

タイトル	法的平和の恢復(二十七)：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(1)：139-164
発行日	2004-06-30

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	刑法学説にみる「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
（以上第三十巻第三号―第三十九巻第二号）
- 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・ブレイスウェイト）
 - cc 修復的正義の「最大限モデル」（完熟モデル）（L・

ee dd

ヴァルグラヴェ

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)

(以上本号)

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

本章では、犯罪法の任務が法的平和の恢復にあること、威嚇思想は犯罪法の領域でその第一次的意義を失うべきこと、応報思想は犯罪法の領域から駆逐されるべきこと、統合予防と修復的正義に基礎をおく犯罪法が望まれること、そうした場合に、犯罪法の全体的見取り図はどうあるべきかが描かれたのである。ところが、修復的正義論を説く者の内にも、修復的正義と応報的正義を両極に位置するものと捉えることは誤解を招きやすいし、非生産的であるという見解も散見されるようになった。⁽²³⁵⁾例えば、次のような主張がなされるのである。応報理論に依れば、刑事罰の主な目的は、犯罪者に「当然受けるべきそれ相応の報い」としての刑罰を科し、犯罪者が社会に負う「債務の返済」をさせることにある。犯罪者の苦痛あるいは損失が社会や被害者に「返済する」内容である。なるほど、害悪賦課によってどのように現実には事柄を正す、あるいは「正義を恢復する」のかについての説明は様々になされているが、応報理論家の説明はどれも説得力がない。応報理論では、「悪事を正す」というのが抽象的、ほとんど形而上的命題にとどまっている。どういうわけか社会の道徳的均衡が犯罪者に苦痛を与えることで修復される。応報理論では、悪事を正す手段として害悪を科するとされるので、犯罪の真の不正義は被害者の蒙る損失・損害だという事実が完全に隠されてしまう。この不正義は犯罪者に苦痛を科することでは解決されない。損失は修復されないし、苦痛に対する補償はなされないし、被害者や社会との壊れた関係は修復されない。依然として不正義は存続する。しかし、応報刑理論はその前提において正しい、すなわち、刑罰は犯罪の不正義を正すことに向けられねばならない。犯罪者が悪事を正す責任を

負わせられてはじめて、正義は修復されうるといふ応報刑論の主張も正しい。応報理論の強みは、犯罪者を道徳的に責任ある社会構成員として扱うことにある。犯罪者は他人を威嚇するための道具として用いられてはならないし、病人や責任を負えない者として遇されてはならない。応報理論は修復的正義に非常に近い。修復的正義も悪事を正す、つまり、状況の正義を修復することに主たる関心がある。修復的正義は、犯罪者に、被害者との関係で事柄を積極的に正すことで、責任をとることを要求する⁽²³⁶⁾。

本章第一節から第四節にかけて、犯罪法（刑法）の「新しい道」が示されたのであるが、本節では、近時の修復的正義（司法）に関する学説動向が、「新しい道」の視座から、どのように評価されるべきかについて論じられる。その際、主として、応報的正義、威嚇思想そして修復的正義の関係に焦点が当てられ、それに関する諸説がやや立ち入って分析・検討される。

(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・マッコウルド）

P・マッコウルドは、修復的正義とは、「悪行というできごとによって第一次的に影響を蒙った者が集まって、自分たちの気持ちを共有し、影響の態様を説明し、損害を修復したり、再犯を防止する計画を立てるための手続きである」と定義し、服従（応報、威嚇）と処遇の範型要素を含まない修復的正義の「純粹モデル」を提唱する。修復的正義は刑罰代替であって、代替刑罰ではないのである。犯罪は人々及び関係を害する。正義は損害ができるだけ修復されることを要求する。修復的正義は、当然受けるべきそれ相応の報いという観点ではなく、必要事という観点に立脚する。

修復的正義は、犯罪によって生じた損害を修復する最善の方法を決定する際に第一次の利害関係者全員の関与する協調的手続きによって実現されるのを理想とする。

P・マッコウルドは、修復的正義範型の方法、対象及び主体の概念的枠組みを提供する。先ず、方法に関して、社会的規律窓構造論が利用される。社会的規律を維持する方法として、二つの連続体（統制・限界設定…高―低と支援・奨励・育成…高―低）を組み合わせることで、四個の社会的規律・行動規制が考えられる。懲罰的（応報的）方法（高統制、低支援…TO、つまり圧制の世界）…人に烙印付けし、否定的貼付をする。許容的（社会復帰的）方法（低統制、高支援…FOR、つまり家父長主義の世界）…悪行の後始末をする責任を回避させる。無視の方法（低統制、低支援…NOT、つまり受け身の市民の立場）…無関心、受け身性。修復的方法（高統制、高支援…WITH、つまり民主的市民の立場）…協調的問題解決。したがって、社会的規律・行動規制として、懲罰的方法か許容的方法の選択しかない（37）と一般に考えられているが、それは誤りである。

次いで、対象について、利害関係者役割構造論が展開される。第一次利害関係者…被害者（損害…直接的、必要事…具体的、対応…能動的）、犯罪者（損害…直接的、必要事…具体的、対応…能動的）、家族（損害…直接的、必要事…具体的、対応…能動的）。第二次利害関係者…近隣者（損害…自分事のように感じる、必要事…集合的、対応…支援）、公職者（損害…自分事のように感じる、必要事…集合的、対応…支援）。

第一次利害者はすべて自分の気持ちを表し、損害の修復の仕方を述べる機会を与えられねばならない。被害者は、統制感を失っており、力の恢復を必要とする。犯罪者は、信頼を裏切ること、配慮の生活共同体に損害を与えている。信頼を再度獲得するために、犯罪者は悪行に対する責任を果たさねばならない。配慮の生活共同体は、被害者、犯罪者がそれぞれの生活共同体に再統合されるように、積極的関与をしなければならない。

第二次利害関係者は、癒しや和解を妨げるようなことをして、第一次利害関係者から紛争を奪ってはならない。第二次利害関係者のすべきことは、第一次利害関係者の問題解決過程を支援し、促進することである。そのことによつて、社会的凝集力が高められ、一般市民の問題解決能力が改善され、市民社会が強くなる。

最後に、主体について、修復的実践類型論から、修復的正義の実践は、完全な修復的正義、大部分修復的正義（例えば、被害者―犯罪者調停）、部分的修復的正義（例えば、国の被害者補償）に分けられ、完全な修復的正義の実現、つまり、被害者、犯罪者及びこれらの者の配慮の生活共同体の参加した損害修復が最も望まれると。

犯罪者に刑罰を科すことしかせず、被害者の出番のない刑事司法システムは犯罪の影響を蒙った者の感情的あるいは関係的必要事に焦点を合わせていない。人々がますます疎外感を味わっている世界において、修復的正義は積極的気持ち、関係を修復し、築く。修復的犯罪司法システムは犯罪を減らすことを目的としているのみならず、犯罪の衝撃をも減らそうとする。修復的正義は、こういった感情的、関係的必要事に取り組み、これに一般市民を参加させることができることで、健全な市民社会を達成、維持することができる。⁽²³⁸⁾

修復的正義の「純粹モデル」には、様々な批判が加えられている。その一は、「純粹モデル」が依拠するT・マーシャルの定義には修復的正義の目的としての損害の修復を含んでないというものである。⁽²³⁹⁾しかしこの批判は全く的外れである。その定義は、「特定の犯罪に利害関係を持つ者に、どのように犯罪の結果、その将来の意味を処理するかを集団で解決することによって、正義の実現を可能にする手続き」というものであり、ここに犯罪の結果(the aftermath of the offence)とは犯罪から生じた損害を意味しているのである。尤も、この「結果」は第一次利害関係者に生じた具体的損害に限定されている。⁽²⁴⁰⁾それ故、犯罪のもたらした社会的損害は「純粹モデル」の範囲外ということになる。「純

粹モデル」論者は、もしこれをも修復的正義の枠内で捉えるなら、修復的正義が応報的要素を抱え込むことになってしまふと論ずるのであるが、しかし「損害」論と「応報」論とは直接の対応関係にはないといえよう。

その二は、「純粹モデル」は利害関係者の自発性を要件とするが、これでは修復的正義の射程距離が不当に狭まるというものである。⁽²⁴⁾ この批判は当たらない。協調、悔悟、和解、赦しといったものを強制することはできない。修復的手続きから生ずる修復的結果としての修復的正義は、人々に対してあるいは人々のためになされうるというものである。⁽²⁴⁾

その三は、「純粹モデル」では、實際上、修復的正義はダイヴアージョンに限局され、結局、刑事司法の傍流にとどまるのではないかというものである。⁽²⁵⁾ しかしこの批判は、刑事司法の現状を見ていない。大きな犯罪暗数の存在、起訴便宜主義の通用といったことから、もともと公式の犯罪処理システムは犯罪問題の縁に位置している。修復的正義の実践は、ますます重い犯罪にもその適用範囲を拡大している。そうすると、公式の犯罪処理システムはますます縁に追いやられることになる。⁽²⁶⁾ 尤も、「純粹モデル」論者は、非常に重い犯罪に対しては、応報的正義の余地を残しているように見える。⁽²⁴⁾ しかしそれは刑罰を応報主義でしか正当化できないとの前提に立っており、適切でない。

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）

Ｊ・ブレイスウエイトの主張する共和主義（Republicanism）に依ると、共和主義における自由の価値は非支配（non-domination）であり、これが社会を組織する理念であり、政治の理念である。この支配、つまり他人の恣意に服する事態は最小限に止められるべきである。これを実現するためには、二戦線での闘いが必要となる。第一戦線では、私権力（private power. ラテン語で支配権を意味する“dominium”）を抑制しなければならず、第二戦線では公権力

(public power. ラテン語で命令権を意味する“imperium”)、政府の権力を抑制しなければならない。第一戦線で、共和主義理念が提供するものは、人々を他者との関係で効果的に保護し、人々に情報を提供し、権限を与えるような政策を立案する基礎である。第二戦線で、共和主義理念が提供するものは、人々が、他者から支配されないように保護することになっている政府そのものによって支配されないために、立憲的、民主的抑制を考案する基礎である。

共和主義における刑事司法システムの本質的要素は、第一に、刑事司法介入の節約、特に犯罪者に制裁を科する場合がそうである、第二に、権力がどのように分配されるのであれ、抑制機構がなければならないこと、そして第三に、犯罪の非難と犯罪者、被害者の再統合である。

刑事司法介入は非支配としての自由に犠牲を強いるものである。犯罪化、監督、逮捕、刑罰はその例である。しかしそういった介入から得られる利益はかなり遠く、蓋然性の問題である。それ故、疑わしいときは、人々の生活にそれほど介入するな、という処方箋が大事なのである。介入が謙抑的であれば、人々はそれほど支配されているとは思えないものだし、事実それほど支配されていないのである。

公権力を抑制するためには、それはできるだけ分散せれるべきであつて、それを一人の個人や一つの集団に委ねてはならない。私権力についても同じことが言える。

刑事司法では、犯罪が行われた場合、それに対する処置如何にかかわらず、犯罪者に道德的非難が伝えられなければならない。手続きと救済は機械的なあるいは懲罰的方法であつてはならない。これと密接に関係する再統合の理念は、被害者と犯罪者が尊重される構成員として社会に統合されることを要求する。このような共和主義の下での刑事司法システムは修復的正義の性格をもつ。⁽²⁴⁸⁾

それでは、修復的正義とはどのようなものであろうか。J・ブレイスウエイトは、修復的正義における責任概念を

明確にする。責任には、過去の行為に対して負う受動的責任 (passive responsibility) と将来に向かっての能動的責任 (active responsibility) がある。修復的正義の実践では、先ず、犯罪行為の後で、誰が何故犯罪を犯したのか問われる、つまり、受動的責任を問われるが、しかし重点は能動的責任に移される。後者では、損害を補償する責任、特に破壊された関係を修復する責任をとることが問題となる。修復的対話では、人よりも問題が中心に据えられる。相手の言うことを敬意を払って聴くことに中心的価値がおかれ、それが能動的責任に繋がる。

応報論は、受動的責任に関心があるが、それは正義の実現は犯罪者に害悪を加えるところにあると考えるからである。功利主義者の結果主義論も受動的責任を追及する点では異ならない。⁽²⁴⁹⁾

修復的手続きでは、犯罪者にも、その他の関係者にも悪事を正す能動的責任を果たすための場が与えられる。何らかの応報理論に従って人を正しく処罰しても、問題の解決としては殆どの場合間違っている。ここに間違っているのは、それほど正しくないということの意味する。修復的正義も応答的規制 (responsive regulation) も一貫した正義よりも状況的正義の方を選ぶ。修復的正義に関していうと、それは、状況全体の中で正しい協定が何であるかを決定する、関係者の集合的知恵である。それは、どの人から見ても理想的協定であるとはいえないかもしれないが、それでも関係者が状況から見て正しいとして署名できる協定である。全関係者に状況から見えて正しいと思われるその協定は、刑罰、損害賠償、謝罪、社会奉仕労働、社会復帰あるいは再犯を予防するその他の手段を含むかもしれないし、そうでないかもしれない。同じ道を歩まないようにするための刑罰、謝罪、その他の手段は応報理論の観点からすると均衡がとれていないので、結果が大多数の事例にわたって一貫しているか否かを問うことは殆ど意味をなさない。

同様に、応答的規制も状況的正義である。規制者は、規制ピラミッドを段階的により煩わしい国の介入の方向へと、法律遵守の改善応答、違法行為の被害者への賠償、よりよい遵守システムの構築等々ができるまで、上昇する。

修復的正義も応答的規制も、犯罪者が自らの義務を真剣に受け取るべきとの訴えに応答しないなら、国の反応は状況からもつと懲罰的になりうるとの観念を共通に持つ。ここで、J・ブレイスウエイトは修復的正義を威嚇、無害化と統合する応答的規制ピラミッドを提案する。基底に有徳の行為者を対象とする修復的正義、中位に計算尽くの行為者を対象とする威嚇、最上部に責任無能力者、無分別の行為者を対象とする無害化がおかれる。威嚇と無害化の制裁は応報とは関係がない。修復的正義が失敗すると、より懲罰的な威嚇、無害化の方向へ動く。

たしかに、応報観からすると、こういった状況的正義は等しい悪事には等しい刑罰という一貫した正義に劣る。しかし修復的正義は、一様でない反応（一様でない能動的責任）に応じて一様でない刑罰を主張する。一貫した刑罰視座からの特別の懸念は、犯罪者が軽い又は重い刑罰を科せられるか否かが、被害者その他の関係者の懲罰的あるいは寛大な態度次第だということにある。金満な被害者は貧困な被害者ほどにはどうしても全額賠償を要するというものではないかもしれない。しかしこれこそが修復的正義論者の要なのである。貧困な被害者が一層困った状態にあるなら、その必要事は一層大きいし、これに完全に対応できないなら、より大きな不正義が生ずる。真正の正義に根本的なのは、不正行為によって傷つけられた者は誰でもその必要事に等しく関心と敬意を払われるということである。犯罪者に等しい刑罰を科するということは、一類型の行為者には一類型の正義しか認めないこととなり、視野が狭められることを意味する⁽²⁵⁾。

現実の場で作用すると、応報主義は全く自由主義的でなく、よくても法と秩序保守主義の詰め物であり、最悪の場合には全体主義である⁽²⁶⁾。

J・ブレイスウエイトは、有徳の行為者の場合の修復的正義、計算尽くの行為者の場合の威嚇、及び責任無能力者

や無分別の行為者の場合の無害化を統合する戦略として、ピラミッド型統合モデルを提案する。しかしそれは実際にはハイブリッド又は二軌道手法と呼んだ方が適切である。修復的正義の手続きが威嚇、無害化と並立しており、刑事司法が修復的正義の原則に従って体系的に統合・組織化されているわけではないからである。修復的正義（司法）が刑事司法に完全に取って代わるわけではない。しかし修復的正義の実践手段と威嚇、無害化の実践手段の並立を刑法、刑事訴訟法の任務から体系理論的に説明する努力が不足している。

cc 修復的正義の「最大限モデル」（完熟モデル）（L・ヴァルグラージェ）

L・ヴァルグラージェは、修復的正義の実現をダイヴァージョンの方法に限定することは、現行の応報的刑事司法を存続させる、つまり修復的正義と応報的正義の二軌道を存続させることに繋がると指摘して、完全に一人前のモデル（a fully fledged model）を提案する。

L・ヴァルグラージェに依ると、修復的正義とは、「犯罪によって惹起された損害の修復に主として向けられる正義を実現する選択」を意味する。この定義から次の三つのことがいえる。第一は、修復的正義はその修復的目的に特徴があるのであって、修復的結果に一般的に利する手続きに特徴があるのではない。第二は、修復的正義は、社会生活への損害を始めとして、犯罪によって惹起されたあらゆる種類の損害を考慮する。その結果、修復されるべき公の利益・損害を明確にして、それらが修復に向けられた手続きに包含される方法を見つけたことが必要となる。第三は、犯罪によって惹起された損害の修復に焦点を合わせることは範型の変化を意味する。基本的に、修復的正義は、犯罪者が受ける刑罰指向でもないし、治療指向でもない⁽²⁾。

L・ヴァルグラージェは強制（coerciveness）と懲罰性（punitiveness）は根本的に異なった範疇であり、したがっ

てまた、強制的修復的制裁と懲罰的応報刑は異なることを主張する。L・ヴァルグラヴェ⁽⁵⁾に依ると、修復的正義は自発的手続きと強制的制裁の両方を含む。尤も、前者の方がより高い修復的価値を常に有する。犯罪者は、参加の意思を示すことで、悪行、与えた損害を理解し、その償いをする意思を表現しているからである。これが意味することは、司法システムの一歩の義務は、非公式の紛争解決の可能性を最大化することである。しかし修復的正義は、何らかの理由で自発的修復ができない場合、強制的修復的義務を認める（修復的正義の最大限型）。

L・ヴァルグラヴェは、ベルギー最高裁判所裁判例に倣って、国の刑罰を剥奪（厳しい処遇、つまり苦痛）の意図的賦課と定義して、刑罰の次の四要素を挙げる、強制（coerciveness）、厳しい処遇（hard treatment）、意図的な苦痛の惹起（the intention to cause suffering）及び苦痛の賦課と犯罪の間の対応（a correspondence between the infliction of pain and the wrong committed）。これらの要素の一つでも欠くと、刑罰とはいえない⁽⁵⁾。

この定義では、処罰者の意図が定義の中核にある。刑罰の鍵は処罰者の頭にあるのであって、処罰される者の頭にあるのではない。したがって、もし制裁が犯罪者にたんに苦痛を引き起こす代わりに、修復をもたらす意図で科せられるなら、この制裁は刑罰とはいえず、修復的制裁（restorative sanction）と呼ばれるべきである。その制裁が不快をもたらす可能性が高いとしても、それは修復的行為のもつ副作用にすぎない⁽⁵⁾。

L・ヴァルグラヴェは、刑罰を科する場合よりも、科さない場合にその正当化を要するまでに制度化されている刑罰範型を正当化することはできないことを、三種類の刑罰正当化事由を反駁しながら論ずる。

第一の刑罰正当化事由は道義的感情である。それは、刑罰が悪に対する普通の人間的反応であり、悪によって引き起こされた自然の憤り、怒りは人間が善を愛着している証拠であるとするものである。しかし悪に対する怒りは善に対する愛着によって鼓舞されたという単純なものではない。悪と善はそれぞれ抽象的道義的範疇として相互対立して

いるのではない。両者ともに実利的なものである。悪とは、吾人を威嚇するもの、人の尊厳、その社会的、物質的領域、身体的完全性をすでに傷つけたものである。そうすると、怒りというのは、倫理的に動機づけられているよりは、自己利益の感情のように思われる。こういった感情は被害者の間では理解できるかもしれないが、実際は、合理的刑罰よりは復讐の源である。

第二の刑罰正当化事由は、刑罰を道義的非難の表現と見る応報主義である。これは、犯罪行為を処罰することは定言命令であり、刑罰の目的、効果を問題にしないというI・カントの原理に帰着する。犯罪行為には犯罪者を厳しく扱うことで対応しなければならない。その理由は、犯罪によって得られた違法な利益を正し、非難しなければならないとするところにある。苦痛の量は違法な利益の量、あるいは犯罪者の責任の程度による。しかし応報主義は否定されるべきである。第一に、応報主義は、その純粋な形では維持できない。それは、多くの場合、結果主義者の前提条件を隠している。もしも刑事司法システムが如何なる目的にも（少なくとも含意的にでも）仕えるのでないのなら、苦痛を引き起こす非常に費用のかかる機構を廃止することを恐れるに及ばない。第二に、応報主義は特定の行為を否定する背後にある価値体系の道義的質に疑問を提起することがない。例えば、刑法は公の秩序、人の安全、財産に圧倒的に関心が向いており、社会の平和、連帯、あるいは社会的、経済的正義には関心を向けない。第三に、道義的拒絶が必要であるにせよ、それは刑罰以外の方法で表現できる。意図的に苦痛を加えることは、原理的に、高度に非倫理的行為であるから、道義的非難を表す代替の方法を完全に利用し尽くすべきである。これらの問題点にもかかわらず、なお刑罰を維持するのであれば、応報主義というのは復讐感情を合理化する理論だということになる。

第三の刑罰正当化事由は、刑罰は追求されるべき目的によって正当化されるという結果主義である。刑事司法は犯罪による被害を減少させることを目的とする。それは二つ方法で実現される。その一は犯罪を思案中の者に対する一

般威嚇である。しかし一般威嚇に関しては、刑法の効果は限られており、一般威嚇理論は実証的に維持できる理論というよりは、教条 (doctrine) である。

その二は、特別威嚇、再社会化であるが、これに関しても実証的には維持できない。犯罪者への影響には直接的なものと、間接的なものが考えられている。直接的影響は、悔悟、矯正のために犯罪者に圧力をかけるために、刑罰が道德的教育として、コミュニケーションの一形態として機能すると期待されるのだが、刑事司法システムに直面すると、大多数の犯罪者はできるだけ自由の剝奪を逃れようとするのであり、そしてそれがすべてである。間接的影響は刑罰が社会復帰計画の形態をとるとき期待される。しかしこれも実証的には維持できず、それどころかこういった計画に参加した者の方が、再犯率が高いという実証報告もある。

道具主義の方法を貫徹させると望ましくない結果に繋がりがかねない。無実の者でも処罰されたり、犯罪者が過酷な刑罰に処せられたりする⁽²⁶⁾。

L・ヴァルグラウヴェは、刑罰を維持する合理的根拠はなく、それに代わり、強制的修復的制裁を提案する。これには、弁償命令、被害者基金のための罰金、労働、社会奉仕労働が含まれる。強制的修復的制裁は、自発的ではないが、それでも、懲罰的介入や、強制的な社会復帰介入よりも選好されるべきだとして、いくつかの理由を挙げる。

第一は、単純な物質的利益、つまり、なにかが被害者、生活共同体 (community) のために為されるという事実そのものが害悪には害悪をもって報いる応報的反應よりも大きな利益をもたらす。第二は、修復的制裁は再統合的機能を持つ。L・ヴァルグラウヴェはこう論ずる、「たとえ犯罪者が修復的行為をもともと進んで受け容れなくとも、犯罪者は、長い目で見ると、建設的方法の制裁を理解することになる。したがって、応報的行為よりも、修復的制裁の方が生活共同体に受け容れられる可能性が高い。これはそれどころか社会復帰的手段と比較してもいえることであ

る。」第三に、生活共同体における修復的制裁の執行は生活共同体自体にも教育効果がある。生活共同体は犯罪者が建設的仕事をするのを見る機会あり、これが犯罪者定型像の破壊に繋がる。第四に、犯罪に対する懲罰的反応の道徳的、道具的建設性は否定されるから、被害者、犯罪者それに生活共同体が修復的反応の建設的性質に固執しなくとも、国はこの原理に従い、できるだけこれに一致した行動をとるべきである⁽³⁵⁾。

「最大限型モデル」は、修復的正義における自発的手続きの重要性は肯定するが、修復的手続き⁽³⁶⁾(restorative process)よりも犯罪者の惹起した損害の修復、つまり、結果の修復⁽³⁷⁾(restorative outcome)こそがその本質であると理解する。そこには、修復的正義が応報的正義の補完物になることを避けようとする便宜的思考があるといえよう。しかしこの点で、「純粹モデル」からの批判は正鵠を得ている。修復的正義は、犯罪者に対して、あるいは犯罪者のために実現されるというのではなく、犯罪者及び被害者とともに実現されねばならないのである (not to and for but with)。犯罪者も被害者も力を付けられねばならない。自発的手続きこそが真正の修復的正義実践の基礎である⁽³⁸⁾。

「最大限型モデル」は、修復的結果を修復的正義の本質と見るところから、刑罰の消極的效果も避けられる修復的制裁を考案する。確かに、修復的制裁の方が建設的であり、刑罰よりも優れている。強制的修復的制裁は、刑罰よりも和解や平和に寄与することが大きいからである⁽³⁹⁾。しかし修復的制裁はそこに強制の要素がある以上犯罪者のみならず、被害者からも、社会からも実際上は刑罰と感ぜられよう。それは修復的制裁の価値を著しく損なうであろう。やはり修復的正義においては、国の役割は、犯罪によって生じた損害を犯罪者に強制的に修復させるところにあるのではなく、犯罪者の自発的修復行為を奨励するところにあると理解すべきである。それは生じた損害が個別具体的被害者のそれであれ、社会のそれであれ変わらない。

犯罪者が、強制的修復的制裁に従わない場合、例えば、修復的公共に役立つ労働に従事することを拒否する場合、どのような対応がなされるのであろうか。「最大限モデル」では本来避けられるべきであるとされる刑罰を例外的に科すことになるのであろうか、それとも他の「代替的」修復的制裁を科するのであろうか。

「最大限モデル」を採用せずとも、犯罪司法を支える基本理念、つまり刑罰制度を支える応報思想、威嚇思想を廃棄することによって、行為者―被害者仲介・和解や家族相談会といった修復的正義の実践範囲を拡大することは可能なのである。そうすることで、修復的正義の歴史的意義も一層明確になる。

dd 非懲罰的制裁 (M・ライト)

M・ライトによると、犯罪法の目的は、公正で安定した社会を造ることにある。こういった社会は最大限の合意と最小限の強制に基礎をおく。それは、人々に抑圧に頼ることなく、受け入れ可能な限界内にとどまるように説得する社会である。これを実現するには、物質的方法ばかりでなく、他者の承認という方法によって報酬を与えること、受け容れがたい方法で行動することなく生存ができるようにする必要がある。そうして初めて、人々が限界外に出たとき、どうしたらよいか考えられる。最大限の合意、最小限の強制がここでも妥当する。

犯罪 (crime) とは英語では法律に違反し、処罰される行為と定義されるが、こういう見方は外国語、例えば、オランダ語、ドイツ語、フランス語では、刑法 (strafrecht, Strafrecht, droit penal) というように、言葉自体に現れている。これは抑圧モデルとも言われる。しかし刑罰は法律違反に対する必然的反応というわけではない。刑罰というのは苦痛の賦課であり、「威嚇 (deterrent)」という言葉は「テロ (terror)」と同語源から来ている。人は抑圧と恐怖によって規律される社会で生活したいのだろうか。

犯罪者は処罰されるべきだという考えは、非常に大きな問題をはらんでいる。この考えは、刑罰は効果的でもあるし、倫理的でもあるという前提に立っているが、この二つの前提ともに疑問がある。行為は処罰すべきと考えるのではなく、ラテン語の「*crimen*」を語源とする「犯罪である（*criminal*）」、非難されるべきもの（*fault or accusation*）と考える方がよい。それは又損害を惹起する行為でもある。刑罰とのつながりを取り除くにせよ、社会が受け容れがたい、損害を与える主たる方法を宣言する法律は必要である。刑罰の有用性を否定することは、犯罪に対する反応が無くなることを意味しない。しかしこの場合「制裁（*sanction*）」とか「処分（*measure*）」といった比較的中立的な言葉を用いた方がよい。

修復的正義は問題解決の手法を採る。つまり、個人あるいは生活共同体が損害を蒙るのであり、事件の影響を蒙った者の最善の利益という点で、その最善の解決方法はなにかが重要である。この問題は、できるだけ、被害者その他の損害を受けた者、損害を惹起した者によって解決されるべきである。「調停」（被害者にとって重用なのは賠償としての金銭を受け取ることよりも調停の過程である）とか「相談会」がこの解決方法なのである。⁽²⁰⁾

M・ライトは、犯罪に対する修復的反応は状況ごとに異なると論ずる。犯罪が見知らぬ者によって犯され、まだ捕まっていない場合には、犯罪の結果を修復するために、被害者援助、国の金銭補償による修復的正義の実現が図られる。しかしこの場合、犯罪者が関与していないので、完全に修復的であるとはいえない。

犯罪が見知らぬ者によって犯され、被疑者が捕まった場合には、被害者の必要事が優先される。ここでは、「調停」とか「相談会」といった方法が考えられる。被害者にとって重要なのは、最終的に賠償を得ることではなく、犯罪の攻撃対象となった理由等を知るという過程そのものである。

調停の実施が不可能であるとか、調停がうまくいかない場合には、事案は裁判所に移される。この場合でも、被害

者の苦しみを知らるための「被害者認識 (victim awareness)」が「調停」に代わりうるし、社会奉仕活動の形で「なにかを戻す」ことができる。裁判所の科する制裁は、賠償とか社会奉仕活動のような修復的なものであることが期待される。⁽³⁶⁾

M・ライトによると、修復的システムへの統合という点で見ると、犯罪を四つの範疇、つまり、軽微犯罪、それほど重くない犯罪、かなり重い犯罪、非常に重い犯罪に分けるのが便宜である。軽微犯罪の場合には、どの手続き段階であれ、ダイヴァージョンの扱いがなされる。「注意」がなされるとしても、再犯には処罰という脅かしではなく、犯罪の惹起した損害に重点がおかれるべきである。それほど重くない犯罪では、被疑者が犯罪の自認をしており、調停や相談会に適する事案の場合、裁判所の介入を必要しない(無制裁)。かなり重い犯罪では、裁判所による事実認定は必要となるが、裁判所は、事案を相談会に移送し、犯罪者のための「行動計画」を決めさせることができる。最終的には、裁判所がこの決定を確認するが、その際、変更を加えることができる、但し、犯罪者、被害者に変更理由を告げなければならない(修復的制裁)。非常に重い犯罪では、裁判所の事実認定が必要であり、修復的正義が一層知られ、受け容れられるまでの間、制裁は依然として応報を基礎として下されることになるが、将来の目的はこれらの制裁も修復に基づくべきというところにある。さらに加えて、裁判所は、必要なら、運転免許停止、行動制限、職業資格剥奪といった自由の制限を科することができる。但し、自由の剥奪(拘禁)は公衆の保護のための最後の手段であって、必要最小限度に止められるべきである。それは保護拘禁(protective custody)であって、懲罰的拘禁(punitive custody)ではない。被拘禁者も修復の機会を与えられるべきである。⁽³⁷⁾

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（J・デイグナン）

J・デイグナンによると、結果ではなく、手続きに基礎を置いて、被害者、犯罪者の自発的意思を重視する修復的正義の定義は、その適用範囲を不当に狭めるのみならず、その目指すべき修復的結果も明確にしないと論難する。

さらに、修復的正義の実践において、被害者―犯罪者和解に代表される民事法指向と家族相談会に代表される共同体主義指向があるが、いずれも極端に走ると問題が生ずると指摘される。前者では、犯罪の「公的要素」が無視されると、犯罪と民事不法行為の違いが無くなってしまふ恐れがあるし、後者では、生活共同体の犯罪者に対する懲罰的態度が反映されかねないからである。

J・デイグナンは、修復的司法を現行刑事司法システムの外において、両システムを並立させる「分離主義」に反対する。分離主義は、修復的正義の初期発展段階ではそれなりの意味があったが、今日それは維持できない。分離主義を貫徹させると、第一に、修復的正義の適用範囲が実際上著しく狭められること、第二に、犯罪者は「二重処罰」の気持ちを持つこと、第三に、修復的正義が、刑事司法の縁にとどまることになるからである。⁽³³⁾

そこで、修復的正義を形式にとらわれない合意決定手続きよりも広く理解するべきであり、しかも「通常の」刑事司法システムの体系的な、完全に統合された部分として理解するべきだということになる。さもないければ、これが現行の刑事司法システムに吸収合併されてしまふ。このモデルは少年にも成人にも適用される。J・デイグナンは、四段階から成るピラミッド型の犯罪対応モデルを提案する。

第一段階…大多数の犯罪に対する標準的対応は形式にとらわれない修復的手続き（被害者―犯罪者調停、修復的相談会等）に依るべきである。補償の合意が成立し、履行され、両当事者がそのことに満足すれば、そして犯罪者に類似の犯罪歴がなく、その他の「公的要素」も見られないとき、訴追は許されない。この段階でも、司法機関による「監

視」は必要である。合理的水準の補償（過剰な補償の防止）の確保、公的要素の存否の確認が不可欠だからである。

第二段階…被疑者が犯行を否認しているとか、被害者が話し合いに乗らないために、補償に関する合意が成立しないとか、犯罪者が合意した補償を履行しない場合、裁判所の関与が必要となる。但し裁判所は「修復命令 (restoration order)」(被害者に対する損害賠償や現状回復、社会奉仕) を発する権限しか持たない。

第三段階…いっそう重大な犯罪では、犯罪の公益側面が重視され、刑罰を科することが必要となる。これには、犯罪者がしつかりした理由もなく適切な補償をすることを拒否し、過去にも犯罪を繰り返していたが、補償はしていない場合も含まれる。犯罪者は、他の法遵守市民の権利への潜在的脅威であるから、結果の最終決定に当たっては、これらの者の利益が考慮されなければならない。それでも、「権利に基礎をおく」手法は「私的要素」をも考慮するから、この段階でも、形式にとらわれない紛争解決が可能である。こういった交渉結果は裁判所が修復的刑罰 (restorative punishment) を科するときに、その種類、程度に反映されるべきである。犯罪者に補償の意思があることは、犯罪者が間違ったことをしでかしたことを認めたこと、将来、他人の権利を尊重することを表しているからである。「修復的正義が、今日の抑圧的手法に対抗するために、もっと建設的な対案を供すべきならば、できる限り、如何なる種類の刑罰であっても、修復的結果を追求する上で修復的正義の原理が適用されるように、現行の刑罰は改められる必要がある。」。修復的正義の実現の妨げとなる拘禁刑を科することは許されない。例えば、罰金は「補償基金」に払い込まれ、犯罪者がこの基金から被害者への賠償のために借り出す。犯罪者は後日相当な利息を付けて基金に返却する。社会奉仕は、その抑圧的要素を取り払われた形で、犯罪者の技能に合わせた構成が可能である。

第四段階…他人の自由、健康の脅威となる犯罪者には拘禁、無害化 (incapacitation) が必要となる。しかし拘禁と修復的正義が両立することはほとんどないので、拘禁は人々の人身の安全に重大且つ継続的脅威をもたらす者に厳格

に限定される。但しこの場合でも、犯罪者には、有償労働の機会が与えられ、その被害者への賠償が促進されうるし、そうされるべきである。又、適切な場合には、拘禁中の被害者―犯罪者調停も可能である。拘禁施設では、刑務官と受刑者の間の建設的、相互尊敬の關係の構築が必要であり、そうして初めて受刑者の態度変容、行動変容も期待できる。⁽²⁶⁵⁾

J・デイグナンのいう刑罰は、L・ヴァルグラヴェのいう修復的制裁に相当するといつて良いだろう。⁽²⁶⁶⁾ J・デイグナン刑罰体系の主要目的を、犯罪によって引き起こされた損害の補償、被害者、犯罪者及び生活共同体のための修復の促進に見ているからである。

注

- (235) R. T. Shenk, H. Zehr, *Restorative Justice and Substance Abuse*, Youth & Society, Vol. 33 No. 2 (2001), pp. 314ff.; H. Zehr, *The Little Book of Restorative Justice*, 2002, pp. 58f. 修復的正義(司法)の理論家でもあり実践家でもあるH・ゼーアはもともと応報的正義(司法)から修復的正義(司法)への「レンズ交換」を主張していたのである(第四章第五節参照)。その思考の枠組みは基本的にはG・H・ミードの理論に則っているといえよう。G・H・ミードは、犯罪への二つの対応方法を対照した。その一は、犯罪者を「敵」と見る態度であり、これは応報、抑圧、排除に繋がる。その二は、当時、発展途上にあった少年裁判所に見られたのであるが、「建設的態度」であり、これは、社会的、個人的崩壊の原因を理解し、欠陥のある状況を改善し、刑罰で責任をとるのではなく、将来に向けた責任のとり方に繋がる。G. H. Mead, *The Psychology of Punitive Justice*, *The American Journal of Sociology*, Vol. 23 No. 5 (1918), pp. 577ff.
- (236) C. G. Brunk, *Restorative Justice and the Philosophical Theories of Criminal Punishment*, in: L. Hadley (ed.), *The Spiritual Roots of Restorative Justice*, 2001, pp. 31ff., pp. 38f.
- (237) P. McCold, *Toward a Holistic Vision of Restorative Justice: A Reply to the Maximalist Model*, *Contemporary Justice Review*, Vol. 3, No. 4 (2000), pp. 357ff.

P・マッコウルドに依ると、懲罰的方法は一八世紀中葉の古典派犯罪学（C・ベッカリア、J・ベンサム）に遡る。J・ベンサムは行動を快苦原則で説明し、刑罰を威嚇の手段とした。J・ベンサムもC・ベッカリアも罪刑は均衡しなければならないこと、犯罪を法律用語で定義し、自由意思を重視し、刑罰が市民社会を規制するための必要悪であることを説いた。しかし今日に至るまで、厳しい刑罰の再犯予防効果を実証する調査結果は殆ど存在しない。

許容的方法をとる犯罪の実証学派は、犯罪の法的定義を拒否し、心理学的実在としての行為に焦点を合わせ、決定論を重視し、刑罰は犯罪者の科学的処遇によって置き換えられるべきこと、不正行為の原因を治療することで社会を保護することを説いた。実証主義者は社会システムが不完全であること、あるいは個人の病理を非難したのである。いずれにせよ、実証主義者は犯罪者の個人責任を免れさせ、犯罪を予防、治療するための能動的な社会プログラムを要求した。しかし今日に至るまで、カウンセリングや「医学モデル」に立脚した処遇の再犯予防効果を実証する調査結果は殆ど存在しない。

何もしないという無視の方法は犯罪に対する最もありふれた社会的対応であるが、犯罪への対応を専ら国に委ねることによって、二重の無視的対応がとられている。犯罪は国の機関の独占事項とされ、さらに、国の機関は犯罪者に刑罰を科することでの責任を果たしたことになる。戦略として無視の方法を採用した場合の再犯予防効果についての調査結果は殆ど存在しない。しかし等しく非行を犯しても、逮捕を免れた少年の方が、逮捕された少年よりも良い長期的な結果があったのと実証的調査研究がある。

- (238) T. Wachtel, P. McCold, *Restorative Justice in Everyday Life*, in: H. Strang, J. Braithwaite (ed.), *Restorative justice and Civil Society*, 2001, pp. 114ff.; P. McCold, T. Wachtel, In Pursuit of Paradigm: a Theory of Restorative Justice, Paper presented at the XIII World Congress of Criminology, 2003.

- (239) G. Bazemore, L. Walgrave, *Restorative juvenile justice: In search of fundamentals and an outline for systemic reform*, in: G. Bazemore, L. Walgrave (ed.), *Restorative juvenile justice: Repairing the harm of youth crime*, 1999, p. 48.

- (240) T. F. Marshall, *Restorative Justice: an Overview* (Home Office Research, Development and Statistics Directorate, London), 1999, p. 5.

- (241) P. McCold, (fn. 237), p. 379.

- (242) P. McCold, (fn. 237), p. 389.

- (243) G. Bazemore, L. Walgrave, (fn. 239), p. 52.

- (244) P. McCold, (fn. 237), p. 382.

- (245) G. Bazemore, L. Walgrave, (fn. 239), p. 48.
 - (246) P. McCold, (fn. 237), p. 385.
 - (247) P. McCold, (fn. 237), pp. 384f.
 - (248) J. Braithwaite, P. Pettit, Republicanism and Restorative justice: An Explanatory and Normative Connection, in: H. Strang, J. Braithwaite (ed.), *Restorative Justice Philosophy to practice*, 2002, pp. 145ff.; the same, *Restorative justice and a Better Future*, in: E. McLaughlin, R. Fergusson, G. Hughes and L. Westmarland, *Restorative Justice Critical Issues*, 2003, pp. 54ff., pp. 61f.
 - (249) J. Braithwaite, D. Roche, Responsibility and Restorative Justice, in: G. Bazemore, M. Schiff (ed.), *Restorative Community Justice*, 2001, pp. 63ff.
 - (250) J. Braithwaite, In search of restorative jurisprudence, in: L. Walgrave (ed.), *Restorative Justice and the Law*, 2001, pp. 150ff., pp. 158f.
 - (251) J. Brithwaite, (fn. 250), p. 166.
 - (252) L. Walgrave, *Restorative justice and the law: socio-ethical and juridical foundations for a systemic approach*, in: L. Walgrave (ed.), (fn. 250), pp. 191ff., p. 192.
 - (253) L. Walgrave, *On Restoration and Punishment. Favourable Similarities and Fortunate Differences*, in: G. Maxwell, A. Morris (ed.), *Restoring Justice for Juveniles*, 2001, pp. 17ff.
 - (254) L. Walgrave, (fn. 253), p. 19.
 - (255) L. Walgrave, (fn. 253), pp. 22f.
- J・ヴィルムゼンスに依ると、L・ヴァルグラヴェと同様に、刑罰とは次の条件を満たす行為をいう。
1. 少なくとも二人の者が関与している、つまり処罰者と被処罰者。
 2. 処罰者は被処罰者に一定の害又は望まれない処遇を意図的に行う。
 3. 処罰者は、規則又は法体系の下で、被処罰者に害を加える権限が付与されている。
 4. 被処罰者は、自分が服する規則又は法によって禁止されていることをしなかったことを、権限ある者によって判断される。

5. 行為が刑罰と考えられるか否かは、処罰者が刑罰であると考えらることに係るのであって、被処罰者の見解に依るのではない。刑罰は、一方通行のコミュニケーション、つまり被処罰者の意思に反して、法によって権限を与えられた者によって科せられる。

J. Willemsens, *Restorative justice: a discussion of punishment*, in: L. Walgrave (ed.), *Repositioning Restorative Justice*, 2003, pp. 24ff.

(256) L. Walgrave, (fn. 253), pp. 24ff.

(257) L. Walgrave, (fn. 253), p. 23. A・レモネも「最大限モデル」を支持するが、修復的正義は、刑事・社会政策という広い視野から位置づけられるべきであり、そうすると、例えば、死刑は廃止されるべきことになることをM・レイデリット、M・ボーク論文を引用して論ずる。「国が、殺人行為者とその被害者家族の間の修復的正義を促進することに本当に関心があるなら、――筆者はそうあつてしかるべきと思うのだが――最初の一步は死刑を廃して、死刑が殺人被害者家族を癒す効果があるとの誤った考えを促進するようなことは止めることである。そのそもその性質からして、死刑は赦しとは関係がないし、……共通の立場も和解も見つけられない。それに代わって、死刑は全く正反対のことをする、つまり、応報、憎しみ及び犯罪者の人間性の否定。」A. Lemonne, *Alternative conflict resolution and restorative justice: a discussion*, in: L. Walgrave (ed.), (fn. 255), pp. 43ff., p. 57; M. Radelet, M. Borg, *Comment on Umbreit and Vos. Retributive versus Restorative Justice*, *Homicide Studies*, Vol. 4, no. 4 (2000), pp. 88ff.

なお、「最大限モデル」と「純粋モデル」を比較検討したものに、高橋則夫「修復的司法のパラダイム――2つのモデル論争を素材に――」(安形静男他編(注39)所収)参照。

(258) P. McCold, (fn. 237), pp. 392ff.

(259) J. Willemsens, (fn. 255), pp. 30f.

(260) M. Wright, *The Rights and Needs of Victims in the Criminal Justice Process*, in: H. Kaptein, M. Malsch (ed.), *Crime, Victims and Justice*, 2004, pp. 141ff.

(261) M. Wright, (fn. 260), pp. 145ff.

(262) M. Wright, (fn. 260), pp. 149f.; the same, *Is it time to question the concept of punishment?*, in: L. Walgrave, (fn. 21), pp. 3ff., p. 11, p. 18.

(263) その代表的定義はTFマールシャルのそれである。「特定の犯罪に利害関係を持つ者に、どのように犯罪の結果、その将来の意味を処理するかを集団で解決することによって、正義の実現を可能にする手続き」。T. F. Marshall, (fn. 240).

J・デイグナンに依る(J. Dignann, Towards a Systemic Model of Restorative Justice: Reflections on the Concept, its Context and the Need for Clear Constraints, in: A. von Hirsch, J. v. Roberts and A. Bottoms (ed.), Restorative Justice and Criminal Justice, 2003, pp. 135ff., p. 136) J・ブレイスウェイトも決定手続きを中心に据えた修復的正義の定義を採用している。すなわち、その共和主義視座から、修復的結果は、財産損失、傷害、安全感、尊厳、力のついた感覚、討議的民主主義、調和——正義が実現したという感覚に基づく——及び社会的支援の修復を含む。しかし特定の状況における修復手段は、利害関係者、つまり犯罪の影響を蒙った被害者、犯罪者及び生活共同体の協議によって決定される。換言すると、修復の結果は、専ら、そこに至る修復的手続きとの関係で定義される。J. Braithwaite, Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts, in: M. Tonry (ed.), Crime and Justice: A Review of Research, vol 25, pp. 1ff., p. 6.

(264) J. Dignann, Restorative justice and the law: the case for an integrated, systemic approach, in: L. Walgrave (ed.), (fn. 250), pp. 168ff., pp. 171ff.

(265) J. Dignann, (fn. 264), pp. 180ff.; the same, (fn. 263), p. 146ff.

(266) J. Dignann, (fn. 264), p. 170; the same, (fn. 263), p. 139. 伝統的刑事司法における刑罰が意図的に苦痛を賦課するから懲罰的であるのに対し、修復的正義における強制的介入手段は意図的に苦痛を賦課するものではないから懲罰的でないとの考えは、J・デイグナンに依ると人を誤導するものである。意図の概念の中に混同されている二つの異なった要素を区別するべきである。その一はなにかをする動機(意図した目的)、その二は当該行為が計画的に実行されるという事実を意味する(意志)。これは用語法上の問題にとどまらない。修復的正義の強制的介入手段が刑罰であることを否定するなら、これを科するための道徳的正当化が不要になるし、その範囲・程度の限界を明確にする必要性もなくなる。「動機」による区別は適切でない。過去においても、社会復帰処遇は、全く慈善的意図で科せられたのであるから、懲罰的手段と同じ規範的制限に服しないというような議論がなされた。しかしこういった議論は、犯罪者を保護する観点から、正当にも否定されたのである。如何なる苦痛、不快であれ、それが計画的に科せられる場合には、その動機、その名称がなんであれ(刑罰、治療、修復的正義の制裁)、それを科せられる者の自由を減少させるのであるから、道徳的正当化と規範的限定を要する。

(つづく)