九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

裁判官は、裁くときに、何を引き起こすのか?

ハインツ, ヴォルフガング
コンスタンツ大学

武内, 謙治
九州大学大学院法学研究院

https://doi.org/10.15017/7575

出版情報：法政研究. 72 (1), pp.298-248, 2005-07-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

資　料

裁判官は、裁くときに、何を引き起こすのか？[1]

ヴォルフガング・ハインツ
武　内　謙　治　(訳)

必要不可欠のまえがき

プログラム通りに進行するのだとすれば、この少年裁判所会議ライプツィッヒ大会は、少年司法のコペルニクス的転換から出発している。というのも、これほどまでにラディカルに、無条件に、力強く、切迫して、少年司法のクオリティ・マネジメント[2]に注意を促し、さらにはそれを求める少年裁判所会議は、いまだかつてなかったからである。議事日程に上がっているのは、特別予防に基礎を置く少年裁判所法のコンセプトを跡づけ可能な方法で真剣に検証するという――クオリティ・マネジメントの一部としての――要望である。このようにして真剣に跡づけようとすることには、以下の前提がある。すなわち、第一に、制裁予測を行う際に経験的な効果研究の状況が考慮されること、第二に――制裁予測を精査するために――どのような介入を行えばどのような結果が誰に生じるのかが確認され、記録されること、そして第三に、必要な場合には、実務特有の動向を修正できるようにするためにもこ

(1)　本稿は、2004年9月25日にライプツィッヒで行われたドイツ少年裁判所会議第26回大会における講演を修正、補完したものである。講演の形式は、維持している。

(2)　クオリティの保証 (Qualitätssicherung) とクオリティ・マネジメント (Qualitätsmanagement) というテーマは、近年、多くの領域で意味を持っている。例えば、健康に関する啓蒙のための連邦本部 (Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung) の資料 (Band 8: Evaluation — ein Instrument zur Qualitätssicherung in der Gesundheitsförderung, Köln 1999; Band 15: Qualitätsmanagement in Gesundheitsförderung und Prävention — Grundsätze und Methoden, Köln 2001) や児童・少年援助におけるクオリティ・マネジメントに関するBissingerとBöllertの意見書 (Bissinger, Stephan; Böllert, Karin: Qualitätsmanagement in der Kinder- und Jugendhilfe, in: Sachverständigenkommission 11. Kinder- und Jugendbericht (Hrsg.): Materialien zum Elften Kinder- und Jugendbericht, Band 2: Kinder- und Jugendhilfe im Reformprozess, München 2003, S.191ff.) は、その目的、手続、方法の幅の広さを知るのに有益である。

うした確認や記録が行われるということ、である。

裁判官の独立性という言葉を聞いて、独特な事柄[3]を思い浮かべる多くの人々にとって、確かに革命的に響くような事柄は、実のところ特に革命的というわけではない。少年裁判所会議は、この要求において、開拓者の機能を果たしてきたわけではなく、先駆者の役割を引き受けてきたわけでもない。少年裁判所会議は、ヨーロッパ審議会の閣僚委員会がすでに1年前に諸国の政府に勧告した事柄を主張しているにすぎないからである。少年司法は「何が、誰に対して、どのような条件のもとで効果を持つのか、という学術的な知見に可能な限り依拠しなければならない[4]」、というのが、その勧告内容である。また、この少年裁判所会議は、すでに2年前に第11次児童・少年レポート（11. Kinder- und Jugendbericht[5]）において児童・少年援助から求められていた事柄も取り上げている。それは、「信用性の理由から、そして専門的な理由から…その固有の主張と基準を真剣に受け止め、実務でそれをふさわしく組み込むということ――それでも、児童・少年援助の介入は、少なくともその自己理解に従えば、大抵の場合実務においても、名宛人の一生に長期的な影響を及ぼす介入を含意している[6]」ということである。当時、専門家委員会が批判したのは、児童・少年援助では「実務の効果を基礎づける知見が余りに［学術上］薄弱であり、［実務の効果を検証するのに］ふさわしい研究が至るところで欠けており、特に評価が不可欠な要素であるという意識が専門性を持つ実務のあらゆるところで欠落していること[7]」であった。ここでなされている確認をそっくりそのまま少年司法に移

---

(3)　その裁判官の独立性に関する理解のひとつは、「裁判官は独立しているので、専門教育は全く必要ない」と表現するのにぴったりのものである。

(4)　少年非行とのつきあいおよび少年裁判の役割における新たな道に関する閣僚委員会による加盟国に宛てた勧告、Empfehlung Rec(2003)20 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten zu neuen Wegen im Umgang mit Jugenddelinquenz und der Rolle der Jugendgerichtsbarkeit, II. 5.（ドイツ語版については、次の文献を参照のこと。Bundesministerium der Justiz［Berlin］, Bundesministerium für Justiz［Wien］, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement［Bern］［Hrsg.］: Die Empfehlungen des Europarates zum Freiheitsentzug 1962-2003, Mönchengladbach 2004, S. 211 ff.）。

(5)　Vgl. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.): Elfter Kinder- und Jugendbericht. Bericht über die Lebenssituation junger Menschen und die Leistungen der Kinder — und Jugendhilfe in Deutschland, Bonn 2002, Kap. A.II.1, A.III., C.II.

(6)　Elfter Kinder- und Jugendbericht (Anm.5), S. 254.

(7)　Elfter Kinder- und Jugendbericht (Anm.5), S. 255. 評価への先入観と同様に目にする危惧について、専門家委員会は詳述している。いわく、「評価が濫用されうることに対する根深い危惧と懸念、そして例えば、そうでなくても教育の道のりは――基本的に生涯学習を基礎に置くので――評価に馴染まないという根強い先入観が、ほとんど至るところにある。確かに、節減の強制が常に強調されていることや跡づけできないような財政の切りつめにより、まさに児童・少年援助の領域

し換えたとしても、殊更に異議はないのではないだろうか。

こうした背景の前で、簡潔に表した私の講演の表題は敷衍されなければならない。

- この少年裁判所会議の文脈では、裁判官一般が問題なのではなく、少年係裁判官の実務が問題である。
- 少年刑法とかかわりを持つ若年者の全てが［審判廷の］裁判官の前に現れるのではなく、大半は一度として現れないのであるから[8]、現代の「裁判官の前の裁判官[9]」、すなわち検察官が［本稿の表題にいう「裁判官」という概念の中に］含められなければならない。
- 法治国家では、検察官同様裁判官は、法律と法に拘束される。このことは、同時に――非理性的な法律に対する責任と同じく――理性的な法律に対し立法者が第一次的な責任を持つことを意味する。それゆえ、現行法のみならず未来の法に関する刑事政策的な議論が試験台に載せられなければならない[10]。

もちろん［上記した対象の］同心円は、本質的には、刑事政策の決定的な推進力となっている大衆紙[11]にまで広げることができる。しかし、この同心円を拡げれば際

においても実務の専門的な評価に対する危惧が煽られているのであれば、このことは正しい。しかし、それに対して、固有の潜在的可能性や構造、過程、効果の体系的な検証という意味における評価を教育実務の不可欠の構成要素と理解するのであれば、それは不十分な議論である」(aaO. S.255 f.)

(8) 2002年、旧いラントにおけるダイバージョン率は69%に達している。つまり、(検察官の目から見れば) 起訴に値し、裁判所の視点から有罪を言い渡すのに値する者の31%が、［実際に］有罪を言い渡されているだけだということになる。そのうちの52%において検察官は少年裁判所法45条1項、2項により手続を打ち切っており、4%において少年裁判所法45条3項による裁判官の命令に従い、13%弱において少年裁判所法47条に従い裁判所によって手続が打ち切られている(2002年の数値までを含んだ展開については、Heinz, Wolfgang: Das strafrechtliche Sanktionsystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882-2002［Stand: Berichtsjahr 2002 Version: 7/2004］〈http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/sanks02.htm〉, Schaubild 25 を参照)。

(9) Kausch, Erhard: Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter ?: Untersuchungen zu §153 a StPO, Berlin 1980.

(10) 現代においては、確かに、刑事政策に登場するアクターが多様化している。刑事政策は、(連邦議会や連邦参議院の)立法者によって遂行されているのではなく、かなり前から行政によっても行われている。「執行法 (Exekutivisches Recht)」が形成され、行政が新しい刑事政策のアクターとして登場したのは、特に制裁権限が検察に移った結果である。このことに関するよく知られた例は、それぞれが明白に異なっている14のラントのダイバージョン準則(die Diversion-Richtlinien)である（これについては、vgl. Heinz, Wolfgang: Diversion im Jugendstrafrecht und im allgemeinen Strafrecht- Teil 3, DVJJ-Journal 1999, S.131 ff, Teil 4, DVJJ-Journal 1999, S. 261 ff.)。いくつかのラントにおいてこの間行われたダイバージョン準則の改訂（バーデン・ビュッテムベク2004年、ベルリン1999年、ブランデンブルク2003年、ノルドライン・ウェストファーレン2004年、ザクセン2001年、ザクセン・アンハルト2002年）でも、本質的な部分は変わっていない。

(11) メディアにおける犯罪の記述は、選択的で劇化されている。それに政治もが影響を受けていることは、われわれの日常の経験にも適っている。例えば、「政治―ジャーナリズムの増幅循環」(Scheerer, Sebastian: Der politisch-publizistische Verstärkerkreislauf, KrimJ 1978, 223 ff.)のようなモデルは、メディアと政治の間にある関係を分かりやすく説明している。「デモクラシー・アット・ワーク理論」(Bekett, Katherine: Political Preoccupation with Crime Leads, Not

限のないことになるので、やはり対象は先述した小さな円にとどめなければならない。

裁判官は何を「引き起こすのか」を問う場合、裁判官により影響づけられる個々人の運命を問題にしようというのではない。それは、例えば、身体拘束や未決勾留により引き起こされる失業や正義感情が損なわれること、それに起因する私的制裁（à la Michael Kohlhaas)、副作用として起こる若年者の両親や家族の（同時）処罰、あるいは――少なくとも大衆紙の視点からは――軽いと不当に誤解されている刑罰により公の治安維持の必要性が損なわれること、といった事柄である。若年の被告人が社会統制機関とどのように接触し、それをどのように評価しているかということも［ここでは］重要ではない。この少年裁判所会議の目的と照らし合わせれば、中心的な問題となるのは、むしろ、処罰により到達目標を達成するために科される刑罰はふさわしく必要な手段であるのかということ、短くいえば、少年司法の質、なのである。今一度別言してみよう。われわれ――実務家、立法者、刑事政策家――は、正しいことを行いたいということだけでなく、それが事実にそくしてもいることをどこから知るのであろうか。

私の講演は、ここから出発して構成されている。まず、少年司法上の処分の*目標と目的*に関する問題への回答を取り上げよう。というのも、評価とともに質の保証は、目的が定まっており、その目的が達成されるのかそれともやり損ねられるのか、それがどの程度やり損ねられるのかが検証されうることを前提にしているからである。次に、現在少年司法はどのような手段でその目的を達しようと試みているのか、いくつかの例を挙げながら、われわれが知っていることを示すことにしよう。それとの関連で、刑事法に関連する評価研究の結果を紹介することにする。最後に、こうした知見から引き出される合理的な少年刑事政策への展望を開くことにしよう。

Follows, Public Opinion, Overcrowded Times, 1997, No. 5, 1 ff.）に従えば、その上さらに、刑事政策は、メディアうけするような行動力と効果的に見えるだけの問題解決を示し、それを通して、メディアを通して喚起され、あるいは強められた公衆の期待を満たし、その中で消耗させられている。

Ⅰ．何のために処罰するのか？国家理論、刑法理論、刑罰理論からの回答

60年代に再び燃え上がった［少年司法の指導理念とされる］教育思想をめぐる議論は、以来鎮まることなく続いている。[12] 改革提案の圧倒的多数、そして公にされている意見の多くは、現行の少年裁判所法は基本的に適切なものであり、それゆえ根本的な改変は必要なく、たださらなる発展が必要であると考えている。[13]［少年司法の］基盤として、教育思想は保持されるのである。[14] その際、個別の意見のニュアンスとしては、教育を目的ではなく、［少年が］将来法に適った振る舞いを行えるようにするという目的のための手段と考える見解がかなりの支持を集めている。[15]

少年刑法では何のために処罰されるのか、その確信は確かに再三にわたり疑問にふされてきた。私は、今、例えば教育思想の課題について論じた第64回ドイツ法曹大会のためのAlbrechtの手による意見書[16]のような学理の世界の中にある議論はほ

---

(12) 多くに代えて、Brunner, Rudolf; Dölling, Dieter: Jugendgerichtsgesetz, 11. Aufl., Berlin/New York 2002, Einf. II, Rdnr. 2 ff. で挙げられている文献を参照のこと。

(13) 要約として次の文献を参照。Dölling, Dieter: Die Rechtsfolgen des Jugendgerichtsgesetzes, in: Dölling, Dieter (Hrsg.): Das Jugendstrafrecht an der Wende zum 21. Jahrhundert, Berlin/New York 2001, S. 181 ff.

(14) 最近のものでは、ドイツ法曹大会第64回大会刑事法部会が、次のことを圧倒的多数で議決している。「教育思想が、少年刑法の指導理念として確認される。それは、柔軟な制裁態様を確かなものにし、適切な対応に対する社会の側の受け容れを可能にする。」この議決は、http://www.djt.de/files/djt/64/strafrecht.pdfで見ることができる。

(15) さらに進んだ議論については、以下の文献を参照のこと。Albrecht, Peter-Alexis: Jugendstrafrecht, 3. Aufl., München 2000, § 9 II 2; § 33 A II 2; Brunner/Dölling (Anm. 12), 2002, Einf. II, Rdnr. 6; Eisenberg, Ulrich: Jugendgerichtsgesetz mit Erläuterungen, 10. Auflage, München 2004, § 5 Rdnr. 5; Meier, Bernd-Dieter; Rössner, Dieter; Schöch, Heinz: Jugendstrafrecht, München 2003, § 12 Rdnr. 7; Ostendorf, Heribert: Jugendgerichtsgesetz - Kommentar, 6. Aufl., Köln u.a. 2003, Grdl. z. §§ 1-2, Rdnr. 4; Schaffstein, Friedrich; Beulke, Werner: Jugendstrafrecht, 14. Aufl., Stuttgart u.a. 2002, S. 3; Streng, Franz: Jugendstrafrecht, Heidelberg 2003, § 1 Rdnr. 22.　さらに、少年刑の執行に関しては、次の文献を参照のこと。Beulke, Werner: Brauchen wir eine Wende im Jugendstrafrecht ?, Gedächtnisschrift für K. Meyer, Berlin/New York 1990, S. 681; Schlüchter, Ellen: De nihilo nihil - oder: Der Erziehungsgedanke im Jugendstrafrecht, GA 1988, S. 125 f.

(16) Albrecht, Hans-Jörg: Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß ?, in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages (Hrsg.): Verhandlungen des vierundsechzigsten Deutschen Juristentages, München 2002, Band I, これについては，以下の文献も参照のこと。die Referate von Landau, Herbert: Referat, Band II/1, N37 ff.; Ludwig, Heike: Referat, Band II/1, N9 ff.; Streng, Franz: Referat, Band II/1, N69 ff., ferner die zum 64. DJT erschienenen Stellungnahmen von Brunner, Rudolf: Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß ?, Kriminalistik 2002, S. 418; Goerdeler, Jochen; Sonnen, Bernd-Rüdeger: Das jugendstrafrechtliche Rechtsfolgensystem in der Reform, ZRP 2002, S. 347 ff.; Geisler, Claudius: Reformbedarf im Jugendstrafrecht ?, NStZ 2002, S. 449 ff.; Heinz, Wolfgang: Entwicklung der Kriminalität junger Menschen — Anlass für eine Verschärfung des Jugendstrafrechts ?, DVJJ-Journal 3/2002, S. 277 ff.; Heinz, Wolfgang: Kinder- und Jugendkriminalität – ist der Strafgesetzgeber gefordert ?, ZStW 2002, S. 519 ff.; Kornprobst, Hans: Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß ?, JR 2002, S. 309 ff.; Kreuzer; Arthur: Ist

とんど念頭に置いていない。特に念頭に置いているのは、現下の政治による［少年司法や教育思想に対する］攻撃である。近時、バーデン・ヴュッテムベルクの司法大臣は、記者会見の場で、青年に対する少年刑法の適用に理解を示さなかった。「私たちは、その上、ひどい人殺しを遅くとも10年後に拘禁から解かなければならない。…それでは、被害者が、あざけり笑われていると感じるのも当然だ」[17]。このようにして意図的に贖罪と――想像の上だけでの――被害者の処罰要求へと目的を移すことに対しては、次のことを明らかにしておくべきである。

第一に、　刑法では満足する答えを出すことができないひどい行為というものが存在する、ということである。あらゆる法治国家は、極限的な事例の場合、限界にあたる。故殺のような重罪を「埋め合わせる」ことができる実体的処分は考えられない。10年の自由剝奪によっても、15年のものによっても、それを超えるものによっても、である。

第二に、　ドイツの刑事政策は、従前、正当にも、住民の一時的な多数意見に左右されてはこなかった――そうでなければ、われわれはすでに死刑を復活させていたであろうし[18]、もしかすると［強制労働を伴う刑の執行施設である］懲治場（das Arbeitshaus）も復活させていたかもしれない。

教育思想は維持されるべきか、それとも修正されるべきか、はたまた放棄されるべきなのかというこの議論とは無関係に、次の点には見解の一致がある。つまり、刑罰を手段として法治国家では何を目的に据えることが許されるのかということに

---

das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß ?, NJW 2002, S. 2345 ff.; Walter, Michael: Das Jugendkriminalrecht in der öffentlichen Diskussion: Fortentwicklung oder Kursänderung zum Erwachsenenstrafrecht ?, GA 2002, S. 431 ff.

(17) 2004年9月10日に行われたバーデン・ビュッテムベルク司法相の記者会見。

(18) 1950年から、世論調査に関するアレンスバッハ・インスティテュートが、定期的に、死刑に関するアンケート調査を行っている。1950年から1963年までの期間は死刑賛成が多数を占めていたのに対し、その後その数は30％弱にまで減少し、赤軍事件の時期死刑に賛成する住民の数は明らかに増加した（1979年では、39％弱）。1983年から1985年にかけて、その数値は24％から30％の間で変動を見せていた。2000年では、なおも住民の23％が、基本的に死刑に賛成している。東ドイツにおける死刑賛成の割合は、2000年において40％となっており、これは、西ドイツにおけるものよりも明らかに高い数値となっている（Allensbacher Jahrbuch der Demoskopie, 1998-2002, München 2002, S. 676f.）。もし仮に、50年代の終わりから60年代のはじめにかけてポピュリスティックな潮流に従っていたならば、ドイツには（今日では圧倒的多数がもはや支持していない）死刑が存置されていただろう。信用できる情報がほとんど提供されていなかった中で当時死刑に対する［住民の］態度を一面的に統計的に把握されていたことが持つ問題性については、次の文献を参照のこと。Kury, Helmut; Kania, Harald; Obergfell-Fuchs, Joachim: Worüber sprechen wir, wenn wir über Punitivität sprechen ?, in: Kriminologisches Journal, 8. Beihelft, 2004, S. 55 ff.

ついて、憲法上与えられている（そのため刑法上の特別な考えにとっても拘束力を持つ）基礎と限界づけに――少年*刑*法が維持される限り――注意が向けられなければならない、ということである。というのも、刑罰の任務は、刑法の任務からのみ決定されうるからである。その任務が「世俗化された自由社会の内部[19]」では法益の保護、つまり社会に害を与えるような行為形態を防ぐということにあるのだとすれば、（予防的な）目的が追求され、それが「効果的で法益保護のために不可欠な予防手段」であることが証明される場合にのみ――そしてその限度においてのみ――刑法の投入が正当化される[20]。第一に、そもそも刑罰によって予防目的が達せられ（適格性）、第二に、同様の効果をもち、個人に対して負担の少ない他の手段ではその予防目的が達されない場合（必要性）にのみ、刑罰を用いることが許される[21]。この点を度外視するような応報刑は、正当化されえない。ここからは、以下のことが導き出される。

1．現在の少年刑法においては、「教育は…刑罰目的ではなく、将来法に適った振る舞いをするという目的を達成するための手段である。少年刑法における『教育』という目的、つまり制裁*目的*は、当該行為者の将来の犯罪行為から公衆を守る点にある。…危険にさらされない共同生活を全ての市民に保障する目的を持つ自由国家において、教育思想は、予防の任務を超えた目的を追求するような制裁の根拠づけに利用されえない[22]」（したがって、例えば、特定の世界観や特定の教育学的な理論・社会化理論によるドクトリンを国家による強制手段で貫徹することは拒否される）。

---

(19) Gallas, Wilhelm: Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 1968, S. 3.

(20) Gallas (Anm. 19), S. 3.

(21) 刑罰予告（Strafandrohungen）という目的を積極的一般予防、すなわち根本的な規範の公的な保持と維持という意味の中に見るのが一般的である。この目的設定は、刑罰の賦課（Strafverhängung）にも及ぶ。というのも、［予告された刑は賦課されるという］リアリティの支えがなければ、一般予防は崩壊するだろうからである。しかし、すでに一般刑法でも、一般予防上の考慮と特別予防上の考慮とが異なる結果を導く場合には、特別予防が優先されなければならない。それは、すでに憲法上の根拠から導かれるものである。犯罪行為に及んだ者に対する援助は、基本法上の人間の尊厳と社会国家原則から導かれる要請である。「責任のある」少年やそれと同置される青年には、この特別予防の優先が制約なく当てはまることになる。それは、規範の明確化に限定される可能性もある特別予防が制裁実務において一般予防的な観点を上回るものとされるのであれば、彼らに対して求められる多大なる社会的寛容と年齢が若いことで原則として責任が減少することで、社会構成員の規範確証と規範の安定化（積極的一般予防）は損なわれないからである。すでに有罪の宣告、それに（改善という）積極的特別予防もしくは（処罰という）消極的特別予防が、少なくとも期待される副次効果としては、規範の強化に資する。極めて例外的な場合、立法者は、「責任の重さ」を理由として科される少年刑を通してのみ、一般予防の必要性が特別予防の要請を不可避的に上回る可能性をつくっているのである。

(22) Heinz, Wolfgang: Kinder- und Jugendkriminalität – ist der Strafgesetzgeber gefordert ?, ZStW 2002, S. 576 f.

2．制裁*手段*の投入は、制裁目的を達成するのにふさわしく、必要なものでなければならない。このことは、適格性と必要性が認められるかどうかを調べるために、事実に基づく効果が確認されることを前提とする。そうしてのみ、司法による制裁の一般予防効果や特別予防効果に対する不適切で誇張された期待、そしてまた国家の権威を背後に持った教育的な介入を切り崩すことが可能になる。刑法による介入が自己目的ではなく、その効果の証明による正当化を必要としていることは、国家介入を行う際の必要性の原則と比例性の原則からすでに導き出されることである。効果あるもののみが、必要あるものとして裏づけられ、正当化されうるのである。

3．「最後に、同時に憲法上の比例性原則から導かれる刑法的介入の限界づけに注意を払うことが必要である。特別予防は、際限なきものにならぬよう、限界づけを必要とする。一般刑法において刑罰の上限が責任によって画されているように、少年刑法においては、全ての――教育的に動機づけられたものであっても――対応に関して、比例性原則が超えることの許されない上限を画する[(23)]」。したがって、特に誤って考えられた教育の必要性から自由剝奪制裁を科し、長く量定することは許されない。

II．少年刑法はどのような手段で再犯予防の目的を達成しようと試み、それについて責任のある刑事政策家は何を知っているのか？

制裁の種類が乏しい成人刑法とは異なり、少年刑法は豊富な制裁をもち、柔軟で個別のケースに見合った措置を可能にする。立法者は、その意図に従えば、少年刑法の制裁目的を達することができるような手段を実務に提供している。しかしながら、その手段が正しく用いられているかどうかや運用に欠陥があるかどうか（そしてどの程度欠陥があるのか）を確認できるような、クオリティ・マネジメントにとって不可欠になるコントロールは、立法者により不十分にしか発達させられていない。

いくつかの例をひきながら、このことを敷衍してみることにしよう。

・ドイツ統一の10年後、裁判所が科す制裁の態様と頻度について情報を与える刑事訴追

(23) Heinz (Anm. 22), S. 577.

統計は、五つのうち三つの新しいラントにおいて導入された。ドイツ統一から14年が経過した今日、なおもひとつのラントには刑事訴追統計がなく、いうなればそこが制裁の未探検地となっている。責任を持つ司法大臣は、そのラントの裁判官がどのように裁判を行っているのかを知らないことになる。[24]

・国際的な潮流[25]に歩調を合わせる形で、少年裁判所法第一次改正法の立法者と（少なくとも）ラントの司法行政のダイバージョン準則により、ダイバージョンの適用がますます促進されている。現在、三分の二以上の被疑者の手続が少年裁判所法45条、47条により打ち切られていることを、官公庁の刑事司法統計に基づいてわれわれは知っている。[26]さらに、われわれは、そのとき――総じて見れば――著しい地方差が存在していることを知っている。しかし、われわれが知っていることというのは、以上のことに尽きている。官公庁の統計からは、どのような行為グループや行為者グループの場合に手続が打ち切られているのかを知ることができない。頻回行為者の場合に、どの程度ダイバージョンが行われているのかを、知ることができない。教育的な措置が手続打ち切りに結びついているのか、どのような教育的な措置が結びついているのかも分からない。

1994年に連邦憲法裁判所は、カンナビス決定において、諸ラントが「本質的な部分において［連邦規模で］統一された検察の手続打ち切り実務を行うようにする」[27]のであればという条件をつけて、麻薬法（BtMG）における手続打ち切り［の合憲性］を承認した。その時、手続打ち切りをめぐる実務がラント内で、あるいは諸ラント間で比較可能な事案において本質的な部分で統一されているのかを知り、評価を行うために必要なデータを今度こそはラントの司法行政が収集するだろうと、純粋にも私は期待していた。しかし、期待に反し、何も行われなかった。今日まで、麻薬法についても、少年刑

---

(24) 刑事訴追統計（Die Strafverfolgungsstatistik (StVStat)）は、新しいラントでは、ブランデンブルク（1994年）、ザクセン（1992年）、チューリンゲン（1997年）、メクレンブルク・フォアポメルン（2001年）で導入されている。

(25) 1985年の少年司法運営に関する国連最低基準規則（「北京原則」）、1990年の少年非行予防に関する規則（「リヤド・ガイドライン」）、1990年の非自由拘束処分に関する国連最低基準規則（「東京原則」）、「少年犯罪に対する社会的対応」に関するヨーロッパ審議会大臣委員会勧告R(87)20と「外国人労働者の家庭出身の少年による犯罪に対する社会的対応」に関する勧告R(88)6を参照（これらの国際準則は、Höynck, Theresia; Neubacher, Frank; Schüler-Springorum, Horst: Internationale Menschenrechtsstandards und das Jugendkriminalrecht, Berlin 2001, S. 74 ff., 85 ff., 132 ff., 197 ff., 202 ff. に収められている）。ヨーロッパ審議会閣僚委員会による最近の勧告Rec(2003)20、「少年非行とのつきあいおよび少年裁判の役割に関する新たな道」III.7（出版物による参照については、Anm. 4を参照のこと）は、「定式的な刑事訴追に対するふさわしい代替処分が、さらに多様に発達させられるべきである」ことを勧告している。

(26) Heinz（Anm. 8）における紹介を参照のこと。

(27) BVerfGE 90, S. 145 (190).

法についても、一般刑法についても、比較することが可能な行為グループ、行為者グループにおいて較差は縮まったのか、官庁統計や官公庁によるその他のデータ収集を手がかりにして知ることはできない。

・少年裁判所法第一次改正法は、特に「新しい社会内処分」に関して、70年代から80年代にかけての「下からの改革」[28]を繋留した。「法をつくる」視点から、当時、Viehmannは、実務に対する懐疑を口にしながら希望と期待も表明していた。「少年司法の実務、その全体を刷新させるよう方向づけ、必要になっている地方の構造を――特に公的な少年援助機関と民間の少年援助の担い手による社会内処分の領域において――つくり出すのに、金と忍耐が必要な時である。同様に、少年司法において責任を持つ者が、法の精神、目的、適用とその科学的な基礎、そしてその結果について教え、確信を持ち、法のメッセージを伝え、実務で実現するのに、時間と力が必要である[29]」。

確かに、実務が少年裁判所法第一次改正法を実現させているのか、どの程度実現させているのかを、われわれは官庁統計に基づいて今日まで知ることがない。援護指示や作業指示、社会訓練コースについては、それらがどれくらいの頻度で命じられているのか、一度として分かっていない。作業遵守事項については、どれくらいの頻度でそれが科されているのかを知ることは確かにできるが、その時間数については分からない。犯罪行為を契機とした児童施設収容についてすら、収容者数が分からない[30]。1990年に大きな期待を持って導入された行為者-被害者-和解が、どの程度少年刑法において適用されているのかは、今日まで統計では把握されておらず、したがって、それが成功裡に行われているのかどうかについては、沈黙が保たれたままである。

この暗闇に光を当てるために、労力のかかる質問調査が過去に必要とされたし、現在も必要とされている。もっとも、それも、質問調査を行った期間と地域における状況を映し照らしているにすぎない[31]。連邦全体を対象にした連続した報告は行われていない。

---

(28) 多くの文献の代わりに、次の文献を参照のこと。Bundesministerium der Justiz (Hrsg.): Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis, Bonn 1989.

(29) Viehmann, Horst: Die Reform des Jugendkriminalrechts in der Bundesrepublik Deutschland, Familie und Recht 1991, S. 258.

(30) 刑事司法統計は、少年裁判所法12条により児童ホームにおける教育が命じられた数について情報を与えているだけである（2003年：ベルリンを含む旧くからのラントで53人）。少年裁判所法45条3項、47条、3条2文、53条に基づき児童ホームにおける教育が命じられた数は、分かっていない。児童及び少年援助法統計では、少年係裁判官による決定は、取り上げられていない。

(31) いわゆる新しい社会内処分に関する、連邦全土に及ぶ完全な現状調査は、1994年に連邦司法省の委託に基づきDünkel他により行われているが（Dünkel, Frieder; Geng, Bernd; Kirstein, Wolfgang: Soziale Trainingskurse und andere neue ambulante Maßnahmen nach dem JGG

しかし、結果指向のドイツ（少年）刑法は、事実に基づく基礎や効果、目的からのずれが継続的に観察されることを前提にしている。官庁統計が、「社会国家原則に方向づけられた国家による政策にとって不可欠な行動指針[32]」であることは、連邦憲法裁判所が、すでに国勢調査判決において強調していたことであった。妊娠中絶に関する第二次判決において連邦憲法裁判所はこの指摘を確認した上で、憲法に基づき一定の事情がある場合、つまり法益が特に保護に値する場合に、法の事実的な効果や刑事訴追に関係するような事実的な展開に関する情報を与える、信用に足りる統計を導入することを立法者の義務であると判断した[33]。そこで、問題になりうるのは、こうした義務が、なぜ[国家により]保護されることになった生命の領域においてのみ当てはまり、市民の自由が激しく介入される場合には当てはまらないのか、市民がどのようにして刑事制裁と関

---

in Deutschland, Bonn 1998; Dünkel, Frieder; Geng, Bernd; Kirstein, Wolfgang: Soziale Trainingskurse und andere neue ambulante Maßnahmen, Neue Kriminalpolitik 1999, S. 34 ff)、その後は継続されていない。

行為者-被害者-和解についてのみ、連邦規模でなおかつ継続的なデータ収集がTOA研究グループにより行われている。このデータ収集は自己申告に基づくため、自己選択の結果としての不完全性という問題を抱えている（vgl. Dölling, Dieter; Bannenberg, Britta; Hartmann, Arthur; Hassemer, Elke; Heinz, Wolfgang; Henninger, Susanne; Kerner, Hans-Jürgen; Klaus, Thomas; Rössner, Dieter; Stroezel, Holger; Uhlmann, Petra; Walter, Michael; Wandrey, Michael; Weitekamp, Elmar G.M. [Hrsg.] : Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland — Bestandsaufnahme und Perspektiven, Bonn 1998, ferner die zusammenfassende Ergebnisdarstellung von Kerner, Hans-Jürgen; Hartmann, Arthur: Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung — Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleichs-Statistik für die Jahre 1993 bis 1999 —. 現在は、http://www.bmj.bund.de/enid/48f532cbcbcc1bdc9b4a9139e73fedcf,0/66.htmlにおいて2004年11月の分までが補完されている。2001年までの期間に関する報告書は、これまで内部的に公開されているものにすぎなかった）。新しいラントにおける行為者-被害者-和解に関しては、次の文献を参照。Steffens, Rainer: Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich im Jugend- und im Erwachsenenstrafrecht in den neuen Bundesländern, Mönchengladbach 1999; zur TOA-Begleitforschung in Brandenburg und Sachsen-Anhalt vgl. die Beiträge in Gutsche, Günter; Rössner, Dieter (Hrsg.): Täter-Opfer-Ausgleich — Beiträge zur Theorie, Empirie und Praxis, Mönchengladbach 2000.

その他の現状調査は、地域と期間を限定して行われている上に、大抵は個別の処分に焦点を当てたものになっている。（ニーダーザクセンについては、 Drewniak, Regine: Ambulante Maßnahmen für junge Straffällige, Baden-Baden 1996; Drewniak, Regine: Neue Ambulante Maßnahmen für junge Straffällige: Anspruch und Wirklichkeit, in: Pfeiffer, Christian; Greve, Werner [Hrsg.] : Forschungsthema "Kriminalität", Baden-Baden 1996, S. 247 ff.; メクレンブルク・フォアポメルンに関しては、 Schwerin-Witkowski, Kathleen: Entwicklung der ambulanten Maßnahmen nach dem JGG in Mecklenburg-Vorpommern, Mönchengladbach 2003, S. 41 ff.; ライン・ネッカー圏の少年局における作業指示・遵守事項の実務については、Kremerskothen, Heike: Arbeitsweisungen und Arbeitsauflagen im Jugendstrafrecht, Herbolzheim 2001を参照）。

(32) BVerfGE 65, S. 1, 47.

(33) BVerfGE 88, S. 203, 310 f.「保護される法益の高さ、生まれる前の生命を危険にさらす［行為の］態様、この領域で確認される社会の理解や意見の変化は、立法による保護の構想がどのような社会的効果を持つのか、立法者が観察を行うことを求める（観察義務（Beobachtungspflicht）。…観察義務は、法律の効果を判断するために必要なデータを計画的に収集、集計し、評価するということを含む。十分な言明力を持つ信頼に足りる統計は…そのために、必要不可欠である。」

係させられたのかという問題には当てはまらないのか、ということである。

・確かに、必要で、刑事政策に関係する決定にとって絶対に不可欠なデータに関する知識を提供する、信頼に足りる十分に細分化された社会報告書[34]を刑事司法の分野において用意することを立法者が怠ってきたということだけを指摘すべきではないし、またそうすることは許されない。実務もまた、この欠陥を埋めるのに、あまり貢献していない。例えば、1993年度以来、諸ラントの組織やドイツ保護観察協会（DBH）のTOAサービス・オフィス（TOA-Servicebüro）と共同して、TOA研究調査グループにより、事例や行為者、被害者に関するデータを備えたいわゆる行為者-被害者-和解統計（TOA統計）が公にされている[35]。この統計に含まれているデータは、任意にデータ収集に加わり、標準化された質問用紙を用いて必要な情報を提供している組織を通して得られたものだけである。関与している組織の数は、明らかに少ない。ある連邦規模のアンケートでは、1995年において、TOAを行っている組織は全部で368あった。しかし、同じ年にTOA統計のために報告を提出しているのは、そのうちわずか12%（N＝43）にすぎない。この領域の第二の例は次のようなものである。すなわち、ブランデンブルクにおいては、このラントの司法省によって導入された統計から明らかになるように、1999年に3000を超えるTOA事案が処理されている[36]。これは、1999年度のTOA統計において連邦全体について示された全事例の60%にあたる数字である。しかし、その年、ブランデンブクルからはTOA統計に１件も報告が行われていない。

これは、何を意味しているのだろうか。これが意味するのは、少年刑法上の制裁が刑事司法統計上十分に細分化されて把握されていないことで、ダイバージョンや新しい社会内処分のように、最近の刑事政策上の改革の実務運用への転換は、（ダイバージョンの場合がそうであるが）その量的な規模だけが分かっているか、新しい社会内処分の場合のように、それすら全く分からない状態になっている、ということである。総じていえば、少年刑法により制裁を科されている全ての者の三分の二

---

(34) 児童・少年援助の領域における社会報告書の概念については、Elfter Kinder- und Jugendbericht (Anm. 5), S. 94 ff. を参照。

(35) 最近のものとして、Kerner, Hans-Jürgen; Hartmann; Arthur: Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung. Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleichs-Statistik für die Jahre 1993 bis 2001, Tübingen 2003（未公表の原稿）を参照。

(36) Gutsche, Günter: TOA-Begleitforschung in Brandenburg und Sachsen-Anhalt － Einführung, in: Gutsche, Günter; Rössner, Dieter (Hrsg.): Täter-Opfer-Ausgleich － Beiträge zur Theorie, Empirie und Praxis, Mönchengladbach 2000, S. 48.

以上については、われわれは刑事司法統計に基づき、ただ単に量的な規模だけを知っており、その他の事柄については何も知らない、ということになる。そして、われわれがデータを持っているところでも、その信用性が――部分的には――必ずしも保障されているわけではない。例えば、少年裁判所会議第24回大会の席上で、Villmowは、1996年の分について、ハンブルクでは少年裁判所法45条に関して三つの相互に異なった数的情報が存在しており、そのうちからどれを信頼できる情報として評価できるのか、決定することができない状態だったことを報告していた。このようにデータが不確実で欠陥がある状態であるために、Villmowの結論によれば、ハンブルクにおける少年刑事政策の議論は「不確実な事実的基盤の上で導かれた」[37]のである。

クオリティ・マネジメントは、整理された社会報告の存在を前提にする[38]。それに対して、現在、少年刑事司法は、まるで誰が何をどのようにやるのかをマネージメントフロア［にいる人間］の大部分が知らないような、欠陥を持ち、部分的には信用するに足りない簿記をつけている会社［のよう］になっている。マネージメントフロア［にいる人間］は、［無謀にも］「盲目計測飛行での刑事政策[39]」をやってのけている。例えば、バーデン・ヴュッテムベルク州の前の司法相は、少年刑の上限を15年に引き上げることを目的とした連邦参議院における法律提案を、次のように理由づけていた。いわく、「残虐な殺人事件において10年というこれまでの刑の上限は適正に責任を埋め合わせるという考えともはや一致しておらず、それゆえ住民の法治国家に対する信頼が危険にさらされているということを、少年裁判所は再三に渡って強調している[40]」と。実際、立法者にとって重要なのは、その刑の枠組みがどれくらい実務において使い尽くされているのか、特にどれくらい頻繁に最高刑が科されているのかを知ることである。もっとも、官公庁で責任を負っている刑事政策家には、こうしたことを正確に知ることは大して大切なものとしては考えられてい

---

(37) Villmow, Bernhard: Diversion auch bei wiederholten oder schwereren Delikten: Entwicklungen und Kontroversen in Hamburg, in: DVJJ (Hrsg.): Kinder und Jugendliche als Opfer und Täter, Mönchengladbach 1999, S. 451.

(38) Elfter Kinder- und Jugendbericht (Anm. 5), S. 94 ff.

(39) Heinz, Wolfgang: Strafrechtspflegestatistiken und Kriminalpolitik – Zuverlässige und inhaltsreiche Strafrechtspflegestatistiken als Alternative zu einer "Kriminalpolitik im Blindflug", in: Festschrift für Hans Joachim Schneider, Berlin/New York 1998, 779 ff.

(40) 2003年4月29日に行われたバーデン・ビュッテムベルク司法相の記者会見。

ないようである。というのも、有期の最高刑の賦課は、統計上把握できないようになっているからである（例えば、一体「終身」というのはどれくらいの期間なのかという問いに対する答えと同じくらい、そのことについては統計上の情報が少ないのである[41]）。そうでないとすれば――連邦中央登録簿のデータに関するある評価［研究］が示しているように――1987年から1996年までの10年間で、わずか74人[42]に対して少年刑の最高刑が科されたにすぎず[43]、あるいは（未遂を含む）謀殺や故殺を理由として少年裁判所法により有罪を言い渡された者の８％に対してそれが科されたにすぎない[44]ことが［官庁統計を通して］分かったはずなのである。しかし、連邦全土において年間で平均８件を下回る数――バーデン・ビュッテムベルクにおいては平均1.3件――に少年刑の最高刑が科されているというのであれば、主張されているように刑の上限を15年に引き上げる必要性が差し迫って大きいとは思われない。ところで、刑事政策とは、責任を持った具体化を意味する。実務から表明される必要性は、それが事実の基盤を持っている場合に、［責任を持った具体化の］きっかけとなる刺激になるにすぎない。

このことが第一に意味するのは、知は力、ということである。「無知も虚無を生み出す[45]」という由々しき言葉は、無責任の代表である。それゆえ、少年に対する責任というのは、まずわれわれの認識の基盤に関して現在存在している欠陥を全てのレベルで取り除くことを意味する。これは、官庁統計[46]についてあてはまるだけでなく、まずもって実務についてあてはまる。この場で、私にも懈怠があったことを告白し

---

(41) しかし、これについては、現在では、die Kriminologische Zentralstelle: Lebenslange Freiheitsstrafe, Sicherungsverwahrung und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus – Dauer und Gründe der Beendigung, Wiesbaden 2002 により初めてのアンケート調査がなされている。

(42) バーデン・ビュッテムベルクでは、この10年間14人に対する13の判決で、最も重い少年刑が科されている（Schulz氏による2004年10月７日付けの筆者への書面による報告）。

(43) Schulz, Holger: Die Höchststrafe im Jugendstrafrecht (10 Jahre) – eine Analyse der Urteile von 1987-1996, Aachen 2000; Schulz, Holger Die Höchststrafe im Jugendstrafrecht (10 Jahre) – eine Urteilsanalyse, MSchrKrim 2001, S. 310 ff. Die Höchststrafe wurde in 65 Urteilen gegen 74 Personen verhängt (Schulz 2001, S. 311). Schulzは、1987年から1990年までの期間は、旧いラントに関するデータに基づいた分析を行っており、1990年の10月からは新しいラントのデータも加えている（Schulz 2001, S. 310, Fn. 4）。

(44) 1991年から1996年までについて、Schultz（Anm. 43, S. 99, Tab. 4）は、謀殺/故殺（未遂を含む）により最も重い少年刑を言い渡された者を対比している。それによれば、この期間では、8.2%が最も重い少年刑を言い渡されている。その割合については、14.4%（1995年）から1.1%（1994年）までの差がある。

(45) Vgl. Häfner, Gerald; Gerlach, Frauke: Wissen ist Macht – Nichtwissen macht auch nichts ?, Zeitschrift für Rechtspolitik 1998, S. 123.

なければならない。私は、新しい社会内処分に関する最初の基準[47]づくりに関与した時、どの処分でターゲット・グループに接近したのかを確認することができるようなコントローラーをモデル・プロジェクトやその後多く行われた実務プロジェクトに導入しておく必要性が見えていなかった（それゆえ必然的にその点についての懈怠へと至ることになったのである）。こうした最低基準を含んでいるのかどうかを実務が自ら弁明しないのであれば、最低基準が最高のものであっても役に立たないということに、私は遅まきながら気づいたのであった。

III．正しいことを行いたいと欲するだけでなく、それが事実に則して行われているということは、どこから分かるのか？

1．新しい再犯統計の結果

予防的な刑法という場合、何が行われているのかを知らなければならず、それで何が達成され、何が引き起こされているのかを知らなければならない。どの制裁が、誰に対して、再犯予防の目的で科されているのかを知る必要があるだけでなく、予防的な刑法は特に結果のコントロールを必要とする。結果のコントロールなしでは、刑事法システムは、「簿記のない会社で、損得勘定をしないまま幸福なことこの上ない無知の状態で働いているような」ものである[48]。2002年の旧くからのラントについてみれば、月曜日から金曜日まで、毎日、約874人の少年や青年が少年裁判所法45条、47条により手続を打ち切られており、さらに、毎日、389人の若年者が有罪の言い渡しを受けており、そのうちの139人に（条件付または無条件の）少年刑か少年拘禁が

(46) 官庁統計の領域に関しては、連邦政府が補足や改善の必要性を認めており、相応の努力を行う約束を行っている（それに相応する、連邦政府の第一次治安レポートに含まれている情報の編成については、Heinz, Wolfgang: Soziale und kulturelle Grundlagen der Kriminologie – Der Beitrag der Kriminalstatistik, in: Dittmann, Volker; Jehle, Jörg-Martin [Hrsg.] : Kriminologie zwischen Grundlagenwissenschaft und Praxis, Mönchengladbach 2003, S. 179 f. を参照）。

(47) Sprecherrat der Bundesarbeitsgemeinschaft für ambulante Maßnahmen nach dem Jugendrecht in der DVJJ: Ambulante sozialpädagogische Maßnahmen für junge Straffällige – Thesen der BAG, in: Bundesarbeitsgemeinschaft für ambulante Maßnahmen nach dem Jugendrecht in der DVJJ (Hrsg.): Ambulante sozialpädagogische Maßnahmen für junge Straffällige – Zwischenbilanz und Perspektiven, Schriftenreihe der DVJJ, Heft 14, 2. Aufl., München 1986, S. 18 ff.

(48) Glaser, Daniel: Routinizing Evaluation, Rockville 1973, これは、Albrecht, Hans-Jörg: Die Geldstrafe als Mittel moderner Kriminalpolitik, in: Jescheck, Hans-Heinrich (Hrsg.): Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, Berlin 1980, S. 242. からの引用である。

言い渡されている。しかし、こうした制裁が若年者の（将来の）社会生活にどのような効果を与えるのかは、誰も検証しておらず、記録していない。

しかし、クオリティの保証は、制裁を加えることで目標とされていた再犯防止という目的が達成されたのかどうか、そしてまた――そして特に――どの場合に、どのくらい、どのような理由から、その目標が達成されなかったのか[49]が、記録され資料とされることを前提とする。こうしたコントロールは、つい最近まで全く行われてこなかった。現在の刑事司法統計からは、先の問いに関して、何らの情報も引き出すことができない。それは、諸機関の活動証明を含んではいるが、それは活動の結果に関する証明、とりわけ成り行きや再犯に関する証明ではない[50]。この点で、少年刑法制度は、ドイツの学校制度と比べることができる。そこでは良きインプット――良き職業教育を受けた教師――を得るよう努力されてきた。それだけで、働きかけの結果も良きものになるという仮定に基づいて、そうした努力が行われてきたのである[51]。学校は、PISAショックを受けて、徐々に、そしてやむなく――点描的なものだけではない――評価を行うという考えに親しみ始めている。それでは、少年司法はどうだろうか。それは、第一には、少年審判補助者、少年係検察官、少年係裁判官といった者が良く職業教育されており、実に良く専門教育がなされているということに、それゆえ第二には、作業の結果が良いものになるということに、したがって第三には、目的が達成されない場合には、それは再度有罪の言い渡しが行われることで認識されるのであるが、制裁がだめだったのではなく、制裁を受ける者がだめだったに違いないということ（ここから、［前歴者には前の処分よりも重い処分を科すという］漸次的な重罰化の考えが導き出されるのだが）になおも信頼を寄せている。しかし、こうした何段階もの信頼が理由あるものでありえ、なおもそうありえているのかは、確かめられていない。それは――言葉の真の意味において

(49) 認識の進歩は、誤りの排除により生まれる。それゆえ失敗や不成功を記録することが重要なのである。

(50) 個々の統計に含まれている前歴の情報は、再犯について何ら語るところがない。前歴に関するデータが語っているのは、今有罪の言い渡しを受けている者が、以前にどれだけ有罪の言い渡しを受けているか、ということである。それに対し、再犯に関するデータが語るのは、（例えば一定の年や地域において）有罪の言い渡しを受けた者がどれだけ将来再び犯罪に及ぶか、ということである。

(51) 例えば、アメリカは事情が異なっている。そこでは、教育の領域のプログラムにおいて、すでに1975年から評価基準が発達している（vgl. Beywl, Wolfgang; Sanders, James R. (Hrsg.): Handbuch der Evaluationsstandards – Die Standards des "Joint Committee on Standards for Educational Evaluation", Opladen, 2. Aufl. 2000）。

——「盲目的な信頼」[52]なのである。

こうした状態が——控えめに言い表しても——耐え難い、ということに理由づけは要らないだろう。それゆえ、少なくとも再犯の蓋然性の大きさや構造、その展開過程に関する基準データを手に入れるために、再犯統計の記録を残すことが、すでに100年以上も前から学理の側から求められてきた[53]。1892年から1914年にかけて、ドイツでは再犯統計が導入されたことがあった[54]。その再犯統計の作成がやめられたのは、当時、特別な分析を行うのに膨大な労力を要したことと確かに関係している。再犯統計が連続して作成されなかった理由こそが答えであり、そこから出た結果だったのだと、皮肉屋は思うかもしれない[55]。［しかし］次のようなFranz von Lisztの有名な言は、ご存じのことだろう。「仮に、ある少年、あるいは成人が犯罪に及び、われわれが彼を放っておくことにしよう。そうすると、彼が再び犯罪に及ぶ可能性は、処罰する場合よりも低い。もしこのことが正しければ…、われわれの今日の刑事司法全体が完全に破綻し、完璧に倒壊していることが痛烈な方法で証明されていることになる[56]」。それでは、［この時］基礎とされたデータのことはご存じだろうか。この破産宣告が基礎としていたものこそ、1892年から96年までの期間に渡る再犯統計の結果にほかならない[57]！

その後、80年代中盤まで——つまり70年以上もの間——再犯統計がドイツには存在していなかった。それから——1986年から1990年まで——は、連邦中央登録簿において自由剝奪処分にだけ関係する再犯統計がつくられたが、それは部分的に正しくないものであった[58]。しかし、これが、90年代の初頭に連邦司法省が全ての処分に

---

(52) 少年裁判所法37条が単なる訓示規定と理解されていることは、この「盲目的な信頼」に数えられる。

(53) Köbner, Otto: Die Methode einer wissenschaftlichen Rückfallstatistik als Grundlage einer Reform der Kriminalstatistik, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1893, S. 738. だけでも参照のこと。

(54) Roesner, Ernst: Vorbestraftenstatistik, in: Elster, Alexander, Lingemann, Heinrich (Hrsg.): Handwörterbuch der Kriminologie, Berlin/Leipzig, Bd. 2, 1936, S. 1001 ff. における要約的な記述を参照。そこにはまた、他の諸国における状況が示されている。

(55) しかし、これは全く非現実的な仮定というわけでもない。SQUIRES (San Quentin Utilization of Inmate Resources, Experiences and Studies) により、カリフォルニアの監獄訪問プログラムが結論として消極的に評価された結果として、そのプログラムではなくその評価が打ち切られたことが、最近伝えられている（vgl. Petrosino, Anthony; Turpin-Petrosino, Carolyn; Buehler, John: Scared Straight and Other Juvenile Awareness Programs for Preventing Juvenile Delinquency: A Systematic Review of the Randomized Experimental Evidence, Annals of the American Academy of Political and Social Science 589, 2003, S. 59)。

(56) Franz von Liszt: Die Kriminalität der Jugendlichen, in: Liszt, Franz von: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 2, Berlin 1905, S. 339.

渡る再犯統計の作成を委託するきっかけになったのである。2003年に公表されたこの統計[59]のいくつかの基準データについて、短く言及してみたい。次の結果は、1994年についてのもので（人に関連づけて調査を行った）再犯観察期間[60]はちょうど4年、という条件のものである。

日常的な想像――一度犯罪に及べば、何度も犯罪に及ぶ、という想像――に反して、再犯[61]は例外であり、原則ではない。処分を言い渡された者のうち、三分の一を超える者だけが、4年以内に再び司法機関に記録されたにすぎない（**表1**、4列目を参照）。

再犯率は――犯罪負担と同様に――年齢と関係する形で、まさに様々になっている。若年者は、成人よりも明らかに多い犯罪数を示している。予想通り、若年者の

---

(57) 1892年から1896年までの期間に渡る再犯統計のデータは、Statistik des Deutschen Reichs, Bd. 95, Kriminalstatistik für das Jahr 1896, I.31 で公にされている。その結果は、官公庁の側で、以下のように記されている。

1．「有罪を言い渡される者が年々増加していること（は）、主には、前歴を持つ者の増加に帰する…」

2．「初めて有罪の言い渡しを受けた者の数が1896年に、1892年と比べて一割強増加しているにすぎないのに対し、前歴を持つ有罪の言い渡しを受けた者は、この15年の間に倍になっている。」

3．「前歴のある者を個別に分類してみると…前歴数の増加が相当なものになっている。前歴数をひとつ持つ者は85%増加しており、6つ以上の前歴数を持つ者は、ほとんど3倍にもなろうとしている。」

(58) Jehle, Jörg-Martin: Aussagemöglichkeiten und Vorschläge zur Verbesserung der sogenannten Rückfallstatistik, in Jehle, Jörg-Martin (Hrsg.): Datensammlungen und Akten in der Strafrechtspflege, Wiesbaden 1989, S. 245 ff.

(59) Jehle, Jörg-Martin; Heinz, Wolfgang; Sutterer, Peter (unter Mitarbeit von Sabine Hohmann, Martin Kirchner und Gerhard Spiess): Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen – Eine kommentierte Rückfallstatistik, Mönchengladbach 2003 〈http://www.bmj.de/media/archive/443.pdf〉. Vgl. auch Heinz, Wolfgang: Die neue Rückfallstatistik – Legalbewährung junger Straftäter, Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 2004, S. 35 ff. 〈http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Heinz_ZJJ_2003-1-35ff.pdf〉.

(60) 再犯観察期間を決定する際に決定的となる開始点は、制裁を科された者が自由の身で再び犯罪に及びうるだろうという時点である。1994年に社会内処分（少年裁判所法においては、45条、47条による手続打ち切り、3条2文、10条、14条、15条、21条、27条、53条による決定をいう。一般刑法においては、刑法59条、50条による決定、罰金刑、保護観察のために延期される自由刑、留置（Strafarrest）の言い渡し、それに加えて、刑法63条、64条により延期された処分をいう）か少年拘禁を言い渡された者については、裁判所の決定を再犯観察期間の開始点としている。

自由刑や少年刑、刑法63条、64条による自由剝奪処分に服した者は、1994年に釈放された場合に、考慮に入れられている。この場合、再犯観察期間は釈放から起算されている。

(61) 広い意味においては、再犯という概念をあらゆる新たな犯罪行為と理解することもできる。しかし、このような再犯概念は基準とはなりえない。それは、暗数の領域にある犯罪行為は、労力のかかる暗数調査を用いる場合ですら、部分的にしか把握できないからである。それゆえ、再犯の概念は、成り行き、すなわち再犯観察期間中に犯罪行為に及んだことを理由として新たに司法上の制裁を受けたこととして理解される。非定式的な制裁（起訴便宜的な理由による手続打ち切り）は、確かにこの基準では部分的にしか把握できない。連邦中央登録簿には、確かに、少年裁判所法45条、47条による手続打ち切りは記録されるものの、刑事訴訟法153条以下による手続打ち切りは記録されないからである。それゆえ、一般の刑事訴訟法による手続打ち切りは、基準となる最初の行為も再犯行為の勘案されていないことになる。

再犯率も大人のものより明らかに高い。少年刑法により有罪の言い渡しを受けた者の再犯率はほとんど60％に達しており、一般刑法により有罪を言い渡された者の再犯率、33％の約二倍になっている。40％を示している少年裁判所法45条、47条による手続打ち切り[62]後の再犯率のみが、一般刑法の再犯率に近い数値となっている。

再犯率は、制裁が重くなるに従い、上昇する傾向がある。すなわち、科される制裁が厳しければ厳しいほど再犯率は上昇する。

もっとも、再度有罪が言い渡される場合であっても、自由剝奪制裁は例外的なものである。それほどまでに厳しく罰される蓋然性は、少年刑が執行され少年が釈放された後（58％）が最も高く、手続打ち切り（７％）が最も低い（**表１**、５列目を参照）。

保護観察のために延期された少年刑の後のものは、（予想通り）延期されなかった少年刑の後のものよりも再犯率が低い（**表１**、４列目を参照）。

残刑が延期された後と満期まで刑が執行された後とでは、少年刑の場合の再犯率は、ほとんど同じである（**表２**、４列目を参照）。もっとも、再び有罪の言い渡しが行われる場合に［保護観察のために刑の延期がなされない］無条件の自由刑が科される蓋然性は、満期まで刑が執行された後の方が明らかに高い（**表２**、５列目を参照）。

少年拘禁は――［保護観察のための延期なしに］執行された少年刑に次いでではあるが――最も高い再犯率を示している（**表１**、４列目を参照）。それゆえ、何人かの政治家により最近再び喧伝されている期待、つまり少年拘禁と延期された少年刑との組み合わせ（威嚇射撃拘禁 Warnschussarrest）により再犯率を下げることができるという期待、は再犯統計による裏づけを全くもたない。というのも、休日拘禁や短期拘禁の後であっても、継続拘禁後であっても、再犯率は、有罪の言い渡しを受けた者の年齢にかかわりなく極めて不利なものになっており（**表３**、４列目を参照のこと）――その上、延期された少年刑後よりも高い再犯率を示しているからであ

[62] 刑事訴訟法153条以下による手続打ち切りは、連邦中央登録簿には記録されないため、それに相当する一般刑事手続におけるダイバージョン率は分からない（vgl. von Schlieben, Eike: Legalbewährung nach Einstellung des Strafverfahrens, Diss. Erlangen-Nürnberg, 1994; hierzu auch Dölling, Dieter: Einstellung des Strafverfahrens gemäß § 153a Abs. 1 StPO und Rückfall, in: Festschrift für F. Geerds, Lübeck 1995, S. 239 ff.）。

る。つまり、この診断書からは、[「威嚇射撃拘禁」に関して] なにがしかの [積極的な] 意義を期待することができないのである。おそらくは、明らかに高い再犯可能性 (70%) を持つ少年拘禁と組み合わされることによって、まだましだと考えられる延期された少年刑の再犯率 (60%) が悪化させられることが、[逆に] 予想される。

表1： 一般刑法と少年刑法後の成り行きと再犯——基準年：1994年

基準となる決定 (BE)		再犯*		爾後の最も重い決定** (再犯に対する決定における割合 (%))			
		総数	基準となる決定における割合 (%)	自由刑/少年刑		(その他の) 定式的な制裁[1]	少年裁判所法45条、47条
				無条件	条件付		
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)
BE　総数	946,107	337,853	35.7	13.9	23.3	56.1	6.8
BE　一般刑法による制裁	717,758	234,059	32.6	14.9	25.9	59.1	0.1
自由刑　総数	105,011	49,205	46.9	37.4	28.6	34.0	0.0
保護観察なしの自由刑	19,551	11,028	56.4	52.1	22.9	24.9	0.0
保護観察付きの自由刑	85,460	38,177	44.7	33.2	30.2	36.6	0.0
罰金刑	612,747	184,854	30.2	8.9	25.2	65.8	0.1
BE　少年刑法による定式的な制裁	62,254	36,907	59.3	19.8	25.1	48.0	7.2
少年刑　総数	11,941	7,715	64.6	38.5	25.4	33.8	2.2
保護観察なしの自由刑	3,265	2,541	77.9	57.9	22.7	19.0	0.4
保護観察つきの自由刑	8,676	5,174	59.6	29.0	26.7	41.1	3.2
少年拘禁	9,610	6,726	70.0	25.2	29.7	39.3	5.8
少年係裁判官による処分	40,701	22,464	55.2	11.7	23.6	55.5	9.3
少年刑法上のダイバージョン (少年裁判所法45条、47条)	166,093[2]	66,886	40.3	7.1	12.9	49.8	30.1

凡例：

1) 罰金刑、少年拘禁、教育処分、懲戒処分、少年裁判所法27条、身体拘束を伴う保安処分。

2) 一覧表 (Übersichtstabelle) 4.3a (Jehle, Heinz und Suttlerer 2003) と比べて、その他の決定は含まない数値。規模範囲はそのまま維持している。

表の読み方 (1行目を例にとった読み方)：

＊　1994年に社会内処分の言い渡しを受けるか、または自由刑・少年刑の後に釈放された者の総数946,107人(2行目) のうち、337,863人 (3行目) (=35.7%) (4行目) が再犯に及んでいる。

＊＊　4年の期間内に連邦中央登録簿に新たに登録された338,853人 (3行目) のうち、13.9% (5行目) が、保護観察のために延期されていない自由刑または少年刑を言い渡されている。

データ源：

Jehle, Jörg-Martin; Heinz, Wolfgang; Sutterer, Peter [unter Mitarbeit von Sabine Hohmann, Martin Kirchner und Gerhard Spiess] : Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen — Eine kommentierte Rückfallstatistik, Mönchengladbach 2003, Übersichtstabelle 4.1.a, S. 121, 4.3.a, S. 123.

表２：　(条件付・無条件の)少年刑、残刑の延期、少年刑の満期までの執行後の再犯——基準年：1994年[1)]

基準となる決定（BE）		再犯		爾後の最も重い決定（再犯に対する決定における割合（%））			
		総数	基準となる決定における割合（%）	自由刑/少年刑		（その他の）定式的な処分[2)]	少年裁判所法45条、47条
				無条件	条件付		
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)
賦課された少年刑　総数	11,941	7,715	64.6	38.5	25.4	33.8	2.3
延期された少年刑	8,676	5,177	59.6	29.0	26.7	41.1	3.2
延期されてはいないが、延期の可能性があった少年刑	1,597	1,304	81.7	59.0	23.4	17.2	0.5
延期の可能性がない、２年以上の少年刑	1,668	1,244	74.6	56.8	22.0	21.0	0.2
執行された少年刑	3,265	2,541	77.9	57.9	22.7	19.0	0.4
残刑の延期	1,900	1,473	77.5	51.7	24.2	23.7	0.4
満期までの執行	1,365	1,068	78.2	66.5	20.6	12.6	0.3

凡例：

1）この表の計算については——Jehle, Heinz und Suttlerner, 2003, 一覧表（Übersichtstabelle）4.5.2aと4.6aとは異なり——保安処分と併せて言い渡され、自由の身になった状態で再犯が本当にあったかどうかに関する最終的なデータが連邦中央登録簿では確認できなかった、自由刑または少年刑の事案550件は除外されている。

2）表１の脚註１）を参照のこと。

データ源：

Jehle, Jörg-Martin; Heinz, Wolfgang; Sutterer, Peter [unter Mitarbeit von Sabine Hohmann, Martin Kirchner und Gerhard Spiess]: Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen — Eine kommentierte Rückfallstatistik, Mönchengladbach 2003, Übersichtstabellen 2a, S. 103; 4.4a, S. 124, 4.5.2a, S. 126; 4.6a, S. 127.

表３： 少年拘禁後の再犯と少年および青年の場合における最も重い爾後の決定――基準年：1994年

基準となる決定（BE）[1]		再犯		爾後の最も重い決定（再犯に対する決定における割合（%））			
		総数	基準となる決定における割合（%）	自由刑/少年刑		（その他の）定式的な処分[2]	少年裁判所法45条、47条
				無条件	条件付		
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)
休日拘禁・短期拘禁							
総数	4,275	2,956	69.1	18.5	27.6	47.56	6.3
14歳以上18歳未満	2,790	1,929	69.1	19.2	22.9	49.8	8.1
18歳以上21歳未満	1,474	1,016	68.9	17.2	36.4	43.4	3.0
継続拘禁							
総数	5,332	3,770	70.7	30.5	31.4	32.9	5.4
14歳以上18歳未満	2,703	1,964	72.7	30.6	27.4	33.6	8.5
18歳以上21歳未満	2,587	1,770	68.4	29.9	35.8	32.9	2.0

凡例：

1）再犯統計においては、ここでは考慮されていない、21歳以上25歳未満の者に対して科された少年拘禁のいくつかの事案が含まれている。

2）罰金刑、少年拘禁、教育処分、懲戒処分、少年裁判所法27条および身体拘束を伴う保安処分。

データ源：

Jehle, Jörg-Martin; Heinz, Wolfgang; Sutterer, Peter [unter Mitarbeit von Sabine Hohmann, Martin Kirchner und Gerhard Spiess]: Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen – Eine kommentierte Rückfallstatistik, Mönchengladbach 2003, Grundtabellen 88, 89（未公表）.

こうした再犯統計は、連邦中央登録簿上の記録が整理されていないことに制約され、基準データしか含んでいない。われわれは、今、保安監置、援護指示、社会訓練コース、そして作業遵守事項後の再犯率が連邦規模でどれくらいなのか、知ることはできない。それゆえ、まず第一に、一度きりの計画とされているこれまでの「再犯統計」を定期的に繰り返し作成することを、第二に、広い範囲で、結果をそれぞれの制裁に関連づける形で細分化することを、要求しなければならない。

再犯統計の結果は、それぞれの制裁後の、そして制裁を適用される対象に関連づけられた再犯の蓋然性について、幾つかのことを語っている。それゆえ、それは二重の視点において、実務にとって意義を持っている。

１．まず、再犯統計のデータは、それが経験的知見によって支持されうるか、それとも根

拠のないものであるのか、制裁の特別予防効果に関する期待を確かめるのに適切である。例えば、少年拘禁により有益なショック効果が生じ、それゆえに少年がさらなる犯罪行為に及ばないようになる、という仮定のもとで少年拘禁を科す者は、いまや、こうした仮定が10のうち７の事案で誤りであることを知るのである。

２．再犯統計のデータを以前に行われた調査のデータと比較することにより、再犯率が変化を見せているのか、それがどのような方向性を持って変化しているのか、地方差により、あるいは経年により変化している制裁実務のどこで、比較可能なグループ内で制裁の交換が行われているのか、ということを恐らくは確かめることができる。[63] こうした比較は、厳しい制裁を加えることで寛容な制裁よりも優れた特別予防効果が生じないことを明らかにする。つまり、何かが証明されているのだとすれば、それは、介入強度が大きい対応は介入強度の小さい対応で代替されうるということである。このことは、特に少年刑法による手続打ち切りにあてはまり、さらには自由刑に代えて罰金刑を拡充することに妥当し、最後に――自由刑の場合には――保護観察のために刑の延期を適用する範囲を拡げ、それを多用するということにあてはまる。等質化されたコントロール・グループ内で制裁実務を変化させる場合、再犯統計の結果は、裁判所の実務が従前歩んできた道途を支持する。つまり、手続の打ち切りを増加させ、社会内処分をますます多く用い、特に、以前の考えであればなおも自由刑や少年刑が必要であると考えられたグループの場合であっても、保護観察のために少年刑や自由刑を延期する、という道である。

再犯統計は、行為・行為者グループが比較可能な場合に（いくつかの制裁のうち）どの制裁が目下特別予防という点で優れた効果を持っているのか、ということに関する研究をしているわけではない。[64] こうした比較を経た効果の証明は、違う制裁を受け、制裁の態様やその高さという一点のみにおいて区別できるグループで比較が行われうることを前提とする。というのも、当然のことながら、制裁ごとの再犯可

(63) 何度も繰り返され、長期に渡る収集活動を経たデータを自由に使うことができる場合に、再犯統計は刑事政策的にその完全な価値を発揮する。現在は――大抵は地域を限定する形で――文献の分析調査や数は少ないものの連邦規模での代表無作為抽出を行っているいくつかの研究と比較が可能であるにすぎない。

(64) 一般予防に関する研究の結果については、以下では立ち入らない（これについては、Eisele［Eisele, Hermann: Die general- und spezialpräventive Wirkung strafrechtlicher Sanktionen - Methoden - Ergebnisse - Metaanalyse, Diss. phil., Heidelberg 1999］とDölling/Hermann［Dölling, Dieter; Hermann, Dieter: Befragungsstudien zur negativen Generalprävention: Eine Bestandsaufnahme, in: Albrecht, Hans-Jörg; Entorf, Horst［Hrsg.］: Kriminalität, Ökonomie und Europäischer Sozialstaat, Heidelberg 2003, S. 133 ff.］における最近の概観を参照のこと）。少年刑法においては、一般予防は独立した制裁目的とはならない。

能性は、裁判官によるセレクションの影響を受けるからである。例えば、裁判官が少年裁判所法第21条で求められている［行刑による働きかけなしに保護観察期間中の教育的な作用のもとで、将来遵法的な行状を送ることが期待される、という］予測をいくらかでもよくなしうるならば、保護観察のために延期された少年刑の後の再犯率は――再犯統計も示しているように――現実には延期されなかったが、本当は延期が可能であった少年刑の後のものよりも明らかに低くなるはずである。

2．少年刑法上の制裁が持つ特別予防効果に関する研究の結果

2.1　効果研究の必要性

Chestertonは、その小説において、裁判官に次のような判決を出させている。「汝に本当に必要なのは、三月に渡り海辺に留め置くことであるとの、神によってもたらされた確固たる確信を得た。この確信において、汝には三年の拘禁を言い渡す[65]」。最近行われた記者会見において、バーデン・ヴュッテムベルクの司法相は、次のように発言している。「同級生を殴り倒した青年が、保護観察であるとか法廷での訓戒だけを受けるというのであれば、その被告人があざ笑うだけである。それゆえ、私は、威嚇射撃拘禁の導入に賛成する。若年の犯罪者が、4週間までの期間、一旦拘禁施設に収容され刑罰が何を意味するのかを感じることで、すでに一線を越えたことが彼自身に明らかになればよいのだ。これまで歩んできた道が監獄にしか続いていないということを、彼自身が感じなければならない。それこそが威嚇になるのであり、人差し指を立ててたしなめることは威嚇にならない[66]」。何が「必要」かに関する裁判官の知識は、もちろん、神の啓示に基づくものであってはならないし、責任ある実務家の刑事政策的な要求は、私的な信条にではなく、経験的に確認された知見に基づかなければならない。

もちろん、そのための前提になるのは、そうした知見が存在している、ということである。冒頭においてすでに、第11次児童・少年レポートが「余りに根拠づけら

(65) Bauer, Fritz: Das Verbrechen und die Gesellschaft, München/Basel 1957, S. 147 からの引用。
(66) 2004年9月10日の記者会見。

れていない知見[67]」に対する評価について確認していることを指摘した。第一次治安レポートでは、連邦政府が、犯罪予防の領域における効果研究の状態に関して次のような確認を行っている。「大きな欠点のひとつは、従前ドイツでは、相違を極めている予防の試みやイニシアチブに関するプロセスの評価、それに加えてその効果評価に関する研究手段の投入が、絶対的に不足していることである[68]」。このことは——連邦政府も認めているように[69]——刑法上の制裁に関する効果研究の現在の状況に、そのままあてはめることができる。ドイツ少年刑法において科されている制裁効果に関する問題のうち極めて多くのものが、未回答のままに残されているといわなければならない。というのも、体系的で方法論上の水準を満たすような効果研究、本来刑事政策にかかわる決定の基礎になるべき効果研究に配慮した刑事政策が、なおざりにされてきたからである。

あらゆることが、効果研究なしに、何らかの方法で正当化されうるとしても、それでは正当化することができないものがひとつある。それは、合理的な刑事政策と合理的な制裁決定である。というのも、どの制裁が、どの問題に対し、どの条件で最もよい結果をもたらすのかということに関する信頼に足りる確かな知見が欠けている限り、選択肢の中で合理的な決定を行うことは不可能だからである。無知の結果として残るのは、少年刑事政策が「第一に公衆への俗うけする方向を向いたシンボリックな政策の一部[70]」に堕する危険性である。

2.2　ドイツにおける特別予防効果研究の結果

2.2.1　ダイバージョンに関する効果研究

Synowiec[71]やFasoula[72]によるドイツにおける特別予防効果研究に関する新しい二

---

(67) Elfter Kinder- und Jugendbericht (Anm. 5), 255.

(68) Bundesministerium des Innern; Bundesministerium der Justiz (Hrsg.): Erster Periodischer Sicherheitsbericht, Berlin 2001, S. 472.　これは、インターネットでも公開されている（例えば、次のサイトを参照。http://www.unikonstanz.de/rtf/ki/psb-2001.htm）。

(69) Erster Periodischer Sicherheitsbericht (Anm. 68), S. 611.

(70) 犯罪予防に関係するものとして、Oberwittler, Dietrich: Die Entwicklung von Kriminalität und Kriminalitätsfurcht in Deutschland — Konsequenzen für die Kriminalprävention, Deutsche Zeitschrift für Kommunalwissenschaften 2003, S. 49 を参照。この危険性に関する記述は、少年刑法政策の分野にそのまま移すことができる。

(71) Synowiec, Patrick: Wirkung und Effizienz der ambulanten Maßnahmen des Jugendstrafrechts, Stuttgart 1999.

(72) Fasoula, Evdoxia: Rückfall nach Diversionsentscheidungen im Jugendstrafrecht und im allgemeinen Strafrecht, München 2003.

次的分析が裏づけているように、ダイバージョンは、近時、最も頻繁に研究対象とされている。こうした研究は、様々な目的設定、方法、手段を用いていることで際立っている。[73] しかし、それらの結論が一致していることは――介入している変数をコントロールした場合においても――ダイバージョン後の再犯率は、有罪の言い渡し後のものより高くはない、ということである。試みがいかに異なっており、結論がいかに一致しているか、そしてまた変数のデザインとその操作がいかに異なっているかを明らかにするために、四つの研究が素描されるべきだろう。そこで得られた結論は、関連する他の研究(Hock-Leydecker[74]やLöhr-Müller[75]、Matttheis[76])によっても確認されている。

(1) Bareinske:「バーデン・ビュッテムベルクの少年刑事手続における制裁と成り行き」[77]

Bareinskeによる研究の対象は、フライブルクのコーホート研究[78]に含まれているバーデン・ビュッテムベルクにおいて14-15歳時に初めて非行を記録された1970年、1973年、1975年、1978年生まれの者、25,315人である。Bareinskeが示しえたのは、以下のことであった（**図1**を参照のこと)。

- コーホート比較においてダイバージョンの適用が増加している（58%から82%への増加[79])。
- このようにして、非定式的な対応の優先が明らかに強まっているにもかかわらず、更生率は――連邦中央登録簿の記録をもとに判断すると――2年の期間の予後を見る場合

---

(73) これら全ての研究で、法的な成り行きに対する制裁賦課の効果が計測されている。ブレーメンの長期研究では、これを超えて、被験者の他の領域における効果も調査されている。従属変数としての法的な成り行きは、大抵は、連邦中央登録簿に記録された(少年裁判所法45条、47条により新たに手続打ち切りが行われた場合も含んだ)被有罪言い渡し者に基づいている。したがって、暗数にある犯罪行為は、考慮されていない。しかし、ふたつの研究では、アンケートに基づく自己申告された非行が再犯の基準とされている。

(74) Hock-Leydecker, Gertrud: Die Praxis der Verfahrenseinstellung im Jugendstrafverfahren. Eine empirische Untersuchung, Frankfurt a.M. u.a. 1994.

(75) Löhr-Müller, Katja: Diversion durch den Jugendrichter, Frankfurt a.M. 2000.

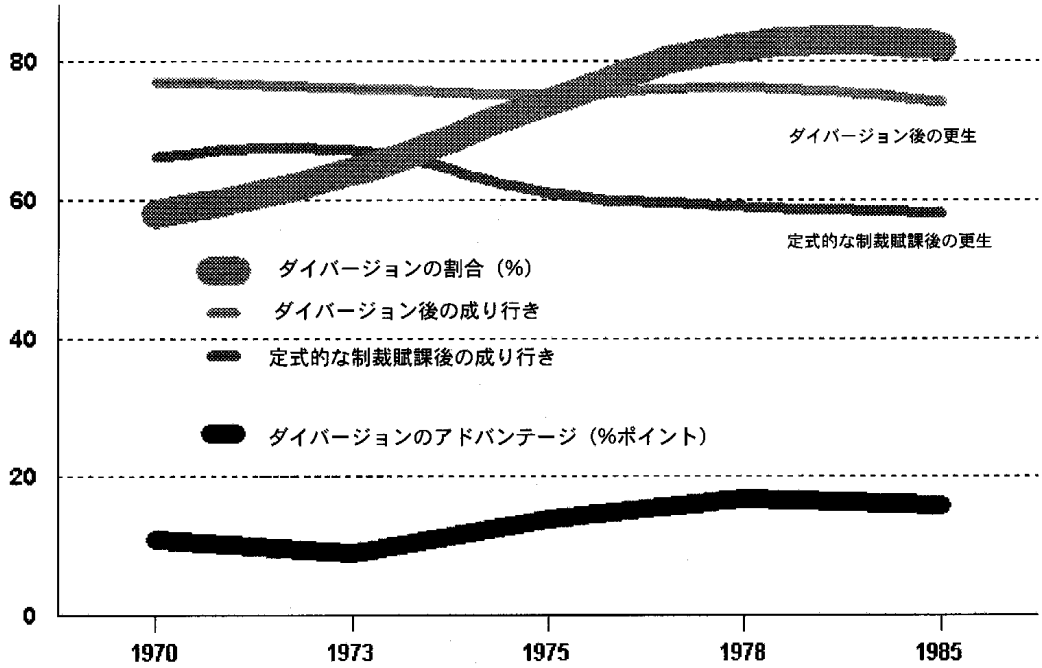
(76) Matheis, Bernhard: Intervenierende Diversion, iur. Diss. Mainz 1991.

(77) Bareinske, Christian: Sanktion und Legalbewährung im Jugendstrafverfahren in Baden-Württemberg, Freiburg i.Br. 2004.

(78) このコーホート研究は、1970年、1973年、1975年、1978年生まれのバーデン・ビュッテムベルク出身の者で、バーデン・ビュッテムベルクの警察により少なくとも一度は記録されている者全員のデータを把握している。

(79) Bareinske (Anm. 77), S. 69, Abb. 1.

図１：　少年裁判所法45条、47条によるダイバージョン及び定式的・非定式的制裁後の法的成り行きフライブルク・コーホート研究、1970年、1973年、1975年、1978年生まれの14-15歳、法的成り行きの観察期間は２年



	1970	1973	1975	1978	1985
ダイバージョンの割合（%）	58	64	74	82	82
ダイバージョンのアドバンテージ	11	9	14	17	16

データ源：　Bareinske, Christian: Sanktion und Legalbewährung im Jugnedverfahren in Baden-Württemberg, Freiburg i. Br. 2004, S. 69, 119.

に、重大な変化は見られなかった（特に、不利な展開は見られなかった[80]）。

・調査された若い初犯者のグループでは、全体においても、また個別に調査された、少年が典型的に犯す犯罪のグループ（道路交通法21条による罪は除かれている）においても、定式的な制裁[81]後の成り行きは、少年裁判所法45条、47条[82]によるダイバージョン決定後の者よりも明らかに不利なものであった。あるいは――Bareinskeの言葉を借りれば――「14歳から15歳までの若年の初犯者の場合には、非定式的な制裁により、よりよい成り行きが達成されている[83]」、ということになる。

(80) Bareinske (Anm. 77), S. 119, Abb. 13.
(81) 刑の延期が付かない無条件の少年刑に該当する少数の事案（N＝35）は、予後観察の期間が短いことから、調査から除外されている。
(82) Bareinske (Anm. 77), S. 138, Tab. 21.
(83) Bareinske (Anm. 77), S. 177.

・非定式的な対応がとられた場合、新たな非行に及ぶまでの期間は、全てのコーホート対象で、定式的な制裁がとられた場合よりも長かった。[84]

(2) Storz:「少年刑法による対応と成り行き」[85]

疑似実験的な試みの一例は、Storzによる少年刑事手続におけるダイバージョン（少年裁判所法45条、47条）に関する調査である。1961年生まれで連邦中央登録簿に登録されている者について分析評価を行うという枠組みの中で、Storzは、二つの十分に等質化された下位グループをつくった(少年年齢時に、「単純窃盗」〔刑法242条、247条、248条a〕か「無免許運転」〔道路交通法21条〕により、初めて非定式的にか定式的に制裁を受けた者)。個々の連邦州の間にあるダイバージョン率の開きは、極めて大きなものであった。例えば、[ブレーメンやハンブルクのような]都市国家において、「単純窃盗」に及んだ初犯者に対して遂行された全ての手続のうちの80%以上が、少年裁判所法45条、47条により打ち切られているのに対し、バーデン・ビュッテムベルクやラインラント・プファルツでは、それはわずか43%にすぎない。これと比較しうるような知見は、第二の調査グループ、すなわち「無免許運転」の犯罪グループにおいても現れている。こうした差違は、グループがある程度同質化されているがゆえに、行為の構造や行為者の特質などの差違ということでは説明できない。それはむしろ、制裁のスタイルが［諸ラント間で］異なっていることを表している。

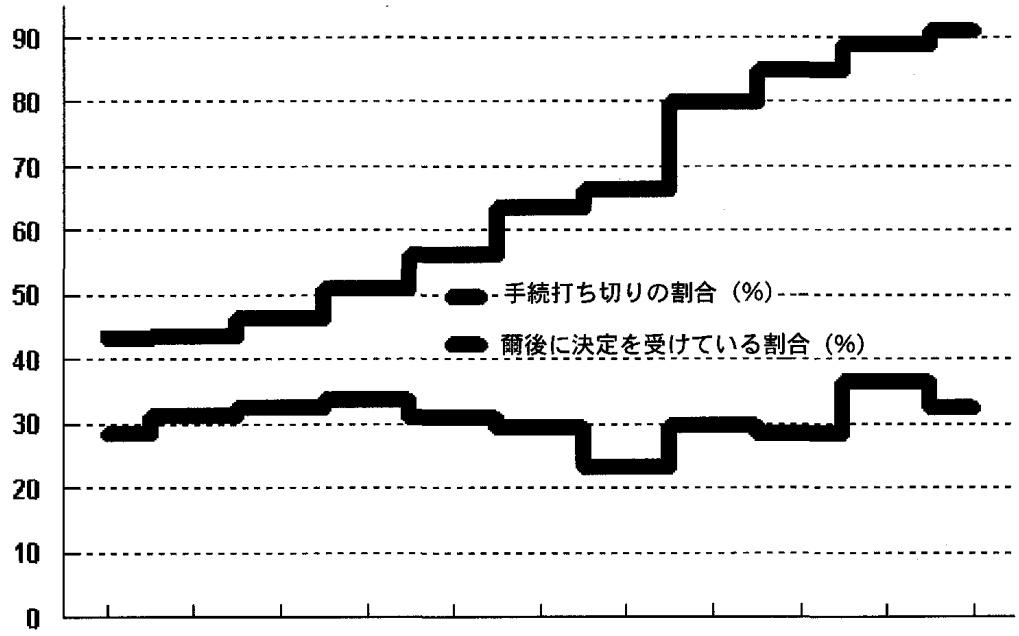
仮に有罪の言い渡しが、非定式的な制裁よりも再犯を防ぐのであれば――その他の出発点にある条件が同じである場合には――3年という再犯観察期間内に新たに司法機関に（つまり、中央登録簿か教育登録簿に記録される非定式的または定式的な「事後の決定」により）登録される少年の割合は、ダイバージョン率が高くなるにしたがって増加するはずである。特に、ダイバージョンが広い範囲に行き渡っている場合には、良好な予後予測を持つ初犯者グループだけでなく、定式的に制裁を

---

(84) Bareinske (Anm. 77), S. 156, Tab. 24. もっとも、この結果は、1985年生まれのコーホートにおいてのみ有意なものであった。

(85) Storz, Renate: Jugendstrafrechtliche Reaktionen und Legalbewährung, in: Heinz, Wolfgang; Storz, Renate: Diversion im Jugendstrafverfahren der Bundesrepublik Deutschland. 3. unveränd. Aufl., Bonn 1994, S. 131 ff.

図２：「単純窃盗」(刑法242条、247条、248条a)で初めて制裁を受けた後３年以内における少年裁判所法45条、47条によるダイバージョン率と裁判所による決定を受けている割合（定式的又は非定式的な制裁の賦課）
連邦中央登録簿に記録された1961年生まれの少年



	RP	BW	NI	NW	BY	HE	SL	SH	BE	HB	HH
手続打ち切りの割合（%）	43	43	46	51	56	64	66	80	85	89	91
爾後に決定を受けている割合（%）	28	31	32	34	31	29	23	30	28	36	32

（３年以内；新たな登録）

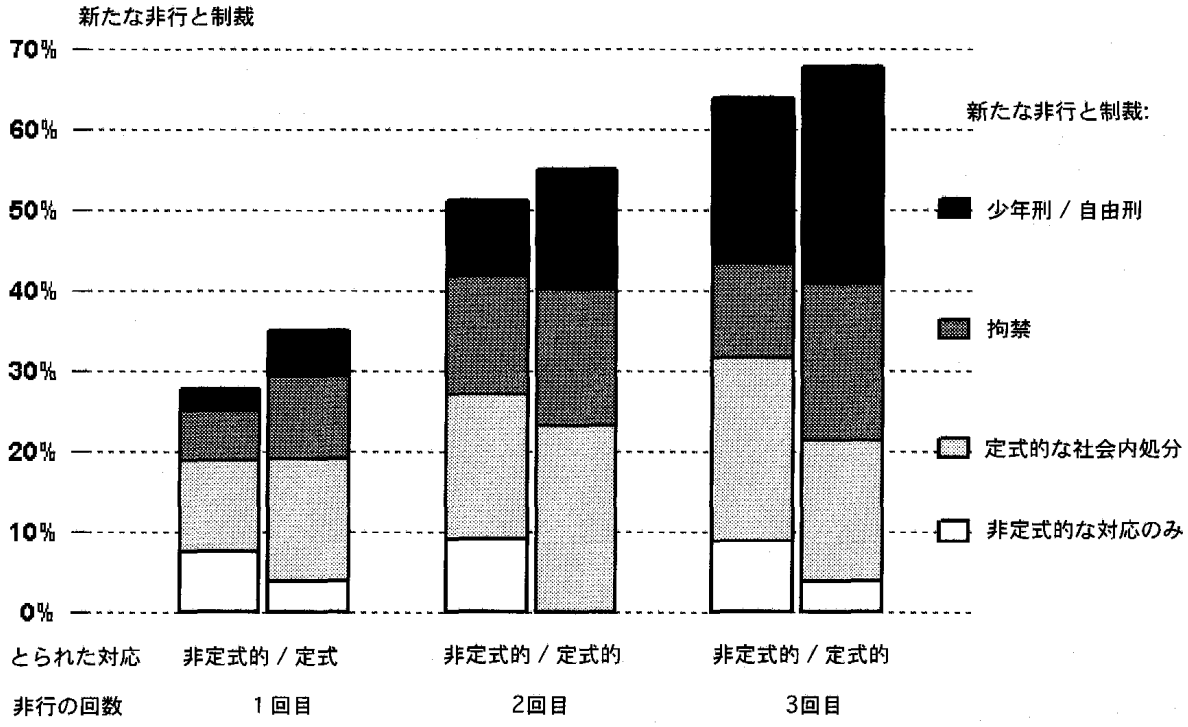
データ源： Storz, Renate: Jugendstrafrechtliche Reaktionen und Legalbewährung, in: Heinz, Wolfgang; Storz, Renate: Diversion im Jugendstrafverfahren der Bundesrepublik Deutschland, Bonn 1992. S. 180, Tab 20.

受けた者に対してダイバージョンを受けた者が持っている――制裁を条件づけていると推測される――成り行き上の優位点というものはなくなるはずである。しかしながら、経験的な実証は、二つの異なるグループの場合に、ダイバージョン率の高さと事後に裁判所の決定を受ける割合の高さの間に統計上有意な関係を認めなかった(**図２**を参照)。確認された非定式的な制裁と成り行きとの関係がセレクションの効果に基づくということに関する根拠も、データ資料に基づくこの問題の検証では確認されなかった。[86]

[86] Vgl. Storz (Anm. 85), S. 176, Tab. 19.

Storzは、そのほかに、爾後の裁判所の決定を見た場合、ダイバージョン後の方が有罪言い渡し後よりも新たに手続を打ち切られる可能性が高いことを明らかにしている。こうした効果は、手続を打ち切られた少年にとって少年年齢時において総じて定式的な制裁を受けるリスクが減少するという作用を持つ(図3を参照)。つまり、定式的な対応に変わることで、新たな非行に及ぶリスクに拍車が掛けられるだけでなく、同時に、顕著に高い再犯率と結びついている拘禁や少年刑という特に問題のある対応形態へと移行するリスクが高まるのである。それゆえ、制裁のエスカレーションは、再犯リスクを減少させるには適切ではない。制裁のエスカレーションは、再犯へのプロセスに拍車を掛けるのである。

図3：　無免許運転又は単純窃盗を理由とした非定式的及び定式的制裁を1度から3度まで科された後の新たな非行と制裁エスカレーション
連邦中央登録簿に記録された1961年生まれの少年



データ源：　Storz, Renate: Jugendstrafrechtliche Reaktionen und Legalbewährung, in: Heinz, Wolfgang; Storz, Renate: Diversion im Jugendstrafverfahren der Bundesrepublik Deutschland, Bonn 1992. S. 205, Graphik 19a und 19b.

(3) Crasmöller:「少年犯罪に対する刑法による社会的コントロールの効果」[87]

これら二つの研究とは異なり、Crasmöllerは、連邦中央登録簿に新たに登録されることによってではなく、非行の態様や頻度と統制機関との接触に関する少年自身の申告により制裁効果を測っている[88]。調査されたグループは、窃盗、傷害、器物損壊が疑われ、ビーレフェルトとミュンスター地方裁判所管轄の検察により、1987年から1998年にかけて、少年裁判所法45条により手続が打ち切られた128の少年から構成されている。コントロール・グループは、有罪の言い渡しを受けた140人の少年から構成されている。社会人口統計学的な差違は、統計上多層的にコントロールされている。

Crasmöllerは、次のような結論に至っている。最初に起訴がなされれば、「特に非行や犯罪のキャリアがまだ進んでいない場合、始まった再犯キャリアが…促進される。…結論としては、起訴することは、『初犯者』の場合、わずかに非建設的な選択肢であることが明らかになり、『再犯者』の場合、特別予防効果の証明は不利なもので、有罪とでもいえるようなものであった[89]」。選択された基準――統制機関との接触や自己申告された非行、という基準――とは無関係に、Crasmöllerは、「少年裁判所法45条による検察段階のダイバージョンは、少年裁判所に事件が起訴された後にとられる侵害強度の大きい対応形態と比較して、同価値を持つ選択肢である[90]」という結論に至っている。

(4) Schumann他:「職業訓練、労働、非行」[91]

ブレーメンの長期研究は、11年以上に渡り全部で5回行われたデータ収集に基づいている。後の犯罪の経過に対する制裁賦課の効果に関し――連邦中央登録簿に記録されたデータに基づいて把握された――制裁の賦課が、自己申告に基づく非行の増減に対して与える多層的な影響が検証されている。

---

(87) Crasmöller, Bernhard: Wirkungen strafrechtlicher Sozialkontrolle jugendlicher Kriminalität, Pfaffenweiler 1996.
(88) 尋ねられたのは、窃盗、傷害、器物損壊、詐欺の領域にある12種類の犯罪行為である。
(89) Crasmöller aaO. (Anm. 87), S. 141 f.
(90) Crasmöller aaO. (Anm. 87), S. 140.
(91) Schumann, Karl F. (Hrsg.): Berufsbildung, Arbeit und Delinquenz. Bremer Längsschnittstudie zum Übergang von der Schule in den Beruf bei ehemaligen Hauptschülern. 2 Bde., Weinheim/München 2003.

全ての犯罪に関し、犯罪の経過にとり統計上有意なものとして明らかにされたのは、性別、非行グループへの帰属そして制裁の賦課という三種類の因子だった。制裁賦課の効果について、検察官による手続打ち切りが非行の減少を導いたのに対し、裁判所による手続打ち切りや有罪の言い渡しは犯罪のキャリアを強めるように作用することが示されたのである。[92]

自己申告された三種類の非行――財産犯、薬物犯罪、暴力犯罪――の相違を区別した場合、確認されたのは、次のことである。

- 暴力犯の場合、爾後に非行が減少したタイプでは、統制機関との接触は有意ではなかった。しかし、非行が増加したタイプでは、裁判官による手続打ち切りと定式的な制裁の賦課が他の犯罪のグループよりもはるかに強く影響を与えていることが明らかになった。
- 薬物犯の場合、少年裁判所法47条による手続打ち切りと定式的な制裁が、統計上有意に犯罪の減少を妨げており、有罪の言い渡しによりその増加が促進されていた。
- 財産犯の場合、少年裁判所法47条が犯罪の促進と関係を持っている。[93]

確かに、この三つの罪種における爾後に科される犯罪の増減に関する知見は、不均質である。しかし、総じて見れば、この多層的分析は――以前に及んだ犯罪や犯罪のレベルがコントロールされているにもかかわらず――裁判官による手続打ち切りと有罪の言い渡しが薬物犯の場合に爾後の犯罪の減少を妨げており、暴力犯の場合にその増加を促進していることを示している。爾後の犯罪の増加は、薬物犯の場合には有罪の言い渡しにより、財物犯の場合には少年裁判所法47条により、促進されている。

首尾一貫して結果として示されているのは、定式的な制裁により、ここで調査された年齢層においてさらに広くさらに多くの非行のリスクを減少させることができるという仮説は支持されない、ということである。こうした中心的な結論を、

---

(92) Prein, Gerald; Schumann, Karl F.: Dauerhafte Delinquenz und die Akkumulation von Nachteilen, in: Schumann, Karl F. (Hrsg.): Berufsbildung, Arbeit und Delinquenz, Bd. 2, Weinheim/München 2003, Tab. 7.10 und 7.11, S. 204 f.　司法判断と職歴の消極的な変化の間にも相関関係があった。「峻厳な介入は職業訓練や職業生活に影響を与え、さらなる犯罪行為に至るような不利益と負因として作用する」(Schumann, Karl F.: Sind Arbeitsbiographie und Straffälligkeit miteinander verknüpft ?, MSchrKrim 2004, S. 239)。

(93) ブレーメンの資料では――ブレーメンにおける制裁賦課実務に基づけば――財産犯における有罪の言い渡しは比較的稀である。

Schumannは――これ以上ないほどのハンザ人特有のクールな態度で――次のようなふたつの文で要約している。「(少年裁判所法47条による定式的な手続打ち切りを含めて) 制裁の賦課は、…犯罪の増加を促進し、その減少を妨げる。制裁を加えることで生じるこの効果は、同時に、非行の継続を揺るぎないものにすることに寄与する[(94)]」。

2.2.2　行為者-被害者-和解に関する効果研究

近年、行為者-被害者-和解 (TOA) に関する多くの研究が行われている。もっとも、どのような効果が生じうるのかを語るための最低条件となるコントロール・グループを用いた研究は、ふたつにすぎない。他の制裁が科された (か全く科されていない) 比較可能なコントロール・グループなしでは、調査の対象となっている制裁の効果は確定できない。というのも、比較可能なグループにおいて、同じ効果がそれとは別の制裁を科した場合にも現れていないかが不明確になるからである。

(1)　Dölling他:「少年刑法における行為者-被害者-和解後の成り行き[(95)]」

Dölling他によるTOAに関する研究では、TOA事案ではない比較グループと比較してTOAが成功した後の再犯が調査されている。比較の条件を整えるために差違を統計的にコントロールした後、TOAが成功したグループにおいて連邦中央登録後に登録された数は有意に少なかった。TOAが成功した事案は、TOAが失敗に終わった事案と比べてわずかに再犯が少なかったにすぎない。その関係は、統計上有意ではない。TOAグループの成り行きが有利だったことは、セレクション効果に基づくものではないだろう。というのも、もしそうだとすれば、TOAが失敗に終わった事案は [TOA事案ではない] 他の事案に比べて有利な結果になるはずだからである。しかし、そのようにはなっていない。それゆえ、筆者らの評価によれば、この研究により、「TOAと成り行きとの間には有利な関連があることが[(96)]」推測される。もっとも、

---

(94) Prein/Schumann (Anm. 92), S. 208.

(95) Dölling, Dieter; Hartmann, Arthur; Traulsen, Monika: Legalbewährung nach Täter-Opfer-Ausgleich im Jugendstrafrecht, MSchrKrim 2002, S. 185 ff.; Dölling, Dieter; Hartmann, Arthur: Re-offending after victim-offender mediation in juvenile court proceedings, in: Weitekamp, Elmar G.M.; Kerner, Hans-Jürgen (ed.): Restorative Justice in Context, Portland 2003, S. 208 ff.

TOAに参加したグループの総数(つまり、和解が失敗に終わった事案も含んだ数)とTOAに参加しなかった比較グループとは対比されていないので、手続選択——TOAへの参加対TOAが全く開始もされなかった手続という選択——の効果は検証されておらず、後に「成功に終わった」ものの効果だけが検証されているにすぎない。しかし、TOAに参加した者の大部分が、教育上意義のある和解手続にかかわり、TOA手続にかかわらなかった者と比べてその成り行きが良好であるという知見は、そのまま残っている。

(2) Busse:「行為者-被害者-和解に関する再犯調査」[97]

1992年から1994年までリューネブルク区裁判所の管轄区域においてTOAが行われた少年又は青年のグループの比較を通して、Busseは、TOA後の更生率が明らかに低いことを確認している。Busseは、TOAグループの場合で再犯率[98]が56%だったのに対し、定式的な制裁を受けたグループではそれが82%にのぼったことを確認している[99]。もっとも、TOAグループには少年裁判所法45条、47条による手続打ち切りを受けた者も含まれているのに対して、比較グループには、有罪の言い渡しを受けた少年と少年刑法により有罪言い渡しを受けた青年しか含まれていない。したがって、Busseのこうした調査のデザインでは、起こりうる効果がTOAとTOAではないものとの差に基づくものなのか、それとも手続打ち切りと定式的な制裁との差に基づくものなのかは、判断することができない。

2.2.3　その他の社会内処分の効果研究

その他の制裁態様が法的な成り行きに与える影響は、近年あまり調査されていない[100]。非暴力トレーニング後の成り行きに関するOhlemacher他[101]による研究は、例外

---

(96) Dölling/Hartmann/Traulsen (Anm. 95), S. 192.

(97) Busse, Jochen: Rückfalluntersuchung zum Täter-Opfer-Ausgleich. Eine statistische Untersuchung im Amtsgerichtsbezirk Lüneburg, jur. Diss. Marburg 2001.

(98) 再犯とみなされているのは、有罪の言い渡し、少年裁判所法45条2項又は3項、47条1項2号、3号による手続打ち切りのみである。刑事訴訟法153条との関連における少年裁判所法45条1項、47条1項1号による手続打ち切りは考慮の外に置かれている。というのも、これらに該当する事案は、「行為者の責任が証明されているわけではなく、それがあると仮定されているに過ぎないからである」(Busse aaO. (Anm. 97), S.90)。

(99) Busse aaO. (Anm. 97), S. 138.

に数えられる。確認されたのは、ハーメルン司法執行施設に収容されている者から構成されているふたつのグループ（それぞれ73人）で、非暴力トレーニングに参加した者とそうでない者との再犯の割合・頻度・速さには、有意差がなかった、ということであった。ただ、暴力犯罪の再犯の強さについては、非暴力トレーニングに参加したグループの方が比較グループよりも良好であった。しかし、その差は有意ではなかった。トレーニングの積極的な効果は、この研究によっては示されていない。もっとも、このことがふたつのグループの間にある（検知されていない）差に基づくのか、コントロール・グループがおそらく参加しているであろうハーメルン司法執行施設における他の矯正プログラム――このことも検証されてはいない――に基づくのか、さらには非暴力トレーニングが［積極的な］効果をもたないということから出てくるのかは、判断できない。それゆえ、この調査は、非暴力トレーニングの効果という立てられた問題に答えてはいない。このような方法論上の問題は、方法論的に見て可能な範囲で証明された評価を行うためには、被収容者をトレーニング参加者と非参加者のグループに無作為に振り分けることが必要であると主張する帰結[102]を導く原因にもなっている。

---

(100) Schwegler (Schwegler, Karin: Dauerarrest als Erziehungsmittel für junge Straftäter, München 1999) は、法認識や道徳的な判断能力に対して少年拘禁が与える影響を調査している。非暴力トレーニングは、多くの研究において評価づけられており、そこでは、法的な成り行きが基準にされておらず、心理学的な人格テストにより量定される攻撃性の減少が基準にされている（vgl. Brand, Markus; Saasmann, Markus: Anti-Gewalt-Training für Gewalttäter. Ein sozialpädagogisches, konfrontatives Training zum Abbau der Gewaltbereitschaft, DVJJ-Journal 1999, S. 419 ff.; Kilb, Reiner; Weidner, Jens: „So hat noch nie einer mit mir gesprochen... “, DVJJ-Journal 2000, S. 379 ff.; Weidner, Jens: Anti-Aggressivitäts-Training für Gewalttäter, Bonn, 3. Aufl., 1995; Weidner, Jens; Wolters, Jörg M.: Aggression und Delinquenz: Ein Spezialpräventives Training für gewalttätige Wiederholungstäter, MschrKrim 1991, S. 210 ff.; Weidner, Jens: Innovation und Erfolg im Vollzug － Zur sozialpädagogisch-psychologischen Ausgestaltung des Strafvollzuges in Deutschland, in: DVJJ [Hrsg.]: Sozialer Wandel und Jugendkriminalität: Neue Herausforderungen für Jugendkriminalrechtspflege, Politik und Gesellschaft, Schriftenreihe der DVJJ e.V., Band 27, Bonn 1997, S. 528 ff.)。その場合、どの程度心理学的なテストの結果から現実の行動を推測できるのか、疑問が生じる。というのも、被験者は、質問票を通して単に自分の攻撃性に関する自己評価とかかわっているにすぎないからである。つまり、言葉による刺激に対する言葉による反応がここでは問題にされているのである。

(101) Ohlemacher, Thomas; Sögding, Dennis; Höynck, Theresia; Ethé, Nicole, Welte, Götz: Anti-Aggressivitäts-Training und Legalbewährung: Versuch einer Evaluation, in: Bereswill, Mechthild; Greve, Werner (Hrsg.): Forschungsthema Strafvollzug, Baden-Baden 2001, S. 345 ff.; Ohlemacher, Thomas; Sögding, Dennis; Höynck, Theresia; Ethé, Nicole, Welte, Götz: „Nicht besser, aber auch nicht schlechter “: Anti-Aggressivitäts-Training und Legalbewährung, DVJJ-Journal 2001, S. 380 ff.

(102) Ohlemacher u.a. (Anm. 101), S. 381.

2.3　外国における制裁の特別予防効果に関する新たな二次的分析の結果

ドイツにおける刑事政策は、厳しい、特に自由を剝奪する制裁により再犯の可能性は減少するという仮説を基礎に置いている。どの程度この仮説が裏づけられるのかについては、特にアメリカの二次的分析、とりわけアメリカ連邦議会の委託により作成されたシューマン・リポート[103]やキャンベル・コラボレーションの刑事司法グループによるレビュー[104]、ボルダーのコロラド大学暴力研究・予防センターの「ブルー・プリント[105]」、ナシュビレのヴァンダビルト公共政策研究所の評価調査・方法研究センターのMark W. Lipseyによるメタ分析[106]、が解明している。こうした二次分析では、これまでにとられてきた方法論としては最も優れている研究の成果として、次のことが確認されている。

- 特別予防的な威嚇に向けられたプログラムは、短期の自由剝奪（ショック・プロベーション）によっても、軍隊式の訓練と結びついている拘禁（ブーツ・キャンプ）によっても、あるいは、刑務所訪問プログラム（スケアード・シュトライト）の形をとっても、期待されたような効果はなく、むしろそれは極めて非建設的なものであった。
  - メリーランド・リポートでは、ショック・プロベーションに関する評価研究の成果として、次のような要約がなされている。「類似したプロベーション・グループと比較してショック・プロベーションの再犯予防効果を検証した研究では、両者の間に差を見つけることができず、いくつかのケースでは、ショック・プロベーションを行ったケースが明らかに悪い結果を残していた[107]」。
  - 少年に対するブーツ・キャンプは、全く効果をもたなかったか、消極的な効果を持っており、それゆえに、「犯罪予防技術としては、ブーツ・キャンプはほとんど支持できない[108]」ものと結論づけられている。

---

(103) Sherman, Lawrence W.; Gottfredson, Denise C.; MacKenzie, Doris L.; Eck, John; Reuter, Peter ; Bushway, Shawn D.: Preventing Crime: What Works, What Doesn't, What's Promising, A Report to the United States Congress 1998 〈http://www.ncjrs.org/works/download.htm〉. Sherman, Lawrence W.; Farrington, David P.; Welsh, Brandon C.; Layton MacKenzie, Doris (Hrsg.): Evidence-Based Crime Prevention, London/New York 2002 として、その改訂版が公にされている。

(104) http://www.campbellcollaboration.org/.

(105) http://www.colorado.edu/cspv/blueprints.

(106) http://www.vanderbilt.edu/cerm.

(107) MacKenzie, Doris Layton: Reducing the criminal activities of known offenders and delinquents, in: Sherman, Lawrence W.; Farrington, David P.; Welsh, Brandon C.; Layton MacKenzie, Doris (Hrsg.): Evidence-Based Crime Prevention, London/New York 2002, S. 340.

・同様に、消極的な評価は、スケァード・シュトライト・プログラムについても、なされている。「こうしたプログラムに関する研究は、当該プログラムに参加した者と比較グループとの間にいかなる差違も見出しておらず、いくつかのケースでは、プログラム参加者が再度拘禁される確率がより高いものになっていた[109]」。Petrosino他も、キャンベル・コラボレーションのためのレビューにおいて、同様の結論に至っている。著者によれば、こうしたプログラムは、「有害な効果を持っており、同じ若年者に全く何もしないことよりも非行を増加させるだろう[110]」。

・警察による暫定的な身体拘束(「逮捕 arrest」)や身体拘束、自由を剝奪する処分の言い渡し(「拘禁 incarceration」)は、むしろ非建設的なものであることが明らかにされている。デンバーの長期研究(デンバー少年研究)では、次のことが確認されている。「一般的にいって次の非行にほとんどインパクトを与えず、インパクトを持つとしても、それは将来の非行を増やすということだろう。さらに、少年時に拘禁され投獄された者は、成人後に投獄される可能性が相当に高まる。…こうした知見は、公共の安全の限度内で可能な限り厳しくない制裁やよりよい社会復帰のための援助、監察、サポートを行うことが将来の非行を減らすであろうことを示唆する[111]」。

・グループ・ワークのプログラムは、特に、グループ内で特別な規範違反者が関心を惹く役割モデルとして選択されることから、問題があることが明らかになっている[112]。「実験により出されている一貫した結果は、グループ・ワークは機能していないということである。提供されるプログラムが、つねに善意と社会性に性格づけられているように、役割モデルに選ばれるのは、例えば積極的な指導者などではなくグループからの特別な

---

(108) MacKenzie (Anm. 107), S. 348.
(109) MacKenzie (Anm. 107), S. 341.
(110) Petrosino, A.; Turpin-Petrosino, C., Buehler, J.:"Scared Straight" and other juvenile awareness programs for preventing juvenile delinquency 〈http://www.campbellcollaboration.org/doc-pdf/ssr.pdf〉, S. 3. さらに次の文献も参照。Petrosino, Anthony; Turpin-Petrosino, Carolyn; Buehler, John: Scared Straight and Other Juvenile Awareness Programs for Preventing Juvenile Delinquency: A Systematic Review of the Randomized Experimental Evidence, Annals of the American Academy of Political and Social Science 589, 2003, 41-62:「この調査研究に従えば、少年をこのプログラムに触れさせるよりも、何もしないことの方がよい、ということになる」(aaO. S. 58)。
(111) Thornberry, Terence P.; Huizinga, David; Loeber, Rolf: The Causes and Correlates Studies: Findings and Policy Implications, Juvenile Justice Journal, 2004, S. 121 f. http://www.ncjrs.org/pdffiles1/ojjdp/203555.pdf.
(112) Vgl. Schumann, Karl F.: Experimente mit Kriminalitätsprävention, in: Albrecht, Günter; Backes, Otto; Kühnel, Wolfgang (Hrsg.): Gewaltkriminalität zwischen Mythos und Realität, Frankfurt a.M. 2001, S. 441 ff.

逸脱者である[113]」。それゆえ、MTFCプログラム（多層的処遇援助ケア、Multidimensional Treatment Foster Care[114]）は、「類似した問題を抱え、類似した非行に及び、同じようにひどく家族から見殺しにされており、路上で生き延びるための術を身につけているような同質性を持った者」ばかりと接触していることに閉鎖的な施設やグループ・ワークの重大な欠点がある、という認識を基礎に置いている。「こうした者は――特にクレバーな（都会で生き抜く術を知っている）ために――そうした経験を余り持たない者にとっては、興味を惹く存在である。それとは対照的に、非行のある友人との接触を厳しく禁じることが、実践に移されるべきであろう[115]」。

・それに対し、家族内での試みを探り、危険な状態に置かれた少年を同質性を持ったグループの影響圏から切り離すプログラムは、効果あるものとして評価されている。現在特に積極的に評価されているふたつのプログラムは、少年を施設や少年刑事施設に拘禁することに対する代替として発展してきた、多層的システム・セラピー（Multisystem-Therapie, MST[116]）と多層的処遇援助ケア（MTFC）である。

したがって、特に成功を約束するプログラムは、刑法の外部にあるものか刑法上の制裁に代わる――われわれが親しんでいるよりもはるかに強く――家族や社会環境を取り込んでいるようなもの、ということになる。

3．効果研究の現況からの結論

3.1　われわれは何を知っているのか、そして何を基礎に置くことができるのか？

刑法に関する効果研究の成果として――ここでは紹介していない罰金刑や保護観察のための刑の延期、残刑の延期に関する一般刑法の領域における調査を（も）考慮すれば――確認できるのは、次のようなことである。

1．手続打ち切り（ダイバージョン）後よりも有罪言い渡し後の再犯率の方が――比較できる行為グループ・行為者グループの場合に――低いということに関する経験的な証拠はない。むしろ、低いのは、ダイバージョン後の再犯

(113) Vgl. Schumann (Anm. 112), S. 454.
(114) これについては、Schumann (Anm. 112), S. 451 ff. における記述を参照。
(115) Vgl. Schumann (Anm. 112), S. 451.
(116) これについては、 Schumann (Anm. 112), S. 448 ff. における記述を参照。

率である。

2．軽微、中程度の犯罪行為の領域において、いくつかの制裁は成り行きについて異なる効果をもたらしていない。むしろ、制裁は、再犯率に対する効果の差が測定できない程に交換可能なものになっている。

3．より厳しい制裁により、測定可能な程によりよい更生率をもたらしうる、ということに関する経験的な証拠はない。[117]

4．何か傾向があるとすれば、比較できる行為グループ・行為者グループを設定する場合には、より厳しい制裁が科された後の方が再犯率がより高くなるという傾向である。

5．「特定の犯罪態様に対して、より早く、より徹底的に、刑法上の対応をとればとるほど犯罪キャリアが引き延ばされる可能性が大きくなる」。[118]

このような結果は、重要である。なぜなら、いずれにしてもわれわれの法治国家の理解によればそのようになるのではあるが、制裁の選択は、当該の侵害が必要でなおかつ比例性を保ったものであることで、常に正当化されなければならないからである。より厳しい制裁がよりよい効果を持っていないことが裏づけられる場合には――研究の現況からいえば、そうなるのであるが――比例性原則にしたがい、[119]より厳しい制裁に対してより緩やかな制裁が、その都度優先されなければならないのである。侵害的な対応に対してより侵害強度の小さい処分がより大きな成果をもたらすことが証明されなければならないのではなく、反対に、侵害強度の大きい処分がその予防効果に関する裏づけを必要としているのである。

研究結果に関して、ドイツの研究の現況は、Kernerがヨーロッパ規模での再犯調

---

(117) これについては、第一次治安レポートにおける連邦政府の考えも参照のこと（Ersten Periodischen Sicherheitsbericht (Anm. 68), S. 611)。「少年刑を科す範囲を拡大し、それを峻厳化することを求める主張の背後には、特に、そのことで少年犯罪に効果的に対応できるという考えがある。こうした仮定には、経験的な社会調査の根拠がない」。

(118) Albrecht, Günter: Möglichkeiten und Grenzen der Prognose “krimineller Karrieren”, in: DVJJ (Hrsg.): Mehrfach Auffällige – Mehrfach Betroffene, Dokumentation des 21. DJGT, Mönchengladbach 1990, S. 110.

(119) 比例性原則とは次のことをいう。「目指されている目的を達成するために、個別事案における全ての個々人の事情・現実的な事情を尊重して、当該の措置が適切で必要なものでなければならないこと、つまり、個々人に掛ける負担がより小さい方法では目的が達成されえず、その措置と結びついた侵害が事実の意味内容や存在している容疑の強さと照らし合わせてみて均衡を欠いていないということ」、である（Hill, Hermann: Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.]: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, Heidelberg 1989, Rdnr. 22)。

査の評価結果として要約した事柄と適合する。「しかし、少なくとも犯罪行為を理由にして訴追された者の近似化した比較可能なグループと対比する場合には、種々の制裁の領域において似たような効果が生じる、という結論を支持する国際的な知見が、過半数に達している。制裁の特別予防上の交換可能性という現象は、…より重い制裁を取り下げたとしても、それ自体として一般予防的に見ても治安の悪化を危惧させるものではないという知見により、支持される。つまり、とにかく、『疑わしきは、より少なく』という標語は、それを支持する多くの経験的な証拠を持つのである[120]」。それゆえ、国内外の再犯研究の結果に基づき、すでに長い間犯罪学においては次のようなことが支持されている。「犯罪学の知見によれば、制裁の峻厳化は、特別予防の観点においても、一般予防の観点においても、少年犯罪の減少を期待させない[121]」。さらに短く言い換えてみよう。「『厳しい』刑法が道具として有用であるということへの信奉は、今日、経験科学の基盤を欠いている[122]」。研究の現況から支持されるのは、疑わしきはより少なく、もはや何もしない、ということなのである。

3.2 「啓蒙された無知」――ここから何が導き出されるのか？

「啓蒙された無知」とは、科される制裁の多くの効果やそれにより生じうる副作用について何も知らないこと――あるいは余りにわずかにしか知らないこと――を知ってはいるが、制裁実務のような刑事政策を合理的なものにするために、その知見を駆使しなければならないことを意味する。問題は、このような認識から何が導き出されるのか、である。

ここから導かれるのは、争いなく現在の研究水準に問題があるため、方法論的に見て十分な方法で制裁効果を評価していくことが緊急に必要とされている、ということである。刑法は、国家により独占された権力の行使である。比例性を失して市民の基本権を侵害することはないというのが、その適用の前提である。それゆえ、

---

(120) Kerner, Hans-Jürgen: Erfolgsbeurteilung nach Strafvollzug, in: Kerner, Hans-Jürgen; Dolde, Gabriele; Mey, Hans-Georg (Hrsg.): Jugendstrafvollzug und Bewährung, Schriftenreihe der Deutschen Bewährungshilfe e.V., Bd. 27, Bonn 1996, S. 89.

(121) Dölling, Dieter: Mehrfach auffällige junge Straftäter – kriminologische Befunde und Reaktionsmöglichkeiten der Jugendkriminalrechtspflege, Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt 1989, S. 318.

(122) Kunz, Karl-Ludwig: Kriminologie – Eine Grundlegung, 4. Aufl. Bern u.a. 2004, S. 404, § 43 Rdnr. 4.

刑事政策は、その決定に経験的な基盤があるかどうかを検証しなければならない。

1．ここから導かれるのは、まず、ドイツにおいて評価の文化を発展させるように、必要な財政的・人的資源を準備するよう、政治に要求することである。Tony Blairによる犯罪および秩序違反法以来、評価の義務づけが行われている英国の状況から見ると、ドイツは、なおも遙か遠くの位置に取り残されている。[123]

2．ここからさらに導かれるのは、もっと評価研究に挑むよう、学界に対して求めることである。

3．最後に導かれるのは、内部評価、特にプロセスに関する内部評価を実務に求めることである。[124]

方法論上確かな知見の水準を上げるために、今日なおもやるべきことが多く残されているということは、しかし、経験的に確かな知見が存在しているのに、それをあからさまに無視している刑事政策や少年刑事司法に対する許可状ではない。むしろ、自由にできる知見を可能な限りくまなく用いることが、重要である。仮に、[問題となる分野に関する]研究がない場合には、どのようになるであろうか。例えば、少年拘禁に再犯阻止効果があることを前提にして――政治の方でそうされているのと同じように――威嚇射撃拘禁の導入が主張されるかもしれない。しかし、この分野については研究があるのである。

- すでに長きに渡り、また遅くとも2003年に再犯統計が公にされて以来、少年拘禁後の再犯率が70％という極めて高い数値に達することを、われわれは知っている。
- 1999年に公にされたSchweglerの調査研究[125]から、被拘禁者の法に対する弁識力も道徳的な判断能力も継続拘禁により影響を受けないこと、それと同様に、行動に影響を与えるような新たな方向付けが起こっていることも証明されていないことを、われわれは

---

(123) 法律の結果評価については、次の文献を参照。Ennuschat, Jörg: Wege zu besserer Gesetzgebung – sachverständige Beratung, Begründung, Folgenabschätzung und Wirkungskontrolle, DVBl. 2004, S. 986 ff.; ヨーロッパ諸国ならびにヨーロッパ以外の諸国における法律の結果評価の状況については、Karpen, Ulrich; Hof, Hagen (Hrsg.): Wirkungsforschung zum Recht IV – Möglichkeiten einer Institutionalisierung der Wirkungskontrolle von Gesetzen, Baden-Baden 2003 に所収されている諸論稿を参照のこと。さらに、Karpen, Ulrich: Gesetzesfolgenabschätzung in der Europäischen Union, AöR 1999, 400-422 を参照。

(124) Vgl. Drewniak, Regine; Pelz, Markus: Selbstevaluation in ambulanten Maßnahmen für junge Straftäter, DVJJ-Journal 2001, S. 137 ff.; Drewniak, Regine; Fischer, Henning; Kloos, Dieter; Pelz, Markus; Peterich, Petra; Radtke, Eva-Maria; Roggmann, Jutta; Wandrey; Michael: Vom ambulanten Projekt zum ambulanten Produkt, DVJJ-Journal 2001, S. 89 ff.

(125) Schwegler (Schwegler, Karin: Dauerarrest als Erziehungsmittel für junge Straftäter, München 1999.

知っている。Schweglerによれば、「拘禁のコンセプトは、法の誤謬である[126]」ことが研究調査により示唆されている。

・被拘禁者との会話の後にいつも決まって指摘される［再犯を行わないという被拘禁者自身の］「善き決心」には――すでに日常の経験からも言えることであるが――［その言葉を聞いて手放しに悦ぶのではなく］注意深く悦ばなければならない。ブレーメンでの長期に渡る調査研究において、Schumann他は、予後に関する自己診断と後の［再］非行とは関係しないことを見つけている[127]。

・拘禁のショック効果という仮説さえ、研究によっては裏づけられない。それが確認された範囲で言っても、この効果はすぐに弱まり、慣れにその席を譲ることになる[128]。Schumannは、1984年にアンケート調査を行い、拘禁がむしろ反対に、被収容者に恐怖を植え付けることに貢献していることを確認している[129]。この知見は、「刑務所ショック（jailhouse schock）」を体験させるために、非行のある少年を参観者として刑事施設に送り込むプログラムに関する新しいメタ分析によって、裏づけられている。それによると、そこに肯定的な効果はない。その上、コントロール・グループと比較してみると、このようなプログラムを終えた少年の犯罪負担は、予想を裏切って、大きなものであった[130]。それによれば、治癒力のあるようなショック［効果］があるというのは誤りなのではないか、という（入口）拘禁に対するドイツの実務家により口にされている疑義は、全くもって理由があるということになる。

---

(126) Schwegler, Karin: Erziehung durch Unrechtseinsicht ?, Kriminologisches Journal 2001, S. 129.

(127) Prein, Gerald; Seus, Lydia: Stigmatisierung in dynamischer Perspektive, in: Schumann, Karl F. (Hrsg.): Berufsbildung, Arbeit und Delinquenz, Bd. 2, Weinheim/München 2003, S. 174 f.

(128) Schwegler (Anm. 125), S. 110 f. による紹介を参照。

(129) Giffey, Ingrid; Werlich, Martina: Vollzug des Jugendarrests in der Anstalt Bremen-Lesum, in: Schumann, Karl F. (Hrsg.): Jugendarrest und/oder Betreuungsweisung, Bremen 1985, S.46 f.; Schumann, Karl F.; Döpke, Susanne; Giffey, Ingrid; Lätzel, Barbara; Werlich, Martina: Zusammenfassung der Ergebnisse und kriminalpolitische Folgerungen für Bremen, in: Schumann, Karl F. (Hrsg.): Jugendarrest und/oder Betreuungsweisung, Bremen 1985, S. 171.

(130) Petrosino u.a. (Anm. 110).

Ⅳ．犯罪学的研究から光を当てた現在の「犯罪に厳しく（tough on crime）」の刑事政策

合理的な刑事政策の特徴は、経験的に支持される知見に基づいて十分に確実に結果を予測することができるような、可能な限り幅広い事実的基盤の上で決定を行おうとする努力である。別言すれば、刑法がなしうること、なしてよいことの範囲内で、これまでにある経験上の知見を使い尽くすということ、つまり、実証された事柄を維持し、場合によっては改良し、有害であることが分かったものは手放す、ということである。

それに対し、現在の少年刑事政策は、次のことで特徴づけられる。すなわち、

1．記録された少年犯罪の増加が劇化されており、

2．重い刑罰と厳しい判決が求められ、

3．刑事政策が刑法政策へと切り詰められている、ということである。

このような主張は、紹介した効果研究の知見との比較で示されるように、これまでの経験に対する信頼のおける評価により支持されているものではなく、シャーマニズム[131]の様相を呈するもの、すなわち、単調に鳴り続ける執拗で揺らぎのない拍子を伴った、知見の水準を顧みない教義と呪文の繰り返し、なのである。

そのようなものであるがゆえに、少年の不良行為が増えていると言い張られていることや、もっと厳しさが必要だと主張されていることの宣伝効果は、確かに大きなものであり、大衆メディアでは賛同を得ている。しかし、それは、事実とはほとんど関係がないものである。これまで、以下のような［犯罪学的実証研究により確認されている］調査結果に興味を抱いた者が、果たしていたであろうか。

- そもそも被害が重大な犯罪行為という本来的な問題は、大人の側にあること、
- 児童・少年期に、その年齢層に典型的な形で法を破ることは、原則として成長期特有の現象であり、こうした年齢層に典型的な非行に司法的に介入し処罰を加えることは、新たな非行のリスクを減らさず、むしろそのリスクを高めうること、
- これまで調査が行われた行為者グループのいずれの場合においても、特別予防的な観

(131) シャーマニズムに関しては、ウィキペディア百科事典Wikipedia-Enzyklopädie http://de.wikipedia.org/wiki/Schamanismusを参照。

点において、厳しい制裁が寛大な制裁よりも優れていることを支持する結論を導いたものはなかったこと、

・予後予測は不可能であり、せいぜいのところ、責任を負えないほどに数が多い[将来犯罪に及ぶという]誤診（誤った陽性判断）という犠牲を払って可能になるにすぎないがゆえに、早期介入によりとにかく犯罪キャリアを食い止めることができるという仮説は、幻想であるということ。[132]

現在、何人かの政治家によって再び喧伝されているような、こうした少年刑事政策の誤りは、刑法が持つ可能性への過大評価と刑事政策の刑法政策への切り詰めにある。刑法は、（社会、労働、教育、経済）政策・政治の懈怠を埋め合わせる賠償保険の役割を引き受けることはできない。「社会政策は、同時に、最良の、最も効果のある刑事政策（である）」[133]というFranz von Lisztの言が正しいかどうかは、不確かかもしれない。しかし、ひとつ確かなことがある。それは、最悪だと考えられる刑事政策は、*刑事*政策（*Kriminal*politik）を*刑法*政策（*Strafrechts*politik）に限定するものである、ということである。というのも、犯罪は、通例、刑法システムの影響外にある、経済的、社会的、個人的、状況的要素といった極めて多くの要素の影響を受けているからである。若年の頻回行為者や犯罪性が強いとされる者、暴力犯罪に及んだ若年者に関する調査において示されているのは、家庭内での暴力の体験・目撃・容認から始まり、経済的な貧窮、特に若年の（ドイツのパスポートを持っており、あるいはそれを持っていない）移住者に見られる社会的統合の問題、それから学校や職業教育における問題やそれに基づくチャンスや展望の喪失に至るまで、極めて多くの社会的な問題と困窮の中にこうした行為者グループが置かれている、ということである。

生活状況や運命といったものは、積極的な方向に影響づけられうるものである。しかし、それは、刑法を手段としてではない。刑法は、児童・少年援助や社会政策、社会的統合のための政策の代わりにも埋め草にもなりえない。(少年)刑法では、社

---

(132) シューマン・リポート（MacKenzie [Anm. 107], S. 338）も、同様に、次のようにいう。「誰が将来の頻回行為者になるのかを予言することは、現在はまだ不可能な状態である。したがって、彼らを重い拘禁刑の対象とすることは、不可能である」。

(133) von Liszt, Franz: Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung, in: von Liszt: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 2, Berlin 1905, S. 246.

会問題を解決することができないのである。それゆえ、家庭や学校、コミュニティに焦点を当てた第一次予防と第二次予防のための設備と措置が促進されなければならない。これらは、全て、新しいことではなく、すでによく知られたことである――政治にも、である。現在の連邦政府は、第一次治安レポートにおいて、指針として、次のような表現をとっている。「抑圧的な方法では首尾よく全ての犯罪を克服し、減少させることはできないという認識が、長きに渡り、犯罪学では認められている。住民を犯罪から守るために、効果的な犯罪予防が特別に重要な役割を果たす。…連邦政府は、これに相応する形で、全ての犯罪領域において犯罪予防の強化に重要な位置づけを与えている。…連邦政府は、犯罪行為との関係においても、そしてまたまさにそれとの関係において、社会政策、家庭政策、少年政策、保健政策、教育政策上の試みを優先させる。…目に見える成果がすぐには現れないという危険を踏まえても、である[(134)]」。

また、それゆえ、2003年４月24日のヨーロッパ審議会の閣僚委員会の勧告では、正当にも、次のことが戦略的な試みとして挙げられている。すなわち、少年司法システムは、「社会的な構造に支えられ、全体のコンテクスト――家庭環境、学校、近隣社会、同年代のグループ――を考慮して犯罪に対して行われる少年非行予防のためのさらに幅広い戦略の構成要素として捉えられなければならない[(135)]」、というものである。

重要なのは、刑事政策は単なる刑罰政策以上のものであり、また刑罰政策とは違うものであるという理解を実行に移すことである。このことは、特に、犯罪の*発生条件*を視野に入れて、それをより有利に*形成する*ことを意味する。社会の*形成*（soziale *Gestaltung*）は社会的*統制*（soziale *Kontrolle*）に限定されてはならず、いわんや*刑罰*による社会的統制や*刑法*に切り詰められてはならない。その代わりとして政治がむしろとりわけ社会の形成という課題として刑事政策を理解すれば、代わりとなる担い手、手段、戦略に目を向け、いずれにせよより意義深い事柄にもっと注意を向けるようになるだろう。つまりは、予防に、ということである。なぜよ

(134) Erster Periodischer Sicherheitsbericht (Anm. 68), S. 601 f.
(135) Empfehlung Rec(2003)20 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten zu neuen Wegen im Umgang mit Jugenddelinquenz und der Rolle der Jugendgerichtsbarkeit, II.2. 出版物による参照については、Anm. 4を参照のこと)。

り寛大な措置では足りずに、最も峻厳な手段である刑法が用いられなければならないのかが、その都度跡づけができる形で理由づけられなければならない。私の前の講演者、連邦憲法裁判所副長官は、このことから以下のことを結論づけている。「刑法にかかわる政策は、強制と侵害を伴い、人間の自由への侵害を伴う政策であり、このことは、どんなに善き考え、善き意図に基づいていたとしても変わることがない。今日も、明日も、明後日も、である。このことからは、必然的に次のことが導かれる。すなわち、いかなる刑事政策であっても、自己を廃止するための作業に絶え間なく従事し、確かに有効ではないというわけではないかもしれないが、権利侵害が小さい代替案を絶えず描き続ける課題を背負っている、ということである[136]」。

予防に対する意識、予防に対して社会が責任を持つことの意識は、刑法を、そして少年刑法をも、短期的・中期的に不必要なものにするだろう。それはまた、任務分配を必然的に修正し、刑法への過剰な要求を回避し、それらにより刑法的対応の例外的性格を強めることに資すであろう。

- 社会でとうの昔にもはや受け容れられなくなっているような規範を、少年に、よりによって刑法を手段として仲介し、あるいは叩き込む、ということを社会はできない。社会や政治が刑法を通して規範を押し通したいというのであれば、まずそれ自体が、若い世代に範を示さなければならない[137]。なぜなら、これは、本来、「不品行な」少年を問題にしているからである。「年寄りの話に耳を傾ける代わりに、年寄りを真似よ[138]！」
- 直視せず、そっぽを向き、疎外し、鍵をかけて閉じ込めておくことでは、若年者を社会化することはできない。責任を引き受ける機会を与えることによってのみ、彼らに、責任ある行動をとることができる能力を与え、そうすることを動機づけることができるだけである。仮に、青年の世代において――移住者や東側の者のみならず、しかし特に彼らが――自分のことについて自分で責任を引き受け、自らの労働で生計を立てる

---

(136) Hassemer, Winfried: Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik, Strafverteidiger 1995, S. 488.

(137) 誤りに満ちた先人に関する例を挙げる必要はないだろう。われわれのエリートが模範の役割を果たしていないような事件に、誰もが十分直面しているはずである。「強欲社会（Raff-Gesellschaft）」（Marion Gräfin Dönhoff, Entfesselte Freiheit und Geld sind nicht genug, Die ZEIT 36/1996　http://zeus.zeit.de/text/archiv/1996/36/rede.txt.19960830.xml）や「なぜ-違う-社会（Warum-Nicht-Gesellschaft）」（Ulrich Beck, Die postnationale Gesellschaft und ihre Feinde, Die ZEIT 48/1999 〈http://hermes.zeit.de/pdf/archiv/archiv/1999/48/199948.beck_.xml.pdf）ということが、いわれなく語られているわけではない。

(138)「なんと不品行な少年よ！年寄りの話に耳を傾ける代わりに、それを真似よ！」（Brandzinski, Wieslaw: Katyenjammer, Frankfurt a.M. 1966）

チャンスがないということなのであれば、行刑における職業教育に関する多くのプロジェクトを優先するのではなく、塀の外での労働に従事するチャンスをつくらなければならない。いずれにしても、司法はこうしたことの欠陥について賠償保険の役割を引き受けることはできないし、そうすることも許されない。

・刑法の拡充は、第一次予防・第二次予防の領域における全くの懈怠に対する言い訳となってはならない。刑法の介入可能性が常に早期化されているところや、社会政策を具現化する際の欠陥を埋め合わせ、その代わりになることが刑法に期待されているところでは、結局のところ、刑法への信頼やその統制力が、（刑事）政策・政治の場合と全く同様に、損なわれることになる。

Ⅴ.「少年に対する責任」――むすびにかえて

適応せず、非行を起こし、暴れ回り、反抗する少年に対する嘆きは、人類の誕生と同じくらい古くからある。このテーマは、現存する最も古い書物[139]からギリシアの哲学者[140]、教父[141]、そしてヨーロッパ文学の古典作家を経て、現在に至るまで追い求められている[142]。次のような有名な嘆きは、Shakespeareの作品によるものである。「10と23の間に全く歳の差がなければ。さもなくば、若人がその間ずっと惰眠を貪って

(139) 次のような嘆きは、メソポタミア以来のものである。「われらの世は、衰退に向かっている。買収と不誠実が広まっている。子は、もはや親に従わない。世界の没落は、明らかに目前にある」（Sommerville, John C: The Rise and Fall of Childhood, New York 1990, S. 15: からの引用。"Our earth is degenerate in these latter days. Bribery and corruption are common. Children no longer obey their parents ... The end of the world is evidently approaching."）。

(140)「今日、若者は贅を好んでいる。彼らは、流儀を知らず、権威をさげすみ、年寄りに対し敬意を払わず、どこで働くべきか、おしゃべりをしているだけである。年上の者が部屋に踏み入れても、若者はもはや起きようとはしない。彼らは親にはむかい、仲間とのおしゃべりにいそしみ、…師をしいたげている」（Sokratesの言。Middendorff, Wolf: Jugendkriminalität in Europa und den USA, in: Bundeskriminalamt［Hrsg.］: Bekämpfung der Jugendkriminalität, Wiesbaden 1955, 191 f. からの引用）。Platonの書物では、私は、この引用部分をこれまで見たことがない。私の現在の知識水準からは、［この書籍は］極めて制約のないテクスト・スタイルをとる復刻版であるように思える。

(141) 約1600年前に行われたAugustinusの「告白」においても、次のようなことを目にすることができる。「相談に訪れた友人が私に確約した多大なる利益と大いなる名声のためにではなく、私はローマへと旅立ちたいと思った。当時私がそこに惹きつけられていたということもあるが、しかし、そう、それはほとんどもう動機といってよいものであったのだが、一番の関心事は、私が次のようなことを耳にしたことにあった。すなわち、彼の地においては、若い学生が静かに暮らし、整然とした規律で縛られている。そのため、師の言を聞いていないにもかかわらず、師のもとにすぐに押し寄せるなどということはしない。許しを与えられていないのであれば、若い学生が行動をとることは断じて許されていないのだ、と。それに対して、カルタゴでは、学生の恥知らずさが度を超えている（Augustinus, Bekenntnisse, 5. Buch, 8. Kapitel［Lachmann, 1888, Nachdruck 1960 による翻訳からの引用］）。

いれば。その間、若人といえば娼婦に子を産ませ、年寄りに悪事を行い、盗みを働き、つかみ合いの喧嘩をするだけなのだから[143]」。今日、われわれは――特に大衆紙において――「モンスター・ジェネレーション」に対する嘆きを目にしている。

しかし、われわれは、先達のように嘆き、非難しながら指を立てる前に、大人の世代が若い世代を苦しめている諸条件に対するわれわれ自身の責任を想起すべきであろう。かつて、それは、次のように言い表された。すなわち、*少年はわれわれの未来*である、と。今日たびたび問われているのは、*われわれはこの少年とともに未来を迎えうるのか*、ということである。犯罪学からの答えは、次の通りである。すなわち、大衆紙の紙面で言われていることとは反対に、ここにモンスター・ジェネレーションは育っていない。しかし、確かにわれわれが目にしているのは、部分的にはわれわれ大人とともに大きな問題を抱えている少年である。まず変わらなければならないのは、少年ではなく、大人の世代が負担をかけている諸条件である、と。少年裁判所会議第25回大会の席で、Viehmannnは、次のような告発を行っている。

「私は、次の者を告発する。

- *両親*。子どもの面倒をみず、子どもに愛情を掛けず、子どもを殴り、虐待し、子どもを負担と捉え、若き命の土台となる経験として望ましくないことばかりを与えている両親。
- *両親*。子どもに甘いお菓子を詰め込み、テレビの前におとなしく座らせ、児童や少年にとってしばしば模範とはならない行動をとり人生を送っている両親。
- *学校と教師*。純粋な知の伝達者と考えられているものの、成果だけを求め、多くの役立たずを生み、生徒に高い評価と安全を与えず、しばしば冒険のない校庭だけを提供している学校と教師。
- *職人と親方*。工場とそのマネージャー。十分な職業教育のポストを提供せず、専門

---

(142) このことに関する多くの証拠については、次の文献を参照のこと。Holzschuh, Karl: Geschichte des Jugendstrafrechts bis zum Ende des neunzehnten Jahrhunderts (unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung), jur. Diss. Mainz 1957.

(143) Shakespeare, William: Das Wintermärchen, 3. Akt, 3. Szene (Dorothea Tieck による翻訳). 原文は、次のようなものである。"I would, there were no age between ten and three-and-twenty, or that youth would sleep out the rest: for there is nothing in the between but getting wenches with child, wronging the ancientry, stealing, fighting" (Halliwell herausgegebenen Edition "The Work of William Shakespeare", vol. VIII, London 1859 からの引用).

教育を阻み、児童や少年の購買力を食い物にし、そこから得た莫大な利益を幼稚園や学校、スポーツ団体などに何ら還元しようとしないこれらの者。

- *児童・少年援助の政策と学校政策に携わる者*。若年者の利益のために政治決定に介入することが少なく、経済的に恵まれた両親であればその子どもに当たり前に与えていることを、恵まれていない児童や少年のために準備を全くしていない…児童・少年援助の政策と学校政策に携わる者。
- *広告の責任者*。子どもを前後不覚の消費へと誘惑し、その生命を脅かす振る舞い（喫煙！アルコール！）を自由のシンボルや成功の獲得として魅力あるものに見せる…広告の責任者。
- *少年係裁判官と家庭裁判所の裁判官*。法律により保障された児童や少年が幸福になるための可能性を認めていない*少年係裁判官*と*家庭裁判所の裁判官*。…そして*刑事政策家*。うわべだけのポピュリスティックな考量から、よりよき知識に反し、あるいはその知識がよりよきものであることを知らず、峻厳な処罰を求める刑事政策家。
- *メディアの責任者*。おそまつなプログラムに責任を持ち、それにより価値の方向付けの喪失と阻止閾の解体に著しく貢献している…メディアの責任者。
- *小児科医*。子どもが両親や社会によって精神的・肉体的になおざりにされていることについて声を上げて警告を発しようとしない小児科医。
- *アルコール製造業者*、*煙草販売業者*、*トップ・アスリート*、その他多数の者[144]」。

それゆえ、われわれが問うべきなのは、この少年とともにわれわれはどのような未来を迎えるのか、ではなく、***われわれの少年の未来をわれわれはどのように形成するのか***、ということである。いずれにしても、それは、より多くの刑務所の建設に投資することによってではない。重要なのは、刑務所の塀にではなく、人間に、若年者の未来に投資することである。

「***少年に対する責任***」。この少年裁判所会議のモットーは、一方で、善きことを行いたいということだけで満足することはもはや許されず、信念や希望、仮説や期待を経験的に裏づけられた知見に置き換えていくことを要求しなければならないこと

---

(144) Viehmann, Horst: Für eine neue Haltung zur Jugend, in: DVJJ (Hrsg.): Jugend, Gesellschaft und Recht im neuen Jahrtausend, Mönchengladbach 2003, S. 126 f.

を意味する。この領域における欠陥は、看過しえず、比類なきほどまでに大きくなっている。立法者、学界そして実務は、緊急に行動を起こす必要がある。無知は、無責任を意味する。

「*少年に対する責任*」は、しかしながら、次のことをも意味する。すなわち、刑法を用いて達成でき、またそれを用いて達成してよい事柄の限界を明らかにし、少年に対する社会全体の責任を強く求める、ということである。現在人気を博している「犯罪に厳しく」の構想は、それが「同じものを、もっと」という誤った原理を追求しているがゆえに、破局的な処方箋[145]である。その処方箋は、それが全体として関連する経験的な調査結果と矛盾するがゆえに、忠告を聞かず、犯罪学に反し、事実に反する刑事政策である。より厳しい制裁により犯罪が減ることはなく、促進される。それにより、治安は高まらず、脅かされる。それにより努力目標を達成するのではなく明らかに的を外す措置に税金が注ぎ込まれることになる。何より、介入強度の大きな制裁は、[対象者に]不必要な苦痛を与えることになる。なぜ、不必要だといえるのか。再犯防止という目的で測れば、それは介入強度の小さい制裁よりも優れていないからである。それゆえ、「少年に対する責任」とは次のことをいう。すなわち、ポピュリスティックな少年刑法政策に抵抗すること、である。

【付記】

本稿は、HEINZ, Wolfgang: Was richten Richter an, wenn sie richten？の翻訳である。この翻訳のもととなった論稿は、2004年9月25日から28日まで開催されたドイツ少年裁判所会議（Deutsche Jugendgerichtstag）第26回ライプツィッヒ大会の場で行われた学術講演（2004年9月25日）に基づいている。少年裁判所会議は、ドイツ少年裁判所・少年審判補助者連合（Deutsche Vereinigung für Jugendgericht und Jugendgerichtshilfe e.V., DVJJ）の主催により3年に一度開催されており、第26回大会は「少年に対する責任（Verantwortung für Jugend）」を大会テーマに掲げていた。

翻訳の申し出に対し快諾を頂いた上、訳者への多大な援助を惜しまれなかったハインツ

---

[145]「同じものを、もっと」という二つの簡単な単語の背後には、100万年の時を経てわれらが地球上で…形成された、最も効率的で最も効果の大きい破局的な処方箋のひとつが隠されている」（Watzlawick, Paul: Anleitung zum Unglücklichsein, München/Zürich 1983, S. 27 f.）。

教授のご厚意に、この場を借りて、お礼を申し上げたい。

本翻訳中で（　）を付したものは原註であり、［　］を付したものは理解を助ける意図から訳者が補充したものである。本翻訳中のイタリック部分と太字部分、下線部分は、原文にしたがっている。

なお、本翻訳は、訳者がアレクサンダー・フォン・フンボルト財団（Alexander von Humboldt Stiftung）奨学研究員として従事したドイツ連邦共和国、コンスタンツ大学における在外研究の成果の一部である。