

ドイツにおける少年審判の構造と検察官，弁護人の 役割

武内，謙治
九州大学大学院法学研究院：助教授

<https://hdl.handle.net/2324/14692>

出版情報：少年法の課題と展望．2，pp.107-129，2006-01-20．成文堂
バージョン：
権利関係：



III. ドイツにおける少年審判の構造と検察官、弁護人の役割

武内謙治

1. はじめに

2000年11月に成立し、翌年4月から施行された「少年法等の法律を改正する法律」(以下では「改正少年法」と記す)は、「職権主義的審問構造」を前提に「非行事実認定」の範囲内で検察官の審判関与を認め、それに「抗告受理の申立て」の権限を与える一方で、新たに国選付添人制度を設けた。もっとも、国選付添人制度は、検察官への新たな権限付与とのバランスを図るという観点から、検察官が審判関与する場合(少22条の3)と検察官による抗告受理の申立てが受理された場合(少32条の5)という狭い範囲で認められているにすぎない。

ここには、少なからず課題が残されている。改正少年法を受け、少年審判規則は検察官の権限に関するいくつかの規定を置いているが¹⁾、少年審判に関与する検察官の法的地位や、「少年の健全な育成」という少年法の目的と検察官の活動のあり方との関係には、不明瞭な点が残っている。その一方で、少年事件における国選付添人制度を検察官への権限付与と連関させ、その範囲を狭く限ることが果たして合理性をもつのかは、検討を要する。

このように日本における問題状況を瞥見してみると、ドイツ少年司法における検察官や弁護人をめぐる議論を整理しておくことは、少なからず重要な意味をもつと思われる。ドイツでは、一面、伝統的に「職権主義」の少年手続に少年係検察官が関与する制度がとられてきたからであり、他面、必要的弁護制度や少年司法の指導理念のあり方とのかかわりで、少年事件における弁護に関する議論の蓄積が見られるからである。

本稿は、ドイツ少年司法における少年審判の構造と検察官、弁護人の役割に関して検討を加えることを目的とする。以下では、まず、ドイツにおける

1) 少年審判規則には、検察官の証拠調べへの申出(少審規30条の7)、証人などへの尋問(少審規30条の8)、意見陳述(少審規30条の10)などに関する規定が置かれている。

少年審判の構造を予備的に概観した後に (2)、歴史的な展開に目を配りながら、少年審判における検察官の役割について検討を加え (3)、少年審判における弁護人の役割に関する議論を検討することにする (4)。

2. 少年審判の構造

(1) 少年手続全体における審判手続の位置づけ

少年審判の「構造」といった場合、審判手続そのものの構造に加えて、少年手続全体における審判手続の位置づけを確認しておく必要がある。というのも、歴史的な展開に着目し、検察官や弁護人に関する議論を動的に捉えようとする場合、特に審判手続よりも前の段階を視野に入れた分析が必要だからである。そのため、以下では、少年手続全体の流れを見た上で、審判手続そのものの構造を簡単に見ることとする。

ドイツ少年司法は、一般に「少年刑法 (Jugendstrafrecht)」と称されることから窺われるように、刑法 (StGB)・刑事訴訟法 (StPO) を基本としながら、それを修正する形で歴史的に発展してきた。現在においても、少年手続は、刑法・刑事訴訟法の特別法である少年裁判所法 (JGG) により規整²⁾されており、その手続は、刑事訴訟手続と大枠を共にしている。

少年手続の全体的な流れを見てみよう。捜査手続は、法治国家原則の下、司法官の性格をもつともいわれる検察官が警察に指揮監督を及ぼしながら遂行される。捜査は、検察官が起訴すべきかどうかを決定できる程度に事件が解明された時に、終結される。起訴法定主義の下で検察官により起訴がなされれば、職業裁判官による審査を中心とする中間手続に入り、捜査の結果から判断して被告人が罪を犯したことに十分な嫌疑があると認められる場合には、審判開始の決定が行われる (§ 203 StPO)。

特に 1970 年代終わり以来、裁判官や検察官、弁護人といった手続関与者の役割や資質に関連する議論において審判以前の手続が重要性を帯びてきており、その意味で、審判手続が占める重要性は相対的に軽くなってきているといえる。というのも、1970 年代終わりからの「実務による少年刑法改革

2) 以下、1923 年法、1943 年法、1953 年法、1990 年法と表記する場合、それぞれ、表記された西暦に制定された少年裁判所法を指すものとする。

(Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis)」は、少年非行の一過性・遍在性と刑法的介入の害悪性という犯罪学的知見の上で、未決勾留を含む自由剝奪処分の回避という基調をとり、手続打切り規定を用いたダイバージョン政策をその中心に据えたからである。審判手続が少年に与える負担を回避できることから、裁判所による手続打ち切り (§ 47 JGG) よりも、検察による手続打切り (§ 45 JGG) が重要視されたため、一方では、ダイバージョンの拡充を通して「裁判官の前の裁判官」と化した検察の権限との関係で、他方では、早期の弁護人選任の必要性との関係で、⁴⁾ 少年手続における法治国家的保障のあり方が重要な問題として浮上してきたのである。

(2) 審判手続の構造

少年審判手続の大枠も基本的には刑事訴訟手続と共通し、職権主義がとられているが、少年審判補助者が審判に出席し (§ 38 JGG)、原則的に非公開で審判が進められる (§ 48 JGG) 点が、刑事訴訟手続と大きく異なっている。

事件の重さにより管轄裁判所と審判手続への関与者が異なりうるものが、ドイツ少年司法の特徴になる。一定の重大事件は、⁵⁾ 職業裁判官三人と男女各一人ずつの参審員から構成される地方裁判所の大少年裁判部が管轄する (§ 41 I JGG)。教育処分や懲戒処分、1年未満の少年刑が見込まれる比較的軽微な事件は、少年係裁判官の単独審理が行われる区裁判所の手続に係属する (§ 39 JGG)。さらに軽微な事件については、簡易少年手続がとられる可能性がある。もっぱら指示、教育のための援助、懲戒処分、運転禁止や運転免許

3) 「実務による少年刑法改革」がもつ意義に関しては、武内謙治「少年手続における『教育思想』と『法治国家原則』」九大法学 76号 (1997年) 45頁以下、同「少年犯罪の社会構造性と少年への援助」九大法学 80号 (2000年) 1頁以下を参照。

4) 早期の弁護人選任の必要性が認識されたのは、後述するように、それがダイバージョンやそれによる少年へのステイグマの回避、少年の負担軽減につながるかと考えられたからである。

5) 具体的には、裁判所構成法上、陪審裁判所の管轄に属するものとされている事件、少年参審裁判所の提案により事件の特別の大きさに鑑みて受理される事件、少年事件と成人事件が併合される場合で一般法の規定により成人に関して大刑事部が管轄権をもつ場合、である。

6) ただし、事件が一般法の規定によれば陪審裁判所の管轄に属さない場合や事件の範囲と困難さを考慮して三人目の裁判官の参加が必要ないと認められる場合には、大少年裁判部は、審判の開始にあたって、審判が裁判長を含む2名の裁判官と2名の参審員によって構成されることを決定する (§ 33b JGG)。その他に、大少年裁判部は、少年参審裁判所の上訴事件も担当し、職業裁判官一人と男女一人ずつの参審員とから構成される小少年裁判部は、少年係裁判官の上訴事件を担当する。

の剝奪、2年未満の停止、追徴、没取の言渡しが予想される場合、検察官は簡易少年手続で裁判することを申し立てることができる (§ 76 JGG)。これらの裁判所の管轄に属さない事件については、少年係裁判官一人と男女一人ずつの参審員からなる区裁判所の少年参審裁判所が管轄権をもつ (§ 40 JGG)。

このように管轄裁判所の違いは、主として裁判官の構成と直結する。しかし、加えて重要なのが、簡易少年手続と通常の少年手続との差異である。通常の審判手続については検察官の出席義務があるが、簡易少年手続に関してはその義務がないと理解されているからである (§ 78 II JGG)。

3. 少年審判における検察官の役割

(1) 少年係検察官の資質

少年司法の生成期から検察官が審判手続に関与してきたためか、ドイツの少年手続における検察官の地位や役割に関する議論は——例えば裁判官や少年裁判補助者、弁護士など他の手続関係者に関するものに比しても、そしてまた日本や英米諸国に比しても——それほど盛んであったわけではない。このことは特に審判手続における役割についてあてはまる。ドイツの少年手続における検察官の役割に関する議論が重要性を帯びてくるのは、先に触れたように1970年代終りからの「実務による少年刑法改革」を契機としてであるが、その議論は手続打切りの問題を中心とするものであった。

少年審判手続に関連して特に問題とされてきたのは、その資質や上訴権を「教育思想」と「法治国家原則」の間でどのように位置づけるか、ということである。職権主義をとるドイツの一般刑事訴訟手続においては、裁判所が公判手続の主宰者であり、検察官は当事者としての地位をもたず、裁判所に協力する権利 (Mitwirkungsrechte) と上訴権をもつにとどまる、と一般に説明

7) その結果少年検察官が大きな手続打ち切り権限をもつようになった点を捉えて、F. Streng は、少年係検察官の地位が事前手続では絶大であるのに対し、審判手続以降の手続過程では後衛の位置にある、と表現している。少年裁判所法 78 条 2 項 1 文により簡易少年手続への出席が義務づけられておらず、同 78 条 2 項 2 文によりその場合には裁判所による手続の打ち切りに対する少年係検察官の同意も必要とされていないこと、そしてまた、一般刑事訴訟手続とは異なり、少年裁判所法 82 条により少年係裁判官が執行指揮者となり、少年係検察官は執行に関する管轄もたないことなどが、この指摘の背後にある。vgl. Franz Streng, Jugendstrafrecht, Heidelberg 2003, S. 65f.

8) されている。少年裁判所法は、「教育思想」からこうした検察官の資質と上訴権について修正を加えているため、この修正と「法治国家原則」との関係が問題とされたのである。以下では、少年係検察官の資質に関する議論を見た上で、公判手続における権限と上訴権の問題を検討しよう。

「少年係検察官」の制度は、ドイツ少年司法のひとつの特徴をなす。現在、連邦全体で6000人余りいる検察官のうち約900人が「少年係検察官」として活動しているといわれている。少年係裁判官が区裁判所管轄の事件を扱うのに対し、少年係検察官はそれよりも広い地方裁判所管轄の事件を担当する。そのため量刑や事件の扱いにおいてより広い範囲の少年犯罪の事情を考慮でき、少年手続における検察官の地位は過小評価されてはならないと指摘する見解もある⁹⁾。もっとも、現実には、少年係検察官が長期にわたって少年や青年の事件に携わることが少なく、少年裁判所でその経験を生かすことは稀であるともいわれている¹⁰⁾。

現行の少年裁判所法37条が「少年裁判所における裁判官及び少年係検察官は、教育的能力があり、かつ教育について経験を有していなければならない」と規定しているように、少年係検察官には、少年係裁判官と同様に、専門的な資質が求められている¹¹⁾。こうした規定の沿革は、「少年の教育および

8) Vgl. Johannes Hellebrand, Die Staatsanwaltschaft. München 1999, S. 229ff.

9) Vgl. Peter Best, Die Rolle des Jugendstaatsanwalts im Kriminalisierungsprozeß. Kriminologisches Journal, Nr. 3, 4/1971, S. 167.

10) Gerhard Potrykus, Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz. 3. Aufl. Nürnberg, u. a., 1954, § 36 Bem. 2, Rudolf Brunner; Dieter Dölling, Jugendgerichtsgesetz. 11. Aufl. Berlin, New York, 2002, § 36 Rndr. 4a.

11) Alexander Böhm, Einführung in das Jugendstrafrecht. 3. Aufl. München 1996, S. 98. もっとも、こうした記述は第4版, Alexander Böhm; Wolfgang Feuerhelm, Einführung in das Jugendstrafrecht. 4. Aufl. München 2004 では、姿を消している。

12) それを受けて少年裁判所法37条に関する準則は、少年裁判所の構成および少年係検察官の選任に際しては、特に適性および資質が考慮されなければならないこと(1項)、少年裁判所における裁判官や少年係検察官の頻繁な交替は可能な限り避けられなければならないこと(2項)、少年裁判所における裁判官や少年係検察官の活動に関しては、教育学、少年心理学、少年精神医学、犯罪学および社会学の諸分野の知識が有用であり、それにふさわしい職業教育が行われなければならないこと(3項)、少年裁判所における裁判官や少年係検察官は、少年援助に資する団体および施設と接触を保つことが望ましいこと(4項)、を規定している。

13) 法制度の変遷に焦点を当てながら、少年係裁判官像が歴史的にどのように捉えられてきたのかを論じるものとして、Rudolf Hauber, Das Bild vom Jugendrichter in der Entwicklung des Jugendkriminalrechts. ZblJ Jg. 64. Ht. 8. 1977, S. 315ff. を参照。

少年指導の経験を有していなければならない」と定めた1943年法の23条にある。1953年法は、ナチス思想の払拭という課題の上で、ヒトラーユーゲントと深いかかわりをもった「少年指導 (Jugendführung)」という文言を削除した上で、裁判官や検察官に専門的な資質を求める規定自体は37条に残したのである。

こうした専門的な資質をめぐることは、二つの現実的な問題が現れている。ひとつは、「教育」的な資質と検察官としての一般的な職責との関係である。例えば、A. Böhmは、高い刑を求める公訴維持者としての検察官像と教育的な要求を義務づけられている少年係検察官の像とは合致せず、現実としても教育的な役割を担う少年係検察官が検察局の中でアウトサイダーとなっていることを指摘している。もうひとつは、1980年代の経験主義的な実証研究が明らかにした、法の要請と現実との齟齬である。H. Adamらの研究によれば、調査の対象となった少年係検察官のうち過去に少年係検察官・少年係裁判官として活動したことがあるのは12.9%であり、前職が少年係検察官・少年係裁判官であったのは10.5%であった。また、過去12ヶ月内に専門教育へ参加していたのは、少年係検察官のうち33.6%であった。

14) 1952年の連邦政府による「ライヒ少年裁判所法の改正に関する法律案」自体が、ナチス思想の払拭を第一義的な目的に据え、早急な法改正が必要とされるがゆえにその改正内容を暫定的なものにとどめ、近い将来における根本的な法改正を予定するものであった。連邦政府草案は、1943年法の立法者がヒトラーユーゲントにおける活動を想定して「少年指導」という言葉を用いたことを理由に、この文言の削除を図ったのである。vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Reichsjugendgerichtsgesetzes vom 31. 3. 1952, BT-Drs. 1/3264, SS. 35, 44.

15) A. Böhm 1996 (Anm. 11), S. 98. もっとも、この記述は、第4版において削除されている。

16) Hansjörg Adam; Hans-Jörg Albrecht; Christian Pfeiffer: Jugendrichter und Jugendstaatsanwälte in der Bundesrepublik Deutschland. Freiburg 1986. この研究は、連邦全域を対象として341人の少年係裁判官と229人の少年係検察官に対しアンケート調査を行ったものである。その他、少年係検察官に関していえば、過去に経験した職として挙げられているのは、検察官70.4%、刑事裁判官37.7%、後見裁判官・家庭裁判官5.4%、民事裁判官35.9%であった。また、前職は、検察官57.2%、刑事裁判官12.7%、民事裁判官12.7%、後見裁判官・家庭裁判官0.9%、その他7.1%であった。自分の希望でポストを得たのかとの問いに対しては、34.1%が自分の希望、23.0%が「職務上の命令により」、38%が「ポストが空いていたので偶然に」、となっている。このことは年齢層や大学で修めた科目と相関関係をもっており、少年係裁判官と検察官をあわせて、35歳未満の者のうち30.4%、35歳以上45歳未満の者だと48.6%、45歳以上であれば30.4%の者が自分の希望でポストを得ており、自らの希望による者の52.1%が大学で2ゼメスター以上の訓練を受けてた、と指摘されている。

17) それに対し、少年係裁判官のうち肯定の回答を行った者は54.0%にのぼっている。H. Adam; H-J. Albrecht; Ch. Pfeiffer 1986 (Anm. 16), S. 59ff.

しかし、このような現実が肯定的に捉えられているわけではなく、少年係検察官に専門的資質を求めることを積極的に拒否する見解があるわけでもない。むしろ、専門教育をより強化し、あるいは現在一般的に、訓示規定 (Soll-Vorschrift) にとどまり、それに違反しても絶対的上告理由とはならないと理解されている少年裁判所法 37 条を義務規定 (Muss-Vorschrift) 化しようとする動きが強まっている。例えば、ドイツ少年裁判所・少年裁判補助者連合 (DVJJ) の第二次少年刑法改革委員会による「少年刑法改革のための提案」は、「犯罪学や少年刑法の基礎知識をもっていることを証明することができる者のみが、少年裁判所における裁判官または少年係検察官として任命されることが許される。こうした基礎知識をもっていない者については、ふさわしい職業教育が近いうちに行われることが確かである場合に、個別的に選任することができる」(1項)、「その他定期的な職業教育が義務づけられる」(2項)¹⁸⁾、という規定へ少年裁判所法 37 条を改正することを提案している。こうした少年裁判所法 37 条の義務規定化の動きは、2002 年秋に開催されたドイツ法曹大会第 64 回大会における議決としても現れており²⁰⁾、近年大きな潮流を形成している。

(2) 審判手続における少年係検察官の役割

一般刑事手続と大卒を同じくしているという少年手続の性格を反映して、少年係検察官の権限や義務も、基本的には一般刑法と同様のものであると理解されている。すなわち、捜査、手続打切りに関する判断、公訴の提起、審判における公訴の維持というのが基本的な権限と義務になる。²¹⁾

18) 少年裁判所法 37 条が秩序規定にすぎないと理解されていることが、法の要請が現実的には十分に満たされていないことの一因となっていることを指摘するものとして、次の文献を参照。Arthur Kreuzer, Aus- und Fortbildung von Jugendrichtern und Jugendstaatsanwälten. ZRP 1987, S. 235.

19) DVJJ 2. Jugendstrafrechtsreform-Kommission, Vorschläge für eine Reform des Jugendstrafrechts. Hannover 2002, S. 27f. こうした提案は、DVJJ の第二次少年刑法改革委員会が 2001 年の秋に公にしたの中間結果における提案をそのままの形で踏襲するものである。vgl. Vorschläge für eine Reform des Jugendstrafrechts. Zwischenergebnisse der Zweiten Jugendstrafrechtsreform-Kommission der DVJJ. DVJJ-Journal 4/2001, S. 350.

20) 64. Deutscher Juristentag Berlin 2002. Beschlüsse. 2002, S. 25. そこでは、「少年裁判所法 37 条の現在の形式を義務規定に変えること」という案が、賛成 27、反対 24、棄権 2 で議決され、「少年裁判所法 37 条の現在の形式は義務規定に変えるが、時間的に近接した義務的な職業教育が専門教育の代替として足りるとすべきこと」という案が、賛成 37、反対 6、棄権 11 で議決されている。

もつとも、このことは、権限行使の態様が一般刑事手続と全く同じ方法で足りると考えられている、ということの意味しない。例えば、K. Peters は、違法な捜査は後の手続のみならず少年の成長にも悪影響を及ぼすために、少年係検察官は少年に最初に接触する法的機関として「教育」的な意味においても決定的に重要な役割をもつ、と指摘していた²²⁾。P.-A. Albrecht は、同様の事柄を「法治国家原則」に引きつけて論じている。捜査手続において公正で憲法に適用可能な法が運用されるよう監視するという点で、少年係検察官には大きな役割が課されている、というのである²³⁾。

少年へのふさわしさが求められているのは、審判手続においても同じである。少年裁判所法 36 条は「少年裁判所の管轄に属する手続のために、少年係検察官が任命される」と規定し、少年裁判所法第 36 条に関する準則は「管轄権を有する少年係検察官は、簡易少年手続において口頭による審理への関与を見合わせない限りにおいて (78 条 2 項)、可能な限り審判手続においても公訴を維持しなければならない」と定めている。こうした公判維持義務のもとで、少年係検察官は審判手続の協力者として、審判手続への出席権 (§ 226 StPO)、起訴状の朗読 (§ 243 III StPO)、質問権 (§ 240 StPO)、証拠調べ請求権 (§ 244ff. StPO)、証拠調べ後の陳述権 (§ 257 StPO) などを持ち、最終弁論 (§ 258 StPO) を行う。しかし、こうした権限の行使に際しては、少年へのふさわしさが求められると考えられている。例えば、少年係検察官は起訴にあたっては、はじめて裁判所に来る少年にも理解できるようにすべきであり、法律の専門的表現や親しみのない言葉づかいを可能な限り避けるべきであること、最終弁論にしても、事務的なものではなく、少年本人と話すよう²⁴⁾に行うべきことが説かれている。

21) Vgl. Friedlich Schaffstein; Werner Beulke, Jugendstrafrecht. 14. Aufl. Stuttgart, u. a. 2002, S. 200.

22) Karl Peters, Strafprozeß. 4. Aufl. Heidelberg, 1985, S. 596. 同様の記述は、1943 年法のもとで執筆された初版においてもすでに目にすることができる。vgl. Karl Peters, Strafprozess. Karlsruhe 1952, S. 481, Ders, Reichsjugendgerichtsgesetz vom 6. November 1943. Berlin 1944, S. 100.

23) Vgl. Peter-Alexis Albrecht, Jugendstrafrecht. 3. Aufl. München 2000, S. 334. P.-A. Albrecht は、事実上、警察の手中にある捜査手続こそ法治国家原則に服すべきものであることを指摘し、公正で憲法に適った刑事訴訟上の規定が「被疑者の『マグナ・カルタ』」として遵守されているかどうかを少年係検察官は監視しなければならないと説く。その上で、最低でも黙秘権や申立権などの告知や保障が必要であり、弁護人の選任も必要であると主張している。

もっとも、現実的には、「審判手続における少年係検察官の地位は、余り印象的なものではなく、少年係裁判官がその存在を時々思い出すくらいのものである²⁵⁾」とも評されている。こうした脈絡において、少年司法の「教育的」な目的が手続的にも体现されていることを明らかにするため、少年係検察官は公判段階において申立てなどを活発に行うべきである、とも主張²⁶⁾されている。

しかし、検察官を「教育的」に性格づけることに対しては、殊に近時、検察官の役割として「法治国家」的な監視を重視する立場から次のような強い警戒が表明されている。すなわち、手続が遵守されているか否かを監視し、その違反に対しては即座に異議を唱えなければならないという検察官の義務が、仮に「教育的」な理由から抑制されるようなことがあれば、それは法治国家原則と矛盾する。少年手続でも手続規定に適った公正な審理が必要なのであり、この「手続規定に適った公正な審理」こそが全ての手続関与者の行動指針にならなければならない、と主張²⁷⁾されるのである。

少年司法制度の本質的性格についての理解を反映するだけに、こうした対立には根深いものがある。しかし、ここでいわれる「法治国家原則」が、むしろ「教育」を名目とした国家的な過介入への危惧を基盤としていること、その観点から少年係検察官が担うべき「法治国家的」な「監視」が主には他の国家機関に——殊に捜査段階における警察の活動に——向けられていることは、最低でも確認される必要がある。

(3) 少年係検察官による上訴

一般的な刑事訴訟手続をも含めて、ドイツの検察官による上訴に関して特徴的なことは、検察が法を守る義務を負う公平な機関であるべきことからの

24) G. Potrkus 1954 (Anm. 10), § 36 Bem. 3.

25) A. Böhm 1996 (Anm. 11), S. 98, A. Böhm; W. Feuerhelm 2004 (Anm. 11), S. 111. 捜査を担当した検察官ではなく、いわゆる公判検事がわずかな書面のみを手に審判に出席するような場合に至っては、後見裁判官として家族のように信頼される少年係裁判官に対して、検察官は希望のないような地位に陥れられる、とも述べられている。

26) R. Brunner; D. Dölling 2002 (Anm. 10), § 36. Rdnr. 4, 4a. そこでは、少年係検察官が何ら申立てを行わないことは、「教育」目的から見て好ましくなく、少なくとも処分の選択や量刑については意見を述べるべきであると主張されている。

27) P.-A. Albrecht 2000 (Anm. 24), S. 337. P.-A. Albrecht は、少年手続が「刑事手続」にとどまっていることを前提に「教育的な刑事訴訟」に強い疑念を示すのである。

帰結——法治国家原則からの帰結——として、検察官は被告人に不利な判決に対しても上訴を行いうることが明文規定化されている点にある (§ 296 II²⁸⁾ StPO)。少年手続では、これに加えて、少年裁判所法上上訴に一定の制約がかけられている点と、少年裁判所法に関する準則上少年に不利となる上訴は特に慎重に行われなければならないことが明記されている点²⁹⁾が大きな特徴になる。こうした措置は、手続の早期終結の要請を受けたものであり、「教育思想」を体現したものであると説明されている³⁰⁾。

少年手続における上訴は、少年裁判所法上、いわば縦横の両面において、制限されている。すなわち、第一に、単に教育処分や懲戒処分のみを命じた裁判、後見裁判官に教育処分の選択や命令を委託した裁判に対しては、処分の範囲を理由として不服を申し立てることができない (§ 55 I JGG)。そして第二に、適法な控訴を行った者は、控訴審判決に対してはもはや上告を行うことができない (§ 55 II JGG)。つまり、少年や弁護士、教育権者が適法な控訴を申し立てた場合には、検察官のみが上告でき、逆に検察官のみが控訴を申し立てた場合には、少年側のみが上告することができる。少年側と検察官の双方が控訴を申し立てた場合には、いずれも上告することができない、と理解されている。

少年裁判所法 55 条 2 項のような形での上訴の制限は 1953 年法ではじめて採用されたものであるが、1 項のような形態による制約はすでに 1923 年法にも現れていたものであった。すなわち、1923 年法は、他の教育処分もしくはさらなる教育処分が命じられるべきことや教育処分を選択しそれを命じることが後見裁判所に委ねられるべきことを理由として、不服を申し立てることができないことを定めていた³¹⁾ (35 条)。それに対し、1943 年法は、懲戒

28) クラウス・ロクシン／新矢悦二=吉田宜之訳『ドイツ刑事手続法』(第一法規, 1992 年) 536 頁は、正しくない裁判がなされていれば、法を守る義務のある公平な官庁として、検察には常に「不利」があること、裁判所がその申立てにそった裁判をした場合でさえも、検察は上訴を提起することができること、原審における量刑に満足していたとしても、被告人に不利な判決には、上訴により全面的に争うことができることを指摘している。

29) 少年裁判所法 55 条に関する準則 1 項は、「教育上の理由から、少年刑事手続は可能な限り早く終結されることが望ましい。したがって、被告人にとって不利となるような上訴は特に慎重に行われなければならない」と規定している。

30) Vgl. BT-Drs. 1/3264, S. 46.

31) ただし、教護措置 (Fürsorgeerziehung) については適用がないものとされた。1922 年政府草

処分をも制限の対象に加えた上で、不服の申立てを原則的に許されないものとした。その上で、教護措置が命じられる場合と被告人に刑罰を科することを目的に検察官により不服申立てが行われる場合のみをその例外として認めたのである(40条)。1952年の政府草案は、こうした立法を「法治国家原則と合致しないもの³²⁾」と位置づけ、修正を加える一方で、早期の手續終結の必要性を強調し、新たに2項を導入したのである。

現行法は、こうした歴史的基盤の上にある。1943年法のような形での立法を否定し、少年側のみならず検察官に対しても上訴を制限する措置がとられていることは、実際上不利益変更禁止とのかかわりにおいて重要な意味をもつ。つまり、不利益変更禁止により、少年は自らの上訴により不利益な結論に変更されることはなく、検察官が少年のために上訴する場合にも同じ結論となる。他方、少年側と同時に検察官が少年に不利となる上訴を行っている場合には、不利益変更禁止は妥当しないと理解されているが、この場合であっても、少年に不利となる検察官の上訴に関して、「(少年への)利益変更禁止」といったものがあるわけではなく、むしろ逆に、「検察官が上訴を申し立てた場合においても、裁判所は、被告人に有利に原判決を変更し、又はこれを破棄することができる」(§ 301 StPO)ことが明文で規定されている。その上、上訴の制限が検察官にもかかるため、控訴審で少年に有利な判断が示された場合には、検察官にはもはや上告が許されないことになるのである³³⁾。

少年裁判所法 55 条をめぐることは、近時、「法治国家原則」との関係から、³⁴⁾ 削除すべきであるとの主張も強まっている。少年側の権利が一般刑事手続に

案は、このような立法措置をとる理由として、処分決定後に長い時間を経て教育処分が執行された場合、往々にしてその価値が失われることを指摘している。司法省調査課『独逸国少年裁判所法草案及同理由書』司法資料第 19 号 (1923 年) 72 頁以下を参照。

32) BT-Drs. 1/3264, S. 46. 政府草案は、1923年法への回帰を強調している。法律制度および憲法に関する委員会による草案も、1943年法上の制度を法治国家原則と合致せず、少年が上訴手続で無罪を主張できるようにしなければならないことを指摘し、政府草案に見られる「比例性を保った穏健な上訴の制限」を正当なものと評価している。Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (23. Ausschuß) über den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Reichsjugendgerichtsgesetzes, BT-Drs. 1/4473, S. 9.

33) Vgl. Heribert Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz. 6. Aufl. Köln, u. a. 2003, § 55 Rdnr. 11, R. Brunner; D. Dölling 2002 (Anm. 10), § 55 Rdnr. 21.

34) Vgl. Ulrike Burscheidt, Das Verbot der Schlechterstellung Jugendlicher und Heranwachsender

比べて「制約」されており、少年手続における上訴の制限は成人に対する少年の冷遇を意味する、ということのがその主たる理由とされている。しかし、その一方で、むしろ少年手続における上訴の制限が検察官にもかかってくることを評価して、少年は一般刑事手続におけるよりも、むしろ利益を得る場合があることを強調する見解も見られる。³⁵⁾ 確かにいずれの立場も、検察官の上訴権自体を否定するものではない。しかし、より重要なことは、「教育思想」が手続の早期終結の必要性と結びつけられ、と「法治国家原則」が少年の利益のための上訴と結節されていることであり、この点については争いがないということである。むしろ、双方の立場ともに、1943年法下における検察官の突出した上訴権を否定した歴史の上で、手続の長期化や必罰主義を否定するための枠組を用意することを共通の課題としている、と理解すべきであろう。

4. 少年審判における弁護人の役割

(1) 少年手続における弁護人の性格づけ

少年係裁判官や少年係検察官とは事情が異なり、現行の少年裁判所法には、弁護人に教育的な資質を求める規定が置かれていない。そのため、刑事訴訟法に明記されている交通権 (§ 148 StPO, Nr. 36, 37 UVollzO) や立会権 (§ 168c, d StPO)、³⁶⁾ 記録閲覧権といった、少年手続において弁護人がもつ個別具体的な権限について争いが少ない一方で、少年手続における弁護人の性格づけという、根本的な問題をめぐって大きな議論が積み重ねられてきたといえる。「弁護の問題は、まるで万華鏡のように、少年司法のすべての基本問題

gegenüber Erwachsenen in vergleichbarer Verfahrenslage. Baden-Baden 2000, S. 116ff., P.-A. Albrecht 2000 (Anm. 24), S. 385f., H. Ostendorf 2003 (Anm. 33), Grdl. z. §§ 55-56 Rdnr. 6, Ulrich Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz. 10. Aufl. München 2004, § 55 Rdnr. 35, 36. 1992年のDVJJ提案は、55条2項を維持されるべきものと位置づける一方で、1項を完全に削除すべきことを主張している。比較的短期であるとはいえ、懲戒処分として行われる自由剥奪処分に対して上訴を許さないということまで「教育思想」は認めるものではない、というのがその根拠とされている。vgl. DVJJ, Für ein neues Jugendgerichtsgesetz. DVJJ-Journal 1-2/1992, S.24. なお、連邦憲法裁判所は、基本法3条1項に定める平等性条項に55条2項は違反せず、合憲であるとの判断を行っている。Vgl. NJW Jg. 41 Ht. 8, 1998, S. 477.

35) Vgl. A. Böhm 1996 (Anm. 11), S. 93f., A. Böhm; W. Feuerhelm 2004 (Anm. 11), S. 96.

36) 必要的弁護事件の場合には、弁護人には審判への出席義務があり (§§ 145, 228 II, 231c StPO)、弁護人の欠席は絶対的上告事由となる (§ 338 ⑤ StPO)。

を明らかにする³⁷⁾」,といわれるように,ドイツ少年司法における弁護人に関する議論は,「教育思想」と「法治国家原則」の間で少年司法制度をどのように理解するかという議論を反映しながら展開してきたのである。³⁸⁾

現行法上少年手続に関与する弁護人に教育的な資質を求める規定が置かれていないことには,些か複雑な歴史的背景がある。というのも,現在に至るまでの少年裁判所法とそれに関する準則上,弁護人の教育的資質についての規定は,現れては消えるということを繰り返しているからである。弁護人に教育的な資質を求める規定が初めて出現したのは,1943年法においてである。1943年法は,必要的弁護を定める42条の2項において「弁護人は教育能力をもち,少年の教育および指導の経験がなければならない」と規定した。しかし,こうした規定は,1953年法により最終的には削除されている。政府草案では,少年係裁判官や少年係検察官に関する規定と同様に,「少年指導³⁹⁾」という文言のみを削ることが構想されていたものの,法律制度および憲法に関する委員会案において,教育的な資質に関する規定自体が削除されている。この規定が必要的弁護制度に関する規定に組み込まれていたこともあり,裁判所が弁護人を選ぶ際に恣意的な差別が生じるおそれがあることが,その理由とされたのである。⁴⁰⁾1953年法68条に関する準則の1項には,「68条により可能な限り,教育能力があり少年の教育の経験をもつ弁護人のみが選任されることが望ましい」との規定が置かれたものの,こうした規定も1990年法に関する準則では削除されるに至っている。

ドイツの少年事件における弁護人の役割に関する議論は,このような歴史的理解をも問う側面をもっている。加えて,一般刑事手続の領域においても,弁護人の役割において援助者としての機能を重んじるのか,一種の司法機関としての機能を強調し,実体的真実の発見に拘束されると考えるのかに争いがあること,さらには少年裁判所法が明確には法の目的を定めていない

37) Horst Schüler-Springorum, Zusammenfassende Überlegungen. in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Verteidigung in Jugendstrafsachen*. Bonn 1987 (zit: BMJ 1987), S. 197.

38) Vgl. Michael Walter, *Der Strafverteidiger im Jugendkriminalrecht*. in: BMJ 1987 (Anm. 37), S. 23., R. Brunnder; D. Dölling 2002 (Anm. 10), § 68 Rdnr. 1.

39) BT-Drs. 1/3264 SS. 8, 42.

40) Vgl. BT-Drs. 1/4437 S. 10.

ことにより、⁴¹⁾ 議論の複雑さは増しているといえる。

このことは、1953年法の施行直後に起こった議論においても、すでに窺うことができる。例えば、少年手続への弁護人の関与は望ましいものなのかという議論枠組みの中で、W-G. Cohnitzは、1943年法42条の規定が削除されたことを弁護人の独立性の確保という観点から評価する一方で、少年裁判所法が特別な規定を置いていないことは、少年手続における弁護人の任務が成人事件と同じであることを意味するわけではないと主張し、「教育」的側面において検察官や裁判所と協働する弁護人の役割を強調したのである。⁴²⁾ 少年手続の主眼は少年を誠実な人間に教育することにあり、それは害悪ではなく善意による行為 (Wohltat) である以上、⁴³⁾ 弁護人は国家の教育任務を妨害すべきではない、というのである。また、成人事件とは異なり、必ずしも軽い処分が少年の利益になるとは限らず、⁴⁴⁾ 弁護人は、少年の将来の人生行路にとって最も良い可能性を開くよう努めなければならないとも主張するのである。G. Potrykusもまた、少年手続では、無罪やより軽い処分を勝ち取るという弁護人の任務は、⁴⁵⁾ 教育的な必要性よりも下位に位置づけられなければならない、と主張している。この時期、こうした見解に対する批判がな

41) そのため、DVJJ 2002 (Anm. 19), S. 345f. は、「刑法的に見て重要な逸脱行為をもきっかけとして、若年者は、自己責任をもち社会での共同生活ができるようになるために、成長発達の促進を求める権利をもつ。社会的な統合というこの目的に寄与することが、少年援助のほか、司法およびすべての国家機関に義務づけられる」という目的規定を置くことを提案している。また、2004年の連邦司法省による少年裁判所法第二次改正法討議案は、全体的に見て極めて抑制的な基調をとりながらも、次のような目的規定を新たに創設している。「少年刑法は、特に、少年または青年が再び犯罪行為に及ばないよう適用されなければならない。この目的を達成するため、処分、そして可能な限り手続も、教育思想に優先して方向づけられるものとする。」vgl. Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf. Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (2. JGGÄndG). Stand: 8. April 2004 (zit: BMJ 2004). SS. 4, 12ff.

42) Wolf-Günther Cohnitz, Der Verteidiger in Jugendsachen. RdJ 1956, S. 196ff., Ders, Der Verteidiger in Jugendsachen. Berlin 1957, S. 65ff. W-G. Cohnitzの見解を中心にドイツ少年司法における弁護の問題を紹介、検討したものとして、阿部純二「少年事件と弁護人」家庭裁判月報 29巻8号 (1977年) 1頁以下がある。

43) W-G. Cohnitz 1956 (Anm. 42), S. 197f.

44) W-G. Cohnitz 1957 (Anm. 42), S. 65f.

45) Gerhard Potrykus, Zur Frage, ob im Jugendstrafverfahren die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig ist. RdJ 1956, S. 202., G. Potrykus 1954 (Anm. 10), § 68 Bem. 1. もっともこれらの見解が、弁護人を「平和の攪乱者」と見てその関与を敬遠する風潮の中で述べられていたことや、そもそも少年手続に弁護人が関与することが望ましいのか、との議論枠組みを前提としていたことには、注意が必要であろう。

かったわけではない。しかし、それは、かなり控え目なものにとどまった、⁴⁶⁾といえる。

少年手続における弁護人の役割を検討しようとする動きが再び高まりを見せたのは、1970年代の終りからであり、特に必要的弁護制度を拡充しようとする動きの中においてであった。⁴⁷⁾もちろん、この時期においても、「教育思想」を強調し、そこから弁護人の役割を導き出す見解が存在していた。⁴⁸⁾しかし、この時期においては、むしろ「法治国家原則」に重きを置いて弁護の問題を再考しようとする動きが顕著となっている。少年手続がいまだ少年

46) J. Hellmer は、「教育思想」が過度に強調されることで「法治国家」的観点で過小評価される危険性があることを指摘しながらも、教育的観点と法治国家的観点とが対立する場合には、法治国家的観点を優先すべきことを主張するにとどまっている。vgl. Joachim Hellmer, Zur Frage, ob im Jugendstrafverfahren die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig ist. RdJ 1957, S. 198ff. W. Dallinger と K. Lackner もまた、裁判官と検察官との意見の対立を回避できない場合があることを挙げ、事実の問題として、少年手続の教育効果に疑問が呈されうる場合があることに注意を促すにとどまっている。vgl. W. Dallinger; K. Lackner, Jugendgerichtsgesetz. München, Berlin 1955, § 68 Rdnr. 4. W. Dallinger と K. Lackner により、より踏み込んだ見解が述べられるのは、第二版においてである。そこでは、「教育思想」を一面的に強調することに警戒が促され、少年に教育の必要性があるとしても、不当に提起された責任非難を阻止するための援助を行わなければならない。「教育思想」と「正しく理解された少年の利益」とから弁護の本質を根底から変化させるような結論が導かれてはならない、と主張されている。vgl. W. Dallinger; K. Lackner, Jugendgerichtsgesetz. 2. Aufl. München, Berlin 1965, § 68 Rdnr. 4.

47) 1970年代おわりからの議論は、大まかにいって三期に分かつことが可能である。第一期が、ワークショップで「少年刑事手続における弁護の機能」を扱い、必要的弁護に関する立法提案を行った1986年の少年裁判所会議 20回大会と、法解釈を通して必要的弁護を拡充することを目的とした1988年の「少年刑事事件における必要的弁護人に関する『ケルン準則』」までの時期であり、第二期がその影響を受けて必要的弁護制度を拡充した1990年の少年裁判所法第一次改正法までの時期である。第三期は、その後の運用状況を踏まえた議論が行われている現在までの時期である。議論の大まかな流れについては、Michael Walter, Die Verteidigung junger Menschen im Spannungsfeld zwischen rechtsstaatlichen Erfordernissen und empirischen Befunden. in: Michael Walter (Hrsg.), Strafverteidiger für junge Beschuldigte. Pfaffenweiler 1997 (zit: M. Walter 1997), S. 11ff. が詳しい。

48) 例えば、R. Brunner は、成人手続とは異なり、少年刑をも含めて少年裁判所法上のすべての処分は「教育」に資するものであること、「正しい処分」は少年のためになるが、「誤った無罪」をも含めて「誤った処分」は有害となることを述べる。その上で、あるべき弁護人の役割についても「正しい処分」の発見を強調し、弁護人は少年やその家族の信頼を得る立場にあるため、一層その役割を担うにふさわしいことを主張していた。vgl. Rudolf Brunner, Jugendgerichtsgesetz. 8. Aufl. Berlin, New York 1986, § 68 Rdnr. 5. 「教育的任務」と「法治国家」的役割との間におけるジレンマを認めつつ、なおも「教育」的役割を重視しようとするものとして、次の文献を参照。Rudolf Hauber, Das Dilemma der Verteidigung jugendlicher Straftäter. RdJ 1979, S. 355ff., Ders., Die Interessenvertretung der Jugendlichen in Strafverfahren der BRD, in: Hans-Jürgen Kerner; Burt Galaway; Helmut Janssen (Hrsg.), Jugendgerichtsbarkeit in Europa und Nordamerika. München 1986, S. 63ff.

「刑事手続」にとどまっていることを決定的な判断要素として、弁護人の「国家権力に対するバランス」をとる役割や「ブレーキ」としての機能を強調する声が強まったのである。

議論が錯綜する中で、単純に「教育思想」と「法治国家原則」との対立として問題を整理するのではなく、その実質を問う中で弁護の問題を再考する動きが見られることも、この時期の特徴をなしている。

例えば、M. Walter は、現実主義的な観点から「教育思想」の内容を捉え直す中で、少年の利益を主張する弁護人の役割の大きさを指摘する。⁵¹⁾ M. Walter は、従前いわれてきた「教育」が成人世界に見られる利益の衝突や意見の相違、不完全性を閉め出し、現実離れした「無傷の世界」を描いていることを指摘し、そうした概念は、成人世界における生活の準備を少年にさせ、目の前の現実と折り合いをつける能力をつけさせるという指導理念とは相容れないものであると主張する。成人世界で成長を成し遂げさせるための教育において、利益の衝突や合法的なふるまいの体験は不幸なことではなく、反対に、重要な学習目標なのであり、法治国家的に認められる弁護戦略であれば、排除されたり、制限されたりするものではないと主張するのである。

W. Beulke も、「法治国家原則」を新保守主義的な主張の隠れ蓑とする動

49) Vgl. Matthias Zieger, *Verteidiger in Jugendstrafsachen*. StV 1982, S. 305ff., Wilfried Bottke, *Zur Ideologie und Teleologie des Jugendstrafverfahren*. ZStW 1983, S. 69ff., Elke Diehl, *Der Verteidigung in Jugendstrafsachen im Verhältnis zu anderen Verfahrensbeteiligten*. ZRP 1984, S. 296ff., Ulrich Eisenberg, *Der Verteidiger im Jugendstrafverfahren*. NJW 1984, S. 2913ff., Peter-Alexis Albrecht, *Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen*. ZStW 1985, S. 831ff., Heribert Ostendorf, *Die Pflichtverteidigung im Jugendstrafverfahren*. StV 1986, S. 308ff., Jochen Radbruch, *Zur Reform der Verteidigung in Jugendstrafsachen*. StV 1993, S. 553ff. こうした見解は、1943年法上の弁護人に関する「教育条項」や——1990年法とそれに関する準則の施行後は——1953年法に関する準則上のそれが削除されていることに、象徴的な意味を見出している。

50) その他、少年手続における弁護の問題に関する経験主義的な実証研究が見られることも、この時期の特徴である。少年事件を担当した弁護人に対しアンケート調査を行ったもの、少年に弁護人に関するアンケート調査を行ったものとして、それぞれ、次の文献を参照。Michael Semrau, Michael Kubink; Michael Walter, *Verteidigung junger Beschuldigter aus der Sicht von Rechtsanwälten*. MschrKrim 1995, S. 34ff., Siegfried Fuchs, *Der Verteidiger im Jugendstrafverfahren*. Frankfurt am Main, u. a. S. 76ff.

51) Vgl. Michael Walter, *Stellung und Bedeutung des Strafverteidigers im jugendkriminalrechtlichen Verfahren*. NStZ 1987, S. 482f., Ders., *Der Verteidiger im Jugendkriminalrecht*. in: BMJ 1987 (Anm. 37), S. 11ff.

きや、成人刑法への回帰を図ろうとする動向に対して十分な警戒を呼びかけつつ、少年司法の複合的な性格を正面から認めることで、弁護人の役割を新たに捉えることを試みている。⁵²⁾つまり、教育的であるとともに刑法的性格をも有する少年司法の複合的な性格に弁護人の機能も規定されるとし、少年刑事手続の教育的な性格が明らかに優位に立つ局面では弁護人も教育的な機能を担い、少年刑などの厳しい国家的対応が予測される場合や教育的性格と刑法的性格とが衝突する場合には、それらの害悪を未然に防ぎ、少年刑を回避し、あるいは刑期を短かくすることが弁護人の任務になることが主張されるのである。

それに対し、A. Köpcke-Duttler は、刑事教育学的な視点から、少年の権利の縮減を正当化するような「教育」の権威主義的な理解に警鐘を鳴らしつつ、裁判所が示す処分の正当性や必要性を少年が理解し納得できるようにするという役割を弁護人は少年手続で負うべきことを主張する。少年と連帯をもった付き添いの関係にある弁護人は、少年の生活世界を理解し、少年に対し彼自身の法的地位を明らかにするとともに、他者の権利を認識させるよう⁵³⁾試みなければならないことが、指摘されるのである。

こうした議論の背景には、経験主義的な実証研究により、自由剝奪処分の刑事政策的有効性に対する疑念が高まったこと、そのために、法的・現実的に少年が成人に比して冷遇されているのではないかという疑問が高まり、手続法的にも必要の弁護制度を拡充する必要性が強く認識されたことがある。「法治国家原則」からの批判も、特に少年刑をも「教育」として説明するこ

52) Werner Beulke, Funktion der Verteidigung im Jugendstrafverfahren. StV 1987, S. 460ff. Ders., Funktionen der Verteidigung im Jugendstrafverfahren. in: DVJJ (Hrsg.), Und wenn es künftig weniger werden. München 1987 (zit: DVJJ 1987), S. 328ff.

53) Arnord Köpcke-Duttler, Besitzt die Verteidigung im Jugendstrafverfahren eine Erziehungsaufgabe? DVJJ-Journal 2/2001, S. 133ff., Ders., In welchem Sinn hat der Verteidiger/die Verteidigerin im Jugendstrafverfahren eine erziehungs Aufgabe? ZfJ Jg. 88. Ht. 7, 2001, S. 243ff. A. Köpcke-Duttler 自身が自覚的に議論を展開しているように、この見解は、Karl Petersの刑事教育学や、権威主義から脱却した「連帯」として「教育思想」を捉え直そうとする Horst Schüler-Springorumの試みの延長線上に位置づけることができる。vgl. Karl Peters, Grundprobleme der Kriminalpädagogik, Berlin 1960, Horst Schüler-Springorum, Zur aktuellen Diskussion über Strafe und Erziehung in der deutschen Jugendgerichtsbarkeit. in: Ernst-Walter Hanack; Peter Rieß; Günter Wendisch, Festschrift für Hanns Dünnebieber zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982. Berlin, New York 1982, S. 649ff.

とへの強い疑念や無辜への処分賦課への警戒を根底に置いていること、その上で、あくまで少年の「冷遇」が問題とされ「厚遇」は問題視されていないこと、W. Beulkeの主張に明確に見られるように、新保守主義的な主張や成人刑法への回帰を図ろうとする動きには極めて強い警戒があること⁵⁴⁾、少年の負担を軽減できる手続打切りを実現するためにも必要的弁護制度を拡充すべきことにはむしろ見解の一致があること、が重要であろう。

(2) 必要的弁護制度

現行の少年裁判所法 68 条は、必要的弁護事件として、①成人であれば弁護人が選任されるものとされている場合に加え、②教育権者や法定代理人がその権利を奪われている場合、③被疑者の成長状態についての鑑定の準備を行うため、被疑者を施設に収容することが問題となる場合、④被疑者が 18 歳未満で、未決勾留や刑事訴訟法 126 条 a による仮収容が執行される場合、を規定している。①成人であれば弁護人が選任されるものとされている場合とは、刑事訴訟法 140 条に規定されている場合を指すため、少年手続における必要的弁護事件の範囲は比較的広く拡張されている、といえる。⁵⁶⁾

少年事件における必要的弁護制度は、すでに 1877 年刑事訴訟法に認めることができ、その 140 条は、第一審が地方裁判所で審理される事件で、被告人が 16 歳未満である場合には必要的に弁護人が付されなければならないことを規定していた。1923 年法は、2 人の職業裁判官と 3 人の少年参審員で構成される「大少年裁判所 (großes Jugendgericht)」に係属する事件で、少年に

54) E. Schlüchter がいうように、成人刑法への「退行」や成人刑法との同一化では、問題は解決しないのである。vgl. Ellen Schlüchter, Der Erziehungsgedanke als Leitbild der Verteidigung im Jugendstrafverfahren. in: BMJ 1987 (Anm. 37), S. 29ff.

55) この間、少年手続における弁護人の活動においても手続打切りが重要な位置を占めてきていることは、次の二つの文献を比較するだけでも明らかになるだろう。vgl. Christian Kahlert, Verteidigung in Jugendsachen. 2. Aufl. Heidelberg 1986, Matthias Zieger, Verteidigung in Jugendstrafsachen. 4. Aufl. Heidelberg 2002.

ちなみに 1995 年において、弁護人が関与した審判手続の割合は、少年係裁判官による手続においては 16.7% (5368 件) であり、少年参審裁判所においては 54.5% (5394 件)、小少年裁判部による手続では 72.3% (289 件)、大少年裁判部による手続では 87.1% (722 件) である。vgl. Stephan Barton, Läßt sich die niedrige Verteidigerquote in Jugendstrafsachen mit mangelnder Verteidigungseffizienz begründen? in: M. Walter 1997 (Anm. 47), S. 145f.

56) より詳しくいえば、少年裁判所法 68 条は、刑事訴訟法 140 条 2 項にいう「事実関係・法的関係の困難さから」「弁護人の協力が必要であると思料される場合」や「被告人が自ら弁護できないことが明白な場合」を具体的に例示し、拡大したものと、一般に理解されている。

弁護人がない場合には、弁護人が選任されなければならない、その他の場合でも、事実状態や法律状態が複雑であるといった特別な理由がある場合には、⁵⁷⁾ 弁護人が選任されることが望ましいと規定していた(29条)。しかし、こうした規定は、ナチス政権の下、1940年3月13日の「管轄命令に関する執行令」により失効し、代わりに、「刑事裁判所、特別裁判所およびその他の刑事手続規定の管轄に関する命令」上の必要的弁護に関する規定(32条)が成人と共通して適用されるものとされた。1943年法は、少年に特別な形での必要的弁護規定を再び規定し、成人であれば弁護人が選任されるべき場合と教育権者および法定代理人の権利が奪われている場合を必要的弁護事件とした(42条1項)⁵⁹⁾。1953年法は、さらに、第一審公判手続が少年裁判部で行われる場合と少年被疑者の発育程度について鑑定を準備するために施設収容が問題となる場合にも必要的弁護を拡大している⁶⁰⁾。その上で、1990年法は、被疑者が18歳未満で、未決勾留や刑事訴訟法126条aによる仮収容が執行される場合にも必要的弁護の範囲を拡大している⁶¹⁾。

57) ここには、Franz von Lisztが関与した進歩党の立法提案の色濃い影響があるという指摘もある。vgl. H. Ostendorf 2003 (Anm. 33), Grandl. z. §§ 67-69 Rdnr. 2.

58) 「刑事裁判所、特別裁判所およびその他の刑事手続規定の管轄に関する命令」の32条は、①公判手続がライヒ裁判所の特別刑事部、民族裁判部または上級地方裁判所で行われる場合、②死刑または終身の重懲役を定めた犯罪が問題となっている場合、③重懲役を定めた罪が問題となっており、弁護人の選任を検察官が申し立てた場合、④故殺または偽証が問題となっている場合、⑤保安監置、治療施設、看護施設への収容や断種が問題となっている場合、⑥被疑者が耳が聞こえなかったり口がきけなかったりする場合、を必要的弁護事件としており、その他の場合において、行為の重大性または事実関係・法的関係の困難さから弁護人の協力が必要であると考えられ、または被疑者が自ら弁護できない場合には、裁判長は手続の全体または一部のために弁護人を選任するものとしていた。少年事件と関係が薄かった①の場合以外は、そのまま少年事件にも適用されるものとされた。

59) 「成人であれば弁護人が選任されるべき場合」とは、「刑事裁判所、特別裁判所およびその他の刑事手続規定の管轄に関する命令」32条に該当する場合をいう。なお、必要的弁護事件について規定する1943年法42条において、同時に、弁護人に「少年の教育と少年指導」の経験が求められたことは前述した。

60) 少年の発育程度について鑑定を準備するために施設収容が問題となる場合は、すでに政府草案段階で見られるものであるが、第一審の審判手続が少年裁判部で行われる場合は、法律制度および憲法に関する委員会案において導入されたものである。法律制度および憲法に関する委員会案は、これにより刑事訴訟法によれば陪審裁判所で行われるすべての事件が必要的弁護事件となるのであり、こうした帰結は刑事訴訟法からは導出されえない、と述べ、少年手続に特別な考慮を働かせたことを明らかにしている。vgl. BT-Drs. 1/4437 S. 10. このように少年事件について必要的弁護事件の範囲を拡大する一方で、弁護人の教育的な資質に関する規定を削除する立法措置が1953年法においてとられたことは、前述した。

このように、ドイツの少年手続における必要的弁護制度は、事件の大きさや少年の年齢といった形式的な要素に、未決勾留による自由剝奪というより実質的な要素を根拠に加えながら、その対象範囲を広げてきており、同時に、審判よりも前の手続段階をも射程に入れる形で歴史的発展を見せている、といえる。このような必要的弁護事件の「前倒し」による拡張傾向は、1980年代の有力な立法提案においてすでに現れており、その傾向は、近時の立法提案においてさらに強められている。例えば、1992年のDVJJによる立法提案は、未決勾留や施設収容の執行時にはではなくそれを命じる時点で弁護人をつけなければならないとすることや、少年参審裁判所で審判が行われる事件や少年刑が予想される事件を必要的弁護事件とすることを提案している。その上で、DVJJ提案は、必要的弁護事件であることが明らかになった場合には捜査段階で弁護人の選任がなされなければならない、警察による尋問においてそのことが判明した場合には、尋問を打ち切り、弁護人選任後にはじめて再開することができるようにすべきことをも提案している。

すでに、ここまでの検討によっても、必要的弁護制度が検察官の審判関与

61) このような立法措置が、未決勾留をも含めた自由剝奪処分回避という1990年法の全体的な基調の上にあることは、重ねて確認される必要がある。

62) 裁判所による法解釈においても、形式的な犯罪事実の重さを超えて、社会的な要素が実質的に考慮される傾向が強まっていることが、近時の研究により明らかにされている。W. Beulkeは、必要的弁護の理由となる刑事訴訟法140条2項の「犯罪事実の重大性」が判例上どのように解釈されているかの分析を行い、予想される少年刑の長さへの着目から全体的な考察への推移してきており、全体的な考察においては、少年の年齢、外国人であるかどうか、社会環境的な問題、学校教育の不十分さなどの被疑者の社会的なメルクマルが前面に出てきていることを指摘している。Werner Beulke, Die notwendige Verteidigung in der rechtlichen Entwicklung. in: M. Walter 1997 (Anm. 47), S. 37ff.

63) Vgl. Thesen des Arbeitskreises VIII, in: DVJJ 1987 (Anm. 52), S. 345f. „Kölner Richtlinien“ zur notwendigen Verteidigung in Jugendstrafverfahren. NJW 1989, S. 1024ff. „Kölner Richtlinien“ zur notwendigen Verteidigung in Jugendstrafverfahren, in: M. Walter 1997 (Anm. 47), S. 207ff. 「ケルン準則」の土台となったシンポジウムにおける議論を紹介するものとして、以下の文献を参照。Helmut Geiter, Verteidigung in Jugend (straf) sachen. MschrKrim 1987, S. 361ff., Michael Walter, Einführung in die „Kölner Richtlinien“ zur notwendigen Verteidigung in Jugendstrafverfahren. NJW 1986, S. 1022ff., Peter-Alexis Albrecht, Verteidigung in Jugendstrafsachen. StV 1988, S. 410ff.

64) DVJJ 1992 (Anm. 34), S. 24f. なお、2004年の連邦司法省による少年裁判所法第二次改正法討議案は、刑事訴訟法406条gにより被害者に弁護人の補佐・代理がある場合、少年刑の賦課が予想される場合、そして教育権者・法定代理人が審判から排除されている場合を、新たに必要的弁護事件に加えるべきことを提唱している。討議案は、こうした立法提案を「慎重な拡張」にとどまるものとしている。vgl. BMJ 2004 (Anm. 41), SS. 6, 10f., 29f.

と論理的に連関するわけではないことが明らかになっているだろう。実質的な根拠づけに目を転じてみても、1990年法の政府草案は、必要的弁護制度を未決勾留執行時にまで拡充する必要性を、少年の防禦能力と成長期にある少年が普段の生活環境から切り離されることの重大性から理由づけており、同時に未決勾留の回避策を拡充することで、⁶⁵⁾ 予測されるコスト負担も少ないと述べている。⁶⁶⁾

検察官の出席義務がない簡易少年手続においても必要的弁護の規定が適用されなければならない、との理解が近時強まっていることから、必要的弁護と検察官関与とは論理的な連関をもっていないことが明らかになる。簡易少年手続に関する規定を置く少年裁判所法 68 条 3 項は、「手続の簡易化、迅速化および少年にふさわしい形成のために、真実の発見が害されない限りにおいて、手続上の諸規定とは異なる取り扱いをすることができる」と規定しているが、例えば、H. Ostendorf は、解釈論として、簡易手続がとられる場合に必要的弁護の規定が適用されないとすれば、「真実の発見が害され」ることになることを指摘し、そのことは絶対的上告事由になると主張している⁶⁷⁾のである。

65) Vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (i. JGGÄndG) vom 27.11.1989, BT-Drs. 11/5829, SS. 14, 28f. 政府草案は、少年は未成熟であり、人生経験が欠け、国家機関とかかわった経験がなく、言語表現能力が限られていること、このような少年が成人に対して防禦することは容易ではなく、少年が一人で裁判所に対して、侵害強度が低い他の措置により未決勾留を回避しようとする可能性を示すことも困難であること、このような事情は自由剝奪によりさらに強められることを指摘している。他方で政府草案は、未決勾留された少年は特に孤独でひどく苦しむこと、未決勾留それ自体が成長期にある少年に著しい不利益を及ぼすこと、普段の生活環境から切り離されることによる悪影響は成人よりも少年の場合に顕著であることを警告している。なお、政府草案が自ら指摘しているように (vgl. BT-Drs. 11/5829, S. 28)、このような 1990 年法の立法には、第 20 回少年裁判所会議における提案が多大な影響を及ぼしている。

66) 1990 年法は、自由剝奪処分⁶⁷⁾の回避という全体的な基調の上で、未決勾留の回避策を拡充しており、72 条 2 項により、16 歳未満の少年に対する「逃走のおそれ」を理由とする未決勾留を制限している。

67) H. Ostendorf 2003 (Anm. 33), § 68 Rdnr. 2. 簡易少年手続で事件が審理されるとしても、重罪が起訴されている場合には弁護人の関与が必要であると判示した Düsseldorf 上級地方裁判所の決定も、同様の論理から弁護人の必要性が検察官の審判出席に左右されるものではないことを明言している。OLG Düsseldorf, NSTZ 1999, S. 211f. 同様のことを指摘するものとして、vgl. F. Streng 2003 (Anm. 7), S. 118.

5. むすびにかえて

ドイツ少年法制は、日本の制度とは、前提を異にしているところも大きい。それは、刑事特別法的色彩を強くもって誕生したという歴史に現在でも規定されているところが大きく、少年手続の全体的な構造も、日本とは異なっている。少年審判手続における検察官や弁護人の役割に関する議論についても、そのような前提を捨象することはできない。しかし、彼我の前提の差にもかかわらず、却ってその前提を踏まえることで、われわれは、ドイツにおける議論から重要な示唆を得ることができるのではないだろうか。

確かに、ドイツの少年審判手続では、伝統的に検察官が関与し、上訴権をもっている。このこと自体に疑問を呈する見解は、少なくとも現在では、稀有である。しかし、審判手続におけるこの活動の前提には、法治国家原則の下、捜査手続において実際に警察に指揮監督を及ぼす検察官の役割がある。また、少年審判における検察官の役割をどのように性格づけるかには争いがあるが、「法治国家的」な役割といわれる場合であっても、その意味内容は、法を守る義務をもつ機関として国家による過介入を防ぐためのチェックを行うという点にある。少年係検察官の専門性については、法の期待と現実との齟齬が見られるものの、より厳格な専門性を求める方向で現実に対し改善を迫ろうとする動きが強まっている。さらに、検察官による上訴にしても、むしろ早期の手続終結が望ましいと考えられていることに争いはない。しかも、1953年法、1990年法下における検察官の上訴権の前提には、必罰主義的な志向のもとで国家的介入を強化した1943年法下の制度の否定という歴史的な構造があるのである。これらのことは、日本の2000年法下における検察官の審判関与や「抗告受理の申立て」制度が、重要な前提を欠いており⁶⁸⁾、むしろドイツにおいて克服が目指されてきた歴史と逆行する側面を含んでいるのではないかと示唆する。

他方で、ドイツの少年手続における弁護人の性格づけに関する議論を見ると、それは、いまだ激しい争いの中にあるといえる。だが、それにもかかわらず、自由剝奪処分の回避という全体的な政策基調の中で、事件の重大

68) 当然のことながら、論理的に捜査段階における警察に対する検察の指揮監督は審判手続における検察官の審判関与を前提にするわけではない。

性などの形式的な要素に自由剥奪という実質的な要素を論拠に加えながら、必要的弁護制度は前倒し方向で拡充が図られている。こうした点は、必要的弁護制度を検察官の審判関与と連関させることに歴史的・論理的な必然性はなく、むしろ政策的な合理性も希薄であること、特に審判以前の段階において国家が少年を普段の生活環境から切り離す措置が強化される政策基調の上では、なおさらそうした疑念が強まることを示唆する。そして、このことは、何より、改正少年法に現れた日本の少年司法政策の基調そのものが果たして合理的で妥当なものであるのかを、疑わせているのである。