

【翻訳】シルヴィア・パローナ-ヴィラール（ヴァレンシア大学）「被害者のための修復的制度としての刑事上の仲裁 (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なのか？*」

岡本洋一（熊本大学大学院法曹養成研究科）

【はじめに】

来歴？ 要検索 スペインにおける刑事的仲裁

シルヴィア・パローナ-ヴィラール「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125号 (2013年) 71頁以下、とくに同頁の【訳者前注】に詳しい。

仲裁と調停、拘束力の有無 各辞典、 修復的司法 日本における著作、外国、とくにヨーロッパの紹介 国家刑罰権の再編の一部 対応手法の変化 内田・浜井、窃盗、万引き老人 仲裁と福祉 従来の正式な訴訟手続の補完物としての仲裁の現実性 とくに、財産 (かつ小額の)、外の新たな選択肢の提示という意味において、本論文を翻訳・紹介する意義があると考えます。

スペイン刑法そのものの紹介すらも少ない。たとえば、

なお、ヴィラール教授の紹介など、多大なる労をとっていただいた、本学大学院法曹養成研究科・河野憲一郎准教授に感謝を申し上げます。

【翻訳】

1、被害者—仲裁—修復的司法 (restorative justice) : 3つの分離できない構成要素。被害者可視化 (victim visibility) のための制度としての仲裁

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) に関して挑んだ被害者たち、という良く知られていない過去 (the obscure past) の想起を示唆する。社会は、あの社会的な保護手段の利害における国家による被害者の権利の剥奪を通じて、刑事的な対応 (the criminal response) の重荷を引き受ける。私たちが、この100年間受け容れてきたことがある。それは、社会が求めていたこと—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”、そして同害報復の法 (lex talionis) の終結であった。それは、最善の解決であった。たとえ、あの状況についてのこれらの反応の結果、つまり、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、被害者のかの反応である刑事的な反応そして調整へのより大きな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を開いているのだろう。その可能性とは、後者の名宛人 (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、すべて当然に一緒にともない、社会は、刑事制裁的な遂行に直面して、行動できるし、負担を担うことができる。被害者の可視化を達成することへの進展を示唆する国内外の中心において、否定できない一歩が踏み出されてきた。

* 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。PROMETEO2014-081(GV)and DER 2013-44749-R(MINECO); and Proyecto “Redes excelencia ISIC GV (ISIC/2012/017), “Justicia global”

そしてそのような進展は、必然的に、刑事的な仲裁を含む必要性があり、それは最近10年を超えて、長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)とは別のチャンネル、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調査における、いくつかの事案と幾人かの主体による関与を求める制度であり、;そして合意に達するときには被害者および加害者(victimizer)にとっては重要な役割をとともなう制度である。ともあれ、そして正式手続なようなもの(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祖国そして現在に至るまでは、それだけが道理にかなうことではある。

ほとんどの国々でその導入が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、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。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、予防—被害 (pro-victim) 運動が、最近10年で、刑罰制度ではほとんど忘れられてきたそれらを、被害予防のため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、そして仲裁のような支援体制をなすことで、被害者たちとともに、もし、私たちが提案するような、おそらく複数および雑多なものである修復に満足できるのであれば、刑事司法モデルで“存在すること(being)」、および“留まること(staying)」、そして活動することの可能性が求められているのだろう。

このような文脈での仲裁とは、パズルのさらにピースである。それは、紛争解決のための、または被害者の可能なかぎりの賠償の万能薬でもなく、そして犯罪者かもしれない者 (possible criminals) のリハビリですらない。仲裁とは、何が刑事司法制度のさらなる要素なのかを意味すべきものなのである。私たちを、私たちの国内的なモデルだけでなく、むしろまったく反対のものに導くという証言は、おそらく、すべての刑事的な司法上の手続制度に触れることになろう。それは、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もある。

民主国家における刑事司法上のモデルのこれまでの大いなる概略でさえ、刑事上の仲裁のためのさらなるインセンティブ〔動機〕を与えてきた。したがって、刑事事件における政府の排他的な主権を維持することによって、それは今日、公共の保護のための法的意味の創造において異なる法的制度の概略へと向かう運動をととも重要なものと注視することでもある。いわゆる立法の“調和化(Harmonization)」、を超えて、それは、立法の“均質化(Homogenization)」、をますます促している。しかしながら、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、問題になっている本質的な原則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、その概略を達成するための調整方向への傾向をますます強めていることである。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、国として国家司法のモデルの概略の継続をより円滑なものとしている。このような概略が、私的な、市民的な、商業的な、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真実ではある。そうだとすると、このことが、犯罪性および非行性 (delinquency) に対する闘争のような、法的な設定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けたされるべきなのは、国際的な協定(treaty)および条約(convention)の役割であり、並はずれた努力は、欧州連合および、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起こった。それゆえに、20世紀前半は、おそらく以下のような時期であったと言うことがで

きよう。すなわち、そこでは起訴された - 被告人が客体ではなく、人格(person)として考慮する必要ゆえに、訴訟過程では受動的な主体の権利を擁護された時期であった、と。20世紀後半においては、刑事司法制度において被害者に可視化(visibility)を与えるための絶え間のない闘争が始まった。

これら被害者援助における運動は、特殊な社会的、政治的、経済的および法的な文脈の中を横断している。理解なしには困難だが、しかし直ちに理解することも難しいのは、これらのものが他の運動とともに、人びとが、社会、政府、グローバリゼーション、国際安全保障、グローバルセキュリティ、刑事法の伸長、敵刑法(the Criminal Law of the enemy....)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、これまでは、政府または社会—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の中で理解されていた。被害者の人びとが、忘れられし者たち(forgotten ones)とされてきた。それゆえに、ここ数十年、〔これらの〕運動が登場してきたのは、刑事司法における被害者の役割とその可視化の要求であった：一方においては、いわゆる被害—理論(Vicimo-dogmatics)の進展を忘れることのない、被害者学(victimology)そして、そこからの刑事法、刑事政策の観点および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。

1970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、政府が刑事手続から置き去りにしてきた被害者の“再発見、への運動が始まったことである。要するに、被害者は、法的孤立の中に(in a legal vacuum)¹の中に生きていた。それが示唆していたのは、少なくとも、権利をともなう人として考慮するという枠組みにおいては、訴訟過程で主体たちが仲裁することに関しては、手続上の設定は劣位であるという状況であった。被害者像の再発見および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、そうだとした場合、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、刑事制度での被害者の立場および位置の変化を強く求めてきた思考の延長線上に始まっている。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、かつ現在でもそのような状況にある。それは、刑事法および訴訟法の領域での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²の国々においてより幾分か遅く、進展していることは疑い

¹ 英国での理論は、被害者はともともとは法的な非存在(a legal nonentity)と呼ばれていた。FATTAH, E.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のが、KILCHLING, M., *Opferingeressen und Strafverfolgung*, Freiburg, Edition Iuscrim(MPI), 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では遅々としていた。あの国〔ドイツ〕では、たとえば、1970年代、とくに1976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定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1986年までは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そらく、KAISER, M. *Die Stellung des Verletzten im Strafverfahren. Implementation und*

Evaluation des “Opferschutzgesetzes”, Freiburg i. Br., 1992. にある。新たな進展は、1990年の改正少年裁判所における Täter-Opfer-Ausgleich(TOA 行為者—被害者—仲裁)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の利用をダイヴェーション〔刑事手続から外すこと〕(diversion)という特殊な視点での措置とすることである。1994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、または判決なしですますことのできる方法(ドイツ刑法典46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153条b〔任意の訴訟打ち切り〕として紹介された。1990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と補償の紹介によって示唆される異なる結論

がないにもかかわらず、である。それゆえに、CANCIO MELIAが指摘したように³、それ自身の脱周縁化(demarginalisation)が被害者の役割への注目が代理してきたのと同じくらい考慮することで、その代わりをしてきたのである。あるいは、[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慣習が待っていたとも言うことができる。

いずれにしても、いかなる方法でも、あるいは具体的な社会運動に反応するものの議論は、無意味なことではない。最も重大な疑問となるのは、刑務所管理制度および刑事政策における特定の判断の結果と同じくらい、すべての刑事制度と刑事手続全体の原則および基本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では、見過ごされはしない、と。このことはいつも、さまざまな法的モデルにおける存在であり続けてきた。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発想および、被害者が何も得ることができないとして描く。それにもかかわらず、これは、多数派、とくに、被害学の研究者のあいだの意見ではない。このように、ここ最近の10年、記されてきたのは、被害者についてであり、制度の文脈の中で被害者が積極的な存在または不在なのか、被害者の存在に賛成または反対なのかの理論を位置づけることであった。奮闘は、主体および権利の重畳(superposition)のためのかの潜在一被害者運動(that pro-victim)の中でなされるべきではない。しかし、それが「権利を[被害者に]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は、これら既存のものと被害者の統合に代わるものである。

ありうる制度の間では、被害者の権利が仲裁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。刑事訴訟制度のさら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志に鼓舞されるべきである。それとともに、モデルがもっぱら反社会的な行動への刑事および社会的な反応をそれ以上変えないときは、異なる主体的な視点が想定されるし、そして被害者がそれとともに主人公であることも認める。しかし、仲裁は、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、再社会的および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、被告人および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係の問題ではなく、一どのような場合においても、最終的なもの(a final one)―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、能率および充足の長い期間の視野からの成果への積極的な評価へと導くものである。「許容(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、政府の処罰スル法(ius puniendi)に影響したのだろうか。スペインの法的秩序における、これらの譲歩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、いくつかのラテンアメリカの秩序である。おそらく、それらは制度の一部ではあるが、今も地位は固められてはいるが、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

をとめない、ドイツにおける発展と取扱いを強調した重要な業績が、おそらく、KILCHLING, M., Opferingeressen und Strafverfolgung, cit., note 61.

³ CANCIO MELIA, M., Conducta de la victima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de victima y autor en actividades arreiesgadas, Barcelona, Bosch, 2001, p. 24.

ある。

同じように、その結論において、[被害者の] 意図が、被害者の中立化(neutralization)における理論の深い意味を解明するとすぐに、TAMARIT SUMALLA⁴の次の言葉にあるように、克服の中における自律学習、復讐心に満ちた本能の昇華および合理化、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を防止するという意志、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あること…、である。そしてそのことは、どのようにして補償的および回復的な哲学に基づいて新たな着想が現われるかであり、刑事司法を再機能するという新たな流行〔モード〕をどこに明らかに示すのか、である。もし、それが被害への反応の刑事的なもの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の補償に対する責任が発生する。しかしながら、BRAITHWAITEが述べたのは次のことであった。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見なすことのみならず、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とならば、異なる生活様式へと変化させることとなる、と⁵。この著者は、それゆえに、修復的司法(restorative justice)を、通常考えられてきたよりも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⁶。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、応報的正義および賠償的正義または補償的正義が両者ともに配分的正義(distributive justice)の種概念(species)であるという理論における考慮である。両者ともに一般的には、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方法での定評のある方法として提示されている。このことは、私たちに以下のことを考慮すべきと示している。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が、できるかぎり、事実が起きる前に再分配される、と⁸。他人を一人によって代理することは、目的ではなく、応報的および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。このような方法には、事実が起こる前に存在している権利の配分という承認を含んでいる。それゆえに一層、その時には修復的司法を通じての消極的な法的結論が、犯罪行動の犯人に科されることとなる。これは、奪われたものを取り戻すこと、自責の表情、被害の経済的賠償、しかし、すべての事案において、明らかに報復的効果をもつ帰結を構成しているのだろう¹⁰。というのも、はっきりとさえ、修復的司法とは、報復(retribution)の形式なのであり、それゆえに、道

⁴ TAMARIT SUMALLIA, J.M., “Hasta que punto cabe pensar victomologicamente el sistema penal?” ,in Estudios de Victimologia Actas del I Congreso español de victimologia, cit., p.31.

⁵ BARITHWAITE, J., “Principles of Restorative” ,in Restorative Justice & Criminal Justice. *Competing or reconcilable paradigms ?*, (VON HIRSCH, A/ROBERTS, J ed), Oxford, Portland, Hart Publishing, 2003, p.1.

⁶ BARITHWAITE, J., “Principles of Restorative” ,cit., p.18.彼も加えて、司法を尊重しかつ信頼する公共を鼓舞する道へといたる意義を強調する。

⁷ BARITHWAITE, J., “Principles of Restorative” ,cit., p.5.

⁸ WATSON/BOUCHERA/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 同じくイギリス理論に、DUFF, A., “Restoration and Retribution” ,in Restorative Justice & Criminal Justice. *Competing or reconcilable paradigms ?*, (VON HIRSCH, A/ROBERTS, J ed), cit., p.54.

徳的正当性の発見に不可欠なものとなる。それは、最大限二(in extenso) 修復的司法の性質および強度の限界設定する重要な法的改革に服させるのと同じことである¹¹。

実際のところ、かの方法で刑事司法を改革することは、過去からの呼び掛けによるものでしかない。それは、同じく刑事過程からの市民の乖離が、公的利害についての配慮の下に個々人の利害関心を置くことを示唆するし、そのような1世紀以上の方法においては、両者のあいだの分離は、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の賠償を考慮することは想像できなくなっていく。20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処罰の賠償は、少なくとも慎重に導入されることで、十分であった。たとえ、それが実際には可能性が現実よりも〔架空の〕理論的なものであったとしても、である¹²。しかしながら、時間の経過につれて、たしかに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一中立化

(de-neutralization)、および賠償の復活、刑事政策における補償の支援である。それゆえに、確固とした取り組みがいま存在しているのは、修復的司法の支援における理論および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あいだ、共同体と社会のあいだ、さらに刑事法それ自体とその“再解釈”を、その様々な声明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¹³。真実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、社会的な利害の喪失を背景とした被害者の回復に変化させ、刑事法(Penal Code)で賞罰される確実な事実と行使との両者の存在へとさせることである。それゆえに、これが純粹弁証法 (a Platonic dialgue) の特定の執筆者に気づかせることがある。それは、加えて、おそらく疑いもなく同意するのは、顕著な道徳的メッセージであり、要約すれば、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、キリスト教そして儒教哲学とも結びつけられる¹⁴。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(more humanitarian idea)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、政府の制度に対するものである。政府の制度は、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

¹¹ 同じ言葉は以下の文献にも見られる。DIGNAN, 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 ドイツモデルにおける1世紀以上の興味深い見解と進展、そしてとくに20世紀については、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二(ad extensum)発展し、かつこれらの構想の統合に本当に努力したのが、DOMENIG, C., *Restorative Justice und integrative Symbolik. Möglichkeiten eines integrativen Umgangs mit Kriminalität und Bedeutung von Symbolik in dessen Umsetzung*, Bern/Stuttgart/Wien, Ed. Haupt, 2008, especially, p.138-152.

¹⁴ HIGHTON/ÁLVAREZGREGORIO, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, cit., p.79-80. これらの著作者たちは、孔子(Confucius)にとっての不同意について最善の解決は、威圧よりも倫理的な説得と同意により達成されると考えた。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。

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そして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。高い満足という結果となるのは、これらのものは、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、この観点を、ラベリング理論または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出すことである。以上のことが必要なのは、刑事司法における個人をより還元的ではない、そして、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に変化をもたらすことである。このような着想は、しかしながら、そんなに多くの両者の利害関係の存続をなすことではなく、社会的利益の上に被害者の利害をより位置づけてなすべきことである。すなわち、以下のことが考えられたのである。いわく、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。修復的司法および仲裁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ことだということが最初の衝撃であった。刑事的反応を、より攻撃的でなく、より抑圧的でなく、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一消極的な一可能性と見られた。それゆえに、当初は、刑事法の最小化および廃止主義者たちが刑事仲裁(criminal mediation)を好意的に高く評価したにもかかわらず、これらの制度を対話と平和の意味を主張し、それゆえに刑事的反応の最大化を促進したときには、その者たちは、その立場を変えた。

これら修復的司法の宣言(manifestation)の受容は、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、1970年代末のアメリカであり¹⁵、それ以来、拡大は留まることなく、そして様々な国内および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またはサークルは、それゆえに、以下のことに触れるべきである。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ともに、とくにアボリジニーの特殊な実践を融和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)被害者および加害者を超えて、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ェールズ¹⁷であり、後には、ドイツ¹⁸、フランス¹⁹、ノルウェー、フィンランド²⁰でも、異なる対象と、それゆえに

¹⁵ ZEHR, H., "Justice paradigm shift? Values and visions in the reform process", *Mediation Quarterly*, vol. 12, n. 3, 1995, Jossey Bass Publishers, p. 207 to 216.

¹⁶ BAZEMORE, G/UMBREIT, 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 更にとくに参照し、他国でのこれらのいくつかの構想をスペインで読むためには、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 ドイツの理論の発展についての特別の章が下記ニ(infra)記されている。

異なる結果にはなっただけだ。

要するに、断言されるべきことがある。すなわち、現実においては、修復的司法は、実験に基づく一連の構想の結果として、一少年非行(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一既存の刑事司法の弱点と限界への反応と思われた。これらの構想の目的は、まさに、これらが主体と制度で惹き起すであろう修復的な構想ならびに積極的および消極的な効果の適用を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、そして仲裁は、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、介入するだろう種々の非対称な現実主体(fachts-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。仲裁とは、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である。

2、仲裁とは何か、そして、それはどのようにそれを汲み込むのか？

私たちは、仲裁とは何か、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略する立場にある。

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

仲裁とは、既存の「彼ら彼女ら〔被害者と加害者〕の、刑事法上の紛争解決への参加のための潜在力を被害者と加害者が自発的に承認の長所による、訴訟過程ではなく、司法外の手続(extrajudicial procedure)である。第三者、仲介者の介入により、この〔仲裁〕は、犯罪のより早い状態と法的秩序への尊重を再構築する。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充足を与えることと同じである。

それが紛争マネジメントの意味であり、対話と、政府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により制度化され、結論として、市民社会への役割を導くことに立ち返る²²。すべてにおいて疑いがないことは、司

¹⁹ フランスでの仲裁の起源と発展においては、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、当初どのようにして台頭したのか、を説明する。焦点を当てるのは、「バレンシア仲裁委員会(Conciliation Committee de Valence)、パリでの攻撃-紛争 SOS 協会(Association SOS Agression-Conflicts)そしてストラスブールの合意協会(ACCORD Association)。その発展においては、とくに上記 185 ないし 192 頁。さらに、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 この点は筆者自身の業績を参照のこと。 *Mediación Penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

²² この良い定義は、GONZALEZ CANO, I., “La mediación penal en España”, cit., p.25. によって与えられている。彼は以下のように仲裁を考える。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、2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、紛争の由来、その原因、そして結論を理解し、両者の見解に対峙し、そして賠償の象徴的な方法の論証を理解するために、紛争をマネジメントする制度として考慮する。

法行政において信頼の向上へと導こうというものである。その組み込みが示唆するのは、それは、かつての「紛争」という考え、一被害者と犠牲者—という主役の配置に關与する主体という考えにも表われているというかぎりでの、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、それは政府自体が、犯罪行為に巻き込まれた主体の仲裁と協力によって行為の訴追の一部を放棄する。裁判所がどの仲裁、どこで適用される仲裁の結果を制御しようとか、刑事上の有効性を適用を仲裁により合意されたことを原因としようとか、しないとか仮定したとしても、これは、刑事権力(criminal jurisdiction)の独占性の原則に影響するものではないし、政府の刑罰権(ius puniendi)を超えた独占権に影響するものでもない。

私たちが仲裁を受諾することを認める構成要素とは、以下のとおりである。

1°) 仲裁とは、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そして／または規定される保護的な仲裁の利害関係の射程で進展すべきである。多様性は、政府および地域の枠組みのなかで変化は、とても大きい。が、しかし、仲裁は、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、私たちは仲裁を自由の実践における制度と考えるべきである²³。

2°) 仲裁とは、それに当事者の意志を服従する自律(liberty)または自由(free)する基礎づけられたものである。これらが意味するのは、刑事仲裁—被害者と加害者—を自由に行う者たちであり、買収でも、強要を意味しない。

このような覚え書きは、法を統御する公務員(officialdom)の原則の承認とにある種の混乱を引き起こす。仲裁か否かの問題は、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これらの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仲裁を委ねるか否かは、問題における裳出るおよび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、独占的判断が、仲裁手続の開始を考慮しつつ、フランスの例のように²⁴、検察官に与えられている。政府の国家刑罰権の執行を特徴づける本質的な原理を伴うと、より首尾一貫して見えることは、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での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は、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、仲裁過

²³ 完全な自由の意見と推定することのすべては、刑事事件では可能性はない。たとえ、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。疑いようがないことがある。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19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。刑事仲裁は、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、仲裁の訴訟手続が制度の中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 penal para adultos*, cit., (Ed.BARONA VILAR), cit., pp.200-201.を参照。

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。

この意味、スペイン法的秩序へ採用されたのであろう一つのモデルは、ドイツのものであり、それは、以下のような原則の中で確立している。すなわち、検察官が、事件を仲裁へと委ねるか、反対に、刑事過程の起訴に是認するための、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、事案を仲裁に委ねる決定もできるし、その上公式な起訴という決定もできる。すなわち、公判前(Pre-trial)の段階において(ドイツ刑事訴訟法153条a1項1号および5号 (art.153a.1 and 5.)そしてドイツ少年裁判所法(Penal Code of minors)45条2項および3項)である。裁判における審判を中断し、両当事者たちを仲裁のために聴取し、勧告する(ドイツ刑事訴訟法155a)ことの可能性すらあるのだろう。それゆえに、ドイツの規定は、そのすべてが可能である。したがって、賠償は、公共の利益を、事実の起訴とその後の、予想できる刑事上の有罪判決から回避することができる。それゆえに、ドイツにおける可能性は、仲裁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。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きるのか。思想の可視化を否定しなければ、疑問は、仲裁を受け容れる承諾をすることのできる価値に集中する²⁵。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、検察官および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²⁶。

3°) 仲裁とは訴訟手続(a procedure)であって、訴訟過程ではない(not a proceeding)。手続と過程は、ラテン語では(pr-ocedere)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、前に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)117条3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。仲裁の事案においては、それが当事者ヲ超エタ(supra partes) 雑種構成的な方法(a heterocompositive way)での行為のような、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実行するのは違って、仲裁者の判断が迫られるものではない。その代わりに、仲裁者は、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援助に努める。すなわち、果たされる職務は、中立性の基礎の上で、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、仲裁者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知らされて、終わる。そのことは、もし、合意の取り決めの結果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るであろう法的帰結を与えるのであれば、行動の成果に法的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

²⁵ この事例は、ドイツにおいてこれらのありうる刑事上の仲裁から与えられる。それは、仲裁を受け容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、公訴の組織からの委託によるものではない。

²⁶ BANNENBERG, Britta, *Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis. Eine empirisch-kriminologische Untersuchung vom Täter-Opfer-Ausgleichsprojekte in der Bundesrepublik Deutschland*, Bonn, Forum Godesberg, 1993, p.23-24. 著者の以下の章を参照 “Situacion de la justicia restaurativa y la mediacion penal en Alemania” 共著である *La Mediación penal para adultos*, (Ed. BARONA VILAR), cit., p.268-270. に所収。

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とも、仲裁の結果を司法上の判断の中に転換させるようとするものである。

このような正式手続が柔軟であり、そしてまったく公式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)、柔軟性そして厳格でないことの質が、公共に対して現実に効果的である保護のいかなる様相における仲裁のなかでも、まさに当事者の仲介という本質的な原理を助ける効果的な訴訟過程の道と言わなければならない²⁷。保証は、それゆえに、Von Schlieffen²⁸が考察したように、存在すべきなのである。いわく、仲裁とは、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完全さを補うもの(complement)である。仲裁を刑事司法モデル²⁹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、求められる仲裁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ものである。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ったり、である。その結論においては、刑事仲裁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、裁判所か検察官からの照会により、または仲裁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かにかかっている。

概して、別のものによる一つのモデルの代用としての変化はない³⁰。とはいえ、両者の制度の“多少なりとも平和的な、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配慮とともにあるときである。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。

²⁷ TRANKLE, S., Im Schatten des Strafrechts, Duncker & Humblot, 2007, p. 43

²⁸ VON SCHLIEFFEN, K., “Mediation im Rechtsstaat – Chancen einer neuen Konfliktordnung”, in HAF, F./VON SCHLIEFFEN, K. (ed.), *Handbuch Mediation*, München, 2002, p. 176.

²⁹ その構想とその法的な組み込みという統合の必要、そして刑事政策と修復的司法、刑事仲裁に対する需要については、DOMENING, C., *Restorative Justice und integrative Symbolik. Möglichkeiten eines integrativen 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、要点にとってのここで行われているにもかかわらず、統合のための提案である。Pp. 324-326. は特に興味深い。

³⁰ ある著者の考察にもかかわらず、la vía penal del siglo XXI, GALAWAY, B., “Prospects”, in *Mediation and Criminal Justice (Victims, Offenders and Community)* (WRIGHT/GALAWAY, ed.), Bristol, 1989, p. 275. もある。

それゆえに、仲裁は、犯罪への社会的反応のモデルでの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、幾人かの作家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、完璧な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³¹。その上、WALGRAVEが指摘するように³²、この統合された司法のモデルは、法秩序における一つの可能性に過ぎないし、政府の反応であり、そしてそれは、しかも以下のかぎりにおいてである。

“もし政府が消え去るならば、権利は存在しなくなり、それぞれの場合で他人の善意、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。政府が存在するだけで、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だろう。すべての政府が無政府状態か圧政に陥って終わることだろう。”

5°) 仲裁は、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仲裁者、または中立かつ公平な第三者なしに、自分の行動を直線的な位置に自らをおく。それゆえに、一方には、被害者および犯罪結果を被った者、ならびに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、両者のあいだの仲裁者、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接近できるようなものである。仲裁の成功は必然的に、各主体に聴きとりをする機会と、同時の対話もしくは対面での会合、または連続した1対1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、この仲裁の正式手続が主体的な第三者的定式化というこの着想と結びつけられたことは、仲裁者の中立性に対して求められるものである³³。それは、偏見性のなさという規準とともにそのようなことをなすこと、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³⁴、仲介する第三者の必要性を反映することである。単なる観察者(spectator)であるよりも、むしろ、これが含意するのは、両当事者に会い、怒る気分を宥め、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である。さらに、常に仲裁者の中立性を支援するところへの秘密性のために必要なことへの尊重であり、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るし、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を対応することをも意味する。

³¹ BUSSMANN, K.-D は指摘する“倫理性、象徴性そして刑事法が、仲裁プログラムの好機であり限界である”。in *Restorative Justice on trial. Pitfall and potential of victim-offender mediation...*, Springer, Netherland, 1992, pp.324-325. la solución está en encontrar criterios que hagan posible distinguir entre los casos que necesitan de la mediación y los que requieren el proceso penal en toda plenitud, 刑事訴訟過程と仲裁の両者の本来的機能を認める編入のモデルをどのように呼ぶか次第である。

³² 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.

³³ TRANKLE, S., Im Schatten des Strafrechts, cit., p.43

³⁴ それゆえに仲裁者は、DI CHIARA, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: Una panoramic sulle fonti*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascicolo 2, April-June, 2004, p.501 and ff, equiproximo 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えり、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べきである。

第三者にとって、仲裁手続では被害者でも加害者でもなく、互惠主義(bilaterism)の思想を覆さずに、両者と協力して介入することは、均しくありうることである。正当な警告が選択されるべきことを意味する第三者のすべての参加の結果として一般化してしまう非対称は避けなければならない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、仲裁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法律家が、正式訴訟への助言者の介入の可能性が質問されているときでさえも、もし訴訟の法的妥当性が、おそらく加害者の法的および訴訟的な状況に作用するかもしれない仲裁合意にいたるのであれば、それだけなお一層、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) 秘密性の原則に基礎づけられている。この原則は、仲裁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、現実の意味で仲裁にいたるであろうことについて、刑事上の過程の結論と連関性ととともに、両当事者と共有された後に、仲裁者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、情報が信頼の下で、すべての有罪としうる価値をもつ仲裁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、仲裁を諦め、そして刑事訴訟過程に戻るであろうという可能性を維持する。すなわち、両当事者と違って裁判所の論理性は、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。反対〔に両当事者〕は、無罪推定についての権利(スペイン憲法●SC 24条)への攻撃を意味するのであろうし、そして一明白に一仲裁過程への参加に対する犯罪者推定への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ても³⁶、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だろう。同じように、上記の帰結として、仲裁者は、訴訟過程に、立会人または専門立会人(expert witness)としてその職務に就いている訳ではけっしてなく、職業的な秘密の帰結として犯罪を報告する義務から依然として免除される。

7) [訴訟費用は] 無料(free)であるべきなのか。私の理解では、刑法の公的な性格ゆえに無料であるべきであるということであり³⁷、スペイン憲法14条における平等の原則を尊重するためである。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

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", 共同執筆である *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、基本的な有罪としうるという意味において、仲裁での手続とそこに含まれる仲裁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、仲裁で示されたことは、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、かつ当事者を仲裁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", 共同執筆である *La Mediación penal para adultos*, (Ed. BARONA VILAR), cit., p.33.

デルを構築することになろうし、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、私たちは仲裁を、二段階の刑事過程を支援する制度に変えることとなってしまふ。これらの考察に関連する別の質問とは、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ともに任意で、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、適用可能な箇所では、詐欺的な犯罪から発生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仲裁の組み込み

刑事上の仲裁のスペイン法秩序への組み込みを語ることは、正式訴訟が仲裁のなかでは不明なもの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10年以上も有益な役割を果たしてきた●Ley Orgnacia 2000年5月。それゆえに数えることのできる構想で、仲裁の領域において実施されているのは、犯罪学研究所(Institutes of Criminology)、犯罪被害者局(Offices for Vicims of Crime)、そしてより最近では司法権の総合会議(the General Council of Judicial Power)により組織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仲裁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において、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、両当事者の支援が、修復的司法の表現形態を提供する現行の規則、そして刑事制度全体において必要な機能を確保するための、長い道のりの最初の開始点を提供する現行規則において存在するものである。このような観点において、私たちは、今日仲裁を正当化できる、これらのいくつかの規則の存在を例示することができる。

1. とくに、訴訟上の機会の原則(the principle of procedural opportunity)を編入するときの訴訟過程における申立—合意書(plea-agreement)のための様々な仲裁を承認し、規制する刑事訴訟における法律の提供。

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 officito)、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215条、同じく準私的な犯罪(semi-private offence)、スペイン刑法の191条、201条、228条、287条、296条、620条、621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21条5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49条)

5. 拘留命令(a custodial order)実施の一時停止の可能性(同刑法81条および83条1項)

6. 刑務所宣告に代替する刑の可能性(同刑法88条)

7. 3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 Orgnaica General Penitenciaria)72条5項および同6項)

8. 条件付き釈放(conditional freedom)の可能性(同刑法90条2項g^aの原則と91条2項)

9. それゆえに好意的な解釈は、仲裁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だろう(同刑法4条4項)。

たしかに、このような準備は、仲裁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、仲裁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だろう修復的要素の編入のための扉を開いてきた。もし仲裁が、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、起きうるであろうことの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、規制するだろう**刑事上の仲裁における法。**すなわち、1. 何を仲裁するのか？ 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. 合意さなければ仲裁から生じる結論。このことは、すべての事案において、政府の法的管轄となるだろう（スペイン憲法149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、仲裁の結果に帰責する法的および訴訟的な能率でもある—さなければ、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、地域政府 (Regional Government) によって進展させられてきたのであろうし、仲裁サービス、仲裁者登録…といった目的のために作られてきた。同じように、仲裁者の地位を認めることができるであろうのは、仲裁者のための必要条件、権利と義務、機能的な保証などをふくむものであろう。

第二の段階では、刑法 (Criminal Code) の仲裁は、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3方式 (a tertium genus) である。現在では、これは、スペイン刑法21条5項と関連している（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、その尽力を引き下げることである。）。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、犯罪者にとっ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88条（1年を超えない刑務所収容判決の代わりに、被害者補償で刑務所には収容しない）との関連そして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なく、論理的な方法で実行することである。その方法とは、スペイン刑法が明らかに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、異なる仲裁は、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、仲裁が決断されるポイントに関するものについて、過程との関連への定義づけに向けられたものであり、同じく、合意の状況下でおよびその実行またはそれ以外での法的効果に向けられたものである。

a) 第一のところ、訴訟過程の中断の可能性は、いかなる訴訟上の段階でもなしうるかどうかを決定することが定められなければならない。被害者と加害者の両者が仲裁への照会をされるべきである。刑事訴訟法は、過程上の中断のための最大限の期間を構築すべきである。それは、仲裁手続の最大限の継続を定める仲裁の法との関連づけ、それにもかかわらず、その延長のために存在するだろう提案することである。

b) 刑事訴訟法は、仲裁がおそらく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. 調査の段階である。始めに、仲裁サービス (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、仲裁への照会をなす法的な強制実体 (the law enforcement bodies) が発生しうることもありうるが、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、仲裁が承諾において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 nonsuit)、もしそうでないならば、公式の召喚をとも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、公判段階における仲裁である。検察官および裁判官の合意をともなう裁判期日の中断は、訴訟過程の中断をともなう仲裁のための時間枠を設定することである。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だろう。答弁—合意書と強く関連があるのは、その効果とともに、訴訟過程を終結する仲裁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、またはそれなしの仲裁合意の導入、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)後の仲裁の規定の可能性を分析しなければならないであろう。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)のような利益を獲得することである。仲裁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、合意にいったならば、強制のための法的な承認をともなう検察官に伝達される。

4. 刑務所入所判決のあいだに起きるかもしれない紛争を解決するために仲裁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算入が必要となろう。強制の時間で仲裁を形成できる可能性は、このようなすべてにもかかわらず、いくつかの事例では、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を達成するものを見つけることが必要である。

3. 刑法上の仲裁の段階

照会は、おそらく刑法上の仲裁のさまざまな段階で行われるであろう。それゆえに、仲裁がなされ、終結する方法に関して、刑法上の仲裁が発展し、かつその刑法上の過程との関連の可能性に関して、私たちは仲裁を2つの大きなグループに位置づけることができる。仲裁における被害者および被害者との大なり小なりの関係者との密接な関連性は、仲裁の異なる様式性が提案されることに委ねる。これは、なぜ直接的な仲裁および間接的な仲裁を語ることができるかであり、つまり、裁判前の仲裁(pre-trial mediation)、裁判内の仲裁(intra-trial mediation)であり、そして判決後の仲裁(mediation postsententiam)である。

3. 1. 典型的な交渉のための刑法上の仲裁

刑法上の仲裁がなされる方法を考察する第一の規準をみれば、直接および間接の仲裁と分離することが可能である³⁸。

3. 1. 1. 直接的な仲裁

私たちが参照することのできるのは、二名当事者とともに実践されるとき、同一の物理的な空間にその者たちが存在するという直接的な仲裁についてである。論理的には、仲裁の最終目的は、原則として両当事者がおそらく同時に仲裁者とともに機能するとき

³⁸ 参照、PASCUAL RODRÍGUEZ, 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, GGPJ, Madrid, 2008, p.170-171.

に充足される。合意という更なるノルマ(quota)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。その対話とは、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。この職務における仲裁者の活動の熟練さの成果は、最大限に重要である。これらは、対面式仲裁(face-to-face mediation)、および被害者—加害者—仲裁³⁹、ならびにドイツとオーストリアでは行為者—被害者—和解(Täter-Opfer-Ausgleich)⁴⁰と呼ばれてきた。

アングロサクソンの国々において、これら仲裁の不安定さ(the variable)は、割に合わないものとなっている。それゆえに、被害者、加害者および利害関係人のいわゆる対面式での会合は、どの訴訟手続で当事者がどのような合意を目的とするか、しかし、すべての場合で、犯罪が社会的および個人的な現実であり、もちろん、その者たちも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紹介される。それは、まったく個人個人の性質の何かにおいて、とくに確実な状況を指し示すのにもかかわらず、修復的正義の最も激しくかつ個人的な表現である。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、カナダおよびイングランドの教育機関で判明している⁴¹。これは、犯罪者を支援するこれらその使用によって性格づけられている。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ろう一種の取引の装置として働くことで性格づける。それはおそらく、学校における反社会的な行動を⁴²参照しての集団的な性格のある過程にも及ぶものであろう。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人化された取扱いへの障害にはならない。

3. 1. 2 間接仲裁

仲裁が成功裏に催されても、対称的なものではないのは仲裁者と両当事者の間であり、両者のあいだの対面式ではない遭遇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仲裁として参照されるものである。これらの場合での仲裁技術は、訴訟過程上の仲裁(直接仲裁)とは異なる。すなわち、直接仲裁では、仲裁者の手腕は、一方当事者から他方当事者への転送に向けられようとする。考察されてきたのは、このような〔間接〕仲裁の様式性が、直接仲裁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あいだ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、説明する手紙や謝罪を書くような、仲介措置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想定においては、両者のあいだに間接仲裁のさまざまな様式が存

³⁹ 修復的政策を導入するためのさまざまな手続、そしてそれを刑事上の仲裁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 いくつかの反映は、この様式に存在するし、そして SHERMAN,L.W/STRANG,H.,*Restorative justice: the evidence*,cit.,p.54の業績で引用される国々でのいくつかのプロジェクトを省察することにある。

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.

在する⁴³。すなわち、仲裁者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、携帯電話などなどを越えた意思疎通をする、これらの媒介物によって、犯罪者と彼ら彼女ら被害者たちとのあいだの間接的な意思疎通を経由して、意思疎通を相互に行ない、または往復の儀礼的な仲裁を交わすもの、である。非対面式の遭遇は、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にある。

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、司会進行者か間に入る者(in-between person)が出席するという2つの可能性がある。その者は、仲裁者ではあろうが、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、少年犯罪の分野においてどのようなものが根本的に有効性かは、その効果は、他の〔上記〕2つの手段と比較できるものではない。

第三審級者は、これらの様々なアプローチで介入するだろうし、しないかもしれない。第三審級者とは、解決のための調査と修復的司法権の適用範囲を変更することについて協同する者であり、照会が、ある事案では仲裁者と見なされ、他の事案では司会進行者(facilitator)と見なされる。仲裁において仲裁者は、すべての者にとって満足のいく結果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、第三審級者とは、司会進行者であり、もし適切ならば、当事者自身でどの形式かを発見する責任があり、もし適切であるならば、交渉を前に進める者なのであり、介入する仲裁者ではなく、司会進行者が介入する。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⁴⁴、その司会進行者の役割は、当事者にその会合のための理由に集中させ、それは、そして文明化された方法でのその者たちの意思疎通の継続を確保することとなる。大規模な詐欺のような、多くの犯罪者と、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いて、集団訴訟過程にとっては有用となろう。

3. 2. 刑事仲裁をなす時間およびその刑事法的な過程との連関

もし、仲裁への合意の到達とその後の刑事過程の継続との連関の可能性が考慮されるならば、それを代替する時間の不在により、中間裁判的な仲裁と判決後仲裁(mediation postsententiam)とを区別できる。

3. 2. 1. 裁判前の刑事仲裁(Pre-trial mediation)

もし、仲裁が、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仲裁の形式は、ただ個人に対する名誉棄損および侮辱ならびに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. 裁判内仲裁

⁴³ SHERMAN, L.W./STRANG, H., *Restorative justice: the evidence*, cit., p.13 and 32. を発展させたものだろう。

⁴⁴ SHERMAN, L.W./STRANG, H., *Restorative justice: the evidence*, cit., p.33.

この類型の仲裁が関連するのは、係争中の訴訟過程の存在である。それは、仲裁で到達される結論が過程そのものに影響を与えようとするような、仲裁に代替し、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に提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た結論、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であろう。

3. 2. 3 判決後の仲裁

この様式の下で言及されるのは2つの特殊な状況である。すなわち、1つめは執行過程と関連し、そしてもう1つは、刑務所への懲戒上の賞罰制度と関連している。

最初の〔執行過程での〕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、いつでも規則上いつでも仲裁に含まれることを条件に、仲裁をなす可能性が含まれるかもしれない。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の権利喪失の代替に左右されるかもしれない。仲裁における合意は、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うるし、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、刑務所制度への適用可能性であり、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与えるものとなろうし、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ろう。現在では、対話と長期間費やす解決のための調査よりも、勝者そして敗者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、仲裁は、現在のモデルの補足的な制度とされるのであろう。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での暴力の減少を助けているのかもしれない。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. 仲裁にとっての客体的—主体的な限界？ これらの限界が特定の被害者および特定の加害者を排除しているのか？

一つの疑問が起きたのは、理論および刑事政策における仲裁についての限界の定義づけに関してである。仲裁の中に被害者が参加すること、刑事上の裁判(juridical-penal)の結論に対する賠償の統合は、犯罪の軽減としてであれ、規準と判決とのあいだの第三のもの(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、何が犯罪的で処罰に値する行為なのか、いずれにしても、仲裁および仲裁の参加に至る可能性はあるのか。これは法秩序における限界の中で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、いくつかの光の可能性の状況に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が、有利なものとしてでないものを分離しようと努め、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超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、行動の厳格さ(severity)である。事実が深刻だと考えられるときは、被害者が仲裁で本犯かもしれない者(possible authors)と動くことは、推奨できない。この場合においては、被害者から隔離して考察すること、それは、算定される客観的な規準、つまり、過酷な判決に値する犯罪行為でしかない。このような規準は、しかしながら、なぜ仲裁なのか、あるいは、なぜそうではないのかという疑問にいつも答えてはいない。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汲み込むことができないとしても、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ことである。これは、テロリズム犯罪とともに起きることであり、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、最近では仲裁の客体であり、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」の目的をとともなうものである。とても複雑な宣告に直面するが、そこでは被害者自身が、刑務所でのこれらの仲裁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、より仲裁に導きやすい。世襲財産(patrimony)に対する犯罪はここで仲裁されるし、同様に、身体的な攻撃、脅迫また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、そして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となることが、常に真実であり、そして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仲裁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は真実である。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。

仲裁の周辺に法的な伝統が存在する国々においては疑問を差し挟むような特定の状況が維持されてきた。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、そして他の事案では被害者によるものである。それゆえに、

—行為者に関する仲裁の事案においては、そのような可能性が拒否されるべきままである。仲裁が、変化しようとするものとともに法秩序の中で考えられる「良きもの」、である。それゆえに、—それらは維持する—犯罪を繰り返さないこれらの者のことを理解しないのである。もし、理念が、仲裁が誰であれ変化すると決めたことで満足する合意の中に、それに伴うパターンリスティックな構成要素とともに存在としよう。もし、そうであるならば、以下のことになるであろう。すなわち、刑法の拡張についての視点とともに、必ずしも常習犯罪ではない人物が、その処罰に値する犯罪項が同じような法的利益のが反映されずに、再犯者となってしまうかもしれない。規則の構築は、詭弁の可能性に反応するには厳格すぎるし、そしてとくに被害者をこれらの事案で仲裁に進むことから妨げてしまうかもしれない。

—集団的な法的利益が保護するときにおける、いわゆる危険な犯罪において、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、そして仲裁の席に「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は、私たちに以下のことが言えると提供する。すなわち、これらの事案においては、象徴的な被害を現すことといわれてきたこと、結社やグループを代表しているであろう者たちと言うこと、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。

一仲裁の実現可能性について疑いを生じる他の事由は、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のなかで被害者とともに存在し、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、仲裁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〕は仲裁についてより困難にすることを意味する。というのも、これらはすべてそのようにすべきことを欲しているからである。仲裁は、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ともに、経過の客体を制限し、または制約することに役立つべきである。民事上の仲裁(**civil mediation**)で起きたように、訴訟過程における仲裁の尽力を手配することが主題なのではない。とはいえ、仲裁は、すべての主体が仲裁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。

一仲裁とは、未成年、障害を伴って生きる人びと、年配の人びとという被害者についても問題にされるものである。この場合においては、これらの人たちの傷つきやすさ(**vulnerability**)に根拠がある。仲裁訴訟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、この状況は、議論する未解決なもの(**open**)が残されていることは否定できない。その人たちの潜在能力を補完し、案内し、そして支援する人びとが“役に立つ自分、”でありうる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考えることを妨げるものではない。とてもありうる一つの場合は、裁判官や検察官がその人たちを仲裁から排除しようとするのである。それは、その人たちが持っている内在的な傷つきやすさが、傷つきやすさという猛烈な感情が引き起こされるかもしれないという仲裁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。

仲裁が拒否される他の事由とは何かといえば、性暴力(**gender violence**)の場合でのものである。この除外は、性暴力に対する総合的な保護を措置する2004年第1号12月28日の組織法(L O、**Ley Orgnacia**)の44条5項(44.5)での禁止が支持される。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依存(**dependancy**)に屈伏させられるからである。明らかなのは、多くの事案においてこれらの合意が、厳密にはそのようなものとなることである。とはいえ、以下のことを仮定すれば、除外に必須な規則についての特定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(**distancing order**)の事由の下で(一被害者の意志—という均衡が保証されるであろう状態を供給すること)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だ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。

結論においては、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、そして政府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ときには、まったく想像できない高みに到達してきたかもしれないということである。

とはいうものの、被害者を、とくに修復的司法を通じて、訴訟過程、刑事法そして仲裁に統合することは、反対の極に近づくことになる。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ものである。もちろん、仲裁に関していえば、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、仲裁を勧め、またそうでなければ“これらの、被害者に仲裁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、“仲裁者”となるだけでなく、“良い仲裁者”となるための手腕と技術、職務を支える法への精通を發揮すべき刑事上の仲裁者の手の中において働くものなのであろう。