

タイトル	法的平和の恢復(二十八) : 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, 40(2): 351-371
発行日	2004-09-30

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	行為者—被害者—仲介・和解の実践モデル
第五章	恢復の思想と心理学	第十四章	刑法(犯罪法)の新しい道
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——	第一節	刑法の任務としての法的平和の恢復
第七章	刑法学説に見る「恢復」の思想	(1)	刑法の概念
第八章	ドイツ連邦共和国の法制度	(2)	法的責任としての客観的、社会倫理的責任
第九章	オーストリア共和国の法制度	(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 修復（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 修復（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
 - (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、ウェールズ
 - (9) 家庭裁判所調査官の新しい役割
 (以上第三十卷第三号―第三十九卷第二号)
- 第五節 応報・威嚇刑法の黄昏
- (1) 修復的正義と応報的正義の関係、修復的正義における刑罰の役割
 - a 修復的正義と応報的正義の両立否定論
 - aa 修復的正義の「純粹モデル」(共同体主義・ダイヴァー・ジョンモデル)(P・マツコウルド)
 - bb 修復、威嚇及び無害化戦略としての統合モデル(J・ブレイスウエイト)
 - cc 修復的正義の「最大限モデル」(完熟モデル)(L・

- dd ヴアルグラトヴェ
- ee 非懲罰的制裁 (M・ライト)
- 「通常の」刑事司法における統合的、体系的手法としての修復的正義 (J・デイグナン)
- (以上第四〇卷第一号)
- b 「応報」による修復論
- aa K・ダリト
- bb R・A・ダフ
- cc Ch・バータン

(以上本号)

第五節 応報・威嚇刑法の黄昏

(1) 修復的正義と応報的正義の関係、修復的正義における刑罰の役割

b 「応報」による修復論

aa K・ダリー

K・ダリーは、犯罪を犯す者には、個人の自律性、つまり個人責任が認められること、及び刑法の道義的正統性が認められるということから出立する⁽²⁸⁷⁾。

K・ダリーは、応報的正義 (retributive justice) と修復的正義 (restrative justice) を対立させることは誤りであると論ずる。修復的正義は、応報的正義と社会復帰正義とは異なる「三番目の道」ではなく、これらの要素を含むとともに、新しい要素も含んでいる。すなわち、修復的正義は、犯罪と犯罪者に焦点を合わせ、過去の行為を非難し、しかも将来の行為を変えることに関心が⁽²⁸⁸⁾あり、さらに、個別事例において、比例のとれた、しかも「物事を復させる」制裁つまり結果に関心が⁽²⁸⁹⁾ある。

修復的正義は、精神的に能力のある、それ故、道義的に非難可能な者を前提とするので、応報的正義を含むし、犯罪者の「再統合」を説くので社会復帰正義を含むので、応報的正義や社会復帰正義と対立するものではない。しかし修復的正義は新しい要素を含む。すなわち、被害者が過程においてより中心的な役割を果たすこと、犯罪者と個別被害者、生活共同体との間で損害を回復することに重点がおかれること、生活共同体の構成員がもっと積極的役割を果たすこと、過程の特徴は当事者間における対話と交渉にあることが⁽²⁸⁹⁾それである。

修復的正義と伝統的正義（応報的正義、社会復帰正義）の顕著な違いは次の点に見られる。第一は、範囲に関する

違いであり、伝統的正義は事実認定と刑罰の段階を扱うが、修復的正義は一般に刑罰の段階にだけ焦点を合わせる。第二に、範囲の違いは決定過程に影響を及ぼす、つまり、伝統的正義においては、当事者対抗的手続きにおいて事実認定が行われ、刑罰が科せられるが、修復的正義では、当事者対抗的手続きの必要性が減少する。第三は、目的に関する違いである。伝統的正義の明示の目的は、犯罪者を処罰、矯正することそして一九六〇年代からは被害者への弁償も含めることにあるが、修復的正義のそれは、個別被害者、生活共同体に生じた損害を回復することにある。⁽²⁷⁾

続いて、K・ダリーは、修復的正義の手続き、結果は刑罰代替ではなく、代替刑罰であることを論ずる。すなわち、刑罰とは、不快な事一切をいう、つまり犯罪者に何らかの負担を科することをいう。意図していること（処罰することでない）がそれを受け取る者によってその意図通りに受け取られると考えるのはまやかしかである。したがって、弁償（compensation）が刑罰であるのは、心理相談の出席、罰金の支払い、保護観察官定期的面談と同じである。このかなり包括的な定義を採用すると、刑罰の観念を修復的反応から除去することはできなくなる。⁽²⁸⁾

K・ダリーに依ると、刑罰に否定的含意が伴うことは、歴史的経緯に由来する。しかし今日、司法機関によって犯罪者に科せられるいかなる刑罰も、定義上、有害又は不正である、何故なら刑事司法システムは不正であるからだ⁽²⁹⁾と考えるならば別だが、刑罰を、屈辱、損害、貶格と結びつける必然性はない。⁽³⁰⁾

伝統的正義あるいは修復的正義において刑罰と非刑罰を分けることはできない。犯罪者の視点からすると、この区別は刑罰と治療の区別とは異ならないし、刑罰と治療の区別と同じく不正直である。被害者の視点からは、この区別は犯罪者に対する怒り、憤りといった正当な感情、何らかの罪のあがないの印を否定するものである。生活共同体の視点からは、損害に対して刑罰が科せられないのなら、損害は許され、不法行為としては非難されないことになる。⁽³¹⁾

K・ダラーは、刑罰をその消極的意味内容から解き放ち、これにもっと建設的意味を与えようとしているが、その出立点において問題がある。

第一に、個人道義的責任が前提となつてはいるが、この前提の根拠付けが為されていない。

第二に、修復的正義が刑罰であるのは、それが応報と社会復帰を結合しているからだといふのである。しかし応報が苦痛の意図的賦課を意味するならば、応報は大方の理解する修復的正義とは両立しない。修復的行為は犯罪者に心理的、身体的努力を要求し、「煩わしい」ものかもしれないが、しかしそれは苦痛のために苦痛を加えることと同一ではない。⁽²⁴⁾

第三に、確かに、伝統的刑罰であれ、調停過程・協定の成立であれ、犯罪者に苦痛が伴う。しかしこのことから、不快を伴うものは一切刑罰だと捉えることには飛躍がある。伝統的刑罰は、国が犯罪者に一方通行的に科するのであり、これに対して、調停は双方通行的である。犯罪者にはこの区別ができるのである。被害者もこの区別はできる。伝統的刑罰では、被害者の怒り、憤りの表明が一方的に反映されることになり、犯罪者との双方向的コミュニケーションがないのである。生活共同体から見ても、犯罪者が処罰されないなら、人々は犯罪が許されたものと考えることはならない。生活共同体が望むことは、犯罪に対して何らかの反応が必要だということであり、それが必ずしも苦痛を伴わなければならないというものではなく、建設なものでもありうるのである。

第四に、修復的正義は、比例がとれ、しかも「物事を復させる」ことに関心が向けられるとされるのであるが、両者は往々にして矛盾するのである。修復的行為は、基本的には、被害者と犯罪者間の合意によるのであって、必ずしも犯罪の重さと均衡がとれている必要はないからである。⁽²⁵⁾

第五に、刑罰に積極的意味を与えるということは、内容的には、M・ライト、L・ヴァルグラヴェの言う修復的

制裁 (restorative sanction) と同じということになるのかもしれない。しかしそれは単なる名称の問題にとどまらない。依然として伝統的応報思想が支配している刑事司法において、建設的内容の制裁に刑罰という概念が用いられることによつて、修復理念が応報主義に吸収され、その実践が徐々に歪められ、懲罰的側面だけが出てくる恐れがあるからである。⁽²⁶⁾

第六に、K・ダリーは、修復的正義から刑罰概念を排除することは政治戦略的に見て得策でないといふのであるが、これは全く実利的な議論であつて、原理的議論ではない。⁽²⁷⁾

bb R・A・ダフ

R・A・ダフに依ると、犯罪に対する反作用は修復 (restoration)、修復的正義 (restorative justice) の実現を目的としなければならない。犯罪行為が必要とする種類の修復は、応報刑の過程によつて適切に実現される。犯罪者は犯罪に対して応報、刑罰を蒙らねばならないが、かかる刑罰の本質的・目的は修復を実現することではない。修復は応報と両立するばかりか、修復は応報を要求する。⁽²⁸⁾ したがつて、修復的正義の実現手段は「刑罰の代替物 (alternatives to punishment)」としてではなく、「代替刑罰 (alternative punishments)」として理解されるのである。⁽²⁹⁾

犯罪に対する反作用について先ずこう論ずる。⁽³⁰⁾ 修復に関する如何なる議論も、犯罪被害者が、損害を受けた (harmed) ということばかりでなく、不法な扱いを受けた (wronged) という事実⁽³¹⁾ に敏感でなければならぬ。被害者は、自然によるあるいは単に不運な損害とは異なる、不法な損害を蒙つたのである。さらに、犯罪は、多くの場合個別被害者に対する不法行為 (wrongs) であるが、「公衆 (the public)」にも関係する、なぜなら犯罪は法治組織形態としての生活共同体の依つて立つ価値を侵害しているからである。それ故、適切な反作用を用意することは、私人としての被害

者や犯罪者の責務であるばかりか、公衆の責務でもある⁽²⁸⁾。

それでは「適切な反作用」とはなにか。R・A・ダフはこう論ずる。第一に、侵害された財産を補償することはできるし、身体傷害を治癒することはできるし、心理的損傷も治癒することはできる。しかし不法行為そのものの修復を可能にするのはなにか。ここに謝罪、恥じ入らせ、さらには「自白、悔悟そして赦し」と言うことすら問題となる。これは刑罰の領域に入ることになる。第二に、犯罪者は犯罪によって、被害者や同胞市民との犯罪者の規範的関係を定める価値を侵害したのである⁽²⁹⁾。

R・A・ダフは応報についてはこう論ずる。「罪は苦痛を蒙るに値する」という応報は重要な道徳的眞実を表している。犯罪の場合、犯罪者にその行為に値する苦痛を受けさせること、それは国の適切な任務である。しかし応報は苦痛の内容については語らない。犯罪者が不法行為(wrong)を犯したということから、そのために値する三種類の苦痛を同定できる。その一は、悔悟(remorse)の体験をするに値するということ、つまり、犯罪者は自分の行為を認識し、後悔するようになるべきだということであって、これにはどうしても痛みの過程が伴う。その二は、犯罪者は他者からの非難(censure)を蒙るに値するということであり、これにも痛みが伴わざるをえない。その三は、被害者に補償(reparation)をする。「心身の負担(burden)」である。そして補償が修復的目的に役立つべきならば、それは心身の負担となるのでなければならぬ⁽³⁰⁾。

R・A・ダフはさらに補償(reparation)についてこう論ずる。補償がその目的を果たすべきならば、心身の重荷(burdensome)となるのでなければならぬ、何故ならそうしてのみそれは眞摯な謝罪を表すことができるからである。もし補償が犯罪者に全く痛痒を感じさせないのなら、それは口先だけの謝罪にしかすぎない。

R・A・ダフは、次いで、刑事調停(criminal mediation)について以下のように論ずる。刑事調停の焦点は犯され

た不法行為にある。そこで重要なことは、第一に、調停前に、犯罪事実が証明されなければならないということである。

第二に、犯罪者は自分の行為を正当化する説明をしてはならない。犯罪者に自分の犯した不法行為を理解させようとすることは、その行為が不法であると非難することを少なくとも含意する。犯罪者が自分の行為を不法と理解するならば、犯罪者はそうすることで自分を非難することになる。

第三に、調停過程は、犯罪者、被害者の同胞市民としての規範的關係（相互受容、尊敬）の修復を目的とする。調停過程では、犯罪者の不法行為が問題となつていくことから、少なくとも謝罪が伴わなければならない。謝罪は、自分の行為が不法であることの認識、将来かかる行為を避けることの暗黙の約束、被害者からの赦し、被害者との和解を求めることの表現である。しかし謝罪は単なる言葉だけの表現で終わってはならない。言葉による謝罪には真摯さが欠けることがあるし、真摯さに欠けることがないとしても、不法行為の重大性から、言葉だけの謝罪では不十分である。謝罪は補償によつて強化される説得力ある謝罪 (a forceful apology) であるべきである。刑事司法における補償は、その目的を達成すべきならば、心身の負担となるものでなければならぬ。そうして初めて補償が不法行為に対する真剣な謝罪となりうる。補償が犯罪者にとり何らの負担ともならないのなら、それは空虚な言葉だけの謝罪にすぎなくなる。⁽²⁸⁾

以上の議論を踏まえて、R・A・ダフは、刑事調停、補償を懲罰的なものとして、つまり、応報刑の範型と認識すべきことを主張する。刑事司法における調停は刑罰の標準的定義と調和する、何故なら、刑罰とは、犯罪を犯したために、権限のある者又は機関によつて、犯罪に対する非難のコミュニケーションのために、苦痛 (painful) つまり心身に負担となることを意図して犯罪者に科せられものだからである。⁽²⁹⁾

刑事調停の焦点は犯罪者とその犯罪に、つまり、犯罪者が犯罪によって惹起された道徳的損害を修復するためにしなければならないことに合わさっている。刑事調停の意図は、苦痛、つまり心身に負担を負わせるところにある。そしてこの苦痛、心身の負担は犯罪を犯したが故に蒙るべきものである。刑事調停手続きそれ自体の目的は、犯罪者に犯罪事実とその意味するところに正面から対峙させ、悪事を犯したとして犯罪行為を悔悟させるところにある、つまりこれは苦痛たらざるをえない過程である。刑事調停がその目的を達成すべきなら、犯罪者が引き受けるべき補償は、心身に負担となるものでなければならない。この目的は、苦痛のためだけに犯罪者に苦痛を加えること (make the offender suffer) にあるのではないが、しかし適切な種類の苦痛を誘起すること (induce an appropriate kind of suffering)、すなわち自分自身の不法行為を直視し、悔いそしてその補償をすることに本来内在する苦痛を誘起することにある。⁽²⁸⁷⁾このようにして、R・A・ダフは、調停を刑罰による厳しい処遇 (hard treatment) の一形態と捉えている。⁽²⁸⁸⁾刑罰は犯罪者の意思に反してあるいはその意思にかかわりなく科せられるのに対し、調停、補償は合意を前提とするから、後者が刑罰とはなりえないという考えに対して、R・A・ダフは、刑罰には自己処罰 (self-imposed) もありうる、つまり、自ら調停に参加し、補償を引き受ける犯罪者は自己を処罰しているといえるのだと反論する。さらに、裁判所の科する刑罰の大部分も、犯罪者が裁判所の受け身的被害者、受取人にすぎなくなるという意味で、厳格に「科せられる (imposed)」わけではない。罰金の支払い、特定の社会奉仕の引き受け、保護観察官との面会に見られるように、刑罰は「要求 (requirements)」にある。同様に、犯罪者は調停に参加することを要求され、特定の補償を引き受ける。⁽²⁸⁹⁾

R・A・ダフの見解では、刑事調停は刑罰として位置づけられるのであるから、当然のことではあるが、それは公判段階で、つまり、刑法の盾と刑事裁判所の権威の下で行われることになる。その際、裁判所の中心的役割は懲罰的

正義の保証人として行動することになる。裁判所は、被告人が本当に犯罪を犯したのかを認定し、調停過程を監視し、その結果を承認し、さらには、参加を拒絶する、あるいは合意に達した補償を履行しない犯罪者に対処しなければならぬ。裁判所は各当事者の権利の保護者及び公衆の利益の守護者の役割を持つ。すなわち犯罪は公衆にかかわる不法行為であるから、被害者は自分のためばかりでなく、全体としての生活共同体のために語らねばならず、犯罪者は被害者にばかりでなく、被害者を通して生活共同体全体に語らねばならない。この役割を果たすのが、裁判所の任命する調停人であり、これが法の代弁者として、法の権威をもって語りうる。裁判所、調停人が保証せねばならないことは、犯罪者が話し合いに乗ること、証明された犯罪に限局した補償をさせることにある。⁽²⁰⁾

R・A・ダフは、刑事調停、補償が刑罰と見られなければならないのは、定義の上からばかりでなく、この手続きが刑事罰の適切な諸目的にも役立つからであると論ずる。第一に、調停はコミュニケーションの過程である。手続は、被害者に対する悪事としての犯罪に関する被害者と犯罪者の間のコミュニケーションであり、犯罪者の行う補償は、被害者及びその他の者への犯罪に対する謝罪のコミュニケーションである。しかしそれは懲罰的コミュニケーションの過程である、すなわちそれは犯罪者を犯罪を犯した廉で非難し、犯罪に対する心身の負担となる補償を要求する。刑事罰は、国つまり政治共同体とその構成員の間のコミュニケーション行為として正当化されなければならない(およそ正当化されうるとすれば)のであり、そうすると、刑事調停はまさにそうした行為なのである。

第二に、刑事調停は、犯罪者にその犯罪相応の苦痛を科そうとする(又は、誘起しようとする)、そしてこういった観点で正当化されるという点で、応報である。犯罪者は自分の犯した犯罪を非難されてしかるべきである。つまり、調停の目的は犯罪者への非難のコミュニケーションであり、犯罪者が自分に値することを受け容れるようにする。犯罪者は自分の犯した犯罪を当然後悔すべきである、つまり、調停の目的は、犯罪者に自分の犯した悪事を認識するこ

とで、悔悟を誘起することにある。犯罪者はその被害者に謝罪となる、心身の負担となる補償をしなければならない、つまり、調停の目的はこういった補償の準備をすることにある。

第三に、犯罪者の行う補償は一種の懲罰的な厳しい処遇である、つまり、コミュニケーションの意味とは関係なく、心身の負担となることが意図されており、時間、金銭、エネルギーを要求する。補償は、自分の犯した悪事を理解して、悔悟を強固なものにする手段である。

第四に、刑事調停は応報（過去回顧）であるとともに、未来指向でもある。その目的は、被害者と犯罪者を和解させること、将来の犯罪を思いとどまらせることにある。しかしこのことは、刑事調停や刑罰に対する結果主義的な「一般的正当化目的」を措定することではない。最終目的自体がそれにふさわしい手段を決める、つまり、達成されるべき和解は、犯された悪事の認識と謝罪を含まなければならず、それ故、かかる認識と謝罪を含む手続きによって達成されねばならない。犯罪者は、自己の犯した悪事を認識することで、将来の犯罪を思いとどまるべきものである。⁽²⁰⁾

調停が可能でないか、実践可能でない場合、R・A・ダフによると、犯罪者には、今まで親しまれている種類の刑罰が科せられることになる。それにもかかわらず、量刑手続きは、可能ならば、被害者と犯罪者が参加する調停手続きに類似のものであるべきである。さらに、犯罪者の刑罰は、その意味と目的において、調停の結果である補償に類似したものでなければならぬ。⁽²¹⁾

このようにR・A・ダフは、応報が犯罪に対する反作用として苦痛を必然的に伴う刑罰を要求するという伝統的刑法（犯罪法）観に依拠しながら、応報の実現手段たる刑罰に新しい内容を盛り込むことによって、修復を実現するという、応報刑論にははなはだ魅力的に思える理論を展開した。しかしやはりR・A・ダフは基本的に上意下達方式

(top-down) の見解を開陳しており、それは修復的正義の下意上達方式 (bottom-up) とは全く異なるのである。⁽²⁸⁾ 第一に、刑事(修復)司法における応報の理論的根拠について全く論証をしていないことである。議論は応報を前提として組み立てられていることである。したがって、

第二に、応報が放棄されるべきだとするならば、犯罪者には犯罪行為に伴う責務が生ずるものの、犯罪者に反作用として刑罰が必然的に要求されるというものではないことの認識が欠けている。

第三に、刑罰は、単に表示的手段ではなく、双方向のコミュニケーション手段であり、悔悟を可能とすべきものとされるのだが、しかしそれでも依然として犯罪者に科せられるのである。しかし悔悟は、他者に対する共感に鼓舞され、内から来るのであり、強制されるものではない。刑罰という懲罰的制裁は抵抗と憤慨を生み出すのが普通である。⁽²⁹⁾ 第四に、苦痛、心身の負担を伴うべき刑事調停、補償は刑罰と位置づけられている。しかし刑事司法において一般に実践されている修復行為、例えば、行為者―被害者―仲介・和解がその目的を果たす上で重要なことは、犯罪者に苦痛、心身の負担を与えねばならないということではなく、犯罪者、個別被害者の必要事に最大限考慮を払うということである。この過程に伴う犯罪者の苦痛、心身の負担はその副次的結果なのである。R・A・ダフの見解を採用するならば、調停過程が、またもや被害者を犯罪者「処遇」の単なる道具に劣化しかねないどころか、犯罪者に心理的反抗を生じさせ、コミュニケーションの妨げとなりかねない。⁽³⁰⁾

第五に、刑事調停、補償は刑罰と位置づけられるから、それは公判段階でしか可能でない。起訴前の段階での科刑はありえないからである。これは応報思想が行為者―被害者―和解の実践を不当に狭めるものであることを証明している。しかも調停者は裁判所によって任命され、法の代弁者として行動する。しかしこれでは調停者の中立性が危うくなる。

第六に、調停が不可能か、適切でない場合、量刑手続きは、被害者と犯罪者が参加する調停手続き、補償にできるだけ類似させなければならぬとされるが、しかしこれをも刑罰と呼ぶべきなのであるか。犯罪者の意思に反し、又はその意思にかかわらず科せられる不利益処分という伝統的刑罰概念から著しく逸脱しているのである。

cc Ch・バートン

Ch・バートンによると、現代刑事司法システムの実務が、本質的に応報的であるとはいえない。他方、修復的正義の反応が応報的、懲罰的要素を含んでいることが多い。したがって、応報や、懲罰性すらも、刑事司法システムの悪だとして非難することは的外れである。刑罰と応報はいかなる司法システムからも排除できない⁽²⁸⁾。

問題とすべきは、刑事司法が、第一次的当事者（被害者、犯罪者そしてこれらの者の周りにいる者）に関して沈黙し、これらの者を縁に追いやり、これらの者から力を奪っているという事実にある。現在の司法の主要な弱点は修復的正義の介入によって大いに救われる。修復的正義の反応の強さは、反応が懲罰性、応報を拒絶するというところにある⁽²⁹⁾。のではなく、犯罪の原因と結果に対処するのに最適な場所である生活共同体に力を付けるところにある。

そこでCh・バートンは先ず「応報」の意味を検討する。応報は標準的、適切な意味と歪められた意味の二つの用いられ方がなされる。前者の意味では、刑罰は不法行為者にそれ相応の報い(Just deserts)として科せられる、つまり、不法行為は処罰に値するが故に、ある種の消極的返済(negative repayment)としての刑罰が科せられる。後者の意味では、「応報」、「応報的」というのは「刑罰」、「懲罰的」という意味ではない。後者の意味は、応報という言葉の語源(ラテン語で、retribuo. その意味は「私は返済する」)を無視していること、辞書で一般に説明されている「それ相応の報い」に反すること、応報と刑罰を区別する学説の一般的傾向を無視する点で、適当でないこと。

刑罰の正当化根拠の領域では、刑罰は応報よりも遙かに広い概念として用いられる。というのは刑罰はそれ相應の報いとしての刑罰（応報刑）を含むばかりでなく、威嚇、矯正、社会復帰に見られるように道具的（功利主義的、結果主義的）理由から科せられる刑罰を含むからである。後者の場合、刑罰は応報的ではなく、道具的である。したがって、刑罰、懲罰的という言葉は応報、応報的とは同義ではない。刑罰を科する根拠にかかわらず、如何なる種類、形態の刑罰でも、応報と呼ぶことは誤りである。刑事司法システムを批判するに当たって、応報的刑罰と道具的刑罰の区別を曖昧にしてはならない。⁽²⁸⁾

修復的正義論者は、現代刑事法システムでは、犯罪に対する伝統的な、裁判所の反応は応報的であるとして批判するが、Ch・バータンに依れば、それは誤った批判である。何故なら刑事立法は応報的と言うよりも、道具的関心から出立しているし、量刑裁判官の主たる関心事も安全、威嚇といった公益、犯罪者の社会復帰、矯正にあるからである。したがって、現代刑事司法システムを応報に立脚していると言つて批判するのは間違っている。⁽²⁹⁾

現代刑事法システムは懲罰的であるが、刑罰は効かないという批判も、Ch・バータンに依ると維持できない。第一に、刑罰が犯行為に対して適切な反応であること、特に重い犯罪に対してそうであると、多くの人々が今なお確信している。第二に、刑罰とその威嚇が秩序維持の上で重要な役割を果たしている。

概念的にも、刑事司法システムから刑罰を排除するなら、それはもはや刑事司法システムとはいえない。それは犯罪管理システム（crime management system）、犯罪統制システム（crime control system）と呼ばれるべきものになるだろう。刑事司法（criminal justice）という以上、正義の観念（the concept of justice）は、その適切な、それ相應の報いという意味ではなくとも、懲罰的反應の理念を前提としている。確かにこれは言語用法上の問題であつて、刑罰が犯罪に対する賢明なあるいは適切な反応であるか否かといった実践的、道徳的問題に答えてくれるわけではな

い。現在、これに関する実証的データが不足している。しかし一つの確かなことは、犯罪行為への反応を実利的、道徳的根拠に基づき決定し、指導したり、規制したりしているのが確立した慣習、社会的慣行そして伝統だということである。懲罰的反応が受け容れられていること、犯罪がとりわけ嫌悪感を起こさせ、重大である場合にこういった反応に固執するのは、刑罰を重大な反社会的行動への適切、かつ多くの場合必要な反応と見る深く凝り固まった伝統を反映している。こういった反応を適切だとしているのが、成熟した社会構成員が自己の行為に対して負う回顧的責任である。⁽³⁰⁾

修復的正義論者は、修復的正義と応報的正義は両立しないと主張するが、Ch・バータンによると、これも誤りである。実務上、修復的正義の反応は最適な量・程度の懲罰的、応報的手段及び要素を受け容れている。このことは重要なことであつて、懲罰的結果が合意の一部として許されないなら、行為者―被害者―和解が刑事司法において受け容れられることはないだろう。これは特に重い犯罪にいえることである。合意の懲罰的要素はその修復的潜在力を掘り崩したり弱めたりするどころか、適切な水準、形態の懲罰性は修復的正義の効果を増強する。不法行為が刑罰に値するということは我々の現実の基本的側面である。市民が刑罰に服するということは、道徳的生活共同体の成熟したとして責任ある構成員たる者の除去できない部分である。結果として、重大な被害が生じた多くの場合に、どんな治療、討論・合意といったものでも、不法行為は処罰されるのということ、つまり、応報的、「それ相應」の意味での正義が行われたことを被害者、生活共同体が知る必要性の代わりとなるものではない。⁽³¹⁾

懲罰性と応報は修復と相容れないという考えは神話である。刑罰と応報を犯罪に対する反応から排除してはならないのであり、修復的正義の介入が必要なことは、不法行為に対する如何なる懲罰的反応も、犯罪者を烙印付けし、拒絶しあるいは押しつぶすことに対立するものとして、真正の配慮、受容、再統合で補強されることである。⁽³²⁾

Ch・バータンに対してもR・A・ダフに対するのとはほぼ同じ批判が可能である。第一に、応報の理論的根拠付けが薄弱である。第二に、犯罪行為に対しては刑罰が必要であると今なお多くの人が確信しているとの指摘も、十分な裏付けに欠けている。⁽³⁶⁾ 仮にかかる確信が存在するとしても、それは現行刑法が刑罰しか知らないところに起因するのかもしれない。実証的調査結果から、犯罪に対する建設的形態の対応を選択する者の多いことが分かっている。⁽³⁷⁾ 第三に、正義の観念は懲罰的反作用を要求するとするが、それは正義の偏狭な捉え方であって、⁽³⁸⁾ 求められるべきは新しい正義の観念である。第四に、適切な水準、形態の刑罰が修復的正義の効果を増大させるというが、これを支持する実証的証拠がない。第五に、成熟した、責任感のある市民は犯罪行為に対して刑罰を要求するというが、むしろ逆に、こうした者は苦痛(犯罪)には苦痛(刑罰)をではなく、建設的な解決方法を要求する、あるいは要求するはずといえよう。⁽³⁹⁾ 第六に、刑罰と応報を拒絶する代わりに、それらは、「人を烙印付けし、拒絶し、押しつぶす代わりに、真正の配慮、受容、再統合」で補われなければならないと論じられるが、先ず、烙印付け、しかる後、受容というのは、矛盾しているといえよう。⁽⁴⁰⁾

注

- (267) K. Daly, *Revisiting the Relationship between Retributive and Restorative Justice*, in: H. Strang, J. Braithwaite (ed.), (fn. 248), pp. 33ff.
- (268) K. Daly, (fn. 267), p. 33.
- (269) K. Daly, (fn. 267), pp. 35f.; the same, *Restorative justice: the real story*, in: G. Johnstone (ed.), *A Restorative Justice Reader Texts, sources, context*, 2003, pp. 363ff., p. 364.
- (270) K. Daly, (fn. 267), pp. 36f.

- (271) K. Daly, (fn. 267), pp. 38f.
- (272) K. Daly, (fn. 267), p. 40.
- (273) K. Daly, (fn. 267), p. 41.
- (274) M. Wright, in: L. Walgrave (ed.), (fn. 255), p. 10.
- (275) M. Wright, (fn. 274), p. 11.
- (276) L. Walgrave, (fn. 253), p. 41.
- (277) K. Daly, (fn. 267), p. 42.
- (278) M. Wright, (fn. 274), p. 43.
- (279) R.A. Duff, Restoration and Retribution, in: A. von Hirsch, J. v. Roberts and A. Bottoms (ed.), (fn. 263), pp. 43ff.; the same, Restorative punishment and punitive restoration, in: L. Walgrave (ed.), (fn. 249), pp. 82ff.
- (280) R.A. Duff, Restorative punishment and punitive restoration, pp. 82ff.
- (281) R.A. Duff, (fn. 280), pp. 82ff.
- (282) R.A. Duff, Restoration and Retribution, pp. 46f.
- (283) R.A. Duff, (fn. 282), pp. 47f.
- (284) R.A. Duff, (fn. 282), pp. 48f.
- (285) R.A. Duff, (fn. 282), pp. 50ff.
- (286) R・A・ダフは刑罰概念が二つの中心的観念、つまり、コミュニケーションと罪滅ぼし (penance) に依拠することを論ずる。刑罰は、表示的目的 (a expressive purpose) というよりはむしろコミュニケーションの目的 (a communicative purpose) に役立つ。表示と言った場合、表示する者に焦点が合わさる、つまり、犯罪者の犯罪に対する人々の非難に焦点が合わさり、犯罪者はこの非難のたんなる受け手にすぎなくなる。表示は客体に向けられた一方通行である。これに対して、コミュニケーションは双方向であり、受け手ではなく、理解を求められ、それに応じた反応を示す参加者を必要とする。
- 罪滅ぼしは、理念的には、不法行為者が自分自身に科する刑罰である、つまり、不法行為を犯したが故に、自ら服する苦痛の負担である。それはいくつかの関連目的に役立つ。それは、神に向かつて、被害者に向かつてそしてその価値の侵害された社会に向かつて、犯罪行為を後悔していることを表示する。すなわち、悔悟という内に向けられる苦しみ、この痛みを受け容れることによる悔恨

の真摯さの表示。また、罪滅ぼしはさもなければ不完全な悔恨に終わりがかねないものを強める。というのは、それは、犯罪者にさもなければ正面から対峙したくない犯罪への注視を強いるのであり、犯罪を理解し、悔恨を強いることを可能にする構造を提供するからである。しかし悔恨の道具として、罪滅ぼしはまた展望的目的にも役立つ。それは不法行為者が自分を矯正する決断を表示し、強制する。これを悔恨は含まねばならないのであり、このことは神や被害者との社会の絆を修復することを可能にする。悔恨をこのように正式に且つ力強く表することで、犯罪者は自己の過去の犯罪に対する責任を受け入れ、それを否認することができ、かくして、社会における自己の道徳的地位を回復できる。

こういった目的はまたもともとそのつもりのない不法行為者に科せられる罪滅ぼしによっても実現可能である。科せられる罪滅ぼしは不法行為者を自分が服すべき手続に服せしめる。その目的は犯罪者を説得して自己の不法行為と対峙させ、悔悟させること、自分の犯罪に注視させること、犯罪の性質、意味を理解させることにある。科せられる罪滅ぼし（つまり刑罰）が犯罪者に道徳的主体としての敬意を表すべきならば、罪滅ぼしは、意図と計画において、コミュニケーションでなければならず、たんに強制するものであつてはならない。もちろん、罪滅ぼしは、犯罪者の意思に反して科せられるという点では強制であるが、しかし、その目的は、たんに強制したり操作したりして科する者の願望に沿わせることではなく、説得すること、科することの正当化理由を理解して、受け容れてもらうことである。R.A. Duff, *Alternative to Punishment - or Alternative Punishment?* in: W. Cragg (ed.), *Retributism and Its Critics* (ARSP Beiheft 47), 1992, pp. 43ff, pp. 52f.

- (287) R.A. Duff, (fn. 282), pp. 53f.
- (288) R.A. Duff, (fn. 282), p. 55.
- (289) R.A. Duff, (fn. 282), p. 54.
- (290) R.A. Duff, (fn. 282), p. 54, p. 56.
- (291) R.A. Duff, (fn. 282), pp. 54f.
- (292) R.A. Duff, (fn. 282), pp. 55ff.
- (293) L. Walgrave, (fn. 252), p. 202.
- (294) M. Wright, (fn. 274), p. 8.
- (295) M. Wright, (fn. 274), p. 8.
- (296) Ch. Barton, *Empowerment and Retribution in Criminal Justice*, in: H. Strang, J. Braithwaite, (fn. 248), pp. 55ff.

- (297) Ch. Barton, (fn. 296), p. 55.
- (298) Ch. Barton, (fn. 296), p. 56f.
- (299) その実に適切な例として、Ch・バータンは、被害者の希望に反して犯罪者を刑務所に送ったニュージーランド控訴裁判所の判決²⁹⁷ Clotworthy (1998. 15 CRNZ 651) を挙げる。修復的話し合いで犯罪者と案件を話し合った後で、被害者は、自分の刑務所体験から拘禁刑が案件を解決するには無駄で不適切な方法だと考えた。代わりに、犯罪者は働きながら被害者の形成外科治療費一万五千ニュージーランドドルの支払い約束をした。地方裁判所はこの合意を承認し、当事者は満足のいく解決を見た。ところが、検察官が控訴し、控訴審は検察官の主張を認め、三年の拘禁刑を言い渡した。結局、犯罪者は協定額の三分の一しか払えなかった。次の文は控訴審判決の理由書である、「被害者コウワン氏は当法廷で陳述し、これまでのいきさつを詳論し、整形手術を受けるのに必要なお金がほしいことを力説し、拘禁刑を科してもクロットワーズイー氏にも自分にも役立たないと述べた。当裁判所はコウワン氏の言い分が理解できる。コウワン氏がクロットワーズイー氏を赦したことが、事件の共感的解決方法をとったことは称賛に値する。しかし、量刑にあたっては、たんに被害者と犯罪者の間の問題と言うよりも、もっと広い視点から判断しなければならぬ。一貫性、刑事司法システムの完全性及び他者への威嚇といった公益が主要な重きをなす要素である」。ここには、犯罪を厳しい刑で「支払」わねばならぬとも、「それ相応の報い」とも述べられていない。Ch.K.B. Barton, *Restorative Justice, The Empowerment Model*, 1993, pp. 18ff.
- この判決について、M・ライトも、被害者と犯罪者間の協定が不公平であるとか非現実的である、あるいは、重大犯罪を繰り返す実質的危険から公衆を保護するためには、裁判所がこの協定を修正できるとするのが当然であることを示唆するが、しかしそれは伝統的な応報とか威嚇を理由としてはならぬと論ずる。M. Wright, *The Court as Last Resort Victim-Sensitive, Community-Based Responses To Crime*, Brit. J. Criminol. 42 (2002), pp. 654ff., p. 660.
- (300) Ch. Barton, (fn. 296), pp. 58ff.
- (301) Ch. Barton, (fn. 296), pp. 61f.
- (302) Ch. Barton, (fn. 296), p. 62.
- (303) M. Wright, (fn. 262), p. 4.
- (304) J. Willemsens, (fn. 255), p. 38.
- (305) J. Willemsens, (fn. 255), p. 38.
- (306) J. Willemsens, (fn. 255), p. 39.

(307) J. Willemssens, (fn. 255), p. 39.

(~~~~)