

保護主義一元説を中心とする少年法の再構築

メタデータ	言語: 出版者: 公開日: 2024-03-27 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 孫,陶陶 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/0002000328

明治大学大学院法学研究科

2023 年度

博士学位請求論文

保護主義一元説を中心とする少年法の再構築
Reconstruction of juvenile law centered on the
monism of protectionism

学位請求者 公法学専攻

孫陶陶

保護主義一元説を中心とする少年法の再構築

目次

序論

- 1 問題意識と目的
- 2 構成及び各章の要約

第1章 少年法の歴史と理念

本章のはじめに

第1節 少年法の起源—犯罪論・刑罰論の転換

- 1 犯罪論の変遷
- 2 刑罰論の変遷

第2節 現代少年司法成立までの経緯

第3節 日本少年司法に誇る家庭裁判所

- 1 家庭裁判所の機能
- 2 実務における少年に対する家庭裁判所の教育な働きかけの紹介

第4節 小括

第2章 二元説が招いた問題

本章のはじめに

第1節 分立する少年保護事件審判と少年刑事裁判

- 1 キャッチボール現象の原因
- 2 家庭裁判所判断と刑事裁判所判断の優先順位
- 3 二元説の深い影響

第2節 二元説における少年刑事事件の裁判の問題

- 1 刑事裁判として自体の問題
- 2 少年法への影響

第3節 二元説における少年保護事件の審判の問題

- 1 家庭裁判所と少年刑事事件との関係
- 2 二元説における家庭裁判所の専門性の問題

第4節 二元説における虞犯制度の正当性に関する検討

- 1 虞犯制度に関する学説
- 2 台湾の虞犯制度に関する改正の動向

第5節 小括

第3章 保護主義一元説を中心とする少年法の再構築

本章のはじめに

第1節 保護主義に関する検討

- 1 保護主義の定義
- 2 保護主義の有効性と必要性

第2節 保護主義一元説における少年法に関する検討

- 1 少年に対する刑事処分の検討
- 2 少年刑事事件に対する裁判の意義

第3節 少年法における「非行」の意義に関する検討

- 1 少年保護事件審判の対象に関する検討
- 2 少年法の要件と効果に関する検討
- 3 検討

第4節 少年法に少年を加害する行為の厳罰化の導入に関する検討

- 1 中国刑法における少年保護の立法
- 2 少年に関わる犯罪の刑の加重の正当性
- 3 日本への示唆

第5節 小括

終章

- 1 本研究に得られる結論
- 2 今後の課題について

序論

1 問題意識と目的

少年法という法律ができたのは1948年であり、刑法、刑事訴訟法等の法律と比べると、非常に新しい法律であると言って良い。また、刑法が理論にもとづいた制度としての性格が強いのに対して、少年法は、歴史的な事実を踏まえて創設されたため、社会からの影響を受けやすく、安定度が低いという性格がある。少年法をめぐる現在の問題の多くは、このような性格に起因していると言ってよい¹。

少年法1条は、「この法律は、少年の健全な育成を期し、非行のある少年に対して性格の矯正及び環境の調整に関する保護処分を行うとともに、少年の刑事事件について特別の措置を講ずることを目的とする。」と定めているが、1948年以来、少年法においては、ここ最近に限っても、2000年、2007年、2008年、2014年、さらに2021年と非常に頻繁に改正が行われ、厳罰化の傾向を示している。

現行少年法は少年事件を、少年保護事件（第2章）と少年刑事事件（第3章）に分けている。少年法20条及び23条1項（以下少年法の条文は、法律名を省略する）は、家庭裁判所の調査または審判により、刑事処分が相当であると判断された場合に、検察官に送致することで、事件を刑事裁判の対象とすることができると定めている。少年法においては、保護事件が少年法に基づいて、保護・教育的で柔軟な手続きで扱われ、保護的措置・保護処分に付されるのに対して、刑事事件は基本的には厳格な刑事訴訟手続きにより刑罰が科されるというように、かなり徹底した二元的な制度がとられていると言われる²。これが現在の通説の二元説である。

ところが、二元説は厳罰を求める世論との妥協の結果であり、少年法の根本である保護主義理念に反し、さらに将来少年司法制度を潰しかねないと筆者は考える。本稿は、二元説の問題を検討した上で、保護主義を中心として少年刑事事件に対する裁判³と少年に対する刑罰をどう理解すべきか等、少年法における重要な概念を見直すものである。本研究の後半部分では、「先に被害、そして加害」という非行少年の特徴をベースとし、中国大陆と台湾地域の少年司法制度との比較研究を行い、少年を対象とした犯罪への厳罰の規定を少年法に盛り込む可能性を検討する。

¹ 丸山雅夫「少年法の理念と現状－保護主義と厳罰論のはざままで」南山法学34巻1号（2010年）209頁。

² 田宮裕・廣瀬健二編『注釈少年法（第4版）』有斐閣、2017年441頁。

³ 本稿の第3章で逆送された少年に対する刑事裁判の意義を見直すため、従来の二元説からの概念を「少年刑事裁判」、保護主義からの概念を「少年刑事事件に対する裁判」を区別して呼ぶことにする。

2 構成及び各章の要約

本研究は、序論と終章を含む全5章から構成される。各章の構成と要約は以下のとおりである。

第1章は、「少年法の歴史と理念」を題として、犯罪論・刑罰論の転換から現代少年法制の誕生までを振り返りながら、少年法制の基本理念を検討する。少年法制発展の歴史は、少年法が付属条文から形式的にも実質的に成人法制と分離した独立の法典に進化する過程であり、保護・教育を中心とする現代少年法は、もともと応報刑を基礎とする一般の、刑事司法を少年に適用することに反対してできたものであると結論づける。その上で、日本現行少年法が成立するまでの経緯を検討する。現行少年法1条は、少年の健全育成という少年法の目的を明らかにしているが、2000年以降、少年による凶悪な犯罪が起きたことを背景として、度々法改正が行われ、その中で厳罰化の傾向を示している。

現行少年法は、全件送致主義と家庭裁判所先議制度の確立によって、家庭裁判所が少年司法システムの中にあることを明確にする。少年法の中心である家庭裁判所の諸機能を検討し、特に大阪家庭裁判所の具体的な事案を紹介し、検討する。そこから、家庭裁判所が非行少年の立ち直りに優れた作用を果たしているとは結論づける。しかし、現実には少年法は世論と学界に批判されている。その原因は、二元説にあると考えられる。

第2章においては、「二元説が招いた問題」と題して、少年法に責任主義や社会防衛思想を持ち込む二元説がどのように少年法の理念を危険に曝すことになるのかを紹介する。少年刑事事件は少年法の対象とされる同時に、二元説の立場から見ると、少年刑事事件は刑法・刑事訴訟法の規定と原則に従わなければならないということになる。少年法の規定に従うことは、刑事訴訟としての基本原則と矛盾することが予想されるのである。

また、少年保護事件における家庭裁判所の審判対象は要保護性と非行事実である⁴。要保護性の要素として、少年の性格や環境に照らして将来再び非行に陥る危険性があること（犯罪危険性）、保護処分による矯正教育を施すことによって再非行の危険性を除去できる可能性があること（保護可能性）、及び保護処分による保護が最も有効でかつ適切な処遇であること（保護相当性）の3つがあるとされている⁵。保護相当性は、ほぼ社会感情・被害感情又は事件の重大性・悪質性によって判断されるため、この点からも責任主義や社会防衛思想が見えてくる。これらをふまえて少年保護事件の審判の問題を検討する。

第2章の最後で虞犯制度の問題を検討した。2009年に台湾司法院大法官は虞犯に関する規定の一部に対して違憲判断を下した。その後、2019年法改正がなされ、少年事件処理法における虞犯制度が廃止されることになった。これを踏まえて虞犯制度の正当性と必要性を検討する。日本においても虞犯の認定を制限していく傾向にあり、このまま進めば日本の虞犯制度も廃止される恐れがあると結論づける。

⁴ 守山正＝後藤弘子編著『ビギナーズ少年法（第3版補訂第2版）』（成文堂、2023年）191頁（上野正雄）。

⁵ 裁判所職員総合研究所監修『少年法実務講義案（再訂補訂版）』（司法協会、2012年）39頁以下。

第3章「保護主義一元説を中心とする少年司法の再構築」では、保護主義一元説に基いて少年法を見直す。まず、保護主義を新たに定義づける。「少年の可塑性を信頼し、少年がみずから非行から立ち直るために、福祉的・教育的な働きかけを行うことを目的⁶」とするという従来の定義に、「非行を少年ではなく環境に帰責すべきである」ということを加え、少年法から完全に責任主義及び社会防衛思想を排除すべきであると考え。この考えに基づいて少年法にける重要な概念を検討する。具体的には、少年に対する刑事処分を教育刑であると理解する。少年刑事事件に対する裁判を、一般の刑事裁判の概念と切り離して考察し、その実体は、少年法が刑事訴訟法の規定を間借りして作り上げた、保護主義に基づく独特な制度であると考え。

非行は少年法上極めて重要な概念であり、二元説の観点から非行は少年法上の要件として位置づけられることが一般である。少年法の基本理念を二元説から保護主義一元説に変更し、少年法から責任主義と社会防衛思想を完全に排除すると、非行事実の意義を見直す必要がある。少年法の目的のもとで、科学主義を最大限に活用するためには、少年審判の対象を要保護性のみとすべきであり、非行事実が家庭裁判所が少年に対する審判権を取得するための一条件にすぎないと考える。

第3章の最後に、「先に被害、そして加害」という非行少年の特徴を基礎に、少年を対象とした犯罪への厳罰の規定を少年法に盛り込む可能性を検討する。少年が犯罪に至ったのは、社会や家庭が少年の成長にふさわしい環境を少年に与えなかったためであり、その意味では、少年は犯罪者ではなく、不健全な社会や家庭による被害者であるということになる。このことから、中国では少年を加害する行為の取締を少年犯罪予防の重要な一環と位置付けている。これを踏まえて刑法の観点から少年を対象とした犯罪に対する厳罰規定の正当性を検討する。

終章では、本研究によって得られた結論をまとめ、今後の課題を整理する。二元説から一元説への変更に伴い、様々な規定を変えなければならないということになる。これらを今後の研究課題とする。

⁶ 東京弁護士会子ども的人権と少年法に関する特別委員会「少年事件の公開・開示をめぐる Q&A」（Q2 に対する回答）〈https://www.toben.or.jp/know/iinkai/children/syonenhou/koukai_qa.html〉（2023年12月17日最終確認）。

第1章 少年法の歴史と理念

本章のはじめに

「少年法」という言葉を聞くと、少年が被告人となった刑事事件に関する法律であるか、又は少年に関する各種の法制度の総合かと考えられるかもしれない。このように考えると、少年を起訴し、少年事件を審理し、少年に死刑判決を下し、最後に死刑判決を執行すると規定する法律も少年法と言えるだろう。しかし、違和感を抱かないだろうか。「少年法」という言葉には、歴史的に特別な意味が付されているのである。本章において、少年法の歴史と結びつけながら、少年法の理念を確認していく。

第1節 少年法の起源—犯罪論・刑罰論の転換

本節では、犯罪論・刑罰論における新派と旧派の学説を検討する。少年法の起源を検討するにあたって刑罰論を意識する必要があるのは、成人に対する法制と異なる少年法の核心が、犯罪の原因と刑罰の目的をどのように受け止めるかというところにあるからである。

1 犯罪論の変遷

犯罪またはそのようなものは昔からあったが、18世紀後半まで古典派犯罪学（旧派）は誕生していなかった。古典派犯罪学の考え方について、ベッカリーアは次のように言った⁷。

「刑罰が正当であるためには、人々に犯罪を思い止まらせるに十分なだけの厳格さをもてばいいのだ。そして犯罪から期待するいくらかの利得と、永久に自由を失うことを比較判断できないような人間はいないだろう。」

古典派犯罪学は従来、犯罪原因として説明されていた鬼神論を放棄し、犯罪は人間が自由意志に基づいて行うものであると提唱した。人は、神とか幽霊とかに操られて犯罪をするのではなく、その自由なによって犯罪を選択すると考えるのである。したがって、自由意志にもとづいて客観的な違法行為をすると、これに対して非難し責任を問うことができるということになる⁸。刑法上の責任は、自由意志によって反道義的行為を行ったことへの道義的非難であると考えられる。責任論と呼ばれる。

⁷ ベッカリーア(風早八十二・風早二葉訳)『犯罪と刑罰』(岩波書店、1959年)94-95頁。

⁸ 守山正・小林寿一編著『ビギナーズ犯罪学(第2版)』(成文堂2020年)20頁(守山正)。佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣2013年)2頁。松原英世「犯罪観の変遷と刑罰の役割」法社会学第64号(2006年)67-68頁。

古典派犯罪学は犯罪者の行為的側面と結果などの客観的側面を重視して犯罪を理解する。この立場から見ると、刑事責任は犯罪行為に基づくものであって、犯罪行為とそれによる侵害結果があったことを根拠として、処罰することができることになる。つまり、刑法により処罰されるのは、犯罪行為である。よって、犯罪行為に相応する刑罰を保つ必要がある。このような点から、罪刑法定主義が導き出された。また、古典派は違法性においては、客観主義に基づいて結果無価値論を主張する。違法の実質は、法益侵害であり、法益侵害がない行為、例えば被害者がいないなどの行為は、違法性がないとされる。

古典派犯罪学理論によれば、人は自由意志に従って理性的に選択する能力があるため、犯罪行為から得られる利益を上回る刑罰を予告すれば、犯罪が確実に減少し最後には消滅に至るはず⁹であったが、19世紀末の産業革命に伴って、都市人口が増加した結果として、貧富の差が激しくなり貧困に基づく犯罪が増えた。特に少年という社会的弱者が社会から脱落していく状況が顕著になったのである。路上生活や飢餓を余儀なくされる者が激増し、軽微な財産犯を中心として、「食べるため」の犯罪や非行が目立つことになった¹⁰。このような状況を背景として、犯罪と刑罰に対する見直しが始まったのである。代表人物としてのロンブーズが挙げられる。彼は、犯罪者には一定の身体的・精神的な特徴があることを発見し、そこから生来犯罪人説を提唱した¹¹。これをきっかけとして、実証主義犯罪学（新派）が登場した。

人は自由なによって犯罪を選択するという従来の考え方と異なり、実証主義犯罪学は、犯罪者特に累犯者の人格、その生物学的個性又は社会的環境に、科学的にその犯罪原因を究明した上で、対応すべきであると主張する。古典犯罪学で提唱された客観主義に対しては、実証主義犯罪学は犯罪者の反社会的性格や動機などの主観的側面を注目して犯罪を理解すべきであると考えている¹²。

実証主義犯罪学は犯罪の本質あるいは刑事責任の基礎は行為者自身の反社会的な危険性であると主張し、問題とされるべきは犯罪行為そのものではなく犯罪者自身であるとする。そのために行為者主義と呼ばれるのであるが、現在の科学技術では、行為者の反社会的な危険性を判断するには結局犯罪行為を通じてしかなしえない。そこで、犯罪行為の実質は、犯罪者の反社会的性格の徴表であると捉える。それゆえ犯罪徴表説と呼ばれる。

違法性においては、新派は、主観主義に基づいて、違法性の実質を犯罪行為によって現れた行為者自身の反社会性であるとして行為無価値論を主張する。それ故に、行為無価値論から見ると、道德違反の行為、社会生活義務に違反する行為、社会相当性を欠く法益を侵害する行為等に違法性を認めるべきとされる。その後登場した社会責任論は、意志決定論を理論基礎として、人間の自由意志を否定し、犯罪は行為者の素質と環境から生じるも

⁹ 守山=小林編著・前掲注(8)25頁(渡邊泰洋)。

¹⁰ 丸山・前掲注(1)210頁。

¹¹ 守山=小林編著・前掲注(8)26頁(渡邊泰洋)。

¹² 守山=小林編著・前掲注(8)26頁(渡邊泰洋)。

のであると考える。それ故、刑法上の責任は、反社会的な危険性を持つ者が、社会防衛のために一定の不利益処分を甘受すべき立場にいると考えられる。

古典派犯罪学から実証主義犯罪学への変遷に伴い、刑罰はどのようなものかに対する考え方もだいぶ変わってきた。次に刑罰論について検討する。

2 刑罰論の変遷

刑罰論に関する研究は、18世紀後期に犯罪論の勃興に伴って始まったのである。古典派犯罪学にじっくりするのは応報刑論である。

ア 応報刑論

前述のように、古典派犯罪学は犯罪は人間が自由意志に基づいて行動するものであると考えたため、これに対して非難し責任を問うことができるとされるわけである。刑法上の責任は、自由意志によって反道義的行為を行ったことへの道義的非難であるということになる。絶対応報刑論とは、刑罰は犯罪に相応する反作用つまり「応報」であり、それ以外に何らの目的も効用ももたないというものである¹³。絶対応報刑論の学者カントは、正義と効用を完全に分離した上で考えるべきであると主張する。すなわち、犯罪を抑止することができないが正義を叶える刑罰がある。その一方、正義の実現には役に立たないが犯罪を確実に予防できる刑罰もある。カントは前者のほうが適切であると考えた。その理由として、人格は他者の目的の手段とされてはならないこと、物権法の客体とされるべきではないことなどが挙げられる¹⁴。たとえ明日国家が潰れることになるとしても、刑は執行されるべきであると言われている。なぜかという、刑罰の目的は国家・社会秩序の維持ではなく、犯した罪の相応の刑を執行することで正義を実現するためである。

絶対応報刑論は、犯罪行為に応じた刑罰しか認めないため、責任主義と罪刑の均衡を基礎づけることができると評価される¹⁵。よって、絶対応報刑論は刑罰の謙抑性に繋がり、いたずらな残虐化を防止することができるということになる¹⁶。ところが、絶対応報刑論に以下のような問題点が挙げられる。

①絶対応報刑論は、正義の実現のために、犯罪行為があれば処罰しなければならないという「必罰主義」に陥る恐れがある。例えば、犯罪が極めて軽微な場合であっても、絶対応報刑論の観点からすれば処罰しなければならないことになる¹⁷。

②絶対応報刑論は、人間は理性的な判断にもとづいて合理的に行動する存在であるこ

¹³ 松宮孝明「今日における犯罪論と刑罰論の関係」立命館法学 317号（2008年）482頁。

¹⁴ 松宮・前掲注（13）483頁。

¹⁵ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）2頁。

¹⁶ 酒井安行「スタートだ！刑法」（法学セミナー 473号、1994年）82頁。

¹⁷ 佐伯・前掲注（15）2頁。

とを前提とするから、犯罪が自己の自由意志以外の何かに影響される場合は、絶対応報刑論はそれを説明できないおそれがある¹⁸。例えば、人格的成熟度が非常に低い児童、精神病人は、理性的な判断をすることができないことがある。

③絶対応報刑論が「応報」、「正義」にしか注目しない点に批判が寄せられている。なぜかという、「応報」、「正義」より、国家の司法権の行使で社会秩序の維持することを通じて国民の幸福を求めることが現代国家の任務であると思われる¹⁹。

イ 目的刑論

前述のように、実証主義犯罪学は犯罪の原因を犯罪者の人格、その生物学的個性又は社会的環境に帰するため、刑罰はその原因に対応し、犯罪の抑止という目的を達成するために科されたものであると考えるから、その刑罰論は目的刑論である。この中には大きく分けると、一般予防と特別予防という2つの考え方がある²⁰。

一般予防刑論の対象は未だ罪を犯していない一般市民であり、その手段は威嚇であるとされる。すなわち、罪を犯した人に刑罰を科すことを一般市民に示し、一般市民に「刑罰は怖い」と思わせることによって、一般市民の犯罪を抑制することことができると考えられる。しかし、一般予防刑論には、現実に犯罪が行われたことが威嚇の失敗を意味するという、功利主義的な弱点がある。それでも刑罰の威嚇力を信じる場合には、威嚇力を確保するために、刑罰はエスカレートし極端な威嚇刑主義となる恐れがあると指摘された²¹。しかし、死刑を多用しても犯罪を無くすることはできないのは歴史が証明している。逆に、厳罰化を極端に進めると、社会の一般人が刑罰の威力を感じなくなり、その効果が微弱化して、人々を無感覚にする。そこで更なる厳罰化が必至となり、残虐刑と化する結果となると考えられる²²。

特別予防論は既に罪を犯した人を対象とする、いわゆる再犯防止論である。前述のように、実証主義犯罪学は犯罪の本質は行為者自身の反社会的な危険性であると理解するから、刑罰またはそのようなものは行為者の反社会的な危険な性格を改善するための措置と捉える。その手段として、犯罪者に対する教育、治療、隔離が挙げられる。特別予防は、再犯防止のために犯罪者に働きかけ、社会に復帰をさせることを求めるため、刑罰の社会化、人道化を進めることにもなった²³。

少年司法は、古典派犯罪学から実証主義犯罪学へ、応報刑論から目的刑論への変遷から誕生した。次節においては現代少年法成立までの経緯を検討する。

¹⁸ 佐伯・前掲注(15)2頁。

¹⁹ 佐伯・前掲注(15)2頁。

²⁰ 日高義博『刑法総論(第2版)』(成文堂、2022年)63頁。

²¹ 松宮・前掲注(13)485頁。

²² 木村亀二『刑法総論(増補版)』(有斐閣、1978年)41頁。

²³ 阿部純二『刑法総論』(日本評論社、1997年)280、281頁。

第2節 現代少年司法成立までの経緯

前述のように、18世紀から19世紀にかけて発生した世界各地の産業革命による人口移動は様々な問題をもたらし、犯罪への対応見直しがなされた。犯罪論について、その人間観は旧派が基礎とした意志自由論から新派が依って立つ意志決定論に変遷した。貧困家庭に対する救貧といった発想が強まるに伴って、刑罰の目的も応報から救済、教育への転換の傾向が見られた²⁴。他方、実際的な活動の場面においては、少年らを救済する必要性が広く認識され、当時の欧米先進諸国を中心として、民間社会事業としての「子どもの救済運動」が大規模に展開された²⁵。そして、少年専用の司法制度の確立を求める運動が始まったのである。

このような状況を背景として、1899年にアメリカ・イリノイ州シカゴ市に世界で最初の家庭裁判所が創設された。アメリカの少年裁判所の創設過程には、パレンス・パトリエ思想が強い影響を与えた。パレンス・パトリエ思想とは、家庭がうまく監護教育できない時、国がその親に代わって少年を保護教育するべきであるという考え方である。国親思想とも呼ばれる²⁶。パレンス・パトリエ思想は、罪を犯した少年に対するだけでなく、問題を抱える少年に対しても国家の介入を正当化する根拠を与えた。アメリカのように虞犯少年を対象とし、教育・福祉の色彩が強い少年司法制度は英米モデルと言われる²⁷。

一方、英米モデルのほか、大陸モデルと北欧モデルがある。大陸モデルは、刑事司法の側面を強調し、犯罪少年のみを対象とする点に特徴がある。また、大陸モデルを採る国家は、独立した少年裁判所を持たず、刑事裁判所に少年特別部を設置することが多い。歴史的に見ると、大陸モデルの起源は、悪風感染防止のために、成人と少年を分離して処遇するという意識にあったが、少年に対する処罰の本質については依然として刑事裁判所であるという考え方であった。北欧モデルは、犯罪少年のほかに保護が必要とされる少年を対象にする点では、英米モデルに類似しているが、判断機関が行政機関としての児童福祉委員会のような機関であるという点に特徴がある²⁸。

少年法制の中心である少年裁判所は、英米モデルと大陸モデルにより大きく2種のモデルに分けられる。ひとつは、「社会化型少年裁判所」である。このモデルでは、少年裁判所は子どもの社会化機関と位置づけられる。その基本構想は、①非行・要扶養・放任少年は社会の悪環境によって生み出されたものである、②少年裁判所は社会的治療機関と位置づけられる、③少年裁判所は本来であれば両親が与えるべき保護、監督、規律をすべての児童に提供すべきである、④児童には犯罪者のスティグマを貼るべきではない。それ故に、

²⁴ 守山・後藤編著・前掲注(4) 20頁(守山正)。

²⁵ 丸山・前掲注(1) 211頁。

²⁶ 守山・後藤編著・前掲注(4) 12頁(後藤弘子)。

²⁷ 木村裕三「わが国の少年法の理念」名城法学 65巻1・2号(2015年) 247頁。

²⁸ 木村・前掲注(27) 247頁。

「社会化型少年裁判所」は、たんに犯罪事実を審理することだけではなく、要保護少年・要扶養少年への介入の必要性も審理対象とした²⁹。刑法学の視点から見ると、このモデルに基づく少年法制においては、犯罪・非行を少年自身の問題ではなく、家庭、社会の問題であると認めているということになる。少年に対する措置も教育的措置であると思われる。それ故に、このモデルに基づく少年法制は刑法学の新派的なものであると理解される。

もうひとつのモデルは、「修正された刑事裁判所」である。このモデルでは、少年裁判所は基本的には刑事裁判所であり、少年犯罪者に対して成人と同様の刑事手続きが適用される。ただ、少年の固有の問題性から、刑事裁判所に修正が加えられるにすぎない。その基本構想は、①少年審判の中心は少年が行った犯罪事実である、②虞犯の事件は少年裁判所の対象外とするべきである、③犯罪少年にもデュー・プロセスの保障条項を与えるべきである³⁰、というところにある。

日本においては、犯罪や秩序違反を行った幼い者に対する憐憫の情は古くからあった。明治初期の刑法(仮刑律, 新律綱領, 改定律例)は、年齢を基準とする受刑能力に応じた特別扱い(減軽処分)を設けているものの、事実上は少年犯罪者が成人犯罪者と同じように扱われていたと考えられる³¹。1882年に旧刑法が施行され、そのときにフランス刑法を参考にして過去に刑罰の対象にならなかった刑法不諭者³²を懲治場を送る教育制度を設けた。

ところが、監獄内で懲治処分を行うことと、少年に対して応報的・懲罰的刑を行うことの実効性に対して問題が指摘されるようになった。その後、欧米諸国の感化教育事業の影響を受け、少年に対する特別な処遇、即ち、環境改善と保護教育による教護事業の必要性が意識され、宗教家や社会事業家、さらには行刑関係者を中心として、感化院の設置に向けた動きが現実化していった³³。その結果、1898年には感化法が制定され、感化院の設立が相次いだ。感化院は、国親思想に基づき不良少年に対する処遇を中心に感化教育を行う施設であった。他方、少年犯罪は依然として刑法の対象とされており、旧刑法の懲治場処遇も維持されていたため、感化法の実質は虞犯少年を含む不良少年を、懲治場での処遇の対象から感化法の対象に変更しただけにとどまるものであったと指摘されている³⁴。1907年にドイツ刑法を倣って現行刑法が制定された。現行刑法は、犯罪が刑法で、不良少年・虞犯少年・要保護少年が感化法で扱われるという状況を変えなかったものの、侵害原理と保護原理の区別を明らかにした。

少年法という法律が生まれたのは、1922年である。前述のように1899年に世界最初の家庭裁判所が創設され、その後世界中に少年裁判所の設置の風潮が現れた。日本において

²⁹ 守山=後藤編著・前掲注(4)25頁(守山正)。

³⁰ 守山=後藤編著・前掲注(4)27、28頁(守山正)。

³¹ 丸山・前掲注(1)214頁。

³² 刑事未成年、責任無能力者、聾啞者のことを指す。

³³ 丸山・前掲注(1)214頁。

³⁴ 丸山・前掲注(1)214頁。

も少年法の制定、少年裁判所の設置を呼びかける運動があった。日露戦争（1904年～1905年）後の少年犯罪の急増を踏まえ旧少年法が制定されることになったのである。旧少年法は18歳未満を少年とし、犯罪少年・触法少年・虞犯少年が少年審判所で扱われると規定した。旧少年法は検察官先議制度を採り、犯罪少年に対して刑事処分を優先するが、日本の刑事法史上画期的な意義をもつ法律であった³⁵。

その後、第二次世界大戦後にGHQの強力な指導による日本国憲法の制定に伴い、全米プロベーション協会策定のアメリカ標準少年裁判所法案を参考にして、現行少年法が制定された。旧少年法を全面改正した、この現行少年法は、1948年7月1日に公布され、翌年1月1日から施行された。現行少年法の特徴としては、①少年審判所が廃止され、少年に対する保護処分の決定は、家庭裁判所が行うことになったこと、②検察官先議から裁判官先議に改められたこと、③少年法の適用年齢が18歳未満から20歳未満に引き上げられたこと、などが挙げられる³⁶。現行少年法施行当時、「少年に愛を、家庭に光を」のスローガンが出された³⁷。

現行少年法は家庭裁判所先議を採っているが、少年事件を、少年保護事件（第2章）と少年刑事事件（第3章）に分けている。少年刑事事件においては、刑事裁判に係属された少年は、刑事訴訟法1条の目的のもとにおかれることから、厳格な事実認定手続きにもとづく事案の解明を前提として、適正で迅速な刑罰法令の適用の対象となる³⁸。そのため、日本少年司法は、英米モデルと大陸モデルの中間的性格を持つものであると言われている³⁹。

20世紀後半になると、少年よる凶悪犯罪が世論を動かした。1997年に神戸で当時14歳の少年が、小学4年生の女兒と小学5年生の男児を殺害し、男児の切断された頭部を中学校正門に置いたという神戸連続児童殺傷事件⁴⁰は世間を震撼させた。その後、栃木リンチ殺人事件⁴¹、佐賀高速バスジャック事件⁴²、長崎園児殺害事件⁴³などの重大な事件が相次いで発生した。そのような中で、少年法は犯罪者に甘すぎて社会の安全を守れないと強く批判され、厳罰化が求められるようになった。それに応じて、2000年に少年法改正がなされた

³⁵ 澤登俊雄『少年法入門（第6版）』（有斐閣、2015年）246頁。

³⁶ 澤登・前掲注（35）246、247頁。

³⁷ 守山＝後藤編著・前掲注（4）144頁（安倍哲夫）。

³⁸ 丸山雅夫「少年法55条による家庭裁判所への移送」南山法学38巻3・4号（2015年）57頁。

³⁹ 木村・前掲注（27）248頁。

⁴⁰ 守山＝後藤編著・前掲注（4）354頁。

⁴¹ 1999年栃木県の中中で、少年が集団で知人の自動車内当時19歳のZにリンチを加え殺害し死体を遺棄した事件。守山＝後藤編著・前掲注（4）355、356頁参照。

⁴² 2000年5月3日午後から4日早朝にかけて、乗員・乗客22人が乗った高速バスが少年A（17歳）によって乗っ取られた事件。守山・後藤編著＝前掲注（4）357頁参照。

⁴³ 2003年7月1日、長崎市内にあるゲームソフト売り場にいた幼稚園児X（4歳）を中学1年生の少年Aが連れ去り、約4キロ離れた立体駐車場屋上で院児Xに暴行を加えたのち、屋上から突き落とし殺害した事件。守山・後藤編著＝前掲注（4）357、358頁参照。

⁴⁴。刑事処分可能な年齢を16歳以上から14歳以上に引き下げ、原則逆送制度が導入された。この改正からは、日本の少年司法が欧米モデルから離れつつあることを見て取れる。

2021年の少年法改正は、第5章「特定少年の特例」を新設し、18、19歳を「特定少年」と位置付けた。そして、特定少年が犯した死刑、無期又は短期1年以上の懲役・禁錮に当たる罪の事件は、原則として逆送しなければならないとされている（改正少年法62条2項2号）。また、特定少年の実名報道も一部解禁された（改正少年法68条）⁴⁵。少年法はさらに厳罰化の道を進行しているといえよう。

第3節 日本少年司法が誇れる家庭裁判所

1949年1月1日、それまでの「家事審判所」と「少年審判所」とが統合され、家庭裁判所が創設された。当時、家庭裁判所が扱う事件は、出征軍人の戸籍や相続のトラブル、戦災孤児の非行など、戦争の傷跡や貧困が背景にあるものが大多数であった。このような問題に精通し、かつ温かみのある司法機関として生み出された家庭裁判所は、日本国憲法の本質にかなったものであり、基本的人権を尊重するとともに社会福祉および教育の機能を持っているため、戦後の司法改革のひとつの成果であると言える⁴⁶。本節においては少年事件における家庭裁判所の機能を検討した上で、具体例を示しながら家庭裁判所を紹介する。

1 家庭裁判所の機能

犯罪論について旧派の客観主義から新派の主観主義へ、刑罰論について応報刑主義から目的刑主義への転換とともに家庭裁判所が誕生した。一般の刑事裁判は、犯罪事実が認定されれば、刑罰を下すことが基本である。それに対して、少年審判は、審判で非行事実が認定されても、裁判官が刑事処分相当と認めない限り、刑罰ではなく、保護処分が決定される。これを実現するために、家庭裁判所は、非行事実認定機能、調査機能、決定機能及び処遇機能の4つの機能を持っている⁴⁷。

非行事実認定機能とは、家庭裁判所が非行少年に介入するための、非行事実を適切に認定する機能である。非行事実・要保護性を認定するために、非行の内容、程度や、少年の状況、性格等、少年に関係する情報を収集しなければならない。それが家庭裁判所の調査機能である。少年法9条では、調査は、「少年、保護者又は関係人の行状、経歴、素質、環境等について」行うものとされている。心理学、教育学、社会学など人間行動科学の専

⁴⁴ 「2000年改正については、廣瀬健二著『少年法』誠文堂（2021年9月）541-544頁参照」

⁴⁵ 「2021年改正については、廣瀬健二著『少年法』誠文堂（2021年9月）553-557頁参照」

⁴⁶ 守山＝後藤編著・前掲注（4）144頁（安倍哲夫）。

⁴⁷ 守山＝後藤編著・前掲注（4）16、17頁（後藤弘子）。

専門知識を有する家庭裁判所調査官が、少年および保護者の性格、家庭、学校の環境を調査し、非行のメカニズムを明らかにすることによって、少年の健全育成を図ることが第9条の趣旨であると言われている⁴⁸。

そして、家庭裁判所は、調査の結果から、審判で非行事実と要保護性を認定した後、それらに基づいて、保護観察、保護処分、逆送などを決定する機能を有している。最後に、家庭裁判所は、このような調査・事実認定・処遇決定の過程を通じて、少年に対して常に教育的働きかけを行う処遇機能を有していると思われる。

家庭裁判所の機能と刑事裁判所の機能との最も大きな違いは、調査機能と処遇機能である。成人の刑事裁判は、検察官と被告人・弁護人との対立構造の中で審理を進め、裁判官は中立の立場で審理しなければならないため、裁判官自らの調査は中立性を損なうから、本来、許されない。一方、家庭裁判所には、裁判官と家庭裁判所調査官が配属され、両者が共同して少年事件を扱っている。調査官は、心理学、教育学、社会学などの専門家である。家庭裁判所調査官が配属されるのは、法律家である裁判官と異なる視点から、非行少年がもつ問題性を探り、その改善更生のために最も適切な処分を決定するうえでの役割をはたすためであると思われる⁴⁹。

調査は具体的に、心理学、教育学、社会学など人間行動科学の専門知識を有する家庭調査官が、少年に対する面接調査の他、保護者との面接による聞き取り調査や家庭訪問、学校や職場に対する照会などにより、少年や保護者の性格や行動傾向、少年の生育歴や生活環境などを調査して非行の原因やその背景事情などを解明し、その結果に処遇意見を付して書面（少年調査票）で裁判官に報告するほか、裁判官と随時カンファレンスを行って情報交換し、少年の処遇に関して意見を述べるという形となる⁵⁰。さらに、家裁調査官は、少年に内省を促し、再非行を防止するための保護・教育的な働きかけを行いながら、少年の反応や変化の様子も観察するなどして問題性の改善策を探し、保護者についても、その養育姿勢や親子関係などの問題点を把握して、改善のための働きかけを行う。家裁調査官は、行動科学の専門的知見だけでなく、面接技法などにも精通しており、社会調査の過程で行われる少年への問いかけや受容的な対応などにより少年が心を開き、その問題性が改善されるとされる⁵¹。

さらに、家庭裁判所は、少年を少年鑑別所に送致して心身の鑑別を行うことができる（少年法17条）。少年鑑別所は、心身鑑別の専門機関であり、鑑別技官による知能検査や性格検査などの各種の心理テストなど科学的鑑別方法による検査や、観護担当の法務教官による行動観察を行い、その結果を総合的に検討・分析し、専ら少年の性格の矯正に照準を当

⁴⁸ 丹治純子＝柳下哲矢「少年審判における家庭裁判所調査官の社会調査の実情について：少年の更生に向けた教育的措置を中心にして」家庭の法と裁判7号（2016年10月）24頁。

⁴⁹ 川出敏裕『少年法（第2版）』（有斐閣、2022年）64、65頁。

⁵⁰ 葛野尋之ほか編著『少年法適用年齢引き下げ・総批判』（現代人文社2020年）228頁（松原里美）。

⁵¹ 葛野ほか編著・前掲注（50）229頁（松原里美）。

てて、少年の問題点や有効な処遇の方向、予後の見通しなどの検討結果を、処遇意見を付して家庭裁判所に鑑別結果通知書で通知する（少年鑑別所法 17 条 2 項）⁵²。

また、家庭裁判所の処遇機能として裁判官が直接的に少年に教育的な働きかけもする。例えば、少年に話しかけ、非行事実の有無及び内容を確認し、非行の様態やその際の状況、被害者がいる場合には被害者に対する思いなど、当時の心情を振り返らせて自分の非行行為に向き合わせ、さらに非行に至った経緯や動機、少年自身の問題点やそれらの背景にある様々な事情などについて聞き進めるなど、少年自身が、自分の力で自己の問題点に気付くことができるよう、様々な工夫をする⁵³。

また、刑事裁判所は、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする（刑事訴訟法 1 条）から、それ自身の手続きとしては応報の機能を持っていないが、家庭裁判所による手続きにおいては、家庭裁判所調査官・少年鑑別所技官・教官・家庭裁判所裁判官等々との出会いの中で、少年は保護処分を受けるまでもなく、様々な気づきを得て更生する可能性を持っている⁵⁴。家庭裁判所が教育的意味のある調査機能と処遇機能を持っているのは、非行を契機として、少年の抱える問題性を発見し、少年に対して適切に介入・教育を行うことで、その問題の解決を助け、さらには二度と非行・犯罪をおこなわないことで、社会に復帰させるするためである⁵⁵。

現行少年法にとっては最も重要な制度は、裁判官先議制度と全件送致制度である。裁判官先議制度の導入は、家庭裁判所の調査機能を強調する意味がある。加えて、軽微な犯罪であっても、その背後に少年の大きな問題性があるかもしれないという考え方に基づいて、少年法においては全件送致主義が採られる。裁判官先議制度と全件送致制度は、犯罪事実を超えて事件の背後にある少年の要保護性を重視する意味を持つ。両制度の確立によって、家庭裁判所が少年司法システムの中心にあることを明確にしたと考えられる。

このように、調査機能は非行事実・要保護性を認定した上で、少年に対する最も適切な処分を決めるために行われるものと言われるが、社会調査はこの点だけに機能しているわけではない。社会調査において家庭裁判所調査官は、少年の特性に応じた働きかけを工夫し、その反応を観察しながら変化の可能性を見極めている。この事実上の教育的な働きかけが、実務上家庭裁判所調査官による「保護的措置」または「教育的措置」と呼ばれている⁵⁶。よって、社会調査は少年の健全育成という処遇機能にも直結しているのである。

また、家庭裁判所は、決定機能として少年鑑別所送致、試験観察、補導委託、保護処分、検察官送致などを決める。検察官送致以外の処遇は、少年の改善更生により強く繋がると考えられる。例えば、少年鑑別法 20 条 1 項は、「在所者の観護処遇に当たっては、懇切に

⁵² 葛野ほか編著・前掲注（50）230 頁（松原里美）。

⁵³ 葛野ほか編著・前掲注（50）230 頁（松原里美）。

⁵⁴ 吉中信心『少年刑法研究序説』（溪水社、2017 年）87 頁。

⁵⁵ 守山＝後藤編著・前掲注（4）16、17 頁（後藤弘子）。

⁵⁶ 丹治＝柳下・前掲注（48）24 頁。

して誠意のある態度をもって接することにより在所者の情操の保護に配慮するとともに、その者の特性に応じた適切な働き掛けを行うことによりその健全な育成に努めるものとする。」、少年院法1条は、「この法律は、少年院の適正な管理運営を図るとともに、在院者の人権を尊重しつつ、その特性に応じた適切な矯正教育その他の在院者の健全な育成に資する処遇を行うことにより、在院者の改善更生及び円滑な社会復帰を図ることを目的とする。」とそれぞれを定めている。あえて言うなら、事実認定機能という裁判所としての基本の機能以外に、家庭裁判所の調査機能も決定機能も、処遇機能の実現のための教育的な働きかけであると言えるだろう。

さらに、少年に対する教育的な働きかけは、家庭裁判所が事件を受理して以降、完全に家庭裁判所の手を離れるまで、継続的に行われる。現行少年法は全件送致主義と家庭裁判所先議主義を採っているために、あらゆる少年がこのような教育的な働きかけを受けられることができる。よって、家庭裁判所は少年の健全育成に尽力していると考えられる。次に具体例を挙げて家庭裁判所が少年に対してどのように働きかけをしているかを紹介する。

2 実務における少年に対する家庭裁判所の教育的な働きかけの紹介

(1) 大阪家庭裁判所の植田裁判官、黒田裁判官は以下のとおり紹介する

「在宅事件（学校の器物損壊の事案）で、審判の日に父とともに家庭裁判所にきた少年の態度が非常に悪かったことがあった。審判廷の長いすに父の隣で足を投げ出してそっくり返って座り、裁判官が入ってきて審判が始まって、その態度を改めようとしめない。裁判官の問いかけに対する少年の返答も気に入らない感じで、その態度を注意したところ、父も気まずそうにするだけで、少年をもてあましていたようであった。そこでピンときて、父を退席させて少年だけを審判廷に残したところ、少年は振り返って父が出て行ったことを確認し、いきなり椅子に背筋を伸ばして座り直し、「裁判官、すみませんでした。」と頭を下げて素直にそれまでの態度を謝った。どうも父と仲が悪くて、父の前では素直になれないようである。なんで父と喧嘩をしているのか聞いてみると「俺は、おやじと同じ仕事（鳶の仕事）をしたいと思っているのに、親父がダメだっていうんですよ……。」と言う。そこで、今度は少年を退席させて父のみを在席させて話を聞いて見ると「いや、私らの仕事は、あまりいい状況じゃありません、つらいばかりです。あいつにはもっと将来性のある仕事をしてほしいんです。」と言う。交代させて少年にお父さんこんなこと言っていたよと伝えると「そんな甘くないのは分かっています。でも、おやじと同じ世界で頑張ってみたいんです。」とまっすぐな目をしてはっきりと言う。結局、父を説得して、鳶の仕事をやってみることにして、そのかわり、いくつかの条件（最初は父とは違う親方のところで、

まずは数か月修行する。修行期間中は、きちっと朝早くおきて、絶対に遅刻しないなど）を父と裁判官と一緒に考えて、それを少年に伝えて、守れるか確認し、裁判官と父の前で約束させ、不処分とした。最後は、少年も父も照れくさそうによく似た笑顔で「ありがとうございました」と言って帰って行った。」⁵⁷

少年の保護者は、必ずしも指導力、支援力を持っていると限らず、親子間に大きな不和がある例も少なくない。そのような場合、少年が保護処分を受けたとしても、一旦家庭に戻ると、非行を繰り返してしまう可能性が大きい。しかし、親子関係が良くなくても、多くの場合保護者は少年が更生することを望み、少年は保護者に受け入れられることを望んでいる。それだからこそ、少年を立ち直らせるために、保護者ではないとできないことがある。そこでは、少年を教育するだけでなく、保護者にも、どうすれば少年を助けられるのかを学ばせる必要がある。

(2) また、大阪家庭裁判所が、在宅事件で審判不開始または不処分を終了する見通しの少年について、原則として集団型教育的措置を実施することを組織的に取り組んでいるので、これを紹介する⁵⁸。

①同庁における集団型教育的措置の種類は以下のとおりである。

ア 「万引き被害を考える講習」と「自転車盗被害を考える講習」

両講習の対象はいずれも少年と保護者である。少年に被害者であるコンビニ店主、自転車販売店店主等の話を聞かせた後、振り返りのための感想文を作成させることで、少年は被害の実情を理解し、非行が社会に与える影響を考えることが期待される。

イ 「原付盗被害を考える講習」

この講習の対象は少年と保護者である。家庭裁判所調査官の講義とグループワークの手法を用いて、原付盗（原動機付自転車窃盗）の被害について考えさせるとともに、無免許運転者に対して、その危険性や責任を考えさせる。

ウ 「地域清掃活動」

対象は少年である。少年に地域のボランティアと共に公園の清掃してもらうことで、社会の一員であること及び社会に役に立つことを実感させることが期待される。

エ 「保護者の会」

対象は保護者である。親のあり方考える動画の視聴と意見交換を行い、親としての責任を自覚させるとともに、少年の特徴や関わり方について理解を促す。

②これら集団型教育的措置の特徴は以下のとおりである。

⁵⁷ 植田智彦＝黒田香「少年審判の運営の実情」家庭の法と裁判7号（2016年10月）18、19頁。

⁵⁸ 丹治＝柳下・前掲注（48）27－29頁。

ア 地域社会と連携し、地域社会の力を活用した教育的措置の実践

非行少年にとって、健全な社会に触れることは、自分の考えの偏りに気づく機会になる。また、非行が社会にどれだけのダメージを与えたのかを考えさせる機会にもなる。そこで、集団型教育的措置を実施する際には、地域社会の人々の協力を得ることで、少年に社会との結び付きを意識させ、社会の一員としての自覚を促し、生活態度の改善を具体的に考えさせるよう努めている。

イ 被害者の視点を取り入れた教育的措置の実践

非行を犯した少年の中には、被害者に与えた影響や被害者感情を具体的に想像できない者が多い。したがって、少年の更生にとっては、被害者に与えた影響や、責任の重さを正確に理解させ、責任を直視させる働きかけが有効である。そのため、大阪家庭裁判所は被害者の視点を少年に付与し、内省を深めさせるような工夫しながら教育的措置を実施している。

大阪家庭裁判所のほか、各地の家庭裁判所もそれぞれ、様々な教育的措置を実施している。このように、実証主義犯罪学的な理念を基底にして誕生した家庭裁判所は、保護主義の貫徹に取り組み、少年の健全育成に優れた効果を発揮していると考えられる。

第4節 小括

第1節では、現代少年司法の歴史と理念を検討した。歴史からみると、犯罪論・刑罰論の変遷が少年司法を生み出したと考えられる。旧派から新派への変遷は一気に達成したのではなく、少しずつ変わっていくものであった。最初に出てきた少年法は例外法として刑法、刑事訴訟法、監獄法に付属して作られたものであった。このことから、少年司法発展の歴史も、少年法が付属条文から形式的にも実質的にも成人司法と分離された独立の法典へと進化する過程であると考えられる。保護主義を中心とする現代少年司法というものは、もともと応報刑を基礎とする一般の成人向けの刑事司法を少年に適用することに反対するためにできたものであると言える。Barry C.Feld は立法者が少年と成人の違いを認識し、少年司法制度と成人司法制度の間に線を引く必要があると指摘した⁵⁹。ひいては少年犯罪に関しては、実体法でも手続法でも、成人の規範を適用してはならない。少年犯罪に関する規定がいかに詳細であっても、成人刑事司法と区別しない限り、少年法制度を確立することはできないと主張する学者もいる⁶⁰。

日本における少年司法が成立するまでの経過もこのプロセスに適合していたと考えられる。明治初期の刑法における年齢を基準とする受刑能力に応じた特別扱い、旧刑法における懲治場送致制度、感化法、旧少年法を経て現行少年法がようやく成立した。このような

⁵⁹ Barry C.Feld, *Cases and Materials on Juvenile Justice Administration* (4th ed.2013), pp. 1-2.

⁶⁰ 林紀東『少年法概論』（国立編譯館、1967年）27頁。

歴史を経た現行少年法は少年法の適用年齢を 18 歳未満から 20 歳未満に引き上げ、少年の健全育成という目的を確定し、保護理念を宣言した。この理念に基づき、家庭裁判所先議と全件送致という 2 つの重要な制度を導入した。両制度の確立によって、家庭裁判所が少年司法システムの中心にあることを明確にしたと考えられる。

第 3 節においては現行少年司法の中心にある家庭裁判所を紹介した。刑事裁判と異なって家庭裁判所には事実認定、調査、処遇、決定という 4 つの機能がある。裁判所の基本としての事実認定機能以外に、調査機能も決定機能も少年の健全育成という目的に直結しているものであると考えられる。さらに少年法の全件送致主義と家庭裁判所先議主義を考えると、少年法はすべての少年が様々な教育と支援を受けられるように取り組んでいると見られる。

それ故に、日本は少年司法に対して保護主義に基づき、科学的に法整備をしたと評価できる。実務においても、家庭裁判所は様々な措置を通じて少年の健全育成に尽力してきたと言えよう。ところが、現実には完全に逆である。世論は少年法が軽すぎるために社会を犯罪から守れていない等と批判する一方、学界では少年法特に近年の改正法は根本的に保護主義から遠ざかっていると指摘されることもある。このように世論も学界も少年法を批判するのは何故か。第 2 章において検討しよう。

第2章 二元説が招いた問題

本章のはじめに

現法少年法は少年事件を、少年保護事件（第2章）と少年刑事事件（第3章）に分けている。序論で述べたように、少年保護事件が少年法に基づいて、保護・教育的で柔軟な手続きで扱われ、保護的措置・保護処分に付されるのに対して、刑事事件は基本的には厳格な刑事訴訟手続きにより刑罰が科されるという、二元説が取られている。

しかし、二元説はこれだけを意味しているわけではなく、さらに少年保護事件と少年刑事事件に影響を及ぼしていると考えられる。こういった影響が徐々に少年法を壊していくと考えられる。次にこれを具体的に検討する。

第1節 矛盾する家庭裁判所と刑事裁判所の判断

朝日新聞2017年1月23日号に、以下のような記事が掲載された⁶¹。

「未熟運転で死亡事故を起こしたとして起訴された少年（17）の2度目の裁判員裁判が大阪地裁で結審し、大阪地検は再び懲役4年以上8年以下の不定期刑を求刑した。少年の処遇をめぐるっては、地裁と家裁で判断が分かれたため裁判が長期化し、発生から約1年半経過している。刑罰を科すか、保護処分相当として家裁へ戻すのか。判断は24日に出る。」

2015年8月、兵庫県尼崎市内の市道で、17歳の少年が知人のワゴン車を運転中、自転車運転中の男性に衝突して死亡させた後、逃走したということで、自動車運転死傷処罰法の危険運転致死罪（未熟運転）などに問われた事件であった。

この事件について、大阪家裁は15年9月に刑事処分相当と判断し、大阪地検に逆送した。大阪地検が大阪地裁に少年を起訴したが、16年8月に大阪地裁は「少年の行為は刑事処分が相当なほど反社会的とは言えず、保護処分によって改善する余地が大きい」と判断し、保護処分が相当として、事件を家裁に移送した。ところが、大阪家裁はこの判断を「是認できない」と否定し、2度目の逆送をした。17年1月24日、大阪地裁は「事故は運転中に冷静な判断・操作ができなくなって発生したもので、故意の犯罪行為で人を死亡させた罪の事件のなかでは、反社会性が強いと評価できない」として、「事件の悪質性、結果の重大性や被告人の性格、資質、環境上の問題点が根深いこと等からすれば、仮退院まで4

⁶¹ 朝日新聞デジタル2017年1月23日号、最終的に大阪家庭裁判所は2017年3月10日に少年院送致とする決定を出した。

年程度の矯正教育を施す保護処分が妥当」と結論づけ、再び大阪家裁への移送を決定した。少年被告人はすでに1年間以上の身体拘束を受けていたが、現行法において、家庭裁判所は刑事裁判所からの移送を阻止することができず、少年側の不服申立も許されないため、このようなキャッチボール現象がさらに繰り返され、それによって裁判が長引き、少年の負担が過大になるおそれは否定できない。刑事裁判所と家庭裁判所の意見が常に一致するわけではないため、本節においてはこの問題をきっかけとして少年保護事件と少年刑事事件の関係を検討する。

1 キャッチボール現象の原因

少年法20条1項により、家庭裁判所が刑事処分相当と認めるときは事件を逆送する。そして、55条により、刑事裁判所が保護処分相当と認めるときは再び家庭裁判所に移送する。少年保護事件と少年刑事事件を合わせて少年事件と呼び少年法の対象になるが、二元説の視点から見ると、少年刑事事件の裁判は一般的な刑事裁判であり、少年法20条による検察官送致は、少年法と刑事裁判手続きとを連携する規定であるに過ぎないと考えられる⁶²。少年法は家庭裁判所により優位性を与えているわけではなく、家庭裁判所と刑事裁判所は平等な地位にあると見られる。

家庭裁判所の審判対象は要保護性と非行事実である。要保護性は具体的に、次の3つの要素を含んでいると理解するのが一般である⁶³。(ア)少年の性格や環境に照らして将来再び非行に陥る危険性があること(犯罪危険性)、(イ)保護処分による矯正教育を施すことによって再非行の危険性を除去できる可能性があること(保護可能性)、(ウ)保護処分による保護が最も有効でかつ適切な処遇であること(保護相当性)。それに対して、一般の刑事事件の裁判は「事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。」(刑訴法1条)ため、審判対象は訴因か公訴事実か争いはある⁶⁴ものの、要するに犯罪事実である。少年刑事裁判の審判対象は、法律に明言されていないが、二元説の立場から見ると、少年刑事裁判の本質は刑事裁判であるため、犯罪事実を対象とすると考えられる。

ところが、少年法55条は「裁判所は、事実審理の結果、少年の被告人を保護処分に付するのか相当であると認めるときは、決定をもつて、事件を家庭裁判所に移送しなければならない。」と定めるため、刑事裁判所は少年に対して保護相当性を判断しなければならないと考えられる。すなわち、家庭裁判所も刑事裁判所も少年の非行(犯罪)事実と保護相当性を審理対象としているということである。

⁶² 丸山・前掲注(38)57頁

⁶³ 裁判所職員総合研究所監修『少年法実務講義案(再訂補訂版)』(司法協会、2012年)39頁以下。

⁶⁴ 田口守一『刑事訴訟法(第7版)』(弘文堂、2017年)333頁以下。

55 条による移送について 2 つのパターンが想定される⁶⁵。1 つ目は、刑事裁判所の審理において、家庭裁判所の審理で判明しなかった事実が認定され、その新たな事実に基づき、保護処分が相当であると判断するパターンである。このパターンにおいては、両裁判所が違う判断を下したが、事実に対する認定自体が変わったため、矛盾であるとは言えない。もう 1 つは、刑事裁判所の審理において、特段の事情変更がないにもかかわらず、家庭裁判所にすでに認定されていた事情に対しては、異なる判断をするパターンである。

さらに、少年法 20 条に言う刑事処分相当性と 55 条に言う保護相当性とは裏腹の関係であるから、刑事処分相当であるとする判断は保護処分不適であるとの判断と見なして良く、他方保護処分相当であるとの判断は刑事処分不適であることを意味している。それ故に、キャッチボールの原因は、同じ事件に対して、家庭裁判所と刑事裁判所が完全に矛盾する判断を出したことに由来するのである。

2 家庭裁判所判断と刑事裁判所判断の優先順位

家庭裁判所判断と刑事裁判所判断の優先順位について少年法学界では、家庭裁判所の判断（刑事処分相当）に優位性を認め、逆送後に特段の事情変更が認められない限りは、再び家庭裁判所へ移送することを否定すべきだとの見解が有力に主張されている⁶⁶。こうした理解は、現行少年法が採用した家庭裁判所先議主義（家庭裁判所による専門的判断の尊重）とよりよく調和するものである⁶⁷。さらに、2000 年の少年法改正により、20 条 2 項が新設され、一定の要件を満たすと、刑事処分以外の措置を相当とする事情が認められない限りは逆送決定をしなければならないとされた。この条文との関係で、「保護処分を相当とする特別な事情が存在しない」との専門的判断にもとづいて逆送した家庭裁判所の結論は、刑事裁判による移送判断に際しても尊重されなければならないとする主張が強くなっている⁶⁸。

ところが、二元説の観点からは、少年法 20 条により、刑事処分が相当であると認められる少年は刑事裁判手続きに係属されることとなるから、少年刑事裁判はもとより刑事裁判である。憲法 76 条 3 項は裁判官の独立を定めるから、刑事裁判所は家庭裁判所の決定に拘束されるべきではないと考えられる。旧少年法における裁判例は、移送判断は事実審裁判所の自由裁量に委ねる⁶⁹見解を示しているほか、現行少年法 55 条について、最高裁判所は「少年法第五五条を適用して被告人を保護処分に付するを相当とするかいはなは事實審た

⁶⁵ 丸山・前掲注 (38) 62 頁

⁶⁶ 柏木千秋『新少年法概説 (改訂新版)』(立花書房、1951 年) 198 頁。

⁶⁷ 丸山・前掲注 (38) 61 頁。

⁶⁸ 丸山・前掲注 (38) 61 頁。

⁶⁹ 最判昭和 23 年 11 月 18 日刑集 2 卷 12 号 1614 頁。

る原審の自由裁量にまかせてある」⁷⁰と明らかにしている。これは現在の通説でもある。

また、逆送決定に対しては、少年法上の抗告が否定されており、刑事訴訟法上の特別抗告も認められないため、55条移送を申し立てることによって、家庭裁判所の判断を事実上見直す契機が与えられることになるとする説がある⁷¹。すなわち、家庭裁判所の判断（刑事処分相当）を刑事裁判所の判断（保護処分相当）によって覆すことを認める55条は、事実上、逆送決定に対する不服申立としての機能を持つ⁷²。この考え方も、家庭裁判所の判断（刑事処分相当）の優位性を認めないということである。

しかし、刑事裁判所の判断を優先するのは適切ではないと考えられる。なぜなら、少年法55条は刑事裁判所が少年に対して保護相当性を判断すると規定している。55条による家庭裁判所移送決定は、刑事裁判所が保護理念領域にある同一の対象に対して、専門機関である家庭裁判所の判断を否定するものと理解できる。刑事裁判所は一般的な裁判所として、審判するのは主に成人の刑事事件であるから、少年事件についての経験は家庭裁判所ほど豊富ではなく調査官なども設置せず、また証拠として審判するのも家庭裁判所が作った書類であるから、家庭裁判所の決定を覆すことがそもそもおかしいではないかと思われるからである。

そもそも二元説の観点から見ると、家庭裁判所が少年保護事件、刑事裁判所が刑事事件（少年刑事事件を含む）を主宰するため、いずれかの判断を優先させることはできないだろう。

3 二元説の深い影響

二元説の最も大きな影響は、少年法に責任主義・社会防衛思想を持ち込むことで、教育・保護主義と責任主義・社会防衛思想との区別を曖昧してしまうことであると考えられる。本来ならば、少年法1条は少年の健全育成を少年法の目的と規定しているため、責任主義や社会防衛思想のようなものを認めるべきではないが、二元説が少年刑事事件に対して責任主義と社会防衛思想を容認した立場を見せているため、少年保護事件に責任主義・社会防衛思想、少年刑事事件に教育・保護主義が現れることになった。

例えば、二元説は少年保護事件における家庭裁判所の審判対象を要保護性と非行事実であると解する。要保護性に、少年の性格や環境に照らして将来再び非行に陥る危険性があること（犯罪危険性）と、保護処分による矯正教育を施すことによって再非行の危険性を除去できる可能性があること（保護可能性）と、保護処分による保護が最も有効でかつ適切な処遇であること（保護相当性）という3つの要素があるとされている。そして、保護

⁷⁰ 最判昭和25年10月10日刑集4巻10号1957頁。

⁷¹ 丸山・前掲注(38)61頁。

⁷² 田宮＝廣瀬編・前掲注(2)505頁、北村和「家庭裁判所への移送」廣瀬健二編『裁判例コンメンタール少年法』（立花書房、2011年）488頁。

相当性は、ほぼ社会感情・被害感情又は事件の重大性・悪質性によって判断されるが、そこには責任主義と社会防衛思想が現れている。実務において、「非行事実の軽重と処遇の均衡は何らかの形で考慮されている」ということがあると指摘される⁷³が、これも責任主義の考え方である。

他方、少年刑事事件について少年への教育改善を求める、少年法の特別な規定もある。例えば、少年法 50 条は、少年に対する刑事事件の審理は、第 9 条の趣旨に従って、これを行わなければならないと定めている。第 9 条は「前条の調査は、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。」という調査の方針を規定している。

二元説は教育・保護主義と責任主義・社会防衛思想との間にバランスを取ろうとしているが、この本質的に対立するもの 2 つのものをあえて両立させようとする結果、却って矛盾を招くことになっていると考えられる。次の節においては少年刑事事件の裁判に教育・保護主義が浸透することの問題を検討する。

第 2 節 二元説における少年刑事事件の裁判の問題

前述のように、少年刑事事件の裁判は一般の刑事裁判として刑事訴訟法の対象とされると同時に、少年法 9 条、50 条等にも従わなければならない。少年法 9 条、50 条は少年への社会調査について規定している。少年に対する社会調査は、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現するという刑事訴訟法の目的に役に立つと言えるため、ここには問題ない。しかし、少年法の規定に従うことは、刑事訴訟としての基本原則と矛盾することが予想される。その場合、少年刑事裁判が有効に機能しているのか疑問が生ずるのである。

1 刑事裁判それ自体としての問題

ア 少年刑事事件の裁判中立性の問題

少年法 55 条は、「裁判所は事実審理の結果、少年の被告人を保護処分に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。」と定める。前述のように、この規定について、家庭裁判所による逆送決定に対して不服申し立てが許されないから、不服申し立ての代替として活用される手段であると理解する見解がある。

⁷³ 安藤正博「処分選択の原理」平野龍一＝松尾浩也＝澤登俊雄＝所一彦編『講座「少年保護」第 2 巻少年法と少年審判』（大成出版社、1982 年）244 頁。

しかし、家庭裁判所移送は、少年または保護者、弁護人の申し出によって発動する手続きではなく、裁判官が職権で自ら決定するものである。言い換えると、少年刑事裁判の裁判所は自発的に家庭裁判所移送することで、少年に刑事処分を科すことを避けることができるということの意味している。それ故に、保護処分と刑事処分の区別を意識しなければならない。

保護処分と刑事処分の区別は、ただ執行の期間や場所の違いではなく、新派刑法学と旧派刑法学の理念の違いである。新派は人間は自由意志を有しておらず、犯罪の原因は自身の危険な性格にある、それ故に、犯罪を防止するためには行為者自身の危険性を除去する必要があり、その危険性を持つ者は社会防衛のために一定の不利益処分を甘受すべき立場にある、その不利益処分としての刑罰の目的は、行為者の改善更生を図ることにあると主張する。その一方、旧派は人間は自由意志を持ち、自由意志に基づいて行動するものである。したがって、自由意志にもとづいて客観的に違法行為をすれば、それに対して非難し責任を問うことができる。そして、刑罰はその違法行為に対して応報として科されるものであると主張する。すなわち、刑事処分は社会からの否定的な評価を含み、刑事処分で犯罪者をこの否定的な評価を実感させることができる。この否定的な評価はさらにスティグマになり、刑事処分に付された人とそうでない人を分けることができる。いわゆる前科⁷⁴である。その一方、保護処分は法的非難に起因する社会からの評価と関係なく、その意味で単なる教育措置である。

社会から批判を受けるべきであるか否か、これは保護処分と刑事処分の最も大きな区別ではないかと考えられる。仮に少年刑事裁判を受ける被告人が、裁判所の家庭裁判所移送決定で家庭裁判所に移送され、保護処分を受けることになれば、被告人は社会的に責められる必要もなくなる。こうすると刑事司法が求めている非難・応報という目的が達成できなくなる。結果からみると、これは社会からの評価という点からすれば「無罪」と同等に見られうる。

刑事裁判において、判決は被告人の将来に大きい影響を与えるし、命に関わる場合さえあるから、裁判官は様々な証拠を慎重に調べ、徹底的に真相を究明し、厳正中立な立場で公正な判決を下さなければならない。それ故に、日本における刑事裁判にあっては、検察官と被告人（辩护人）が対立当事者として攻撃防御を尽くして、そのうえで裁判所が両当事者から独立した第三者として判断するという当事者主義をとることで、裁判官の厳格な中立性を求めている⁷⁵。当事者主義をとったのは、職権主義の裁判官が自ら証拠を収集し真実を追究する同時に判断者を兼ねることを避けたためであった。本来刑事裁判が当事者主義を採る趣旨は、当事者（検察官と被告人）に証拠収集や主張・立証を委ね、公平・中立な判断者に徹することにある。すなわち、検察官と被告人の間で、裁判官は真ん中に立つ

⁷⁴ 法律上の定義はないが、前科がある人に、各種資格、国外渡航永住を制限することがある。

⁷⁵ 守山=後藤編著・前掲注(4)184頁(上野正雄)。

ていなければならない。

しかし、検察官は少年刑事裁判による家庭裁判所移送決定に対して不服申し立ては許されない。ふさわしくない例えかもしれないが、裁判官が少年に「無罪」の判決を下す上に、さらに検察官側の不服申立の権限も認めないという事態と同様に理解しても良いと思われる。少年刑事裁判においては、裁判官は少年寄りにいると言わざるを得ない。これによって、少年刑事裁判の中立性が疑われることとなる。

イ 少年刑事裁判における裁判官の裁量権の問題

保護処分は「無罪」判決と同等のものとも評価されうるという観点から見ると、第55条による家庭裁判所移送は、刑事裁判の裁判官に法定刑の制限を超えて、処分を決定する権限を与えていることになると考えられる。

一般的な刑事裁判において、被告人の行為が罪に当たらないとき、もしくは被告事件について犯罪の証明がないとき、無罪判決が出されることとなる。逆に罪に当たるならば、裁判官は原則として法定刑の範囲内で判決を出さなければならない。刑事裁判にあっても、処遇の個別化を実現するために裁判官に一定の裁量権が与えられたが、被告人が有罪か無罪かは裁判官の裁量権によるものではなく、証拠によって決定されるものである。有罪であるとの証明がなされれば、有罪判決をする。すなわち、裁判官の裁量権は法定刑・処断刑の範囲内での量刑に限定されるのである。例えば、殺人罪の場合は、5年の懲役から死刑までの刑罰は裁判官の裁量に委ねられるが、有罪であると証明されれば、刑の減免の場合を除いて一番軽い刑罰でも5年以上の懲役としなければならない⁷⁶。

少年に実刑を科すのが不相当であり、かつ執行猶予にするのも躊躇されるような事由があるときに、55条（家庭裁判所移送）の活用が期待される⁷⁷という見解があるが、55条による家庭裁判所移送は、事実認定で罪を犯したと認めても、保護相当性さえ認められれば決定できるものである。裁判官の裁量権は法定刑の範囲内での量刑に限定すべきであったが、55条により少年はある罪に該当するとしても、裁判官は保護相当を理由とし、少年に事実上、刑を免ずることができる。これほどまでに幅広い裁量権は限界を超えているのではないかと考えるのである。

ウ 罪刑均衡原則の問題

さらに、要保護性の要素に「保護相当性」があるため、少年法55条による家庭裁判所移送が認められるのは、刑事処分と保護処分の両者を比較した上で、保護処分の有効性のほうが勝っているだけでなく、保護処分を許容してもよいという評価ができる場合でなけれ

⁷⁶ 刑法66条による酌量減軽の場合であっても、短期は2年6月以上の有期懲役でなければならない。

⁷⁷ 田宮裕編『少年法：条文解説』（有斐閣、1986年）287頁。

ばならないとされる⁷⁸。

すなわち、当該少年について、予想される刑事処分（刑の種類と程度、執行猶予・保護観察の有無）と移送後に見込まれる保護処分（調査・鑑別・試験観察等を含めて）とを具体的に比較検討したうえで、保護処分のほうが刑罰よりも少年の健全育成にとって有効であると認められる場合であっても、保護相当性の存否判断にあたって、社会的に（被害者感情や社会の処罰感情、正義観念等に照らしても）許容範囲内にあるか否かという、必ずしも明確な証拠が存在するとは限らない事柄について裁判官が判断しなければならないのである。それぞれの要素に対する個々の裁判官の判断基準は必ずしも一致すると限らない。

そう考えると、少年への終局処分は個々の裁判官が持つ基準により大きく違うこととなる。同じ犯罪であったとしても、刑事処分に再犯防止の効果がより高いと考える裁判官に担当される少年は、刑事処分にされる可能性が高い。刑事処分より、保護処分のほうが再犯防止に高い機能が発揮されると思う裁判官は、家庭裁判所移送を活用する傾向が高いと思われるから、少年は刑事処分を免れる可能性が高い。

罪刑均衡原則は、犯した罪に対して科される刑罰が、合理的な判断の下で相応であることを求めている。すなわち、量刑において比較的軽い犯罪の場合は軽い刑罰、比較的重い犯罪の場合は重い刑罰が科されるべきである。しかし、前述の場合、比較的軽い犯罪のときは軽い刑罰が科されるのに対して、比較的重い犯罪の場合は家庭裁判所移送で刑を免れることがあると予想される。これは罪刑均衡原則に違反すると考えられる。

2 少年法への影響

少年法1条は、「少年の健全な育成を期し、非行のある少年に対して性格の矯正及び環境の調整に関する保護処分を行うとともに、少年の刑事事件について特別の措置を講ずることを目的とする。」と定めた。少年法がこうした目的を定めている根底には、少年の可塑性の高さゆえに、犯罪を行った少年も、適切な措置をすれば、健全な社会人として育つ可能性が高く、そうすることが、単に制裁として刑罰を科すよりも、少年本人にとっても社会にとっても利益が大きいという考えがある⁷⁹。

二元説によると、少年保護事件が少年法に基づいて、保護・教育的で柔軟な手続きで扱われ、保護的措置・保護処分に付されるのに対して、少年刑事事件は基本的には厳格な刑事訴訟手続きにより刑罰が科されるということになる。しかし、保護理念の広がりによって、少年刑事裁判に保護理念が浸透し、影響を与えていると思われる。前述の少年法9条と50条は、家庭裁判所における少年保護事件に対する科学的調査の方法及び教育的な取り

⁷⁸ 丸山・前掲注(38)63、64頁。

⁷⁹ 川出・前掲注(49)2頁。

扱いを、刑事裁判所の公判審理にも取り入れようとするものであると考えられる⁸⁰。しかも、刑事訴訟法規則 277 条が、「少年事件の審理については、懇切を旨とし、且つ事案の真相を明らかにするため、家庭裁判所の取り調べた証拠は、つとめてこれを取り調べるようにしなければならない。」と規定しているため、少年刑事裁判所は家庭裁判所調査官のような機関を設置していないが、家庭裁判所での少年に対する科学的調査の結果を活用しなければならない。そこから、少年保護事件において家庭裁判所に専属していた処遇機能が、少年刑事事件の手続きにも現れていると考えられる。

刑事事件の裁判なのに、少年の健全育成に配慮し、少年保護事件の目的、措置などを持っていくことを、少年刑事事件の保護主義化と呼ぶことにする。少年法制全体にわたって保護理念が貫徹されることは望まれるが、しかし、少年刑事裁判をそのままにし、そこに保護理念を浸透させる形は、間違っているばかりか、さらに大きな問題を招く恐れがあると思われる。

少年法は他の法律より軽すぎるために一般予防効果が期待できず社会を犯罪から守れていない等と世論に批判され、少年法廃止論もある。前述のように、少年法制と刑事司法は理念を異にするものであり併存することができないにもかかわらず、無理矢理に少年法制の保護理念を刑事司法に浸透させることは、少年刑事裁判への不信を招くといえよう。あくまでも、少年刑事事件の裁判は刑事司法の一部分であるとする以上、責任主義に基づき、犯行を行った少年への応報実現を目的とする。その少年刑事事件の裁判において、少年への保護を強調するのがおかしいのである。さらに、少年刑事裁判への不信は、少年司法制度全体に拡大し、少年法発展の支障になる。

第 1 章第 2 節で述べたように、少年法発展の歴史は、少年法が付属条文から独立した法典に進化する過程である。少年法発展の方向は、刑事司法の中に少年への保護理念を挿入することではなく、成人刑事司法と峻別し、完全に独立した少年法制度にあるべきである。現在の世界各国の少年法を、その発展の段階に応じて付属条文モデル、半独立立法モデル、独立立法モデルの 3 つのモデルに分けることができる⁸¹。

日本の少年法制においては、1882 年に旧刑法が施行され、フランス刑法を参考にして少年犯罪者を懲治場へ送る教育制度が設けられたのち、1898 年の感化法、大正少年法を経て、現行少年法の成立までは、大体この流れに当たるといえよう。特に、少年に対する保護処分の決定は、家庭裁判所が行うことになったことと、検察官先議から裁判官先議に改められたことは、少年司法が一般の刑事司法から脱退し、独立立法モデルに向っていることを表明したものである。

しかし、20 世紀後半になると、犯罪状況の悪化に伴って犯罪者に甘すぎると批判されるようになった。それに応じて、2000 年に刑事処分可能な年齢を 16 歳以上から 14 歳以上

⁸⁰ 団藤重光・森田宗一『少年法（新版第 2 版）』（有斐閣、1984 年）402 頁。

⁸¹ 姚建龙「论预防未成年人犯罪法的修订」（武汉大学出版社法学评论 2014 年 5 期）119 頁。

に引き下げ、原則逆送制度も導入されるようになった。ここからは、少年刑事事件が一般の刑事司法に近づき、少年法制が独立立法モデルから離れつつあることが見て取れる。

厳罰化に対しては、様々な反対を招き、学界も少年保護への配慮を呼びかけている。しかし、私たちが求めるべきであるのは、刑事司法の中で保護理念が実現されることではなく、成人刑事司法と峻別された完全に独立な少年法制度であるべきである。少年刑事裁判に本質的な改革が必要である。少年刑事裁判に保護理念を浸透させることは、妥協にすぎないのではないかと思われる。

中国の例を見ると、2010年前後、少年法制の立法方向に関して争いがあったが、2012年に刑事訴訟法の未成年⁸²の専門章節が新設されたことに伴って、中国少年司法制度は刑事訴訟法の付属条文として確立された。新設した未成年の専門章節は様々な少年への配慮を規定しているが、これはあくまでも刑事訴訟法の枠内の一部の特別な規定に過ぎない。もちろん、刑事訴訟法に未成年専門章節として開設できたのは、中国少年法制度にとっては大きな進歩であるが、これによって、この先の何十年も、独立した少年法典の誕生を期待することができなくなったと言わざるを得ない。

それゆえに、これからの日本の少年法の改正の重点は、少年刑事事件における少年への配慮ではなく、一日も早く成人刑事司法と分離することに置くべきである。二元説は少年司法制度全体に不信を招くことだけではなく、完全に独立した少年法制度の創設という目標を遠ざけてしまうのである。

第3節 二元説における少年保護事件の審判の問題

二元説では少年保護事件に責任主義・社会防衛思想が入り、少年保護事件に対して家庭裁判所の審判は、社会感情・被害感情又は事件の重大性・悪質性に影響されることになる。本節においては、この状況をふまえ少年保護事件の審判の問題を検討する。

1 家庭裁判所と少年刑事事件との関係

少年の健全育成という少年法の目的から出発すると、本来ならば、家庭裁判所の審判で、少年に対する最も適切な保護処分を決定し、それを少年に受けさせることで、少年の健全育成を達成することが理想的である。しかし、すべての少年が保護処分を受けられるとは限らない。家庭裁判所の逆送決定により、一部の少年が保護処分に向かう手続から排除されることがあるからである。

二元説の観点からは20条に関しては、家庭裁判所は少年に対して保護処分に相当するか刑事処分に相当するかを判断し、刑事処分が相当と判断する場合は、事件を検察官に逆送

⁸² 中国においては、未成年とは、18歳以下の少年のことをいう（中華人民共和国刑法17条）。

することをもって、家庭裁判所側の手続きは終了し、その後の少年刑事裁判は、家庭裁判所との関係はないということになる。この考え方からすると、検察官送致の実質は、少年が保護手続から排除され、通常の刑事手続に入るにすぎないということになる。

それゆえ、現行法は全件送致主義を採っているものの、少年刑事事件の場合は、家庭裁判所は送致された事件を判断（保護事件か刑事事件か）した後、直ちに「排除」する。そのため、実際に少年刑事事件に関わることはなく、家庭裁判所の実質の管轄範囲は、少年保護事件に限定されると言って良い。少年法1条は、「この法律は、少年の健全な育成を期し、非行のある少年に対して性格の矯正及び環境の調整に関する保護処分を行うとともに、少年の刑事事件について特別の措置を講ずることを目的とする。」と定めているが、このように、少年刑事事件は、実質的に家庭裁判所の管轄範囲から排除され、厳格な刑事訴訟手続により刑罰が科される対象となるため、「少年の健全な育成」という少年法の基本理念の対象外に置かれてしまうことになる。しかし、家庭裁判所の各活動は少年の健全育成という目的を達成すべく機能しているため、様々な教育的な措置を取った後、結局少年を刑事裁判に送るのは中途半端ではないかと疑問視される。

一例を挙げる。少年が家庭裁判所に送致され家庭裁判所調査官による社会調査が命じられた（少年法8条2項）とする。家庭裁判所調査官は科学主義に基づいて調査を行い、少年の生育環境や特質を把握し、少年が社会生活の中で遇した問題を理解することで、ようやく少年との信頼関係を構築することができた。しかし、保護相当性がない（保護不適）として検察官によって送致されることになった。この少年が、この後検察官に起訴され、実刑判決を受けたら刑務所で何年も受刑しなければならないということを知ったら、当然ながら見捨てられたと受け取るだろう。中国上海社会科学の院の姚建龍は、少年に対していくつかの暖かい特別な措置をしつつも、結局最後には刑罰を受けさせることを、猫がしとめたネズミをもてあそんでから食べることに譬えた⁸³。その時に受ける少年のショックの大きさは想像に難しくなく、家庭裁判所調査官の更生に向けた努力も無意味になりかねない。そのような状況の中で、少年がこれからの刑事手続において検察官、裁判官を信じることも、さらに彼らによって構成されていく手続の公正性そのものを信じることも困難であろうし、実刑判決の場合に刑務所で罪にきちんと向き合って受刑することも期待できない。極端な話になるかもしれないが、いずれ保護不適で少年を刑事処分を受けさせるなら、最初から成人と同じように検察官に送れば良いだろう。猫がしとめたネズミをもてあそんでから食べるようなやり方は、むしろ逆効果を招くだろう。

2 二元説における家庭裁判所の専門性の問題

少年法は裁判官先議制度と全件送致制度を取り、家庭裁判所を少年保護事件の中心とし

⁸³ 姚建龍「未成年法的困境与出路」（上海政法学院青年研究2019年1期）5頁。

たのは、家庭裁判所が社会調査における諸科学を活用し、少年の問題とその対策を明らかにすることができるためである。そこから、少年保護の領域において家庭裁判所が最も専門性を持つ機関ではなければならないということが前提になる。二元説はこういう前提を覆しかねないと考えられる。

まずは少年法56条を通じて検討する。逆送されて刑罰を受ける14歳及び15歳の少年は、少年法56条3項により、16歳に達するまでの間、少年院に收容され、矯正教育を受けることができる。これにより、少年院收容受刑者という法制度ができた。56条3項の趣旨は、14歳及び15歳の少年は精神的に未熟であり、また、一般的に義務教育を受けている段階にあることを考慮すると、少年刑務所より、少年院のほうが相応しいというところにある。しかし、本来保護処分の執行場所を刑事処分の執行に使うことは理論上も運用上も大きな問題があると指摘されている⁸⁴。

まず理論上の問題についてであるが、「少年院收容受刑とそこでの処遇は、14歳、15歳の少年に限った特別の措置とされている。なお、これらの改正は、14歳、15歳の少年に対する新たな刑種を創設したのではなく、既存の懲役・禁錮刑の執行の特則を定めたものである。それゆえ、少年を少年刑務所に收容するか、それとも少年院に收容するかは、刑を言い渡す裁判所ではなく、刑の執行を担当する矯正当局が決定することになる」⁸⁵とされるが、そもそも刑の執行を担当する矯正当局が少年院に收容し、義務教育を受けさせるべきと判断する14歳15歳の少年が裁判の段階で刑罰を言い渡されたのはなぜなのだろうか。

刑の執行を担当する矯正当局が決定する時点と、裁判所が判決を下す時点は、ほぼ同じであるから、少年自身の要保護性の変化は考慮しないとして、2つの場合が考えられる。

一つは、①家庭裁判所と刑の執行を担当する矯正当局が審理する（考える）対象は同じであるが、ただ違う意見を出したということである。これについては、刑の執行を担当する矯正当局と家庭裁判所が同じ対象に対して違う判断をしたことは、説得力が弱く、少年への措置的的確さを損なうと思われる。

もう一つは、②家庭裁判所と刑の矯正当局が審理する（考える）対象が異なっているということである。これについては、どのような処分が少年に対して最も適切かを検討するにあたって、少年の性格、家庭、環境、生育歴等の少年自身のこと（犯罪危険性と矯正可能性）を考えなければならないから、家庭裁判所も刑の執行を担当する矯正当局も、審理対象には、少年の犯罪危険性と矯正可能性が含まれると思われる。異なっているのは、家庭裁判所は、非行事実が重大であるために、社会の法感情や被害感情を考慮して逆送することがあるが、刑の執行を担当する矯正当局は、社会感情を考えずに、少年自身に着目して判断することができる。家庭裁判所の審理対象である要保護性には保護相当性があるが、矯正当局は保護相当性を考えないから、結論も異なるということである。

⁸⁴ 守山=後藤編著・前掲注(4)227頁(守山正)。

⁸⁵ 甲斐行夫ほか『「少年法等の一部を改正する法律および少年審判規則等の一部を改正する規則の解説」』（法曹会、2002年）227頁。

一般的に、少年に対する最も適切な措置と言え、やはり家庭裁判所調査官、少年鑑別所技官、教官、家庭裁判所裁判官を有している家庭裁判所のほうが的確に判断できると思われる。したがって、この①と②、どちらの場合であっても、家庭裁判所と刑の執行を担当する矯正当局が少年への措置に対する意見が違ふとき、家庭裁判所の意見を優先すべきではないかと考える。しかし、要保護性の判断要素の一つとされる保護相当性に対しては、その判断に非行事実の軽重やその社会的影響が反映するものであるから、要保護性という概念に適合しないという批判がある。そう考えると、14歳15歳の刑事処分にされた少年に対して、専門性は相対的に低いにしても、少年保護に専念できる矯正当局の意見を優先させる立法がなされたのは、立法者が保護相当性という概念は少年法理念からして不適當であると意識しているが故に執行の段階では保護主義を優先することとしたためと理解することもできるのではないだろうか。

ところが、このように理解しても、少年院収容受刑と決定する場合は、家庭裁判所の決定と矯正当局の決定が違ふことによる問題は解決できない。矯正当局の決定を優先することが家庭裁判所の権威と専門性を損なうこととなり、家庭裁判所の決定に対する不信感を招く恐れがあると思われるからである。以上は理論上の問題である。

次に運用の問題について検討する。少年を短期間だけ少年院に入れるのは、教育のためであるといえるが、少年の改善程度を問わず、既に矯正教育を受けた少年を刑務所に移送するのは、応報の観念に基づいて罰するためであるとしか考えられない。本節1項「家庭裁判所と少年刑事事件との関係」で挙げた例はここにも適用できる。

例えば、15歳の少年が、逆送されて20年の有期懲役と言渡されたとする。まず、少年院に入院して1年間経た。この1年間、少年院で真摯に指導を受けたり、信頼できる仲間を作ったりをして、ついに新たな人生目標を立てた。しかし、16歳になるにあたって刑務所に移送され、そこで爾後の19年を受刑することになる。しかも、少年院で学んだ様々な社会的スキルや職業的技術等を生かすことがその間事実上困難になることを少年が知ったら、少年が大きなショックを受けることは容易に想像できる。少年院での教育指導が無意義とさえなりかねない。そのような状況の中で、少年が刑務所できちんと受刑したり、反省したりすることはできるであろうか。16歳になったら、少年の改善の程度を問わず、必ず刑事施設に移送すると規定する56条3項は、非常に矛盾している規定であると考ええる。

ところが、少年の改善の度合いに応じて対応しようという配慮は他の条文には表れている。少年法52条は少年に対する不定期刑を規定している。その趣旨は、少年は可塑性に富み、教育による改善の可能性ないし進歩の速いことが期待されるから、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、刑期に幅をつけることで処遇に弾力性を持たせる点にある⁸⁶。それなのに、なぜ56条3項ではその配慮がなされなかったのか。少

⁸⁶ 田宮＝廣瀬編著・前掲注(2)497頁、小林充「少年に対する不定期刑の言い渡す基準について」家月25巻12号(1973年)7頁。

年院在院受刑者についての規定は、2000年改正で設けられたものである。第1章第2節に述べたように、2000年改正の背景は、2000年前後に少年による重大な事件が相次いで起こった中で、少年犯罪に凶悪化、若年化の傾向が表れたとして、少年法の厳罰化を求める世論が盛り上がったことである。それに応じて、2000年に刑事処分可能な年齢を16歳以上から14歳以上に引き下げるという改正がなされた。それに対して、日弁連が強く反対した⁸⁷。56条3項は、日弁連などの反対意見を懐柔するため、あえて作成された規定ではないかと思われる。

本来ならば、家庭裁判所による社会調査における諸科学を活用し、少年の問題を明らかにした上で、少年に対して適切な措置をすれば少年が立ち直る可能性が高いと信じられるが故に、少年法が成立するわけである。56条3項は少年受刑者の改善更生に悪影響を及ぼすだけでなく、ひいては家庭裁判所の権威と専門性を損ない、少年法の根本である科学主義をも覆してしまうと言っても過言ではない。

第4節 二元説における虞犯制度の正当性に関する検討

少年の可塑性の高さゆえに、虞犯少年に対して事前の介入、触法・犯罪少年に対して適切な措置をすれば、健全な社会人として育つ可能性が高いとする保護原理が、保護処分に正当性を与えた。しかし、少年保護事件に責任主義・社会防衛思想が出現してきたことに伴い、保護処分における少年の人身の自由への制限という側面が重視されるようになった。そこから少年の要保護性の程度と非行事実の程度との間に矛盾が出てきた。以下の3つの状況があり得る。①少年の要保護性と非行事実が同じレベルにある場合。②少年の要保護性が非行事実の程度より低い場合（非行事実が重大であるが、少年の立ち直りまで長期間の処分が必要ではないとされる場合）。③少年の要保護性が非行事実の程度より高い場合（非行事実が軽微であるが、少年の立ち直りまで長期間の処分が必要とされる場合）。

①の場合は、要保護性と非行事実と同じレベルの処分を下せば良いため問題にならない。②の場合も、少年の要保護性に対応する、相対的に軽い処分を出すことこそが少年法の趣旨に当てはまるため問題がないが、③の場合は、少年法の趣旨から出発すれば相対的に重い処分を出すべきであるが、非行事実の程度を考えると、少年の人権に対する侵害になるのではないかとの批判がある。特に虞犯事件の場合には、この矛盾がさらに大きくなる。それを原因として実務においては虞犯の運用を制限する傾向が見られる。本節においては虞犯制度における要保護性と非行事実の衝突を通じて、少年法への影響を検討する。

⁸⁷ 日本弁護士連合会「少年法「改正」法案に反対する決議」。(1999年10月15日)

1 虞犯制度に関する学説

(1) 虞犯事由と虞犯性の関係

日本少年法3条3項は、「次に掲げる事由があつて、その性格又は環境に照して、将来、罪を犯し、又は刑罰法令に触れる行為をする虞のある少年…略」と定めて、日本の虞犯制度を規定している。虞犯事実については、一般的には、虞犯事由と虞犯性から構成されるものと解する判例と学説が多い⁸⁸。そして、虞犯事由と虞犯性の関係については、3つの考え方がある。

①虞犯事由と虞犯性は、完全に平等かつ独立したものであると解する見解である。1968年2月に最高裁判所において開催された全国少年係裁判官会同において、最高裁判所事務総局家庭局は「現行法はぐ犯要件として、法3条の1項3号の(イ)ないし(二)のぐ犯事由とぐ犯性の二つを要求しているものと解しています」との見解を示した⁸⁹。

②虞犯事由は、少年が持つ虞犯性の徴表であると解する見解である。この見解からは、虞犯事由に該当する事実が存在する場合、原則として虞犯性が推定されるべきであるとされる。例外的に、特段の事情が存在する場合にのみ、虞犯性を別個検討すればよいということになる⁹⁰。

③虞犯事由が形式であり、虞犯性が実質であると解する見解である。この見解は、「虞犯事由に当たる現実の行状の評価において、その現在において顕わになった少年の性格、環境に照らして、将来犯罪を行う危険性が看取されることを必要としかつそれで足りる⁹¹」ということを主張する。

上述の見解を簡単にまとめると、①は虞犯事由と虞犯性両方とも重視するもの、②は虞犯事由を重視するもの、③は虞犯性を重視するものと理解すれば良い。過去の裁判例は、上記①と②の見解を支持していたと見られる。また、前述の1968年に最高裁判所家庭局が示した見解も、あくまでも①の見解を超えるものではなかったといえる⁹²。

しかし、この後の裁判例は、①又は②から③に移り変わりつつある傾向を示した。例えば、1971年10月27日の名古屋高等裁判所は少年法3条1項3号に対して、「全体の趣旨からみると、同号イないしニ所定の事由は、そのうちの一個もしくは数個が合して、その少年の性格又は環境に照して、同少年が将来罪を犯し、又は刑罰法令に触れる行為をす

⁸⁸ 小西暁和「「虞犯少年」概念の構造(3)-公正さと教育的配慮の矛盾相克する場面として-」早稲田法学80巻4号(2005年)188頁。

⁸⁹ 最高裁判所事務総局家庭局「昭和四三年二月開催 少年係裁判官会同協議概要」家裁月報20巻11号(1968年)129頁。

⁹⁰ 阿部純二「虞犯少年の法的考察」家裁月報13巻9号(1961年)7頁。

⁹¹ 平場安治『少年法(新版)』(有斐閣、1987年)103頁。

⁹² 小西・前掲注(88)190頁。

る危険が予測される程度のものであることを要する」⁹³という判断を出した。この決定は、形式と実質の関係として虞犯事由と虞犯性の内部的連関を考える上記③の見解にもとづいたものであるといえる⁹⁴。

③の見解は、虞犯事由を形式、虞犯性を実質と解するため、虞犯事由を認定する際に虞犯性を考慮しなければならないということになる。したがって、③の見解は虞犯事実の過度の拡大を防ぐことができ、少年の権利保障を重視する学説であると言える⁹⁵。③の見解が通説になりつつあることによって、今後虞犯の認定が減っていくものと思われる。

(2) 虞犯性の内容

少年法3条にいう虞犯性は、少年が将来犯罪又は触法行為を行う危険性を意味している。

予測される将来の犯罪又は触法行為について3つの考え方があげられる⁹⁶。①虞犯段階において少年の将来の犯罪又は触法行為を特定することが難しいことから、予測される犯罪又は触法行為は、特定のものである必要はなく、一般的な犯罪又は触法行為の危険性で足りるとする見解である。②予測される犯罪又は触法行為は、特定のものである必要があるが、刑事学的な犯罪類型を示すことで足りるとする犯罪行為説である。③予測される犯罪又は触法行為は、特定とされたものである必要があり、具体的な罪名を示すことを要するとする罪名説である。①から③へと虞犯の認定にかけられる制限が厳しくなり、③の見解が最も少年の権利保障を重視すると思われるため、現在では最も有力になっている。

裁判例を見ると、過去には①に立つ例が多かったが、1971年10月27日の名古屋高等裁判所の決定は、①の見解を否定し、③の見解に立つ判断を明確に示した。現在では、予測される具体的な罪名を示している裁判例がほとんどである⁹⁷。

次に、虞犯が成立するにはどの程度の危険性が必要であるかが問題になる。この点については、単に何らかの犯罪又は触法行為をおこなう可能性つまり漠然とした危険性があるというだけでは不十分であり、犯罪又は触法行為をおこなう蓋然性つまり高度の危険性まで認められることが必要であるとする見解が通説になっている。しかし、虞犯少年は未だ罪を犯していないため、それらの自由の制限を正当化するには、犯罪又は触法行為をおこなう可能性が「高度の蓋然性でなければならない」と主張する説もあり、実務も徐々にこの主張を支持する傾向を見せている⁹⁸。

(3) 虞犯事由

⁹³ 名古屋高決昭和46・10・27家月24巻6号66頁。

⁹⁴ 小西・前掲注(88)190頁参照。

⁹⁵ 小西・前掲注(88)191頁参照。

⁹⁶ 小西・前掲注(88)196、197頁参照。

⁹⁷ 小西・前掲注(88)198-200頁参照。

⁹⁸ 小西・前掲注(88)194、195頁参照。

虞犯事由は、3条1項3号イ、ロ、ハ、ニに規定されているが、イ「保護者の正当な監督に服しない性癖のあること」とロ「正当の理由がなく家庭に寄りつかないこと」は保護欠如性を示す事由、ハ「犯罪性のある人もしくは不道德な人と交際し、またはいかがわしい場所に入出すること」は環境的危険性を示す事由、ニ「自己または他人の徳性を害する行為をする性癖のあること」は性格的問題性を示す事由として理解できる⁹⁹。

虞犯事由の趣旨は、虞犯の認定に客観性を付与し、少年の権利保障に資することにあると考えられる¹⁰⁰ため、これらの事由は、例示的列挙ではなく、制限的列挙として厳格に解釈される必要があるとされている¹⁰¹。しかし、こうした虞犯事由は、「正当な監督」、「正当の理由」、「犯罪性のある人」、「不道德な人」、「いかがわしい場所」、「徳性を害する」といった抽象的な概念を中心に構成されているため、その判断は判断者の価値観に左右される可能性が強く、法的安定性を害するので問題であるとの指摘がなされている¹⁰²。

(4) まとめ

前述のように、虞犯の認定にあたっては、裁判所は公正さを重視するようになりつつあり¹⁰³、虞犯事由と虞犯性の関係、虞犯性の内容、虞犯事由に関する学説いずれも虞犯の認定を慎む姿勢を見せており、将来さらに運用を制限していくと予想される。

しかし、公正さを過度に追求すれば、2つの問題があり得ると指摘される¹⁰⁴。①虞犯事実は、明確に他者の利益を侵害するような犯罪事実よりも軽微な非行事実であるため、虞犯少年に対しては、犯罪少年に対する場合と比較して自由を制約する程度のより低い処分を科するのが妥当である。②侵害原理の観点から見ると、そもそも他者の利益を未だ侵害していない虞犯事実に基づき虞犯少年の自由を制限することが公正ではない。この2つの問題と前述の法の安定性の問題により、虞犯制度自体の正当性が問われることになる。将来虞犯制度はどうかを予測するために、次に台湾の虞犯制度に関する近年の改正の動向を見る。

2 台湾の虞犯制度に関する改正の動向

台湾において、少年¹⁰⁵事件を扱う法律は「少年事件処理法」（以下少事法と記する）であ

⁹⁹ 田宮＝廣瀬編著・前掲注（2）80、81頁。

¹⁰⁰ 田宮＝廣瀬編著・前掲注（2）80頁。

¹⁰¹ 田宮＝廣瀬編著・前掲注（2）81頁。

¹⁰² 澤登・前掲注（35）93頁。

¹⁰³ 小西暁和「虞犯少年」概念の構造（4）-公正さと教育的配慮の矛盾相克する場面として-」早稲田法学 81巻1号（2005年）120頁。

¹⁰⁴ 小西・前掲注（103）121頁。

¹⁰⁵ 台湾では12歳未満のものを児童、12歳以上18歳未満のものを少年とする（少事法2条）。

る。少事法は、日本の少年法から強い影響を受けたため、その内容は、日本少年法とほとんど同じとなっている。

少事法 3 条は、「左に掲げる事件は、少年法院¹⁰⁶の管轄に属し、この法律によって処理する。一、(…略…)。二、次に掲げる事由があつて、その性格又は環境に照して、将来、刑罰法令に触れる行為をする虞のある少年。(一) 犯罪性のある者と常に交際すること。(二) 少年にとっていかがわしい場所に常に出入すること。(三) 常に不登校又は家出をすること。(四) 不良の組織に参加すること。(五) 正当の理由がなく常に刀剣その他の武器を携帯すること。(六) 麻薬及び麻酔用品以外の混合薬物を使用すること。(七) 法律によって罰しない犯罪の予備又は未遂行為をすること。¹⁰⁷」と定め、虞犯を少年法院の審判の対象としていた。

ところが、2008 年 8 月 11 日に、台湾高雄少年法院の何明晃裁判官が虞犯規定に対して違憲審査を申し立てた。2009 年 7 月 31 日に、台湾司法院大法官は虞犯に関する規定の一部に対して違憲判断を下した¹⁰⁸。2019 年 5 月 31 日に法改正がなされ、少事法 3 条を大幅に改正した。

現行少事法 3 条は、「次に掲げる事件は、少年法院の管轄に属し、この法律によって処理する。一、(…略…)。二、次に掲げる事由があつて、その健全な成長発達に保護が必要と認められる少年。(一) 正当の理由がなく常に刀剣その他の武器を携帯すること。(二) 麻薬及び麻酔用品以外の混合薬物を使用すること。(三) 法律によって罰しない犯罪の予備又は未遂行為をすること。」と定めている。

(1) 申立ての理由¹⁰⁹

何明晃裁判官は少事法 3 条 2 項 3 号に規定される「常に不登校又は家出をすること」が中華民国(台湾省)憲法(以下「憲法」とする)に定められる教育を受ける権利(憲法 21 条)、法律の明確性原則(憲法 8 条)、比例原則(憲法 23 条)、平等原則(憲法 7 条)に違反すると主張した。

a 教育を受ける権利との矛盾

憲法 21 条は「人民は国民教育を受ける権利と義務がある」と定めている。21 条については争いがあったが、現在は少年が教育を受ける権利を有する一方、大人は保護する子女に教育を受けさせる義務を負うとする権利説が通説となっている。そうすると、少年を少年法院に移送してから、最終処分を出すまで最大 6 ヶ月が経過することがあるにもかかわらず、この間少年が教育を受けられないことが問題であると指摘した。また、少年は不登

¹⁰⁶ 専ら少年事件を処理する裁判所で、調査官なども配置し、日本の家庭裁判所に相当。

¹⁰⁷ 「台湾少年事件処理法(資料)」(法政研究 65 巻 2 号 1998 年) 246、247 頁。

¹⁰⁸ 台湾司法院大法官解释积字第 664 号。

¹⁰⁹ 台湾司法院大法官解释积字第 664 号。

校したり家出をしたりをするには、様々な原因がある。例えば、知的能力、学習障害、注意欠陥・多動性障害などの少年自身の問題、貧困、学校でのいじめ、家庭内暴力等があげられる。国は環境を調整することでこれらの問題を根本から解消しようとせず、単に少年を司法に付することで済まそうとするのがそもそも少事法の目的に合致しないと主張した。

b 法律の明確性原則との矛盾

憲法 8 条は、「人民は自由であり、法律の定める手続によらなければ、その自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない。…略」と定め、法律の明確性原則を示している。曖昧性のある法律概念を完全に避けることはできないが、虞犯事件にあたっては、調査から判決まで、最終処分を含み一定程度に少年に対して自由の制限がなされるため、その規定の明確性がさらに求められているということになる。

しかし、3 条 2 項の 3 にいう「常に不登校又は家出をすること」においては、どの程度の頻度をもって「常に」と言えるか不明確であり、また「不登校」、「家出」もその定義が不明確すぎて人によりその判断が大きく変わるため、法律の明確性原則に違反すると言わざるを得ない。

c 比例原則、平等原則との矛盾

憲法 7 条は「中華民國の人民は、男女、宗教、種族、階級、党派の区別なく、法律上一律に平等である。」と定め、23 条は「以上の各条に列挙した自由及び権利は、他人の自由を妨害することを防止し、緊急危難を回避し、社会秩序を維持し、又は公共利益を増進するために 必要がある場合を除いて、法律を以て制限することができない。」と定めていることから「平等原則」と「比例原則」が導き出される。他方、少事法 1 条は同法の目的は少年の保護であると定めているが、そこでは少年の自由を制限することがあるため、処罰の色彩が残っていると考えられる。そして 3 条 2 項の 3 の事由により少年法院に移送された虞犯少年は、判決が出るまで継続して自由を制限される可能性があり、加えて保護処分が付された場合はその制限がさらに長引くことになる。これは「比例原則」に違反する。

台湾高雄少年法院の 2000 年から 2007 年までの統計によると、3 条 2 項により少年法院に送致された少年の中では、感化教育処分（日本の少年院送致相当）と安置補導処分¹¹⁰の割合が 8.82%と 9.98%であった。一方、触法・犯罪少年の場合は感化教育処分が 6.1%、安置補導処分が 0.11%となっている。「不登校」、「家出」の行為は、罪を犯した行為との質が全く異なるにもかかわらず、一律に少年法院に送致され、さらに前者を重く処罰す

¹¹⁰ 安置補導は、少年を社会福祉施設に送るという規定である。この規定は、社会福祉施設からの協力がなければできないとされるため、不便な面があるため、実務では安置補導を下すのは少なく、その代わりに感化教育処分が出されている。陳慈幸「台湾における少年非行対策の新動向」（社会安全・警察学第 2 号 2015 年）29 頁。（少事法 42 条 1 項 3 号）

るのは「平等原則」に違反する。

(2) 大法官解釈

何裁判官の申立てに対する大法官の解釈は、3つの部分に分けられる。

a 虞犯制度自体に関する違憲審査

憲法 156 条の趣旨は、国家には少年の健全な成長発達を保護する義務があり、少年の利益を守るために、少年の家庭、社会および経済発展の状況を基づき必要な措置を取らなければならないということである¹¹¹。そのため、常に不登校又は家出をする少年を触法・犯罪少年と並んで少事法の対象にすることは、少年の最善の利益のために取られる手段であるから、不登校又は家出をする少年を触法・犯罪少年から区別していないことのみで違憲であるとは言い切れない。

b 明確性原則の審査

明確性原則を巡っては虞犯事由と虞犯性という2つの方面から審査がなされた。大法官は、「常に不登校又は家出をすること」という虞犯事由に対しては、その定義が不明確で拡大される恐れがあるため、虞犯事由とするのに適当でないと判断した。また、「その性格又は環境に照して、将来、刑罰法令に触れる行為をする虞のある少年」と規定されている虞犯性がどのような行為、性格、環境を指すのかも明確すべきであるという見解を示した。

c 比例原則の審査

大法官は不登校と家出の原因を全部少年に帰責すべきではなく、また、これらの行為は未だに社会にとっては危険性がないと結論付けた。さらに、こうした行為のある少年に対しては、社会福祉機関又は教養機関に送致し、そこで少年に矯正教育を受けさせることで少年の問題性を解消できると考えられるため、少年の身体を拘束することまでを規定する少事法 26 条 2 項の少年看護所収容処分（最大 3 カ月少年を収容し、鑑別する措置）と同法 42 条 2 項の感化教育処分は憲法 7 条の比例原則に違反すると認めた。

(3) 法改正の動向

大法官による違憲判断が出た直後、実務上、裁判官は 3 条 2 項の 3 の事由で少年法院に付された少年に対してその身体を拘束する処分を下さなくなり、すでに同事由で収容されている少年についても直ちに釈放されたり、他の処分（身体拘束なし）に変更されたりし

¹¹¹ 参照台湾司法院大法官解释积字第 587 号、603 号、656 号。

た¹¹²。そして、虞犯制度自体に対しては違憲であると認められたわけではないが、違憲判断が出た直後から、学界においてはそもそも虞犯事件を司法に処理させるべきか、させないとした場合どうすれば良いかが議論されているようになった。

虞犯事件司法化の肯定説¹¹³は、次のような根拠を挙げる。①一般的に、少年に対する教育を担うのは少年の保護者であるが、保護者がこの教育を適切に行うことができない場合がある。その場合に、虞犯少年をそのまま放置すると、将来犯罪を行う可能性が極めて高いと考えられるため、司法による強制力のある介入によって、虞犯少年の犯罪危険性を解消するという社会防衛からの必要性がある。②少年保護の視点から見ても、虞犯少年の健全な成長発達のため、虞犯少年に矯正教育を受けさせる必要があるが、この矯正教育に強制力がないと、実効性に欠ける。そのため、司法による強制力のある介入が必要である。③虞犯事件を司法ではなく、社会福祉機構又は教養機構に処理させるとすると、社会福祉機関又は教養機構によって提供する矯正教育の質が保障されるのか疑問である。虞犯制度においては、その条文の明確性が足りないと指摘され、法解釈の専門家である裁判官であってさえ、そのように批判しているところ、社会福祉機関又は教養機構に虞犯にあたるか否かを判断させるのがより相応しくないことは言うまでもない。

一方、虞犯事件司法化の否定説¹¹⁴は、次のように主張する。①虞犯行為は、犯罪や触法のような罪を犯した行為との質が全く異なり、少年の生涯から見ると、虞犯行為は一時的なもので成人になると自然に解消されるだけと考えられる。そのため、虞犯少年を触法・犯罪少年と同じように司法に係属させると、虞犯少年にスティグマを貼ることになる恐れがある。②触法・犯罪少年と同じ場所に拘束すると、虞犯少年は触法・犯罪少年に影響され、悪風に感染し、その後の改善更生に良くないと考えられる。③国家が完全に保護者の代わりに虞犯少年の矯正教育を担うこととすると、保護者が少年に対する教育を怠ることになってしまい、虞犯少年がいずれ家庭内に戻ったとき保護者がきちんと少年に対する教育を行えるのか疑問である。④社会福祉又は教養機構の係員の専門性とそれらが提供する矯正教育の質などが疑われることがあるが、それはあくまで実務の問題であるため、必要十分な経費を確保し、社会福祉機関又は教養機構の機能を向上させることによって解決できると考えられる。

このような中、2019年5月31日に法改正がなされた。改正のポイントは3点ある。①虞犯制度を削除したうえで、虞犯制度をベースとした曝険少年（危険性に曝される少年の意味）を新設した。②虞犯事由の（一）から（四）を削除し、（五）から（七）を引き継いで新たな（一）から（三）として曝険少年事由¹¹⁵とした。③曝険少年の場合は、先に少

¹¹² 何明晃「司法院大法官會議字第664号解釋論析」（刑事法雜誌第53卷6期2009年）22頁。

¹¹³ 黄義成「少年虞犯法理之省思與建構」（台大法学論叢42卷第3期2013年）636-639頁。

¹¹⁴ 黄・前掲注（113）636-639頁。

¹¹⁵ （一）正当の理由がなく常に刀剣その他の武器を携帯すること。（二）麻薬及び麻酔用品以外の混合薬物を使用すること。（三）法律によって罰しない犯罪の予備又は未遂行為をすること。

年を行政機構に送致し、行政機構が少年法院移送に相当するかを審議するという行政前置制度¹¹⁶を採ることになった。

今回の法改正は虞犯制度を廃止したが、一部の虞犯事由を残して曝険少年制度を新設し、司法が曝険少年を審理することを完全には排除せず、肯定・否定両説の折衷の色彩が強いと言える。

(4) 大法官解釈に関する検討

前述のように、台湾の少事法は日本の少年法とほぼ同じである。少事法1条は本法の目的は「少年の健全な成長発達のため」と定めているため、少事法の基本理念は応報主義ではなく保護主義であると理解できる。

このように理解するとき、大法官解釈には大きな問題があると考えられる。

a 虞犯制度の明確性について

大法官が「常に不登校又は家出をすること」を検討するとき、「帰責」と「社会に対する危険性」を中心とし解釈したことが窺える。これは刑法の責任主義・社会防衛からの視点ではないかと考えられる。また、虞犯が成立するにあたっては、虞犯事由と虞犯性が必要とされているが、少事法と虞犯制度の趣旨から考えると、虞犯事由はただの客観な事実として判断する価値がなく、虞犯性のみを重視すれば良いと考えられる¹¹⁷。すなわち、虞犯事由が社会に対する危険性があるか、虞犯事由を誰かに帰責すべきかなどを一切考慮なくして良いと言っても過言ではないと考えられる。

そして、大法官は虞犯性の規定がどのような行為、性格、環境を指すのかを明確すべきであるという解釈を示したが、果たして虞犯性を完全に明確することができるだろうか。あくまでも、虞犯性があるということは、将来罪を犯す可能性があるということであるが、現在の科学ではどのような行為、性格のある少年が将来犯罪をするかを的確に予測することはできないと考えられる。さらに、「虞犯少年」というのは、具体的な行為ではなく、少年のある行状・状態を表すものであるため、単なる一時的な行為で虞犯を認定してはならず、実務家がその専門知識と豊富な経験で判断しなければならないということになる¹¹⁸。虞犯の判断にあたっては、「法治」より「人治」のほうが重要かもしれない。あえて法律用語で明確に定義された虞犯は、もはや虞犯ではなくなったまでと主張する学者さえいる¹¹⁹。

b 比例原則について

大法官は、3条2項の3の事由で少年を少年法院に送致し判決が出るまで身体を拘束し、仮に保護処分された場合はさらに拘束が延長されることは、「比例原則」に違反すると

¹¹⁶ 少事法18条2項から6項。

¹¹⁷ 李茂生「釋字第664號解釋評釋－憲法的顛覆與天真」（台湾法学雑誌137期2009年）31頁

¹¹⁸ 李・前掲注（117）35頁

¹¹⁹ 李・前掲注（117）35頁

判断した。しかし、少年法院における処遇機能があり、少年が少年法院に送致されてから判決が出るまでの間、警察、少年法院裁判官・調査官、少年看護所係員等々との出会いの中で、様々な気づきを得て更生することがあり得る。少年の要保護性が変わる場合は、少年司法の流れも変わっていく。少年司法は「事実→処分」という一方的なプロセスではなく、非常に柔軟な手続きであると考えられる¹²⁰。さらに、保護処分の場合であっても、少年法院の裁判官は保護処分の執行を指揮し、少年の要保護性の変化に応じ処分の調整を行っている（少事法 50 条から 60 条）。

台湾の「児童及少年性剝削防制條例」（児童及び少年に対する性的搾取を防止する条例）にもこのような規定がある。本条例 2 条 2 項の児童及び少年被害者¹²¹に対して、所管機関が所定の場所に緊急安置（一時的な保護）をすることができる（同法 15 条 2 項）。所管機関は 72 時間以内に緊急安置を継続する必要性を判断し、必要と認めた場合は、法院に申請しなければならないとされる。法院が承認する場合は、最大児童及び少年被害者を 3 ヶ月安置することができる（同法 16 条 1 項、2 項）。所管機関は 45 日以内に児童及び少年被害者の状況と収容意見を法院に提出しなければならないとされ、法院はこれを基づき児童及び少年被害者を最大 2 年を安置することができる（同法 18 条、19 条 2 項）。

緊急安置も児童及び少年の自由を制限する処分であり、その期間は最大 2 年までになることがあるが、大法官がこれを憲法の比例原則に違反すると考えないのは、緊急安置という制度の出発点が児童及び少年に対する「愛と保護」であると理解しているためと思われる¹²²。そして、虞犯制度も少事法 1 条の目的のもとで設けられたものであり、前述の憲法 156 条に規定された少年の利益を守るために、少年の家庭、社会および経済発展の状況に基づき必要な措置であると捉えられる。応報又は社会防衛の視点から虞犯少年を見ると、少年にとっては収容施設が監獄となる。一方、保護の観点から出発すると、収容施設は少年が一息をつくことができるところになる。虞犯少年を閉じ込めるのは、収容施設ではなく私たちの疎遠と偏見であろう¹²³。そのため、大法官が責任主義と社会防衛の観点から一部の虞犯事由が比例原則に違反すると結論付けたのは、虞犯制度の趣旨をきちんと理解していないためであると考えられる。

¹²⁰ 李・前掲注（117）35 頁

¹²¹ 「児童及少年性剝削防制條例」2 条は、

- 1、本条例において児童及び少年に対する性剝削とは、以下のものとする。
 - 一、対償を供与し、児童及び少年に性交又はわいせつ行為をさせる行為。
 - 二、児童及び少年の性交又はわいせつ行為を他人に見せる行為。
 - 三、児童及び少年のポルノを撮影、制作、散布、交付、販売、公然陳列の行為
 - 四、児童及び少年に水商売に従事させる行為。
- 2、本条例において被害者とは、性剝削を受けた児童及び少年とする。

¹²² 李・前掲注（117）36 頁。

¹²³ 蔡坤湖「禁錮少年的不是高牆，而是你我的眼睛！—釋字第 664 號解釋評釋」（月旦法學雜誌 176 期、2010 年）160-170 頁。

さらに、大法官は「常に不登校又は家出をすること」という虞犯事由を少年に対する自由への制限と比較し、比例原則違反という結論を出したが、虞犯として扱う必要のある少年は、一般の家庭、学校による教育のような強制力のない手段を講じても効果がない少年である場合が多く、仮にこうした少年を司法から排除すると、強制力の弱い行政がこれらの少年を対応することができるかという疑問が生じる。また、虞犯少年の家庭、学校に問題があることが多く、これを解決しないまま少年を元の環境に戻せば、少年は不登校又は家出を続けるだろう。そのため、司法が介入し少年の環境を強制的に調整する必要がある。したがって、虞犯少年を司法から排除することこそが、台湾憲法 21 条の教育権及び憲法 156 条に定められた、国家が少年の健全な成長発達を保護する義務に違反するのではないかと考える。

3 少年の成長発達権から見る虞犯制度の必要性

個人の人身の自由などの基本的人権は憲法によって保護されている。これに対しては、他人の利益または社会全体の利益を侵害した時のみに、国家による強制力のある介入が正当化される。これを侵害原理と言う。侵害原理は、犯罪少年に対する処分の正当性を与えた¹²⁴が、まだ他人の法益または社会全体の利益を侵害する行為が現実存在していない虞犯少年の場合は、侵害原理によって処罰することができないという結論が導き出される。これも近年世界中に虞犯制度の退化が起きている原因となっている。本節においては、少年の成長発達権の視点から虞犯制度の正当性と必要性を検討する。

(1) 少年の成長発達権

日本において、少年の成長発達権は憲法または少年法の条文に明示されていないが、「児童の権利に関する条約」（以下子どもの権利条約を記する）6 条 2 項は、「締約国は、児童の生存及び発達を可能な最大限の範囲において確保する。」と定めている¹²⁵。多くの学者は、同条から国連が明確に児童の成長発達権を認めたと看取することができる¹²⁶。また、過去の裁判例¹²⁷では、憲法 26 条の「教育を受ける権利」の背後に、「国民各自が、一個の人間として、また、一市民として、成長、発達し、自己の人格を完成、実現するために必要な学習をする固有の権利を有すること、特に、みずから学習することのできない子どもは、その学習要求を充足するための教育を自己に施すことを大人一般に対して要求

¹²⁴ 触法少年の場合は、責任が否定されるため、侵害原理により触法少年に対して処分することができないとされている。丸山雅夫『少年法講義（第 4 版）』（成文堂、2022 年）3 頁

¹²⁵ 子どもの権利条約にいう児童は、18 歳以下の者となる。

¹²⁶ 丸山・前掲注（124）55 頁、本庄武「成長発達権の内実と少年法 61 条における推知報道規制の射程」一橋法学 10 巻 3 号（2011 年）849 頁。

¹²⁷ 最大判 1986（昭和 51）・5・21 刑集 30 巻 5 号 615 頁。

する権利を有するとの観念が存在していると考えられる」と示し、児童の成長発達権を認めている¹²⁸。さらに、この成長発達権は、憲法 13 条により総則的人権として保障されているものであるとする¹²⁹。

憲法 13 条は、「すべて国民は、個人として尊重される」と規定している。これに対して本庄武は以下のように述べている¹³⁰。

「大人はなおも成長発達過程にあり、それを妨げられない権利を有しているとはいえ、その時点での人格を前提に『個人として尊重』されなければならないために、成長発達は原則として自律的に達成すべきものとされる。それに対して、子どもは未だ『人格の完成を目指す』（教育基本法 1 条）べき発達途上にありながら、自らの力だけでその目標を達成することが困難な未成熟な存在である。故に、子どもと大人と同じように扱うことは、却って『個人として尊重』しないことにつながってしまう。他方で子どもは、適切な支援を提供されれば、飛躍的に成長発達を遂げる潜在能力を秘めた存在でもある。従って、子どもを実質的に「個人として尊重」するためには、国を含む大人一般から成長発達のための適切な支援の提供を受けることが保障されなければならない。そのため子どもの成長発達権は、大人の成長発達権とは異なる、特有の保障内容を含まなければならない。」

すなわち、憲法は国民の成長発達権を認め、さらに少年に特有の成長発達権を保障しているということである。この少年の特有の保障内容は、福田雅章によれば、「少年の成長発達を妨害・阻止する干渉を排除する自由権と、成長発達の促進・援助を求める社会権とから成る総合的な権利」が含まれると思われる¹³¹。台湾大学の李茂生は、子どもの成長発達権に少年の成長発達を妨害・阻止する干渉を排除する自由権、国家に成長発達の適合の環境づくりを求める社会生存権、成長発達のために社会で教育を受ける権利があると主張する¹³²。李茂生教授の主張は、前述の「成長発達の促進・援助を求める社会権」を社会生存権と社会内教育を受ける権利に分けただけであり、福田雅章の主張と一致すると考えられる。

(2) 少年の成長発達権を基礎とする虞犯制度

少年の成長発達権に少年の成長発達を妨害・阻止する干渉を排除する自由権、国家に成長発達の適合の環境づくりを求める社会生存権、成長発達のために社会で教育を受ける権利があるとすれば、少年を傷害することや、少年に教育を受けさせないこと等があった場合は、少年の成長発達権が侵害されたと言ってよいが、どのような場合に少年の社会

¹²⁸ 本庄・前掲注（126）849 頁。

¹²⁹ 福田雅章「少年法の功利的な利用と少年の人権」『日本の社会文化構造と人権』（明石書店、2002 年）461 頁。

¹³⁰ 本庄・前掲注（126）849、850 頁。

¹³¹ 福田・前掲注（129）463 頁。

¹³² 李茂生「八四年版少年法草案起草经过及评释（下）」（刑事法雑誌 40 卷 1 期 1996 年）44-46 頁。

生存権が侵害されたと言えるか、以下で検討する。

少年法が成り立っている前提には、少年の未熟さと可塑性の高さという特性がある。少年は発達途中にあり、成人と比べて非常に環境からの影響を受けやすい存在である。ある程度、少年が非行に陥ったのは、少年ではなく環境の責任であると言ってよい（これについて、次の第3章第1節の1で詳細に説明する）。成長発達に適合する環境を与えないことが、少年を非行に走らせることとなる。少年に成長発達に適合する環境が与えられず、少年が非行をしたとき、少年の成長発達権が侵害されたと言えよう。虞犯行為の出現は少年の成長発達権が侵害され始めたということの意味している。少年法1条は「この法律は、少年の健全な育成を期し、非行のある少年に対して性格の矯正及び環境の調整に関する保護処分を行う…略…」と定めている。虞犯少年を含め非行少年に対する「環境の調整」というのは、少年の成長発達権に求められるものであると考えられる。

それゆえに、虞犯制度の存廃という論争は、少年の成長発達権と人身の自由など他の人権と衝突するときどちらを優先すべきかという問題となる。両者とも憲法に定められた基本的人権であるため、どちらかを優先しもう一方を放棄すべきであるということではなく、できる限りバランスを取らなければならない。仮に虞犯少年の人身の自由を重視し、司法ではなく福祉的な手段で虞犯少年に対応すれば、少年の環境を調整でき、要保護性が解消するということであれば、少年の人身の自由と成長発達権の両方とも保障されたと言えるが、虞犯事件の司法化の箇所でも述べたように、強制力がない福祉手段はあらゆる虞犯少年に対応することはできないため、現在の段階で虞犯制度を廃止するということは、一部の成長発達権が侵害されている少年を見捨てるということになる。

また、虞犯制度の意義というのは、そもそも虞犯少年が将来罪を犯す可能性が高く、できる限り早期に適切な介入で少年を立ち直らせることにあると考えられる。ところが、人権侵害の視点から、虞犯制度を廃止し、少年が虞犯行為から犯罪行為に至るまで発展することを看過し、最後により強制力のある処分を下すということはおかしいと言わざるを得ない。姚建龍は、これを養豚場で豚を肥育し、最後につぶすことに譬えた¹³³。それゆえに、福祉の手段にどれだけのメリットがあるとしても、最終手段としての司法は保持すべきであると思われる。

一方、少年の成長発達権を重視し、虞犯少年を司法に係属させても処遇の種類の実、少年院のあり方の見直しなどの方法で、少年の人権への制限を最小限にすることが可能だろう。例えば、少年院の常勤職員以外に、できるだけ外の一般人を雇い少年院の日常業務に参加してもらうことで、少年院の内部を外部即ち一般社会に同化させ、少年に一般社会で暮しているように実感させることがあげられる。具体的には、少年院に開設された義務教育課程や社会適応課程や支援教育課程等様々な処遇を、一般高校の教員などに委託して良いのではないかと考える。さらに、早期改善の可能性が大きく非行の傾向が進んでいな

¹³³ 姚・前掲注(81)5頁

い少年に対しては、インターネットの使用や就職活動のための一時外出等を認めるべきであると考えられる。こういった方法で、少年院の管理を閉鎖式から半開放式に変更し、少年の人身の自由と成長発達権の間にバランスを取ることができるのではないかと期待する。

従来、人権保障の視点から刑法の謙抑性又は司法の謙抑性が強調されてきた。しかし、少年法は刑法の付属条文ではなく、少年司法も伝統的な司法ではないということである。虞犯制度を含め日本の少年司法は少年の人権を制限することがあるが、これは憲法に定められた、もう1つの基本人権の成長発達権を保障するためである。成長発達権に基づきそれぞれの権利を求める前提として、少年は自律的に自己決定能力を有しなければならない。しかし、年齢、成長発達の水準によって少年が必ずしもこれを持っているわけではない。それゆえに、「少年の最善の利益」のため、国家の手段として少年司法を積極的に行使する必要があるとされている¹³⁴。

第5節 小括

第2章においては、二元説が少年法に招いた問題を検討した。まず、二元説が直接に家庭裁判所と刑事裁判所の間に起きたキャッチボール現象に繋がっている。少年に対して家庭裁判所が刑事処分相当、刑事裁判所が保護処分相当と判断し、両裁判所の意見がぶつかり合い、裁判が無限に長引いてしまうことになる。キャッチボールの原因は、同じ事件に対して、家庭裁判所と刑事裁判所とが完全に矛盾する判断を出したためである。二元説は少年刑事事件を一般の刑事事件と見なしているため、これを審理する刑事裁判所が家庭裁判所の判断に拘束されるとすると、刑事裁判所の独立性がなくなる。一方、刑事裁判所の判断を優先すると、家庭裁判所の専門性が疑われることになる。あくまでも、家庭裁判所が少年保護事件、刑事裁判所が刑事事件（少年刑事事件を含む）を主宰するため、いずれかの判断を優先させることができないということである。

二元説の最も大きな影響は、少年法に責任主義・社会防衛思想を持ち込むことで、教育・保護主義と責任主義・社会防衛思想との区別を曖昧にしてしまうことであると考えられる。

第2節においてはこれを踏まえて少年刑事事件の裁判の問題を検討した。まず保護処分と刑事処分の区別を検討した。社会からの否定的な評価・制裁の意味を含む刑事処分と異なり、保護処分は法的非難に起因する社会からの評価と関係なく、その意味で単なる教育措置である。社会から批判を受けるべきであるか否か、これは保護処分と刑事処分の一番大きい区別であると結論つけた。少年法55条により家庭裁判所に移送され、保護処分を受けることとなれば、刑事司法が求めている非難・応報という目的が達成できないという点からみると、55条による家庭裁判所への移送決定は事実上は「無罪」と同等と評価しようと

¹³⁴ 李茂生「少年犯罪的预防矫治制度的批判-一个系统论的考察」（台大法学論叢 29 卷 2 期 2000 年）131-134 頁

考えられる。そこから少年刑事事件の裁判中立性の問題、裁判官の裁量権の問題、罪刑均衡原則の問題が出てくる。

また、二元説は少年刑事事件の保護主義化をもたらすことになる。少年刑事事件の裁判は刑事司法の一部分であるとする以上、責任主義に基づき、犯行を行った少年への応報実現を目的とする。しかし、その少年刑事事件の裁判において、少年への保護を強調するのは少年刑事事件の裁判に不信を招いてしまうということになる。その不信は、少年司法制度全体に拡大し、少年法発展の支障になるということを見出した。そして、少年法の発展方向は刑事司法の中に少年への保護理念が現れることなく、成人刑事司法と峻別し独立していくことである。少年刑事事件の保護主義化は、こういった目標に逆効果を招くと思われる。

第3節においては二元説における少年保護事件の審判の問題を検討した。二元説の観点から20条に関しては、家庭裁判所は少年に対して保護処分相当か刑事処分相当かを判断し、刑事処分が相当と判断する場合は、事件を検察官に逆送することをもって、家庭裁判所側の手続きは終了し、その後の少年刑事裁判は、家庭裁判所との関係はないということになる。この考え方から見ると、検察官送致の実質は、少年が保護手続から排除され、通常の刑事手続きに入るすぎないということである。しかし、家庭裁判所の各活動は少年の健全育成という目的をめぐる機能しているため、少年に対していくつかの暖かい特別な措置をしつつも、結局最後には刑罰を受けさせるということがおかしいのである。

少年法56条3項は、少年院収容受刑者という法制度を規定している。同項の趣旨は、14歳及び15歳の少年は精神的に未熟であり、また、一般的に義務教育を受けている段階にあることを予想し、少年刑務所より、少年院のほうが良いというところにある。しかし、同項の存在は少年受刑者の改善更生に悪影響を及ぼすだけでなく、ひいては家庭裁判所の権威と専門性を損じ、少年法の根本である科学主義を覆してしまふと考えられる。

第4節においては、二元説における虞犯制度の正当性を検討した。少年保護事件に責任主義・社会防衛思想が出現したことに伴い、保護処分における少年の人身自由への制限という側面が重視されるようになった。非行事実の程度を超えた処分は、少年の人権を侵害すると批判される。それを原因として実務においては虞犯の運用を制限する傾向が見られる。台湾の少年事件処理法は、日本の少年法から強い影響を受けて制定されたため、その内容は、日本少年法とほとんど同じとなっているのである。第4節の後半部分は、台湾少年法の虞犯制度に関する違憲判断を検討し、日本の虞犯制度も将来なくなる恐れがあると予測する。虞犯事件だけでなく、少年非行事件の全体もこういう問題に遭遇している。少年の要保護性が非行事実の程度より高い場合は、要保護性に合う重い処分を出すと、少年の人権に対する侵害であると批判される一方、非行事実の程度に合う軽い処分を出すと、少年法の目的（少なくとも少年保護事件における少年法の目的）としての少年の健全育成が実現できなくなるのではないかと考えられる。

第1章最後のところで、なぜ世論は少年法が軽すぎるために社会を犯罪から守れていな

い等と批判する一方、学界も少年法特に近年の法改正は根本的な保護主義から遠ざかっていると批判するののかという問題提起した。第2章はこれに答えた。現代刑法は応報主義に基づくものであると言われるが、刑の執行の時に受刑者にも矯正教育を行っている。少年刑事事件においても応報と教育のバランスを狙っていると見られるが、裁判の段階で少年に対して過大な配慮をすることは刑事裁判の基本原則を違反しているため、批判が寄せられたわけである。

少年法制が誕生した時、国親親権思想が強い影響を与えた。国親親権思想とは、家庭がうまく監護教育できない時、国がその親に代わって少年を保護教育するべきであるという考え方である。それ故に、当時法院が親から保護権を取得し、少年に監護教育するような手続きは、刑事手続きではなく民事手続きないし家事手続きであると思われ、少年の自由への侵害があまり考えられなかったのである¹³⁵。近年、日本、台湾だけではなく、アメリカ¹³⁶を含め世界中の少年司法は、「公正さ」を重視するようになりつつある。しかし、こういった「公正さ」は少年法制における伝統的な保護理念を後退させ、刑事司法として犯罪者に対する制裁と社会防衛の側面を強めていると言わざるを得ない。

少年司法に犯罪者に対する制裁と社会防衛を求められると、少年司法は一般の成人司法と同じような考え方を取ることになる。少年の人権への尊重、事実の究明と社会秩序への重視などである。そこから、少年法制における伝統的な、少年の立ち直りの重視、裁判官の広い裁量権などが批判されるわけである。

二元説が続くと、結局、少年の非行事実に応じて処分を決める少年法になる。すなわち、事件が重大場合は、少し優遇があるが、基本的に非行事実に合う処分を下す他、事件が軽微な場合は、非行事実の程度を超えない保護処分と刑事処分から選ぶということになる。これでは、少年法は独立立法モデルから付属条文モデルに退化したと言わざるを得ない。少年法自体の意味がなくなり、刑法又は刑事訴訟法に少年に関する一章節を入れれば十分であると考えられる。このようにして、二元説は少年法を崩壊させていくわけである。

¹³⁵ 黄・前掲注(113) 636-639頁。

¹³⁶ アメリカのケント判決(Kent v. United States, 383 U.S. 541 1966)、ゴールト判決(In re Gault, 387 U.S. 1 1967)、ウィンシップ(In re Winship, 397 U.S. 358 1970)判決を参照。

第3章 保護主義一元説を中心とする少年法の再構築

本章のはじめに

第2章においては、二元説の問題を検討した。少年法の趣旨から見ると、責任主義・社会防衛思想を少年事件から排除し、少年保護事件にも少年刑事事件にも保護主義を貫徹すべきであると考えられる。しかし、責任主義・社会防衛思想を排除するとしたら少年法1条の少年刑事事件と少年に対する刑罰をどう理解するか、少年犯罪が増えるかなどが疑問視されるかもしれない。第3章においては、保護主義一元説に立った上で少年法に関する重要な概念を解釈していく。

第1節 保護主義に関する検討

1 保護主義の定義

現行少年法の理念を一言で言えば、保護主義である。少年法1条は、「少年の健全な育成を期し、非行のある少年に対して性格の矯正及び環境の調整に関する保護処分を行うとともに、少年の刑事事件について特別の措置を講ずることを目的とする。」と定めた。また、少年法24条（保護処分）の規定にも保護主義が表れている。猪瀬慎一郎は、少年について、以下のように述べている。

「少年は、児童期から成人期に移行する過度期にあって、情緒や意思など精神の発達は未成熟の段階にあり、心身の発達もアンバランスであることから、精神的にも最も不安定な時期にある。本来、犯罪性に乏しい者も少年は偶発的に犯罪に陥りやすく、また環境に著しく左右されやすいなど一過性の犯罪や環境性の犯罪がこの年齢層の少年に多くみられるのも、そのためであることは疑いを容れないところである。それを別の視点からみると、少年は成熟に向けた人格形成の途上にあるため、いったん犯罪に陥っても、その後の保護・教育が適切に施されるならば、改善・更生の見込みは大きく、可塑性に富んだ存在であることも一般に承認されているところである。このような少年の人格特性の認識にもとづき、新派刑法学に代表されるように、少年に対してはできるかぎり自由刑に代えて教育手段をもって処遇することが求められるようになった。これはの実践的活動と学問的成果をふまえて、犯罪少年に対する処遇としては、刑罰よりも教育や環境調整に重点を置く処遇こそ未熟性と可塑性という少年の人格特性に適合したものであり、最も効果的であるとする保護理念に立つ少年法制が世

界的に広がっていったのである。現行少年法は、その第1条において、非行少年に対して『性格の矯正及び環境の調整に関する保護処分』を原則的な処遇と定め、『少年の健全な育成を期』すことをこの少年法の目的であると明示して保護主義を宣言したのも、この趣旨にはかならない¹³⁷。

法律上明確な定義はないが、少年の保護を通して少年の健全育成を旨とするものであるとすることで一応共通の理解がえられているといえる¹³⁸。東京弁護士会のホームページには、「保護主義とは、少年の可塑性を信頼し、少年がみずから非行から立ち直るために、福祉的・教育的な働きかけを行うことを目的とした理念である。そして、少年が非行から立ち直りを果たすためには、人格的に未成熟で傷つきやすい少年のこころを保護することが必要である」と掲載されている¹³⁹。

ところが、より詳しく見ていくと保護主義の目的について3つの理解があることが分かる。①1つ目は、児童自立支援施設送致、少年院送致などの措置を通じ少年に再び犯罪をさせないことで、社会防衛を達成するような主張である。実務家（検察官）の主張に多くみられる見解である¹⁴⁰。②2つ目は、少年法1条に定められた「少年の健全な育成」を実現するために、保護処分をきっかけとして様々な支援とか、働きかけとかをしてくと解する主張である¹⁴¹。③3つ目は、少年の個性と環境を調査し具体的な施策を講じることで、少年の非行性を解消し、少年自身を犯罪への危険から守るとともに、社会をも非行から守ることができるという折衷説もある¹⁴²。

①に対しては、少年法に刑事訴訟法1条に見られるような「公共の福祉の維持」や「事案の真相を明らかにし」といったような文言は入れられていないため、少年法は犯罪抑止を直接の目的としておらず、少年の立ち直りを図ることにのみ関心を注いでいると言って良い。極端な話になるかもしれないが、少年犯罪が増えたとしても、それは少年法の問題ではないと批判する学者がいる¹⁴³。また、繰り返しになるが、少年法の究極目的を社会防衛とすることは、少年法の歴史から引き継いだ少年法精神への裏切りだろう。それであれば、専ら独立した少年法を作らずとも、刑法又は刑事訴訟法に少年に関する一章節を入れれば十分であると考えられる。最後に、③の折衷説に対しては、保護処分は少年の立場を重視し、その結果としての社会防衛の機能がはたされていると理解することができるが、社会防衛を目的として保護処分がなされているとする理解は困難であるという批判がある

¹³⁷ 猪瀬慎一郎ほか編『少年法のあらたな展開』（有斐閣、2001年）61-62頁（猪瀬慎一郎）。

¹³⁸ 澤登・前掲注（35）22-24頁

¹³⁹ 東京弁護士会子どもの人権と少年法に関する特別委員会・前掲注（6）。

¹⁴⁰ 清野惇「少年法改正の中間報告を読んで」法律のひろば30巻2号（1977年）24頁以下参照。

¹⁴¹ 所一彦「少年審判の理念と制度」平野龍一ほか編『講座「少年保護」第2巻少年法と少年審判』（大成出版社1982年）19頁。

¹⁴² 団藤・前掲注（80）3頁以下参照。

¹⁴³ 吉中・前掲注（54）69頁。

¹⁴⁴。また、折衷説はある程度二元説に類似するため、二元説の問題も持っていると考えられる。よって、②の説が一番適切であると考えられる。

②によると、保護主義は少年の健全育成のみに関心を持つと考えられる。②の説は非行事実を少年に帰責していないと理解して良い。しかし、②の説は非行事実を誰に帰責するかという問題に触れていないため、少年法が世論に批判されるわけである。

中国海洋大学は、「少年」、「少年犯罪」、「刑事責任年齢」について一般人にアンケートとインタビューの形で調査を行った。調査の結果、84%の調査対象者は中国の少年犯罪の状況が厳しいと思っていること、65%の調査対象者は刑事責任年齢を引き下げるべきであると考えていることが明らかにされた。少年という特定のグループに「犯罪者ばかり」という強い悪印象を持ち、刑事責任年齢を廃止しろと訴える人もいた¹⁴⁵。確かに社会の神経を刺激する凶悪な事件は人々の同情を引き、「法律は国民を守れない」、「少年司法は犯罪者を守る法律だ」という批判を強める要因となっている。単に社会に対して、実は少年犯罪が増えていないとか、矯正教育で少年が立ち直れるとかと説明しても社会がそれに納得することはなく、むしろ少年への偏見、敵視がさらに強まるばかりと思われる。それ故に、社会全体の非行少年に対する偏見、敵視を解消することが重要である¹⁴⁶。この第一歩として、非行を誰に帰責すべきかを明らかにしなければならない。

未成年者は生理的、心理的な発達及び初歩的な社会化にとって重要な時期であり、外部からの影響を非常に強く受けやすい。中国の学界では犯罪少年については、「先被害、再加害」（先に被害、そして加害する）という特徴があると言われている¹⁴⁷。例えば、学校で孤立する少年は、所属するグループ内で正常な心理的な欲求が満たされないとき、校外のグループに接近するほかない。不登校の者や不良団体と結び付き、場合によってはその一員になるのである。これ以外にも、学校や教師に抵抗し退学に至る校内暴力、または家庭内暴力、さらには他者による加害行為などが、少年の成長途中において消極的な影響を与える。その悪影響が積み重なり、一定の枠を越えると社会に被害を及ぼす犯罪行為になってしまう。少年自身が被害者から加害者に転換することとなるのである。

「先に被害、そして加害」という特徴を強調するのは、犯罪少年の責任を問う前に、社会、家庭が少年の成長にふさわしい環境を少年に与えたか否かを反省すべきであるという趣旨であると思われる。台湾の李茂生は少年法が「愛の法律ではなく、贖罪の法律であるべきである」¹⁴⁸と言っている。

¹⁴⁴ 鷺尾祐喜義「少年法の現状と課題」人間の福祉第7号（2000年）120頁。

¹⁴⁵ 吴鹏飞、汪梦茹「论降低刑事责任年龄对预防未成年人犯罪的影响」（犯罪研究第6期2021年）87頁。

¹⁴⁶ 何挺、张丽霞「未成年人司法社会支持体系之思考：基于风险控制理论范式的视角」（中国应用法学第2期2020年）94頁。

¹⁴⁷ 狄小华『中国特色少年司法制度研究』（北京大学出版社2017年）22頁。

¹⁴⁸ 李茂生『少年事件處理法論文集：一部以贖罪心理與道德決斷形塑出來的法律』（新学林2018年）序章を参照。

さらに、台湾の学者は以下の状況にある家庭の少年が犯罪に陥る可能性が高いとまとめた¹⁴⁹。①家庭教育の方法が間違っていること。例えば、親が少年の成績を期待しすぎることや少年をコントロールしすぎることなどを挙げている。②片親家庭であること。父親又は母親が家出、死亡、離婚の理由で片親に育てられた少年が非行を行う可能性が一般人より高い。③親に犯罪歴があること。少年は犯罪歴がある親に影響され、その罪の意識が希薄化する可能性が高い。④家庭が貧困であること。⑤親子関係に問題があること。日本の場合も、安部計彦の研究によって子どもに対する虐待が非行に一定程度関係があることが明らかにされた¹⁵⁰。

中国には、「出淤泥而不染」（泥より出づるも染まらず）という言葉がある。蓮は泥の中から美しい花を咲かせる。どんなに辛く、劣悪な環境であったとしても、決してその環境に染まらず、清く正しく生きるという意味である。しかし、身体も精神も未熟である少年にこれを求めることはできないだろう。

よって、少年が非行に陥ったのは、少年ではなく環境の責任であると言ってよい。それ故に、前述②の保護主義の定義に「少年ではなく環境に帰責する」という要素を加えるべきであると考えられる。

少年の健全育成を最優先し、全く社会安全を考えなくて良いか、そうしたら犯罪が増えるだろうという懸念があると予想する。そこで次にデシスタンスの研究を結びつけながら保護主義の有効性を検討しよう。

2 保護主義の有効性と必要性

近年、欧米においてデシスタンス（desistance）に関する研究に関心が多く寄せられている。デシスタンスとは、犯罪や非行からの離脱の過程と維持状態を表す概念である¹⁵¹。ところが、どの程度の期間にわたって犯罪や非行をしていない状態が継続すればその者は立ち直ったと判断できるかというのを捉えるのが難しいため、研究者の数だけ学説があると思われる。2015年に、デシスタンスの定義に、社会への円滑な復帰という新たな要素を入れようとする学説が提唱された。すなわち、一定期間にわたって犯罪をせず、結婚や就職等により家庭・地域社会との繋がりを築くことができたことが、デシスタンスと見なされることになる¹⁵²。以下でデシスタンスに関する研究を紹介する。

¹⁴⁹ 蔡德輝・楊士隆『少年犯罪理論実務（第5版）』（五南図書出版社2016年3月）145-149頁。

¹⁵⁰ 安部計彦「子ども虐待と非行の関係」人間科学論集 第14巻 第1号（2018年8月）167—194頁。

¹⁵¹ 守谷哲毅「デシスタンスと再犯防止」犯罪学研究 46号（2021年）50頁。

¹⁵² Kirkwood,S.& McNeill,F.2015,Integration and Reintegration: Comparing pathways to citizenship through asylum and criminal justice,Criminology & Criminal Justice,15(5).

ア ボトムズとシャプランドの研究

ボトムズとシャプランドは、英国シェフィールド市在住の2回以上の有罪判決を受けた累犯者を対象とし、その犯罪の経歴、立ち直りの状況について調査を行った。ボトムズとシャプランドの研究によると、犯罪からの離脱は突然起こるものではなく、段階的に進むものであるため、犯罪からの離脱の過程に紆余曲折があると指摘された。例えば、犯罪を離脱したいと考え始めた者に様々な困難があり、その中の一番大きな障壁は経済面にあるということである。

ボトムズらは、犯罪からの離脱過程の初期段階についてのモデルを築いた。特に初期の段階においては犯罪からの離脱の意思があっても実際に立ち直ることが難しいことを強調している。ボトムズらのモデルによると、累犯者は何らかの理由で変化しようと思ひ始め、立ち直りに向けた行動を開始しようとするが、その際に各種の障壁にぶつかり、再犯か立ち直りかの岐路に立たされる。その時に、他に支えてくれる手があれば非犯罪者としてのアイデンティティが確立でき、犯罪から離脱することができると考えられる。さらに、困難を乗り越えられず再犯に至ったとしても、必ずしも最初の段階に戻るわけではなく、少しずつ犯罪行動を減らす可能性もある。そして、犯罪者が犯罪からの離脱に向けて問題や困難に直面した際にどのような援助ができるかが重要であるとボトムズらは指摘している

¹⁵³。

イ マルナの研究

マルナは、犯罪からの立ち直りの過程におけるアイデンティティの変化を考査するために、英国リバプールにおいて犯罪から立ち直った者と犯罪を続けている者にインタビューした。インタビューによると、犯罪から立ち直った者は以下のような特徴がある¹⁵⁴。

①過去の自らの犯罪問題を当時自らが置かれていた過酷な環境に起因するものとして認識していること。

②過去の問題の中から、自分の良いことを見つけ出し、それを中心に現在の自分につながるアイデンティティを再構築し、自らの過去の過ちは今の自分に役に立てるではないかというように将来を楽観的に考えること。

③子供や次世代に、何らかの使命感で自分の経験を活かしながら貢献したいと思うこと。

マルナは、これらの特徴を「回復の脚本 (Redemption script)」と呼び、自分の問題

¹⁵³Bottoms, A., & Shapland, J. (2011). Steps towards desistance among male young adult recidivists. In S. Farrall, M. Hough, S. Maruna & R. Sparks (Eds.), *Escape routes: Contemporary perspectives on life after punishment* (pp. 43-80). Abingdon, Oxon & New York: Routledge.

¹⁵⁴ Maruna, S. (2001). *Making good: How ex-convicts reform and rebuild their lives*. Washington, DC : American Psychological Association. マルナ, S. 津富宏・河野荘子 (監訳). 犯罪からの離脱と「人生のやり直し」元犯罪者のナラティブから学ぶ (明石書店、2013年) 204-216頁.

に直面して償うというアイデンティティを中核として再構築することにより、犯罪から離脱した生活を維持していると考えた。

ウ 只野らの研究

日本においては、少年におけるデシスタンスの要因を明らかにするために、只野智弘らは2013年1月1日から同年3月31日の間に全国の少年院を出院した者（計872名、以下「出院者」という）を対象とし、再犯・再非行の状況調査を行った。只野らはデシスタンスを「少年院出院後、約1年半からおおむね2年間の間、少年院再入院が認められず、かつ、明確な更生意欲が認められたこと」と定義した。

只野らの研究によると、デシスタンス群には、きちんと学業や仕事に従事していること、家族や友人と良好な関係を持つこと、悪い日常的習慣がないこと、自分の過去を肯定的に受容し目標を持って生活していることなどの特徴があると判明した。このような社会的要因と認知的要因のいずれかが崩れれば、再非行・再入院を招いてしまうと考えられる¹⁵⁵。只野らの研究は、ボトムズら、及びマルナによるデシスタンス要因と同じような結論を見出したと言える。

エ 横地らの研究

只野らの研究の引き継ぎとして、デシスタンス群と再入院群に面接調査、質問紙調査を行った。横地環らの研究において見られたデシスタンス要因は、概ね只野らの研究に見出された結果と同様である。また横地らの調査によると、4年の間に再非行・再入院する少年の割合は20%を占めている、こちらの少年の中に、半年から一年以内に再非行・再入院する割合が高いということが分かった。非行行動から少年院入院までには、手続上一定の時間がかかることを考えると、少年院出院者に対しては、出院後間もない時期に集中的な指導監督や支援を行うことが重要であると指摘した。また保護処分と保護観察を受けたことは少年にプラスの影響を及ぼすことが見られた¹⁵⁶。

国内外の各種の先行研究に基づき、守谷哲毅は犯罪から離脱する過程を以下のように整理した。①犯罪や非行からの離脱に向けた変化への準備段階、②犯罪や非行から離脱したいという希望を抱く段階、③実際に変化への行動を始める段階、④変化へ向けた行動を継続する中で周囲との関係等を通じて新たな役割を確立していく段階、⑤新たな役割を確立し、自らの過去と現在の自分とを結びつける形でアイデンティティを再構築する段階、⑥

¹⁵⁵ 只野智弘ほか「非行からの立ち直り（デシスタンス）に関する要因の考察」犯罪社会学研究第42巻（2017年）78頁。

¹⁵⁶ 横地環ほか「青少年の立ち直り（デシスタンス）に関する研究」『法務総合研究所研究部報告58』（2018年）165-168頁。

新たなアイデンティティに基づいて他者に対して自己の経験等を活かしながら何かを与えていく段階¹⁵⁷。

国内外の実証研究によると、保護主義による少年に対する教育的な働きかけ、保護処分、出院後の支援は少年の再犯防止、立ち直りに直結し、犯罪から社会を守ることができると考えられる。特に対象者が少年の場合は、保護主義に基づく支援によるデシタンスの実現が最も有効ではないかと考えられる。よって、保護主義と社会防衛とは対立するのではなく、むしろ補完し合えるものであると考えられる。

法律上にもこうした考え方が反映されている。例えば、更生保護法 1 条は、「この法律は、犯罪をした者及び非行のある少年に対し、社会内において適切な処遇を行うことにより、再び犯罪をすることを防ぎ、又はその非行をなくし、これらの者が善良な社会の一員として自立し、改善更生することを助けるとともに、恩赦の適正な運用を図るほか、犯罪予防の活動の促進等を行い、もって、社会を保護し、個人及び公共の福祉を増進することを目的とする。」と定めている。同条は少年に対して適切な処遇をすることで再犯防止と改善更生を求めようとしている。すなわち、対象者の改善更生と再社会化に向けた支援は、再犯防止という目的にも適うという考え方を更生保護法が示している。

また、近年政府も再犯防止に関する施策を進めている。2012 年に「再犯防止に向けた総合対策」が犯罪対策閣僚会議において決定された。同対策は、刑務所出所者の 2 年以内の再犯率を 2 割以上を減少させることを目指している¹⁵⁸。その後 2014 年に「宣言：犯罪に戻らない・戻さない～立ち直りをみんなで支える明るい社会へ」を発出し、「ひとたび犯罪や非行をした者を社会から排除し、孤立させるのではなく、責任のある社会の一員として再び受け入れること (RE-ENTRY) が自然にできる社会環境を構築する」ことを呼びかけている¹⁵⁹。また、同対策は就労や居住の確保し、社会全体の協力と理解を求めることを再犯防止の施策重点にしている。

そのような状況を背景として、2016 年に「再犯の防止等の推進に関する法律」（以下再犯防止推進法と記す）が制定された。再犯防止推進法 1 条は、「この法律は、国民の理解と協力を得つつ、犯罪をした者等の円滑な社会復帰を促進すること等による再犯の防止等が犯罪対策において重要であることに鑑み、再犯の防止等に関する施策に関し、基本理念を定め、国及び地方公共団体の責務を明らかにするとともに、再犯の防止等に関する施策の基本となる事項を定めることにより、再犯の防止等に関する施策を総合的かつ計画的

¹⁵⁷ 守谷・前掲注 (151) 52 頁。

¹⁵⁸ 法務省犯罪対策閣僚会議「再犯防止に向けた総合対策」（法務省、2012 年）16 頁（<https://www.moj.go.jp/content/001324433.pdf> より入手可）。

¹⁵⁹ 法務省「宣言：犯罪に戻らない・戻さない～立ち直りをみんなで支える明るい社会へ～」（https://www.moj.go.jp/hisho/seisakuhyouka/hisho04_00026.html）（2014 年 12 月 16 日犯罪対策閣僚会議決定）。

に推進し、もって国民が犯罪による被害を受けることを防止し、安全で安心して暮らせる社会の実現に寄与することを目的とする。」と定めている。これを踏まえると、日本において少年に対する矯正教育及び支援による少年の立ち直りという目標を掲げることは、結果として安全で安心して暮らせる社会の実現に資すると言えるだろう。

第2節 保護主義一元説における少年法の各概念に関する検討

1 少年に対する刑事処分の検討

保護主義一元説は少年法における責任主義と社会防衛思想を完全に否定する考え方であるため、少年法20条により検察官に送致された少年に対する刑事処分をどう理解するかというのがまず問題になる。これに対して平野龍一は次のように述べる。

「現在、少年特に年長少年に対して、刑罰か保護処分かが争われている。この場合も、刑罰と保護処分とをカテゴリカルに考える傾向が、問題を混乱させているといえよう。少年に対して、刑罰を加えることは責任主義であり、保護処分を課するのが保護処分とされ、責任主義は少年の主体性を認めるものであり、保護主義は、その主体性を否定して非行の原因をすべて環境に帰するものであるかのように主張される。しかし、刑罰といえども受刑者の改善更生を図るものであり、保護処分といえども非難としての意味をもつ。両者の差は、質的なものではなく量的なものに過ぎない。少年法の問題は、しばしば世界観的な問題であるかのように言われるけれども、そうではなく、どのような少年をどのように処遇したら最もいい効果を挙げることができるか、という経験則的に判定しうる問題なのである」¹⁶⁰。

すなわち、成人に対する刑事処分と違って少年法上の刑事処分と保護処分は峻別されるものではなく、両者の差は、量的なものに過ぎないから、少年法上の刑事処分は、ある程度変容した保護処分であると見られる。よって、少年に対する刑事処分は、少年の健全育成のための教育刑と解するべきであると思われる。前述のように、少年に対する保護処分と刑事処分の差は、質的ではなく、量的なものである。実際に、保護処分の中にも保護観察、児童自立支援施設・児童養護施設送致、少年院送致という内容の異なる制度が設けられている。それは、それぞれの少年によって異なる要保護性に対応するためであると思われる。非行少年の要保護性が保護処分によって対応できる程度を超えたとき、教育刑としての刑事処分が発動することとなるのである。

例えば、若い世代に、不良行為をするのが恥とは思わずに逆に自慢と思う少年が少なくない。学校の処分とか、家庭裁判所の保護処分すら受けてもたいしたことではないと思

¹⁶⁰ 平野龍一『刑法の基礎』（東大出版会、1966年）86頁。

がちな少年がいる。そのような非行少年にとっては社会からの否定的な評価も、それを実感することができず、自分が悪いことをやったとの自覚すら持てない。東京高裁も判決で、少年に対し、著しい寛刑をもって臨むのは、一般社会の刑事司法に対する信頼を揺るがせるばかりでなく、少年に対し、自己の罪責を軽視させ、いたずらに刑事処分に対する弛緩した意識を抱かせるなど、少年自身の更生のためにも適当とは思わないと述べている¹⁶¹。

それ故に、少年に対する刑事処分は、少年に社会からの否定的な評価を感じさせ、刑の執行を進めることを通じて少年自身に罪責を反省させ、社会復帰に努めさせる効果があると思われる。

2 少年刑事事件に対する裁判の意義

前述のように、二元説の観点からみると、家庭裁判所は非行のある少年について、保護処分の適切性を判断し、保護処分が不適切と認める場合は、少年を保護処分へと向かう手続から排除する。その後の少年刑事裁判は、家庭裁判所との関係はないということになる。家庭裁判所が少年保護事件を、刑事裁判所が刑事事件（少年刑事事件を含む）を主宰するため、いずれかの判断を優先させることができないのである。ところが、少年に対する刑罰を教育刑であるとする、家庭裁判所が判断するのは、保護処分に相当するかどうかにとどまらず、刑事処分も併せて少年にとって一番適切な処分は何かという全体的なものと解すべきである。

一般的な刑事手続きと異なって、家庭裁判所から逆送された事件を受けた検察官は、公訴を提起しなければならない（少年法 45 条 5 号）。検察官送致がなされる事件は原則逆送事件と一般の刑事処分相当による送致事件の 2 つタイプがある（少年法 20 条）。原則逆送事件は、16 歳の以上少年が故意の犯罪行為によって被害者を死亡させた事件である。一般の刑事処分相当による送致事件は、罪質と情状にもとづいた判断が前提となっている（禁錮以上の刑が定められている犯罪事件であること）。いずれにしても、検察官に送致される事件の多くは重大事件であることは否定できない。そうすると、家庭裁判所によって刑事処分相当と判断された少年は、少年刑事裁判で刑事処分に付される可能性が高いと思われる。それ故に、家庭裁判所の逆送決定は、刑事処分決定と見なして良いと思われる。言い換えると、少年は刑事裁判で刑事処分に付されたのではなく、逆送と決められた時点で既に刑事処分に付されることが決定されたと捉えられる。

澤登俊雄は、少年法 1 条は少年の健全育成という目的を明言し、少年事件手続きの全過程においてこの目的を実現すべきであると主張し、少年刑事事件、さらに処分の執行段階を含め少年事件に関する取扱いの全過程を保護手続きと呼ぶことにしている¹⁶²。それゆえ

¹⁶¹ 東京高裁平成 3 年 7 月 12 日判時 1396 号 15 頁。

¹⁶² 澤登・前掲注 (35) 231、232 頁

に、少年刑事裁判は、概ね刑事訴訟法の手続きに準拠しているが、その実態は、少年法が刑事訴訟法の規定を間借りして作り上げた、保護主義に基づく独特な法制度ということになる。

少年刑事裁判はこの新たな構想によって、第2章に挙げた一般の刑事裁判とした場合に顕れる問題を解決することができる。まず、裁判中立原則は刑事裁判において当事者主義に基づくものであるから、少年刑事裁判で当事者主義を取らなければ、裁判中立原則はいらなくなる。保護主義に基づく裁判の場合は、裁判官は中立ではなく、被告人側および検察官と協力して少年の問題性と解決策を検討することとなるから、少年刑事裁判の中立性の問題がなくなる。他の裁量権、罪刑均衡は責任主義に基づく刑事裁判のルールであるから、一般の刑事裁判の概念と切り離すことで、自ずと解消すると思われる。こうすると、家庭裁判所が直接に刑事処分を出せばいいということになるため¹⁶³、少年刑事事件に対する裁判の意義を検討する必要がある。

まず最初に、刑事処分は教育刑であると言っても、それに伴う自由への制限は、保護処分に伴う自由への制限より、圧倒的に大きいと言わざるを得ない。特に処分の対象が少年の場合は、①同じ物理的時間であっても少年の方が成人よりも心理的に長く感じること（年をとると時間が早く過ぎるようになるのはだれでも感じることであろう）、②教育の機会等との関係で時間の重要性が少年にとってより大きいこと、③家族に依存している少年は家族から引き離されることによってより大きな不利益を受けること、などの問題がある¹⁶⁴。少年に対する刑事処分は慎重に判断しなければならないということになる。少年事件に慎重に対応するために、その後の刑事裁判所の裁判に少年への刑事処分の適切性をチェックさせるわけである。

少年保護事件の審判においては、少年法の司法的機能が強く発揮される一方で、それ自体が「教育の場」でもあるといわれるように処遇的機能を発揮している。また、2000年の少年法改正が少年の内省を促す文言を挿入したことは、教育の場としての審判の機能を明示的に確認したものと理解しても良いと思われる¹⁶⁵。少年法50条は、少年に対する刑事事件の審理は、第9条の趣旨に従って、これを行わなければならないと定めている。これは、家庭裁判所における少年保護事件に対する科学的調査の方法及び教育的な取り扱いを、刑事裁判所の公判審理にも取り入れようとするものである¹⁶⁶。しかも、刑事訴訟法規則277条が、「少年事件の審理については、懇切を旨とし、且つ事案の真相を明らかにするため、家庭裁判所の取り調べた証拠は、つとめてこれを取り調べるようにしなければならない。」と規定しているため、少年刑事裁判所は家庭裁判所調査官のような機関を設置していない

¹⁶³ 台湾では、少年刑事事件においては、少年に対する刑事処分が少年法院（日本の家庭裁判所相当）から出される（少事法67条1項）。

¹⁶⁴ 猪瀬・前掲注（137）51頁（佐伯仁志）。

¹⁶⁵ 丸山・前掲注（124）189頁。

¹⁶⁶ 団藤・前掲注（80）402頁。

が、家庭裁判所での少年に対する科学的調査の結果を活用しなければならない。それゆえに、第1章第3節家庭裁判所の機能のところでも述べた保護事件手続きの効果は、少年刑事裁判手続きにも認められるのではないだろうか。

しかも、家庭裁判所による手続きは、少年への教育を重視し、少年に非行による社会からの否定的な評価を実感させることが欠けていると言わざるを得ない。そのため少年は社会からの否定的な評価も、それを実感することができず、自分が悪いことをやったことの自覚すら持てないこともある。その場合に、裁判で少年を犯行に直面させることの必要性も否定できないと思われる。刑事事件手続きにおいては検察官が裁判に参加する（刑事訴訟法247条）。少年の刑事事件には、裁判で検察官が起訴状朗読をしたり、少年に尋問をしたりすることを通じて少年自身に犯行を直面させ、罪責を反省させ、さらに社会復帰に努めさせる効果があると思われる。そのため、少年刑事裁判の手続きを経る中で少年の要保護性が変わることも予想されるから、再度少年の要保護性を審理するわけである。

以上をまとめると、少年は刑事裁判で刑事処分に付されたのではなく、逆送と決められた時点で既に刑事処分に付されることが決定されたと捉えられる。しかし、刑事処分に伴う自由への制限は、保護処分に伴う自由への制限より大きいと思われるため、少年刑事事件に対する裁判は、少年審判のように「教育の場」として機能を発揮する一方、少年の人身の自由をより制限する刑事処分の適切さをもう一度慎重に見極めている。第2章第4節虞犯制度のところでも述べたように、少年の成長発達権から司法の介入が認められたが、他の方法で少年の人権への制限を最小限に確保することが必要である。少年保護手続きの中で、少年の要保護性が変化した場合は、少年に対する処分を見直すことが少年刑事事件に対する裁判の意義であると考えられる。

中国でも、少年刑事事件に対する裁判に検察院が参加することが基本となっている。近年では、検察官によって主導される少年司法を推進させようとする動きが見られる。これは世界の主流とも言える多くの国の体制と異なる。12、13歳の若齢少年のみではなく、14から17歳の少年であっても、実務上、検察は「条件付き不起訴」（中国刑訴法282条）の運用によって、少年を刑事裁判から免れさせることができる。さらに、中国刑法17条3項の導入で、少年の行状、経歴、素質、環境などへの調査は検察に担わせられたため、実質的にも検察が少年事件に対して強い先議権を持つようになったと考えられる。検察官に少年保護を主導させる理由として、①中国の現行少年司法制度に、少年法院に関する規定が存在せず、検察が全部の少年事件に関わっているため、検察を少年保護に関わらせるほうが現実的に適切であると考えられること。②中国の検察は社会の守護者として、司法の側面、行政の側面、教育の側面があるため、少年事件の属性に合致すると思われること¹⁶⁷が挙げられる。日本の検察官も監督の役割を持っているほか、公益の代表者（検察庁法4条）であるとも言われている。従来、少年事件に検察官が関与することは、厳罰に繋がってい

¹⁶⁷ 狄小华「論我国未成年人司法的“検察主導”」（青少年犯罪問題第4期 2022年）112頁。

るようなイメージがあるが、少年刑事事件に対する裁判においては、少年の人権保障の観点から、検察官が裁判を監督することがあり得るだろう。

第3節 少年法における「非行」の意義に関する検討

「非行事実」は少年法上極めて重要な概念であり、二元説の観点から非行は少年法上の要件として位置づけられている¹⁶⁸ことが一般である。二元説から保護主義一元説に変え、少年法から責任主義と社会防衛思想を完全に排除すると、「非行事実」の意義を見直す必要がある。従来、少年保護事件における審判対象は何かについて争われている。これを確認した上で、少年法における「非行事実」の意義を検討する。

1 少年保護事件の審判の対象¹⁶⁹

ア 審判の対象は「要保護性」のみの説

まず、審判の対象は要保護性のみであり、非行事実は手続的には家庭裁判所が当該少年に対する審判権取得の一条件となり、実体的には要保護性の認定の一資料であるとする説がある¹⁷⁰。審判の対象は、少年の人格を表す要保護性のみとされるため、この説は「人格重視説」とも呼ばれている。人格重視説の観点から、少年法3条1項の規定は、家庭裁判所が審判権を持つ対象の範囲を明示した手続的規定であり、実体法の領域に属する規定ではないと解されるということになる¹⁷¹。

イ 審判の対象は「非行事実」のみとする説

審判の対象は「非行事実」のみとする説である。要保護性は、処遇決定に影響を与える事情であり、実体法上の事実ではあるが構成要件に属しないと解される¹⁷²。また、「非行は保護措置の構成要件であり、要保護性はその実質的理由である」とも論じられている¹⁷³。

ウ 審判の対象は「要保護性」と「非行事実」であるとする説

少年法の効果が発動するために、「要保護性」と「非行事実」が必要であるとする説で

¹⁶⁸ 従来、二元説の観点から、非行があることは処分決定の前提となっており、非行の程度も処分と直接関係している（処分の上限にを画する）。

¹⁶⁹ 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）106-111 頁を参照。

¹⁷⁰ 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）11-12 頁、30 頁等参照。

¹⁷¹ 入江・前掲注（170）3、4 頁。

¹⁷² 平場安治『少年法』（有斐閣、1963 年）34 頁。

¹⁷³ 平場・前掲注（172）39 頁。

ある。この他にも、少年保護事件における審判の対象は、第1に非行事実、第2に要保護性であるという見解もある¹⁷⁴。この見解は、「公正さ」を重視する上で、非行事実に優先的位置付けを与えているものであると言われる¹⁷⁵。

イとウの学説は、「非行事実重視説」と呼ばれている。

人格重視説は、現行少年法の運用開始直後には、広く支持を集めていたが、近年少年に対する適正手続の保障が強化されるつつある背景の中で、通説が人格重視説から非行事実重視説へ転換した¹⁷⁶。

2 少年法の要件と効果に関する検討¹⁷⁷

少年法の効果については、(a)効果を保護処分に限定する立場と(b)限定しない立場に分けることができる。

(a)は、少年法の効果は保護処分に限り、要件を満たすと、効果としての保護処分が出るということである。よって、保護処分以外の審判不開始、不処分、検察官送致の決定は、「処分」という実体法上の効果を生じさせることはないということである。

(b)に立った場合の範囲については、様々な見解がある。例えば、保護処分以外の終局処分を少年実体法の法律効果に組み入れるとする立場、家庭裁判所による保護が開始されることを以って、効果が発生すると考えられるため、家庭裁判所が行う種々の保護的措置をも法律効果であるとする立場などがある。さらに少年法の効果の範囲を拡大する説もある。これからそれぞれの要件と効果の説の組み合わせを検討する。

ア+(a)

少年実体法上の要件は「要保護性」であり、効果は「保護処分」であるということである。よって、「要保護性」があるなら、保護処分を決定し、「要保護性」がなければ、検察官送致か不処分かを決めなければならないということになる。

イ+(a)

少年実体法上の要件は「非行」であり、効果は「保護処分」であるということである。この立場は、刑法上の要件としての「罪」と効果としての「刑」に対応していると考えられる¹⁷⁸。しかし、この立場の批判として、①「非行」と保護処分には刑法各本条における

¹⁷⁴ 船山泰範「少年の保護事件」田宮裕編『少年法（条文解説）』（有斐閣、1986年）32-33頁参照。

¹⁷⁵ 小西・前掲注（169）111頁。

¹⁷⁶ 小西・前掲注（169）111頁。

¹⁷⁷ 小西・前掲注（169）106-111頁を参照。

¹⁷⁸ 小西・前掲注（169）108頁。

「罪」と「刑」のような直接的な対応関係がないこと、②「非行」がありながら保護処分以外の終局決定（審判不開始、不処分、検察官送致等）となる場合が説明できないこと、が挙げられる。

ウ+(a)

少年実体法上の要件は「非行」及び「要保護性」であり、効果は保護処分であるとする立場である。これが現在の通説である。この立場では、「…保護処分という法律効果を少年に加える為には少年に非行あることを要し且つ要保護性あることを要する」とし、「家庭裁判所は事件繫属せる少年につき、調査審判の結果右二点の要件を充足することが判明すれば、必ず何等かの保護処分を加えざるを得ず、反対に右要件のうち、その一を欠いても保護処分を加え得ないで審判不開始決定、若しくは不処分決定その他を以って事件を終結せしむべき」としている¹⁷⁹。

ア+(b)

少年実体法上の要件は「要保護性」であり、効果は「保護処分」に限らないとする立場である。小西暁和は、ア+(b)がア+(a)と同じように見えると主張する¹⁸⁰。人格重視説の観点から、基本的に要保護性があるなら保護処分が決定されるのである。しかし、本研究の少年に対する刑事処分は教育刑であるとする観点はさらに少年法の効果の範囲を拡大しているため、ア+(b)においては、保護処分があるとしても、他に教育刑として刑事処分もその効果とするのが可能になるう。

イ+(b)

少年実体法上の要件は「非行」であり、効果は「少年法上の保護一般」であるとする立場がある¹⁸¹。家庭裁判所の処遇機能を効果であると認めるため、非行があれば、手続きが開始し、効果が発生するということになる。そこで、要保護性は、要件ではなく単なる処遇決定に影響を与える事情であると言われる¹⁸²。

ウ+(b)

少年実体法上の要件は、「非行」及び「要保護性」であり、効果は、「終局決定によって与えられる国家の本来的な保護」であるとする立場がある¹⁸³。

¹⁷⁹ 裾分一立「要保護性試論」家庭裁判月報5巻4号（1953年）24-25頁。

¹⁸⁰ 小西・前掲注（169）107頁。

¹⁸¹ 平場・前掲注（169）33-35頁、39-43頁等参照。

¹⁸² 平場・前掲注（172）34頁。

¹⁸³ 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）19-22頁等参照。

3 検討

少年は可塑性が高いが故に教育によってその性格や考え方を変えることができる。そこで、少年法は少年が二度と犯罪をしないように、健全育成の理念下、その少年に相応しい教育的措置をすることを目的とする。どのような措置が当該少年に最も適切であるのかを解明するには、少年の要保護性を明らかにしなければならない。従って、少年審判においては「要保護性」が不可欠なものであると考えられる。

少年法の要件としての「非行事実」は人権保護の観点から少年に対する処分を制限するものであると見られる。よって、非行を要件から排除し、要保護性のみを審判の対象とすると、少年審判における「公正さ」がなくなる恐れがあると指摘される¹⁸⁴。また、少年法1条は、少年法の具体的な目的を「非行のある少年に対して性格の矯正及び環境の調整に関する保護処分を行う」と明確に規定しているため、保護処分が少年法の唯一の効果であると指摘されてる¹⁸⁵。それゆえに、少年法の要件と効果については、イ+(a)の立場が適切であると主張される。これによって、例えば、軽微な非行事実があった少年について、たとえ要保護性が高いとしても、相対的に長期間、かつ強制力の高い処分を課すことは認められない。非行事実が、強制力を有する処分の上限を画するいわば歯止めとして機能するものと解されるのである¹⁸⁶。以上は従来通説であった。

この考え方に対しては、「非行事実の存在を保護処分賦科の実体的要件としたことは、結局、人間行動および犯罪予測に関する科学の現水準に対する謙抑主義と少年の人権保障を全うしようとする考え方に基づくものといってよい」と評価されている¹⁸⁷。

しかし、少年保護事件の審判に少年に対する処分を制限するために、「非行事実」を入れることが少年審判の専門性を損なわせる恐れがあることは既に説明した。また、少年に対する刑事処分を教育刑であると理解すると、非行事実が軽くて要保護性が高い少年に刑事処分（教育刑として）を下すことが可能となるため、これは明らかに前述の通説の趣旨に反するものである。少年法の目的のもとで、科学主義を最大限に活用するためには、少年審判の対象を「要保護性」のみとし、効果を検察官送致を含みすべての終局処分とし、そして、非行事実を家庭裁判所が少年に対する審判権を取得するための一条件とすべきであると筆者が考える。なぜこういった条件が必要であるかということに関連して、少年法の正当化原理をもう一度確認する。

少年法の正当化原理については、3つの説がある。

ア 国親思想

¹⁸⁴ 小西・前掲注（169）113頁。

¹⁸⁵ 小西・前掲注（169）113頁。

¹⁸⁶ 小西・前掲注（169）124頁。

¹⁸⁷ 早川・前掲注（183）19-22頁等参照。

1899年にアメリカ・イリノイ州シカゴ市に世界で最初の少年裁判所が創設された。アメリカの少年法院の創設過程には、国親思想が強い影響を与えた。国親思想とは、家庭がうまく監護教育できない時、国がその親に代わって少年を保護教育するべきであるという考え方である。国親思想は、罪を犯した少年に対するだけではなく、問題を抱える少年いわゆる虞犯少年に対しても国家の介入に正当化する根拠を与えた。

イ 親の権威性思想

少年を監護教育するにあたって、親の権威性が認められべきであるという考えがある。すなわち、親の監護教育をうまく受けない少年に対して、親はより強制力のある措置を採ることができ、司法もこれを協力するということである。親の権威性思想を虞犯制度の正当化原理とすると、少年を虞犯としその自由を制限するにあたっては、親の意見が極めて重要になり、さらには決め手になることもあり得る。アメリカのワシントン州は1995年に立法で少年の保護者に常に不登校又は家出をする少年を施設に送ることができる権力を与えたが、そこにはこの思想が窺われるだろう。

ウ 社会防衛思想

虞犯少年をそのまま放置すると、将来罪を犯す可能性が極めて高く、犯罪から社会を守るために、虞犯という段階で国家が介入する必要があるという社会防衛思想がある。日本はこのような考え方を侵害原理と言う。

台湾において少事法がどのような思想を土台として作られたのか争いはあるが、少事法1条は「少年の健全な育成を期し、少年に対して環境の調整及び性格の矯正のために、この法律を制定した。」と定めているため、社会防衛思想が決して少事法の基本原理であるべきではないと考えられる。国親思想も親の権威性思想も、非行のある少年の健全育成における国家の介入の必要性を認めたが、国親思想は親が監護教育できない時のみ国家の介入を容認する一方、親の権威性思想も国家の介入を親の補佐として認めている。そのため、少年の教育においては、家庭（親）の役割を重視する必要がある。第1章第3節で紹介した在宅事件（学校の器物損壊の事案）のように、少年を立ち直らせるのに、保護者ではないとできないことがある。国家もあらゆる家庭に介入するわけではないため、少年を教育するには、家庭（親）が一番重要かつ不可欠であろう。

日本の少年警察活動規則2条7項は、「非行少年には該当しないが、飲酒、喫煙、深夜はいかいその他自己又は他人の徳性を害する行為（以下「不良行為」という。）をしている少年をいう。」、同法14条は、「不良行為少年を発見したときは、当該不良行為についての注意、その後の非行を防止するための助言又は指導その他の補導を行い、必要に応じ、保護者（学校又は職場の関係者に連絡することが特に必要であると認めるときは、保護者及び当該関係者）に連絡するものとする。」と規定している。このように、少年の良くな

い行為が分類されているのである。不良行為を行った少年には、教育する必要があるが、家庭内教育が対応できるため、家庭裁判所まで送致しなくて良いということである。一方、非行の出現は家庭（親）による監護教育がうまく対応できないことを表しているため、外部の介入が必要であるとされる。

すなわち、非行があってはじめて、少年の責任が認められ審判に付することができるということではなく、非行があってはじめて、家庭（親）による監護教育がうまく対応できていないということになるため、司法が介入することになると理解すべきである。すなわち、前者は、司法の介入が必要であるが、非行がないとできない、後者は、非行がないと司法の介入が必要ではないということである。そのため、非行事実を家庭裁判所が審判権を取得するため一要件と位置づけるわけである。

第4節 少年を加害する行為の厳罰化を少年法に導入することの検討

朝日新聞デジタル 2020年10月21日に、以下のような記事が出ている。

「『不正受給をした』『誘われて不正をしそうになった』愛知県警には6月8日～10月16日、申請者252人分（未遂や未申請者も含む）についてこうした相談があった。捜査関係者によると、4分の3近くが本人から、ほかは親族や知人からだった。年齢別では20代が140人で半数以上を占めた。10代（22人）を加えると6割を超える。30代は21人、40代は20人だった。職業別では大学や専門学校などの学生が66人、会社員が70人と、それぞれ約4分の1を占めた。学生には定時制高校の10代の生徒1人も含まれるという。学生からの相談は、愛知大の男子学生2人が不正受給を指南した疑いで逮捕された9月29日を境に急増。1日あたりで3倍超のペースになったという。」¹⁸⁸。

産経新聞 2023年5月24日号に、『特殊詐欺実行役の少年、3割が「闇バイト」に応募指示役から脅迫も』というタイトルで以下のような記事が出ている。

『特殊詐欺グループの末端とされる受け子やかけ子をめぐっては、摘発のリスクが高く、指示役らが「使い捨て」にしている実態も指摘される。こうした中、警視庁は24日、昨年1年間に特殊詐欺の実行役として摘発した少年153人の実態調査を公表。約3割が交流サイト（SNS）の「闇バイト」に応募していることなどを明らかにした。調査結果によると、犯行への加担の経緯については最多が「友人の紹介」で39・9%だった。「先輩の紹介」も20・3%で、人間関係からの誘いこみが約6割を占めていた。

SNSは28・8%で、その勧誘では《1週間で50万円稼げるバイトあります》

¹⁸⁸ コロナ対策の給付金「不正受給した」若者の相談急増。朝日新聞。2020年10月21日、朝日新聞デジタル、<https://www.asahi.com/articles/ASBNB7DG4NBMOIPE025.html>、（参照2021年8月10日）

と高収入をうたう文言も確認された。受け子などについての認識は、88・2%が「詐欺と認識がある」と回答。「警察に捕まる危険はあるが、1回だけなら大丈夫」などと安易に考えていた少年もいたとする。一方、グループから抜けられないように指示役から脅迫を受けていたとする少年も21・6%いた。「どこで生まれ、家族が誰かまで知ってたぞ」などと脅されていたという。」¹⁸⁹

コロナ対策の給付金不正受給、いわゆる給付金詐欺においては、成人犯罪者は若者を利用して、給付金を詐取する例が多い。この場合、詐欺の実行犯である若者は、自分が犯罪を行ったことすらわからなかったこともあり、仮にその背後からの誘いがなかったとすれば、若者は犯行に至らなかったかもしれない。犯罪の決意の程度に関しては、成人犯罪者のほうが若者を遙かに上回るとも言えよう。また、騙し取ったお金の配分も、成人犯罪者が多く取ったケースが少なくない。特殊詐欺グループの中で実行役をする少年たちは、指示役から犯罪が行えるように使われている「道具」であると言ってよい。また、一回だけ犯行に関われば、犯罪から抜けられないことが少なくないというのも現実である。よって、こういった事件においては、少年は加害者というよりも、被害者であると考えられる。

それ故に、少年を加害する行為の取締は、少年将来が犯罪者になることを防ぐことができると考えられるため、社会防衛の見地からも保護主義の見地からも有効であろう。また、前述のように保護主義の定義に「少年ではなく環境に帰責する」を加えるべきであるという観点からみると、成人犯罪者に少年の責任を含むより多い責任を取らせる必要もある。中国も台湾もこのような制度が既に出てきている。本節においては、少年を対象とする犯罪と少年を利用して行った犯罪の刑を重く規定としている中国刑法の原理を検討しつつ、そこから日本にどのような示唆を与えられるかを明らかにする。

1 中国における少年保護

中国では、少年を対象とする犯罪は重く罰される。例えば、中国刑法 236 条強姦罪¹⁹⁰は、「①暴行、脅迫又はその他の方法により女子を姦淫した者は、3年以上10年以下の有期徒刑に処する。②14歳未満の幼女を姦淫したときは、強姦罪とし、重く処罰する。③女子又は幼女を姦淫した場合において、次に掲げるいずれかの事情があるときは、10年以上の有期徒刑、無期徒刑又は死刑に処する。(1)女子又は幼女を姦淫し、情状が悪質であること。(2)多数の女子又は幼女を姦淫したこと。(3)公共の場所において女子又は幼女を公然と姦淫したこと。(4)2人以上で輪姦したこと(5)被害者を死亡させたこと、重傷害を

¹⁸⁹ 特殊詐欺実行役の少年、3割が「闇バイト」に応募指示役から脅迫も 産経新聞 2023年5月24日 <https://www.sankei.com/article/20230524-C7UNM6ISM5NRPLGF7CH2VBOCEE/> (2023年5月28日23時閲覧)

¹⁹⁰ 甲斐克則=劉建利『中華人民共和国刑法』(成文堂、2011年)144頁。

負わせたこと又はその他の重い結果を生じさせたこと。」と定めている。

また、少年を利用して行った犯罪も重く罰される対象となる。中国刑法 347 条薬物密輸販売運搬製造罪¹⁹¹は、「①薬物を密輸し、販売し、運搬し又は製造した者は、その量の多少にかかわらず、すべて刑事責任を追及し、処罰しなければならない。（……中略……）⑥未成年者を利用し若しくは教唆して、薬物を密輸させ、販売させ、運搬させ若しくは製造させ、又は未成年者に薬物を売り渡した者は、重く処罰する。」と定めている。これについて、2008 年に最高人民法院によって発行された「全国部分法院審理毒品犯罪座談会紀要」は、麻薬の量が死刑要件に達し、未成年者を利用し若しくは教唆して、薬物を密輸させ、販売させ、運搬させ若しくは製造させる場合は、死刑に処すべきであるとした。

さらに、中国刑法 262 条 2 項未成年組織治安妨害罪¹⁹²は、「未成年者を組織して、窃盗、詐欺、奪取、恐喝その他の治安妨害を妨害する行為を行わせた者は、3 年以下の有期懲役又は拘役¹⁹³に処し、罰金を併科する。情状が重い時は、3 年以上 7 年以下の有期懲役に処し、罰金を併科する。」と定めている。これは、つまり、組織された者が少年でさえあれば、治安妨害を妨害する行為をただけで、組織者は刑罰に科される可能性があるということである。

少年を対象とし又は利用した犯罪を厳しく取り締まる趣旨は、成人と異なり、少年が一旦犯罪というものに直面すれば、将来少年が自ら犯罪を犯すに至る可能性が高くなるため、厳しく規制しなければならないというところにあると考える。ところで、少年を対象とする犯罪と少年を利用して行った犯罪を厳しく取り締まることによって、将来の少年犯罪を有効に抑止できるということはあくまで刑事政策の視点からの評価である。実際の刑事裁判では、判決は被告人の将来に大きい影響を与えるし、命に関わる場合さえあるため、単に刑事政策的に少年にとってメリットがあるということを主張するだけでは足りず、刑法理論、原則に即した説明が必要であると思われる。そこで、次に中国刑法の視点から少年に関わる犯罪の刑を加重することの正当性を検討する。

2 少年を被害者とする犯罪の刑の加重の正当性

少年に関わる犯罪を重く罰する根拠は、法益侵害性が高いというところにあると考えられる。例えば、成人を対象とした強姦の場合は、侵害されたのは「性的自由」という法益である。一方、少年について、彼・彼女が犯罪に至ったのは他人から受けた被害の結果で

¹⁹¹ 甲斐＝劉・前掲注（190）171 頁。

¹⁹² 甲斐＝劉・前掲注（190）149 頁

¹⁹³ 拘役は、短期自由刑である。刑期は 1 月以上 6 月以下であり、住居地又は裁判地に接近する拘禁場所で執行される。受刑者は月に 1 日ないし 2 日帰宅することができ、労働に参加した場合は、一定の報酬を受けられる。甲斐＝劉・前掲注（190）80 頁。

ある、という観点から検討すると、少年を対象とする犯罪と少年を利用して行った犯罪の場合、いずれにせよ犯罪を通して少年と関りを持ち、少年の健全な成長発達にダメージを与えたため、「性的自由」のほか少年の「成長発達権」も侵害したということになる。それ故、刑の加重が認められるわけである。

また、少年を利用して行った犯罪に対しては、中国刑法は共同犯罪における役割と決意の程度に応じた責任配分の方法で刑を定めている。

ア 中国刑法における共同犯罪

少年を利用して行った犯罪は共同犯罪になる。中国刑法は、共同犯罪に関し日本と異なり、正犯を中心とする共犯体系を採らず、「主犯」を中心とする共犯体系を採用している¹⁹⁴。中国刑法 25 条 1 項¹⁹⁵は「共同犯罪とは、2 人以上共同して故意による犯罪を犯すことをいう」と共同犯罪の概念を規定している。また、同法 26 条 1 項は「犯罪集団を結成し、若しくは指導して犯罪活動を行った者、又は共同犯罪において主要な役割を果たした者は、主犯である。」、27 条 1 項は「共同犯罪において副次的又は補助的な役割を果たした者は、従犯である。」、同条 2 項は「従犯に対しては、その刑を軽くし、減輕し又は免除しなければならない」、29 条 1 項は「人を教唆して罪を犯させた者は、共同犯罪において果たした役割に応じて処罰しなければならない。……」とそれぞれ定め、主犯と従犯について規定している。さらに、26 条 2 項は「3 人以上共同して罪を犯すために結成した比較的固定的な犯罪組織は、犯罪集団である。」とし、同条 3 項は「犯罪集団を結成しまたは指導する首謀者に対しては、その犯罪集団が犯したすべての犯行に応じて処罰する。」と定めている。犯罪集団の定義づけや犯罪集団につき、組織・画策・指揮の役割を果たした首謀者つまり「主犯」（黒幕・中心人物）を特別に扱うことは、中国刑法における共同犯罪理論の大きな特徴である¹⁹⁶。

すなわち、共同犯罪の場合、犯罪者が主犯か従犯・教唆犯かという判断基準は、共同犯罪において果たした役割となるということである。首謀者に対しては、犯罪集団が犯したすべての犯行に応じて処罰する規定が設けられる一方、従犯に対しては刑の減輕規定も設けられるため、実際の刑は犯罪者が共同犯罪において果たした役割によって区別されるということになる。

さらに、28 条は、「脅迫されて犯罪に参加した者は、その犯罪の情状に応じて、その刑を減輕し、又は免除しなければならない。」と規定しているため、量刑にあたっては、共同犯罪において果たした役割のほか、犯罪者がその犯罪活動に対し決意の程度という主観面も考慮に入れるべきであると考えられる。いわゆる現在の中国刑法学界における通説「主

¹⁹⁴ 謝佳君「共同正犯と従犯の区別に関する研究：日中比較法的考察」早稲田大学法学研究科博士論文（2012 年）5 頁。

¹⁹⁵ 甲斐=劉・前掲注（190）79 頁。

¹⁹⁶ 謝・前掲注（194）5 頁。

観・客観統一説」である¹⁹⁷。

イ 共同犯罪における責任配分

共同犯罪において「主観・客観統一説」の立場から見ると、各犯罪者が共同犯罪において果たした役割と犯罪者がその犯罪活動に対し決意の程度を考慮しなければならないということになる。そのため、共同犯罪、特に集団犯罪において帰責を考えると、個別犯罪者に対する観点からではなく、まず犯罪集団に帰責し、その後犯罪集団の内部で各犯罪者に対して責任を配分すべきであると考えられる¹⁹⁸。

少年は、情緒やなどの精神の発達は未成熟の段階にあり、また、精神と身体の発達もアンバランスである。犯罪をしようとしても、自力で犯罪を果たせないこともありうる。仮に背後に成人の利用者がいるならば、いくつかの場面で少年が犯罪を実行するよう容易に幫助することができる。例えば、多くの少年は収入がないため、犯罪を行うのに必要なお金がないということがあられるかもしれないが、そこに成人が介入すれば必要な犯行用の器具や犯行の場所を提供することができる。また、集団犯罪の場合には、犯罪をどう分担するかという周密をきわめた計画が必要なこともあるが、少年がこれを担うことが難しいとき、成人の指導のもとで実行することも多いであろう。

このように、少年を利用して行った犯罪においては、犯罪を実行したのは少年であるにもかかわらず、共同犯罪においてより高い役割を果たしたのは成人であり、犯罪活動に向けられた決意も成人のほうが強いと言えよう。そのため、少年を利用して行った犯罪の場合は、成人に相対的に多い責任、少年に相対的に少ない責任を配分すべきであるということになる。中国刑法 17 条 3 項は「14 歳以上 18 歳未満の者が罪を犯したときは、その刑を軽くし、又は減輕しなければならない。」と定めている。そこで少年の一部の責任又は非難可能性が成人のほうに転移したと考えることができるのである。

刑法 17 条 3 項及び上に述べた少年を利用して行った犯罪の刑の加重に関する規定により、中国刑法が採っている共同犯罪の責任配分という方法は、以上のようなものである。

3 日本への示唆

第 1 章で紹介した日本の少年法の歴史と比べると、中国の少年に関する法制度ができたのは遅かった。1980 年に中国共産主義青年団中央が主催する「青少年保護法座談会」が北京で開催され、そこで「青少年保護法起草チームの成立に関する意見」という決定がなされた。その後、青少年保護法起草チームによって「中華人民共和国青少年保護法（草案）」ができた。しかし、結局この草案は日本の国会に相当する全国人民代表大会での採決に至

¹⁹⁷ 謝・前掲注（194）5 頁。

¹⁹⁸ 記康「利用未成人実施外圍犯罪の刑法規制」（青少年犯罪問題 2021 年 1 期）88 頁。

らなかった。それ以降、全国レベルでの少年法立法は止まっていたが、地方の少年法立法として1987年に「上海市青少年保護条例」が成立した。この条例が「中国における初めての青少年保護の法規であり、初めての少年法である。」とされている¹⁹⁹。上海市青少年保護条例成立の12年後、1999年に至って初めて全国レベルの少年法立法として「中華人民共和国予防未成年人犯罪法」が成立した。

中華人民共和国予防未成年人犯罪法は不良行為と嚴重不良行為という少年に特有な2つの概念を規定した²⁰⁰が、具体的な手続と処分を定めていないため、少年が不良行為や嚴重不良行為をした場合、治安管理処罰法及び刑法に従って成人と同様に扱われることになる。そのため、不良行為と嚴重不良行為は規定されたものの少年司法実務上の意味はないということになる。つまり、中華人民共和国予防未成年人犯罪法は不完全な立法であると言わざるを得ず、一刻も早く独立した少年法を作るべきである²⁰¹。しかるに、2012年に中国人民共和国刑事訴訟法（以下「中国刑事訴訟法」と記する。）に未成年に関する専門章節が新設された。これは、中国少年司法制度が刑事訴訟法の付屬条文として確立されたことを意味するものである。この中国刑事訴訟法は「罪を犯した少年に対しては、教育、感化及び社会復帰を方針とし、教育を主とし懲罰を従とすることを原則とする。」（277条1項）と定めたため、中国の各裁判所のほとんどが内部で少年裁判法廷を設置したが、保護処分のような制度がないため、有罪の場合は結局、少年に刑罰を下すほかない。このような面から見ると、独立立法モデルに向かっている日本の少年法立法に比べて、中国の少年法立法は失敗だったかのように思われる。

ところが、統計データを見ると、日中両国の少年犯罪状況は逆になる。2013年に中国の刑法犯検挙人員総数は1,157,784人である。そのうち少年（14から17歳）は55,817人であり、総数の4.82%となっている。2014年の刑法犯検挙人員総数は1,184,562人であり、少年が総数の4.16%を占め50,415人となる。2015年の刑法犯検挙人員総数は1,232,695人であり、そのうち少年は43,839人であり3.56%を占めている²⁰²。一方、日本では法務省の犯罪白書によると、平成25年（2013年）の日本の刑法犯検挙人員総数は262,486人である。そのうち少年（14から20歳）は56,901人であり、検挙人員総数の21.7%となる。平成26年（2014年）の刑法犯検挙人員総数は251,115人であり、少年が48,843人であり総数の19.5%となる。平成27年（2018）の刑法犯検挙人員総数は239,355人であり、少年が39,486人であり総数の16.5%となる。つまり、少年検挙人員数が総数に占める割合は日本より中国の方が圧倒的に低いのである。18、19歳の少年は中国においては少年検挙人員総数に含まれないということもその原因の1つではあるが、概して中国の少年犯罪対策はうまく機能していると言えよう。

¹⁹⁹ 姚建龙『長大成人：少年司法制度建構』（中国人民公安大学出版社2003年版）295頁。

²⁰⁰ 『中華人民共和国予防未成年人犯罪法』28条、38条。

²⁰¹ 姚・前掲注（81）5、6頁。

²⁰² 姚・前掲注（81）3頁。

よって、中国の少年司法立法は、いくつかの原因のために日本のように独立した少年法を作ることができなかったが、中国の立法者は、刑法理論において日本と異なる視点で少年非行を捉え、中国刑法において少年を対象とする犯罪と少年を利用して行った犯罪の刑を重く規定することで、少年犯罪を有効に抑止したと筆者は考える。日本でもこのような規定を導入して良いのではないかと考えられる。

なお、日本憲法 14 条 1 項は、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」と定めている。いわゆる「法の下に平等」である。少年を対象とする犯罪と少年を利用して行った犯罪の刑を重くする規定は、憲法 14 条 1 項に違反するかという懸念が出てくるかもしれないが、実際に過去に刑法に次のような条文が存在していたことが参考になる。

刑法 200 条である。同条は尊属殺人罪として、「自己又ハ配偶者ノ直系尊属ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ処ス」と規定していた。刑法 199 条殺人罪の「死刑又は無期若しくは三年²⁰³以上の懲役」の法定刑と比べると、尊属殺人罪の法定刑は、「死刑又ハ無期懲役」しかなく、かなり重罰的な規定となっていた。この規定は、1973 年の最高裁判決によって違憲とされ、1995 年の刑法改正により削除されたが、違憲判決の理由として、最高裁は「尊属」を理由に刑罰を加重すること自体は憲法の平等原則に反するわけではないが、法定刑が死刑または無期懲役に限定されているのが「不合理な差別的取扱い」とであると述べた²⁰⁴。それ故に、この判例に即して考えるならば、少年を対象とする犯罪と少年を利用して行った犯罪の刑を重くする立法自体の合憲性は問題とならず、ただどの程度までの加重であれば合憲となるかが次の課題となる。

第 5 節 小括

第 3 章においては、「保護主義一元説を中心とする少年法の再構築」をテーマとし、少年法における各重要な概念を見直した。まず、保護主義の定義を検討した。

保護主義については、少年の保護を通して少年の健全育成を旨とするものであるということで一応共通の理解がえられているといえる。少年法 1 条から保護主義は少年の健全育成のみに関心を持つということが導かれる。しかし、保護主義の学説は非行事実を誰に帰責するかという問題に触れていないため、世論の批判が寄せられている。中国の学界では犯罪少年については、「先に被害、そして加害する」という特徴がある。すなわち、他者による加害行為などが、少年の成長途中において消極的な影響を与える。その悪影響が積み重なり、一定の枠を越えると社会に被害を及ぼす犯罪行為になってしまう。少年自身が被害者から加害者に転換することとなるのである。少年が非行に陥ったのは、少年ではなく

²⁰³ 2004 年の法改正は、五年以上に引き上げた。

²⁰⁴ 最判昭和 48・4・4 刑集 27 卷 3 号 265 頁。

環境の責任であると言ってよい。それ故に、保護主義に「少年の保護を通して少年の健全育成を旨すとともに、少年の環境に責任を求める」を新たに定義づける。これは、非行においては少年に責任を問うべきではないということの強調であり、誰に責任を取らせれば良いのかを説明することで世論の支持を得る手段でもある。

そして、少年の健全育成を最優先し、全く社会防衛を考えなくて良いか、そうなったら犯罪が増えるだろうという懸念があると予想されるため、デシスタンスの研究と結びつけながら保護主義の有効性を検討する。国内外のデシスタンスに関する実証研究によると、保護主義による少年に対する教育的な働きかけ、保護処分、出院後の支援は少年の再犯防止、立ち直りに直結し、犯罪から社会を守ることができると考えられる。特に対象者が少年の場合は、保護主義に基づく支援によるデシスタンスの実現が最も有効であると考えられる。そのため、日本において少年に対する矯正教育及び支援による少年の立ち直りという目標を掲げることは、結果として安全で安心して暮らせる社会の実現に資すると考えられる。

第2節においては、少年法20条により検察官に送致された少年に対する刑事処分の意義を見直した。少年の刑事事件には、少年に刑事処分を下すことを通じて社会からの否定的な評価を感じさせ、刑の執行を進めることを通じて少年自身に罪責を反省させ、社会復帰に努めさせる効果がある。刑法上の刑事処分と違って少年法上の刑事処分と保護処分は峻別されるものではなく、両者の差は、量的なものに過ぎないから、少年法上の刑事処分は、変容した保護処分であると見られる。よって、少年に対する刑事処分は、少年の健全育成のための教育刑と解するべきである。

刑事処分は教育刑であると言っても、それに伴う自由への制限は、保護処分に伴う自由への制限より、圧倒的に大きいと言わざるを得ない。少年刑事事件に対する裁判の手続きで少年が立ち直る可能性があるため、最後にもう一度要保護性を審理し、最適な処分を見直す必要があると思われる。少年刑事裁判は、概ね刑事訴訟法の手続きに準拠しているが、その実態は、少年法が刑事訴訟法の規定を間借りして作り上げた、保護主義に基づく独特な法制度であると位置付けられる。

第3節においては少年法上「非行事実」の意義を検討する。二元説の観点から「非行事実」は少年法上の要件として位置づけられている。二元説から保護主義一元説に変え、少年法から責任主義と社会防衛思想を完全に排除すると、「非行事実」の意義を見直す必要がある。従来、少年保護事件における審判は何かについて争われている。これを確認した上で、少年法における「非行事実」の意義を検討する。まず、少年法の要件と効果に関する学説を整理した。

通説によると、少年法の要件としての「非行事実」は人権保護の観点から少年に対する処分を制限するものであると見られる。また、少年法1条は、少年法の具体的な目的を「非行のある少年に対して性格の矯正及び環境の調整に関する保護処分を行う」とであると明確に規定しているため、保護処分が少年法の唯一の効果であると指摘されてる。非行事実が、

強制力を有する処分の上限を画するいわば歯止めであると位置付けられている。

しかし、少年保護事件の審判に少年に対する処分を制限するために、「非行事実」を入れることが少年審判の専門性を損なわせる恐れがある。また、少年に対する刑事処分を教育刑であると理解すると、非行事実が軽くて要保護性が高い少年に刑事処分を下すことが可能となるため、これは明らかに前述の通説の趣旨に反するものである。よって、少年審判の対象を「要保護性」のみ、効果を検察官送致を含みすべての終局処分であるとするべきであると考えられる。「非行事実」は家庭裁判所が少年に対する審判権を取得するための一条件であると位置付ける。

より深く踏み込んで検討すると、国家もあらゆる家庭に介入するわけではないため、少年を教育するには、家庭（親）が一番重要かつ不可欠である。「非行事実は家庭裁判所が少年に対する審判権を取得するための一条件」という文については、非行があってはじめて、少年の責任が認められ審判に付することができるということではなく、非行があってはじめて、家庭（親）による監護教育がうまく対応できていないということになるため、司法が介入するわけである。すなわち、前者は、司法の介入が必要であるが、非行がないとできない、後者は、非行がないと司法の介入が必要ではないということである。

第4節は少年法に少年を加害する行為の厳罰化の導入を検討するものである。少年を加害する行為の取締は、少年将来が犯罪者になることを防ぐことができると見出した。また、保護主義の定義に「少年ではなく環境に帰責する」を加えるべきであるという観点からみると、成人犯罪者に少年の責任を含むより多い責任を取らせる必要もある。中国も台湾もこのような制度が既に出来ている。

第4節の1においては、少年を対象とする犯罪と少年を利用して行った犯罪の刑を重く規定としている中国刑法を紹介した。少年を対象とし又は利用した犯罪を厳しく取り締まる趣旨は、成人と異なり、少年が一旦犯罪というものに直面すれば、将来少年が自ら犯罪を犯すに至る可能性が高くなるため、厳しく規制しなければならないというところにあると考える。そして、次に中国刑法の視点から少年に関わる犯罪の刑を加重することの正当性を検討する。

少年に関わる犯罪を重く罰する根拠は、法益侵害性が高いというところにあると考えられる。例えば、成人を対象とした強姦の場合は、侵害されたのは「性的自由」という法益である。一方、少年について検討すると、少年を対象とする犯罪と少年を利用して行った犯罪の場合、いずれにせよ犯罪を通して少年と関わりを持ち、少年の健全な成長発達にダメージを与えたため、「性的自由」のほか少年の「成長発達権」も侵害したということになる。それ故、刑の加重が認められるわけである。

最後に、データに基づき日中両国の少年犯罪状況を比べ、少年検挙人員数が総数に占める割合は日本より中国の方が圧倒的に低いことから、中国の少年司法立法は、日本のように独立した少年法を作ることができなかったが、中国刑法において少年を対象とする犯罪と少年を利用して行った犯罪の刑を重く規定で、少年犯罪を有効に抑止したことが原因だ

と結論づけた。

終章

本研究から得られる結論と今後の課題を終章にて示す。

1 本研究から得られる結論

筆者は、「少年法とは何か、少年が被告人となっただけのただの刑事事件に関する法律か」と常に考えている。そうであるとすれば、「少年を起訴して、少年事件を審理して、少年に死刑判決を下し、最後に死刑判決を執行するのも少年法」ということになるが、これには、もちろん大きな違和感を抱く。「少年法」という法律には、刑法や刑事訴訟法とは異なる特別な意味がついているはずだろう。しかし、現行少年法によると、上述のように少年に死刑を下すことができる。

この疑問をもって本研究の第1章で少年法の歴史と理念を振り返った。18世紀、犯罪論について、旧派が基礎とした意志自由論に対して、新派が依って立つ意志決定論が打立てられた。貧困家庭に対する救貧といった思想が強まるに伴って、刑罰の目的も応報から救済、教育へ転換する傾向が見られた。他方、実際的な活動の場面においては、少年らを救済する必要性が広く認識され、当時の欧米先進諸国を中心として、民間社会事業としての「子どもの救済運動」が大規模に展開された。このような状況を背景として、1899年にアメリカ・イリノイ州シカゴ市に世界で最初の家庭裁判所が創設された。アメリカの少年裁判所の創設過程には、パレンス・パトリエ思想が強い影響を与えた。パレンス・パトリエ思想とは、家庭がうまく監護教育できない時、国がその親に代わって少年を保護教育するべきであるという考え方である。

それゆえに、保護主義を中心とする現代少年司法は、もともと応報刑を基礎とする一般の（成人）刑事司法を少年に適用することに反対するためにできたものであると考えられる。日本少年法1条は、「この法律は、少年の健全な育成を期し、非行のある少年に対して性格の矯正及び環境の調整に関する保護処分を行うとともに、少年の刑事事件について特別の措置を講ずることを目的とする。」と定め、「少年の健全育成」という目的を明示した。しかし、なぜ少年に対する死刑までできる刑事処分が存在しているのかというと、その原因は「二元説」にある。

現行少年法は少年事件を、少年保護事件（第2章）と少年刑事事件（第3章）に分けている。保護事件が少年法に基づいて、保護・教育的で柔軟な手続きで扱われ、保護的措置・保護処分に付されるのに対して、刑事事件は基本的には厳格な刑事訴訟手続きにより刑罰が科されるというように、かなり徹底した二元的な制度がとられている。これが現在の通説の二元説である。二元説の最も大きな影響は、少年法に責任主義・社会防衛思想を持ち

込むことで、教育・保護主義と責任主義・社会防衛思想との区別を曖昧にしてしまうことであると考えられる。少年法 1 条が少年の健全育成を少年法の目的と規定している以上、責任主義や社会防衛思想のようなものを認めるべきではない。しかし、二元説が少年刑事事件に対して責任主義と社会防衛思想を容認した立場を見せているため、少年保護事件に責任主義・社会防衛思想が現れ、少年刑事事件に教育・保護主義が現れることになった。

次に、続いて二元説が招いた問題を検討した。まず保護処分と刑事処分の区別を検討した。社会からの否定的な評価・制裁の意味を含む刑事処分と異なり、保護処分は法的非難に起因する社会からの評価と関係なく、その意味で単なる教育措置である。少年法 55 条により家庭裁判所に移送され、保護処分を受けることとなれば、刑事司法が求めている非難・応報という目的が達成できないという点からみる限り、家庭裁判所への移送決定は事実上「無罪」と同等と評価されうると考えられる。そこから少年刑事事件の裁判中立性の問題、裁判官の裁量権の問題、罪刑均衡原則の問題が出てくる。

また、二元説は少年刑事事件の保護主義化をもたらすことになる。少年刑事事件の裁判は刑事司法の一部であるとする以上、責任主義に基づき、犯行を行った少年への応報実現を目的とするはずである。しかし、その少年刑事事件の裁判において、少年への保護を強調するのは少年刑事事件の裁判に不信を招くことになる。その不信は、少年司法制度全体に拡大し、少年法発展の支障になるということを見出した。

次に二元説における少年保護事件の審判の問題を検討した。二元説によると、検察官送致の実質は、少年が保護手続から排除され、通常の刑事手続きに入るすぎないということになる。家庭裁判所の手続きで少年に対して様々な教育的措置が取られながら最後に刑罰を受けさせるのはむしろ逆効果を招くと考えられる。また、少年保護事件の審判において、責任主義と社会防衛思想を考慮すると、家庭裁判所の権威性と専門性を損じ、ひいては少年法の根本である科学主義を覆してしまうと考えられる。

さらに、少年保護事件に責任主義・社会防衛思想が出現するのに伴い、保護処分における少年の人身自由への制限という側面が重視されるようになった。そこから少年の要保護性と非行事実との矛盾が出てきた。特に少年虞犯事件の場合には、この矛盾がさらに大きくなるため、実務においては虞犯制度の運用を制限する傾向が見られる。台湾も過去にこうした状況があり、その結果、台湾では虞犯制度が廃止されることになった。

2000 年の原則逆送制度を導入する法改正から最近の特定少年の新設の法改正、実務における虞犯制度の運用の制限、それぞれで少年法の対象も運用も縮小されつつある。

人権保障の観点から選べる保護処分の範囲を制限し、あるいは直接的に非行程度に応じて処分を決める改革が世界中でも行われている。日本はこれを「公正さ」、台湾は「正当法律手続革命²⁰⁵」、アメリカは「憲法浸透化 (constitution domestication)²⁰⁶」とそれぞれ

²⁰⁵ 薛巧翊「司法院积字第 664 号後虞犯制度改革之政策及其合理性—以司法院少事法研修会草案为中心」(国立台湾大学法律研究所修士論文 2014 年) 107 頁。

呼んでいるが、その実は同じであろう。ところが、このままにすると、将来、「少年の健全育成」という目的の適用対象は、若くて非行が軽微で要保護性が高い少年のみになってしまい、少年法は刑法、刑事訴訟法の一章節になろう。結局、虞犯少年が見捨てられ、犯罪に陥る一方、年長少年は厳罰されてしまうということになる。最初は少年を保護するためにできた少年法が、少年の人権保障の理由で刑事法になりつつあると指摘される²⁰⁷。

そして、責任主義・社会防衛を少年法から排除するならば、少年法における重要な諸概念を見直す必然性が高まる。まず、保護主義の定義を検討する。保護主義については、少年の保護を通して少年の健全育成を目ざすものであるということで一応共通の理解がえられているといえる。しかし、保護主義の学説は非行事実を誰に帰責するかという問題に触れていないため、世論の批判が寄せられている。中国の学界では犯罪少年については、「先に被害、そして加害する」という特徴があるとされる。すなわち、他者による加害行為などが、少年の成長途中において消極的な影響を与える。その悪影響が積み重なり、一定の枠を越えると社会に被害を及ぼす犯罪行為になってしまう。少年自身が被害者から加害者に転換することとなるのである。よって、保護主義の定義に「少年ではなく環境に帰責する」という要素を加えるべきであると考えられる。これは、非行においては少年に責任を問うべきではないということの強調であり、誰に責任を取らせれば良いのかを説明することで世論の支持を得る手段でもある。

そして、近年関心を寄せているデシスタンスの研究を結びつきながら保護主義の有効性を検討する。国内外のデシスタンスに関する実証研究によると、保護主義による少年に対する教育的な働きかけ、保護処分、出院後の支援は少年の再犯防止、立ち直りに直結し、犯罪から社会を守ることができると考えられる。特に対象者が少年の場合は、保護主義に基づく支援によるデシスタンスの実現が最も有効である。

次に、少年に対する刑事処分の意義を見直した。少年の刑事事件には、少年に刑事処分を下すことを通じて社会からの否定的な評価を感じさせ、刑の執行を通じて少年自身に罪責を反省させ、社会復帰に努めさせる効果がある。刑法上の刑事処分と違って少年法上の刑事処分と保護処分は峻別されるものではなく、両者の差は、量的なものに過ぎないから、ある程度に、少年法上の刑事処分は、変容した保護処分であると見られる。よって、少年に対する刑事処分は、少年の健全育成のための教育刑と解するべきであると思われる。これに伴い、少年刑事裁判は、概ね刑事訴訟法の手続きに準拠しているが、その実態は、少年法が刑事訴訟法の規定を間借りして作り上げた、保護主義に基づく独特な法制度であると位置付ける。

また、二元説の観点から「非行事実」は少年法上の要件として位置づけられている。二元説から保護主義一元説に変え、少年法から責任主義と社会防衛思想を完全に排除すると、

²⁰⁶ Barry C.Feld Cases and Materials on Juvenile Justice Administration (4th ed 2013) 27 頁。

²⁰⁷ Barry C.Feld Cases and Materials on Juvenile Justice Administration (4th ed 2013) 30 頁。

「非行事実」の意義を見直す必要がある。通説によると、少年法の要件としての「非行事実」は人権保護の観点から少年に対する処分を制限するものであると見られる。また、少年法1条は、少年法の具体的な目的を「非行のある少年に対して性格の矯正及び環境の調整に関する保護処分を行う」であると明確に規定しているため、保護処分が少年法の唯一の効果であると指摘されてる。非行事実が、強制力を有する処分の上限を画するいわば歯止めであると位置付けられている。

しかし、少年保護事件の審判に少年に対する処分を制限するために、「非行事実」を入れることは少年審判の専門性を損なう恐れがある。また、少年に対する刑事処分を教育刑であると理解すると、非行事実が軽く要保護性が高い少年に刑事処分を下すことが可能となるが、これは通説の趣旨に反するものである。よって、少年審判の対象を「要保護性」のみ、効果を検察官送致を含むすべての終局処分であるとするべきであるとする。 「非行事実」は家庭裁判所が少年に対する審判権を取得するための一条件であると位置付ける。

最後に少年法に少年を加害する行為の厳罰化の導入を検討した。少年を加害する行為の取り締りは、少年将来が犯罪者になることを防ぐことができるものと見出した。また、保護主義の定義に「少年ではなく環境に帰責する」を加えるべきであるという観点からみると、成人犯罪者に少年の責任を含むより多い責任を取らせる必要もある。中国における少年を対象とする犯罪と少年を利用して行った犯罪の刑を重く規定を検討した上、日本はこれを導入する可能性についても検討した。

以上が本研究から得られた結論である。少年審判の対象から非行事実を除外することと、少年に対する刑事処分を教育刑とすることに様々な批判が寄せられると思うが、保護主義を中心とする少年法を守るには必要なものであると考える。そうしないと、少年法は独立した法律から、実質的に刑法、刑事訴訟法の附属条文へと退化していくだろう。

2 今後の課題について

今後の課題として、少年審判の実体的な対象から非行事実を除外するならば、裁判官の権力が増大するため、その監督、または制限として何らかの措置が必要である。まず、前述のように、少年法の正当化根拠である国親思想も親の権威性思想も、非行のある少年の健全育成における国家の介入の必要性を認めたが、国親思想は親が監護教育できない時のみ国家の介入を容認する一方、親の権威性思想も国家の介入を親の補佐として認めている。そのため、少年の保護者に少年事件における裁判官を監督させて良いか疑問となる。例えば、虞犯事件においては、裁判官が少年に明らかな不必要な処分を下した場合は、保護者に不服申し立てを求める権利を与える等が考えられる。また、第3章第2節に述べたように、少年事件における少年の人権保障の観点から、検察の新たな位置付けを今後検討する。

第3章4節に述べたように、2019年の台湾の法改正は、曝険少年に対して一旦行政機

構に送致し、行政機構が審議し少年法院に移送するか否かを決定するという行政前置制度を創設した。行政前置制度の趣旨は、行政機関に先議権を持たせることでできるだけ司法手続きに送付する少年の数を減らすことによって、謙抑的な司法を実現し、少年への汚名付与も避けることができると考えられることにある。そして、教育、福祉、医療など様々な行政機関が協力し少年に働きかけることが少年の改善更生にとってメリットが大きいと考えられる²⁰⁸。

一方、行政は様々な側面から少年に対して教育的働きかけをすることができるが、虞犯少年の矯正を主導し、各行政機構を協同させる主管機関が存在していないため、少年をどの行政機関に送るべきかを様々な要素を考慮した上で判断することができず、行政の専門性が疑われるようになると指摘された²⁰⁹。

台湾ではこの問題に応じて今回の少年法改正に合わせ、「少年補導委員会設置及補導実施辦法」（少年を補導する委員会の設置及び補導を実施する方法に関する法律）を新たに制定した。この法律は、「各直轄市、県の政府は少年補導委員会を設置しなければならない。少年補導委員会は社会福祉、教育、衛生、戸籍、警察、労働、財務、毒品等を所管する機関を統合し、金融管理と移民政策等を併用し、下記の業務を行う。一、本法第3条1項の2にいう少年の補導業務。二、各機関の協同会議を開催し、少年に対する補導を調整及び監督する業務。三、年度の事業報告書を作成する業務。四、少年法院に少年の処遇を申し出る業務。五、児童及び少年福祉権益保護法及び他の法律に定められた業務。」と定めている。日本においては一部の少年を児童相談所等の行政機関に先に送致するという規定が既に存在している（少年法3条2項、児童福祉法25条）。行政先議の適用範囲を虞犯少年全体に拡大することや、補導委員会のような行政主管機関の設置の可能性についても今後検討する。

保護主義一元説を中心とする少年法、ひいては少年に関する法体系を正当化、合理化させるために、今後引き続きこれらの問題を研究し続けたいと思う。

²⁰⁸ 劉明潔「台湾屏東地方法院106年度研究發展報告—虞犯制度之廢存」（台湾屏東地方法院106年）102頁。

²⁰⁹ 賴恭利「我国少年処遇福利之研究」（国立中正大学法律研究所修士論文2005年）138頁。