

■ Articles

カナダ少年法制におけるダイヴァージョンと修復的司法

丸山雅夫
(南山大学法学部法律学科)

I 刑事司法におけるダイヴァージョンの意義

1 近時、刑事司法における新しい動きとして、修復的司法 (restorative justice)⁽¹⁾ が大きな注目を集め、さまざまに議論されるようになってきている。その内容は必ずしも自明ないしは確定的なものではないが、刑事裁判手続にもとづく刑罰権の行使によって犯罪者の責任を追及するという伝統的な刑事司法に代わって (少なくともそれを補完する形で)、責任 (Responsibility)、修復 (Restoration)、再統合 (Reintegration) の三原理にもとづいた新たな司法システムを構築しようとする動きであると言ってよい。また、それは、正式な裁判手続を回避するために行われる点で少なくとも共通性を有するものであり、その意味で、ダイヴァージョン (正式裁判手続からの離脱) の一形態である。こうした動きは、成人犯罪者を含めた刑事司法全体におけるものであるが、非形式的な手続と本来的に馴染みやすい少年司法との関係で特に強調⁽³⁾ されている。我が国においても、少年法を中心として、その導入可能性が指摘⁽⁴⁾ されているところである⁽⁵⁾。

2 修復的司法を含めたダイヴァージョン一般については、その利点ないしは長所として、(1) 行為者との関係で、①正式な裁判手続に係属することからもたらされる「犯罪者」としての烙印 (ラベリング) が回避できること、②惹起された被害の大きさを行為者が認識しうること、③犯罪から自発的に遠ざかる契機が行為者自身に与えられること、(2) 被害者との関係で、④被害弁償・損害賠償などによって原状回復が図られること、⑤謝罪などによって被害感情の満足や軽減が図られること、(3) 社会との関係で、⑥早期介入によって行為者の犯罪性を早い段階 (犯罪性が深化していない段階) で除去し

うること、⑦法的葛藤状態の解消に際して被害者を含めた社会（民衆）の声や意向を反映しうること、(4) 司法制度との関係で、⑧正式裁判手続に係属する事件数の減少とコストの削減を図りうること、⑨自由刑や収容処分⁽⁶⁾に付される者の減少とコストの削減を図りうること、がそれぞれ指摘されている。修復的司法に代表されるダイヴァージョンは、伝統的な刑事司法システムを完全に否定したり、それにとって代わろうとするものではないが、できる限り刑事司法システムを使わずに、被害者を含めた社会と犯罪者との間の法的葛藤状態を解消する努力をしたうえで、真に必要な場合に限り刑事司法システムを利用すべきだとするものであるとすることができる。

3 修復的司法の発想の起源は、マオリ族の統治システムやエスキモー社会の原状回復手段、カナダ原住民の紛争処理手段にまで遡りうるが、法制度のなかに定着するようになったのは、1970年代のカナダ少年法制下における「被害者・加害者和解プログラム」の形態を通じてであったとされている⁽⁷⁾。1970年代のカナダ少年法制は、1908年に成立した福祉モデル（welfare model）に立脚する非行少年法（Juvenile Delinquents Act, c.40）が多くの厳しい批判にさらされ、福祉モデルから司法（正義）モデル（justice model）ないしは適正手続モデル（due process model）への転換の必要性が叫ばれていた状況のもとにあった⁽⁸⁾。一方で関係者の裁量権行使の余地を厳しく制限しようとする（少年裁判手続を法定手続化しようとする）動きのなかで、非形式的な運用を当然の前提とする修復的司法が誕生したことになる。こうした動きは、1982年制定の少年犯罪者法（Young Offenders Act, c.110）を経て、2002年制定の少年刑事裁判法（Youth Criminal Justice Act, c.1）にまで一貫して引き継がれている。特に、少年犯罪者法と少年刑事裁判法においては、明確な根拠規定を持っていなかった非行少年法と異なり、正式手続を代替する手段としてのダイヴァージョンに条文上の根拠が与えられることになったのである⁽⁹⁾。

以下、カナダ少年法制におけるダイヴァージョンの位置づけや運用などを確認したうえで、修復的司法を含めたダイヴァージョンを我が国の刑事司法および少年司法に導入する可能性について若干の言及をすることにしたい。

- (1) 一般には「修復的司法」という名称が用いられているが、restorativeを「回復的」ないしは「関係修復的」と訳したり、justiceを「司法」ないしは「正義」と訳すところから、それぞれの組み合わせによる異なった名称が用いられることがあり、必ずしも定着した用語にはなっていない。これは、修復的司法の内容が自明でない（確定していない）ために、その具体的なイメージが論者によって異なるからである。
- (2) 木村裕三「少年司法制度と修復的司法——イギリスの少年司法を中心として」法学博士井上正治先生追悼集『刑事実体法と裁判手続』（2003年）

69頁。

- (3) 成人刑事司法における議論については、さしあたり、吉田敏雄「法的平和の恢復（1）―」法学研究（北海学園大学）30巻3号（1995年）―（連載中）、高橋則夫『修復的司法の探求』（2003年）、参照。
- (4) Haines, Kervin and Mark Drakeford, *Young People and Youth Justice* (1998), p.38によれば、修復的司法は、少年システムにおける福祉主義と司法主義との論争・対立のなかで生まれてきた第三の道であるとされる。
- (5) 椎橋隆幸「リストラティブ・ジャスティスと少年司法」現代刑事法4巻8号（2002年）43頁以下によれば、2000年に改正された我が国少年法（平成12年法律第142号）における被害者への配慮規定の新設は、我が国の少年システムに修復的司法を導入する契機になりうるものとされている。
- (6) Berlin, Mark L. and Herbert A. Allard, *Diversion of Children from the Juvenile Courts* (1980), 3 *Canadian Journal of Family Law*, pp.448-51; Dittenhoffer, Tony and Richard V. Ericson, *The Victim / Offender Reconciliation Program: A Message to Correctional Reformers* (1983), 33 *University of Toronto Law Journal*, p.318; O'Brien, Daniel, *Juvenile Diversion: An Issues Perspective from the Atlantic Provinces* (1984), 26 *Canadian Journal of Criminology*, p.218; Fischer, Donald G. and Richard Jeune, *Juvenile Diversion: A Process Analysis* (1987), 28 *Canadian Psychology*, p.69; Federal-Provincial-Territorial Task Force on Youth Justice, *A Review of the Young Offenders Act and the Youth Justice System in Canada: Report of the Federal-Provincial-Territorial Task Force on Youth Justice* (1996), pp.142-3.
- (7) 岸本基予子「カナダの修復的司法（1）」比較法雑誌34巻2号（2000年）237頁、西村春夫＝細井洋子「図説・関係修復正義：被害者司法から関係修復正義への道のりは近きでありや」犯罪と非行125号（2000年）8頁、菊田幸一「少年の修復的正義」西村春夫先生古稀祝賀『犯罪の被害とその修復』（2002年）245頁。
- (8) この点については、拙稿「カナダ少年法制の変遷（2・完）——『非行少年法』（福祉モデル）から『少年犯罪者法』（司法モデル）へ」南山法学26巻1号（2002年）17頁以下参照。
- (9) Beaulieu, Lucien A., A Comparison of Judicial Roles under the *JDA* and *YOA*, in *The Young Offenders Act: A Revolution in Canadian Juvenile Justice*, edited by Leschied, Alan W., Peter G. Jaffe and Wayne Willis (1991), p.138は、非行少年法のもとで法的根拠なしに実施されていたダイヴァージョンに明確な法的根拠を与えた点に、少年犯罪者法の司法モデルとしての性格が如実に現れていると指摘している。

II 非行少年法におけるダイヴァージョン

1 少年に対する修復的司法としての「被害者・加害者和解」の始まりは、一般に、1974年ないしは1975年のことであったとされている⁽¹⁰⁾。他方、被害者・加害者和解ほどに特殊なものでなく、記録などからの確認が必ずしも容易ではない一般的な少年ダイヴァージョンについては、それが実施されるようになった時期は明らかでなく、1960年代から1970年代にかけて、ケベック州、マニトバ州、ブリティッシュ・コロンビア州、オンタリオ州を中心に確立されていったと言われている⁽¹¹⁾。また、当時のダイヴァージョンは、特に、非行少年に対する不必要（不適切）なラベリング効果の回避を目指したものであったともされている⁽¹²⁾。しかし、正式な手続から離脱させる措置（方法）のすべてを含むという意味でのダイヴァージョンは、非行少年法の制定直後から、すでに事実として行われていたのではないかと推測される。

そもそも、非行少年法には、ダイヴァージョンを根拠づける規定が存在していなかっただけでなく、その実施を前提とするような規定も存在していなかった。したがって、非行少年法のもとのダイヴァージョンは、福祉モデルを特徴づける広範な裁量権の行使にもとづいて、事実として実施される性格のものであった。それは、非行少年法の構造から、訴追前の段階におけるダイヴァージョンと処分言渡し前の段階におけるダイヴァージョンのふたつに分けることができる。

2 訴追前段階のダイヴァージョンとしては、主として警察（官）が裁量的に行うものが指摘されている⁽¹⁴⁾。非行少年法は、「逮捕された少年」についてだけ少年裁判所への全件送致を要求し（6条）、逮捕されていない少年については全件送致を要求しなかった。したがって、ダイヴァージョンに適するという判断がなされた少年については、逮捕を差し控えることによって、事実上のダイヴァージョンに付することができる構造だったのである。それは、我が国の成人刑事裁判における起訴猶予処分・不起訴処分（刑訴法248条）に類似するものであったと言えよう。ただ、この種のダイヴァージョンの内容は、警察による注意（warning）・警告（caution）や、親・保護者への引渡（referral）といった程度のものであり、対象者の選別基準も明確ではなく、その効果も少年自身の立ち直りに期待する以外にはなかった。一方、逮捕されて少年裁判所に訴追された少年についても、1921年改正法が少年裁判の延期制度を導入したことによって（13A条）、我が国少年法における審判不開始（19条）に類似したダイヴァージョンの途が開かれることになった。

これに対して、処分言渡し前のダイヴァージョンは、処遇審理の無期限延期規定（16条）を利用することによって、事実的に機能させることが可能であった。プロベーション・オフィサーによる処分前調査・報告にもとづいて、当該少年の要保護性が消滅した（処分の必要性がないほどに低下した）と判

断される場合には、処遇審理を無期限に延期することによって、それ以後の正式手続から少年を離脱させることができたのである。それは、我が国少年法の試験観察制度（25条）をイメージさせるものである。さらに、1924年改正法が処分の延期制度を導入し（16条）、1929年法が処分の猶予制度（事実上の不処分）を導入することによって（20条1項a号）、処分前ダイヴァージョンの選択肢がさらに広がることになった。ウィニペグ市に限定しての評価ではあるが、これらがダイヴァージョンとして有効に機能していたとの指摘が見られる。⁽¹⁶⁾

3 福祉モデルにおける広範な裁量にもとづいて実行されたダイヴァージョンは、その趣旨・目的の正当性は一般に承認されながらも、次第に、その過度の裁量性（に陥る危険性）の故に厳しい批判にさらされることになった。福祉モデルにおいては、その大きな特徴とされる裁量の限界が明らかでない（個々の少年の要保護性とベスト・インタレストの解明や実現を最適に行うためには裁量に限界を設けない方がよいと考えられていた）ために、裁量権の行使は不統一・不公平な運用および過度の干渉に及ぶ危険性と表裏一体のものとなり、そのような危険性を排除する制度的担保も存在していなかったからである。⁽¹⁷⁾ このため、非行少年法の改正論議におけるダイヴァージョン問題は、司法（適正手続）モデルに調和する離脱制度（非形式的手続）の在り方をめぐって特に議論されたのである。1965年にまとめられた非行問題検討委員会報告書は、ダイヴァージョン実務を厳格な法的統制のもとに置いたうえで、その要件（少年による犯罪事実の承認、少年のベスト・インタレストとの適合、親の同意）と期間（2ヶ月以内）、効果をそれぞれ法律に明示することを中心とした勧告を行っている。⁽¹⁸⁾ 1975年の非行少年法改正検討委員会報告書は、さらに具体的な手続や内容にまで踏み込んだ勧告を行っている。⁽¹⁹⁾ また、1975年の法律改正委員会作業報告書は、想定される少年ダイヴァージョンの類型として、①社会の積極的関与（警察や裁判所といった司法システムの関係者以外に、少年犯罪者を扱う個人・グループの協力・育成を確保する）、②選別手続（当該少年を不問に付すか、家庭や社会に戻すか、正式裁判手続に係属させるかの選別を警察の裁量に委ねる）、③裁判前ダイヴァージョン（訴追された少年の裁判が開始される以前に、正式裁判を代替する諸プログラム（alternative measures program）に付託する）、④収容処分に代わる処分（絶対的不処分、条件付不処分、被害弁償、罰金、プロベーション、社会奉仕命令、社会に開放された施設への一時的収容）、の導入可能性に言及していた。⁽²⁰⁾

4 少年司法システムにおけるダイヴァージョンの正式導入（法的根拠の付与）が連邦レベルでの議論の途上にあった1960年代末から1970年代にかけて、非行少年法（連邦法）の運用主体である州（準州）のいくつかにおいては、少年ダイヴァージョンの制度化がすでに具体化しつつあった。たとえば、ブリ

ティッシュ・コロンビア州は、1969年の州法にもとづいて訴追前のダイヴァージョン制度を確立し、少年犯罪者法で導入されることになる離脱手続の一部をすでに先取りしていた。それによれば、①警察から犯罪事実の報告を受けた裁判所がプロベーション・オフィサーに訴追前調査を命じ、②ダイヴァージョンが相当な事案については、プロベーション・オフィサーが検察官にダイヴァージョンを勧告し、③検察官の同意を条件として、プロベーション・オフィサーが、親・保護者と少年を巻き込んだプログラム（謝罪、被害弁償、対被害者・社会奉仕プログラムなど）を調整したうえで、④訴追手続からの離脱が可能にされたのである。これによって、1980年のバンクーヴァー市では、非行少年の約40%が正式手続からの離脱を認められたとされている。オンタリオ州ウィンザー市エセックス・カウンティにおいても、検察官が事件を審査したうえで、少年・親・被害者を巻き込んだ和解（被害弁償）プログラムをダイヴァージョン・ワーカーが調整するという、一種の修復的司法の導入が試みられていた⁽²¹⁾。また、オンタリオ州では、ジョン・ハワード協会がさまざまなダイヴァージョン活動の担い手として積極的に関与し、1970年代には、付添センター（ハミルトン）、付添プログラム（キッチナー）、職業訓練プログラム（キングストン）、万引撲滅短期コース（ダラム、キッチナー）が実施されていたことが指摘されている⁽²²⁾。刑事立法を連邦が管轄し、その具体的運用を（準）州が管轄するというカナダ憲法上の管轄権の「ねじれ現象」は、ダイヴァージョンの制度化という場面でも顕著に見られたのである。

- (10) 西村＝細井・前出注（7）8頁によれば、1974年にトロント市近郊のキッチナーで始まったとされる。他方、Dittenhoffer and Ericson, *supra*, note 6, p.316によれば、1975年から実施されるようになったとされている。
- (11) Pate, Kimberly J. and Dean E. Peachey, Face-to-Face: Victim-Offender Mediation under the *Young Offenders Act*, in *Justice and the Young Offender in Canada*, edited by Hudson, Joe, Joseph P. Hornick and Barbara A. Burrows (1988), p.106; Task Force Report, *supra*, note 6, p.139.
- (12) 特に、1924年改正法が「性的不道徳行為またはそれと同様の不道徳行為」という不良行為（status offence）を取り込む形で事物管轄を拡張したことによって、犯罪少年と不良少年が社会的に同等なものとして見られることになり、ラベリングの否定的効果は一層深刻なものになっていた。
- (13) Moyer, Sharon, *Diversions from the Juvenile Justice System and Its Impact on Children: A Review of the Literature* (1980), pp.67-74.
- (14) Bala, Nicholas, *Young Offenders Law* (1997), p.150.
- (15) O'Brien, *supra*, note 6, p.227.
- (16) Hackler, Jim, Good People, Dirty System: The *Young Offenders Act* and Organizational Failure, in Leschied, Jaffe and Willis, *supra*, note 9, p.54.

- (17) たとえば、*R. v. Jones*, [1978] 3 W. W. R. 271, 40 C. C. C. (2d) 173, 4 C. R. (3d) 76 (B. C. S. C.) は、無実の少年が裁判手続の煩わしさやコストの回避、ラベリングの回避、裁判で有罪とされて厳しい処分を受ける危険性（可能性）を回避するためにダイヴァージョンに同意することも考えられるとして、前提要件とされる少年の任意性について、必ずしも十分に担保されているわけではないと批判している。
- (18) Department of Justice Committee on Juvenile Delinquency, *Juvenile Delinquency in Canada: The Report of the Department of Justice Committee on Juvenile Delinquency* (1965), pp.152-3, 168-70. 具体的内容については、拙稿・前出注(8) 8頁以下参照。
- (19) Ministry of the Solicitor General, *Young Persons in Conflict with the Law: A Report of the Solicitor General's Committee on Proposals for New Legislation to Replace the Juvenile Delinquents Act* (1975), pp.26-32. 具体的内容については、拙稿・前出注(8) 20頁参照。
- (20) Law Reform Commission of Canada, *Diversion* (Working Paper No.7) (1975), p.4.
- (21) MacDonald, John A., *Justice for Young Persons and Young Offenders Act* (1985), *Canadian Social Work Review*, pp.69-70.
- (22) Berlin and Allard, *supra*, note 6, pp.447-8 によれば、このプロジェクトの目的と内容は、①少年の行った「悪しき行為」の否定に少年自身を関与させること、②問題解決の場に被害者を関与させること、③非行少年の問題解決に非形式的手続を提供すること、④裁判以外の場で「自発的な」基盤にもとづいた支援を提供すること、⑤少年に問題を直視させて、将来の非行から社会を防衛すること、⑥少年の扱いに関する計画を親に立案させ、実行させること、⑦少年の自己概念の確立・増進に社会を関与させること、⑧古典的な処罰の観念を弱めたうえで、行為に対する責任の観念を教え込むこと、というものであった。
- (23) Reitsma-Street, Marge and Graham Stewart, *Alternative Measures and Services for Young Offenders in Ontario*, in *Youth Injustice: Canadian Perspectives*, edited by O'Reilly-Fleming, Thomas and Barry Clark (1993), p.148.

Ⅲ 少年犯罪者法におけるダイヴァージョン

- 1 1984年4月2日から施行された少年犯罪者法は、福祉モデルに立脚してきた非行少年法を廃止し、司法（適正手続）モデルに立脚する少年法制として成立した。少年犯罪者法は同法の基礎となる理念・哲学に関して8項目の基本原則を明示したが、第4項目として、「少年犯罪者の扱いにおいては、社

会防衛に反しない限りで、何らの措置を採らないこともできるし、本法にもとづく裁判手続以外の措置を採ることもできる」とした（3条1項d号）。この規定を根拠として、4条の（正式な裁判手続に代わる）代替措置（*alternative measures*）条項において、ダイヴァージョン一般に関する規定が置かれたのである。それは、基本原則の第6項目である「社会防衛に反しない限りにおける必要最小限の自由の制限」という要請（f号）にも合致するものであった。⁽²⁴⁾

2 4条によれば、「被疑少年の扱いについては、以下に規定する要件を充足する場合に限って、本法にもとづく裁判手続に代わる代替措置を用いることができる」とされ（1項）、その具体的要件として、①代替措置が州の認められた（法務大臣の承認または副総督の指定を受けた）プログラムの一部であること（a号）、②少年のニーズと社会の利益とを比較考量したうえで、代替措置の利用こそが適切だと判断されること（b号）、③プログラムについて少年が十分な説明を受けたうえで、参加について完全かつ自由に同意すること（c号）、④同意に際して、弁護士依頼権を少年に告知したうえで、相談のための合理的な機会を保障すること（d号）、⑤被疑事実について少年が責任を認めること（e号）、⑥被疑事実での訴追が可能なことについて十分な心証を検察官が有していること（f号）、⑦訴訟障害が存在しないこと（g号）、が規定された。一方、少年が被疑事実への関与または関係を否認している場合、および少年が少年裁判所における正式裁判を希望する場合には、代替措置への移行は明確に禁じられた（2項a号、b号）。代替措置の利用は少年裁判手続を当然に妨げるものとはされなかったが、要保護性の解消にとっては代替措置の期間と内容だけで充分だと判断（事前予測）される場合には、訴追は必要のないしは任意的に打ち切られるべきものとされていた（4項a号、b号）。このため、代替措置から正式な裁判手続に戻すという事態は、代替措置プログラム遂行中の行為が新たな犯罪として評価される場合以外には事実上ありえないという構造になっていたのである。

また、代替措置の対象（選別方法や選別基準）・内容などについては、連邦法としての少年犯罪者法には何らの規定も置かれず、連邦レベルでの共通性が全くなかったというわけではないが、⁽²⁵⁾詳細はすべて（準）州（さらには地方自治体）における具体化に委ねられていた。ここにもカナダ憲法における刑事管轄権の配分の特殊性（限界）が示されており、後にオンタリオ州での憲法問題を惹起することにもなったのである。

3 4条は、ダイヴァージョンとしての代替措置の実施段階を特に限定せずに、手続のいかなる段階においても実施しうるものとして構想していた。しかし、実際には、管轄区域によっては実施段階が限定されていたようである。多くの地域では訴追前と訴追後の代替措置が併用されていたが、訴追前に限る地域（ニュー・ブランズウィック州、マニトバ州、アルバータ州、ケベック州）

や、訴追後に限る地域（オンタリオ州）があり、訴追後のものを原則としたうえで訴追前のものを例外的に併用する地域（ユークン準州）も存在したことが指摘されている。⁽²⁶⁾

代替措置の運用が（準）州に委ねられたために、その内容も、少年犯罪者法制定直後の時点では全く明らかではなかった。⁽²⁷⁾しかし、その後は、次第に整備されるようになっていったようである。具体的な内容はさまざまなものが想定されるが、⁽²⁸⁾多くに共通しているのは、被害者・加害者和解の形態のものであり、①被害者への謝罪、②被害者への弁償・賠償、③対被害者・社会奉仕である。これら以外にも、④個人・家族カウンセリングをはじめとする治療プログラム、⑤補導委託（少年クラブ、BBS、YMCA、YWCAなど）、⑥その他（作文、犯罪防止活動への参加、刑務所訪問、消防署訪問、学校への協力など）があり、およそ少年の改善（犯罪性の除去）に役立ちうるものはすべて代替措置の内容になりえたと言ってよい。特に①②③は、少年犯罪者法上の処分としても認められ（20条）、プロベーション命令の補助的条件としても賦課しうるものであった点で、少年犯罪者法が全体として被害者・加害者和解を重視していたことをうかがわせるものである。また、被害者・加害者和解が修復的司法の典型的な形態であることからすれば、少年犯罪者法の「代替措置は修復的司法を視野に入れて導入されたと考えていい」という指摘は正しい一面を持っている。⁽²⁹⁾

代替措置の対象者の選別に当たって考慮すべき要因としては、①犯罪を惹起させるまでに至った根本的問題の性質、②犯罪の性質（種類）、③犯罪の程度（重大性）、④実行に際しての身体的暴力の有無、⑤結果としての身体的加害の程度、⑥計画性の有無、⑦少年の年齢、⑧少年の性格、⑨家族や友人の状況、⑩学校での行動歴、⑪警察との接触歴、⑫訴追に対する被害者の希望の有無、⁽³⁰⁾が一般に指摘されている。このような考慮要因にもとづく総合的判断によれば、ダイヴァージョンによって再社会化が可能な者は、一般に、犯罪性がそれほど深化していない者に限られることになる。事実、代替措置としてのダイヴァージョンは、重大事犯少年をも広く対象としたケベック州を例外として、初犯者で相対的に軽微な犯罪（特に財産犯）を行なった少年に対して用いられるものがほとんどであった。⁽³¹⁾

代替措置の担い手としては、プロベーション・オフィサーや少年司法委員会（69条）のような公的機関（少年犯罪者法上の諸機関）も当然に関与したが、ジョン・ハワード協会のようなNPO組織・任意団体の活動に負うところが大きかったようである。⁽³²⁾具体的には、少年とプログラム実施組織との間でダイヴァージョン協定（署名と証人を要する）を締結し、⁽³³⁾それにもとづいて実施されるという方法が採られていた。

少年犯罪者法における代替措置については、その成就率の高さということもあって、⁽³⁴⁾ダイヴァージョン一般の利点を強調する立場からは当然に肯定的⁽³⁵⁾

な評価が与えられた。しかし、その一方で、ふたつの側面から代替措置の問題性が指摘されてもいた。ひとつは、具体的運用が（準）州に委ねられていたことに関わる問題であり、もうひとつは、4条の規定する要件に関わる問題であった。

4 具体的運用に関わる問題の最大のもは、少年犯罪者法（連邦法）が代替措置の創設を明示したにもかかわらず、その具体化を委ねられた（準）州のうち、オンタリオ州だけが代替措置を創設せずに出発したという点に関わっていた。それは、刑事立法を管轄する連邦にその具体的運用を管轄する（準）州が（どの程度）拘束されるのかという、旧カナダ憲法（1867年）以来の深刻な問題を惹起するものであった。州裁判所のレベルでは、当初、「本法にもとづく裁判手続以外の措置を採ることもできる」という4条の規定は代替措置の創設を義務づけたものではないとの解釈から、その創設自体が州の裁量に委ねられているとされた（*T. W. v. R.* (1986), 25 C. C. C. (3d) 89 (Sask. Q. B.⁽³⁶⁾)). その後、オンタリオ州控訴裁判所は、「代替措置は、従来の刑事司法における刑罰的なアプローチと異なる治療的なアプローチである」としたうえで、連邦内（カナダ全土）での平等という観点から、他の州で受けられるサービスをオンタリオ州だけで受けられないのは「権利と自由に関するカナダ憲章（Canadian Charter of Rights and Freedoms）」15条の平等条項に抵触するとして、万引少年に対する裁判手続の打ち切りを認めた（*R. v. Sheldon S.* (1988), 63 C. R. (3d) 64, 42 C. C. C. (3d) 41 (Ont. C. A.)）。これに対して、上告を受けた連邦最高裁は、カナダ憲章15条はカナダ全土ではなしに同一州内の平等原則として解釈されるべきだとして、代替措置の創設は州の裁量に属する問題であるとし（*R. v. Sheldon S.*, [1990] 2 S. C. R. 254 (S. C. C.)), その設置場所や内容も州の裁量に委ねられるべきだとしたのである（*R. v. Gregory S.*, [1990] 2 S. C. R. 294 (S. C. C.)）。しかし、その直後に、連邦最高裁が改めて違憲判決を出すに至り（*R. v. Askov*, [1990] 2 S. C. R. 1199 (S. C. C.)）、この問題は法的に極めて複雑な状況を呈することになってしまった。ただ、州控訴裁判所の違憲判決を受けたオンタリオ州は、違憲判決直後の1988年4月に、訴追後の中間プログラムとして軽微犯罪の初犯者を対象とする代替措置を創設し、それによって事態の収拾を図っていた。1988年4月以降は、少年犯罪者法が要求するダイヴァージョンとしての代替措置がカナダ全土で整備されるとともに、事実上、憲法上の管轄に関わる問題も回避されることになったのである。

他方、代替措置の利用状況という点では、ケベック州とそれ以外の（準）州との間に顕著な相違が見られた。これは少年犯罪（者）にどのように対処するかという司法政策上の判断に関わるものであるが、ケベック州は、代替措置を積極的に利用する一方で、拘禁処分（収容処遇）をできるだけ差し控えるという傾向を持っていた⁽³⁷⁾。これに対して、ケベック州以外の（準）州は、

拘禁処分を多用する一方で、代替措置の利用には必ずしも積極的ではなかった。このことが、他の欧米諸国に比べて、カナダ少年法制下の拘禁処分率が圧倒的に高いという状況をもたらしていたと言えよう。ただ、いずれにしても、(準)州が主体となる代替措置については、その実効性や対費用効果といった点に関する実態が必ずしも明瞭でないために全体的な評価が困難な状況にあり、広範な実態調査の必要性が強調されていたところである。⁽³⁸⁾

5 4条1項の規定する要件は、非行少年法のもとでの実務において確立されてきた要件を法的に確認したものである。しかし、それらについては、特に、①犯罪についての承認を要求することは「無罪推定」原則に抵触する可能性が大きいこと、②同意の任意性についての保障がなく濫用の可能性が否定できないこと、が問題としてすでに指摘されていた⁽³⁹⁾。たしかに、一般論としては、このような問題がありうることは否定できないであろう。しかし、4条1項e号が規定する「被疑事実についての責任の承認」は、法律上の有罪(guilty)の承認を要求するまでのものではなく、道徳的責任(moral responsibility)の承認で足りよう⁽⁴⁰⁾。また、少年事件においても、有罪答弁(guilty plea)にもとづく事実認定なしの処分が認められ、答弁取引(plea bargain)さえ少なくなかったという状況からすれば、代替措置についてだけ無罪推定原則違反を強調するのは適切でないと思われる。むしろ、重要なのは、同意の任意性をどのように担保するかという点だったのである。ただ、この点についても、少年犯罪者法は、手続の段階を問わない弁護人依頼権を保障するとともに(3条1項e号、11条1項)、代替措置についてもその趣旨を明示することによって(4条1項d号)、同意の任意性を担保しようとしていた。弁護人を抜きにして代替措置の同意を得ることは、明らかに許されないことだったのである(R. v. R. Q. (1985), 14 W. C. B. 48 (Ont. Prov. Ct., Fam. Div.); R. v. J. B. (1985), 20 C. C. C. (3d) 67 (B. C. Prov. Ct.))。

これに対して、4条が、③代替措置について裁判官が関与できない構造になっていた点と、④プログラムを完遂できなかった場合の扱い(効果)について規定していなかった点は、大きな限界を示すものであったと言えよう。③に関して、裁判官は、代替措置の是非の判断にも関与できなかった(検察官の判断に従わざるをえなかった)だけでなく(R. v. V. T., [1992] 1 S. C. R. 749 (S. C. C.))、事後的にそれを検証することもできなかった(R. v. Franty Mark B., [1988] W. D. F. L. 1198 (Ont. Prov. Ct., Fam. Div))。この点はダイヴァージョンの性質(非形式性)を重視すればただちに不当というわけではないが、その利点ないしは長所の裏返しとして、捜査段階における取引の可能性を否定できないし、安上がりな解決手段として代替措置が利用される危険性が指摘されてもいたのである⁽⁴²⁾。他方、④の問題を回避するためには、プログラムの不完遂そのものを犯罪化する立法論がありうるし、ダイヴァージョン協定書にそれを明記しておくという方法も考えられる。③④

の問題は、いずれも、ダイヴァージョンに対する法的統制の是非とその在り方とを問うものであり、ダイヴァージョンの将来を考える際の重要な論点として残されている⁽⁴³⁾。

なお、特に修復的司法としての利用という観点からは、少年犯罪者法の代替措置は加害少年の手続的権利に意を用いている一方で、ガイドラインを明示していないことと被害者の権利を軽視している点で、十分なものではないとの批判がなされていた⁽⁴⁴⁾。

6 こうした状況のなかで、1990年代の半ば以降、英語圏の国々を中心として、修復的司法を特に意識した実務と立法作業が急速に進展していった。1980年代後半のニュージーランドとオーストラリアにおいて盛んになったこの動き⁽⁴⁵⁾は、イギリスをはじめとする多くの国々を巻き込みながら展開され、アメリカの諸州⁽⁴⁶⁾、ニュージーランド⁽⁴⁷⁾、イギリス⁽⁴⁸⁾の立法として実現することになった。カナダも修復的司法の導入に積極的な国のひとつであり、実務において指導的な役割を果たしていたが、その一応の実現は2002年制定の少年刑事裁判法まで待たなければならなかった。この間、1996年の改正刑法典は、少年犯罪者法4条と同様の代替措置規定を追加して(717条1項・2項)、成人犯罪者に対するダイヴァージョン一般に法的根拠を与えた。それは、修復的司法を当然に含むものではあったが、特にそれだけを意識したものではなかったと言ってよい。また、連邦・州・準州の代表によって構成された「少年司法に関するタスク・フォース」報告(1996年)も、一般的なダイヴァージョンとしての代替措置の拡充を勧告するにとどまっていた⁽⁴⁹⁾。しかし、その直後には、少年司法の再構築を目指した報告書において、修復的司法を明確に意識したダイヴァージョンの必要性が強調されるようになった⁽⁵⁰⁾。このような姿勢が少年刑事裁判法へと引き継がれていったのである⁽⁵¹⁾。

(24) Ministry of the Attorney General, *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure and Resolution Discussions* (1993), p.96 によれば、ダイヴァージョンは、このような要請にとどまらず、再社会化(改善)・特別予防・一般予防・社会防衛という刑事司法システム全体の目的に合致する一方で、個々の問題に対する迅速で包括的な対応をも可能にするものだとされている。

(25) Fischer and Jeune, *supra*, note 6, p.61 によれば、連邦法務次長省は、代替措置の目的と対象について、次のような考え方を示していたとされる。目的としては、①少年司法システムを代替する社会基盤(community-based)措置であること、②非形式的・非圧力的な雰囲気の中で自己の行為の責任を自覚する機会を少年に与えること、③被害者と行為者の双方に対して正義を強調すること、④手続に要する時間を最少にすること、⑤少年、親・保護者、社会が問題解決に直接的に介入する機会を提供するこ

と、⑥被害者と行為者が対面し、双方の状況を理解し合ったうえで、双方にとって最善の解決を可能にすること、⑦被害者への償いを提供すること、であった。また、想定される対象者（選別基準）としては、①8歳以上16歳未満の少年であること、②少年裁判所での手続の遂行を保証するに足りる証拠が存在すること、③少年がダイヴァージョンに付されていないこと、④少年、親・保護者のインフォームド・コンセントがあること、⑤少年が重大な情緒的問題や精神的問題を有していないこと、⑥殺人罪・暴力犯罪・性的暴力犯罪のような重大事犯でないこと、⑦プログラムを完遂する意思があること、⑧賠償や償いの意思を有していること、であった。

- (26) Bala, *supra*, note 14, p.159; Bertrand, Lorne D., Joanne J. Paetsch and Nicholas Bala, Juvenile Crime and Justice in Canada, in *Juvenile Justice Systems: An International Comparison of Problems and Solutions*, edited by Bala, Nicholas, Joseph P. Hornick, Howard N. Snyder and Joanne J. Paetsch (2002), p.35.
- (27) Wardell, William, Legislative Note: The *Young Offenders Act* (1983), 47 *Saskatchewan Law Review*, p.387.
- (28) Fischer and Jeune, *supra*, note 6, pp.65-6; Pate and Peachey, *supra*, note 11, pp.109-13; Trépanier, Jean, Principles and Goals Guiding the Choice of Dispositions under the *YOA*, in *Young Offender Dispositions: Perspectives on Principle and Practice*, edited by Beaulieu, Lucien A. (1989), p.61; Fuchs, Don and Denis C. Bracken, Self-Help Network and Community-Based Diversion, in O'Reilly-Fleming and Clark, *supra*, note 23, pp.173-87; Poirier, Donald, Alternative Measures under the *Young Offenders Act: A Commentary on Beaton and Beaulieu* (1993), 42 *University of New Brunswick Law Journal*, p.313; Bala, Nicholas, Joseph P. Hornick and Margaret E. Clarke, *State Responses to Youth Crime: A Consideration of Principles* (1994), pp.79-80.
- (29) 岸本基予子「カナダの修復的司法（2）」比較法雑誌35巻2号（2001年）236頁。なお、Colson, Charles W., Truth, Justice, Peace: The Foundation of Restorative Justice (1998), 10 *Regent University Law Journal*, pp.7-8; Van Ness, Daniel W. and Pat Nolan, Legislating for Restorative Justice (1998), 10 *Regent University Law Journal*, p.84.
- (30) Fischer and Jeune, *supra*, note 6, p.62. なお、Ministry of the Attorney General, *Alternative Measures Program: Policy and Procedures Manual* (1995).
- (31) Bala, Nicholas, The *Young Offenders Act: The Legal Structure*, in *Juvenile Justice in Canada: A Theoretical and Analytical Assessment*, edited by Corrado, Raymond R., Nicholas Bala, Rick Linden and Marc LeBlanc (1992),

- pp.44-5; Bala, *supra*, note 14, p.45.
- (32) Pate and Peachey, *supra*, note 11, p.108; Weiler, Richard and Brian Ward, The Voluntary Sector Response to the *Young Offenders Act*, in Hudson, Hornick and Burrows, *supra*, note 11, pp.147-9; Task Force Report, *supra*, note 6, pp.51-3.
- (33) Fischer and Jeune, *supra*, note 6, p.63; Task Force Report, *supra*, note 6, pp.52-3.
- (34) Fischer and Jeune, *supra*, note 6, p.66 は、協定の内容そのものが本来的に実行困難な場合、新たな犯罪への関与、家族の転居、少年の逃亡などを例外として、90%程度の割合でプログラムが完遂されていたと指摘している。
- (35) Wardell, William, *The Young Offenders Act: A Report Card 1984-1986* (1987), 2 *Journal of Law and Social Policy*, pp.57-60; LeBlanc, Marc and Helene Beaumont, The Effectiveness of Juvenile Justice in Quebec: A Natural Experiment in Implementing Formal Diversion and a Justice Model, in Corrado, Bala, Linden and LeBlanc, *supra*, note 31, p.298; Lilles, Heino, *Canada's Young Offenders Act: Some International Perspective for Reform* (1995), 13 *Australian-Canadian Studies*, pp.83-4. さらに、前出注 (6) 掲記の文献参照。
- (36) なお、Wright, J. Peter, *Young Offenders and the Law* (1991), p.59.
- (37) National Crime Prevention Council, *Brief to the Standing Committee on Justice and Legal Affairs Conducting the Comprehensive Review of the Young Offenders Act* (1995), p.5; Bala, *supra*, note 14, p.314.
- (38) Poirier, *supra*, note 28, p.316.
- (39) Davies, Darryl T., *The Pitfalls of Diversion—Criticism of a Modern Development in an Era of Penal Reform* (1976), 14 *Osgoode Hall Law Journal*, p.764; Catton, Katherine and Jeffrey S. Leon, *Legal Representation and the Proposed Young Persons in Conflict with the Law Act* (1977), 15 *Osgoode Hall Law Journal*, p.120; Berlin and Allard, *supra*, note 6, p.458; Thomson, G. M., *Commentary on the Young Offenders Act* (1983), 7 *Provincial Judges Journal*, p.27; Trépanier, Jean, *The Quebec Youth Protection Act: Institutionalized Diversion*, in *Current Issues in Juvenile Justice*, edited by Corrado, Raymond R., Marc LeBlanc and Jean Trépanier (1983), pp.194-6; O'Brien, *supra*, note 6, pp.218-23. なお、前出注 (17)。
- (40) Bala, *supra*, note 14, p.162.
- (41) Bala, *supra*, note 14, p.202.
- (42) Wardell, *supra*, note 35, p.53; Jaffe, Peter G., Alan W. Leschied and Wayne Willis, *Regaining Equilibrium in the Canadian Juvenile Justice*

- System, in Leschied, Jaffe and Willis, *supra*, note 9, p.294.
- (43) MacDonald, John A., *From the Juvenile Delinquents Act to the Young Offenders Act: An Exploration of Issues in Canadian Juvenile Justice in Historical Perspective* (1984), pp.27-8.
- (44) Van Ness and Nolan, *supra*, note 29, p.64.
- (45) Morris, Allison, Gabrielle M. Maxwell and Jeremy P. Robertson, Giving Victims a Voice: A New Zealand Experiment (1993), 32 *Howard Journal Criminal Justice*, p.304; Morris, Allison and Loraine Gelsthorpe, Something Old, Something Borrowed, Something Blue, but Something New?: A Comment on the Prospects for Restorative Justice under the *Crime and Disorder Act 1998* (2000), *Criminal Law Review*, p.18.
- (46) Szymanski, Linda A., *Juvenile Delinquency Code Purpose Clauses* (1997), 29 *Juvenile and Family Law Digest*, p.1822. なお、服部朗「アメリカの少年司法——修復的司法 'Restorative Justice' のゆくえ」*刑法雑誌*39巻1号 (1999年) 145頁以下参照。
- (47) ニュージーランドの修復的司法に関する紹介は多いが、さしあたり、藤本哲也「ニュージーランドの青少年法と青少年司法システムの現状」*法学新報*103巻4・5号 (1997年) 163頁以下、高橋貞彦「修復的司法＝アオテアロアの少年司法＝ニュージーランドから世界への贈り物」中山研一先生古稀祝賀論文集『第五巻 刑法の展開』(1997年) 245頁以下、前野育三「修復的司法の可能性」*法と政治*50巻1号 (1999年) 13頁以下、参照。
- (48) 木村・前出注 (2) 65頁以下参照。
- (49) Archibald, Bruce P., *Fault, Penalty and Proportionality: Connecting Sentencing to Subjective and Objective Standards of Criminal Liability (with Ruminations on Restorative Justice)* (1998), 40 *Criminal Law Quarterly*, pp.271-2.
- (50) Task Force Report, *supra*, note 6, pp.139-68.
- (51) House of Commons Canada, *Renewing Youth Justice: Thirteenth Report of the Committee on Justice and Legal Affairs* (1997), pp.45-58; Department of Justice Canada, *A Strategy for the Renewal of Youth Justice* (1998), pp.13, 19-24.

IV 少年刑事裁判法におけるダイヴェーション

- 1 2003年4月1日から施行されている少年刑事裁判法は、一般的なダイヴェーションの拡充を図るとともに、修復的司法を積極的に導入しようとする姿勢をうかがわせるものである。それは、「親や被害者、社会、少年司法委員会その他の組織を少年司法システムに積極的に関与させる裁判外の手段

(extrajudicial measures) を創設する」ことを前文に明示したうえで、原則の宣言規定（3条1項）において、少年の社会復帰と再社会化（b号i）、損害回復への少年の努力（c号ii）、親・家族・社会・共同体の積極的関与（c号iii）、被害者の尊厳とプライバシーの尊重（d号iiおよびiii）を規定した。少年刑事裁判法は、少年犯罪（者）対策として、裁判外の手続（ダイヴァージョン）を少年刑事裁判手続と並列的に扱おうとしたのである。こうした基本姿勢にもとづいて、裁判外の手続に関する原則を特に規定する4条は、①少年犯罪への対応として最適かつ効果的なものであること（a号）、②犯罪行動の矯正に向けた効果的で時宜に適った介入として行われるべきこと（b号）、③原則として非暴力的犯罪の初犯者を対象とすること（c号、d号）、を確認している。また、その構成としては（5条）、①少年の犯罪行動に対して効果的で時宜に適った対応であること（a号）、②被害者・社会の蒙った被害を少年に認識させ、その回復に向けた努力を促すものであること（b号）、③少年の親（家族）と社会が関与するものであること（c号）、④プログラムの選択に被害者を参加させ、被害回復を受ける機会を与えるものであること（d号）、⑤少年の権利と自由を尊重し、犯罪の程度と均衡のとれた内容であること（e号）、が強調されている。

2 裁判外の手段は、犯罪の程度や性質、少年の前歴その他の事情に応じて、ふたつのものに区別される。ひとつは、相対的に軽微な犯罪（者）を対象とするもので、警察官による注意（warning）・警告（caution）・犯罪予防プログラムないし組織への委託と（6条、7条）、検察官による警告である（8条）。これらの措置は、非行少年法および少年犯罪者法のもとで訴追前ダイヴァージョンとして実施されていたものであるが、少年刑事裁判法によって正式に法的根拠が与えられることになった。もうひとつは、裁判外の制裁（extrajudicial sanctions）と呼ばれるもので、注意・警告・委託を与えるだけでは相当でない場合に限って用いられる。これは、少年犯罪者法における代替措置と実質的に同じものとして想定されており、その要件や効果も基本的に同じである（10条、11条）。また、ダイヴァージョンを支援する公的な組織として、連邦・州の法務大臣または副総督が指名する市民から構成される少年司法委員会の設置が認められ（18条）、少年裁判所裁判官、州の処遇管理担当者（provincial director）、警察官、治安判事、検察官、ユース・ワーカーの間で協議会を持つことになっている（19条）。

他方、少年刑事裁判法は、修復的司法そのものを正面から規定することはせず、社会基盤プログラムとして、被害者と加害者との間で行われる調停（reconciliation）・和解（mediation）・被害回復（restitution）の各プログラムの創設可能性を規定するにとどまった（157条）。この点では、極めて具体的な勧告を行っていた1997年報告書ほどには積極的な態度を採らなかったのである。1997年報告書は、ニュージーランドやオーストラリアの先例⁽⁵²⁾、カナ

ダでの実績⁽⁵³⁾を参考にして、少年ダイヴァージョンとして、①警察裁量としての注意、②警察裁量としての警告、③代替措置、④被害者が参加する司法代替手段、⑤家族グループ協議 (Family Group Conferencing)、⑥地域・共同体による処分 (Circle/Community Sentencing) の導入を提言し (勧告7)、その支援組織として少年司法委員会の設置を提言していた⁽⁵⁴⁾ (勧告8)。修復的司法としてのダイヴァージョンが特に明示されなかった理由は明確でないが、少年犯罪者法のもとでの実務がそれを積極的に運用していたという事実 (実績) から、少年刑事裁判法のもとでもそのような対処で充分だと考えられたのであろう。実務上の長い実績があるカナダにおいては、法が修復的司法の種類を列挙しなかったことがその活用の妨げになるとは考えられない。

3 むしろ、修復的司法との関係で重要なのは、原則宣言規定に、「性別や国籍、文化、言語の相違に対する尊敬と、原住民少年および特別な要保護性を有する少年に対する責任」が明示されたことである (3条1項c号iv)。これによって、1970年代まで等閑視されてきたアボリジニー少年の処遇問題が、ようやく正面から扱われることになった。

アボリジニー (インディアン、メティス (の血統)、イヌイット) については、1982年制定の憲法に定義規定が設けられるまで範囲が不明確だけでなく、それ以前には、アボリジニー少年の非行や犯罪に関する調査も存在しなかったようである⁽⁵⁵⁾。1980年代に始まった調査においては、少年犯罪対策におけるアボリジニー少年の過酷な処遇状況が報告されていた。特に、通常のカナダ少年と比較して、地理的な孤立、社会経済的な地位の低さ、社会的な未組織などを原因とする訴追率の高さや収容処分率の異常な高さ、不処分率の低さが強調された⁽⁵⁶⁾。こうした状況のなかで、1990年代には、アボリジニー少年の犯罪に対する政策の確立が強く要請されていたのである⁽⁵⁷⁾。修復的司法の原点は、一般に、原住民族に特有の文化的風土に求めることができるとされている。また、1970年代から展開されてきた修復的司法の試みは、依然として原住民族の文化に深く根づいたものであると言われている⁽⁵⁸⁾。こうした点からすれば、少年刑事裁判法におけるダイヴァージョン一般の利用に関する予測は困難であるにしても、修復的司法は特にアボリジニーの犯罪少年に対して積極的に活用されていくであろうことが予想されるのである⁽⁵⁹⁾。

(52) McElrea, F. W. M., Restorative Justice — The New Zealand Youth Court: A Model for Development in Other Courts ? (1994), 4 Journal of Judicial Administration, p.33; Lilles, *supra*, note 35, pp.86-9. さらに、前野育三「ニュージーランド1989年法におけるFGCと裁判所の関係」梶田英雄判事・守屋克彦判事退官記念論文集『刑事・少年司法の再生』(2000年) 589頁以下参照。

(53) 岸本・前出注 (7) 242頁、同・前出注 (29) 238頁以下。なお、R. v.

Gladue (1999), 23 C. R. (5th) 197, 133 C. C. C. (3d) 385, [1999] 1 S. C. R. 688 (S. C. C.).

(54) House of Commons Canada, *supra*, note 51, pp.48-57.

(55) Task Force Report, *supra*, note 6, p.597.

(56) Kueneman, Rod, Rick Linden and Rick Kosmick, *A Study of Manitoba's Northern and Rural Juvenile Courts* (1986), p.154; LaPrairie, Carol Pitcher, *The Young Offenders Act and Aboriginal Youth*, in Hudson, Hornick and Burrows, *supra*, note 11, pp.159-65; Kwochka, Daniel, *Aboriginal Injustice: Making Room for a Restorative Paradigm* (1996), 60 *Saskatchewan Law Review*, p.155.

(57) Task Force Report, *supra*, note 6, p.94; Department of Justice Canada, *supra*, note 51, p.8.

(58) Tallis, C. F., *Sentencing in the North*, in *New Directions in Sentencing*, edited by Grosman, B. A. (1980), p.305; Tallis, C. F., *Sentencing the Native Offender*, in *Sentencing*, edited by Dumont, H. (1987), p.107; Bala, *supra*, note 14, pp.151, 159; Archibald, *supra*, note 49, p.286.

(59) *R. v. Willcocks* (1995), 22 O. R. (3d) 552 (Ont. Gen. Div.) は、修復的司法が特にアボリジニー少年に多用されることがあったとしても、それはさまざまな要因を総合的に判断した結果であって、カナダ憲章の平等条項に抵触するものではないとしている。

V 我が国におけるダイヴァージョンと修復的司法の可能性—むすびにかえて—

1 カナダ少年法制におけるダイヴァージョンは、明確な法的根拠を持たない非行少年法のもとで事実として実施されるようになって以来、一般的な法的根拠を示した少年犯罪者法のもとで徐々に充実した形態を採り、少年刑事裁判法がその原則を規定するとともに内容の拡充を明示するに至った。いずれの法のもとでも修復的司法の形態のダイヴァージョンとそれ以外の形態のものが並存していたが、これまでの実績を見る限り、今後は被害者の積極的関与を前提とする修復的司法の形態が充実していくであろうことが予想される。連邦と（準）州の間における管轄権配分というカナダに特有の問題は別にして、このような流れは、英語圏の国々の少年法制に共通する一般的な潮流であると言ってもよい。カナダにおける今後の課題は、対象者の選別基準の明確化やプログラムの数・内容の充実、受け皿としての社会的資源の充実といった、ダイヴァージョンを効果的に実施していく場面での具体的なものとなっていこう。

2 これに対して、修復的司法についての経験を持たない我が国の少年法制については、事情が大きく異なる。福祉モデルを前提とする保護主義に立脚し、

すべての少年事件を家庭裁判所に送致したうえで、要保護性の解明とそれに見合った最善の処遇選択を家庭裁判所の専権とする我が国の少年法（全件送致主義と家庭裁判所先議主義）のもとでは、社会的資源の充実ということ以前に、⁽⁶⁰⁾ダイヴァージョン（特に修復的司法）の導入それ自体が理論的に大きな困難に直面することになると言わなければならない。

もちろん、我が国の少年法も、ダイヴァージョン一般を全く拒否する構造になっているわけではない。1950年から行われている簡易送致制度（犯罪捜査規範214条1項）は、全件送致主義を形式的に充足する形をとりながらも、事実上、捜査段階でのダイヴァージョンとしての機能を果たしている。これは、特に犯罪の軽微性に着目して、成人事件の微罪処分に関する規定（犯罪捜査規範200条）を準用して行われるもので、少年や関係者に対して訓戒・注意等を与えたうえで事件を一括送致し、審判不開始決定によって事件を終結させるというものである。制度の導入以降、少年事件処理要領モデル試案（1984年）および少年事件処理要領モデル試案骨子（1985年）にもとづいて各家裁で処理要領が策定され、簡易送致基準の明確化とともに範囲の拡充が図られて現在に至っている。簡易送致制度は、カナダにおける訴追前ダイヴァージョン（特に少年刑事裁判法における警察官による注意・警告処分）と実質的に類似したものであると言えよう。また、「調査の結果、審判に付するのが相当でない」場合の審判不開始決定（19条1項）は最広義のダイヴァージョンと見ることができるし、試験観察（25条）を経たうえでの不処分決定（23条2項）は、明らかにダイヴァージョンとしての機能を果たしている。ただ、これらにおいては、簡易送致の場合を除いて、離脱の要件とされているのは要保護性の不存在・消滅ないしは著しい低下であって、犯罪の程度が直接的な基準とされていないことに注意を要する。我が国の少年法は、犯罪（の程度）と処遇との均衡（just deserts）という意味での正義モデルを採用してはいないのである。

3 ダイヴァージョンの大きな長所とされるラベリングの否定的効果の回避ということを強調するならば、裁判所に送致される以前のダイヴァージョンこそが有用なものであろう。この意味で、我が国の成人刑事裁判手続における起訴便宜主義は、訴追前ダイヴァージョンとしての実質を備えており、ラベリング回避の機能を果たしていると言ってよい。また、起訴便宜主義の要件とされる「訴追を必要としない場合」は、当初から訴追の必要性がない場合や被疑者自身が訴追の必要性を消滅・低下させた場合に限られるわけではなく、周囲からの働きかけにもとづく場合も排斥されていないから、被害者の関与を前提とする修復的司法の形態を少なくとも排除するものではない。しかし、その一方で、正式な裁判手続に係属してから後のダイヴァージョンは一般に想定されておらず、執行猶予制度（刑法25条以下）による行刑からの離脱が認められているにすぎない。

他方、我が国の少年法は、全件送致主義を採ることによって、カナダにおける訴追前ダイヴァージョンのような、送致以前の段階におけるダイヴァージョン一般を明確に禁じている。カナダの訴追前ダイヴァージョンと実質的に類似する簡易送致制度も、審判不開始決定をもって事件を終結させることによって、(形式的ではあるものの) 全件送致主義との調和を図っているのである。したがって、我が国少年法のもとで本来的な送致前ダイヴァージョンの導入を図るのであれば、何よりも現行少年法が当然の前提としている全件送致主義を見直さなければならず、その結果として、検察官先議主義への転換までも視野に入れた議論をしなければならない。現行少年法の基本構造の変革までは意図しないのであれば、全件送致主義との形式的調和を図りつつラベリング回避の方向に機能する簡易送致制度で満足するほかはない。それは、要保護性判断に家裁が実質的に関与しないという点で問題はあるものの、現行少年法制を前提とするダイヴァージョンの形態として評価することのできるものである。特に、簡易送致が成人犯罪者の微罪処分規定を準用して実施されることから(犯罪捜査規範214条3項)、微罪処分における「被害回復、謝罪その他適当な方法を講ずるよう諭すこと」(犯罪捜査規範200条3号)を少年に対して行うことも可能であり、被害者を関与させる修復的司法の形態で行うことも当然に排除されていないと思われる。また、事実上のダイヴァージョンとしての機能を営む審判不開始決定や試験観察を経由しての不処分決定についても、現行少年法は、修復的司法の形態を排斥するような構造にはなっていない。文字通りの送致前ダイヴァージョンの導入にこだわらないのであれば、我が国の少年法は、修復的司法の形態のダイヴァージョンを必ずしも否定するものでないと言ってよい。

- 4 しかし、現行少年法が修復的司法を排斥する構造ではないにしても、犯罪と処遇の均衡を要求する正義モデルと親近性をもつ修復的司法の積極的な導入は、我が国の少年司法における基本的理念(哲学)を変化させる可能性があるように思われる。1948年に制定された現行少年法(昭和23年法律第168号)は、福祉モデル少年法制が最も安定的に運用されていた時期に、福祉モデル少年法制の典型とも言うべきアメリカの制度を模範として成立したものである。1970年代以降、北米(アメリカの諸州とカナダ)の少年法制が司法(正義)モデル化していく一方で、我が国の少年法は、かなり純粋な形で福祉モデルを維持してきたと言ってよい。福祉モデルによれば、成人刑事司法が回顧的な観点(retrospective)から過去の行為(犯罪)に対する社会的非難(責任)を追及するものであるのに対して、少年の未成熟と可塑性の高さを表裏一体のものとして捉える少年法制は、展望的な観点(prospective)から過去の行為(非行)をきっかけとして少年の再社会化を図るものだとされる。したがって、前者においては、犯罪(の程度)と社会的非難の手段としての刑罰(の重さ)が均衡していなければならないとされ、後者においては、

犯罪をきっかけとして明らかになった少年の問題（要保護性）とそれを除去して再社会化するための手段としての処遇（の内容）が均衡していなければならないとされるのである。前者が客観的・一般的判断に馴染むのに対して、後者は個別的・具体的に判断されるべきものとなる。

訴追の必要性のなさを根拠とする成人刑事裁判における起訴便宜主義は、修復的司法を導入する場合にも、このような基本的前提と十分に調和する。軽微犯罪や財産犯においては、被害者への謝罪や被害弁償・損害賠償によって、社会的非難の必要性が消滅・低下することがありうるからである。起訴便宜主義は、ドイツ刑法を継受した我が国の刑法のもとでも、罪刑法定主義における「罪刑の均衡」原則の具体化として、あるいは「刑法の謙抑性」として説明されているところである。これに対して、少年事件における要保護性は、非行に至った少年の具体的問題に関わるものであり、要保護性の解明のきっかけとなった非行（犯罪）の程度や内容とは本来的に無関係である。被害者への謝罪等が充分に行われ、被害感情が満足されたとしても、そのことがただちに当該少年の要保護性を解消したり低下させるわけではないし、要保護性の解消・低下があったと「みなす」こともできない⁽⁶¹⁾。被害者を積極的に関与させる修復的司法は、手続のどの段階で行うにしても、罪刑の均衡⁽⁶²⁾を強調する正義モデルを前提とするものであると言えよう。少年犯罪者法における代替措置が「(成人) 刑事手続のイデオロギーの所産である」とされ⁽⁶³⁾、少年刑事裁判法がダイヴァージョンとしての裁判外的手段と犯罪の重さとの均衡を要求しているのも（5条e号）、このことをよく示している。

我が国の現行少年法を前提とする限り、修復的司法の形態のダイヴァージョン⁽⁶⁴⁾の活用は、不可能ではないにしても、大きな限界があると思われる。

(60) 木村裕三「少年司法と修復的司法の可能性」佐藤司先生古稀祝賀『日本刑事法の理論と展望下巻』（2002年）321頁は、受け皿となりうる組織や機関の確立を今後の問題であるとしながらも、「修復的司法の展望は、ここ数年の間に、著しくよくなってきているといわれる」と指摘している。

(61) この意味では、犯罪の軽微性を重要な判断基準とする簡易送致制度は、要保護性が解消ないしは著しく低下したと「推定」するものであり、家裁の判断としての審判不開始決定を経る（家庭裁判所先議主義を維持する）ことによって福祉モデルとの調和を図っている。審判不開始を経ない形態の簡易送致を導入する場合には、要保護性の解消ないしは著しい低下があったと「みなす」ことになり、事実上、正義モデルを採用することになる。

(62) 少年法制における罪刑の均衡（just deserts）の要求は、一般に、「福祉モデル少年法制は少年犯罪者に甘く、犯罪者としての責任追及を疎かにしている」という認識のもとに、1960年代末頃から欧米を中心に強調された

ものである。それは、法と秩序の遵守 (law and order) を前提とし、少年犯罪に対する毅然とした対応・厳罰化 (get tough) の要求とも結びついて
いる。我が国の2002年改正少年法は、福祉モデルとしての基本理念や構造
を放棄したわけではないが、逆送可能年齢の引き下げ (20条1項) や原則
逆送制度の導入 (20条2項)、仮出獄の要件の厳格化 (58条2項) に見られ
るように、正義モデルの方向に一步を踏み出したものと言わざるをえない。

(63) Young, Alan, Appellate Court Sentencing Principles for Young Offenders,
in Beaulieu, *supra*, note 28, p.74.

(64) さらに、被害者と行為者を積極的に関与させる修復的司法は、アボリジ
ニーなどの特有な文化的風土によく馴染むとされているように、被害者と
行為者の双方が心底から納得して尊重するような解決でなければならない。
その意味で、その導入の是非・可否は、我が国の文化的風土そのものが問
われていると言わなければならない。