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	法的平和の恢復(三十一)・完 ： 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，41(1)：47-76
発行日	2005-06-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

法的平和の恢復 (三十一)・完

――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 弁償の思想
第五章 恢復の思想
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 刑法学説に見る「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 行為者―被害者―仲介・和解の実践モデル
第十四章 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
(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、ウエイルズ
(9) 家庭裁判所調査官の新しい役割
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「純粋」モデル（共同体主義・ダイヴァージョンモデル）（P・マッコウルド）
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・ヴァルグラーヴェ）

dd 非懲罰的制裁（M・ライト）
ee 「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（G・デイグナン）
b 修復的正義と応報的正義の両立論
aa K・ダリー
bb R・A・ダフ
cc Ch・バータン
(2) 権威的応報・威嚇刑法から民主的犯罪法へ
——法と正義概念の転換——
a 法実証主義の源流
b 観念論哲学の応報論
c 一般（威嚇）予防論
d 純粋法理論
e 併合（ハイブリット）説
f その他の応報刑論
（以上第三十巻第三号—第四十巻第四号）
g 被害者再社会化刑論
(3) 外面的、形式的、静態的法概念から統合的（内面的、実質的、動態的）法概念へ
(4) 法的平和の恢復
——修復的正義に基礎をおいた犯罪司法への道——
後書き

第十四章　刑法（犯罪法）の新しい道

第五節　応報・威嚇刑法の黄昏

(2)　権威的応報・威嚇刑法から民主的犯罪法へ　――法と正義概念の転換――

g　被害者再社会化刑論

社会科学者のJ・P・レームツマは、自己の誘拐被害者としての体験を基礎にしながら、「国に犯罪者の処罰を義務づける被害者の権利」という扇動的思考を展開し、それが積極的一般予防という（外枠）理論に組み込まれうると主張した。[437] それは、絶対的刑罰論によって遮断され、特別予防論、消極的一般予防論によって窒息死させられた被害者の声を刑罰論に反映させようとする試みであると。[438] その論旨は次の通りである。

先ず、被害者の復讐する権利（応報の権利）の考えは否定される。なるほど、被害者には復讐願望があり、それは決して低級な欲求ではなく、また、復讐が精神的外傷のある被害者の治療に役立つことがあるということも否定できないが、法秩序において、如何なる復讐行為も社会的に堪えられないのであって、刑法により挫折させなければならず、刑罰理論によって考慮されてはならない。要するに、法治国では、如何なる復讐行為も新たな犯罪とされなければならない。[439]

事実の問題として、刑罰が被害者の復讐欲を満足させることもほとんどない、つまり、刑罰は「満足欲求の社会的昇華」とならず、応報願望の代わりとならない。[440]

被害者の経験した精神的損傷――恐怖、苦痛、特殊な身体的及び心理的能力の損失、あるいはある程度心配事無く

生活する能力の動揺、破壊――を、社会的に昇華された復讐欲求としての刑罰によって象徴的に調整するという考えも否定される。こういった考えは、精神的外傷が本当はどのようなものであるのかについての真の理解に欠けているし、精神的外傷を癒すという考えそのものが誤解を招きやすいことを考慮し損なっている。本当の問題は、精神的外傷を蒙った人が精神的外傷と共に生きることができるのか否か、そして、それはどのようにして可能なのかにある。[441]

J・P・レームツマに拠ると、国に犯罪者を処罰することを義務づける被害者の権利は、被害者、少なくとも、精神的外傷を蒙った被害者は再社会化を要するというところに基礎づけられる。刑罰は被害者への将来の損傷を防止できるし、そうするべきである。刑罰にこれができるのは、被害者が事故や大災害の被害者ではなく、あるいは、自分自身の不注意やその他の欠陥の被害者ですらなく、犯罪の被害者であることを公に宣言することによってである。犯罪行為が被害者に起きたのだということを再確認することで、刑罰は、被害者の生き残りの可能性、損傷を受けたが、しかし、破壊されていない生活を送れる可能性を改善する。[442]

犯罪者が処罰されるのを見る被害者の権利は、将来の損傷を減少させる国の義務から基礎づけられる――犯罪者が被害者に与えた損傷は、犯罪者が、そしておそらく一般の人々が思っている以上に長く続くし、そしてまた、基本的権利を失ったという精神的外傷経験に由来する方向付け喪失という形の損傷もある。犯罪者は保護する「法」への被害者の信念を破壊したのであるから、犯罪者を処罰することで、国は、被害者に法への信念を再構築する義務を果たす。[443]

J・P・レームツマは、刑罰の被害者関係的正当化の要素を被害者社会化に求め、刑罰の被害者視座からの正当化を試みたのである。「再社会化を必要とするのは、(精神的外傷を蒙った)犯罪被害者である」。[444] したがって、それは被害者社会化指向刑罰論といって良かろう。[445] しかし、犯罪被害者の精神的外傷体験から被害者指向の刑罰論を基礎付け、正当化する試みが成功したとは言えない。

この理論にはすぐさま次のような疑問が生ずる。(暴力)犯罪の被害者が精神的外傷を蒙るというのはどの程度一般化できるのであろうか。精神的外傷を蒙った被害者にだけ、そしてその程度を問わず、犯罪者処罰権が認められるのだろうか。もし、そうだとすると、だれが被害者の精神的外傷を認定するのだろうか。被害者自身であろうか、それとも、刑事裁判所であろうか。「被害者なき犯罪」に対する刑罰の正当化事由はどうなるのだろうか。被害者の社会化という目的が他の刑罰目的とどのような衡量関係に立つのであろうか。J・P・レームツマはこれらの疑問に対する明確な説明をしていない。[446]

功利的観点からすると、一般予防論が一般の人々への刑罰の効果といった観点からその正当化を試みるように、一般の人々とは異なる犯罪経験を有する被害者への刑罰効果といった観点から刑罰を正当化する試みも可能に見える。しかし、そもそも刑罰の被害者社会化効果についての機序が実証されていない。何故、どのようにして、犯罪者を処罰することによって、被害者の持続的被害を防止できるのであろうか、そして、もし、その被害発生防止効果があるとしても、刑罰がそれに必要で、ふさわしい手段といえるのだろうか。J・P・レームツマは、釈放後間もなく出版した書物で、刑罰は、「社会共同体が被害者と連帯することの証明である。刑罰は犯罪者をのけ者にし、それと同時に、被害者を仲間に入れる」と論じていた。[447] そうすると、行為者を排斥し、黙らせることによって、社会共同体が被害者と連帯するということは、[448] 行為者も排斥、恥辱、方向付けの喪失を体験するべきだという被害者願望の合理化以外の何物でもないということになろう。[449] つまり、被害者の社会化に役立つとされる刑罰が被害者の応報欲求を流す導水管の役割を果たしているのである。そうでないなら、それ以外の如何なる意味で、社会共同体が被害者と連帯するのかの具体的説明が必要である。

J・P・レームツマに拠ると、他の刑罰理論の代わりではなく、それらを包含する外枠理論[450]としての積極的一般予

防は、「特別予防と（消極的）一般予防をいわば自らの中に止揚し、そして、同時に、応報原理――正義感情と言えるかもしれない――に余地を与える」現代的取り組み方法だと言うのである。[451] しかし、これはJ・P・レームツマ独自の積極的一般予防論であって、本来、積極的一般予防は特別予防とも、消極的一般予防とも、そして、応報刑論とも関係がない、あるいはそれどころか対立するのである。[452] かりに、J・P・レームツマの積極的一般予防論を前提としても、何故、この理論によって「国に処罰を義務づける被害者の権利」が基礎づけられるのか全く不明である。「主権者（国民）の名」において行使される「刑罰請求権」の担い手を被害者のために被害者に移す「革命」の正当性を見いだすことはできない。[453]

J・P・レームツマの被害者関係的刑罰論は応報刑の現代社会になんとか適応させようとした一つの試みと言えよう。しかし、法的刑罰はその程度ばかりでなく、その意義・目的においても、法概念、法的責任概念と相互に関連する概念であり、これらと切り離された「裸の」刑罰ではないのである。「刑罰」の道徳的正当性に疑問が表明される今日、そもそも今求められるべきは、刑罰の新しい正当化要素の探求ではなく、それに代わる、不法・責任帰属にふさわしい反作用の開発なのである。[454]

(3) 外面的、形式的、静態的法概念から統合的（内面的、実質的、動態的）法概念へ

人の倫理的自律性の思想を、倫理と法を厳格に分離する思想と結びつけ、法を国の形式的、外面的強制権力に退却させ、形式的に外面的把握可能なものに、そして明確に計算可能なものに縮減しようとした形式的法実証主義の影響は今日にまで及んでいる。法は、他でもなく、自己の価値をもたないということによって、誰にも自分の望むことを考える価値を保障する。但し、自己の価値観を法律に外面的に対峙させてはならない。法律の主張は、絶対主義が主

張したように、もっぱら外面的服従を求める。法律を遵守するものは、秩序に従うのであり、法律の内容と内的に一体化しているのではない。そうすると、刑法では、責任というのは、外的命令に対する内的不服従にすぎず、刑罰は、犯罪行為を実行することに対する恐怖を作ることで、威嚇すべきものということになる。[455] しかし、もっぱら安全思想で方向付けられた法概念の帰結はこうである、「政府から秩序以外のなにものも要求しない国民は、その内奥において奴隷である。つまり、国民は無事息災の奴隷であり、国民を鎖に縛りつけることとなる男が出現しかねない」。[456]

国には、その国民との関係において、それを支配する任務が与えられているのではなく、それに奉仕する任務が与えられているにすぎない。[457] このような立憲自由・民主・社会国主義の下では、犯罪司法が応報的正義から恢復的正義に移行することが要求されるのであり、その実現のためには、法概念の転換が必要となるのである。それは、形式的法治国性、その刑法的表現である罪刑法定主義が、補充的に実質的意味を付与されることによって可能となる。正義概念が広げられるのである。すなわち、従来、形式的正義の中に閉じ込められていた内容的正義がそれ自身の位置価値を得ることになる。法は、外面的形式をそれぞれ特定の価値内容と結合させる実質的な価値の担い手である。法の内容は社会の構成員の意思によって担われ、その意思に働きかけるのである。人は、自らの自由の限界をわきまえる理性的存在として理解される。このように法は実質的、主観的に捉えられるのであるから、法は「精神的力」であるといえる。法はまずは人間共存の理念に仕えるのであり、次いで、外面的秩序に仕えるのである。そうすると、法治国性は、外面的秩序、計算可能性及び安全にあるだけでなく、根本的には、特定の、間主観的に承認された社会的価値が直接的に貫徹するというところにある。その表現が実質的法治国性である。すなわち、国民の最も基本的な倫理は権力者の越えることのできない柵である。すなわち、社会倫理は国民を権力濫用から保護するのである。社会的価値は、とりわけ、人間の尊厳に注意を払う個人の基本権に従って決められるのである。価値共同体としての共同体に

所属する者は、国に服従するばかりでなく、かかる共同体の統治的部分・統治主体なのである。[458]

刑法はもはや単に、「法服従者」の内的価値態度を度外視する外的強制規範として理解されるのではなく、それどころか、主として特定の社会の社会倫理的価値結合の表現として理解されるのである。法の根底には、法共同体の構成員に内的にも語りかけ、法を政治権力の任意に仕える手段に貶めてはならないという実質的倫理、つまり普遍妥当な当為規範である社会的倫理がある。他でもなくこの社会倫理的価値の維持が重要なのである。それはI・カントの意味での主観的個人倫理では全くなく、客観的倫理的価値である。犯罪から生ずる損害は、こういった価値の侵害なのであり、[459]個別具体的被害者の損害はその具現的表現である。[460]犯罪者によって侵害された刑法は、犯罪行為によって否定された価値が一般的に、内的に承認されることによって、恢復される必要がある。そうすると、行為者に向けられる非難は、法的に承認された価値との内的統合が不十分な意思形成であるが故に、責任として帰属される（客観的社会倫理的責任）。この価値の無視が（客観的及び主観的）外部行為となって外に現れたことが、構成要件に表されている、超個人的、客観的社会倫理的規準に照らして、行為者に不法として帰属されるのである（主観的社会倫理的不法）。[461]すなわち、責任もこれに概念論理的に先行する不法も社会倫理に関係した客観的帰属なのである。ただ、前者では行為者関係的社会倫理的非難が、後者では行為関係的社会倫理的非難が問題となる。責任において、意思自由を前提とする個人倫理的意味での道義的責任が問われるのではまったくない。刑法は官報から生まれ、それと共に生きるのではなく、特定の行為態様がすべてのものに拘束力をもつべきだという一般的な社会倫理意識から生まれるのであるから、不法も責任もそれに対応した理解がなされねばならないのである。[462]

このような視点からは、応報思想、威嚇思想がその生命力を失うことになることは明らかである。[463]国が権威的であればあるほど、そして主権者が国民自身であっても、Th・ホッブスの「リヴァイアサン」に見られるように、ます

ます国を恐れ、法に従うことが国民の最大の美徳になる。国は国民を安全と秩序へ強制し、犯罪者を社会から排除するのである。応報思想、威嚇思想においては、人々は二分類される。一方に、自己の自律的意思自由に基づき犯罪を犯さない誠実な人々、他方に、悪意から自己の意思自由を濫用する現実のあるいは潜在的犯罪者がいる。現実の犯罪者には応報を加え、潜在的犯罪者には威嚇をする。誠実な人々は威嚇の客体となりえないのであって、もしそういうことをすれば、こういった人々を侮辱することになる。[464] しかし、これとは対照的に、国が民主的であればあるほど、逸脱者を統合する用意がますます強くなる。実質的、民主的、統合的法理解に拠れば、国は「法服従者」に対して権威者の立場にあるのではなく、社会自体から成り立つのである。法は、法律という共同意思の形態をとって、社会的、民主的に理解される。このような法理解では、国民は誰でも潜在的犯罪者であるが、しかし、人間の中にある善なるものへの信仰に開かれているのである。[465]

刑罰は法の確証と関係する。法の確証は形式的側面と実質的側面をもっている。これは、形式的法律的権威及び実質的社会的価値表現としての法の二重性格に対応する。形式側面では、科刑の必要性はすでにその警告から来る。規準となるのは帰結それ自体の遵守である。しかし形式的原理は作動機能しかもたない。ここでは、刑罰の根拠は、その法律上の前提用件がそろっているというところにある。正義は帰結と平等の維持にあるにすぎない。それは「法の力の確証（Rechtsmachtbewährung）」を意味するにすぎないのである。

実質的に考察すると、客観的社会倫理的責任から科刑の必要性が直ちに生ずるというものではない。法規の社会的妥当根拠が、その防衛のために逸脱者の処罰を必要とするほどに動揺させられたか否か、その程度いかんによって科刑の必要性が決まる。ここでは、観念的責任調整による正義の実現とか人々の非合理的処罰欲求を満足させることではなく、「価値妥当確証（Wertgeltungsbewährung）」が問題となるのである。[466] たいていの人々が殺人などの犯罪行為

に出ないのは、刑罰を恐れているからではなく、他人の権利を尊重しているからである。そうすると、刑罰の第一次的意義は、消極的に威嚇するところにあるのではなく、行為者及び犯罪によって法価値意識を侵害された人々を、積極的方法で内的に社会へ統合することで、法の存立そのものを強化するところにある(積極的特別予防、積極的一般予防)[467]。ここに実質的正義は法律に含まれている価値秩序の維持、つまり法の精神的原状恢復 (restitutio in integrum) を意味するのである。これには個別具体的被害者の蒙った損害の修復も属するのである。「価値妥当確証」は被害者との宥和によって最もよく達成される[468]。修復の手段は、刑罰とは異なり、社会から切り離された行為者に強制されるのではなく、社会への自発的組み込みを可能とする、つまり、社会統合的な形で提供されるのである。その差異は外面的には些細なことに見えるとしても、そこには刑法の根本的理解の差異が反映されているのである。I・カントやG・W・F・ヘーゲルによる観念論的正義の実現、つまり、善事としての刑罰理解とは異なり、害悪賦課として理解されるべき刑罰が、犯罪に対して、概念

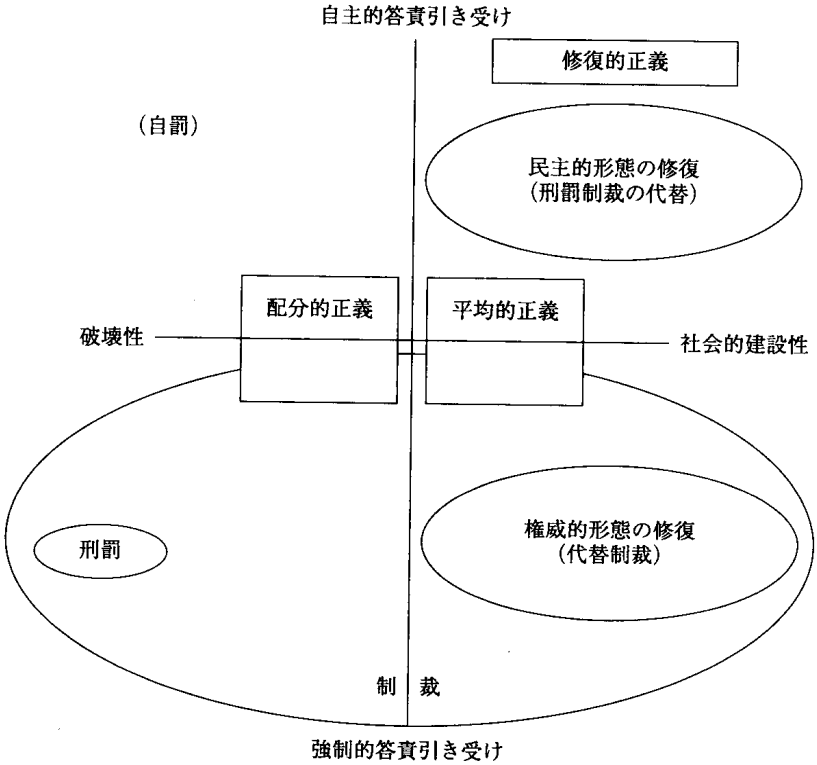

図1　法的平和の恢復

必然的に要求されるものではない（補充性の原則）。法、責任の社会統合的理解は消極的一般予防、応報を刑罰の目的とすることを遮断するのである。[469] 責任は過去の法価値意識侵害の非難に関係し、統合予防（積極的一般予防、積極的特別予防）は未来に向けた法価値意識の恢復に関係するのであり、したがって、両者は価値妥当意識というメダルの表裏の関係にある。[470] 刑罰の意義と目的は一体を為すのである。形式的原理は静態的であるのに対して、実質的原理は動態的であるといえる。

このように法、責任及び刑罰を理解することで、犯罪法体系の中に矛盾無く修復的正義を組みいれることができるのである。[471] かくして、修復的正義の実践手段である行為者―被害者―仲介・和解、家族相談会によって社会倫理的責任を問うことが可能であり、したがって、それらを犯罪法体系の中に位置づけることができるばかりか、必要なのであり、いわゆる「刑罰請求権」の発動は、犯罪者、被害者及び社会の価値妥当性意識を強化する上で不可欠な場合に限定されるのである。犯罪司法は、社会統制ないし市民の自己統制の機構にすぎず、刑罰以外の手段による規範逸脱統制を放棄できないとしても、刑罰は放棄できるのである。法的価値侵害と社会紛争の二つ側面を有する犯罪に対処する修復的正義の実現手段は、その二つの側面を同時に解決する完全な「民主的モデル」といえる。応報的正義は配分的正義であるが、修復的正義は平均的正義である。修復的正義の手段が「代替刑罰」と位置づけられるなら、その意義が完全に没却されてしまうのである（参照、図1）。

(4)　法的平和の恢復　――修復的正義に基礎をおいた犯罪司法への道――

国が権威的であればあるほど、ますます応報への叫び、犯罪者を社会から排除すべしとの叫びが強まる。そこでは修復的正義は刑事司法と異質のものと位置づけられる。しかし立憲自由・民主・社会国においては、それにふさわし

い法概念が要請され、それによって初めて権威的応報・威嚇刑法の呪縛から解放されるのである。それは人道的、理性的、実効的刑事司法を可能とする。従来の権威的、形式的国家・法概念そしてこれに伴う応報・威嚇刑法からは、行為者—被害者—仲介・和解、家族相談会をはじめとする修復的正義実現方法を刑法体系の中に組み込むことはできなかったのである。すなわち、それらは刑法体系の外にあってこれとは無関係に並立する関係にあったにすぎない。[472] 修復的正義と敵対的関係にある応報・威嚇思想が支配する刑事司法においては、「犯罪との戦争（war on crime, Kriminalitätsbekämpfung）」という隠喩が声高に叫ばれるのであり、[473] この状況の下では、修復的正義の実践は一片の装飾として刑事司法の外縁に止まるしかなく、その開花は期待すべくもない。

権威的応報・威嚇刑法を維持したまま、被害者関係的刑事司法を実現しようとすると、厳罰化は言うに及ばず、ドイツ法に見られる付帯訴訟（第八章第一節(3)参照）による損害賠償「命令」とか、英米法に見られる弁償「命令」（第二章第二節(2)、第一二章第一節(1)参照）、社会奉仕「命令」（第一四章第二節(2)参照）[474] の導入に容易に繋がる。付帯訴訟も弁償命令もいずれも結果指向であり、高権的に下されるという点で、刑罰と変わらない。伝統的刑事司法は、被害者視点からの自己に向けられた批判を、自己の体系を破壊することなく、被害者視点に譲歩するのである。付帯訴訟は刑事訴訟と併存し、弁償命令は刑罰の一形態として位置づけられる。しかし、伝統的刑罰におけるのと同じく、付帯訴訟、弁償命令においては、犯罪者、被害者、社会間の侵害された関係を犯罪者の自主的答責任によって修復する余地がない。被害者の精神的・心理的損傷が癒されることはないのである。被害者も犯罪者も力をつけられることはない。しかし、修復的正義は、結果指向だけでなく、手続き・コミュニケーション指向でもあるのであって、金銭賠償に縮減されてはならないのである。[475]

応報・威嚇刑法の支配する対審構造では、被害者関係的刑事司法は被害者の刑事手続への積極的関与を促進させる。

犯罪の被害者に及ぼす身体的、金銭的、心理的影響といった事実に関する「被害者影響度供述（Victim Impact Statement）」（アメリカ法）とか「被害者個人供述（Victim Personal Statement）」（イングランド・ウエイルズ）といった形をとるのが一般である。しかし、量刑についての意見を述べる「被害者意見供述」（アメリカ法）や公判廷で量刑意見を述べる「被害者口頭陳述（Victim Allocution）」（アメリカ法）を認める法域もある。わが国では、「被害者の意見陳述」が導入された。それらは形態と内容において異なるが、いずれにしても修復的正義（司法）の実現形態とはいえない。それらは被害者関係的司法の視点に譲歩したのであるが、裁判所への一方的情報提供にすぎない。そこでは被害者と犯罪者の間の対話が成立しないのである。刑事法廷は被害者自身の「物語」の場としては適切でなく、特に、「被害者意見供述」や「被害者口頭陳述」は、被害者の「応報欲求」を刑事裁判所の刑罰宣告に反映させる道を開いたにすぎないといえよう。被害者の刑事手続関与は、犯罪が被害者に与えた影響の基本的事実に関する情報提供を越えてはならないのである。[476]

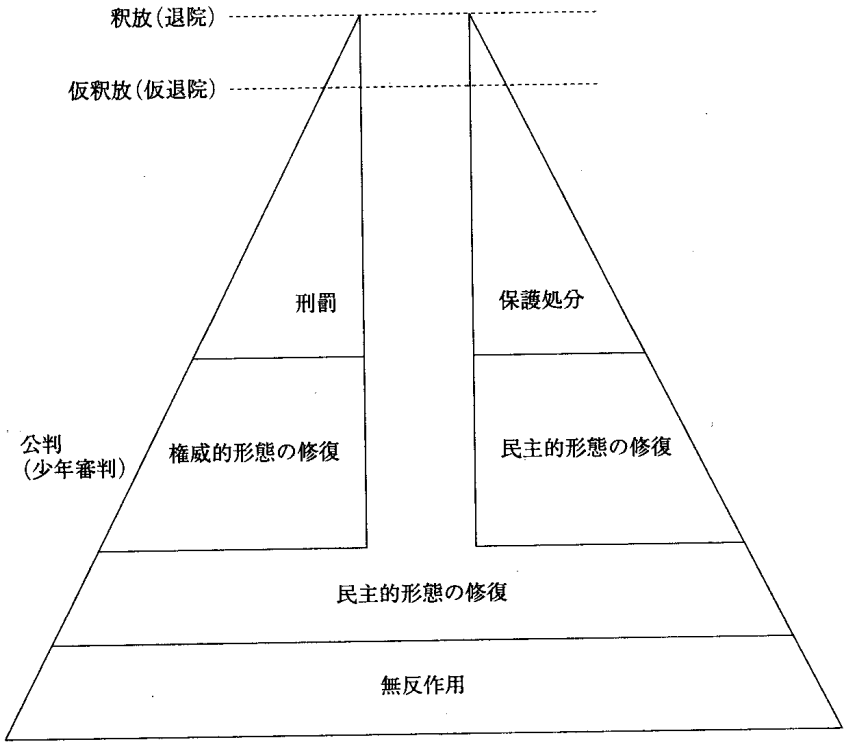

図 2　犯罪法の反作用

立憲的自由・民主・社会法治国の下では、法的平和の恢復は、第一次的には、高権的手段で犯罪法を貫徹するのではなく、行為者に「提供される」社会的・建設的手段を用いた社会的攪乱の調整によって内的に社会的平和が作り出されることで実現されるべきであり、第二次的に、高権的手段によって実現されるべきである。[477] 強制的害悪賦課を本質的特徴とする刑罰は刑法におけるその第一次的意義を失う。犯罪への主たる反作用として、刑罰に代わる「修復的」反作用に中心的位置価値が与えられるのである。刑罰には予備的位置価値が与えられるにすぎない(参照、図2)。しかも、刑罰は犯罪者を「引き下げる」応報刑であってはならず、[478] 統合刑でなければならないのである。そうすると、今や、刑法理論の根本的理解の変更に応じて、刑法は犯罪法と改称されるべきことになる。[479] この名称変更は実質的内容の変更を伴う。これに相応する犯罪への対応策のなかに、その社会の「文明」の進展度が可視的に表現されるのである。[480]

注

(437) J. P. Reemtsma, Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters - als Problem, 1999.
(438) J. P. Reemtsma, (fn. 437), p. 27.
(439) J. P. Reemtsma, (fn. 437), p. 26.
(440) J. P. Reemtsma, (fn. 437), p. 24.
(441) J. P. Reemtsma, (fn. 437), p. 24.
(442) J. P. Reemtsma, (fn. 437), pp. 26f.
(443) J. P. Reemtsma, (fn. 437), p. 27.
(444) J. P. Reemtsma, (fn. 437), p. 26.
(445) C・プリットヴィッツはこれを、具体的犯罪の被害者に生ずる損傷の限定を期する刑罰理論、つまり、「積極的被害者指向的特別予

防論」と呼んでいる。C. Prittwitz, Positive Generalprävention und《Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters》? in: P.-A. Albrecht and others (eds), Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag, Sonderheft der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 2000, pp. 162ff., p. 175.

(446) C. Prittwitz, (fn. 445), p. 173.

(447) J. P. Reemtsma, Im Keller, 1997, p. 216. 本書は三三日間にわたる筆者の監禁体験記録である。J・P・レームツマは、一九九六年三月二五日に誘拐された後、三千万マルクの身代金との引き替えに釈放された。本書に関連して、F.-Ch・シュレーダーは、新聞寄稿論文で以下のように論じた。J・P・レームツマの主張は、今日の刑法教科書に見られない新しい刑罰理論である。その理論は、なるほど、応報論に近いが、しかし、「応報への原始的要求」とか、それどころか「復讐」でもなく、むしろ、「立法者も判例も無視できない社会心理学的事実である」。これを考慮することは、市民の司法からの疎外を防止するために必要である。そればかりでなく、満足欲求の尊重は犯罪被害者の精神的損傷を治癒するためにも役立つ。J・P・レームツマは、刑罰のこの重要な観点を摩滅していない言葉で表現したと。F.-Ch. Schroeder, Genugtuung für die Opfer, Reemtsma und der Sinn der Strafe, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung of March 19, 1997, p. 14., auch in: A. Hoyer (edited), Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik, 2001, pp. 199f.

(448) J. P. Reemtsma, (fn. 437), p. 21.

(449) C. Prittwitz, (fn. 421), p. 72.

(450) J. P. Reemtsma, (fn. 437), p. 21.; W. Hassemer, J. P. Reemtsma, Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit, 2002, pp. 121f.

(451) J. P. Reemtsma, (fn. 437), p. 20.

(452) その詳細について、本論説第二二章第三節(5)参照。

(453) K. Lüderssen, Opfer im Zwielicht, in: Festschrift für H. J. Hirsch, 1999, pp. 879ff., p. 888.; the same, Der öffentliche Strafanspruch im demokratischen Zeitalter. Von der Staatsräson über das Gemeinwohl zum Opfer?, in: C. Prittwitz, I. Manoledakis (eds), Strafprobleme an der Jahrtausendwende, 2000. pp. 63ff.

(454) C. Prittwitz, (fn. 421), p. 73.

(455) R. Moos, (fn. 1, Recht und Gerechtigkeit), pp. 115f.; the same, (fn. 1, Die ethischen Grundlagen des Strafrechts), p. 404.

(456) これはAlexis de Tocqueville (1835) の言葉として引用されている。E. Weissel, Sicherheit um jeden Preis, ZfRV 1998, pp.

109ff., p. 109.

(457) W. Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968, p. 44.

(458) R. Moos, Juristen versus Soziologen, Wiener Zeitung, Freitag, 25. November 1998.; the same, (fn. 1, Die ethischen Grundlagen des Strafrechts), p. 413, p. 416.

(459) 共和主義の刑事司法理論では、犯罪の公的側面は「ダミニアン（dominion）」あるいは「非・支配としての自由（Freedom as non-domination）」という概念で論じられる（ドイツ語圏刑法学で言う法益に当たる概念と言って良いだろう）。それは保証された権利及び自由の集合である。それは自由に行動できる精神的、社会的領域を意味する。犯罪はダミニアンの侵害である。犯罪が行われたら、ダミニアンが尊重され、真剣に受け容れられることの再保証が必要となる。ここに、国が介入して、規範違反が許されないことを明らかにし、ダミニアンを被害者、市民及び犯罪者に再保証する必要性が生ずる。この過程で、犯罪者が積極的な責任の取り方をし、市民がそれを受け容れることが重要となる。J. Braithwaite, P. Pettit, Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal justice, 1990.; L. Walgrave, Restoration in Youth Justice, in: M. Tonry, A. N. Doob (edited), Youth Crime and Youth Justice. Comparative and Cross-National Perspectives, 2004, pp. 543ff., pp. 554f, p. 561f.

(460) H・ブトウリエは、個人主体を尊重する多元的価値観の支配する「後・現代」社会において、刑法を、道徳の積極的定義によって正当化することはできないが、しかし、道徳の消極的定義によって正当化することはできること、痛みの回避、感受性と共感がそれであり、そしてこれを基盤とする連帯、したがって、被害者保護にあると論ずる。H. Boutellier, Beyond the criminal justice paradox, European Journal on Criminal Policy and Research, Vol. 4, No. 4 (1996), pp. 7ff.

(461) 社会倫理の概念における不法の主観化、倫理化を決定的に促したのがG・W・F・ヘーゲルである。それに拠ると、精神は絶対的精神（世界精神）、客観的精神（国民精神）及び主観的精神に分かたれるところ、法は国民の客観的精神である。法の概念において主観的要素と客観的要素が一体化している。法は、いわば、相互補充の関係にある、二つの面をもつメダルである。「法の地盤は総じて精神的なものであって、それのもっとも精確な場所と開始点は意志である。これは自由な意志である。したがって自由が法の実体と規定をなす。そして法の体系は、実現された自由の王国であり、精神自身から生みだされた、第二の自然としての、精神の世界である」（Grundlinien der Philosophie des Rechts, §4）。法は人の特殊的意志と一致する抽象的意志である。したがって、不法は法が特殊的意志と対立することである（Grundlinien der Philosophie des Rechts §82）。不法には、無邪気な不法、詐欺及び犯罪がある。無邪気な不法とは、民事訴訟における権利の衝突である。当事者が主張する法は、法そのものではなく、法の仮像にすぎない。「仮像

がただ即時的にあるだけで、対自的にもあるのではないとすれば、つまり、私にとっては不法が法と見なされるとすれば、この場合、仮像は法にとってはあるけれども、私にとってはないのである。」(Grundlinien der Philosophie des Rechts, §83, Zusatz)。詐欺の不法では、即時的な法にとっての仮像が問題になっているのではなく、法が行為者にとっての仮像であることが問題となっている。強制による不法としての犯罪では、法が客観的側面でも、主観的側面でも完全に否定される。「犯罪はそれ自身において、かつ私にとって、不法である。だが私はこの場合、不法を欲するのであって、法の仮像を用いることすらしない。犯罪が行われる相手に、即時かつ対自的にある不法を法と見なさせようとするのではない。犯罪と詐欺との区別は、詐欺においては行為の形式のうちにまだ法の承認が存しているが、犯罪にあってはそういうことも又欠けているという点である。」(Grundlinien der Philosophie des Rechts, §83, Zusatz)。R. Moos, (fn. 1, Die ethischen Grundlagen des Strafrechts), p. 410.参照、高山守「犯罪と刑罰」加藤尚武編『ヘーゲル読本』一九八七年・二七九頁以下。

(462) R. Moos, (fn. 458).; R. Moos, (XII-199) p. 302.

(463) 社会倫理的法概念、責任概念の礎を作ったA・メルケルは、「応報による予防（Prävention durch Vergeltung）」ということを言ったが、そこで言う応報は意思自由という個人倫理的意味での応報とは関係がない。A・メルケルは決定論者だったのである。「法的応報」とは、前面に出ている秩序擁護「（支配の維持）」と並んで、社会心理学的意味、つまり国民の間に支配的な見解を反社会的力によって侵害することに対する反作用を意味したのである。A. Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe (hrsg. V. Liepmann, 1912), pp. 89ff., pp. 197ff, pp. 209ff, p. 212.

この応報概念、つまり、今日の概念を使うと積極的一般予防であるが、これと伝統的個人倫理的責任を調整するという意味での応報を明確に区別しなければならない。さもなければ、両者がそれらの働きにおいてばかりでなく、基礎においても同じものとして扱われることになろう。R. Moos, (XII-199), pp. 305f.

(464) R. Moos, (XII-199), p. 303.

(465) R. Moos, (fn. 458).

「応報刑」論者からも次のように論じられる。「法それ自体は国と市民の間のコミュニケーション過程を含むべきである。支配者による被支配者への一方通行的『管理統制』にとどまってはならない。法は市民を合理的主体として扱うべきであり、たんにその行動を統制することを目的としてはならず、法の正当な要求に市民の同意を得ることを目的とするべきである。法は市民への要求を適切な道徳理由によって正当化しなければならない。同様に、刑事裁判は被告人を審理に服せしめるだけでなく、合理的議論と判断にお

いて被告人との協働を試みるべきである。被告人は訴追に答えるために呼ばれているのである。有罪判決が言い渡されると、それは被告人にその犯罪に値する非難を伝達しているのである――その裁判が正当化する犯罪行為への批判、それ故、被告人はこれを受け容れる、そしてそれによって被告人は（まだ心を動かされていないとすれば）自分の犯した犯罪を悔恨し、自分のこれからの行為を改善するように心を動かされるべきである」と。R. A. Duff, (fn. 282), pp. 51f.

(466) R. Moos, (fn. XII-199). pp. 298f.

(467) このことから、消極的一般予防は完全に否定されるべきだということにはならない（第一四章第一節(3)参照）。但し、積極的一般予防の実効性があって初めて消極的一般予防がその存在意義をもつ。威嚇だけでは規範の生命は維持できない。R. Moos, (fn. XII-199), p. 305.

(468) H・ブトリエは、後・現代社会においては個別主体（the individual subject）が重視され、この者の脆弱性への配慮が必要であり、このためには、「共感」と「保護」という最小限の道徳が前提となる、そして刑事司法は被害者への配慮によってその正当性を得ると論ずる。H. Boutellier, (fn. 460), pp. 7ff.

(469) 死刑は、威嚇予防の観点からも根拠づけられず、非合理的にしか根拠づけられない。社会倫理的に見ると、「生命への畏敬の念」を最高の命令としながら、死刑という生命の殲滅を許容するなら、それは前者の価値を引き下げることになる。さらに、死刑は、「犯罪者との社会の連帯という理念を考えられる限り最も強く拒絶するものである」。R. Moos, (fn. 1, Die ethischen Grundlagen des Strafrechts), p. 425. H.-H. Jescheck, Die Entwicklung der Sanktionspolitik in der Bundesrepublik Deutschland seit der Mitte der fünfziger Jahre, in: H.-H. Jescheck, G. Kaiser (ed), Erstes deutsch-sowjetisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie in Freiburg i. Br., 1982, pp. 11ff, p. 20.

(470) R. Moos, Kommentierung des §4 StGB: „Strafbar ist nur, wer shuldhaft handelt.", 2004, Rn 89.

(471) W・シュタングルは、犯罪行為の社会倫理的非難には国の反作用としての刑罰という害悪が後続せざるをえないが、しかし、積極的評価を下されるあるいは消極的評価を下される行為に対して、当の人間が何故称賛や非難に値するのかについての説得力ある証明がないので、人の行為の社会倫理的評価を下すことはできない、そして、犯罪を行為者と被害者の間の個人的紛争と捉えて、行為者に刑事責任（Schuld）ではなく、現状回復責任（Haftung）をとらせるべきだと主張する。W. Stangl, Die neue Gerechtigkeit, 1985, pp. 108ff. しかし、このようないわば刑法の民事化の主張は支持できない。

F・デユンケルは、修復的正義を刑事司法に組み込むためには、これを刑事司法理論・実務に定着させることの必要性を説いてい

た。F. Dünkel, Täter-Opfer-Ausgeich, German experiences with mediation in a European perspectives, Europeam Journal on Criminal Policy and Research vol. 4, no. 4, 1996, pp. 44ff., p. 60.

(472) グローエンフイーゼンは、欧州諸国の現状を考察して、被害者—犯罪者—調停と伝統的刑事司法の関係について、三つのモデルを提示する。その一は、統合モデルである。被害者—犯罪者—調停は、刑事司法システムの一部をなす。この調停は刑事手続きのどの段階でも可能であり、公訴提起や量刑に影響を及ぼす。その二は、代替モデルである。事件はごく早い時期に刑事手続きから外される。その三は、付加モデルである。被害者—犯罪者—調停は、伝統的刑事司法と相補的関係にあり、極めて重い犯罪の場合、裁判の終了後、例えば、刑務所収容中に行われる。M. Groenhuijsen, Victim-offender mediation: legal and procedural safeguards. Experiments and legislation in some European jurisdictions, in: The European Forum for Victim-Offender-Mediation and Restorative Justice (ed.), Victim-Offender Mediation in Europe, 2000, pp. 69ff.

ヴァン・ネスは、伝統的刑事司法との関係で、修復的正義の四基本モデルを提示する。その一は、統合モデルである。これは伝統的刑事司法が廃止されることを前提とする。その二は、二軌道モデルである。このモデルでは、修復的正義と伝統的刑事司法が協力関係にある。その三は、安全網モデルである。これは統合モデル及び二軌道モデルの亜型である。有罪・無罪の争いがあるとき、伝統的刑事司法が必要である。その四は、ハイブリッドモデルである。このモデルでは、量刑手続までは、伝統的刑事司法が支配し、その後、修復的正義の出番となる。D. W. Van Ness, The shape of things to come: a framework for thinking about a restorative justice system, in: E. G. M. Weitekamp, H.-J. Kerner, Restorative Justice. Theoretical foundations, 2002, pp. 1ff.

これらのモデル形成は現状を分析する上でそれなりに有用である。しかし、グロンフイーゼンもヴァン・ネスもともに、広報・威嚇思想を基礎とする刑事司法を前提としているが、そこに大きな問題がある。伝統的刑事司法支える根本思想を改めない限り、修復的正義を「主流」とする刑事司法の実現は難しい。

(473) L・R・フラーは「犯罪との戦争」について次のように論ずる。政治家や大衆媒体の主張する犯罪解決策は、犯罪に「厳しく対処する（get tough）」ことであり、犯罪者に「宣戦布告（declare war）」することである。それは、犯罪捜査官の手綱をゆるめ、警察の軍隊化を促進し、裁判官の裁量範囲を狭め、厳罰化を促進し、犯罪者の懲罰的処遇を許し、仮釈放を認めないところに現れる。犯罪との「戦争」は一つの隠喩にすぎない。それは社会的問題に取りかかるに当たって人々を惹き付けるために用いられる政治的レトリックである。この隠喩に人気があるのにはそれなりの理由がある。このレトリックによって、犯罪問題は抜本的、極端な手段をとらなければならないほど重大であること、そのために払う犠牲は一時的なものにすぎないことが含意されていること、戦争に勝利を

収めると、物事は正常に戻ることが示唆される。しかし、この犠牲は受忍限度を超えて永続するかもしれない。一旦民主主義社会の諸権利を放棄することに同意すると、それらを取り戻すことは難しいかもしれない。J. R. Fuller, Criminal Justice. A Peacemaking Perspective, 1998, pp. 21ff.

(474) 社会奉仕命令は応報刑の一種として構成することもできる。犯罪者に、犯された犯罪の性質、被害者の希望、社会の必要事、犯罪者の利益・適性とは関係のない不快な、貶格的あるいは無意味な仕事をさせるのである。イングランド及びウエイルズはこの傾向にある。例えば、六〇時間以上の社会奉仕命令を下された者は、少なくとも二一時間は集団で力仕事をしなければならない。この傾向は、二〇〇一年に、それまでの社会奉仕命令から「社会刑罰命令（community punishment order）」に名称変更されたところに象徴的に反映されている。それは修復的正義とは如何なる関係もない。J. Dignan, Understanding victims and restorative justice, 2005, pp. 134f.

(475) J. Dignan, K. Lowey, Restorative Justice. Options for Northern Ireland: A Comparative Review, 2000, p. 46.; D. W. Van Ness, Justice that Restores: From Impersonal to Personal Justice, in: E. H. Judah, M. Bryant (ed), Criminal Justice: Retribution vs. Restoration, 2004, pp. 93ff., p. 99.

J・デイグナンに拠ると（J. Dignan, (fn. 473), pp. 80ff)、イングランド及びウエイルズでは、弁償命令は、その導入当初は多用されたが、その後、その適用は減少傾向にある。暴力犯罪について、弁償命令を言い渡された被告人の割合を一九九〇年と二〇〇一年で比較すると、治安判事裁判所では六〇％から三五％へ、国王裁判所では二九％から一六％へ減少した。軽い財産犯罪について同様に比較すると、二二％から一四％へ、一三％から八％へ減少した。この減少の原因は必ずしも明らかでないが、一応、犯罪者に支払い能力がないことが挙げられる。しかし、この期間に、失業率と全般的生活水準が改善しているところからすると、これだけでは十分な説明とは言えず、この期間に拘禁刑が増大していることも原因として指摘されている。

この減少の原因がどこにあるにせよ、被害者救済という点で見ると、弁償命令には重大な欠点のあることが指摘される。第一に、弁償命令の対象者は犯罪者中のごく一部である被告人だけである。第二に、裁判所は、弁償命令の当否、その額、分割払いの判断に当たって被告人の資力を考慮しなければならないが、ほとんどの犯罪者にはその支払い能力がごく限られているので、被害者がその損失を全額補償されることはほとんどない。裁判官は、犯罪被害弁償を優先的に考慮せよとの法律の命令に従うことに躊躇している。実証調査から分かることだが、被害弁償を難しくするにもかかわらず、罰金が科せられ、訴訟費用が徴収されている事例が多い。ここに、伝統的刑事司法における応報欲求と被害者への補償の間に緊張関係のあることが分かる。第三に、弁償命令は被害者の期待を

高めるが、支払いがなされなかったり、長期にわたり、しかも少額しか支払われなかったりすると、被害者の落胆は大きい。

適時の弁償履行があっても、それは物質的損失・損害を弁償するだけであって、被害者の精神的・心理的健康及び社会的・精神的関係の修復への配慮はない。さらに、被害者も犯罪者も、損害弁償命令の決定過程に直接関与することはないし、その結果も左右できないので、力を付けられることはない。犯罪者の視点からは、弁償命令と罰金刑、訴訟費用を区別することは難しい。そうすると、弁償命令によって、犯罪者が被害者への罪責感を抱くようになるということはありそうもない。被害者の視点からは、弁償命令に従わない犯罪者を提訴することはできないし、弁償が履行されても、被害者は、犯罪者個人からではなく、裁判所から支払われたと感ずるであろう。

そうすると、弁償命令の効果は良くても限定的であり、期待が大きく、それが満たされなかったとき、逆効果でさえありうる。

(476) 吉田敏雄「被害者にやさしい刑事司法？　そのモデル論的考察」渡部保夫古稀祝賀論集（二〇〇〇年）六一一頁以下。同「被害者に対する刑事手続き上の配慮」菊田幸一先生古稀記念論集（二〇〇五年公刊予定）。J. Dignan, K. Lowey, (fn. 475), p. 9.; J. Dignan, (fn. 474), p. 180.

ここで、イングランド及びウエイルズの状況に触れておこう（J. Dignan, (fn. 474), pp. 69ff)。そこでは、一九九六年に、「被害者供述（Victim Statement)」が導入された。それは犯罪の被害者に与えた影響という事実面に限定されていたし、裁判官にはこれを量刑判断に当たって考慮する義務はなかった。その間の調査結果によると、裁判官がこれに影響されることはほとんどなく、影響があった場合には、刑罰の加重傾向が見られた。ほとんど影響を与えない原因として、「被害者供述」が公判廷に現れた証拠に、重要且つ信頼できる付加的情報を含んでいないこと、「被害者供述」の情報が量刑時点では古くなっていることが指摘されている。二〇〇〇年に、「被害者個人供述（Victim Personal Statement)」が導入された（Home Office Press Notice 147/2000, 26 May 2000)。それは二段階からなるもので、被害者は、第一段階では、証人供述を犯罪被害影響の説明で補充すること、第二段階では、最新の犯罪被害影響を供述するというものである。しかし、この制度には、「被害者供述」と同じく、その目的が不明確であること、被害者の期待が多くの場合かなえられないことが指摘されている。現に、高等法院王座部首席判事のウーイ卿は、裁判実務指示（二〇〇一年一〇月一六日）において、被害者及びその親族の量刑自体に関する意見は重要ではなく、裁判所これを考慮してはならないことを強調している。そうなると、この制度は、被害者の不満足感が犯罪者への怒りを増幅させ、被害者と犯罪者の間の溝を深めるにすぎず、被害者と犯罪者の双方の「通常の」社会からの排斥を減少させるといったことには何らの役にも立たないであろう（A. Sanders, Victim Participation in an Exclusionary Criminal justice System, in: C. H. Young, R. Young (eds), New

Visions of Crime Victims, 2002, pp. 197ff., p. 220)。

公判段階におけるのと同じく、起訴前、判決確定後の段階でも、被害者の役割が問題となる。起訴前の段階では、被害者の役割が問題となる。三つの可能性がある。第一は、被害者が、警察、検察官に、被害者への犯罪の影響度等の犯罪事実に関する情報提供を行い、これが公益判断に当たって参考とされる。第二は、被害者は被疑事件の処理について意見を求められるが、それが決定力を有するものではない。第三は、訴追機関には被害者と事件処理について相談し、起訴・不起訴の判断にあって被害者の見解を考慮しなければならない。第一の可能性には、証明に関して注意を要することを除けば、問題はない。第二の可能性には、被害者自身がこのような責務を負うことを望まないこと、被害者に誤った、非現実的期待を抱かせること、被害者がかかる責務を有するというのは原理的に誤りであるといった問題点が指摘される。第三の可能性には、公益の規準によって、客観的に相当と考えられるよりも重い刑罰を科せられないという犯罪者の適正手続の権利が侵害される恐れがあること、類似の状況にある犯罪者は皆等しく扱われるべきという適正手続の一貫性の原則が破られるといった問題点が指摘される。

今日のイングランド・ウエイルズ法制は第二の可能性に止まっている。すなわち、伝統的犯罪の訴追権限をもつ公訴局（Crown Procecution Service）は、一九九二年以降、被害者あるいは被害者の家族の利益及び見解を、犯罪の重大性、前科歴とともに、公益判断に当たって考慮する。しかし、被害者の見解が決定力を有するものではない。二〇〇〇年からは、訴追局は、実行可能な場合は常に、訴追罪名に関して、被害者あるいはその家族と相談すべきこととされている（Attornez General's Guidelines on the Acceptance of Pleas, 5, 2000)。

なお、近時、被害者あるいはその家族の利益と見解、犯罪の重大性・前科歴の両要因に対する訴追機関の態度に変化が見られる。従前は、家庭内暴力、家庭内性暴力は、証明の適切さへの配慮とかこれらの暴力行為がさほど重要とは見られなかったことから、被害者の希望を無視して、訴追の為されない傾向にあったが、近時、これらの行為の重大性が認識され、被害者の利益にならない、あるいは、被害者が反対しても、訴追が為されるべきというのが少なくとも原則となっている。

判決確定後の段階については、一九九〇年の「被害者憲章」制定が時代を画することになった。保護観察所に新しい任務として犯罪被害者の「希望と利益」調査が付け加えられ、これに対応して、仮釈放審査委員会の仮釈放決定基準が改正されたのである。新規定の適用は、当初、終身刑者に限定されていたが、その適用範囲は、一九九五年に、四年以上の拘禁刑の科せられる重い性犯罪や暴力犯罪の被害者に拡大され、二〇〇一年には一年以上の拘禁刑の被害者にまで拡大された。

保護観察所の被害者関係的任務は二段階からなる。第一段階では、刑の宣告から二ヶ月以内に、保護観察所は被害者と接触する。

その目的は、犯罪者のこれからの拘禁刑実状に関する情報及び犯罪者の釈放決定に至る過程についての情報を伝えるところにある。保護観察所は、さらに、被害者がこれからも当該犯罪者の刑の執行状況に関する情報を必要とするか、被害者が「被害者支援(Victim Support)」の支援を要するも調べる。第二段階では、保護観察所は、受刑者の釈放が近づいた時点で、希望する被害者だけであるが、この者と接触する。その目的は、被害者と相談し、犯罪者の釈放について被害者が抱いているかもしれない懸念を知り、これを仮釈放決定過程に反映させるところにある。

被害者は釈放決定において如何なる直接的役割も果たさないのであるが、それにもかかわらず、仮釈放審査委員会は、犯罪者の仮釈放決定に当たり、被害者の利益を考慮しなければならない。仮釈放審査委員会の考慮事項は、被害者への危険、被害者への犯罪者の態度、被害者（殺人の場合には被害者の親族）が自分の生命・身体の安全への脅威・恐れに関して抱くかもしれない懸念を含む。これに対する対処の一つは、被害者保護のために、立入禁止地域の設定や接触禁止等の遵守事項を科することである。

この実務には次のような問題点が指摘されている。その一は、被害者から得た情報が、その同意を得ることなく、当該犯罪者の社会復帰のために用いられるかもしれないということである。その二は、逆に、被害者が懲罰政策を正当化するために利用されるかもしれないということである。被害者の意見が、犯罪者の利益保護を考慮することなく、仮釈放条件ばかりでなく、仮釈放決定それ自体にも影響を及ぼすということである。

(477)

J・R・フラーも、「犯罪との戦争」視座の失敗の故に、そして、犯罪とその原因を社会的に健全な方法で対処できるように犯罪司法システムを転換する必要性の故に、犯罪司法問題の解決策として、和解ピラミッド・パラダイム(Peacemaking Pyramid Paradigm)を提唱する。①基底にあるのが最も基本的な和解原理である非暴力（nonviolence）である。国の熟慮した上での暴力である死刑は、犯罪行為と同じく悪であり、廃止されるべきである。次に、②犯罪司法問題の解決策は社会的正義（social justice）の観念を一致しなければならない。人種差別、性差別、年齢差別は許されない。死刑は社会的正義の観点からも廃止されるべきである。③和解解決策は犯罪者、被害者を始めとして全関係者を包含（inclusion）する参加型でなければならない。それは伝統的刑事制裁よりも満足のいく且つ永続的解決策を提供する。④目的は手段を正当化するわけではなく、それは犯罪司法にも妥当する。犯罪司法問題は正しい手段（correct means）によって解決されるべきであり、正しい手段が効率の犠牲になってはならない。殊に、憲法に保障されている被疑者・被告人の権利は確実に保障されねばならない。⑤合理的意思決定過程は、被害者、犯罪者そして社会の構成員に理解できるばかりでなく、同意できるような、妥当且つ信頼に足る確認可能な規準（ascertainable criteria）に基づくものでなければならない。特に問題となるのが、英語を理解しない移住者であり、難解な法律用語である。⑥和解ピラミッド・パラダイムの頂点に位置するの

が、I・カントの定言命令（categorical imperative）、つまり、「汝の行為の格率が普遍的法則となりうるように行為せよ」であり、これを犯罪司法問題に移すと、その具体的解決策が他の時代、他の場所にも適用可能なような道徳的推論に基づかねばならないということである。被害者も犯罪者も、犯罪司法関係者も、そして一般の人々も皆自らに値する尊敬と尊厳をもって扱われねばならない。J. R. Fuller, (fn. 473), pp. 54ff.; the same, Peacemaking Criminology, in: M. D. Schwartz, S. E. Hatty (eds), Controversies in Critical Criminology, 2003, pp. 85ff.

(478) M. W. Bakker, Comments: Repairing the Breach and Reconciling the Discordant: Mediation in the Criminal Justice System, North Carolina Law Review, Vol. 72, 1994, pp. 1479ff., p. 1498.

(479) A. Eser, Schlussbetrachtungen, in: A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt (eds), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, 2000, pp. 437ff., pp. 440ff.

(480) 松尾浩也『刑事訴訟法講演集』（二〇〇四年）六三頁は、修復的司法が「少なくとも一つの理論の誕生であり、もしかしたら、伝統的な刑事司法の考え方を大きく変える可能性も秘めている」と指摘する。

（おわり）

〔後書き〕

本論説の執筆を終えるに当たり、ここに到る道のりを振り返ってみたいと思います。本論説の執筆の契機となりましたのは、ドイツはフライブルクにあるマックス・プランク外国刑法・国際刑法研究所で一九八九年三月一三日―一五日に開かれた討論研究会「刑法における修復の新しい道」に出席したことにあります。当時、筆者は、ケルン大学のヒルシュ教授（Prof. Dr. Hans Joachim Hirsch）のご厚意、並びに、ハインリッヒ・ヘルツ財団のご支援を受けて在外研究を行っていました（一九八八年九月―一九八九年一〇月）。筆者は、ヒルシュ教授のお誘い及びマックス・プランク外国刑法・国際刑法研究所所長のカイザー教授（Prof. Dr. Günther Kaiser）のお招きで、本研究会に参加

できたのでした。ミュンヘン大学のシェヒ教授（Prof. Dr. Heinz Schöch）が、「代案　修復」素案を発表したのもこの研究会においてのことでした。ミュンヘン大学のロクスイーン教授（Prof. Dr. Claus Roxin）とヒルシュ教授の見解の相違も明らかになりました。本研究会の成果については、筆者は、北海学園大学『法学研究』において紹介したところです。この研究会で、多くの研究者と知り合いになることができたことも、嬉しい副産物でした。

帰国後、在外研究の成果を基に、論説という形で、刑事司法における被害者の位置づけについて論じようとしたのが、本論説の始まりです。当初は、日本においては、この領域は全く未開拓の分野でありましたし、欧米においても、この問題に取り組んでいる「正統」刑法学者はそれほど多くいませんでした。又、ロクスイーン教授とヒルシュ教授の意見の対立を的確に判断できる知識も私には当時まだ十分にもち合わせていませんでした。そこで、筆者は、先ず、欧米の被害者救済の実状、その刑事司法における扱いについて紹介しながら、既成の刑法理論を再検討しようとしました。その研究の進展過程において、この問題は、実は、被害者救済に止まらない、刑事司法を支える根本的理念に触れる問題であることに気づかされることになったのです。

ちょうど、この頃、一九九二年に、「犯罪被害者実態調査研究会」（代表・宮澤浩一慶応大学教授）が設立されました。筆者も、これに参加を許され、被害者の実状について研究する機会を与えられました。本研究会の代表幹事を務められた田口守一早稲田大学教授をはじめとする研究会員の努力は、『犯罪被害者の研究』（宮澤浩一、田口守一、高橋則夫編・一九九六年・成文堂）となって結実しました。

当時、ようやく、欧米において、Restorative JusticeやWiedergutmachungに関係する研究が活況を呈してきていました。そこで、今一度、外国で研究する必要性を感じていました。幸いにも、カイザー教授のご厚意、マックス・プランク協会とドイツ学術交換会（DAAD）のご支援を受けて、一九九五年四月―一九九五年九月に、ドイツのト

スカーナと呼ばれるフライブルクにあるマックス・プランク外国刑法・国際刑法研究所で研究活動をすることができました。本研究所の素晴らしい研究条件を存分に利用できました。„Aussergerichtlicher Vergleich und Schadenswiedergutmachung in der japanischen Strafrechtspflege“ (in: Hrsg. v. Eser, A. und S. Walther, Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven, 1997) を執筆したのもこの時でした。この折りには、シェヒ教授、及び、当時、ハレ・ヴィッテンベルク大学教授だったレスナー教授 (Prof. Dr. Dieter Rössner) にも、研究面で大いに援助いただきました。又、研究を含めた様々な面で、本研究所のクーリー教授 (Prof. Dr. Helmut Kury) には本当に親身になってお世話いただきました。

一九九七年七月―一九九七年一〇月に、カイザー教授のご厚意、及び、マックス・プランク協会のご支援を受けて、またもや、フライブルクで研究する機会を与えられました。この折、ウィーン少年裁判所長官イエシオネック博士 (Honorarprofessor Dr. Udo Jesivonek) を訪れ、オーストリア少法法制についてご教示いただけました。

一九九八年一〇月には、第一〇回「マインツ被害者学会」で、„Opferhilfe und Wiedergutmachung in Japan“ (in: Hrsg. vom Weissen Ring, Wiedergutmachung für Kriminalitätsopfer. Erfahrungen und Perspektiven, 1999) と題した報告をしました。これは、当初予定されていた宮澤浩一教授の報告にかわって急遽準備したものでした。この学会では、多くの出席者の質問を受けましたが、私の認識不足のため十分に答えることができませんでした。

翌年の一九九九年一〇月に、山中敬一関西大学教授が「ドイツ・ポーランド・日本刑法コロキウム」を開催しました。この学会は筆者にとって転機となる重要な機会でした。筆者は、その頃、被害者救済を刑法理論の中に取り入れるには、従来の通説的理論では無理だと考えるようになっていました。不法論、責任論の再検討が必要だと感じていたのです。その点で、リンツ大学のモース教授 (Prof. Dr. Reinhard Moos) の業績から多くの示唆を受けることが

できました。筆者は、本学会で、„Der japanische strafrechtliche Schuldbegriff von gestern, heute und morgen. Reht, Schuld, Strafe, Strafzumessung und Wiedergutmachung“ (in: Hrsg. v. Eser, A. und K. Yamanaka, Einflüsse deutschen Strafrechts auf Polen und Japan, 2001) を報告させていただけました。

上述した「マインツ被害者学会」での質問に答える機会が、二〇〇〇年一〇月にやって来ました。チュービンゲン（ドイツ）で開かれた第四回「修復司法学会」で、筆者は、“Confession, Apology, Repentance, and Settlement out-of-court in the Japanese Criminal Justice System” (in: Edited by Weitekamp, G. M. and H.-J. Kerner, Restorative Justice in Context. International practice and directions, 2003) と題した報告を行いました。この報告は、すでに書き上げていた „Geständnis, Entschuldigung, Reue und Wiedergutmachung im japanischen Strafrechtssystem. Ist Japan ein Musterbeispiel?“ (in: Hrsg. v. Britz, G. und andere, Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001) を基にして書いたものです。

筆者は、二〇〇一年八月―二〇〇一年九月にも、フライブルクで研究することができ、この折りに、„Die Zukunft der japanischen Strafrechtspflege“ (in: Hrsg. v. R. Moos, Festschrift für Udo Jesionek, 2002) を書きました。この論文では、「法的平和」について、少しばかり理論的考察をしてみました。フライブルク滞在中の同年九月にロイヴェン（ベルギー）で開かれた第五回「修復司法学会」で、上記論文を基にした“The Future of the Japanese Criminal Justice System” (in: Edited by L. Walgrave, Repositioning Restorative Justice, 2003) を発表しました。この学会には、「9／11事件」のために、急遽出席を取りやめざるをえなくなった研究者がでました。

二〇〇三年一〇月にミュンヘンで開かれた「新犯罪学会」では、筆者は「ベッカリーア賞（銀賞）」受賞という栄誉に与りました。宮澤先生には受賞者紹介・祝辞（Laudatio）をいただけたのでした。この時、カイザー教授、ロクス

イーン教授は金賞を授与されました。偉大な先達教授と一緒に、ミュンヘン大学講堂の壇上に列席できましたことは、筆者のこの上ない喜びでした。この学会では、筆者は „Restorative Justice. Ein Bericht über Japan“ (in: Hrsg. v. Schöch, H. und J.-M. Jehle, Angewandte Kriminologie zwischen Freiheit und Sicherheit, 2004 und auch Infodienst Nr. 23, 2004) と題した報告を行いました。

本論説の最終的詰めのため、二〇〇四年七月―二〇〇四年九月に、新任のマックス・プランク外国刑法・国際刑法研究所所長アルブレヒト教授 (Prof. Dr. Hans-Jörg Albrecht) のご厚意、及び、マックス・プランク協会のご支援を受けて、四度目のフライブルク滞在が実現しました。

このような経緯をたどり、ここに、ようやく、本論説は最終回を迎えました。一九九五年三月に連載第一回を発表してから、実に、一〇年の歳月が流れました。その間、本論説の主題は、今日的意味を失うどころか、ますます、その重要性を増しているように思われます。本論説連載中には、平野龍一先生(東京大学教授)、松尾浩也先生(東京大学教授)、西村春夫先生(国士館大学教授)、田口守一先生の励ましの言葉をいただけました。それは本論説を書き続ける上で大きな支えとなりました。しかし、これだけの年月を要して、そして、多くの内外研究者・学術団体のご支援に与りながら、この程度の論説しか書けなかったことに、慨嘆せざるをえません。それでも、一つのことをやり遂げたという感慨はあります。

今は故人となられた平野龍一先生は、今から三〇年以上も前のことですが、ドイツ学術交換会(DAAD)の支援による初めての在外研究(一九七三年六月―一九七五年八月)を目前にした筆者に、「吉田君、法解釈論はいつでもできる。思いっきりやってきなさい」と言われました。同じく、故人となられた能勢弘之先生(北海道大学教授)は、生前、筆者に、良くこう言われたものでした、「よしだー! 刑法は、論理じゃない、ハートだよ、愛だよ」と。そう

言われた当初、刑法とは剣であると考えていた筆者にはその意味が良く飲み込めませんでした。もし平野、能勢両先生が今でもご存命で本論説をお読み下さったとしたら、どのような感想を漏らされたでしょうか。

筆者は、これからも、本論説の主題ととりくみ、深化させていきたいと思っています。最後になりましたが、ここまでおつき合いいただいた読者の皆様に、誌上を借りて厚くお礼申し上げます。

（二〇〇五年五月・札幌）