

早稲田大学審査学位論文（博士）

【法律過程と臨床過程との歴史的相克】
—日本の少年保護司法システムにおける検察官の役割とその中国法への示唆に関する考察—

早稲田大学法学研究科 公法学専攻

氏名：李程

指導教授：石川正興

目次

序章	1
一 問題の提起	1
(一) 犯罪少年を保護する意義	1
(二) 少年保護司法システムにおける犯罪少年の保護	2
(三) 犯罪少年の保護において検察官が果たすべき役割	3
二 本稿の構成	5
第一章 日本の少年保護司法における検察官の役割の変遷	7
一 検察官先議主義の確立——旧少年法	8
(一) 少年司法の誕生	8
(二) 旧少年法における検察官の役割の位置づけ	9
(三) 少年に対する司法的保護の意義	10
二 全件送致主義への変遷——現行少年法	11
(一) 家庭裁判所の設置	12
(二) 少年司法手続の変容	13
(三) 起訴強制主義	14
(四) 現行少年法による検察官権限の制限	15
三 少年審判への検察官関与——2000年少年法改正	16
(一) 少年審判の構造と検察官の関与	16
(二) 少年審判と適正手続	17
(三) 検察官関与の必要性	19
四 検察官権限の拡張——2014年少年法改正	20
(一) 法改正にともなう検察官権限の拡張	20
(二) 実務家と研究者からの批判	21
(三) 私見	22
第二章 旧少年法の制定と検察官先議制度	25
一 犯罪少年の処遇における刑罰・保護処分二元主義の確立	25
(一) 刑事法における人道主義の思想	25
(二) 少年保護主義の理念	26
(三) 「責任—応報」と改善社会復帰処遇との関係	26
二 旧少年法の制定経緯	28
(一) 懲治処分制度の廃止と感化法の改正	28
(二) 責任主義と感化教育主義との衝突および融合	29
(三) 旧少年法の立案、審議と公布	30
三 検察官先議制度の導入	31
(一) 分立主義と少年審判所中心主義の提案	32
(二) 検察官先議の提案	33
(三) 少年保護司制度	34
(四) 旧少年法における犯罪少年の取り扱い	35
四 1966年の「少年法改正に関する構想」における検察官先議の提案	37
(一) 少年法改正に関する構想の提出と検察官先議の提案	37

(二) 総合調査機関設置の提案.....	38
五 小括一検察官先議制度の意義と限界.....	38
第三章 少年審判への検察官関与.....	40
一 少年審判への検察官関与——制度の形成と運用の状況.....	41
(一) 少年法改正に関する構想.....	41
(二) 少年法改正要綱、部会長試案および中間報告.....	46
(三) 2000年少年法改正と検察官関与制度の確立.....	49
(四) 検察官関与の運用状況.....	55
二 少年審判への検察官関与——理論的な考察.....	64
(一) 少年法の職権主義的審判構造と検察官の関与.....	64
(二) 非行事実の認定と検察官の関与.....	68
(三) 適正手続と検察官の関与.....	72
(四) 健全育成、少年の人権保障と検察官の関与.....	76
三 保護処分と不処分に対する検察官の抗告受理申立て制度.....	78
(一) 少年側の抗告権と検察官の抗告受理申立て.....	78
(二) 抗告受理申立てに関する運用の状況.....	80
(三) 非行少年の処遇における検察官の抗告受理申立ての意義.....	81
第四章 現行少年法の起訴強制主義.....	84
一 少年法の起訴強制主義.....	86
(一) 起訴強制主義とは.....	86
(二) 起訴強制主義の例外.....	89
二 要保護性と刑事処分相当性.....	90
(一) 刑罰と保護処分.....	91
(二) 少年審判における要保護性.....	99
(三) 少年審判における刑事処分相当性.....	105
三 検察官送致制度.....	109
(一) 検察官送致決定の要件.....	109
(二) 原則逆送について.....	112
(三) 犯罪少年の責任能力.....	114
四 少年法55条による移送.....	116
五 小括一起訴強制主義による検察官起訴裁量権の制限.....	119
第五章 中国における少年刑事司法と検察官の役割.....	121
一 中国における少年刑事司法.....	121
(一) 未成年者保護法と未成年者犯罪予防法.....	121
(二) 少年刑事事件に関する刑法の規定.....	124
(三) 少年刑事事件に対する特別訴訟手続.....	125
二 少年刑事事件に関する条件付き不起訴制度.....	132
(一) 条件付き不起訴制度の趣旨と適用の要件.....	132
(二) 社会調査.....	135
(三) 幫教観察.....	137
三 条件付き不起訴制度における検察官の役割.....	139
終章 中国の少年司法改革の方向性と検察官の役割の在り方—日本法	
から得た示唆を中心に.....	140
一 犯罪少年に対する処遇の多様化—保護処分の導入.....	140

二 犯罪少年の事件に関して検察官先議主義を採用する可能性と審判機関の設置	140
三 調査機関の専門化.....	142
四 観察制度の充実化.....	144
五 検察官の役割の在り方および今後の課題.....	147

序章

一 問題の提起

(一) 犯罪少年を保護する意義

現在の日本における非行少年に対する法的対応システムとしては、「第一に、昭和 23 年（1948 年）制定の少年法（以下、「少年法」あるいは「現行少年法」と言う。）を主たる根拠法とする少年保護司法システム、第二に児童福祉法を根拠法とする児童福祉行政システム、そして第三に、刑事訴訟法を主たる根拠法とする刑事司法システム、という三つの異なるシステムが設けられている」¹。現行少年法による犯罪少年に対する法的対応システムは少年保護司法システムを幹線システムとし、児童福祉行政システムおよび刑事司法システムを支線システムとする。

刑事司法システムにおいて、「犯罪者に対して国は伝統的に刑罰という手段で対応してきたが、近代の責任主義刑法の下で責任無能力者は厳密な意味での犯罪者の範疇から外され、刑罰を免れることになった」²。日本においては、14 歳未満の触法少年は責任無能力者として刑罰を科す対象から外される。さらに少年保護司法システムでは、20 歳未満の罪を犯した者いわゆる犯罪少年についても刑罰ではなく、まずもって保護処分に対応しようとする仕組みをとっている。それは「少年が成人と比べて一般に未成熟であり、しかも可塑性に富み、たとえ罪を犯した場合でも成人と異なる処遇をする必要性と合理性が認められるという考え方に基づくものであるから」とされる³。また、少年保護司法システムでは、「犯罪少年による犯罪を含む少年の非行に対する理解の仕方が刑事司法システムにおける犯罪に対する理解の仕方とは異なっている」からとも指摘される⁴。刑事司法システムでは、犯罪という行為に着目するのに対して、少年保護司法システムでは、犯罪行為だけでなく犯罪少年という行為者自体にも着目することになる⁵。

そもそも犯罪の定義について、小川太郎は、法律過程、理論過程、臨床過程という場面においてそれぞれ捉え方が異なるとする。「法律過程でいう犯罪の概念は、刑法学において論じられている構成要件に該当する違法、有責の行為をいう」⁶。これに対して「臨床過程でいう犯罪の概念は、社会に危険な偏倚的行動であり、ここでは犯罪者の人格に

¹ 石川正興「日本における非行少年に対する法的対応システム」社会安全政策研究所紀要 1 号（2007 年）277 頁。

² 石川正興「犯罪者対応策に関する法的規制の在り方」早稲田法学 78 卷 3 号（2003 年）1 頁。

³ 川出敏裕「非行少年に対する法的対応システムの現状と課題」財団法人社会安全研究財団『少年非行に対する法的対応—第 3 回日中犯罪学学術シンポジウム報告書』（2009 年）3 頁。

⁴ 小西暁和「少年保護事件の調査・審判と保護処分の現状」財団法人社会安全研究財団『少年非行に対する法的対応—第 3 回日中犯罪学学術シンポジウム報告書』（2009 年）65 頁。

⁵ 小西・同上 65 頁。

⁶ 小川太郎『刑事政策論講義（第二分冊）』（法政大学出版局、1968 年）13~14 頁。

結びついた社会危険性とその社会適応性が問題になる」⁷。そこから、犯罪についての臨床とは、犯罪者の社会危険性がどこからくるものか、またその社会危険性を除去し、社会適応性を与えることができるかを判断するプロセスであるとする⁸。法律過程における犯罪の捉え方と臨床過程における犯罪の捉え方との相違は、犯罪者対応策を考える二つの視座を提供することになる。一つは「行為—責任—応報」という筋道であり、もう一つは「行為者—危険性—予防」という筋道である。ただし、少年保護司法システムにおいては、たとえ犯罪少年への対応についてであっても、行為者の犯罪的危険性を含む要保護性を考えることが必要となり、「行為者—危険性—予防」に類する「行為者—要保護性—保護」という筋道をとくに重視することになる。

ところで、要保護性の判断から導かれる保護とは何を意味しているものなのか。これに対しては、従来から見解の相違が見られ、その中でも「少年の自己決定の尊重と少年の要保護性の解消に対する援助という二つの要請を同時に満たすことが少年の保護である」とする見解⁹に説得力があると思われる。少年の自己決定の尊重、いわゆる少年の自由権の人権の尊重という要請は、少年司法における適正手続の要請と直接に関連しており、とりわけ、犯罪少年の場合をみると、要保護性を重視するのは言うまでもないが、その前提として少年の手続上の権利を保障する上で犯罪行為を行った事実を認定することを意味している。このプロセスで、刑法の「行為—責任—応報」という考え方を完全に排斥することはできない。福祉法・教育的側面を持っているとはいえ、少年法を犯罪との関連性を持った刑事立法と位置づける見解が一般的である¹⁰。罪を犯したことで、社会および他者の利益を侵害したことを根拠に、少年法は犯罪少年の事件に介入する。そこから、少年法による犯罪少年の保護は少年の再犯防止を通じて社会秩序の維持および社会安全の確保という意義を有しているとされる。ただし、それは過去に行った犯罪行為に対する非難ではなく、あくまでも犯罪少年の利益のために課されるものである¹¹とされるから、少年を改善教育するという意義をも有している。

(二) 少年保護司法システムにおける犯罪少年の保護

犯罪少年の事件について、全件送致主義に基づき、司法警察員また検察官は、捜査を遂げた後、犯罪の嫌疑があると思料するかぎり、事件を家庭裁判所に送致しなければならない（少年法 41 条・42 条 1 項）。家庭裁判所に事件が受理された後、犯罪少年について家庭裁判所調査官による調査と少年鑑別所による鑑別が行われる（少年法 9 条・17 条、少年鑑別所法 3 条・16 条）。この調査と鑑別の結果によって、家庭裁判所裁判官は審判開

⁷ 小川・同上 34 頁。

⁸ 小川・同上 36 頁。

⁹ 澤登俊雄「少年の人権と健全育成」刑法雑誌第 27 巻第 1 号（1986 年）200 頁。

¹⁰ 川出敏裕『少年法』（有斐閣、2015 年）14 頁。

¹¹ 川出・同上 12 頁。

始決定あるいは不開始決定をする（少年法 19 条・21 条）。審判開始決定がなされた事件については、まず犯罪事実の認定を行い、合理的な疑いを超える心証を得た場合に、次いで要保護性の認定を行うことになる。そして、犯罪事実および要保護性の判断に基づいて、犯罪少年に対して不処分、児童福祉機関送致、保護処分、あるいは検察官送致といった終局的な処分を決定する（少年法 23 条・18 条・24 条・20 条）。

少年保護司法システムにおける犯罪少年に対する保護は終局的な処分だけでなく、調査・審判の全過程および中間的な措置にも現れている（例えば、少年法 25 条による試験観察）。前に述べたように、このプロセスは回顧的な「行為—責任—応報」という筋道ではなく、主として展望的な「行為者—要保護性—保護」という筋道をとっており、行為より行為者自体に着目しているからである。犯罪少年である行為者の改善更生のために、できるかぎり刑罰という対応を避け、非刑罰的な対応を求めるのは犯罪少年を保護する具体的な現れである。現行少年法では、家庭裁判所裁判官がそれにあたって、手続上中心的な役割を果たしている。これは少年法と 1922（大正 11）年制定の少年法（以下、「旧少年法」と言う。）との大きな相違点である。後述のとおり、旧少年法は検察官先議主義を採用しており、検察官は起訴段階において刑事司法の流れから犯罪少年の事件をダイバートしてから、非刑罰的な対応の手段を求めるという形をとっていた。むろん、現行少年法にも旧少年法にも、犯罪少年に対して刑罰という対応の手段が完全に排斥されているわけではない。ただし、現行少年法は保護優先主義に基づいているため、刑事司法システムに移されて刑罰が科された犯罪少年の事件の件数はきわめて少ないのが通常である（例えば、平成 27 年の家庭裁判所終局処理人員 8 万 2,441 人中、検察官送致決定となったのは 4,556 人であり、全体の 5.5%にすぎない）。

（三）犯罪少年の保護において検察官が果たすべき役割

現行少年法制定当初には、少年審判の対象を要保護性のみであるとする見解があった。その後、保護処分は少年の自由を制限する不利益処分としての側面を有しており、少年の人権を保障する観点から、非行事実の存在を、保護処分を課す要件とすべきであり、非行事実を要保護性ととも少年審判の対象とすべきとする見解が有力となった。これが、現在の通説となっている¹²。1960 年代の後半から 1970 年代にかけて、現行少年法の成立に大きな影響を与えたアメリカ少年裁判制度に関し、アメリカ連邦最高裁判所は非行事実の認定手続に適正手続が妥当すべきとする一連の判決を下した¹³。日本では、1983 年の流山中央高校事件に対する最高裁判所決定によって、日本国憲法 31 条の保障する法の適正手続という趣旨は少年保護事件にも適用すべきという意見が示された¹⁴。また、非

¹² 川出・同上 93~94 頁。

¹³ 川出・同上 144 頁。

¹⁴ 最決昭和 58 年 10 月 26 日刑集 37 卷 8 号 1260 頁。川出・同上 145 頁。

行事実認定手続を一層適正化するため、2000年少年法改正によって、家庭裁判所裁判官の裁量で少年審判の非行事実認定段階に検察官の関与が認められることに至った。関与する検察官は訴追官ではなく審判協力者であると位置づけられ、少年保護司法システムにおいて、その権限が大きく制限されている。家庭裁判所裁判官は犯罪少年の事件に対して刑事処分相当と判断した場合に、事件を検察官に送致することができる（少年法20条）。後述するように、起訴強制主義に基づき、検察官は送致された事件について、刑事裁判所に公訴を提起しなければならない。また、検察官は要保護性の判断と刑事処分相当性の判断のいずれにも関与することができない。

旧少年法は、前述のとおり検察官先議主義を採用しており、犯罪少年の事件について、起訴段階で公訴を提起するか少年審判所に事件を送致するかを検察官の裁量により決められると定めていた。現行少年法は旧少年法の検察官先議主義を廃止したが、1960年代の法務省少年法改正に関する構想に青年層の設置と関連する検察官先議制度の提案がなされた。そして、日本の現行少年法の制定に大きい影響を与えたアメリカ少年司法制度には、1990年代から、少年裁判所による移送の審判を経ずに刑事裁判所に少年の事件に係属させる検察官先議制度も拡大している傾向がある¹⁵と述べられている。

少年保護司法システムが構築されていない中国では、刑事司法システムにおいて、犯罪少年を保護する中核的な役割を果たしているのは検察官であると言える。検察官は起訴段階で行われる条件付き不起訴の決定を通じて、軽微な犯罪行為を行った少年を刑事司法の流れからダイバートして、非刑罰化する形で犯罪少年に対する保護を図ろうとする。ただし、刑罰を代替する保護処分を設けていないため、非刑罰化された少年に対する適切な処遇を徹底することができないのは、制度上大きな欠陥であるように思う。

国は政治、経済、文化それぞれを異にしているから、同じ社会的問題に臨んでいても、かならずしも同じ対応策で解決できるわけではない。しかし、実務で検証された効果的な対応策は、それらの形成されるプロセスに内在する本質的要素があり、法律過程における犯罪と臨床過程における犯罪との矛盾相克というのは、日本であれ中国であれ、共通しているであろう。それは他の国にとって重要な参考になるものであるように思われる。犯罪少年に対する適切な対応策を図るために、日本の実務家たちは19世紀末からすでに検討を始めていた。やがて1922年に旧少年法を制定するに至り、手続上検察官をその中核的な役割を果たす主体とする検察官先議制度を確立した。1948年に制定された現行少年法によって、検察官先議制度が廃止され、少年保護司法システムにおいても検察官の権限が厳格に制約されることとなった。なお、2000年の少年法改正によって、一定の事件について少年審判の非行事実認定段階に検察官の関与が認められるようになり、2014年の少年法改正では、検察官の関与が認められる事件の範囲はさらに拡大した。日

¹⁵ 山崎俊恵「アメリカ少年司法における検察官および弁護人の地位と役割」守屋克彦=斉藤豊治『少年法の課題と展望（第2巻）』（成文堂、2006年）76頁。

本の旧少年法の制定から現在までのこうした検察官の役割の変遷について、その原因と背景に、犯罪少年の事件処理・処遇に対する「法律過程重視→臨床過程重視→法律過程重視」という大きな動きがあると考えられ、それは犯罪少年の対応策にどのような影響を与えたか、という問題を明らかにすることができれば、中国の少年司法の改革にとっても非常に意義を有するものになると思う。そこで本稿は、日本の旧少年法および現行少年法における検察官の役割を考察した上で、今後の中国における少年司法制度の改革および検察官の役割の在り方について、若干の立法論的提言を行うことにしたい。

二 本稿の構成

本稿は序章と終章を含めて、七章から構成されている。

まず、序章では、本論文の問題意識と全体の構成を示した。

そして、第一章では、歴史的な観点から日本の少年司法における検察官の役割の全体像を把握するために、1922年の旧少年法の制定を考察の起点とし、1948年の現行少年法の制定、2000年の少年法改正、2014年の少年法改正という四つの段階に分けて検察官の役割の変遷を概観する。

第二章では、旧少年法の制定と検察官先議制度について考察を行う。旧少年法は犯罪少年の取り扱いについて、検察官先議主義を採用しており、検察官は捜査を遂げた犯罪少年の事件を起訴するか少年審判所に送致するかを振り分ける権限を有していた。ここで、旧少年法の制定経緯および検察官先議主義を導入した背景について考察することを通じて、検察官先議制度の意義と限界を検討する。

第三章では、現行少年法における少年審判への検察官関与について、まずその制度の形成と運用の状況を紹介し、次に、少年審判の職権主義的構造、非行事実の認定、適正手続の要請、少年の健全育成と人権保障といった角度から検察官関与の必要性と合理性を分析する。

第四章では、現行少年法の起訴強制主義について理論的な考察を行う。検察官は、家庭裁判所から送致を受けた事件（逆送事件）について、公訴を提起するに足りる犯罪の嫌疑があると思料するときは、刑事裁判所へ公訴を提起しなければならないと定められており（少年法45条5号）、これが現行少年法の起訴強制主義と言われるものである。起訴強制主義に基づき、検察官は逆送事件について、公訴提起する否かの裁量権を持たない。本章では、とりわけ、要保護性と刑事処分相当性という諸概念の内実を分析することを通じて、現行少年法が検察官の起訴裁量権を認めず起訴強制主義を採用する理論的根拠について検討する。

第五章では、中国の少年刑事司法の歴史・現状と検察官の役割を紹介する。1980年代から、中国は犯罪少年の保護のために、刑事司法システムにおいて少年法廷の設置をはじめとするさまざまな試みを行った。2012年3月、中国刑事訴訟法の改正で、少年刑事

序章

事件に関する特別訴訟手続が新設された。その中でも、犯罪少年を対象とする条件付き不起訴制度は現在の中国少年刑事司法の最も重要な部分になっていると言える。この制度の下に、検察官は起訴裁量権の行使を通じて、刑事司法手続の流れからダイバートする形で犯罪少年を保護するという目的を達成しようとする。

最後に、終章では、これまでの検討を踏まえて、中国の少年司法改革の方向性と検察官の役割の在り方を論じる。

第一章 日本の少年保護司法における検察官の役割の変遷

日本では、犯罪少年の取り扱いにおける法律過程と臨床過程、また「行為—責任—応報」という筋道と「行為者—要保護性—保護」という筋道との矛盾相克が、1922年旧少年法の制定および1948年現行少年法の制定、または1960年代からこれまでの少年法改正をめぐる論議の太い幹にあたる。検察官は基本的に「行為—責任—応報」の筋道で行動すべき立場にあり、少年保護司法において果たすべき役割がある一方、限界もあることは否定できない。

2014年4月、「少年法の一部を改正する法律案」は参議院本会議で可決され、成立した。今回の法改正の内容の一つは、少年審判手続に検察官が関与すること¹⁶ができる事件の範囲の拡大である。こうした改正は、少年司法に携わる実務家、とくに弁護士たちからしばしば批判されているが、それは少年司法における検察官の役割のあり方について改めて検討を加えるきっかけともなった。

なお、検討の起点については、少なくとも二つのものがある。一つは、1948年に制定された現行少年法を起点とするものである。この起点からすれば、少年審判への検察官関与については少年司法における検察官権限の変遷が次第に拡張されるプロセスがある。いま一つは、1922年に制定された旧少年法を起点にするものである。ここから少年司法を眺めれば、検察官の権限が制約される段階から拡張される段階を経る流れがみえる。現行少年法が制定された後、そこを起点とした研究は基本的に検察官の権限を制約すべきだと主張していた。例えば、1960年代に法務省が「少年法改正に関する構想」を提出した際に、正田満三郎が青年層に対する検察官先議の提案に対して、次のように述べた。「そもそも、家庭裁判所が司法機関として犯罪少年または非行少年の処遇決定をまかされるに至った根本の理由は、それらの者に対する処遇の決定を終局的に司法機関による一義的解決にまつことが、行政的恣意性を排して安定した少年の保護育成の上に必要不可欠と考えたからであろう」¹⁷。行政的恣意と述べたのは、検察官先議に反対していたからである。そして、2000年の法改正、2014年の法改正に対して、実務家と研究者の一部が現行少年法の理念や審判の方式などの面から少年審判への検察官の関与に反対していた。

旧少年法にしても現行少年法にしても、アメリカ少年司法から影響を受けたことは否定できないであろう。ただ、現行少年法を制定した背景には、GHQによる介入があったということで、影響される程度が甚だしかったとも言えようか。制定された当初の少年裁判所法が、少年にとって、専ら利益的と想定される処遇を判断するための非形式的な少年裁判所の手続の中でアメリカ国内では利害対立の存在は前提とされず、検察官の関

¹⁶ 少年審判への検察官の関与は2000年の少年法改正により、はじめて認められた制度である。

¹⁷ 正田満三郎「検察官先議と起訴便宜主義(3)——『少年法改正に関する構想』の底にあるもの」判例時報460号(1966年)3~4頁。

与も弁護士との関与も不要とされていた¹⁸。しかし、1960年代、少年司法の適正手続の要請とともに、検察官についても全ての少年事件にその関与を認める法域が多くなっていた¹⁹。こうした動きも、日本の少年司法に何らかの示唆を与えるかもしれない。

少年保護司法システムを考察するにあたっては、刑事司法システムとの関わりも視野に入れる必要がある。そもそも、1922年に制定された日本の刑事訴訟法（以下、「旧刑事訴訟法」という。）がドイツ刑事訴訟法からの影響を受けており、同じ年に制定した旧少年法に定められる検察官先議制は刑事訴訟手続の起訴猶予制度とワンセットになっていた。そこで、本章では1922年制定の旧少年法を考察の起点とし、1948年の現行少年法制定、2000年の少年法改正、2014年の少年法改正という、四つの段階に分けて、少年保護司法における検察官の役割の変遷を検討してみたい。

一 検察官先議主義の確立——旧少年法

（一）少年司法の誕生

パレンス・パトリエ思想（国親思想）の下で、1899年アメリカ合衆国イリノイ州において少年裁判所法の制定が少年司法の誕生を告げることになった。日本では、その直後の1900年に同じくパレンス・パトリエ思想を指導理念として、感化法が制定された。なお、保護対象となる少年から保護実施の仕組みまで、上述二つの法律には異なる部分も多い。

まず、イリノイ州少年裁判所法では、要扶助児、遺棄児、孤児とあわせて非行少年をも管轄範囲に収めるが²⁰、感化法では制定当初感化院の収容対象として、「①親権者・後見人がなく、不良行為を行う8歳以上16歳未満の者、②刑法にもとづく懲治場留置を言渡された者、③民法152条の懲戒権の行使として懲戒場に入ることを裁判所が許可した者」²¹が定められていた。次に、イリノイ州少年裁判所法では、司法機関である少年裁判所が少年保護の実施における中核的な存在であるのに対して、感化法では、行政機関である内務省が管轄する感化院への収容により少年の保護を実現した仕組みになっている。

とはいえ、非行少年に対して従来の刑事司法システムにより刑罰で対応しようとするのを避けようとする点で共通していると思われる。保護の欠けている児童は言うまでもなく、非行少年も責任を負うべき主体から保護の対象へと転換すべきことがこの主旨だと言えよう。

しかしながら、1907年の現行刑法の制定まで、旧刑法による犯罪少年に対する懲治処分が廃止されていなかったために、懲治処分と感化院の処遇との併存・交錯した複雑な

¹⁸ 山崎俊恵「アメリカ少年司法における検察官および弁護人の地位と役割」守屋克彦=斉藤豊治『少年法の課題と展望（第2巻）』（成文堂、2006年）69頁。

¹⁹ 山崎・同上75頁。

²⁰ 森田明『少年法の歴史的展開』（信山社、2005年）2頁。

²¹ 丸山雅夫『少年法講義』（成文堂、2010年）17頁。

状況が存在した。その後現行刑法の制定により懲治処分は廃止されたが、犯罪少年の扱いは依然として刑法にもとづく監獄法上の特設監によっていた。こうして、統一的少年司法制度という点で感化法は不徹底的な面があると言われている²²。1922年制定の旧少年法によって、こうした不備が是正された。

旧少年法にはアメリカ少年司法の影響が否定できないにもかかわらず、単なる法の移植とは必ずしも言えなかった。その理由は、少なくとも以下の三つほどあげられる。第一に、刑罰法令に触れる行為をなしたまたは刑罰法令に触れる行為をなすおそれのある少年²³を対象と定め（旧少年法 4 条）、要扶助児童や孤児などを排除している点で、福祉的色彩の濃いアメリカ少年裁判所と比べてより刑事司法的性格を有している。第二に、少年審判所は、裁判官が審判を担当しうることから（旧少年法 21 条）、「準司法機関」とも言われたことがあるものの、行政機関である司法省の管轄に属し（旧少年法 17 条）、したがって司法機関であるアメリカの少年裁判所とは性質上異なっている。第三に、犯罪少年の事件について検察官先議制を確立した（旧少年法 62 条）。検察官先議制の採用についてはともすれば刑罰優先だと言われたが、後に述べる実際の運用からみるとおそらくこの結論は妥当でないと思われる。

旧少年法は検察官先議制を採用した点において、森田明が述べたように、「犯罪少年は第一義的・概念的には罪人たりうる責任的存在であるが、しかし同時に、一定の条件が満たされる場合にはできる限りの保護的取扱いを受けるべき存在である」²⁴。つまり、旧少年法は保護を法律の目的にしても、責任を完全に排斥していなかったことがイリノイ州少年裁判所法の立法精神との根本的な違いである。こうして、18歳未満の犯罪少年の事件について、旧少年法が現行刑法、旧刑事訴訟法の特別法として適用されることとなり、また14歳未満の触法少年については感化法の適用を優先しているということで、日本独特の少年司法制度が形成されるようになった。

（二）旧少年法における検察官の役割の位置づけ

旧少年法では、犯罪少年の事件について検察官が裁量権を持つため、検察官が保護処分相当だと判断した場合のみ、犯罪少年がはじめて少年審判の対象となりうる（旧少年法第 62 条）。この「検察官先議主義」が、現行少年法との大きな相違点の一つである。以下では、検察官先議主義を中心に、旧少年法における検察官が担う役割を検討してみたい。

まず、旧少年法では、犯罪少年の事件について、検察官が刑事処分相当性の判断とともに保護処分相当性の判断をも行い、保護処分相当だと思料した場合、事件を少年審

²² 丸山・同上 17~19 頁を参照。

²³ 大正 11 年少年法（大正 11 年法律第 42 号）第 4 条。

²⁴ 森田・前掲注 20 の 5 頁。

判所に送致することになる。しかし、保護処分の判断が検察官により行われることが妥当であるかどうかは疑問の生じるところになる。たとえば、阿部純二は、「保護処分が必要かどうかを最終的に検察官に決定させるのは妥当であろうか、また検察官にこのような判断が可能であろうか」²⁵と指摘していた。

次に、少年審判所に送致しないと決められた事件について、起訴猶予にするかどうかを決定する。旧少年法を制定した同年、旧刑事訴訟法が制定された。同法 279 条に定められた起訴便宜主義により、犯罪事件に対する起訴するか否かの裁量権が検察官に与えられ、この起訴猶予制度は少年法の検察官先議制と有機的に結合することとなった。

最後に、刑事処分が適当だと判断した事件について、公訴を提起・維持する。当時の司法省刑事局の通牒によれば、少年審判所送致を控えて公訴を提起すべき対象は、「(1) 保護処分では「到底改悛セシムルノ見込」のない者、(2) 一般予防上刑を科すことを必要とする者、(3) その他の酒造法違反、印紙税法違反等の罰金・科料にあたる事件である」²⁶との規定があった。

(三) 少年に対する司法的保護の意義

上述のように、日本では、まず少年を成人から区別して処遇しようとする試みは懲治処分であった。旧刑法によると、12 歳未満の者を刑事責任無能力者とし、12 歳以上 16 歳未満の者については、是非の弁別なくして犯したときは罪を論ぜず、ただ、情状によって 20 歳に達するまで懲治場に留置できることとし、また、弁別のあるときは刑の減輕をすることなどが定められていた（旧刑法 79~84 条）。このほか、旧刑法の下で作られた監獄則では、放恣不良の少年を懲治場で矯正帰善させたいと尊属親から願い出のあった 8 歳以上 20 歳以下の者を懲治場に収容することができる制度を定めていた（明治 14 年監獄則 18~20 条）。しかし、懲治場での少年処遇の実際は、一般犯罪者の自由刑の執行とほとんど異ならなかったと言われている²⁷。1907 年の現行刑法の制定まで、少年に対する懲治処分が保持されていた。これは純粋な刑事司法の枠組みに定められる少年処遇であるため、懲罰（懲）を通して少年を矯正する（治）ことを意図していると言える。悪風感染をはじめ懲治処分のもたらした弊害が、少年矯正という目的の達成を阻害する要因となり、現行刑法では廃止されることに至った。

だが、現行刑法の制定により不適切な処遇方法が廃止されても、少年犯罪の問題自体は依然として継続した。現行刑法は刑事未成年年齢を 12 歳から 14 歳に引き上げ（刑法 41 条）、これに伴って同年に感化法が改正されて、感化院に収容する者については、入院時の年齢の上限が 16 歳未満から 18 歳未満に改められたほか（明治 41 年感化法 5 条 1 項）、

²⁵ 阿部純二「検察官先議の問題点」法律時報 42 巻 13 号（1970 年）38~41 頁。

²⁶ 森田・前掲注 20 の 214 頁。

²⁷ 『犯罪白書』平成元年版第 4 編第 4 章第 2 節。

不良行為をなし又は不良行為をなすおそれがあり、かつ適当に親権を行うものがなく、地方長官が入院を必要と認めた者、親権者又は後見人から入院を出願し、地方長官が入院を必要と認めた者等が収容されることに改められた（明治41年感化法5条2項）²⁸。

司法的保護についてであるが、保護という言葉は、少年司法において特別な意味付けがある。旧少年法には、現行少年法第1条のように「法律の目的（少年の健全な育成を期すること）」を明記していなかった。しかし、法制定の背景を遡ると、おそらく現行少年法と同じく少年を保護する意図があることを読み解くことが可能であろう。懲治処分と感化法の後に制定された旧少年法には、以下のように少年の保護に対してかなり理性的な考慮が含まれているように思われる。

まず手続の面において、刑事訴訟手続と基本的に分離した保護手続を規定した上、検察官と少年審判所が主役になって少年事件を担当するようになったことを指摘したい。前述のとおり、旧少年法制定後には、検察官先議制の下で少年の刑事事件を保護事件化する傾向が見られ、同年に制定した旧刑事訴訟法により起訴猶予制度も少年事件に対して適用されるようになった。

次に、処遇の面においては、保護処分を定めたということで、少年に対して刑罰とは質的に異なる処遇を行うようになった。保護処分の性質については、これを刑罰と保安処分との相違を考察した上で把握するのが一般的となっている。つまり、一方で「刑事責任に基づく刑罰」、他方で「犯罪の危険性に基づく保安処分」、または「要保護性に基づく保護処分」というように捉えられている（「要保護性」という用語は現行少年法の審判対象論とも関連するが、便宜上ここではそのまま使用しておきたい）。保護処分を刑罰と対峙する保安処分と同じ次元で考察するのは、司法的強制力を伴うことを強調する点で共通しているからである。しかしながら、「社会の保安」を主目的とする保安処分と、「少年の保護」を主目的とする保護処分とでは、本質的な違いがある。旧少年法が定める保護手続と保護処分には、少年に対する「司法的保護」が内実となっており、この司法的保護には、宮城長五郎の指摘した「寛厳互存」²⁹という旧少年法の精神が貫かれていると思われる。刑事政策上の特別予防の観点から、刑事手続と刑事処分（刑罰）に比べて、司法的保護は科学主義に基づきながら、非行事実とともに調査の結果を重視して、少年の特性に応じる適切かつ柔軟性に富む処遇を行うことでより有効な方法であるとされていた。

二 全件送致主義への変遷——現行少年法

²⁸ 丸山・前掲注21の18頁を参照。

²⁹ 森田・前掲注20の206頁。

(一) 家庭裁判所の設置

戦後の1948年に、GHQの介入により、旧少年法を全面改正する形で、現行少年法が制定された。旧少年法と比べて、現行少年法には改正されたところが多く見られるが、ここでは家庭裁判所の設置と全件送致主義を中心に考察してみよう。現行少年法の制定により、まず旧少年法の下で設立された行政機関である少年審判所が廃止された。それに代わって、新設した家庭裁判所が家事事件とともに少年事件に対して管轄権をもつようになった。次に、家庭裁判所の設置とも関連することであるが、手続上の大きな変化として、旧少年法の検察官先議主義が改正され、家庭裁判所に対する全件送致主義、換言すれば「家裁先議主義」が採用されるようになった。

検察官先議主義と全件送致主義との違いについては、前者においては、少年の刑事事件の捜査を遂げた段階で、直ちに捜査官でありかつ公訴官である検察官に処分選択を委ねるものであるのに対し、後者においては、家庭裁判所が検察官の処遇意見とは反対の立場にある少年、保護者または付添人の意見を聞いた上で処分選択を行う、という手続の差であると言われる³⁰。こうした手続の変化の結果として、家庭裁判所が少年事件に対して大きな権限を持つ。つまり、検察官に代わって、家庭裁判所が少年司法手続の核心的機関となった。

少年審判所と違って、「家庭裁判所は裁判所であり、司法機関である以上、裁判所を支配する諸原則、たとえば、司法の独立、司法の優位などは当然家庭裁判所にも当てはまる。また、司法の本質的特徴の一つである受動性も、少年審判手続の基本的な性格として採用され実現されている。すなわち、家庭裁判所に送致、通告のあった事件を取り扱うことを原則とし、不告不理の原則が基本的に承認されている。さらに、審判と執行を分離することによって、三権分立の原則も貫かれている」³¹。ただし、通常の裁判所と違うのは、少年保護の役割を果たしている家庭裁判所が行う少年審判には、司法的機能のみならず福祉的機能の発揮も期待されているという点である。

少年審判の司法的機能は、刑事政策の一般的予防という目的に着目し、それについて実体面と手続面に分けて捉えるのが一般的だと言われる³²。実体面における司法的機能とは、少年審判が国の司法制度の一環として、これにより社会公共の福祉と安全を図ろうとする刑事政策上社会防衛の役割を果たしていることを意味しており、手続面における司法的機能とは、少年審判での非行事実の認定と適正手続の保障を通じて、適切な処遇を決定するということを意味している。一方、福祉的機能は刑事政策の特別予防という目的を目指し、家庭裁判所が少年鑑別所の鑑別結果及び家庭裁判所調査官による調査結果を活用して、少年の資質と環境の両面にわたる資料を基礎として、少年審判の全過程

³⁰ 守屋克彦『少年非行と教育』（草書房、1984年）161頁。

³¹ 平場安治『少年法（新版）』（有斐閣、1987年）81頁。

³² 裁判所職員総合研修所監修『少年法実務講義案（再訂補訂版）』（司法協会、2012年）20頁。

において福祉的・教育的な働きかけを行うということを意味している。

(二) 少年司法手続の変容

まず犯罪少年の事件について述べる。旧少年法が定める検察官先議主義の下では、犯罪少年の事件について捜査を遂げた後、まず検察官が処分の判断を行う。検察官の裁量により、少年審判所に送致するか、起訴猶予にするか、あるいは公訴を提起するかが振り分けられる。さらに、旧刑事訴訟法では少年事件に対して微罪処分を認めていたため、警察段階で事件の処理を終結することもあった。これに対して、現行少年法では全件送致主義を採用した上に、少年事件に対して微罪処分や起訴猶予処分のいずれも適用していない。手続の流れとして、犯罪少年の事件について捜査を遂げたならば、必ず家庭裁判所に送致するようになっている。ただし、送致するルートは二つに分けられている。すなわち、①罰金以下の刑にあたる犯罪があると思料する場合には、司法警察員が事件を直ちに家庭裁判所に送致しなければならない（少年法 41 条）、②それ以外の犯罪の場合には司法警察官から検察官への送致が行われ（刑事訴訟法 246 条）、その後検察官は、少年の被疑事件について捜査を遂げた結果、犯罪の嫌疑があると思料するときは、事件を家庭裁判所に送致しなければならない（少年法 42 条）。このように、犯罪少年事件は全件が家庭裁判所に送致され、家庭裁判所が刑事処分相当と判断した場合に、事件は再び検察官に送致される（少年法 20 条）。検察官はこの逆送事件に対しては、原則として刑事裁判所に公訴を提起しなければならないこととされる（少年法 45 条 5 号）。

次に、触法少年の事件について述べる。旧少年法では、触法少年の事件について、地方長官より送致を受ける場合を除いて少年審判所の審判に付すことがない（旧少年法 28 条 2 項）。つまり、感化法上の措置を優先する仕組みを採用していた。その点は、現行少年法・児童福祉法に受け継がれた形になっている。すなわち、現行少年法によると、14 歳未満の少年である触法少年の場合に、発見者はまず都道府県知事または児童相談所長に事件を送致・通告することになる。そして、家庭裁判所は、都道府県知事又は児童相談所長から送致されてきた場合のみ、触法少年の事件を処理することができる（少年法 3 条 2 項）。いわゆる「児童福祉機関先議主義」を採っている。

最後に、虞犯少年の事件について述べる。まず、14 歳未満の虞犯少年の事件について、旧少年法では、触法少年の事件と同じく感化法上の措置を優先的に適用するようになっている。また、14 歳以上 18 歳未満の虞犯少年については、一般人の通告により、あるいは少年審判所の認知により、少年審判の対象となる（旧少年法 29 条）。現行少年法でも、これと同じく、年齢によって異なる処理の仕方を採用する。違うところは、現行少年法は少年の年齢の上限を 20 歳に引き上げ、それにより虞犯少年の上限年齢も 20 歳となっている点で、これにより、虞犯少年は 14 歳未満、14 歳以上 18 歳未満、18 歳以上の三層に分けられ、これらに対応して処理の仕方が異なる。第一に、14 歳未満の虞犯少年の場

合には、触法少年と同じく児童福祉機関先議主義が採用され、発見者はまず都道府県知事又は児童相談所長に通告することとなり、その後、都道府県知事又は児童相談所長が必要と判断した場合に、事件は家庭裁判所に送致される（児童福祉法 25 条から 27 条）。第二に、14 歳以上 18 歳未満の虞犯少年の場合には、警察や保護者は、児童相談所に通告するか、又は家庭裁判所に送致・通告するか、いずれか少年に相応しい方法を選ぶことができる（少年法 6 条 2 項）。児童相談所に通告されたときでも、やはり最終的に児童福祉機関が必要と判断した場合に、事件を家庭裁判所に送致されることになる。第三に、18 歳以上の虞犯少年の場合には、事件が捜査機関等から家庭裁判所に送致・通告等されることとなる。それは、児童福祉法により、児童年齢の上限が 18 歳と定められているために（児童福祉法 4 条）、18 歳以上の虞犯少年に対しては児童福祉法上の措置をとることができず、家庭裁判所に送致して少年審判の対象とするしかないからである。

（三）起訴強制主義

刑事訴訟法では、起訴便宜主義が採られ、犯罪事件に対する検察官の広範な訴追裁量権を認められている（刑事訴訟法 248 条）。しかし、少年法では、家庭裁判所から送致を受けた事件について、検察官は公訴を提起するに足る犯罪の嫌疑があると思料するときは、公訴を提起しなければならない（少年法 45 条 5 号）と規定して、検察官の訴追裁量権の行使を否定した。家庭裁判所が逆送した事件に対しては、起訴強制原則を採用したわけである。起訴強制原則に基づく検察官の公訴提起が、家庭裁判所による少年審判と刑事裁判所による刑事裁判との転換点となっており、これにより少年事件の性質が保護事件から刑事事件に転換することになる。

逆送した事件に対して検察官の裁量を排除した理由については、起訴・不起訴の決定を、検察官の刑事政策的な判断よりも専門的・科学的な調査を経る家庭裁判所の裁判官の判断に委ねる方が少年の健全育成の実現に資すると考えた結果であると言われている³³。既に家庭裁判所が刑事処分相当と判断した上で逆送した事件について、もし検察官が再判断できる仕組みを採用すれば、ここでの検察官の起訴・不起訴をめぐる判断行為により家庭裁判所の先議権が侵されることになるという懸念が生じうる。すなわち、もし検察官の訴追裁量権を認めたならば、検察官が逆送事件に対して起訴相当と判断した場合には問題が生じないが、犯罪の嫌疑があるにもかかわらず不起訴の判断をした場合には、家庭裁判所の刑事処分相当性の判断が無視され、家裁の先議権が侵害されることになる。そのため、起訴強制原則の規定は、現行少年法が採用した「全件送致主義と家庭裁判所先議権」との法的整合性を図るための制度的配慮だと考えられている。

起訴強制原則の下では、起訴の範囲とされる事実、つまり起訴事実、家庭裁判所から検察官へ送られる「送致決定書」記載の事件に限られる。公訴の訴因となる事実、

³³ 田宮裕=廣瀬健二『注釈少年法（第3版）』（有斐閣、2009年）439頁。

少年審判での犯罪事実との同一性を備えるように要求され、家庭裁判所からの送致を受けた後に検察官がさらに捜査した結果、犯罪事実との同一性がないことが判明した場合には、検察官は事件を家庭裁判所に再び送致しなければならない。また、逆送の条件である罪は死刑、懲役、禁錮にあたりと定められている以上、罰金以下の刑にあたりと判明した場合も検察官から事件を家庭裁判所に再送致することになると解されている³⁴。

起訴強制の例外が三つある。第一に、送致を受けた事件の一部について公訴を提起するに足りる犯罪の嫌疑がない場合、第二に、犯罪の情状等に影響を及ぼすべき新たな事情を発見したため訴追を相当でないと思料する場合、第三に、送致後の状況により訴追を相当でないと思料する場合、がある（少年法 45 条 5 号但書）。これらの例外にあたる場合でも、犯罪の嫌疑がある以上、検察官は不起訴処分で事件を終結させることはできず、家庭裁判所に事件を再送致しなければならない。

（四）現行少年法による検察官権限の制限

現行少年法では検察官の権限にどのような制限があるのか確認しておこう。

まず、犯罪少年の事件を家庭裁判所へ送致する場面を考えてみたい。

刑事訴訟法の規定により、司法警察員は、犯罪の捜査をしたときは、検察官が指定した事件を除き、速やかに検察官に送致しなければならない（刑事訴訟法 246 条）。しかし、少年の犯罪事件について、少年法 41 条によると、司法警察員は、少年の被疑事件について捜査を遂げた結果、罰金以下の刑にあたる罪の嫌疑があると思料するときは、これを家庭裁判所に送致しなければならない。犯罪の嫌疑がない場合でも、家庭裁判所の審判に付すべき理由があると思料するときは、同様である。この軽微な事件における送致手続の簡略化の規定は、少年法の早期発見・早期処遇の趣旨に符合し、捜査を遂げた段階において、検察官が罰金以下の刑にあたる罪の嫌疑がある犯罪少年の事件に対して、介入し処理する権限がなくなることを意味する。

しかし、仮に罰金以下の刑にあたる罪の事件が司法警察員から検察官に送致された場合を想定してみよう。ここで注意すべきことは、少年法 42 条の規定との関係である。42 条では、検察官は少年の被疑事件について捜査を遂げた結果、犯罪の嫌疑があると思料するときは、第 45 条 5 号本文に規定する場合（事件が家庭裁判所から検察官送致されてきた場合）を除いて、これを家庭裁判所に送致しなければならないと規定されており、この規定中には 41 条の「罰金以下の刑にあたる罪」と対応する「禁錮以上の罪にあたる罪」のような限定がない。言い換えれば、42 条の規定により、罰金以下の刑にあたる罪の嫌疑がある事件について、検察官は家庭裁判所に送致できる可能性があると思われ、「罰金以下の刑にあたる罪の嫌疑がある犯罪少年の事件については検察官が介入し処理する権限がない」という先述の理解が成り立たなくなる余地が出てくる。

³⁴ 田宮=廣瀬・同上 440 頁。

次に、家庭裁判所から検察官に逆送された場面についてであるが、前述した起訴強制原則の下で、検察官には逆送事件について不起訴にする裁量権がなく、例外が存在しない限り、公訴を提起しなければならないことになる。

三 少年審判への検察官関与——2000 年少年法改正

(一) 少年審判の構造と検察官の関与

刑事訴訟の当事者主義構造とは違って、少年審判は職権主義的構造を採っている。少年審判は、非行事実の認定と要保護性の判断をめぐって、家庭裁判所が主導する。攻撃と防御の関係が存在せず家庭裁判所と少年からなる二元的構造を採っており、それゆえ、現行少年法が制定されてから半世紀にわたる間、検察官は少年審判手続にはほぼ無関係な存在であった。しかし、2000 年の少年法改正により、一定の場合に検察官が非行事実認定に必要な限度で少年審判に関与することが認められるようになった。

改正法には、以下の四点が含まれている。

第一に、検察官が少年審判に出席することができる事件は、(1) 故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪、(2) 死刑または無期もしくは短期 2 年以上の懲役もしくは禁錮に当たる罪の事件、に限られている（少年法 22 条の 2 第 1 項）。

第二に、以上の事件について、少年審判において検察官が関与できる段階は非行事実認定の段階に限られており、要保護性の判断と処遇決定の段階には関与できないとされている（同条同項）。

第三に、検察官関与の必要性に関しては最終的には家庭裁判所の決定に基づくことを前提にして、検察官からの申出による場合と家庭裁判所自らの判断による場合の二つがあるが、後者の場合であってもあらかじめ検察官の意見を聞かなければならないことになっている（少年法 22 条の 2 第 2 項）。

第四に、少年審判に関与した検察官の権限として、非行事実の認定に資するため必要な限度で、最高裁判所規則の定めるところにより、事件の記録及び証拠物を閲覧し及び謄写し、審判の手続（事件を終局させる決定の告知も含む。）に立ち会い、少年及び証人その他の関係人に発問し、並びに意見を述べることができる（少年法 22 条の 2 第 3 項）と規定されている。

2000 年の少年法改正では、上述の改正の外、少年法 20 条の逆送に関する規定も改められた。現行少年法では、逆送の対象は 16 歳以上の少年に限られていた。2000 年の少年法改正により、その年齢の下限を引き下げ、刑事責任年齢である行為時 14 歳以上の犯罪少年を検察官送致することが可能となった。なお、行為時 14 歳以上の犯罪少年に対して検察官送致の道を開いた少年法 20 条 1 項は、従来どおり保護処分優先主義を維持しているものの、同条 2 項により、例外的に刑事処分優先主義を採用するに至った。すなわち、

死刑、懲役又は禁錮にあたる罪の事件の中でも、「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り、その罪を犯すとき 16 歳以上の少年に係るものについては、検察官に送致しなければならない」、例外的に、「調査の結果、犯行の動機及び態様、犯行後の状況、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」と定められている。

次に、改正された 22 条の 2 と 20 条との関連性について考察してみたい。

条文を見ると、22 条の 2 に定める検察官が関与できる事件の範囲は、逆送の対象となりうる事件の範囲とは重なっている。さらに、少年法 41 条、42 条の条文と対照すると、これらの事件はすべて検察官から家庭裁判所に送致されるべき事件であることが分かる。こうした手続の流れから判断すれば、2000 年の法改正で検察官の関与を認めたことは、一貫性がないとは言えないであろう。なぜなら、捜査の段階から検察官は事件に介入しており、少年の犯罪行為に関する詳細な資料を集めているからである。少年審判において、家庭裁判所が非行事実の認定に困難がある場合に、検察官が事実認定に関する有力な関与者（ないし協力者）になりうるわけである。また、関与した事件が逆送されれば、少年審判での非行事実の認定の際の検察官の関与は、後の刑事訴訟における犯罪事実の認定とは無関係ではないであろう。

（二）少年審判と適正手続

適正手続の保障は憲法 31 条に定められており、上位法の規範として刑事訴訟手続の規定と密接に関連している。その規定の趣旨は少年審判手続にも影響されるべきだと解する見解もあった。佐伯仁志によると、「刑罰は、いろいろな制度のうちでも最も厳しい法律効果があるから、刑事手続における適正手続もまた最も厳しい内容のものであることは当然である。少年審判手続は少年の健全育成を期し、保護処分を行うことを目的とするものであるが、保護処分は少年の健全育成のための処分であっても、少年の意思に反して自由を制限する人権制限的な内容の処分であり、また刑罰と同等ではないとしても少年に不利益なスティグマを与えるものと社会から受け止められ、少年の心理に負担を負わせる処分であって、不利益処分の一面を否定することができないから、少年審判手続においても適正手続の保障が要求されるものであるという」³⁵。ここでは、少年審判における適正手続の要請は、保護処分の不利益性を強調するという点で提示されたものであり、少なくとも少年審判の構造や少年審判の目的などは言及されていなかったことが推定できる。しかし、2000 年の法改正が行われてから、認められるようになった検察官関与について、少年審判の構造をはじめ、少年審判の目的、適正手続、または少年の憲

³⁵ 佐伯仁志「少年保護手続における適正手続保障と弁護人の援助を受ける権利」法曹時報 48 巻 12 号（1996 年）18 頁。なお、佐伯仁志=森田明=猪瀬慎一郎『少年法のあらたな展開』（有斐閣、2001 年）69 頁。

法上の権利、子どもの権利までを含んで、肯定的にも否定的にも、幅広く論議が展開されてきた。

対審化³⁶容認の立場から、検察官の関与を肯定的に考えている酒井安行の見解は、次のとおりである。「少年審判の原則型として職権主義構造を維持しつつ、非行事実の認定に対する争いを争いとして反映するシステムとしての対審構造の導入が必要である。争うことそれ自体を非教育的とするのでないかぎり、少年が争いやすい構造を用意する必要がある。当事者性を体現する対審構造が少年の主体性、少年の憲法上の権利の保障にとって有利である。現行少年法の少年審判手続は、非行事実の認定と要保護性の認定との一体性を求めるとされているが、それは例外を許さないほどの原則ではない。少年の健全育成と成長発達への配慮が法における上位の概念であり、適正手続の保障と少年の更生にふさわしい処遇の確保が下位の概念であるので、機能的デュープロセス論³⁷からは健全育成に資する場合があります³⁸」。

それに対して、葛野尋之が少年の憲法上の権利の保障という点に着目し、また少年司法において子どもの権利条約の保障を具体化した国連少年司法最低基準規則（北京ルールズ）14.2 に定められている「手続は、少年の最善の利益に資するものでなければならず、かつ少年が手続に参加して自由に自己を表現できるような相互理解の雰囲気の中で行わなければならない」という要請と、少年法22条1項の「懇切で和やかな審判」の要請を強調する。その上で、少年審判が刑事公判のように、検察官を対立当事者として対審構造の手続によって行われたとしたら、少年は訴追者としての検察官からの攻撃にさらされ、それに対して自己の防御すべき地位におかれることになる。そのとき、少年の手続参加が著しく困難になるとの心配があるので、検察官の審判参加が否定的に考えられている。さらに、アメリカの発達心理学的研究の成果である「少年は成人に比べて訴訟参加能力を欠いている可能性がより高い」との結論を引用して、「対審構造の訴訟手続においても、一方当事者とすることが主体性の尊重であるというのは形式論にすぎないとの批判を提示し、少年の適正手続の本質としての手続参加との矛盾をはらんだ対審構造・検察官関与によることなく、少年の憲法上の権利としての証人審問権とそれを具

³⁶ 検察官の関与により、必ずしも少年審判の構造が対審化されるとは言えないと思われる。2000年の少年法改正は、あくまでも職権主義構造を採る前提の下で検察官の審判関与を認めたからである。齊藤豊治は「少年審判の構造と検察官の関与」『光藤景皎先生古稀祝賀論文集下巻』（成文堂、2001年）で、「修正職権主義モデル」という言葉を使って改正後の少年審判モデルを位置づけている。

³⁷ 森田明の論では、少年の保護を受ける法的地位と少年の（自由権的）人権という論理的には二律背反性を内包する両要素について、少年審判において、後者にかかわるデュープロセスは少年法1条に位置づけるということによって、健全育成の手段としてのデュープロセスという形で両者の平衡関係を維持する「機能的デュープロセス論」が展開される。森田明『未成年者保護法と現代社会』（有斐閣、1999年）194、199、269、17頁を参照。なお、守屋克彦=齊藤豊治『少年法の課題と展望（第2巻）』（成文堂、2006年）144、145頁も参照。

³⁸ 酒井安行「少年の非行事実認定手続—対審化容認の立場から—」守屋克彦=齊藤豊治『少年法の課題と展望（第2巻）』（成文堂、2006年）130~150頁を参照。

体化した伝聞法則を効果的に保障する制度を検討すべきだ」と主張している³⁹。のみならず、葛野は、検察官の審判関与を否定した上で、新たな制度と手続の構想について、「少年事件が家庭裁判所に送致された直後から、裁判官が送付資料について法的調査を行った上で、社会調査命令の判断と審判の開始・不開始の決定を行い、その裁判官が引き続き審判手続の運営を担当し、新たに別の裁判官が非行事実の有無を判断するために関与するという審判手続を構想することも可能ではなかろうか」と提案した⁴⁰。ただし、いわゆる「調布駅南口事件」⁴¹について、葛野には「家庭裁判所の事実認定能力の不足により、非行事実の存在を正しく認定できない」⁴²との論述もある。このように家庭裁判所裁判官の非行事実認定能力について疑問を持っている以上、上述の新たな制度と手続の構想とは矛盾するのではないかという問題があるように思われる。

その他、2000年法改正前に検討されていた改正案に対して、服部朗は検察官関与によりはたして事実が浮かび上がるのかとの疑義を提示し、少年審判における少年の主体性を尊重すべきだと主張して、検察官の関与について否定的見解を示していた⁴³。同じく検察官関与などが含まれている改正案に対して、小田中聡樹が改正案は少年法の基本理念である保護主義を真っ向から打ち砕き、危険極まるものだと考えざるを得ないと述べていた⁴⁴。

(三) 検察官関与の必要性

上述の肯定的、否定的な見解を踏まえて、少年審判への検察官の関与について以下のように分析してみたい。

まず、検察官の関与と審判構造についてである。少年審判への検察官関与は、対象となる事件の範囲を制限した上、手続上でも家庭裁判所の判断があるということで、審判構造の全面的・質的な変化をもたらす可能性はないように思われる。少年保護司法システムの下で、少年審判に関与した検察官が少年法の基本理念を尊重すべきことを否定しない限り、刑事司法システムでの役割とは異なるものになるであろう。少年の健全育成という目的の下で、検察官は少年審判において訴追官ではなく、家庭裁判所の協力者の役割を果たしていることが必ず審判構造を対審化させるとは言えない。

次に、検察官の関与と適正手続について述べたい。前述の佐伯が指摘したように、少年審判の適正手続の要請は保護処分の不利益性を根拠としている。検察官の関与に対す

³⁹ 葛野尋之「少年審判の構造と少年の適正手続——審判手続の憲法論——」守屋克彦=齊藤豊治『少年法の課題と展望（第2巻）』（成文堂、2006年）151~176頁を参照。

⁴⁰ 葛野・同上173頁。

⁴¹ 最高裁第1小法廷平成9年9月18日判決・判例時報1615号（1997年）3頁。

⁴² 葛野尋之「少年司法における『保護』の理念とリアリティ」法経研究44巻4号（1996年）347~369頁。

⁴³ 服部朗「非行事実の認定と検察官関与」法学セミナー527号（1998年）61~65頁。

⁴⁴ 小田中聡樹「少年法『改正』案の問題点——警察、検察による少年支配システムの構築」法学セミナー533号（1999年）70~76頁。

る否定的見解は、一方で、少年の憲法上の権利の保障を主張する。もし少年の証人審問権の保障、伝聞法則の適用について主張するならば、検察官の主尋問も確保する必要があるのではないのでしょうか。適正手続を実現するために、単なる少年側の権利を強化するのは妥当ではないように思われるし、前述したように検察官が協力者としての役割を果たす限り、そもそも家庭裁判所の少年審判は当事者による攻撃・防御を前提としたものではないと言える。また、事実認定手続の適正化を図るのであれば、職権主義的構造が採られている少年審判において、少年の権利を保障するほか、家庭裁判所の認定能力と認定手続を補強する必要があるであろう。非行事実の認定が困難な場合に、裁判官の裁量によって検察官を少年審判に関与させることは、事実の認定にとっても適正手続の保障にとっても必要であると思われる。

四 検察官権限の拡張——2014年少年法改正

(一) 法改正にともなう検察官権限の拡張

少年法の一部を改正する法律案は、2014年4月11日に参議院本会議で可決され、成立した。今回の法改正の内容は、(1)少年審判に付された少年に対して、弁護士である国選付添人を付すことができる事件の範囲の拡大、(2)少年審判に検察官が関与することができる事件の範囲の拡大、(3)少年の刑事事件に関する処分の規定の見直し、となっている⁴⁵。その中で、少年審判に検察官が関与することができる事件の範囲をどのように拡大したかについて、改正前後の条文を確認したい(条文中の傍線は筆者によるもの)。

2014年改正前の条文

(検察官の関与)

第二十二條の二 家庭裁判所は、第三條第一項一號に掲げる少年に係る事件であつて、次に掲げる罪のものにおいて、その非行事実を認定するための審判の手續に検察官が関与する必要があると認めるときは、決定をもって、審判に検察官を出席させることができる。

一 故意の犯罪行為による被害者を死亡させた罪

二 前号に掲げるもののほか、死刑又は無期若しくは短期二年以上の懲役若しくは禁錮に当たる罪

2014年改正法

(検察官の関与)

第二十二條の二 家庭裁判所は、第三條第一項一號に掲げる少年に係る事件であつて、死刑又は無期若しくは長期三年を超える懲役若しくは禁錮に当たる罪のものにおいて、その非行事実を認定するための審判の手續に検察官が関与する必要があると認めるときは、決定をもって、審判に検察官を出席させることができる。

⁴⁵ http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00085.html (2014年9月15日閲覧)。

以上から見ると、改正法は、まず「故意の犯罪行為によって被害者を死亡させた事件」という基準を削除した。次に、刑罰についての基準を「死刑又は無期若しくは短期二年以上の懲役若しくは禁錮に当たる罪」から「死刑又は無期若しくは長期三年を超える懲役若しくは禁錮に当たる罪」に変更した。こうして検察官が少年審判に関与できる事件の範囲が拡大することになり、弁護士である多田元が指摘したように、「少年事件の過半数を占める窃盗、自動車運転致死傷などの事件が改正後の範囲に含まれているため、検察官の関与は、少年の犯罪事件の審判についてほぼ全面的に可能となる」⁴⁶。

(二) 実務家と研究者からの批判

上述の法改正に対して、特に検察官が関与できる事件範囲の拡大と少年の刑事事件に関する処分の規定の見直しをめぐる、実務家である弁護士からは厳しい批判があった。

守屋克彦によれば、「検察官関与の範囲を拡大するのは、国選付添人選任の範囲の拡大を奇貨としてそれに便乗したものだと考えられ、そうすると少年側の防御権が検察官のコントロールの下に置かれるようになる」。また、それは適正手続の理念⁴⁷とは関わりのないものだという⁴⁸。

多田元は、まず 2000 年の少年法改正によって実現した検察官関与制度の背景には、非行少年の責任を追求する非行事実重視と必罰、厳罰主義の流れが存在すると指摘した上で、「今回の法改正について、裁判官が検察官を審判に出席させ、尋問したり、少年の弁解を否定したり、有罪を証明する証拠を提出することを許すなどしたとき、少年はその裁判官の公正さを信頼して、和やかな雰囲気を感じながら自由に真実を話すことができるであろうか」⁴⁹との懸念を提示している。

実務家のみならず、研究者からも改正案に対する批判があった。例えば、佐々木光明は、今回の改正案による検察官関与の拡大及び刑罰の引き上げは、少年法の基本的理念・構造を浸食するものだという批判をした。佐々木は、「少年法では、少年が自らの非行を見つめ、主体的に克服しようよう支援し、その成長を保障することについて、家庭裁判所をはじめ非行少年と関わる人や組織に求めており、またその実現の過程で司法の担い手と少年との対話を重視している。従って、家裁送致後にもともと検察官を関与させなかった構図は、非権力的な家裁の環境を作り、少年が自らの非行を受け止め、語り、振り返るプロセスを重視したからである。しかし、検察官が関与できる事件範囲の広がり

⁴⁶ 多田元「少年審判と検察官関与拡大問題」法律時報 86 巻 4 号（2014 年）55~59 頁。

⁴⁷ 今回の改正案の理由は、「少年審判手続をより一層の適正化を図るため、家庭裁判所の裁量による国選付添人制度及び検察官関与制度の対象事件の範囲を拡大するほか、少年に対する刑事事件における科刑の適正化をはかるため、少年に対する不定期刑の長期と短期の上限の引き上げ等の措置を講ずる必要がある」とされている。http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00085.html（2014 年 9 月 15 日閲覧）。

⁴⁸ 守屋克彦「少年法一部改正をめぐる問題——改正の歴史と経緯か」法律時報 86 巻 4 号（2014 年）50~54 頁。

⁴⁹ 多田・前掲注 46 の 55~59 頁。

とそれによる重罰化は、少年法の理念と深く関わるものである以上、検察官関与の拡大を持つ意味を再認識しておかなければならない」⁵⁰と論じている。

要するに、これらの批判においては、2014年の法改正は、適正手続の保障というよりも少年法の基本理念からの乖離と厳罰化を進める傾向にあるということが強調されている。そのため、今回の法改正に対する批判は2000年の法改正に対する批判の継続といえるよう思われる。

(三) 私見

実務家と研究者が批判していた内容には、確かに認められなければならないところがあると思われる。しかし、だからと言って、法改正を徹底的に否定することも片面的な執着に陥る危険性をもたらすかもしれないと考えている。法を改正することになったのは必ずある現実的ニーズという前提が存在すると考えられるし、その前提をまず無視してはならない。法はそもそも時代と社会の変化にともなって変わるものであり、どのように変わっていくかは法自体に内包する理念により左右されるべきでなく、社会の実情と司法実務のニーズにより影響されるべきである。実際のところ、日本社会の実情と少年司法の実践を把握しているのは、弁護士だけではなく、検察官や裁判官、家庭裁判所調査官などもいる。事件の適切な解決に悩んでいる家庭裁判所裁判官が検察官の関与を決定するのは、少年法の理念を放棄することを意味するのではなく、関与した検察官も法の理念と法の定める制限を守っているはずではないかと思われる。以下において、実践の要素を除き、純粋な理論上から今回の検察官関与の拡大に関する法改正の合理性を探ってみたい。

少年法の理念について考えてみたい。少年法は少年の健全育成を目的とし、非行のある少年に対して性格の矯正と環境の調整に配慮し、適切な保護処分を行っている。少年審判の対象として、非行事実と要保護性が位置づけられている。「非行のある」こと、すなわち非行事実の存在は保護処分を行う前提である上で、重要な意味を持っている。一方、審判の方式として、少年法22条により、「懇切を旨として、和やかに行うとともに、非行のある少年に対し自己の非行について内省を促すものとしなければならない」とされている。非行事実の認定が困難な場合に、家庭裁判所裁判官の裁量によって検察官の関与を決定することが少年審判の和やかな雰囲気破壊のため、少年法の理念と背離することから検察官の関与は否定されるはずだと上述の批判では述べられていた。実際のところ、検察官の関与が少年審判の和やかな雰囲気を破壊したかどうかはともかくとして、非行事実を疑いのある状態のままにするなら、適切な保護処分を行うことが不可能になる以上、少年法の理念も実現できない。

⁵⁰ 佐々木光明「新たな『公の秩序』と第4次少年法改正—刑事政策の担い手としての検察官」法学セミナー712号(2014年)1~3頁。

次に、家庭裁判所の立場と事実認定能力について考える。犯罪少年の事件に関する非行事実の認定にあたり、家庭裁判所は警察官あるいは検察官から送致された送致書と証拠書類（伝聞証拠）のほか、調査官による調査の結果と少年鑑別所の鑑別結果を基にし、少年との対話を通じて自由心証を形成する。こうした二元的審判構造は、非行事実について争いが存在しない限り、おそらく問題が生じないが、少年側が非行事実について争おうとする場合に、裁判官が少年と対立する立場に立つことになる。その対立を回避するために、第三者である検察官の介入が必要となる。また、事案が複雑で非行事実が激しく争われた場合に、裁判官一人ですべて処理しなければならないことに伴う弱点が露呈し、誤った事実認定に至る危険が潜在していたことは否定できない⁵¹。こうして家庭裁判所は非行事実認定能力に不足があるとき、正しく非行事実を認定するという目的で、検察官へ協力を求めるのは合理的だと思われる。

2000年の少年法改正から2014年の少年法改正まで、少年審判への検察官関与に対する批判が続いてきた。検察官の関与できる事件範囲の拡大がはたして少年法の理念を浸食するかどうかは、今後の実践で検証するしかない。いわゆる「厳罰化」も、理論上で考えられる一つの傾向にすぎないかもしれない。今言われている「厳罰化」は、ただ立法レベルから得られる判断であり、実際に法の執行によって客観的な判断をすることが重要である。極端な例として、死刑制度を廃止しない限り、必ず死刑をしなければならないという意味ではない。同じく、関与できる範囲の拡大は、必ず関与する事件の範囲を拡大するという意味ではない。しかも、関与するために、家庭裁判所裁判官の裁量が前提となっている。この点について、検察官権限の拡張というより、むしろ家庭裁判所裁判官が持つ裁量権の拡張と言った方が妥当ではなかろうか。

少年法の目的が「健全育成」であるからといって、児童福祉法と同じように福祉法と位置づけることは適切ではない。少年法は児童福祉システムに関わる内容のほか、少年保護司法システムと少年刑事司法システム⁵²を定めており、そもそも刑事政策的機能を発揮することも期待されている。刑事政策の担い手である検察官が少年司法に介入するのは、少年法の性格とは相容れないことではない。旧少年法が定めていた検察官先議主義は、必ずしも保護主義と対立していたとも言えないように思われる。また、現行少年法の全件送致主義・家裁先議主義による保護優先主義は、保護偏重主義とは理解できない。司法的保護をする主体から、検察官を排除しようとする見解に賛成できない。大陸法系であるフランス⁵³、ドイツの少年司法において検察官が重要な役割を果たしている⁵⁴ので

⁵¹ 酒巻匡「少年法改正の動向と実務への期待」家庭裁判月報 65 巻 8 号（2014 年）1~13 頁。

⁵² 石川・前掲注 1 の 271~291 頁を参照。

⁵³ 赤池一将「フランスの少年審判の構造と検察官および弁護人の活動」守屋克彦=斉藤豊治『少年法の課題と展望（第 2 巻）』（成文堂、2006 年）89~106 頁を参照。

⁵⁴ 武内謙治「ドイツにおける少年審判の構造と検察官、弁護人の役割」守屋克彦=斉藤豊治『少年法の課題と展望（第 2 巻）』（成文堂、2006 年）107~129 頁を参照。

あり、少年司法が始まったアメリカにおいても検察官関与の重要性が認識されるようになってきた。2014年の改正法により、少年審判において形式的対立をもたらす可能性があるにもかかわらず、実質的に家裁裁判官をはじめ、協力者として関与する検察官、少年、付添人等が共に「健全育成」の目的に努めることが期待されているものとする。

第二章 旧少年法の制定と検察官先議制度

旧少年法は1922（大正11）年に制定されたが、明治初期から1907（明治40）年に現行刑法が制定されるまでの間、裁判所が懲治処分を言い渡すことで、不論罪や不良行為をした少年を懲治監・懲治場に留置する制度、いわゆる懲治処分制度があった。懲治処分が行われると同時に、民間の感化院型処遇が盛んとなっており、1900（明治33）年に感化法が制定されたことにより、それは制度化されることになった。また、1907年に新刑法が制定され、懲治処分制度が廃止されたため、懲治処分の対象となっていた少年は感化院に入院させる措置が採られ、感化院型処遇を受けることになっていた。なお、実際の運用では、感化不能のため、感化院型処遇は収容した少年に対する改善更生は不完全であるものと批判された⁵⁵。このような背景の下に、当時の司法省は不良行為をした少年および罪を犯した少年の処遇について、従来の懲治処分とも感化院型処遇とも異なる特別処分（後ほどの保護処分）を新たに設ける試みをはじめた。

特別処分が設けられる以上、罪を犯した少年に対して、刑罰を科すか特別処分に付するかの判断はどのように行われるかという手続上の問題を解決しなければならなくなった。これについて、旧少年法は検察官先議主義を採用し、検察官は捜査を遂げた犯罪少年の事件を起訴するか少年審判所に送致するかを振り分ける権限を有すると定めた。本章では、旧少年法の制定経緯を考察しながら、検察官先議制度の意義と限界について検討してみたい。

一 犯罪少年の処遇における刑罰・保護処分二元主義の確立

（一）刑事法における人道主義の思想

日本では、明治初期から旧少年法の制定まで、刑事法の領域において、罪を犯した幼年者、老人および身体疾患を有する者などに対して、成人犯罪者と区別した特別な取り扱いが行われていた。たとえば、1868（明治元）年の仮刑律、1870（明治3）年の新律綱領、1873（明治6）年の改定律例、また1874（明治7）年の校正律例稿は、それぞれ以上の者を対象に刑の減輕を規定した⁵⁶。そして、1880（明治13）年の旧刑法は、刑事責任年齢の規定を設けて、犯行時12歳未満の幼年者の犯罪行為について不論罪とするほか、20歳未満の者の犯罪行為に対して、年齢ごとに刑を宥恕減輕する規定を設けた⁵⁷。1907年（明治40）年の現行刑法は、刑事責任年齢を12歳未満から14歳未満に引き上げた。一方、1872（明治5）年の監獄則、1881（明治14）年の監獄則、1889（明治22）年の監獄則には、罪を犯した幼年者のうち、不論罪にあたる者を懲治処分対象者の一つとされ

⁵⁵ 森田・前掲注20の120頁。

⁵⁶ 『少年矯正の近代的展開』（矯正協会、1984年）8~9頁。

⁵⁷ 同上9~10頁。

ていた⁵⁸。明治30年代後半から40年代にかけて、埼玉県監獄署川越支署をはじめとして、各地の監獄の構内に特別幼年監の設置⁵⁹が始まった。特別幼年監の収容対象者は、懲治処分の対象者である懲治人とおおむね18歳未満の受刑者であり、収容期間中に、家族舎制の個別処遇を行うのが典型的⁶⁰であった。

旧少年法制定まで、こうした刑事法における罪を犯した幼年者に対する特別な取り扱い、主に人道主義および教育主義の思想に基づいたものであるように考えられる。この時期の人道主義というのは、ヨーロッパで提唱されたヒューマニズムと意味が必ずしも一致しておらず、倫理と宗教から強く影響されて、自由や平等などより、むしろ博愛という観念に着目する概念であろう。

(二) 少年保護主義の理念

もっとも、上述した罪を犯した幼年者に対する特別処遇は、あくまでも刑事法という枠組みの中で行われていたものであるがゆえに、刑事責任年齢に達している犯罪少年の処遇について、旧少年法の制定まで刑罰一元主義の採用が維持されていたことを指摘したい。犯罪少年に対する非刑罰的処遇の試みは旧少年法の制定からのことである。日本の旧少年法制定に重大な影響を及ぼしたのは、アメリカで行われていた少年裁判所運動と1899年イリノイ州少年裁判所法の制定である。イリノイ州少年裁判所法の指導理念はイギリス衡平法に由来する国親（パレンス・パトリエ）思想であるとされ、扶助を要する少年と遺棄された少年はむろん、犯罪性のある少年に対しても、なるべく刑罰の観念を払拭し、保護処分を行うことによって彼らを改善矯正することを図り、その上、社会正義の実現と社会秩序の維持を図ることが要請されている。その中で、伝統的な刑事司法の枠組みにおける応報や社会防衛の目的は従目的となり、犯罪少年を保護・教育することが主目的となるように考えられる。なお、保護・教育という目的を実現するためには、手続または処遇の場面で各少年の資質と育てられた家庭環境、社会環境といった要素を科学的に、客観的に把握し、個別処遇、いわゆるケースワークに基づく保護処分を行うことがもっとも適切な方法とみなされる。ただし、こういった制度の下でも、犯罪少年の処遇について、刑罰を科す道が完全に閉じられるわけではない。したがって、機能的に刑罰に代替する保護処分の施行が、犯罪少年の処遇において刑罰・保護処分二元主義を確立したのである。

(三) 「責任—応報」と改善社会復帰処遇との関係

刑事政策は犯罪防圧を目的とする国の活動であり⁶¹、その中心的部分をなすのは犯罪者

⁵⁸ 同上10~26頁。

⁵⁹ 同上42~48頁。

⁶⁰ 同上51頁。

⁶¹ 須々木圭一『刑事政策』（成文堂、1969年）1頁。

対応策である⁶²と解される。石川正興によれば、「犯罪者対応策に関する法的規制につき、制度論としてそれを支配する主要な原理には法治国家原理および社会国家原理があげられる。法治国家原理は国家と個人との関係を対立ないし敵対の相において把握し、個人に対する国家の介入を必要最小限度に押し止めることを要請し、刑事法の領域では、罪刑法定主義の原則はその具体的な表現である」⁶³。それに対して、「社会国家原理は、国家と個人との関係を統合・調和の相において捉え、個人の福祉を増進するために国家の積極的な関与を求めるに止まらず、国家だけでなく、社会もまた個人の社会的生存に対して責任を持つことを求めるように要請する」⁶⁴。日本において、「戦前から法治国家原理との親和性を示す応報刑論および社会国家原理との親和性を示す改善刑論との間の論争はあった」が⁶⁵、その端緒は犯罪実証学派の提言した犯罪者の改善・社会復帰理念にたどることができる。「改善・社会復帰理念を根拠とする犯罪者対応策には、刑罰による再犯防止策もあるが、さらに刑罰以外の手段いわゆる広義の意味における（保護処分を含む）保安処分による再犯防止策も含まれ、こうした対応策は国家・社会的利益をストレートに追求するのではなく、犯罪者の福祉をも考慮しつつ犯罪予防という刑事政策の目的を間接的に追求する」⁶⁶。少年司法の場合には、社会国家原理の強調する改善・社会復帰理念は犯罪少年に刑罰・保護処分二元主義を採用する一つ重要な理論的根拠であると考えられる。

一方、石川は、「法治国家原理の強調する罪刑法定主義に基づき、犯罪者対応策の在り方に関しては、とりわけ刑罰規定の適正（手続面における適正および実体面における適正）という原理が要求される」とする⁶⁷。そして、実体面における刑罰規定の適正という原理においては、さらに罪刑の均衡という原則は重要な問題となるが、それを検討する際に、近代刑法の採用している責任主義、具体的に言うと、「責任—刑罰」といった道筋を看過することはできない⁶⁸。この問題について、道義的責任論、人格責任論、または社会的責任論の観点はそれぞれ異なっている。道義的責任論、いわゆる個別行為責任論は、責任概念の内実を回顧的・規範的視点からの否定的価値判断である非難可能性に限定する上、「責任—応報」の道筋を堅持しているのに対して、人格責任論、あるいは個別行為責任論は、過去における人格形成および行為に限らず、犯罪後の人格形成または将来にわたる人格形成、いわゆる人格形成責任というのを考えて、刑罰は過去に対する関係では非難の意味を持ちながら、そこから将来に対する関係では受刑者の改善を目的とする⁶⁹。

⁶² 石川・前掲注2の2頁。

⁶³ 石川・同上5~12頁。

⁶⁴ 石川・同上10~15頁。

⁶⁵ 石川・同上17頁。

⁶⁶ 石川・同上11頁。

⁶⁷ 石川・同上5頁。

⁶⁸ 石川・同上9頁。

⁶⁹ 石川正興「受刑者の改善・社会復帰義務と責任・危険性との関係序説」早稲田法学7巻2号（1982年）19頁。

そして、人格責任論の観点と同様に、社会的責任論でいう「責任」は責任主義の本来的に主張するところの回顧的・規範的視点からの否定的価値判断である非難可能性という責任概念の内実を越え、展望的・経験科学的視点から強調する犯罪的危険性の意味合いをも含むもの⁷⁰とされる。人格責任論と社会的責任論は、このような観点から、犯罪論と刑罰論とを結びつけ、ひいては展望的な刑罰理論、たとえば、改善・社会復帰処遇の理論的基礎を責任に求めるものを考えようとした⁷¹。それに対して、石川は否定的な見解を示し、「法治国家原理の徹底を図るには、責任非難の対象を将来方向へ及ぼすべきではないということは重要であって、道義的責任論、あるいは個別行為責任論の「責任一応報刑」という道筋の確保は重要である」⁷²と論じている。したがって、石川によれば、改善・社会復帰処遇の理論は犯罪者に対して、過去における非難可能性にではなく、将来における再犯可能性にしか求められないと理解してよいであろう。また、前述したように、改善・社会復帰理念を理論的根拠とする犯罪者対応策には、刑罰以外の手段、いわゆる広義の意味における（保護処分を含む）保安処分による再犯防止策も含まれるとされる。そのため、犯罪少年の場合にも、展望的視点から、再犯可能性はもちろん、それより広い意味合いを持つ概念である要保護性を根拠に、保護処分を課すことが可能となるわけである。

以上、犯罪少年の処遇に関する刑罰一元主義から刑罰・保護処分二元主義への変遷について、刑事法における人道主義の思想、少年保護主義の理念および刑事政策的考慮という三つの面から理論的考察を行った。この刑罰・保護処分二元主義を制度化させたのが、大正11年（1922年）の旧少年法の制定である。以下においては、旧少年法の制定経緯を考察することを通じて、犯罪少年の処遇に関する刑罰・保護処分二元主義に関する実体および手続の規定、とりわけその中核的なものをなす検察官先議制度を検討してみたい。

二 旧少年法の制定経緯

（一）懲治処分制度の廃止と感化法の改正

日本では、罪を犯した幼年者に対して、古くから刑罰執行の実務において、寛大な措置が採られていたのは前述したとおりであるが、初めてそうした寛大な措置を制度化したのは明治初期のことであった⁷³。1872（明治5）年に公布された監獄則により、成人の受刑者から隔離され、寛大な措置がとられる刑期を終了した20歳未満の者および不良行為のある幼年者等を収容する懲治監が定められ、1881（明治14）年に、監獄則が改正さ

⁷⁰ 石川・前掲注2の9頁。

⁷¹ 石川・前掲注69の19頁。

⁷² 石川・前掲注2の10頁。

⁷³ 『少年矯正の近代的展開』（矯正協会、1984年）8頁。

れ、懲治監はそこから懲治場と改称された⁷⁴。当時の監獄則 18 条の規定により、懲治場の収容対象は満 8 歳以上満 20 歳以下の者とされており、1880（明治 13）年の旧刑法に規定される不論罪の者⁷⁵と不良行為で尊属親より情願懲治された者に分かれていた。また、1889（明治 22）年に、監獄則は再度改正され、情願懲治に関する規定が削除されたと同時に、収容対象者の年齢が 20 歳以上にまで引き上げられるに至った⁷⁶。その後、1907（明治 40）年の現行刑法と 1908（明治 41）年の監獄法の公布により、旧刑法と監獄則が廃止されたことにもない、懲治処分制度が削除されるようになった。

懲治処分制度が廃止された主な理由は、監獄内に設置されていた懲治場が矯正教育施設としての機能を十分果たしていなかったことにある⁷⁷と指摘されている。ちなみに、現行刑法は刑事責任年齢を旧刑法の 12 歳から 14 歳に引き上げており、12 歳以上 16 歳未満の少年に対する懲治処分制度は削除したものの、それに代わる新たな処遇制度を設けなかった⁷⁸。感化法は、そうした背景の下でまもなく改正されることになった。

現行刑法が公布された翌年（1908 年）に、「感化法中改正法律案」が議会に提出された。改正の要点については、「①感化院に収容する対象少年の年齢を 16 歳から 18 歳に引き上げ、対象少年の行為を不良行為一般に拡張すること、②感化院の設置に対する国庫補助金制度の新設、③国立感化院についての規定を設けること」、といった三点⁷⁹が挙げられる。また、いま一つ重要な問題として議論された強制入院の判断は、従来のように地方長官の裁量によって行われるか、あるいは裁判所の裁量によって行われるかについて、異なる見解があった。この問題に対して、立憲主義的デュープロセスに立脚する司法審査主義を主張する花井卓蔵の「裁判権主義」と司法審査手続を排除して従来の地方長官裁量主義を主張する床次二郎の「行政権主義」との対立⁸⁰があった。そこから、懲治処分制度の廃止は、感化法の改正に処遇レベルにおける改革のみならず、手続レベルにおいても新しい課題をもたらしてきた。

（二）責任主義と感化教育主義との衝突および融合

感化法の改正によって、感化院の収容対象者の範囲が拡大されたにもかかわらず、感化院での処遇は犯罪少年の改善更生に役に立たなかったと認識されてきた。たとえば、平沼騏一郎より、少年犯罪は非常に多数あり、彼らに対する処遇は困難なことであり、とりわけ、年齢の低い者の犯罪については、旧刑法の懲治処分に代替するものがないた

⁷⁴ 同上 10 頁。

⁷⁵ いわゆる明治旧刑法 80 条の「罪ヲ犯ス時満十二歳以上十六歳ニミタサル者ハ其所為是非ヲ弁別シタルト否トヲ審案シ弁別ナクシテ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス」の規定によって、罪を問わない者。

⁷⁶ 『少年矯正の近代的展開』（矯正協会、1984 年）27 頁。

⁷⁷ 森田・前掲注 20 の 343 頁。

⁷⁸ 森田・同上 343 頁。

⁷⁹ 森田・同上 107 頁。

⁸⁰ 森田・同上 106~110 頁。

め、彼らを感化院に収容できるではないかと言われているけれども、収容できる感化院はないから、結局、放任していることになってしまう⁸¹との指摘があった。そこで、感化院の数が足りなかったことも指摘されたが、感化院型処遇に対する疑問が示されていたことが、この時期の少年法立案の動機ともなった⁸²。

ただ、感化院型処遇の指導理念（感化教育主義）がアメリカのパレンス・パトリエ思想をそのまま継受したものであると言うなら、日本の旧少年法制定の指導理念はそれを批判しつつ検討した上で形成されたものであると言えよう。パレンス・パトリエ思想の影響の下で、日本では私立感化院の設置が始まり、そこで不良少年等に対して最初の感化院型処遇を試みた。その実践とともに、純粋な感化教育思想が高まりつつあって、旧刑法の責任主義（必罰主義）への批判も強くなっていた。そうした背景において、旧刑法の懲治処分制度が廃止されることとなった一方、感化法が改正され、感化院設置の拡大化と感化院収容対象の拡大化が実現した。なお、感化教育思想の下での感化院の開放的処遇は、不良少年の矯正には実効性をもたなかったともいわれる⁸³。以上のように、不良少年等の処遇において、「責任主義と感化教育主義との衝突」が続いている時期があった。旧少年法の立案段階に入ってから、指導理念をめぐって、その両者の衝突もなお続いていたが、やがて択一ではなく融合する方向となっていた。

（三）旧少年法の立案、審議と公布

旧少年法の立案が正式に提出されたのは1911（明治44）年の刑事訴訟法案の審議における決定によるものであった。当初は、少年法を司法省による刑事訴訟法改正作業の一環として起草するという立案の意図があった⁸⁴ため、「刑事訴訟法改正主査委員会の特別部会として少年犯罪に関する法律案特別委員会が組織され、日本国内の小田原分監と川越分監での少年処遇に関する実態調査と欧米少年裁判所制度の比較調査等立案に関する準備作業が開始された」⁸⁵。

1914（大正3）年に、谷田三郎らによって起草された少年法案第一次成案が少年犯罪に関する法律案特別委員会に提出された。第一次成案では、犯罪少年のほか、触法少年と虞犯少年も対象とされることで感化法との抵触が生じる恐れがあった。そのため、法案の審議にあたり、「司法省だけではなく内務省側の委員も参加することが不可欠となり、少年犯罪に関する法律案特別委員会という名称を不良少年に関する法律案主査委員会に改めた」⁸⁶。その後、「第一次世界大戦等の事情により、少年法案の審議が一度中止され

⁸¹ 『大正少年法（上）』319~321頁。

⁸² 森田・前掲注20の119頁。

⁸³ 森田・同上174頁。

⁸⁴ 「刑事訴訟法改正主査委員会日誌」（第104回）『少年矯正の近代的展開』（矯正協会、1984年）274頁。

⁸⁵ 森田・前掲注20の118頁。

⁸⁶ 森田・同上118~119頁。

たようであるが、1918（大正7）年にやがて再開されることになって、司法省のメンバーを中心とする起草委員が少年法案第一次成案を修正した上で第二次成案を主査委員会に提出した。そして、若干の修正を加えた上で、1919（大正8）年に少年法案第三次成案を作成し提出した。それ以降、少年法案には大きな変更が見られず、旧少年法の基本構造がほぼ確定されるようになっていた⁸⁷。1922（大正11）年に、少年法案は貴族院委員会の審議を経て可決された。1911（明治44）年から1922（大正11）年まで、旧少年法の立案・審議は10年余りも持続しており、その立案・審議の過程において、責任主義と感化教育主義との争い、司法と内務との権限の配分、刑罰か保護処分かの選択といった少年法の理念・手続・処遇に関して、激しい論争が展開されていたようである。

旧少年法は通則、保護処分、刑事処分、少年審判所の組織、少年審判所の手続、裁判所の刑事手続と罰則の七章に分かれており、そのうち、犯罪少年の取り扱いについて、検察官の裁量権を中心とする制度、いわゆる検察官先議制を定めていた。以下においては、旧少年法の検察官先議制度の確立および具体的な内容について検討していくことにする。

三 検察官先議制度の導入

検察官先議制度の導入は、旧少年法の立案経緯から見ると、三つの段階、具体的に言うと、第一段階（1912（明治45）年~1914（大正3）年）を少年犯罪に関する法律案特別委員会における立案・審議、第二段階（1914（大正3）年~1919（大正8）年）を不良少年に関する法律案主査委員会および法律取調委員会における審議、第三段階（1919（大正8）年~1922（大正11）年）を帝国議会における審議と法案の公布とするように分けて考察することができると思われる。

第一段階では、立案に先立って、1913（大正2）年に特別委員会幹事を務めていた山岡万之助から「幼年法立案上ノ諸問題」が提出され、そのうち、「刑法上犯罪能力ヲ有スル幼者ニ対シテハ常ニ刑罰規定ヲ適用スヘキカ或ハ亦懲治処分ヲモ之ヲ為スヘキカ」、または「懲治処分ト刑事訴追トハ検事ニ於テ區別シテ請求スヘキカ」⁸⁸といった問題が挙げられた。そこでは、犯罪少年に対する刑罰と懲治処分を採用するか、またその振り分けに関する検察官の権限を認めるかという二つの問題が立案の検討テーマになったのである。それについて、委員の平沼騏一郎は「十四歳以上二十歳迄ハ刑法ニ依ラスシテ本法ニ依ルコトトシタシ。...今日ハ検事ニ於テ可成不起訴処分ニ付シ、監督者ニ委スルノ方針ヲ採レリ⁸⁹」という構想を表明したことが犯罪少年の事件に対する検察官先議を認める端緒とも言えよう。ただし、第二段階に入って、とりわけ1914（大正3）年、旧少年法案第

⁸⁷ 森田・同上 153~154 頁。

⁸⁸ 「少年犯罪ニ関スル法律案特別委員会日誌」（第2回）『少年矯正の近代的展開』（矯正協会、1984年）275 頁。

⁸⁹ 同上。278 頁。

一次成案を提出するまでの間に、平沼の構想はほとんど取り入れられず、少年裁判所および少年審判所に権限を認めることによって、犯罪少年の事件に対する検察官の裁量権を制限することとなっていた。なお、第二段階の後半において、旧少年法案第一次成案に大幅な修正を加えた 1918（大正 7）年の第二次成案では、検察官先議の構想は正式に条文化された。以下は旧少年法案第一次成案から、検察官先議制度の形成経緯を考察したい。

（一）分立主義と少年審判所中心主義の提案

旧少年法案第一次成案では、少年審判所が少年裁判所とともに少年事件を取り扱う処遇決定機関として定められている。少年審判所は準司法的行政機関の性質を有しており、少年裁判所はいわゆる地方裁判所の管轄に属する少年の刑事事件を処理する少年刑事部という機関である。少年事件の手續について、第一次成案の本案の規定と別案の規定とかなり違っている。まず、本案によると、触法少年と虞犯少年の事件の管轄権は少年審判所にあるとされており、犯罪少年の事件を少年裁判所が管轄すると定めている。手續の流れとして、犯罪少年の事件は成人の犯罪事件と同様に、検察官が少年裁判所に公訴を提起することとなる。ただし、少年裁判所の判断によって、刑の言い渡しのほか、特別処分（すなわち、後の保護処分のこと）を決定することもできるとされる⁹⁰。このような取り扱いは分立主義⁹¹と呼ばれている。次に、別案によると、特定の重罪事件を除いて、犯罪少年の事件を含む全ての少年事件を少年審判所に管轄させ、少年審判所の判断によって、犯罪少年の事件を直接少年裁判所に送致することができるとされる⁹²。これは少年審判所中心主義⁹³と呼ばれている。ちなみに、別案では、犯罪少年の事件に対する少年審判において、検察官の書類閲覧権と意見陳述権が定められている（第一次成案別案 42 条の 2）。

ここまで、旧少年法第一次成案の別案において、いわゆる少年審判所中心主義の下では、犯罪少年の事件に対する検察官の裁量権はほとんど排除されていることは明らかである。第一次成案本案の分立主義によって、犯罪少年に対する検察官の公訴権を認めているが、それは起訴法定主義的思考に基づくものと考えられるであろう。しかしながら、起訴便宜主義をまだ明文化していない当時は、1877（明治 10）年から、すでに微罪処分の形での運用が行われおり、1907（明治 40）年頃から、実務において起訴猶予処分制度も確立して慣行となっていた⁹⁴ようである。したがって、旧少年法第一次成案に対して、起訴法定主義はもはや当時日本の実情に当てはまらないばかりか、起訴法定主義の手續

⁹⁰ 森田・前掲注 20 の 52~56 頁を参照。旧少年法第一次成案本案 18 条、68 条、5 条を参照。

⁹¹ 森田・同上 32 頁。

⁹² 森田・同上 56~57 頁。旧少年法第一次成案別案 30 条、47 条を参照。

⁹³ 森田・同上 32 頁。

⁹⁴ 三井誠「検察官の起訴猶予裁量権（一）—その歴史的及び実証的研究—」法学協会雑誌 87 巻 9・10 号（1970 年）1~48 頁。

に従えば、旧刑法の下での懲治処分の時代に戻る危険性さえある⁹⁵と平沼騏一郎は指摘した。

(二) 検察官先議の提案

前述したように、旧少年法第一次成案を提出する前に、少年法における犯罪少年の取り扱いについて、平沼騏一郎は「検察官の不起訴処分—監督者委託」⁹⁶という構想を提出したが、また、第一次成案を提出した直後の1914（大正3）年6月に、未成年者に対する微罪不検挙事件を成人に対するそれと区別して取り扱うことを内容とする法務局長通牒が出された⁹⁷。こうした背景の下に、1918（大正7）年に、旧少年法第二次成案が作成されて、犯罪少年の取り扱いについて、検察官に起訴猶予裁量権を認められるとともに、起訴猶予対象者の少年に対して特別処分（保護処分）に付するか否かの判断権も認められるようになった。

犯罪少年の取り扱いについて、第一次成案別案に定められている少年審判所中心主義の下では、刑罰を科すかあるいは特別処分を課すかという事件について振り分ける権限を少年審判所に集中させるとされていたが、第二次成案は、それに大きな修正を加え、事件について振り分ける権限を検察官に集中させること、いわゆる検察官先議主義を確立していた。そして、旧少年法第三次成案が1919（大正8）年に作成され、「検察官先議主義はそのまま維持されて、それに少年審判所から検察官に事件を送致する際に検察官の意見を聞くこと」などの規定⁹⁸を加え、さらに検察官の権限を強化していた。1922（大正11）年に旧少年法が貴族院に可決されることによって、犯罪少年の事件に対する検察官先議は正式に制度化されるようになった。

そこで、旧少年法の制定と同時に進められていた旧刑事訴訟法の改正が、少年司法とりわけ犯罪少年の取り扱いにおいて、検察官の役割をどのように位置づけるかということに対して、重要な影響を及ぼしていたことも否定できない。1922（大正11）年に公布した旧刑事訴訟法279条には、「犯人ノ性格、年齢及境遇並犯罪ノ情状及犯罪後ノ状況ニ因リ訴追ヲ必要トセサルトキハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得」と定めていたが、それは旧少年法62条「検事少年ニ対スル刑事事件ニ付第4条ノ処分ヲ為スヲ相当ト思料シタルトキハ事件ヲ少年審判所ニ送致スヘシ」の規定、いわゆる検察官先議制度とワンセットになっている。

検察官の裁量にあたって、犯罪少年に改悛の見込みがあるか否かは、保護処分に付する適格性を判断する主要な基準であった⁹⁹。旧少年法62条の条文から見ると、検察官先

⁹⁵ 森田・前掲注20の132頁。

⁹⁶ 森田・同上120頁。

⁹⁷ 森田・同上120頁。

⁹⁸ 森田・同上154頁。

⁹⁹ 森田・同上50頁。

議制度の対象事件は少年の刑事事件に限られていたが、実務上警察から検察へ送致されてきた少年は、重罪を犯した少年と16歳以上¹⁰⁰の犯罪少年とに絞られた。それらの犯罪少年のうち、「①保護処分によって、到底改悛させる見込みのない者、②一般予防上、客観的に刑罰を科す必要のある者、③酒造法違反、印紙税法違反で罰金、科料にあたる者」を除外して、なるべく少年審判所に送致し保護処分に委ねることが検察官先議制度の運用によって督励されていた¹⁰¹。

(三) 少年保護司制度

旧少年法は少年保護司制度を設けた。「少年保護司は、専任少年保護司と嘱託少年保護司とに分けられ、前者は少年審判所に設置され、現在の家庭裁判所調査官のような役割を果たしていたが、後者は民間の篤志家などからなって、少年審判所から少年に対する保護観察の事務を嘱託され、現在の保護司の前身である」¹⁰²と言われる。したがって、少年保護司は主に調査事務と保護事務を務めているが、そのほか、場合によって、少年の試験観察を嘱託されることもあった。

そこで、検察官先議制度と関わっているのは、少年保護司の調査事務である。本来、「調査事務を担当する少年保護司は少年審判所の職員であり、審判官の補佐役として置かれていた」のである¹⁰³。少年審判所における調査は、「①審判官の調査、②医師の診断と鑑定（旧少年法32条）、③少年保護司の調査（旧少年法33条、34条）、④保護者への委託調査、⑤保護団体への委託調査」を含む¹⁰⁴。なお、少年保護司の調査は、保護事件に限らず、捜査段階において検察官からの委託を受けた場合、少年の刑事事件について行うこともできるとされていた（旧少年法64条）。少年の性向調査とその環境調査、たとえば、事件関係、事実の否認、事件の軽微、少年本人の性質と素行、犯罪の境遇、経歴、心身情状、教育程度などは少年保護司による調査の内容である¹⁰⁵。そういった調査の結果は、検察官による裁量権行使の重要な参考になるから、犯罪少年の事件について、保護処分に付すか刑事処分に付すかという振り分けをする際に、行為主義の観点から規範的判断のみならず、行為者主義の観点から経験科学的評価も加味しようとしていたことは明らかであろう。

¹⁰⁰ 旧少年法27条には、死刑、無期または短期3年以上の懲役もしくは禁錮にあたる罪を犯した者、いわゆる重罪を犯した少年および16歳以上の犯罪少年の事件について、地方裁判所または検事から送致を受けた場合を除いて、少年審判所の審判に付することができないと規定している。

¹⁰¹ 森田明『少年法と「甘え」』（創文社、2015年）46~47頁を参照。

¹⁰² 内田博文『更生保護の展開と課題』（法律文化社、2015年）16頁。

¹⁰³ 服部北溟『愛の法律と少年審判法』（二松堂書店、1923年）47~54頁を参照。

¹⁰⁴ 長澤鶴次（大阪少年審判所保護司）「審判前の調査」本派本願寺社会課『少年保護事業概説』（本派本願寺教務部社会課、1926年）147~149頁。

¹⁰⁵ 長澤・同上。149~158頁。

(四) 旧少年法における犯罪少年の取り扱い

捜査の段階では、旧少年法は全件送致主義を定めていなかった。犯罪少年の事件については、微罪処分¹⁰⁶の運用が認められていたようである。警察段階で、微罪処分にした以外の事件について警察官から検察官に送致され、検察官は少年の刑事事件について、保護処分を付すことが適当と思料する時は、事件を少年審判所に送致すべきものとされた（旧少年法 62 条）。前述したように、検察官は犯罪少年の事件を少年審判所に送致するかどうかという判断をする際に、少年保護司に委託することによって、事件および少年の性状、境遇、経歴、心身の状況、教育の程度等に関する調査をすべきであるとされた（旧少年法 64 条、31 条）。また、実務において、起訴猶予と決定された犯罪少年に対して、場合によっては、検察官は継続的な指導監督や補導援護を行っていた¹⁰⁷。たとえば、犯罪少年に誓約書を提出させたり、保護者に引受書を差出させたり、すなわち、今の家庭裁判所における保護的措置のようなことを行うことによって、事件を終結させていた。

ところで、疑問となるのは、旧少年法の制定と同年に明文化された大正刑事訴訟法の起訴猶予制度との関連について、少年審判所に送致すべき犯罪少年の事件は、①起訴猶予処分と決定された事件であったか、②不起訴（狭義）処分と決定された事件も含まれているか、③起訴猶予と決定された事件でもなく不起訴（狭義）処分と決定された事件でもない場合も含まれているか¹⁰⁸ということである。一旦不起訴にされた事件は刑事事件ではなくなったため、旧少年法 29 条に定めている「少年審判所において、保護処分をなすべき少年がいることを認知した者は、それを少年審判所またはその職員に通告すべきである」という規定にしたがって、送致ではなく、通告という形で少年審判所に管轄させることとなるはずであった。以上から、検察官から少年審判所に送致された犯罪少年の事件には、①起訴猶予処分と決定された事件および③起訴猶予と決定された事件でもなく不起訴（狭義）処分と決定された事件でもない事件が含まれていると考えられるであろう。犯罪少年の事件に対する起訴猶予の運用と少年審判所送致に関して、1923（大正 12）年の司法省刑事局長の通達によると、死刑または自由刑に該当する罪を犯した少年については、刑務所に収容しなければ、到底改悛させる見込みのない者、または一般予防のために、刑罰を科す必要のある者等以外の犯罪少年の事件をなるべく不起訴処分

¹⁰⁶ 実務の運用において、微罪処分は検事の取り扱いにかかる起訴猶予付き微罪処分、司法警察員の取り扱いにかかる微罪釈放と司法警察官の職務を行う者の取り扱いにかかる微罪釈放といった 3 つの場合に分けられていたわけである。司法省刑事局『日本帝国司法省第 57 刑事統計要旨』昭和 8 年（1933 年）を参照。

¹⁰⁷ 森田・前掲注 101 の 49 頁。

¹⁰⁸ すなわち、少年審判所に送致することは起訴、不起訴（狭義）、起訴猶予と並列に位置づけられていたか、あるいはただ起訴猶予後の取り扱いであるという位置づけなのかという疑問である。なお、後ほど引用したデータでは、検察官から少年審判所に送致された少年の人数は起訴猶予・微罪処分に決定された人数より遥かに超えていた状況から見ると、起訴猶予の判断をせずに検察官から直ちに少年審判所に送致した事件があったと考えられる。

(広義)にした上で、少年審判所に送致あるいは通告し、保護処分に委ねるべきである¹⁰⁹とされていた。

少年審判所に送致された犯罪少年の事件について、審判官の単独審判(旧少年法 19 条)を経て、次のような終局処分のいずれかを決定すること、または場合によって併せて決定すること(旧少年法 4 条 2 項)ができる。①審判官が新たな事実の発見により、刑事訴追の必要があると認めるときは、事件を管轄裁判所の検事に送致する(旧少年法 47 条 2 項)。ただし、この場合、審判官は事前に管轄裁判所の検事の意見を聞く必要がある(旧少年法 47 条 2 項)。②訓戒を加えるべきであると認めるときは、少年本人に対して、その非行を指摘し、将来遵守すべき事項を告知する(旧少年法 48 条 1 項)。③学校長の訓戒に委ねるべきであると認めるときは、学校長に対して、必要な事項を指示し、また少年本人に訓戒を加える旨を告知する(旧少年法 49 条)。④改心の誓約をなすべきであると認めるときは、少年に誓約書を差し出させる(旧少年法 50 条 1 項)。⑤条件を付けて、保護者に引き渡すべきであると認めるときは、保護者に対して、少年本人に対する保護監督についての必要な条件を指示し、少年を引き渡す(少年法 51 条)。⑥寺院、教会、保護団体または適当な者に委託すべきであると認めるときは、委託を受ける者に対して、少年の処遇に関する参考となる事項を指示し、保護監督の任務を委嘱する(旧少年法 52 条)。⑦少年保護司の観察に付すべきであると認めるときは、少年保護司に対して、少年の保護監督に関する必要な事項を指示し、観察に付する(旧少年法 53 条)。⑧感化院、矯正院または病院に送致、または委託すべきであると認めるときは、その長に対して、少年の処遇に関する参考となる事項を指示し、少年を引き渡す(旧少年法 54 条)。

旧少年法案は当時の内務省と文部省の反対に遭っていた。法案の成立にあたって、司法省の妥協として、東京と大阪の 2 か所に少年審判所を設置し、少年法の施行地域はその 2 か所に限定すること、いわゆる限地施行¹¹⁰ということが決められた。大正 12 年(1923 年)から、旧少年法は限地施行が開始され、昭和 17 年(1942 年)にやがて全国施行することになった¹¹¹。森田明によると、「全国実施の昭和 17 年(1942 年)に、犯罪少年で起訴された人数は 977 人であった一方、少年審判所に送致された人数は 24,433 人であり、それに、検察官によって起訴猶予・微罪処分とされた少年の人数は 9,158 人となっているから、結局起訴された犯罪少年の割合は約 2.8%にすぎなかったと推定される」¹¹²。一方、『検察統計 100 年』が示した同年度の全被疑者の起訴率は 45.2%¹¹³となっており、そこから見ると、検察官先議制度を採っている旧少年法の下で、犯罪少年の事件に対しても、

¹⁰⁹ 「不起訴処分二付スル少年犯罪事件二関スル件」大正 12 年 1 月 27 日司法省刑事局長通牒刑第 544 号。『少年保護(別冊 2)東京少年審判所十年史・少年保護講習会講演集』(文生書院、1998 年) 134 頁。

¹¹⁰ 『大正少年法(下)』923 頁。

¹¹¹ 同上 923 頁。

¹¹² 森田・前掲注 20 の 216 頁。

¹¹³ 森田・同上 220 頁。

かなり保護優先的に運用されていたと言える。

旧少年法施行の同年に、宮城長五郎は司法保護という概念を提示した。「司法保護は、刑事責任を背景とし、犯罪の防遏に資することを目的とする特殊の社会事業であり、それは本能的満足による慈善救済という福祉法的発想と異なっており、保護と責任を範疇に切り離さずに、その両面を強調する概念であるという」ように説明されている¹¹⁴。旧少年法は、刑事責任能力のある犯罪少年の事件の取り扱いについて、検察官先議制度を採っており、まさに責任を認めながら保護するという観念を強調している法律であると考えられる。ただし、そうした観念は、一方において、犯罪の防遏ではなく非行少年を保護することを主目的としているが、他方においては、福祉法的発想に基づくパレンス・パトリエというアメリカの少年裁判所法の指導理念とも異なっている。

四 1966年の「少年法改正に関する構想」における検察官先議の提案

(一) 少年法改正に関する構想の提出と検察官先議の提案

戦後、GHQの主導の下で、旧少年法に対する大幅な修正作業が行われ、そして、1948年に現行少年法が制定されたことにより、検察官先議制度は廃止された。しかし、法務省は、当時の少年非行の実情の厳しさと少年審判制度運用の不備・欠陥との両面から、1966年に「少年法改正に関する構想」を公表した¹¹⁵。この「少年法改正に関する構想」において、一つ重要な提案は年長（18歳以上のいわゆる青年層）の犯罪少年に対して、検察官先議制を採ることであった。

以上の提案は、1966年の少年法改正に関する論議において、もっとも重要な争点となった。現行少年法の下で、治安維持と刑事政策に責任を負うべき検察官はその役割を十分に果たせないという提案の理由等に対して、裁判所、弁護士また学者側から反対する者が多かった。たとえば、保護優先主義を採用している現行少年法の取り扱い方は、少年保護政策のみならず刑事政策上も旧少年法より格段の進歩的意義を有している¹¹⁶との指摘のほか、検察官先議制度には、審判に先立って、事件の法律的検討が行われることによって、法律的角度からの分類が可能であるという長所があるが、刑事政策の考慮からこうした取り扱い方は妥当ではない¹¹⁷という指摘などが見られる。

「少年法改正に関する構想」における検察官先議制度の提案は、旧少年法の検察官先議制度と比して、次の違いがあると考えられる。第一に、対象事件の範囲について、前者は18歳以上の23歳未満のいわゆる青年の犯罪事件であり、後者は14歳以上18歳未満の少年の犯罪事件である。第二に、保護処分相当と判断する場合、前者は司法機関で

¹¹⁴ 森田・同上 208頁。

¹¹⁵ 法務省『少年法改正に関する構想説明書』（1966年）3頁。

¹¹⁶ 守屋克彦「少年法改正に関する構想について——検察官の主体性要求に対する批判」法律時報 38巻 11号（1966年）46頁。

¹¹⁷ 平場安治「少年法改正問題における争点」法律時報 38巻 11号（1966年）41頁。

ある家庭裁判所に送致することとなり、後者は行政機関である少年審判所に送致することとなる。ただし、犯罪少年の事件を振り分ける権限は検察官に与えているという趣旨が同じである。だが、この制度はただ権限の所在を示すことに止まらず、運用面において、「保護と責任を完全に切り離さずに、責任主義に対する保護主義の側からの制限と保護処分の励行といった形で、両者を相互補完的なものとして捉える」¹¹⁸ことによって、少年に適合した処遇を与えようという目的を求めている。

(二) 総合調査機関設置の提案

「少年法改正に関する構想」において、検察官先議の提案と密接に関連しているのは、独立した総合的調査機関の設置という提案である。

「少年法改正に関する構想」に述べられている提案の理由によれば、「犯罪青少年に対する処遇の決定と執行は、科学的法則に基づいて行われることが刑事政策的に望ましいことであるから、少年審判の段階のみならず、捜査、保護処分の執行、または刑事公判の段階においても、科学的調査・鑑別を可能にすることが必要である。しかしながら、現状として、調査のための機関である調査官は家庭裁判所に所属している一方、少年の鑑別を行う機関である少年鑑別所は法務省に所属している。なお、調査と心身鑑別は、有機的な関連の下に行われることによって、はじめて青少年の人格像を完全に把握することが可能とされるのであるから、両機関の一体化、すなわち、総合的調査機関の設置が必要であるとされる。そして、総合調査機関は、その性格上少年の処遇決定の基礎となる諸事情について、調査と科学的鑑定を行う機関であるから、その所属に関して、裁判所・検察庁に從属することなく、独立した機関として権限を行使するとされる」。

このように、検察官は、青年の犯罪事件について、捜査機関の捜査と独立した総合的調査機関の調査の結果を通じて、家庭裁判所に送致するか公訴を提起するかを判断することになる。

五 小括—検察官先議制度の意義と限界

旧少年法の検察官先議制度が導入された当初は、その出発点と目的は犯罪少年の保護にあると考えられた。犯罪少年に対して、捜査段階において、検察官は刑法の行為主義、責任主義と刑罰不可避論を堅持しながらも、一方で、捜査の結果のみに頼らず、少年保護司に調査を委託することなどによって、検察官かぎりの保護的措置および少年審判所に送致し保護処分に付する合理性を最大限に求めることを試みた。そこで、犯罪少年の処遇に関する刑罰・保護主義二元主義がはじめて現実化することができた。

現行少年法は、家庭裁判所への全件送致主義を確立することによって、旧少年法の検察官先議制度を廃止した。1966年の「少年法改正に関する構想」では、青年層の設置と

¹¹⁸ 森田・前掲注20の150頁。

ともに、青年犯罪者の事件に対する検察官先議制度の採用、または独立した総合的調査機関の設置などの提案がなされた。それは検察官の権限を広げることによって、少年司法の司法的機能の強化という目的を実現することを目指している。なお、現行少年法はそもそも少年審判における司法的機能と福祉的機能という二面性を強調しているため、検察官先議制度を採用しなくても少年司法の司法的機能の強化という目的を実現することも期待できるであろう。

犯罪少年の事件処理・処遇について、少年保護司に調査をさせるなどの旧少年法の条文から見ると、臨床過程から犯罪を捉える「行為者—要保護性—保護」という考え方を重視しようとする方向性があったが、時代的制約があったため、実現できなかった面がある。その結果、法律過程を重視していくということにならざるをえなかった。現行少年法の下では、その人的・物的・財政的条件が備わっているので、臨床過程を充実させることができいった。ただし、1960年代からのアメリカ少年司法における適正手続を強化する方向性の影響を受けて、法律過程を重視する傾向が強まっており、制度面において、2000年少年法改正によって、少年保護審判への検察官関与制度が導入された。次章では、この制度について検討を行う。

第三章 少年審判への検察官関与

少年審判への検察官関与制度は2000年少年法改正により確立されたものである。

現行少年法の制定により、検察官が少年審判から完全に排除されていた。なお、現行少年法の制定から2000年少年法改正までの間に、このように検察官を少年審判と無関係な存在とすることの問題は、しばしば指摘され、少年審判への検察官関与というテーマをめぐる検討も続いていた。

現行少年法改正の論議を遡っていくと、少なくとも1966年の法務省による「少年法改正に関する構想」の発表が、検察官関与の問題の起点になったと考えられる。この「少年法改正に関する構想」は、青年層の設置と検察官先議の問題を中心として強調し、現行少年法の構造と理念を大きく変更しようとしているということで、最高裁判所と日本弁護士連合会（以下、「日弁連」と言う。）から強く反対された。「構想」では、検察官関与は、意見陳述権行使の方式として認められ、しかも、それを「青年」の犯罪事件に限られるとされて、「少年」の犯罪事件について認められるかは明確にしていなかった。

1970年の法務省の「少年法改正要綱」は、1966年の「少年法改正に関する構想」において強調した検察官権限をさらに強化し、18歳以上の者に対する手続の刑事訴訟化および少年手続に対する検察官の全面介入を主張した。こうした主張は最高裁判所や日弁連などからより強く批判された。したがって、法務省法制審議会少年法部会は各方面の意見を取り入れながら、「要綱」の内容を検討し、それに大幅の修正を加えた上で、1975年に「少年法部会長試案」を作成し、公表した。その後、試案がさらに一部の修正をなされた上で、1976年、法制審議会に中間報告することとなった。この「中間報告」で述べられた一定の限度内における検察官関与に関する内容は、2000年少年法改正における検察官関与の提案と重なる部分が多く見られる。

改正少年法は2001年4月1日から施行された。統計によると、実際の運用においては、検察官が関与した事件はさほど多くなかった。そこから、改正論議におけるいわゆる厳罰化になる傾向は見られなかったと言えよう。また、法律の条文には、検察官関与事件の範囲を明確に定めているが、関与の理由を明らかにしておらず、それに関して実務において家庭裁判所側と検察官側の見解は必ずしも一致していなかった。

本章では、まず法務省による「少年法改正に関する構想」、「少年法改正要綱」、「少年法部会長試案」および「中間報告」の内容を概観した上で、2000年法改正との関連性を探り、検察官関与制度の形成の経緯を考察していく。次に、2000年法改正後、制度の運用状況について分析していくこととする。そして、制度の形成と運用の状況を踏まえて、検察官関与について理論的な考察を行う。最後に、2000年法改正において、検察官の関与と関連している保護処分と不処分に対する検察官の抗告受理申立て制度について検討することにした。

一 少年審判への検察官関与——制度の形成と運用の状況

(一) 少年法改正に関する構想

1 提出の背景

1966年5月、法務省が「少年法改正に関する構想」（「青少年法」の構想（構想（一））と「別案」の構想（構想（二））を発表した。現行少年法をなぜ改正する必要があるのかについて、当時の少年非行の実情と少年審判制度運用の不備、欠陥といった両面¹¹⁹から説明されていたが、実際には、構想は少年審判の段階にとどまらず、捜査・調査段階から処分の執行段階まで若干の提案がなされたものである。法務省の説明書によれば、構想を提出した理由は以下のとおりである。

第一に、立法の歴史から見ると、現行少年法の成立過程には「不自然」かつ「性急」などところがあるということである。

構想説明書は、この点について、次のように説明していた。「現行少年法は、第二次世界大戦後まもなくGHQの影響を受けて成立された法律であるが、これまでの運用の実績や家庭裁判所の努力を高く評価すべきものであると認められる。それにもかかわらず、長年にわたる慎重な検討を経て、成立された旧少年法と比べて、現行少年法の成立過程にはかなり不自然かつ性急なものがあつたことは否定できない面といえる」¹²⁰。しかも、「現行少年法の制定そのものはアメリカの押し付けであり、日本の伝統に合わない」¹²¹ともされていた。なお、この点について、平場安治によると、「旧少年法であっても、それは諸慣習を形成するほどにまで日本国民の意識に定着していたとは言えず、直接国民の淳風美俗を反映していたともいえない」¹²²との指摘もあつた。

法律の内容が現実のニーズを適切に反映しているかということとはともかくとし、単に立法行為を考察するなら、国として立法権の主導性と独立性が制約されたことは否定しえないであろう。無論、旧少年法の成立も一定の程度でアメリカ少年司法の影響を受けていたものと言われているが、その影響はあくまでも法律の具体的な内容に反映されたものにすぎないものであつた。法務省は、構想説明書においてこのような歴史的な経緯を述べたのは、「政治的には感情的な同調」¹²³を喚起させる目的があつたかもしれない。それだけではなく、時代の発展とともに、立法の主導性と独立性を回復させようという試みも提言したのであろうか。

第二に、それまでの少年非行が厳しい状況にあつたということである。

¹¹⁹ 平場安治「少年法改正問題における争点」法律時報1966年10月第38巻11号。37頁。

¹²⁰ 法務省編『少年法改正はいかにあるべきか—少年法改正に関する構想説明書』（法曹会、1966年）5頁。

¹²¹ 平場・前掲注119の37頁。

¹²² 平場・同上37頁。

¹²³ 平場・同上37頁。

法務省は、犯罪統計、検察統計や司法統計などから、1956年から1965年までの少年非行の状況に関するデータを分析した結果として、その十年間に、「少年非行は全般的に増加している傾向にあった」¹²⁴との結論を出した。

具体的には、「①非行少年の増加率は少年の人口増加率を上回って、その人口比は成人よりも高かった、②業務上過失致死傷事件などを除いて、少年による主要刑法犯の数は増加の傾向を示した、③非行の内容を見ると、粗暴犯罪と性犯罪が増加している傾向は著しかった、④低年齢層の非行が増加していた、⑤18・19歳層の凶悪犯や粗暴犯などの悪質な事犯者の人口比が高かった、⑥少年の共犯事件率は成人より高く、凶悪犯や粗暴犯を多数集団で犯す傾向が強かったし、累犯率も著しく高かった」¹²⁵、といった少年非行の特徴があったと指摘した。

第三に、現行の少年司法制度に問題点が存在するということである。

まず、現行の少年審判制度は三権分立の原則に違反しているとされる。「近代法治国家の原理原則である三権分立の原則は、立法・司法・行政三方の相互制約により、国家権力の不当な行使による国民の人権侵害を防止しようとするものである。少年審判においては、刑事訴訟のような攻撃・防御、中立的な裁判官、それぞれ独立な主体からなる対審構造がとられず、裁判官と少年を中心とする二元的な職権的審問構造が採られている。その過程には、家庭裁判所は審判機関（司法）であるとともに捜査機関あるいは調査機関（行政）としての機能をも果たしているため、中立的な機関であるとは言えない」¹²⁶。したがって、現行少年審判制度は、少年の人権が侵害される可能性がある。なお、それを制約する司法的抑止措置がとられていないことは、三権分立の原則に違反し、少年の人権保障に不十分である。

次に、家庭裁判所は少年非行事件の処理に保護偏重のきらいがあるとされる。「家庭裁判所の受理した事件のうち、たとえば不開始・不処分となっているのは、業務上過失致死傷事件以外の刑法犯についてもかなり高い割合（約80%）を占めている」¹²⁷。「これは温情的すぎて、その結果、保護優先というより保護偏重になってしまう可能性がある。しかし、非行少年の事件処理と処遇は、単に少年本人の保護更生と再犯防止を図ることにとどまらず、社会公共の安全と国の将来にも重大なことがらである以上、家庭裁判所とともに、少年司法制度に関係行政機関（警察、検察等）の責任と権限を明らかにするために、さらなる検討を加える必要がある」¹²⁸と指摘した。

現行の少年司法制度を改正するために、上述の理由は十分な説得力があるかどうかについて、検討する余地があると思う。第一の理由については、確かに、現行少年法の立

¹²⁴ 法務省・前掲注120の29頁。

¹²⁵ 法務省・同上29~30頁。

¹²⁶ 法務省・同上129頁。

¹²⁷ 法務省・同上127頁。

¹²⁸ 法務省・同上1頁。

法過程には「不自然」と「性急」なことがあったことを否定できない。ただ、それだけを法改正の理由とするのは、やや説得力が足りない。そういった背景で制定された現行少年法でも、たとえ実際の運用に何らの問題が起こらなかったら、改正される必要がないであろう。その点は、第二および第三の理由とも関わっている。第二の理由として、最近約 10 年間の少年非行の状況は厳しかったということであるが、さらに、現行の少年司法制度はこのような状況には十分対応しなかったことを第三の理由とされている。第三の理由には、まず、三権分立原則の違反という指摘について、そもそも 1899 年にアメリカのイリノイ州少年裁判所法が制定された当時、少年審判を二元的審問構造にしたことは疑問がない。したがって、三権分立原則の違反もその時点から指摘を始めることができるはずではなからうか。この点について、後ほどの最高裁判所の意見にも若干述べられていた。次に、家庭裁判所の非行少年に対する処理・処遇は温情的すぎるという点について、社会秩序の維持という観点から、納得できると思われる。刑事政策的考慮は、少年法の保護優先主義を排斥することではなく、ただし、一定の限度を越えて保護偏重になってしまうことが望ましくない。もっとも、少年の健全育成を目的としている少年法を、完全に刑事政策の観点から評価されることは妥当ではないであろう。少年法で言う「保護」はあまりに広汎な概念であり、少年にどのような保護を与えるべきか、いわゆる適切な保護を行うことこそ肝心である。

上述の理由には、現行の少年司法制度において、「検察官が少年審判から完全に排除されてしまったことに対する法務省側の不満」¹²⁹があるとも言われた。

次に、法務省の「少年法改正に関する構想」のうち、「青少年法」の構想を「構想（一）」とし、「別案」の構想を「構想（二）」として、両者における具体的な提案を概観し、検察官先議権と意見陳述権の提案について考察することとしたい。

2 検察官先議権と意見陳述権の提案

全体の内容をみると、「構想（一）」と「構想（二）」とで共通している部分として、およそ以下の点が挙げられる。

第一に、青年層を設置する。現行少年法に定められる少年の年齢を 20 歳から 18 歳までに引き下げ、18 歳未満の者を「少年」とし、18 歳以上 23 歳未満の者を「青年」とする。23 歳以上の者を「成人」とする。

第二に、捜査段階において、「青年」の犯罪事件に対して検察官先議制を採用する。

第三に、「少年」の犯罪事件について、検察官（司法警察員から直接に家庭裁判所に送致された事件の場合は、司法警察員）は、事件に対する意見陳述権および家庭裁判所の処遇決定に対する抗告権を認める。

第四に、国選付添人制度を新設する。家庭裁判所の審判手続において、少年保護のた

¹²⁹ 川出敏裕「少年法改正問題と今後の課題」、廣瀬健二=川出敏裕=角田正紀=丸山雅夫『少年事件重要判決 50 選』（立花書房、2010 年）265 頁。

めに必要があるとき、国選の付添人を付することができる」とされている。

第五に、保護処分を多様化し、保護処分の執行を弾力化する。

第六に、総合調査機関を設置する。家庭裁判所の調査機能と少年鑑別所の鑑別機能を統合した上、独立する調査機関を設ける。

以下においては、検察官先議権と意見陳述権の提案を考察することとする。

まず、検察官先議権について見ていきたい。

旧少年法には検察官先議権が認められていたが、現行少年法の制定により、家庭裁判所先議権の確立という形で廃止されることとなった。

検察官先議権の行使に関して、「構想（一）」と「構想（二）」の基本的な考えは、青年の犯罪事件の処理を、捜査段階では、原則として、刑事訴訟法の規定によって行われるとされている。また、捜査を遂げた青年の犯罪事件は、直接に家庭裁判所に送致せず、まず検察官によって処理される。なお、検察段階においてどのような流れで事件を処理するかは、「構想（一）」と「構想（二）」との提案が異なっている。「構想（一）」の提案によれば、検察官は、①公訴を提起すること、②不起訴にすること、③保護処分を請求すること、三つの選択肢から一つを選択するとされている。

一方、「構想（二）」の提案によれば、検察官は、まず①公訴を提起することと②不起訴にすること、二つの選択肢から一つを選択する。もし、②不起訴にすることを決めた場合、さらに、不起訴処分の中に起訴猶予処分をした者に対して、必要があると認めるなら、家庭裁判所に保護処分を請求することができるという流れが定められている。すなわち、保護処分請求の対象者である少年は、まず起訴猶予処分の対象者でなければならないということになっている。この場合、刑事訴訟法の規定により、事件は実質的訴訟条件も形式的訴訟条件も具備することが要求され、しかも、一定の場合には再び公訴提起される可能性も存在する。

次に、検察官の意見陳述権について確認したい。

検察官の意見陳述権の内容について、「構想（一）」と「構想（二）」の提案はほぼ同じである。意見陳述権の行使は、「青年」の犯罪事件と「少年」の犯罪事件を区別した上で、手続上には以下のように若干の違いが存在する。

すべての「青年」の犯罪事件の場合、検察官は家庭裁判所の審判に出席でき、意見を陳述する権限が認められるとされている。この趣旨は、当事者訴訟主義の要請を反映させようとする¹³⁰であると言われる。なお、実務において検察官はすべての事件の審判に出席する必要があるわけではない。立会の必要が認められる場合と家庭裁判所が検察官の立会を求めるなどの場合に、出席し、意見を陳述するとされているが、いずれの場合においても、家庭裁判所の許可を要しない。

¹³⁰ 法務省・前掲注 120 の 186 頁。

一方、「少年」の犯罪事件の場合、検察官が適宜の方法（口頭あるいは書面）で意見を陳述することができるかとされているが、どのような場合、審判に立会すべきかは明確にされなかった。少年の情操保護を考慮するならば、「青年」の事件と同じく審判に出席し、意見を陳述することは妥当ではない。検察官の意見陳述は、検察官から家庭裁判所に送致された事件に限られ、家庭裁判所の事件受理から終局処分まで、いつでもできるとされている。また、これらの事件に関する意見陳述は、非行事実に関する事項のみならず、処分決定に関する事項も含まれることとされている¹³¹。

このように、両「構想」では、検察官の関与という形で意見を陳述するのは「青年」の犯罪事件に限られている。「少年」の犯罪事件の場合、検察官が「適宜の方法」で意見を陳述するとされており、少年審判への検察官の関与を完全に否定しなかったが、どのような場合（たとえば、どのような事件を対象に、どの段階で）に検察官が関与できるのは明確にされなかった。

3 最高裁判所、日弁連および警察庁からの意見

上述の検察官先議権と意見陳述権の提案に対して、最高裁判所、日弁連および警察庁の意見を見ていきたい。

最高裁判所は、まず、検察官先議の弊害として、「①刑罰の重視、②個別的処遇の後退、③捜査段階における調査の弊害、④手続の重複・処理の遅延」¹³²を挙げて、検察官先議権に対する反対の意見を示した。次に検察官の関与と意見陳述権については、次のような意見を述べた。構想を提出した理由の一つである三権分立原則の違反という法務省の主張に対して、最高裁判所は、「三権分立の原則が主張された当初、国家権力の集中を避けるため、立法権・司法権・行政権に三分して、三者の相互制約により、国家機能の効果的な行使と国民の人権を保障させようとするのがその目的であったと強調し、この原則に基づいて、すべての国家機能を理論的に三分する、各機関に分配する要請ではない」¹³³と主張した。「少年審判の場面においては、厳格に三権分立原則を堅持する必要がなく、したがって、少年審判への検察官の関与も必要不可欠ではない。なお、検察官の意見陳述権を完全に否定せず、立会権を伴わない意見陳述権が基本的に認められる」¹³⁴と主張した。

日弁連は、法務省の「構想」について、国選付添人制度の新設と少年の人権保障強化の二点を除き、ほぼ全案に反対する意見を表明した。その代わりに、「現行少年司法制度の枠組の中においても、家庭裁判所自身が現行法の運用について厳しい反省を行うこと」¹³⁵を主張した。検察官先議の提案に対して、その根拠が乏しいと述べ、主な理由として

¹³¹ 法務省・同上 176~177 頁。

¹³² 最高裁判所事務総局「少年法改正に関する意見」（1966 年）19~22 頁。

¹³³ 最高裁判所事務総局・同上 22 頁。

¹³⁴ 最高裁判所事務総局・同上 35~36 頁。

¹³⁵ 日本弁護士連合会「少年法改正に関する意見」（1966 年）58 頁。

次の三点を挙げた。「第一に、検察官先議により、保護処分が刑事処分の例外になり、少年の健全育成にマイナスな効果をもたらす弊害が生じる。第二に、少年司法における個別処遇の原則の後退をもたらす。第三に、検察官先議がとられるなら、捜査と調査が併行して進められるようになってしまい、その過程には関係者のプライバシーが侵害されたりして、適正な捜査と調査の進行に難しさをもたらす」¹³⁶という弊害が存在する。また、「検察官の意見陳述権については、検察官の関与という形で意見を陳述する場合、少年の情操に好ましくない影響が与えられ、しかも家庭裁判所が必要以上の刑事政策的配慮を要求されることになってしまいが、それは個別処遇の原則を後退させて、少年の健全育成を阻害」¹³⁷するというものであった。

一方、警察庁は、少年法改正の必要を認めた上で、構想の提案に基本的に賛成する意見を示した。また、構想の提案にとどまらず、たとえば、全件送致主義の再検討について、刑事訴訟法 246 条の微罪処分にすることができない現行少年法の取扱いを批判した。「微罪処分にすることが一切できないと、場合によって、少年を不当に長期間にわたり不安定な状態にとどめることになってしまい、少年の処遇上好ましくない結果を生じる」と指摘¹³⁸した。検察官先議権については、より責任主義を加味する見地から、検討すべき事項であるが、多角的な視点から、その利害得失を慎重に検討すべきであると述べ、実際には意見を留保した。なお、少年審判への関係行政機関の関与、また検察官および司法警察員の意見陳述権を認めることには賛成した。

(二) 少年法改正要綱、部会長試案および中間報告

1 少年法改正要綱

1970 年の「法務省少年法改正要綱」は、1966 年に公表された「少年法改正に関する構想」を基礎にして、これに対する各方面から寄せられた意見を再検討した上で、修正を加えたもの¹³⁹であるとされている。この「要綱」と「構想」との主な相違について、以下の五点が挙げられる。

第一に、「青年」の年齢について、「構想」では、18 歳以上 23 歳未満の者を「青年」としているのに対し、「要綱」ではその年齢上限を下げて、18 歳以上 20 歳未満の者を「青年」とするものとされた。

第二に、「構想」で提案した検察官先議に対し、「要綱」は「青年」の事件の処理手続を刑事訴訟化するように改めた。すなわち、検察官は事件を保護手続にするか刑事手続にするかの選別を行わず、すべて刑事手続にし、刑事訴訟法上の規定によるものとした。

第三に、「少年」の事件について、「要綱」により、「構想」では提案されなかった検察

¹³⁶ 日本弁護士連合会・同上 26~27 頁。

¹³⁷ 日本弁護士連合会・同上 28 頁。

¹³⁸ 警察庁「少年法に関する意見」(1966 年)。

¹³⁹ 木村栄作「少年法改正要綱の基本問題」宮沢浩一編『少年法改正』(慶應通信、1972 年) 3 頁。

官の送致・不送致の選択権と司法警察員の送致・不送致（微罪処分）の権限を与えるものとした。

第四に、「構想」でも現行少年法でも、家庭裁判所には一切の刑事裁判権が認められなかったが、「要綱」は、「少年」の事件および「青年」の事件の刑事裁判権をすべて家庭裁判所に付与するものとした。

第五に、「少年」の事件に対する検察官の意見陳述権について、「構想」は適宜な方法でそれを行使することと提案していたが、「要綱」はさらに検察官の権限を拡張し、検察官の審判立会、証拠請求権、意見陳述権、記録証拠物の閲覧・謄写などの権利を認めるものとした。

以上から、「要綱」は警察庁の意見である微罪処分を取り入れたほかに、「構想」と大きな相違は見られなかった。よって、「構想」について「各方面の意見を再検討した上での修正」という「要綱」に対する位置づけが必ずしも妥当とは言えない。

指摘したいのは、「要綱」において、少年司法における検察官の権限がより拡張と強化をされたことは明らかだということである。それは、まさに1966年に「構想」が発表されてから、最高裁判所や日弁連などをはじめとする各方面から最も強く批判されたことでもある。検察官先議および検察官関与、意見陳述権をめぐる、後ほど法務省内の部会長会議と中間報告においても、検討が続くことになった。

2 少年法改正要綱に関する中間報告

1970年6月に、法務大臣が「要綱」について、法制審議会（法務大臣の諮問機関）に対し諮問を発した。同月、法制審議会が少年法部会を設置することを決め、そこから「要綱」についての実質的な審議が始まった¹⁴⁰と言われる。そして、およそ5年間の審議を経て、法制審議会少年法部会長を務めていた植松正部会長は、1975年に「部会長試案」（「中間報告に盛り込むべき事項」）を提示した。

この「試案」の内容には、「①少年の権利保障の強化、②弁護士である付添人制度の拡充、③保護処分の多様化と執行の弾力化、④年長少年の事件の特別な取扱い、⑤検察官の審判関与に関する立会、意見陳述などの権限の拡大、⑥司法警察員と検察官による司法前処理の制度化」¹⁴¹、などが含まれている。

以下においては、④と⑤の検察官の権限について、考察していきたい。

④の「年長少年の事件の特別な取扱い」について、まず少年法部会は「構想」と「要綱」での青年層の設置という発想を改めて、現行少年法の枠内で「年長少年」という言葉を使うようにしていた。次に、「試案」によって、18歳以上の年長少年の事件は、少年審判の手続上において、18歳未満の中間少年および年少少年の事件とある程度異なる特別な取扱いをすることにしていた。具体的には、「(イ)年長少年の事件のうち、死刑ま

¹⁴⁰ 木村・同上3頁。

¹⁴¹ 澤登俊雄「少年法改正の方向と部会長試案」法律時報48巻1号（1976年）8~15頁。

たは無期もしくは短期一年以上の懲役もしくは禁錮にあたる罪の事件、その他家庭裁判所において必要と認めた事件については、弁護士である付添人のほか検察官の必要的手続関与、(ロ)同様の事件について、決定に影響を及ぼす法令の違反、重大な事実誤認または処分の著しい不当を理由とする検察官の抗告権¹⁴²を提示していた。このように、18歳以上の少年の事件につき、「構想」と「要綱」によってなされた検察官の先議権や手続の選択権の提案と比べると、部会長試案が提示した上述の手続への関与と抗告権の主張からは、法務省側の主張の変化が見られる。

⑤の「検察官の審判関与に関する立会、意見陳述などの権限の拡大」について、家庭裁判所の許可を条件とする少年審判への検察官の関与および事実認定手続に関する規定を前提とする検察官の関与が認められた。

このように、「試案」が提出された後から、「検察官の関与」は、「検察官の先議権」、「検察官の意見陳述権」、「刑事訴訟化」などの提案に取り代わって、少年法改正論議に定着するようになった。「試案」を公表してから、各方面に意見を求め、一部の修正がなされた上で、1976年11月に、法制審議会に中間報告がなされた。この「中間報告」の内容となったのは、主に次の四点である。

第一に、少年の権利保障の強化と一定の限度内における検察官関与を認める。

第二に、18歳以上の年長少年の事件についての特別な取扱いをする。

第三に、一定の限度内で司法警察員および検察官の不送致を認める。

第四に、保護処分が多様化および処分執行の弾力化をさせる。

以上の内容から見ると、「中間報告」は、従来の審議の経過を鑑み、青年層の設置や青年に対する特別な手続の新設などに関する「要綱」の提案を見送り、「現行少年法の基本構造を維持することを前提として、少年の権利保障と検察官の手続関与の要請をなるべく少年審判手続に盛り込もうとするもの」¹⁴³とも言われる。

「中間報告」は、検察官関与の必要性を認める一方、その関与を厳格な範囲に限定していた。それは、各方面の意見と理由を聴取した上で、望ましい法改正の方向を示しているためであろう。それにもかかわらず、日弁連をはじめ、最高裁判所や学者などから強い批判が続いていたことが原因となり、法制審議会は、1977年に「中間報告」を答申すること(いわゆる「中間答申」)によって、これまでの「要綱」に関する審議を実質的に終えた¹⁴⁴。1966年の「構想」の提出から、1977年までの「中間答申」まで、10年余りにわたる少年法改正に関する論議はここで中止されることになった。しかし、これまでの論議は、2000年少年法改正における検察官関与制度の確立にとって、必ずしも意義が

¹⁴² 石川才顕「少年の権利保障と検察官の手続関与」法律時報48巻1号(1976年)26頁。

¹⁴³ 清野惇「少年法中間報告を読んで—中間報告における検察官関与の提案について」法律のひろば30巻2号(1977年)21頁。

¹⁴⁴ 澤登俊雄「保護手続における適正手続の実現—原点に戻って検察官関与の正是を再考する」自由と正義49巻12号(1998年)122頁。

ないものではない。

これまでの「構想」、「要綱」および「中間報告」の少年司法における検察官の権限に関する提案をまとめると、表1のとおりである。

表1

	検察官の先議権	検察官関与		
		意見陳述権	立会権	抗告権
1966 年少年 法改正 に 関 す る 構 想	18歳以上の青年の犯罪事件について、検察官先議主義に基づき、捜査段階で青年を保護手続にするか刑事手続にするか検察官が決定権を持つ。	認める。	青年の事件のみ認める。	認める。
1970 年 改 正 要 綱	18歳以上の青年の犯罪事件について、刑事訴訟法の規定によることとし、検察官が事件処理の権限を有する。 少年の事件について、検察官が事件を家庭裁判所に送致・不送致にする選択権を有する。	認める。	認める。	認める。
1976 年 中 間 報 告	認めない。	認める。	認める。ただし、関与できる事件の範囲を厳格に限定していること前提とする。	認める。

(三) 2000年少年法改正と検察官関与制度の確立

1 1990年代後半までの少年法改正論議

1996年11月から1998年7月にかけて、最高裁判所、法務省、日弁連三者の間で、「少

年審判に関する意見交換会」が十数回にわたって開催された¹⁴⁵。1998年7月、法務大臣から法制審議会に対して、一旦中止された少年法改正の問題について再び諮問をした。今回の改正論議は、「山形マット死事件」や「調布駅南口事件」などにおける家庭裁判所の非行事実認定に存在する問題がきっかけになったと言われるが、それにより、非行事実認定の一層の適正を図るため、少年法一部改正への立法活動がこの時期から始まった。改正案において、少年審判への検察官関与という点は最大の問題となっていたと考えられる。

少年法改正論議の歴史的な経緯を考察すると、1970年代まで法務省が主導となって、各方面に意見を求めていたのに対して、今回の論議においては、法務省側のみならず、最高裁判所と弁護士からも、法改正の必要性や具体的な方策などについての意見を積極的に提出し、法務省とともに主導的な立場に立っていた。ただし、最終的に2000年の少年法改正に至ったのは、改正法案が法制審議会を経て国会に上程されたのではなく、議員立法として上程されたのであり¹⁴⁶、いわゆる政治主導の結果であった。なお、政治主導と言われても、少年法改正は客観的に実務のニーズを反映していた。廣瀬健二が2000年少年法改正前に、「事実認定手続の適正化のために、重大事件や事実認定が複雑困難な事件などには、検察官の審判手続の出席・関与が必要かつ有効だと思われる」¹⁴⁷と述べていたように、法改正は、現行少年法運用の実務にとって必要なことがらであったと考えられる。

今回の少年法改正をめぐり、一定の少年事件には、審判廷に検察官の出席を認めることについて、具体的に、検察官の関与がなぜ必要か、検察官が出席する審判廷での手続はどのような内容かにつき、次のように法曹三者の間、とりわけ日弁連と他の二者（法務省および最高裁判所）との見解が大きく異なっていた。

法務省と最高裁判所は、あくまでも少年審判の職権主義的審問構造を維持することを前提に、検察官の関与を認める立場にあった。これも改正案の基本的な立場であった。

しかし、これまで日弁連は一貫して、現行少年法の職権主義的審問構造の下での検察官関与には全面的な反対の意見を維持していた。その主な理由は、「家庭裁判所が非行事実を認定するために、必要があると認めるときは、もし予断排除の原則や伝聞証拠排除原則などを採用しないまま、少年審判に検察官を出席させるとするならば、刑事事件手続と対比しても、少年にとってあまりに不公平・不公正な手続になるということである」¹⁴⁸。よって、論議の最終段階において、日弁連が起訴状一元主義や予断排除、伝聞法則など

¹⁴⁵ 澤登・同上 120 頁。

¹⁴⁶ 斉藤豊治『少年法研究 2—少年法改正の検討』（成文堂、2006 年）63 頁。

¹⁴⁷ 廣瀬健二「少年審判における非行事実認定手続—審判の現場から見て」犯罪と非行 108 号（1996 年）4-25 頁。

¹⁴⁸ http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/civil_liberties/year/1999/1999_2.html（2015 年 2 月 12 日閲覧）

の採用を条件として、争いのある事件の事実認定段階に限って、少年の同意を要件として、検察官の関与を認め、いわゆる部分的対審化を提案した。

日弁連の提案は、法務省と最高裁判所が提示した現行の職権主義的審問構造の下での検察官関与とは根本的に違っているものとなっている。少年審判の部分的対審化論により、家庭裁判所の少年審判制度に職権主義的審問構造とともに、当事者訴訟主義構造が採用されることになって、家庭裁判所裁判官の役割をいかに位置づけるかが問題になると思われる。また、争いのある事件についてであるが、たとえば、捜査の段階ではなく、少年審判の段階に入って初めて非行事実が否認された事件の場合、起訴状一元主義と予断排除の原則が当然実現できないではないか。それに、部分的な対審化論は少年の同意を要件としているため、少年の同意がなければ、検察官が関与できなくなってしまい、その場合、非行事実についての争いがどのように解決されるかが問題となる。なお、非行事実の認定はあくまでも家庭裁判所の職責であるため、検察官が関与するかどうかという合目的な判断を行う権限を少年に与えるより、家庭裁判所に与える方が、合理性があると考えられる。

2 検察官関与制度の確立

2000年の少年法改正により、一定の場合に検察官が非行事実の認定に必要な限度で少年審判に関与することが認められるようになった。

改正法には、検察官の関与について、次の内容が定められている。

第一に、検察官が少年審判に出席することができる事件の範囲について、(1) 故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪、(2) 死刑または無期もしくは短期2年以上の懲役もしくは禁錮に当たる罪の事件に限られている(2000年改正少年法22条の2第1項)。

第二に、以上の事件について、少年審判において検察官が関与できる段階は非行事実認定の段階に限られており、要保護性の判断と処遇決定の段階には関与できないとされている。

第三に、検察官関与の手続について、最終的には家庭裁判所の決定に基づくことを前提にして、検察官からの申出による場合と家庭裁判所自らの判断による場合と二つに分けられているが、後者の場合であってもあらかじめ検察官の意見を聞かなければならないことになっている(2000年改正少年法22条の2第2項)。

第四に、少年審判に関与した検察官の権限として、非行事実の認定に資するため必要な限度で、最高裁判所規則の定めるところにより、事件の記録及び証拠物を閲覧し及び謄写し、審判の手続(事件を終局させる決定の告知も含む。)に立会い、少年及び証人その他の関係人に発問し、並びに意見を述べるができる(2000年改正少年法22条の2第3項)と規定されている。

改正法により、職権主義的審判構造を維持することを前提に、少年審判の手続に関与する検察官は、少年に対する処罰を求める訴追官・原告官ではなく、家庭裁判所裁判官

の主導権に服しつつ、公益の代表者の立場から、的確に事実認定が行われるよう審判に協力する審判協力者であると位置づけられている。

以下、2000年少年法改正に関し、1970年代後半までの少年法改正論議との関係について検討してみたい。

1998年に、法制審議会に対する少年法改正の諮問に際し、「法務省刑事局長は、今回の法改正は現下の情勢に照らして非行事実認定の一層の適正化を図るものであり、『中間報告』や『中間答申』の年長少年に対する特別な取扱いなどの提案は、必ずしも最近の少年非行の問題点に対応するものではない」¹⁴⁹ため、両者の間に連続性がないと述べていた。なお、「一定の限度内における検察官の関与との提案に関する内容は重なる部分が多く存在するということから、連続性があるといつてよい」¹⁵⁰との見解もあった。

1977年に、植松部会長は法制審議会で検察官の関与などについて、次のように説明した。

「この中間報告は、現行の職権主義的審問構造を動かさないことを前提としておりますので、検察官は当事者としてではなく、公益の代表者として適正な審判が行われるよう協力するという立場で、また、その限度において関与するものであるという趣旨を明確にするため、家庭裁判所の要請または許可があった場合に限って検察官の審判出席を認め、法令違反または事実誤認のある場合に限って検察官の審判出席を認めることとしております。要綱を支持する立場からは、審判出席および抗告の両面にわたって、検察官の全面的関与を認めるべきであるとの強い主張があったのは当然であります。他方、さきの修正案にもあらわれておりますように、一部には多少なりとも検察官が関与すれば保護手続の変質を免れないとする意見や、抗告を認めることには少年の心情に及ぼす影響や手続遅延などの弊害があるとする意見が見られました。しかしながら、要綱には反対の立場にあっても、処分決定に当たって被害者の立場や社会秩序の維持といった観点からの意見をも十分聞きうるような体制が望ましい場合があること、正確な事実認定や法律の適用、あるいは手続の適正の要請に寄与する点で現行の審問構造を維持することから生ずる限界や欠陥を補い、少年に自己の犯罪に対する安易感や手続に対する不信感を植え付けることを防ぐなどの教育上の効果も期待される一方、家庭裁判所の処分決定に対する一般の信頼を一層高めるゆえんでもあることなどの諸点を指摘し、ある範囲において検察官関与の必要性・相当性を認めるのが大勢のように見受けられました」¹⁵¹。

この植松部会長の説明からすると、2000年の少年法改正は「要綱」提出後の1970年代における一連の論議と関連性があると言わざるをえないように思われる。

¹⁴⁹ 澤登・前掲注144の123頁。

¹⁵⁰ 澤登・同上124頁。

¹⁵¹ 澤登・同上125頁。

1966年に「構想」が公表されてから、1970年の「要綱」によってその内容が強化され、その後、植松部会長によって「試案」が提出され、「中間報告」および「中間答申」に至った過程においては、少年司法における検察官の権限のあり方をめぐって、各方面の意見について検討が続いていた。その成果とも言える「中間報告」の提案は、高く評価ができるものであったにもかかわらず、検察官関与などに対する反対の意見が続いていたため、「中間答申」で少年法改正に関する論議が終わることとなった。2000年の少年法改正に、これらの提案が取り入れられたことで、少年司法に対して検察官関与の必要性和重要性は再び認識されたともいえよう。

検察官関与制度は、主に少年審判における事実認定の適正化の実現を目的としており、その趣旨には次の点が含まれる。第一に、争いのある事件または否認事件のような事実の認定に困難がある事件について、公益的な見地から証拠の収集、吟味を行い、事実認定の客観性を担保することである。第二に、事実の認定過程において、家庭裁判所裁判官と少年との対峙を避けさせ、家庭裁判所の司法的機能と福祉的機能の効果的な実現に協力する。第三に、検察官が関与できる事件の範囲は、少年法20条に定める原則検送の事件とは重なっており、理論上で、手続の連続性を保持する観点から、少年審判への関与が必要である。もちろん、実務では、関与した事件がすべて逆送されるわけではないが、事件の重大性という要因もあるので、被害者をはじめとする国民一般からの信頼を確保するため、少年側のみならず、公益の代表者である検察官からの意見を反映させることも重要である。

検察官関与の対象事件は犯罪少年の事件に限定され、触法少年は刑事責任年齢に達していないため、そして虞犯少年は刑罰法令に触れる行為をしていないため、検察官はこれらの事件に関与する必要がないことは言うまでもない。検察官の関与が可能な事件は、先にみたとおり、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪（1号事件）、死刑または無期もしくは短期2年以上の懲役もしくは禁錮に当たる罪の事件（2号事件）である（2000年改正少年法22条の2第1項）。1号事件も2号事件も、その重大性と法定刑の軽重は検察官関与が可能となる事件の範囲を左右しているものである。なお、家庭裁判所の「必要があると認める」判断は、検察官関与の決定的要件である。注意すべきなのは、法改正論議において主張された争いのある事件や否認事件などは、改正法では検察官関与の範囲として明確に規定されていないことである。しかし、検察官関与制度の目的から、実務の運用には否認事件や少年側が非行事実の存否を激しく争う事件が典型的なものとして想定できる¹⁵²とされている。

3 国選付添人制度との関連性

2000年少年法改正により、検察官関与決定をした事件について、少年側に弁護士付添人がいない場合（22条の3第1項）および検察官の抗告受理決定があった場合（35条の

¹⁵² 司法研修所『改正少年法の運用に関する研究』法曹会（2006年）205頁。

5) に、国選付添人を付すことが認められた。また、2007年少年法改正では、検察官関与決定の対象事件では、観護措置が取られ、弁護士付添人がいない犯罪少年と触法少年の事件について国選付添人が認められた。さらに、2008年少年法改正により、被害者等に少年審判への傍聴を許す場合に、少年側に弁護士付添人がいないときには国選付添人が認められるようになった。このように、国選付添人の対象事件の範囲は段々と拡大してきた流れがあった。

2014年少年法改正では、検察官関与の対象事件の範囲について、「故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪（1号事件）」の規定を削除し、2号事件の範囲が「死刑または無期もしくは長期3年以上の懲役もしくは禁錮に当たる罪の事件」に拡大された。少年法22条の3第1項により、国選付添人の対象事件は同じ範囲に拡大された。

このように、少年法の国選付添人制度の対象事件は、ちょうど刑事訴訟法の被疑者国選弁護制度の対象事件と同じ範囲となっている。2004年に刑事訴訟法が改正され、被疑者について、死刑、無期若しくは長期3年を超える懲役、禁錮に当たる事件で、勾留状が発せられている場合に、請求による国選弁護が認められた。ゆえに、たとえば、少年被疑者で国選弁護人が選任されて、もし事件が家庭裁判所に送致されると、国選弁護人は引き続き国選付添人として選任されることが可能となっている。しかし、「2000年少年法に定めていた国選付添人制度の対象事件の範囲は、国選弁護人制度の対象事件の範囲より狭かったため、2004年以降の実務においては、いわゆる国選付添人との間に谷間が生じる事態が起こる」¹⁵³おそれがあった。よって、「国選付添人制度の対象事件の範囲を拡大することによる解決が強く求められていた」¹⁵⁴。以上は、2014年少年法改正に至った大きな要因であることを否定できない。検察官関与の対象事件の範囲を同じ範囲に拡大したのは、少年審判のバランスをとることに着目したものと考えられる。「少年審判において、国選付添人の役割については、審判の協力者論や刑事弁護人に近い少年の権利保護者としてのパートナー論などがあり、検察官の役割と違って、少年の保護・後見的な役割と少年の権利擁護・手続監視者的な役割を果たしている」¹⁵⁵と言われる。

2014年少年法改正の目的は、法務省側によると、「少年審判に対する国民の信頼を確保すること、『再犯防止に向けた総合対策』（2012年犯罪対策閣僚会議）において、少年・若者および初入者に対する指導を行うことを求めており、犯罪を犯した少年による再犯を防止するには、少年審判手続の段階から少年が再犯に及ばないような環境を整えることが重要であるため、少年審判手続における一層の事実認定の適正化と充実化を図り、国選付添人制度と検察官関与制度の対象事件の範囲拡大を行う必要がある」¹⁵⁶ことなど

¹⁵³ 廣瀬健二「付添人の役割と課題—国選付添人制度拡張にあたって—」
<http://www.houterasu.or.jp/cont/100546186.pdf#search='付添人の役割と課題'>（2015年5月27日閲覧）

¹⁵⁴ 廣瀬・同上。

¹⁵⁵ 廣瀬・同上。

¹⁵⁶ 法務省：法制審議会少年法部会第1回会議事録 2012年10月15日

が挙げられている。「実務において、事実認定手続の困難さから検察官的な立場の方に立ち会ってもらふ必要性を強く感じていた」¹⁵⁷と言われたりもしている。犯罪被害者団体も、検察官関与の対象事件の拡大に対して賛成の立場を示した¹⁵⁸。日弁連は国選付添人制度の対象事件の拡大に賛成したが、検察官関与には反対の意見を表明した¹⁵⁹。

(四) 検察官関与の運用状況

2000年改正少年法について、附則3条において、「施行後5年が経過した場合、改正法の施行状況について国会に報告するとともに、検討を加え、必要があると認めるときは法制の整備その他の所要の措置を講ずること」とされていた¹⁶⁰。そのため、内閣は2006年6月9日、施行後5年間における改正後の少年法等の規定の施行状況について、国会に報告した。

法務省は、今後、さらに検討を行って、法制の整備とその他の措置を講ずる必要性の有無を考えていくとした上で、2006年10月から12月にかけて、法務省、最高裁判所、日弁連、少年法研究者または被害者団体の代表が集まり、2000年改正少年法の実施状況およびその見直しをめぐって、意見交換会の場を設ける¹⁶¹ことになった。

以下では、①2006年の最高裁判所による統計、②2006年から行われた前記の意見交換会の議事録と公開資料に掲載されている検察官関与の運用に関する統計、③司法研修所による2001年4月1日から2004年3月31日までの改正少年法の運用に関する統計を通して、検察官関与の運用状況について分析する。また、家庭裁判月報に掲載されている典型的な裁判例を検討し、どのような事例で検察官関与が行われ、どのような処遇決定がなされているかを分析する。

1 データの整理

① 最高裁判所による統計

最高裁判所事務総局家庭局の統計によると、2001年4月1日から2006年3月31日までに、家庭裁判所において終局決定があった者のうち、検察官関与決定があったのは98人であって、そのうちの2人について抗告裁判所においても検察官関与決定があったため、検察官関与決定があった人員総数は100人¹⁶²である。内訳は、表2の通りである。

<http://www.moj.go.jp/shingil/shingi06100034.html> (2015年5月27日閲覧)

¹⁵⁷ 同上。議事録24頁東京家庭裁判所の嶋原判事の発言を参照。

¹⁵⁸ 法務省：法制審議会少年法部会第4回会議議事録 2012年12月17日

<http://www.moj.go.jp/shingil/shingi06100043.html> 武るり子氏の発言を参照。

¹⁵⁹ 法務省：法制審議会少年法部会第4回会議議事録 2012年12月17日

<http://www.moj.go.jp/shingil/shingi06100043.html> 山崎弁護士発言を参照。

¹⁶⁰ 法務省：平成12年少年法に関する意見交換会(第1回)議事録 2006年10月

http://www.moj.go.jp/shingil/keiji_keiji38-1.html

¹⁶¹ 同上。

¹⁶² 最高裁判所事務総局家庭局：平成12年改正少年法の運用の概況(平成13年4月1日～平成18年3月31日)

http://www.courts.go.jp/vcms_lf/20516006.pdf

表 2

強姦	31 (人)
傷害致死	23
強盗致傷	12
殺人	11
強盗致死	7
強姦致傷	4
殺人未遂	4
強制わいせつ致傷	3
現住建造物等放火	1
監禁致死	1
強盗	1
強盗殺人未遂	1
保護処分取消し	1
合計	100 人

② 意見交換会での統計

②-1 法務省による施行状況に関する報告

法務省は、上記最高裁の統計のうち、抗告審の 2 人および保護処分取消事件の 1 人について検察官関与決定がなされた場合を除いて、2001 年 4 月 1 日から 2006 年 3 月 31 日までに、検察官関与決定があった人員総数を 97 人¹⁶³としている。

意見交換会における法務省側の報告によれば、少年法 22 条の 2 が定める検察官関与の対象事件について、2001 年 4 月 1 日から 2006 年 3 月 31 日までに家庭裁判所に新たに係属し、終局決定がされた少年は 7,842 人であり、そのうち検察官関与決定があったのは 97 人であるということで、関与率は 1.2%となっている¹⁶⁴。

②-2 日弁連の実態調査結果

2000 年改正少年法の運用実態を調査するために、日弁連は 2001 年 4 月 1 日から 2002 年 9 月 30 日まで（2001 年 4 月 1 日～2001 年 9 月 30 日は第 1 回調査で、2001 年 10 月 1 日～2002 年 9 月 30 日は第 2 回調査である。）の間に、裁定合議・検察官の審判関与・いわゆる原則検察官送致のいずれかに該当した少年事件について、付添人を担当した弁護士から「事情聴取票」を回収する形で、全国的な情報を集約することを行った¹⁶⁵。第 1

¹⁶³ 法務省：少年法等の一部改正する法律による改正後の少年法等の規定の施行状況に関する報告（平成 13 年 4 月 1 日～平成 18 年 3 月 31 日）

<http://www.moj.go.jp/content/000002037.pdf>

¹⁶⁴ 法務省：平成 12 年少年法に関する意見交換会（第 1 回）議事録 2006 年 10 月。

http://www.moj.go.jp/shingi1/keiji_keiji38-1.html

¹⁶⁵ 日弁連：「改正」少年法の運用実態調査結果—裁定合議・検察官の関与・いわゆる原則検察官送致事

回調査では対象事件 44 件のうち 28 件、第 2 回調査では対象事件 118 件のうち 36 件の回答を得た¹⁶⁶。

検察官の審判関与に関する回答数は 24 件であり、集計結果は以下のとおり¹⁶⁷である。

(1) 非行事実に関する争いの有無

表 3

非行事実の客観面に争いあり	7 (件)
行為の主観面に争いあり	3
行為の法的評価に争いあり	4
争いなし	9
共犯少年が否認	1

(2) 裁判体

表 4

単独	17 (件)
合議体	7

(3) 証人尋問実施の有無

表 5

あり	15 (件)
なし	9

(4) 要保護性審理への検察官の立ち会い

表 6

あり	2 (件)
なし	22

③ 司法研修所による改正少年法の運用に関する統計

少年審判への検察官関与の運用について、司法研修所は 2001 年 4 月 1 日から 2004 年 3 月 31 日までの 3 年間における家庭裁判所の統計データ、事例、アンケート結果を集め、制度運用の状況を示した。関与の人員数は前述最高裁判所の統計と重なっているため、以下は関与の形式と関与の理由に関するデータを紹介する。

件を対象に— 2004 年 9 月 24 日。

http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/060316_3_2.pdf

¹⁶⁶ 同上。

¹⁶⁷ 同上。

③-1 関与の形式について¹⁶⁸ (2001年4月1日～2004年3月31日)

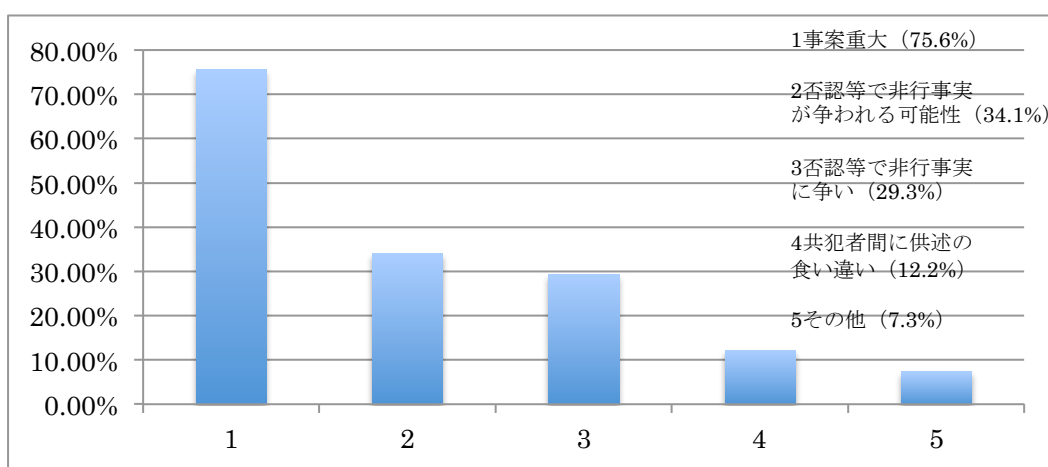
表 7

検察官の申出によるもの	56.9%
家庭裁判所の決定によるもの	43.1%

③-2 関与の理由について¹⁶⁹ (2001年4月1日～2004年3月31日)

③-2-1 検察官が申出をした場合

図 1

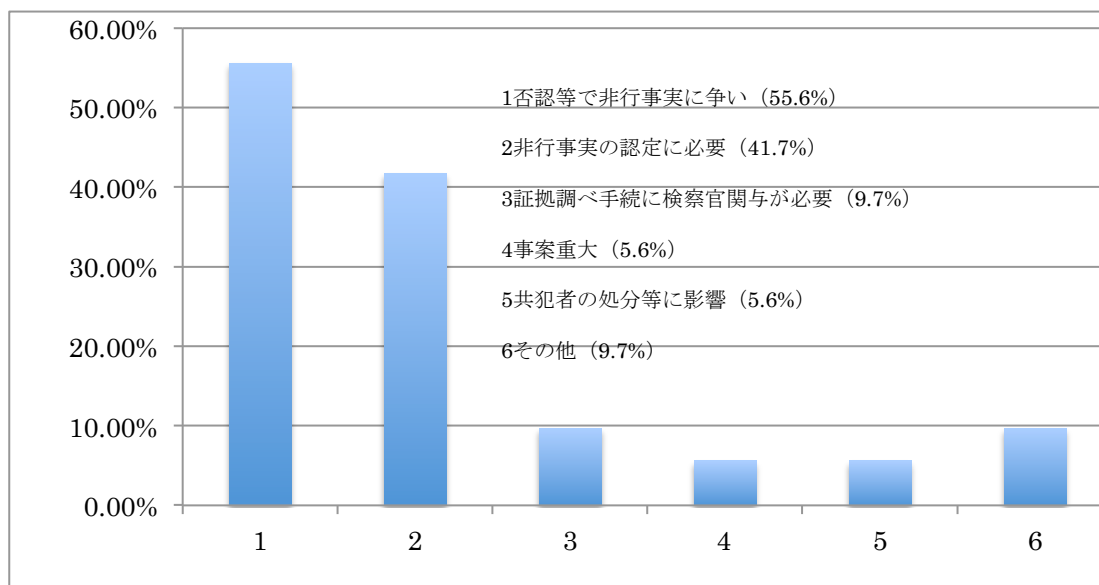


③-2-2 家庭裁判所が決定した場合

¹⁶⁸ 司法研修所『改正少年法の運用に関する研究』（法曹会、2006年）214頁。

¹⁶⁹ 同上。220頁。

図 2



司法研修所による統計によれば、まず関与した事件のうち、その形式について、検察官の申出によるものは 56.9%となり、半分以上を占めていることが分かる。また、関与の理由については、家庭裁判所側では、否認や非行事実を争いのあるということなどが高い割合を占めている一方、検察官側では、事案の重大性という理由が占める割合が最も高く見られる。

以上、①、②および③の統計が示している運用状況について検討したが、法務省と裁判所、特に裁判所側が検察官関与制度を肯定的に捉えていると考えられる。実際の関与率から見て、検察官関与制度はかなり慎重的な運用がなされており、また、最高裁判所からは、「関与した検察官も少年審判の機能に十分配慮しており、少年に対する教育的雰囲気は損なうようなことがなかった」¹⁷⁰との評価がなされている。

それに対して、日弁連は、「2000年改正少年法の5年後見直しに関する意見書において、運用の実態から、非行事実の認定に必要と思わない事案であっても、事件の重大性などを理由として、検察官決定がなされたことが法の趣旨を逸脱していると指摘した。また、伝聞法則を採用していない少年審判において、検察官が関与することによって、少年は成人以上に不利な立場に置かれて、冤罪になる危険性が高まるという理由で、検察官関与を認める少年法 22 条の 2 その他関連規定を削除すべきである」¹⁷¹という意見を示した。

2 裁判例の紹介

2001年4月1日改正少年法を実施してから2013年3月31日まで、家庭裁判月報に掲

¹⁷⁰ 法務省：平成12年改正少年法に関する意見交換会（第4回）議事録。
http://www.moj.go.jp/shingil/keiji_keiji38-4.html 最高裁家庭局河原課長の発言を参照。

¹⁷¹ 日弁連：「改正」少年法・5年後見直しに関する意見書 2006年3月16日。
http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/060316_3_1.pdf

載されている検察官関与の裁判例は12件あり、以下紹介する。

表8

①	東京家裁 平成13年 (2001年)6 月19日決定	銃砲刀剣類所持違反等取締法違反、火薬類取締法違反、器物損害、営利略取等、強盗致傷、逮捕監禁致傷、営利略取等未遂、監禁致死、恐喝未遂保護事件の審理において、争いのある監禁致死の事実に関し検察官関与決定をした上で審理を遂げた事例である ¹⁷² 。	< 処遇決定 > 検察官に送致
②	東京家裁 平成14年 (2002年)9 月25日決定	窃盗、公務執行妨害、殺人未遂保護事件の審理において、殺人未遂の事実について検察官関与を決定し、少年に未必の故意を認めるのは相当でないとして、傷害の事実認定替えをした事例である ¹⁷³ 。	< 処遇決定 > 中等少年院に送致
③	千葉家裁 平成15年 (2003年)6 月27日決定	凶器準備集合、傷害致死保護事件の審理において、争いのある傷害致死の事実について、検察官関与決定をした上で審理を遂げた事例である ¹⁷⁴ 。	< 処遇決定 > 検察官に送致
④	仙台高裁 平成16年 (2004年) 10月29日決定	本件の受差戻し審である福島家裁いわき支部平成17年1月20日決定があり、窃盗、強姦保護事件の受差戻し審での審理において、争いのある強姦の事実に関し検察官関与決定をしている ¹⁷⁵ 。	< 処遇決定 > 中等少年院に送致(受差戻し審)
⑤	大阪高裁 平成16年 (2004年) 12月8日決	本件の原審では、傷害、強姦、窃盗、器物損害保護事件の審理において、争いのある強姦の事実につき検察官関与が決定された ¹⁷⁶ 。	< 処遇決定 > 初等少年院に送致(原審)

¹⁷² 家庭裁判月報54巻2号(最高裁事務総局家庭局、2002年)144頁。

¹⁷³ 家庭裁判月報55巻9号(最高裁事務総局家庭局、2003年)92頁。

¹⁷⁴ 家庭裁判月報56巻8号(最高裁事務総局家庭局、2004年)71頁。

¹⁷⁵ 家庭裁判月報57巻6号(最高裁事務総局家庭局、2005年)174頁。

¹⁷⁶ 家庭裁判月報57巻8号(最高裁事務総局家庭局、2005年)104頁。

定

- ⑥ 最高裁平成 17 年 (2005 年) 3 月 30 日第一小法廷決定 本件の原審東京高裁平成 16 年 12 月 20 日決定、その受差戻し審である静岡家裁沼津支部平成 17 年 6 月 8 日決定も、争いのある強姦未遂保護事件について検察官関与決定がされた¹⁷⁷。
- ＜処遇決定＞
検察官に送致（受差戻し審）
- ⑦ 大阪高裁平成 17 年 (2005 年) 1 月 12 日決定 本件はアリバイを主張するなどして争いのある強制わいせつ致傷の事案について、抗告審において検察官を関与させて審理を行った事例であり、その原審である奈良家裁平成 16 年 7 月 9 日決定も検察官関与決定をした¹⁷⁸。
- ＜処遇決定＞
不処分（原審）
- ⑧ 札幌家裁平成 18 年 (2006 年) 6 月 16 日決定 強盗の事案において、強盗は共犯者による単独犯行であると少年側が主張するのに対し、審判に検察官を出席させた上、被害者および共犯者等の証人尋問を実施するなどして、少年につき強盗罪の共同正犯の成立を認めた事例である¹⁷⁹。
- ＜処遇決定＞
中等少年院に送致
- ⑨ 名古屋家裁平成 18 年 (2006 年) 12 月 25 日決定 少年に対する現住建造物等放火、現住建造物等放火未遂保護事件において、少年の付添人等が、いずれの事件についても少年に放火の故意はなく、器物損害罪が成立するにすぎないと主張したのに対し、検察官関与決定をした上で、いずれの送致事実についても放火の故意を認めた事例である¹⁸⁰。
- ＜処遇決定＞
初等少年院に送致

¹⁷⁷ 家庭裁判月報 57 巻 11 号（最高裁事務総局家庭局、2005 年）87 頁。

¹⁷⁸ 家庭裁判月報 58 巻 3 号（最高裁事務総局家庭局、2006 年）110 頁。

¹⁷⁹ 家庭裁判月報 58 巻 12 号（最高裁事務総局家庭局、2006 年）112 頁。

¹⁸⁰ 家庭裁判月報 59 巻 7 号（最高裁事務総局家庭局、2007 年）141 頁。

- ⑩ 東京家裁 建造物侵入、強姦保護事件において、付添人 < 処遇決定
平成 20 年 が強姦の事実について性交渉は合意の上でされ >
(2008 年) 1 たことである旨を主張したため、争いのある強 中等少年院
月 22 日決定 姦保護事件について検察官関与決定をした上 に送致
で、強姦の事実を認定した事例である¹⁸¹。
- ⑪ 千葉家裁 少年に対する集団強姦、集団強姦未遂保護事 < 処遇決定
平成 20 年 件において、付添人が故意および共犯者との共 >
(2008 年) 9 謀を否認し、また、共犯者の行った性交につき 中等少年院
月 2 日決定 被害者が真意に基づく承諾を与えていたなどと に送致
主張したため、検察官関与決定をした上で審理
し、集団強姦および集団強姦未遂の各非行事実
を認定した事例である¹⁸²。
- ⑫ 東京家裁 少年に対する強姦保護事件において、少年が < 処遇決定
平成 23 年 非行事実を否認するとともにアリバイを主張し >
(2011 年) 1 たため、検察官関与決定をした事例である¹⁸³。 中等少年院
月 12 日決定 に送致

以上はすべて争いがある、あるいは否認した非行事実について、検察官関与が決められた事件である。前述したように、少年法では「争いのある」とか「否認」といった文言は使われておらず、検察官の関与が可能な事件は、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪と、死刑または無期もしくは短期 2 年以上の懲役もしくは禁錮に当たる罪の事件とされ（2000 年改正法 22 条の 2 第 1 項）、その重大性と法定刑の軽重から検察官関与が可能となる事件の範囲を決めている。しかし、裁判例を分析してみると、具体的な事件の内容において「争いのある」か「否認」と認められるかどうか、家庭裁判所が検察官を関与させるか否かという関与の必要性を判断する主要な要素となっているのは明らかであるように思われる。

3 運用における問題点

筆者は少年審判への検察官関与制度に賛成している立場である。その立場から、デー

¹⁸¹ 家庭裁判月報 60 巻 10 号（最高裁事務総局家庭局、2008 年）102 頁。

¹⁸² 家庭裁判月報 61 巻 11 号（最高裁事務総局家庭局、2009 年）99 頁。

¹⁸³ 家庭裁判月報 63 巻 9 号（最高裁事務総局家庭局、2011 年）99 頁。

タと判例が示している運用状況について、以下の二点を指摘することができると思われる。

第一は、関与率が低い。家庭裁判所に送致された非行事件のうち、7割余りを審判不開始あるいは不処分で終結しており、その中には検察官から送致された犯罪少年の事件も含まれている。審判開始決定した事件のうち、前述のように、2001年から2006年まで、検察官の関与率は1.2%にすぎなかった。2014年の少年法改正によって、検察官が関与できる対象事件の範囲が拡大され、今後、検察官関与制度のより積極的な運用が望まれるのではないであろうか。

第二は、関与の理由について、検察官側と家庭裁判所側の認識が一致していないことである。実務において、検察官側が事案の重大性を重視しているが、家庭裁判所側が単に事案の重大性を理由として、検察官関与を決定した事件はほとんど見られなく、それを事実の否認や争いと併せて考える場合が多い。裁判例のほとんどは、重大な事件であると同時に、事実の否認や争いのある事件でもある。事実の否認や争いのある事件について、非行事実認定の適正化を図るという2000年少年法改正の趣旨からは、検察官側が事案の重大性を重視することは疑問とするところである。

以上、少年審判への検察官関与について、その制度の形成と運用の状況を考察した。

筆者は、日本の少年司法制度を全体的に研究対象とする場合、旧少年法の制定を起点として発展してきたという視野を持つべきであると考えているが、少年審判への検察官関与というテーマは、現行少年法の制定以降に提出されたものであると位置付けられる。旧少年法は検察官先議主義を採っており、犯罪少年の事件処理・処分について、検察官の先議権が認められていたが、少年審判所の審判への検察官関与が明確に認められていなかった¹⁸⁴。現行少年法の制定により、家裁先議主義が検察官先議主義に取って代わって、少年の犯罪事件について検察官の権限が大きく制限されるようになった。そこで、検察官先議権に関する論議は、現行少年法制定後からはじまり、1966年法務省の「少年法改正に関する構想」において青年層の犯罪事件に対する検察官先議が明確に提案され、1970年の「少年法改正要綱」まで検討されていた。なお、法務省の検察官先議の提案は、はじめから最高裁判所や日弁連に強く批判されていた。それとともに、検察官関与の問題が検討の範囲に入ってきていた。1966年の「構想」において、検察官関与は単に検察官の意見陳述権行使の方式として強調されていたが、1975年に「改正要綱に関する部会長試案」が提出されてから、それは少年法改正論議の中心として定着するようになっていた。検察官先議から検察官関与への提案まで、検察官関与制度の形成には、最高裁判所や日弁連からの批判に対して、法務省・検察庁側の主張の変化が見られるが、少年審判

¹⁸⁴ 旧少年法44条と45条の規定によると、少年保護司、保護者、付添人、親族、保護事業者に従事する者、その他相当と認める者が少年審判所の審判に出席できるとされていたが、検察官の出席は明確にされていなかった。なお、条文から検察官は「その他相当と認める者」に含まれていないと断定できないため、検察官の関与は完全に排除されていたとも言えないであろう。

における検察官が果たすべき役割について、今の時期なお再認識する必要もあるのではないか。2014年少年法改正によって、検察官関与の対象事件の範囲は拡大されたが、今後、さらにその範囲は拡大される可能性があるのではなかろうか。また、検察官は事実認定のみならず、要保護性の判断にも関与すべきなのであろうか。検察官関与の運用状況を踏まえ、これらの問題について、理論的な考察を加える必要がある。

二 少年審判への検察官関与——理論的な考察

(一) 少年法の職権主義的審判構造と検察官の関与

1 少年審判の構造

少年保護司法手続は、少年事件の発見をはじめとして、調査、審判、処遇等プロセスに分かれている。少年審判は、少年保護司法手続の一段階にあり、その時間的起点と終点については、見解の相違が見られる。広義の少年審判とは、少年事件の受理後、家庭裁判所で行われる手続の全過程であり、保護手続全体のことをいう。それに対して、狭義の少年審判とは、調査過程までの段階を除いた審判開始決定から終局決定に至るまでの過程をいう。後者が現在の一般的な見解となる¹⁸⁵。このような少年審判の過程には、さらに非行事実の認定、要保護性の判断と処遇の決定という三つの段階に分けることができる。

歴史的経緯を見ると、パレンス・パトリエ思想（国親思想）の影響の下、最初に少年審判に職権主義的審問構造がとられたのは、旧少年法が制定された時である。現行少年法はこうした審問構造を引き続いたのである。ただし、職権主義といっても、少年審判の職権主義的審問構造は、刑事裁判の場面における当事者間での攻撃・防御、中立的な裁判官による判断という基本構造と異なって、裁判官と非行少年を中心とする二元的構造である。

刑事訴訟における職権主義と当事者主義は、訴訟手続の主導権の相違によって分けられている。「近代型弾劾訴訟には、訴訟開始後の訴訟追行、たとえば、審判対象の設定、立証をめぐる、訴訟追行の主導権を裁判官に委ねるのは職権追行主義（職権主義ともいう）であり、これを当事者である検察官と被告人に委ねるのは当事者追行主義（当事者主義ともいう）である」とされる¹⁸⁶。そして、「証拠の収集・提出について、裁判官がその権限および義務を有するものを職権探知主義、当事者だけがその権限および義務を有するものを弁論主義という。また、その他の訴訟手続について、訴訟活動の適正性および合目的性を維持する責任は裁判官によって負うか、あるいは当事者によって負うか

¹⁸⁵ 澤登俊雄＝谷誠＝兼頭吉市＝中原尚一＝関力 『展望少年法——非行少年の発見から処遇まで——』（敬文堂、1968年）296頁。

¹⁸⁶ 上口裕『刑事訴訟法（第3版）』（成文堂、2012年）14～15頁。

という基準によっても、職権主義と当事者主義を区別することができる¹⁸⁷。以上から、職権主義的訴訟構造の特徴について、①裁判官は訴訟の全過程において指揮権を有する、②裁判官の主導により立証事項の確定、挙証の展開を行う、③裁判官は訴訟活動の適正性および合目的性を維持するという三点が挙げられるであろう。

少年審判の場合には、一般的にいうと、参加する主体は裁判官と非行少年のみであり、訴訟活動が行われなため、訴訟と言われず、審判と言われている。ある意味で、上述した職権主義的訴訟構造における裁判官主導性よりも、少年審判における裁判官の主導性はさらに強く要求されると言えよう。なぜなら、まず少年審判を指揮すること（少年法 22 条 3 項）およびその合目的性（少年の健全育成という少年法 1 条に定められている目的の達成）を維持することは言うまでもないが、次に、立証活動について、刑事訴訟のように検察官側と被告人側との弁論、対質を通じて、心証を形成することができない。裁判官は自ら既存の証拠資料に基づき、証人尋問や少年に対する発問などを通じて、真相解明（非行事実の認定）に努めなければならない。このように、少年審判を担当する裁判官は多くの場合において、審判の主導者であるのみならず、立証活動の実施者の役割も果たさざるを得ない。そこで、刑事裁判活動における裁判官の中立性の要請との大きな違いは、少年審判においては裁判官の主導性が要請されざるを得ないことにあると思われる。したがって、少年審判を担当する裁判官の「職権」は、職権主義的構造を採る刑事裁判を担当する裁判官の「職権」より、さらなる広い意味合いを持つ概念であるように思われる。

少年審判が職権主義的審問構造を採るのは、裁判官と少年との対話・交流を重視するからである。そのため、「少年審判はカウンセリング・モデルと呼ばれる」こともあった¹⁸⁸が、対話・交流を重視すると言っても、少年と裁判官との間に対抗が生じないわけではない。保護処分に不利益性があると認められる以上、少年側が常に自分の利益のために自発的に防御行為をなすこともあり、たとえば、非行事実を否認することなどもある。

少年審判の方式について、少年法は「懇切を旨として、和やかに行うとともに、非行のある少年に対し自己の非行について内省を促すものとしなければならない」（少年法 22 条 1 項）と定めているほか、「憲法 82 条 1 項に定めている裁判公開の原則の例外として、少年の情操を保護し、将来的不利益性を避けるため、非公開の原則を採用した」¹⁸⁹（少年法 22 条 2 項）。だが、和やかな審判は、対立をなくすことあるいは妥協を求めることを目指す訳ではなく、むしろ対抗を認めた上で、少年の情操に配慮しながら、問題の解決を求めるという方法であると理解するのがふさわしいかと思われる。検察官の関与に反対する見解には、それは少年審判の教育的・受容的という和やかな雰囲気破壊する

¹⁸⁷ 川端博『刑事訴訟法講義』（成文堂、2012 年）11~12 頁。

¹⁸⁸ 斉藤豊治『少年法研究 2—少年法改正の検討』（成文堂、2006 年）70 頁。

¹⁸⁹ 澤登俊雄『少年法入門（第 5 版）』（有斐閣、2011 年）139 頁。

おそれがあるとするものも見られるが、少年審判は職権主義的審問構造をとっており、家庭裁判所裁判官の主導の下、検察官が関与することによって和やかな雰囲気破壊されるおそれは十分回避できると考えられる。

2 部分的対審化の提案

前述のように、2000年に少年法を改正する前に、1996年11月から1998年7月まで、最高裁判所、法務省刑事局、日弁連三者の間で、「少年審判に関する意見交換会」が十数回開催された¹⁹⁰。法改正をめぐり、その後の論議において、「一定の少年事件について、審判廷に検察官の出席を認める」こと、具体的に、検察官の関与がなぜ必要か、検察官が出席する審判廷での手続はどのように定められるかについて、法曹三者の間に、特に日弁連と他の二者との見解が大きく異なっており、これまで日弁連は一貫して、現行少年法の職権主義的審問構造の下での検察官関与には全面的な反対の意見を維持していた¹⁹¹。2000年少年法改正直前まで続けてきたこの立場は、1999年に日弁連により公表された「少年法『改正』法案に反対する決議」¹⁹²において明らかに示されている。

日弁連の決議では、少年法改正の法案に対して、憲法や国際人権（自由権）規約、子どもの権利条約などが保障している、少年が健全に成長する権利や適正手続の保障を軽視しており、多くの重大な問題点を含んでいると指摘していた。そのうち、検察官の関与について、反対の意見を示した理由として、次の4点が挙げられる。「第一に、家庭裁判所が非行事実を認定するために必要があると認めるときは、予断排除の原則や伝聞証拠排除原則などを採用しないまま、少年審判に検察官を出席させるとしているが、刑事事件手続と対比しても、少年にとってあまりに不公平・不公正な手続になる。第二に、死刑または無期もしくは長期三年を超える懲役もしくは禁錮に該当する罪の事件において検察官の関与を認め、しかも、「動機、態様及び結果その他の当該犯罪に密接に関連する重要な事実」の認定についても必要があれば検察官の関与が可能とされ、かつ被害者が死亡した事件では検察官が原則として関与することができるなど、きわめて広範囲にわたり検察官が関与することになる。第三に、検察官の抗告権を認めているが、家庭裁判所の処分の最終確定が遅れ、少年を長期間不安定な状態におくことになる。また、決定に影響を及ぼす重大な事実誤認があるという理由で検察官が処遇決定に関与してこることが可能となり、家庭裁判所の保護・教育主義による処遇決定が変質していくおそれがある。第四に、弁護士付添人を必要的に選任するのも、家庭裁判所が検察官を関与させる決定をした場合のみに限定しており、狭きに失する」¹⁹³。

しかしながら、検察官関与を認める可能性を模索し、「2000年法改正の直前、日弁連は

¹⁹⁰ 澤登・前掲注144の120頁。

¹⁹¹ 澤登・同上121頁。

¹⁹² http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/civil_liberties/year/1999/1999_2.htmlを参照。(2014年11月18日閲覧)。

¹⁹³ 同上。

これまでの主張を改めて、少年審判の部分的対審化ということを前提に検察官関与を認めるに至った¹⁹⁴。日弁連の新しい提案では、検察官の関与について、次の二点の制限が強調されている。第一に関与の対象事件が否認事件に限定される。第二に、少年が弁護士である付添人と相談した上で、対審の手続を選択した場合に限って、検察官の関与が可能とされる。これらの点を鑑みると、日弁連が検察官関与を認めるのは、現行の職権主義的審問構造を維持する上での検察官関与という最高裁判所の立場とは全く異なると¹⁹⁵、むしろ少年審判の部分的対審化を実現するためのやむを得ない選択とも言えるように思われる。

部分的対審化の下に、否認事件について、少年側の防御権の強化を図るために、日弁連の提案によって予断排除原則および伝聞法則を採用すること¹⁹⁶も主張されている。このように、少年審判に関与する検察官は訴追官として位置づけられて、審判廷において少年の犯罪事実を積極的に立証しなければならない¹⁹⁷ことになる。弁護士である高野隆の見解によると、非行事実認定について、職権主義か当事者主義かという手続の構造に問題があるのではなく、証拠法を採用するか否かということこそが肝要である¹⁹⁸。部分的対審化論は、後述する手続二分論と少年の権利保障とも密接に関連している。少年審判の職権主義的審問構造を部分的に変革することおよび伝聞法則の採用という二点はともかく、予断排除原則、または関与する検察官を訴追官として位置づけることは、少し疑問を感じるところである。

3 検察官の関与とその位置づけ

2000年の少年法改正によって、一定の重大事件の場合、非行事実認定に必要な限度で検察官を少年審判に関与させることが認められるようになった。

検察官は、どのような権限を行使するために少年審判に関与するものと考えべきか。検察官の有する権限、すなわち検察権を広義に解すと、検察官が公益の代表者として持つ全ての権限であるということが出来る¹⁹⁹。具体的に言うと、「①刑事について、(a.)公訴を行う権限、(b.)裁判所に法の正当な適用を請求する権限、(c.)裁判の執行を監督する権限、②裁判所の権限に属するその他の事項について、職務上必要と認めるときは、裁判所に通知を求め、または意見を述べる権限、③公益の代表者として他の法令（たとえば、民法、民事訴訟法、公職選挙法、更生保護法、刑事施設及び被収容者等の処遇に関する法

¹⁹⁴ 澤登・前掲注144の128~129頁。

¹⁹⁵ 澤登・同上127~130頁。それに、澤登教授の論文では、東京弁護士連合会や「検察官関与に反対する弁護士の会」などは、また日弁連の主張と違って、検察官関与に対してあくまで反対的な意見を示しており、それと同時に現行の審判手続における少年の防御権を強化すると主張している見解が見られる。これまで、少年の防御権の強化について、東弁連と日弁連との意見がほぼ一致していたが、職権主義的審問構造の維持については、見解の相違が見られる。

¹⁹⁶ 澤登・同上127頁。

¹⁹⁷ 高野隆「憲法問題としての非行事実認定手続—子供は大人より簡単に有罪されても良いか—」犯罪と非行104号(1995年)26頁。

¹⁹⁸ 高野・同上27頁。

¹⁹⁹ 法曹会『検察講義案(平成24年版)』(2013年)8頁。

律等)がその権限に属させた事務を行う権限、④いかなる犯罪についても捜査をする権限²⁰⁰、といった内容が含まれている。

そこから、少年審判に関与する検察官が行使する権限は、③に属すると理解していいであろう。上述の4つの権限を行使する検察官は、すべて公益の代表者と位置づけられているが、「公益の代表者」という概念は必ずしも明確ではない。少年審判の場合、公益という概念には、犯罪少年の利益をも含まれるべきであろう。

また、少年審判に関与する検察官は訴追官ではなく、審判の協力者として位置づけられている。家庭裁判所は、非行事実認定能力に限界があり、否認や争いのある事件について、裁判官の裁量によって検察官が非行事実認定の段階に関与させ、協力を求めることができる。以下において、非行事実の認定と検察官の関与との関係を検討してみたい。

(二) 非行事実の認定と検察官の関与

1 審判対象としての非行事実

(1) 少年審判の対象

「旧少年法において、少年審判を担当していたのは司法機関である裁判所ではなく、行政機関である少年審判所であった。少年審判所が司法機関ではないために、非行事実の有無について実質的な判断を行う機関ではない」とする見解があった²⁰¹。この見解にしたがって、「少年審判は、刑事裁判や民事裁判などと異なり、事実を確定して法律を適用するという機能を果たすわけではなく、もっぱら少年の経歴と境遇、または教育の程度、心身の状態等の人格的關係を調査して保護処分の要否を決定するものであった」²⁰²。すなわち、要保護性のみを少年審判の対象としていたと解される。

現行少年法の制定によって、少年審判所は廃止され、司法機関である家庭裁判所が少年審判を担当することになった。少年審判の対象について、非行事実を対象とする見解²⁰³、また非行事実と要保護性を対象とする見解²⁰⁴、そして要保護性のみを対象とする見解²⁰⁵があった。現在、非行事実と要保護性を少年審判の対象とする見解が通説となっている。

(2) 非行事実の内容

少年審判の対象である犯罪事実と刑事裁判における犯罪事実は異なる意味合いをもっている。刑事裁判では、検察官が起訴状に記載した犯罪事実、いわゆる訴因が審判の対象とされる。少年審判の対象は、一般に警察官または検察官が家庭裁判所に送致する送致書に記載した事実、いわゆる送致事実であると言えるが、家庭裁判所は、送致事実拘束されることがなく、非行事実の同一性を有する範囲の事実認定をすることもできる

²⁰⁰ 同上 8 頁。

²⁰¹ 守屋克彦「非行事実の認定と少年審判」犯罪と非行 102 号 (1994 年) 11 頁。

²⁰² 守屋・同上 11 頁。

²⁰³ 裾分一立「少年保護事件手続に関する一考察」家庭裁判月報 4 巻 10 号 (1952 年) 88~96 頁。

²⁰⁴ 裾分一立「要保護性試論」家庭裁判月報 5 巻 4 号 (1953 年) 24 頁。

²⁰⁵ 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 (1953 年) 11 頁。

²⁰⁶とされる。

(3) 非行事実と要保護性との関係

要保護性には、「①非行少年が将来再び非行や犯罪に陥る危険性、いわゆる累非行性、②保護処分による犯罪的危険性を除去する可能性、いわゆる矯正可能性、③保護処分による保護が当該少年に対する最も有効かつ適切な処遇、手段であること、いわゆる保護相当性といった3つの概念要素が含まれている」²⁰⁷。この3つの概念要素に対する判断は、非行事実の認定と密接に関連している。「非行事実の有無とその具体的な内容は、要保護性の有無や程度の判定に利用しうる資料の一つであり、その判定を行う前提でもある」²⁰⁸とされる。したがって、非行事実を適切に認定することは、要保護性の判断にも影響を及ぼすのであり、適当な処遇を選択する前提ともなる。

2 非行事実の認定

(1) 認定の根拠

非行少年の事件が家庭裁判所に送致される際には、少年および保護者の氏名、年齢、職業および住居等のほか、審判に付すべき事由等を記載している送致書に加え、書類、証拠物、その他参考となる資料があるとき、それをあわせて家庭裁判所に送付しなければならないとされている（少年審判規則8条1項および2項）。犯罪少年の場合、司法警察員または検察官は、事件送致と同時に、審判に付すべき事由すなわち犯罪事実について、少年の嫌疑を裏付けると判断する資料をも家庭裁判所に送付するが、これらの資料は法律記録と呼ばれている。法律記録は、少年審判において、非行事実を認定するための中心的な資料となっている²⁰⁹とされる。法律記録の構成に、「①少年、共犯者または被害者等事件の関係者による供述調書、②証拠物および任意提出書、捜索差押調書、還付関係書類など証拠物との関連を明らかにする書類、③実況見分調書・検証調書など犯行の場所的な状況を明確にする書類、④鑑定書など経験則を補充する証拠書類、⑤被害届など被害を明確にする書類、⑥捜査機関の嫌疑の形成を明確にするために作成される各種の捜査報告書、などの証拠書類および証拠物が含まれている」²¹⁰のが一般的である。

(2) 認定過程

家庭裁判所裁判官は以上の証拠資料及び証拠物に基づいて、どのように非行事実を認定していくべきなのかについては、次の見解が見られる。守屋克彦によれば、少年審判において、裁判官はまず立証テーマを設定し、次にそのテーマを中心に非行事実の認定を行うことになる。家庭裁判所裁判官の非行事実認定過程は捜査機関の非行事実に対する嫌疑を受けてこれを発展させるという手続ではなく、司法機関の立場から捜査機関の

²⁰⁶ 司法協会『少年法実務講義（再訂補訂版）』（2012年）38頁。

²⁰⁷ 司法協会・同上。

²⁰⁸ 荒木伸怡「少年審判における非行事実の認定」犯罪と非行101号（1994年）30頁。

²⁰⁹ 守屋・前掲注201の7~8頁。

²¹⁰ 守屋・同上8頁。

嫌疑形成過程そのものに対する検討と審査であるという実質を持つ²¹¹。なお、実務において、非行事実の認定がどのように行われているかについて、荒木伸怡によると、少年審判の進行について、裁判官は、捜査機関から送致された捜査記録を読んで予め把握しておいた非行事実の要旨を審判廷で少年に告げて確認し、少年がそれを争わない事案では、少年がその非行事実を行ったと認定し、要保護性の認定手続に進むようになっているとされる²¹²。

以上から、家庭裁判所裁判官が非行事実の認定を行うにあたって、審判前に送致されてきた法律記録を検討することによって予断を持っていることが、非行事実認定における主要な問題であるとされているように考えられる。荒木の見解によると、少年側が非行事実について争う場合を除いて、裁判官はほとんど法律記録のとおり非行事実を認定することになるというのが実務の現状である。このような現状に対して、守屋の提言している「捜査機関の嫌疑形成過程そのものに対する審査」というプロセスには、少年側に対する確認はもちろん、それと同時に、捜査機関である警察官と検察官に対する確認も必要不可欠ではないであろうか。すなわち、裁判官はあらかじめ法律記録を読むのだとしても、予断に基づいて有罪の心証を形成するのではなく、送致事実及びそれを証明しようとする法律記録に対する懐疑的な心証で少年審判に臨んで、そして審判のプロセスを通じて、はじめて非行事実の認定を行うべきものとなる。

たしかに、少年審判は職権主義的審問構造をとっていると言っても、裁判官が法律記録を引き継ぐことだけで、少年側から争いが無い限り、そのまま非行事実の認定手続を進むということには疑問を感じざるをえない。守屋の指摘したように、少年審判における非行事実認定の機能は、捜査の延長ではなく、捜査機関が犯罪事実を認定した過程を司法機関の立場から公正に吟味検討し、その正当性を確認するという機能であるように理解すべきであろう²¹³。

(3) 証明の程度

刑事訴訟で、犯罪事実を認定するためには、裁判官の「合理的な疑いを超える」心証が必要である。少年審判の場合、非行事実の認定にも同じく要求されるべきかについて、1970年代にアメリカではウィンシップ判決により、少年審判においても刑事裁判のように「合理的な疑いを超える」心証が必要であることが確認されていた。その前に、1967年のゴールト判決では、いわゆる少年審判におけるデュープロセスの要請が提示され、非行事実の告知や弁護権、黙秘権、反対証拠への対質権が保障されるべきであることが判示された²¹⁴。ゴールト判決により、少年側のそれらの防御権が保障された上、ウィンシップ判決で少年審判にも「合理的な疑いを超える」という証明の程度が必要であるこ

²¹¹ 守屋・同上 25~27 頁。

²¹² 荒木・前掲注 208 の 32 頁。

²¹³ 守屋・前掲注 201 の 27 頁。

²¹⁴ 守屋・同上 21~22 頁。

とが確認されたという形で、二つの判決には因果関係でもあるかのように見える。

日本の少年審判においては、必ずしも刑事裁判のように非行事実を認定する必要があるとは思わない。ただし、犯罪事実（犯罪少年が行った非行事実）の認定は触法事実と虞犯事実の認定と比べて、証明の程度についてより高く要求される必要があるであろうか。犯罪少年の事件は逆送の対象事件になる可能性があるため、非行事実の認定は、犯罪少年に対して保護処分が課されるか刑罰が科されるかという重大な意味を持っている。

(4) 無罪推定の問題

刑事訴訟法の「疑わしきは被告人の利益に」という原則を少年審判にも適用すべきかという問題については、理論上は当然適用されるべきであると思われる。すなわち、非行事実なしということで、不処分と決定されるべき場合がある。しかし、予断排除原則が採用されていない少年審判では、無罪推定の原則が実務において確実に実現されることは、刑事訴訟における運用より難しさがあるであろう。

3 検察官関与の意義

(1) 関与の必要性

職権主義的審問構造の下では、「適正に非行事実を認定する責任をすべて裁判官が負わなければならない」²¹⁵。また、少年審判の非行事実認定の段階において、付添人が付かない場合、「裁判官は検察官、弁護士、裁判官の一人三役を行わなければならない」²¹⁶。このように、少年側が審判においてはじめて非行事実を否認したり、争ったりする場合に、難しさが生じる。廣瀬健二は、少年審判における非行事実認定の問題点について、次のように述べた。第一に、家庭裁判所の中立性による証拠調べの制限論や少年に不利な証拠調べの制限論などは、当事者主義訴訟手続を前提とした議論を手続構造の違いを十分考えずに援用したものであるため、職権主義的審判手続の構造には馴染まないものである²¹⁷。第二に、非行事実の正確な認定は、送致された証拠資料の批判的検討や少年の言い訳を聞くだけでは、実現困難な場合が存在する²¹⁸。第三に、解決策として、調査官に事実調査を行わせてその証拠資料を活用するという点については、調査官のケースワーカー的な性格などから弊害が指摘されるなど問題点が多く、しかも現状では証拠調べ的な事実調査の訓練も全くなされていないことなど、現実的な選択とはいえない²¹⁹。第四に、警察や検察に補充捜査を依頼することが現実的方策として行われているが、警察や検察が少年審判に直接関与せず、家庭裁判所の指揮命令権が及ばないため、審判における問題点の把握などが不十分なこともあって、過剰な証拠収集が行われたりして、証拠収集の焦点が外れて必要な資料が十分に得られない²²⁰。要するに、家庭裁判所の事

²¹⁵ 廣瀬・前掲注 147 の 14 頁。

²¹⁶ 廣瀬・同上 16 頁。

²¹⁷ 廣瀬・同上 14~15 頁。

²¹⁸ 廣瀬・同上 15 頁。

²¹⁹ 廣瀬・同上 15 頁。

²²⁰ 廣瀬・同上 15~16 頁。

実認定には欠点があるが、現行法の仕組の中に適切な解決策が見つけられないという問題が指摘されており、したがって、重大事件で少年が否認したりするような場合に、非行事実の認定を適正化するために、検察官と付添人を必要に応じて審判に関与させることが必要であると提案されていたのである。

それに、守屋が述べたように、非行事実の認定は、法律記録を引き継ぐことではなく、公正な立場から法律記録と捜査過程の正当性を確認するプロセスになるはずである。非行事実を否認されたり、争われたりするなど難しさがある場合に、検察官を少年審判に関与させることを通じて、法律記録と捜査過程の正当性を確認することができるから、非行事実認定の適正化を図ることができると考えられる。

(2) 検察官の権限

少年審判に関与する検察官の権限は、次のように定められている。検察官は、検察官関与決定があった事件において、非行事実認定に資するため、必要な限度で、①保護事件の記録または証拠物を閲覧することができる（少年審判規則 30 条の 5）。②審判に出席し、そして、審判期日外における証人尋問、鑑定、通訳、翻訳、検証、押収および捜索の手續に立ち会うことができる（少年審判規則 30 の 6）。③家庭裁判所裁判官に対して、証人尋問、鑑定、検証その他の証拠調べの申立をすることができる（少年審判規則 30 の 7）。④裁判長に告げて、証人、鑑定人、通訳人および翻訳人を尋問することができる（少年審判規則 30 の 8）。⑤審判において、裁判長の許可を得て、意見を陳述することができる（少年審判規則 30 の 10）。刑事裁判の場合と比べて、少年審判に関与する検察官の権限が大きく制限されている。

(三) 適正手続と検察官の関与

1 少年審判の司法的機能

(1) 福祉的機能と司法的機能

少年審判は福祉的機能と司法的機能を有しているが、適正手続の問題は、このうち司法的機能と関連する。

少年法は、少年の健全育成を目的とする（少年法 1 条）以上、少年審判も、非行少年の非行性を除去し、再非行を防止することを目指し、教育的、保護的、福祉的措置を図っているのである。少年審判において、家庭裁判所裁判官は調査官の調査結果や少年鑑別所の鑑別結果などを活用し、少年の資質上および環境上の問題点を明らかにした上で、少年に対して最も適切な処遇を選択する。これらの措置に終局決定である保護処分を課すこと以外に、事件の受理から終局処分に至るまでの調査、審判の全過程において行われているさまざまな教育的な働きかけが含まれている。このように、少年審判手続の全過程は教育的、保護的、福祉的機能を担っている²²¹ことは少年審判の福祉的機能である。

²²¹ 司法協会・前掲注 206 の 22~23 頁。

「少年審判の司法的機能は、実体面における社会防衛的機能と手続面における司法保障的機能に分けられる」²²²。まず、社会防衛的機能とは、少年保判を通じて、社会公共の福祉と安全の維持を図ろうとするものをいう。少年法は保護主義を基本理念としている一方、司法制度の一環として刑事政策的役割をも担っているがゆえに、少年審判はもっぱら少年保護のために行われているわけではなく、社会防衛の役割も一定程度担っていると見てよいであろう。次に、司法保障的機能は、さらに非行事実を認定する機能と少年の権利を保障する機能²²³に分けられている。旧少年法の運用や現行少年法の制定経緯から、とりわけ、非行事実の認定に対して、関心が乏しいまま立法が行われたということで、日本の少年審判は保護・教育という福祉的機能を重視し、司法的機能をあまり強く認識されていない²²⁴と指摘されてきた。

(2) 適正手続論

多田元によると、少年審判の適正手続論は、次の二つの流れに分けることができるとの見解が示されている。「第一の見解は、教育的、福祉的、ケースワーク的機能より、治安維持、刑罰強化を目的として、検察官、弁護士が立ち会う対審制を中心として手続の形式化を図る刑事裁判化の流れであった。第二の見解は、少年が成長発達の権利主体であると認め、その権利を実質的に保障し、少年の自己決定権や意見表明権などを確保するための適正手続を新たに構成しようとする流れであった」²²⁵。

以上二つの適正手続論は、それぞれ前述した少年審判の社会防衛的機能と司法保障機能に含まれている少年の権利を保障する機能という二つの側面から主張したものであったと考えられる。なお、適正手続の保障については、一つの側面だけに着目して考察するのは適当ではない。非行事実を適切に認定するとともに、少年の権利保障にも配慮することこそ、適正手続の要請であるように考えられる。

(3) 手続二分論

手続二分論は、少年審判において、非行事実の認定過程と要保護性の判断過程を分けて行うように主張している。手続二分論は、少年審判に対審構造を導入する提言と密接に関連している。具体的に言うと、非行事実認定の過程に限って対審構造を採用し、検察官関与を認めると同時に、少年側の防御権を強化する。これにより、少年審判においても伝聞法則の適用が可能となり、少年に対して憲法上要請されている反対尋問権も保障できるようになる。これに対して、荒木伸怡は、「少年審判手続の一部分にすぎない非行事実認定過程を対審構造化すれば、手続上の連続性を有する要保護性の認定過程およ

²²² 司法協会・同上 20 頁。

²²³ 司法協会・同上 21 頁。ただし、講義案の中では、適正手続の保障と少年権利の保障と同一視しているが、私見では適正手続はより広範的な概念であり、適正手続という要請には、非行事実の適切に認定することと、少年の権利を保障することという二つの側面が存在すべきであると考えられている。

²²⁴ 廣瀬・前掲注 147 の 8 頁。

²²⁵ 多田元「少年審判と非行事実審理」犯罪と非行 103 号（1995 年）10 頁。

び保護処分決定過程の性質までが一変することにもなりかねない」²²⁶と反対的な意見を示していた。こうした意見からすると、非行事実の認定が要保護性の判断ないし処遇決定に影響を及ぼすため、手続を完全に二分することが実際にはできないではないかという疑問もある。なお、非行事実の認定と要保護性の判断は、あくまでも性質上違っているものなので、認定する方法にも違いが存在する。しかも、要保護性というのは、そもそもごく抽象的なものであり、それを客観的に把握するために、正確な事実認定の結果が重要な参考になりうる。

2 少年の権利保障

(1) 少年審判における少年の権利

少年審判ないし少年司法の全プロセスにおいて「少年」をどのように位置づけるかは、少年審判の具体的な問題に大きく影響している。少年は少年法における保護する対象であると同時に、憲法上の成長発達権の主体でもある。

少年は保護の対象である以上、少年審判はまず形式的に刑事訴訟のような攻撃・防御の構造をとらず、裁判官一少年の二元的職権主義的審問構造をとっている。次に、審判の対象は、刑事責任を明確することでなく、問題を解決するための非行事実の認定と要保護性の判断である。また、審判において少年が当事者と位置づけられないから、刑事訴訟の被告人の有する権利、たとえば、公開な裁判を受ける権利、反対尋問権、証人喚問権といった権利を有しないと一般に解される。

一方、成長発達権の主体である少年には、どのような処分を決定されるかについて、自己の意見を表明する権利があるべきである。保護処分には客観的な不利益性が認められることから、少年審判において、手続上の権利を保障すべきであろう。そこで、少年の権利を保護するために、少年審判に適正手続の要請を導入する考えには、少年を単なる保護の対象と見る子ども観から脱却し、成長発達の主体として自己の成長に対する自律の意思と能力を持っている権利の主体でもあるという子ども観が見られる²²⁷。

そこで、適正手続の要請から、少年審判の対象となる少年は、刑事被告人と同等な手続的権利を有することを意味しているのではなく、あくまでも現在の少年審判の構造と運営を維持する前提の下に、当事者主義的刑事訴訟の基本的な価値に基づいて確立された刑事被告人の手続的権利を有すると主張され、それにより少年の権利保護を目指しているのである。少年審判の実務において、第一に、事実認定の段階において、自白法則と補強法則が取り入れられている²²⁸。第二に、少年に対する黙秘権の告知、付添人選任

²²⁶ 荒木伸怡「少年の再抗告事件につき事実誤認を疑うべき重大な事由があるとして原決定及び保護処分の決定が取り消された事例」判例時報 1250 号（1987 年）222~226 頁。

²²⁷ 高野隆「憲法問題としての非行事実認定手続—子供は大人より簡単に有罪とされても良いか—」犯罪と非行 104 号（1995 年）35 頁。

²²⁸ 守屋克彦「非行事実の認定と少年審判」犯罪と非行 102 号（1994 年）22 頁。多田元「少年審判と非行事実審理」犯罪と非行 103 号（1995 年）20 頁。裁判例として、名古屋家裁昭和 48 年（1973 年）8 月 1 日の決定が挙げられる。

権の告知、非行事実の告知と聴聞の権利がほぼ確立されている²²⁹。第三に、少年側の意見陳述権が認められている（少年審判規則 30 条）。なお、伝聞法則の採用、少年側の証拠調べ請求権と反対尋問権を認めるかどうかについては、意見が分かれており、実務においては、少年にそれらの権利を認めるべきではないという見解が有力であるとされている²³⁰。

(2) 伝聞法則の不適用と補充捜査

前述したとおり、少年法 41 条と 42 条、または少年審判規則 8 条の規定によって、司法警察員または検察官から犯罪少年の事件を家庭裁判所に送致する際には、少年と保護者の人定事項や証拠書類、証拠物、参考となる資料（参考資料がある場合）などを併せて送付しなければならない。これを法律記録²³¹という。職権主義審問構造をとっている少年審判では、家庭裁判所裁判官は捜査機関から送付されてきた法律記録を中心に事実認定を行う。なお、法律記録を構成している証拠書類については、全て伝聞証拠である²³²。刑事裁判の場合に、もし被告人の同意がなければ、伝聞証拠は証拠能力が制限されるべきものであるが（刑事訴訟法 320 条 1 項）、少年法は証拠法則について明文で規定していないため、少年審判では、これらの証拠の使用に制限がないと理解されている。

しかし、証拠法則を明文に規定していないのは、少年法の目的から生じる少年に対する手続上の特別配慮であり、少年審判手続が完全に無制限で裁判官の主観的恣意によって行われるもの²³³にするわけではないとも指摘されている。前述した流山中央高校事件に関する最高裁判所の決定は、非行事実の認定に関する証拠調べの範囲、限度、方法の決定は家庭裁判所の完全な自由裁量に属するものではなく、その合理的な裁量に委ねられるものである²³⁴と判示し、一定の限度を超えた裁量は法令違反の問題を生じることになる可能性があることを示した。

これに関連して、家庭裁判所は、少年側に不利益な証拠の収集を捜査機関に依頼することができるかという問題につき、最高裁判所は、「捜査機関は、少年の被疑事件を家庭裁判所に送致した後においても補充捜査をすることができ、家庭裁判所は、事実調査のため、捜査機関に対し、右捜査権限の発動を促し、又は少年法 16 条に基づいて補充捜査を求めることができる」との決定を出した²³⁵。だが、2000 年少年法改正前に、捜査指揮権を有する検察官は少年審判に関与することができず、実務において、たとえば、過剰な捜査が行われることや証拠収集の焦点が外れて非行事実の認定に必要となる資料が十分に得られなくて、家庭裁判所の意図と異なる捜査が行われるといった問題が生じてい

²²⁹ 守屋・同上 22 頁。

²³⁰ 守屋・同上 23 頁。

²³¹ 守屋・同上 8 頁。

²³² 守屋・同上 8 頁。

²³³ 守屋・同上 18 頁。

²³⁴ 守屋・同上 18 頁~19 頁。

²³⁵ 最決平成 2 年 10 月 24 日刑集 44 卷 7 号 639 頁。守屋・同上 24 頁。

る²³⁶との批判があった。そのため、補充捜査は結果として家庭裁判所の事実認定能力の不足を補うには不十分な方法と言わざるを得ないであろう。したがって、事実認定の適正化を図るために、制度論として、検察官関与の導入は一定の必然性（代替不可）を有すると言えよう。

3 適正手続と検察官の関与

前述のとおり、少年審判は福祉的機能と司法的機能を有している。福祉的機能の下に、少年審判手続の全過程において少年に対して教育的、保護的、福祉的働きかけを行うと同時に、司法的機能から、少年の権利を保障することも要請している。なお、司法的機能は、単なる少年の権利を保障するに止まらず、非行事実を認定する機能、さらに社会防衛的機能を有する以上、そもそも理論的には、検察官の関与を認める根拠がありうると考えられるであろう。

少年審判に検察官を関与させる場合に、少年の権利をどのように保障するか、とりわけ、反対尋問権保障の要否はもつとも問題となるように思われる。

反対尋問権はアメリカの刑事裁判において最初に確立され、刑事被告人の人権保障のために重要な部分とされている。なお、アメリカの少年審判手続では、当初は成人の刑事裁判と同様の反対尋問権の保障は認められていなかったが、1967年のゴールト判決によって、少年審判手続においても、少年に反対尋問権を保障すべきであると宣言された。

日本では少年審判実務において、アメリカのように少年側の証拠調べ請求権と反対尋問権が認められていない。なぜなら、検察官の関与によって、少年が萎縮して十分に自分の主張を語れないとか、反対尋問権の行使は少年審判の受容的・教育的雰囲気には馴染まないなどの懸念があったからと考えられる。検察官が関与した事件について、必ず付添人が付くことになったのであり、制度的には少年が萎縮しても十分に権利を行使することが可能であろう。

(四) 健全育成、少年の人権保障と検察官の関与

少年の健全育成および少年の人権保障と、少年審判への検察官関与制度との関係を検討する前に、まず少年の健全育成と少年の人権保障との関係を考察する必要がある。この問題について、従来から見解の相違が見られる。対立関係説によれば、少年の健全育成のために、少年の人権をある程度制約することが避けられないこともある。それに対して、保障関係説は、少年の健全育成を実現することが少年の人権を最大限に保障することであると主張している²³⁷。このような二つの対立している見解を理解するには、少年の人権および健全育成の概念内容を明らかにしなければならない。

日本国憲法 13 条には、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福

²³⁶ 廣瀬・前掲注 147 の 15~16 頁。

²³⁷ 澤登俊雄「少年の人権と健全育成」刑法雑誌 27 巻 1 号（1986 年）193~194 頁。

追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定められているが、少年の場合においても、国民として成人と同様に人格を尊重されるべきである。そこから、少年の人権とは、少年は基本的に自由であることを意味する²³⁸。なお、犯罪少年の場合に、少年が成人と同じように憲法上の人権を有している主体だからといって、成人の犯罪者と同じように刑法上の責任を追求されるべき主体であるとされるのはふさわしくない。人道主義と少年の未熟性・可塑性といった要因を鑑み、刑罰をできるかぎり避けて、教育的配慮に基づく特別処遇を施すことが少年にとっても社会にとっても好ましい差別として許されているのである²³⁹。そこで、教育的配慮に基づく特別処遇を施すことは、成人の場合のように侵害原理に基づいているだけでなく、少年を保護するという視点、すなわちパターンナリズムの原理にも基づいている。なおかつ、この場合において、少年の保護が恣意的なものにならないように、少年の人権についても必要最小限度の制約のみが許容されるという原則が守られるべきであるように要請されている²⁴⁰。したがって、少年の人権を保障するのは、いかなる場合においても少年の自由と自己決定権を制限することができないということではない。少年司法に対して、一方において、少年は成人と同様な人権を享有することを要請されており、他方において、犯罪を犯した場合に、成人と同様な刑事責任を負わないように要請されている。そこで、立法政策として公権力からのパターンナリストティックな介入は少年を保護する重要かつ有効な方法であると言える。それがゆえに、犯罪少年の場合、少年の自由権がある程度制限されることは合理的であるように考えられる。

少年法は保護主義を基本精神とし、少年を保護することによって少年の健全育成を目指している。少年は憲法上の人権を享有する主体であると言っても、成人と異なって、成長発達の途上にあるものであるから、成長発達権を保障されなければならない。そこから、健全育成という少年法の目的は、憲法上の成長発達権を援助することを意味するものであるとの見解が示されている²⁴¹。この見解は少年の主体性を強調することに着目し、少年の人権保障という視点から公権力の過度の介入を抑止すべきことを提唱している。このように考えるならば、パターンナリズムと少年の人権保障の間には矛盾が生じるであろう。しかしながら、健全育成という少年法の目的は、ただ少年の成長発達権を援助することに止まらず、適切な処遇を通じて、少年の非行性を除去し、改善の効果を図ることを意味するものである。このプロセスにおいて、「少年の自己決定の尊重と非行性の解消に対する援助という二つの要請をともに求めること、すなわち、少年の自由権

²³⁸ 澤登・同上 194 頁。

²³⁹ 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（1986 年）235 頁。

²⁴⁰ 福田・同上 236 頁。

²⁴¹ 福田・同上 239 頁。

的人権と社会権的人権との調和を図ること」が健全育成の具体的な内容となる²⁴²。

少年審判の段階で、主に公権力からのパターンリスティックな介入をなしているのは、家庭裁判所裁判官である。検察官関与の場合に、犯罪少年の自由権を最大限に尊重するため、非行事実認定の段階に限って、前述した反対尋問権や証拠調べ請求権などを認めるのは適切であろう。家庭裁判所は非行事実認定能力に限界があり、少年審判に関与した検察官が、家庭裁判所裁判官の審判指揮の下に、非行事実の認定に協力するのは、パターンリスティックな介入をより適正にすることを目指し、究極的に少年の人権を保障するためであると考えられる。

三 保護処分と不処分に対する検察官の抗告受理申立て制度

(一) 少年側の抗告権と検察官の抗告受理申立て

少年法 32 条は、保護処分決定に対する少年側の抗告権を定めている。2000 年の少年法改正では、検察官関与制度とともに、保護処分および不処分決定に対して、検察官による抗告受理申立て制度を導入した。少年側による抗告と検察官による抗告受理申立てとは、ともに家庭裁判所の終局決定に対して行うが、制度の趣旨は完全に異なっている。以下は、少年側の抗告権との比較を通して、検察官による抗告受理申立て制度の趣旨、その対象と理由および手続の流れについて考察してみたい。

少年側の抗告制度は、少年の権利保護を目的としている。旧少年法において、保護処分はもっぱら少年の保護と教育のための利益処分として位置づけられていたから、少年審判所の保護処分決定に対する少年側の不服申立て制度が認められなかった²⁴³。現行少年法は、保護処分が少年の自由を制限する不利益性を持っていることおよび非行予測には限界があることを認めている上で、少年の権利保護と適正手続の要請の両面から少年側による抗告制度を採用したわけである²⁴⁴。それに対して、検察官による抗告受理申立て制度は、家庭裁判所の保護処分決定・不処分決定における事実誤認の是正および被害者を含む国民からの理解や少年審判制度に対する社会の信頼の確保²⁴⁵ということを主な趣旨とする。

少年側による抗告の対象は家庭裁判所の保護処分決定である。具体的に言うと、少年法 24 条 1 項に定められている保護観察、児童自立支援施設または児童養護施設送致、少年院送致という三つの決定を含むほか、戻し収容決定と収容継続決定もその対象となる²⁴⁶。なお、付随処分である被害者還付、環境調整命令や没取などの決定、および都道府

²⁴² 澤登・前掲注 237 の 200 頁。

²⁴³ 田宮=廣瀬・前掲注 33 の 373 頁。

²⁴⁴ 田宮=廣瀬・同上 373 頁。

²⁴⁵ 丸山雅夫『少年法講義（第 2 版）』（成文堂、2012 年）272 頁。

²⁴⁶ 田宮=廣瀬・前掲注 33 の 376 頁。いわゆる「柏の少女殺し事件」最高裁決定で認められたように、少年法 27 条の 2 第 1・2 項の保護処分取消申立てに対する不取消決定も 32 条の準用により抗告できると

県知事又は児童相談所長送致、試験観察、観護措置や検察官送致などの決定は抗告の対象にならない。また、審判不開始決定と不処分決定も抗告の対象とならない²⁴⁷。それに対して、検察官による抗告受理申立ての対象は、少年審判に検察官関与決定があった事件に対する不処分決定および保護処分決定である（少年法 34 条の 4 第 1 項）。

少年側による抗告の理由は、①「(保護処分) 決定に及ぼす法令の違反」、②「重大な事実の誤認」、③「処分の著しい不当」を含む（少年法 32 条）。

①の「(保護処分) 決定に及ぼす法令の違反」は、実体法の適用を誤った、また審判手続が法令に違反したという二つの場合²⁴⁸に分けられる。「決定に及ぼす」とは、そうした法令の違反がなかったとするなら、原決定と異なる決定になる²⁴⁹ということの意味している。一般に、法令の違反と原決定の主文とは因果関係を有していなければならないと強調されており、もし法令の違反がただ原決定の理由に影響するだけであったなら、この場合に当たらない²⁵⁰とも解されている。

②の「重大な事実の誤認」とは、非行事実の誤認が原決定の主文に影響を及ぼすことを意味している²⁵¹と解される。要保護性の基礎事実に対する誤認は「重大な事実の誤認」に含まれるかについて、学説も判例も見解が異なっている²⁵²。そこで、要保護性の基礎事実に対する誤認は「重大な事実の誤認」に当たらず、③の「処分の著しい不当」を判断する要素に当たるとする見解が多数説²⁵³となっている。

③の「処分の著しい不当」とは、家庭裁判所の保護決定が、家庭裁判所の合理的な裁量の範囲を著しく逸脱した²⁵⁴ことを指している。具体的に言うと、たとえば要保護性の基礎事実の誤認による要保護性の認定に誤りがあった場合、保護処分の必要がないのに保護処分決定をした場合、保護処分の種類の選択が不相当であった場合や少年院送致決定について、少年院の種類を選択を誤った場合などが挙げられる²⁵⁵。

一方、検察官による抗告受理申立ての理由には、検察官関与決定があった事件の非行事実の認定について、上述した①の「決定に及ぼす法令の違反」と②の「重大な事実の誤認」という二つの場合が含まれる（少年法 32 条の 4 第 1 項）。事実認定手続の一層の適正化を図るという制度導入の趣旨および抗告受理申立ての対象は検察官関与決定があった事件に限定されていることから、要保護性の判断にかかわる③の「処分の著しい不

されている（最三小決昭和 58・9・5 刑集 37 卷 7 号 901 頁）。

²⁴⁷ 田宮=廣瀬・同上 376~377 頁を参照。団藤重光=森田宗一『新版少年法（第二版）』（有斐閣、1984 年）313~314 頁も参照。

²⁴⁸ 団藤=森田・同上 315 頁。

²⁴⁹ 団藤=森田・同上 315 頁。

²⁵⁰ 川出敏裕『少年法』（有斐閣、2015 年）283 頁。

²⁵¹ 平場安治『少年法（新版）』（有斐閣、1987 年）358 頁。

²⁵² 団藤=森田・前掲注 247 の 317~318 頁。

²⁵³ 川出・前掲注 250 の 285 頁。

²⁵⁴ 田宮=廣瀬・前掲注 33 の 382 頁。

²⁵⁵ 田宮=廣瀬・同上 382 頁。

当」という理由が含まれていない。

手続の流れについて、少年側が抗告をするには、抗告対象となる保護処分決定の告知のあった日の翌日から起算して 2 週間以内に、原裁判所に抗告の申立書を差し出す（少年法 32 条、少年審判規則 43 条）。また、少年鑑別所、児童自立支援施設・児童養護施設、少年院に収容されている少年側が抗告をするには、それらの施設の長またはその代理人を経由して抗告の申立書を差し出すことができる（少年審判規則 44 条）。

検察官による抗告受理の申立ての手続は、上述の手続とほぼ同じとなっており、対象となる不処分・保護処分の決定の告知があった日の翌日から起算して 2 週間以内に、原裁判所に申立書を差し出して抗告受理の申立を行うということになっている（少年法 32 条の 4 第 1 項）。ただし、高等裁判所の事件受理の要件については、検察官による抗告受理の申立ては少年側の抗告の申立てと異なって、抗告審として事件を受理するのを相当と認めるという高等裁判所の判断が必要であり、しかも不受理決定と受理後の抗告棄却の裁判に対して検察官は再抗告することができない²⁵⁶。高等裁判所は抗告審として事件を受理するのを相当と認める場合に、抗告があったものとみなされ（少年法 32 条の 4 第 4 項）、少年側による抗告が同時に差し出されているときは、事件を一括処理する²⁵⁷こととなる。

以上の比較から、検察官による抗告受理申立て制度をまとめておきたい。第一に、制度の趣旨は、少年の権利保護というより、事実認定手続の一層の適正化を図ることであると言える。第二に、抗告受理申立ての対象は、少年審判で検察官関与決定のあった事件に対する不処分決定および保護処分決定である。第三に、抗告受理申立ての理由は、検察官関与の対象事件の非行事実の認定に関して、決定に影響を及ぼす「法令（実体法と手続法）の違反」または「重大な事実（要保護性の基礎事実を除き、非行事実の認定にかかわる事実のみ）の誤認」があることである。第四に、抗告受理申立ての手続は、対象となる不処分・保護処分の決定の告知があった日の翌日から起算して 2 週間以内に、検察官は原裁判所に申立書を差し出して抗告受理の申立を行うとなっている。

（二）抗告受理申立てに関する運用の状況

2006 年 3 月の法務省「少年法等の一部を改正する法律による改正後の少年法等の施行状況に関する報告」によると、2001 年 4 月 1 日から 2006 年 3 月 31 日までの 5 年間に、検察官によって抗告受理の申立てがなされた少年の人数はわずか 5 人にすぎなかったが、いずれについても高等裁判所において抗告を受理する旨の決定がされた²⁵⁸。そのうち、罪名から見ると、強姦は 3 人、強姦未遂は 1 人、強制わいせつ致傷 1 人である。また、

²⁵⁶ 田宮=廣瀬・同上 395 頁。

²⁵⁷ 田宮=廣瀬・同上 399 頁。

²⁵⁸ 法務省：平成 12 年改正少年法に関する意見交換会（第 1 回）議事録
http://www.moj.go.jp/shingil/keiji_keiji38-1.html（2015 年 10 月 10 日閲覧）。

抗告受理申立ての対象には、不処分決定 5 つと保護処分決定 2 つ（保護観察 1 つと少年院送致 1 つ）がある。抗告受理申立ての理由はすべて「重大事実の誤認」である。そして、抗告審の裁判について、原決定を取り消して差戻しとなったのは 3 人であり、抗告棄却となったのは 2 人である。

なお、2001 年 4 月 1 日から 2006 年 3 月 31 日までの 5 年間に、検察官関与決定がなされた少年の人数は 97 人²⁵⁹であり、そうすると、検察官の抗告受理申立て率は 5%程度となっている。

（三）非行少年の処遇における検察官の抗告受理申立ての意義

2000 年少年法改正以前は、少年の権利保護という見地から、少年側による抗告制度のみが認められていた。抗告制度は少年審判の持っている教育的機能と馴染まない面もあるが、一方、少年審判の持っている司法的機能から、内容が少年の人権にかかわることを否定できない²⁶⁰がゆえに、家庭裁判所の保護処分決定に対する少年側の抗告制度が認められたわけである。

しかしながら、司法的機能の保障については、人権保護の要請とともに、適正手続の要請も強調されるべきである。なお、立法論として、2000 年の少年法改正論議において、少年側のみならず検察官にも同じような抗告権を付与すべきであるという提案が見られた。この提案に対しては、異論が多かった²⁶¹ため、結局、法改正では、一定範囲の事件について検察官を少年審判に関与させることができるようになったものの、検察官の抗告権は認められず、その代わりに、裁量的な検察官の抗告受理申立てという制度が新設された²⁶²。少年審判に関与した検察官は当事者ではなく、審判協力者という役割であるから、理論上当事者の権利である抗告権まで認めることができず、抗告受理を申立てることだけが認められたわけである。少年審判への検察官関与制度と検察官の抗告受理申立て制度とは、ともに事実認定手続の一層の適正化を図るものである。また、後者の制度は誤った事実認定と法令違反の是正手段として、被害者を含む国民・社会の正義感情への配慮にとっても、また少年に対し最適な処遇を選択するという保護・教育の要請にとっても重要な意義を持っている²⁶³と述べられている。

専門的な調査機関を備えていない高等裁判所には、抗告審における自判制度が認められていない。検察官の申立てを受理した後、抗告の理由があると認めるとき、決定をもって、原決定を取消して、事件を原裁判所に差戻し、または他の家庭裁判所に移送することとなる（少年法 33 条 2 項）。受差戻し審では、検察官を少年審判に再び関与させる

²⁵⁹ 法務省・同上。

²⁶⁰ 団藤=森田・前掲注 247 の 311 頁。

²⁶¹ 田宮=廣瀬・前掲注 33 の 394~395 頁。

²⁶² 田宮=廣瀬・同上 395 頁。

²⁶³ 田宮=廣瀬・同上 395 頁。

かどうかは家庭裁判所の裁判官の裁量に委ねるものとなるが、事件処理の一貫性から、検察官を関与させることが妥当であるように考えられる。

抗告は原則として保護処分を執行を停止する効力がない（少年法 34 条）。そこから、検察官の抗告受理申立て制度がもたらす少年の身柄拘束の長期化、早期処遇や迅速性の原則との矛盾といった問題も指摘された。第一に、「身柄拘束について、この問題は少年側の抗告を契機としても生じうるが、制度の欠陥として、少年法は観護措置による少年鑑別所への収容日数を未決勾留の日数とみなすことを定めている（少年法 53 条）が、処分変更時の場合、執行された保護処分の扱いについて規定していない」²⁶⁴と指摘されている。第二に、「迅速性の原則について、それは国際条約に認められているもののみならず、日本法の少年法実務や最高裁判所の判例にも認められている重要な原則であり、また抗告で執行停止の効力が原則的に認められないことなどから、無罪推定の原則との関係においても、迅速性の原則は優越している」²⁶⁵と述べられている。そこで、「実体的真実の発見などによって事実認定手続の適正化を図る検察官の抗告受理申立て制度は、迅速性の原則に制約されるべきであり、迅速性の原則との関係から検察官の抗告受理申立て制度が相当性を欠くことは十分考えられうる」²⁶⁶と論じられている。

前述した第一の指摘について、それはおそらく保護処分の不利益性に注目していると思われる。確かに、武内謙治が指摘しているように、処分変更した場合に、執行された保護処分は少年に客観的な不利益をもたらしたことをどのように救済するかという制度面の問題は存在している。それに対して、第二の指摘は、着目点は保護処分の利益性という面に転換されているように思われる。早期処遇や迅速性の原則の目的は、保護処分の教育的機能を期待していることにある。したがって、抗告の段階においてもその執行を原則として停止しないとされているわけである。検察官による抗告受理申立ての期間を 2 週間としていること、また高等裁判所の審理期限も 2 週間とされていることは迅速性の原則への配慮を示しているのではないか。実体的真実の発見、事実認定手続の適正化、そして無罪推定の原則は少年の事件に対しても重要であり、すべての場合において、必ず迅速性の原則に譲歩するのを要求することこそ妥当性を欠くことになり、事件ごとにそれらの原則をどのように考慮するかを裁判官の裁量に委ねるべきではないかと思われる。ある意味では、実体的真実の発見と事実認定手続の適正化という要請は迅速性の原則よりもっと基本的であり、誤った事実認定で決定された保護処分を早期に執行されることは、少年に不利益をもたらすどころか、正義の実現という法の価値にも背離する。そこで、検察官による抗告受理の申立てという制度は、少年を救済するための抗告ではないが、事実認定手続の適正化の確保とそれに基づく少年の最適な処遇選択に対して重

²⁶⁴ 武内謙治「抗告受理の申立てと迅速性の原則」守屋克彦・齊藤豊治『コンメンタール少年法』（現代人文社、2012 年）478 頁。

²⁶⁵ 武内・同上 479~480 頁。

²⁶⁶ 武内・同上 480 頁。

要な意義を有していると思う。

第四章 現行少年法の起訴強制主義

三権分立を唱えた 18 世紀のフランス啓蒙思想家モンテスキューが『法の精神』では、権力の恣意性を抑えるために、自由裁量権を絶対的に排除すべきであると論じていた。ただし、行政機関が国と社会を管理する職能を果たしているため、行政権に自由裁量を絶対的に排除することはほとんど不可能であろう。それは、行政行為は合法的であるという前提を持ちながら、合理的であるという考慮も要求されるからであると思われる。

司法の領域では、とりわけ刑事司法の歴史を遡ると、司法権的自由裁量権を絶対的に排除しようとする時代があったことは確かである。19 世紀の 1820 年代以前から、応報刑論者たちが刑罰の本質を犯罪に対する応報として捉えた上で、犯罪が成立するなら刑罰を科さなければならないと主張し、また、司法の公正と正義を実現するのに、犯罪の対処として刑罰の方法を用いるほど適正な方法がなかったと論じており、非刑罰的対処を完全に排斥しようとしていた。こうした観念が直ちに刑事訴訟手続において起訴法定主義を導くことに至った。応報刑論の観点と密接に関連している起訴法定主義は、なお国家暴力の一種である刑罰の威嚇効果を過度に強調している側面があった。その後、応報刑論は絶対的応報刑論から相対的応報刑論への発展を経たにもかかわらず、刑事訴訟法の歴史において、起訴法定主義は主導的なものとされていた時代が長く続いたのである。起訴法定主義に基づいて、「検察官が公訴を提起するに足りる嫌疑ならびに証拠があり、かつ訴訟条件が具備するかぎり必ず公訴を提起すべき」ものとされる²⁶⁷。このように、訴訟条件さえ具備する刑事事件であれば、検察官の権限には自由裁量の余地が存在しないから、必ず公訴の提起をしなければならない。

1820 年代からは、徐々に目的刑論が応報刑論を取って代わるようになり、刑罰による応報の効果だけではなく、予防の効果も強調されてきた。刑罰を通じて既に犯罪を犯した者に対する特別予防だけでなく、市民社会の一般の人々に対する一般予防の効果が重視されてきた。また、犯罪者の処遇について、犯罪行為のほか、犯人の境遇および犯罪後の状況、また環境的要素などを考慮した上で、刑罰が個別化されて行われることおよび非刑罰的対応が唱えられていた。これらの動きのもとで、刑事訴訟法における起訴便宜主義の理論が提示された。第二次世界大戦後の 20 世紀の 1960 年代から、世界諸国において、司法の効率化と訴訟経済主義を求めるため、起訴便宜主義は刑事訴訟法において広く採用されるに至った。起訴便宜主義の興起と訴訟経済主義の提唱とは密接に関連しているとはいえ、司法の効率化を司法の公正より優位にすることを意味してはいなかったと思われる。犯罪行為だけに着目せず、犯罪者や環境的要因など多面的な考慮を加えた上で、起訴する否かを判断するのは、実質的公正を求めることを意味しているものであろう。

²⁶⁷ 高田卓爾『刑事訴訟法（二訂版）』（青林書院、1984 年）372 頁。

起訴便宜主義の定義については、国により必ず一致しているわけではないが、その趣旨は同じものである。すなわち、訴訟条件を具備する刑事事件について、公訴を提起しなければならないことを要求せず、各事件と犯罪の嫌疑ある者の具体的状況に応じて、公訴を提起するか、不起訴にするか、あるいは起訴を猶予するかを決める権限、いわゆる起訴裁量権を検察官に与えることが認められるということである。このように、検察官に起訴裁量権を与えることを認めるかどうかという点は起訴法定主義と起訴便宜主義の本質的な相違となる。起訴裁量権は検察裁量権の一種であるとされる。一般に、検察裁量権には、検察官が刑事事件について検挙するか否か、公訴を提起するか否か、また裁判所へ求刑するか否かを自由に決定できる、といった権限が含まれている。起訴裁量権は、犯罪の嫌疑がある事件について、検察官が法律の許容する範囲内で合理的な判断を持って公訴を提起するか否かを決める権限であると理解されている。

日本の研究者によると、検察官の不可欠な権限として、捜査権限、起訴裁量権限、公訴権の独占が挙げられている。「検察業務で難しさが最も高いのは捜査権であり、起訴裁量権を適切に行行使するためには独自の捜査権限を持つ必要があるため、両者が不即不離の関係にある」と論じられている²⁶⁸。日本の検察庁は組織上、行政機関である法務省に所属しており、その職能は大きく二つに分けられている。一つは、刑事事件の処理に関する公訴権の行使であり、もう一つは、公益の代表者として法の正当な適用を請求することであるとされる²⁶⁹。三井誠によると、「検察官が起訴裁量権を行使することは司法処分的一种であるといつてよい」²⁷⁰から、起訴裁量権は司法的裁量権であると位置づけることができるであろう。

日本では、検察官に起訴裁量権を与えることが認められたのは、1922年の旧刑事訴訟法の制定によるものである。ところが、旧少年法も1922年に制定され、犯罪少年の事件について、検察官の起訴裁量権の行使を基に検察官先議主義が確立された。なお、1948年の現行少年法の制定によって、旧少年法の検察官先議主義が廃止されると同時に家庭裁判所先議主義が採用されるようになり、また、少年審判において、検察官送致決定をした犯罪少年の事件については、検察官は起訴裁量権を持たず、原則として刑事裁判所に公訴を提起しなければならない、いわゆる起訴強制主義が定められている。現行少年法の起訴強制主義は日本の刑事訴訟法の起訴便宜主義の例外となっている。

現行少年法は主として臨床過程から犯罪と捉える考え方を重視し、「行為者—要保護性—保護」という筋道をとっている。なお、検察官は本来法律過程から「行為—責任—応報」という道筋を追求しなければならない立場にあるから、犯罪少年の事件について、とりわけ、重大犯罪を行った少年に対して、要保護性に関係なく刑罰を求めなければな

²⁶⁸ 小貫芳信「起訴裁量権の獲得—日本検察の歴史（戦前）」『研修』749号（2010年）37頁。

²⁶⁹ 潮見俊隆編『現代の法律家』岩波講座現代法第6巻（1964年）243頁。

²⁷⁰ 三井・前掲注94の1頁。

らないことになる。

一 少年法の起訴強制主義

(一) 起訴強制主義とは

現行少年法 45 条 5 号には、検察官は、家庭裁判所から送致を受けた事件（いわゆる逆送事件）について、公訴を提起するに足りる犯罪の嫌疑があると思料するときは、刑事裁判所へ公訴を提起しなければならないとの規定があり、これは少年法の起訴強制主義を示している。家庭裁判所から送致を受けた事件について、検察官は訴訟条件が欠けており、または犯罪の嫌疑がないと思料する場合に限り、不起訴処分にすることも認められる²⁷¹が、それ以外の場合には、基本的に起訴強制主義に基づき、検察官は起訴裁量権を持たないと解されている。

家庭裁判所からの送致は、少年の刑事事件を起訴するにあたっての訴訟条件となるから、逆送を経ない犯罪少年の事件に対する起訴は公訴棄却の判決によって終了となる（刑事訴訟法 338 条 4 号）²⁷²。なお、「家庭裁判所からの送致書に記載された罪名と罰条は、訴因の設定には拘束がなく、公訴事実と送致事実とは同一性があれば足りると解されている」²⁷³。ここでいう同一性は刑事訴訟法 312 条の「公訴事実の同一性」と同じ意味を持っている理解してよいであろう。同一性を考察する前に、送致事実（いわゆる年超検送、20 歳を超過したため少年審判の対象にならなくなった場合を除く）、訴因、公訴事実といった三つの概念について区別しておく必要があると思う。

家庭裁判所の検察官送致決定書には、主文、理由、少年の氏名、年齢、職業、住居および本籍を記載するとされている（少年審判規則 2 条 3 項）。また、検察官送致の理由として、罪となるべき事実およびその事実に応用すべき罰条を示さなければならない（少年審判規則 24 条）。そこから、検察官送致決定書に記載されている罪となるべき事実は送致事実となる。少年法は全件送致主義を採っており、検察官は捜査を遂げた犯罪少年の事件を家庭裁判所に送致しなければならない（少年法 42 条）と規定している。それらの事件については、家庭裁判所が調査あるいは審判の結果として、検察官送致決定をした場合、捜査、調査または審判の段階を経て認定した犯罪事実は送致（逆送）事実となる。そして、逆送された犯罪少年の事件は再び捜査段階に入るが、その場合の捜査は 42 条による検察官が事件を家庭裁判所に送致する前の捜査とは本質的な違いがないと解される²⁷⁴。逆送後の段階における捜査活動によって、犯罪事実が罰金以下の刑にあたりと判明した場合に、検察官はその事実に係る逆送事件を改めて家庭裁判所に送致しなけれ

²⁷¹ 平場・前掲注 31 の 432 頁。

²⁷² 田宮=廣瀬・前掲注 33 の 440 頁。

²⁷³ 田宮=廣瀬、同上 440 頁。

²⁷⁴ 団藤=森田・前掲注 247 の 377 頁。

ばならず²⁷⁵、いわゆる再送致をすることになる。少年法 20 条の規定によって、罰金以下の刑にあたる事件はそもそも逆送事件の範囲内に含まれていない。しかし、実務において、交通関係事件などに関し、家庭裁判所では罰金刑を相当と判断した上での検察官送致、いわゆる「罰金見込み検送」という制度が活用されており、その実数は逆送の大部分を占める²⁷⁶といわれている。

ところで、刑事裁判の審判対象について、訴因対象説と公訴事実対象説がある。訴因対象説によれば、「訴因は刑事裁判において、裁判所が審理をし、判決を下す対象である」²⁷⁷。訴因は審判対象を限定する機能を有し、訴因の確定は刑事被告人の防御の範囲を明らかにする。それに対して、公訴事実対象説によると、公訴事実が審理の対象であるとされる。ちなみに、旧刑事訴訟法には、訴因という概念がなく、職権主義的訴訟構造の下で、「公訴犯罪事実」に対して審理を行うことになるが、裁判所はそれに拘束されず、同一性のある範囲で犯罪事実を認定することができるとされていたのである²⁷⁸。現在、学説と判例は訴因対象説に立っている。この立場からは、公訴事実とは「公訴事実の同一性」の範囲内で訴因を変更できるという、範囲を限定する枠組みという観念的な機能概念にすぎないと定義される²⁷⁹。

公訴事実の同一性の判断基準について、学説には基本的事実同一説、罪質同一説、構成要件共通説、構成要件類似説、社会的嫌疑同一説等²⁸⁰を挙げることができる。裁判例の主流的見解は、基本的事実同一説に立っている²⁸¹と述べられる。また、基本的事実同一説には、基本的事実関係が同一性を有しているかどうかについての判断にあたって、さらに事実の共通性基準と非両立性基準²⁸²が含まれているとされる。訴因を設定・提示するのは検察官の権限である²⁸³。訴因の変更も検察官の権限であり、刑事訴訟における重要な訴訟技術の一つであるとされる。逆送事件の場合に、家庭裁判所からの送致事実と検察官の捜査の結果を基にして、訴因を設定することになるから、送致事実と設定した訴因との同一性が考えられなければならないと思われる。そして、起訴強制主義に基づいて、公訴を提起した後の刑事裁判の段階において、訴因変更は可能であるから、もし訴因を変更する場合に、新訴因と旧訴因との間で公訴事実の同一性を有するかを考えなければならないのではないかという疑問も生じうる。もっとも、訴因の設定および変更は少年法 55 条による移送に関わりうるものと考えられ、同一性の判断は犯罪少年の事件の処理にとって、重要な意味合いを持っているように思われる。刑事裁判の段階にお

²⁷⁵ 丸山雅夫『少年法講義』（成文堂、2010年）335頁。

²⁷⁶ 田宮=廣瀬・前掲注 33 の 207 頁。

²⁷⁷ 寺崎嘉博『刑事訴訟法（第2版）』（成文堂、2008年）270頁。

²⁷⁸ 寺崎・同上 271 頁。

²⁷⁹ 寺崎・同上 296 頁。

²⁸⁰ 田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣、1996年）205頁。

²⁸¹ 渡辺直行『刑事訴訟法』（成文堂、2011年）314頁。

²⁸² 渡辺・同上 314 頁。

²⁸³ 田宮・280 の 208 頁。

ける訴因変更は裁判官の許可を必要とするため、検察官が行った同一性の判断をチェックすることができるが、少年法の場合に、訴因の設定・提示にあたって、家庭裁判所の送致事実と設定しようとする訴因との間に同一性があるかどうかは、もっぱら検察官の判断に従うことになるであろうと思われる。そして、起訴した場合に、少年側から「同一性がないので公訴が無効」と争われれば、起訴後の刑事裁判において刑事裁判所によるチェックを受けることになる。

起訴強制主義の拘束力をめぐって、同一性の問題のほかに、一部起訴の可否という問題も従前から議論が行われている。具体的に言うと、家庭裁判所から送致されてきた犯罪少年の全ての事件について犯罪の嫌疑が認められた場合、検察官は、その中の一部の事件についてのみ公訴を提起することができるか否かという問題である。この問題に対して、学説では肯定説と否定説とで分かれている。

①肯定説

肯定説を主張している柏木千秋によれば、「少年法 20 条により検察官に送致した事件について、家庭裁判所は当該事件の少年に対して刑事処分を科すことを期待しているが、送致後は、保護事件は刑事事件になっているから、いかなる事件についていかなる程度に訴追するかは検察官の判断に委ねるべきである」²⁸⁴と解される。言い換えると、起訴強制主義の拘束力は少年に刑事処分を科すことにあるが、具体的な起訴の範囲や程度について及ばないということを強調しているわけである。この見解によると、検察官は送致を受けた事件の一部のみについて起訴しても差し支えないと解してよいであろう。実務上、成人の刑事事件の場合に、検察官が複数の犯罪事実のうち、軽微な犯罪事実を起訴の対象から除外するという仕方は訴訟経済の観点から認められているし、正義の要求にも反しないとされる。このように、「少年の逆送事件についても、正義と良識に従って、事件の一部を起訴することは、立証を簡易化することによって、訴訟経済の要求を満足させることができるし、起訴強制主義に違反するものではない」²⁸⁵との見解がある。

②否定説

一方、否定説によると、まず、「少年事件の刑事処分相当性の判断にあたっては、単に刑罰による道義的責任を追求するばかりでなく、刑罰による矯正という観点も併せて考慮されているとする。そのため、犯罪事実の全てについて、その責任を明らかにすることは、少年の教化改善に必要なものであるから、手続の経済性の故をもって一部の事件のみ起訴することは、刑事手続における教育的効果を見捨てるものであると考えられる。よって、一部起訴は、少年の刑事事件について特別な配慮を払っている少年法の見解から見て妥当な処理とは言い難い」²⁸⁶と解されている。次に、「手続の面から見て、もし検

²⁸⁴ 柏木千秋『改訂少年法概説』（立花書房、1951年）181～182頁。

²⁸⁵ 佐藤忠雄「少年事件の捜査及び公訴の提起」法律実務講座刑事編四巻 812頁。岩下「少年事件の処理」公判法大系 I 296頁。

²⁸⁶ 清野惇「検察官送致決定と一部起訴の是非」別冊判例タイムズ 6号 241頁。

察官が送致されてきた事件の一部を便宜選択して起訴することができるとするなら、受訴裁判所は、少年法 55 条の適切な運用ができなくなるであろう。なおかつ、同条によって、保護処分相当と判断した場合、事件を家庭裁判所に送致した際に、事件の一部が検察官の手許に残っているため、家庭裁判所における適切な事件処理に問題が生じる」²⁸⁷とされる。この二つの理由から、家庭裁判所から送致されてきた犯罪少年の全ての事件について犯罪の嫌疑が認められた場合、検察官が、その中の一部の事件についてのみ公訴を提起することは否定すべきであるとされている。

(二) 起訴強制主義の例外

逆送事件について、犯罪の嫌疑がなく、かつ家庭裁判所の審判に付すべき事由がないと思料するとき、検察官かざりで終結することができると思われている²⁸⁸。加えて、起訴強制主義の例外として、少年法 45 条 5 号但書には、①家庭裁判所から送致を受けた事件の一部について、検察官が公訴を提起するに足りる犯罪の嫌疑が認められない場合、②犯罪の情状等に影響を及ぼすべき新たな事情を発見したため、検察官が訴追を相当でないと思料する場合、③送致後の状況により、検察官が訴追を相当でないと思料する場合という 3 つの状況が規定されている。こうした場合に、検察官は犯罪少年の事件を再び家庭裁判所に送致しなければならないことになる。

第一の例外は、逆送した事件のうち、2 つ以上の犯罪事実があり、検察官の判断によって、一部の犯罪事実の嫌疑が認められない場合に、起訴強制の拘束力を失うことになるという状況である。この場合において、検察官は犯罪の嫌疑が認められない事実を家庭裁判所に再送致することができるが、残余の事実をも家庭裁判所に再送致すべきかについて、見解の相違が見られる。検察官は犯罪の嫌疑が認められない事実のみならず、犯罪の嫌疑が認められた残余の事実をもともに家庭裁判所に再送致すべきという消極説も見られるし、犯罪の嫌疑が認められた残余の事実のみについて、公訴を提起することができるという積極説も見られる。

積極説は、「逆送事件の一部について、犯罪の嫌疑が認められなくても、犯罪の嫌疑のある残余の事実のみについて、検察官は処罰価値があると認める場合に、家庭裁判所に再送致せず、公訴を提起することができる」²⁸⁹と主張している。それは、「複数の犯罪事実のうち、一部に犯罪の嫌疑が認められないからといって、ほかの事実をも全て家庭裁判所に再送致しなければならないとすれば無用の手続を重ねる以外の何ものでもない」からであると解されている²⁹⁰。とりわけ、嫌疑が認められない事実が軽い犯罪であり、嫌疑が認められる事実が重い犯罪であるような場合には、このように解することが妥当

²⁸⁷ 清野・同上 241 頁。

²⁸⁸ 団藤=森田・前掲注 247 の 385 頁。

²⁸⁹ 佐藤・前掲注 285 の 810 頁。

²⁹⁰ 清野・前掲注 286 の 239 頁。

であるし、その逆の場合でも、検察官の起訴行為は違法・無効とはいえないと考えられる²⁹¹からとされている。これに対して、消極説は、家庭裁判所による刑事処分相当性の判断は少年の行った全部の犯罪事実に基づいてなされた判断であるから、そのうちの一部について、犯罪の嫌疑が認めなければ、全ての事件を家庭裁判所に再送致することが妥当であると主張している。

第二の例外は、家庭裁判所から送致を受けた事件について、送致後、犯罪の情状等に影響を及ぼすべき新たな事情を発見したため、検察官は訴追を相当でないと料する場合である。「(a.)犯罪の動機・原因・態様等の条件のほか、(b.)罪名に影響を及ぼすような事情が発見された場合も含まれており、また、(c.)少年や保護者の犯罪に対する態度、受入・保護態勢などについて、新たな証拠によって別の事情が明らかにされた場合」も含まれている²⁹²と解されている。それに、「(d.)逆送事実が禁錮以上の罪であったものが罰金以下の罪であると分かった場合」も第二の例外に含まれるであろう²⁹³との見解もあった。以上の見解から、犯罪の情状等に影響を及ぼすべき新たな事情について、かなり広義に解釈されていることが明らかである。とりわけ、(d.)の解釈は犯罪そのものを越えて、罰条の情状も考慮の範囲に入れていた。いずれにしても、これらの事情は訴追を判断する要素であり、訴追不相当の判断こそ例外の実質的な条件と言えよう。訴追を相当でないと判断する場合、検察官は送致を受けた事件を再び家庭裁判所に送致することになる。

第三の例外は、送致後の状況により、検察官が訴追を相当でないと料する場合である。具体的には、「(a.)少年・保護者らの反省、責任感、態度、または示談、弁償」²⁹⁴など、「少年本人側の情状や状況の変化のほか、(b.)被害者の感情や態度が著しく変わり緩和されたこと、(c.)その他客観的事情の変化など」²⁹⁵の状況が挙げられる。

二 要保護性と刑事処分相当性

刑罰と保護処分の関係は、少年法の逆送制度を検討する際に、重要な論題であるといえる。少年法は少年の健全育成を目的としている以上、保護主義の理念は保護処分にはもちろんのこと、犯罪少年を対象とする刑罰にも働いている。したがって、少年法の枠内において、保護処分も刑罰も少年を保護する手段であるともいえる。犯罪少年の事件について、どのような場合に保護処分に付するか、またどのような場合に検察官送致決定をして刑事処分を求めるかという家庭裁判所の判断には、一定の基準が必要である。そのような基準といえるのは、要保護性と刑事処分相当性であると思われる。

要保護性は少年審判の対象であり、保護処分を課すための要件でもある。少年審判の

²⁹¹ 岩下・前掲注 285 の 297 頁。

²⁹² 団藤=森田・前掲注 247 の 365 頁。

²⁹³ 土本武司『少年法』（法務総合研修所、1977年）87頁。

²⁹⁴ たとえば、財産犯罪において、送致後、被害を弁償し、示談済になったような場合である。なお、佐藤・前掲注 288 の 811 頁を参照。

²⁹⁵ 団藤=森田・前掲注 247 の 366 頁。

対象について、非行事実と要保護性であるという見解は通説となっている。なお、要保護性のみを対象とする見解、またはそれと対立している非行事実のみを対象とする見解などがあった。要保護性の内容について、見解が異なっており、犯罪的危険性、矯正可能性および保護相当性が含まれるのは現在の通説である。要保護性の判定は、少年に適切な処遇選択を行うために、重要な意味を持っている。保護処分決定のみならず、不処分決定、都道府県知事・児童相談所長送致決定、または検察官送致決定にも影響している。

刑事処分相当性は検察官送致決定を行うための実質的な要件である。刑事処分相当性の概念要素について、通説によれば、保護不能と保護不適が挙げられる。また、その判断要素には、主として罪質と情状が含まれている。

(一) 刑罰と保護処分

1 刑罰と保護処分との相違

従来、刑罰と保安処分の関係というテーマについて多く検討されてきた。その中では、一般に、保安処分が保護処分を含む広い意味（いわば非刑罰的刑事制裁）で理解されたのが通例であった²⁹⁶。

「刑罰の概念は歴史的に不明確であった」²⁹⁷が、「現行法における刑罰は、犯罪に対する法律効果として定められ、行為者に科される、一定の法益の剥奪を内容とする制裁であり、犯罪への非難としての性格を持つもの」として定義できる²⁹⁸とされる。「保安処分とは、犯罪が行われたとき、再犯を防止するため、行為者に科される、自由の剥奪または自由の制限を伴う措置のことをいい、非難としての性格を持たないものである」²⁹⁹とされる。刑罰と保安処分の関係について、「一方における責任・危険性と他方における刑罰・保安処分との結合関係を問題にすることがある」³⁰⁰。「刑法において、責任に対する刑罰または危険性に対する保安処分のいずれか一方のみを考える立場を一元主義と言い、両者を併せて採用するのは二元主義と言う」³⁰¹。刑罰と保安処分の種類は必ずしも明確に区別されておらず、一国で刑罰として定められ、他国で保安処分として定められているものもある。

保護処分の法的性質については、広義の保安処分の一種であると一般に解されている。ただ、この場合の「保護」は単なる「保安」の概念にとどまらず、「少年の健全育成を目的とし、性格の矯正および環境の調整に関する教育・福祉的な内容を持ち、刑事政策的

²⁹⁶ 森下忠『刑事政策の論点1』（成文堂、1992年）28頁。

²⁹⁷ 森下・同上29頁。

²⁹⁸ 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）545~546頁。

²⁹⁹ 井田・同上546頁。

³⁰⁰ 須々木圭一『刑事政策』（成文堂、1969年）59頁。

³⁰¹ 須々木・同上59頁。

な目的による自由拘束を伴うこともある司法処分である」³⁰²とも解されている。それが故に、理論的な考察として、保護処分を保安処分と区別し、それぞれの特徴を認めた上で、刑罰との相違を考える必要があるように思われる。

刑罰と保護処分との相違については、両者の目的・本質、内容および定められる基準から、検討してみたい。

(1) 目的・本質の相違

刑罰の目的について、それは犯罪者の人格を倫理的・論理的に否定することにより、行った犯罪を過去に遡って否定するという機能を営むと考える立場を応報刑主義³⁰³という。一方、刑罰の予防機能を重視する立場を目的刑主義という。目的刑主義の中でも、さらに一般予防主義と特別予防主義とに分かれている。「刑罰によって、犯罪者に各種不利益を与えることを通じて、社会の一般の人々に対して、犯罪を思いとどまらせるように威嚇する機能を営むと考える立場を一般予防主義といい、犯罪者が再び罪を犯さないように、社会から隔離したり、犯罪者の悪性を治療・教育などの方法をもって改善したりするなどの方法によって、犯罪者から社会を防衛するという機能を営むと考える立場を特別予防主義という」³⁰⁴。ところが、応報刑主義と一般予防主義は、刑罰を科すことによって、社会一般の人々に対して、威嚇力を持っている点をとともに強調しているのである。ゆえに、「応報刑主義と目的刑主義との対立は、もっぱら応報刑主義と特別予防主義との対立である」³⁰⁵とも指摘されている。

目的刑主義（予防刑主義）によると、刑を通して国が達成すべき目的は犯罪の予防にあり、それは刑の正当化理由でもある。一方、応報刑主義によると、「刑を科すこと自体が正義の要求であり、刑は正義の実現を目的とするものであるとし、刑の正当化理由は直ちに刑の存在理由」と考えられ³⁰⁶、このような観点は絶対的応報刑主義ともいわれる。刑罰の目的を考える際に、須々木圭一が提示した段階的な考え方が示唆的であった。すなわち、刑に法定刑、処断刑、宣告刑の別があり、さらに刑の執行ないし行刑の場面があるから、そのうち、法定刑から宣告刑を作り出す技術的な過程である処断刑を除くとするならば、法定刑、宣告刑と刑の執行ないし行刑という三つの段階に分けて、予防理論ないし刑罰の目的を考えることができる³⁰⁷。たとえば、一般予防論の場合、最初は公開の場所において生命刑や身体刑を執行し、人々を威嚇することによって一般予防の効果を挙げることを目指す威嚇説があった。しかし、近代的刑罰理論が強調した一般予防論は、威嚇説の方法を否定し、刑の執行ではなく、法定刑による威嚇を重視すること、いわゆる心理強制説を唱えるようになっていた。なお、威嚇説も心理強制説も、刑事政策

³⁰² 森下・前掲注 296 の 30 頁。

³⁰³ 澤登俊雄「刑罰・保安処分・保護処分」国学院法学 8 卷 3 号（1971 年）164 頁。

³⁰⁴ 澤登・同上 164 頁。

³⁰⁵ 澤登・同上 164 頁。

³⁰⁶ 須々木・前掲注 300 の 39 頁。

³⁰⁷ 須々木・同上 39 頁。

上それぞれ合理性を欠けるところがあって、様々の批判を受けていた。特別予防論を主張している論者の代表であるフランツ・フォン・リストは、刑の直接的な効果を、改善、威嚇、社会からの隔離といった三つに分け、「①改善可能かつ改善を必要とする犯罪者については改善を、②改善不要の犯罪者については威嚇を、③改善不能の犯罪者については社会から隔離を、それぞれ刑において図るべきである」とした³⁰⁸。②改善不要の犯罪者に対する威嚇と③改善不能の犯罪者に対する隔離をめぐって、威嚇説一般にともなう欠陥に陥ること、そして改善不能の犯罪者は果たして存在するかどうか、あるいはただの改善困難の者なのか、様々の疑問がもたれていた。なお、①改善可能かつ改善を必要とする犯罪者については改善という効果が重視され、その考え方が刑の目的ないし本質を一種の教育としての改善であるとする教育刑論³⁰⁹によって展開されるようになった。

ところで、「法定刑ないし宣告刑までの刑事手続の全過程において、特別予防は直接・具体的な問題となりえない」³¹⁰とされる。こうした法定刑が宣告刑へと個別化される段階では、刑法の規律的機能による犯罪行為に対する規範的否定的評価の明示を通して、一般予防の効果が期待できる。また、刑の執行ないし行刑という法定刑が現実化されている過程において、教育・改善によって行為者に対する刑の感銘機能を期待するという特別予防が重要な問題となる。現在、刑法学上で主に採られているのは、刑の本質を応報としつつ刑の目的を一般予防または特別予防とする相対的応報刑主義³¹¹である。

保護処分之目的と本質を検討する際に、まず保護あるいは保護主義の概念を明らかにする必要がある。現行少年法の基本理念は保護主義であるとされている。平場安治は、少年法の概念を、「(a.)広義における少年法（少年を対象とする総合的な法体系）、(b.)狭義における少年法（国家の直接的保護の下におく法体系）、(c.)最狭義における少年法（犯罪予防の見地から少年を国家の特別の保護の下におく法体系）」、という三つの場面に分けて考察した³¹²。それに基づいて、阿部純二は、保護主義の概念も、第一に、全ての児童少年は心身ともに健やかに愛護育成されなければならないという広義の保護主義、第二に、少年を愛護育成するという目的を達成するために、一定の要保護少年に対して国家が積極的に関与して保護を加えるべきであるという狭義の保護主義、第三に、非行少年は原則として保護処分で処遇すべきであるという最狭義の保護主義、という三つの場面に分けて解していた³¹³。第一の広義の保護主義の理念は、全ての児童少年を対象とするものであり、児童福祉法と教育基本法の基本理念でもある。第二の狭義の保護主義の理念は、国家の少年に対する直接的保護を強調している。たとえば、アメリカでは、非行

³⁰⁸ 須々木・同上 42 頁。

³⁰⁹ 須々木・同上 42~43 頁。

³¹⁰ 須々木・同上 47 頁。

³¹¹ 須々木・同上 39 頁。

³¹² 平場・前掲注 31 の 34 頁。

³¹³ 阿部純二「保護と刑罰—1つの概観」刑法雑誌 18 卷 3・4 号（1971 年）218~219 頁。

少年のほか、放任少年や要扶助少年も取り扱ってきたように、国家が保護者に代わって、直接保護することが特色となる³¹⁴。第三の最狭義の保護主義の理念は、非行少年のみを対象としており、ここでの保護とは端的に保護処分が付することを意味すると解されている³¹⁵。刑罰との関係で問題となるのは、第三の最狭義の保護主義の下での保護処分のことである。少年裁判所運動の起源として、英米法的な国親思想と大陸法的な刑事政策的・特別予防的思想という二つの潮流が挙げられ、「日本の少年法はこの二つの潮流を受けながらも、そのどちらとも一致しない保護主義という形態で独自の展開を行っている」³¹⁶のである。澤登俊雄が指摘したように、「少年法の保護処分制度を支える指導理念である保護主義は、刑事政策と福祉政策との重なり合った部分に成立するものである」³¹⁷。

少年法は少年の健全な育成を目的としている。その目的を達成するために、非行のある少年に対して、性格の矯正および環境の調整に関する保護処分を行い、それに、少年の刑事事件について特別の措置を講ずるとしている（少年法 1 条）。「ドイツでは、直接少年に働きかけて性格の矯正を行う処分を教育、また、それ以外の環境調整のための援助的福祉的措置を保護、と称している」ようであるが、日本の少年法は、そのような区別をせず、性格の矯正も環境の調整も保護処分の内容としているのである³¹⁸。教化・改善の側面から見ると、保護処分の目的と教育刑論の主張とは共通している部分があることを否定し難いかもしれない。しかし、保護処分では、「単に少年の犯罪的危険性を除去するだけでなく、さらに進んで少年が将来に向かって健全な社会生活を送ることができる人的・物的条件を整備することが必要とされる」³¹⁹。しかも、本質を見ると、刑罰はあくまでも応報であり、保護処分はもっぱら教育・保護である。そこから、保護処分と福祉処分との違いはどこにあるのかとの疑問が出てくるかもしれない。たとえば、児童福祉法上の処分は場合によっては、少年法の保護処分となることもある。このように、保護処分と福祉処分との限界は不明確のように見えるが、実はそうではない。司法的強制力を伴うかどうかによって、両者を区別することができるといえよう。保護処分は少年の健全育成を意図するものであっても、現実には、家庭裁判所の判断によって、強制的に少年の自由を制限し、親の監護を制限するものもある³²⁰。福祉処分は、子どもを適切な保護が欠けている状態から保護するという処分であるとするなら、保護処分は、非行少年を再び非行をする危険性から保護する処分であるといえよう。

(2) 内容と種類・量を定める上での基準の相違

現行刑法では、生命刑、自由刑、財産刑といった三つの種類の刑罰が定められている。

³¹⁴ 阿部・同上 219 頁。

³¹⁵ 阿部・同上 220 頁。

³¹⁶ 阿部・同上 220~228 頁。

³¹⁷ 澤登・前掲注 303 の 185 頁。

³¹⁸ 阿部・前掲注 313 の 220 頁。

³¹⁹ 澤登・前掲注 303 の 185 頁。

³²⁰ 平場・前掲注 31 の 67 頁。

さらに、生命刑には死刑、自由刑には懲役、禁錮、拘留、財産刑には罰金、科料、没収と、それぞれ規定されている（刑法9条）。少年法は、少年に対する死刑と無期刑の緩和の特則を定め、罪を犯すとき、18歳未満の者に対して、死刑をもって処断すべきときは、無期刑を科し、無期刑をもって処断すべきときは、有期の懲役又は禁錮を科することができる（少年法51条）。また、少年に対して有期の懲役又は禁錮をもって処断すべきときは、その処断刑の範囲において、刑の長期と短期を定めて不定期刑を言い渡すものとされている（少年法52条1項）。なお、少年に対する刑の執行猶予を言い渡す場合には、不定期刑ではなく、定期刑を宣告することとなっている（少年法52条3項）。

刑法によって、「刑の量定の基準は責任であり、刑罰の分量・程度は責任の分量・程度に応じなければならないという責任主義が確立している」³²¹。この基準を、少年刑の量定、とりわけ少年の不定期刑の量定の場合に、明確にすることは難しい問題となっている。現在に至るまで、少年に対する不定期刑の言い渡し基準が確立していないとされる状況であるが、不定期刑を量定する際に、被告人が成人であれば言い渡されたであろうという責任刑がどこに位置するのかをめぐり、①短期説、②長期説、③中間位説、④全体基準説、などの見解が対立している³²²。①短期説は、短期が責任刑であり、長期が特別予防の必要によって定まるとする説である。そこで、短期を超える部分は一種の保安処分あるいは保護処分と解せざるを得ないことになる³²³。②長期説は、長期が責任刑であり、短期は少年の可塑性から短期間での矯正効果が期待できるため、少年に希望を持たせ、努力次第で早期に釈放される可能性を示すものである³²⁴とする説である。③中間位説は、短期と長期の中間が責任刑であるとし、特別予防的考慮から、上下両方向に一定の幅を認めたものが不定期刑であるとする説³²⁵である。④全体基準説は、責任に幅があること³²⁶を前提とするものであり、短期から長期にわたる期間全体が責任刑とする説³²⁷である。これらの説は、いずれにしても、責任という刑の量定の基準を認める上で、少年の不定期刑にどのように適用し、具体化するかという問題に対する見解であり、それにつき、現行法の解釈や実務の運用において様々な疑問が生じることであると指摘されるが、裁判員裁判などの場合における問題も考慮しなければならないから、不定期刑

³²¹ 阿部・前掲注313の224頁。

³²² 本庄武『少年に対する刑事処分』（現代人文社、2014年）249頁。

³²³ 藤本哲也『刑事政策概論（全訂第六版）』（青林書院、2008年）153頁。藤本によると、長期は一種の保安処分と解すべきだとされるが、森下忠「不定期刑運用上の諸問題」刑法雑誌3巻4号（1953年）では、短期を超える部分は保護処分として言い渡されるとされる。

³²⁴ 藤本・同上153頁。本庄・前掲注322の250頁。

³²⁵ 本庄・前掲注322の250頁。

³²⁶ 不定期刑を正当化するための「幅の理論」によると、責任には幅があり、そのような幅をもった責任に相応する範囲において、保安・改善目的に必要な不定期刑を科すことは責任主義に反しないものであるとされる。藤本・前掲注323の150頁を参照。

³²⁷ 本庄・前掲注322の250~251頁。

の運用にあたってその基準を明確にする必要が高いと指摘されている。

保護処分には、保護観察、児童自立支援施設または児童養護施設送致、少年院送致がある（少年法 24 条 1 項）。「保護観察は、国家機関である保護観察所が、少年を施設に収容することなく、家庭または適当な人のもとに置いたまま、指導監督し、また補導援護し、社会生活に適応させるようにするものである」³²⁸。児童自立支援施設と児童養護施設は児童福祉法によって設置されている施設である。児童自立支援施設は、不良行為をなし、またはなすおそれのある児童および家庭環境その他の環境上の理由により、生活指導を要する児童を入所させ、または保護者の下から通わせ、個々の児童の状況に応じて必要な指導を行い、その自立を支援し、あわせて退所した者について相談その他の援助を行うことを目的とする施設（児童福祉法 44 条）であり、児童養護施設は、保護者のない児童、虐待されている児童その他環境上養護を要する児童を入所させて、これを養護し、あわせて退所した者に対する相談その他自立のための援助を行うことを目的とする施設（児童福祉法 41 条）である。少年法 18 条によって、事件を家庭裁判所から都道府県知事または児童相談所長に送致し、それから児童を児童自立支援施設・児童養護施設へ送致することができるが、この場合の処分は、都道府県知事または児童相談所が措置決定をしたことによるものであり、司法的強制力を伴わず、親権を有する者または後見人の意に反することができないから、保護処分とはいえない。なお、家庭裁判所による保護処分の場合、親権を有する者または後見人の意に反してでも、児童を入所させることができると解される³²⁹。「少年院送致は、保護処分のうち最も強力な処遇方法」³³⁰であり、少年を少年院に収容し、そこで矯正教育その他必要な処遇を受けることとする処分である。2014 年に改正された少年院法により、少年の矯正教育には、在院中の少年の人権を保障する機能とともに、保護的・教育的・福祉的な役割を果たす機能をも有すること³³¹が明らかにされた。

刑罰と保護処分の内容について、とりわけ、同じく身柄拘束を伴う自由刑（懲役、禁錮、拘留）と少年院送致の相違を区別する必要がある。石川正興によると、両者には次の 3 つの大きな相違点がある。第一に、「2 つの処分において身柄拘束の度合いが異なる。両者はともに法務省が管理する施設に身柄を拘束する処分であるが、自由刑では、少年院の場合の「収容」という用語に代えて、身柄拘束の度合いが強いことを指し示す「拘置」という用語を使っているのである」³³²。第二に、「処遇の内容が違っている。自由刑の場合、たとえば、懲役受刑者は原則的に作業を一律に強制されることになる。刑務所

³²⁸ 団藤=森田・前掲注 247 の 226 頁。

³²⁹ 団藤=森田・同上 234~235 頁。

³³⁰ 団藤=森田・同上 236 頁。

³³¹ 法務省矯正局『新しい少年院法と少年鑑別法』（矯正協会、2014 年）19 頁。

³³² 石川正興「非行少年の処遇——刑罰か、保護処分か」、石川正興=曾根威彦=高橋則夫=田口守一=守山正『少年非行と法』（成文堂、2001 年）173 頁。

でも、いわゆる分類処遇が実施され、受刑者の特性や必要性に応じて作業以外の改善・更生のための処遇方法が実施されているが、懲役刑では作業の強制が原則である。それに対して、少年院では、被収容者の特性や必要性に応じて矯正教育の内容に差が設けられ、いわゆる個別処遇が行われており、作業のように被収容者に一律に科せられるような処遇方法が存在しない³³³。第三に、「収容期間が違っている。自由刑、たとえば懲役刑の場合には、無期刑と1月以上15年以下の有期刑がある。それに対して、少年院送致の場合には、原則的に被収容者が20歳に達したならば、退院させなければならない。懲役刑に比べれば、その収容期間は総じて短いといえよう」³³⁴。

種類・量を定める上での基準について、刑罰の場合には責任、保護処分の場合には要保護性というように解されている³³⁵。要保護性については、後ほど少年審判における要保護性の判断の部分にて詳しく検討することとしたい。

2 刑罰と保護処分の関係

刑罰と保護処分の関係について、阿部純二はランゲの分析をヒントにし、「a.刑罰にかえて保護、b.保護のために刑罰、c.保護にも関わらず刑罰、d.刑罰における保護」、という4つの関係を区別して論じていた³³⁶。その中で、a.刑罰にかえて保護とc.保護にもかわらぬ刑罰は、両者の対立している面から捉えられるものであり、b.保護のために刑罰とd.刑罰における保護は、両者の関連している面から捉えられるものであると考えられる。

少年法は、保護優先主義を採っているため、犯罪少年に対して、刑罰を科すことより保護処分に付することが優先して考えられている。それはa.刑罰にかえて保護を意味している。ただし、澤登が述べたように、「少年法の保護主義は刑事政策と福祉政策とが重なり合っている部分に成立している以上、少年を非行から守るとともに、社会を非行少年から守る役割を果たしていることも期待される」のである。保護優先主義の下でも、刑罰を完全に排除することは意味していない。保護主義が社会の側の法益保護の要求と衝突した場合に、いつでも優位を保ちうるのではないから、c.保護にもかわらぬ刑罰という問題が生じる³³⁷。少年法20条の検察官送致（逆送）の規定は、その具体的な制度である。

しかしながら、c.保護にもかわらぬ刑罰とb.保護のために刑罰との区別はなかなか難しいように思われる。平場安治が述べた「国家的保護一般」³³⁸という概念によると、少年に対する刑罰も国家的保護の範囲に含まれる。保護不能あるいは保護不適切な場合に、少年に対して刑罰を科すことは、あくまでも少年を確実に、あるいは適切に保護するという目的をもって選択した結果であるといえよう。

³³³ 石川・同上173頁。

³³⁴ 石川・同上174頁。

³³⁵ 阿部・前掲注313の224頁。

³³⁶ 阿部・同上221頁。

³³⁷ 阿部・同上221頁。

³³⁸ 平場・前掲注31の67頁。

d. 刑罰における保護について、法定刑と量刑の段階に分けて考察することができる。まず、法定刑レベルにおいて、少年法は、18歳未満の少年に対して、死刑と無期刑の緩和を規定しており、また少年は可塑性に富むことから、刑の執行中の少年の改善の度合いに応じた対応を可能にするため、刑期に幅を付けることで処遇に弾力性を持たせる不定期刑制度³³⁹をも規定している。次に、量刑の段階においても、少年法の保護主義は反映されている。それに関して、学説上、①行為者が少年であることは、成人に対する刑罰目的に修正を加えるものであり、量刑事情の一要素であるとする「量刑事情説」と、②少年法の目的は少年の健全な育成であるから、少年に対する刑罰の目的は、成人に対する刑罰の目的と異なるとする「少年法の目的重視説」とが主張されている³⁴⁰。川出敏裕によると、「少年の刑事事件について、量刑の主軸となるのは行為責任であり、被告人が少年であるがゆえに、教育的考慮が優先し、行為責任の枠から外された軽い刑が言い渡されるわけではないことになる」、そして、「少年法の保護主義あるいは健全育成の理念は、少年に対する刑罰の目的や性格まで変容させるものではなく、既存の刑罰目的の枠内で修正を加える機能を担うものだけだということができる」³⁴¹と述べられている。これは「量刑事情説」とされ、それに対して、本庄武によれば、「少年法の理念に忠実にすれば、少年の成長発達を促進するために刑事処分を科すことが有用な場合に、必要な限度で刑事処分を用いるということにならざるをえない」³⁴²。この見解は「少年法の目的重視説」とされる³⁴³。そこで、指摘したいのは、本庄の見解は量刑の段階というより、むしろ保護処分か刑事処分かを選択するという段階に着目しているものといえるのではないかと、ということである。少年事件の量刑段階においては、「量刑事情説」が提示しているように、少年法は刑法の特別法としての性格をもっており、被告人が少年であるから、特別な配慮をしなければならないことはいうまでもない。

以上、刑罰と保護処分との相違および両者の関係について分析した。両者の本質、内容および種類・量を定める上での基準はそれぞれ違っていることが明らかである。少年に対する刑罰が成人の場合より緩和されていることは、少年法の保護主義が働いているからである。少年法の枠内において、保護処分も刑罰も少年を保護する手段であるといえよう。とりわけ、「保護のために刑罰」と「刑罰における保護」という両者の関係から、事件を検察官送致して刑罰を求めることも保護の放棄とはいえない。なお、犯罪少年の事件について、どのような場合に保護処分に付するか、またどのような場合に検察官送致決定をして刑事処分を求めるかという家庭裁判所の判断には、一定の基準が必要であ

³³⁹ 川出敏裕「少年の刑事裁判（入門講義・少年法）」法学教室 353号（2010年）106~118頁。

³⁴⁰ 津田雅也『少年刑事事件の基礎理論』（信山社、2015年）191頁。

³⁴¹ 川出・前掲注 339の106~118頁。

³⁴² 本庄武「少年刑事裁判における55条移送決定と量刑」葛野尋之『少年司法改革の検証と展望』（日本評論社、2006年）152頁。

³⁴³ 津田・前掲注 340の192頁。

る。そのような基準といえるものは、要保護性と刑事処分相当性である。要保護性あるいは刑事処分相当性は、各事件の性質と保護処分、刑罰とを総合考量した評価であり、事件処理にあたって、処遇の有効性と妥当性を判断する基準である。以下において、要保護性と刑事処分相当性について検討してみたい。

(二) 少年審判における要保護性

家庭裁判所の調査・審判を経た少年事件の処理として、審判不開始・不処分、都道府県知事または児童相談所長に送致すること、保護処分に付すること、検察官に送致すること、といった終局処分がある。調査および審判開始決定をした事件のうち、どのような基準に沿って処分決定をするかという問題は、少年審判の対象論と密接に関連しているものである。刑事裁判の場合、犯罪（構成要件該当、違法、有責）と刑罰とは対応関係にあるが、少年審判の場合も、そのような対応関係が存在するのか、少年審判の対象は何か、などの問題について学説と実務において見解が違っていた。現在、少年審判の対象は非行事実と要保護性であるという見解が通説となっているが、その理由は何か、また、非行事実と要保護性、とりわけ、要保護性の内容に対してどのように理解するかについて、見解が異なっている。少年審判の対象および要保護性の内容に関する見解として、①裾分説、②入江説、③平井説、早川説、④平場説、と⑤澤登説が挙げられる。そこで、非行事実と要保護性に関する論争は、少年保護事件における保護処分賦課の実体的要件は何か、および少年審判における審判の対象は何かという二つの形で論じられてきたが、前者は非行事実と要保護性の実体法上の意義に関する問題であり、後者がその手続法上の意義に関する問題である³⁴⁴とされている。以下、それらの問題に関する学説を概観してみる。

① 裾分説裾分一立によれば、まず、少年保護事件に関する少年法の条文を実体法に属すると見なされる部分と手続法に属すると見なされる部分とに分けるなら、前者には少年法3条1項、少年法24条などが挙げられる³⁴⁵。次に、刑事実体法である刑法が定めている構成要件としての犯罪行為と法律効果としての刑罰という関係のように、少年保護事件についても、前述した少年実体法の条文は、有責性を排除した上で、非行（少年法3条1項）という構成要件と保護処分（少年法24条）という法律効果を定めているものと解された。このような理解から、少年審判の対象は非行、すなわち、非行行為あるいは非行事実であるという結論になった。

少年法を刑法と類比的に分析することは裾分説の論証展開の起点であるともいえる。従前から、刑事事件の対象は行為事実であり、少年保護事件の対象は行為者であるとき

³⁴⁴ 早川義郎「少年審判における非行事実と要保護性の意義について」家庭裁判月報19巻4号(1967年)2~3頁。

³⁴⁵ 裾分一立「少年保護事件手続に関する一考察」家庭裁判月報4巻10号(1952年)88頁。

れる見解があった。それを批判しながら、少年審判の対象は保護の対象である行為者ではなく、非行そのものであると唱えた。その理由については、次のように述べられている。第一に、「少年審判規則 25 条の 2 の併合審判の規定によって、同一の少年に対する 2 つ以上の事件はなるべく併合して審判しなければならないのであり、少年審判の対象を行為者であるとするなら、併合という概念を生じる余地がない」³⁴⁶。第二に、「少年審判において、非行がないと判明した場合、いかなる保護を要しても、少年を保護処分に付することができない」³⁴⁷。第三に、「少年法 32 条には、重大な事実の誤認が抗告理由の一つとして挙げられている。もし非行事実が少年審判の対象ではなく、たとえば審判開始の条件であるとするなら、事実の誤認は手続上の問題となるので、法令の違反という抗告理由に含まれることとなり、重大な事実の誤認という抗告理由は不要となる」³⁴⁸。そこで、事実という概念をどのように理解するかが問題となった。裾分によると、「それは非行事実と同じ意味で理解してよい、それに、少年法 46 条によって一事不再理の効力を与えられる事実および少年審判規則 32 条によって保護処分の決定書に記載しなければならない事実も非行事実と同じ内容をもつ概念である」と指摘されたのである³⁴⁹。しかし、この見解に対して、次の疑問があるように思われる。少年法 46 条によって、一事不再理の効力を与えられるのは事実ではなく、少年審判を経た事件である。事実、あるいは非行事実を事件と同義に理解するのはふさわしいのか。また、少年審判規則 32 条に、罪を犯した少年の事件について、保護処分を決定するには、罪となるべき事実およびその事実に適用すべき法令を示さなければならないと定められているように、この事実は特定した非行事実である犯罪事実のことを指しているのではないか。

しかしながら、非行事実を構成要件とし、保護処分を法律効果とする考え方によれば、審判不開始や不処分の結果を説明できないという問題が指摘されてきたのである。裾分は、上述した見解を改めて、その後、新たに要保護性を構成要件の一つとして取り上げ、非行と要保護性を構成要件とし、保護処分を法律効果とするように説かれた。

そこでは、「要保護性の概念は、少年法における特殊の目的によって制約されるものであり、過去の諸事象を科学的に整理総合した上での将来に対する予見という法律上の観念であり、その内容には、(再)非行の危険性と矯正可能性とが含まれる」と解されている³⁵⁰。「危険性は、(再)非行をする可能性が客観的、主観的諸条件から予見できる状態を意味している。矯正可能性は、保護処分における矯正教育の実施によって、非行の危険性を除去する可能性をいう」³⁵¹。非行をした、また要保護性があると判断した場合、

³⁴⁶ 裾分・同上 93 頁。

³⁴⁷ 裾分・同上 93 頁。

³⁴⁸ 裾分・同上 94 頁。

³⁴⁹ 裾分・同上 96-97 頁。

³⁵⁰ 裾分一立「要保護性試論」家庭裁判月報 5 卷 4 号 (1953 年) 33-34 頁。

³⁵¹ 裾分・同上。32 頁。

少年に対して保護処分をしなければならないとされる。

②入江説

入江正信によると、裾分が指摘した少年実体法に属する少年法3条1項の規定は、家庭裁判所の審判権の人的対象範囲を明示しているものであるとされ、裾分と異なる見解が示された。それに、少年保護事件における非行事実の位置について、「その存在は家庭裁判所の具体的審判権取得の条件である」³⁵²と述べられる。そこから、少年審判の対象は要保護性であり、非行事実は要保護性判断の一資料であるとされたのである。

「少年審判の対象である要保護性は、衡平法的理念からくる広汎な意味における要保護状態ではなく、非行再演のおそれなければならぬのであり、将来の非行行為の要因としての現在の個性並びに環境的異常状態である」とされる³⁵³。要保護性は一つの状態である以上、固定的なものではない。入江は、少年審判における要保護性の判断を既判力との関係において論じていた。「訴訟手続では、確定した終局判決の内容による判断の基準性を既判力と呼んで、少年審判の場合に、実体判断としての審判不開始決定、不処分決定、または保護処分決定が既判力に似ているものと考えられるとしている。そして、それらの決定をする際の判断内容は要保護性の存否程度である」と解される。なお、「そのような要保護性も相関的異常状態であり、その時間とその環境における判断にすぎない。こうした入江の考えをさらに押し進めるならば、少年保護事件において理論上一事不再理の観念を入れる余地がない」³⁵⁴。少年審判の対象となる要保護性は、常に時間と環境の変化に従って変化しつつあるものと想定されている。

③平井説、早川説

非行事実と要保護性が少年保護事件の実体的要件（少年審判の対象）であり、保護処分はその法律効果であるとする点について、平井哲雄と早川義郎の見解が共通している。

非行事実を少年保護事件の実体的要件とする理由は、次のように論じられた。「まず、少年保護事件の対象についてであるが、少年保護とは非行少年の福祉のみならず、社会を非行から守ることも考慮する意味が含まれ、いわゆる刑事政策的保護である以上、その対象を犯罪的危険性のある少年に限らなければならない。次に、犯罪的危険性について、それをどのように認定するのは難しい。しかも、ある少年に犯罪的危険性があると判断するにあたって、社会の人々に納得させる客観的な徴候あるいは徴表がなければならない。そこで、非行が実際に行われたという犯罪的危険性が現実に露呈した時期からはじめて犯罪的危険性を認定することができるようになったといえる。非行事実は犯罪的危険性を認定するための絶対的な手がかり、あるいは根拠となるものではなく、その推定根拠であるにもかかわらず、一定の非行事実がなければ、少年を保護処分に付す

³⁵² 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（1953年）1~36頁。

³⁵³ 入江・同上1~36頁。

³⁵⁴ 入江・同上1~36頁。

ることができない。最後に、人権保障の観点に立ち、謙抑主義の立場から、非行事実は犯罪的危険性の徴表であること以上に意義を持っているといえる。非行事実が認められないかぎり、ほかにいかなる有力な根拠があっても、それで犯罪的危険性を認定することは許されないのである³⁵⁵。

「非行事実が認められた事件のうち、保護処分につさないもの、または家庭裁判所から事件を積極的に他の機関に送致するものがある。そこから、保護処分につするために、非行事実のほか、保護処分を相当とするだけの理由が認められなければならないのであり、そのような理由は要保護性である」と指摘される³⁵⁶。このように、非行事実と要保護性は少年保護事件の実体的要件となり、保護処分は少年実体法の法律効果となっていると解されるのである。

「要保護性については、累非行性（犯罪的危険性）、矯正可能性および保護相当性が含まれている概念であるとされた³⁵⁷。累非行性と矯正可能性は、従来の見解と同義に解されてよい。「保護相当性とは、保護処分による保護はもっとも有効かつ適切な保護手段であると認められることをいうと解される。要保護性の概念に保護相当性を付け加えた理由は、累非行性と矯正可能性があっても、なおかつ福祉的措置に委ねるのを相当とする場合および刑罰を科すのが社会の法感情にかない、教化改善上もっとも有効な保護手段と認められる場合には、要保護性がないからである」³⁵⁸。

④平場説

平場安治は、当初、裾分説と同じく非行を少年法の構成要件とする一方、「保護処分のみならず、児童福祉機関送致、検察官送致、さらに、審判不開始・不処分のうち、非行は認められるが実体的考慮から不開始・不処分とするものが含まれる形で、いわゆる少年に対する国家的保護一般を法律効果」とした³⁵⁹。この説は、その後、「少年の非行性を少年法の構成要件とし、国家的保護一般を法律効果とする」ように修正された³⁶⁰。非行性と非行事実は、内面的関連性をもつものであるが、同一物ではない。一般に、「前者は後者の発生原因であり、後者は前者の徴表であるが、後者は前者を徴表しない場合もありうる。少年審判において、対象は非行事実から非行性に移行し、それは非行事実と関連しつつ、少年の人格性状であると捉えるべきである」と述べられる³⁶¹。「家庭裁判所は一方において、刑事裁判所のような終局決定をする機関としての性格を有し、他方において、調査・審判の上で、非行のある少年の事件を検察官に送致したり、あるいは児童

³⁵⁵ 早川・前掲注 344 の 13 頁。

³⁵⁶ 平井哲雄「非行と要保護性」家庭裁判月報 6 巻 2 号（1954 年）1~35 頁。

³⁵⁷ 早川・前掲注 344 の 16 頁。

³⁵⁸ 早川・同上 16 頁。

³⁵⁹ 平場・前掲注 31 の 34 頁。

³⁶⁰ 平場・同上 65~66 頁。

³⁶¹ 平場・同上 65 頁。

福祉法上の機関に送致したりするという選別機関としての性格を有している」³⁶²。平場説は、家庭裁判所の選別機関としての性格に着目し、「国による保護は、保護処分その他の処分によって始まるのではなく、家庭裁判所に係属することによってすでに始まっているとし、家庭裁判所の選別の対象となる要件、すなわち受理の対象となる資格」³⁶³である非行のあることを非行性の構成要件とする。

要保護性という概念について、平場は、「それはもともと弱者保護の法と福祉法に共通する基本的概念であるので、そのまま少年法の保護処分の専用物とすることには問題がある」と指摘し、この要保護性と区別するために、非行性と保護欠如性という概念を提示した。「非行性は、少年の犯罪的危険性であるとされる。保護欠如性は、非行を抑止する保護状態に欠けることであるとされ、それを非行性と区別する意味で、狭義の要保護性と呼ぶべきであろうとされる。それに対して、非行性と保護欠如性を総合判断して、少年を国の保護に移す必要のある状態にあることを広義の要保護性と呼ぶ」とされる³⁶⁴。そこで、「広義の要保護性と非行性の関係について、両者は大部分において重なり合うものであり、相排斥するものではなく、要保護性は非行性より広い概念で福祉一般的のものであるから、少年法は、そのうち、非行的要保護性のみを対象としている」と論じられている³⁶⁵。

⑤澤登説

澤登俊雄は、少年審判過程のもつ人権保障上の見地から、非行事実と要保護性はともに実体審理の対象から外すべきではないという見解に賛成している。ただし、通説である要保護性を構成する犯罪的危険性（累非行性）、矯正可能性および保護相当性という内容に対して、以下のような異なる見解を示したのである。

「要保護性について、犯罪的危険性と保護適合性を内容とすべきであるとしている。矯正可能性は少年の性格の矯正に着目する概念であるが、少年法は少年の性格の矯正と環境の調整との両面にわたる保護を予定するものであるから、矯正可能性という概念は狭きに失すると述べられ、また、保護相当性は、社会の法感情についての判断を含め、少年審判において処遇の選択に関して、裁判官の人生観等により個人差を生む原因となり、要保護性の判断には妥当な概念ではない」と述べられている³⁶⁶。犯罪的危険性のある少年に対しては、調査および審判の過程において、その危険性除去のために必要な具体的手当が明らかにされなければならない。少年法上の各関係機関の処遇能力には事実上の限界があるため、少年の犯罪的危険性を除去するために必要な手当と現実の執行機関の処遇能力との適合性を見極めて、処遇の選択が行われることによって、少年法の健

³⁶² 平場・同上 61 頁。

³⁶³ 平場・同上 61~64 頁。

³⁶⁴ 平場・同上 69~70 頁。

³⁶⁵ 平場・同上 70 頁。

³⁶⁶ 澤登俊雄『展望少年法』（敬文堂、1968年）313頁。

全育成の趣旨を生かすことができる³⁶⁷。それが保護適合性を提唱する理由である。

以上、少年審判の対象である非行事実と要保護性に関する諸見解を概観した。そのうち、非行事実と要保護性の両者を少年審判の対象とする③平井説、早川説は現在の通説となっている。平場説の提唱している非行性が少年審判の対象であるとする見解は、実質的には、非行事実と犯罪的危険性（累非行性）が少年審判の対象であるとするものと理解してよいであろう。平場が要保護性の概念を取り入れなかったのは、保護に対する理解が他の説と異なっているからであると思われる。少年審判の対象となる要保護性の「保護」は、法律効果としての保護処分決定と直結し、保護処分による保護であると解されているのが一般的である。一方、前述したように、平場の見解によれば、少年保護事件の法律効果は保護処分に限らず、国家的保護一般に広げられているから、この意味において、すべての非行少年は要保護の少年であり、保護処分による保護を前提とした要保護性の判断はそもそも不要となるのではないであろうか。

要保護性の「保護」について、保護処分による保護であるとする狭義の理解が妥当であると考えられる。澤登によると、「少年法上の保護は、国家による強制の内容を含むものであり、そのような保護強制の正当根拠として、他人の生活利益に対する侵害性が必要である」とされ³⁶⁸、審判不開始や不処分決定が含まれる国家的保護一般の保護よりも狭義に解されている。

要保護性の概念に、犯罪的危険性（累非行性）、矯正可能性と保護相当性という三つの内容が含まれるとする現在の通説には賛成できる。まず、犯罪的危険性あるいは再非行の危険性は要保護性の中核であることについて、学説にはほとんど異議がない。次に、矯正可能性という概念が性格の矯正のみに着目し、環境の調整という面から見ると狭きに失するという指摘はある³⁶⁹が、環境の調整について、少年法 32 条 2 項および少年審判規則 39 条に、家庭裁判所は、保護観察決定および少年院送致決定をした場合に、保護観察所長をして、家庭その他の環境調整に関する措置を行わせることができると定められており、環境調整の措置は上記保護処分に付随して行われることが明らかである。犯罪性の強い者や医学的に治療する可能性のない精神障害者に対しては、刑罰や精神保健福祉法などによる処遇を選択するのがふさわしいという点から、矯正可能性は、保護処分による処遇の有効性を強調するのである。また、保護相当性は、福祉的な措置に委ねるのがふさわしい場合および刑罰を科すのが社会的法感情にかなう場合を考慮した上で、要保護性の内容に付け加えた概念であり、保護処分による処遇の妥当性を強調していると思われる。このような三つの要素からなる要保護性の概念は、少年審判において、検察官送致決定をする際に家庭裁判所の刑事処分相当性の判断にも影響を与えている。

³⁶⁷ 澤登・同上 314 頁。

³⁶⁸ 澤登俊雄『少年法入門（第 5 版）』（成文堂、2011 年）144 頁。

³⁶⁹ 澤登・同上 144 頁。

(三) 少年審判における刑事処分相当性

1 概念要素としての保護不能と保護不適

家庭裁判所は、一定の重大事件について、調査あるいは審判の結果、罪質及び情状に照らして刑事処分相当と判断する場合、事件を検察官に送致しなければならないとされる（少年法 20 条、23 条）。そこから、刑事処分相当性の概念が出てくるが、それは家庭裁判所から事件を検察官送致する実質的要件の一つである。

刑事処分相当性の概念構成について、「①保護優先主義を強調する立場から、保護処分によって矯正改善の見込みがないものに限定するもの（保護不能）と②保護不能ではないものの、事案の性質や社会的影響、社会感情および被害感情から、保護処分によって対処するのが相当でないものも含むもの（保護不能と保護不適）」とに見解が分かれている³⁷⁰。現在、②が通説的な見解となっている。なお、「保護不能と保護不適は、いずれにしても保護処分が不適切あるいは許容されないため、消極的に検察官に送致することが相当とされる」³⁷¹ものである。ただ、個別の事案をとってみれば、たとえば、罰金見込検送の事件の場合、道路交通法違反や業務上過失致死傷などの罪を犯した少年に対して、保護処分の期間が限定されていることなどから、刑事処分の方がむしろ改善の効果がより高いであろうということも考えられる。この点、刑事処分相当性の概念要素には、保護不能と保護不適のほか、少年の改善更生にとっての有効性から刑事処分が相当とされる類型があることも否定できない³⁷²との見解も見られる。

保護不能か保護不適かをめぐる家庭裁判所の判断は、逆送規定を定める少年法 20 条の性質をどのように位置づけるかにも関連している。2000 年に改正される前の少年法 20 条の性質について、次の三つの考え方がありと論じられている³⁷³。第一は、犯罪少年に対して、保護手続と刑事手続とが並列関係にあり、家庭裁判所が保護手続で事件を終結するか刑事手続に付すべきかについて、平等に並列して考察する。そして、どちらかといえば刑事手続が原則的なものであるとし、少年や保護者等が刑事手続による裁判を希望するような場合に、事件を検察官に送致すべきだという考え方である。第二は、少年法は絶対的保護優先主義の立場をとっている以上、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、保護処分による対処が適当でないとき、やむをえず例外的に検察官に送致すべきだという考え方である。第三は、保護手続と刑事手続とは全く並列的におかれているわけではなく、絶対的な保護優先でもなく、検察官送致は少年事件の全くの例外というわけでもないと考える。そして、家庭裁判所が、福祉機能を持つ裁判所でありながら、司法機関として、まず少年の保護を優先に考えながら、少年と社会の保護

³⁷⁰ 田宮=廣瀬・前掲注 33 の 207 頁。

³⁷¹ 田宮=廣瀬・同上 209 頁。

³⁷² 川出敏裕「逆送規定の改正」『現代刑事法』3 卷 4 号（2001 年）54-60 頁。

³⁷³ 団藤=森田・前掲注 247 の 182 頁。

をともに考慮に入れつつ、事件の対処を判断するという考え方である。それらの考え方の違いは、少年法の保護優先主義の理念と一般予防、社会防衛の思想、または少年司法の福祉的機能と司法的機能がどのように調和するかという問題の見方に根差しているであろう。保護不能の判断は保護処分による執行段階における矯正改善の見込みがないという予測的判断であるから、処遇決定にあたって、「不能」という既定的判断はそもそも妥当性が欠けているのではなかろうか。そうだとすると、保護不適という判断しかできないはずである。この場合、少年自身の矯正改善から、保護処分に付するのが不適切か、あるいは、社会的影響、社会感情および被害感情から、少年を保護処分に付するのが不適切か、というように判断の立場に違いがあり得る。通説的見解による保護不適の判断は主に後者の立場に立っているのではないかと考えられる。

2 判断要素としての罪質と情状

少年法 20 条 1 項には、刑事処分相当性を判断するにあたって、「罪質及び情状に照らして」と定めているが、そこから、「事案の重大性と悪質性」とが判断の重要な要素となることは否定できない³⁷⁴。この場合、「罪質とは、犯罪行為自身の当罰的特徴であり、情状とは、少年の内心的および行為環境の当罰的特徴をいう」とされる³⁷⁵。

平場安治によると、「このような刑事処分相当性の判断は、もともと刑事訴訟において検察官が行うものを少年法において家庭裁判所に行わせる特別規定として設定したものであると論じられている。すなわち、家庭裁判所が刑事処分相当性を判断することは、刑事司法システムにおいて、検察官が起訴相当を判断するのに代替するものである。したがって、刑事訴訟法 248 条に挙げられている犯人の性格、年齢および境遇、犯罪の軽重および情状ならびに犯罪後の状況といった事情を考慮する必要がある、このように、従来少年の人格を中心として処分を考えてきた家庭裁判所裁判官は、刑事処分相当性を判断する際に、行為を中心として処遇を考える必要があるのであり、いわゆる行為法的原理に基づき、行為者の人格のいかんにかかわらず、処遇判断にとっては全体的な行為の客観的意味が決定的なものであるのが原則である」³⁷⁶とする。

一方、澤登俊雄は、「少年法 20 条にいうその罪質及び情状に照らして行われる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はなく、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つばら依拠することは可能である」³⁷⁷という反論を示した。具体的にいうと、「まず、罪質について、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く、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強いことが予想されるから、社会感情を

³⁷⁴ 田宮=廣瀬・前掲注 33 の 209 頁。

³⁷⁵ 平場・前掲注 31 の 298 頁。

³⁷⁶ 平場・同上 298 頁。

³⁷⁷ 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 刑事法学の総合的検討(上)』(有斐閣、1993年) 735頁。

考慮する上で刑事処分が付することが適当だと判断される場合がありうる。しかし、このような意味においての社会感情の満足を考慮に入れるのは、決して一般予防的あるいは社会防衛の観点に立つことを意味してはいないのである。次に、情状についてであるが、それに照らして刑事処分を相当とする判断も、少年の人格の特性からみて刑事処分という処遇形式が本人の矯正改善のために有効であるという特別予防的あるいは教育的観点に立つものを意味していると考えerことは十分に可能である³⁷⁸と論じられる。特別予防的あるいは教育的観点から、処分を選択すべきであるという点について、岩井宜子からも同じような見解が示されている。「少年に対する処分において責任は応報的対応であってはならず、実質的にどのような処遇が適当であるのかを決する理由となるのは、あくまでも本人の要保護性、特別予防的考慮であるべきであり、刑罰を科すのが社会の法感情にかなう場合を保護の領域から外すべきである³⁷⁹と論じられる。

加えて、刑事処分相当性の判断は、行為法的原理を基礎として、これに人格主義的判断を加味するものとする見解に対して、「それは刑事事件について検察官が行う起訴相当の判断とはどこが違うのか」という疑問が提出された³⁸⁰。確かに、前述した平場の見解によれば、両者の間に違いが存在しない。そうだとすると、「起訴相当の判断なら検察官の方が優れているから、調査に基づいて少年の要保護性を把握し、的確な人格主義的判断を加えることができ、多様な処遇手段の中からそれに対応するものを選択することができるという少年法の家庭裁判所先議の意義はほとんど失われる³⁸¹との指摘も見られる。また、澤登は、「罪質といい情状といい、いずれも犯罪行為を中心とした概念であり、したがって、少年法は刑事処分相当性判断について、行為法的な判断を要求しているとする。ただ、人格主義的判断に基づく処遇選択が少年保護手続の中心課題であるのに、その手続の中にまったく異質な行為主義的判断が要求されると、保護手続の一貫性が失われる³⁸²との問題を指摘した。

しかし、澤登の以上の見解にも疑問があると思われる。少年審判においては、要保護性のみならず、非行事実も認定しなければならないから、行為主義的判断の必要性は否定し難い。ここで、行為主義的判断、人格主義的判断と少年法の家庭裁判所先議主義、または保護優先主義とはどのような関係にあるかを改めて検討する必要があると思われる。人格主義的判断を重視することは家庭裁判所先議主義の要請であることを否定できないが、それによって、行為主義的判断を重視しえないことを意味してはいない。先議権の問題は、判断の主体に着目するものであり、判断の基準である行為主義と人格主義とは直接に関わっていないものである。また、少年法の保護優先主義の観点から、いか

³⁷⁸ 澤登・同上 738 頁。

³⁷⁹ 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 卷 12 号 (1980 年) 1~32 頁を参照。

³⁸⁰ 澤登・前掲注 303 の 189~190 頁。

³⁸¹ 澤登・同上 190 頁。

³⁸² 澤登俊雄『犯罪者処遇制度論 (下)』(大成出版社、1975 年) 172 頁。

なる場合においても、一方的に人格主義的判断を重視する必然性もない。犯罪少年の重大事件に対する家庭裁判所の処遇決定は、行為法的原理（行為主義）と人格主義的判断（行為者主義）との矛盾緊張関係において、諸種の効果を考量して決定されるものである³⁸³。

3 要保護性と刑事処分相当性の関係

非行事実の認定と要保護性の判定は少年審判の対象である。少年法 20 条に基づく刑事処分相当性の判断にあたって、非行事実の認定は特に重大な意義を持っているといえよう。ところで、審判において、非行事実に対する証明の程度という問題もあるが、刑事処分相当性を判断するため、罰条について、禁錮以上の刑にあたるか、罪質・情状に照らして、刑事処分が相当かどうかといった非行事実に基づく判断を明らかにしなければならない。

なお、要保護性の判定は刑事処分相当性の判断とどのような関係があるのだろうか。通説による要保護性の概念要素には、犯罪的危険性（累非行性）、矯正可能性および保護相当性が含まれている。矯正可能性という概念要素の欠如、言い換えれば、保護処分によって矯正改善の見込みがないことは、刑事処分相当性の概念要素である保護不能にあたりと解することができる。また、保護相当性という概念要素の欠如は、保護不能ではないが、事案の性質や社会的影響、社会感情および被害感情から、保護処分によって対処するのが相当でないという刑事処分相当性の概念要素である保護不適と対応しているようにも考えられる。したがって、要保護性と刑事処分相当性とは密接的に関連している概念であるといえる。ただし、刑事処分相当性があくまでも要保護性の概念を基にして、不能あるいは不適と消極的に判断されることに尽きるのは妥当ではない。罰金見込検送のような検察官送致ないし刑事処分に付することが適切な保護方法である場合も十分考えられる。この場合に、審判実務において、積極的に刑事処分の有効性と妥当性を認めていることが否定できないからである。

刑事処分相当性の判断において、少年法上の保護優先主義と刑事政策上の一般予防主義・社会防衛主義との関係をどのように位置づけるかは重要な問題である。保護優先主義は刑事処分相当性の判断においても考慮されなければならないことは、現行少年法の要請である。犯罪少年の事件は、触法少年と虞犯少年の事件とは性質が異なり、一部の重大事件は逆送の対象事件となって、刑罰を科される可能性がある。「2000 年改正前の少年法 20 条が禁錮以上の事件に限ったのは、社会感情顧慮の限度を画したものであり、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」³⁸⁴とも論じられている。しかしながら、「禁錮以上の事件に限ったのは、社会感情顧慮の限度を画すにとどまらず、一般予防主義・社会防衛主義的考慮も入っているのではないか。また、

³⁸³ 平場・前掲注 31 の 299 頁。

³⁸⁴ 澤登俊雄『犯罪者処遇制度論（上）』（大成出版社、1975 年）106 頁。

罪質・情状という判断要素から、重大、凶悪犯罪にあたって、他人や社会の利益を侵害し、回復し難い重大な実害を与える場合、少年の処遇における保護優先主義の貫徹を許さない趣旨であろう。全件送致主義の下で、家庭裁判所が第一次的かつ終局的な立場で処遇の選別を行う現行少年法においては、少年の処遇に関して、「一般予防ないし正義、応報の側面があることを看過することは許されない」³⁸⁵。要するに、刑事処分相当性の判断において、行為主義、または一般予防主義・社会防衛主義を無視することはできないであろう。

以上、刑罰と保護処分、要保護性と刑事処分相当性について分析した。刑罰と保護処分は、本質、内容および種類・量を定める上での基準がそれぞれ違っているが、少年法において、両者はともに少年の健全育成という目的を目指している。とくに、「保護のために刑罰」と「刑罰における保護」という両者の関係から見て、犯罪少年の事件を検察官に送致して刑事処分を求めることは保護の放棄ではなく、保護処分の背離でもなく、処遇の有効性と妥当性を図るためである。そこで、処遇の有効性と妥当性を判断する基準は、要保護性と刑事処分相当性である。要保護性および刑事処分相当性の判断は、各事件の性質と保護処分、刑罰の特徴とを総合考量した上での評価である。

概念要素と判断要素から、刑事処分相当性は要保護性と質的に異なる概念であるにもかかわらず、密接的な関連を持っていると考えられる。矯正可能性がないと判断される場合は、保護不能で刑事処分相当の場合にあたり、また保護相当性がないと判断される場合は、保護不適で刑事処分相当の場合にあたる。しかし、保護優先主義の要請と保護処分の本質から、要保護性の判断はもっぱら行為者主義に基づいて行われるが、刑事処分相当性の判断は、少年法の保護理念と刑罰の本質をともに反映しており、刑事訴訟における起訴相当の判断と類似している面があるから、行為者主義と行為主義、また保護優先主義と一般予防主義・社会防衛主義、といった要請を権衡する必要がある。

三 検察官送致制度

(一) 検察官送致決定の要件

検察官送致（逆送）には、形式的理由である年齢を超えることによる検察官送致（年超検送）、および実質的理由である刑事処分相当に基づく検察官送致という二つの場合がある。家庭裁判所は、調査の結果、本人が20歳以上であることが判明したとき、決定をもって、事件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（少年法19条2項）。また、審判を開始した後、家庭裁判所の審判の結果として、本人が20歳以上であることが判明した場合に、検察官に事件を送致しなければならない（少年法23条3項）。これらの場合の検察官送致は形式的判断によるものであり、年超検送と呼ば

³⁸⁵ 大森政輔「検察官送致の実質的要件」別冊判例タイムズ6号（1979年）188頁。

れている。

そして、実質的理由である刑事処分相当に基づく検察官送致には、調査の結果によって行われるもの（少年法 20 条）と審判の結果によって行われるもの（少年法 23 条 1 項）に分けられており、後者は少年審判において行われるため、手続上検察官が関与可能であるという点で前者と異にしているが、適用の要件について、両者は同じである。少年法 20 条の規定によって、検察官送致決定をする際に、次の要件がある。

第一に、犯罪少年の事件に限られている。犯罪少年の事件について、2000 年に少年法が改正される前は、検察官送致決定をするとき、16 歳未満の者の事件は対象外であるとされていた。少年の刑事責任に関して、是非弁別能力と行動制御能力という規範的責任の要素を認めても、刑罰の弊害から少年を保護する必要があるという理由で可罰的責任を否定するものであった。つまり、「健全育成を重視する立場から、特別法である少年法の 20 条が一般法である刑法 41 条の刑事責任年齢に関する規定を修正していた」³⁸⁶と解されている。なお、「この年齢の下限が取り払われ、刑事責任年齢である行為時 14 歳以上の犯罪少年の事件についても、検察官に送致することが可能となった」³⁸⁷。このように、2000 年の少年法改正によって、少年法 20 条の規定は刑法 41 条の規定と一致するようになった。

第二に、禁錮以上の刑にあたる罪の事件である。少年法 20 条 1 項の規定によって、逆送事件の範囲は法定刑が死刑、懲役または禁錮にあたる罪の事件に限られている。したがって、法定刑が罰金以下の罪の事件は原則として逆送できない。なお、選択刑または併科刑として罰金以下の刑が定められている事件の場合、逆送することが可能である³⁸⁸と解される。それにもかかわらず、実務では、「交通関係事件について、罰金刑を相当と判断して行われる検察官送致、いわゆる罰金見込検送が活用されており、しかもその実数は検察官送致の大部分を占めている」とされている³⁸⁹。

第三に、非行事実の認定について、蓋然的心証が必要となる。保護処分の決定における非行事実の認定について、蓋然的心証で足りるとする見解が見られたが、現在、合理的な疑いの余地がない程度の高度の心証を必要とする見解が通説となっている³⁹⁰。これに対して、検察官送致決定における非行事実の心証の程度について、①蓋然的心証説、②保護処分決定の際と同様に、合理的疑いを超えた心証を必要とする確信説、③公訴提起と同程度の心証とする説、④（証拠の）優越的心証説、⑤二分説などの学説上の見解が挙げられる³⁹¹。そのうち、①蓋然的心証説と②合理的疑いを超えた心証を必要とする

³⁸⁶ 守屋克彦=斉藤豊治『コンメンタール少年法』（現代人文社、2012 年）241 頁。

³⁸⁷ 守屋=斉藤・同上 241 頁。

³⁸⁸ 守屋=斉藤・同上 243 頁。

³⁸⁹ 田宮=廣瀬・前掲注 33 の 207 頁。

³⁹⁰ 守屋=斉藤・前掲注 386 の 244 頁。

³⁹¹ 守屋=斉藤・同上 244 頁。

確信説は、もっとも多く議論されていたが、①蓋然的心証説が多数説となっている。

憲法 39 条に定められている二重の危険禁止の原則は、①蓋然的心証説の重要な根拠となる。検察官送致した後の刑事裁判では、「犯罪事実の認定について確信の程度が要求されていることは言うまでもなく、少年審判の段階においても確信の程度まで要求されるとするならば、手続上、少年に二重の負担を強いるものであるため、憲法 39 条に実質的に抵触する可能性がある」³⁹²からである。実務の運用では、一般保護事件に対しては、少年審判を開始した上で検察官送致決定がなされているのがほとんどである³⁹³が、調査の結果のみで検察官送致決定をした場合には、少年審判の場で事実の取り調べを行っていないから、確信の程度に到達することは困難であろう。たとえば、交通保護事件の多くは、調査の結果で検察官送致決定が行われており、犯罪事実の存在について確信的心証を得るには難しさがあると予想できるであろう。一方、蓋然的心証説については、疑わしきは被告人の利益にという原則に違反するおそれがあるとの指摘が見られる。「検察官送致決定の不利益性を否定できない以上、調査および審判の段階において、疑わしい場合には少年の利益になるようにするという要請を重視すべき」であり³⁹⁴、ここから、蓋然的心証ではなく、確信的心証が妥当であると論じられている。その理由として、少年法 20 条 2 項のいわゆる原則逆送の場合に、犯罪事実の確信的心証を必要とすることで原則逆送制度の運用を規制する必要があること、また 2000 年少年法改正によって認められた検察官関与制度は、事実認定の適正化を進め、確信の程度に至る証明の可能性を高めていること³⁹⁵が挙げられる。

②合理的疑いを超えた心証を必要とする確信説は、「検察官送致決定の不利益性を強調する上で、確信の程度に至らない場合に、不開始ないし不処分によって事件を終結すべきである」³⁹⁶と主張している。通説の見解によると、保護処分決定にさえ合理的疑いを超えた心証を必要とするのであるから、不利益性のより高い検察官送致決定には同じ程度の心証も必要であることは言うまでもない。なお、前に述べたように検察官送致決定は調査の結果によるものと審判の結果によるものという二つに分けられ、前者の場合に、犯罪事実の証明を確信の程度まで要求するのは難しさがある。そこから、次のような二分説が提出された。それは、「調査の結果によって行われた検察官送致決定について、蓋然的心証で足りるが、審判の結果によって行われた検察官送致決定については、確信的心証が必要である」とする説である³⁹⁷。二分説は、実務の運用にとって、実用的な見解であるといえよう。ただし、蓋然的心証説と「疑わしきは被告人の利益に」の原則との

³⁹² 守屋=斉藤・同上 244~245 頁。

³⁹³ 守屋=斉藤・同上 245 頁。

³⁹⁴ 守屋=斉藤・同上 245 頁。

³⁹⁵ 守屋=斉藤・同上 246 頁。

³⁹⁶ 守屋=斉藤・同上 245 頁。

³⁹⁷ 守屋=斉藤・同上 245 頁。

矛盾は解決されていない。現行少年法において、二重の危険禁止の原則と「疑わしきは被告人の利益に」という原則とをどのように位置づけるべきであるかについて、学説にも一致する見解が見られない。健全育成という少年法の目的を達成するには、適切な処遇を決定することが重要であって、そのために、的確な事実認定が前提となるから、検察官送致決定の場合は保護処分決定の場合と同様に、確信説が適当であろうと思われる。

ところで、蓋然的心証説に基づいて、確信の証明に至らないままに検察官送致決定をするなら、刑事裁判において、犯罪事実がないと判明した場合こそ二重の危険禁止の原則に違反するのではないかという疑問が生じる。少年保護手続は刑事手続とは質的に異なり、少年保護事件の調査および審判の段階では、犯罪少年はあくまで保護される対象とされており、刑事裁判における被告人のような防御を行う一方当事者という地位に当たらないし、職権的審問構造が採られている少年審判においては、非行事実の認定について、確信的心証があることを要求しても少年に手続上の負担を強いることにはならないであろう。

第四に、刑事処分相当という家庭裁判所裁判官の判断が必要である。刑事処分相当性の判断は、少年が犯した罪の「罪質」および「情状」という行為法的要素と要保護性判断における矯正可能性、保護相当性という行為者に着目した要素という二つの面から家庭裁判所裁判官が総合判断した結果である。

(二) 原則逆送について

2000年少年法改正では、少年法20条の内容が改められ、2項にいわゆる原則逆送の規定が導入された。法改正の具体的な内容は以下のとおりとなっている（下線は筆者によるもの）。

（改正前の条文）

少年法20条（検察官への送致）

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。但し、送致のとき十六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。

（2000年改正後の条文）

少年法20条（検察官への送致）

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、決定をもって、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。

2 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って、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、犯行後の状況、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。

改正法は、まず旧法 20 条の但書を削除し、家庭裁判所から検察官に送致することができる犯罪少年の年齢を送致時 16 歳以上から行為時 14 歳以上まで引き下げた。次に、2 項の規定を新設することで、いわゆる原則逆送の規定を導入した。

原則逆送制度に対する理解として、武内謙治のまとめによれば、学説上、「①保護不能推定説、②保護不適推定説、③特段事情説、④家庭裁判所の説明責任説、⑤ガイドライン説、⑥要保護性調査拡張説」などが挙げられる³⁹⁸。①保護不能推定説は、「刑事処分相当性の内実を保護不能に限定すると主張して、少年法 20 条 2 項に掲げられた被害者死亡の事件という原則逆送の対象事件を保護不能であると推定される類型として把握する」³⁹⁹説である。②保護不適推定説は、「刑事処分相当性の概念内容を保護不能の場合に限定せず、保護不適の場合をも含むという理解から、少年法 20 条 2 項の原則逆送の対象事件を保護不適であると推定される類型として捉える」⁴⁰⁰見解である。③特段事情説によると、少年法 20 条 2 項但書に該当するような特段の事情がないかぎり、家庭裁判所は検察官送致決定を行わなければならないと解される。この説は原則逆送の法的拘束性を強く認め、「原則」という理解をもっとも徹底させるものである⁴⁰¹といえよう。④家庭裁判所の説明責任説では、「刑事処分相当性の判断は教育手段としての刑事処分が必要かつ有効かどうかという事項に限定されるべきものであり、本来主体的に非行を克服するために、教育的援助を必要とする重大な非行に及んだ犯罪少年に対しては、社会防衛を優先させることは不当である」⁴⁰²と主張している。⑤ガイドライン説は、家庭裁判所の説明責任説を基盤としながら、「少年法 20 条 2 項は結果が重大な事件について、保護処分と刑事処分との横並びの並列関係を前提とする処分選択のガイドラインであるとし、家庭裁判所裁判官は少年法 20 条 2 項の規定によって保護処分を選択する場合には、説明責任が課されている」⁴⁰³とする説である。⑥要保護性調査拡張説は、調査ということに焦点を当てており、「少年法 20 条 1 項および 2 項の規定について、その実体的な逆送基準は変わ

³⁹⁸ 武内謙治『「原則逆送」再考』法政研究 78 卷 3 号（2011 年）723 頁。

³⁹⁹ 武内・同上 722 頁。澤登俊雄『少年法入門』（有斐閣、2011 年）191~193 頁。

⁴⁰⁰ 武内・同上 721~722 頁。川出敏裕「逆送規定の改正」現代刑事法 3 卷 4 号（2001 年）54~60 頁。

⁴⁰¹ 武内・同上 721 頁。北村和「検察官送致決定を巡る諸問題」家庭裁判月報 56 卷 7 号（2004 年）49~114 頁。

⁴⁰² 武内・同上 719~720 頁。葛野尋之「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——」立命館法学 283 号（2002 年）201~213 頁。

⁴⁰³ 武内・同上 718~723 頁。

らないが、1項の規定と比べると、20条2項但書の規定は、原則逆送の対象少年に対する社会感情の厳しさや類型的な要保護性の大きさに鑑み、より徹底した調査と丁寧な説明を求める」⁴⁰⁴とする説である。

原則逆送制度の趣旨は、少年が重大な犯罪行為をした場合に、一般予防および社会防衛の要請は少年法の保護主義とともに重視されるべきであるということにあると思われる。ただし、「重大な犯罪行為について、類型的に保護処分による矯正可能性がなく、あるいは刑事処分の方が保護処分より改善効果が高いとはいえない」⁴⁰⁵。原則逆送を決定する際に、その実質的な要件は刑事処分相当性であり、これは20条1項の場合と変わらない。20条2項に挙げられている「故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪の事件」という犯罪の類型は刑事処分相当性判断の基準ではないが、こうした犯罪行為について、一般的に言うと、罪質および情状から、刑事処分相当という判断が容易に推定できるのではないかと考えられる。そこで、②保護不適推定説はもっとも妥当な見解であろう。

前に述べたように、刑事処分相当性の判断は要保護性の認定と密接に関連しているから、要保護性を確かめるために、⑥要保護性調査拡張説が主張しているように、少年法20条2項但書に定められている事項については、改めて徹底的な調査を行うことが重要であると考えられる。原則逆送の対象事件について、保護処分決定をする際に、家庭裁判所はその理由を説明しなければならないとする点で③特段事情説と⑤ガイドライン説とは見解の一致が見られる。なお、検察官送致決定をする際に、家庭裁判所は教育手段としての刑事処分の必要性和有効性を説明しなければならないとする④家庭裁判所の説明責任説の見解は前両者の見解と異なっている。具体的に言うと、特段事情説とガイドライン説は原則逆送の拘束力を認めた上で、例外的に保護処分決定をした場合に、家庭裁判所は要保護性について説明しなければならないと主張しているのに対して、家庭裁判所の説明責任説は、まず原則逆送の拘束力を認めず、そして事件を逆送する際に、刑事処分相当性（教育手段としての刑事処分の必要性和有効性は、保護不能と保護不適と同じく刑事処分相当性の内容に含まれるものであると考えられるなら）について説明しなければならないと主張しているわけである。そこで、家庭裁判所の説明責任説は原則逆送制度に対する理解というよりも、むしろ刑事処分相当性に対する理解と解されてもよいであろう。

（三）犯罪少年の責任能力

非行少年の責任については、これまで多く議論されている。この問題を論じる際に、犯罪少年、触法少年、虞犯少年をそれぞれ分けて考察する必要がある。犯罪少年の責任能力について、これまでの学説上の見解には、非行少年の概念構成という側面からの理

⁴⁰⁴ 武内・同上718~723頁。

⁴⁰⁵ 川出敏裕「逆送規定の改正」現代刑事法3巻4号（2001年）56~57頁。

論的な検討が多く見られ、そして保護処分決定をする場合と検察官送致決定をする場合が分けられて展開している議論もある。

犯罪少年という概念の成立については、刑法上の構成要件該当性および違法性を備えていることを要するという点で異論がないであろうが、有責性という要件の要否をめぐって、責任能力必要説と責任能力不要説が対立しているが、学説上、責任能力不要説が有力となっている⁴⁰⁶。責任能力不要の理由について、小西暁和は少年法の立法経緯から、次のように論じている。旧少年法には「犯罪少年」と「触法少年」という概念の区分がされていなかった。したがって、旧少年法上の規定との比較で、現行少年法上、「犯罪少年」と「触法少年」を書き分けているのは、「犯罪少年」には、責任能力を要素として含む責任という「犯罪」成立要件を求めている趣旨であるとも理解できそうであるが、なお、現行少年法の立法経緯を検討してみると、それは少年保護司法システムと児童福祉行政システムとの間の管轄権限配分を目的としていると考えられる。よって、少年法上の「罪を犯した」との文言が責任能力を要素として含む責任まで求めているわけではない⁴⁰⁷。現行少年法は少年の健全育成を目的とする以上、少年審判の対象である「罪を犯した少年」の概念構成には、非難の意味を持っている責任に対する考慮は不要であるとされる。

保護処分決定をする場合に、犯罪少年の責任能力必要説は主に保護処分の不利益性から、その理由を述べている。それに対して、犯罪少年の責任能力不要説は、主に保護処分と刑罰の本質的な相違から、その反論を展開している。ところで、責任能力不要説を主張している研究者のうち、「責任能力」にとって代わる概念として、たとえば、廣瀬健二は「保護処分能力」の概念を、小西は『『健全育成』目的の達成に応答しうる能力』の概念を提唱している⁴⁰⁸。「保護処分能力」は、「保護処分を受け入れるに足りる少年の精神能力あるいは意思疎通能力である」⁴⁰⁹と述べられている。『『健全育成』目的の達成に応答しうる能力』は、「保護処分能力と類似しているところもあるが、能力の射程は保護処分決定に限定せず、要保護性の判断の場面に限ることなく、少年保護司法システム上のプロセス全体において共通して求められる能力である」と解されている⁴¹⁰。保護処分能力については、実質的責任と共通しているところがあり、保護処分を課す上での条件として、少年に対する社会的非難が可能かどうかの考慮が入っているから、責任必要説が論じている「実質的」な責任能力と結果的に同一の内容となるとも指摘されている⁴¹¹。ここで、保護・教育という保護処分の本質から、少年保護司法システムにおいて、保護

⁴⁰⁶ 小西暁和「少年法上の『非行』成立要件に関する一考察——『犯罪』・『触法』概念に焦点を当てて——」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集（下巻）』（成文堂、2014年）909~925頁。

⁴⁰⁷ 小西暁和『『非行少年』と責任能力（2）』早稲田法学 85巻第4号（2010年）9~10頁。

⁴⁰⁸ 小西・前掲注406の920~921頁。

⁴⁰⁹ 小西・同上920~921頁。

⁴¹⁰ 小西・同上921頁。

⁴¹¹ 小西・同上922頁。

処分を課すために、少年に対する社会的非難が可能かどうかという考慮が不要であるとする小西の見解に賛成できると思われる。

そして、検察官送致決定をする場合に、責任能力を含む責任要素は考慮されるべきかどうかについては、責任能力必要説と責任能力不要説に見解の一致が見られる⁴¹²。検察官送致決定によって、犯罪少年の事件は少年保護司法から少年刑事司法へ移される。起訴強制主義に基づいて、検察官送致決定をした事件について、検察官は原則として公訴を提起しなければならないから、犯罪少年は刑事被告人として非難される地位に置かれることになる。もし責任能力のない犯罪少年を検察官送致するなら、刑事裁判において非難することができないし、検察官送致決定自体の意義も失われる。したがって、検察官送致決定をする際に、家庭裁判所裁判官は犯罪少年の責任能力を判断しなければならないことになる。

ところで、犯罪少年の責任能力の判断と刑事処分相当性の判断との関係について、刑事処分相当性を判断する際に、責任能力を考えるべきであると述べられている⁴¹³。この見解によって、犯罪少年の責任能力がないと判断した場合に、さらに刑事処分相当性を判断する必要がなくなるであろう。

四 少年法 55 条による移送

少年法には、検察官送致決定に対する検察官の不服申立てが認められていない。起訴強制主義に基づいて、犯罪少年の事件は、検察官送致決定を受けてから、刑事裁判所に公訴を提起されることになる。そして、これらの犯罪少年の事件を審理する刑事裁判所は、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（少年法 55 条）。このように、犯罪少年の事件を刑事手続から再び少年保護手続へ移させることになるから、「少年法 55 条による移送は、少年法 20 条の検察官送致とは相関的・環状的な関係にある」⁴¹⁴と述べられている。

旧少年法 71 条では、刑事訴追された少年の事件について、刑事裁判では、保護処分を課すことが相当と判断された場合に、決定によって、少年審判所に送致することが認められている。現行少年法 55 条はこの条文を継承したものである⁴¹⁵と解される。ただ、手続上、次のような違いが生じる。旧少年法は検察官先議制を採っており、刑事処分相当の判断はまず検察官によって行われているが、現行少年法は家庭裁判所先議を採用している上、家庭裁判所裁判官が刑事処分相当と認めた場合に、事件を検察官に送致することになり、そして、家庭裁判所の行った判断に対して刑事裁判所は、保護処分相当と認

⁴¹² 小西暁和『『非行少年』と責任能力（3・完）』早稲田法学 86 巻 4 号（2011 年）102 頁。

⁴¹³ 小西・同上 102 頁。

⁴¹⁴ 団藤=森田・前掲注 247 の 416 頁。

⁴¹⁵ 守屋=斉藤・前掲注 386 の 589 頁。

めたとき、再び事件を家庭裁判所に送致することになる。

現行少年法が「保護処分優先主義および刑罰を可及的に抑制しようとする立場」をとっており⁴¹⁶、少年法 55 条による移送は、「刑事手続に付された犯罪少年の事件を再び保護手続に戻して処理することを認めることで、検察官送致決定に対する事後的な修正と変更としての意義をも併せもっている」⁴¹⁷とされる。犯罪少年の要保護性は変化しつつあるものであるし、少年審判の段階では、要保護性の判断に関する事情が見落とされていたり、軽視されていたりすることもあり、刑事裁判の段階でそれらの事情を明らかにした場合に、要保護性の判断を変更するのが適切かつ必要である⁴¹⁸。少年法 20 条および 23 条の規定による検察官送致決定に対しては、検察官側にも少年側にも不服申立権が認められないため、刑事裁判所に家庭裁判所の刑事処分相当性の判断をチェックする権限を与え、保護優先の理念と健全育成の目的に照らして、不当な処分から少年の利益を守ることが少年法 55 条により移送を定める趣旨であろう。

少年法 55 条による移送は保護処分に付するのが相当であること、いわゆる保護処分相当性があることを要件とする。なお、保護処分相当性の内容について、実務では必ずしも明確にされていない。廣瀬健二によると、「保護処分相当性の概念は刑事処分相当性と同様に、少年の非行性、性格などといった複雑な諸要素の総合判断によって認定される要素の総合評価にかかるものである。よって、その判断にあたっては、保護処分と刑罰のいずれかが、少年に対して、性格の矯正などの教育効果をよりあげうるかという処分の有効性の観点とともに、当該少年の犯罪が他人や社会に甚大な被害や脅威・不安などを与えたものか否か、またそのような犯罪の再発防止が強く要請されるか否かといった社会感情、社会防衛の観点からの検討をなされるべきである」⁴¹⁹と論じられている。すなわち、「保護処分が少年に対して、矯正教育上、有効かつ適切な処遇であるといえることのみならず、刑罰ではなく保護処分によって処遇することが社会において、受忍、許容されうるものであることが、保護処分相当と認めるには必要である」⁴²⁰。要するに、保護処分の有効性と許容性という 2 つの要素が保護処分相当性の内容となっているといえよう。そこから、保護処分相当性は要保護性とも関連している概念であるように思われる。

前述したように、通説によれば、要保護性の概念には犯罪的危険性、矯正可能性および保護相当性という 3 つの内容が含まれている。そのうち、矯正可能性とは、保護処分における矯正教育の実施によって、非行の危険性を除去する可能性をいうものである。

⁴¹⁶ 守屋=斉藤・同上 589 頁。

⁴¹⁷ 廣瀬健二「保護処分相当性と刑事処分相当性——移送裁判例（少年法 55 条）の研究——」家庭裁判月報 41 巻第 9 号（1989 年）4 頁。

⁴¹⁸ 守屋=斉藤・前掲注 386 の 591 頁。

⁴¹⁹ 廣瀬・前掲注 417 の 4~6 頁。

⁴²⁰ 廣瀬・同上 6 頁。

そこで、保護処分による処遇の有効性を強調している点について、矯正可能性は保護処分相当性と同じである。また、保護相当性は、福祉的な措置に委ねるのがふさわしい場合および刑罰を科すのが社会的法感情にかなう場合を考慮した上で、要保護性の内容に付け加えた概念であり、保護処分による処遇の妥当性を強調している点について、保護処分相当性とは一致していると考えられる。したがって、保護処分相当性という概念は、要保護性の内容に含まれている矯正可能性（保護処分の有効性）と保護相当性（保護処分の許容性）からなる概念とも解されうるのであろう。

保護処分相当性の判断要素として、「少年の年齢、人格の成熟度、非行・保護処分歴、犯罪の情状の軽重、犯罪後の情況、生育歴の問題点、科刑による弊害・影響、または共犯者との処遇の均衡など」が挙げられる⁴²¹。これらの要素には、捜査のほか、社会調査を通じて明らかにされるものが多く含まれている。少年法は調査前置主義を採っており、少年保護事件においては、家庭裁判所調査官による調査について、なるべく、少年、保護者又は関係人の行状、経歴、素質、環境等について、医学、心理学、教育学、社会学その他の専門的智識特に少年鑑別所の鑑別の結果を活用して、これを行うように努めなければならないと規定している（少年法9条）。このような社会調査記録は、要保護性判断の重要な根拠である。少年の刑事裁判においても、「科学主義の立場から行為者法的判断を重視し、鑑別結果を含め社会調査で得られた知見を活用することを求めている法の趣旨から、少年法55条によって移送の当否を判断する際に、社会調査記録は証拠として取り扱われるべきである」⁴²²とされる。

少年法55条では、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られている。そのため、保護処分相当性を判断する際に、犯罪事実について審理をしなければならないことは明らかである。「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、少年法55条による移送の決定をするため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、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場合には、その段階において、家庭裁判所に移送の決定をすることができる」⁴²³と解される。実務において、「公訴事実を認定した上で、本条の移送するのが通例となっており、とりわけ、否認事件の場合に、犯罪事実の認定を対審手続に委ねる趣旨で家庭裁判所から逆送されてきたこれらの事件を有罪認定した上で移送するようになっている」⁴²⁴。そして、「公訴事実について、有罪の心証を得られず、犯罪の成立が認められない事件を本条に基づいて移送することはできない。それらの事件について、虞犯事由と虞犯性が認められても、

⁴²¹ 田宮=廣瀬・前掲注33の474頁。

⁴²² 守屋=齊藤・前掲注386の598頁。

⁴²³ 団藤=森田・前掲注247の417頁。

⁴²⁴ 田宮=廣瀬・前掲注33の473頁。

無罪として、虞犯事件の通告を行うべきである」⁴²⁵と解される。そこから、保護処分相当性を判断する際に、公訴事実の認定に確信の心証を得ることが必要であると考えられるであろう。対審構造が採用されていない少年審判においては、家庭裁判所裁判官の事実認定能力には限界があるので、刑事裁判で公訴事実を明らかにすることは、家庭裁判所の判断をチェックするためにも必要であるし、再逆送・再移送のようなキャッチボール事件の発生を避けるためにも重要であると考えられる。

五 小括—起訴強制主義による検察官起訴裁量権の制限

訴訟経済主義の要請に基づいて、刑事訴訟法の起訴便宜主義が確立された。起訴便宜主義は検察官に起訴裁量権を与えることを認め、その運用を通じて司法の効率を高めることを目的としている。それだけではなく、検察官の起訴裁量では、犯罪行為および犯罪者の状況や環境的要因など多面的な考慮を加えており、起訴する否かという判断は実質的公正を求めることも意味しているものであろう。1922年に制定された日本の旧少年法は、検察官の起訴裁量権を基に検察官先議主義を採用しており、検察官は起訴段階において、捜査を遂げた犯罪少年の事件について刑事裁判所に公訴を提起するか（刑事処分相当）、少年審判所に送致するか（保護処分相当）という判断をするものと定めている。1948年の現行少年法は、全件送致主義を採用する形で旧少年法の検察官先議主義を廃止し、また家庭裁判所から検察官に送致する犯罪少年の事件について、起訴強制主義を定めることによって、検察官の起訴裁量権を制限する。そして少年審判において、家庭裁判所裁判官の裁量権で犯罪少年の事件に対する要保護性および刑事処分相当性の判断を行うことになる。要保護性の判断は、保護優先主義の要請と保護処分の本質から、もっぱら行為者主義に基づいて行われるものであるといえよう。したがって、検察官というより家庭裁判所裁判官がその判断を行う主体とするのは適切であり、そこからは旧少年法の検察官先議主義の限界が認められる。そして、刑事処分相当性の判断には、少年法の保護理念と刑罰の本質がともに反映されており、刑事訴訟における起訴相当の判断と類似している面があるにもかかわらず、行為者主義と行為主義のほか、とりわけ少年法の保護優先主義と一般予防主義といった要請を権衡する必要がある。現行少年法は起訴法定主義を採用するのは、刑事処分相当性の判断に対する検察官の起訴裁量権を制限することによって、家庭裁判所裁判官の判断を優位にすることを目的とする。それに、少年法55条による移送という制度は、刑事裁判所に保護処分相当性の判断権を与えている。以上から、少年審判における要保護性の判断、刑事処分相当性の判断および刑事裁判における保護処分相当性の判断のいずれにおいても検察官裁量の余地は存在せず、現行少年審判の枠組みでは、検察官はただのトンネル機関であるとの指摘に賛成しなければな

⁴²⁵ 田宮=廣瀬・同上473頁。

らないと思われる。

第五章 中国における少年刑事司法と検察官の役割

1970年代後半から、少年司法の国際基準と同調させるという背景の下に、中国は未成年者保護法及び未成年者犯罪予防法を制定した。この二つの法律は中国における少年保護に関する基本法となっている。

中国には日本の少年法にあたる法律が制定されていないため、犯罪少年の事件について、主に刑法および刑事訴訟法の規定によって取り扱われている。2012年の中国刑事訴訟法の改正では、少年刑事事件に関する特別訴訟手続が設けられた。その中心となるのは犯罪少年を対象とする条件付き不起訴制度である。本章では、中国の少年刑事司法の現状を概観した上で、条件付き不起訴制度およびこの制度における検察官の役割を考察する。

検察官は起訴判断をする際に、主として法律過程から捉えた犯罪行為を重視している。ただ、犯罪少年の事件については、条件付き不起訴を適用するかどうかを判断するにあたって、捜査段階から積極的に調査を行っていることから見ると、臨床過程を重視する傾向があると思われる。しかし、調査機関の専門化と観察制度の充実化が実現していないため、現段階では、臨床過程の実現には困難がある。それに、犯罪少年に対する調査と観察において、検察官の権限が強いという面もその制約の背景因となっている。

一 中国における少年刑事司法

(一) 未成年者保護法と未成年者犯罪予防法

1 未成年者保護法の立法経緯

中国の少年保護に関する立法の歩みが始まったのは1978年の改革開放政策を実施した後のことである。1985年10月、中国共産党中央委員会が『青少年の教育および青少年による違法および犯罪の予防を一層力強く行おう』という指示を公布し、少年保護に関する立法をしっかりと着手するという呼びかけを行った⁴²⁶。この背景の下に、1987年6月に上海市は全国において初めて青少年保護の地方的法規である上海地区未成年者保護条例を公布した⁴²⁷。その後、全国各省・直轄市・自治区がそれぞれ地方の未成年者保護条例を制定した。1988年1月に、『中華人民共和国未成年者保護法（草案）』が起草されて、この法案は1989年3月から、中央政府の各部・委員会および地方政府の関連部門に意見が求められ、検討が加えられた後、1991年9月に第七回全国人民代表大会常務委員会第二十一回会の審議に通され、1992年1月から施行されることになった⁴²⁸。

1992年未成年者保護法については、法律自身にある適用可能性の乏しさがしばしば指

⁴²⁶ 康樹華 『『中華人民共和国未成年者保護法』的制定歷程及其特点』 中外法学 20期（1992年）23頁。

⁴²⁷ 康樹華・同上23頁。

⁴²⁸ 康樹華・同上23~24頁。

摘されており、2006年12月に改正されるに至った。2006年の法改正は1992年の未成年者保護法を施行してからの最初の改正である。改正法は、まず総則においてこれまで明らかにしていなかった未成年者の生存権、発達権、保護を受ける権利、自己決定権等の権利を定めている。未成年者保護の専門立法として、1992年の未成年者保護法には保護対象である未成年者の権利さえ明確化していなかったことは、時代を踏まえた立法の大きな欠陥と言わざるをえないであろう。次に、各章において、保護費用の政府予算やインターネットに溺れる不良行為の予防、親が出稼ぎする場合の後見義務の履行、学校における学生の睡眠時間と娯楽時間の確保、未成年者を物乞いさせる誘拐行為の禁止、または司法的保護の強化などについて改正を行った。

改正された未成年者保護法は7章、合わせて72条からなっている。総則と附則のほか、具体的には家庭的保護、学校的保護、社会的保護、司法的保護また法律上の責任といった五つの部分に分けられている。立法の趣旨として、第1条に「未成年者の心身の健康を守り、未成年者の合法的な権益を保障し、未成年者の品行道徳、知力、体質等全面的発達を促進し、未成年者を理想あり、道徳あり、文化あり、また規律のある社会主義の建設者と後継者に育成するため、憲法に基づき、本法を制定する」と定められている。

未成年者を保護する主体として、具体的には、国家機関、軍隊、政党、社会团体、企業・事業組織、都市と農村の群衆的自治組織、未成年者の後見人およびその他の成年公民およびその他の社会团体が挙げられる。保護の対象である未成年者は、18歳未満の国民であるとされている。未成年者保護法の各章において、それぞれ家庭での18歳未満の子ども、学校・幼稚園・託児所での18歳未満の学生と乳幼児、社会で活動している18歳未満の者、司法活動（刑事事件に限らない）に関わっている18歳未満の者と具体化されている。これらの対象のうち、司法（刑事事件に限らない）の対象になった18歳未満の者という司法保護の対象を除く一般保護の対象については、どのような場合に家庭外の力である政府と社会团体からの保護が必要であるかに関し、すべて行政機関の裁量によって判断を行うことになる。司法保護の対象となる未成年者は刑事訴訟法と民事訴訟法上の保護対象となるため、司法手続上の権利の確保は問題とされないと考えられる。

保護の措置として、政府の全般的な組織の下で各権限機関である教育局、衛生局、民政局、それに学校、社会团体が各自の権限の範囲内において環境の整備や未成年者への教育、未成年者の安全の保護などを行うことが規定されている。法律上の責任には、国家機関、後見人、学校、ネットバーを経営者などの企業、または児童福祉機関等が、犯罪、違法行為、不法行為による刑事責任、行政責任、または民事責任を負うべきことが挙げられている。ここでは行政処分と行政処罰を受ける場合の規定がほとんどであり、行政法の色が強い。

2 未成年者犯罪予防法の立法経緯

未成年者犯罪予防法は1999年6月に制定され、そして1999年11月から施行された。

この法律の施行は、未成年者の心身健康の確保、また未成年者の良好な品行の養成および未成年者による犯罪の減少と予防に重要な役割を果たしていたとも評価されていた⁴²⁹。中国の経済、社会の発展にともない、立法当時に依拠した社会的状況は大きく変化しているため、未成年者犯罪予防法は2010年10月に改正され、改正法は2013年1月から施行された。

改正された未成年者犯罪予防法は総則と附則を含めて、合わせて8章57条からなっている。その内容は、①未成年者犯罪の予防教育、②未成年者の不良行為の予防、③未成年者の重大な不良行為の矯正、④犯罪からの未成年者の自己保護、⑤未成年者による再犯の予防と⑥法律上の責任という六つの部分に分けられている。

未成年者保護法と同じように、未成年者犯罪予防法にも政府をはじめとする司法機関、社会团体、学校、家庭など多くの責任主体が規定されている。具体的には、①未成年者犯罪の予防教育について、主に家庭と学校はその責任主体となっているが、②未成年者の不良行為の予防、③未成年者の重大な不良行為の矯正、④犯罪からの未成年者の自己保護について、工読学校⁴³⁰、警察の他、社会团体などが責任主体となっており、そして⑤未成年者による再犯の予防について、司法機関、地域の社会团体などが主体となっている。

本法の中心となっているのは、②未成年者の不良行為の予防、③未成年者の重大な不良行為の矯正および⑥法律上の責任の部分である。②未成年者の不良行為の予防という部分には、(a.) 怠学、深夜徘徊、(b.) 規制されている刃物を携帯する行為、(c.) 殴り合い、他人を罵る行為、(d.) 強盗、恐喝行為、(e.) 窃盗、器物損壊行為、(f.) 賭博もしくは偽装している賭博に参加する行為、(g.) わいせつな文書または映像の閲覧ならびに視聴、(h.) 法律および法規に未成年者の入場が不適切と規定されている音楽・演劇等を営業する施設に入場する行為、(i.) その他の重大な社会の公德に違反する行為などが挙げられており、親その他の後見人また学校は、不良行為をした未成年者に対して、教育的な措置を講じるべきであり、不良行為をしている未成年者に対しては制止すべきであると規定されている。そして、③未成年者の重大な不良行為の矯正には、(a.) 人を集めて争いを起こし、治安を乱す行為、(b.) 規制される刃物を携帯する行為（数回の教育を経ても改めない場合に限る。）(c.) 常習暴力行為、強盗・恐喝行為、(d.) わいせつな文書または映像を頒布する行為、(e.) わいせつまたは売春行為、(f.) 常習窃盗行為、(g.) 賭博に参加する行為（数回の教育を経ても改めない場合に限る。）(h.) 薬物を吸引、注射する行為、(i.) その他の厳格な社会に危害を与える行為といった重大な不良行為が挙げら

⁴²⁹ 劉海濤 「『預防未成年人犯罪法』立法概況及主要内容」 中国人大2期（1999年）13頁。

⁴³⁰ 工読学校とは、おおむね満13歳以上17歳未満の重大な不良行為をした少年を收容し、義務教育、職業教育および再犯防止に関する教育を行う施設である。工読学校收容は、刑罰にはもちろん、行政罰にもあたらない処分であると位置づけられる。

れており、これらの行為をした未成年者に対して、工読学校または政府の収容型教養機関に送致する措置が規定されている。⑥法律上の責任の部分には、後見人や企業、国家机关に対して訓戒などの行政罰が規定されているほか、犯罪になる場合には刑罰を科すことになる規定されている。

3 未成年者保護法と未成年者犯罪予防法の意義

中国の未成年者保護法および未成年者犯罪予防法の制定は、少年司法に関する国際規則からの影響を受けていたことは無視できない。「少年司法運営に関する国連最低基準規則」（北京ルールズ）（1985年）、「少年非行の防止に関する国連ガイドライン」（リヤド・ガイドライン）および「自由を奪われた少年の保護に関する国連規則」（1990年）といった国際規則に反映されている少年保護の精神が、当時改革開放の政策を実施していた中国政府に大きな示唆を与えたわけである。その後、1992年に中国政府は「子どもの権利条約」（1989年）にも加入することになった。

実は、未成年者保護法と未成年者犯罪予防法は、中国の法制度がまだ完備していなかった背景の下に制定されたものである。1978年に改革開放という国の基本政策が提出されてから、中国経済は計画経済から市場経済へと転換してゆき、経済の発展および経済体制の改革とともに法律整備の歩みも進んでいた。そこでは、社会、経済、文化上でさまざまな制約が客観的に存在していたため、単に国際規則と一致させようとしても立法の効果に限界があることは予想できるであろう。未成年者保護法と未成年者犯罪予防法という二つの法律は中国における少年保護に関する基本法と位置づけることができる。中国には日本の少年法にあたる法律が制定されていないため、犯罪少年の事件について、主に刑法および刑事訴訟法の規定によって取り扱われている。

（二）少年刑事事件に関する刑法の規定

中国刑法には、犯罪少年の特別な取り扱いに関して、主に以下の規定が定められている。

第一に、刑事責任年齢の規定である。少年の刑事責任能力について、①満16歳以上の者は罪を犯した場合、刑事責任を負うべきであり（中国刑法17条1項）、②満14歳以上16歳未満の者は、故意殺人、故意致傷の結果として人を重傷または死亡させた場合、また強姦、強盗、薬物販売、放火、爆発、毒品投入といった犯罪行為を行った場合に、刑事責任を負うべきである（中国刑法17条2項）と定められている。すなわち、14歳未満の者は、いかなる犯罪行為を行っても一切刑事責任を負わないということである。

ちなみに、刑事訴訟実務においては、14歳以上18歳未満（犯行時）の者の刑事事件を少年刑事事件としている⁴³¹。それは刑法上の刑事責任年齢の規定を基にしながら、18歳

⁴³¹ 2007年1月9日中国最高検察院『人民検察院の少年刑事事件処理に関する規定』46条の規定によって、少年刑事事件とは、被疑者・被告人は満14歳以上18歳未満の間に行った犯罪事件をいう。ただし、刑事訴訟手続、とりわけ少年の訴訟権利および手続上に少年の特別保護に関する条文で言われる少年と

未満の被疑者・被告人に対して、訴訟手続上特別な保護を行うためである。

第二に、再犯の要件認定に関する規定である。中国刑法 65 条 1 項によって、有期懲役以上の刑を処せられた者は、刑の執行が完了し、もしくは、その執行の免除を得た日から 5 年以内に再び有期懲役以上の刑を科されるべき罪を犯したときは、再犯としている。ただし、過失犯罪および犯行時 18 歳未満の者による犯罪の場合は、この限りではない。同項によって、再犯と認定された場合、科刑上その刑を重くすると定められている。したがって、罪を犯したとき、18 歳未満であるなら再犯と認定されないのは、犯罪少年に対する科刑の緩和を求める趣旨であると考えられる。

第三に、犯罪少年の科刑の緩和に関する規定である。①14 歳以上 18 歳未満の者による犯罪について、軽く処罰し、もしくは、刑を減輕すべきであるとされる（中国刑法 17 条 3 項）。②罪を犯した時、18 歳未満の者に対して、死刑を適用しない（中国刑法 49 条 1 項）。③執行猶予適用の緩和として、18 歳未満の犯罪少年は、拘役⁴³²または 3 年以下の有期懲役を言い渡される場合に、刑の執行猶予を言い渡されるべきであるとされる（中国刑法 72 条 1 項）。

以上のように、中国現行刑法は刑事責任の判断および再犯の認定、また科刑上の緩和という 3 つの面から、犯罪少年の特別な取り扱いを規定している。日本の少年法にあたる法律は制定されていないため、犯罪少年の処遇が成人犯罪の場合と同じように刑罰一元主義で対応していることは明らかである。

（三）少年刑事事件に対する特別訴訟手続

2012 年の刑事訴訟法の改正によって、少年刑事事件に関する特別訴訟手続が定められたが、実務において、刑事訴訟手続における犯罪少年に対する特別な取り扱いを行いはじめたのは、少年法廷の設置以降のことである。以下では、2012 年の刑事訴訟法改正までの段階とその後の段階という二つに分けて、少年刑事事件に関する特別訴訟手続について、実務の動きと制度の改革を考察する。

1 少年司法機関設置の試みから刑事訴訟法の改正まで

1984 年に上海市長寧区裁判所が中国初の少年法廷を設置したことは、中国において少年司法の誕生を告げた出来事であるとされている。この時期の少年法廷は、いわゆる刑事審判廷に所属し、もっぱら少年の刑事事件を審理する合議廷という組織体であるが、1988 年から、長寧区少年法廷は刑事審判廷から分離されて、組織上それと並列関係になった。そして 2006 年から、少年の刑事事件に限らず、少年の利益にかかわる民事事件と

は、訴訟進行中に満 14 歳以上 18 歳未満の者をいう。また、2001 年 4 月 12 日最高人民法院『少年刑事事件の審理に関する規定』10 条は、少年法廷の事件管轄について、被告人は 18 歳未満のとき、行った犯罪事件と定めている。

⁴³² 拘役とは、受刑者を住居地または裁判地に近接する場所に拘禁し、場合により、労働に参加させる刑である。最寄りの警察機関はその執行を行い、執行期間は 1 ヶ月以上 6 ヶ月以下とする。甲斐克則=劉建利『中華人民共和国刑法』（成文堂、2011 年）82 頁。

行政事件も少年法廷で受理されるようになってきている。上海市のこうした影響を受けながら、中国各地において、少年法廷の設置の試みが始まった。2010年までに、中国最高人民法院の統計によると、全国各省の裁判所に少年法廷は合わせて約2,200か所が設置されたといわれている⁴³³。そのうち、刑事審判廷に所属する形で設置されたものは約1,800か所であり、他の刑事・民事・行政審判廷と並列関係に設置されたものは約400か所であった⁴³⁴。

少年法廷の実務について、上海市長寧区裁判所を例に考察してみたい。1980年代からは、改革開放の政策に伴い中国経済が急速な発展を遂げていた一方、犯罪率も高くなりつつある時期となった。その中でも、とりわけ経済の発展が進んでいる大都市では、少年犯罪事件が全ての犯罪事件に占める割合はこれまでの約1~2%から6~7%までに急激に増加し、上海市長寧区では一時期10%の割合にもなっていることがあった⁴³⁵。刑事事件の審判が量的に増大したのみならず、被告人である少年は未熟性と可塑性に富むが故に、少年刑事事件を審理する際に、成人の場合と異なる方針と方式を定めて審理することが必要となった。これが少年法廷を設置した背景である。1984年に少年法廷を設置した当初は、教育と感化を基本方針としている。これまで具体的な審判方式について、次のようにさまざまな試みを行っていた。

第一に、円卓審判の方式を試みている。すなわち、審判に参加する裁判官、少年被告人、検察官、弁護人など全員が丸いテーブルを囲んで座り、和やかな雰囲気の中で審判を進行する。少年の円卓審判は刑事訴訟の職権主義審判構造を採りながら、国家刑罰権の正しい行使を唯一の目的とするのではなく、少年に対する教育・感化をも求めている⁴³⁶。

第二に、社会調査制度を導入している。調査前置主義を採っており、審判を開始する前に、犯罪少年の生育歴や犯罪原因などについて調査を行う。なお、少年法廷には専門的な調査官を設けていないため、たとえば、心理学や教育学を専門とするソーシャルワーカー、青少年保護組織、または犯罪少年の地域矯正を担当する機関などに調査を委託するのが一般的となったようである⁴³⁷。一方、捜査機関による調査もあり、検察段階から行ったこともあったが、最近に至っては、ほぼ警察段階からすでに調査が始まるようになってきている⁴³⁸のであり、審判段階に入ってそれらの調査結果を直ちに使用することも認められているようである。

第三に、審判後に法廷教育を行っている。教育的措置を行う対象者は、犯罪事実に対する異議のない少年被告人に限られているので、有罪判決が確定した後に、それを行う

⁴³³ 李兵「少年法廷工作的現状、改革と発展」人民司法（2010年1期）15頁。

⁴³⁴ 李兵・同上15頁。

⁴³⁵ 王建平「少年審判三十年的実践と思考」青少年犯罪問題（2014年6期）91頁。

⁴³⁶ 趙国玲『未成年人司法制度改革研究』（北京大学出版社、2011年）251頁。

⁴³⁷ 王建平・前掲注435の92頁。

⁴³⁸ 王建平・同上92頁。

のが一般的となっている。法廷教育の具体的な内容として、①過去に犯した罪に対する反省、②遵法意識に関する教育、③刑罰を受けるにあたっての心構え、④正しい人生観の形成に関する教育などが挙げられる⁴³⁹。法廷教育を行う際に、少年被告人の保護者その他の成年親族、所属する学校の先生、少年被告人に対する社会調査を行ったソーシャルワーカー、または心理カウンセラーなどを審判廷に招くことも認められる。

第四に、保護者を審判に同席させている。上海市長寧区裁判所少年法廷は 1988 年 10 月から審判廷に法定代理人席を設けている。少年被告人の保護者を審判に出席させることによって、少年被告人に訴訟上の権利を十分に行使できることを保障しながら、審判廷で萎縮しないように彼らに心理的なケアを行いつつ、法廷教育に協力させるようになっていく。なお、保護者が審判に参加できないあるいは参加を拒絶するといったことも実際にありうるので、2006 年 10 月に、適切な大人（たとえば、学校の生徒指導を担当している教員、法律援助センター⁴⁴⁰のスタッフ、またはソーシャルワーカーなど）を同席させるという新しい制度が導入されることになった⁴⁴¹。

第五に、修復的司法の試みを行っている。2008 年 7 月に、少年法廷は審判段階において、刑事和解ミーティングを開く形で、少年被告人と被害者とが直接面会する機会を設けることによって、被害賠償などに基づく刑事和解を積極的に促すという試みを始めた⁴⁴²。少年被告人と被害者との刑事和解は量刑の判断要素となるから、それによって、犯罪少年に対する非拘禁刑の適用率を上げることが期待できるであろう。

一方、少年法廷設置の影響を受けて、1980 年代に少年検察機関の設置も始まった。上海市長寧区検察院は 1986 年に起訴審査科の中に少年刑事事件起訴組を設置した。そこでは、もっぱら少年の刑事事件に関する起訴の審査と公訴の提起が行われている。こうした影響を受けて、1990 年までに、上海市にある 20 か所の区検察院に少年刑事事件起訴組が設置された。2009 年、上海市検察院に少年刑事検察処が設置され、それは全国初の省レベルの少年検察機関となっている。北京の少年検察機関の設置については、2010 年の北京市海淀区検察院における少年検察処の設立が最初であった⁴⁴³。海淀区少年検察処は設置されてから、少年刑事事件の処理に関して、さまざまな新しい制度を開拓しており、全国的にも非常に特色のある少年検察機関であるといわれている。検察段階における少年刑事事件の特別な取り扱いについては、海淀区検察院の「4+1+N」といわれる少年検察実務を具体例として考察してみたい。

「4」は、少年の刑事事件について、検察段階の①勾留の許可、②起訴の判断、③拘留所業務の監督、④犯罪の予防といった 4 つの職責をすべて少年検察処に集中させるとい

⁴³⁹ 王建平・同上 92~93 頁。

⁴⁴⁰ 日本の法テラスのような社会組織である。

⁴⁴¹ 王建平・前掲注 435 の 93 頁。

⁴⁴² 王建平・同上 93 頁。

⁴⁴³ 張寒玉=陸海萍=楊新娥「未成年人検察工作的回顧与展望」預防青少年犯罪（2014 年 5 期）40 頁。

うことである⁴⁴⁴。中国の刑事訴訟法は令状主義を採っておらず、勾留を許可する権限は裁判所ではなく検察院にある。実務では、勾留の許可と起訴の審査は検察院における主要な仕事となっている。1999年、最高検察院は刑事検察庁を勾留審査庁と起訴審査庁（2000年に、それぞれ捜査監督庁と公訴庁に名称を変更した。）という2つの機関に分けることによって、勾留の許可と起訴の審査という2つの職責を異なる機関に分担させることを明らかにした。ここで、海淀区少年検察処が上述した4つの職責を合わせて果たすこと、とりわけ「勾・訴合一」は最高検察院の提示した職責分担、いわゆる「勾・訴分離」の意見と抵触しているのかとの指摘があった。これまで、そもそも「勾・訴合一」自体の合理性と弊害について、理論上見解の対立が存在していた。「勾・訴合一」に反対する見解には、主に次の理由が挙げられる。まず、検察権の内部における制約を弱めるという弊害をもたらす可能性がある。勾留を許可する権限、ないし捜査活動を監督する権限と起訴を審査する公訴権とは質的に異なっているものであるとされ、前者は警察の立件と捜査活動に対する監督権であり、後者は国家の刑事審判権の行使を促す権限である。もしそれらの権限を一つの部門に集中させるなら、たとえば、捜査段階における勾留許可の決定などが適法かどうかを起訴審査の段階でチェックすることは困難となり、勾留を許可する権限の濫用をもたらす恐れがありうるので、検察権内部の制約は期待しがたいものとなるであろう⁴⁴⁵。次に、上述したように勾留の許可を含む捜査監督権と公訴権とは質的に異なる権限であるから、「勾・訴合一」の枠組みは検察事務の専門化に適応できないし、適切に事件を処理することが困難である⁴⁴⁶。これに対して、「勾・訴合一」に賛成している見解には、その合理性として次の点が述べられている。まず、検察段階において、「勾・訴合一」は事件処理の効率を高めるということである。検察段階に入ってから、捜査記録の閲覧・審査や被疑者の取調べなどが繰り返し行われないうことで、事件処理の効率を高めるとともに、被疑者の身柄拘束の期間を短縮することも期待できる⁴⁴⁷。次に、警察段階の捜査活動を指導することができるという点である。具体的に言うと、「勾・訴合一」の場合、勾留の審査をはじめとする捜査監督と起訴審査を同一検察部門あるいは検察官に担当させることで、起訴判断の基準をもって、必要である捜査と必要でない捜査を区分することができる。さらに、必要である捜査について、証拠能力を具備するために、捜査活動をどこまで進めるかなども指導できるということである⁴⁴⁸。海淀区少年検察処が実務において「勾・訴合一」の方式を採用したのは、上述した点のほか、少年刑事事件の特性に基づく特別な配慮を主な要因としている。犯罪少年に対する教育・感化・救助という方針および教育を主とし懲罰を補とする原則が定められてい

⁴⁴⁴ 王振峰=席小華『4+1+N：社会管理創新語境下的少年検察工作』（中国検察出版社、2011年）161頁。

⁴⁴⁵ 夏繼金「質疑捕訴合一」人民検察（2003年9期）50頁。

⁴⁴⁶ 元明「捕訴合一解決不了案多人少矛盾」検察日報2005年4月13日。

⁴⁴⁷ 尹東華=劉曉山「未成年人刑事検察應独立建制」検察日報2008年10月26日。

⁴⁴⁸ 王振峰=席小華・前掲注444の158頁。

るから、捜査の段階では、犯罪事実の究明とともに、犯罪少年に対する教育も考えるべきであるとされる。勾留許否の審査と起訴の判断のみならず、海淀区少年検察処には未決拘禁をする場所である拘置所の拘禁業務に対する監督と少年犯罪の予防という権限も集められることによって、捜査活動の初めから、少年被疑者に対する継続的な教育活動の実施を保障することができる。

「1」は、一つのソーシャルワーカーのチームに委託するということである。少年刑事事件について、起訴判断をする際に、犯罪事実や犯罪の性質、被害の状況などを判断要素とするだけではなく、犯罪の原因と動機、犯罪少年の年齢、家庭環境、生育歴、悔悛の状といったものも十分に考慮することが実務において要請されている。すなわち、行為に関する要素とともに、行為者に関する要素も重要視すべきとされているのである。前者は捜査活動のみによって明らかにすることが期待できるが、後者については、捜査のほか、社会調査という措置も必要不可欠である。このような考慮に基づいて、海淀区少年検察処は設立されるとすぐに、社会調査を担当するソーシャルワーカーとの連携を求め始めた。2010年に首都師範大学少年司法ソーシャルワーク研究センターと契約を結ぶ形で、長期的・持続的な社会調査のサービスの提供を受けることに合意した。ソーシャルワーカーの構成員として、主に、専任の研究者、大学院生および大学生からなるボランティアチームのスタッフといったメンバーが含まれる。社会調査活動を規制するために、海淀区検察院は『少年検察にソーシャルワーカーを導入する上での規則』(2010年)を制定した。規則はソーシャルワーカーの職責について、次のように定めている。第一に、少年被疑者の性格・素行にかかわる社会調査を行う。第二に、リスクアセスメントをする。前項の調査結果に基づいて、少年被疑者の社会的危険性、人身的危険性および再犯可能性等についてアセスメントを行い、その結果は勾留許否と起訴を判断する際に参考とする。第三に、少年被疑者に補導援助を行う。第四に、必要に応じて、他の機関との連携を求める。たとえば、特別なニーズがあると判断される場合に、少年被疑者に臨床心理士などを紹介する。第五に、不起訴処分の場合に、定期的に少年の行動を観察することによって、社会復帰のための助言などに関し協力を行う。

「N」は、他機関との連携を通じて、さまざまな社会的資源を調整し活用することを指す。たとえば、全国少年科学教育センターという組織の協力を得て、主に少年被疑者および少年被害者の保護者を対象に、家族関係の修復や思春期教育などを内容とする講座を設けている。また、北京市少年心理相談・研究センターや北京市海淀区少年心理健康教育センターなどの機関と連携して、必要に応じて少年被疑者または少年被害者に心理的なケアを行っている。

2 刑事訴訟法の改正と少年刑事事件に関する特別訴訟手続

2012年3月に中国刑事訴訟法が改正され、少年刑事事件に関する特別訴訟手続が新設された。その具体的な内容は次のようになっている。

第一に、少年刑事事件を処理するにあたって、教育、感化および救助を方針として立て、教育を主とし懲罰を補とすることを原則とする（刑事訴訟法 266 条）。この方針と原則は、すでに未成年者保護法 54 条に定められている条文をそのまま刑事訴訟法に新たに加えたものである。2012 年の刑事訴訟法の改正は人権保障の強化を目指し、被疑者と被告人の訴訟法上の権利強化に焦点を当てている。その一方で、刑法を正しく適用することを通じて、罪を犯した人を処罰すること、すなわち、国家刑罰権行使の確保という従来から定められてきた刑事訴訟法の任務（刑事訴訟法 2 条）もなお改めて強調している。起訴法定主義を基本とする中国刑事訴訟法では、検察官の起訴裁量権は厳格に制限されている。司法効率の上昇を目指すものとして、相対的不起訴制度は認めているが、これまで少年刑事事件について、その適用率は低かった。新設した少年刑事事件に関する条件付き不起訴制度について、その適用条件から見ると、相対的不起訴制度の条件より一層厳しく定められていることが分かる。そこから、教育、感化および救助の方針と、教育を主とし懲罰を補とする原則が、刑事訴訟の枠組みの下で、国家刑罰権行使の確保という刑事訴訟法の任務より優位に置かれているとは言い難い。

第二に、弁護人を依頼していない少年の被疑者および被告人に対して、指定弁護を行うものとしている（267 条）。指定弁護制度について、最高検察院と最高人民法院において、それぞれ関係する規則を定めている。検察院は事件を受審してから、少年被疑者およびその法定代理人に弁護人依頼の有無について確認し、弁護人依頼の権利を告知すべきものとされ、少年被疑者が弁護人を依頼していない場合、書面をもって法律援助機関に通知し、そこから法律援助業務を担当している弁護士を派遣させ、少年被疑者の弁護人を担当させるとしている（2013 年 1 月 1 日最高検察院『人民検察院刑事訴訟規則（試行）』485 条）。また、裁判所は少年被告人に対し弁護を受ける権利を保証すべきものとされ、審判時 18 歳未満の者に弁護人が付いていない場合、法律援助業務を担当している弁護士を指定し、少年被疑者の弁護人を担当させるとしている（2001 年 4 月 12 日最高人民法院『未成年者刑事案件の審理に関する若干の規定』15 条）。

第三に、必要に応じて、少年の被疑者および被告人に対する調査を行う（268 条）。警察、検察、裁判所は少年刑事事件を処理するにあたって、必要に応じて、少年の被疑者および被告人の生育歴、犯罪に至った原因、後見または教育を受けている状況等について調査を行うことができるとされる。少年刑事事件の調査について、刑事訴訟法を改正した後、公安部および最高検察院は警察段階と検察段階における調査に関してそれぞれ規則を定めた。警察段階では、警察は少年刑事事件を処理するにあたって、場合により、少年被疑者の生育歴、犯罪に至った原因、後見または教育を受けている状況等について調査を行い、また調査報告を作成することができるとされる（2013 年 1 月 1 日公安部『公安機関処理刑事案件程序規定』311 条）。検察段階でも、検察は少年刑事事件を処理するにあたって、場合により、少年被疑者の生育歴、犯罪に至った原因、後見または教育を

受けている状況等について調査を行い、また調査報告を作成することができ、それを事件処理および少年に対する教育の参考資料とするものとされている（2013年1月1日最高検察院『人民検察院刑事訴訟規則（試行）』486条）。

第四に、少年被疑者に対する勾留措置の適用を制限している（269条）。中国刑事訴訟法には、「連行、立保証、居住監視、逮捕、勾留」⁴⁴⁹という5つの身柄拘束措置を定めている。そのうち、身柄拘束の度合いが最も強い勾留措置については、検察院の許可もしくは裁判所の決定がなければ、警察はそれを執行できない（刑事訴訟法78条）。中国刑事訴訟法は令状主義を採らず、捜査段階では、被疑者を勾留する決定権限は検察院にあるとされている。検察官は勾留するかどうかを判断する際に、次の要件に照らして考量することになる。罪を犯した事実を証明できる証拠があり、また懲役以上の刑に処する可能性がある被疑者・被告人に対して、①新たな罪を犯すおそれがある場合、②国家安全、公共安全または社会秩序に危害を及ぼすおそれがある場合、③証拠を隠滅し、または偽造し、証人の立証を妨げ、もしくは供述の口裏合わせをするおそれがある場合、④被害者や告発人、告訴人に報復を加えるおそれがある場合、⑤自殺もしくは逃亡をしようとする場合といった社会的危険性をもたらすことを防ぐために、立保証の措置だと十分でない場合には、勾留をすべきであるとされている（刑事訴訟法79条1項）。特別訴訟手続では、少年の被疑者および被告人に対する勾留は、厳格に適用すべきであると定められており、加えて、検察院が勾留の許可を審査する際または裁判所が勾留の決定をする際には、少年の被疑者または被告人に訊問すべきものとされ、また弁護士である弁護人の意見を聴取すべきものともされている（刑事訴訟法269条）。なお、実務において、とりわけ捜査段階で、少年被疑者に対する勾留措置適用の制限はなかなか実現しにくい面もある。なぜなら、刑事訴訟法の上述した規定に関して、最高検察院は少年被疑者が犯した罪の軽重や社会的危険性、後見人の監督状況といった要素から、勾留措置を適用しない場合を厳格に限定しているからである。たとえば、最高検察院『人民検察院刑事訴訟規則（試行）』487条および488条の規定には、少年被疑者の犯した罪が軽く、社会的危険性も小さければ、後見人の監督によって訴訟の進行を妨げる可能性がないと判断される場合に限って、検察院は勾留不許可の決定をすべきであるとされている。結局、少年被疑者に対する勾留措置を適用しない場合はかなり限られることになっており、法改正によっては少年被疑者に対する勾留の適用率を引き下げることが期待しがたいものと考えられる。

第五に、捜査段階から適切な大人を同席させることを制度化している（刑事訴訟法270条）。少年被疑者に対する訊問または少年刑事事件の審判にあたって、少年の法定代理人に通知して少年と同席させるべきであり、通知できない場合、または法定代理人が同席

⁴⁴⁹ 法務省法務資料第463号『中華人民共和国刑事訴訟法（2013年1月1日施行）』24頁を参照。

できない場合、もしくは法定代理人が共犯者であると判明した場合には、少年のその他の成年親族、所属学校、勤務先、居住地の基礎行政組織（役所）または地域の未成年者保護組織の代表者に通知して同席させることができるとされる。同席する法定代理人は少年被疑者または少年被告人の代わりに、彼らの訴訟上の権利を行使することができる。適切な大人を同席させる制度の目的として、まず、少年の被疑者および被告人は訴訟能力の欠如が考慮されることから、彼らの訴訟法上の権利を十分に行使させた上で、司法機関の違法行為によって、彼らの訴訟法上の権益が侵害されるのを防ぐといったことが挙げられる。それと同時に、取調べと審判の段階において、少年被疑者・被告人に恐怖感や抵抗感などを引き起こさせないようにし、訴訟の適切な進行を保障することも目指している⁴⁵⁰と解される。そのために、同席する大人は少なくとも事件と少年被疑者の基本的な情報に詳しいこと、それに少年被疑者とうまく交流できることが必要である。実務において、少年の法定代理人が最も適切な大人であると考えられるのが一般的であり、それ以外の場合、適切であるかどうかに対する判断は検察院あるいは裁判所の裁量によることになる。

第六に、条件付き不起訴制度の導入である（刑事訴訟法 271 条～273 条）。条件付き不起訴制度は少年刑事事件を対象とする不起訴制度であり、少年刑事事件に関する特別訴訟手続の中核となる制度であると言える。この制度は、刑法上に定められる特定の罪を犯した疑いがあることで、1 年以下の懲役の刑を科される可能性があり、かつ、起訴の要件を満たす少年刑事事件について、少年被疑者に悔悛の状があることから、検察官が一定の条件を付して訴追を猶予することが適切であると判断した場合に、訴追を猶予すると同時に、一定の観察期間を設けて、その期間内に、少年被疑者が遵守事項の違反や新しく罪を犯すことなどがなければ、訴追をしないとす不起訴制度である。

第七に、非公開審理の原則（刑事訴訟法 274 条）と少年の犯罪記録を封印する制度である（刑事訴訟法 275 条）。審判時、被告人が 18 歳未満である刑事事件について、審判を公開しないとされる。そして、犯行時 18 歳未満の者が 5 年以下の懲役の刑に処せられた場合に、関係する犯罪記録を封印した上で保存すべきであるとされる。

この中でも、条件付き不起訴制度は最も中核的なものとなっている。この制度は、犯罪少年を対象としており、検察官の起訴裁量権を根拠に展開され、犯罪少年に対する社会調査制度および幫教観察制度とも密接に関連している。

二 少年刑事事件に関する条件付き不起訴制度

（一）条件付き不起訴制度の趣旨と適用の要件

刑事司法手続における不起訴制度の活用は起訴便宜主義と結びついているのが一般的

⁴⁵⁰ 郎勝『中華人民共和国刑事訴訟法修改と適用』（新華出版社、2012 年）469 頁。

である。起訴猶予制度は主に司法の効率を上昇させることを意図していると考えられる。一方で、短期自由刑の弊害が指摘されてから、多くの国々において、軽微な犯罪事件について、非犯罪化または非刑罰化による処理が取り入れられている。非刑罰化による処理の例としては警察段階の微罪処分と検察段階の不起訴処分が挙げられる。このように、不起訴制度は訴訟経済の要請に基づくほか、短期自由刑の弊害を避けるダイバージョンの方法としても認められている。犯罪少年を対象とする条件付き不起訴制度は、拘禁刑、とりわけ短期自由刑の弊害を避ける一方、一定の観察期間を設けて、ある程度少年の自由を制限することによって、「制裁」の苦痛を体験させて、自分の犯した罪に対する反省を促し、少年の利益を守ると同時に、社会の利益（治安と秩序の維持）を守ることもまた図られていると考えられる。

条件付き不起訴処分をするには、以下の4つの要件を備えることが必要である。

第一に、少年が刑法各則第4章、第5章および第6章に定められる罪を犯した疑いがあることである。まず、条件付き不起訴処分の対象者は犯罪少年に限られている。犯罪少年の年齢の上限について、法律上に明確な規定がなく、実務において、14歳以上18歳未満の者を対象としているのが一般的であるが、場合によっては、犯罪の嫌疑がある23歳未満の大学生を対象としたこともある。次に、少年の犯罪行為が刑法各則第4章、第5章および第6章に定められる罪、すなわち、国民の身体の権利および民主的権利を侵害する罪、財産を侵害する罪ならびに社会管理の秩序を乱す罪のいずれにあたりと判断されることが必要である。逆に言うと、国家の安全に危害を及ぼす罪（刑法各則第1章）、公共の安全に危害を及ぼす罪（刑法各則第2章）、社会主義市場経済の秩序を破壊する罪（刑法各則第3章）、国防利益に危害を及ぼす罪（刑法各則第7章）、横領賄賂の罪（刑法各則第8章）、汚職の罪（刑法各則第9章）、また軍人の職責違反罪（刑法各則第10章）にあたる犯罪行為、たとえば、放火や重大交通事故、テロ組織結成・指導・参加、著作権侵害、不法経営などの行為について、条件付き不起訴処分が適用できない。

第二に、1年以下の有期懲役の刑を科す可能性があることである。中国刑法に定められる刑罰は、主刑と付加刑に分けられている。主刑のうち、管制⁴⁵¹、拘役、有期懲役、無期懲役、死刑となっている。1年以下の有期懲役の刑を科す可能性とは、具体的に、①刑法各則に定められる法定刑が1年以下の有期懲役である場合と、②刑法各則に定められる法定刑は1年以上の有期懲役であるが、被疑者に刑罰を減輕すべき事由があるため、1年以下の有期懲役の刑を科す可能性のある場合が含まれている。なお、刑法各則に定められる法定刑が1年以下の有期懲役である罪はきわめて少なく、また、実務においても、1年以下の有期懲役の刑を科す可能性のある事件の数も相当少ないものと指摘されてい

⁴⁵¹ 管制とは、受刑者の身柄を拘束せずに、その政治的権利の行使などに一定の制限を加え、地域矯正という社会内処遇を受けさせる刑である。警察はその執行を行い、執行期間は3ヶ月以上2年以下とする。甲斐克則=劉建利『中華人民共和国刑法』（成文堂、2011年）80-82頁を参照。

るように⁴⁵²、条件付き不起訴処分の適用できる事件の範囲は非常に限られていることは明らかである。

第三に、訴訟条件を満たすことである。すなわち、犯罪事実を証明するのに、确实かつ十分な証拠が備えられている必要がある。検察段階では、公訴提起の判断にあたって、被疑者に犯罪事実がないと認められた場合および刑事訴訟法 15 条に掲げられる事項⁴⁵³にあたる場合に、検察官は不起訴の決定をしなければならない。これがいわゆる法定不起訴制度である（刑事訴訟法 173 条 1 項）。この制度とともに、2 回にわたり補充捜査をした事件について、証拠がなお不十分で、起訴の要件を満たさないと認められる場合に、検察官は不起訴の決定をすべきであるとする、いわゆる証拠不足不起訴制度も定められている（刑事訴訟法 171 条 4 項）。法定不起訴制度と証拠不足不起訴制度の運用には検察官の自由裁量権が認められない。

検察官の自由裁量権を認めているのが相対不起訴制度である。これは、犯罪の情状が軽く、刑法の規定に基づいて、刑を科す必要がない事件または刑を免除する事件について、検察官の裁量で不起訴を決定できる不起訴制度である（刑事訴訟法 173 条 2 項）。2012 年の刑事訴訟法の改正で導入した条件付き不起訴制度も検察官の自由裁量権を認めている。もっとも、条文から見ると、条件付き不起訴処分の適用要件を満たす事件は同時に相対不起訴処分の適用要件を満たすことが可能である。実際の運用では、相対不起訴処分にすべきか条件付き不起訴処分にすべきかに関し、ケースごとの検察官の自由裁量権行使の在り方が問題となっていた。それについて、最高検察院は、犯罪少年の事件に関して相対不起訴処分の適用要件と条件付き不起訴処分の適用要件とをともに満たしている場合には、相対不起訴処分の適用を優先するものと規定した（最高検察院 2012 年『關於進一步加強未成年人刑事檢察工作的規定』21 条）。なお、この 2 つの不起訴制度は立法の趣旨および適用した場合の法律効果が異なっているから、相対不起訴処分の適用を優先にするのではなく、ケースごとに判断するのが適切であると思われる。相対不起訴制度は起訴便宜主義に基づくものであり、新しい証拠がなければそれまでの訴訟手続を終結する効力がある。しかし、条件付き不起訴制度は、短期自由刑の弊害を避けた上で、犯罪少年の権利を保護することを目指し、一定の観察期間を設けて、適切な判断を行うために訴訟手続を一旦中止するものである。未熟性および可塑性に富む犯罪少年に対して、観察期間中に再犯防止の教育を行うこと、すなわち処遇することは単なる不起訴処分の決定より意義があり、条件付き不起訴制度の価値を表すものでもあると考えられる。一定期間の観察が必要と判断される犯罪少年の事件について、たとえ同時に相対不起訴

⁴⁵² 黄太雲「刑事訴訟法修改積義」人民檢察 2012 年 4 月。

⁴⁵³ 1、情状が著しく軽微であり、行為による危害が大きくなって、犯罪と認められない場合。2、訴追の時効期間が満了している場合。3、特赦令によって刑が免除されることになる場合。4、刑法に基づいて、告訴を起訴条件とする罪について、告訴がないまたは告訴が撤回された場合。5、被疑者または被告人が死亡した場合。6、その他法律の規定によって刑事責任を免除される場合。

処分の適用要件を満たしているにしても、条件付き不起訴処分にするべきであろう。

第四に、少年被疑者またその法定代理人が条件付き不起訴の決定について異議がないことである。被疑者が刑事訴訟手続において、公開かつ公平な裁判を受ける権利を有するのは人権保障の要請である。少年被疑者またその法定代理人は条件付き不起訴の決定について異議がある場合に、検察官は公訴を提起しなければならない。これは少年被疑者の訴訟法上の権利を保障するためである。また、少年被疑者の同意を得るのは条件付き不起訴処分所期の社会的効果を達成するためにも有利なことであり、不起訴処分に付けられる条件は少年の自覚的な遵守を前提にして定められているからである。

第五に、少年被疑者には悔悟の情があることである。悔悟の状とは、犯した罪に対する反省また今後再び犯罪行為をしないという主観的意識であろうと思われる。実務において、少年被疑者に悔悟の情が認められるかどうかは、自首や自白、被害賠償などの有無から判断されている。

不起訴処分に付けられる条件とは、6か月以上1年以下の観察期間を設けて、その期間内に、少年被疑者が一定の遵守事項を守らなければならないとするものである。検察官は少年被疑者の観察について、指揮と監督の責務を負うとされる。

条件付き不起訴となった少年被疑者について、観察期間中に、①新たに罪を犯した場合、または条件付き不起訴決定の前に犯した他の罪が発覚した場合で、訴追が必要とされる場合、②治安の管理に関する法令の違反、また観察期間が定められている遵守事項について違反があって、その情状が重い場合、のいずれかに該当するときに、検察官は条件付き不起訴の決定を取り消し、公訴を提起することになる。もし該当することなく、観察期間が満了した場合には、検察官は不起訴の決定をしなければならない。

(二) 社会調査

少年の刑事事件における社会調査とは、心理学、医学、精神医学、社会学、教育学などの専門知識を有している者が、それらの専門知識および経験を利用して、犯罪少年の基本的な状況、たとえば、生育歴、家庭環境や教育を受けている状況などについて全面的な調査を行い、犯罪少年と犯罪行為に対して客観的に評価をし、犯罪に至った原因および犯罪少年の人身的危険性と社会的危険性について科学的な分析を行い、その上で書面による社会調査報告を作成するという活動である。社会調査報告は、検察官また裁判官が少年の刑事事件を処理する際の重要な参考資料となる。社会調査報告は事実と評価との2つの部分に分けられると解されている。その位置づけについて、審判実務では、社会調査報告の事実の部分を量刑の判断に際しての伝聞証拠としたことがある⁴⁵⁴。前述したように、2012年の刑事訴訟法改正前から、社会調査はすでに各地の検察院または少年法廷において試行されていたが、刑事訴訟法の改正によって、少年の特別訴訟手続に

⁴⁵⁴ 山東省高級人民法院刑事第一法廷「少年審判制度若干問題研究」『山東審判』（2008年第6期）。

においてその必要性が明確に強調された。なお、その具体的な運用、たとえば、調査の主体、調査の内容、また調査手続について、明確な規定は設けられていない。

調査の主体には、実務において、①警察、検察または裁判所、②司法行政機関、③社会組織という3つの形態が存在している。まず、公安部の規定によって、警察は調査の主体として認められている(公安部1995年『公安機関処理未成年人違法犯罪案件的規定』10条および2013年『公安機関処理刑事案件程序規定』311条)。次に、最高検察院の規定によって、検察も調査の主体として認められている(最高検察院2006年『人民検察院処理未成年人刑事案件的規定』16条)。裁判所が調査の主体として社会調査を行いはじめたのは、1984年に上海市長寧区少年法廷が成立してからのことである。その後、最高人民法院の規定によって、裁判所も調査の主体として定められるようになっていく(最高人民法院1991年『少年刑事案件の処理に関する若干の規定(試行)』12条)。そして、最高人民法院は調査の主体に裁判所の委託を受けている社会組織を加えた(最高人民法院2001年『未成年者刑事案件の審理に関する若干の規定』21条)。しかしながら、調査の専門性、科学性および中立性の視点から、こうした警察、検察また裁判所が直接に調査を担当することの適切さについては疑問視されてきた。

2010年に、中央総合治理委員会青少年違法犯罪予防リーダーチーム⁴⁵⁵、最高人民法院、最高人民検察院、公安部、司法部、共産主義青年団中央委員会という6つの機関により、少年刑事事件の社会調査を担当する主体について、少年被疑者の本籍地、あるいは居住地の司法行政機関に設置されている地域矯正部門が調査の職責を負い、また司法行政機関は関連機関と連携した上で調査を行うことができ、あるいは共産主義青年団中央委員会およびその他の組織に協力を求めて調査を行うことができるという指示が出された⁴⁵⁶。つまり、現在では、司法行政機関も調査の主体として認められている。

警察、検察また裁判所からの委託を受けて、専門性を有する社会組織によって社会調査が担当されるのが3つ目の形態である。社会調査の中立性と客観性を確保する観点から、この形態はもっとも適切であると考えられる。実務においては、地方によりその運用の実態が若干異なっているところが見られる。たとえば、ソーシャルワーカーの組織が備わっている北京市や上海市では、それらの組織と委託契約を結んで調査サービスを提供してもらう形で少年刑事事件の社会調査を行わせるのが一般的である。それとは違って、武漢市では、インターネットを通じて専門性を有するボランティア組織やメンバーを募集し、少年刑事事件の社会調査に協力してもらうような形をとっている⁴⁵⁷。

調査の内容について、刑事訴訟法268条には、「…少年の被疑者または被告人の生育歴、犯罪に至った原因、後見・教育などの状況について調査することができる。」と定めてい

⁴⁵⁵ このリーダーチームは最高法院、最高検察院、司法部、教育部といった司法機関と行政機関などの連携という形からなっている。

⁴⁵⁶ http://www.spp.gov.cn/flfg/gfwj/201208/t20120830_2439.shtml (2016年10月12日閲覧)

⁴⁵⁷ 宮歩坦「未成年者刑事案件社会調査若干爭議問題解析」『青少年犯罪問題』(2014年第6期)22頁。

る。そこで、少年刑事事件の社会調査は次の内容が含まれる。すなわち、①少年の被疑者または被告人の基本的な状況、②犯罪事実にかかわる状況、③少年の被疑者または被告人の犯罪前後の行動、④家庭環境、⑤就職または就学の状況、⑥居住環境、近隣の状況、⑦性格の特徴、趣味、知能の状況という7つの内容からなっている⁴⁵⁸と論じられている。加えて、犯罪被害者の状況も社会調査の内容に含まれるべきであるとの見解が見られる⁴⁵⁹。また、少年刑事事件の社会調査は、その内容を個人の人格に関する調査と外部の環境に関する調査とに大きく分けられるとも論じられている⁴⁶⁰。社会調査の目的から言うと、個人の人格に関する調査を通じて、その者の再犯可能性を推知でき、外部の環境に関する調査を通じて、条件付き不起訴処分に付随する観察を行う可能性と適切性などを判断できると述べられている。

少年刑事事件の社会調査は捜査段階の調査と審判段階の調査とに分けられている。一般に、家庭、学校、地域は主な調査対象となっている。調査の手續について、法文上では明確にされていないため、繰り返しの調査や少年の被疑者または被告人の人権侵害などを避けることが必要であろう。

(三) 幫教観察

幫教観察とは、条件付き不起訴処分になった少年被疑者に対して、6か月以上1年以下の観察期間を設けて再犯防止の教育を行うことである。観察期間中に、少年被疑者は一定の遵守事項を守らなければならないとされる。幫教観察は少年被疑者に対する新たな処遇形態であり、条件付き不起訴制度の中核的な部分となる。

幫教観察とよく混同されやすい用語は地域矯正である。もともと、地域矯正 (community corrections) の概念自体に対して、異なる見解が存在している。欧米では、地域矯正をかなり広義的に捉えている、たとえば、それはダイバージョン (diversion)、審判前釈放 (pretrial release)、プロベーション (probation)、賠償 (restitution)、社会奉仕活動 (community service)、一時釈放 (temporary release)、ハーフウェイハウス (halfway house)、パロール (parole) といったものを含む活動であるとする見解もある。また、地域矯正の施策は主にダイバージョン、審判前釈放プロベーション、早期釈放 (early release)、中間的制裁 (intermediate sanctions) という5つの措置を含むとする見解もある⁴⁶¹。これに対して、地域矯正の概念は多義的であって、明確ではないが、その対象は刑事裁判において有罪と言い渡された者、つまり犯罪者に限られているとする見解も見られる⁴⁶²。また、この見解によると、場合によ

⁴⁵⁸ 馮衛国「未成年人刑事案件的審前調査制度探析」『青少年犯罪問題』(2007年第1期)49~50頁。

⁴⁵⁹ 吳宗憲「論少年犯罪案件審前調査制度的建立—以『刑法修正案(八)對社區矯正制度的確立為視角』」『山東警察學院學報』(2011年第5期)14~15頁。

⁴⁶⁰ 宮歩坦・前掲注472の23頁。

⁴⁶¹ Belinda Rodgers McCarthy, Bernard J. McCarthy, *Community-based Corrections*, 2nd ed. (Pacific Grove, CA: Brooks/Cole Publishing Company, 1991) p2.

⁴⁶² Dennis J. Steven, *Community corrections and applied approach* (Upper Saddle River, NJ: Person/Prentice Hall, 2006) pp. 12-13.

って、地域矯正はある法律状態(legal status)の一つ、あるいは拘禁刑代替措置の一つ、あるいはサービス提供メカニズム(service-delivery mechanism)の一つ、あるいは組織体(organization entity)の一つであると解することができる。なお、多くの場合には、地域矯正は刑事制裁であるプロベーションとパロールを指している⁴⁶³。中国では、2011年の刑法改正案によって、管制または執行猶予を言い渡された者、また仮釈放と決められた者に対して、地域矯正を行うとする規定が設けられたため、地域矯正という概念を非拘禁刑の執行活動であると解するのが一般的である。そこで、幫教観察と地域矯正とは全く違う意味合いを持つ二つの概念であることが明らかになる。

ところで、幫教観察をどのようにして有効に実施するのが実務において問題となっている。まず、実施の主体について、刑事訴訟法によって、検察官が少年被疑者の幫教観察の指揮と監督の責務を負うとされている。そのため、幫教観察に対する指揮と監督は検察官の権限が延長されたものとなっている。それにもかかわらず、日常的に幫教観察を担当する機関として、検察は必ずしも適切な主体ではないし、実際に検察官の処理する膨大な刑事事件の件数から見てもその実現可能性は乏しい。実務において、検察から幫教観察をソーシャルワーカーに委託するやり方もあれば、司法行政機関、警察、区民委員会、婦人連合会や青少年保護組織などを幫教観察に参加させることもできる。このように、実際に幫教観察を実施する主体が特定していないこと、各自の権限と職責が明確にされていないこと、情報共有のメカニズムが構築されていないことなどにより、幫教観察は有効に実施するのが困難な状況にある。次に、幫教観察の内容について、法律上規定が設けられていないため、実務において、専門性を有しない機関また組織が幫教観察を担当する場合に、立てられる処遇計画の適切化や充実化が問題となる。これらの問題を解決するのに、犯罪少年に対する地域矯正で採られている仕組みが参考になれるのではないかと、あるいは現段階の地域矯正の枠組みを拡大し、それに幫教観察という項目を加えていく方法も考えられるのではないかとと思われる。

犯罪少年に対する地域矯正を担当する主体は司法所⁴⁶⁴である。ソーシャルワーカーとボランティアスタッフが司法所の指導の下で地域矯正活動に参加することになり、区民委員会、学校、少年の家族などは地域矯正活動に協力させることができるとされる。また、検察は地域矯正活動に対して監督の職責を負うとされる。地域矯正と同様に、幫教観察は社会における処遇形態の一つであるから、専門性を有する処遇機関である司法行政機関がそれを担当することは適切であると考えられる。とりわけ、幫教観察を実施する主体が特定していない状況から見ると、それが必要でもある。地域矯正の内容は主に3つに分けられている。第一に、監督管理である。対象者は一定の遵守事項を守らなけれ

⁴⁶³ Joan Petersilia (ed.), *Community corrections: Probation, parole, and intermediate sanctions* (New York: Oxford University Press, 1998) p1.

⁴⁶⁴ 司法所は中国の司法行政機関である司法部の基礎機関であり、管轄範囲内の市民に対して具体的な司法行政業務を行っている。

ばならない。たとえば、定期的に本人の活動状況を報告することや居住している市または県を離れる場合または転居する場合に、あらかじめ警察の許可を得て、そして司法所に報告することなどが含まれる。第二に、矯正教育である。対象者に教育または職業訓練などを行っている。それに、対象者を社会奉仕活動に参加させている地域が多くなっている。第三に、生活困難な対象者に対する扶助である。たとえば、住む場所のない対象者や仕事のない対象者に対して、一定の支援を行う。

三 条件付き不起訴制度における検察官の役割

犯罪少年を対象とする条件付き不起訴制度の運用において、検察官は起訴裁量権および帮教観察活動に関する指揮監督権を有する。また、条件付き不起訴の判断をする際に、犯罪少年に対する社会調査が必要であるから、専門的調査機関が設置されていない現段階では、検察官は社会調査活動を行うための組織者を担当している。そこで、検察官は犯罪少年に対する社会調査の組織者であり、条件付き不起訴処分の決定者であり、そして条件付き不起訴処分となった犯罪少年に対する帮教観察という処遇の監督者でもある。条件付き不起訴制度では、社会調査の組織者および処遇の監督者という二つの役割は、処分の決定者という役割から派生したものであると理解してもよいであろうが、その合理性についてなお検討する必要があると思われる。それに、実務では、このような派生した役割を果たすことは少年刑事事件を取り扱っている検察官にとって負担となる可能性があるため、条件付き不起訴制度と関連している法制度を整備することによって、検察官権限の合理的な配分を求めることは今後の重要な課題であろう。

終章 中国の少年司法改革の方向性と検察官の役割の在り方—日本法から得た示唆を中心に

これまで日本の少年保護司法における検察官の役割および中国の少年刑事司法における検察官の役割について考察した。犯罪少年の事件処理・処遇について、日本の旧少年法では主に行為主義を重視しており、法律過程から犯罪を見る傾向が強かったが、現行少年法の制定当初では行為者主義を重視しており、臨床過程から犯罪を見る傾向が強まった。なお、その後、とりわけ 2000 年および 2014 年の少年法改正から、行為主義を重視する傾向は一層強くなっているように見える。検察官の役割の変遷にもそうした面が現れている。中国では、少年刑事司法の歴史と現状から見ると、行為主義を重視する傾向から行為主義・行為者主義を考慮する方向への変化が見られる。そこで、「行為—責任—応報」のみならず、「行為者—要保護性—保護」という道筋をも考えなければならない。そのために、要保護性を解明する主体となる審判機関の設置および要保護性調査を行う調査機関の専門化の実現、また保護を実現するために保護処分の導入などを含めて、中国の少年司法改革の方向性を示す必要があると思われる。

一 犯罪少年に対する処遇の多様化—保護処分の導入

中国では、刑法と刑事訴訟法の特別な規定によって、犯罪少年について特別な取り扱いをしている。その中核となるのは刑事訴訟法の条件付き不起訴制度である。犯罪少年の保護のために、犯罪少年の事件を非刑罰化するという方法が採用されており、検察官はその重要な役割を果たしている。

犯罪少年の保護に向けて、新たな非刑罰化の道を開くことも必要であると考えられる。具体的に言うと、刑罰に代替する保護処分の導入が考えられる。この点、本来、刑罰であっても保安・保護処分の機能を持っているのであり、また保安・保護処分も一般予防的・応報的な効果を持っているから、両者の差は質的なものではなく、量的なものと考えるべきものであろうとする見解も見られる。しかし、日本では、道義的責任論・応報刑論にもとづく二元主義の考え方が強いので、刑罰について応報性が強調されるとともに、保護処分はもっぱら本人の教育または再犯防止とする特別予防の機能を持つという考え方が強い。日本の現行少年法には、保護処分の種類として①保護観察、②児童自立支援施設または児童養護施設送致、③少年院送致の三つが定められている。今後、中国にはそれらの保護処分を導入する際に、処遇を担当する機関の設置と人員の育成という問題も考えなければならない。

二 犯罪少年の事件に関して検察官先議主義を採用する可能性と審判機関の設置

保護処分を導入する上で、犯罪少年の事件について、保護処分にするか刑罰にするか

は手続上の重要な問題である。これについて、日本の旧少年法は検察官先議主義を採用しており、犯罪少年の事件を振り分ける権限を検察官に与えた。現行少年法は全件送致主義を確立することで旧少年法の検察官先議主義を廃止し、その権限を家庭裁判所に与えている。なお、日本の旧少年法は18歳未満の者を少年としていたが、現行少年法は少年の年齢を20歳未満に引き上げた。1966年に法務省により起草された「少年法改正に関する構想」には、18歳以上20歳未満の者を「青年」とした上で、「青年」の犯罪事件について、検察官先議主義を採用するという提案（本案と別案が含まれる。）がなされた。「構想」の本案では、「青年」の犯罪事件について、検察官は刑事裁判所に公訴を提起するか、家庭裁判所に保護処分を請求するか、起訴猶予にするかを定める権限を有する。刑事裁判所は、保護処分が相当だと考えるとき、事件を家庭裁判所に移送することができる。このように、終局的に刑罰か保護処分かの決定権を持つのは刑事裁判所であるといえよう。それに対して、「構想」の別案では、青年の犯罪事件について、検察官は刑事裁判所に公訴を提起するか、起訴を猶予して家庭裁判所に保護処分を請求するかを決める。刑事裁判所は保護処分が相当だと判断したとしても事件を家庭裁判所に移送することができないし、また、家庭裁判所は刑事処分が相当だと思ったときでも、保護処分の請求を棄却できるだけであるとされている。したがって、刑事処分か保護処分かあるいは何も処分をしないかは、すべて検察官の判断に委ねられる。それは検察官「先議」ではなく「専議」であるとも言われている。

中国の現段階では、検察官による条件付き不起訴処分という刑事司法からのダイバージョンを通じて、犯罪少年の保護を図っている。今後の中国の少年刑事司法改革においても、検察の起訴裁量権を中心に展開する可能性が高いであろう。その際に、犯罪少年の事件の取扱いに関しては、日本の旧少年法の検察官先議制度および1966年の法務省による「少年法改正に関する構想」本案に提言された検察官先議制度が最も参考になりうるものではないかと考えられる。

家庭裁判所先議制度と同様に、検察官先議制度においても、検察官は公訴を提起するか保護処分を請求するかあるいは不起訴にするかを判断するにあたって、調査に基づくことが必要である。そして、具体的にどの種類の保護処分を適用するかを判断する審判機関の設置も必要不可欠であると思われる。1899年のアメリカのイリノイ州少年裁判所法の影響を受けながらも、日本の旧少年法は少年の保護事件を取り扱うために、少年裁判所ではなく、準司法機関である少年審判所を設置した。犯罪少年を含めて非行少年の対応については、いわゆる「刑罰の方法」(punitive system)、「監試の方法」(probation system)、または「教育の方法」(education system)があるが、アメリカの少年裁判所は「教育の方法」を主とし「監試の方法」を従とすることによって、従来の「刑罰という方法」に代えよ

うとするものであると説かれていた⁴⁶⁵。「その審判目的は刑事裁判所と異にしており、犯罪行為の有無および責任の有無ならびにその程度を判明することではなく、非行少年であるかどうかを判断することである」とされる⁴⁶⁶。また、「判決の目的は、有罪無罪を決めて刑を宣告することではなく、親権もしくは後見権の全部もしくは一部を剥奪し、または停止することによって、非行少年に最も適する「教育の方法」または「監試の方法」を決めることである」と述べられていた⁴⁶⁷。少年審判所は中国の少年法廷とは本質的に異なっている機関である。日本では、1949年に現行少年法の施行とともに、これまでの家事審判所と少年審判所が統合されることによって、司法機関である家庭裁判所が設置された。アメリカの少年裁判所も日本の家庭裁判所も、成人の刑事司法システムから分離しており、少年の保護事件を取り扱う一つの司法機関である。

中国の少年司法改革において、保護処分の導入を前提に、検察官先議主義を採用するならば、日本の旧少年法の少年審判所に類する保護処分を決定する機関を設置する必要があると思われる。

三 調査機関の専門化

日本の旧少年法には少年保護司制度が設けられていた。少年保護司は、専任少年保護司と嘱託少年保護司とに分けられ、前者は少年審判所に設置され、現在の家庭裁判所調査官のような役割を果たしていたが、後者は民間の篤志家などからなって、少年審判所から少年に対する保護観察の事務を嘱託され、現在の保護司の前身であると言われている。少年保護司は主に調査事務と保護事務を務めている。そのうち、調査事務を担当する少年保護司は、審判官の補佐役として設置されていた少年審判所の職員である。少年審判所における調査は、①審判官の調査、②医師の診断と鑑定（旧少年法 32 条）、③少年保護司の調査（旧少年法 33 条、34 条）、④保護者への委託調査、⑤保護団体への委託調査を含む。少年保護司の調査は、保護事件に限らず、捜査段階において検察官からの委託を受けた場合、少年の刑事事件について行うこともできるとされる（旧少年法 64 条）。少年の性向調査とその環境調査、たとえば、事件関係、事実の否認、事件の軽微、少年本人の性質と素行、境遇、経歴、心身の状況、教育程度などは少年保護司の行う調査の内容である。1948年に現行少年法の制定とともに、少年事件と家事事件を審理する家庭裁判所が新設されて、少年事件の取り扱いにおける科学的知見の活用を強化することを目指すため、旧少年法の少年保護司制度が形を変えつつも継承されたほか、少年鑑別所という機関も設けられた。もっとも、「現行少年法が少年保護司を設けた背景には、旧少年法の少年保護司の伝統と実績を引き継ぐと同時に、アメリカにおける少年裁判所のプ

⁴⁶⁵ 穂積陳重「米国ニ於ケル小供裁判所」法の支配 30 号（1977 年）78~86 頁。

⁴⁶⁶ 穂積・同上 78~86 頁。

⁴⁶⁷ 穂積・同上 78~86 頁。

ロベーション制度の理念を継承するという基本的な発想があった」⁴⁶⁸と述べられている。

「1950年に、少年保護司は少年調査官に改められ、そして、家事事件と少年事件とが密接な関連性を持っているため、家事調査官と少年調査官との両者の職務において本質的に同一性があることから、1954年に家事調査官と少年調査官が統合される形で、現在の家庭裁判所調査官となった」⁴⁶⁹。家庭裁判所調査官は主として心理学、社会学、教育学、社会福祉学などの人間関係諸科学を専攻し、資料の収集やソーシャル・ケースワークの活動によって、非行少年の要保護性に関する調査を行う。1966年の法務省少年法少年法改正に関する構想には、検察官先議制度と関連して独立総合調査機関の設置という提案があった。調査活動の中立と客観性を図る上で、その独立総合調査機関の所属は重要な論題となっていた。それに、調査に伴う少年の身体拘束の長期化ないし少年の人権侵害も検討の視野に入っていた。少年の身体拘束の長期化がどうしても避けられないことであれば、独立総合調査機関を裁判所に所属させることが望ましいと考えられる。

そして、社会調査を重視するとともに、少年の鑑別を導入する制度が現行少年法の特徴の一つである。それを担当するのは法務省に設置されている少年鑑別所である。少年鑑別所設置の背景には、科学的知見の活用のほか、少年の身柄拘束という問題に対する考慮があった。たとえば、「1948年に、少年院法の提案理由の中で、家庭裁判所の審判決定前の少年を警察の留置場、矯正院の出張所、または拘置監などに収容しておくことは弊害が多く、その弊害を防止するために、独立した少年観護所を設けて、さらに少年の資質の鑑別を行う少年鑑別所を設けることで、少年の科学的分類と矯正教育の基礎の確立を図る」⁴⁷⁰と述べられている。「1949年から、少年鑑別所が少年観護所に附置されて鑑別機能を果たしており、翌年、両者が統一され、その名称は少年保護鑑別所に改められ、そして、1951年に、行政組織上「矯正」と「保護」が分別されたため、矯正機関の名称から削除されて、少年保護鑑別所は少年鑑別所に改められた」⁴⁷¹。1966年の法務省の少年法少年法改正に関する構想における独立総合調査機関の提案については、それを社会調査および少年の資質鑑別という2つの機能を果たす機関にするため、家庭裁判所調査官および少年鑑別所を統合する形を採らなければならないとされた。その結果として、家庭裁判所の社会調査機能を法務省に移すことになる。

中国では、社会調査の主体は、実務において、①警察、検察または裁判所、②司法部に所属している司法行政機関、③民間の団体・社会組織という3つの形態が存在している。調査の中立性と客観性を確保する観点から、②および③の形態が適切であると考えられる。実務においては、地方によりその運用の実態が若干異なっているところが見ら

⁴⁶⁸ 坂野剛崇「家庭裁判所調査官の調査の特質について—家事事件・少年事件における専門的機能の担い手として—」家庭裁判月報 64 巻第 3 号（2012 年）11 頁。

⁴⁶⁹ 坂野・同上 11 頁。

⁴⁷⁰ 佐伯克「少年鑑別所三十年—その回顧と展望」刑政 90 巻第 9 号（1979 年）20 頁。

⁴⁷¹ 佐伯・同上 21 頁。

れる。今後の少年司法改革では、全国において専門性を有しかつ統一した社会調査機関の設置は検討すべき課題である。その際、日本の旧少年法の少年保護司制度、現行少年法の家庭裁判所調査官および少年鑑別所、また1966年の法務省の少年法少年法改正に関する構想における独立総合調査機関の設置に関する議論は参考になると思われる。また、中国の実情に基づいて、多地域にわたる社会調査の必要性などを視野に入れて、調査機関の間の連携ということも考えなければならない。

四 観察制度の充実化

中国刑事訴訟法の特別訴訟手続においては、条件付き不起訴処分になった少年被疑者を対象として、6か月以上1年以下の観察期間を設けて一定の矯正教育を行いつつ少年の行動を観察すること、いわゆる帮教観察を行うとしている。これは2013年の刑事訴訟法の改正で新たに導入された制度であり、検察官はその執行の指揮監督者とされている。中国の帮教観察制度を客観的に評価し、またその制度を充実するために、日本の現行少年法の試験観察制度は参考に値すると思われる。

「試験観察とは、少年法25条1項の規定によって、少年審判の段階では、家庭裁判所が少年を保護処分に付する蓋然性を認めるにもかかわらず、直ちに保護処分に付することができないか相当でないか認めるときに、終局処分の決定を相当期間猶予し、家庭裁判官調査官に命じて、少年の行動や生活態度等を観察させ、あわせて助言、補導その他の措置を講じさせながら、少年の反応を考察した上で終局処分を決定するための中間的措置である」⁴⁷²。試験観察制度の趣旨として、次のように述べられている。まず、「日本国憲法は三権分立を徹底させ、裁判と執行との完全な分離を図るため、家庭裁判所は保護処分の執行に関与することが許されないし、一旦決定された保護処分決定は原則として、その取り消しまたは変更を認めないものとされている。なお、保護処分は少年の人身の自由を拘束する性質を持つため、その決定は適切かつ慎重に行われることが要請される」⁴⁷³。次に、「保護処分決定の根拠である要保護性の判断は将来への展望のもとになされるものであるから、可塑性に富む少年の将来に対する予測に限界があり、それに要保護性自体が流動的であり、しかも少年は周囲の援助による社会復帰の可能性が高いから、家庭裁判所裁判官にとって相当の見通しを得るまで審理を尽くす必要がある」と言われている⁴⁷⁴。この趣旨から、試験観察制度には2つの機能が期待されると解されている。第一に、少年の要保護性に関する判断を一層的確にするため、試験観察期間中の調査官の活動はこれまで行われていた調査の延長となるので、そこに調査を補強あるいは

⁴⁷² 澤登俊雄『少年法入門（第6版）』（有斐閣、2015年）129頁。

⁴⁷³ 澤登・同上130頁。中井節雄「家庭裁判所における試験観察制度運用の現状について」刑政100巻11号（1989年）24-25頁。

⁴⁷⁴ 澤登・同上130頁。中井・同上25頁。

修正する機能が期待される⁴⁷⁵。第二に、試験観察は中間的措置というものの、単に静的に観察することではなく、少年に教育的な働き掛けを行いながら、その行動や生活態度の改善を図るという処遇の機能が期待される⁴⁷⁶。以上のように、調査と処遇の機能が試験観察の制度に期待されるから、家庭裁判所調査官がそれを担当する主体とされ、場合によって、調査官の観察にあわせて少年を適当な施設、団体または個人に補導を委託し、こうした補導委託先の指導とあいまって観察する⁴⁷⁷という形態もとられている。

制度の趣旨と機能から、中国刑事訴訟法の幫教観察制度は日本の少年法の試験観察制度とかなり共通していると考えられる。しかし、中国で、検察官が幫教観察を実施する指揮監督の主体とされていることは疑問とされるべきであろう。日本の家庭裁判所調査官のような専門性を有する者の採用および育成は中国にとって急務であると思う。「日本では実績のある補導委託先の情報がある程度家庭裁判所に蓄積されているが、それが公開されていないため、近年、補導委託の受入先の不足」が指摘されており、補導委託先の情報共有化、また補導委託先の開拓の必要性も指摘されたりしている⁴⁷⁸。実務において、更生保護施設は試験観察対象少年の補導委託先の一つとして利用されることがよく見られる。中国では、近年全国各地において試行されている社会内処遇である地域矯正を担当する司法所が幫教観察の連携機関あるいはその委託先としても利用できるであろう。

一方、幫教観察と試験観察とで大きな相違点が存在することも否定できない。幫教観察の決定をするのは検察官であり、試験観察の決定をするのは家庭裁判所裁判官である。それに、両者ともに中間的処分であるといっても、幫教観察は検察段階の処分の一つであり、試験観察は少年審判段階の処分の一つである。試験観察制度は本質的に言うと、プロベーション制度と宣告猶予制度との融合であるように思われる。

検察段階の処分であることからすると、中国の幫教観察制度と1950年代後半から日本の刑事訴訟実務において見られた更生保護措置付起訴猶予処分とは類似している部分があると言えよう。

日本の刑事訴訟法の歴史から見て、起訴猶予制度がはじめて明文化されたのは1922年（大正11年）の大正刑事訴訟法279条の規定である⁴⁷⁹。しかしながら、それより前の治罪法（明治13年）およびその後に制定された明治刑事訴訟法（明治23年）は法文上明らかに起訴法定主義をとっているものの、司法大臣の訓令・訓示等によって起訴便宜主義が確立されていったといわれる⁴⁸⁰。この間、起訴猶予対象者に対しては、積極的に観

⁴⁷⁵ 中井・同上25頁。

⁴⁷⁶ 中井・同上25頁。

⁴⁷⁷ 中井・同上26頁。

⁴⁷⁸ 南川麻由子「試験観察の機会を少年の更生に活かす」刑事弁護63号（2010年）146頁。

⁴⁷⁹ 菊田幸一「わが国における起訴便宜主義について（二）」法律論叢42巻1号（1968年）74頁。

⁴⁸⁰ 菊田・同上75頁。

察を行うこと、たとえば警察視察の制度⁴⁸¹が設けられていた。そして、1939年（昭和14年）の司法保護事業法では、起訴猶予処分に付された者が司法保護の対象として明確に定められた。1950年に司法保護事業法が廃止されたものの、その流れを汲んでいる1950年の更生緊急保護法には、起訴猶予者について「六月をこえない範囲において、その意思に反しない限り」、かつ「本人の申出があった場合において、保護観察所の長が必要があると認めたとときに限」って（同法3条3項、4条1項）、国の責任において、一時的または継続的な保護を行うことができるとの規定が設けられていた⁴⁸²。この点、「司法保護事業法は保護観察的な積極的処遇を実施するという性格が強かったのに対し、更生緊急保護法は社会福祉的視点から福祉的施策を補完するような性格をもつものとして規定された」とも評価されている⁴⁸³。しかしながら、更生緊急保護法に基づく起訴猶予者に対する更生保護の措置の運用状況から、「更生緊急保護法の刑事政策的役割自体にまつわる一定の制約もあるため、将来への発展可能性はそれほど明るくないと考えられていた結果、1950年代後半から、ある一定の起訴猶予者に対して保護観察的措置に付そうとする新しい試みが始まった」⁴⁸⁴。こうした更生保護の措置の試みは主に青年層の再犯防止策の一環として実施され、それを最も積極的に押し進めたのは1961年から横浜地方検察庁および横浜保護観察所において行われたもの、いわゆる「横浜方式」であった。「横浜方式」は検察官による起訴猶予処分と保護観察所による保護観察的措置の両機能を結合したものであるから、本質として条件付き起訴猶予ないし保護観察付き起訴猶予であろうとも論じられた⁴⁸⁵。このような試みは実施された当初、制度の趣旨と実際の効果から、賛同する意見も多く見られていたが、制度自体に内在する制約のため、次第に行われなくなった。制度に対する反対的見解においてよく指摘されている問題として次の点が挙げられる。第一に、「この制度の実効性を期待しようとするなら、綿密な情状調査が必要となるが、それは刑事訴訟法下の捜査のあり方と齟齬することになるし、段階として、詳細な情状調査は犯罪事実についての司法的判断を受けてからにすべきである。この点、こうした指摘は1960年代後半からの少年法改正論議にある検察官先議の提案と微妙に関連している」ようである⁴⁸⁶。第二に、「刑事司法から身体的拘束を解かれた起訴猶予者に対して、保護観察に準ずる更生保護を実施することは、強制的な側面が介在するのを避けられず、適正手続違反の疑いが出てこよう」⁴⁸⁷。第三に、「制度の実施において、

⁴⁸¹ 明治43年の平沼民刑局長通牒「起訴猶予者視察並捜査中止事件に関する件」によって、「検事により起訴猶予者に対し、平素観察を加うべき期間を指定して警察官に通知したときは、警察官は該期間内其者の行状等につき視察を為す可きこと…」菊田・同上93頁を参照。

⁴⁸² 三井誠「検察官の起訴猶予裁量—その歴史および実証的研究」（五・完）法学協会雑誌94巻6号（1977年）867頁。

⁴⁸³ 三井・同上868頁。

⁴⁸⁴ 三井・同上875頁。

⁴⁸⁵ 三井・同上889頁。

⁴⁸⁶ 三井・同上891頁、893頁。

⁴⁸⁷ 三井・同上893頁。

検察官の主体性が要求されることになるが、検察官には刑事司法上で多面的役割を果たすのを期待しているものの、更生保護の領域においてまで主導的地位を期待するのは行き過ぎたことになる⁴⁸⁸。

五 検察官の役割の在り方および今後の課題

以上の指摘から、中国の条件付き不起訴制度の運用においても、検察官による調査と捜査のそれぞれの在り方の相違、調査のために犯罪少年の身柄拘束を長期化させる弊害、それに、観察活動に対する検察官の過度の関与といった問題があると思われる。現在、伝統的な検察官の役割を超えて、積極的に少年司法に関与させるアメリカの検察における理念⁴⁸⁹の影響を受けている中国少年刑事司法に対しても、将来に向けた少年司法改革に対しても、検察官に大きな期待を抱いているのが中国の研究者および実務家における主流の思想であると思う。現段階の中国少年刑事司法について、あえて既存の制度と枠組みを活用して以上の問題を解決する上では、調査機関を専門化させることおよび観察制度を充実化させることを図るとともに、やはり行為・責任を重視する立場にある検察官の権限の必要的な制限を行うことを考慮する必要がある。

また、刑事司法システムにおいて、以上の問題を解決するためには、代替策として宣告猶予制度の導入も一つ考えられる方法であろうと思われる。ただし、そのために判決前調査制度、犯罪事実の認定と量刑手続との分離という大きな刑事司法改革にならうから、現段階の中国にとっては実現可能性が低い。ただ、刑事司法システムと完全に分けられている日本の少年保護司法システムにおいて、家庭裁判所調査官による調査および少年鑑別所による鑑別、非行事実の認定と要保護性の判断との分離、そして家庭裁判所の試験観察制度によって、以上の問題はすべて解決されているとも考えられる。また、犯罪少年を保護するために、幹線システムとして検察官の権限を必要最小限に制約している日本の少年保護司法システムの確立は、将来の中国におけるさらなる少年司法改革にとって、最も望ましい方向性を示しているものではないかと思われる。

ちなみに、日本では、公職選挙法の選挙権年齢が18歳に引き下げられたことを踏まえて、民法の成人年齢をも18歳に引き下げることに向けて具体的な準備が進められている。こうした状況に鑑み、少年法の適用対象年齢を含む若年者に対する処分や処遇の在り方についても検討がなされている⁴⁹⁰。日本の法務省はこの点に関する知見を得るために、「若年者に対する刑事法制の在り方に関する勉強会」を実施し、2015年11月から2016年7月まで合計10回のヒアリングを行っていた。少年法の適用対象年齢については、現

⁴⁸⁸ 三井・同上 894頁。

⁴⁸⁹ James Backstrom, *Expanding Role of the Prosecutor in Juvenile Justice* (Dakota County, MN: Dakota County Attorney's Office, 2006).

⁴⁹⁰ 以下の内容について、『若年者に対する刑事法制の在り方に関する勉強会』取りまとめ報告書（<http://www.moj.go.jp/content/001210649.pdf>）を参照。

行少年法の 20 歳未満を維持すべきであるという意見と 18 歳未満に引き下げるべきであるとする意見とがある。18 歳未満に引き下げられた場合に、18 歳・19 歳の者を含む若年者に対する処分、処遇やアセスメントをより充実させるため、①施設内処遇を充実させること、②施設内処遇と社会内処遇との連携を強化すること、③社会内処遇を充実させること、④罰金および起訴猶予となる者に対する再犯防止措置の工夫、⑤若年者に対する新たな処分の導入といった提案がなされた。④について、少年法適用対象年齢の引き下げにともない、18 歳・19 歳の者の一部が罰金あるいは起訴猶予の対象となることが想定される。その者たちに対する再犯防止措置として、罰金の保護観察付執行猶予の活用のほか、検察官が被疑者に対する訓戒や指導などを行うこと、また保護観察所その他の公私団体に対して生活環境の調整などを依頼することを可能とする仕組みの導入が提案された。こうした点からは、再犯防止のため、「行為者—危険性—予防」という筋道を通じて、法律過程だけではなく、臨床過程からも若年者の犯罪を見ていくことが検察官にも要請されているようにも見える。時間の関係上、以上の議論を十分フォローできなかったが、今後の動向も踏まえながら、別途検討していきたい。

参考文献

【日本語】

- ・ 阿部純二「検察官先議の問題点」法律時報 42 卷 13 号 (1970 年)
- ・ 阿部純二「保護と刑罰—1 つの概観」刑法雑誌 18 卷 3・4 号 (1971 年)
- ・ 赤池一将「フランスの少年審判の構造と検察官および弁護人の活動」守屋克彦=斉藤豊治『少年法の課題と展望 (第 2 卷)』(成文堂、2006 年)
- ・ 荒木伸怡「少年の再抗告事件につき事実誤認を疑うべき重大な事由があるとして原決定及び保護処分の決定が取り消された事例」判例時報 1250 号 (1987 年)
- ・ 荒木伸怡「少年審判における非行事実の認定」犯罪と非行 101 号 (1994 年)
- ・ 石川正興「受刑者の改善・社会復帰義務と責任・危険性との関係序説」早稲田法学 7 卷 2 号 (1982 年)
- ・ 石川正興「非行少年の処遇——刑罰か、保護処分か」、石川正興=曾根威彦=高橋則夫=田口守一=守山正『少年非行と法』(成文堂、2001 年)
- ・ 石川正興「犯罪者対応策に関する法的規制の在り方」早稲田法学 78 卷 3 号 (2003 年)
- ・ 石川正興「日本における非行少年に対する法的対応システム」社会安全政策研究所紀要 1 号 (2007 年)
- ・ 石川才顕「少年の権利保障と検察官の手續関与」法律時報 48 卷 1 号 (1976 年)
- ・ 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 卷 7 号 (1953 年)
- ・ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、2008 年)
- ・ 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 卷 12 号 (1980 年)
- ・ 上口裕『刑事訴訟法 (第 3 版)』(成文堂、2012 年)
- ・ 内田博文『更生保護の展開と課題』(法律文化社、2015 年)
- ・ 大森政輔「検察官送致の実質的要件」別冊判例タイムズ 6 号 (1979 年)
- ・ 小川太郎『刑事政策論講義 (第二分冊)』(法政大学出版局、1968 年)
- ・ 川端博『刑事訴訟法講義』(成文堂、2012 年)
- ・ 川出敏裕「逆送規定の改正」『現代刑事法』3 卷 4 号 (2001 年)
- ・ 川出敏裕「非行少年に対する法的対応システムの現状と課題」財団法人社会安全研究財団『少年非行に対する法的対応—第 3 回日中犯罪学学術シンポジウム報告書』(2009 年)
- ・ 川出敏裕「少年法改正問題と今後の課題」、廣瀬健二=川出敏裕=角田正紀=丸山雅夫『少年事件重要判決 50 選』(立花書房、2010 年)
- ・ 川出敏裕「少年の刑事裁判 (入門講義・少年法)」法学教室 353 号 (2010 年)
- ・ 川出敏裕『少年法』(有斐閣、2015 年)
- ・ 甲斐克則=劉建利『中華人民共和国刑法』(成文堂、2011 年)
- ・ 柏木千秋『改訂少年法概説』(立花書房、1951 年)
- ・ 菊田幸一「わが国における起訴便宜主義について (二)」法律論叢 42 卷 1 号 (1968 年)
- ・ 木村栄作「少年法改正要綱の基本問題」宮沢浩一編『少年法改正』(慶應通信、1972 年)
- ・ 葛野尋之「少年司法における『保護』の理念とリアリティ」法経研究 44 卷 4 号 (1996 年)
- ・ 葛野尋之「少年審判の構造と少年の適正手続——審判手続の憲法論——」守屋克彦=斉藤豊治『少年法の課題と展望 (第 2 卷)』(成文堂、2006 年)
- ・ 清野惇「少年法中間報告を読んで—中間報告における検察官関与の提案について」法律のひろば 30 卷 2 号 (1977 年)
- ・ 清野惇「検察官送致決定と一部起訴の是非」別冊判例タイムズ 6 号 (1979 年)
- ・ 矯正協会『少年矯正の近代的展開』(矯正協会、1984 年)

- ・ 警察庁「少年法に関する意見」(1966年)
- ・ 小西暁和「少年保護事件の調査・審判と保護処分現状」財団法人社会安全研究財団『少年非行に対する法的対応—第3回日中犯罪学学術シンポジウム報告書』(2009年)
- ・ 小西暁和「『非行少年』と責任能力(2)」早稲田法学85巻第4号(2010年)
- ・ 小西暁和「『非行少年』と責任能力(3・完)」早稲田法学86巻第4号(2011年)
- ・ 小西暁和「少年法上の『非行』成立要件に関する一考察—『犯罪』・『触法』概念に焦点を当てて—」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集(下巻)』(成文堂、2014年)
- ・ 小貫芳信「起訴裁量権の獲得—日本検察の歴史(戦前)」『研修』749号(2010年)
- ・ 小田中聡樹「少年法『改正』案の問題点—警察、検察による少年支配システムの構築」法学セミナー533号(1999年)
- ・ 最高裁判所事務総局「少年法改正に関する意見」(1966年)
- ・ 裁判所職員総合研修所監修『少年法実務講義案(再訂補訂版)』(司法協会、2012年)
- ・ 斉藤豊治『少年法研究2—少年法改正の検討』(成文堂、2006年)
- ・ 坂野剛崇「家庭裁判所調査官の調査の特質について—家事事件・少年事件における専門的機能の担い手として—」家庭裁判月報64巻第3号(2012年)
- ・ 佐伯克「少年鑑別所三十年—その回顧と展望」刑政90巻第9号(1979年)
- ・ 佐伯仁志「少年保護手続における適正手続保障と弁護人の援助を受ける権利」法曹時報48巻12号(1996年)
- ・ 佐伯仁志=森田明=猪瀬慎一郎『少年法のあらたな展開』(有斐閣、2001年)
- ・ 酒井安行「少年の非行事実認定手続—対審化容認の立場から—」守屋克彦=斉藤豊治『少年法の課題と展望(第2巻)』(成文堂、2006年)
- ・ 酒巻匡「少年法改正の動向と実務への期待」家庭裁判月報65巻8号(2014年)
- ・ 佐々木光明「新たな『公の秩序』と第4次少年法改正—刑事政策の担い手としての検察官」法学セミナー712号(2014年)
- ・ 澤登俊雄=谷誠=兼頭吉市=中原尚一=関力『展望少年法—非行少年の発見から処遇まで—』(敬文堂、1968年)
- ・ 澤登俊雄『展望少年法』(敬文堂、1968年)
- ・ 澤登俊雄「刑罰・保安処分・保護処分」国学院法学8巻3号(1971年)
- ・ 澤登俊雄「少年法改正の方向と部会長試案」法律時報48巻1号(1976年)
- ・ 澤登俊雄『犯罪者処遇制度論(上)』(大成出版社、1975年)
- ・ 澤登俊雄『犯罪者処遇制度論(下)』(大成出版社、1975年)
- ・ 澤登俊雄「少年の人権と健全育成」刑法雑誌第27巻第1号(1986年)
- ・ 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 刑事法学の総合的検討(上)』(有斐閣、1993年)
- ・ 澤登俊雄「保護手続における適正手続の実現—原点に戻って検察官関与の正是を再考する」自由と正義49巻12号(1998年)
- ・ 澤登俊雄『少年法入門(第5版)』(有斐閣、2011年)
- ・ 澤登俊雄『少年法入門(第6版)』(有斐閣、2015年)
- ・ 佐藤忠雄「少年事件の捜査及び公訴の提起」法律実務講座刑事編四巻(1954年)
- ・ 司法研修所『改正少年法の運用に関する研究』法曹会(2006年)
- ・ 司法協会『少年法実務講義(再訂補訂版)』(2012年)
- ・ 司法省刑事局『日本帝国司法省第57刑事統計要旨』(1933年)
- ・ 潮見俊隆『現代の法律家』岩波講座現代法第6巻(1964年)
- ・ 須々木圭一『刑事政策』(成文堂、1969年)
- ・ 裾分一立「少年保護事件手続に関する一考察」家庭裁判月報4巻10号(1952年)
- ・ 裾分一立「要保護性試論」家庭裁判月報5巻4号(1953年)
- ・ 田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(有斐閣、1996年)
- ・ 田宮裕=廣瀬健二『注釈少年法(第3版)』(有斐閣、2009年)

- ・ 多田元「少年審判と検察官関与拡大問題」法律時報 86 卷 4 号（2014 年）55~59 頁。
- ・ 多田元「少年審判と非行事実審理」犯罪と非行 103 号（1995 年）
- ・ 高野隆「憲法問題としての非行事実認定手続—子供は大人より簡単に有罪されても良いか—」犯罪と非行 104 号（1995 年）
- ・ 武内謙治「ドイツにおける少年審判の構造と検察官、弁護人の役割」守屋克彦=齊藤豊治『少年法の課題と展望（第 2 巻）』（成文堂、2006 年）
- ・ 武内謙治『原則逆送』再考』法政研究 78 卷 3 号（2011 年）
- ・ 武内謙治「抗告受理の申立てと迅速性の原則」守屋克彦=齊藤豊治『コンメンタール少年法』（現代人文社、2012 年）
- ・ 高田卓爾『刑事訴訟法（二訂版）』（青林書院、1984 年）
- ・ 土本武司『少年法』（法務総合研修所、1977 年）
- ・ 津田雅也『少年刑事事件の基礎理論』（信山社、2015 年）
- ・ 寺崎嘉博『刑事訴訟法（第 2 版）』（成文堂、2008 年）
- ・ 長澤鶴次（大阪少年審判所保護司）「審判前の調査」本派本願寺社会課『少年保護事業概説』（本派本願寺教務部社会課、1926 年）
- ・ 日本弁護士連合会「少年法改正に関する意見」（1966 年）
- ・ 日本少年保護協会『少年保護（別冊 2）東京少年審判所十年史・少年保護講習会講演集』（文生書院、1998 年）
- ・ 早川義郎「少年審判における非行事実と要保護性の意義について」家庭裁判月報 19 卷 4 号（1967 年）
- ・ 服部北溟『愛の法律と少年審判法』（二松堂書店、1923 年）
- ・ 服部朗「非行事実の認定と検察官関与」法学セミナー 527 号（1998 年）
- ・ 平井哲雄「非行と要保護性」家庭裁判月報 6 卷 2 号（1954 年）
- ・ 平場安治「少年法改正問題における争点」法律時報 38 卷 11 号（1966 年）
- ・ 平場安治『少年法（新版）』（有斐閣、1987 年）
- ・ 廣瀬健二「保護処分相当性と刑事処分相当性—移送裁判例（少年法 55 条）の研究—」家庭裁判月報 41 卷第 9 号（1989 年）
- ・ 廣瀬健二「少年審判における非行事実認定手続—審判の現場から見て」犯罪と非行 108 号（1996 年）
- ・ 福田雅章「少年法の拡散現象と少年の人権」刑法雑誌 27 卷 1 号（1986 年）
- 法曹会『検察講義案（平成 24 年版）』（2013 年）
- ・ 藤本哲也『刑事政策概論（全訂第六版）』（青林書院、2008 年）
- ・ 法務省矯正局『新しい少年院法と少年鑑別法』（矯正協会、2014 年）
- ・ 法務省『少年法改正に関する構想説明書』（1966 年）
- ・ 穂積陳重「米国ニ於ケル小供裁判所」法の支配 30 号（1977 年）
- ・ 本庄武「少年刑事裁判における 55 条移送決定と量刑」葛野尋之『少年司法改革の検証と展望』（日本評論社、2006 年）
- ・ 本庄武『少年に対する刑事処分』（現代人文社、2014 年）
- ・ 法務省法務資料第 463 号『中華人民共和国刑事訴訟法（2013 年 1 月 1 日施行）』
- ・ 正田満三郎「検察官先議と起訴便宜主義（3）——『少年法改正に関する構想』の底にあるもの」判例時報 460 号（1966 年）
- ・ 丸山雅夫『少年法講義』（成文堂、2010 年）
- ・ 丸山雅夫『少年法講義（第 2 版）』（成文堂、2012 年）
- ・ 三井誠「検察官の起訴猶予裁量権—その歴史的及び実証的研究—（一）」法学協会雑誌 87 卷 9・10 号（1970 年）
- ・ 三井誠「検察官の起訴猶予裁量—その歴史および実証的研究」（五・完）法学協会雑誌 94 卷 6 号（1977 年）
- ・ 南川麻由子「試験観察の機会を少年の更生に活かす」刑事弁護 63 号（2010 年）
- ・ 守屋克彦「少年法改正に関する構想について——検察官の主体性要求に対する批判」

法律時報 38 卷 11 号 (1966 年)

- ・ 守屋克彦『少年非行と教育』(草書房、1984 年)
- ・ 守屋克彦「非行事実の認定と少年審判」犯罪と非行 102 号 (1994 年)
- ・ 守屋克彦=斉藤豊治『少年法の課題と展望 (第 2 卷)』(成文堂、2006 年)
- ・ 守屋克彦=斉藤豊治『コンメンタール少年法』(現代人文社、2012 年)
- ・ 守屋克彦「少年法一部改正をめぐる問題—改正の歴史と経緯か」法律時報 86 卷 4 号 (2014 年)
- ・ 森田明『未成年者保護法と現代社会』(有斐閣、1999 年)
- ・ 森田明『少年法の歴史的展開』(信山社、2005 年)
- ・ 森田明『少年法と「甘え」』(創文社、2015 年)
- ・ 森下忠「不定期刑運用上の諸問題」刑法雑誌 3 卷 4 号 (1953 年)
- ・ 森下忠『刑事政策の論点 1』(成文堂、1992 年)
- ・ 山崎俊恵「アメリカ少年司法における検察官および弁護人の地位と役割」守屋克彦=斉藤豊治『少年法の課題と展望 (第 2 卷)』(成文堂、2006 年)
- ・ 渡辺直行『刑事訴訟法』(成文堂、2011 年)

【中国語】

- ・ 康樹華『『中華人民共和国未成年人保護法』的制定歷程及其特点』中外法学 20 期 (1992 年)
- ・ 劉海濤「『預防未成年人犯罪法』立法概況及主要內容」中国人大 2 期 (1999 年)
- ・ 李兵「少年法廷工作的現状、改革と発展」人民司法 (2010 年 1 期)
- ・ 王建平「少年審判三十年の実践と思考」青少年犯罪問題 (2014 年 6 期)
- ・ 趙国玲『未成年人司法制度改革研究』(北京大学出版社、2011 年)
- ・ 張寒玉=陸海萍=楊新娥「未成年人檢察工作的回顧与展望」預防青少年犯罪 (2014 年 5 期)
- ・ 王振峰=席小華『4+1+N: 社会管理創新語境下的少年檢察工作』(中国檢察出版社、2011 年)
- ・ 夏繼金「質疑捕訴合一」人民檢察 (2003 年 9 期)
- ・ 元明「捕訴合一解決不了案多人少矛盾」檢察日報 2005 年 4 月 13 日
- ・ 尹東華=劉曉山「未成年人刑事檢察應獨立建制」檢察日報 2008 年 10 月 26 日
- ・ 郎勝『中華人民共和国刑事訴訟法修改と適用』(新華出版社、2012 年)
- ・ 黃太雲「刑事訴訟法修改積義」人民檢察 2012 年 4 月
- ・ 山東省高級人民法院刑事第一法廷「少年審判制度若干問題研究」『山東審判』(2008 年第 6 期)
- ・ 宮步坦「未成年人刑事案件社会調查若干爭議問題解析」『青少年犯罪問題』(2014 年第 6 期)
- ・ 馮衛国「未成年人刑事案件の審前調查制度探析」『青少年犯罪問題』(2007 年第 1 期)
- ・ 吳宗憲「論少年犯罪案件審前調查制度的建立—以『刑法修正案 (八) 对社区矯正制度的確立為視角』」『山東警察学院学報』(2011 年第 5 期)

【英語】

- ・ Belinda Rodgers McCarthy, Bernard J. McCarthy, *Community-based Corrections*, 2nd ed. (Pacific Grove, CA: Brooks/Cole Publishing Company, 1991)
- ・ Dennis J. Steven, *Community corrections and applied approach* (Upper

Saddle River, NJ: Person/Prentice Hall, 2006)

- Joan Petersilia (ed.), Community corrections: Probation, parole, and intermediate sanctions (New York: Oxford University Press, 1998)

- James Backstrom, Expanding Role of the Prosecutor in Juvenile Justice (Dakota County, MN: Dakota County Attorney's Office, 2006).