

翻 訳

## 治療的法学：裁判とのかかわり (1)

ウォーレン・ブルックバンクス 著  
荻野太司 訳  
吉中 信人

### 訳者コメント<sup>(1)</sup>

ここに訳出するのは、ニュージーランド・オークランド大学ロースクールのウォーレン・ブルックバンクス教授による論文 (Warren Brookbanks, Therapeutic jurisprudence: implications for judging, The New Zealand Law Journal, December 2003, pp463-472) である。同論文は、ロトルアで行われた地方裁判官会議 (District Court Judges' Conference) におけるブルックバンクス教授の講演の原稿をもとに加筆修正し、The New Zealand Law Journal (LexisNexis) に掲載したものである。本訳稿は、ブルックバンクス教授の了解を得て、これを訳出したものである。

ブルックバンクス教授は、1972年にオークランド大学法学部を卒業し (LLB)、弁護士登録された後、1981年に同大学法学部で法学修士 (LLM 《Hons》) を、1990年にメルボルン大学で神学士 (BD) を取得されている。また、現在所属されているオークランド大学には1983年より勤務され、2006年に教授に任命されている。

なおブルックバンクス教授の教育・研究領域は、刑法、刑事弁護および精神保健法と多岐にわたり、数多くの業績がある。近年の主な業績として以下のものをあげることができる。

---

(1) ブルックバンクス教授の経歴および業績に関しては、大部分を、オークランド大学法学部の経歴紹介に依拠した。http://www.law.auckland.ac.nz/uoa/law/about/specialisations/criminal\_law\_justice/warren\_brookbanks.cfm

著作 (共著を含む)

- 1 S Bell and WJ Brookbanks, *Mental Health Law in New Zealand* 2nd edn (2005, Brookers, Wellington).
- 2 AP Simester and WJ Brookbanks, *Principles of Criminal Law* 2nd edn (2002, Brookers', Wellington).
- 3 Chapter 16, "Criminal Procedure (Mentally Impaired Persons)" Adams on Criminal Law (1992, Brookers, Wellington). Commentary written in 2004.
- 4 "Partial Defences to Murder in New Zealand" Appendix D in *Partial Defences to Murder: A Consultation Paper*, Law Commission, Consultation Paper No 173 (London: Law Commission, 2003).
- 5 "The Physical Discipline of Children: Proposals for Reform" in JB Robertson (ed) *Gerry Orchard Memorial Essays* (Wellington: Thomson / Brookers, 2004) 163 -181.
- 6 "New Zealand's Intellectual Disability (Compulsory Care) Legislation in K Diesfeld and I Freckelton (eds), *Involuntary Detention and Therapeutic Jurisprudence* (2003, Ashgate, Aldershot) 529-551.

論文等 (共著を含む)

- 1 "Mental Health Act and Criminal Procedure Act: who has right of way? (2005) 3/5 *New Zealand Family Law Journal* 60-62.
- 2 RD Mackay and WJ Brookbanks, "Protecting the Unfit to Plead: A Comparative Analysis of the "Trial of the Facts" (2005) *Juridical Review* 173.
- 3 Book Review, *The Law of Research: A Guide*, J Dawson & N Peart (eds), 2003, Dunedin, University of Otago Press, (2004) 5 *New Zealand Bioethics Journal*, 31-34.
- 4 "Narrative Competence and Therapeutic Jurisprudence: Moving Towards a

- Synthesis” (2003) 20 *Law in Context* 74-94.
- 5 “Narrative Medical Competence and Therapeutic Jurisprudence: Some Preliminary Thoughts” (2003) 4 *New Zealand Bioethics Journal* 16-21.
- 6 “Insanity in the Criminal Law: Reform in Australia and New Zealand” (2003) *The Juridical Review* 81-102.
- 7 “New Developments: Bioethics and Health Law in New Zealand-Law Commentary” (2003) 4 *New Zealand Bioethics Journal* 5, 9.
- 8 “Therapeutic Jurisprudence: Implications for Judging” [2003] *New Zealand Law Journal* 463-467, 472.
- 9 “Public Policy, Moral Panics and the Lure of Antipatory Containment” [2002] *Psychiatry, Psychology and Law* 127-135.
- 10 Pramila Fernandez, John Coverdale, and Warren Brookbanks “Implications of autonomy for forensic consequences of extended suicide” [2002] *Psychiatry, Psychology and Law* 146-150.
- 11 “Therapeutic Jurisprudence: Conceiving an Ethical Framework” (2002) *Journal of Law & Medicine* 328-341.

## もくじ

### はじめに

- 1 治療的法学とはなにか
- 2 治療的法学と法制度改革 (以上、本号)
- 3 治療的法学と専門裁判所 (以下、次号)
- 4 専門裁判所への勧告
- 5 治療的法学への批判
- 6 結語

本稿はまず治療的法学について概観し、次いでその概念が法の実践や裁判官の職務に対する認識の変化と直接に関連するようになった道筋について検討する。過去十年にわたり数多くの西洋の法域 (Western jurisdictions) が、裁判所の役割の重大な変化を経験してきた。一連の社会的営為にわたって、裁判所の紛争解決を担う機関としての伝統的な役割は依然として衰えていないが、新たに「問題解決型 (problem-solving)」裁判所が登場し始めている。そこでは、裁判所によって取組まれる問題は、本来、社会的および心理的なものだと思われる。この新しい裁判所は、精神保健や薬物乱用、家庭内暴力といった、個人が特別なサービスを必要とする領域をしばしば含む特別な問題に対処する専門の裁判機関である。この新たな運動を後押しする独自の法の考え方である治療的法学は、まだ決定的に明確ではないが、義務論上 (deontological) の倫理、美德、さらに共同体主義の倫理といった要素と結びつくように思われ、それらは、ともに援助的専門職 (helping profession) としての司法の役割を強調している。

裁判所の役割のこの発展は、ニュージーランドの裁判所機構に顕著な影響を与え始めている。近年、試験的構想として青少年薬物裁判所 (Youth Drug Court) がクライストチャーチに設立されており、他の地方でもすぐに試行することができるかと提案されている。長い間ニュージーランドには、環境裁判

所 (Environment Court)、マオリ土地裁判所 (Maori Land Court)、青少年裁判所 (Youth Court)、家族裁判所 (Family Court)、雇用裁判所 (Employment Court) そして検屍官裁判所 (Coroners Court) といった一連の専門裁判官による管轄権 (specialist jurisdiction) を有する裁判所が存在するが、新世代の問題解決型裁判所は、裁判官の専門知識をまったく異なった方向に動かしているようにみえる。このことは、恐らく間違いなく、裁判官に将来果たすことを期待されるであろうその役割や、これらの新しい機能を効果的に実行するために必要とされる種類の技術と深く関連している。

ある見解によれば、この新たな司法のアプローチの起源は、先住民の、また部族の司法制度まで遡ることができるという。これまで提唱者たちは、そのパースペクティブや技術を西洋の裁判機構に導入することを求めてきた (この提案の詳細に関しては、BJ Winick & DB Wexler (eds), *judging in a Therapeutic Key: Therapeutic jurisprudence and the courts*, Carolina Academic Press, 2003)。しかしながら、その運動のより実践的な起源は、再犯の多い薬物関係の犯罪行為の循環を断つことを目的として 1989 年にマイアミに設立された「薬物治療裁判所 (Drug Treatment Court)」の発展にさかのぼることができる。

問題解決型裁判所の活動における中核を成す哲学は、治療的法学と結びついて出現してきた。その見解によると、治療的法学は法改革のパースペクティブとして、法律問題が裁判所によって解決される方法や、その手続において形成された関係性の本質に重大な影響を与える可能性を有している。ある国で採用されている法の役割や司法制度に関する個々の考え方にしたがえば、これは良いとも悪いともみなされるだろう。これらの新しいモデルは、間違いなく批判を受ける。

しかしながら、新世代の裁判所は単純に無視することはできないというのが筆者の見解である。この西洋諸国の法文化において生じている急速な「パラダイム転換」は、たとえそのパースペクティブ自体が実際に受入れられていないとしても、その基礎が理解されるべきことを要求する。

## 1 治療的法学とはなにか

治療的法学は、B.ウィニック教授とD.ウェクスラー教授の、多年にわたる精神保健法の実践と学問的分析によって得られた洞察に端を発している。彼らはアメリカの精神保健制度に関わる人びとの経験を観察することによって、司法は治療薬としても、反治療薬としても、そのどちらにも作用する可能性を持つという考えに至った。言い換えれば、彼らは、実体法の作用、法的手続、そして司法関係者 (legal actors) の行動とが、非常に特殊な手法による特定の法的手続の中で、あらゆる参加者に影響を与えるかもしれない、心理的に有害な結果を生む直接的な可能性を有していることを認識したのである (Wexler, “Putting Mental Health into Mental Health Law: Therapeutic Jurisprudence” in Wexler & Winick, *Essays in Therapeutic Jurisprudence* (Carolina Academic Press, 1991) 8)。

治療的法学の主たる役割は、法的処理と治療的結果の間の関係性を明らかにし、またこれを経験的に考察することである。その研究課題は、連携のおよび学際的であり、場合によっては、法、哲学、精神医学、心理学、ソーシャルワーク、刑事司法、公衆衛生、およびその他の専門領域と関連している。そしてひいては、理想的には、治療的法学の研究は法改革に情報を提供するべきである (Essays, 8)。それゆえ治療的法学は、「法的ルール又は実践がその影響を受けた人々の心理的および物質的幸福を促進する程度を考察するための社会科学の利用」と説明されている。(C Slobogin, “Therapeutic Jurisprudence: Five Dilemmas to Ponder,” in *Law in a Therapeutic key* (Carolina Academic Press, 1996) cited in Hon W Schma, “Therapeutic Jurisprudence” [http://www.ncsc.dni.us / KMO / projects / Trends / 99-00 / Articles / Therapeutic\\_Jurisprudence.htm](http://www.ncsc.dni.us / KMO / projects / Trends / 99-00 / Articles / Therapeutic_Jurisprudence.htm))。

この発展段階において治療的法学は、分析の理論 (analytic theory) というよりもむしろ記述的および手段的なツールである。他の近代における改革の

運動とは異なり、それは強固な理論体系に依拠せず、また、その司法改革の基本方針を導くための規範的枠組みもまだ有していない。これを弱点としてみなす論者もいる。なぜならば、もしその運動が、単なる世界を概観する手法を越えて進み、「実動要求」となるべきであるとすれば、規範的枠組みは必要となるからである。

現在治療的法学は、積極的に実践的な部分に焦点を当てている。たとえばそれは、アメリカにおいて、司法の領域における治療的法学の主要な提唱者であるウイリアム・シユマ裁判官が、特に強調した概念である、「癒しの代行者 (healing agent)」としての法の研究である。この研究によれば、治療的法学は、裁判を行う職務に影響を与える限りにおいて、「裁判官や裁判所が、出廷する者に対して、より強固な、行政上の、保護的あるいは社会復帰的役割を担う」ための、「関与的裁判 (involved judging)」を要求する (MD Zimmerman, "A New Approach to Court Reform" (1998) 82 *Judicature* 108, cited in W Schma, "Judging for the New Millenium" (2000) *Court Review* 4, 6 参照)。『*Judging in a Therapeutic key*』の序論において、ウエクスラーとウィニックは、裁判への「新しい」アプローチは、単にその症状 (symptoms) だけでなく、根本的な問題に対処することを目的とし、裁判官が主導的役割を果たすなかで、問題解決に対し協力的、学際的なアプローチをとまうと述べる。彼らは次のように述べている

治療というドラマにおいて、裁判官は主演者の一人というだけでなく、法廷そのものが重要な場面を演じるための舞台となり、さらに裁判官は監督の役割を担う。それは、多くの俳優たちの役割を調整し、そして彼らがなぜ役割を演じるのかということへの必要な動機づけや、良い演技をするためのインスピレーションを与える役割である。

極端に類推を押し進めることはできないが、これは新しい問題解決型裁判

所において、裁判官とその他の司法関係者の関係性の概念化に関して有用な洞察 (insight) を提供している。とりわけ、問題解決手続の中で裁判所と参加者との全体の環境が、大部分裁判官の責任の成果であるドラマの中に結びついているという事実は注目される。

シュマ裁判官は、法の専門家による癒しの本質は、「手続に重点をおく、われわれの高度に発展した対審制度」と対立関係にあると述べてきた。さらに彼は、対審モデルは批判的思考法にとっては合理的で決定的な価値を有するが、近代の法制度は、論争が特権的な地位のレベルにまで上げられるという、対審的代表の文化に苦しんでいると示唆する。これは、しかしながら、成果、社会的調和およびケアの倫理といった、司法制度が、無視する必要はない、または無視すべきではない多くの他の重要な社会的価値を目立たなくしうるのである。(前掲、Schma)「批判の文化 (culture of critique)」や「辛辣な (corrosive)」対審アプローチの破壊的影響に関するより詳細な説明は、DP Stolle, DB Wexler, BJ Winick, *Practicing Therapeutic jurisprudence: Law as a helping Profession* (Carolina Academic Press, 2000)参照。

治療的法学は精神保健法に由来するが、それにとどまらず発展し、法全般に対する精神保健的アプローチとなっている。たとえば現在、刑法や刑事手続法、家族法、少年法、障害者に関する法、差別禁止法、保健法、遺言に関する法、高齢者に関する法、証拠法、不法行為法、契約法及び商法といった法の文脈に応用されている。この新たなアプローチによって、法学者、心理学者、社会学者、犯罪学者、哲学者、弁護士、また徐々に裁判官による独自の学際的な研究の新たな分野が生まれている。

批判的な見地から、提唱者たちは、治療的法学が法や法改革についての公共政策をめぐる議論を激化させるきっかけになると主張する (DP Stolle et ors, “Integrating Preventive Law and Therapeutic Jurisprudence: A Law and Psychology Based Approach to Lawyering” in *Practicing Therapeutic Jurisprudence...*”, at 8)。しかしながら、それは既存の問題解決アプローチの代

用品として発展しているのではなく、また重要なことであるが、治療的法学をめぐる考察と対立するであろう他の規範的価値への「切り札」として主張されているわけでもない。この他の規範的価値には、デュープロセス、裁判の公平性や司法の独立性をあげることができる。治療的法学は対審アプローチを乗り越えることを目的とするのではなく、むしろ新たな心理学のおよび社会学的洞察によって、いかに対審手続を活性化するか、あるいは補足するかということについて提案することを目的としている。

## 2 治療的法学と司法制度改革

治療的法学が、法改革の中心として独立した存在となりうることは疑いない。それは、修復的司法が、協働の過程 (collaborative process) において地域社会、被害者、加害者によって刑事司法および量刑を実施するアプローチとして独立した存在であるのと同様である。まだ治療的法学は、法改革のための規範的な枠組みを有していることを主張できないが、学際的なパースペクティブを強化し、社会科学におけるより強力な経験的および理論的根拠を与えることによって、他の法制度のパラダイムを展開する可能性を持っている。このことは、高齢者に関する法の領域を拡大させた事実によって認められている (DP Stolle, DB Wexler, BJ Winick, “Integrating Preventive Law and Therapeutic jurisprudence: A Law and Psychology Based Approach to Lawyering” in DP Stolle, DB Wexler, BJ Winick, *Practicing Therapeutic jurisprudence: Law as a helping Profession* (2000)参照)。

「包括的な法制度の運動 (comprehensive law movement)」として知られるようになった治療的法学を、法制度のより広範な運動の中で、独立した要素として理解することは有益である。これらの新しいモデルについて頻繁に論じているアメリカの研究者スーザン・ダイコフが述べているように (“The Role of Therapeutic Jurisprudence within the Comprehensive Law Movement” in

Stolle, Wexler, Winick, at 465 参照)、この包括的な法制度は、法曹における「新時代」の出現を示すものである。そこにおいて法制度や法の実践は、より「人間的、治療的、有益、人間主義的、修復的、治療的、協働的な、そして包括的」であるかもしれない (ibid)。それは大まかにいうと法に対して、契約というよりも、より家族主義的で、思いやり、共感、また希望といった道徳的価値を表現する能力を求めるアプローチを提案する。(より詳細な「家族主義的」社会的関係の概念の説明に関しては、WJ Brookbanks, “Therapeutic Jurisprudence: Conceiving an Ethical Framework” (2002) 8 J of Law & Med 328-341. 参照。)

ある段階では、法改革の運動は、アメリカにおける多くの実務法曹と彼らの依頼人との間の大きなうねりからその原動力を引き出している。彼らは司法制度における関与者の間に実質的な機能不全を生じさせた法実務の諸側面に失望したのである。訴訟当事者の怒りや憤り、あるいは拒絶といった感情を癒しに取って代えるために、国民の司法制度への不満は、訴訟に治療的アプローチを利用せよという要求をもたらした。ダイコフは、アメリカの司法制度に存在する危機について、当惑するほどの証拠があることを明らかにしている。それは、薬物乱用や精神障害のような問題に反映され、世間の法律家への低い評価、法律家の不満や苦悩といったことに特徴づけられている。彼女は、社会における伝統的な非法的紛争解決装置（教会、地域社会、近隣関係、友人、家族など）は概して衰退しているようであり、社会は紛争を解決するために、訴訟手続に依存するようになってきていると指摘する (Daicoff, at 466)。このことは、紛争解決への過度な対審的 (adversarial) アプローチ、他者非難的 (other-blaming) アプローチ、自らの立場を主張する (position-taking) アプローチ、そして敵対的アプローチを導入した社会における、失敗の結果とみなされる。

包括的な法制度の運動は、対審的訴訟に「単一的に依存 (monolithic reliance)」する現行の司法制度への反発であり、代替的制度の提供である。

ダイコフはこれらの代替的なアプローチを、包括的な法制度の運動の「ベクトル」だと表現する。なぜならばそれらはすべて、法的問題を取扱ううえで心理学的に最善の方法という共通のゴールに向かっているからである。この「ベクトル」には、予防法学 (preventive law)、治療的法学 (therapeutic jurisprudence)、治療的法学／予防法 (therapeutic jurisprudence / preventive law)、手続的正義、修復的司法、調停の促進 (facilitative mediation)、調停改革 (transformative mediation)、全人格的法 (holistic law)、協働法 (collaborative law)、問題解決型裁判所および専門裁判所の創造などをあげることができる。これらの多くはより理論的な重点を持ち (とりわけ治療的法学、修復的司法、手続的正義)、相応に「高次の」あるいは「理論的」ベクトルとみなされうる一方で、他のベクトルはより実践的な位置づけであるとみなされるだろう。

これらの新しいモデルの主たる醸成地であるアメリカでは、さまざまな「ベクトル」(それは決して網羅的で、排他的な分類ではない) 間の関係が形成される方法や、「理論的」ベクトルが、「実践的」ベクトルの発展を形成する方法などを考察することに関心が寄せられている。この融合の過程は、二つあるいはそれ以上のものが統合するような、異なったパラダイムの「ハイブリッド」バージョンの出現を導いた。たとえば予防法／治療的法学、治療的法学／専門裁判所、治療的法学／修復的司法である。

ダイコフはこの統合的なアプローチが発展し展開するにつれて、その運動は「法の実践、法教育および社会一般に、成熟した改革 (full blown transformation)」をもたらすだろうと示唆する (Ibid, 467)。この主張は、いくらか楽観的過ぎるようであるが、それにもかかわらず、消費者や専門家が (財政上であれ、感情であれ) コストの増大、対審的司法に付随する複雑性や遅延に反応を示すにつれて、対審的問題解決に対する代替のアプローチが絶えず検討されてきたというのは事実である。1996 年にアメリカにおける、裁判所管理のための国立協会年次委員会 (Annual Meeting of the National

Association for Court Management (NACM)) において、裁判所が将来直面する上位 10 の課題の一つとして、「より治療的」になる必要性が述べられたことは興味深い。英国の控訴裁判所でさえ、可能な限り訴訟を避けることについて、近年「もっとも重要であること」として注目している (*Cowl v Plymouth City Council* The Times 8 January 2002)。その判決は、訴訟を起こす前に当事者が常に代替的な紛争解決アプローチについて検討すべきであるという考え方を強調している。(未完)

[付記]

拙訳によるブルクバンクス教授の御芳稿を謹んで渡邊満先生の御退職記念号に捧げたい。