

少年刑事被告人の刑事裁判の あり方に関する一考察

山口直也*

目次

- 1 問題意識の提示
- 2 刑事訴訟目的の再構成
- 3 少年刑事被告人の刑事裁判のあり方
- 4 少年法55条の移送のあり方
- 5 少年調査記録（社会記録）の扱いのあり方
- 6 結 び

1 問題意識の提示

刑事訴訟における一方当事者が被告人であることは疑いがない。そして、被告人が、公判手続において憲法上の権利主体として、適正手続の保障の中で公平かつ公正な裁判を受ける権利を有することを否定する者はいないだろう。また捜査段階においては、被疑者としての権利が保障され、権利行使ができることを否定する者もないだろう。その前提として、ここで想定されている人間像は、おそらく合理的・理性的判断主体としての被疑者・被告人であり、捜査段階、訴追段階、公判段階及び処遇段階で、弁護人の援助を受けるにしても、最終的には自己決定できる権利主体であるということのようである。

しかし、これは成人の自己決定権を前提になされてきた議論であるよう

* やまぐち・なおや 立命館大学教授

に思われてならない。いまだ成長発達の途上にあり、成長過程において過ち(非行あるいは犯罪)に陥った非行少年(犯罪少年)を第1次的に少年保護手続にゆだね、ごく例外的に刑事手続に付することを認めたとわが国の司法手続は、当該少年を成人同様の完全な自己決定主体として扱っているわけではない¹⁾。

少年司法手続においては、少年の健全育成、情操保護のために審判を非公開にしたり、非行少年の推知報道を禁止したりしたうえで、裁判官、調査官、付添人等が教育的な働きかけを行って少年の立ち直りをサポートしている。ここでは少年本人の意向を抑えてでもパターンリスティックな介入はある程度予定されていると言ってよい。とりもなおさず、少年という存在そのものが、未成熟で成長途上の人間であるからである。誤解をおそれずに言えば、ここで想定されている人間像は、典型的に合理的・理性的判断に欠ける側面を有する(それゆえに過ちを犯すと考えられている)主体であり、刑事手続で前提とされる人間像とは本質的に異なるのである(もちろん、本稿も少年の権利主体性自体を否定するものではない)²⁾。にもかかわらず、少年法20条で逆送されて刑事裁判に付されたら、合理的・理性的判断主体としての成人と擬制されるのか。より正確に述べるならば、刑事手続で前提とされる適正手続保障を中心にした権利保障はそのまま少年刑事被告人に適用されるのか。あるいは何らかの修正がされるとしても、刑事手続における成人の権利保障を前提にした配慮がなされるだけなのか。この点に本稿の根本的な問題意識がある。確かに、諸外国においては、刑事裁判に付されたら成人と擬制する制度はある³⁾。しかし、わが国の少年

1) もし成人同じ自己決定主体であるとするならば、子どもの権利論自体を論じる意義はごく小さいものになろう。また、国連子どもの権利条約が誕生する意味もないし、それが全世界規模で批准される意義も小さいものにもなろう。

2) 自己決定権の権利主体性にはくみできない。なお、本稿では、「子ども」という文言と「少年」という文言を混在させて使用しているが、両者の概念に特に差異があるわけではない。特に少年司法領域において、少年という文言を使用しているに過ぎない。

3) 例えば、アメリカの少年司法制度では、一度刑事裁判所に移送されて有罪を認定され

法、刑事訴訟法はそのような前提をとっておらず、逆送後の少年についても、少年法1条の健全育成の目的は及ぶとしているし、少年法55条を通じて、両司法手続は循環的に運用されているのである。

この点について本稿では、そもそも権利主体として、本質的に異なる扱いを受けるべき少年は、刑事手続の中でも特有の権利行使主体として特別の地位を与えられなければならないのではないかと考える。

国連子どもの権利条約の批准を通じて、わが国の司法手続の中でも、子どもの権利論が意識される中、特に刑事手続についてはその位置づけが明確でなかったように思われる。裁判員裁判がスタートして、一般市民である裁判員も少年刑事被告人の保護処分相当性（刑事処分相当性）を公判で検討しなければならない状況に直面することとなった。少年刑事被告人の公判での法的地位を再検討するにはよい機会でもある。

そこで、以下では、第1に、刑事訴訟の目的論との関係で少年刑事被告人を刑事裁判に付する意味を捉え直してみたい。従来、刑事訴訟法1条に規定された目的規定を中心にわが国の刑事訴訟目的は論じられてきた。ここでは、合理的判断に基づいて権利行使ができる成人の被疑者・被告人が基本的には念頭に置かれ、その者に対する適正手続の保障と実体的真実発見の調和が議論の中心にあった。その中では、本来的に法が予定している少年法55条との連関、すなわち刑事手続と保護手続の相互循環性はあまり意識されてこなかった。おそらく少年刑事被告人はごく少数で刑事訴訟のメインではないということが起因していたのだろう。しかし、子どもが憲法上の独自の権利主体であることが明確に確認されている現在、少年刑事被告人・被疑者の刑事事件もまたメインであるはずである。このような観点から、刑事訴訟目的論を再考してみたい。

第2に、そのうえで、少年被疑者・被告人の法的地位を刑事司法手続の中でどのように位置づけ、そしてどのように扱えばよいのか。この点が本

た場合には、事後の刑法違反行為（未成年時）の法管轄権は原則として刑事裁判所が有することになる（once an adult always system）。See, e.g. Fla. Stat. § 985.556 (2010).

稿において検討したいもう一つの問題である。特に、少年法20条によって、通常逆送、原則逆送された少年刑事被告人が、公開の裁判員裁判の中で裁かれることが、少年の関係論的成長発達権(=重要な他者との人間関係を紡ぎながら成長発達していく権利)⁴⁾の観点からどのような問題を有するのか。その問題を克服するためにどのような手法が考えられるのか。これらについて、刑事裁判の公開原則の見直し、少年法55条移送の実質化、そして、少年刑事被告人の刑事公判における社会記録の扱い方を中心に検討してみたい。

2 刑事訴訟目的の再構成

(1) 刑事訴訟の目的

刑事訴訟の目的は実体的真実の追究と被疑者・被告人の人権保障であるとされてきた。そしてそれは、わが国の場合、刑法1条において、事案の真相の解明と人権保障の2つが掲げられており、その何れかに重きを置くことによって、積極的実体的真実主義(必罰主義)と消極的実体的真実主義(無辜の不処罰主義)との対立を生んできたように思われる。また、これらはいずれも未成年である少年刑事被告人を特に意識することなく、刑事手続に付される者に等しく適用される原理であると考えられてきた。

しかしながら、国連子どもの権利条約が国内法としての意味を持つ現在、本稿の立場で言えば、後に3(1)で触れるように、子ども(=少年)は関係論的成長発達権を有する。ゆえに、少年刑事被告人には、同権利に配慮し

4) 本稿では、子どもの成長発達権について詳しく論じる余裕はないが、この点についてはすでに別稿で論じているのでそちらを参照してほしい。拙稿「子どもの成長発達権と少年法61条の意義」『法学論集』48号(2001年)75-110頁(特に87-92頁)(以下、拙稿とする)、同「関係的権利としての子どもの成長発達権 国連子どもの権利条約の今日的意義」水谷規男・上田信太郎・山口直也・本庄武編『刑事法における人権の諸相(福田雅章先生古稀祝賀論文集)』(2010年)153-180頁(以下、拙稿とする)。

た扱いがなされなければならない、それは刑事訴訟の目的自体にも組み込まれていなければならないはずなのである。

以下では、従来の刑事訴訟目的論を振り返ったうえで、子ども期に固有の権利を有する少年刑事被告人をも射程に置く刑事訴訟の目的が、どのように再構成される得るかを検討し、その観点から刑訴法1条の解釈論を展開したい。

まず従来から検討されてきた刑事訴訟目的論について検討しておきたい。これについては、すでに先行研究において、おおむね3つのカテゴリーに分けて論じられてきている⁵⁾。

第1に実体的真実追求型である。この考え方は、判決を裁判官が正当な法発見方法に基づいて下した真実の確定として理解し、刑事訴訟の目的自体も実体刑法の実現と法理の関係にあるとする⁶⁾。基本的に実体刑法を優位に位置づける考え方であり、わが国の刑訴法1条に引きつけて言えば、「刑事訴訟とは刑罰権を実現する手続であり、「事案の真相を明らかにする」とは、実体的真実主義をとっていること意味することになる（実体的真実追究説）⁷⁾。

第2に利益調整型である。この考え方は、実体的真実の発見（実体刑法の実現）という国家的利益とこれに対する個人の保護という2つの利益を調整することが刑事訴訟の目的であるとする⁸⁾。より端的に言えば、公的な刑罰関心と国家の刑罰適用からの個人の保護とを調和させることが刑事訴訟の目的ということになる。ここから、刑事訴訟法は、権力抑制型裁判所による実質的利益調整（＝当事者間の潜在的紛争解決のための一般社会

5) ここでの論述は、田口守一『刑事訴訟の目的』(2007年)33-53頁を参照している。

6) この実体的真実追求説の主唱者である E. シュミット (Eberhard Schmidt) の所説については、田口・前掲書・注(5)・36-38頁を参照されたい。

7) 団藤重光『新刑事訴訟法要綱 [七訂版]』(1961年)1頁、同『條解刑事訴訟法上』(1950年)32頁。

8) 利益調整説をとるロクシン (Claus Roxin) らの所説については、田口・前掲書・注(5)・36頁-38頁を参照されたい。

の利益調整)を行うものである(実質的利益調整説)と主張されたりする⁹⁾。

第3に社会平和維持型である。この考え方によれば、刑事訴訟の目的は、犯罪行為の結果(不安, 混乱, 不穩)の除去および嫌疑状態(犯罪問題の未解決)の除去であり、真実解明は、自己目的ではなく、社会的平和のためという機能的意義において理解されるべきであるとする(社会的平和説)¹⁰⁾。実体的真実の追求を刑事訴訟の中間的目的と位置づけ、その本来の目的を社会的平和という意味での法的平和の回復とする点に従来の議論にない特徴がある。ただし、適正手続の保障については正面から目的とはされていない。この延長として、刑事訴訟の目的は、有罪・無罪の実体裁判で終了する場合の実体的真実発見による刑法の実現(無罪も消極的真実に基づく)、公訴棄却や免訴などの形式裁判で終了する場合の社会一般の手続的正義実現による法的社会的秩序の創設、刑事手続が起訴猶予など公判前に終了する場合の問題解決(示談等含む)による社会的平和の回復といった3つの中間目的(実体的正義, 手続的正義, 社会的平和)の達成により、より高次の法的社会的秩序を創設することであるとする法的社会的秩序創設説が唱えられている¹¹⁾。この点で手続的正義の実現を加味することで、社会的平和説の問題点を補っている。

(2) 刑事訴訟目的の再構成

以上を前提にしてあるべき刑事訴訟目的について再考してみたい。

まず、実体的真実追求型については、刑罰を科す(あるいは科さない)前提として、事実の解明(真実の追求)を行うことを目的とする点で、刑

9) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法[改訂版]』(1990年)では、刑事訴訟は、刑事事件を適正に処理するための手続ないし制度あるいは刑事事件の解決という社会的課題の解決をめざす社会的システムであると説かれている(3頁, 15頁)。なお、同『刑事訴訟の基本構造』(1979年)142頁参照。

10) 社会的平和説を主唱するヴァイゲント(Weibend)の所説については、田口・前掲書・注(5)・42-43頁を参照されたい。

11) 田口・前掲書・注(5)・48-53頁。

法（機能）の実現とオーバーラップすることは、やはり否定できないのではないかと思われる。ここでは、刑事訴訟法固有の目的論が正面から論じられていないのではないだろうか。あくまでも、刑罰を科す基礎となる真実が明らかになることによって、侵害された法益が明らかになり、侵害に応じた刑罰が選択されて社会秩序が回復するという点に重点が置かれていることは否めない。犯罪事実がないことが明らかになることで、被告人の人権が守られるという位置づけに終わっている感があり、手続そのものの中で被疑者・被告人の人権を保障すること自体の意味づけが弱いように思われる。その意味では、刑事訴訟法は刑事実体法の助法としての地位に置かれているようである。

次に、利益調整型は、基本的に、国家（社会）の側の利益と被疑者・被告人個人の利益との調整が目指されており、本質的に刑罰権の実現が刑事訴訟の目的の中に含まれていることは否定できないように思われる。これも実体的真実追求型同様に刑事訴訟法固有の目的論とはなっていないのではないだろうか。この考えは結局のところ何を基準に誰にとっての利益を調整するのかということによって、結論が大きく異なってくるように思われる。仮に一般人標準の利益を基準にした場合には、犯罪の重大性という基準が重みを持つことが容易に予測されるので、実質的調整の結末は積極的実体的真実主義のそれとあまり変わらないことになるように思われてならない。

そして、社会平和維持型は、刑事的紛争の解決による社会の平和の回復・維持を究極の目的としている点で、利益調整型よりいっそう全体主義的であるように感じられる。被告人の適正手続の保障は、社会全体の平和回復の中で劣位におかれる傾向は否定できないように思われる。これは、手続的正義を中間目的とする法的社会的秩序創設説においても、最終的には同様であると考えられる。この考え方は、結局のところ、社会平和の回復あるいは秩序創設という点を目指すことにより、刑事訴訟法の目的自体をよりいっそう実体刑法の目的に近づけているように思われる。実体的真

実追求型及び利益調整型同様に、刑事訴訟法固有の目的論になっているかについては疑問が残る。

そこで本稿では、「被疑者・被告人の不安定な地位からの早期の解放」という面に焦点をあてて、刑事訴訟目的論の再構成を試みたいと考える。

まず、「不安定な地位」とは、起訴・不起訴の判断の間にあること、有罪・無罪の間にあること、少年刑事被告人について言えば移送されるかされないかの間にあることなどを指している。また同時に、本来、不起訴、無罪あるいは移送にされる者については、特に、手続的な負担を強いられることも意味する。

さらに、「早期の解放」とは、単に無罪放免を意味するものではない。起訴・不起訴の迅速厳格な判断、原則保釈の厳格適用、有罪・無罪の迅速な認定、有罪である場合でも法の許容する範囲での執行猶予の柔軟適用などが、不安定な地位からの解放の内容になってくる。適正手続保障のなかでの迅速な裁判を受ける権利のみを指しているわけではない。つまり、被疑者・被告人にとっては、刑事手続にのせられているだけでかなりの負担を強いられ、不安定な立場にあるのだから、有罪であるにしても、そこから少しでも早く解放することこそが、被疑者・被告人本意の刑事訴訟の目的となると考えるのである。

刑事訴訟は、有罪・無罪を問わず、被疑者・被告人を刑事手続から早期に解放して社会へ戻すことを第1の目的とすべきである。純粹に手続法自体の趣旨として考えた場合、訴訟の当事者の中でも、負担及び危険にさらされている被疑者・被告人の不安定な地位を解消して、安定したものにすることが最優先とするのは当然ではないだろうか。

そのように考えた場合に事実の確定はどのような意味を持つか。これについては、実体的真実を追究して実体刑法を実現するという意味ではなく、主たる意味合いは、被疑者・被告人を不安定な地位から早期に解放する目的のための必要条件の確定ということにある。もっとも、被疑者・被告人が事実を争う権利を否定するものでももちろんない。事実には争いがある

場合には、事実を確定したうえで速やかに手続からの解放を行うことになる。

では、少年刑事被告人の場合にはどうであろうか。少年刑事被告人を不安定な地位から早期に解放するということは、最終的には、犯罪・非行を行った少年の扱いに関する大原則である少年法1条の健全育成を目指すことに他ならない。したがって、過ちを犯した少年が、司法手続を通じて成長発達する（健全に育成される）権利を有すると解する本稿の立場¹²⁾からすると、捜査段階の手続については、できる限り早期に保護手続のプロセスにのせること（少年捜査の早期に終結及び全件送致主義の徹底）が最優先事項であることはもちろん、仮に逆送¹³⁾によって公訴提起されたと後であっても、少年法55条移送の適用の要否を速やかに判断することが最優先事項となる。現状の刑事手続を前提にする限りにおいては、刑罰を科される不安定で危険な地位から早期に解放して本来の原則である少年司法手続内で扱うことこそが、刑事訴訟そのものの目的に内包されておかなければならないのである。なお、この目的を達成するためには、刑事手続における適正手続保障も少年司法手続（後述3(1)参照）と基本的には同様のものが要求されることになる。

(3) 刑事訴訟法1条の意義

刑事訴訟法1条は、「この法律は、刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする」と規定するが、刑事訴訟の目的自体を本稿のように、「被疑者・被告人の手続からの早期の解放」ととらえた場合、本条をいかに解釈すべきが問題になりうる。以

12) 拙稿・前掲注(4)・87-92頁。

13) 私見では、少年法20条による逆送については、少年の成長発達権を侵害すると言う意味で憲法違反（13条）であり、少年に対する刑事手続は廃止されるべきであると考えているが、本稿では、刑訴法が60年以上とってきた対応を前提として、その中でいかに合憲的解釈・運用が可能であるのかをひとまず検討している。

下ではこの点についての私見を示しておきたい。

第1に、「刑事事件」の意味についてである。ここでいう「刑事事件」の対象として少年による刑事事件が含まれることは異論のないところであろう。そして、これが、公判手続のみをさすのではなく、捜査、公訴段階も含むことについても異論はないと思われる。

第2に、「公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障を全うすること」の意味についてである。本条に規定されている「公共の福祉」概念については、(i) 抽象的に「公の秩序」と解する立場¹⁴⁾、(ii) 刑事手続という具体的・実体的観点から、端的に「処罰の確保」と解する立場¹⁵⁾、(iii) 「犯罪事件が発生した場合にその犯人を糺明し処断することにより破壊された法秩序を回復すること」とする立場¹⁶⁾がすでに示されており、実務は概ね「犯人処罰確保による法秩序の回復」という考え方¹⁷⁾をとっていると云ってよい。

しかしながら、基本的人権の保障と並列するとは言え、「犯人処罰の確保」を刑訴法の目的の1つに掲げることは、無罪推定の大原則に反し許されないと考えられる。また、「法秩序の回復」自体も本来的には刑法(実体法)の目的そのものである。さらに、少年法55条により少年保護手続との循環性、ディバージョンによる手続からの解放が多くの割合を占めている現状などからも、刑事訴訟法の目的が単純に処罰確保であるとは言い得ないものと考えられる。

そうなると、ここでいう「公共の福祉」とは、一般的抽象的に「公の秩序」と解しておくのがよいと思われる。もちろん「公の秩序」の中には、結果的に犯人の処罰が確保された場合の社会秩序の回復・安定というものが含まれてくるのであろうが、それは刑事司法手続が国民の信頼を得る形

14) 団藤重光『條解刑事訴訟法(上)』(1950年)9頁。

15) 田宮裕『注釈刑事訴訟法』(1980年)3頁。

16) 高田卓爾編『刑事訴訟法(基本法コンメンタール)[第3版]』(1998年)7頁。

17) 藤永幸治・河上和雄・中山善房編『大コンメンタール刑事訴訟法・第1巻』(中山善房執筆部分)(1995年)51頁。

で適正に行われたことの結果に過ぎない。「公の秩序」とは、より広く、憲法および刑訴法その他関連諸法に則って行われる刑事司法手続への国民の信頼を意味していると考えるのが妥当である。

一方で「基本的人権」についてはどうであろう。これについては、次のように理解されるのが一般的である。それは、刑事司法手続という国家権力の発動によって、被疑者・被告人を含む国民一般に対して加えられる利益侵害が、合理的で妥当なものでなければならないという人権保障の観点から把握されなければならないということである。特に、直接の関係者である被疑者・被告人については、最も人権を侵害されやすい立場にあるわけであるから、刑事手続における基本的人権の保障は、被疑者・被告人の人権保障を中心に考えなければならない¹⁸⁾。もっとも、ここでいう基本的人権の保障とは、少年も含めた被疑者・被告人の適正手続の保障を意味していると端的に考えてよいであろう。なお、被害者について仮に憲法上の人権保障が及ぶとしても、刑事司法手続そのものによって人権が侵害される度合いというのは、被疑者・被告人に比較して格段に低いと考えられるので、少なくともここでいう基本的人権保障のメインではない。

結論として、「公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障」を全うするということは、「刑事司法手続を適正に運用することによって手続に関する国民の信頼を維持すること」と「少年を含む被疑者・被告人の憲法上の適正手続の保障を確保することで人権侵害を行わないこと」が追求されなければならないということである。従来のように、「公共の福祉＝犯人処罰の要請」と「基本的人権の保障＝被疑者・被告人等の人権保障の要請」を対置させ、その調整を図るという考え方はいささか疑問である。

第3に、「事案の真相を明らかにすること」の意味についてである。事案の真相解明についても、条文自体が「事案」という文言を用いているにもかかわらず、旧来、「事案＝公訴事実」であるということが前提とされ

18) 同。

ていたことが問題のように思われる。つまり、「刑罰法令を適正・迅速に適用実現（これ自体の理解についても以下に触れるように異論はあるが）するためには、何と云っても、何が実体的・客観的真実であるか、被疑者・被告人の行った具体的事実は何かについて、できるかぎりの確に解明することが必要不可欠であり、そこで解明される事実は、「あくあまでも訴訟（公開の法廷）の場において証拠に基づく事実認定（証拠裁判主義）を行うことにより解明（裁判官の自由な心証形成により到達）される」ところの「認識としての事実」であるとされてきたのである。

しかしながら、刑事訴訟全体において公判で事実認定がなされ、刑罰法令が適用実現される割合がどれほどであろうか。刑事訴訟法の目的が、公訴事実あるいは公訴事実の同一性の範囲内での訴因の事実認定のみにあると刑法1条で規定するのはあまりにも狭すぎる理解である。

ここでいう「事案の真相を明らかにすること」とは、犯罪事実、量刑に関するあらゆる事実を含むことは言うまでもない。また刑法248条にいう「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情況」についても当然含まれることになる。特に少年の刑事事件については、刑訴規則277条で「事案の真相を明らかにするために、家庭裁判所の取り調べた証拠は、つとめてこれを取り調べるようにしなければならない」という規定に基づいて、少年法55条による移送決定のための保護処分相当性判断のための証拠調べ、少年法52条の不定期刑の量刑判断のための証拠調べが行われているのであり、この事実だけをとり、「事案の真相を明らかにするため」というのが公訴事実たる実体的真実の解明を意味していないことはあきらかではなからうか。

最後に、「刑罰法令の適正且つ迅速な適用実現」についてである。まず「刑罰法令」とは、狭義の刑罰本条（構成要件および法定を示す規定）を指すのではなくて、およそ「刑罰に関する法令」という趣旨に理解すべきである。刑法1条自体が、広く刑事手続全般に関わる目的規定であるとすると、訴因として刑法の適用条項が定まっていなかった段階に

においても、さまざまな手続の中で被疑者を中心とした各関係者の処分をするのであり、その際には、被疑者が行ったと疑われる犯罪事実（＝有罪が確定すれば処罰されるという意味で「刑罰」賦課事実と言ってもよい）に関する法令が様々な形で適用されるのである。この中には少年法も当然含まれることになる。

また「適正且つ迅速な適用実現」については次のように理解できる。すなわち、特に刑事手続上の負担を強いられる被疑者・被告人の不安定な地位を解消することに主眼を置いて、「刑罰に関する法令」を「適正」に適用することはもちろんとして、「迅速」に適用し、その結果をも「適正且つ迅速に実現」しなければならないとしたという意味である。ここでの意義は、「刑罰に関する法令の適用結果」を「実現」することにあり、負担を強いられ、危険にさらされている被疑者・被告人をその負担・危険から早期に解放すべきことを明言したところにあると言ってよいのではないだろうか。

3 少年刑事被告人の刑事裁判のあり方

(1) 成長発達主体としての少年刑事被告人

まず、少年刑事被告人の法的地位を明確化する前に、少年（子ども）という権利主体について明確にしておく必要がある。これについてはすでに別稿¹⁹⁾で詳しく論じたが、少年（子ども）とは、まわりの大人との健全な関係性（人原関係）を保ちながら成長することが権利として保障される主体である。このことは非行や犯罪を行った少年（子ども）についてももちろんかわりはない。刑事裁判に付される少年の被告人も、憲法13条、権

19) 拙稿・注(4)・155-161頁以下では、従来の権利利益説（子ども保護論的権利論）、権利意思説（子ども自律論的権利論）とは異なる関係の権利説（人間関係的子ども権利論）を主張して、現在、主流とされている子ども自律論は、最終的には子どもに自己の行為の自己責任を負わせるもので、子どもの成長発達権と親和的でないことを批判的に論じている。

利条約6条を直接的根拠とする「子どもの成長発達権」を有していることは疑いがないことを確認しておく必要がある。

そのうえで次のことを確認しておかなければならない。それは、刑罰が本質的に応報であり、過去の行為に関する罰としての意味を持つ刑罰賦課を前提とする刑事手続は、少年の成長発達権を二重に阻害するということである。これはどういうことか。犯罪・非行というのは、少年の成長過程プロセスにおける一つのエピソードであり、ある意味で少年が成長発達権を阻害された結果として発現した意見表明である。大人社会による支配、充たされない愛情の欲求といった、信頼できる大人との健全な人間関係の破壊(第1次的成長発達権侵害)に対する反作用(意見表明)としての非行・犯罪を社会に対する害悪と認定し、これに罰を加えて威嚇することは、「成長発達するな、あるいは許さない」ということをあらためて力で知らしめることになる(第2次的成長発達権侵害)。子どもの成長発達権を前提とする限り、刑罰を科すことは本来的に許されないのである。

それゆえに、仮に現状における刑事手続を前提に議論する²⁰⁾にしても、刑事手続においては、非行のある少年については、第1義的に、まず原則である少年司法手続への移行(手続としては少年法55条による移送)を最優先の解決事項として処理しなければならないことになる(第1義的追求事項)。少年司法手続の中で、児童福祉との連携を視野に入れた保護処分を選択することで、ひとまず第2次的成長発達権の侵害は回避できるものとする²¹⁾。このように、少年法55条移送を選択することは、

20) 筆者は本来的には子ども(少年)に対する刑事手続は廃止され、少年司法手続に一本化されるべきであると考えている。しかしながら、本稿においては、ひとまず、この点についてあるべき少年司法手続(少年に対する刑事手続廃止を含む)を追求するのではなく、現状の少年司法及び刑事司法の枠組みの中で、少年刑事被告人の最善の扱い方を追求していることを断っておきたい。

21) もっとも、少年司法手続における保護処分の内容自体が刑罰とほとんどかわらないというのであれば、第2次的成長発達権侵害は回避できない。言うまでもなく、保護処分自体が少年と信頼できる大人(社会)との健全な関係性の回復に向けた処遇プロセスであることが大前提である。

刑事訴訟法の目的が、「被告人を刑事手続から解放して社会へ再び戻すこと」とも合致する。

しかしながら、刑事手続の現状において、少年刑事被告人が少年保護手続に戻されない限り、同人は刑事手続の中で扱われるので、第2義的には、刑事訴訟手続の中で、少年の成長発達権に配慮した扱いをしなければならない（第2義的追求事項）。その意味において、刑事手続に関する憲法31条以下は、子どもの成長発達権を保障した憲法13条（及び子どもの権利条約6条）による修正を受けることになる。関係論的成長発達権に裏付けられた実体的・手続的デュープロセスの保障がなされなければならないのである。

また少年法自体も刑事事件に関する特則をおいている。まず少年法40条であるが、ここでは「少年の刑事事件については、この法律で定めるものの外、一般の例による」と規定して、少年の刑事事件は原則的に刑法、刑法の一般刑事法の適用を受けるかのごとく規定されているが、実際には、捜査段階でさえ、少年法の基本理念である保護主義の観点から特則は多く設けられているのが現状である。ましてや家裁の手続に載せられた上で逆送され、55条移送によって保護手続に戻される可能性を持っている刑事事件（公判事案）については、少年法1条の目的が推し及ぼされることは言うまでもない。

さらに少年法50条が少年の刑事事件の審理における9条の趣旨の尊重を規定しているので、少年の刑事事件においても、科学主義が尊重され、健全育成、保護教育の趣旨が指導理念とされていることは通説・実務の認めるところである。

（2）訴訟関係者の法的義務

以上のように、少年刑事被告人が関係論的成長発達権を有する権利主体であると考えられる場合、刑事手続における広い意味での訴訟関係者²²⁾は、

22) ここでは、刑事訴訟の当事者という狭義の訴訟関係人を指しているのではなく、主として、法廷において少年刑事被告人と何らかの人的関係性を有し、少年刑事被告人の訴

いかなる法的義務を有するであろうか。少年の刑事裁判に関与しうる者についてそれぞれ見てみることにする。

裁判官の義務

成長発達権尊重義務がある。刑事裁判においては、少年法50条、刑訴規則277条に基づいて、少年の関係論的成長発達権に配慮した懇切な審理を行わなければならない。裁判官と少年被告人の人間関係²³⁾を基本とし、少年審判同様に教育的配慮の中で、原則としての保護事件への移送を第一義に考えて審理しなければならない。これを怠る場合には、刑訴法21条1項の「不公平な裁判をする虞があるときは、……被告人はこれを忌避することができる」にあたり、被告人(2項により弁護人)は忌避申立ができるものと考えられる。また刑訴規則13条は1項、「裁判官は忌避されるべき原因があると思料するときは、回避しなければならない」と規定しており、上記の原則を怠った場合に裁判官は自ら回避しなければならない。

裁判員の義務

成長発達権尊重義務がある。裁判員も裁判官とともに少年被告事件を扱い、少年法55条移送決定(原則である少年保護手続に少年刑事被告人を移送するかしないかの決定)をするのであるから原理的には裁判官と同様の義務を負う(裁判員法6条1項)。また裁判員および裁判員であった者が、評議の秘密を守る義務を負っていることから、裏付けられる(裁判員法108条1項以下)。

検察官の義務

成長発達権尊重義務がある。検察官は訴追官として公訴を行う場合でも、裁判所に「法の正当な適用を請求する」精神を堅持する必要があるとされ

訟の行く末に影響を持つ関係者一同をとらえて、訴訟関係者と呼んでいる。

23) この点、ミノウ(M. Minow)が、子どもの親権をめぐる裁判で、裁判所が、子どもと親(実親)、後見人らとの複雑な人間関係をひもとして、最終的に後見人に「親権」を認めたと例を検討しているが、その裁判の際には、裁判官と子どもとの健全な人間関係も当然に意識されていたと見るべきであろう。小久美祥恵「関係的権利論による家族関係の再構成」『同志社法学』57巻3号(2005年)197頁以下参照。

ている（検察庁法4条）。検察官には公正義務ないし客観義務が課されているのであり、そこから、少年被告事件においても成長発達権尊重義務が導かれることになろう。また、犯罪を行った少年を扱う原則手続である少年保護手続においては、あくまでも裁判所の裁量によって事実認定に資する限りにおいて審判協力者として関与する地位にあるし（少年法22条の2）、逆送決定を受けて事件を送致された場合には訴追裁量を否定されるのである（45条5号）から、このことから間接的に刑事事件における成長発達権尊重義務が裏付けられる。

弁護人の義務

成長発達権尊重義務がある。弁護人は少年刑事被告人の弁護人の援助を受ける権利と表裏の関係において同義務を負うことになる。また弁護士法1条の「基本的人権を擁護する使命」からも導かれることになろう。(i) 弁護人自身しか有しない固有権の行使（例えば、接見交通権（39条）、訴訟書類・証拠物の謄写閲覧権（40条、180条1項）、鑑定の立会（170条）、上訴審における弁論（388条、414条））については弁護人自身の独断で行いうるが、(ii) 弁護人が被告人と重複して有する固有権（捜索状・差押状の執行の立会（113条）、検証の立会（142条・113条）、証人尋問の立会（157条1項、228条2項）、証人等に対する尋問（157条3項、304条2項）、第1審公判における最終陳述（293条2項、規則211条）、共同被告人に対する質問（311条3項））、(iii) 独立代理権で被告人の明示の意思に反しても許されるもの（勾留理由開示請求（82条2項）、勾留取消または保釈請求（87条、88条、91条）、証拠保全請求（179条）、公判期日変更請求（276条）、証拠調請求（298条）、異議申立て（309条））、(iii) 独立代理権で被告人の意思表示がない限り同意なしでできるもの（忌避申立て（21条2項）、上訴申立て（355条、356条）、公判調書未整理の際の場合における当事者の権利（50条））については、少年に弁護人が行うことについて十分に説明し、納得を得ることが必要である。そのことがまさに少年と弁護人の人間関係（＝信頼）を強化することになり、関係論的成長発達権を実質的に

保障することにもつながる。

被害者参加人等の義務

成長発達権尊重義務がある。被害者は訴訟の当事者ではなくして、訴訟に関わる者であり、実質的に被告人に多大な影響を及ぼす者であるから、少年刑事被告人の成長発達権尊重義務は他の者より強く求められると考えらるべきである。例えば、292条の2による被害者の意見陳述を許す場合には、第7項によって、「裁判所が、……相当でないと認めて、……意見の陳述をさせない」ことができるが、これを成長発達権擁護の観点から厳格に適用しなければならない。また、被害者参加人に証人尋問(316条の36)、被告人質問(316条の37)、意見陳述(316条の38)を許可する場合の相当性の判断についても、裁判所は、成長発達権擁護の観点から厳格に適用しなければならない。これらの許可を受けた被害者陳述者および被害者参加人は、法の趣旨を裁判官の説明によって十分に理解したうえで陳述、尋問、質問を行わなければならない。

法廷関係者の義務

成長発達権尊重義務がある。裁判所書記官(裁判所法60条4項)、裁判所速記官(裁判所法60条の2第3項)、廷吏(裁判所法63条2項)などは、職務を行うに当たって裁判官の命令に従う義務を負っており、その帰結として少年刑事法廷において少年刑事被告人の成長発達権を尊重する義務を負う。特に書記官については除斥・忌避の規定が準用される(刑訴法26条)ので、裁判官に準じる義務があると言ってよいであろう。

このように少年刑事被告人の関係論的成長発達権を保障するために刑事裁判がその役割を担わなければならないことを前提にすると、以下に見るように、少年刑事事件の審理あり方(特に裁判の公開の意義)、少年法55条の適用、刑事裁判における少年の社会記録の利用については、従来とは異なったものとならざるを得ない。

（3）少年刑事事件における審理のあり方

では、このような訴訟関係者の中で、少年刑事被告人は自らの成長発達に資する審判をどのような形で受けるべきか。まずは裁判公開の問題から考えてみる。

刑事裁判が公開を原則とされることは憲法によって規定されている。これは以下に見るように、過去の密室裁判による人権侵害の苦い歴史を踏まえたうえで勝ち取られた適正手続保障の重大な一局面であることは理解できる。しかしながら、これは成人の刑事手続を念頭に置いてきたものと思われる。憲法上の権利主体として、特別の地位を有する「少年」刑事被告人について、従来の刑事手続が裁判公開の適否を問題にしてきたかと言えば、答えは否である。本稿ではこの点について正面から論じてみたい。

議論の前提として、刑事裁判公開の意義についておさえておきたい。これについては、「公開裁判を受ける権利に基づき被告人に公開の場での裁判を制度的に保障している憲法82条の裁判公開原則は、かつての密室裁判による専断的・恣意的な処罰を排し公正な裁判を保障するという重要な意義を有するがゆえに、例外を極力排除した公開原則の徹底を要求している」²⁴⁾との主張がある。これは、憲法37条1項の公平・公正な裁判を受ける権利も踏まえたうえで、公開裁判を受けることの権利性を正面から説明する見解である。もっとも、ここでいう被告人が少年であるか、成人であるかについては、これを分離しない立場をとっているものと思われる。また、刑事裁判の公開を制限することの憲法上の問題点を、特に適正手続保障を重視する立場から、「憲法82条の裁判公開原則は公正な裁判の実現へと意味づけられているからこそ絶対的性格の強い権利として捉えるべきであり、したがって『裁判公開原則の可及的絶対的保障が追求』されるべきである」²⁵⁾との主張と同様に、刑事法学者の中では、一般的には、刑事裁

24) 瀧野貴生「逆送後の刑事手続と少年の適正手続」葛野尋之編『少年司法改革の検証と展望』（2006年）117頁。

25) 小田中聡樹「裁判と国民 裁判の公開を中心に」福島至編著『コンメンタール刑事

判の非公開は憲法に違反すると考えられてきている。そして、「被疑者・被告人に対する適正手続の保障は例外を認めるべきではなく、したがって、少なくとも刑事的な制裁が科されようとしている手続に関しては、プライバシー等の権利と公正な裁判保障との調整は、憲法によって既に済まされている。それゆえに、公開を求める利益が訴訟当事者の利益だからということを経由して直ちに憲法82条の公開原則の要求を緩めることには躊躇を覚えざるを得ない」²⁶⁾などと説明されているのである。

もっとも憲法学者の中からは、「裁判公開原則を当事者の公正な裁判を受ける権利の観点から限定的に捉えれば、公開の要請と訴訟関係者の人権との調整の問題は、対立する人権相互の調整問題ではなく、当事者の人権を守るという問題になるから、プライバシー侵害等の危険が明白に認められる場合に非公開にすることは、当事者の人権保障の観点からの要請としての裁判公開原則に反するものではない」²⁷⁾として、当事者のプライバシー(権)侵害の立場から、刑事裁判の非公開を一部許容する見解も主張されている。さらに、刑事法学者の中でも、「被告人のプライバシーの権利が無罪推定原則、社会復帰権によっても裏付けられていることにも鑑みると、事件の状況等によっては、刑事裁判で扱われることがらであっても、公共的な情報でない場合があり得る」し、そのような「被告人の内密的なプライバシー権が侵害されることは、82条に言う『公の秩序又は善良の風俗を害する虞がある』場合に該当するから、公開原則の例外とすることができる」²⁸⁾と主張する者もある。これらの見解は、憲法82条による裁判公開の例外を被告人のプライバシー権ないし適正手続の観点からとらえ直す

確定訴訟記録法』(1999年)211頁。

26) 瀧野・前掲注(20)・119頁,同「少年『犯罪』と審判公開」新倉修編著『少年「犯罪」被害者と情報公開』(2001年)73頁。

27) 浦部法穂「訴訟記録の公開と憲法」福島至編著『コンメンタール刑事確定訴訟記録法』(1999年)202頁。

28) 笹倉香奈「刑事裁判の公開原則と被告人のプライバシーの権利(2)」『一橋法学』6巻2号(2007年)883-885頁。

点で共通している。いずれにしても、ここでは少なくとも、少年刑事被告人を特に意識して主張されるものではなく、一般的な成人被告人でもプライバシー権に配慮すべきことを主張しているに過ぎない。

思うに、少年刑事被告人の裁判公開については、少なくとも以下の3つの問題性が指摘できる。

第1に、衆人環視、多数裁判体の法廷での少年の萎縮の問題である。刑事裁判所で審判を受ける少年刑事被告人は、公開の法廷で審判を受けることにより、傍聴人を含めた一般聴衆の目にさらされることになる。家庭裁判所の少年審判廷とは違い、物理的にも広い刑事法廷では、検察官、被害者、証人、裁判所関係者、傍聴人、マスコミ関係者等の多くの人々がその場に存在する。特に傍聴席にいる多くの一般聴衆は、事件に対する社会一般の反応を示す存在でもあることから、少年に緊張を強いることになることは否定できない。そのような中で少年法1条、刑訴規則277条の精神を全うさせる審判運営が可能であるとは思えない。少年自身が自らの意見を臆することなく表明できる機会が確保され、裁判所がそこから保護処分相当性（少年法55条適用の適否）を判断するためにも、社会的応報感情や好奇に満ちた関心を排除することは必須であるように思われる。

第2に、少年、家族及び関係者のプライバシー権の侵害の問題である。少年審判廷は言うに及ばず、刑事公判であっても、本稿が主張する刑事訴訟目的からすれば少年法1条の趣旨が全うされるべきである。ゆえに、短期的に刑事手続の負担から解放されて、将来、社会に戻ってくる少年の立ち直りのためには、少年及び少年と重要な関係性を有する（あるいは構築しなければならない）大人のプライバシー情報が一般聴衆の目にさらされることはあまりにも弊害が大きい。

そして第3に、より根本的には、子ども期固有の権利である成長発達権の侵害の問題である。刑事裁判において無罪推定の原則が働くことは間違いなくその通りではあるが、一般論で言えば、刑事公判それ自体が、刑罰賦課を前提とした懲罰的な雰囲気有していることは否定できない。検察

官の訴追は有罪を前提としていて、傍聴人を含めた一般聴衆の関心も、マスコミ等の影響のもと有罪方向でのバイアスを有していることは間違いないのではないだろうか。そのような中で、保護処分相当性の判断をする際に少年被告人自身の問題性を悟らせるような教育的配慮は困難である。本稿の立場で言えば、成長発達権擁護義務を有する関係人だけの審判に純化することで、はじめて少年刑事被告人自身が成長発達権を行使できると考える。

もっとも、これら点に関して、すでに、少年刑事被告人のプライバシー権保障、適正手続保障の観点から裁判公開の停止をすべきであるとの主張がないわけではない。一つには、「憲法上の権利とされ、さらには刑事裁判においては、成長発達権や健全育成などの利益にも裏打ちされる少年のプライバシーの権利の保護も、『公序』に当たると考えることができる」し、「このような考え方によれば、少年の重要なプライバシーに関わる事項が問題となる際は、82条の要件に従い、裁判官の全員一致により、裁判の公開停止が決定されることになる」との指摘²⁹⁾がなされている。また、少年の手続参加の観点から、適正手続保障の一環として、「非公開の審理のなかで被告人の適正手続が損なわれることなく、公正な裁判が害されない限り、」公開停止が許される³⁰⁾との主張もなされているところである。だが、これらの見解は、成長発達権³¹⁾や手続参加権を背景に、少年刑事被告人の刑事裁判が、少年の重要なプライバシーに関わるような例外的な場合に、一部非公開にすることを憲法上許容しようとするものにすぎない。

29) 笹倉香奈「裁判員裁判と少年のプライバシー・情操保護 刑事裁判の公開原則の問題点を中心に」『季刊・刑事弁護』57号(2009年)51頁。

30) 葛野尋之「少年事件の刑事裁判と公開原則」『刑事法ジャーナル』21号(2010年)36頁。

31) なお、ここで用いられている成長発達権の内実は、本稿が主張している関係論的権利に支えられた成長発達権ではなく、権利意思説(あるいは選択説)に基づく、自己決定権基盤の成長発達権であるように思われる。このような成長発達権は、帰着するところ、自己決定権(あるいは論者によっては手続参加権と呼ばれることもある)と変わりはなく、未成熟なままでの自己決定の理論的位置づけが不明確である。

本稿は、この点、少年刑事被告人の刑事裁判はすべからず憲法82条の「公序」概念に該当するものと考え、すべて非公開とすべきであると考えている³²⁾。そうしなければ、先に示したような3つの問題点が解決できず、ひいては少年の成長発達に重大な阻害をもたらすからである。これについては以下のように考えてみたい。

子ども（少年）には憲法13条前段および子どもの権利条約6条から、子ども期固有の成長発達権が保障されているので、この観点からすると、子ども期の成長発達権の阻害に起因する非行（犯罪）についての手続は、保護教育のための非公開の少年司法手続が原則である。そうすると、仮に、ごく例外的に犯罪少年が刑事手続に付されるとしても、刑事手続自体が少年被告人（＝犯罪少年）を扱う手続として非公開原則を内包しておかなければならないことになる。それゆえに、憲法31条以下は、子どもの成長発達権によって修正され、特に憲法37条1項は、少年被告人については、非公開の裁判を受けることが公平・公正な裁判を受ける権利の保障につながると解釈すべきことになる。また憲法82条に関しても、少年被告人の刑事事件を公開することは、少年の成長発達権を侵害し、ひいては国民の刑事裁判に対する信頼も裏切ることになり、公序に反するので、同2項によって裁判官全員一致の判断で非公開とされなければならないということになる。

もちろん、そのように原則非公開とすることは過去の暗黒裁判を復活させることになるとの批判もあり得よう。しかし、本稿は、先に触れたように、少年刑事被告人の公判に関わる者について、少年の憲法上の権利である成長発達権を擁護する法的義務があることを前提にしている。また、特に、少年刑事被告人の弁護人の役割として、裁判関係者が法的義務を果たしているか否かをチェックすることで、少年刑事被告人に対する暗黒裁判

32) 子ども保護論の立場から、つとに、少年刑事事件の非公開の合憲性を説く者として、円井正夫『少年保護事件と少年刑事事件の関係』司法研究報告書6輯7号（1954年）307頁、四ツ谷巖『年長少年事件の取扱に関する諸問題』司法研究報告書6集1号（1954年）9頁、111頁等がある。本稿は、もちろん、関係論的成長発達権の観点から非公開を合憲とするものであり、立論の根拠はまったく異なる。

となることは十分に防ぐことはできると考える。

(4) 少年被告人不在審理の適法性

上記のように少年の刑事裁判が非公開化され、衆人の目に晒されることによる成長発達権及びプライバシー権の侵害は防止できるとしても、公判廷での証拠調べの中で、少年被告人が自らの情操を害され、ひいては成長発達権を阻害される情報に晒される危険性は残っている。これに関して、少年司法手続においては、少年審判規則31条2項により、裁判長が少年の情操を害するものと認める状況が生じたときに、その状況の継続中、少年を退席させることができるようになっている。そしてそのことは、少年が審判期日に出頭しなければ審判を行うことができないとする少年審判規則28条3項に反するとは考えられておらず、むしろ、適正な審判の確保のために必要な措置であると考えられている³³⁾。

しかし、刑事訴訟法には同様の規定が存在しない。存在するのは、少年審判規則28条3項に相当する、被告人の出頭を開廷要件とする刑訴法286条及び被告人の在廷を義務づける刑訴法288条の規定のみである。すなわち、刑訴法286条によって被告人の出頭(被告人席に着いたこと)が開廷要件とされ(但し、法人事件(刑訴法283条)、軽微事件(刑訴法284条及び285条は除かれる)、被告人は在廷の義務を負い、裁判長の許可がなければ退廷することは許されない(刑訴法288条1項)、許可なく退廷しようとすれば在廷命令が発せられ、さらに強制力によって在廷を強制させることになる(刑訴法288条2項)。そして、仮に許可を受けて退廷した場合でも、出頭義務のない場合(刑訴法284条及び285条)を除いて、被告人不在廷のまま開廷できない(刑訴法286条)ので、不在の場合には審理を打ち切るしかないとされてきたのである³⁴⁾。これは少年刑事被告人の場合で

33) 本稿の立場では、このような退席措置は、少年の成長発達権保障の観点から正当化されることになる。

34) 藤永幸治・河上和雄・中山善房編『大コンメンタール刑事訴訟法・第5巻』(三好

あっても変わりはない。

そこから、現行法下においては、少年審判と同じように、被告人である少年の情操を保護するという理由によって、少年を一時的に退廷させるということは困難であるとし、もし、裁判員制度の実施によって、刑事裁判における少年の情操保護がこのような形で深刻な問題となるのであれば、少年が自分の事件の審理に参加する権利を十分に尊重しつつ、極限的な場合に限って少年の退廷を命じる規定を新たに創設することが必要となると説かれるのも無理はない³⁵⁾。

本稿も、究極的には立法が必要であると考ええる。だが、現行法の解釈としても、少年被告人の一時退廷は可能ではないだろうか。この点について一つの解釈論を提示しておきたい。

まず刑訴法286条の被告人の出頭は、あくまでも、狭義の開廷（すなわち、「公判の開始」という意味）の要件であり、すくなくとも冒頭手続までの開廷要件を規定しているだけではないだろうか。被告人の権利保護、公正な裁判の確保の点から、被告人が在廷する中での審理（証拠調べ）が原則ではあるが、法は、必ずしも被告人不在廷での審理（証拠調べ）を排除してはいないのではないだろうか。それは、特に少年刑事被告人の場合、在廷していること自体が少年の情操を害して、成長発達する権利に支えられた適正手続の保障を受ける権利を侵害するような場合に妥当するのではないかと思われる。そのような場合には、むしろ在廷しないことが少年刑事被告人の権利として保障されなければならないのである。

したがって、裁判長は、形式的には訴訟指揮権（刑訴法294条）により、少年法50条、刑訴規則277条（特に「懇切な裁判を行わなければならない」のであるから、少年審判におけるのと同様に少年に対する教育的配慮も行わなければならない）の趣旨を全うするために、少年審判規則32条2項を準用して、必要最小限において少年を一時退廷させることができることに

幹夫執筆部分）(1998年)310頁,同・第4巻(高橋省吾執筆部分)(1995年)447頁。

35) 笹倉・前掲論文・注(29)・52頁。

なる。このことは、少年司法手続を原則とする成長発達権保障の観点にも合致するように思われる³⁶⁾。

4 少年法55条の移送のあり方

(1) 問題の所在

本稿における成長発達権保障の観点から見ると、少年法20条によって少年にとっての原則的司法手続である少年司法手続から、例外手続である刑事手続に付された少年刑事被告人は、いわば原則的手続への回帰を求める権利(成長発達権行使の一形態)を有しているはずである。少年法上、20条の逆送決定についての不服申立の途を残していない現状からすれば、まさに少年法55条の刑事裁判所から家庭裁判所への移送規定が、唯一、少年刑事被告人が同権利を行使できる場面である。その意味で、少年法55条が裁判員を含めた刑事裁判の中でどのように位置づけられるかはきわめて重要である。

以下では、少年法55条の法的性格を明らかにしたうえで、少年刑事被告人による同55条移送の申立の時期(事実認定後でなければならないのか否か)及び移送基準である「保護処分相当性」の意味について検討してみたい。

(2) 少年法55条移送の基本的性格

裁判実務における考え方は、おおむね以下のとおりである³⁷⁾。すなわち、少年法20条と同55条は相關的・環状的な関係にあって、少年事件においては刑事手続と保護手続が隔絶したものではなく、少年の健全育成という理念のもとに有機的に統合されていることを示している。また、検察官送致

36) 通説によれば、形式的にせよ刑法288条によって裁判長が退廷許可を与えた場合は、審理の継続ができないとするが、この点も回避できるのではないかと思われる。

37) 田宮裕・廣瀬健二編『注釈少年法(第3版)』(2009年)472頁。

決定に対する不服申立は認められないが、本条の移送の申立によって刑事裁判所の職権発動を促すことで、刑事裁判所に刑事処分相当性の審査を事実上求めることができるというものである。

ここでは、少年法55条が同20条逆送決定に対する一種の不服申立に準用される余地も認めていることが注目される³⁸⁾。もっとも、あくまでも裁判所の職権によって、刑事処分の相当性の審査（少年法20条決定の審査）を行うことがあるというだけで、少年刑事被告人の不服申立権とは構成されていない。

本稿は、これを申立による職権発動のための規定というよりも、少年の権利規定（不服申立規定）という性格に純化して理解すべきであると考え。そして本規定は、主として、少年法20条2項により、逆送されたことに対する実質的な不服申立のための規定であるととらえる。少年法20条決定についての不服申立が現行少年法上許されていない現状において、本条は一種の権利規定としての意味を持っていると解すべきであるから、刑事裁判所は本条の申立があった場合には、必ず審理しなければならないことになる。

もっとも、刑事裁判の実際においては、上述の実務の運用のとおり、裁判所が弁護士・少年刑事被告人から少年法55条移送の申立を受けて、同条該当性の判断をするか否かを職権で決めることになる。だが、本移送申立は、少年法1条の趣旨が活かされなければならない刑事裁判において、少年側から原則手続へ戻すべく不服が申立られた場合にあたるので、成長発達権擁護義務を有する裁判所としては、自動的に保護処分相当性の判断に入るべきである。その際、本条の「事実審理の結果」という文言が桎梏になる可能性があるが、これについては以下のように解すべきであろう。

38) 植村立郎『少年事件の実務と法理 実務「現代」刑事法 』（2010年）364頁以下は、判例上少年法20条に対する不服申立が認められていないこと、専門機関でない地裁が不服申立審の機能を担うのが妥当でないこと、同法55条の構造自体が通常の抗告審と異なることなどから、明確に同法55条を不服申立規定と位置づけることを否定する。

(3) 申立の時期及び審理の開始時期

少年法55条が「事実審理の結果」保護処分が相当と認めるときに移送決定をしなければならないと規定していることから、裁判実務では、この「事実審理の結果」という文言を公訴事実の認定の結果ととらえて、公訴事実認定後に、申立を認めているのが現状である³⁹⁾。そえゆえに、同条移送の申立は冒頭手続に行くことは相当でなく、仮に行っても、予告的な意味しか持たないと解されてきたのである⁴⁰⁾。この考え方からすれば、公判前整理手続で審理計画を立てても、実際の申立は、公訴事実認定後でなければ認められないことになるだろう。

これに対しては、つとに公訴事実認定不要説が主張されている⁴¹⁾。すなわち、少年法55条にいう「事実審理の結果」とは、必ずしも最終的な公訴事実の存否に関する審理の結果を前提とするものではなく、本条の決定をなすのに必要かつ十分な程度的事实審理が行われていれば足り、したがって公訴事実に関する審理の途上であっても、保護処分を相当とする事情が判明したときは、その段階においてこの移送の決定ができるというものである。もっとも、公訴事実についての審理が前提となるから、現行刑事訴訟法の建前からいって、公判期日を一回も開かないでこの決定をすることは相当でないが、公訴事実についての審理が多少とも進行した段階では、公判期日を開かないでこの決定のために必要な事実の取調を行い(刑訴法43条3項)、それに基づいて移送決定することもありうる。したがって、この移送をする場合には、必ずしも公訴事実の存否についての判断は必要でないとするのである。

もっともこの見解に対しては、公判期日外の実実調の結果、移送しないとすれば、この期日外の実実の取調による予断の問題が生じ、妥当とは言

39) 同・473頁、廣瀬健二「保護処分相当性と刑事処分相当性」『家裁月報』41巻9号(1989年)63-64頁(そこで検討されているほとんどの裁判例)、早川「少年の刑事被告人事件の取り扱いについて」『家裁月報』25巻8号(1973年)30頁。

40) 田宮・廣瀬・前掲書・注(37)・473頁。

41) 団藤重光・森田宗一『新版・少年法 第2版』(1984年)417-418頁。

えないとの批判が寄せられている⁴²⁾。だが、犯罪事実を争わない事件が前提である（犯罪事実にあらずいがある場合には公訴事実の認定後でなければ決定できない）こと、主たる取調の対象は保護処分相当性に関するいわゆる「情状事実」（＝保護処分相当性に関する事実）であること、事実の取調については、当事者の立会を前提とする（刑規規則33条4項）こと等を前提にすれば、予断の問題は回避できるであろう。

さしあたって本稿は次のように理解したい。まずもって、少年法55条を少年法20条による逆送決定に関する不服申立権行使のための規定ととらえるので、裁判実務で行われているように、公訴事実の認定後でなければ申立ができないということにはならない。なぜなら、本条は逆送決定における刑事処分相当性の適否について争うための規定であるから、必ずしも公訴事実（訴因たる犯罪事実）の存否が明らかにならずとも、家裁段階での非行事実の蓋然的認定及び社会調査記録に基づいて、刑事処分相当性判断の適否は可能だからである。刑事訴訟手続に晒されるという負担から少年刑事被告人を少しでも早く解放することが刑事訴訟の目的であるならば、公訴事実の認定に先んじて、保護処分相当性（刑事処分相当性の適否）の判断を優先すべきことになる。

このような考え方は、少年法55条の解釈論上も何ら問題はない。同条における「事実審理の結果」は、狭く公訴事実の認定の結果と解すべきではなく、「保護処分を付するのが相当であると認めるときは」という文言と一体のもとして扱って、「公訴事実および保護処分相当性判断に関する事実」の審理の結果と解釈することが可能である。少年審判における「審判の結果」（例えば、少年法23条の不処分決定）と同義であり、要保護性に関する判断も含んでいるものと考えられる。少年法55条の適用段階では、刑事裁判所が主体になっているので「審判の結果」ではなく、「事実審理の結果」という文言が用いられているだけなのである。

42) 田宮・廣瀬・前掲書・注(37)・473頁。

本稿では、このように解するので、申立は公判が開かれて事実に関する審理が実質的に行われればいつでも行うことができ、裁判所はこれについて判断する義務を負うことになる。

(4) 保護処分相当性の判断

では、次に移送基準である「保護処分の相当性」判断についてはどのように考えればよいであろうか。

裁判実務では、おおむね2つの考え方が提示されている。

まず、保護処分・刑事処分比較考衡量説である⁴³⁾。この考え方は、刑罰と保護処分の具体的な比較検討によって、保護処分の相当性を判断すべきであるとするものである。すなわち、保護処分相当性の要素としての年齢、人格の成熟度、非行・保護処分歴、犯罪の情状の軽重、犯行後の情状、生育歴の問題点、科刑による弊害・影響、共犯者との処遇の均衡などを総合的に判断するのである。そして、当該事件の刑事事件で科されることが見込まれる具体的な刑罰よりも送致後保護手続きで見込まれる具体的な処分の方が少年の改善更生に有効であること(保護処分の有効性)、刑罰ではなく保護処分を選択することが被害感情、社会の不安・処罰感情・正義観念などに照らして社会的に受認・許容されるものであること(保護処分の許容性)を検討するのである。

次に、裁判員裁判実務を念頭において、少年法20条2項の「原則」逆送の例外として考慮される「特段の事情」をメルクマールとして判断する「特段の事情」必要説が説かれている⁴⁴⁾。この見解によれば、少年法55条移送の判断において移送を相当とするには、少年についての凶暴性・悪質性を大きく減じて保護処分を許容しうるような「特段の事情」のあることが必要であって、そのような「特段の事情」のほとんどは当該犯罪行為自体に密接に関連する事情であるとする。そのうえで、少年の資質・環境に

43) 廣瀬・前掲論文・注(39)・84頁他。

44) 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』(2009年)63頁。

関連する事情としては、動機の形成や経緯、責任能力など、刑事裁判における犯罪事実や重要な量刑事実に影響するものにおおむね限られるから、その判断要素は狭義の犯情を中心とした量刑事実と大差ないという結論を導いている。したがって、同条移送の判断にあっては、原則、通常量刑における考慮要素と同様の要素を基礎として判断すれば足りるというわけである。

しかしながら、これらの見解は、いずれも少年法20条の解釈を誤るとともに、同法1条の理念、同法40条及び50条の意義、そして刑訴規則277条の趣旨を無視するものであり、容認できない。少年刑事被告人については、成長発達権の観点から保護処分が大原則であるので、実務で行われているような「保護処分の許容性」について問題とする必要はない。というより、むしろ、当初から、社会感情、処罰感情、応報感情などを考慮することは許されないのである。

また、少年法55条が少年の不服申立権を実質的に保障した規定であることを前提とすれば、本条は、少年事件にも精通した刑事裁判官の目からの全く新しいレビューとして運用されるべきであることは言うまでもない。少年法20条2項が本文のしぼりで許されなかった、より広い意味での本来の「保護処分の有効性」判断（20条1項のそれに相当）が、本条を通して行うことができるのであり、行うべきなのである⁴⁵⁾。

そのうえで審理されるべき内容は、犯行の動機及び態様、犯行後の情況、少年の性格、年齢、行状、環境、その他の事情など⁴⁶⁾であり、特に少年

45) 少年法20条2項ただし書きも、確かに、「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」の考慮を認めてはいるが、これは16歳以上の少年に限定されていることに加え、同項本文の「形式的原則逆送」についてのごく例外事情の考慮に過ぎず、ほぼ類型化（嬰兒殺、付和雷同の共犯致死事例）されている。少年法55条移送後に考慮されるべきなのは、少年法20条逆送の原則規定である第1項の考慮事項である。2項逆送時には本来の意味での考慮事項は考慮されていなかったからである。この点について詳しくは、拙稿「少年司法手続における審判非公開及び逆送の再検討 子どもの成長発達論からのアプローチ」『龍谷大学・矯正・保護研究センター年報』第7号（2010年）を参照されたい。

46) 植村・前掲書・注(38)・375頁以下は、少年法20条2項ただし書きが明示する判断事

法50条に則った科学的判断を要するところでもある少年の性格を中心に、また少年の性格に影響を与えた環境についても広く家裁の社会調査記録を活用して検討すべきなのである(なお社会記録の扱い方については後述参照)。狭義の犯情、すなわち量刑事情に限定することは少年法55条の趣旨に反するものと言わなければならない。

5 少年調査記録(社会記録)の扱いのあり方

(1) 問題の所在

では、少年の社会記録⁴⁷⁾について、特に少年法55条移送決定の際の資料として公判で用いることに何の問題もないであろうか。現状では、以下で見ると秘密性を重視して、公開の法廷での取調べは極力避けておられており、取調べるにしても要旨の告知など簡略化されたものであるのが通常である。少年や関係者のプライバシーが白日のもとに晒され、少年自身も知られざる自分自身の情報を知ることになる。また、その後の家裁の業務一般(特に社会調査)に支障が生じるなどの理由で、このような対応がとられてきたのである。

しかし、このような対応をとってきたことは、刑事裁判の原則でもある直接主義、口頭主義に反することになるし、社会記録の内容も含めて、少年法55条移送決定をしないこと、量刑判断をしてきたことから、少年刑事被告人、弁護人の側からすれば、実質的な不服申立ができない状況にあったと言ってよい。

そこで裁判員裁判も始まった現在、少年法55条移送決定も裁判員が行うのであるから、社会記録の取調べも、一般市民にわかりやすく行われるべ

項に沿って保護不適か否かを判断すべきであるとする。

47) 本稿で用いている社会記録という言葉は、少年調査記録(家裁調査官作成の少年調査票、少年鑑別所作成の鑑別結果通知書、学校照会等の各種照会に対する回答書等を編綴したもの)と同義である。

きであるとの主張もなされるようになってきている。少年の情操保護、プライバシー保護の要請と刑事裁判の原則の調和を図るべく、以下で検討するような諸説⁴⁸⁾が説かれている所以である。

本稿の立場を明確にしておきたい。本稿では、少年刑事被告人の関係論的成長発達権保障の観点から、刑事公判は原則非公開であり、少年刑事被告人自身の退廷も情操保護の観点から可能であると主張した。よって、社会記録の扱いについても、現状の刑事裁判が問題にしている点については、ほぼ問題にならないと考えられる。裁判官、裁判員、検察官、弁護人の中で、社会記録を厳格な証明に基づいて取り調べても、関係者以外に情報が漏れることはないし、少年の情操保護も裁判所の裁量で可能だからである。

だが、本来的にはそうあるべきだとしても、現実の刑事裁判の運営の中で、少年刑事被告人の公判がすべて非公開とされる可能性は極めて低いことは承知している。ゆえに、現状の中においても、本稿の主張に近い運用はできないか。この点についての私見を提示しておくことは無意味ではないように思われる。以下では、少年の刑事公開裁判の中で、少年の情操保護と刑事裁判の原則の調整点を探ってきた従来の議論を検討し、私見として、刑訴法43条3項による事実取調説を提示しておきたい。

(2) 秘密性重視説

秘密性重視説は、従来型の実務において行われている口頭主義・直接主義の例外類型である。この考え方を代表する見解⁴⁹⁾は、社会記録の取調べ方法としては、法廷での朗読は極力避けるべきであるとする。そして、弁護人にもその趣旨を十分説明し、証拠調べの簡略化についてはある程度その協力を求めることも必要であるとする。そのうえで、実際の証拠調べは、概略的な要旨の告知かあるいは少年調査票および鑑別結果通知書の結

48) ここでの記述は、葛野尋之「少年事件の裁判員裁判」『季刊刑事弁護』57号（2009年）46頁に負うところが大きい。

49) 早川・前掲論文・注(39)・20頁。

論部分の告知程度にとどめ、社会記録を公判廷へ顕出することがその後の家裁の調査活動に悪影響を及ぼすおそれがあると憂慮されるときには、たとえ情状証拠としての有用性が認められても、社会記録を証拠として採用することを断念しなければならないとする。また、別の見解⁵⁰⁾は、少年記録の秘密性保護の一般的利益を考慮して、その取調べを概略的なものにとどめ、少なくとも、秘密性の高い事項、被告人の情操に有害な事項はその要旨をも告知すべきではないとする。

この点、現状の裁判員裁判において基本的に同様に扱われるべきであるとの見解⁵¹⁾が裁判実務家の中から主張されている。すなわち、当事者の了解を得て、法廷での朗読や要旨の告知を省略するなどの取り扱いをしている社会記録について、裁判員裁判での審理においても同様に扱い、構成裁判官が裁判員に対し、証拠となった社会記録の内容を適宜説明するなどして、その理解を求めるというものである。

もっとも、これに対しては、裁判官が重要な証拠の内容を裁判員に説明することにより、裁判員の判断が裁判官の説明の影響下におかれることになるから、その独立性が実質的に損なわれ、評議における対等性が損なわれること(裁判員の独立性・対等性の侵害)、および社会記録が当事者請求の証拠である場合、裁判官が内容説明を行うことは、その中立性を疑わせることになること(裁判官の中立性の欠如)などの問題点が指摘されている⁵²⁾。この批判は、裁判員裁判(裁判員法)の趣旨、当事者主義、刑事裁判の原則からして妥当な指摘である。社会記録に現れた少年、関係者等のプライバシー情報等を秘密にすることの重要性は誰も否定しないであろうが、同時に、刑事裁判の原則の重要性も否定されるべきではない。

50) 仲家暢彦「若年被告人の刑事裁判における量刑手続——少年調査記録の取り扱いを中心として——」原田國男・川上拓一・中谷雄二郎他編『刑事裁判の理論と実務(中山善房判事退官記念論文集)』(1998年)342頁。

51) 八木正一「少年の刑事処分に関する立法論的覚書」『判例タイムズ』1191号(2005年)・69頁(『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集(上)』(2006年)所収)。

52) 葛野・前掲論文・注(48)・46頁。

(3) 少年調査記録簡略化説

このことから、両者の調和をはかるべく、少年調査記録を簡略化したうえで、それを証拠として取り調べるべきであるとの主張⁵³⁾が展開されている。この考え方は、少年調査記録には、少年及びその家族の他人に知られたくないプライバシーにわたる事柄が広範に記されているので、これを公開法廷で明らかにすると、少年被告人はもとより、その家族までダメージを与え、弊害が大きすぎることを指摘する。それゆえに、この弊害をなくすために、少年調査記録の方をそのような公開法廷での審理もあり得ることを想定して、それに適合するように作成（簡略化）するというものである。

この考え方に対しては、少年の要保護性の解明が不十分となり、少年司法の根幹が切り崩されることになることが指摘されている⁵⁴⁾。この点、正当な批判である。少年調査記録を少年被告人の刑事裁判で証拠とすることの意味が、少年がかかえるさまざま問題性を検討したうえで、当該少年被告人本人を少年法55条によって家庭裁判所へ移送することの適否を判断しようとするものであるから、簡略化された少年調査記録ではその判断ができないことになる。また、調査記録は、家裁を中心とした専門機関による判断の集積であるのだから、そもそも簡略化になじむ性質のものではないと言うべきである。簡略化すれば本来の専門性が損なわれることになるからである。

(4) 合意書面化説

さらに簡略化より一歩進めて、刑訴法327条により合意書面化することで証拠調べをスムーズに行うことが当事者主義にも適うとする考え方もあり得よう。これであれば、社会記録自体を証拠とすることなく、裁判員も閲読することで理解することができる簡略な内容の書面が公判廷に顕出さ

53) 角田正紀「少年刑事事件を巡る諸問題」『家裁月報』58巻6号（2006年）37頁。

54) 葛野・前掲論文・注(48)・46頁。

せることができ、取調べについても簡略なものにとどめることができるというわけである。

しかしながら、これに対しては、当事者の合意ないし同意があったとしても、合意書面やダイジェスト版が社会記録の内容を正確に反映したものになるか保障がないこと、家裁の逆送決定の基礎資料となった社会記録と、刑事裁判所が家裁移送に関する判断のための証拠とする資料とが同一のものでなく、後者がより簡略なものということになると、逆送決定に対する実質的な不服申立審査が機能しなくなることなどを理由に厳しい批判が寄せられている⁵⁵⁾。

この批判については、情操保護等に配慮して要約したかぎり、社会記録全体を再現することはできず内容を正確に反映できないのは当然であること、当事者主義の観点からすれば同意(合意)があるかぎり、お互いの主張をさせる証拠として十分ではないかということなど再批判も考えられないではない。

だが、保護処分相当性を立証しようとする場合、通常、合意書面で簡略な取調べをしても、少年の成長発達権の観点からは意味がないのではないかと考えられる。また合意自体が成立する前提として、本来的に合意は検察官と少年刑事被告人の間の合意であるので、少年の情操に配慮するために合意をすることが不可能になろう。仮に弁護士と少年刑事被告人の間の綿密な打ち合わせのもとに、形式上、弁護士が合意するにしても、問題は変わらないものと思われる。

(5) 社会記録取全体の取調べ不要説(調査官意見書欄限定説)

このような状況の中、裁判員裁判を念頭に置いた裁判実務では、社会記録全体の取調べを不要とする見解が明確に示されるに至った。その内容は次のようなものである⁵⁶⁾。すなわち、少年法20条2項但書の趣旨に照らす

55) 同上。

56) 司法権研修所・前掲書・注(44)・63頁,65頁。

と、少年法55条の保護処分相当性は、刑事処分以外の措置をとる「特段の事情」に関する判断要素が変化した場合などにおいてのみ認められる。そして、この「特段の事情」のほとんどが当該犯罪行為自体に密接に関連する事情であり、少年の資質・環境に関する事情としては、動機の形成や犯行に至る経緯、責任能力・判断力等、刑事裁判における犯罪事実や重要な量刑事実に影響するものにおおむね限られている。したがって、その意味では、「特段の事情」の判断要素は、狭義の犯情を中心とした量刑事情と大差なく、通常量刑における考慮要素をもとに判断すれば足りるのである。そして、この「特段の事情」については、家裁調査官が社会調査記録を作成する際に、少年調査票の「調査官意見」欄に、その有無についての内容及び客観的根拠を簡にして要を得た具体的な記載によって示しているのが通常であるが、調査官意見への弾劾的主張・立証を行う当事者は、少年らのプライバシーに配慮した上で社会記録を含めて開示された記録の中から公判での朗読に適した部分を抜粋し証拠化すべく努めることを許されるだけで、「特段の事情」の有無の判断に不可欠でない証拠の提出は許されないし、家裁調査官を証人として尋問することも許されないのである。

もっともこの見解に対しては、直接的な動機形成や経緯、責任能力などに影響を及ぼさないとされた、例えば、少年の生育歴に起因するトラウマや少年の資質や性格形成への影響など、通常要保護性判断要素と考えられている諸事情は、少年法55条移送の判断の基礎から除かれることになりかねないとの批判が加えられている⁵⁷⁾。また、社会記録の取調べのこのような限定は、要保護性についての人間行動科学調査の活用に関する少年法50条、家裁の取り調べた証拠の取調べを定めた刑訴規則277条に明らかに反していて、少年の人格や生育環境に関する問題を家裁移送と量刑の判断から切り落とすことになり、少年の健全育成目的に適った、少年事件の特性

57) 村山裕「少年逆送事件の問題」『法律時報』81巻1号（2009年）36頁。

に相応しい審理を不可能にするとの指摘も十分に説得的である⁵⁸⁾。

上記4で検討したとおり、少年法55条の移送決定審判が、少年刑事被告人が原則である少年保護手続への回帰を求めるための成長発達権行使の場であるという点からすれば、家庭裁判所調査官の意見だけでは、保護処分(原則への回帰)の相当性は十分に判断できないことは言うまでもない。裁判実務で行われつつあるような社会記録の扱いは、少年の関係論的成長発達権を侵害するものに外ならない。

(6) 調査官証人尋問説

このように裁判実務の方向性が示される中、弁護士実務家の中からは家庭裁判所調査官の証人尋問によって社会記録の内容の証拠調べを行うべきであるとの主張が展開されている。第1の見解は、刑事裁判の直接主義・口頭主義に立ち返って、調査を担当した調査官を尋問することの必要性を強調し、「見て聞いて分かりやすい立証」という意味で、担当調査官に社会記録の内容を口頭で説明してもらうのが最適であるとする⁵⁹⁾。これに対して、第2の見解は、刑事訴訟規則277条の趣旨を守り、少年法9条の「科学主義」に根ざした調査官調査制度を守り、裁判員に分かりやすい裁判運営を行うという「公益」のために、刑事公判における公開主義・口頭主義の制限はありうるとして、公開を停止した形での調査官の証人尋問により社会記録の内容を証拠調べするという方法を提案している⁶⁰⁾。

第1の見解と第2の見解の相違は、少年刑事被告人の刑事公判を非公開にして調査官の証人尋問を行うか否かにある。本稿で指摘したとおり、本来的に少年の刑事公判は非公開にされるべきであるとする立場からすれば、家裁調査官の証人尋問時のみならず非公開とすべきことになるので、第2

58) 葛野・前掲論文・注(48)・47頁。

59) 川村百合「少年の裁判員裁判の問題点と解決策を考える」『自由と正義』59巻10号(2008年)92-93頁。

60) 村山・前掲論文・注(57)・37頁。

の見解の当該部分には異論はないが、双方の見解が家裁調査官を証人尋問することにはやはり疑問がある。すでに批判的見解によって指摘されているように、家裁調査官は、形式的には刑訴法144条によって公務上の秘密について証言拒絶できるであろうし、より実質的には少年の情操保護、調査票に含まれる内容の秘密性、信頼性の確保の保持が問題となるであろう⁶¹⁾。数多くの論稿で指摘されるとおり、少年事件の社会記録が刑事裁判で証拠とされ、家裁調査官自身が証人尋問にさらされることになれば、家庭裁判所での社会調査、特に関係人等の協力を得ることはプライバシー公表の可能性の観点から難しくなり、一種の鑑定書として扱われることになるであろう少年調査票作成者である調査官の「専門性」も弾劾の危険にさらされることになる。家裁段階での社会調査が萎縮してしまう可能性は否定できないのである。

(7) 事実取調（刑訴法43条3項）説

そこで本稿では、少年刑事被告人の成長発達権及び事件関係者のプライバシー権に配慮するとともに、裁判員参加の刑事裁判における直接主義の原則を貫徹する方法として、刑訴法43条3項による事実の取調の中で、少

61) 岡田行雄「改正少年法における社会調査」葛野尊之編『少年司法改革の検証と展望』（2006年）67頁。これに対して、葛野尊之「少年事件の処遇決定と裁判員裁判」澤登俊雄・高内寿夫編『少年法の理念』（2010年）183頁は、「少年調査票が証拠として取り調べられる場合、すでにその内容は裁判所に対して開示されているのであるから、家裁調査官の証言が少年調査票の重要部分の説明に関するものである限り、もはや裁判所に対して『国の重大な利益を害する』秘密であることを主張し、その証言を拒否することは認められない」とするが、調査票の内容が裁判所に開示されていても、家裁調査官が文字にしなかった重要な情報についての証言は拒否できないことには変わりはないのではないだろうか。また、刑訴法144条の「国の重大な利益を侵害する」か否かの判断は、この場合、最終的には家裁調査官への司法行政上の監督権限を有する最高裁判所の判断によるのだから（裁判所法80条）、家裁調査官の証人尋問を認めることは少年保護事件での社会調査制度という国の重大な利益の侵害につながると判断されるのが通常のように思われる。家裁調査官の個別の社会調査業務内容に関する証人尋問は、司法制度上、本来的に予定されていないのではなかろうか。

年調査記録(社会記録)を証拠調べするのがよいと考える。

少年法55条による移送決定については、以前から、公判期日を開かないで、刑訴法43条3項によって移送決定のために必要な事実の取調を行い、それに基づいて移送決定することもありうると指摘されてきたところである⁶²⁾。これを、より実質的に、現行法の枠の中で考えることができるのではないか。以下では、この点について若干の私見を提示しておきたい。

まず前提として、少年法55条の移送はあくまでも決定であり、刑訴法43条3項により、決定のために裁判所は事実の取調をすることができることは疑いがない。

では、事実の取調をどのような方法によるべきであろうか。

これについて、裁判実務では、万事裁判所の裁量に委ねるという対応をとっている。したがって、刑訴規則33条4項を適用して、必要と認めるときには、検察官、被告人、弁護人を取調に立ち合わせることも当然できる⁶³⁾。また、この事実取調の手続は、口頭弁論ではないので、公開する必要はない。さらに、証人尋問については、刑訴規則33条3項によって、必要があるときは、法及びこの規則の規定によって行うことができるようになっている⁶⁴⁾。

具体的には、少年調査記録(社会記録)の証拠調べは以下のような手続で行うのがよいように思われる。

第1に、事実取調の方法については、裁判所の裁量によって、適正な証明のための手続をとる。当事者の一方に異議がある場合には、証拠能力のある証拠についてその証明力を争う機会を与えるべきである(そもそも少年法55条の保護処分相当性の判断において、いかなる場合に相当と認めるかは裁判所の自由裁量である(最判昭和25.10.10))。

62) 団藤・森田・前掲書・注(41)・417-418頁。

63) 藤永幸治・河上和雄・中山善房編『大コメンタール刑事訴訟法・第1巻』(中山善房執筆部分)(1995年)460頁。

64) 同。

第2に、訴訟関係人を事実の取調に立ち合わせることの重要性に鑑みて、刑訴規則33条4項を必要的に適用すべきである。裁判員裁判における事実の取調として、直接主義、口頭主義の原則を実質的に採り入れる必要があること、少年の側からすれば、本事実取調は20条決定に対する実質的な不服申立手続として機能させる必要があることがその理由である。

第3に、本事実取調は形式的には口頭弁論手続ではないので公開の必要はない。もとより、少年被告人の刑事裁判については原則非公開とする本稿の立場からすれば、当然のことながら本事実取調も非公開が原則と言うことになる。

第4に、証人尋問についても事実取調の手続の中で行うべきものについては行うように厳選した審理計画をたてるようにすべきである。特に少年、関係者のプライバシーに深くかかわるような証人尋問は本手続の中で終結させる必要性が高いと思われる。なお、少年の成長発達権を阻害する内容をはらむ場合に、少年を退廷させることができることについては基本的に上述3(4)に同じである。もっとも、形式的は、事実取調は刑事公判ではないので、刑訴法286条の規定に拘束されることはない。

そして最後に、裁判員は、裁判員法6条1項により、少年法55条の規定による家庭裁判所への移送の決定に係る裁判所の判断を合議で行わなければならないのであるから、当然のことながら、本判断に関する43条3項の事実取調に加わることになると解する。仮に、本事実取調が同項の「移送の決定に係る裁判所の判断」に該当しないとしても、裁判員法60条によって、裁判所は裁判員の立会を許すべきことになる。

このように事実取調を実質的に一部の公判手続に代替することは、少年法の目的（健全育成、成長発達権の保障）および刑事訴訟法の目的（被告人の不安定な地位からの早期の解放）に適うこと、直接主義、口頭主義を原則とする刑事訴訟法・憲法の原則にも反しないこと、「司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資すること」をめざす裁判員法の趣旨にも反しないこと、公判前整理手続で十分な審理計画を立てることで実施

可能であること、関係者のプライバシーの侵害が最小限に抑えられること、従来の家庭裁判所における社会調査の実務に対する影響をあまり考えられないことなどから、実践する利益はあるのではないかと考える。

6 結 び

以上、本稿では、権利意思説(ないし選択説)を背景におく自己決定権に支えられた子どもの権利論とはまったく異なり、関係の権利説からとらえた関係論的成長発達権を子どもの権利論の基盤として、少年刑事被告人の公判廷での扱いについて論じてきた。

結論として以下の点を確認しておきたい。

まず、非行・犯罪に陥ってしまった少年にあっては、少年保護手続こそが育てなし(成長発達)のための原則的なプロセスであり、刑事裁判手続は、政策的妥協のための一時的例外措置に過ぎないということである。法律上も、刑事裁判手続が少年保護手続との相互循環性を持つ手続として制度設計されている限り、少年被疑者・被告人を早期に手続的負担から解放して原則プロセスへ回帰させることは、同人に対する刑事司法の大原則としてとらえるべきである。

そして、少年刑事被告人にとって極めて例外であるにせよ、厳然として刑事司法手続(特に公判手続)が適用される限り、当該手続内では、実質的に、関係論的成長発達権を基盤とした運営がなされるべきであるということである。具体的には、少年刑事被告人の刑事公判手続は非公開とされるべきであること、公判手続の運営は少年審判同様に懇切和やかなにおこなわなければならないこと、裁判官は少年刑事被告人の情操へ配慮して退廷させることができること、少年法55条は少年刑事被告人による少年法20条決定への不服申立規定として機能すべきであるので、その適否については裁判所の裁量によるのではなく必要的に判断しなければならないこと、移送判断にあたっての社会調査記録の証拠調べは刑訴法43条3項の事実の

取調べの中で行うことである。

なお今回の論稿では、少年刑事被告人の適正な量刑の問題についての検討をしていない。基本的には、少年について原則刑事罰廃止の立場をとる本稿からは、特に量刑の問題を論じる余地はないことになるが、上記で示した私見同様に、現状の刑事裁判を前提にした場合に、次善策として、関係論的成長発達権の観点から適正な量刑を検討しておくことは無意味ではない。この点については他日を期したいと考えている。