

「被害者のための修復的制度としての刑事上のミディエーション (CRIMINAL MEDIATION) …すべての事案におけるものか、そしてすべての被害者のためのものか？」

シルヴィア・バローナー・ヴィラール
(ヴァレンシア大学)

岡本洋一 訳

(熊本大学大学院法曹養成研究科)

【はじめに】

1、この翻訳は表題にあるように、ヴァレンシア大学教授であるシルヴィア・バローナー・ヴィラール教授（以下、「ヴィラール教授」）の CRIMINAL MEDIATION AS A RESTORATIVE INSTRUMENT FOR VICTIMS: IN ALL CASES AND FOR ALL VICTIMS? の全訳である（以下、「本論」）。

ヴィラール教授は、現在ヴァレンシア大学の教授である（シルヴィア・バローナー・ヴィラール（河野憲一郎訳）「代替的紛争解決制度（ADR）の法的分類と訴訟法の発展への影響」小樽商科大学人文研究一二五号（二〇一三年）七一頁以下【訳者前注】参照）。

2、本論「1」において、ヴィラール教授は、まず国家刑罰権におけるミディエーションの位置づけから始める。すなわち、教授は、文明化ともなう近代国家における刑罰権の確立を評価しつつも、二〇一〇年の時代の変化に応じて、予防的アプローチを越えた、（犯罪者と被害者の）再社会化そして修復的アプローチのために、被害者を、その権利・名誉を保護しつつ、公共の場において可視化（visibility）するためのものとしてミディエーションを刑事手続の中に位置づける。ここで教授は、ミディエーションを紛争解決や被害賠償の万能薬としては捉えず、むしろ、近代国家成立以降、国家が独占してきた刑罰権ないし裁判手続を補完するもの（complement）と考える。その際に時代

背景として加味するのは、グローバルリズムによるヨーロッパ各国での法の越境化、平準化 (approximation) としてオーストラリア、ニュージーランドなどの共同体的、伝統的な法制度・法文化である。「2. 1」では、ミディエーションで考慮すべき要素として以下の七点を挙げる。すなわち、1) 市民の法的保護のための様式、2) 当事者の自律性 (liberty) ないし自由意思による基礎づけ、3) ミディエーションが、厳格な形式性が求められる訴訟過程 (a proceeding) ではなく、被疑者・被告人の防御権・黙秘権を保障しつつ、問題解決のための柔軟性が許される訴訟手続 (a procedure) であること、4) ミディエーションは、既存の司法制度を否定するものではなく、むしろ補完するものであること、5) 三者間の仲介 (the tripartite intervention) に基くものであること、6) 裁判官に対してすらも秘匿性は守られるべきであること、そして7) 無料といった各原則に基礎づけられること、である。「2. 2」では、スペイン法的秩序へのミディエーションの組み込みが展開される。その第一段階で議論すべきこととして、ミディエーションの対象、その基本原理、客観ないし主観要素、手続そしてその帰結を挙げる。第二段階で議論すべきこととしては、刑罰と損害賠償との関係、賠償の実現方法などを挙げる。そして第三段階で議論すべきこととして、捜査、告訴/起訴ないし公判、判決そして処遇という刑事手続の各段階におけるミディエーションの可能性をさぐる (3. 2. 1 ないし 3 でも再論)。「3」も、刑事手

続の各段階でのミディエーションの可能性と、たとえば、性犯罪のような犯罪の性質に応じた直接的または間接的なミディエーションについて論じられる。これは、「4」でも扱われ、表題のように、テロリズム犯罪、再犯者、障碍を持つ人たちなどのミディエーション参加の可能性を模索し、論を閉じる。

3、翻訳による比較法研究においては、外国法の概念と、日本法の文脈における概念の異同が常に問題となりうる。たとえば、本論の題名に示され、本論の中心概念である「ミディエーション (MEDIATION)」の訳語である。小山貞夫編著『英米法律語辞典』(研究社、二〇一一年) 六九六頁によれば、「(中立的第三者による) 調停、介入、斡旋、仲介、取次ぎ、和解」と訳される。訳者は、河野憲一郎准教授の助言を採り入れ、中立的な第三者が調停または介入するすべての過程を意味すると捉え、「ミディエーション」と訳した。

4、そもそも、刑事法学の分野においては、修復的司法といった概念や理念の紹介は多くなされているものの、その具体的・現実的な実現方法である「ミディエーション」についての論考はまだまだ少ないのが現状である。たとえば、国立情報学研究所 (NII) の論文検索システム・学術情報ナビゲータ「サイニー」(<http://ci.nii.ac.jp/>) で「ミディエーション」と検索する(以下、すべて二〇一六年七月二七日現在)。その結果、刑事法と関連するものには、宮下節子「被害者加害者間のミディエーション」アメリカの現状とわが国での導入の可能性(特集 家

「庭裁判所の接点」―（社会との接点）「家裁調査官研究展望三〇号（二〇〇二年）五五〜六二頁だけがある。また、同じく「刑法 和解」で検索すると、日本刑法学会第七六回大会ワークショップを記録した「刑事和解と損害回復」刑法雑誌三八巻二号（一九九九年）二八二〜二八六頁だけがある。また、そもそも、スペイン刑法そのものを紹介するものが少ない。たとえば、一九九五年のスペイン刑法改正の全体を紹介したものと、フランススコ・ムニョス・コンデ（斉藤誠二監訳）「スペイン刑法の改正」比較法雑誌三〇巻二号（一九九六年）三三頁、森下忠「スペインの一九九五年新刑法典（上）（下）」判例時報一五八四号（一九九七年）三七頁がある。なお、本論のヴィラー教授もそうであるが、これらの翻訳者も、ドイツ刑法との密接な関連がうかがえる。そこで、「サイニー」で、「（ドイツ）刑法 ミディアーション」（ドイツ）刑法 仲裁」「（ドイツ）刑法 調停」と検索しても、一つの論文も存在しない。ただし、「ドイツ刑法 和解」では、土井和重「ドイツ刑法四六条 a における「行為者と被害者の和解」と「物的損害賠償」について」、刑法における損害回復のあり方に関する一考察」法学研究論集三五号（二〇一一年）六五〜八六頁がある。また翻訳として、Dunkel Frider (高橋則夫訳)「ドイツにおける行為者・被害者の和解についての経験―刑法における新たな反作用―比較法二八号（一九九〇年）二二五〜二五〇頁もある。また、関連するものとして、土井和重「刑法への損害回復導入を巡る国際的潮

流と我が国の損害賠償命令制度」法学研究論集四〇号（二〇一三年）一〜二二頁以下、とくに三頁以下でアメリカ、ニュージーランド、フランス、ドイツなどの各制度とその背景の刑罰思想についての言及がある。

以上、関連する文献もまだまだ少ないなか、本論を翻訳する意義は十分にあると考える。なお、本論翻訳へのお誘いから、ヴィラー教授との仲介そして訳語についてのご助言まで、本学大学院法曹養成研究科・河野憲一郎准教授には、大変ご多忙な中、さまざまな労を取っていただいた。ここに深く謝意を示したい。

【翻訳】

1、被害者―メディアーション―修復的司法 (restorative justice)：3つの不可分な構成要素。被害者可視化 (victim visibility) のための制度としてのメディアーション

法的保護を提供し、被害者、特にある種の被害者を語るつもりであるかぎり、刑事制度全体において、被害者が不可視であること (invisibility) に取り組んだ被害者たち、という良く知られていない過去を想いだすことは当然のことである。社会は、刑事的な反応 (the criminal response) と、いう重荷を引き受けた。それは、かの社会的な保護措置という利害関心の中における国家 (The State) による被害者の権利の剥奪を通じて、である。私たちが、この一〇〇年間承認してきたことがある。そ

それは、社会が求めていたことーそれは文明化 (civilization) の獲得であったし、目には目を、歯には歯を、つまり同害報復の法 (lex talionis) の終幕であった。それは、最善の解決であった。たとえ、かの状況へのこれらの反応の結果が、社会的な反応の典型である失望感、幻滅そして機能不全のために、被害者が刑事的な反応と、かの反応の修正により大きく積極的役割へと進歩を促してきたとしても、である。別の言葉でいえば、予防的アプローチを超えていくこと、そして再社会化または修復的アプローチに組み込むこと (to incorporate)、である。この世界は、可能性という大きな領域が開いている。その可能性は、過去の名宛人 (previously addressed)、またはその特殊な人物の意見 (予防、社会・再社会化、被告人・賠償、被害者) だけで考えられるべきものではない。それどころか、これらはすべて、共にあることを当然とすべきである。すなわち、これらと共に社会が、刑事制裁の運営に直面する中において可能であるし、担うことができるのだと。被害者の可視化を達成することへの進展を当然とした国内外において、拒むことのできない歩みが踏み出されてきた。

そしてそのような進展は、必然的に、刑事的なメディアエーションをふくむものでなければならず、それは最近一〇年以來、広い視野を獲得してきた。それは以下のような制度である。すなわち、訴訟過程 (proceeding) 以外のチャンネル、そして裁判とは別の第三審級 (a third party) を通じた社会的平穩に対す

る研究における、いくつかの事例といくらかの主体による関与を求める制度である。..そして合意に至るときには、被害者と加害者 (victimizer) にとって重要な役割をもつ制度である。いずれにしても、正式手続のもの (the procedural one) とは異なるモデルであるにもかかわらず、もし、それが刑事過程と結びつけられるならば、少なくとも私たちの国 (country) と現在に至るまでは、理解できることではある。

ほとんどの国々でその導入がなされてきたことには、多くの理由がある。いくつかの場合においては、法的なモデルに含意された文化的な対話により支えられている。..他方では、国家でさえも、かのすべての関係者 (all those involved) のための効率的な対応を提供するという理由によるものである。たとえ、そうだとしても、次のことは否定できない。すなわち、事前ー被害 (pre-victim) 運動が、最近一〇年で、制裁的な制度においては、ほとんど忘れられてきたそれらを、被害予防のために避けられない必要性を考慮してきたことは否定できない。..すなわち、被害者たちは、メディアエーションのような支援体制をなすことにより、もし、被害者たちと、私たちが提案するような、複数そして雑多なものである修復に満足できるのであるならば、刑事司法モデルにおいて「存在すること (being)」、留まること (staying)」、そして活動することの可能性が提供されることであろう。

このような文脈におけるメディアエーションとは、パズルの更

なるピースである。それは、紛争解決のための万能薬でもなければ、被害のありうる賠償の万能薬でもなく、犯罪者かもしれない者 (possible criminals) の社会復帰 (rehabilitation) の万能薬でもない。メディエーションとは、刑事司法制度が意味すべきものの更なる要素なのである。私たちを、自分たちの国内的なモデルではなく、むしろまったく反対のものに導くという主張は、おそらく、あらゆる刑事的な司法上の手続制度に当てはまることなる。その手続制度は、公共の保護のための法的制度として、今や確立したものでさえあるのだが。

民主主義諸国家における刑事司法上のモデルとのますますの平準化 (approximation) も、刑事上のメディエーションのための更なるインセンティブ「動機」を与えてきた。それゆえに、刑事事件における国家の排他的な主権を維持する側にあつてさえ、今日、公共の保護のための法的意味の創造の中において異なる法制度の平準化に向かう運動を観察することは、とても意義深いことである。いわゆる立法の「調和化 (Harmonization)」、を超えて、立法の「均質化 (Homogenization)」、がますます促進されている。とはいえ、均質化は、自己同一性 (identity) という規準によって理解すべきではなく、問題となっている本質的な原理との関係において理解すべきものである。疑う余地がないのは、その平準化に至るための連携への方向の傾向をますます強めているということである。公共の保護は今日、限界を知らないし、そして国家間の協力は、国としての国家司法の

モデルの近似化の継続をより円滑なものとしている。このような平準化が、私的、市民的、商業的そして営利的な性質の問題においては、より単純化するのには正当ではある。そうだとすると、このことが、犯罪性と非行性 (delinquency) に対する闘争のような、現行法 (legal setting) への拡張を妨げているわけではない。このすべてのことに付加されるべきなのは、国際的な条約 (treaty) と協定 (convention) の役割であり、並はずれた労力は、欧州連合そして最も弱い者たちの保護を擁護する理論上の運動の並はずれた影響力により引き起こされた。それゆえに、二〇世紀前半は、おそらく以下のような時期であつたと言ふことができよう。すなわち、ここでは起訴された―被告人は客体ではなく、人格 (person) として考慮する必要ゆえに、訴訟過程においては受動的な主体の権利を擁護された時期であつた、と。二〇世紀後半においては、刑事司法制度において被害者を可視化するための絶えざる奮闘が始まつた。

これら被害者の支援における運動は、特殊な社会的、政治的、経済的そして法的な文脈の中を横断している。理解することには難しいが、しかし直ちに理解することも難しいのは、これらの運動が他の運動と共に、人びとが、社会、国家、グローバルゼーション、国際安全保障、グローバルセキュリティ、刑事法の拡大そして敵刑法 (the Criminal Law of the enemy) などについて語り、支持してきたことと関係がある。また、それほどではないにしても、いくらかの広がり、被害者に対する

無言の尊重 (silent respect) を支持することである。これまでは、国家または社会—そこに存在する者—の被害者ではなく、個々人の被害者の経験上の範囲において理解されていた。被害者の人びとは、忘れられし者たち (forgotten ones) とされ続けてきた。それゆえに、ここ数十年、運動は、刑事司法における被害者の役割とその可視化の要求をしてきたように見える。一方では、いわゆる被害—理論 (Victimology) の進展を忘れることのない、被害者学 (victimology) として、そこからの刑事法、刑事政策の観点そして手続法からの被害者保護をも含んだ新たな展望のための調査である。

一九七〇年代において、いくつかの国では他の国よりも押し進めていたことがあった。それは、国家が刑事手続から置き去りにしてきた被害者の「再発見」への運動の始まりである。要するに、被害者は、法的な真空の中で (in a legal vacuum) 生きていた。それが示唆していたのは、少なくとも、権利をとまなう人として考慮するという枠組みの中では、訴訟過程で主体たちがミデイエーションすることに関しては、手続上の配置が劣位であるという状況であった。被害者像の再発見と社会復帰への運動が、とくにアングロ—サクソン系の国々で起こっている。とはいえ、たとえ、そうだとしても、そのことが最も多くのヨーロッパへと広がったのは徐々にであり、刑事制度における被害者の立場と位置の変化を強く求めてきた思想の延長線上で始まっている。そのことは、とくに、被害者の不在から存在

への変遷における中核たる要素を再発見するものである。

被害者を可視化していくプロセスは長いものであり、そして現在でもそのような状況にある。それは、刑法と刑事訴訟法の分野における被害者の存在感がスペインの司法制度においても、我々の他の周りの国々より幾分か遅くとも、進展していることは疑いもないにもかかわらず、である。それゆえに、CANCIO MELLAが指摘したように³、そのことの脱周縁化 (demarginalisation) は、被害者の役割についての注目がある程度まで大きくなっていることを考慮することで、なされてきた。あるいは、このように言うこともできる。すなわち、この問題のために特殊に準備されたものではない理論的な状況のなかで待ちうけていた、と。

いずれにしても、いかなる方法においても、あるいは具体的な社会運動に反応するものの議論であっても、無意味なことは政策における特定の判断の結果と同じくらい、あらゆる刑事制度と刑事手続全体の原則と基礎にインパクトを与えることである。とはいえ、ある者は論じる。いわく、「刑事問題」における被害者は利害のあること、個々の被害が考慮されているとき、損害の回復が考慮されているかぎりにおいては、見過ごされはしないのだ、と。このことはいつも、さまざまな法的モデルで提示され続けてきた。単純すぎる意見は、刑事法の本質的な機能としての社会的制裁という古典的な着想と、被害者が何も得ることではできないものとして描く。それにもかかわらず、これ

は、多数派の、とくに被害者の研究者の間の意見ではない。それゆえに、ここ最近の一〇年記されてきたのは、被害者に関して、制度という文脈の中において被害者が積極的な存在なのか否か、被害者という存在に賛成なのか反対なのかという理論を位置づけることであった。労力は、主体と権利の重畳 (superposition) のためのかの潜在—被害者運動 (that pro-victim) の中でなされるべきことではない。しかし、それが「権利を」被害者に—訳者、以下同じ—譲渡する「ために犯罪者の権利を」制限すること」という問題でないかぎりで、これら既存のものと被害者の統合に代わるものである。

ありうる制度の間においては、被害者の権利がメディエーションに位置づけられる刑事上のモデルにおいて、被害者の権利を統合するための法的秩序を承認することは、まったくそのとおりである。刑事訴訟制度の更なる要素へと転換させるべきであるし、紛争の鎮静化 (pacification) のための交渉と調査への意思に鼓舞されるべきである。それと共に、モデルがもつばら反社会的な行動への刑事的な反応と社会的な反応をそれ以上変えないときは、異なる主體的な視点が想定されるし、そして被害者がそれと共に主人公であることも認める。しかし、メディエーションは、パズルのもう一つのピースである。それは、考慮すべき一つの要素以上のものである。それは、予防的、再社会的そして補償的な機能の統合とおなじく、被害者の回復をふくめた一連の措置を統合したものであり、被告人と社会とのそれら

の被害者たちの利害関心の統合である。それゆえに、他人をある程度凌駕する利害関心の問題ではなく、—どのような場合においても、最終的なもの—刑事上の反応を一般化するという問題である。それは、短い期間からの視点からではなく、能率と充足の長い期間の視野からの成果へといった積極的な評価へと導くものである。「互譲 (concession)」という文化は、明らかに、そのようなものをすべき(こと)として育まれてきた。これは、国家の処罰スル法 (ius puniendi) に作用したのであるうか。スペインの法的秩序においては、これらの互譲の可能性という明白な法的表現がある。それが意味するのは、制度への出口またはもう一つの選択肢と呼ばれているもので、いくつかのラテナーアメリカの規則 (orders) である。おそらく、それらは制度の一部ではあり、今も地位は確固たるものだが、古典的なモデルの一部ではないものが考察されるべきものではある。

同じように、その結論においては、被害者の中立化 (neutralization) における理論の深い意味を解明しようとする意図とは直ちに、TAMARIT SUMALLAの言葉にあるように、克服する自律学習、復讐心に満ちた本能の昇華と合理化、暴力の最小化、安全の民主化〔平等化 (democratization)〕そして加害者の人間的要素の否定の防止が存在するし、そしてそれゆえに加害者の権利、そして正当な手続、公平な裁判への権利、再社会化のためのできるかぎりの機会…が存在することである。そしてそのことは、どのようにして補償的哲学と回復的哲学に基づいて新たな着想

が現われるかであり、刑事司法の再機能という新たな流行 (mode) をどこに明示するか、である。もし、それが被害に認められた刑事的な反応への可能性とは異なるものであるとしても、おそらく引き起こされたであろう被害補償に対する責任は発生する。とはいえ、BRATHWAITEが述べたのは次のことであつた。すなわち、さらにもっと進めて、それが刑事司法制度の改革への貢献と言へることだけでなく、法的制度全体、私たちの生活様式 (life style)、私たちの職場での行動そして私たちの政治家の行動の方法の変換を意味するならば、異なる生活様式への変化となる、と。⁵この著者は、それゆえに、修復的司法法 (restorative justice) を、通常考えられてきたよりもっと野心的なものである知的かつ政治的な構想と見なしている。この著者は、彼が『予防的不正義 (preventive injustice)』と呼ぶものと対峙して行動する必要という発想と共に始めている。⁷

それにもかかわらず、ここに存在するのは、応報的正義そして賠償的正義または補償的正義が両者共に配分的正義 (distributive justice) の種概念 (specieis) であるという理論における考察である。両者共に、個々人の自律性という道徳的意味の手段を理解しやすいう方法における定評ある手段として一般的に提示される。このことは、私たちを、以下の考慮すべきことへと導く。すなわち、このような種概念を通じて存在している権利の配分は、おそらく可能なかぎり、事実が発生前に再分配されるのだ、⁸と。他者の一人による代理は、目的ではなく、応報的正義と補

償的正義という統合的な視点に到達するためにより効果的なものである。⁹このような方法においては、事実発生前に存在する権利配分の承認を含んでいる。それゆえに一層、その時には修復的司法を通じての否定的な法的帰結が、犯罪行動を犯した者に科されることになる。これは、奪われたものを取り戻すこと、良心の呵責の表現、被害の経済的賠償、しかし、すべての事案において、明らかに報復的效果をもつ帰結を構成しているのである。¹⁰ というのも、はっきり言えば、修復的司法とは、報復 (retribution) の形式なのであり、それゆえに、道徳的正当性の発見に不可欠なものとなるからである。それは、最大限二 (二) (extenso) 修復的司法の性質と強度の限界設定をする重大な法的改革の支配下に置くことと同じことである。¹¹

実際のところ、かの方法で刑事司法を改革することは、過去からの呼びかけ (call) 以外の何物でもない。それは、同じく刑事過程からの市民の乖離が、個々人の利害関心を公的利害についての配慮の下に置くことを示唆するし、そのような一世紀以上の方法において、両者の分離は、マスマス (a creacendo) 広まっていき、刑事法的または手続的な効果と並行して被害賠償を考慮することは想像できなくなっていく。二〇世紀においては、有罪判決の軽減の方法として、または訴訟過程開始の公訴棄却 (dismissal) のためのありうる理由としての賠償は、少なくとも慎重に導入されることで十分であつた。たとえ、それが実際における可能性が現実よりも理論的なものであつたとし

でも、である。とはいえ、時間の経過にしたがって、たしかな変化が取って代わるようになってきた。すなわち、それは、被害回復と被害の脱—中立化 (De-neutralization)、賠償の復活そして刑事政策における補償支援である。それゆえに、いまでは確固とした取り組みが存在しているのは、修復的司法の支援における理論と犯罪学上の動向においてである。それは、被害者と犯罪行為者との間、共同体と社会の間、さらに刑事法それ自体とその「再解釈」を、その様々な現われにおける修復的司法の組み込みという観点において、統合の理論的な尽力に対応するものである。正当ではないことがある。それは、ある著作者が明らかにしたように、犯罪を、もはや社会的攻撃ではなく、個人的な紛争以外の何物でもない、社会的利害の喪失を背景にした被害者の回復に委容させ、刑事法 (Penal Code) で賞罰される確かな事実と行使といった存在にさせることである。それゆえに、これが純粹弁証法 (a Platic dialogue) の特定の執筆者に気づかせることがある。それは、さらに、おそらく疑いもなく同意するのは、著しい道徳的メッセージであり、要するに、法と道徳を混同することである。もし宗教的な確信において修復的司法の特定のルーツを認めるのであれば (有罪、不信そして乖離のような概念を参考とすることであり、それらはおそらく回復の雰囲気の中にある意思疎通に覆われている)、いくつかの基盤がある。それゆえに、ユダヤ教、キリスト教として儒教思想とも結びつけられる。要するに、これは、以下のような

概念的な基盤であり、それは司法の更なる人道主義的な思想を主張することに表われる。この考えは、特定の共同体または少数派のグループに大いに受容されており、国家の制度に対するものである。国家の制度は、権力の押しつけが不当であり、それゆえに、古典的な刑事司法の適用の規準と結論が、これらの者たちに何の保証も提供しないことを教えるからである。修復的司法の構想は、そのようなグループと、とてもうまく機能している。とくに、ニュージーランドにおけるマオリ、カナダにおけるエスキモー、オーストラリアにおけるアボリジニ・コミュニティ、そしてアメリカ合衆国における少数民族グループの間においてである。十分な満足という結果になるのは、これらのものが、グループまたはコミュニティそのものの構成要素となっており、対話と合意を制度により大きな信頼性を与えようと努めているメカニズムへと転換させるからである。

他の文化と宗教的な構想に由来する平和主義な哲学と共に、否定できないことがある。それは、この立脚点を、ラベリング理論、刑事法の廃止または最小化の哲学、さらには最もラディカルな批判的犯罪学に見いだすことである。これらのことは、刑事司法の中の個人をより還元的ではない、より総合的な哲学へと導くことのできる刑事モデルへと確実な変化を必然的にもたらすことである。このような着想は、とはいえ、そんなに多くの両者 (社会と個人) の利害関係の存続と共になすべきことではなく、社会的利益の上に被害者の利害をより高く位置づ

けてなすべきことである。以下のことが考えられたのである。すなわち、社会的利益は、これまで強く守られてきたし、そして個人、市民、人びとは忘れられてきたのだ、と。とはいえず、最初の着想は、修復的司法とミディエーション過程の基本要素を擁護することは、抑圧的な法 (repressive law) として考えられてきた刑事法からの逃走以外の何ものでもないということであった。刑事的反応を、より攻撃的ではなく、より抑圧的ではなく、そしてより建設的なイデオロギーへと編入することは、後には刑事法の拡張の—消極的な—可能性と見られた。それゆえに、初めのうちは、刑事法の最小化主義者たちと廃止主義者たちが刑法的ミディエーションを好意的に高く評価したにもかかわらず、これらの制度が対話と平和の意味を意味し、それゆえに刑事的反応の最大化を促進したと見なしたときには、これらの者たちは、その立場を変えたのである。

これら修復的司法の宣言の採用は、コモン・ローの国々で高い程度に達した。大きな原動力が与えられたのは、一九七〇年代末のアメリカであり、それ以来、拡大は留まることなく、そして様々な国内と国際的な組織に対しても妨げられることもなかった。オーストラリア、カナダそしてニュージーランドにおけるいわゆる会合 (conferencing) またはサークルは、それゆえに、以下のことに言及されるべきである。すなわち、被害者と加害者双方のために建設的なものとなるであろう紛争への解決を提供するという利益と共に、とくにアボリジニの特殊な実

踐を融合するつもりである、と。¹⁶⁾ これらの経験は、コミュニティの多くの当事者を、手続的な様式において、(人びとの集まりである)被害者と加害者とを超えて、これらの特殊なグループと共同体の統合を提供し、そしてこれらの者を社会に統合することにより、組み入れようと努めていた。この構想は、様々なヨーロッパの主要国によって後追いされた。とくにこれらに属するのがコモン・ロー・モデルであり、さらに特殊なのがイングランドとウエルズであり、後には、ドイツ、フランス、ノルウェーそしてフィンランドにおいても、異なる対象と、それゆえに異なる結果になった。

要するに、確認されるべきことがある。すなわち、現実における修復的司法は、経験に基づく一連の構想の結果として、—少年非行 (juvenile delinquency) の世界の大半、そしてグループと共同体を巻き込んだ紛争では—既存の刑事司法の弱点と限界への対応とされたということである。これらの構想の目的は、まさに、これらが主体と制度において惹き起すであろう修復的な構想と積極的かつ消極的な効果の評価することであった。その理由に関して注視すべき、とても興味深いことがある。それは、遅かれ早かれ、すべての国での修復的司法の組み込みが、試験的な構想 (pilot-project) の帰結として生じているのであって、立法的な変革または従来の司法の帰結として生じているわけではないということである。しかし、そのすべてにおいて、被害者または被害者たち、そしてミディエーションは、本

来的に結びつけられている。それは、刑事「事件」での不可視な何者か、である。「他人」を、これらの主体に可視化することが必要となるところで、そして、介入するであろう種々の非対称な現実主体 (facts-subject) が在席する他の手続と同じく、そのような刑事手続の経路 (channel) を通じてなす必要があるところである。ミディエーションとは、市民、そしてとくに犯罪行為の被害者である市民の法的保護という枠組みの中で修復的司法を実現する制度なのである。

2、ミディエーションとは何か、そして、それをどのように組み込むか？

私たちは、ミディエーションとは何か、そして私たちの法的秩序に、どのような組み込むべきなのかを概説する立場にある。

2.1 それは、刑事法的な保護の意味、社会的領域の再挿入 (reinsertion)、再補償および再構築のための道筋、修復的司法の要素である²¹⁾。

ミディエーションとは、「彼ら彼女ら〔被害者と加害者〕の存在する刑事法上の紛争解決への関与についての潜在力を被害者と加害者とが自発的に承認するための、訴訟過程ではなく、裁判外の訴訟手続 (extrajudicial procedure) である。第三者、仲介者の介入により、これ〔ミディエーション〕は、犯罪のより早い状態と法的秩序への尊重とを再構築する。それは、被害者と加害者 (victimizer) による、そのような活動の承認に

対する満足を与えることと同じである。

それが紛争マネージメントの意味であり、対話と、国家を軽視する暴力である犯罪行為によって破壊された社会的領域の再構築を支援することを通じて制度化され、結論として、市民社会についての指導的な役割に立ち返るものである。すべてにおいて疑いのないことは、司法行政における信頼向上に導こうとするものである。その組み込みが示唆するのは、かつての「紛争」という考え、―被害者と加害者―という主役の配置に関わる主体という考えにも表われているというかぎりでは、刑事司法の古典的な概念の変化である。すなわち、それによって優先順位が与えられるのは、一般予防と報復を超えた被害回復と特別予防である。最終的には、国家自体が、犯罪行為に巻き込まれた主体のミディエーションと協力によって行為の訴追の一部を放棄する。裁判所がどのミディエーション、どこで適用されるミディエーションの結果を制御しようとか、何がミディエーションにより合意されるべきなのかについて刑事上の有効性を考えようとするか否かとしても、これは、刑事司法権 (criminal jurisdiction) の独占の原則に影響するものではないし、国家の刑罰権 (ius puniendi) を超えた独占権に影響するものでもない。

私たちが中立化されたミディエーションを承認する構成要素は、以下のとおりである。

1) ミディエーションとは、市民の法的保護のための様式で

ある。法的保護と共に、程度の差こそあれ司法の進展は、あるいは多少とも特殊な規則によって構築され、そして/または規定される保護的なミディエーションの利害関係の射程の中で進むべきである。多様性は、国家と地域の枠組みの中における変化は、とても大きい。しかし、ミディエーションは、これらの様式性の一つである。それゆえに、刑事事件の限界内でさえも、私たちはミディエーションを自由の実践における制度と考えるべきである。²⁾

2) ミディエーションは、それに従おうとする当事者の自律性ないし自由意思に基礎づけられている。これが意味するのは、当事者とは、刑事ミディエーション―被害者と加害者―を自由になす者たちであり、買収も、強要を意味しない。

このような注解は、たしかに、法を統御する官僚主義 (officialdom) の原則を承認することによって混乱を引き起こす。ミディエーションか否かの問いは、刑事過程、刑罰手続 (penal process) を回避するために、当事者のために選ばれる選択肢であるべきである。または、そのような判断が必要か否かについては、法秩序における刑事上の勧告の制御を想定する前の帰結であるべきである。それゆえに、それは、ある者を裁判官または検察官によるミディエーションに委ねるか否かは、問題におけるモデルと手続的な要素に応じて、判断されなければならない。あるいは、この手続に従うかどうか判断することによって、巻き込まれた同じ主体である可能性があるかどうか

が判断されなければならない。同じ法的秩序において独占的判斷が、ミディエーション手続の開始を考慮しつつ、フランスの例のように、検察官に与えられている。国家刑罰権の執行を特徴づける本質的な原理と、より首尾一貫して思えるのは、当事者たちが、刑事過程の監督者 (director) による仲介に委ねられることである。しかしながら、社会的領域に対する調査と制度における信頼という枠組みを受諾させられるかもしれない当事者主導の可能性を挫折させないためにも、仲介状態の可能性は、当事者の提案すらも、どちらかが是認されるかもしれないし、ミディエーション過程に進むかどうかの最終的な公式判断を代弁すべきである。

スペインの法秩序に採用されたのであろう一つのモデルは、この意味において、ドイツのものであり、それは以下のような原則で成り立っている。すなわち、検察官が、事件をミディエーションに委ねるか、反対に、刑事過程の起訴に是認するかのため、妥当性を判断すべきというものである。とはいえ、裁判所は、同じような方法で裁判所は、事案をミディエーションに委ねる決定もできるし、その上に正式な起訴という判断もできる。すなわち、公判前 (Pre-trial) の段階において (ドイツ刑事訴訟法一五三条 a 一項一号および五号 (art. 153a I and 5))、そしてドイツ少年裁判所法 (Penal Code of minors) 四五条二項および三項) である。裁判における審判を中断し、両当事者たちをミディエーションのために聴取し、勧告する (ドイツ刑事

訴訟法一五五条a) こともありうる。それゆえに、ドイツの規定は、そのすべてが可能である。すなわち、賠償は、起訴の要素である公共の利益と、その後の、予想できる刑事上の有罪判決を回避することができる。それゆえに、ドイツにおいては、メディエーションを選択せよという警察の命令は、さまざまに非難する者にもかかわらず、進展してきたのであろう。そして、もし、それが公式または非公式に当事者間で合意されたときに何が起こるのか。思想の可視化を否定しなければ、問題は、メディエーションを受け容れる合意をなすことができる価値に集中する。²⁶⁾それは、訴訟過程を続け、または反対に中断する決断をなすかの査定しようとする者を、検察官そして裁判官に対して受け容れるための論拠の裁判訴訟上の有効性を残しておくことである。

3) ミディエーションとは訴訟手続 (a procedure) であって、訴訟過程 (a proceeding) ではない。手続と過程は、ラテン語においては、(procedere) とされ、同じような語源を持つにもかかわらず、訴訟手続は、あらゆる法的活動において存在し、それは、前へと運ばれる公式の方法である。そして、訴訟過程は、それ以上の司法権上の機能が存在しない (スペイン憲法CE (Constitution España) 一一七条三項)、変更できない方法での判決を判断し、そして執行することの作用の運動についてだけ言及する。メディエーションの事案においては、それが当事者ヲ超エタ (supra partes) 雑種構成的な方法 (a heterocompositive way) における行為の

ような、司法上の機能に直面するものでもない。それは、自律共通構成的 (autocompositively) あるいは当事者ノ間ニ (intra partes) あるものである。裁判所が訴訟過程を通じて司法権上の機能を行うのとは違って、メディエーター (mediator) の判断が迫られるものではない。その代わりに、その者は、当事者を招集し、そして常に同一ではないその者たちの立場と利害を定義することの支援に努める。すなわち、果たされる職務は、中立性という地盤の上において、正式手続として当事者の信頼の上に獲得し、司法上の訴訟過程の正式の拘束なしに進む。このような訴訟手続は、メディエーターにより課せられる判断で終わるものではなく、書かれた合意書 (agreement) を通じて、確定判決 (res judicata) の効果を伴う判断形成についてのいかなる引用なしに、それが当事者間でその結論に到達されたものか否かを告知され、終わる。そのことは、もし、合意の取り決めの結論への疑問がますます高まり、それらのものが関連する刑事過程に組み込まれ起ころであるような法的帰結を与えるのであれば、行動の成果に法的効力を与える必要についての障害物ではない。訴訟過程へのこのような組み込みとその後の一致は、それに対応した訴訟上の有効性と共に、メディエーションの成果を司法上の判断の中に転換させようとすることである。

このように手続が柔軟で、まったく公式的なものではないことは、必要不可欠なことである。すなわち、それは、たとえば、時間枠の作成のような、保証に関わるような正式手続における

規則の記述を妨げるようなものではまったくない。同じように尊重すべきなのは、平等、反論、防禦のための基本的権利であり、無罪推定である。そのような方法において、これら形式ばらないこと (informality)、柔軟性として厳格でないということの性質が、公共にとって現実に効果的な保護のすべての様相におけるミディエーションにおいて、まさに当事者の仲介という本質的な原理に資する効果的な訴訟過程の方法と言わなければならない。⁽²⁷⁾ 保証は、それゆえに、Von Schlieffen⁽²⁸⁾が考察したように、存在すべきなのである。いわく、ミディエーションとは、古典的な刑事司法に対する回路、あるいは刑事上の過程と競合して始まる解決と考えられるべきものではなく、司法の本質 (essence) に等しく刻まれたものと考えられるべきものである。

4) それは刑事上の訴訟過程について補完するものである。ミディエーションを刑事司法モデルへと統合する必要については、理由があると思われる。その刑事司法モデルが意味するのは、求められるミディエーションモデルを定義するときには完全に任意なものではありえず、むしろ、どうしても、後の刑事過程を条件とせざるをえないということである。すなわち、未解決のものであり、すでに終結しているものであり、または、刑事の有罪判決の執行をとまなうものである。その結論においては、刑事ミディエーション正式手続の効率性は、刑事訴訟過程の発展を変化させることができるにもかかわらず、それを最小化にできるし、また一時停止することもできるし、そして訴

訟過程で刑事上の有罪判決の内容を変更する (こともできる)。しかし、それは、別の回路に対するものではなく、まったく別の裁判所の補完的な制度である。明らかにこの原理は、直接的には、他の公的な参加または制御のようなものと関連するかは、裁判所が検察官からの照会により、またはミディエーションで達した合意を超えたものか、または同じような司法権上によるものかどうにかかっている。

概して、もう一つのものによる一つのモデルの代替といった変化は存在しない。⁽²⁹⁾ とはいえ、両者の制度の、多少なりとも平和的な³⁰⁾ 広がりはある。応報的なモデルがより大きな存在感があるのは、とくにその組織化と発展の考察と共にあるときである。この場合において注意を払われなければならないのは、根本的な思考である。すなわち、被害者と加害者両者のことを査定しかつ熟慮することは、相互に受け容れるであろう。それゆえに、行為を犯すことに対する法的な結論の可能なかぎりの修正と変形は、直接的には、被害者が、道徳上または実質的に、修復的なメカニズムを通して得るであろう可能なかぎり利益と比例している。

それゆえに、ミディエーションは、犯罪への社会的反応のモデルにおける変化を含意するものであり、既存のモデルの否定を意味しない。まったく反対に、それが求めるのは、幾人かの論者が理論で呼んできた協力のモデルであり、再帰法 (reflexive law) の社会学的な概念の成果であり、両者の機能は、完全な

る親友として共に生き、ある回路または別の回路へと進むべく果たすべき諸規準を発見することに導くべきものである。その上、WALGRAVEが指摘するように、この統合された司法のモデルは、法秩序そして国家の反応としての一つの可能性に過ぎない。そしてそれは、以下のかぎりにおいてである。いわく、もし国家が消え去るならば、権利は存在しなくなり、それぞれの場合において他人の善意、またはこの場合に他人を圧倒するために他人に対して競争するための自身の潜在能力 (capacity) に頼ることになる。国家が存在するだけで、信頼がないのであれば、他人を競争相手、自分の支配領域を脅びやかす者と見なすようになるであろう。すべての国家が、無国家状態あるいは圧政に陥ってしまうことであろう。

5) ミディエーションは、各主体の三者間的な仲介 (the tripartite intervention) に基づいている。各主体は、この正式手続に訴えた主体を越えて立つミディエーター、または中立かつ公平な第三者なしに、自分の行動をみずから直線的な位置におく。それゆえに、一方には、被害者と犯罪結果を被った者、そして犯罪行為を犯した者と推定される加害者 (victimizer)、そして他方には、両者の間のミディエーター、つまり、被害者と加害者とを接近させようとする人物であり、それゆえに、これらの者たちが説明できる合意とは、犯罪行為かもしれない行為により発生した状況について解決に近づくことのできるようなものである。ミディエーションの成功は、必然的に、各主体に聴取する

機会と、同時の対話もしくは対面での会合、または連続した一対一を基礎にしたものによって、衝突に対応して変化させようとする技術である。

同じように、このミディエーションの正式手続が、主体的な第三者の定式化という、この着想と結びつけられたことは、ミディエーターの中立性に対して求められるものである。それは、偏見のなさという規準と共にそのように行なうこと、別の言葉で言えば、一方または他方をえこひいきすることなく、仲介する第三者の必要性を反映させることである。単なる観察者 (spectator) であることよりも、反対に、両当事者に会い、怒りの気分を宥め、議論における公平な案内役として振舞い、そしてすべての者が同じく話す機会を持つように保証することを暗示する。さらに、常にミディエーターの中立性を支える秘匿性に対する必要性の尊重であり、それは、情報が一方から他方へと伝達されることを推測させ、一方当事者により否定的な言語から肯定的な言語へと表現される何かへの適応を意味する。

第三者にとって、ミディエーション手続においては、被害者でも加害者でもなく、互恵主義 (bilateralism) の思想を覆さずに、両者と協力して介入することは、同じく可能である。正当な警告がなされるべきことを意味する第三者のあらゆる関与の結果として、一般化されてしまう非対称は避けなければならぬ³⁵。コミュニケーションは重要であり、そしてある種の事案においては、ミディエーションに至る各主体の法的な助言者の介

入、そしてとくに加害者かもしれない者の弁護人が、正式訴訟への助言者の介入の可能性が質問されるときでさえも、もし訴訟の法的妥当性が、おそらく加害者の法的状況と訴訟的な状況に作用するかもしれないメディアエーション合意にいたるのであれば、それだけに一層、弁護人の出席が許されるべきであることは否定し難い。

6) 秘匿性の原則が基礎づけられている。この原則は、メディアエーションの根本的な要素であり、そこで当事者によってなされた議論、証言あるいは主張のようなものは、裁判官と共有されるべきものではない。裁判官は、両当事者間に到達し、または到達していない契約書の署名された記録の類である最終文書を受け取るだけの者である。これが何故なのかという理由は、現実の意味でメディアエーションにいたるであろうことについて、刑事上の過程の結論と関連性と共に、両当事者と共有された後に、メディアエーターは、両当事者に秘密保持の声明書への署名を求めようとするからである。これは、情報が信頼の下に、すべての有罪としうる価値をもつメディアエーションについて両当事者により共有することなく、いかなる時も当事者双方が、メディアエーションを断念し、そして刑事訴訟過程に戻るかもしれない可能性を保有する。すなわち、両当事者と違って裁判所の論理は、口頭または書面での証拠として両者によってなされた確実な主張、表現、または陳述を用いることを承諾する。その反対は、無罪推定についての権利(スペイン憲法S.C二四条)

への攻撃を意味するのであろうし、そして一明白に—メディアエーション過程への参加に対する犯罪者推定に大いなる疑いを惹き起すであろう。それにもかかわらず、当事者が訴訟過程について書証の採用への同意かもしれないことを主張するときは、両者により、または一方当事者でなくとも、なされなければならない。さもなければ、すべての意味を失うことになるであろう。同じように、上記の帰結として、メディアエーターは、訴訟過程に、立会人または専門証人(鑑定人)(expert witness)としてその職務に就いている訳ではけつしてなく、職業的な秘密の帰結として犯罪を報告する義務からは依然として免除される。

7) 「費用は」無料(Free)であるべきなのか。私は、刑法の公的な性格ゆえに無料であるべきであると理解する。それは、「スペイン」憲法一四条における平等の原則を尊重してのことである。もしそうでなければ、私たちは、富裕層と貧困層のためのモデルを構築することになるであろうし、訴訟過程について両当事者の経済的な資源に応じて、もっと有益な、またはそうではない制度、要約して言えば、私たちはメディアエーションを、「貧富という」二つの階層の刑事過程を支援する制度に変えることとなってしまう。これらの考察に関連する別の質問は、道理に反した諸慣行(perverse practices)の可能性である。それは、無料と宣言される過程と関連づけられるものなのであろうし、これらの正式手続のための選択肢への見通しと共に任意で、正確にはその者たちが無料となるために、刑事訴訟過程の

引き伸ばし (prolongation) を導きかねないものである。立法者は、適用可能な場所において、詐欺的な犯罪に由来する経済的な費用負担を含意する例外、そして無料の公的サービスの原則の例外を定義づけようとする。

2.2 スペイン法的秩序へのメディエーションの組み込み
 刑事上のメディエーションのスペイン法秩序への組み込みを語ることは、正式訴訟がメディエーションのなかでは未知数であることを意味しない。反対に、軽微な刑法上の法的責任の分野において一〇年以上も有益な役割を果たしてきた (Ley Organica 二〇〇〇年五月)。それゆえに、メディエーションの領域で実施されているもので数えることのできる構想は、犯罪学研究所 (Institutes of Criminology) 、犯罪被害者局 (Offices for Victims of Crime) として知られ最近では司法権総合会議 (the General Council of Judicial Power) により制度化されたものである。これらの結論はすべて、能動的にまたは受動的に、刑事責任を被るこれらの者に刑事上のメディエーションを申し出る可能性と期待に適用される規則が相当するかぎり、同じ方針に従っている。これらの構想は正確には、以下のものである。すなわち、現行の規則における両当事者の支援が、刑事制度全体において必要な機能を確保するために、修復的司法の表現形態を示していること、そして長い道のりの最初の出発点を提供するものであることである。この観点において私たちは、今日メディエーションを正当化できる、これらいくつかの規則の存在を例

示することができる。

1. 訴訟過程における答弁—合意書 (Plea-agreement) のための様々なメディエーションを承認し、規制する刑事訴訟における法律の提供、とくに、訴訟上の機会の原則 (the principle of procedural opportunity) を編入することである。
2. おそらく起訴されないであろう加害者が、防禦において (de officio) 、被害を受けた側の赦しが果たすであろう役割 (私的な犯罪、スペイン刑法二一五条、同じく準私的な犯罪 (semi-private offence) 、スペイン刑法一九一条、二〇一条、二二八条、二八七条、二九六条、六二〇条、六二一条)
3. 発生した損害の賠償を一般的に減額する事由 (同刑法二二一条五項 (art.21.5))
4. 地域奉仕の刑罰 (a community service sentence) を科す可能性 (同刑法四九条)
5. 拘留命令 (a custodial order) 実施の一時停止の可能性 (同刑法八一条および八三条一項)
6. 刑務所宣告に代替する刑の可能性 (同刑法八八条)
7. 三つの階級づけとしての拘留命令の実施の定義づけ (一般刑事施設法 (LOGP Ley Organica General Penitenciaria) 七二条五項および同六項)
8. 条件付き釈放 (conditional freedom) の可能性 (同刑法九〇条二項 g の原則と九一条二項)
9. それゆえに有利な解釈は、メディエーションをふくむ可能

性と恩赦の申し出における利益を評価するための制度としての賠償の可能性もあるであろう（同刑法四条四項）。

たしかに、このような準備は、ミデイエーションの規則を暗示するものではない。しかし、立法者は、もし制度が、ミデイエーションがこれらの一つであると、その実現可能性（Viability）を強めるために紹介されたとするならば、より関連づけられるであろう修復的要素の編入のための扉を開いてきた。もしミデイエーションが、刑事的保護の制度として十分に統合されても不思議ではないと仮定するならば、起きるかもしれないこと範囲の要約も必要である。

第一の段階（IN THE FIRST PLACE）では、構成上の規制、規制するであろう刑事上のミデイエーションにおける法。すなわち、1. 何をミデイエーションするのか？ 2. どれを基本原理とするのか？ 3. 客観的な要素—限界、または攻撃の要素ではないもの—、4. 主観的な要素、5. 訴訟手続、6. 合意、さもなければミデイエーションから生じる帰結。このことは、すべての事案において、国家の法的管轄となるであろう（スペイン憲法一四九条）。このことは、訴訟の枠組みを規制するという問題のみならず、ミデイエーションの結果に帰責する法的な効率と訴訟的な効率でもある—さもなければ、結論の不在となり、刑事訴訟過程へと引き返すことになる—。

この法の規制は、地方政府（Regional Government）によって進展させられてきたのであろうし、ミデイエーションサービ

ス、ミデイエーター登録……といった目的のために作られてきた。同じように、ミデイエーターの地位を認めることができるであろうことは、ミデイエーターのための必要条件、権利と義務、機能的な保証などをふくむものである。

第二の段階では、刑法（Criminal Code）のミデイエーションは、もし必要であるならば、賠償から求められるものは何かをいつ考慮するのか、から始められなければならないであろう。すなわち、たとえば、法的な論理一貫性、刑罰の種類、安全措置またはこれら三つの形式（a tertium genus）である。現在では、これは、スペイン刑法二二条五項と関連する（被害者に発生した損害回復に尽力する被告人の刑法上の法的責任事由を減じること、そして訴訟過程時はいつでも口頭聴取の開始前でも、その効果を取り下げることである）。このような変化は、いずれにしても、被害者に方向づけられた政策的—刑事法的な傾向であり、犯罪者にとつて非常に有利な事実をもって修復的司法の可能性を擁護するには何の障害にもならない。とくに、刑法八八条（一年を超えない刑務所収容判決の代わりに、被害者補償によって刑務所には収容しないこと）との関連とその適用でおきることのように。重要なことは、賠償をすでにその場所に汲み込むだけではなく、論理的な方法で実施することである。その方法とは、スペイン刑法が明示して列挙する想定を超えて刑法が発揮する機能である想定を暗示するものである。

第三の段階では、異なるミデイエーションは、刑事訴訟法

(The Law on Criminal Procedure) でなされなければならないであろう。それは、とくに、メディエーションが決断されるポイントに関して、訴訟過程と関連して明らかにすることをめざしたものであり、合意と、その実行またはそれ以外の状況の下での法的効果と同じものである。

a) 第一段階においては、訴訟過程の中断の可能性は、いかなる訴訟段階でも可能かどうか決定することが規定されていなければならない。被害者と加害者の両者がメディエーションを照会されるべきである。刑事訴訟法は、訴訟過程上の中断のために最大限の期間を設けるべきである。それは、メディエーション手続の最大限の継続を定めるメディエーションの法と結びつけることであり、それにもかかわらず、その延長のために存在かもしれない提案と結びつけるものである。

b) 刑事訴訟法は、メディエーションで決定されるであろう訴訟上の要素のための異なる方法を定めるべきである。それゆえに、

1. 捜査段階においてである。始めに、メディエーションサービス (the Mediation Service) への照会は、裁判官または検察官の要求に基づくものとなる。両当事者の承諾は常に必要とされる。それゆえに、メディエーションへの照会をなす法的な強制機関 (the law enforcement bodies) が成立しうるかもしれないが、しかしそれは、法の下で構築さ

れるべきものかもしれない。もし、メディエーションが承諾の下で終結へと至ったならば、裁判所命令 (a court order) (法律家—検察官の合意 (agreement lawyer-prosecutor)) と同じような訴訟上の規制が認められるべきことが奨励される。もしそうだとしたら、訴訟過程を斥けることであり (訴えの却下 *non suit*)、もしそうでないならば、公式の召喚をとまなう訴訟過程の継続である。

2. 第二の可能性は、告訴 (the accusation) への誘導であり、別の言葉でいえば、公判段階におけるメディエーションである。検察官と裁判官の合意による裁判期日の中断は、訴訟過程の中断をとまなうメディエーションのための時間枠を設定する。もし、合意に近づいたならば、短縮された訴訟過程が後に続き、法律の下で予期されたことを提供するであろう。答弁—合意書と強く関連があるのは、その効果と共に、訴訟過程を終結するメディエーションの法的な承認の可能性といった質問、承認のために必要ないくつかの口頭討論で、またはそれなしのメディエーション合意の導入、判決同意への同意の交渉、そしてもし立証された事由が充たされなければ、裁判が斥けられるかもしれない状況である。

3. 確定判決 (a firm sentence) 後のメディエーション規定の可能性を分析しなければならないのであろう。それは、制裁の代替または一時停止のための賠償金の合意可能性を

定めることであり、あるいは、それ以外の条件付き仮出所 (conditional parole) のような利益を得ることである。メディアエーションサービスへの照会は、これらの事案の代わりになりうるかもしれないが、しかし、被害者が介入を望むことが条件である。もし、合意に至ったならば、強制のための法的な承認をともなうて検察官に伝達される。

4. 刑務所判決の入所間に起きるかもしれない紛争を解決するためにメディアエーションを受け入れるか疑問があるならば、一般刑事施設法 (the General Penitentiary Law) における関連規定の挿入が必要となろう。強制の時間でメディアエーションを形成できる可能性は、このようならずべてにもかかわらず、いくつもの事例では、刑務所の利益に充当する目的のために、それを可能にできる関連規定に至るものを見つける必要がある。

3. 刑法上のメディアエーションの段階

照会は、おそらく刑法上のメディアエーションのさまざまな段階で行われるであろう。それゆえに、メディアエーションがなされ、最終する方法に関して、刑法上のメディアエーションが発展し、かつその刑法上の過程との関連の可能性に関して、私たちはメディアエーションを二つの大きなグループに位置づけることができる。メディアエーションにおける被害者と被害者との大なり小なりの関係者との密接な関連性は、メディアエーションの異なる様式性が

提案されることに委ねる。これは、なぜ直接的なメディアエーションと間接的なメディアエーションを語るができるかであり、つまり、裁判前のメディアエーション (pre-trial mediation)、裁判内のメディアエーション (intra-trial mediation) であり、そして判決後のメディアエーション (mediation postsententiam) である。

3. 1. 類型的な交渉のための刑法上のメディアエーション

刑法上のメディアエーションがなされる方法を考察する第一の規準をみれば、直接そして間接のメディアエーションとに分離することができる。⁽³⁸⁾

3. 1. 1. 直接のメディアエーション

私たちが参照できるのは、二名の当事者により実施されること、同一の物理空間にその者たちが存在するという直接的なメディアエーションについてである。論理的には、メディアエーションの最終目的は、原則として両当事者がおそらく同時にメディアエーターと共に機能するときに充足される。合意という更なるノルマ (norma) は、対話をより強固にするために、以下のようなアプローチを通じて近づく。その対話は、この手法が犯罪遂行をなした状況よりもさらに一層有害なものとなるときという最もありうる状況下で、対面的な聴き取りに代わって許される人的な面談 (personal interview) を通じて伝わるものである。各当事者と個別の面談を始め、被害者と始め、そして加害者との意思疎通をするために、すべてを無視しても、それは障害ではない。この職務におけるメディアエーターの活動の熟練さの成

果は、最大限に重要である。これらは、対面式メディエーション (face-to-face mediation)、そして被害者―加害者―メディエーション³⁰⁾、そしてドイツとオーストリアでは行為者―被害者―和解 (Täter-Opfer-Ausgleich)³¹⁾と呼ばれてきた。

アングロサクソンの国々において、これらメディエーションの可変性は、大規模なものとなっている。それゆえに、被害者、加害者そして利害関係人のいわゆる対面式での会合は次のことを合議する。すなわち、両当事者が合意をめざす訴訟手続は、しかし、すべての場合において、犯罪が社会的と人格的な現実であり、そしてもちろん、それらがさらに将来巻き込まれうるものであるという、ありうる結論の定義からいずれかを相談する。それは、まったく個々人の性質の何かに依り、とくに特定の状況を指し示しているのにもかかわらず、修復的正義の最も厳格的で人格的な表現である。このような様式が、とても有用であることは、オーストラリア、カナダそしてイングランドの教育機関で判明している。これは、犯罪者を支援するこれらの様式の使用によって性格づけられる。そして、これらは、賠償を含み、あるいは含まない、会合の提案結果として提案されたものであるという一種の取引装置として働き、性格づける。それはおそらく、学校における反社会的な行動を参照しての集団的性格のある過程にも及ぶものである。それが修復的司法の制度であるかぎりでは、それを含む特殊な個別化された取扱いへの障害にはならない。

3. 1. 2. 間接メディエーション

メディエーションは、連続して、同時に、ミディエーターと両当事者の間で開くこともできる。それは、両者間の対面式ではない会合 (encounter) のようなものである。被害者と加害者とが物理的に同一場所に会同することがないときに、そこで起こることは間接メディエーションとして参照されるものである。これらの場合におけるメディエーション技術は、訴訟過程上のメディエーション (直接メディエーション) とは異なる。すなわち、直接メディエーションでは、ミディエーターの手腕は、一方当事者から他方当事者への転送に向けられるようになる。考察されてきたのは、このような「間接」メディエーションの様式性が、直接メディエーションよりも効果的ではないということである。それは、ある事案においては、その事実の性質から、被害者と加害者とされる者の間との対面式の会合を避けることが、賢明であるからであろうし、その場合には、もし適切ならば、手紙や謝罪を書くような、仲介措置の説明が提供されることが、否定できないにもかかわらず、である。

アングロサクソンの概念においては、両者間の間接メディエーションのさまざまな様式が存在する。すなわち、ミディエーターまたは司会進行者となりうる者、そして電話、Eメールメッセージ、携帯電話などを通じた意思疎通をし、これらの媒介物によって、犯罪者と被害者たちとの間の間接的な意思疎通を経由して、相互に意思疎通を行ない、または往復の儀礼的なメディエーション

ンを交わすのである。非対面式の会合は、特定の犯罪行為において、更なる対面式会合がおそらく含意するであろう暗黙の暴力 (the implicit violence) を避ける意思疎通のこのような方法がある。

その代替手段としては、犯罪者とその者の支援者との被害者―非同席の議論と、被害者と犯罪者の支援者との犯罪者―非同席の議論がある。これらの片面的な意思疎通の2つの形式には、司会進行者あるいは間に入る者 (in-between person) が出席するという二つの可能性がある。その者は、ミディエーターではあるが、しかし、被害者の欠席においては、損害賠償事由のための調査を行ない、または犯罪者の欠席においては、単独で被害者との意思疎通を保持する。

別の路線は、いわゆる裁判所が命じる損害賠償 (court-ordered restitution) である。それは、より喫緊な性質に属するし、少年犯罪の分野で、どのようなものが根本的に有効なのか、その効果は、他の「上記」二つの手段と競合するものではない。

第三者たち (Third parties) は、これら様々なアプローチで介入するであろうし、しないかもしれない。第三者は、修復的司法の解決と適用のための調査においてさまざまな拡張に協力する者であり、そのような照会が、ある事案ではミディエーターと見なされ、他の事案では司会進行者 (facilitator) と見なされる者である。ミディエーションにおいてミディエーターは、すべての者にとって満足のいく帰結への到達をめざして、当事者

間でなされる交渉に対する責任を有する。会合の進化したモデルにおいて最も共通した整理は、第三者とは司会進行者であり、ミディエーターではなく、仲介する者であり、その者は、もし適切ならば、交渉を前進させる当事者たち、あるいは当時者本人の中に枠組みを発見する責任のある者なのである。司会進行者は、議論を指導することを期待されていないにもかかわらず、その役割は、当事者にその会合のための根拠に集中させる。それは、そして文明化された方法でその者たちの意思疎通の継続を確保することにある。それは、大規模な詐欺のような、多くの犯罪者、または訴訟過程に当事者となる著しい数の被害者がいる大規模裁判における集団訴訟過程にとって有用なものとなるであろう。

3. 2. 刑事ミディエーションをなす時間およびその刑事法的な過程との関連

もし、ミディエーションへの合意の到達とその後の刑事過程の継続との関連の可能性が考慮されるならば、それを代替する時間の欠如により、裁判内ミディエーションと判決後ミディエーション (mediation postsententiam) とを区別すべき。

3. 2. 1. 裁判前の刑事ミディエーション (Pre-trial mediation) もし、ミディエーションが、それが始まる過程の前に、現実的な選択肢の何かに代わるのであれば、結論として、両当事者に合意があれば、刑事過程から除外する。私の理解によれば、このような選択的な刑事ミディエーションの形式は、ただ個人

に対する名誉棄損と侮辱、そして被害申告で訴追できる重要ではない犯罪の犯罪者に対する可能性にすぎない。この場合においては、合意の価値は、もし可能であるならば、それに訴訟上の効率性を与える方法も、規制されるべきであろう。

3. 2. 2. 裁判内メディアーション

この類型のメディアーションが関連するのは、係争中の訴訟過程にあるものである。それは、メディアーションで到達する結論が訴訟過程そのものに影響を与えうるような、メディアーションに代替し、しかも結論が出される訴訟段階に応じて変化する法的な帰結である。刑事訴訟法改正のため出されている提案は、いくつかの解決法を含んでいる。それは、訴訟過程の予期される結論、さらに法的な承認、または訴訟過程の却下、あるいは認容判決などを求めようとするものについての合意と関連するものとなる。

3. 2. 3 判決後のメディアーション

この様式の下で言及されるのは、次の二つの特殊な状況である。すなわち、一つめは執行過程と関連し、そしてもう一つは刑務所の懲戒上の賞罰制度と関連している。

最初の「執行過程と関連する」ものは、いままでまったく知られてはいないが、有罪宣告後、規則上いつでもメディアーションに含まれることを条件として、メディアーションをなす可能性があるかもしれないものである。被害に対する賠償金が同意されても、判決停止または他の判決のために権利喪失の代替に

左右されるかもしれない。メディアーションにおける合意は、執行への効果を有するべきである。それは、裁判所命令によってのみ実施されるし、執行に関する前述の合意を適用するか、無視するかである。

第二の「刑務所内の賞罰制度と関連する」ものは、刑務所制度に適用できるものであり、被害者の介入と受諾への協力を提供するものであり、紛争を「刑務所生活」の中で解決されることを提供しうるし、それゆえに、懲戒上の賞罰制度と密接に関連するものとなる。現在では、対話と長期間費やす解決のための調査よりも、勝者と敗者との対面での感情が湧きおこる短期間解決のための調査というこの制度である。それゆえに、メディアーションは、現在のモデルの補完的な制度とされるのである。すなわち、それは、尊敬を払った態度、聴き取り、対話と寛容を通じて刑務所制度における暴力の減少に資するものかもしれない。簡潔に言えば、刑務所の賞罰の制度における革新的な回路である。

4. メディアーションに関する客体的—主体的な限界? これらの限界は、特定の被害者と加害者を排除しているのか?

一つの疑問が起ったのは、理論と刑事政策におけるメディアーションについての限界の定義づけに関してである。メディアーションの中に被害者が参加すること、刑事上の裁判 (judicial penalty) の結論に対する賠償の統合は、犯罪の軽減としてであれ、処遇

と判決の間の第三のもの (a tertium genus) としてであれ、いくつかの疑問が起きる。限界はないのか。誰が被害者であれ、何が犯罪で処罰に値する行為なのか、いずれにしても、メディアエーションとメディアエーション参加に至る可能性はあるのか。これは、法秩序における区域に限界づけられるべきなのか。他の法秩序に存在する解決法は、いくつかの可能性の状況に光を投げかけることができる。それは、あらかじめ、わたしの見解において明らかにしておくべきことである。有利なものとしてでないものを分離しようとし、または法的に限界を確立することが極度に複雑であるにもかかわらず、である。いずれにしても、推奨できない他の状況を排除するかもしれない度を越えた厳格な解決を述べるかもしれないし、それにもかかわらず推奨できる他のものを排除するかもしれない。

最も共通して耳にする意見の一つが、行為の深刻さ (severity) である。事実が深刻だと考えられるときは、被害者がメディアエーションで本犯かもしれない者 (possible authors) と動くことは、推奨できない。この場合において考慮することは、被害者から隔離すること、そこで想定される客観的な規準は、つまり、過酷な判決に値する犯罪行為しかない。このような規準は、しかしながら、なぜメディアエーションなのか、あるいは、なぜそうではないのかという疑問に常に答える訳ではない。もし、ここに出された返答が、刑事司法権の結論が重大かつ社会的な非難であり、あまりに大きいために、賠償と再社会化への規準を取

りだすことができないうとしても、それは正当化されるであろう。しかし、私たちが知りすぎているのは、そこには、時々、過酷な処罰に値する、ほんとうに残酷な事実があるということである。これは、テロリズム犯罪により起きることであり、そこで被害者が被るのは愛する者の喪失であり、そこでおきる過程とは、とても否定的で感情的な要素を巻き込むものである。しかしながら、これらのことは、昨今ではメディアエーションの客体であり、再社会化の目的でもなければ、判決の再構築を伴うものでもない。それは、被害者と、あの有罪宣告を受けた者の内部的な「再構成 (reconstitution)」の目的をとまなうものである。とても複雑な宣告に直面するが、ここでは被害者自身が、刑務所でのこれらのメディアエーションの構想の公式な一部について自発的に受け容れるものである。

用いられてきたもう一つの基準は、もし守られてきた法的な良きもの (legal good) を好むのであれば、刑事法上の様式性である。したがって、特定の行為、非行や犯罪は、よりメディアエーションに導きやすい。世襲財産 (patrimony) に対する犯罪は、ここでメディアエーションされるし、同様に、身体的な攻撃、脅迫あるいは強要のような自由に対する犯罪、名誉棄損や侮辱のような誹謗中傷、扶養料の不払いのような家族の権利と義務に対する犯罪、そして公衆衛生に対する犯罪のようなものも含まれるであろう。公共秩序、公共の利益に反する犯罪の場合のように、他の犯罪類型よりも危険であることが、常に正当

で、根拠となるわけではない。これらの場合に被害者は、犯罪を犯したかもしれない者とミディエーションしようとする寛大な気持ちになるかもしれないが、そんな必要もないことも正当である。いくつかの事案においては以下のことが想定される。すなわち、同意された判決と、それゆえの同意が存在するがゆえの訴訟過程が結論づけられる事案に注意を払う視点である。しかし、被害者は、客観的な要素と共に考慮されるべき主観的な要素も忘れられるべきではないという理由から同意された判決には干渉しない。

ミディエーションの周辺に法的伝統が存在する国々においては、疑問が唱えられるような特定の状況が存在してきた。大きな理由は、主体の選択的な考慮である。すなわち、いくつかの事案では加害者によるものであり、そしてそれ以外の事案では被害者によるものである。それゆえに、

— 再犯者たち (repeat offenders) とのミディエーションの事案においては、そのような可能性は拒絶されるべきままのものである。ミディエーションとは、変化しようとする意思と共に法秩序の中にあるとされる「良きもの」でもある。それゆえに、— それらを維持し「犯罪を繰り返す、これらの者を有利にすることは賢明とは言えないのである。もし、ミディエーションが変化すると決めた者誰もが満足しようとする合意の中に、それに伴う高度なバッテリー・ナリステックな構成要素と共に存在する理念だとしよう。そうであるならば、以下のようになるであろう。

すなわち、刑法の拡張についての視点と共に、必ずしも常習犯罪ではない者が、その処罰に値する犯罪行為が同じような法的な利益も反映されずに、再犯者となってしまうかもしれない。規則を構築することは、詭弁の可能性に反応するには厳格すぎるし、とりわけ被害者がこれらの事案でミディエーションに進むことから遠ざけてしまうかもしれない。

— 集合的な法的利益 (collective legal goods) が保護されるときにおける、いわゆる危険犯 (the so-called offences of danger) において、である。これらの事案においては、無名の、または集団の被害者が存在すると主張されてきたし、そしてミディエーションの席に「これらの者たちを座らせる」ことはできないとされてきた。アングロサクソンの国々における経験から、私たちは、以下のように言うことができる。すなわち、これらの事案においては、象徴的な被害と呼ばれるものを表現すること、結社やグループを代表するであろう者たちが述べること、そして危険にさらされる集団的な利益を防禦と予防することを与えることである。

— ミディエーションの実現可能性について疑いを生じるそれ以外の状況とは、主体の複数性であり、つまり、これらの事案において複数の人びとに被害者と共に存在し、被告人と共にいるさまざまな人びとのことである。問題状況の複雑さに疑いはない。それは、合意の事案における異なる技術を伴っているし、明らかな多様性と非対称性 (asymmetry) を生みだそうとする

ものである。これら「多様性と非対称性」は、ミディエーションから除外されるべきものなのか？ わたしはそう思わない。それ（除外）は、ミディエーションについてより困難にすることを意味する。というのも、これらは、そのようにすべきことすべてを欲しているからである。ミディエーションは、起訴での犯罪行為に関しても、その行為に対する応答責任と共に、経過の客体を制限し、または制約することに資するべきである。民事上のミディエーション (civil mediation) で起きたように、訴訟過程におけるミディエーションの尽力を手配することが主題なのではない。とはいえ、ミディエーションは、すべての主体がミディエーションにむかう合意となるという想定の下、それによって、訴訟過程がなされるという複雑さを最小化するということは評価されなければならない。

—ミディエーションは、未成年、障害を伴い生きる人びと、年配の人びとの被害者についても問題にされる。この場合における理由は、これらの人たちの傷つきやすさ (vulnerability) にある。ミディエーション手続における当事者の均衡のために必要なのは、おそらく私たちにここで関心があるような事案では、このような状況は、議論すべき未解決なもの (open) が残されていることは否定できない。このことは、その人たちの潜在能力を補完し、案内し、または支援する人びとの「役に立つ自分」となるのとまったく同じような方法で、この人たちが刑事的な過程に介入するとの考えを妨げるものではない。ほぼ確実な事

案の一つは、裁判官や検察官がその人たちをミディエーションから排除しようとすることである。それは、その人たちの有する内在的な傷つきやすさ、猛烈な感情が引き起こされるかもしれないというミディエーションの現実的な意味に疑問を投げかけるかもしれないからである。

ミディエーションが拒否される他の事由とは何かといえは、性暴力 (gender violence) の場合におけるものである。このような除外は、性暴力に対する総合的な保護を措置する二〇〇四年一月二八日の第一号の組織法 (L O, Ley Organica) 四条五項 (五) で禁止が根拠づけられている。この場合における根拠とは何か？ 明らかに対等性が存在しないと理解されたのである。というのも、被害者は、多くの事案において、加害者との著しい感情的な従属 (dependency) に屈伏させられるからである。多くの事案において、これらの議論が、厳密にはそのようなものとなることは明らかである。とはいえ、以下のようなことを仮定すれば、除外に必要な規則についての特別な例外も理解できよう。すなわち、それは、記憶または特異な暴力であるときに、判決としての接近禁止命令 (distanting order) という事情の下で（被害者の意思——という均衡が保証されるであろう状態を提供することに）資するという仮定があれば、である。私の考えによれば、性暴力の被害者の法的保護を回避するために、ジェンダー司法という名の下での被害者の道具化 (instrumentalization) を、他の被害者にはあるであろう別の回

路と道筋への接近を妨げることは、事案ごとの判断を通じて確認されるべき結論となるであろう。

結論において、私たちは以下のような大きな岐路にあると、私は理解する。それは、何年か前に、刑事上の保護における被害者の可視性を再び主張しようとし、そして国家のための被害者たちの権利の一種の脱剥奪 (de-expropriation) にもう一度至ろうとする頃には、まったく想像できない高みに到達してきただかもしれないということである。それは、被害者や、とくに修復的司法を通じて、訴訟過程、刑事法や「メディエーション」に統合することは、反対の極に近づくとことになる。あれは、立法者が、ほとんど被害者を、A. Huxley の言う『素晴らしき新世界』のように、その者たちの権利を定義し、階層づけし、そして限界づけし、制限し、または拡張することを通じて、ほとんど客体に変えてしまうことである。もちろん、メディエーションに関していえば、わたしの考えでは、それは法的な用語に限定されるべきではない。しかし、その代わり、これらは社会民主主義国家において『刑事上の保護』という経験が、メディエーションを勧め、またそうでなければ、これらの被害者にメディエーションを照会するかもしれないものを生かせる。かの照会、本質の基盤にあるのは、『メディエーター』となるだけではなく、『良いメディエーター』となるための手腕と技術、職務を支える法への熟練を発揮すべき刑事上のメディエーターの手において働くものなのであろう。

以上

*この論文のための研究は、以下の調査プロジェクトの枠と共になされた。PROMETEO 2014-081 (GV) and DER 2013-44749-R (MINECO); and Proyecto "Redes excelencia ISIC GV (SIC/2012/017), "Justicia global"

(1) 英国の理論においては、被害者はそもそも法的な存在しなごもの (a legal nonentity) と呼ばれていた。

FATTALÉ, A., "From Crime Policy to Victim Policy. The Need for a Fundamental Policy Change", en *Annales Internationales de Criminologie*, 29 (1991), No.112, p. 45. を参照。同じ用語を法的不存在 (rechtlichen Nicht) とドイツ語に翻訳したが、KILCHLING, M., *Opferinteressen und Strafverfolgung*, Freiburg, Edition Inscrim (MPP), 1995, p. 1. を参照。

(2) スペインでの運動は、ドイツのような国々よりも遅々としていた。あの国 (ドイツ) では、たとえば、一九七〇年代、とくに一九七六年は、犯罪被害者補償法 (Opferentschädigungsgesetz) により被害者の実体的地位を向上させるための決断がなされた年である。それにもかかわらず、刑事訴訟法における被害者の状況は、刑事過程における被害者の役割が取って代わる再検討の年である一九八六年まで変わることはなかった。上記の法改正における興味深い評価は、おさへ、KAISER, M. *Die Stellung des*

- Verletzen im Strafverfahren. Implementation und Evaluation des "Opferschutzgesetzes", Freiburg i. Br., 1992. 244p.
- 新たな進展は、一九九〇年の改正少年裁判所における Täter-Opfer-Ausgleich (TOA 行為者—被害者—シディエーション) の登場による制裁法 (sanctioning law) の改革によってなされた。刑事手続へ機会の原則を導入し、TOA の利用をダイバーション (diversion) 刑事手続から外す (アウト) とし、特殊な視点での措置とすることである。一九九四年に、TOA と補償は、代替的な賞罰という枠組みの中で判決を引き下げる、または判決なしで済ますことのできる方法 (ドイツ刑法典四六条 a) 「任意的な刑罰減輕事由としての TOA」およびドイツ刑事訴訟法一五三条 b) 「任意の訴訟打ち切り」として紹介された。一九九〇年代中盤に出版した興味深い本であり、刑事モデルにおける TOA と補償の導入によって示唆される異なる結論をともなう、ドイツにおける発展と取扱いを強調した重要な業績が、おおよそ KILCHLING, M., Opferinteressen und Strafverfolgung, cit., note 61.
- (3) CANCIO MELIA, M., Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, Barcelona, Bosch, 2001, p.24.
- (4) TMARIT SUMALLIA, J. M., "Hasta que punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?", in Estudios de Victimologia Actas del I Congreso español de victimologia, cit., p.31.
- (5) BARTHWAITE, J., "Principles of Restorative Justice", in Restorative Justice & Criminal Justice: *Competing or reconciliable paradigms?*, (VON HIRSCH, A/ROBERTS, J ed), Oxford, Portland, Hart Publishing, 2003, p.1.
- (6) BARTHWAITE, J., "Principles of Restorative Justice", cit., p.18. 彼も、司法を尊重しかつ信頼する公共を鼓舞する道へとつたる意義を強調する。
- (7) BARTHWAITE, J., "Principles of Restorative Justice", cit., p.5.
- (8) WATSON/BOUCHER/DAVIS, "Reparation for retributivists", in *Victims offenders and community* (WRIGHT/GALAEAY), London, Sage Publications, 1989, p.220..
- (9) SHERMAN, L. W/STRANG, H., *Restorative justice: the evidence*, London, The Smith Institute, 2007, p.52.
- (10) 回レベキリス理論』 DUFF, A., "Restoration and Retribution", in Restorative Justice & Criminal Justice: *Competing or reconciliable paradigms?*, (VON HIRSCH, A/ROBERTS, J ed), cit., p.54.
- (11) 回レ言葉は式レの文献に於ける』 DIGGAN, J., "Towards a Systemic Model of restorative Justice: Reflections on the

- Concept, its Context and the Need for Clear Constraints”, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, (VON HIRSCH, A/ROBERTS, J ed), cit., p.138.
- (12) トイソチナルにおける一世紀以上の興味深い見解と進展「アベリ」一〇世紀のついで STEFFEN, M., *Der Täter-Opfer-Ausgleich und die Wiedergutmachung. Historische Bezüge und modern Ausgestaltung*, Aachen, Shaker Verlag, 2005, especially pp.61-62.
- (13) これらの疑問を、修復的司法の適用を通じて徹底的に (ad extensum) 発展し、かつこれらの構想の統合に真に尽力したのが DOMENIG, C., *Restorative Justice und integrative Symbolik. Möglichen eines integrativen Umgangs mit Kriminalität und Bedeutung von Symbolik in dessen Umsetzung*. Bem/Stuttgart/Wien, Ed. Haupt, 2008, especially, p.138-152.
- (14) HIGHTON/ÁLVAREZ/GREGORIO, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, cit., p.79-80. これらの著者たちは、孔子 (Confucius) にあつての不同意があつて最善の解決は、威圧よりも倫理的な説得と同意により達成されることを考えた。さらに、旧約聖書の預言者は、新約聖書での使徒の役割を除外することなく、これらの紛争を解決した。使徒たちは、世俗の裁判所に連れていく代わりに、信徒の会合の中で紛争を解決する必要を伝えた。
- (15) ZEHR, H., “Justice paradigma shift? Values and visions in the reform process”, *Mediation Quarterly*, vol.12, n. 3, 1995, Jossey Bass Publishers, p.207 to 216.
- (9) BAZEMORE, G/UMBRETT, M., “A Comparison of four Restorative Conferencing Models”, in *Juvenile Justice Bulletin*, Department of Federal Justice of EUA, February 2001, pp.1 and ff.
- (17) 更にここに参照して、他国でのこれらをつつての構想やシステムを踏むためにも MONTESINOS GARCIA, A., “Mediación penal en Inglaterra y Gales” *Mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos Jurídicos*, Valencia, Tirant to Blanch, 2009, p.85-124. の章の業績を参照。
- (18) トイソンの理論の発展についての特別の章が、下記に (infra) 記されている。
- (19) フランスでの「ティヤエモン」の起源と発展にまつて、 BONAFÉ-SCHMITT, J. P., “Alternatives to the judicial model”, in *Mediation and criminal justice. Victims, offenders and community* (WRIGHT/GALAEAY), cit., pp.178-194. を参照。この著者は、フランスで当初のようになつて台頭したのか、を説明する。焦点を当てるのは、「バレンシア」メディエーション委員会 (Conciliation Committee de Valence) での攻撃—紛争の〇の協会 (Association SOS Aggression-Conflicts) や「トラスブル」の合意協会 (ACCORD

Association)。その発展においては、とくに上記一八五ないし一九二頁。よらに、ETXEBERRIA GURIDI, F., "El modelo francés de mediación penal", in *Mediación penal para adultos*, cit., p.181-234. を参照。

- (20) DAVIS, G., *Mediation and reparation in Criminal Justice*, Routledge, 1992, p.16. スペインでは、ERVO, L., "Mediación en los países escandinavos", in *Mediación penal para adultos*, cit., pp.125-180. を参照。

- (21) の点は筆者自身の業績を参照のよし。 *Mediación Penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

- (22) の適切な定義は、GONZALEZ CANO, I., "La mediación penal en España", cit., p.25. により与えられている。彼は以下のようにミディエーションを考える。すなわち、中立的な第三者において、専門的地位と満足できる知識の保有を伴い、刑事過程の制度的な役割の独立性をもって、そして公平中立に、二名またはそれ以上の特殊なまたは未成年犯罪者の人びとをふくめて、その被害者と加害者として、紛争の原点、その原因、そして結論を理解し、両者の見解に向き合い、そして賠償の象徴的な方法の論証を理解するために、紛争をマネージメントする制度として考慮するものと。

- (23) すべて完全な自由の意見と推定することは、刑事事件で

はその可能性はない。たとえば、法秩序が、慎重に支援したり、補完し、増強したりする総合的かつ執行的な刑事訴訟とは異なる回路を構築したであろうとしてもである。疑いようなことがある。それは、現在、単調な刑事上の回路—刑事過程—モデルとは、基本的には一九世紀に成立したのだが、それは使い尽くされており、これ以上そのものと需要に労力を使うことはない。それは、実体的な訴訟改革、他の技術の組み込みそして訴訟を強化するための手続と同じである。刑事ミディエーションは、この刑事司法の新たなモデルの最良の協力者、司法制度へのより高い信頼性を獲得する興味深い訴訟となりうる。わたしは、これが訴訟過程に奉仕するという訴訟的制度であり、ミディエーションの訴訟手続が制度の中での制度と考える理由を、刑事的保護の制度であることを強調したい。

- (24) フランスのモデルでは、ETXEBERRIA GURIDI, F., "El modelo francés de mediación penal", 編著である *La Mediación on penal para adultos*, cit., (Ed. BARONA VILAR), cit., pp.200-201. を参照。

- (25) この事例は、ドイツの、これらのありうる刑事上のミディエーションから与えられる。それは、ミディエーションを受けられるための被害者と加害者双方の合意書をもって始まり、訴追組織からの委託によるものではない。

- (26) BANNENBERG, Brita, *Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis*.

Eine empirischkriminologische Untersuchung von Täter-Opfer-

Ausgleichsprojekte in der Bundesrepublik Deutschland, Bonn,

Forum Godesberg, 1993, p.23-24. 著者の以下の章を参照

“Situation de la justicia restaurative y la mediacion penal

en Alemania” 共著『*La Mediación penal para adultos*,

(Ed. BARONA VILAR), cit., p.268-270. に所収。

(25) TRANKLE, S., *Im Schatten des Strafrechts*, Duncker &

Humboldt, 2007, p.43

(26) VON SCHLIEFFEN, K., “Mediation im Rechtsstaat - Chancen

einer neuen Konfliktordnung”, in HAFI, F.VON SCHLIEFFEN,

K. (ed), *Handbuch Mediation*, München, 2002, p.176.

(27) その構想としての法的な組み込みとしての統合の必要、そして

刑事政策と修復的司法、刑事メデイエーションに対する

需要については DOMENING, C., *Restorative Justice und*

integrative Symbolik. Möglichkeiten eines integrative Umgangs

Mit Kriminalität und die Bedeutung von Symbolik in dessen

Umsetzung, Bern/Stuttgart/Wien, Haupt ed., 2008. を参照。

一般的には、全体の業績は、要点としてこのように起つて

つづるにもかわらず、統合のための提案である。Pp.324-

326. は特に興味深い。

(28) ある著者の考察にもかわらず、*la via penal del siglo*

XXI, GALAWAY, B., “Prospects”, in *Mediation and Criminal*

Justice (Victims, Offenders and Community) (WRIGHT GALAWAY,

ed), Bristol, 1989, p.275. を参照。

(29) BUSSMANN, K.-D.は指摘する。倫理性、象徴性として

刑事法がメデイエーションプログラムの好機であり限界と

もある。in *Restorative Justice on trial. Pitfall and potential of*

victim-offender mediation..., Springer, Neherland, 1992, pp.324

-325. *la solución está en encontrar criterios que hagan*

possible distinguir entre los casos que necesitan de la mediación

y los que requieren el proceso penal en toda plenitud, 刑

事訴訟過程とメデイエーションの両者の本来的機能を認め

る編入のモデルをこのように呼ぶか次第である。

(30) WALGRAVE, L., “Imposing Restoration Instead of Inflicting

Pain: Reflections on the judicial reaction to crime”, in *Restorative*

Justice & Criminal Justice: Competing or reconcilable paradigms?,

(VON HIRSCH, A/ROBERTS, J ed), cit., p.76.

(31) TRANKLE, S., *Im Schatten des Strafrechts*, cit., p.43 and

64-66.

(32) についてはメデイエーターは DI CHIARA, *Scenari*

processuali per l'intervento di mediazione: Una panoramica

sulle fonti in Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale,

fascicolo 2, April-June, 2004, p.501 and ff, equipproximo a

las partes, con uno y con otro, が指摘するように、当事者

から距離があるべきであり、同時に、意思疎通のための理

念的な状況を作り出すために十分に近接したままである。

きである。

(35) アングロサクソンの経験が提供するものは、社会または集団的な利益（たとえば、環境運動または、ジェンダー暴力に対する女性団体）を代表した行動により反映されるであろう、いわゆる第三者というこの可能性であり、それは、政党の法的な代表性の存在の可能性を認めることと同じであり、さらには、特定の事例においては、家族構成員、ソーシャル・ワーカー、などである。西洋世界でより現実的でないのは、いわゆる会合する共同社会である。

(36) GONZALEZ CANO, I., "La mediación penal en España", 共同執筆による *La Mediación penal para adultos*, (Ed. BARONA VILAR), cit., p.33-34. も同じことを明言している。もし、表現が被害者および裁判前の被告人によって正式に承認されたならば、その表現は、口頭または文章での賠償合意での証拠として考えられるものとなる。それゆえに、証拠としての利用は、基本的な有罪というという意味において、ミディエーションでの手続とそこに含まれるミディエーションで合意した声明を形成する。このことは、両者の合意を修復しようとするには、多数の一つでしかない。もし、そうでないとするならば、当事者を、一方だけの同意を承諾するための告訴へと導くことになる。それゆえに、ミディエーションで示されたことは、訴追に対する証拠として用いられる…。これは、無罪推定とは反対方向

に走るものであろうし、かつ当事者をミディエーションに至ることから止めさせ、その不調結果を処罰するために用いたり、起訴のための証拠としてのリスクに直面することとなる。

(37) GONZALEZ CANO, I., "La mediación penal en España", 共同執筆による *La mediación penal para adultos*, (Ed. BARONA VILAR), cit., p.33.

(38) 参照 PASCUAL RODRIGUEZ, E., "Fase de negociación en la mediación penal con adultos. El encuentro entre las dos partes: persona víctima y persona infractora. Técnicas de negociación. Mediación directa e indirecta", in *La mediación civil y penal. Un año de experiencia. Estudios de Derecho Judicial*, n. 136, GGPI, Madrid, 2008, p.170-171.

(39) 修復的政策を導入するためのさまざまな手続、そこへそれを刑事上のミディエーションに反映させ参照することへの拡張についての興味深い省察に関しては、KURKI, L., "Evaluating Restorative Justice Practices" in *Restorative Justice & Criminal Justice*, (VON HIRSCH, A et al ed), cit., p.294-297. を参照。

(40) KILCHLING, M., "Restorative Justice Developments in Germany", in *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provisions in European Countries*, Not edited, 2009., in press.

- (41) 上記の反映は「」の様式に存在する」(SHERMAN, L. W/STRANG, H., *Restorative justice: the evidence*, cit., p.54 の業績が引用される国々での上記のプロジェクトを言及するものがある。
- (42) SHAPLAND, J., "Restorative Justice and Criminal Justice: Just Responses to Crime?", in *Restorative Justice & Criminal Justice*, (VON HIRSCH et al ed), cit., p.197.
- (43) SHERMAN, L. W/STRANG, H., *Restorative justice: the evidence*, cit., p.13 and 32. を参照してください。
- (44) SHERMAN, L. W/STRANG, H., *Restorative justice: the evidence*, cit., p.33.