を行うと明記したものでも良い。契約が無事履行されると、犯罪は「おさまった」ものと直ちに考えられ(もはや一九七四年「犯罪者社会復帰法 (Rehabilitation of Offenders Act)」の前科として記録されることはなくなる)、少年は将来当該犯罪の申告をする必要はなくなる。

委託命令は修復的司法(正義)が少年事件法廷それ自体に導入された初めてのものと説明されている。内務大臣は、成人を含めて、如何なる類型の犯罪者にも委託命令の適用を拡大する権限を持っている。「少年司法及び犯罪証拠法」

は、少年犯罪処遇審査会のひとつの調査結果としては調停もあることに言及している。

委託命令に関しては、厳しい批判が展開されており、あるべき修復的司法（正義）の観点からも無視できない⁽²²⁰⁾。第一の批判は、「契約」成立過程が強制的性質を持っていることに向けられる。政府の説明によると、委託命令は、修復的司法（正義）理念を基底とする少年事件法廷文化の徹底的变化をもたらすものである。それは、本質的に合意に基づくことから、少年事件法廷の利用できる他の処分とは異なる。犯罪者と犯罪少年処遇審査会は契約という形で表現される協定を結ぶことになる。しかしこの説明に対して、実質的には、委託命令は他の刑事処分と同じく強制的であることが判明する、何故なら實際上、犯罪少年処遇審査会は犯罪者に条件を押しつける立場にあるからであるとの批判が為される。

白書⁽²²¹⁾によると、「犯罪少年処遇審査会員と少年は『契約書』を作成しなければならない、それは犯罪少年及びその両親といった他の者への要求事項を明確にする。これらの要求事項によって、少年は確実に被害者又は地域共同体全体に償いをするようになるし、犯罪行動の原因への取り組みも為される。」（九・二八）。「少年司法及び犯罪証拠法」は、犯罪少年処遇審査会の機能は「行動綱領に関して犯罪者協定を結ぶ努力をすること」にあり、合意が成立すると直ちに、行動綱領は文書化され、両当事者に署名が要求される。これが「少年犯罪者契約（youth offender contract）」である。両当事者はそれぞれ契約書一通を所持する（第八条）。「説明書」も、「犯罪少年処遇審査会は、少年犯罪者が遵守すべき行動綱領を策定するため、少年犯罪者と協働する」と述べる（第一節八）。

しかし委託命令の実質は説明とは全く異なる。力の不均衡が見られるからである。その第一の理由は、犯罪者には他人と交渉するべき何物も持っていないということである。犯罪少年には、少年犯罪者処遇審査会が望む物を何一つとして持っていないのである。契約を結ばないことで、犯罪少年処遇審査会が得られなくなりそうなものはない。少

年犯罪者処遇審査会には、少年犯罪者と協定を結ぶ努力義務はあるが、少年犯罪者と協定が結ばれないことで、制裁が科せられることはない。しかし少年犯罪者の立場は、交渉という美辞麗句にもかかわらず、全く異なっている。少年犯罪者は、少年犯罪者処遇審査会と行動綱領の合意ができないなら、少年事件法廷に再制裁 (re-sentencing) のために再委託されることになる。

再制裁は拘禁ということにもなりかねない。少年犯罪者が契約締結を拒否するなら、これを裁判所は少年犯罪者が矯正不可能な証拠と見て、委託命令が発せられなかった場合よりも一層厳しい制裁を科することになる。これは、本法律が少年犯罪者に裁判所出頭命令を出すことを可能としていることから明らかである。最初の少年事件法廷が重大だとは判断しなかった犯罪を犯した少年は、再び少年拘留所に収容されるか、結果的に拘禁刑を科せられる危険を冒すことになる。

かりに裁判所が、契約履行できなかったことにつき少年犯罪者には責任が認められないとの判断を下しても、裁判所には、再度、当該少年を別の少年犯罪者処遇審査会に委託する権限がない。

かくして、少年犯罪者には過酷な選択肢しか残されていない。すなわち、少年犯罪者は、少年犯罪者処遇審査会の条件を受け容れないなら、少年事件法廷に戻され、犯した犯罪ばかりでなく、加えて、少年犯罪者処遇審査会と合意に達しなかったことに対しても処罰されるということを知った上で、交渉に臨む。少年事件法廷に、この契約を破ったことにつき少年犯罪者には責任がないことが証明できても、そのことから少年犯罪者処遇審査会の責任問題が生ずることはない。「事実上、それ故、少年犯罪者処遇審査会には自ら望む如何なる条件であっても少年犯罪者に命令する立場にある。普通の契約理論では、これは強迫の故に取り消しうる契約と呼ばれる。犯罪法では、それは制裁 (sentence) と呼ばれる。」

第二の理由は、犯罪者には、如何なる交渉の立場にいるにせよ、効果的に交渉できるようになる資源も情報もなさそうであるということである。少年事件法廷で制裁を科せられる少年犯罪者には弁護人による弁護活動が為されるのが普通である。ところが、契約内容の厳しさについて、弁護人が介入する余地はないことになろう。少年犯罪者処遇審査会は弁護人を手続きから排除できることになっているし、そうすることは明らかであると思われること、そして又少年犯罪者処遇審査会の手続きに訴訟扶助 (legal aid) は認められそうもないからである。

少年犯罪者（及び当該少年が一六歳未満の場合には少なくとも親一人）は少年犯罪者処遇審査会に出席しなければならぬが、これらの者が「審理」に参加することは要件となっていない。少年犯罪者も審理に関連した自己の諸権利について告知されることも要件となっていないから、少年犯罪者は契約交渉をしているのだということを理解しないかもしれない。行動綱領の決定は少年の面前で下されなければならないという規定もないことから、実質的決定は会議の前に下され、実際の会議は無内容な形式にすぎなくなる可能性もある。

第二の批判は契約手続きの「全部的」性質に向けられる。委託命令の背後にある哲学は修復的司法（正義）である。裁判所の決定する制裁を受動的に、場合によって怒りを感じながら受け容れるのとは異なり、少年犯罪者は、犯罪を修復するための行動指針の協定を結び、履行する積極的（必ずしも喜んでというわけではないが）参加者ということである。しかし「少年司法及び犯罪証拠法」は、少年事件法廷に、委託命令を発するに当たって、場合によっては、補助的命令を下す権限を与えたことにより、修復的司法（正義）を掘崩している。

少年事件法廷は弁償命令 (compensation order) を下すことができる（一九七三年の「刑事裁判所権限法」第三五条）。修復的司法（正義）が十全に機能するべきだとするならば、被害者への金銭弁償は委託命令の結果として結ばれる契約の一部でなければならない。実際、「少年司法及び犯罪証拠法」は、金銭的である必要はないが、補償 (reparation)

の要素が委託命令の下で為される契約に含まれるとする。

サッカーに関連した暴行の廉で有罪判決を下された少年は一定の時（例えば、試合中）サッカー競技場から閉め出されうる（一九八六年の「公共秩序法」第三〇条）。この命令は一年以上三年以下の範囲内で下されうる。ところが、委託命令行動綱領も少年犯罪者に一定の時に一定の場所を訪れることを禁止する要素を含みうる。そうすると、同じ事が二度要求されるということになりかねない。又、異なった内容が要求されることも生じよう。そもそも少年事件法廷が禁止命令を下すという事実が後の修復的司法（正義）の実現を妨げるのである。

第三の批判は役割の分離が為されていないことに向けられる。一九九八年の「犯罪及び公共道德違反法」は、警察官も少年犯罪対処班の構成員でなければならぬと定める（第三九条第五項）。

そうすると、少年犯罪者処遇審査会には少なくとも警察官一人が加わる可能性がかなり高い。取り調べに当たった警察官は除外されることがあり得るにしても、およそ警察官が関与することには問題がある。その理由の一点目は、警察官には部内情報の入手が容易である。例えば、少年犯罪者には余罪があると思われるが、証拠不十分で起訴されなかつたということがありうる。この場合、警察官は自ずと、有罪判決の下された事件ばかりでなく、嫌疑事件も考慮して、契約条項を作成する誘惑に駆られる。二点目は、行動綱領は補償の要素を含まねばならないことに関連する。従前は、如何なる警察官も補償や弁償の交渉、裁定に関与すべきでないとされていたのであるが、これが十分の理由もなく変更された。三点目は、如何なる警察官も如何なる形態の制裁であれ関与することは望ましくないということである。

第四の批判は、法的代理と訴訟扶助に関するものである。少年犯罪者処遇審査会は、犯罪少年に誰を付き添わせるかを決定する権限を持っているので、少年犯罪者に付き添う法的代理人を排除する権限を持っていることになる。し

かし「少年司法及び犯罪証拠法」によると、少年犯罪者は一八歳以上の者を各会議に付き添わせることができる（「成人支援者」）。白書は、弁護士を成人支援者とする事は許されないこと、その理由として、有罪と委託命令の期限は少年事件法廷により決定済みであること、被告人は自由を奪われるという危険を冒すことはないこと、法的代理は被告人を直接扱うという少年犯罪者処遇審査会のやり方の支障となることの三点を挙げる（第九節三七）。

この第一点目の理由は理不尽である。成人に関して、すでに有罪判決が下されていたからという理由だけで、量刑に関する法的助言が奪われるべきなどと主張する者はいないだろう。又、拘禁刑が差し迫っているときにだけ、法的助言をもらえるべきと主張する者もないだろう。第二点目の理由に関しては、少年犯罪者処遇審査会がうまくいかなかったとき、少年犯罪者は少年事件法廷に戻され、自由を奪われるか、少なくとももっと厳しく処分される危険の増大することが指摘できよう。第三点目については、法的助言は少年犯罪者処遇審査会の恣意的権限行使の妨げにはなるだろうが、そのほかどのような支障があるのか定かでない。

契約交渉のために弁護士を雇うことの眼目は、「契約を結ぶ」ことを可能にすることであって、それ以下ではない。弁護士の付き添いが「少年司法及び犯罪証拠法」の目的の支障になるということは、本法の目的がそもそも契約を結ぶことではなく、条件を科することであることを明らかにしている。

少年犯罪者処遇審査会が、自由裁量権を行使して、弁護士の付き添いを認めるとしても、たいていの少年犯罪者には役立たないと思われるのは、訴訟扶助が利用できそうにもないからである。少年事件法廷を含めた刑事手続きには訴訟扶助が認められるが、自由が奪われる直接的危機がない場合にまで、訴訟扶助が認められる可能性は非常に低い（一九八八年の「訴訟扶助法」）。

第五の批判は福祉原則、比例原則の欠如に向けられる。少年事件法廷は、児童、少年を扱うに当たって、その福祉

に配慮せねばならない(一九三三年の「児童及び少年法」第四四条)。さらに、少年事件法廷の下す制裁は、刑事裁判所一般と同じく、犯罪の重大性と釣り合っていないなければならない。「犯罪及び公共道徳違反法」は、これに三つ目の要素を加えた。「少年司法制度の主要目的は、児童、少年による犯罪を予防することにある」(第三条第一項)、「その他の任務と並んで、この目的を配慮することは少年司法に携わるすべての人、機関の任務である」(第三条第二項)。この新しい目的と任務は従来の少年司法制度の機能に取って代わるものではないが、少年犯罪予防に明確に焦点を合わせている。これは少年犯罪者処遇審査会にも当てはまる。

しかし本法は福祉原則、比例原則に言及していない。これらの原則も少年犯罪者処遇審査会に適用されるべきであり、そのための法改正が必要である。白書が、「政府は少年犯罪者の福祉を保護することとこの者の犯罪を予防することとの間に衝突があるという見解に組み込まない。犯罪予防は個別少年犯罪者の福祉を促進し、公衆を保護する」と言うとき、それは過大な要求というものである。

第六は決定の上訴、審査に関する批判である。少年犯罪者処遇審査会の下す決定に対して、当該犯罪少年の効果的異議申し立てを可能とする適切な手続的保護規定がない。第一に、「少年司法及び犯罪証拠法」は、少年犯罪者処遇審査会に議事録作成義務を定めておらず、少年犯罪者の契約遵守についての記録作成義務だけを定めている。そうすると、少年犯罪者処遇審査会での審査に関する少年犯罪者側の主張を裏付ける証拠は何もないことになる。第二に、少年犯罪者処遇審査会の報告書に関連して、少年事件法廷の事実認定に対して上訴する権利が少年犯罪者にも少年犯罪者処遇審査会にも認められていない。又、少年犯罪者が少年犯罪者処遇審査会の報告書に同意しないとか、当該審査会での扱いに不平のあるときでも、当該少年には書証を提出することが許されていない。

(9) 家庭裁判所調査官の役割

我が国の家庭裁判所には、家庭裁判所調査官がおかれている。現行少年法によれば、家庭裁判所調査官は少年法の要保護性の存否と内容に関する社会調査を担う（少年法第八条第二項）。社会調査は、「なるべく、少年、保護者又は関係人の行状、経歴、素質、環境等について、医学、心理学、教育学、社会学その他の専門的智識特に少年鑑別所の結果を利用して、これを行うように努めなければならない」（少年法第九条）。そして、社会調査は、少年犯罪の原因や背景、そして犯罪克服の方法を探ると同時に、犯罪克服に向けての支援を行うことをも目的とすると一般に理解されている。しかし、刑事司法への修復的視点の導入によって少年（犯罪）法の目的の拡大が必要となったこと、又、少年犯罪に関する近時の犯罪学的知見によって、家庭裁判所調査官の任務の再検討が迫られるのである。

ドイツで我が国の家庭裁判所調査官に相当するのが、少年（犯罪）法の教育機能の要の役割を果たしている少年裁判所の補助機関たる少年裁判所援助（Jugendgerichtshilfe）である。この少年刑事手続きにおいてのみ認められている独特の訴訟機関は実体としては少年援助（Jugendhilfe）に属するので、少年保護所（Jugendamt）に所属する（少年裁判所法第三八条第一項）。したがって、少年裁判所援助は難しい二重機能を担わされている。すなわち、一方で、少年の家庭・社会環境を解明するという調査機能（裁判所補助機能）、他面で、少年にできるだけ早く社会教育的配慮をするという機能（少年援助機能）がそれである（少年裁判所法第三八条第二項）。後者の措置が行われれば、少年刑法上のそれ以上の措置は必要なくなる（少年裁判所法第四五条第二項一文）。又、少年援助は教育措置や懲戒手段の執行に当たって監視機関としても活動する（少年裁判所法第三八条第二項五文）。

裁判所援助は、少年刑法の手續きにおいて、聴聞されなければならない（少年裁判所法第一〇条第三項、同第一二条、同第三八条第三項、同第五〇条第三項、同第六五条第一項、同第八七条第三項）。これは、教育の必要性の有無、

懲罰の必要性の有無を判断するに当たって、重要な判断材料となる。⁽²³⁾

上述したように、最近の犯罪学の知見によると、少年犯罪の実相は、その一方の端に、少数のそして軽い犯罪を犯す多くの少年が、他方の端に、多くの及び／又は重い犯罪を犯す比較的少数の少年がいる連続体から構成される。しかも大多数の犯罪少年は人格面でそれほど問題のないことも明らかとなった。そうすると補充の原則からして、犯罪少年に対する対応としては、公判前に規範明確化に役立つ処置が執られればそれでよいことになる。多くの場合、規範が生きていることを明確にし、社会は犯罪を許さないのだということを明証するために、捜査手続きの開始、遂行で十分なのである。少年は、警察官、検察官に対峙することそれ自体を、制裁と感ずるのである。少年の抱える問題は教育権者その他の準抛人よって解決される。しかし再犯者や中位の犯罪では、行為者―被害者―和解、弁償が活用されるべきである。このような認識にあわせて、ドイツでは、少年裁判所援助官の社会教育的任務が従前以上に強調されるようになったのである。⁽²³⁾ 我が国でも、家庭裁判所調査官の任務に、従来の社会調査任務に加えて、従来もなされていた社会教育的任務の一層の充実、そして被害者利益擁護の任務が付け加わらねばならないことになる。⁽²³⁾

ドイツでは、少年裁判所援助が行為者―被害者―仲介・和解を担当する場合がある。しかしこの活動については次のような問題点が指摘される。第一に、少年裁判所援助は行為者指向であって、被害者利益考慮という点で、中立性に欠けるのではないか、第二に、他の行為者―被害者―仲介・和解実施に特化した民間機関と異なり、少年裁判所援助にはこれを実施する時間的余裕がないのではないか等の難点が指摘されるのである。他方で、少年裁判所援助が行為者―被害者―仲介・和解を実施することについて、長所も指摘される。第一に、この機関は全国的に整備されているので、新たな調停実施機関を整備する必要性が減少すること、第二に、少年裁判所援助は行為者―被害者和解の教

育的位置価値を最大限に考慮できること、第三に、少年は、一般に少年裁判所援助官を信頼しているので、行為者―被害者和解にあっても側面援助してくれるものと期待すること、第四に、少年裁判所援助官は、行為者が被害者をむかひいれるか否かに関して適切な判断を下すことができるし、累犯者の場合には、再度の和解が意味を持つか否かを判断できること、第五に、少年裁判所援助官は少年検察官や少年裁判官と随時連絡をとり意見を交わすことができること等が指摘されるのである。

このように、短所、長所が指摘されるのであるが、第一の短所も、少年裁判所援助官が被害者の事情を知らないとはいえないこと、又、被害者自身も必ずしも「中立」が維持されないと考えるわけではないこと、第二の短所も、少年裁判所援助官の職務分担、増員によって解決できることなどを考慮すると、少年裁判所援助が、他の機関と並んであるいは補充的に、行為者―被害者―仲介・和解を担当することに問題はないことが指摘されている。⁽²⁴⁾

注

(220) ドイツ少年法においては、行為者―被害者―和解の萌芽はすでに一九二三年の少年裁判所法に見られる。同法第七条三号には、少年刑を避けるための教育措置として「特別の義務を科すること」が定められていたが、これには損害弁償が含まれると理解されていた。一九四三年のライヒ少年裁判所法では、これが懲戒手段に移され、同時に、損害弁償がこれに含まれることが明定された。そしてさらに、一九五三年の少年裁判所法では、行為者―被害者―和解は、少年刑を科する必要があるか(少年裁判所法第一三条第一項)、少年刑を保護観察のために延期する場合(少年裁判所法第二一条、第二三条)、所為不法を懲罰するための負担(Auflage)として物質的損害弁償(少年裁判所法第一五条第一項一号)及び非物質的謝罪(少年裁判所法第一五条第一項二号)の形で定められた。象徴的弁償のための労働給付(被害者のためのそれを含む)や償金は少年裁判所法第一五条第一項三号及び四号に定められた。いずれにせよ、少年は自己の犯した罪の不法を洞察すべきことを強く迫る処分だった。

行為者―被害者―和解を強調した一九五三年少年裁判所法第一五条は、「社会化の教訓劇」とすら言われたものの、負担としての弁

償は実務ではほとんど反響がなかった。弁償の適用事例は減少を続け、一九八〇年代には少年刑法上の制裁の二%以下になった。しかし一九八〇年代から、行為者―被害者―和解は、ダイヴァージョンと結びついて(少年裁判所法第四五条、第四七条)、その意義を増してきた。少年裁判所法旧第四五条第二項一号によると、行為者―被害者―和解は、別途懲罰を必要としない、先行の教育措置と判断されたのである。D. Rössner, *Integrierendes Sanktionieren: Ein konstruktiver Weg im Jugendstrafrecht?* in: *Bundesarbeitsgemeinschaft für ambulante Maßnahmen nach dem Jugendrecht in der DVJJ* (edit.), pp. 288ff.; H. Schöch, (fn. 56), p. 279.

(221) D. Rössner, Th. Claus, (fn. XII-160), pp. 113ff.

(222) D. Rössner, Th. Claus, (fn. XII-160), pp. 118f.

(223) 2. Jugendstrafrechtsreform-Kommission, (fn. 173), pp. 234f.

(224) 一九八二年一月一日にヴィーン少年裁判所長官に就任したU・イエシオネック(Udo Jesionek)は、かねてからミュンヘン大学教授H・シューラー・シュプリングホルム(Horst Schüler-Springorum)と学术交流をもっていたところ、一九八二年四月にミュンヘンを訪れた際、ミュンヘン大学の助手(当時、現ハノーファー大学教授)だったC・プファイファー(Christian Pfeiffer)から行為者―被害者―和解「橋」を紹介され(本論文第十一章第一節(4)参照)、感銘を受けた。同年一月にブルン・アム・ゲビルゲで開かれた「保護観察とソーシャルワーク協会」の幹部セミナーで、A・ピルグラム(Arno Pilgram. 当時、「法社会学・犯罪社会学研究所」副所長)が講演をしたが、その際、外国で実践されている行為者―被害者―和解にも触れた。その後間もなく、A・ピルグラム、K・ドゥヴォラク(Karl Dvorak. 当時、「保護観察とソーシャルワーク協会」法律担当官)、G・ツヴィンガー(Georg Zwinger. 当時、熱意のある保護観察官。後に、ザルツブルク保護観察所所長)それにU・イエシオネックが、行為者―被害者―和解の実践に向けた検討を始めた。少年裁判所法の根拠条文として、K・ドゥヴォラクは第一二条第一項が利用できることを指摘した。それは、「裁判官が説諭で済ませる可能性があるとき、検察官は起訴猶予にすることができるといえるものである。」

U・イエシオネックの努力にもかかわらず、ヴィーンでは検察官の協力が得られなかったのである。しかし、G・ツヴィンガーとJ・アヒライトナー(Johann Achleitner. リンツの保護観察官)は、ザルツブルクの検察官M・ヴィテク(Marcus Witek)とリンツの若き検察官H・ヴァレンティン・シュロル(Hans Valentin Schroll)と・ローダーバオマー(Brigitte Loderbauer)の協力を得られた。H・シュロル、B・ローダーバオマー、J・アヒライトナーの三人は「リンツ・モデル」を開発した。G・ツヴィンガー、M・ヴィテクも「家庭、少年及び消費者保護省」(当時、G・フレリーリッヒ・ザントナー大臣。Gertrude Fröhlich-Santner)の助成

金を得て、ザルツブルク、ハラインで同様の試みをした。これらの実験が成功を収めたことから、同様の試みが全土に拡大されることになった。このようにして、ダイヴァーシオンが一九八八年「少年裁判所法」改正の目玉となったのである。U. Jesionek, 80 Jahre Jugendgerichtsbarkeit in Österreich-Rückblick und Ausblick Festvortrag bei der 24. Österreichischen Jugendrichtertagung vom 15.10.2002 in Gamlitz (Teil 3), Richterzeitung 2003, pp. 118ff.

(225) U. Jesionek, (fn. 175), p. 184.; the same, (fn. 173), pp. 25ff.

(226) U. Jesionek, Entwicklung des Jugendstrafrechts in Österreich, in: Landesgruppe Baden-Württemberg in der Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e. V., Reform des Jugendstrafrechts, Reform des Jugendstrafrechts-Entwicklungen in Deutschland, Österreich und der Schweiz, 2002, pp. 7ff., p. 19.

(227) L. Walgrave, Restorative Conferences with Serious Juvenile Offenders: An Experiment in Belgium. Paper presented at the Fourth International Conference on Conferencing, Circles and other Restorative Practices: Building a Global Alliance for Restorative Practices and Family Empowerment, 2003.; I. Vanfraechem, Implementing Family Group Conferences in a Legalistic System. The example of Belgium. Paper presented at the Fifth Conference of the International Network of Research on Juveniles, 2001.; the same, Conferencing for serious juvenile crimes. Paper presented at the Fourth International Conference on Conferencing, Circles and other Restorative Practices: Building a Global Alliance for Restorative Practices and Family Empowerment, 2003.

(228) A. Crawford, T. Newburn, Youth Offending and Restorative Justice. Implementing reform in youth justice, 2003, pp. 59ff.

(229) C. Wonnacott, The counterfeit contract-reform, pretence and muddled principles in the referral order, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 11, No. 3 (1999), pp. 271ff.

アメリカ少年司法における修復的司法については、小澤真嗣「アメリカ合衆国オレゴン州における少年司法の実際——少年・被害者・地域社会のニーズのバランスを目指して——」*家庭裁判月報*第五三卷第一〇号(二〇〇一年)一三七頁以下。アメリカでも、修復的司法の名の下に、懲罰化傾向が見られることについては、服部朗「アメリカの少年司法——修復的司法 (Restorative Justice) のゆくえ——」*刑法雑誌*第三九卷第一号(一九九九年)一四五頁以下。徳岡秀雄「少年司法は均衡・修復司法の時代か」*刑政*第一一巻二号(二〇〇〇年)三〇頁以下。

(230) Home Office, No more excuses - A new Approach to tackling youth crime in England and Wales, 1997.

(231) ドイツでは、少年裁判所援助改革と関連して、少年裁判所援助の位置づけについて、少年刑法及び少年援助の任務との関連で、次のモデルが提示される。

第一は、司法モデル (das Justizmodell) である。少年裁判所援助は司法のための調査援助と助言をするべきであり、その活動と考察において、司法によって少年刑事手続きで追求される目的指向であらねばならない。これに比して、少年の成長の社会教育的援助は後退する。しかし、目下の改革論議において、現行法以上に少年裁判所援助を司法に組み込むこの司法モデルが主張されることはなく、今日的意味を持たない。

第二は、二重機能モデル (das Modell der Doppelfunktion) である。司法補助と少年被疑者援助は少年裁判所援助の同価値の任務である。

第三は、少年援助モデル (das Jugendhilfemodell) である。少年裁判所援助は、少年被疑者を少年刑事手続きにおいて助言し、支援し、少年援助の行為によって少年の成長を援助し、社会教育学と少年援助の視点から適切な少年刑事手続き処理の実現に努めなければならぬ。司法のための調査補助は—そもそもあるとすれば—少年裁判所援助の後順位の任務である。

一九九〇年に公表された、ドイツ少年裁判所・少年裁判所援助の研究班「少年裁判所援助」の報告書「少年裁判所援助—位置と変遷」は、少年裁判所援助の二重機能から出立ながらも、少年裁判所援助の援助機能を一層強調し、少年援助モデルに近づいている。Jugendgerichtshilfe - Standort und Wandel, vorgelegt von der Arbeitsgruppe Jugendgerichtshilfe in der DVJJ, DVJJ-Rundbrief No. 131 (1990), pp. 4ff.

この路線はドイツ少年裁判所・少年裁判所援助連合の小委員会II「捜査手続き/ダイヴァージョン」によって引き継がれ、少年裁判所援助の社会教育的援助機能が一層強調される。少年裁判所援助の任務は少年援助から導かれるのであって、刑事手続きからではない。それ故、「まず先に、少年のための援助が刑事訴追という特別の状況においてなされるべきことが明確にされねばならない」。少年裁判所援助の任務は「子供・少年援助法」に定められるべきであり、少年裁判所法には少年刑事手続きにおける少年裁判所援助の手続き上の法的地位だけが定められるべきである」と。Unterkommission II Ermittlungsverfahren/Diversion der DVJJ-Kommission zur Reform des Jugendkriminalrechts, Für ein neues Jugendgerichtsgesetz, DVJJ-Journal, No. 138 (1992), pp. 17ff.

この小委員会案にも問題点が指摘される。現行少年裁判所法第三八条第二項二文は、少年裁判所援助に少年の人格、成長及び環境調査の任務を課している。この規定は特別予防上適切な対応を決定する上で重要な意味を持つ。ところが小委員会IIの提案は少年裁判所援助のこの種の調査義務を定めていない。少年裁判所援助がこの種の調査をする限り、調査の方向目印となるのは法的効果に關

係する事情の司法調査義務ではなく、少年援助の目的がそうなるべきだとされる。しかしそうすると、検察官や裁判所は法的効果を決定する上で重要な事実をどうやって入手するのかという問題が生ずる。

少年援助モデルには、二つの亜型がある。

その一は、自律性関係亜型 (die Autonomiebezogene Variante) である。少年裁判所援助の援助を受けるか否か、如何なる社会教育学的提供を受けるかは、少年が判断する。しかしこのモデルには次のような問題点が指摘される。少年が調査と通知に同意した事柄だけが調査され、司法に通知される。しかし少年が、少年裁判所援助と接触することの意味、調査の射程距離を適切に判断できるかは疑問である。問題が先鋭化するのには、社会統合のなされていない危険な少年犯罪者の場合である。これらの少年から話を聞き出すこと、さらには接触することすら難しい。この場合に、少年の行為、人格、成長を調べなくともよいことになるなら、少年に対する適切な反応ができないことになる。そして逆に社会的に統合されている、恵まれている少年には少年裁判所援助の援助を受けることができよう。

そもそも犯罪への対応に当たっては行為者、被害者そして一般の人々の利益が考慮されねばならない。これらの利益調整といった観点からは、反応を少年の「自発性」にかからしめることはできない。少年が自ら自由に選択したわけではない状況でも、少年に建設的な社会教育学的働きかけをすることは可能である。

その二は、扶助亜型 (die fürsorgliche Variante) である。少年裁判所援助が、如何なる援助が少年に適するかを調査し、援助を試みる。

第四は、少年弁護士モデル (das Modell des Jugendverteidigers) である。少年裁判所援助の任務は、少年被疑者を自分に不利益だと感じる結果から守るところにある。刑事弁護士はこの目的を法的手段で追求するが、少年裁判所援助はこの目的の実現のためにソーシャルワークの技量を用いる。少年援助モデルとは異なり、成長促進のための未来指向的積極的行為ではなく、現実の不利益を避けることに重点がある。

第五は、分離モデル (das Trennungsmodell) である。少年刑法と少年援助は、相互に全く関係のない全く異なった機能を持つている。これらの機能を混ぜ合わせることは有害である。したがって、少年裁判所援助による少年刑事手続きにおける社会教育学的行為は止めるべきである。社会教育学的行為は専ら少年援助の領域で行われるべきであり、少年裁判所援助は廃止されるべきである。

この分離モデルは少年裁判所援助官連邦会同の研究班Ⅰが公表した命題五の基礎になっている。命題五「我々は所為関係的少年刑法を支持する。すなわち、少年裁判所援助の視点からは、司法の処罰行為は処遇理念によっては正当化できない。行為関係的少年刑

法により、専門化された社会奉仕としての少年裁判所援助はその存在理由を失った。少年裁判所援助は、少年の利益と必要事指向の少年援助に変わる。この分離が行われない限り、生活世界指向の援助は、依然として処罰性格を得る危険にさらされている。」。Thesen des Arbeitskreises I des 1. Bundestreffens der JugendgerichtshelferInnen 1991 in Berlin, DVJJ-Journal, No. 137 (1991), p. 356.

しかし分離モデルには次のような批判がなされる。分離モデルの基礎にある純粹の行為刑法としての少年刑法という考えには説得力がない。少年刑法は行為責任調整に尽きるべきものではなく、責任原則と比例原則によって引かれた限界内で、少年の犯罪に対し、累犯をできるだけ防止できるように対応すべきである。なるほど、少年刑事司法の範囲内で累犯を防止する可能性は限られたものであるが、しかし存在する可能性は利用されるべきである。特別予防が少年刑法の目的と見られるなら、社会教育学の認識、方法及び可能性が少年刑事手続きにもたらされねばならない。それ故、少年援助と少年裁判所援助を少年刑事手続きから追放しようとする分離モデルは拒否されねばならない。

少年裁判所援助官会同研究班Ⅱの第二命題は、「裁判所援助の任務は、司法がかかるものを必要と考える限り、少年保護所から切り離された機関が引き受ける」べきと主張するが(Arbeitskreises II des 1. Bundestreffens der JugendgerichtshelferInnen 1991 in Berlin, DVJJ-Journal, No. 137 (1991), p. 368)、「しかしそうなる」と、少年は刑事手続きにおいて少年裁判所援助とも裁判所援助とも向き合わねばならなくなる。それにより少年は不安定となり、社会教育学的援助が難しくなる。法廷に、少年について全く異なった像を持つ二人の社会教育者が現れかねないのである。それ故、少年裁判所援助から分離された裁判所援助を設置することは拒否されるべきである。D. Dölling, Jugendgerichtshilfe im reformierten Jugendstrafverfahren, in: DVJJ (edit.), Jugend im sozialen Rechtsstaat für ein neues Jugendgerichtsgesetz, 1996, pp. 417ff.

(232) W. Heinz, Jugendgerichtshilfe in den 90er Jahren, in: DVJJ (edit.), Mehrfach Auffällige-Mehrfach Betroffene Erlebnissen und Reaktionsformen, 1990, pp. 128ff, p. 138.; P. Reinecke, Perspektiven für die Jugendgerichtshilfe in den 90er Jahren oder ein JGH-Bericht über die JGH, in: DVJJ (edit.), (fn. 64-2), pp. 156ff, p. 163.

(233) 平成一二年の少年法改正により、第九条の二(被害者等の申し出による意見の聴取)が新設された。

(234) F. Viet, Das Angebot des Täter-Opfer-Ausgleichs (TOA) durch die Jugendgerichtshilfe (JGH), DVJJ-Rundbrief No. 131(1990), pp. 17f.; U. Bohner and others, (fn. 217).ドイツ少年裁判所及び少年裁判所援助連合の第二少年刑法改正・委員会も、「手続における少年援助の協働」として、行為者—被害者—和解を「少年援助」の一任務としていふ。2. Jugendstrafrechtsreform-Kommission, (fn. 173), p. 240.

なお、前野育三「修復的少年司法」自由と正義二〇〇二年五月号四〇頁以下は、試験観察活用型の行為者―被害者―和解には積極的だが、調査官主導には消極的態度をとる。

(つづく)