

少年法における検察官送致決定の意義

家庭裁判所の説明責任

葛 野 尋 之

- 1 問題設定
 - (1) 2000年少年法改正と検察官送致決定
 - (2) 本稿の課題
- 2 少年法20条2項の構造と運用状況
 - (1) 運用状況
 - (2) 規定の構造
- 3 刑事処分相当性をめぐる理論状況
 - (1) 保護不能と保護不適
 - (2) 教育機能と刑事処分相当性
- 4 新しい教育理念と刑事処分相当性
 - (1) 刑事処分相当性の意義
 - (2) 「罪質及び情状」の意味
 - (3) 検察官送致決定の手續と判断
- 5 説明責任規定としての少年法20条2項
 - (1) これまでの理論状況
 - (2) 処遇決定に関する家庭裁判所の説明責任
 - (3) 説明責任下での決定理由と社会調査
- 6 結 語

1 問題設定

(1) 2000年少年法改正と検察官送致決定

1 少年法は、すべての非行事件が家庭裁判所に送致され、家庭裁判所の調査に付されるべきことを定めている。家庭裁判所は、審判を行って少

年にとって保護処分が必要・有効であるという意味の要保護性があると認めるとき、保護処分を決定する。少年法はこうして、少年の非行事件を刑事手続と刑罰から解放している。しかし、少年法においても、少年に対する刑事処分適用が完全排除されているわけではない。

少年法19条2項・23条3項は、調査または審判の結果、事件を送致された本人が20歳以上であると判明した場合、家庭裁判所は事件を検察官に送致する決定を行わなければならないと定めている。より重要なのは少年法20条である。改正前の少年法20条は、「家庭裁判所は、死刑、懲役又は禁錮にあたる罪の事件について、調査の結果、その罪質及び情状に照らして刑事処分を相当と認めるときは、決定をもって、これを……検察官に送致しなければならない。但し、送致のとき16歳に満たない少年の事件については、これを検察官に送致することはできない」と定めていた(審判の結果の場合も同様。同23条1項)。家庭裁判所から送致された事件について、検察官は公訴提起に足りる犯罪の嫌疑を認めるならば、必ず公訴提起をしなければならない(45条5号)。公訴提起後、刑事裁判所が有罪認定をしたとき、刑罰が科される。ただし、少年法55条は、「裁判所は、事実審理の結果、少年の被告人を保護処分に付するのが相当であると認めるときは、決定をもって、事件を家庭裁判所に移送しなければならない」と定め、刑罰回避の可能性を認めている。

2 2000年11月28日に成立した改正少年法(以下、改正法)が、2001年4月1日に施行された。改正法は、刑事処分適用の拡大・強化、非行事実認定手続の「適正化」、被害者への配慮、を基軸とするが、その眼目は、少年法の厳罰化という趣旨による刑事処分適用の拡大にあった。

アメリカにおいては、少年に対する刑事処分適用については、少年裁判所がいったん送致された事件を管轄権放棄決定により、刑事裁判所に移送する、少年裁判所と刑事裁判所が競合管轄を有し、検察官が少年裁判所送致か刑事裁判所への公訴提起かを決定する(検察官先議)、立法上、一定事件を少年裁判所の本来的管轄から除外し、刑事裁判所の本来

的管轄下におく、という三つの方法のいずれか一つが、あるいは複数を組み合わせて用いられてきた。伝統的方法は であるが、1970年代後期以降の厳罰政策の台頭のなか、¹⁾ が、とりわけ が多く採用され、用いられる傾向にある¹⁾。

これに対して、日本の改正法は、全件送致制度の下で家庭裁判所の検察官送致決定を媒介とするという基本構造を維持した。変えられたのは、家庭裁判所が刑事処分相当・検察官送致を決定する仕方である。

すなわち、改正法は、家庭裁判所が逆送決定できる少年の年齢を、改正前の決定時16歳以上から、行為時14歳以上へと引き下げ（20条 1 項但書削除）、殺人、傷害致死など、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた16歳以上の少年の事件については、「刑事処分以外の措置を相当と認めるとき」を除いて、検察官送致決定すべきこととした（20条 2 項）。この20条 2 項は、一般に「原則逆送」規定と呼ばれているが、その立法意図が刑事処分適用の拡大にあったことはたしかである。今回の少年法改正が厳罰化の性格を有していたことを最もよく示す改正点である。

また、刑事処分適用の拡大と関連して、行為時18歳未満の少年について、無期刑をもって処断すべき場合の宣告刑の必要的緩和を改め、裁判所の裁量的減軽とし（51条 1 項）、死刑を無期刑に緩和した場合には、仮釈放可能となる期間を一般の10年ではなく7年とする特則の適用を排除した（58条）。さらに、審判は懇切で和やかなだけでなく、「自己の非行に対して内省を促すものとしなければならない」とし（22条）、保護者に対する措置も新設した（25条の 2）。これらが、改正法において、厳罰化改正を構成する。

(2) 本稿の課題

1 改正法における厳罰化規定、とくに少年に対する刑事処分適用の拡大を意図した規定は、深刻な問題をはらむものであって、速やかに廃止されるべきである。

すなわち、比較的最近の重大非行事件をみたとき、これらの少年が、生育環境において疎外的・抑圧的状况に置かれ、成長発達を保障する適切な教育的機会を十分に与えられなかった結果、困難な問題に直面し、あるいは精神的問題を抱えながら、それらを解決するための支援も得られず、孤独と絶望のなかで非行へと至ったことが分かる²⁾。それを取り巻くものは、少年たちから希望と理想を奪い取り、自尊感情と人間的信頼・連帯を剥ぎ取るような苛酷な「自由競争」社会である。厳罰化改正がターゲットとした重大非行のリアリティを直視しなければならない³⁾。

合理的な利害得失計算によるのではない「自己破壊」的な非行について、厳罰の威嚇による抑止を期待することはできず、また、厳格な刑罰は、長期の社会的隔離、否定的烙印効果、社会復帰支援の貧困などから、少年の非行克服と社会的再統合を阻害し、再犯の可能性を高める結果となるであろう。規範意識の育成は、本来、社会化にかかわる教育の課題であって、刑事司法が積極的に担うべきものではない。さらに、上述した少年非行のリアリティからすれば、少年に手厚く教育的機会を提供し、その非行克服を援助することなくして、少年にすべて責任を背負わせて、厳罰をもって対処し社会の周縁に追いやることが、真に正義に適うはずがない⁴⁾。厳罰化規定が廃止されるべき所以である。

2 2000年厳罰化改正を最もよく具現したのが、少年法20条2項の「原則逆送」規定である。その重大な影響は、後述するように、すでに運用状況のなかにも現実化している。

「原則逆送」規定はどのように解釈され、運用されるべきか。現在までの実務のように、積極的な逆送決定が行われるべきか。それとも、少年法全体の理念、目的、構造などにかんがみて、「原則逆送」規定とされる少年法20条2項の下でも、検察官送致決定は抑制されるべきなのか。

これは、改正法をめぐる最も重要な法解釈問題であるが、この問題を検討する前提として、家庭裁判所の検察官送致決定の根拠である刑事処分相当性の意義を解明する必要がある。刑事処分相当とは、社会防衛ないし社

会秩序維持の観点から応報的要請や一般抑止の要請に基づき刑事処分適用が相当とされる場合をも含むのか。それとも、少年法の教育機能の観点から、少年の非行克服援助にとって刑事処分こそが必要・有効と認められる場合に限られるのか。

後者の立場からは、改正法の「原則逆送」規定はどのように理解されるのか。改正法20条2項は、はたして「原則逆送」規定として理解すべきなのか。それとも、教育機能の観点から保護処分など刑事処分以外の措置が必要・有効であることについて、処遇決定理由を説得的に説明するよう要求した規定として理解すべきなのか。このような理解によれば、少年法20条2項は「原則逆送」規定ではなく、処遇決定における家庭裁判所の説明責任を定めた規定として性格づけられる。

かくして、「原則逆送」規定の法解釈問題、さらには検察官送致決定における刑事処分相当性の意義は、少年法の理念、目的、構造をどのように理解するかにかかわる本質的問題である。新しい少年司法理念の構築がその解明の基礎におかれるはずである。この意味において、少年司法改革の行方を展望するうえで是非とも解決すべき理論的課題である。

2 少年法20条2項の構造と運用状況

(1) 運用状況

1 改正前、少年法20条の刑事処分相当の判断に基づく検察官送致は、実務上きわめて謙抑的に運用されていた。改正法20条2項が「原則逆送」を定めたとされる非行種別についてもそうであった。

司法統計年報から、16歳以上の少年についての刑事処分相当・検察官送致の決定状況をみたととき、そのことが分かる。ただし、この表における殺人には未遂も含まれている。最高裁判所の発表によれば、2001年3月末まで10年間の平均決定率は、殺人（未遂を含む）24.8%、傷害致死9.1%、強盗致死41.5%であった。

一般保護事件における16歳以上の刑事処分相当・検察官送致決定

	殺 人			強 盗 致 死			傷 害 致 死		
	事件総数 (人)	送致数 (人)	送致率 (%)	事件総数 (人)	送致数 (人)	送致率 (%)	事件総数 (人)	送致数 (人)	送致率 (%)
1991	38	11	28.9	7	1	14.3	28	4	14.3
1992	36	10	27.8	4	3	75.0	46	11	23.9
1993	47	17	36.2	2	1	50.0	106	12	11.3
1994	24	13	54.2	0	0	0.0	75	3	4.0
1995	38	11	28.9	3	3	100.0	75	6	8.0
1996	39	16	41.0	3	2	66.7	110	9	8.2
1997	29	4	13.8	1	1	100.0	87	13	14.9
1998	44	15	34.1	15	12	80.0	149	15	10.1
1999	39	11	28.2	8	4	50.0	95	5	5.3
2000	42	8	19.0	8	0	0.0	96	13	13.5

各年の司法統計年報による。

1999年以降は簡易送致事件，車両運転による業務上（重）過失致死傷罪，移送・回送事件，従たる事件等が除かれた数値である。

2 ところが，改正法の施行により，「原則逆送」事件について，検察官送致決定の割合が激増した。最高裁判所の発表した改正法運用状況によれば，殺人（未遂を含まず）について50%，傷害致死68.2%，強盗致死89.9%，合計67.7%という高い割合で検察官送致が決定されていることが示されている。改正前の実務における謙抑的な検察官送致決定と対比したとき，改正法の「原則逆送」規定が，実際の運用にそのまま現実化していることが分かる。比較的事件数の多い傷害致死事件における劇的増加（9.1%から68.2%へ）は，改正法の影響がいかに重大であったか証している。

少年法20条2項の立法意図が，「原則逆送」事件について刑事処分適用を拡大することになったのはたしかである。国会審議において提案者の一人は，「現在の少年法の中にある逆送，現実にある制度が，果たして十分に国民の期待にこたえる形でなされてきたかどうか。時代の変化とともにきちっとやるべきところを怠ってきたのではないか」という批判が国民各界

改正少年法による16歳以上少年の刑事処分相当による検察官送致決定

	原則検察官送致事件						年少少年 の検察官 送致
	総 数	検 察 官 送 致	その他（保護処分）				
			総数	特別少年 院送致	中等少年 院送致	保護観察	
殺 人	12 100.0%	6 50.0%	6 50.0%	1 8.3%	3 25.0%	2 16.7%	0
傷害致死	44 100.0%	30 68.2%	14 31.8%	0 0.0%	11 25.0%	3 6.8%	0
強盗致死	9 100.0%	8 88.9%	1 11.1%	0 0.0%	1 11.1%	0 0.0%	0
合 計	65 100.0%	44 67.7%	21 32.3%	1 1.5%	15 23.1%	5 7.7%	0

1 数字はいずれも2001年4月1日から2002年3月31日までに家庭裁判所において終局決定のあった人員である。

2 「検察官送致」はいずれも刑事処分相当を理由とするものである。

3 過去10年間の平均検送率は、殺人（未遂を含む。）24.8％，傷害致死9.1％，強盗致死41.5％である。

最高裁判所ホームページ http://courtdomino2.courts.go.jp/tokei_misc.nsf/ による。

各層にある。殺人事件にしても、逆送された例というのは、……少ないはずですが。人を殺しておきながら刑事裁判にかけられない、おかしいじゃないかということがございます」と述べている。さらに、いわゆる佐賀バスジャック事件を例にあげ、「17歳の少年ですが、逆送しませんでした。新法であれば当然、原則逆送ですから刑事裁判になったはずであります。審決の主文を取り寄せまして読みましたところ、新聞報道もありましたが、裁判官は少年の責任能力を認めておるんですね。責任能力を認めながら逆送しない。非常に詳細に審理をした節があります。家系の遺伝因子を調べて、精神病の因子はないとか、精神病の可能性はあるけれども現実には発病に至っていないとか、詳細に認定しておりながら逆送していない」として、家庭裁判所の医療少年院送致決定を批判している⁵⁾。

家庭裁判所の実務において改正法20条2項はどのように受け止められて

いるかについて、家庭裁判所調査官を最近退職した寺尾絢彦は、「原則逆送は、文字どおり原則として重く考えようという雰囲気になんてなってしまう、……原則だから逆送もあたり前という感じになっていく傾向が強まるのではないのでしょうか」と語っている。さらに、寺尾絢彦は、家庭裁判所調査官の調査に対する影響について、「今まで要保護性の調査をするのが調査官の仕事の大部分でした。もちろんいまでもそうですが、この原則逆送の事件に関しては、なぜ保護処分しなければならないかという理由を調査しろ、そのうえでさらに結果の重大性や社会的な影響や社会の許容範囲などを調査しろ、ということを言われているようです」と語っている⁶⁾。「原則逆送」規定とされる改正法20条2項が、家庭裁判所の実務を現実に変化させ、それが施行後の運用状況に鮮明に反映しているということであろう。

(2) 規定の構造

1 改正法20条2項は、「家庭裁判所は、死刑、懲役又は禁錮に当たる罪の事件について、調査の結果、その罪質及び情状に照らして刑事処分を相当と認めるときは、決定をもつて、これを管轄地方裁判所に対応する検察庁の検察官に送致しなければならない」とする1項に続いて、「前項の規定にかかわらず、家庭裁判所は、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪の事件であつて、その罪を犯すとき十六歳以上の少年に係るものについては、同項の決定をしなければならない。ただし、調査の結果、犯行の動機及び態様、犯行後の情況、少年の性格、年齢、行状及び環境その他の事情を考慮し、刑事処分以外の措置を相当と認めるときは、この限りでない」と定めている。

たしかに、少年法20条2項は、第1文において、検察官送致「決定をしなければならない」とし、第2文において、「ただし、……この限りでない」と規定しているから、文言上、行為時16歳以上の少年の故意犯罪による被害者死亡事件については、原則として同条1項にいう「刑事処分が相

当」であるとして検察官送致を決定し、「刑事処分以外の措置を相当と認めるとき」に限り、例外的に検察官送致決定しなくてもよい旨定めているように見える。すなわち「原則逆送」規定である。

現在までの改正法運用状況が、「原則逆送」規定という理解を当然の前提としていることに疑いはない。問題は、このような理解、「原則逆送」規定としての性格づけが、少年法全体の理念、目的、構造と整合性を有するか、という点である。

2 法務省刑事局付検事らによる改正法注釈は、改正前においては、検察官送致が「刑事処分を相当と認めるとき」に限って認められる例外であったのに対して、改正法20条2項は「一定の場合には検察官送致を原則とし」、「従来とは原則と例外を逆転させた」規定であるとした。そのうえで、この規定の趣旨について、法案審議過程における提案者の説明を参照しつつ、「故意の犯罪行為によって人を死亡させる行為は、自己の犯罪を実現するために何物にも代え難い人命を奪うという点で、反社会性、反倫理性が高い行為である。……家庭裁判所による検察官送致決定がなされる割合は、凶悪事件であってもかなり低いものとなっているが、このような重大な罪を犯した場合には、少年であっても刑事処分の対象となるという原則を明示することが、少年の規範意識を育て、健全な育成をはかる上で重要なことであると考えられた」と述べている⁷⁾。

国会審議において提案者からは、このような原則を示すことにより、「何よりも人命を尊重するという基本的な考え方を明らかにし、少年に対して自覚と自制を求める必要がある」と説明された⁸⁾。

20条2項ただし書の適用について、法務省刑事局付検事らの注釈は、個別事案ごとの判断であり一般基準を示すことは困難であるとしながら、法案審議において提案者から出された例を引いて、「少女が嬰兒を分べんして、途方に暮れて死亡させてしまった場合や、共犯による傷害致死事件で付和雷同的に随行したにとどまる場合等」を例示している⁹⁾。

また、代表的注釈書の一つであり、2000年改正後にいち早く改訂された

田宮裕 = 廣瀬健二編『注釈少年法(改訂版)』も、改正法20条2項は「殺人等の重大事件について逆送を原則的に義務づけて」おり、これにより「但書に当たる例外を除いては、家庭裁判所は検察官送致の決定が義務付けられる」と述べている¹⁰⁾。同注釈書は、この規定の趣旨を、「被害者も含めた一般社会の信頼・理解は少年法制の存立基盤であり、少年の社会復帰のためにも重要な要素であり、また、「少年の立ち直りのためにも、被害の状況や自己の行為の影響についての自覚・贖罪意識も含めた内省の深まりなどはその出発点となるべきものである」ところ、原則逆送を定めることにおいて、「真に重大・凶悪な犯罪に対してそれと釣り合いのとれた厳しい対応は被害感情や社会感情の満足のみならず、このような少年の意識覚醒にも有効といえよう」と論じている¹¹⁾。

3 刑事処分相当性をめぐる理論状況

(1) 保護不能と保護不適

1 少年法20条が検察官送致決定の根拠として定めるのは、刑事処分相当性である。改正法20条2項を「原則逆送」規定とする立場からは、この規定は、同条1項との関係において、16歳以上の少年の故意犯罪による被害者死亡事件について、原則的に刑事処分相当と認定すべきことを定めた規定として理解されるであろう。

刑事処分相当性について、これまでの通説的見解は、「保護処分によっては矯正改善の見込みがない場合(保護不能)」のほか、「保護不能ではないが、事案の性質、社会感情、被害感情等から保護処分に対処するのが不相当な場合(保護不適)」をも含むものと理解してきた¹²⁾。

たとえば、次のように論じられた。「少年が重大犯罪を犯して、社会や個人に回復不能ないし困難なじん大な損害を与え、その結果、社会的影響(社会秩序の混乱、社会的損害、他の者に対する同種犯行の模倣誘引の原因作用など)、社会感情(一般国民の正義感情の被侵害感、社会秩序を混

乱させたことに対する嫌悪感，犯人に対する憎悪感と報復感情，被害者への同情など），被害感情（被害者・遺族の犯人に対する憎悪感と報復感情など）が無視できないときに，あくまで保護優先主義を貫いて右の諸点を黙殺し，およそ少年だけが更生すればよいとして保護処分にしたとしても，社会一般はとうていこれを承服しないであろう。国民の法意識が，重大犯罪を犯した少年に対して，そこまで寛容であるとは思われない。このような場合には，保護優先主義は後退して行為法的原理が働き，一般予防・応報の要求が優先するとしなければならない。それゆえ，右の少年に保護処分必要性の余地があり，かつ，これによる矯正可能性があるとしても保護処分を選択するのは相当でなく，検察官送致がなされるべきである¹³⁾。

あるいは、「『罪質及び情状に照らして』と規定されていることからみても，事案の重大性，悪質性が判断の重要な要素となることは否定できない。また少年犯罪が全犯罪中に占める割合が大きく，凶悪犯も少なくない現状では，少年事件の処理においても社会防衛や一般予防の見地を否定することは困難である」とも説かれている¹⁴⁾。

2 この通説的見解によれば，とくに重大な非行については，たとえ「保護不能」でない場合でも，少年司法の社会防衛機能を発揮させるべく，一般予防の要請や応報主義的要請に基づき「保護不適」として刑事処分相当性が認められることになりやすい。「犯罪は，少年によって犯された場合でも，他人や社会の利益を侵害し，回復し難い重大な実害を被害者に与える場合も少なくない。重大，凶悪犯罪にあっては，被害に苦しみ，或いは，その結果を嘆き悲しむ被害者ないしはその遺族が存在するのであり，その事実が，少年処遇における保護優先主義の貫徹を許さないのである。このような場合，少年の改悛の情及び更生の意欲は十分で，保護者の能力及び保護環境にも問題はないから，再非行防止のために，保護処分すら必要ない，或いは，在宅保護で十分であるとし，更には，一年程度の少年院教育が必要であるとした場合でさえ，そのような少年処遇に対し，被害者

や社会が納得しない場合があることは疑いの余地なく、また、客観的に見ても、被害の程度と行為者の処分の均衡をあまりにも失うときは、正義の観点から容認されることができないであろう。更には、同種の事態の再発を防止するという一般予防的見地も無視されてはならない¹⁵⁾」とされるからである。

少年法は福祉法・教育法的性格を有するのみならず、刑事政策を担う刑事法の一環であるとされ、そのことが、刑事処分相当性において社会防衛の要請、したがって一般予防の要請と応報主義的要請が独自に考慮されるべきことの理由とされる。また、「罪質及び情状に照らして刑事処分を相当と認めるときは」という少年法20条の文言が根拠とされる。「『罪質及び情状に照らして』と規定されているので、事案の重大・悪質性が判断の重要な要素となり¹⁶⁾、少年司法の社会防衛機能という観点から、一般予防の要請や応報主義的要請に配慮すべきとされ、「罪質・情状が要保護性に尽きてしまうとまで言うことはできない」から、「現行少年法は、少なくとも文理上は、当該少年の要保護性に解消できない罪質・情状を根拠とする刑事処分相当事例の存在を認めるもの¹⁷⁾」とされるのである。

かくして、刑事処分相当性には「保護不能」とともに「保護不適」が含まれるという通説的見解は、少年司法において独自の社会防衛機能を強調する理論的立場と結合している。すなわち、社会防衛機能としての司法機能を承認したうえで、そのなかで一般予防を含む犯罪抑止の要請と応報主義的要請に配慮すべきとする理論的立場である¹⁸⁾。通説的見解は、少年司法の社会防衛機能という観点から、一般予防の要請や応報主義的要請が教育機能に優越する場合を認め、その場合に「保護不適」として刑事処分相当性を肯定するのである。

3 家庭裁判所の実務においても、渡邊一弘の実証研究によれば、検察官送致決定にあたっては「結果の重大性」に関連する事情が重視されており、このことは、「保護不適」の場合に刑事処分相当性を認める通説的見解と整合する。

渡邊一弘は、1958年から1997年までに家庭裁判月報などに掲載された決定例108例について因子分析を行い、裁判官の刑事処分相当判断に影響を与えているであろう因子を抽出したところ、犯罪行為の結果、被害者数、余罪、前歴、行為者・被害者関係という「結果の重大性」に関連する因子が抽出された。渡邊一弘は、「調査の結果、処分決定に多大な裁量権を持つ裁判官の判断要素に『結果の重大性』という客観的評価が大きな影響を与えているとの結果が判明した。少年審判にあっても、検察官送致決定についての『罪質及び情状に照らして』という規定は、主に行為法的判断基準としての機能が強いと考えられる。少なくとも重大事件については……、主に犯罪自体の悪性と社会的関心に着目して判断されているといえよう」と結論づけた¹⁹⁾。

たとえば、比較的最近の決定例として、19歳のシンナー依存症少年による路上殺傷事件である堺事件において、大阪家庭裁判所堺支部1998年2月25日決定は、社会的弱者の無差別殺傷事件であること、結果がきわめて重大であること、被害者らに落ち度はなくその無念、遺族の悲しみは甚大であること、地域社会に与えた影響は大きいこと、少年の内省はいまだ深まっていないこと、少年の生活状況、一九歳の年長少年であったこと、という事情をあげたうえで、「少年の不遇な生育歴、少年が社会的に未熟であること等本件記録に現れた少年に有利な一切の諸事情を考慮してみても、刑事処分に付することが相当と認められる」として、逆送を決定した。教育機能の観点から少年の非行克服援助のために保護処分が必要・有効であるかとは別に、一般抑止の要請や応報主義的要請を重視して刑事処分相当と認めたといいよい²⁰⁾。

(2) 教育機能と刑事処分相当性

1 通説の見解に対して、少年司法の教育機能を徹底させる立場から厳しい批判を展開し、刑事処分相当性について異なる見解を提示したのが澤登俊雄である。

かつて、刑事処分相当性の意味については、社会防衛の要請を組み込んだ「保護不適」を認めず、「保護不能」のみとして理解する見解があり、その見解は「絶対的保護優先主義」として分類されていた²¹⁾。「一元論」的立場と呼ばれることもあり、「保護不適」をも含めるべきとする通説的理解からは、「一元論的立場は、少年犯罪処遇における社会秩序維持の側面を不当に軽視するものであって、このような考え方は、『保護万能』ないし『保護偏重』の非難を誘発するものであ」と批判された²²⁾。

もし、刑事処分相当性が「保護処分によっては矯正改善の見込みがない場合」という意味の「保護不能」に尽きるとするならば、たしかに、保護可能である限りは保護処分を選択すべきであり、「保護不能」の場合にはじめて刑事処分の選択が許されるということになる。このとき、少年法20条の「罪質及び情状」は、「保護処分その他の保護的措置が不能である場合に、刑事処分相当性を判断する基準として一元的に機能する」ことになる。かくして、「一元論的立場」によれば、「犯罪少年の事件についてもどこまでも保護の可能性を考え、その方法が適当でないとき、やむを得ず例外的に検察官に送致すべき²³⁾」ことになり、「いかなる重大・凶悪犯罪事件であっても、保護的措置による少年の立ち直りの可能性が完全に否定されない以上、刑事処分を選択する余地はないことになる²⁴⁾」。いかなる重大事件についても、少年司法の社会防衛機能という観点に立って、一般予防の要請や応報主義的要請の優越によって基礎づけられる刑事処分相当性の判断、それに基づく検察官送致決定は許されないことになるからである。

2 澤登俊雄が指摘するように、刑事処分相当性を「保護不能」のみと理解する立場は、「少年事件の処理にあたって、社会防衛の観点優越することを否定するものであるから、少年法1条の目的に最も忠実であるように見える」。しかし、「保護不能」だからといって、なぜ直ちに刑事処分相当となるのかの説明がつかない。すなわち、「保護不能」だとしても「同様に見込みの立たない刑罰で対処することを認めることは、保護主義の放棄につながるのではないか。それならむしろ、不十分ながら保護処分処

遇すべきではないか」という疑問が生じる。

かくして、澤登俊雄は、「絶対的保護優先主義の理念に忠実に従うとすれば、刑事処分も保護処分と並ぶ保護のための手段であると考えべき」とする理論的立場を明確にする。「20条送致が保護の手段として最も適切と判断される場合」こそが、刑事処分相当とするのである²⁵⁾。

澤登俊雄によれば、「保護不能」と「保護不適」をとともに刑事処分相当性の概念要素とする通説的見解は、「行為法的原理を基礎として（あるいは優位に置いて）、これに人格主義的判断を加味するものであるが、そのような判断が、刑事事件について検察官が行う起訴相当の判断とどこが違うのかという疑問」があるという。両者に差異がないとすると、全件送致主義の下での家庭裁判所先議の意味がほとんど失われてしまう。家庭裁判所先議に意味があるのは、「調査に基づいて少年の要保護性（広義）を把握し、的確な人格主義的判断を加えることができ、かつ多様な処遇手段の中からそれに対応するものを選択できるからにほかならない」からである。

かくして、澤登俊雄は、全件送致主義の下での家庭裁判所先議という現行少年法の基本構造からすれば、家庭裁判所の刑事処分相当性判断が、保護処分その他の処遇決定の場合と同様、「人格主義的判断を基礎に置いて、すなわち少年の要保護性（広義）に基づいて行われるからこそ意義がある」と論じる。道交法違反事件について罰金相当の検察官送致が多く行われている実務も、「大量処理の必要性からというよりも、それが少年の要保護性（広義）に適合している場合が多いから」である。

結局、問題は「少年の保護をある程度犠牲にしても、社会防衛ないし一般予防の要請を満たすことが許されるか」、すなわち「保護不能」のほかに「保護可能だが保護不適」という要件を認めることができるか、という点である。澤登俊雄は、「少年の健全育成という少年法の目的は、少年法20条においても実現されるべきであるから、もちろんこのような要件は認められない。したがって、犯罪行為がいかに重大であっても、保護可能である限り保護処分の決定がなされるべきである。……一般予防を強調して

いくと、……事案の軽重と処分とのある程度の均衡を求める観点からの非行重視に至るおそれがある」と論じている。このように、少年法の健全育成目的を適用する結果として、社会防衛の要請の優越に基づく刑事処分相当性の判断を否定したうえで、少年の保護手段として刑事処分こそが適切な場合という意味の「保護不能」の場合に限り、刑事処分相当として検察官送致決定が認められるという見解を提示したのである²⁶⁾。

3 澤登俊雄は、刑事処分相当性の意味をこのように理解しつつ、少年法20条の「罪質及び情状に照らして」という規定を解釈するうえで、健全育成目的による処分選択において「社会感情」にも配慮すべきことを指摘する²⁷⁾。「社会感情」への配慮を組み込んだ規定と理解することにより、このような文言にかかわらず、「刑事処分相当性の判断が、一般予防的ないし行為主義的観点に基づいてなされなければならない必然性はない。本条によっても、特別予防的ないし行為者主義的観点にもっぱら依拠することは可能である」というのである。

すなわち、澤登俊雄は、「一般に罪質の重い犯罪は、社会感情を著しく害することが多いから、この社会感情に満足を与えない限り少年の社会復帰が妨げられるおそれが強いことが予想される。したがって罪質の重い非行を犯した少年に対しては、社会感情を配慮して刑事処分に付するのが適当だと判断される場合がありえよう。……さらに情状に照らして刑事処分を相当とする判断も、少年の人格特性から見て刑事処分という処遇形式が本人の改善のために有効であるという、特別予防的観点に立っての判断を意味するのだと考えることは十分に可能である。すなわち、刑罰という処遇形式も、少年院送致などと並ぶ広義の保護処分の一つだと考えればよいわけである」と論じている。澤登俊雄によれば、改正前少年法において、「20条が禁固以上の事件に限ったのは、社会感情顧慮の限度を隠したものであり、また、16歳以上の少年に限ったのは、刑罰適応能力の限界を示したものであると考えられる」²⁸⁾。

4 刑事処分相当性から「保護不適」の要素を排除すべきとの理論的立

場の源流は、家庭裁判所の処分決定一般について「人格重視説」を説いた裁判官の内藤文質²⁹⁾に溯るが、その後、岩井宜子もこのような理論的立場を表明した。

岩井宜子は、「非行の評価という意味の不利益処遇は、少年が非行の重大性を認知し、責任感を養い、将来の犯罪を防止するため少年の人格に与える影響を十分に考慮して特別予防上必要と思われる限度にとどめられなければならない。……あくまで少年に対する処分が、責任は償われなければならないとする応報的対応であってはならないと思われる。すなわち、実質的にどの処遇が適当であるのかを決する理由となるのは、あくまで本人の要保護性、特別予防的考慮であるべきである」と論じている。そのうえで、少年の要保護性について、非行事実と区別された要保護性を観念すべきであるとして、その「内容はあくまで、犯罪的危険性と保護欠如性のみに求めるべきである。保護の必要性を最初から犯罪事実の大きさによって限界づける必要はない」と説き、「刑罰を科するのが社会の法感情にかなう場合も保護の領域からははずすべきである」とする見解を断固否定している。「保護不適」の場合に刑事処分相当性を認め、「行為のみで保護不適とするなら、現行法が全件送致主義をとった意味がない」というのである³⁰⁾。

菊田幸一も、『『正義の感情に著しくもとるとき』には、たとえ保護処分が可能であっても刑事処分に付するものとするならば、家庭裁判所が人格判断を下す機能を失うことになり、少年法の理念は限りなく喪失するに至る。……少年法が存在する基礎には刑罰そのものに期待できないとする思想があり、『正義』の名のもとに保護処分可能な少年をも刑事処分に送致することは少年法それ自体、自らの否定に連なる。したがって少なくとも保護処分、刑事処分が並列関係にあるときは、まず保護処分に付すべきであり、検察官送致朝以後の手段であるべきである」として、刑事処分相当から「保護不能」の場合を排除すべきとする³¹⁾。

5 刑事処分相当性について、その実体面の意味に理論的関心が集中してきたなかで、もっぱら手続面の意味において理解する見解を提起したの

が村井敏邦である。

村井敏邦は、少年法1条において、「少年の健全な育成」という少年保護の理念が、少年の刑事事件においても貫徹されなければならない、保護手続から刑事手続への移行を認める刑事処分相当性の判断においても適用されるとしたうえで、「少年保護の精神を前提とすれば、家庭裁判所が事件を検察官に戻す場合でも、そのことが少年の健全育成の理念からしても望ましいと判断されることが必要であろう。保護手続から刑事手続への移行においても、『少年の利益と福祉』を具体的な内容とする『少年の健全な育成』という理念が最終的な基準であることには、かわりがないはずである」と論じる。

村井敏邦によれば、「少年の保護という観点からは、通常は、少年のプライバシーを最大限に尊重した非公開の手続の方が望ましい。しかし、重大な事件の場合には、社会の関心が高いというだけでなく、少年にとっても、公開法廷において手続が進められたほうが有利であるという場合のあることが考えられる。逆送というのは、そうした例外的な場合に、あくまでも少年の健全な育成のためには刑事手続に付すほうがより望ましいという観点から選択された手続にすぎない」のであり、少年法20条が「罪質」への配慮を規定しているのも、そのような意味においてでしかない。少年法50条は「少年に対する刑事事件の審理は、第9条の趣旨に従って、これを行わなければならない」と定めており、この規定は「少年の刑事手続においても、審理の対象はあくまでも少年自身であることを明らかにし、教育的取扱いこそ少年刑事手続の基本的性格であることを明示している」。

刑事手続が少年の健全育成にとって相応しい場合のみを刑事処分相当とすべきという見解に対しては、「刑事処分を相当と認めるとき」と規定する少年法20条は実体的刑事処分としての刑罰の相当性を予定しているとの批判がありうる。しかし、これに対して村井敏邦は、少年法55条は、「裁判所は、事実審理の結果、少年の被告人を保護処分に付するのが相当であると認めるときは、決定をもって、事件を家庭裁判所に移送しなければな

らない」と定めており、この規定によれば、逆送決定と実体的な刑事処分が不可分に結合しているわけではなく、むしろ「最後まで保護処分の可能性を追求すべきであるという趣旨が込められている」。したがって、手続面の効果に注目して刑事処分相当性の意味を先のように理解することも可能である、と論じている。

また、「少年法が死刑選択の余地を認めていることは、少年の保護理念との関係において大変な矛盾を抱えている」ことはたしかであるが、その少年法51条も「18歳未満の少年に対しては絶対的に死刑の適用を禁止しているところに意味がある」。18歳以上の少年への死刑適用の可能性を強調することは、少年法の趣旨に反するから、少年法51条が、社会防衛の観点から刑事処分相当性の意味を理解することの根拠になるわけではない。

以上のように、村井敏邦は、少年の健全育成という目的が検察官送致決定にも及ぶことから、「少年の性格、資質、事件の重大性によっては、少年の保護、福祉の要請よりも社会秩序の維持の要請を優先させるべき場合がある」との考えを否定したうえで、「少年の保護、福祉の要請」を基準にして、刑事手続に付されることの教育効果によって刑事処分相当性を判断すべきとした³²⁾。

4 新しい教育理念と刑事処分相当性

(1) 刑事処分相当性の意義

1 刑事処分相当性には「保護不能」の場合とともに「保護不適」の場合も含まれるとする通説的見解は、少年司法の社会防衛機能という観点から、一般抑止の観点や応報主義的観点から社会防衛の要請が教育機能に優越する場合を承認し、その場合に「保護不適」として刑事処分相当性を肯定するものであった。上述のように、このような見解は、少年司法においても独自の社会防衛機能を強調し、そのなかで一般予防の要請や応報主義的要請に配慮すべきとする理論的立場と結合していた。

社会防衛機能を独自に強調するとき、その社会防衛機能は教育機能の内実を犯罪的危険性の除去と狭く規定したうえで、教育機能を自らに従属させることになる。厳罰政策への傾斜と結合した教育機能の後退、そして積極的実体的真実主義の強調をとまなう適正手続の形骸化という現在までの少年司法の潮流を基礎づけてきたのは、このような理論的立場であった。

教育機能に優越する社会防衛機能を承認したとき、澤登俊雄が指摘するように、その社会防衛機能が最も顕在化するのには、検察官送致決定のための刑事処分相当性の判断においてである³³⁾。「保護不適」を刑事処分相当性の概念要素とする通説的見解は、一般抑止の要請と応報主義的要請に基礎づけられた検察官送致決定を認めることにより、教育機能に対する社会防衛機能の優越を具体化するのである。

2 このような通説的見解によれば、非行が重大であるほど、一般抑止の要請や応報主義的要請が強くはたらく、「保護不適」により刑事処分相当と判断されやすくなる。社会防衛機能が教育機能に優越して現れ、教育機能を後退させるのである。

しかし、しばしば指摘されてきたように、重大非行においてこそ、人格面においても、生育環境面においても、少年の直面する成長発達上の問題は深刻であることが多く、少年司法がその教育機能を発揮すべき必要はいっそう強いのである³⁴⁾。このような重大非行について、教育機能が社会防衛機能の優越の前に後退を余儀なくされるのであれば、少年司法の教育機能は、最も重要な場面において、その真価を発揮できないことになる。

たしかに、少年法20条の「罪質及び情状」という文言は、一般抑止の要請や応報主義的要請の配慮を要求しているよう理解されやすい。刑事法の一環として刑事政策を担う少年法という観念から、独自の社会防衛機能を承認することは当然であるとの考えは根強い。しかし、教育機能がその最も重要な場面において後退を余儀なくされることは、教育機能それ自体が社会防衛の要請の枠に閉じこめられ、社会防衛機能に従属していることの証であり、少年法の健全育成目的には適合しない。

3 教育機能の再生と適正手続の強化という少年司法の二重の本質的課題に対処するためには、少年司法理念の再構築が必要であり、その再構築は子どもの人権の基本視角に立って行われるべきである³⁵⁾。

このとき基本視角とされるべき子どもの人権とは、子どもの人間としての尊厳の尊重という要請から、子どものいまある自律的人格の尊重を基礎にしつつ、その全面的人格発達を保障することによる子どもの成長発達権として構成されるべきである³⁶⁾。子どものいまある自律的人格の尊重とその全面的人格発達の保障とは、子どもという一個の人格に基礎づけられながら、相互に支え合う一体のものとして、子どもの人権としての成長発達権を構成するのである（憲法13条、子どもの権利条約6条）。

このとき、少年司法の教育機能は、成長発達権の保障、すなわち少年の自律的人格の尊重のうえに立ってその全面的人格発達を保障するために、少年の主体的非行克服を援助する機能として位置づけられる。非行克服プロセスにおける少年の主体性の確保が本質的要請となる（憲法26条）。また、少年の適正手続は、新しい少年司法理念の内在的要請として、少年司法のあらゆる局面において恣意・専断を排除するためのみならず、少年の主体的参加を確保するための手続保障として要請される（憲法31条）。

少年司法において、少年の成長発達権保障という基本視角に立った新しい教育理念の確立が、理論と実践の両面にわたる子どもの人権の発展という国際的な、そして日本においても強力に存在する潮流のなかで求められている。

4 このような新しい教育理念の下では、少年司法の教育機能が社会防衛の要請に枠づけられ、それに従属して後退を余儀なくされることはない。教育機能は、もはや社会防衛の要請の軛から解放され、むしろ教育機能が果たされる結果として再犯が効果的に防止され、社会防衛の要請も適えられる、という形で社会防衛の要請に従属させるのである。したがって、刑事処分相当性判断において、独自の社会防衛機能という観点から一般抑止の要請や応報主義的要請が優位におかれ、教育機能を後退させつつ、「保

護不適」として刑事処分相当が認定されることはない。

上述のように、重大非行をした少年に対しては、多くの場合、教育機能が十分発揮されるべき要請がいつそう強い。教育機能の真価が問われる場面である。それにもかかわらず、社会防衛の観点に立って一般予防の要請や応報主義的要請をそれに優越させ、教育機能の後退を許すならば、それは教育機能を形骸化するものであって、少年司法の新しい教育理念に適合しない。教育理念を基礎づける子どもの成長発達権の保障の趣旨に反することになる。社会防衛の要請を組み込んだ「保護不適」による刑事処分相当との判断を許すべきでない所以である。

5 かくして、刑事処分相当性の意味は、教育機能の観点から刑事処分の必要性・有効性として理解すべきである。すなわち、刑事処分相当・検察官送致の決定が許されるのは、少年の成長発達権の保障に向けたその主体的非行克服の援助の手段という意味の教育手段として刑事処分が必要で有効と認められるときに限られるのである。

このような意味における刑事処分相当性は、実体的刑事処分としての刑罰だけでなく、対審・公開の刑事手続がその少年の教育手段として必要・有効な場合をも含むと理解すべきである。しかし、その場合に限定されるわけではないように思われる。村井敏邦が実体的刑事処分の相当性を排除し、刑事手続の相当性に限定して理解するのは、少年の犯罪行為に対する法的非難としての刑事責任とそれに基づく法的制裁という刑罰の本質にかんがみるとき、少年の教育手段として刑罰が用いられることは認めるべきではないとの認識によるのであろう。

たしかに、一般にはそうであろう。犯罪行為に対する法的非難とそれに基づく法的制裁という刑罰の基本性格は、少年の成長発達権の保障に向けた主体的非行克服援助、この意味における少年司法の教育機能との本質的矛盾をはらんでいるからである。少年司法において「犯罪」行為に対する法的非難としての「責任」を観念し、それによって法的制裁としての保護処分を基礎づけるべきでないのはそれゆえであった³⁷⁾。

しかし、あえて公開・対審の刑事手続を通じて刑事責任を確定し、それに基づく刑罰を科すことが、その少年の教育手段として必要・有効である場合が皆無とはいいいきれないと思われる。もちろん、そのような場合は希有である。2000年改正前の実務において、社会防衛の要請を組み込んだ刑事処分相当性判断が一般に承認されていながらもなお、重大非行の事件についても、検察官送致がきわめて謙抑的に決定されていたことから、そのように思われる。

希有ではあるが、皆無ともいいきれない。少なくとも、現行の刑事処分相当・検察官送致の制度は、そのことを前提としているように思われる。少年法20条が「刑事手続を相当」ではなく、「刑事処分を相当と認めるとき」と規定しているのも、実体的処分としての刑罰の相当性を完全排除するわけではないとの趣旨によるものであろう。

(2) 「罪質及び情状」の意味

1 通説の見解は、少年法20条1項の「罪質及び情状」を犯行態様、事案の重大性、社会的影響、社会感情などを意味するものと理解したうえで、社会防衛の観点から一般抑止の要請や応報主義的要請を組み込んだ「保護不適」による刑事処分相当の判断が認められることの文言上の根拠として位置づけてきた。これに対して、刑事処分相当性の判断においても教育機能を徹底する立場から、異なる理解が提示されていたことは、上述のとおりである。

少年の教育手段としての刑事処分の必要性・有効性として刑事処分相当性の意味を理解するとき、「罪質及び情状」とはどのように理解されるべきか。「罪質及び情状」が必ずしも非行の重大性に関連する事情を指すとはいえないであろう。非行の重大性にはかかわらないものの、非行と少年の状況によっては、公開・対審の刑事裁判の手続により自己の事件を審理されることが、あるいは刑事手続を通じて刑事責任を確定され、それに基づく刑罰を科されることが、その少年の成長発達権の保障に向けた主体的

非行克服の援助手段として必要・有効な場合がありえないとはいえない。

少年法20条1項は、そのような認識を反映して、また、このような判断をするにあたって少年の状況をその非行とまったく切り離してではなく、正しく関連づけて考慮すべきであり、さらに、少年が自己の非行をどのように受け止め、それと向き合っているかに配慮すべきとの意味を込めて、「罪質及び情状」の考慮を定めたものと理解すべきように思われる。

2 適正手続の保障や社会調査における秘密性・信頼性の確保という観点から非行事実認定の資料とすべきではないにせよ、少年の要保護性に関する社会調査が非行それ自体に及びうことは一般に承認されている³⁸⁾。斉藤豊治は、少年の要保護性に関する社会調査と非行事実の関係について、「少年保護事件の調査においては、非行を離れての調査はあり得ず、しかも、調査の目的である要保護性判断の最も重要な資料は、少年の行った非行行動の中に包含されている。しかがって、調査官の面接においても、非行事実に関する社会調査は欠かせない。ただ、……調査官の担当するものは非行のメカニズムを解明する社会調査＝診断であって、そのアプローチのしかたを異にするというべきであろう」と論じている³⁹⁾。少年の主体的非行克服援助のための教育手段として刑事処分が必要・有効か、という意味の刑事処分相当性を判断するうえでも、少年の状況はその非行と正しく関連させつつ考慮されるべきである。

もちろんこのことは、「非行を基準に少年を評価、選別する」ことを意味するのではない。多田元が、「非行は、単なる人格の危険性の徴表ではなく、その原因は社会環境的諸要因が複合的に関与している。少年の成長発達権の観点から見れば、非行を行った少年もまた『被害者』であるということが出来る。そのような少年の訴えに耳を傾け、現実の生活の中の少年の心情等を理解して、はじめてその非行の意味を理解し、かつ少年のために最善の処遇を考えることができるのである」と論じているとおりである⁴⁰⁾。少年の状況をその非行と正しく関連させつつ理解するというのは、このような意味においてである。

また、新しい教育理念の下、少年司法の教育機能は、少年の成長発達権の保障に向けた主体的非行克服援助として構成され、非行克服プロセスにおける少年の主体性が保障されなければならない。このような観点から、刑事手続による審理も含め刑事処分が少年にとって教育手段として必要・有効か判断するにあたっては、少年が自己の非行をどのように受け止め、向き合っているか考慮すべきであろう⁴¹⁾。このことは、本来、少年司法の教育機能にとって本質的課題であった。

3 たしかに、少年法51条1項が行為時18歳未満の少年について死刑を禁止していることは、少年に対する刑事処分適用において社会防衛の要請が決定的に優越する場合を認めていることを示しており、そうであるがゆえに、刑事処分相当性判断においても社会防衛の観点を組み込んだうえで、一般抑止の要請や応報主義的要請を一般に考慮すべきことの理由となりうるように見える。しかし、村井敏邦が論じるように、少年法51条1項の真価は18歳未満の少年について死刑を禁止していることにこそあり、その反対解釈を根拠に刑事処分相当性判断における社会防衛の要請の考慮を一般的に正当化すべきではないように思われる。

むしろ、少年の成長発達権に基礎づけられた教育理念の下、その要請としての教育機能が徹底されるべきことにかんがみれば、少年法51条1項の文言にもかかわらず、行為時18歳以上の少年に対しても死刑適用は排除されるべきである。18歳以上の少年に対しても死刑適用は、当該少年について成長発達権の保障の完全否定を意味するものであり、その人間としての尊厳の尊重に決定的に矛盾する⁴²⁾。

また、子どもの権利条約37条(a)は行為時18歳未満の少年に対する死刑・終身刑の適用を禁止している。他方、同条約1条は「子ども」を18歳未満の者と定義しつつも、ただし書において、法律により18歳以前に成人として認める可能性を定めている。すなわち、18歳以前に成人となる可能性を認めながら、その場合でも行為時18歳未満の少年への死刑・終身刑の適用可能性を完全排除しているのである。条約が認める範囲の「子ども」

すべてに対する死刑・終身刑適用を全面禁止している子どもの権利条約の趣旨からすれば、日本の少年法が20歳未満を少年としている以上、「少年」への死刑・終身刑の適用可能性を排除すべきように思われる。

(3) 検察官送致決定の手續と判断

1 刑事処分相当性の判断においては、さらに、少年が刑事手續に付され、検察官の関与する当事者主義構造をとる公開の裁判が行われるという手續面の効果を考慮しなければならない。少年の適正手續は、その本質として少年の手續参加の確保を要請し、それゆえ手續参加のうえで自由な自己表現を可能とするような受容的雰囲気を満たした手續環境をとまうべきものであるから、公開・対審の刑事手續との本質的矛盾をはらんでいる。個別具体的ケースにおいて、公開・対審の刑事手續においても少年の手續参加が確保可能であり、その適正手續が侵害されないと認められる場合に限り、刑事処分相当・検察官送致の決定が許されるのである⁴³⁾。

この意味において、たとえ教育機能の要請によって刑事処分が必要・有効と認められた場合でも、少年の適正手續の観点から刑事処分相当・検察官送致の決定が制限されることになる。少年司法において、その教育機能がはたらくのは適正手續の保障の下においてでなければならず、適正手續のなかでこそ教育機能があるというべきである。このことは、少年の成長発達権に基礎づけられた新しい教育理念の要請である。

2 正木祐史は、刑事処分が保護手段として必要・有効な場合に検察官送致決定が認められるとする従来の見解においては、検察官送致決定が保護処分決定と並ぶ家庭裁判所の処分決定の一形態として理解されることから、「認定構造は保護処分の場合と変わらないこととなり」、検察官送致決定にあたって合理的疑いを超えた証明による非行事実認定が要求されることになる。しかし、その場合、家庭裁判所の非行事実認定手續において「実質的な証拠調べを経ることになり、二重の危険禁止に抵触するという事態は免れない」と論じている⁴⁴⁾。憲法39条に基づく二重危険禁止の保障

により、検察官送致決定にあたっての家庭裁判所の非行事実認定手続において、合理的疑いを超える証明による非行事実認定のための実質的証拠調べが禁止され、その結果、「最終的な処分の一形態」として検察官送致決定を位置づけることは認められないというのである。

たしかに、憲法39条の二重危険禁止の保障は家庭裁判所の非行事実認定手続にも適用されるべきであり、家庭裁判所が合理的疑いを超える証明による非行事実認定のための実質的証拠調べを行ったうえで検察官送致決定をすることは許されないように思われる。検察官送致決定を保護処分と並ぶ処分決定の一類型と位置づけることは、保護処分決定の場合と同様、合理的疑いを超える証明による非行事実認定を必要とすることになるであろう⁴⁵⁾。

また、検察官送致決定にあたって合理的疑いを超える非行事実認定が必要であるとの見解は、審判の結果のみならず、調査の結果（少年法20条）として検察官送致決定を認めている現行少年法の構造とも整合しないであろう。保護処分決定のためには審判が必要であるのに対して（少年法24条1項）、検察官送致決定は保護処分と並ぶ処分決定の一類型であるにもかかわらず、審判を経ずとも調査の結果として可能である、とするのは矛盾するからである。

3 とはいえ、刑事処分が教育手段として必要・有効と認められた場合にのみ刑事処分相当性が肯定されると理解したとき、論理必然的に、検察官送致決定が「最終的な処分の一形態」として保護処分と「並ぶ」処分決定の一類型に位置づけられ、保護処分決定の場合と同様、合理的疑いを超える程度の証明による非行事実認定が必要とされるわけではないように思われる。

たしかに、家庭裁判所が調査のみにより検察官送致決定を行うことは、少年の防御権保障という観点から重大な問題をはらむ。「告知と聴聞」という適正手続の本質的要素が欠けるからである⁴⁶⁾。1966年のアメリカ合衆国最高裁判所ケント判決は、管轄権放棄は少年のきわめて重要な法律上の

権利を左右する決定的に重要な処分であるから、適正手続が保障されなければならず、少年裁判所の管轄権放棄の決定が有効とされる条件として、

少年が審理を保障されること、少年がその審理において弁護人の援助を受ける権利を保障されること、弁護人は社会記録およびプロベーションその他類似の記録へのアクセスを認められること、少年裁判所の決定理由が述べられること、が必要であると判示した⁴⁷⁾。

検察官送致決定はそれ自体少年にとって決定的に重要な決定であり、その決定手続においても少年の手続参加の保障を本質とする適正手続が確保されなければならない⁴⁸⁾。調布事件における1997年最高裁判所判決は、保護処分決定に対する少年の抗告後、抗告審の保護処分取消・差戻決定を受けた家庭裁判所が刑事処分相当・検察官送致を決定することは不利益変更にあたり違法であると判示するうえで、「少年法の趣旨、目的及び構造に照らすと、同法は、少年が一般に未成熟で、可塑性に富むことにかんがみ、少年の健全な育成のためには、現在及び将来に様々な不利益をもたらす刑罰によって成人に対するのと同様にその責任を追及するよりも、教育的手段によって改善、更生を図るべきであるとの理念に基づくものであって、少年に対しては、保護処分その他同法の枠内における処遇を原則とし、刑罰によってその責任を追及するのは、その罪質及び諸般の情状に照らし、このような教育的手段をとることが不適当な場合に限定しようとするものであり、刑事処分は、少年にとって、保護処分その他同法の枠内における処遇よりも、一般的、類型的に不利益なもの」であるとした⁴⁹⁾。このような最高裁判所判決の趣旨からも、保護処分以上に重大な不利益性を有する検察官送致決定については、十分な適正手続の保障が必要とされるはずである。かくして、家庭裁判所の調査のみによる検察官送致決定は、少年の適正手続を侵害するものとして許されない⁵⁰⁾。家庭裁判所は検察官決定のための審理を行ったうえで、少年の適正手続として防御権を十分保障しなければならないであろう。

しかし、家庭裁判所が検察官送致決定のための審理において、合理的疑

いを超える証明による非行事実認定のための実質的証拠調べを行うことなく、非行事実の蓋然的認定に基づき検察官送致決定を行うことも可能であり、この場合には、二重危険禁止の保障との抵触は生じないであろう⁵¹⁾。他方、家庭裁判所の検察官送致決定は、それ自体として少年に対する実体的処分の最終決定ではなく、その後に刑事手続による犯罪事実認定が予定されているから、合理的疑いを超える程度の証明によらず、非行事実の蓋然的認定に基づき行われることで足りる。この場合、家庭裁判所が検察官送致決定した後、刑事裁判所が少年の犯罪事実を認定できない場合もありうるが、それは、非行事実の蓋然的認定を前提にして行われる教育手段として刑事処分が必要・有効との家庭裁判所の判断と矛盾するものではない。

5 説明責任規定としての少年法20条2項

(1) これまでの理論状況

1 改正法20条2項の意味は、どのように理解されるべきか。

刑事処分相当性の概念について、社会防衛の要請を組み込んだ「保護不適」という要素を認める通説的見解からは、少年法20条2項は、16歳以上の少年の行為犯罪による被害者死亡事件について「保護不適」を推定したうえで、「原則逆送」を定めたものとして理解される。

川出敏裕は、事案によっては、刑事処分の方が保護処分よりも少年の改善にとって有効な場合もありうるものの、典型的に刑事処分の方が改善効果において高いとは到底いえないから、一定重大犯罪について「原則逆送」を定めることは、少年の改善更生という根拠では説明不可能であり、罪刑均衡ないし一般予防を基礎にしたものと理解せざるをえない。改正法の趣旨としていわれる刑事処分による「責任の自覚」と「規範意識の覚醒」も、犯罪少年自身よりも、むしろ少年一般を念頭にいたものと理解される。この意味において、「原則逆送」規定は刑事処分相当性の一類型とされてきた「保護不適」の存在を、その対象犯罪について推定するもの

である、と論じている⁵²⁾。

少年法20条2項が「保護不適」の推定による「原則逆送」規定であるとの理解からは、酒巻匡が論じているように、同条2項ただし書のいう「保護処分以外の措置を相当と認めるとき」の意味について、規定された事情の「考慮の結果、保護処分の方が相当であると家庭裁判所が積極判断できれば、逆送決定は行われぬ」とされ、「個別の少年について、調査の結果、その少年について保護処分と刑事処分のいずれもが考えられるという場合が実際にあるとすれば、そのようなときには、原則逆送規定が働」き、刑事処分相当・検察官送致が決定されるべきとされる⁵³⁾。

2 このような理解に対して、澤登俊雄は、刑事処分相当性の概念に「保護不適」を含めることなく、刑事処分相当を少年の要保護性に照らして刑事処分が保護手段として相応しい場合に限りつつも、上述のような仕方では社会感情に配慮することを認める見解を前提としつつ、少年法20条2項について、それを「原則逆送」規定としたうえで、なお次のように理解する。すなわち、「罪質・情状の重い事件、なかでも故意犯罪による死亡事件については、少年に対する被害者・遺族および社会の感情が厳しいことが多く、それを背景に少年の社会復帰を考えると、むしろ刑事処分を受けの方がよいと判断される場合があること、または、少年の非行性が深化しており、刑事裁判によって罪責を明らかにし、刑罰（自由刑）の制裁を受けの方がよいと判断される場合があること、などを考慮して、20条を解釈すれば、第1項と第2項との間に矛盾を生じない。第2項は、故意犯罪による死亡事件を犯した少年の社会復帰の手段として、その他の比較的罪質・情状の重い事件よりも、刑事処分が適している場合が多いという認識が示されていると考えればよい」。

しかし、故意犯罪による被害者死亡事件について、社会感情が厳しいことはたしかであろうが、反面、上述のように、少年の人格、生育環境の両面にわたる成長発達上の深刻な問題がこれらの重大非行に強く関連しており、そうであるがゆえに、その少年の教育手段としては保護処分など少年

法上の措置が必要・有効とされる場合がいつそう多いであろうことにかんがみれば、社会感情の厳しさを考慮してもなお、教育手段として刑事処分の方が相応しい場合が多くなるとはいえないように思われる。少年法20条2項が、故意犯罪による被害者死亡事件について、他の場合よりも教育手段として刑事処分が必要・有効な場合が多いことを前提として、そのような認識を示していると理解することは難しいように思われる。

ましてや、教育手段としてより相応しいのは「原則」的に刑事処分であり、保護処分が相応しいのは「例外」であるとはいえない。社会感情の厳しさを考慮しても、やはり社会復帰援助手段としては、保護処分の方が相応しいと判断される場合が多いはずである⁵⁴⁾。2000年改正前の実務において、社会防衛の観点から一般予防の要請や応報主義的要請に配慮しながらも、「原則逆送」事件について刑事処分相当・検察官送致決定が謙抑的に行われていたという事実は、そのことの反映であろう。少年法20条2項を「原則逆送」規定として性格づけるべきではない。

(2) 処遇決定に関する家庭裁判所の説明責任

1 それでは、どのように理解されるか。

多くの論者が指摘するように、殺人、傷害致死など、少年法20条2項のあげる16歳以上の少年が行った故意犯罪による被害者死亡事件について、被害者を含めた市民一般の感情はとりわけ厳しく、厳格な刑事処分を要求する場合も多いであろう。このこと自体は認めざるをえない。一般に、少年の成長発達権の保障に向けてその主体的非行克服を援助するため、少年司法がその教育機能を十分発揮させるうえで、その社会的基盤として少年司法に対する理解と信頼に基づく市民的支持が重要であることもたしかである。適正手続の実質的保障とともに、教育機能の再生的強化のために少年司法への市民参加が構想されるべきなのはそれゆえである⁵⁵⁾。

かくして、16歳以上の少年の故意犯罪による被害者死亡事件については、それに対する社会感情の厳しさ、とくに刑事処分要求の強さになんらかの

配慮が必要とされるであろう。しかし、これを理由にして、刑事処分相当性判断のなかに社会防衛の観点を組み込み、一般予防の要請や応報主義的要請に基づく「保護不適」としての刑事処分相当との判断を認めるべきでないのは上述のとおりである。少年法20条2項について、「保護不適」の推定に基づく「原則逆送」規定であるとの理解は否定されることになる。このような理解は、人格と生育環境の両面にわたる成長発達上の深刻な問題を抱え、それと強く関連して重大非行をするに至った少年、そうであるがゆえに主体的非行克服のための教育的援助を最も強く必要としている少年に対して、社会防衛の観点の優越を承認することにより、最も必要・有効な教育手段を提供しないことを許す結果になる。これは、少年司法の教育機能の形骸化といわざるをえず、少年の成長発達権の保障という趣旨に反するのである。

上述のように、改正法案の国会審議において提案者から、「原則逆送」規定の導入により刑事処分相当・検察官送致の決定を確保しようと意図している例としてあげられたのは、いわゆる西鉄バスジャック事件であった。2000年9月29日佐賀家庭裁判所は、少年の医療少年院送致を決定した。新聞報道された決定要旨によれば、「本件非行は悪質残忍かつ重大な事案であり、検察官に送致し、公開の刑事裁判の過程を通して事件の責任を取らせるのが相当とも考えられる」としながらも、「少年は責任能力はあるものの、解離性障害の治療が必要であり、治療と教育により少年に情性を獲得させ、被害者に対する悔悟の念を起こさせ、規範意識を育てるためにはむしろ検察官送致とせず、医療的な矯正施設に収容するのが相当である」と判断した⁵⁶⁾。いかに重大非行であって、社会感情が厳しく、刑事処分要求が強くとも、社会防衛の要請を優位におくことを許さず、少年の教育手段として必要・有効かという観点から処遇決定を行うことによってこそ、少年司法の教育機能は真価を発揮しうるのである。

2 刑事処分相当との判断は、もっぱら教育機能の観点から刑事処分が教育手段として必要・有効な場合に限られるべきである。このことを前提

として、少年法20条2項は、16歳以上の少年の故意犯罪による被害者死亡事件に対する社会感情の厳しさ、とくに刑事処分要求の強さに配慮して、その少年の教育手段として刑事処分こそが必要・有効と認められない場合において、刑事処分以外の処遇を決定した理由について、被害者を含む市民に対していっそう説得的に説明する責任を負わせた規定として理解すべきように思われる。「原則逆送」規定ではなく、家庭裁判所に対する説明責任規定として理解するのである⁵⁷⁾。

家庭裁判所の説明責任規定として少年法20条2項を理解したとき、刑事処分相当との推定に基づく「原則逆送」規定ではないのだから、刑事処分以外の措置を決定した場合でも、刑事処分が不必要で有効でないことを示す理由があえて必要とされるわけではない。教育手段として刑事処分が必要・有効であることが積極的に認められた場合のみ、刑事処分相当と判断されるのである。

また、家庭裁判所が保護処分その他刑事処分以外の措置を決定した場合において、少年の教育手段として刑事処分以外の措置が必要・有効であることについて、少年法20条2項が要求する程度にまで、処遇決定理由を説得的に説明することができなかったとしても、それは家庭裁判所がその説明責任を果たしえなかったことを意味するにすぎない。家庭裁判所が処遇決定理由についての説明責任を果たさなかったとしても、教育手段として刑事処分こそが必要・有効であると認められたわけではないから、刑事処分相当・検察官送致の決定が認められることはない。

(3) 説明責任下での決定理由と社会調査

1 現在の実務において、審判不開始決定および不処分決定の場合には、非行事実の不存在を理由とするときをのぞき、法律記録の表紙裏面等に定型の決定書の理由欄において、「保護的措置」、「別件保護中」、「事案軽微」、「非行なし」、「所在不明等」、「その他」のいずれかに印を付けるという仕方での処遇決定の理由が示されているという。

非行事実の不存在を理由とする場合には、審判不開始決定においても、定型の決定書によらず、理由の要点を記載した決定書が作成されるべきであり、実務上もそのようにされることが多いという。また、非行事実の不存在を理由とする不処分決定について、検察官の審判関与や抗告受理申立を認めた改正法の下、検察官関与事件の場合には、不処分決定の理由を決定書に明記するよう要求されたが(少年審判規則2条5項5号)、それ以外の事件の場合でも、「被害者をはじめとする国民の信頼確保の観点から非行なしと判断した理由を記載すべき」とされ、少年の身体拘束をした事件の場合には、少年事件補償との関係において少なくとも非行なしと判断した理由を記載すべきとされる。

不処分決定の言渡しについては、検察官関与事件の場合には審判期日における言渡しが必要とされ(少年審判規則3条1項2号)、それ以外の事件の場合でも面前告知が原則とされながら(同条2項1号)、それ以外の相当な方法での告知も許されている(同条4項)。保護的措置を経た不処分の場合には、不処分決定の趣旨を誤解を招かないよう十分説明すべきとされる⁵⁸⁾。

2 保護処分決定の場合には、保護処分が教育機能を十分発揮するために少年および関係者の理解・協力が重要であるとの趣旨から、審判期日における言渡しが要求され(少年審判規則3条1項)、そのさい、「少年および保護者に対し、保護処分の趣旨を懇切に説明し、これを十分に理解させるようにしなければならない」と定められている(同35条1項)。これは少年の権利保護とともに、少年や保護者の納得を基礎にした保護処分の教育機能に配慮したものと理解されている。「決定の趣旨や処遇の概要を少年・保護者のほか教師、雇主等列席している関係者にも分かりやすく伝え、円滑に執行に移れるような配慮をすべき」とされる⁵⁹⁾。

また、決定書において決定理由が記載されなければならないが(少年審判規則2条3項)、少年の納得、抗告審の審査の便宜、執行機関の処遇指針決定のためにも、処遇選択の理由が示されるべきとされる⁶⁰⁾。この場合、

家庭裁判所が少年の要保護性に関し証拠資料に基づいて処遇決定上とくに重要なものとして認定した事実・問題点を指摘したうえ、これに基づいて当該処遇方法を選択決定した理由を示すのが通例であるという。詳細な記載例としては、少年の幼児からの生育状況、心身の状況、家庭、学校等の環境、本人の性格形成の過程、最近の環境との関係で本件非行に至った原因、問題点、本人の人格の犯罪危険性の内容、程度、家庭や保護者の監護能力と本人の非行及び再非行を防止するための処遇の必要性、可能性、具体的処遇選択の理由、などが示されることになる。もっとも、実務上、保護観察決定、とくに交通事故においては、「少年の前期認定の非行の態様並びに本件調査記録に現れた少年の性格、環境等にかんがみ、相当期間保護観察に付することが、少年の健全な育成を期する上で必要と認める」という程度の簡略な記載ですませているという⁶¹⁾。

このように、実務上、決定書における処遇決定の理由記載については、とくに少年院送致決定の場合には相当詳細に行われることが通例であるものの、保護観察決定の場合には簡略にすまされ、審判不開始・不処分決定の場合には、非行事実不存在を理由とするときのぞき、きわめて簡略化されている。また、決定の言渡しについて保護処分決定の場合には、少年、保護者その他の関係者がその内容を理解できるよう懇切な説明が必要とされている。

3 本来、家庭裁判所は、保護処分、不処分、審判不開始など刑事処分以外の処遇決定を行う場合でも、処遇決定理由を説得的に説明しなければならない。この理由説明は、保護処分決定や保護的措置をとる審判不開始・不処分決定の場合には、その保護処分または保護的措置が少年の教育手段として必要・有効であることについて、それ以外の場合には、教育機能の観点から単純な審判不開始・不処分ですむることについて、なされることになるであろう。もちろん、いずれの場合にも、非行事実の不存在を理由とするときは、そのことについて理由説明されることになる。

とりわけ保護処分決定においては、説得的な理由が示されなければなら

ない。処遇決定理由の説明は、適正な判断のための手続保障として、少年の適正手続の要請である。とくに、保護処分決定の場合には、少年の抗告権行使に関する判断の機会を保障するためにも必要不可欠である。また、その保護処分が教育手段として必要・有効なことが処遇決定の理由として説得的に示されないとき、少年や保護者などの理解と納得を得ることは困難であり、教育機能も十分期待できないであろう。非行克服プロセスにおける少年の主体性の尊重という趣旨に反するのである。現在の実務においては、少年院送致決定の場合のように、このような要請を満した処遇決定の理由説明がなされている場合もあり、なされていない場合でも、それが不可能だからではなく、むしろ不必要と考えられているからのようである。

かくして、少年法20条2項は、その少年の教育手段として保護処分その他刑事処分以外の措置が必要・有効であることについて、社会感情の厳しさや刑事処分要求の強さにも配慮しつつ、処遇決定理由を説得的に説明するよう家庭裁判所に要求した規定であると理解したとき、家庭裁判所はこの意味の説明責任を果たすことが可能である。したがって、説明責任規定との理解は、調査(少年法20条2項)または審判(同23条1項)の結果、「刑事処分以外の措置を相当と認めるときは、この限りではない」との文言に反することもない。

なお、少年法20条2項の「前項の規定にかかわらず」という文言についても、同条1項における「例外逆送」を「原則逆送」に転換する意味としてではなく、同条2項のあげる非行事件について家庭裁判所が、社会感情の厳しさや刑事処分要求の強さにも配慮して処遇決定理由を説得的に説明する責任を負うべきことを特別に定めた趣旨として理解することが可能である。

4 他方、現行実務において一般に、家庭裁判所が検察官送致決定を行う場合、「刑事処分相当性に関する判断は、典型的に明白な場合以外は、……判断の前提とした要素も含めて具体的に記載すべきである」とされて

いる⁶²⁾。上述のように検察官送致決定について少年の適正手続が保障されるべきであり、合衆国最高裁判所ケント判決も指摘したように、決定理由の告知は適正手続の不可欠の要素であることからすれば、またさらに、調布事件の最高裁判所判決が判示したように、検察官送致決定は少年にとって保護処分決定にもまして「不利益な処分」の決定であることにかんがみれば、刑事処分相当との判断については十分説得的な理由が示されなければならない。

このことは、少年法20条2項を説明責任規定として理解した場合でも、ならん影響を受けない。すなわち、家庭裁判所が刑事処分以外の措置を決定する場合には、説明責任規定としての少年法20条2項により、処遇決定理由について説得的説明の責任を課されているが、一般に刑事処分相当・検察官送致を決定する場合には、その少年の教育手段として刑事処分こそが必要・有効であることについて、相対的に厳しい適正手続の要請を満たすだけの処遇決定理由の説得的説明をしなければならない。

5 2000年改正法により、少年法31条の2は、犯罪少年・触法少年の事件について、被害者等からの申出があるときは、「少年の健全な育成を妨げるおそれがあり相当でない」と認められる」場合を除き、家庭裁判所が、少年およびその法定代理人の氏名・住所、決定の年月日、主文および理由の要旨、を通知することを定めている。家庭裁判所が刑事処分相当・検察官送致の決定をした場合と同様、刑事処分以外の措置を決定した場合にも、もちろん被害者等は、少年法31条の2に基づく通知を通じて、その処遇決定理由の要旨を知ることが可能である。少年法20条の2項を家庭裁判所の説明責任規定として理解するとき、家庭裁判所はその趣旨にかんがみて、少年や他の関係者の名誉・プライバシーに慎重に配慮しつつ、少年審判の非公開（少年法22条2項）の趣旨を損なわない限りにおいて、被害者等に対して処遇決定理由を詳しく通知すべきであろう。

また、同様の配慮と限界の下、なんらかの形で市民が処遇決定理由にアクセスする方法も考えられるべきであろう。この場合には、少年法31条の

2による被害者等への通知の場合と異なり、少年の氏名、住所その他本人を特定可能な事実は決して公開されてはならない。本来、少年の本人特定事実は、市民一般の正当な関心事という意味の公共的事実にはあらず、少年の名誉・プライバシー保護を理由にその公表を制限したとしても、それが市民の知る権利の不当な制約になるわけではない⁶³⁾。

6 少年法20条2項を「原則逆送」規定とする見解においても、全受理事件について調査すべき旨定める少年法8条の適用が排除されないうえに、ただし書に定められた「例外」的判断を「調査の結果」として行う必要があることから、「原則逆送」事件についても社会調査を行ったうえで検察官送致を決定しなければならないと考えられてきた⁶⁴⁾。また、検察官送致決定がなされ少年の事件が刑事手続に付された場合でも、少年法50条によって、少年の人格と環境の両面にわたる人間行動科学的調査(少年法9条)を十分活用した審理が要求されているから、家庭裁判所における社会調査は必要かつ重要である⁶⁵⁾。

もっとも、実際の運用のなかでは、「原則逆送」事件たる強盗殺人事件について、少年が殺人故意を否認していた場合であったが、家庭裁判所調査官の社会調査を行うことなく検察官送致決定がなされた事例が報告されている⁶⁶⁾。また、「原則逆送」規定の下では、社会調査が形式化し、社会的影響や許容度に関する規範的判断が組み込まれることになり、それによって家庭裁判所調査官と少年との信頼関係が破壊され、家庭裁判所調査官の能力と意識が低下するなどの危惧も提示されている⁶⁷⁾。少年法20条2項が「原則逆送」規定として運用される限り、このような危惧が示されるのも理由のあることである。

少年法20条2項を説明責任規定として理解したとき、16歳以上の少年の故意犯罪による被害者死亡事件については、まさに家庭裁判所がこの説明責任を果たすために、いっそう充実した社会調査が必要とされるであろう。充実した社会調査なくして、家庭裁判所がその説明責任を果たすことは不可能である。そのような充実した社会調査を尽くしたうえで、なおその少

年の教育手段として刑事処分こそが必要・有効と認められる場合に限り、刑事処分相当として検察官送致決定が可能なのである。

6 結 語

1 以上のように、少年法20条2項は「原則逆送」規定ではなく、家庭裁判所の説明責任規定として理解されるべきである。このような理解は、たしかに、16歳以上の少年の故意犯罪による被害者死亡事件についての社会感情の厳しさ、とくに刑事処分要求の強さという社会的現実に基づくものであった。しかし、社会的現実としての社会感情は、決して不変の固定的なものとして捉えるべきではないように思われる。家庭裁判所が説明責任を果たすことは、家庭裁判所の教育機能に対する市民の理解・信頼を形成し、それにともない社会感情を和らげ、刑事処分要求を緩めることに寄与するであろう。このことによって、少年司法の教育機能がいっそう促進されるための社会的基盤を提供するのである。

最近、刑事法における「国民の期待」への応答という広い文脈のなかで、少年司法の制度・実務に対する社会的理解・信頼を強調する傾向がみられる。「少年司法制度といえども、被害者や国民一般の理解を得ることなくしては成り立たないものである以上、罪刑均衡や一般予防の観点を、そこから一律に排除することはできない」とも論じられている⁶⁸⁾。しかし、このような理論的立場は、結局、少年司法の教育機能の形骸化へとつながる。そのことは、社会防衛の要請を組み込んだ「保護不適」の推定による「原則逆送」規定として少年法20条2項を理解するとき、最も顕著に現れる。少年の成長発達権の保障という趣旨に反する所以である。

2 他方、社会防衛の要請を理由にして少年に対する刑事処分適用を拡大したとしても、それが少年の重大非行の一般抑止において効果的であるとはいえず、また、特別抑止効果についても、かえって再犯状況を悪化させる結果になるであろう。

アメリカの経験科学的実証研究によれば、少年に対する刑罰は一般抑止効果を有しないだけでなく、事後の再犯状況をかえって悪化させることが明らかにされている。これらの先行実証研究をレビューしたうえで、ドナ・ピショップとチャールズ・フレイザーは、刑事司法による扱いには特別抑止効果が存在しないか、せいぜい一部犯罪についての限定的なものでしかないこと、強盗、傷害など重大犯罪については、刑事司法による扱いの方が再逮捕率が高く、再逮捕時期が早く、施設再収容率も高いこと、が明らかであると結論づけた。少年に対する刑事責任追及は「逆効果」を生むというのである。このような否定的効果は、刑事処分の種類や期間にかかわらず、刑事司法により扱われるか、少年司法により扱われるかの違い自体から生じるのであって、成人として成人用刑事施設収容の刑罰が現実に科されることによって、再犯可能性がさらに増大する。ピショップとフレイザーは、刑事司法における高い再犯率の理由について、刑事手続における事件処理の実務に関連して少年が不公正であるとの感覚を強めること、否定的恥辱の付与(negative shaming)、犯罪傾向的社会化の機会、暴力の社会的学習など、成人用刑事施設の収容にともなう犯罪傾向を強化する効果、刑事有罪判決の社会的烙印効果の強さ、刑事有罪判決後の社会的機会の大きな剥奪、をあげている。これらが、少年の社会的再統合を強く阻害するというのである⁶⁹⁾。また、ジェフリー・フェーガンは、刑事司法による扱い、とりわけ成人用刑事施設への収容が少年の発達プロセスを阻害する有害効果を有しており、そのことが再犯状況の相対的悪さに関連していることを論じている。さらに、少年の刑事責任追及にともなう経済的不利益と資格剥奪が、少年から実効的社会参加の機会を奪い、その社会的再統合を阻害する効果を有することを指摘している⁷⁰⁾。

また、最近の犯罪社会学的研究によれば、日本における成人犯罪の少なさは、少年法の下で非行少年として処遇を受けた者に対して、1960年代以降の順調な経済発展のなかで、安定した就業機会その他実効的社会参加の機会がうまく保障されてきたことに起因するのであって、そのことは、苛

酷な社会的排除ではなく、社会的再統合を指向してきた少年法の成果でもあるとされている⁷¹⁾。

少年司法に対する社会的理解・信頼の形成から、社会防衛機能を媒介として少年に対する刑事処分適用の拡大を導くことは、たんなる「犯罪不安」の解消ではない、犯罪抑止の現実的效果に着目する限り、かえって否定効果を生むのである。むしろ長期的には、少年司法に対する社会的理解・信頼をも衰退させることになるのではないか。厳罰政策に深く傾斜したアメリカ少年司法が、このようなディレンマに陥っていたことを想起すべきである。少年の主体的非行克服を援助することによって、その社会的再統合を促進することこそが、現実的な犯罪抑止に寄与するであろう。それを可能にするのが、少年司法の教育機能の強化である。

3 上述のように、現行の検察官送致制度は、その少年の教育手段として刑事処分が必要・有効である場合が「希有であるものの皆無ではない」という前提に基づいているように理解される。とはいえ、そのような場合を現実的・具体的に想定することはきわめて困難である。公開・対審の刑事手続を通じて犯罪行為に対する法的非難としての刑事責任を確定し、それに基づく法的制裁としての刑罰を科すという刑事処分の基本性格は、少年の成長発達に向けての主体的非行克服援助としての教育機能とも、少年の自由な自己表現をとまなう手続参加の確保を本質とする適正手続とも、本質的矛盾をはらむからである。

家庭裁判所の教育機能に対する市民の理解・信頼が深まるにつれて、あるいは被害者救済・支援のためのあらゆる法的・社会的システムが整備されるにつれて、刑事処分が少年の教育手段として必要・有効とされる場合はますます希有になるであろう。そのとき、刑事処分相当・検察官送致の制度は存在意義を失う。本来目指すべきは、この方向である⁷²⁾。

1) アメリカの最近の動向について、Patricia Torbet et al., State Response to Serious and Violent Juvenile Crime 4 (Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention) (1996); Patrick Griffin et al., Trying Juveniles as Adults in Criminal Court: An Analysis of State

Transfer Provisions 3-7 (Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention) (1998). 斉藤豊治「アメリカの少年司法」季刊刑事弁護10号(1997年)は、厳罰政策に基づく少年の刑事責任追及の積極化傾向に批判的である。

- 2) 日本弁護士連合会編『検証少年犯罪』(日本評論社・2002年)、家庭裁判所書記官研究所『重大少年事件の実証的研究』(2001年)を参照。
- 3) とくに元家裁調査官によるものとして、浅川道夫『ここを育てる 少年事件と親、教師』(かもがわ出版・2000年)35頁以下、同『少年犯罪と子育て 元家裁調査官からの直言』(柏書房・2001年)82頁以下、同『最近の一連の非行について 家裁調査官の経験から』(団藤重光=村井敏邦=斉藤豊治他『「改正」少年法を批判する』(日本評論社・2000年)など参照。また、弁護士附添人の経験に基づくものとして、野口善国『それでも少年を罰しますか』(共同通信社・1998年)を参照。
- 4) 葛野尋之「厳罰指向の少年法改正・批判」犯罪と刑罰14号(2000年)、同『経験科学と刑事立法 国民の期待』への応答をめぐって 立命館法学273号(2001年)、同『少年法の展望 少年法における規範意識と責任』犯罪と刑罰15号(2002年)を参照。
- 5) 第150回国会衆議院法務委員会・杉浦正健議員答弁(2000年10月10日)(衆議院法務委員会議事録2号10頁)。
- 6) 「座談会・変わる現場で求められる少年事件弁護のあり方」季刊刑事弁護29号33頁(2002年)。
- 7) 甲斐行夫=入江猛=飯島泰=加藤俊治「少年法の一部を改正する法律の解説(二)」法曹時報53巻5号36頁(2001年)。甲斐行夫=入江猛=飯島泰=加藤俊治『Q & A・改正少年法』(有斐閣・2001年)30頁以下も参照。
- 8) 第150回国会衆議院法務委員会・松浪健四郎議員答弁(2000年10月20日)(衆議院法務委員会議事録5号36頁)。
- 9) 甲斐行夫他・註9 注釈47頁。
- 10) 田宮裕=廣瀬健二編『注釈少年法(改訂版)』188-189頁。
- 11) 田宮裕=廣瀬健二編・註10書181-182頁。
- 12) 田宮裕=廣瀬健二編・註10書183頁。
- 13) 安藤正博「処分選択の原理」平野龍一編集代表『講座「少年保護」2・少年法と少年審判』(大成出版・1982年)252-253頁。
- 14) 田宮裕編『条文解説・少年法』(有斐閣・1986年)127頁(廣瀬健二)。
- 15) 大森政輔「検察官送致決定の実質的要件」別冊判例タイムズ6号188頁(1979年)。
- 16) 田宮裕=廣瀬健二編・註10書185頁。
- 17) 丸山雅夫「少年法20条における『刑事処分相当性』」産大法学34巻3号329号(2000年)。
- 18) 少年司法における教育機能と司法機能の意味、関係などについて、守屋克彦「少年審判における司法機能と福祉機能」同『少年の非行と教育』(勤草書房・1977年)を参照。
- 19) 渡邊一弘「少年審判における刑事処分相当判断に関する実証的研究」専修法研論集28号(2001年)。
- 20) 堺事件について、三島聡「事件・裁判の概要」・「責任能力」、葛野尋之「少年の刑事手

- 続と少年事件報道」, 石塚伸一「薬物依存症と少年非行」法学セミナー551号（2000年）, 金井塚康弘「堺シンナー事件」団藤重光他・註3書を参照。
- 21) 団藤重光 = 森田宗一『新版少年法（第二版）』（有斐閣・1984年）182頁。
 - 22) 大森政輔「少年に対する刑罰処遇について」家庭裁判月報28巻4号13-14頁（1976年）。
 - 23) 団藤重光 = 森田宗一・註21書182頁。
 - 24) 丸山雅夫・註17論文324-325頁。丸山雅夫は「保護不適」の内容として一般抑止的要請のみをあげるが、応報主義的要請も含まれるであろう。少年司法の社会防衛機能を独自に観念するとき、それはこれら二つの要請から構成される広く社会秩序維持機能として理解されるべきものである（本書序章第3節1（2）を参照）。
 - 25) 澤登俊雄「少年審判における処分決定の基準」『福田平 = 大塚仁古稀祝賀論文集』（有斐閣・1993年）735-736頁。
 - 26) 澤登俊雄『入門少年法（第2版）』（有斐閣・2001年）184-185頁。
 - 27) この点について、後藤弘子「少年法の理念と社会感情」『澤登俊雄古稀祝賀論文集』（現代人文社・2000年）は、「応報感情」や「処罰感情」に代表される被害者感情を含む「社会感情」の重要性を強調したうえで、それに応答するような逆送制度の運用を提起しつつ、澤登俊雄の見解を紹介・検討している。
 - 28) 澤登俊雄『犯罪者処遇制度論（上）』（大成出版・1975年）106頁。
 - 29) 内藤文質「刑事処分が保護処分か」家庭裁判月報2巻12号（1950年）。
 - 30) 岩井宜子「保護処分と刑事処分の関係について」家庭裁判月報32巻12号7-8頁, 19頁（1980年）。
 - 31) 菊田幸一『少年法概説』（有斐閣・1980年）182頁。覚正豊和「刑事処分と保護処分の限界 少年法の原点をもとめて」法と秩序88号19頁（1986年）は、「保護不適」をも含める通説的見解について、「『刑事司法の基礎である正義の感情に著しくもとるとき』とは司法判断が優先することに他ならず、また一般予防見地からの判断が強く加味されるものとなり、少年法の理念である福祉および教育を大きく見失うものではあるまいか」としている。
 - 32) 村井敏邦『刑事訴訟法』（日本評論社・1996年）180頁以下。
 - 33) 澤登俊雄・註25論文731頁。
 - 34) 岩井宜子・註30論文21頁を参照。
 - 35) 葛野尋之「少年司法における『保護』理念の再構築に向けて アメリカ少年司法の教訓から」刑法雑誌36巻3号（1997年）, 同・註4論文（犯罪と刑罰15号）129頁以下を参照。
 - 36) 子どもの成長発達権については、福田雅章「少年法の拡散現象と少年の人権」刑法雑誌27巻1号（1985年）, 山口直也「子どもの成長発達権と少年法61条の意義」山梨学院大学法学論集48号（2001年）, 服部朗「成長発達権の生成」愛知学院大学法学研究44巻1-2号（2002年）を参照。福田雅章「子どもの人権と少年法改正」刑法雑誌39巻3号（2000年）は、子どもの成長発達権の中核に人間関係形成の権利としての意見表明権（子どもの権利条約12条）を位置づける。
 - 37) 葛野尋之・註4論文（犯罪と刑罰15号）119頁以下。

- 38) 村井敬邦 = 葛野尋之「少年事件研究会レポート・浦安暴走族乱闘事件(2)」法律時報 64巻7号(1992年)(葛野尋之)。澤登俊雄・註26書108頁は、「少年の要保護性を判断するために、非行発生のメカニズムを知ることが重要であることによる」とする。
- 39) 斉藤豊治『少年法研究1・適正手続と誤判救済』(成文堂・1997年)120-121頁。
- 40) 多田元「少年審判における付添人の役割」加藤幸雄 = 野田正人 = 赤羽忠之編『司法福祉の焦点』(ミネルヴァ書房・1994年)87頁。
- 41) 吉岡一男「正義感情の考慮」少年法判例百選127頁(1996年)は、東京家庭裁判所1961年3月22日決定について、「『刑事司法の基礎をなす正義の感情』は、裁判官が一方的に押しつけるものでもなく、また、単なる社会の側からの報復・応報感情でもない。犯罪を行った少年本人にとっても、自己の責任の取り方として刑事手続・刑事処分の必要性が納得できるべきものである。罪質と情状についての本決定の表示はこれを目指す。少年の健全育成を期した検察官送致決定とは、……重大な犯罪を行った少年の場合に(年少者を除き)刑事裁判の場で自己の犯罪行為とその責任を見直す機会を与えるものと理解できる」と論じている。
- 42) 死刑一般について本来、人間の尊厳の前提的基盤としての生命の剥奪という点においても、人間が自律的人格主体としてその尊厳を尊重されるがゆえに当然に保障されるべき自律的人格発達の可能性を完全排除する点においても、人間の尊厳の尊重という人権理念(憲法13条)それ自体との決定的矛盾があるというべきである。この点について、葛野尋之「死刑廃止 共に生きる社会のために」法学セミナー41巻10号(1996年)。船山泰範「少年犯罪『報道』の視座 少年法51条を手がかりに」法経研究29巻2号(1993年)は、少年法51条が死刑廃止への思想的契機を内包していると論じる。
- 43) 葛野尋之「刑事裁判の公開と少年審判の非公開 少年の適正手続としての審判非公開」『澤登俊雄先生古稀祝賀論文集』(現代人文社・2000年)、同「刑事手続への実効的参加と少年の公開刑事裁判 パルジャー事件裁判に関するヨーロッパ人権裁判所判決の意義」『光藤景皎先生古稀祝賀論文集(下)』(成文堂・2001年)。
- 44) 正木祐史「逆送規定の合憲性(2)・(完)」一橋研究22巻3号87頁(1997年)。
- 45) 斉藤豊治・註38書242頁以下は、憲法39条の二重危険禁止の保障は少年審判の非行事実認定手続にも及ぶとしたうえで、合理的疑いを超える程度の証明による非行事実の認定のため、審判において保護処分決定におけるのと同様な事実認定手続と証拠調べを行った後に検察官送致決定をすることは、刑事公判における新たな証拠調べが予定される以上、二重危険禁止の保障に反するとする。
- 46) 守屋克彦「少年法の改正と運用上の課題」法律時報73巻4号42-43頁は、検察官送致決定に対する少年の防御権保障の必要性を指摘したうえで、少年に付添人がいない場合の国選付添人選任に関する立法が必要であり、さしあたりの運用においても法律扶助協会の扶助適用による付添人援助の機会の確実な保障を行うべきとする。
- 47) Kent v. United States, 383 U. S. 541 (1966)。本書第6章第2節4を参照。
- 48) 葛野尋之「少年司法における不利益変更禁止原則」法政研究2巻2号(1997年)。
- 49) 最高裁判所1997年9月18日判決・刑集51巻8号571頁。判例解説として、鈴木茂嗣「少年保護事件と不利益変更の禁止」『少年法判例百選』(1998年)を参照。

- 50) 正木祐史・註44論文85頁。
- 51) この場合、家庭裁判所は検察官送致決定において、その前提として蓋然的心証により認定した非行事実を明示しなければならないであろう。
- 52) 川出敏裕「逆送規定の改正」現代刑事法24号58-59頁（2001年）。田宮裕＝廣瀬健二編・註10書181-182頁も、被害者を含む社会的理解・信頼を形成し確保するために、刑事処分相当性を判断するにあたり、「真に重大・凶悪な犯罪に対してそれと釣り合いのとれた厳しい対処は被害感情や社会感情の満足……に有効」であることに配慮すべきとする。酒巻匡「少年法の一部を改正する法律（下）」法学教室249号79頁も、「結果が重大な犯罪類型を取り出して原則逆送を明示した立法者には、個々の少年の健全育成・改善更生ではなく、罪刑の均衡・犯罪時の責任の程度・一般予防の観点からの逆送・刑事処分の拡大を求める意図があることは否定できない」と論じている。
- 53) 酒巻匡・註52論文79頁。
- 54) 川出敏裕・註52論文58頁。
- 55) 葛野尋之・註4論文（犯罪と刑罰15号）130頁以下。
- 56) 朝日新聞2000年9月29日夕刊（西部版）。
- 57) 守屋克彦・註46論文43-44頁は、少年法20条2項を「従来『保護不適』として多く20条1項の対象とされた主要な非行の構成要件的な類型を掲げることにより、家庭裁判所の検察官送致に関する裁量の範囲をひとまず制限しようとする目的」による「原則逆送」規定と理解したうえで、その趣旨について説明責任のコンセプトを用いながら、「改正法は『刑事処分以外の措置を相当と認める』場合を検察官送致の例外とする。このような規定の趣旨は、例外に当たることとすることについて、教育的な処遇方針が適切かつ有効であることを明確にするように求めていると理解される。今日のような、被害者を含む地域社会の少年非行に対する関心を考えて、立法者は、例外的な措置を講じたこと理由について、家庭裁判所に一種の説明責任を期待しているものと予想される」と論じている。守屋克彦の見解において「原則逆送」規定として理解される限り、家庭裁判所がここにいわれる説明責任を果たしえないときには、刑事処分相当・検察官送致が決定されることになるであろう。この点において、本書の提示した説明責任規定との理解とは異なっている。また、前野育三「少年に対する厳罰化要求と『改正』少年法」法と政治52巻1号24頁以下（2001年）は、「少年の教育と福祉の法として機能してきた」少年法が再犯防止上も効果的であったことを指摘する一方、「犯罪を行う少年の多くは、生育環境に恵まれず、十分な情緒の発達を得られなかった少年である。そのような少年を処罰することで、社会的な不正を少年にいっそう強く印象づけることは、少年の立ち直りの道をふさいでしまう」としたうえで、「人の死を伴う故意事件についても、最終的には裁判官の裁量にかかっている。保護処分の方が有効と思われるケース（死亡を伴う事件についても多くはそうであろう）については、勇気を持って保護処分を選択して欲しい。改正法のもとで、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪について、保護処分を行おうとすれば、理由を説明することが必要になるであろうけれども、保護処分の方が有効と思われる理由をきっちり説明して、保護処分を選択して欲しい」と論じていた。なお、葛野尋之の「『改正』少年法と少年事件弁護の課題」季刊刑事弁護29号27頁（2002年）もほぼ同旨である。本書の説明責任規定と

しての理解は、これら守屋克彦、前野育三の見解から多くの示唆を得た。

- 58) 田宮裕 = 廣瀬健二編・註10書178・238-239頁。
- 59) 田宮裕 = 廣瀬健二編・註10書266-267頁。
- 60) 田宮裕 = 廣瀬健二編・註10書269頁。
- 61) 中村護「少年審判における行為と人格 決定書と関連して」家庭裁判月報31巻4号29-30頁(1979年)。
- 62) 田宮裕 = 廣瀬健二編・註10書192頁。
- 63) 葛野尋之「犯罪報道の公共性と少年事件報道」立命館法学271 = 272号(上)(2001年)。
- 64) 甲斐行夫他・註7注釈41頁,川出敏裕・註51論文57頁,守屋克彦・註45論文43頁など。
- 65) 田宮裕 = 廣瀬健二編・註10書189頁は、「少年に対する最適な処遇を選択するには十分な調査が必要であることはいうまでもないうえ,重大凶悪な事件であれば,少年自身,心身に根深い問題を抱えている場合も珍しくない。まさに科学調査の有効性・調査官の専門性が発揮されるべき場面といえよう。そして,検察官送致とされたとしても,調査結果は,刑事事件担当裁判所による量刑判断においても重要な資料となるのみならず,55条による移送の可能性も留保されている(特に年中少年の場合には検討の余地が大きいであろう)」と論じている。
- 66) 井上洋子『『改正』少年法下における少年審判の変化』季刊刑事弁護29号47頁(2002年)。
- 67) 岡田行雄「少年事件調査制度と子どもの権利保障」子どもの権利研究創刊号51-52頁(2002年)。
- 68) 川出敏裕・註52論文59頁。
- 69) Bishop and Frazier, Consequences of Transfer, in Jeffrey Fagan and Franklin E. Zimring (eds.), *The Changing Borders of Juvenile Justice* 261, 264-265 (2000).
- 70) Fagan, *This Will Hurt Me More Than It Hurt You: Social and Legal Consequences of Criminalizing Delinquency*, 16 *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy* 1, 32-39 (2002).
- 71) 原田豊「少年非行と大人の犯罪」矢島正見編著『生活問題の社会学(新版)』(学文社・2001年), 広田照幸「青少年の凶悪化 言説の再検討」同『教育言説の歴史社会学』(名古屋大学出版会・2001年)332頁以下。
- 72) 新潟家庭裁判所判事補の入江正信は、「少年法第20条に(ママ)規定について,永久絶対的な存在意義をもつものではなく現実との妥協において暫定的に存在するものであり,この規定は「少年法の理念に逆行するものであって,少年保護の体系が未完成の段階にある現在仮りに(ママ)存在の意義が認められるとしても,将来抹殺されるべきものであると確信する」としたうえで,「私にはどのような場合に刑罰が最も有力な保護手段と認められるのか理解できない。……当該少年について全く保護手段が見出されない場合や国民感情の問題については,将来解消されてゆく性質のものであるし又そうあらねばならないと思っている。即ち,国民感情の問題は,一般国民をして少年法制の何たるかを認識せしめ,少年犯罪者に対して刑罰をもつて臨むことの非を悟らしむべきである。保護手段の問題については牧野博士が代弁してくれるであろう。博士は,……『現在の施設にかかる保護処分がその特殊な少年犯罪人を処遇するに適當でないということになるならば,その現

少年法における検察官送致決定の意義（葛野）

在の施設に改良を施すべきことが、問題の要点になるものではなかろうか。』と結論されるのである。……少年法第20条の存在意義を強調することは理想に逆行するに基だしい」と論じ、少年法の理想が刑事処分相当・検察官送致制度の廃止にあることを説いた（入江正信「少年保護事件における若干の法律問題」家庭裁判月報5巻7号9-11頁（1953年）。