九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

「原則逆送」再考

武内, 謙治
九州大学大学院法学研究院 : 准教授

https://doi.org/10.15017/20599

出版情報：法政研究. 78 (3), pp.726-683, 2011-12-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

論　説

「原則逆送」再考

武　内　謙　治

1　はじめに
2　少年法20条２項の規定に関する理解の整理
(1)　立法時の制度説明
(2)　学説の見取り図
3　「原則逆送」規定の再検討
(1)　制度目的の検討
(2)　制度創設時の前提の再検討
(3)「原則逆送」理解の副作用
4　従前の理解の意味合いとその問題点
(1)　立法目的
(2)　55条移送の位置づけ
(3)　資質鑑別・社会調査のあり方
5　20条２項の解釈の試み
(1)　調査に対する規範としての20条２項
(2)　家庭裁判所による検察官送致決定の拘束力
6　むすびにかえて

1　はじめに

少年法の2000年改正法が施行されて10年が経過した。国連子どもの権利委員会（CRC）が第２回及び第３回の日本政府報告に対する審査の最終所見（CRC/C/15/Add.231、CRC/C/JPN/CO/3）において2000年代に行われた少年法改正につき厳しい評価を下していることに端的に表されているように[(1)]、現在、一連の少年法改正は検証を行うべき時期に入っている。本稿では、この動きに先鞭をつけた2000年の少年法改正の象徴的な存在である少年法20条２項（以下、条項番号のみを記す場合には少年法上の条項とする）、いわゆる「原則逆送」規定の解釈論にかかわる問題について検討を行う。

少年法20条２項に関しては、これまで学説上多様な解釈が示されてきた。それに対し、実務運用はこの規定を「原則逆送」と理解している。しかし、少年法20条２項の規定を「原則逆送」と理解することは、今日正当性をもちえず、現在表出している問題を却って増幅させるのではないか。本稿の出発点は、こうした問題関心にある。

本稿は、20条２項の規定趣旨や目的を再確認し、これまでの運用状況や今日活用されうる経験的な知見からの評価を行い、2000年改正後に生じた新しい法改正の動きを視野に入れた場合の体系的問題を、法解釈の問題に引きつけながら論じることを課題とする。以下では、まず、20条２項の規定に関する法案提出者の説明と、これまでの学説の整理を試みる（２）。次に、立法時の説明と関連づけて現在の問題状況を確認し（３）、これを前提とした場合に、本条項に関する学説がどのような意味合いをもつのかを整理する（４）。この作業を踏まえて、20条２項のあらたな解釈を示した上で、55条移送の問題とも関連する家庭裁判所による検察官送致決定の拘束

(1)　国連子どもの権利委員会が2004年１月30日に公にした日本政府に対する第２回総括所見は、「家庭裁判所が16歳以上の子どもの事件を成人刑事裁判所に移送できることについて、実務を廃止する方向で見直しを行なうこと」(54(d))を勧告している。また 2010年６月11日の第３回総括所見は、「刑事責任に関する最低年齢との関連で法律を見直し、従前の16歳に引き上げることを検討すること」(85(b)) や「法に抵触した子どもが常に少年司法制度において対応され、専門裁判所以外の裁判所で成人として審理されないことを確保するとともに、このような趣旨で裁判員制度を見直すことを検討すること」(85(c)) を勧告している。この勧告は、実質的には20条２項の廃止を求めたものと考えられるが、本稿では、こうした国際人権法の観点から立ち入った検討を行う準備はない。これについては 他日を期したい。

力の問題を論じることにする（５）。

２　少年法20条２項の規定に関する理解の整理

⑴　立法時の制度説明

少年法20条２項の規定は、第150回国会に提出され、議員立法として成立した「少年法等の一部を改正する法律案」に、法改正のいわば目玉として盛り込まれたものであった。しかし、議員立法という事情もあり、国会の場ではこの規定に関していくつかの角度の異なる説明が行われている。法案提出者たちが重点を置いて説明を行っているのは、以下の３つの事柄である。

第一に、この規定は「原則」的に逆送を行わせるための規定であるが、「必要的逆送」ではなく、裁判官の裁量を否定するものではない、ということである。法案提出者によれば、この規定は、「故意の行為によって人を死亡させるという重大な罪を犯した場合には、たとえ少年であっても刑事処分の対象になるというこの原則をきちんと示す」という意味で「原則」逆送ではあるが、あくまでも「裁判所において最も適切な処分が選択される」ための制度である[(2)]。法案提出者によれば、この「原則逆送」の規定は「規範意識の覚せい」と「被害者保護」を目的としている。もっとも、「規範意識の覚せい」という概念の具体的な内容は――「自覚と自省」という言葉が同様の文脈で用いられているものの――明らかにはされていない。他方、「被害者保護」の内実については、逆送すれば公開法廷において審理が行われるため、被害者の傍聴が可能になる、と説明されている。

しかしながら、第二に、法案提出者によれば、この「原則」逆送の意味は、通常の逆送と異なって社会調査を行わない、ということにはない。むしろ、国会における説明では、20条１項の「調査」も２項の「調査」も８条に言う調査と同じであること、「原則逆送」の規定が設けられた場合であっても、少年の性格、年齢、行状、環境等の事情を「きめ細かく」調査することに変わりはないことが確認されている[(3)]。

---

(2)　第150回国会衆議院法務委員会議録第２号（2000（平12）年10月10日）10頁［漆原良夫発言］、15頁［松浪健四郎発言］。「必要的逆送」との関係については、同会議録第５号（同年10月24日）23-24頁［松浪健四郎発言、杉浦正健発言］、同第６号（同年10月25日）４－５頁［杉浦正健発言］を参照。

(3)　第150回国会衆議院法務委員会議録第２号（2000（平12）年10月10日）10頁［漆原良夫発言］、15

また、原則逆送制度の導入により要保護性の調査が骨抜きにされ、機械的に検察官送致されることにならないかとの質問に対しては、要保護性調査はきちんとやらねばならないことになっており、この点については「いささかの変更も加えてい」ない、「原則逆送」の制度が導入されることで要保護性の調査が骨抜きにされ、機械的に検察官送致されることにはならない、家庭裁判所において十分に調査した上で、逆送すべきか、保護処分の方がいいか、審理の上決定されることになる、と回答されている(4)。

そして、第三に、法案提出者によれば、この「原則逆送」は、必然的に刑事罰の対象を増加させるようなものではない。少年法55条を用いた家庭裁判所への移送を活用することにより、刑事罰の適用を避けることができる、というのがその理由である。法案提出者の評価によれば、「今までの五十年の家庭裁判所の運用で、その（55条――引用者）移送がほとんどない」状況にあった。「原則逆送することによって公開の裁判に付せられる、そこで対審構造で検察官が訴追して、事実もきちっと審理する、被害者の方々も傍聴できる、場合によっては証人にも立つ。そういうことで、今被害者の方々もいろいろ思っておられる御不満も、原則逆送をきちっと家庭裁判所がやってくれれば相当の部分は解消するということを私どもは期待しておる(5)」、というのがその趣旨であった。

⑵　学説の見取り図

法案提出者たちのこうした説明には、相互の関係や使われている概念の内実も含めて、不明確な部分が少なくない。その意味で、学理上の理解が多様なものとなっていることにも十分な理由がある。

少年法20条２項に関する理解のうち理論的に検討を加えるべきものとして、ⓐ保護不能推定説、ⓑ保護不適推定説、ⓒ特段の事情説、ⓓ家庭裁判所の説明責任説、ⓔガイドライン説、ⓕ要保護性調査拡充説の６つがある。

頁［松浪健四郎発言］、同会議録８号（2000（平12）年10月31日）10頁［漆原良夫発言］、18頁［杉浦正健発言］。

(4)　第150回国会参議院法務委員会会議録第５号（2000（平12）年11月９日）５頁［杉浦正健発言］。

(5)　第150回国会衆議院法務委員会議録第６号（2000（平12）年10月25日）４頁［杉浦正健発言］、同会議録第８号（同年10月31日）13頁［杉浦正健発言］。

2000年改正法の成立後比較的早い時期に登場したのは、20条 2 項に実体的な法的拘束力を認めるⓑ保護不適推定説とⓐ保護不能推定説、そしてこの拘束力を否定するⓓ家庭裁判所の説明責任説（以下では「説明責任説」と記す）である。ⓔガイドライン説は、これにやや遅れ、説明責任説を基盤にしながら20条 2 項に実体的な拘束力を緩やかにする形で登場している。その後、ⓒ特段の事情説が、20条 2 項に法的拘束力を認める立場からその「原則」性をより強化させた形で現れている。もっとも、近時、それは細分化されてきており、裁判員裁判の問題や少年法55条による家庭裁判所移送の問題を射程に入れながら、当初唱えられた「特段の事情＝狭義の犯情」説（「二段階構造」説）（以下では「犯情説」と記す）を修正する形で、「特段の事情＝総合考慮」説（以下では「総合考慮説」と記す）が提唱されるようになっている。この説は同時にⓑ保護不適推定説を発展させるものでもある。他方、犯情説を批判する中で、20条 2 項の実体的な拘束力を否定するⓕ「要保護性調査拡充」説とでも称すべき考えも唱えられている。総合考慮説と要保護性調査拡充説は、犯情説を批判する点では共通している。しかし、総合考慮説が犯情説の「原則逆送」としての性格を一定程度緩和することを志向するにとどまるのに対し、要保護性調査拡充説は、説明責任説の延長線上で、その根本的な批判と克服を目指しているといってよい。

各々の学説の内容を概観しておこう。ⓐ保護不能推定説とⓑ保護不適推定説は、20条 1 項の「刑事処分相当性」の理解をめぐる伝統的な見解の対立を 2 項の理解に反映させている。すなわち、ⓐ保護不能推定説は、刑事処分相当性の内実を「保護不能」に限定する立場から主張されており、20条 2 項で掲げられた被害者死亡事件を「保護不能」が推定される類型として把握している。すなわち、保護不能推定説は、20条 2 項の規定が故意の犯罪行為による被害者死亡事件を対象としていることに着目し、被害者感情の問題を円滑な社会復帰への配慮に含めた上で、20条 2 項に掲げられた非行は、類型的に少年司法制度では保護することができない「保護不能」の場合であると主張する（澤登 2011：191-193［初出：澤登 2001：186-187］）。

それに対し、ⓑ保護不適推定説は、刑事処分相当性の概念内容を「保護不能」に限定せず「保護不適」をも含むものと理解する立場から支持されており、20条 2 項を「保護不適」が推定される類型として理解している。この立場は、20条 2 項は、

少年司法において保護が不可能ではないが適さない類型を推定したものであるがゆえに「原則」逆送を求めていると理解することになる（川出 2001；川出 2005；川出 2009[6]）。

ⓒ特段の事情説は、20条２項但書に該当するような「特段の事情」がない限り、家庭裁判所は検察官送致決定を行わなければならないと理解する点で、同条項の法的拘束性を強く認め、「原則」逆送理解を最も徹底させるものといえる。そのうち犯情説は、「特段の事情」の実体的内容と、検察官送致決定の判断手続の両面に関する理解において特徴をもっている。すなわち、犯情説において20条２項適用の例外となる「特段の事情」は、刑事事件における量刑事情のうち犯罪行為自体に対する犯情を意味する「狭義の犯情」を中心に検討すべきものであり、少年の性格や年齢といった「広義の犯情」にあたる要素は「犯行の動機及び態様」に深く影響し、事案の悪質性を大きく減じると評価できるか、という観点から検討すべきものと位置づけられる。他方、この立場における検察官送致の判断手続は、少年法20条２項該当事件については、まず凶悪性、悪質性を大きく減じるような「特段の事情」が認められるかを検討し、その「特段の事情」が認められた場合に初めて20条１項に定める要素を検討し、刑事処分とそれ以外の処分のいずれが相当かを検討する、というものである（北村 2004：69-72）。これは「原則」逆送の理解を徹底するものともいえる。しかし、敢えて「狭義の犯情」という言葉が用いられていることや逆送判断が二段階構造であることを強調している点に着目すれば、この理解は、最初から少年司法手続に刑事司法の発想と論理を組み入れることにより、考慮要素と保護処分選択の可能性を狭くするものであるといえる。この説は、一連の司法研究の土台になるとともに（改正少年法の運用に関する研究 2006：4-11；難解な法律概念と裁判員裁判 2009：59-66）、現実の裁判実務への影響も強めているといえる[7]。

これに対し、総合考慮説は、20条２項但書に該当するような「特段の事情」がない限り、家庭裁判所は検察官送致決定を行わなければならないと理解する点で、犯

(6)　20条２項の解釈に関する理論的・実際的な対抗関係が余り明確でなかった時期においては、20条２項本文を保護不適類型や保護不適推定ととらえながらも、家庭裁判所が負う義務内容としては説明責任を措定する見解もみられた（守屋 2001：43-44；小川ほか 2002：９［川口宰護発言］；川口 2003：37；廣瀬 2003：100）。歴史的な脈絡を捨象して、これらの見解を保護不適推定説に含めることはふさわしくないであろう。

(7)　この説に立ったと考えられる裁判例として、東京家決平17・６・８（家月58・８・94）がある。

情説と共通の理解を示している。その一方で、20条２項但書が狭義の犯情とその他の事情を区別しておらず、犯情説は文理に反している点や、立法趣旨との関係でも例外の許容性を狭義の犯情でのみ判断すべき必然性はない点について犯情説を批判し、「特段の事情」の内容と考慮方法を修正している。この考えによれば、条文にしたがい、犯行の動機及び態様、犯行後の情況、少年の性格、年齢、行状及び環境その他の事情を総合考慮して、刑事処分以外の処遇が相当と認められるかどうかを判断していくことになる（加藤 2010：203-205；加藤 2011：481-482[8]）。

以上の３説は、一方では、20条１項における「刑事処分相当性」を実体的に把握する立場に立つことを、他方では、20条２項が実体的な拘束力をもつ「原則逆送」規定であると理解することを前提にしており、前者の理解を後者にも反映させ、後者がどのような意味で「原則」性をもつのかを明らかにしようとしている点で、問題関心を共通させている。換言すれば、これらの３説は、立法時の第一の説明、つまり20条２項は「原則逆送」であるという説明を軸としている。

それに対し、逆送制度が少年法の保護主義と原理的な緊張関係をもつことを主たる理由として、20条２項の実体的な拘束力を否定するか、認めるとしても緩やかな法的拘束力にとどまると理解するのが、ⓓ説明責任説とⓔガイドライン説である[9]。

ⓓ説明責任説の出発点は、本来主体的非行克服のための教育的援助を最も強く必要としている結果重大非行に及んだ少年に対して、社会防衛を優先させることの不当性にある。この立場は、刑事処分相当性判断を、教育手段として刑事処分が必要・有効かという事項に限定する前提に立っている。そこから、20条２項の規定は、結果重大事件における社会感情の厳しさ、刑事処分要求の強さに配慮して、当該少年の教育手段として刑事処分こそが必要・有効とは認められない場合において、刑事処分以外の処遇を決定した理由について、被害者を含む市民に対して一層説得的に説明する責任を家庭裁判所に負わせた規定であると理解する（葛野 2003：

---

(8)　総合考慮説は、実務において犯情説が受け容れられつつある現状を前に登場している。そのため、犯情説との相違点は明確である一方で、保護不適推定説との異同はなお鮮明でないところがある。犯情説と総合考慮説の対立は、むしろ20条２項但書の判断方法に焦点を当てた分類において生じるものであり、本条項の「原則」性の理解に関しては、総合考慮説は保護不適推定説の枠組みの中にあるとみるべきかもしれない。

(9)　この立場は、保護処分優先主義の堅持を出発点とするため、20条１項の刑事処分相当性の内容を、保護不能の場合や、刑事処分の方が保護処分よりも個別的な処遇の観点からみて優れているような場合に限定する理解と親和的である。

589-596[初出：葛野 2002：31-39]；正木 2004：15-17；正木 2006：36-39)。保護処分優先主義に例外を認めず、それを実質的にも貫徹させるがゆえに20条２項の実体的拘束力を否定し、説明責任という角度からとらえ直しを図るのが、この説であるといえる[(10)]。

ⓔガイドライン説は、保護処分優先主義の下で「原則逆送」制度を認めることに問題があると評価する点で説明責任説と理解を共通させている（斉藤 2003a：101)。この考えが説明責任説を基盤としつつ、部分的にここから離れるのは、20条２項本文の導入により、保護処分と刑事処分の実体的な優劣関係は修正を余儀なくされており、前者の後者に対する優越から両者横並びの並列関係へと変化していると理解するがゆえのことである。論者によれば、20条１項は保護処分優先の原則を前提とした、同条２項は結果重大事件につき「横並びの並列関係」を前提とした処分選択のガイドラインである。家庭裁判所はどちらの場合であっても――刑事処分を選択する場合には20条１項により、保護処分を選択する場合には同条２項により――説明責任を課されている。20条２項該当事件においてガイドラインによらない選択を行う場合、そこから離れる理由について説明責任が生じることになる（斉藤 2003b：62；斉藤 2006：179-182)。

ⓓ説明責任説やⓔガイドライン説とは異なり、「原則逆送」を形式上許容しつつも、少なくともその実体的な拘束力は否定するのが、ⓕ要保護性調査拡充説である。この考えは、20条２項の「原則逆送」の意味を、但書に該当しない場合に逆送を求めているにとどまり、20条１項と２項とで実体的な逆送基準は変わらないと理解している。その上で、２項が１項と区別して規定されたのは、２項但書において１項よりも詳細に考慮事項が規定されていることに表されているように、対象事件についての社会感情の厳しさや類型的な要保護性の大きさに鑑みて、より徹底した調査と丁寧な説明を求めたためと理解している。この立場は、調査に焦点を当てた上で、「原則」の意味を20条１項と２項の関係でとらえるのではなく、20条２項本文と但

(10)　説明責任は「原則逆送」説に立つ場合にも求められるという意味で、説明責任説と「原則逆送」説とは相互に排他的なものではないという評価を与える見解もある(北村 2004：69-70)。しかし、説明責任説の核心は、20条２項の実体法的な拘束力を否定し、その意味を「説明責任」という手続的な枠組みに収める点にある。そもそも、説明責任説の出発点が、少年法１条に示されている少年法上の保護理念と「原則逆送」理解とは両立不可能であるとの理解にあることには注意が必要である。

書との関係でとらえている（本庄 2005：454-455；本庄 2006：349-351；本庄 2008：198-199[(11)]）。

3　「原則逆送」規定の再検討

⑴　制度目的の検討

ⓐ「規範意識の覚せい」

しかし、少年法20条２項の規定を、今日の時点でなお実体的な法的拘束力をもつ「原則逆送」と理解することは妥当なのであろうか。また、現在表出している問題に鑑みるときに、それは正当なものであろうか。

まず、少年法20条２項の制度目的のひとつに据えられた「規範意識の覚せい」の意味が、改めて問題になる。この立法目的の内実を、法案提出者は明らかにしていない。この「規範意識の覚せい」の内実を特別予防的に理解するのか、それとも応報的、一般予防的に理解するのかについては、立法直後から問題提起が存在した（川出 2001；武内 2004：469-471）。現行少年法１条に表される保護理念は、科学主義と不可分である。2000年改正時に法案提出者が再三にわたり少年法１条の保護理念は堅持される旨を強調していることを踏まえれば、この立法目的の評価は、科学主義にふさわしい形で、法施行後の経験的な調査で把握された事柄を視野に入れて、行う必要がある。

この点で検討が不可欠なのが、園部ほかが2006年に公表している「重大事犯少年の実態と処遇」に関する調査研究である（園部ほか 2006）。この研究は、20条２項の適用対象となった事件の当事者である少年の資質・成育面の問題や裁判結果の特徴、その意識や処遇といった多岐にわたる事項について調査を行っている。ここで調査対象となったのは、2001年4月1日以降に犯した重大事犯を理由として少年鑑別所に観護措置により入所し2004年3月31日までに家庭裁判所の終局処理決定により

(11)　近時、結論としてはこれと類似する見解が、20条１項の刑事処分相当性に保護不適を含める立場からも示されている（丸山 2010：326-329）。そこでは、20条２項は、「検送を義務づけるものではな」く、「刑事処分を推定させるにとどまる」ものであり、「16歳以上の少年の重大事件について、十分な調査を行うべきことを義務づけるもの」との理解が示されている。しかし、他の学説上の理解との関係や「推定」の意味・法的性格をも含めて、その主張の意味合いにはなお不鮮明な点が多い。

少年鑑別所を退所した278人（男子256人、女子22人）である。この調査の一環として、「非行に関する意識調査」が、2005年２月の時点で少年院又は刑務所に収容中で調査が可能であった138人（男子132人、女子６人）について行われている（園部ほか 2006：33)。この「非行に関する意識調査」には、調査対象となった少年が事件の前にもっていた少年法に関する知識を尋ねた調査が含まれている。それによれば、「あなたは、被害者を死亡された事件を起こした16歳以上の少年は、原則として大人と同様に地方裁判所で裁判を受け、刑務所に入るなどの処分を受けることを知っていましたか」との項目で「まったく知らなかった」と回答したのは、少年院在院者で47.5％（N＝40)、刑務所在所者で51％（N＝98)、総数で50.7％（N＝138）であった。「少し知っていた」は少年院在院者、刑務所在所者、総数の順で、37.5％、37.8％、37.7％、「よく知っていた」は、同様に、15％、10.2％、11.6％となっていた。また、「あなたは、14歳以上の少年であれば、大人と同様に地方裁判所で裁判を受け、刑務所に入るなどの処分を受ける場合もあることを知っていましたか」との項目では、「まったく知らなかった」が、同様の順番で50％、69.4％、63.8％、「少し知っていた」が35％、20.4％、26.4％、「よく知っていた」が15％、10％、11.6％となっていた（園部ほか 2006：43-45、96-97)。

この調査結果は、2000年の少年法改正後に実際に重大事件に及んだ少年のうち約半数が「原則逆送」という制度自体を全く知らなかったことを明らかにしている。法制度の目的に据えられた「規範意識の覚せい」という概念の内容が消極的な一般予防や犯罪抑止にあったとすれば、それへの期待には、前提からして無理があったことになる。

反対に、約半数が「原則逆送」制度を知っていたことに着目すべきであるとの指摘も、むろんありうる。しかし、その場合でも、「規範意識の覚せい」という制度目的の一般予防的な理解を承認することは困難である。というのも、少年院在院者では15％、刑務所在所者では10.2％が「原則逆送」を知識としてよく知っていたにもかかわらず、実際に重大犯罪に及んでいるからである。このことは「原則逆送」の一般予防効果や抑止効果に強い疑念を抱かせる。

園部らの研究調査が2000年少年法改正から比較的日が浅い時期に行われていることに着目し、立法ではなく法適用によるそれを期待することを前提に、この立法目

的をなお消極的一般予防の意味に理解する立場もありえないわけではない。さらに、方法論のレベルにまで遡って、消極的一般予防効果に対する評価を確定するには、実際に重大事件に及んだ少年の意識に着目するこの調査研究だけでは不十分であり、むしろ抑止の対象となる潜在的行為者に着目する必要があるという主張もありうるところである。しかし、前者の問題に関し、消極的一般予防効果を立法にではなく法適用に期待するとしても、現在その積極的な効果を認めた経験的な知見が存在しているわけではない。立法や法適用に法確証としての積極的な一般予防効果を期待するとしても、事態は同様である（本庄 2002）。後者の問題についても、消極的一般予防効果や抑止効果の測定技法の問題も含めて、それを積極的に支える経験的な知見があるわけではない。むしろ、今日得ることができている経験的な調査研究は、賦課されるサンクションの重さは犯罪の抑止力をもたないことを支持している[(12)]（宮澤 1991；津富 2002）。園部らの研究調査の結果も、むしろこうした知見と整合するものとして位置づけるべきであろう。

(b) 被害者の利益保護と公開裁判

立法時にもうひとつの制度目的とされた「被害者の利益保護」の方はどうであろうか。

2000年改正法の法案提出者は、公開裁判である刑事手続にのせることで被害者の傍聴が可能になり、それが被害者の利益保護に資する、と説明していたのであった。先に確認したように、法案提出者が55条移送を活用することにより、刑罰の弊害を回避できることを再三に渡り強調していることを考えれば、立法者がここで想定していた「被害者の利益保護」とは傍聴それ自体であったと理解できる（正木 2009：77）。

裁判例の中には「国会審議の過程で、(…)『公開法廷で被害者にも見える形で審理すること』の重要性も述べられているが、それは主として、原則逆送の制度を導

(12)　重大な少年非行が合理的な計算に基づくものではないことや、資質上・成育環境上の困難を抱えていることは、日本におけるケース研究でも指摘されているところである（家庭裁判所調査官研修所 2001；日本弁護士連合会 2002；裁判所職員総合研修所 2006；青木ほか 2009；勝田ほか 2010）。いじめを受けた経験をもつ少年が多いことなどは、数量的なアンケート調査の分析からも指摘されている（末永ほか 2002）。

入することにつき、被害者や遺族が、加害少年がどのような少年で、事件についてどのようなことを述べているのか直接見聞できるようにするという被害者保護の目的もあるという趣旨を述べているものと理解できる」と指摘しながらも、「しかし、そうであるからといって、同改正の趣旨として、公開の法廷で刑事裁判を受けさせること自体に独自の意味を認め、その目的が達せられれば、それだけで、再度法55条による家庭裁判所への移送を考慮できるといったものまで含まれているとは解されない」との理解を示しているものもある（東京高判平19・12・17高等裁判所刑事裁判速報集平19・３・360）[13]。

少年法55条との関連で言及されていることもあり、この理解が実質的にどのような根拠に基づいているのかは鮮明ではない。だが、少なくとも法案提出者たちの当時の説明において20条２項の立法目的のひとつとして「被害者の利益保護」が語られる際に中心に置かれていたのが、先に確認したように、被害者等の傍聴の可能性であったことは疑いえない。しかし、この被害者等の傍聴は、周知の通り、2008年の少年法改正により、少年審判手続においても可能になっている。当然のことながら、この制度の是非自体については別途検討が必要である。しかし、現在の制度枠組みという点では、少年法20条２項の対象事件はすべて22条の４に定められる被害者等による少年審判の傍聴制度の対象に含まれている。現在、「原則逆送」説に立つのであれば、この立法目的と少年審判への被害者等の傍聴制度との相互関係に関する説明が不可欠である。現在の実務運用では、「少年の健全な育成を妨げるおそれがなく相当と認めるとき」という要件があるにもかかわらず、被害者等の申出がある場合にはほぼ全て傍聴が認められているといっても過言ではない[14]。これを前提とすればなおさら、「規範意識の覚せい」とともに「原則逆送」を支えるこの目的は、少なくともそのままの形で正当化することは困難である。

この点、2007年に犯罪被害者等に刑事裁判への参加を認める刑事訴訟法改正が行

---

[13]　本判決は、部分的には植村 2010：355-356、378-381にも収められている。

[14]　最高裁判所の調査によれば、2008年12月15日から2010年12月31日までの期間、傍聴の対象となった事件は383件あり、そのうち176件について申出がなされている。申出が取り下げられた３件を差し引いた173件のうち傍聴が実施されたのは152件（87.9％）であった。傍聴が認めなかった21件の内訳は、審判が開始されずに事件が終局したことによるものが11件、被害者を傷害した事件においてその生命に重大な危険を生じさせなかったと判断されたものが７件、傍聴について相当性がないと判断されたことなどによるものが３件である（最高裁判所 2011）。

われていることに着目し、少年審判の傍聴に尽くされない利益を汲み上げる制度が現在刑事訴訟手続にあることが指摘されるかもしれない。確かに、刑事処分は保護処分よりも少年にとって一般的・類型的に不利益であり（最決平９・９・18刑集51・８・571）、刑事訴訟手続も少年保護手続より不利益であるといえる。しかし、このようにいうことは、刑事手続や刑事処分の不利益性を無条件に増幅させてよいことを意味しない。少年審判への被害者等の傍聴を認めた2008年の少年法改正の際に慎重論が各方面から表明され、国会審議の局面でも健全育成の観点から修正が行われたように、被害者等の手続への関与は少年の成長発達権と両立しうる範囲で認められるものである。現在の刑事訴訟手続における被害者参加制度はこの観点からみて問題が大きく、これを無条件に肯定することはできない。被害者等の傍聴や意見陳述に問題を限定するとしても、法的には同一の手続[15]で複数回の関与が認められるには特別の理由が必要であろう[16]。

成長発達権保障という点では、被害者問題から離れても、すでに、2000年改正法の法案提出者たちが想定していた以上に、逆送後の刑事裁判のあり方や公開裁判の不利益性が高まっていることにも注意を向ける必要がある。2009年５月21日より実施に移されている裁判員裁判は、少年事件を排除しておらず、少年法20条２項該当事件はすべてその対象に含まれる。多数の大人に囲まれた状況で少年が主体的な手続参加を行うことは難しい。また、「見て聞いて分かる」裁判を標榜する裁判員裁判では、直接主義・口頭主義を徹底する観点と公開法廷においてプライバシー情報を顕出させることへの懸念から、社会調査記録の使用を大幅に制限する運用がとられつつある。これらは、少年の成長発達権保障や適正な裁判を受ける権利の保障に直結する問題である。現在、少年に対する刑事手続は、何の立法的手当てをされないまま、2000年改正時に想定されたものよりもはるかに強い不利益性をもつようになっている。

---

(15)　検察官送致事件において少年手続と刑事手続が法的に同一のものといえないとすれば、逆送後の刑事手続は二重の危険禁止により認められないことになる。

(16)　こうした事柄は、立法の正当性という枠組みにおいてだけでなく、少年保護手続と刑事訴訟手続の双方における実際の法運用の局面においても考慮される必要がある。

⑵　制度創設時の前提の再検討

少年法55条による再移送制度の活用は、どうであろうか。この制度の積極的な活用は、法案提出者によって「原則逆送」制度の不可欠の前提として位置づけられていたといえる。法案提出者が説明しているように、検察官送致の対象範囲を拡大しながらも刑罰賦課を回避するというのであれば、検察官送致の対象範囲の拡大に見合うだけの55条移送が行われていなければならないはずである。

しかし、実務上の運用状況をみてみると、法案提出者の説明に反して、従前と変わらず55条移送はほとんど行われていない[17]。

長岡ほかの『改正少年法の運用に関する研究』によっても、2000年改正法の施行後３年間の運用において、20条２項該当事案238件のうち、検察官送致が137人（57.6％）となっている[18]。その一方で、この137人のうち55条移送を受けた者は10人にすぎない[19]。しかも、そのうち共犯事件でないのは２件のみである（改正少年法の運用に関する研究 2006：12-14、269-278）。共犯事件で55条移送されたものの多くは、法案提出者が「原則逆送」の「例外」として「嬰児殺」とならんで例示した共犯事件における「付和雷同」の類型と推測できる[20]。仮にそうであるとすれば、「原則逆送」対象事件で55条移送されているのは、立法者の例示によっても本来検察官送致されるべきではない類型にとどまっており、法案提出者が再三に渡り説明したように、刑罰の弊害を回避するための再移送や、実質的な保護処分相当性の審査を経て家庭裁判所に移送された事案はほとんどないと推測される。

このような指摘に対しては、むしろ「付和雷同」型の55条移送が大半を占めていることこそが刑事裁判所により「原則逆送」事件の再審理が行われていることを示している、という反論があるかもしれない。しかし、長岡らが20条２項但書事案について「とりわけ、保護処分選択の主たる理由として、共犯における関与の程度が大半を占めている」と述べるとともに、「55条移送事例もほとんどが共犯の関与の程

---

(17)　各年次の司法統計年報によれば、1995年から2010年までの通常第一審による55条移送決定の件数は、３、５、３、５、６、２、５、９、10、13、８、８、５、３、１、０である。形式的にみる限り、20条による検察官送致決定よりも活発にこの制度が活用されているとはいい難い。

(18)　この数字からは、55条移送で家裁に再係属した９人が予め除かれている。

(19)　55条移送決定を受けたものはすべて傷害致死事件であり、いずれも受移送審では中等少年院送致となっている（改正少年法の運用に関する研究2006：14）。

(20)　改正少年法の運用に関する研究 2006：45から窺われるところでは、このうち４名は、暴走族内部の制裁としての集団暴行事例に関係しており、うち３名が見張り行為を行った者である。

度が中心的な関心事項となっている」（改正少年法の運用に関する研究 2006：74）と指摘しているように、その審査は外形的な行為態様を中心としており、「再審理」としての踏み込みが浅い消極的・抑制的な運用にとどまっているといえる。

現在、少なくとも「原則逆送」の適正な運用を担保するための前提は存在しない状況にある。

⑶ 「原則逆送」理解の副作用

他方、「原則逆送」制度については、法案提出者により想定されていなかった副作用とでもいうべき問題が生じている。

先に確認したように、法案提出者は要保護性に関係する調査につき、社会調査に焦点を当てる形で「いささかの変更も加え」ないとの意思を示していたのであった。しかし、要保護性調査に関係する、少なくとも鑑別結果通知書や少年調査票の記載方法やそれを支える基本的な考え方は、この間大きく変化していることが窺われる。

2000年改正法の施行当初、社会調査実務家により語られたのは、「これまでの家裁の処分は保護処分を原則とし、逆送はその例外とする考え方が定着してきたところ、この規定（20条 2 項の規定――引用者）は、その原則と例外を逆転させたもの」（山﨑 2002：40）という理解であった。この前提から、被害者感情や社会感情を調査することの重要性が説かれ、これを中核とする「保護処分の許容性」が、「保護処分の有効性」とならんで20条 2 項該当事案における「保護処分の相当性」の内実をなすものと説明され、少年調査票作成にあたってもこれらの事項に留意すべきことが主張されたのであった（山﨑 2002：41-47）。しかし、被害者感情や社会感情の調査を新たに行うべきことになったことへの戸惑いをも垣間見せるこの見解[(21)]の核心は、「調査が不能である年齢切迫事件等のような事件以外は、すべて詳細な調査が求められていると解すべきであ」り、「これが法案提出者の趣旨説明にもかなった解釈であり、家庭裁判所に対する社会の期待でもあ」る（山﨑 2002：41）、という点にあったといえる。同時期に、「調査を行うに際しては、事案の検討の結果、悪質性を大きく減

(21) 山﨑は、「調査官にとって、社会的影響の調査という言葉にはなじみが薄く、違和感を抱く向きも多いと思われるが、具体的事案に応じて、これらの調査活動を選択し、社会的影響（社会感情）を把握ないしは推察することになろう」と指摘している（山﨑 2002：43）。

じるような事情が認められない限り、原則検送になるという法の趣旨を踏まえておく必要である」ことを説いた見解も、「原則どおり検送にすべきか、それともただし書を適用すべきかは、ただし書きに例示されている事項の調査を十分行った上で判断すべきことであ」ることから、従前にも増した精緻な調査の必要性を指摘し、「必要十分な調査を行い、少年の抱えている問題を明らかにした上で、処遇意見を提出すべきであり、調査の簡略化は許されない」ことを指摘していたのであった（下坂 2005：224-225；下坂 2002：240-241)。

しかし、こうした踏みとどまりにもかかわらず、ここで指摘されている事柄は、すでに伝統的な調査の理解とは異なっていたといえる。従前、家庭裁判所調査官による調査は、調査方針（仮説）を立て調査過程でその仮説を検証し、修正を加えながら、調査結果を形成していくものであり、その作業仮説は「意識的に予め学問的操作を加え結論的な説を立て、しかもそれを固執すべく事実を収集するためのものではない」（澤登ほか 1968：261［兼頭吉市］）ものと指摘されていたのであった。2000年改正にあたって調査実務家により示されたのは、詳細で精緻な調査の必要性とともに、「原則逆送」という前提的な価値の転換による調査の方向づけであった。その枠づけ自体が、調査の動態的性格を揺るがす危険性を内包している。

こうした懸念は、犯情説の有力化と連動して激しさを増している社会調査の変化をみるとき、より大きなものになる。裁判所職員総合研修所の『総研所報』に掲載されている少年調査領域における2003年度の研究である「少年法20条２項該当事件の処遇選択における留意点」は、犯情説に則して、次のように「保護許容性」を検討する必要性を説いている。「被害者を死亡させるという重大な結果を招いた故意の犯罪行為は検察官送致の処遇選択を原則とし、事案の内容を十分に検討した結果、少年について悪質性を大きく減ずるような特段の事情が認められる場合に限り、刑事処分以外の措置を選択することが許容されるという前提で、この許容性の有無を検討しなければならない。この点において、刑事処分意外の措置を選択することの許容性が認められたものについてのみ、次に、どのような処分が相当かという観点から刑事処分と刑事処分意外の措置との比較検討を行うことになる」(少年調査実務研究会 2004：78)。こうして「一般の事件のように、刑事処分と刑事処分以外の措置とを、いずれも無制約に選びうるという前提で、双方の相当性を比較するわけで

はない」という観点から行われる社会調査は、調査すべき事項についてはほかの事件と変わらないものの、「刑事処分以外の措置の許容性を考えるに当たっては、事案に関する面の評価を中心に行うことになる」と指摘されている（少年調査実務研究会 2004：82）[22]。その上で、「報告の在り方」として、「重大事件の場合、事件が複雑であったり、少年の人格理解が困難であるため、非行のメカニズムの解明のために精緻な報告が認められる事案は当然ありうる」と指摘される一方で、「論理の展開は原則として検察官送致とする事件であることを踏まえたものとする必要がある」ことが強調されたのであった（少年調査実務研究会 2004：83）。後に裁判員裁判制度の存在が、社会調査の方法や少年調査票の記載方法を変更すべき背景事情に加えられることになったものの、「少年の性格、年齢、行状及び環境」等の事情については、犯行動機の形成や犯行態様に深く影響したと認められる範囲で考慮するにとどめるべきであり、「少年の性格、年齢、行状及び環境」のみを理由として刑事処分以外の措置が許されると判断することは適当ではない、というその核心にある主張は、2007年度の課題研究である「原則検察官送致事件の少年調査票の記載の在り方」の骨格をなし（少年実務研究会家裁調査官研修部 2008：80-85）、司法研究『難解な法律概念と裁判員裁判』（難解な法律概念と裁判員裁判 2009）に継承されている[23]。

このように、社会調査に関する議論は近時犯情説に則して激しく変化している。しかし、翻って考えるに、「保護許容性」の概念使用とその重視は「原則逆送」理解自体から出ているものである。20条２項該当事件が「非行事実に関する基礎的な事項を押さえる必要性が高い事件」（山﨑 2002：41）であると指摘され、「許容性の根拠については事案に関する面の評価が重要になり、刑事処分以外の措置の相当性の根拠としては資質面及び環境面の評価が重要になる」（少年調査実務研究会 2004：84）と指摘されているように、「保護許容性」を強調する「原則逆送」理解は、要保護性に関する社会調査の局面においても非行事実の重さを重視する構造を生んでいるといえる。

同様の問題は、少年鑑別所における資質鑑別や鑑別結果通知書の記載方法をめ

---

[22] 同時期の「保護許容性」に関する議論に関しては、名古屋家庭裁判所岡崎支部 2005も参照。
[23] 裁判員裁判に引きつける形で、こうした社会調査のあり方と社会調査記録の使用方法を批判するものとして、日本弁護士連合会 2009；村山 2009；武藤 2009を参照。

ぐっても確認できる。少年鑑別所において作成され、少年審判でも活用される鑑別結果通知書で示される鑑別結果は、数量として捕捉することが可能である。傷害致死に関する鑑別判定結果の数的変化をみてみると、鑑別判定は審判決定とともに、2001年から急激かつ不自然に「保護不適」判定の値を大きくしている（武内 2010）。この変化には、「原則逆送対象者についての規定は、これまでの原則保護処分、例外逆送という判定の決め方を180度方向転換させることになった」という価値の転換と、「これは逆送の判定を積極的に行えばいいという程度のものではな」く、「条件を満たす者は本来逆送されてしまう者であり、保護処分とするにはそれ相応の理由が必要」であるとの認識が反映している（岡本 2005：215）[24]。

20条２項の「原則逆送」理解は、法案提出者が「いささかの変更も加え」ないと説明していた社会調査や資質鑑別という人間行動科学の専門領域に、非行事実そのものに関係する要素や社会感情の重視、そして前提的な価値の転換を通して、変化を強いている。資質鑑別や社会調査はこの法規範とは全く無関係であるという立場や、価値に関係させない形でこれらの調査をいわば純化させることができるという立場を取らないのであれば、「原則逆送」理解をとる限り、この問題は回避できない。

4　従前の理解の意味合いとその問題点

⑴　立法目的

以上に確認したような、少年法20条２項を創設した際の制度目的や前提に関係する状況の変化と、法施行後現れている副作用的な効果を織り込んだ場合、この条項の解釈に関する諸説はどのような意味をもつことになるであろうか。制度目的に関係する問題からみることにする。

ⓓ説明責任説やⓔガイドライン説、ⓕ要保護性調査拡充説の立場は、そもそも少年法上の保護処分優先主義と「原則逆送」理解とは両立しえないという理解を出発点としている。20条２項に実体的な拘束力を認めないか、認めるとしても保護処分と刑事処分の並列的選択関係までを限度とする緩やかな法的な意味しかもたないと

[24]　同様に鑑別実務における前提的な価値の転換を窺わせるものとして、石毛 2010［初出：石毛 2002b］；石毛 2002a；石毛 2004；佐藤（玉）ほか 2005を参照。

の主張は、それゆえのものであった。したがって、先にみた「原則逆送」の制度目的に関する経験的知見は、これらの立場の基盤を揺るがすものではない[25]。むしろ、「原則逆送」の制度基盤を揺るがすという意味で、反射として、これらの主張は積極的に支えられることになる。

「原則逆送」説はどうか。ⓑ保護不適推定説は、20条2項本文が「同項の決定をしなければならない」との規定ぶりをとっていることと並んで、20条2項は「原則逆送」であるという立法過程での説明を基盤としている。この立場は、「規範意識の覚せい」という立法目的の内実を一般予防的に理解し、「原則逆送」は応報や罪刑均衡、一般予防を基礎にしたものといわざるをえないものと理解したのであった。その理由は「重大な犯罪の場合には類型的に刑罰の方が保護処分よりも改善効果が高いとは到底いえないから」である（川出 2001：58-59；川出 2005：166-167；川出 2009：87）。

「規範意識の覚せい」という立法目的に関する「重大な犯罪の場合には類型的に刑罰の方が保護処分よりも改善効果が高いとは到底いえない」という主張は、経験上も正しいといえる。しかし、このことがそのまま刑罰の一般予防効果の高さを裏づけるものではない。刑罰の一般予防効果や、行為者以外の者の「規範意識の覚せい」効果は、経験上の根拠をもたない。そうであるとすれば、先の主張は――一般予防と並んで応報がもち出されていることからも窺われるように――結局のところ、経験の基盤から離れた議論を行っているにすぎないことになる。しかし、科学主義をとる少年法の体系を前提にして経験上の知見をもち出すのであれば、この見解が本来至るべき結論は、アプリオリに正当化された「原則逆送」理解と適合しないことを理由とする特別予防効果の否定や一般予防効果・応報の肯定ではなく、そもそも科学主義と適合しない「原則逆送」の否定であるべきであろう。

「原則逆送」説のうち、ⓐ保護不能推定説が、「規範意識の覚せい」という立法目的をどのように理解しているのかは必ずしも明らかではない。しかし、「第2項は、故意犯罪による死亡事件を起こした少年の社会復帰の手段として、その他の比較的

[25] そもそもこれらの学説は、立論の過程において当初から経験的な知見をも織り込んでいたものであった。その意味で、これらの学説が近時の経験的調査の結果にも反していないことは、不自然なことではない。

罪質情状の重い事件よりも、刑事処分が適している場合が多いという認識が示されていると考えればよい」（澤登 2011：193）という指摘からいえば、この立場は「規範意識の覚せい」という目的を特別予防的に理解しているといえそうである。しかし、仮にそうであるとすれば、この立場も保護不能推定説と同様に、科学主義との関係で問題に直面することになる。少年の社会復帰という点で、刑事処分の方が保護処分よりも「原則的に」効果的であるということはいい難いからである。もっとも、この立場が少年の「社会復帰」をもち出しているのは、「罪質・情状の重い事件、中でも故意犯罪による死亡事件については、少年に対する被害者・遺族および社会の感情が激しいことが多」い（澤登 2011：190）こととの関連においてであった。そのことを考えれば、「原則逆送」理解を実質的に支えているのは、被害者感情の考慮ということができるかもしれない。しかし、そうであるとすれば、今度は、その考慮による「原則」逆送が、なぜ「少年の利益」につながるのか、疑問が生じる。日本の刑事司法は死刑制度を存置しており、少年であったとしても行為時に18歳を超えている場合には、それが適用されうる。この制度的前提からいえば、被害者感情の考慮を少年の社会復帰と直結し、被害者感情や社会感情をいわば冷却することを「少年の利益」として、検察官送致の「原則」性を肯定することは、無条件には難しい[(26)]。

「原則逆送」説は、もう一方の被害者保護に関する目的についても、新たな理由づけを必要としている。

以上の「原則逆送」説の問題は、その原則性、法的拘束性をより徹底する「特段の事情」説にも、妥当する。

⑵　55条移送の位置づけ

55条移送の問題はどうであろうか。55条移送の要件である「少年の被告人を保護処分に付する」ことの相当性（「保護処分相当性」）は、これまで一般に、それを実体的に把握することを前提として、20条１項による検察官送致決定の要件である「刑事処分相当性」の判断と相関・環状的な関係をもち、裏表の関係にあると考えられ

(26)　こうした保護不能推定説の問題点は、その前提となる刑事処分相当性に関する理解の問題点でもある（三島 2004：136-138）。

てきた(団藤＝森田1984：416；田宮＝廣瀬2009：472)。55条移送に家庭裁判所の検察官送致決定に対する不服申立て機能をも期待する立場に立てばなおさら、実体的には20条１項の刑事処分相当性と55条の保護処分相当性とは表裏の関係になければならないであろう[27]。このことを前提とすれば、20条１項の刑事処分相当性を保護不能と理解する立場からは、本人の資質上・処遇環境上の変化が生じた場合に保護処分相当性が認められる[28]。保護不能にとどまらず保護不適をも含まれると考える立場からは、社会感情や被害者感情の宥恕といった事情の変化があり「保護許容性」が生じた場合にも、55条の保護処分相当性を認めることになる。

説明責任説やガイドライン説の立場は、20条２項の実体的な拘束力を認めないか、認めるとしても緩い拘束力にとどまると理解する。そのため、逆送制度自体を手続的に理解する見解（村井 1996：180-182）に立たないのであれば、逆送の実体的な基準は20条１項によることになる。これらの見解が保護処分優先主義の堅持から出発していることを考えれば、刑事処分相当性の内実は保護不能もしくは処遇の有効性であり、55条による家庭裁判所移送要件である保護処分相当性は――両者が実体面において表裏をなすという前提を共有するのであれば――これと相関するということになるであろう。

それに対し、「原則逆送」説の立場は、20条２項に実体的な拘束力をもたせるのであるから、同条１項において実体的に把握された保護処分相当性は２項にも引き継がれることになる。その上で、１項との関係で２項が「原則」性をもつと考えるのであるから、20条２項により検察官送致決定があった場合に、この「原則」性が55条移送の理解にどのように反映されるのかが問題となる。この点、「原則逆送」説の立場からは、この理解が55条移送にも反映し、20条１項による検察官送致の場合と２項によるそれとでは、家庭裁判所への移送の基準が異なることが主張されている。

---

[27] 両者の重なり合いがなければ、家庭裁判所と刑事裁判所が互いに事件を移送しあう事態が発生することを制度上認める契機を与えることになる（加藤 2010：207）。また、「不服」審査の要素を認めることが困難にもなろう。もっとも、実体的な議論を超えて、家庭裁判所の決定が刑事裁判所の判断対象や判断方法を拘束するかという問題は、これと密接に関連はするものの、理論上なお区別しうる問題である。これについては、後述する。

[28] もっとも、澤登 2011：238は「本人の心情や環境に変化が見られ、あるいは社会感情など社会的条件も変化したため、刑罰（執行猶予を含む）よりは保護処分による矯正効果に期待すべきだとする判断」を保護処分相当性の内容としている。これは、「少年の利益」のために、社会復帰の観点から社会感情や被害者感情が考慮されるためである。

具体的にみてみれば、「原則逆送」説のうち「原則」性を最も強く求める、特段の事情説、なかでも犯情説の立場において55条移送が認められるのは、理論上は狭義の犯情が事後的に変化した場合である。しかし、「特段の事情」の内実が狭義の犯情とほぼ同一であるとすれば、それが事後的に変化することは実際上ほとんど考えられない。その上、この立場は、専門的調査機能を有しない地方裁判所は家庭裁判所の判断を原則として尊重すべきであること、用いるべき資料も通常は一般の刑事裁判と同様の証拠で十分であること、社会調査記録が必要になる場合でも「調査官の意見」欄で証拠としては足りることを同時に付け加えている（難解な法律概念と裁判員裁判 2009：64-66)。これらの事柄をも考え併せれば、この立場では、55条移送の現実的な可能性は限りなくゼロに等しいことになる[(29)]。しかし、55条移送の制度を、少なくとも20条２項該当事案については事実上否定するのと等しい、こうした帰結はそれ自体として不当である。こうした理解は、立法時の説明とも明らかに適合しておらず、立法手続を経ずに実質的には積極的な少年法改正を行うに等しいものになっている。

それに対して、保護不適推定説の立場からは、刑事裁判所の考慮要素は「特段の事情」に限定されず、なおかつ保護不能のみならず保護不適判断にかかわる事情が考慮に入れられる。そのため、刑事裁判手続を通じて少年に反省の深まりが見られたことなどによる要保護性の変化をも考慮要素に加えうると説明されている（川出 2010：113。なお、川出 2009：91も参照[(30)])。この立場は、20条２項の「保護不適」推定の意味について、「原則として、処遇の有効性という観点よりも、社会感情や社会防衛上の観点が上回ることになるが、しかし、他面で、保護不適の判断が、そのように総合的なものであるがゆえに、(…)保護不適の推定が覆るか否かの判断の局面においても処遇の有効性の観点からの考慮は否定されない」と説明している（川出

(29)　先にみたように、この立場は、家庭裁判所の社会調査やその結果としての少年調査票の記載方法にも影響を与えている。この立場から「専門性」の尊重が求められている人間行動科学領域における各種記録や意見が、実際には20条２項の「原則逆送」理解や裁判員裁判を理由として簡素化・簡略化してきていることを考えれば、55条移送を行うための判断材料自体が少なくなっているともいえる。元々、少年に対する刑事手続においては「少年である被告人の個別的事情に関する情報、特に検察官送致後の情報が少な過ぎるため、少年法55条による家庭裁判所への事件の移送を躊躇せざるを得ない面があり、また、刑の量定に当たっても事案の重大性等の犯情を基準にしたものになる傾向がある」ことが指摘されている（川口 2003：38)。犯情説が何をもたらすかは、こうした状況をも勘案して評価される必要がある。

(30)　それに対し、犯情説の立場では少年の反省の程度も考慮要素に入らない（加藤 2011：481)。

2005：171)。この保護不適推定説の立場をとる場合、理論上は、実体的な判断要素が保護不能推定説や犯情説よりは広くなる。保護不能推定説との関係でいえば、この保護不適推定説における判断要素の幅広さは、少年の資質や環境、そして少年司法における処遇手段を考慮して保護が可能であるにもかかわらず、社会感情などを理由に保護に適さないという価値判断から検察官送致を原則的に行わなければならない、という「原則逆送」範囲の広さに端を発しているものである。(31)

しかし、保護不適推定説におけるこの「原則逆送」範囲の広さは、55条移送にあたっての実体的な考慮要素の幅広さにはつながっても、最終的な55条移送の範囲の幅広さに直結するわけではない。それは、この立場において20条２項は保護不適が「推定」される「原則逆送」として理解されているからである。この説において「原則逆送」の法的拘束力が重視されていることを考えれば、ここでいわれる「推定」は検察官送致後も法的意味をもってくると理解するのが自然であろう。そうであるとすれば、刑事裁判所の55条移送判断は、「原則として、処遇の有効性という観点よりも、社会感情や社会防衛上の観点が上回る」という、この法的拘束力をもつ保護不適の「推定」が、主には被告人側の積極的な立証により破られる場合に行われるというのが、この説の結論となろう。換言すれば、単に保護処分の有効性や相当性が被告人側によって立証されるだけでは足りず、さらに積極的に「保護不適ではないこと」の立証が成功しない限りは「保護不適」の「推定」は破られない、というのが、この説の理論的な帰結となるであろう。55条移送が争点となっている場合に、本来は検察官が「保護処分相当性なし」の立証責任を負うはずであるところ、実務上、「保護処分相当性あり」立証責任は被告人側が負わされており、事実上は立証責任が転換されているという問題が指摘されている（少年事件 Beginners2011：163)。こうした問題点は、この説にしたがった場合、増幅することになる。

また、この説は20条１項における刑事処分相当性に保護不能や処遇が有効である場合にとどまらず、保護不適をも含むという前提に立っている。そのため、「原則逆

(31)　刑事処分相当性に関する保護不能説は、元々、保護不能の事態が頻繁に生じることを想定しておらず、検察官送致の範囲を限定する役割を担っていたといえる。したがって、この点は、検察官送致の範囲が現在拡大していることによるひとつのねじれ現象であるともいえる。もっとも、澤登説に立つ場合、「少年の利益」のために社会復帰の観点から社会感情や被害者感情が考慮されるため、保護不適推定説と結論に大きな差は生じないことになろう。

送」事案の55条移送判断において処遇の有効性や「保護可能性」と、「保護許容性」判断とがどのような関係に立つのかが問題になる。例えば、検察官送致決定が保護可能ではあるものの保護不適であることを理由とする場合、「保護許容性」判断のみを行い「保護可能性」や処遇の有効性の判断には踏み込まないことが許されるか、が問題になる。保護不適類型の「原則逆送」理解は、保護許容性の概念を持ち込むことになる一方で、55条移送判断と関連づけた保護可能性と保護許容性の関係についてはなお明らかではない。仮に、処遇の有効性や保護可能性に関する判断なしに保護許容性判断のみを行うことが許容されるのであれば、この説に立ったとしても、実際上、考慮要素はさして幅広くはないことになる。(32)

⑶　資質鑑別・社会調査のあり方

法案提出者が「いささかの変更も加え」ないと説明していた要保護性調査についてはどうか。20条２項の規定の解釈が、少年鑑別所における資質鑑別・鑑別結果通知書の記載方法や、家庭裁判所調査官による社会調査・少年調査票の記載方法と直結するのか、直結するとしてどのような変容を迫るのかは、これまで十分な注意が向けられてこなかった問題である。しかし、先に確認したように、すでに、鑑別実務上は「原則逆送」の立場を前提として、また社会調査実務上は犯情説を前提とした変化が、少なくとも鑑別結果通知書の記載や少年調査票の作成方法に関して、生じているとみることができる。裁判員裁判において少年に死刑を言い渡した実際の事例においても、社会調査の変容が顕著に観察される。(33) 問題は、20条２項の解釈が資質鑑別や社会調査のあり方に直結するとして、その解釈は資質鑑別や社会調査の領域における変容に何らかの歯止めとなる論理を内在的に用意しうるか、である。

---

(32)　このことは、従前、家庭裁判所による検察官送致決定には、必ずしも必要十分な理由が付けられてこなかったこととも関連しよう（加藤 2011：489-490）。総合考慮説に立つ場合、その趣旨からいえば、本来は保護許容性判断も保護可能性や処遇の有効性判断を踏まえた上で行われなければならないものであろう。この観点からは、家庭裁判所が検察官送致決定を行う際、それが保護可能ではあるが保護不適である場合であろうと、保護許容ではあるが保護不能である場合であろうと、保護可能性判断と保護許容性判断の双方に関する記述が不可欠となろう。

(33)　新聞報道による限り、少年に対する裁判員裁判で初めて死刑を言渡した石巻事件（仙台地判平22・11・25。最高裁判所ホームページの裁判例情報に掲載）では、家庭裁判所段階で作成された、少年の責任、殺害の手段や方法の残虐性、そして重大な結果に鑑みて、少年が幼少期から不安定な家庭で成育したことなども「汲むべき事情とはならない」旨を記載している「断罪型」とでも称すべき調査官意見が、検察官請求証拠として刑事裁判所で使用されている。河北新報2010年11月18日付朝刊、東京読売2010年11月18日付朝刊、朝日2010年11月18日付朝刊を参照。

「原則逆送」説は20条２項に実体的な処分決定上の拘束力をもたせるのであるから、多かれ少なかれ調査領域においてもこの価値的な拘束を求めることになろう。この点、人間行動科学領域の調査のあり方に最も強い変容を迫るのは、犯情説である。この立場は、20条２項に法的拘束力のある強い「原則」性を認め、その例外となる特段の事情の内実を事後の変化が考えがたい「狭義の犯情」とほぼ同一と考えるのであった。『難解な法律概念と裁判員裁判』にみられるように、少年の心身の状態や生育歴、社会関係といった事柄が考慮されるとしても、それは行為責任や刑事量刑的な考慮に影響を与える限度においてである（難解な法律概念と裁判員裁判 2009：63)。この前提で資質鑑別や社会調査に期待されるのは、主として狭義の犯情のほか、被害者感情や社会感情といった保護処分選択の「許容性」に関係する事柄の解明となろう。生育歴や社会関係はこの価値序列の中では重要性をもたない。しかも、被害者感情や社会感情は、その性質上経験科学を用いて解明困難な価値的要素を多く含んでいる。この立場に立つ場合、心身鑑別や社会調査は、質量の両面において実質的にみてほとんど否定されるといっても過言ではない。(34)

犯情説に対してなされている、「原則逆送の対象事件であっても必ず社会調査が必要であるとされていることと調和しにくい」（川出 2009：90）という批判は、以上の意味で、正当である。もっとも、この指摘を行っている論者が拠って立つ保護不適推定説自身が、この批判から全く自由でありうるかどうかには疑問がある。立法過程において必要的逆送制度の否定とともに社会調査には「いささかも変更を加え」ないことが強調された経緯からも窺われる通り、「必ず社会調査が必要である」ことは形式的に調査が行われさえすればよいことを意味しない。「原則逆送」説は、20条２項の前提理解として、まさに保護処分優先主義に変更が生じることを強調している。また、この立場は20条１項の刑事処分相当性の内容に保護不適を加えて理解するため、元々資質鑑別や社会調査にも少なからず価値判断を求める上、20条２項を保護不適推定規定ととらえるのであった。したがって、この立場は、元々、資質鑑別や社会調査の局面において価値判断が働く余地を広く認めるところ、少なくとも

(34)　もっとも、犯情説に立つ論者自身が狭義の犯情説自体が社会調査や少年調査票の記載方法の変化を予定するものであったか、については疑念を差し挟む余地がある（北村 2004：72-74を参照)。それにもかかわらず、少年実務研究会や『難解な法律概念と裁判員裁判』の見解にみられるような調査の変化が生じていることは、この説が内在させている理論の危うさを示しているといえる。

被害者死亡結果のあるような重大事件に関しては、さらに前提となる価値判断として保護処分優先主義という大原則自体の変更を求め、個々の調査にあたっても被害者感情や社会感情を重視させることになる。先の社会調査実務家の指摘はこのことを端的に表している。

こうした事態を避けようとするのであれば、資質鑑別や社会調査はこの法規範とは全く無関係であるという立場や、価値に関係させない形でこれらの調査をいわば純化させることができるという立場を取る必要がある[35]。しかしその上でもなお、資質鑑別にしろ社会調査にしろ、少年司法制度に組み込まれたこれらの調査機構の判断が、本質において完全に価値中立的な科学的知見にとどまることはできず、実践的な価値葛藤から自由にはなりえないとすれば（石毛 2010：125［初出：石毛 2002 b：20-21］）、少年法上の理念の変更はなく、調査領域に「いささかも変更を加え」ないと説明されている以上、根本的な価値の転換を強いるような20条２項の理解は、避けられるべきである。

この点、2000年改正法の施行後比較的早い時期にみられたように、「原則逆送」説のうち保護不適推定説のような理解を前提にしたとしても、幅広い事項が調査項目に入っているのであり、こうした指摘はあたらないという反論もありえよう。しかし、この問題は調査事項の広さに全面的に還元できるものではないし、調査事項の幅広さが鑑別結果通知書や少年調査票上で示される専門的な意見と直結するわけでもない。少年の立ち直りを考える際に不可欠な非行の原因や背景にある少年の生育歴や生きづらさといったものがいかに調査されていたとしても、この立場において、それは被害者感情や社会感情の前で圧倒的に相対化されるものである。また、この主張は、保護処分優先主義が価値として覆されていることを認めるのであるから、最終的な意見においては、この価値の下で情報の腑分けと意味づけが行われることになり、結局のところこうした原因や背景は重要性をもたないことになりかねない。弁護・付添人実務家から指摘されている、「途中までは保護処分相当という結論になるかのような論述が続くのに、突然、結果の重大性や社会的影響の大きさなどを根

(35)　調査の「純化」は実際上は容易ではないが、例えば、社会的影響を調査事項から外すことや、社会感情や被害者感情の考慮を少年の要保護性に関係する範囲にとどめ、その問題性を軽減するということは考えられうる。

拠に論調が急変し、保護不適であり刑事処分相当とするような意見書」がしばしば見られることになった、という現象（相川 2009：56）は、「原則逆送」説に立つ限り出てきうる問題である。

この立場は、裁判員裁判における近時の運用を念頭に置いた場合、さらに困難な問題を抱え込むことになる。近時、少年に対する裁判員裁判においては、裁判員が「見て聞いて分かる」裁判を行うという観点から、直接主義・口頭主義を徹底し、社会調査記録についても鑑別意見や調査官意見のみを要約・抜粋して用いる運用が多くみられる。確かに、この問題は理論外在的なものであり、20条２項の解釈としてどのような立場をとったとしても、それ自体として論じるべきものではある。しかし、『難解な法律概念と裁判員裁判』が示しているように、実際上、鑑別意見や調査官意見という「結論」のみが使われる可能性は排除できない（難解な法律概念と裁判員裁判 2009：65）[36]。こうした運用を前提とした場合、20条１項の刑事処分相当性の理解として保護不適という人間行動科学となじみにくい価値的な要素を含む概念の使用を認め、かつ２項をその「推定」ととらえるため、人間行動科学に基づくべき調査を最初から全面的に方向づけ、枠づける理論である保護不適推定説は、「保護許容性」なしという社会防衛的観点を浮かび上がらせた調査官意見に歯止めを準備できない危険性が高い[37]。

この点、「原則逆送」理解を否定する説明責任説やガイドライン説は、20条２項の実体的な拘束力を否定するか弱い拘束力しか認めていない。むしろ、この両説は、早い段階から、「原則逆送」理解が人間行動諸科学を利用した社会調査に影響を及ぼしかねないことを指摘してきており、そうであるがゆえに「原則逆送」理解を否定したという側面をもっている（葛野 2003：591-596；斉藤 2006：176-185）。これらの説は、20条２項に掲げられた結果重大事件であっても他の事件と変わりなく資質

(36) 少年に対する刑事裁判における社会調査の従前の使用方法については、横田 1993；仲家 1998を特に参照。刑事裁判所による社会調査記録の取り寄せに関しては、大野ほか 1979を参照。

(37) この点で、「原則逆送」理解に立った上で、特段の事情説のうち総合考慮説をとる論者から、少年に対する裁判員裁判における社会調査記録の具体的な使用方法が提示され、「少年調査票や鑑別結果通知書は、それぞれの全体が一体として判断を形成しているのであり、つまみ食い的な証拠請求・採用は、少年法50条の趣旨に反するものとして、差し控えるべき」ことが指摘されていることは（加藤 2011：491）、20条２項の解釈をめぐる対立を越えて注目すべき事柄である。特に「原則逆送」説に立つのであれば、少年に対する裁判員裁判における社会調査記録の使用方法についてこうした「全体採用」の方法をとるなどして、調査官意見の根拠とそこに至るまでの思考プロセスの担保を行うことが不可欠であろう。

鑑別や社会調査を行うべきことを帰結することになる。この点で、これらの説が本質的に内在させている方向性は積極的な評価を与えるに値する。

しかし、20条２項に掲げられた結果重大事件であっても他の事件と変わりなく資質鑑別や社会調査を行うべきことを求める、という点に、逆にこれらの説の限界はないであろうか。資質鑑別や社会調査といった経験科学としての人間行動諸科学は、結果重大事件が起これば、激しい被害者感情や社会感情に直面することになる[(38)]。こうした特殊性は、通常の事件と同様の調査を行うことへの阻害要素となるのが通例である。結果重大事件がもつこの特有の構造を、より積極的に20条２項の解釈に読み込む必要性はないであろうか。別の角度からみれば、少年法８条２項及び９条により求められている科学的な調査を結果重大事件においても求める場合、それを阻害しかねない社会的状況が容易に想像できるがゆえに、それにもかかわらずより一層踏み込んだ科学的な調査を行わせるための条項は、少年法の体系からみて必要とならないであろうか。こうした角度からみた場合、20条２項を、特別な調査を行うべきことを法的に求めた――その意味で調査に関して法的拘束力のある――規定と読む必要性があり、またそれは可能でもあるように思われる。

5　20条２項の解釈の試み

⑴　調査に対する規範としての20条２項

20条２項を「原則逆送」と理解することに問題があるとすれば、この条文はどのように解釈されるべきであろうか。

この規定は、少年法20条２項が同条１項よりも絞られた目的をもち、結果が重大な犯罪を対象とするがゆえに、より仔細な調査を行わなければならないことを定めた規定と理解されるべきである。つまり、この規定は、少年法８条及び９条による調査に関する一般的な規定とは別に、故意による被害者死亡結果のある事件について特別に詳細な調査を行わなければならないことを法的に義務づけた規定である。

(38)　山﨑 2002：41は、「重大事件に対する社会の注目度」を「従来の20条事件における調査官調査の要請との違い」として指摘し、「家裁の存在意義が問われる調査事務ともいえ、審判の結果自体だけでなく、家裁の手続に対しても、社会の目が集まっていることを認識しておきたい」と述べている。

法案提出者が示した制度目的のうち、「規範意識の覚せい」という目的が今日なお保持されうるのは、それが処遇選択の将来の目標として特別予防的に理解される場合のみである。つまり、20条２項を用いて達成すべき目的としては、個々の少年の規範を覚せいするために最も適切な処分を選択する、という事柄しか残りえないことになる。

「規範意識の覚せい」という制度目的について、一般予防･抑止の意味で理解する立場が当然ありうる。しかし、これを消極・積極の別を問わず、一般予防・抑止の意味で少年一般の「規範意識の覚せい」と理解することは、先述したとおり経験的な知見に反している。仮に20条２項が「原則逆送」であることを不動の前提としたとしても、刑事処分の方が保護処分よりも一般予防・抑止効果が高いという経験上の根拠はもちろん、そもそも刑事処分が一般予防・抑止効果をもつという経験上の根拠自体がいまだ存在しないといってよい。科学主義のもとで不可欠な検証可能性の担保という観点､それを担保するためのそもそもの効果計測の技法というからも、この立場は困難を来すことになる。

この概念の内容を消極的特別予防の意味に理解する余地も形式論理上はありうる。この場合、確かに、対象者を社会から物理的に隔離し、無害化を図る期間中は、特別予防効果が認められよう。しかし、社会からの恒久的な隔離や無害化は、近代的な法文化からいっても憲法や国際条約により承認された価値からいっても認められない。長期にわたる社会との隔離が却って再犯リスクを高めることは、犯罪学上、経験的にも知られている。社会からの隔離や無害化は「規範意識の覚せい」に直接結びつくわけでもない。「規範意識の覚せい」という目的を消極的特別予防の意味でとらえることもできない。

「規範意識の覚せい」という制度目的を受け容れるのが前提であれば、その内実として最終的に残りうるのは教育や再社会化による積極的特別予防のみである。もっとも、その場合「規範意識の覚せい」という制度目的を受け容れるがゆえに、20条２項の規定は「原則逆送」と理解されえないことになる。経験上、保護処分に対して刑事処分の方が積極的特別予防効果が「原則的」に高いとはいえない。むしろ逆である。そうであるとすれば、この規定は、「刑事処分」という刑事裁判所の終局判断に焦点を当てることはできないことになる。「規範意識の覚せい」という制度目的

を保持しうるのは、家庭裁判所がその目的を達成するのに最もふさわしい終局処分決定に至るまでのプロセスに焦点が当てられる場合のみである。「規範意識の覚せい」という制度目的は、将来の再犯予防という意味で、個々の少年の「規範意識を覚せい」するために最も適切な処分を選択することを求めている、と理解されるべきである。

20条２項但書で掲げられた調査すべき事項が同条１項よりも仔細に規定されていることも、このように理解してこそ整合的に理解されうる。「犯行の動機及び態様、犯行後の情況、少年の性格、年齢、行状及び環境その他の事情」との文言で、調査の考慮要素が１項と比べて仔細に規定されているのは、法案提出者の言葉によれば「きめ細かい」調査を行うため、別言すれば、被害者死亡という非行結果が重大であるがゆえに、その非行結果のみに目を奪われることなく詳しく調査を行い、その少年の「規範意識の覚せい」のために最も適切な処分を選択すべきことを表すためであると解釈すべきである。

なお法案提出者が提示し、かつ現在なおも支持しうる可能性がある制度目的は、特別予防的な意味での「規範意識の覚せい」ということになるが、それはあくまで将来的な目標であることには注意が必要である。例えば、内省にしてみても、処分決定時においてそれが必ずしも進んでいる必要はない。検察官送致決定を選択し、少年を公開の刑事裁判にのせ、刑事処分を科し、刑事施設に収容することで、自動的に内省が進み「規範が覚せい」されるということはない[39]。そうではなく、「規範意識の覚せい」が将来の目的であるがゆえに、少年の資質についても深い調査とその過程における働きかけが求められるわけである。

この意味で、20条２項は、実体的には拘束力をもたない[40]。しかしながらそれは、通常の事件と比してより広くより深い調査が行われなければならないことを求める点で、人間行動科学の専門家を名宛人として手続的な拘束力をもつものである[41]。し

(39)　十倉 2002：244が指摘するように、経験上知られているのは、むしろその逆の事態である。
(40)　したがって、実体的な処分決定基準は20条１項によることになる。20条１項の刑事処分相当性の内実としては、保護不能と処遇の有効性に限定する理解が妥当である。20条１項に「罪質及び情状」の文言が掲げられていることもこの理解の妨げにはならない。
(41)　こうした結論は、要保護性拡充説に立つ本庄 2005：454-455；本庄 2006：349-351のほか、武内 2004：469-470、475-476；武内 2007：358-359の議論の延長線上にある。このような観点からみた場合、審判例として、京都家決平13・10・31家月54・4・110やさいたま家決平13・９・５家月54・2・152の判断方法は妥当であり、今日もなお支持できるものである。これらの審判例では、結果重

たがって、20条２項該当事案については、どのような措置が少年の「規範意識の覚せい」に資するのかという観点から調査が行われなければならず、外形的な非行事実のみをなぞったような簡素化・簡略化された調査については、それのみで違法の問題が生じえ、55条移送の可能性が生じうることになる。

こうした理解に対しては、次のような批判ないし問題の指摘が予想される。

第一に、20条２項本文が「前項の規定にかかわらず（…）同項の決定をしなければならない」と規定している関係から、文言形式との整合性が問題になる。しかし、20条２項は、「規範意識の覚せい」というやや特殊な、そして絞られた狭い目的を設定しているがゆえに、「前項の規定にかかわらず」との文言がとられていると解釈することは十分に可能である。よく知られているように、20条１項による検察官送致決定の内訳をみてみれば、その大半は窃盗などの比較的軽微な事件や道路交通事件である。それは、少年司法上の身体拘束処分を伴う保護処分よりも罰金や執行猶予といった刑事処分の方が、将来における保護処分選択の余地を残すことをも含めて、柔軟な対応が可能だからである、と理解されている（豊田 1986：5-10）。この例に典型的に表れているように、20条１項の逆送決定は、「少年の健全育成」を窮極の目的としながらも、処遇の有効性や適合性をも視野に入れて、幅広い目的をもって用いられている[(42)]。20条２項は、そうではなく、結果重大非行に及んだ少年の将来的な「規範意識の覚せい」にとって何が必要か、というやや特殊な、狭く絞られた目的をもっていると理解することは十分に可能である。被害者死亡という重大な非行結果がある場合には、少年が身体的・精神的・社会的に困難を背負っていることが少なからず推測される。その負因を前提としながら、当該少年にとって規範の内面化が将来的な課題になることも容易に想像できるところである。そのために、20条２項は１項と「少年の健全育成」を窮極的な目的として共有しながらも、一方で、将来的な規範の内面化に最もふさわしい措置の選択に焦点を当てており、他方で、そ

大事件において保護処分を終局的に選択するに至るプロセスにおいて、現在の罪障感の薄さや責任感のなさを指摘し、その理由を鑑別結果通知書や少年調査票で指摘されている少年の資質や成育環境と関連づけた上で、その問題を解決するためには個別的な矯正教育が有効であることを指摘している。

(42)　20条１項の刑事処分相当性の理解をめぐって対立している保護不能説と保護不適説のどちらの立場によっても、処遇の有効性による検察官送致は否定されない。したがって、保護不能説に立つとしても、20条１項による検察官送致決定は、幅広い目的をもっているといえる。

のことを前提として通常の調査よりもより綿密で仔細な調査を求めていると理解するわけである[43]。「前項の規定にかかわらず」とはこのことを言い表したものと解釈すべきである。

これと関連して、法解釈の体系性という観点から、少年法６条の７の解釈が併せて想起されてもよいであろう。この規定は、「都道府県知事又は児童相談所長は、(…)児童福祉法第二十七条第一項第四号の措置をとらなければならない。ただし、調査の結果その必要がないと認められるときは、この限りではない」として少年法20条２項と類似する規定ぶりをとっているものの、2007年少年法改正時には、少年法上の大原則である児童福祉機関先議主義を否定ないしは修正するものではないと説明されている。それはまさに、「少年法等の一部を改正する法律の施行に関する留意点について」(厚生労働省雇用均等児童家庭局総務課長通達平19・10・26雇児総発第1026001号)にみられるように、家庭裁判所送致という結論に重きを置くのではなく、最終的な判断へと至るプロセスにおいて児童相談所の裁量が確保されていると理解されているからである[44]。これと同様に、少年法20条２項の解釈についても、最終的な判断へと至るプロセスに着目して、仔細な調査を求めたものと理解することは十分に可能であり、また必要でもある[45]。

「同項の決定をしなければならない」との文言についても、20条２項を「原則逆送」と読まなければならない決定的な根拠とはならない。むしろ、「同項の決定をしなければならない」との文言は、実体的な基準としては20条１項の刑事処分相当性と同一の枠組みで判断を行うことを求めた文言であると解釈すべきである[46]。あるい

---

(43)　20条２項該当事案に関して現在鑑別実務で行われているような、公開で行われる刑事公判手続や刑罰への耐性などに関する調査も当然これに含まれる。

(44)　同通達は、「今回の改正では、警察官から一定の重大事件の送致を受けた児童相談所長は、事件を原則として家庭裁判所に送致しなければならないこととされ」たことに言及する一方で、「児童相談所は、児童福祉の専門機関として（…）、本人の行動面や心理面の観察・診断・家庭環境等の調査・診断等を基にした総合的判定を踏まえて、本人にとって最善の利益を確保することとなる援助内容を選択・決定しなければならないこと」を児童相談所に求めている。

(45)　なお、20条２項の解釈につき保護不適推定による「原則逆送」説に立つ論者は、６条の７に関して「この規定により、重大な事件については、実質的に児童福祉機関先議の原則は修正されたというほかない」(川出 2008：99)との評価を与えている。確かに、こうした理解に立つ場合にも、６条の７と20条２項の解釈は形式上は整合する。しかし、こうした理解は、法制審議会少年法(触法少年事件・保護処分関係) 部会や国会における説明と明確に反する。

(46)　なお、「しなければならない」という文言についても、この形式をとることがただちに当該規定に強い拘束力を認めなければならない根拠になるわけではない。例えば、現在広く受け容れてられている最高裁判例によれば、「少年に対する刑事事件の審理は、第９条の趣旨にしたがって、これを行わなければならない」と規定する少年法50条は訓示規定である。もっとも、この条項を現在な

は、法案提出者の説明に忠実に「原則逆送」の形式にこだわるのであれば、20条１項と２項の関係ではなく20条２項本文と但書の関係の中で「原則」性の意味をとらえた上で、20条２項但書の要件が満たされない場合に逆送せざるをえないという限りで20条２項本文が「原則」となると理解すれば足りる（本庄 2006：454-455)。

第二に、20条２項が「その罪を犯すとき16歳以上」と規定していることと関係して、少年法が年齢基準を一般的には処分時に据えているにもかかわらず、本条項が行為時を問題としていることは、行為責任を問題にしているからにほかならないのではないか、という批判がありうる（川出 2001：58；川出 2005：167を参照)。確かに、「行為時」に焦点をあてることは行為責任の問題と親和的である。そして、行為時16歳以上の者による被害者死亡結果のある非行の行為責任は、量刑的な思考枠組みからいえば、通例は重大であろう。しかし、だからこそ、通例そうであるがゆえに、重大な行為結果にとらわれることなく調査・審判を行わなければならないという説明は十分に可能である（本庄 2006：349を参照)。特に、年中・年長少年による被害者死亡という重大な結果を伴う非行が起こった場合、激しい社会感情が表出することは容易に想像できる。しかし、こうした社会感情は、価値判断を伴うがゆえに、それがどの時点のものであるのかという問題も含めて、経験科学上客観的な把握が困難である[(47)]。それゆえに、こうした社会感情は、少年保護理念と直結している科学主義と厳しい緊張関係に立っており、人間行動諸科学の冷静な判断を妨げる危険性を常にもっている。こうした問題の構造に鑑みれば、社会感情の悪さが容易に想像できる、行為時16歳以上の者による被害者死亡事件の場合を敢えて20条２項が要件に掲げていることは、全く不自然ではない。反対に、20条２項に掲げられた調査項目は１項のそれよりも詳細・具体的であり、量刑上の狭義の犯情にあたるような事項に限定されていない。こうした規定ぶりは私説のように理解することで、よりよく説明できる。

第三に、「原則逆送」という条文理解が要保護性調査にもたらした影響は、それ自

お単純な訓示規定と理解してよいのかは、この条項の沿革や最高裁判例が確立された歴史的背景に鑑みると、疑問がある。これについては、別稿において論じる。

(47)　それに対し、被害者感情の問題は、従前の調査実務で行われてきたように、被害者の陳述内容を伝えることによる働きかけや投げ掛けを通して少年の変化をとらえることで、要保護性判断に部分的には還元しえよう。もっとも、この場合でも、どの時点の被害者感情を考慮するのか、問題は残る。

体として別個に論じれば足り、20条２項は裁判官のみを名宛人とする法規範としてなお「原則逆送」と理解してよい、というものである。資質鑑別や社会調査は20条２項とは完全に切り離されている､あるいはそうあるべきであるという主張である。確かに、このように理解できるのであれば、人間行動科学領域にみられる問題の多くは解決しえよう。しかし、前述した通り、少年司法制度に組み込まれた鑑別や調査の制度が完全に価値の問題を免れうるかには疑問もある。また、この理解からは、20条２項該当事案でも従前通りの調査だけでなく、より詳細で緻密な調査が行われなければならないことの拘束力が、逆に出てこないことになる。鑑別判定という人間行動科学の領域において、不自然ともいえる変化が観察されるのは、まさにこの点が解釈論として示されることなく､「原則逆送」という事柄のみが強調されたことにあると考えるべきではないであろうか。その変化が明確に確認できる現在の状況を前にした場合、これを無視することはできないと考えられる。人間行動科学領域においても前提となる価値から自由になりえないとすれば、実体的な意味を帯びた「原則逆送」理解は放棄される必要がある。

最後に、より巨視的な視点から、私説において少年司法への信頼はどのように確保されるのか、疑問も呈されよう。この疑問は、20条２項の制度や運用に「一般」予防や応報を期待する見解と表裏をなしているともいえる[(48)]。確かに、少年司法が制度である以上、社会的な存立基盤が不可欠である。しかし、それは、一般予防や応報による刑罰の積極的な行使によらなければ確保できないものではないし、逆にこれによれば確保できるというものでもない。英米における経験的な調査研究に基づいた指摘があるように、司法制度に対する人々の信頼確保にとって重要なのは、司法機関やそこで働く専門家に接する経験を通して得た知識や親しみである。そこにおいて、情報伝達のために有効な具体案として提言されてように、制度への信頼の確保を真に目的に据えるのであれば、裁判官などが地域のミーティングに参加し、

(48)「少年司法制度といえども、被害者や国民一般の理解を得ることなくしては成り立たないものである以上、やはり、刑事処分相当性の解釈において、応報や一般予防の観点を一律に排除することはできない」（川出 2009：83）というのが典型的な指摘である。立法過程において「必要的検察官送致制度」への言及があったことや「５年後見直し」規定が附則に盛り込まれたことが20条２項但書の削除につながることが危惧されたこともあり、こうした「国民の信頼」論は、特に2000年改正直後の時期において裁判実務家から語られることが多かったといえる（廣瀬 2003：100；山嵜 2007：83を参照）。

人々に手続のあり方について説明するといった、裁判官と地域社会との間のギャップを埋めることができるようなプログラムを実施することの方が有効かつ合理的であろう（服部 2006：321-336[49]）。応報的正義や「正義の感情」が問題として残るとしても、それは犯罪を行った少年本人にとっても自己の責任の取り方として刑事手続・刑事処分の必要性が納得できるものであるべきである。それは、一方的・断定的に押し付けられうるものではく、そうされるべきものでもない（吉岡 1998：127）。

⑵　家庭裁判所による検察官送致決定の拘束力

20条２項の解釈に関連する問題として、家庭裁判所による検察官送致決定の拘束力について検討しておく。20条２項の創設に伴い、少年法55条による家庭裁判所への移送が争点になった場合に、刑事裁判所はどのような範囲の事情について審理すべきか、家庭裁判所の刑事処分相当性判断は、検察官送致決定後の事情の変化を除いて、刑事裁判所を拘束するかが問題となっている。

実体上、刑事処分相当性と保護処分相当性が表裏の関係にあるとすれば、「原則逆送」理解からは20条１項による検察官送致決定の場合と２項による場合とでは、55条移送にかかる保護処分相当性判断の範囲や方法が違いうることになる。その上で、家庭裁判所による検察官送致決定の拘束力を肯定すれば、検察官送致決定時までの事情に関しては、その有無と評価について、刑事裁判所は家庭裁判所の判断にしたがうことになる。反対に、これを否定すれば、家庭裁判所による刑事処分相当性判断そのものも審理の対象になることになる（加藤 2011：484を参照）。したがって、20条２項の理解としてどの立場に立つにせよ、家庭裁判所の検察官送致決定に拘束力を認めるのであれば、事後的な事情の変更を除いて、55条移送のための審理の対象と範囲が限定されることになる。「原則逆送」説の場合には、さらに、20条１項の場合と内実を異にする保護処分相当性判断によることになるわけであるから、55条移送の範囲が限定される事態が生じることになる。

---

[49]　この知見に鑑みる場合、説明責任説の意味合いは、少年司法運営のあり方をも視野に入れてさらに拡がることになる。厳罰化の動向に対抗する形で参審制の導入が主張されていることも偶然ではない。佐藤 1999；佐藤（博）ほか 2005；井垣 2000：62；服部 2006：339-344を参照。日本では、旧少年法制定過程の早い段階において、教育主義の脈絡から、民間人が審判に関与する参与制度の導入が検討された歴史があることにも注意が必要である。これについては、差し当たり武内2011を参照のこと。

最高裁判所判例によれば、55条移送の保護処分相当性判断は刑事裁判所の自由裁量にまかせられた事項と理解されているので（最判昭25・10・10刑集４・10・1957）、判例上はこの拘束力が否定されていると考えられる。20条１項該当事案ではあるが、2000年改正後に家庭裁判所の検察官送致決定にあたっての刑事相当性判断を検討の俎上に載せ、その決定自体を「判断を誤った不相当なもの」と評価した刑事裁判所の判例も、こうした評価を前提にしているといえる（東京地八王子支平15・６・12家月56・３・82）。しかし、近時、20条２項該当事案については、刑事処分相当性と保護処分相当性が実体上表裏の関係にあることを前提として、検察官送致決定と家庭裁判所移送決定が制度的に両立すれば、家庭裁判所と刑事裁判所の間で事件が往復を繰り返し、少年が多大な負担を負うことや、調査官を要する家庭裁判所の専門性、さらには「20条２項が設けられた趣旨」などを挙げ、家庭裁判所の判断を「尊重」すべきことが主張されるようになっている（角田 2006：10-11；難解な法律概念と裁判員裁判2009：61-62；八木 2010：331-332）。

これらの主張には、法的な意味での拘束力を問題としているのか、事実上・政策上の考慮をしているのか、なお不鮮明なところが多い[(50)]。これまでの裁判例の中には、家庭裁判所による検察官送致決定の拘束力につき、検察官の主張を退ける形で、①55条移送は、刑事処分相当の判断を覆すに足りる新たな事情を発見した場合に限る旨の明文規定がないこと、②家庭裁判所と刑事裁判所のいずれもが刑事処分相当と認めた場合に初めて少年を刑事処分に付しうると解するのが保護処分優先主義に適うこと、③20条決定については少年側に抗告権が認められておらず、不当な決定に対しては55条決定により是正を行う必要があること、を指摘した上で、55条移送を認めたものがある（宇都宮地決昭57・６・22家月34・11・７）。こうした裁判例に即して考えると、上記の見解は、20条２項の創設により②に転換が起こっていると理

(50)　これらの見解のニュアンスや軸足の置き方も一様ではない。例えば、角田正紀は、55条移送が不服申立て制度の機能をもちうることを承認する一方で「20条２項が設けられた趣旨」から家庭裁判所の判断を尊重すべきことを指摘する（角田 2006：10-11）。なお、植村立郎は、20条１項をも含めた議論においては、55条移送が「事実審理の結果」を要件としていることに着目して、この制度が厳密な意味での不服申立ての機能をもつことを正面から承認することは拒否する一方、同じ根拠から家庭裁判所の検察官送致決定の拘束力も否定する（植村 2010：363-366）。しかし、20条２項該当事案については「地方裁判所が55条決定を行うのは、法20条２項の制約が及んでいる中で、その制約の下で考えても同決定を行うことが相当な場合に限られる」との理解を示している（植村2010：374-375）。これは法的な意味での手続的な拘束性は否定するものの、実体的な保護処分相当性の理解のレベルと実際の上では拘束性を認めるものと理解できる。

解するのであろう。その上で、家庭裁判所による検察官送致決定の拘束力を積極的に肯定するというよりも、その拘束力を否定する論拠を（部分的に）否定している消極的な性格のものとして、これらの見解はとらえられるべきものであるように思われる。この主張の核心は、20条２項該当事件では保護処分優先主義が覆されているという理解にあり、いわゆる家庭裁判所と刑事裁判所との「キャッチボール」現象や、家庭裁判所の専門性の指摘はこれを補強する主張とみることができる。

しかし、すでに適切な指摘があるように、少年法上制度化された55条移送を認めることを、あたかも少年保護手続と刑事裁判所とを複数回往復するかのような「キャッチボール」現象ととらえることには問題がある（正木 2009：77)。仮に複数回の「キャッチボール」[(51)]を問題にするにしても、20条１項の刑事処分相当性と55条の保護処分相当性が実体上は表裏の関係にあることを認め[(52)]、最高裁判所判例としても承認されている迅速性の原則（最決平20・７・11刑集62-27-192。浦和家決平４・６・20家月45・４・132も参照のこと）を考慮すれば、こうした事象は回避しうる。

家庭裁判所の専門性の問題についても、刑事裁判所における社会記録の取調べなどを工夫することにより補いうる(加藤 2011：485)。もっとも、これに関するより根本的な問題は、保護処分優先主義が覆されているという理解と関連する「専門性」の内実にあろう。この問題で家庭裁判所の「専門性」がもち出されるのは、20条２項を保護不適類型の「原則逆送」と考える立場からである。しかし、先に確認した通り、資質鑑別にしろ社会調査にしろ、「原則逆送」理解を前提とした場合、犯情などの非行事実に重きを置いた要素や、被害者感情・社会感情といった価値的色彩の強い要素が重視されるほか、保護処分優先主義が覆されているという価値の転換を前提としてその意味づけが行われる構造が立ち現れてくることになる。換言すれば、本来人間行動科学が専門性を用いて把握し解明できる問題を超えた、人間行動科学とは馴染み難い要素が重視される構造の中で、調査が行われることになる。このこ

(51)　家庭裁判所と地方裁判所の間の「キャッチボール」が問題となった事案として、名古屋地岡崎支決昭42・11・９家月20・７・116、最決平３－４・22家月43・10・52がある。

(52)　このことは、実体上の審理対象の重なりを求めるにとどまるものであり、それがそのまま家庭裁判所の検察官送致決定の拘束力を認めることにつながるわけではない。このように理解するとき、確かに、例えば犯情説をとるような場合、実体上は保護処分相当性の考慮要素が刑事処分相当性判断に連動して狭くなる。しかし、このことは刑事処分相当性と保護処分相当性の重なり合いが不当であることから出てくる問題ではなく、この重なりを前提として妥当ではない結論を導いてしまう理解の不当性である。

とを前提とした場合、20条２項該当事案において発揮される「専門性」が何に関するどのようなものなのか、それ自体が問題になりうる[53]。保護処分優先主義が覆されているという意味での価値の転換を認めるのであれば、そこでの「専門性の尊重」は形ばかりの空虚なものとなりかねない。このことは同時に、20条２項該当事案に対する裁判員裁判において社会調査記録の全体を用いることができたとしても、なお質的な問題が残るのではないかという疑問にもつながる。この意味でも、保護処分優先主義が覆されているという意味での価値の転換は否定される必要がある[54]。

20条１項の場合と同様に、20条２項の場合についても家庭裁判所の検察官送致決定に拘束力を認めるべきでない最大の論拠は、不服申立てを実質的に保障する必要性にある。すでに指摘があるように、家庭裁判所の検察官送致決定に対する不服申立てが制度上も判例上も認められていない前提からは、調査のあり方も含めて、家庭裁判所の検察官送致決定自体に対して再審査を行う必要性が高い（正木 2009：77-78；葛野 2010b：174-176；加藤 2011：484-485）。

最決平17・８・23刑集59・８・23が示すように、検察官送致決定に対しては、少年手続と刑事手続のいずれにおいても少年側から不服を申し立てることができない。東京高決昭45・８・４家月23・５・108が示しているように、形式的には、検察官送致決定が少年法32条にいう「保護処分」ではないこと、実質的には、検察官送致決定それ自体は手続を刑事裁判所に移すことを内容とする司法判断であり、実体的な権利関係に未だ変動が生じていないこと、がその理由であると考えられる。しかし、今日、検察官送致決定に実質的な不服申立てを認めないことは法体系上許容できない。最決平９・９・18刑集51・８・571によれば、「刑事処分は、少年にとって、保護処分その他同法（少年法――引用者）の枠内における処遇よりも一般的、類型的に不利益」である。不利益変更禁止原則との関係から、当初家庭裁判所が行っ

(53)　正木 2009：77が、家庭裁判所（調査官）の専門性は、矯正可能性についての判断や処遇の見通しについて遺憾なく発揮されるものであり「保護不適の判断はその矯正可能性や処遇の見通しを超えたところの判断」であることを理由に、55条移送を制限する形での「専門性の尊重」を否定していることは、この意味でも正当である。

(54)　なお、裁判員裁判であるか否かを問わず、刑事裁判における人間行動科学の知見の活用方法として、情状鑑定の積極的な実施や判決前調査制度の採用も積極的に検討されるべきであろう。こうした指摘は、2000年改正法施行直後から、裁判実務家からも行われている（川口 2003：38）。裁判員裁判における社会調査記録の使用をめぐる実務上の問題については、加藤 2011：490-494のほか、川村 2009；村中 2009；相川 2009を特に参照。

た保護処分決定に対して少年が抗告した後に「少年法20条により事件を検察官に送致することはもはや許されない」ことを明言しているのであるから、この判例は、保護処分に対する刑罰の不利益性にとどまらずに保護処分「決定」に対する検察官送致「決定」の不利益性を認めたものと理解される[55]。それにもかかわらず、保護処分決定に対する不服申立てが認められる一方で、それよりも不利益であるはずの検察官送致決定に対するそれは、制度上も判例上も、認められていない。公開審理など、実体的な権利義務関係の変動に至るまでの刑事手続のあり方それ自体が、少年の権利ないしは利益を侵害する要素をもちうる。この問題状況は、検察官送致決定の対象年齢の引き下げや20条２項の「原則逆送」理解、そして裁判員裁判の導入により、深刻化しているといえる。また、2000年改正法の立法者は、判例理論の上では検察官送致決定と同様に実体法上の権利関係の変動をもたらさない中間決定であるはずの観護措置決定に対して異議申立て制度（17条の２）を新設している[56]。それにもかかわらず、同様に判例理論の上では保護処分決定よりも一般的・類型的には不利益である検察官送致決定に不服申立て制度を認めないことは、法制度体系として許されない。法体系上の整合性を欠いているとすらいいうるこうした状況が辛うじて許容されうるのは、憲法上の公正な裁判を受ける権利や子どもの権利条約40条２項（ｖ）との関係からいっても、実質的にみて検察官送致決定に対する少年側の不服申立てが準備されており、家庭裁判所の判断の再審査が担保できる場合のみである[57]。

---

(55) なお、東京高決平17・２・14家月57・10・104は、医療少年送致とした原決定に対し、検察官送致とする方が更生にとってむしろ望ましいから処分に著しい不当があるなどとして少年が抗告を申し立てた事案において、検察官送致「決定」は、保護処分の一つである少年院送致「決定」よりも少年にとって一般的、類型的には不利益な処分である旨を指摘している。

(56) 観護措置に対する抗告は、従前、検察官送致決定の場合と同様に、判例上も認められてこなかった。もっとも、大阪高決昭44・10・30家月22・10・114がこれを消極に解する中心的な理由は、「観護措置は、少年自身の福祉のためになされるのがその本旨であって、憲法の原則のもとで少年法が特に認めた司法的、保護的な措置」であることのほか、観護措置が「調査や審判、或は保護処分の前提手続ともいうべき」手続段階に位置することに求められていた。この点からいえば、「調査や審判、或は保護処分の前提手続」とはいえず、少年保護手続における実質的な終局決定ともとらえられうる検察官送致に対する不服申立ては、観護措置に対する異議申立てよりも必要性が高いとみることもできる。検察官送致決定に対する不服申立てに関する立法論上の問題については、大森1977：39-41も参照。

(57) 以上の意味で、最決平17・８・23の調査官解説において、「刑事手続に移ってからも、事実を争うこともできれば、刑事処分の相当性を争って少年法55条による家裁への移送を求める」ことが背景事情として指摘され、「他に不服をいうルートがあるという点は、特別抗告の許否という点では、重要なポイント」と述べられていること（山口 2006：323）には、十分な注意を向けておく必要がある。

この点、55条移送が「事実審理の結果」を要件としているために、実質的な不服申立ての機能を正面から承認することに消極的な見解もある（植村 2010：363-366)。しかし、実質的な不服申立て機能を承認するために、抗告などの既存の不服申立て制度と形式面まで揃えて理解する必要はない。また、55条移送を全面的に不服申立て制度と同一視することが難しいとしても、実質的にみてその機能を担わせることに支障はないと考えられる。結論としてみても、55条移送が「事実審理の結果」を要件としていることを理由として不服申立て機能を否定する一方で、検察官送致決定の拘束力を否定しているこの論者の立場は、実質的な不服申立ての必要性を理由として同様に家庭裁判所の検察官送致決定の拘束力を否定する見解と大きな違いはないと考えられる。結論として家庭裁判所による検察官送致決定の拘束力が否定されるのであれば、刑事裁判所は、検察官送致決定の前後を問わず、保護処分相当性に関する事実の有無とその評価を審理の対象とすることになるからである（加藤 2011：485)[58]。

この点は、裁判員が関与する裁判でも変わるところがない。反対に、少年に対する裁判員裁判が積極的に位置づけられうるとすれば、それは、職業裁判官が行った家庭裁判所の審判決定を、複数の一般人が実質的に再審査する機能を備える場合であろう。社会調査記録をはじめ、要保護性に関係する資料の使用方法もこの観点を交えて考える必要があり、実質的な再審査ができないような枠組みは許容できない[59]。

---

(58)　もっとも、論者が55条移送の意義として「判断の前提となる資料の違い」と「視点の違い」を強調していることを考えれば（植村 2010：367)、論者の立場は、家庭裁判所の検察官送致決定に拘束力を認めない一方で、保護処分相当性に関する事実の有無とその評価を刑事裁判所の審理の対象として認めないものなのかもしれない。この点にはなお不明確さが残っている。なお、この論者が、55条移送に不服申立ての機能を正面からは認めないことの真意は、これを認めた場合55条移送決定に対する検察官による不服申立てを認める論理的可能性が開かれることへの危惧にあるのかもしれない。しかし、大阪高決昭30・3・31家月7・8・92が指摘するように、現行法は旧少年法71条2項のような明文規定を欠いている。そうである以上、55条移送決定に対する検察官の不服申立ては認められない。保護処分に比して刑事処分が一般的・類型的に不利益である（最決平9・9・18刑集51・8・571）以上、明文なしに被告人に有利な方向での不服申立て機能を認めることはできても、その逆の事柄は許容できない。大阪高決が強調している現行法における保護処分優先主義の採用を、仮に20条2項該当事件について否定するとしても、この点に理論的影響は及ばない。

(59)　したがって、被告人側が実質的な不服申立てとして55条移送を求める一方で、それが認められない場合の量刑を主張することは、構造上やむをえないものであり、不当なものではない。他方、こうした観点を交えても、なお公開審理の問題は残ることになる。遮へい措置や期日外尋問など既存の制度で対処できない事態も十分に考えられる。憲法論をも踏まえた非公開審理の可能性については、笹倉 2009；葛野 2010aを参照。

6　むすびにかえて

本稿では、2000年改正において導入された20条２項の規定をめぐる問題について検討した。本稿は、今日なおこの条項を「原則逆送」と理解することは正当性を失っており、却って現在みられる問題を増幅させる危険性があることを確認した上で、これを要保護性調査拡充のための法規範と読むべきことを主張した。また、刑事裁判所に対する、家庭裁判所による検察官送致決定の拘束力は否定されるべきことを確認した。

国連子どもの権利委員会勧告にみられるように、この条項に対しては、国際的にも厳しい眼差しが向けられている。立法論としては、この規定の早急な削除が検討される必要がある。少年法上の規定としてこの条項をなお維持し続けるとしても、「原則逆送」との理解を保持することは困難である。

本稿では、この問題と密接に関連する、少年に対する裁判、とりわけ裁判員による裁判のあり方について十分に踏み込んだ検討を行うことができなかった。また、検察官送致制度に関する法的・政策的議論は、要保護性論をはじめとする実体上・手続上の基礎理論と密接に関連しており、それを踏まえた検討が不可欠である。これらの残された課題の検討については、他日を期したい。[60]

【付記】
石田正治先生と上田國廣先生には、これまで常に温かいご指導を頂いてきた。殊に上田國廣先生には、実務上の問題を直視した上で、原理原則にまで遡って徹底して理論的に考え抜くことの大切さを、大学院生の時分よりご教授頂いてきた。賜ってきた学恩にお応えするには余りに拙いものではあるが、本稿は両先生に捧げられる。なお、本稿は、科学研究費補助金若手研究(B)「少年行刑法の研究――ドイツを比較対象として――」(課題番号：21730064)の助成を受けた研究の成果の一部である。

(60)　死刑適用が問題となる少年に対する裁判員裁判のあり方とその背景にある問題の構造については、特に本庄 2011；斉藤 2011：武内 2012を参照。

【参照文献】
相川　裕（2009）「裁判員裁判における社会記録の取扱いの問題点」季刊刑事弁護57号54-59頁
青木利樹＝飯野治彦＝上馬場靖＝星野明彦＝福永有紀＝木村純一（2009）「重大少年事件の調査と処遇――発達障害が疑われる少年を中心に」家裁調査官研究紀要10号1-34頁
井垣康弘（2000）「「裁判所の窓から」みる少年法の課題と改革――厳罰化方向への少年法改正に反対する」法学セミナー551号59-62頁
石毛　博（2002a）「「原則逆送」への鑑別の立場からの対応」犯罪心理学研究40巻特別号242-243頁
――――（2002b）「非行問題の変質と鑑別の対応」刑政113巻6号16-23頁
――――（2004）「鑑別の意義と役割」犬塚石夫編『矯正心理学――犯罪・非行からの回復を目指す心理学――下巻実践編』（東京法令出版）45-63頁
――――（2010）『青少年犯罪の意味探究――心理学的査定による更生支援のために――』（星雲社）
植村立郎（2010）『少年事件の実務と法理――実務「現代」刑事法』（判例タイムズ社）
大野邦清＝木村万一＝菊岡直市＝土居茂利＝藤村馨＝溝渕靖＝脇定義（1979）「少年保護事件記録の開示について」『書協論集家事・少年編』320-365頁
大森政輔（1977）「少年の権利保障強化のための手続改善について」家庭裁判月報29巻9号1-44頁
岡本英生（2005）「少年法改正が実務に及ぼす影響と課題――観護措置・資質鑑別――」斉藤豊治＝守屋克彦編『少年法の課題と展望第1巻』（成文堂）209-221頁
小川正明＝川口宰護＝下坂節男＝古田孝夫＝前田雅英＝安永健次＝野田愛子（2002）「座談会改正少年法下での実務の問題とその解決」判例タイムズ1089号4-24頁
角田正紀（2006）「少年刑事事件を巡る諸問題」家庭裁判月報58巻6号1-44頁
葛野尋之（2002）「少年法における検察官送致決定の意義――家庭裁判所の説明責任――」立命館法学283号1-47頁
――――（2003）『少年司法の再構築』（日本評論社）
――――（2010a）「少年の刑事裁判と公開原則」刑事法ジャーナル21号34-39頁
――――（2010b）「少年事件の処遇決定と裁判員裁判」澤登俊雄＝高内寿夫編『少年法の理念』170-187頁
家庭裁判所調査官研修所（2001）『重大少年事件の実証的研究』（司法協会）
加藤　学（2010）「終局決定（1）――検察官送致決定」廣瀬健二編『少年事件重要判決50選』（立花書房）189-208頁
――――（2011）「保護処分相当性と社会記録の取扱い――家裁移送が争われる事案を念頭に――」「植村立郎判事退官記念論文集」編集委員会編『植村立郎判事退官記念論文集現代刑事法の諸問題第1巻第1編理論編・少年法編』473-494頁
川口宰護（2003）「少年法改正後の刑事裁判の対応」法の支配131号26-38頁
川出敏裕（2001）「逆送規定の改正」現代刑事法3巻4号54-60頁
――――（2005）「処分の見直しと少年審判」斉藤豊治＝守屋克彦編『少年法の課題と展望第1巻』（成文堂）160-182頁
――――（2008）「非行少年の発見過程――入門講義少年法第2回――」法学教室333号90-101頁
――――（2009）「終局決定（1）――入門講義少年法第12回――」法学教室348号80-92頁
――――（2010）「少年の刑事裁判――入門講義少年法第17回――」法学教室353号106-118頁
川村百合（2009）「55条移送が争点となる場合の立証上の問題点」季刊刑事弁護57号64-69頁
北村　和（2004）「検察官送致決定を巡る諸問題」家庭裁判月報56巻7号49-114頁
最高裁判所（2011）「平成20年改正少年法の運用の概況（平成20年12月15日から平成22年12月31日）」［http://www.courts.go.jp/about/siryo/syonen_h20_02.html］
斉藤豊治（2003a）「少年審判と刑事裁判の関係――反論」法学セミナー582号101頁
――――（2003b）「少年法の運用に関する所見」現代刑事法5巻8号60-66頁
――――（2006）『少年法研究2――少年法改正の検討』（成文堂）
――――（2011）「裁判員裁判と少年の死刑判決」浅田和茂＝石塚伸一＝葛野尋之＝後藤昭＝福島至編『人権の刑事法学 村井敏邦先生古稀記念論文集』（日本評論社）797-833頁
裁判所職員総合研修所（2006）『重大触法事件の実証的研究――11歳から13歳までの少年による殺人、放火を中心として――』（平成17年度家裁調査官実務研究）
佐伯仁志＝酒巻匡＝村瀬均＝河本雅也＝三村三緒＝駒田秀和（2009）『難解な法律概念と裁判員裁判』法曹会（＝難解な法律概念と裁判員裁判）
笹倉香奈（2009）「裁判員裁判と少年のプライバシー・情操保護――刑事裁判の公開原則の問題性を中心に」季刊刑事弁護57号49-53頁
佐藤玉紀＝吉村雅世＝森山利昭＝宮松美貴＝渡辺智晃（2005）「原則逆送制度対象少年の鑑別の在り方――事例の検討を通して――」九州矯正59巻1号242-251頁
佐藤博史（1999）「わが国の少年審判に参審制の導入を」自由と正義49巻12号14-23頁
佐藤博史＝竹田真（2005）「重大少年事件と裁判員制度」現代刑事法7巻1号87-94頁
澤登俊雄（2001）少年法入門［第2版］（有斐閣）

――――（2011）『少年法入門［第５版］（有斐閣）
澤登俊雄＝谷　誠＝兼頭吉市＝中原尚一＝関　力（1968）『展望少年法――非行少年の発見から処遇まで――』（敬文堂）
下坂節男（2002）「20条２項事件の調査事務上の諸問題」犯罪心理学研究40巻特別号240-241頁
――――（2005）「原則逆送と社会調査」斉藤豊治＝守屋克彦編『少年法の課題と展望第１巻』（成文堂）222-229頁
勝田和彦ほか（2010）「重大少年事件の実証的研究――非行のメカニズムの解明と再発防止に向けた手掛かり――」総研所報７号134-136頁
少年実務研究会家裁調査官研修部（2008）「原則検察官送致事件の少年調査票の記載の在り方（平成19年度少年実務研究会）」総研所報５号80-85頁
少年調査実務研究会（2004）「少年法20条２項該当事件の処遇選択における留意点（平成15年度少年調査実務研究会結果要旨）」総研所報１号77-84頁
末永　清＝浅野千晶＝原島　實＝田島秀紀（2002）「被害者の生命を奪う罪を犯した少年に関する研究」中央研究所紀要12号169-221頁
園部典生＝近藤日出夫＝出口保行＝大塲玲子＝小島まな美＝中村統吾＝小國万里子＝清水大輔＝橋本俊介（2006）「重大事犯少年の実態と処遇」法務総合研究所研究部報告31号
武内謙治（2004）「少年司法の現状と課題――「改正」少年法に関する理論的検討――」刑法雑誌43巻３号466-481頁
――――（2007）「少年法と刑事手続」村井敏邦＝白取祐司＝川崎英明編『刑事司法改革と刑事訴訟法上巻』（日本評論社）335-370頁
――――（2010）「「原則逆送」は何をもたらしたのか――鑑別判定の数量的変化からみた少年司法運営の検証――」法政研究76巻４号980-940［F1-41］頁
――――（2011）「戦前期における附添人論（1）――「少年保護」における公正さと社会性――」法政研究78巻２号302-253［F45-94］頁
――――（2012）「少年に対する裁判員裁判――死刑事件を契機として――」季刊刑事弁護69号
田宮　裕＝廣瀬健二編（2009）『注釈少年法［第３版］』（有斐閣）
団藤重光＝森田宗一（1984）『新版少年法〔第２版〕』（有斐閣）
津富　宏（2002）「厳罰化の時代に」国際関係・比較文化研究１巻１号13-39頁
十倉利廣（2002）「少年受刑者処遇の現状と課題」犯罪心理学研究40巻特別号244-245頁
豊田建夫（1986）「道路交通事件において罰金を見込んでなされる検察官送致について」家庭裁判月報38巻７号1-60頁
長岡哲次＝入江　猛＝溝國禎久＝大森直子（2006）『改正少年法の運用に関する研究』法曹会（＝改正少年法の運用に関する研究）
仲家暢彦（1998）「若年被告人の刑事裁判における量刑手続――少年調査記録の取扱いを中心として――」原田國男＝川上拓一＝中谷雄二郎編『刑事裁判の理論と実務――中山善房判事退官記念――』（成文堂）329-350頁
名古屋家庭裁判所岡崎支部（2005）「原則検送を考える――保護処分の許容性についてのディベート――」ケース研究285号133-156頁
日本弁護士連合会（2002）『検証少年犯罪』（日本評論社）
――――――――（2009）「少年審判における社会調査のあり方に関する意見書」［http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/090511.pdf］
服部　朗（2006）『少年法における司法福祉の展開』（成文堂）
廣瀬健二（2003）「少年審判と刑事裁判の関係」法学セミナー582号97-100頁
本庄　武（2002）「刑罰の積極的一般予防効果に関する心理学的検討」法と心理２巻１号76-91頁
――――（2005）「少年法は厳罰主義を採用したと解すべきか――法解釈論への招待を兼ねて――」一橋論叢133巻４号96-118頁
――――（2006）「逆送決定の基準論（「司法研修所編・改正少年法の運用に関する研究」の批判的検討）」立命館法学348-362号327-420頁
――――（2008）「少年の刑事裁判における処分選択の原理――保護不適概念を前提に――」龍谷大学矯正・保護研究センター研究年報５号191-208頁
――――（2011）「少年事件での死刑判決――石巻事件における裁判員裁判」法学セミナー678号38-41頁
正木祐史（2004）「20条２項逆送について」刑法雑誌44巻１号10-19頁
――――（2006）「20条２項送致の要件と手続」葛野尋之編『少年司法改革の検証と展望』（日本評論社）23-48頁
――――（2009）「逆送裁判員裁判における55条移送「保護処分相当性」の提示」季刊刑事弁護57号75-80頁
丸山雅夫（2010）『少年法講義』（成文堂）
三島　聡（2004）『刑事法への招待』（現代人文社）

宮澤節生 (1991)「法の抑止力」木下冨雄＝棚瀬孝雄編『応用心理学講座 5 法の行動科学』(福村出版) 284-307頁
武藤　暁 (2009)「少年法55条の保護処分相当性について『難解な法律概念と裁判員裁判』の問題点」季刊刑事弁護60号100-103頁
村井敏邦 (1996)『刑事訴訟法』(日本評論社)
村中貴之 (2009)「55条移送が争点となる場合の主張上の問題点」季刊刑事弁護57号60-63頁
村山　裕 (2009)「少年逆送事件の問題」法律時報81巻 1 号33-38頁
守屋克彦 (2001)「少年法の改正と運用上の課題」法律時報73巻 4 号42-49頁
八木正一 (2010)「裁判員裁判における少年法55条による移送の主張について」原田國男判事退官記念論文集刊行会編『新しい時代の刑事裁判原田國男判事退官記念論文集』(判例タイムズ社) 329-338頁
山嵜和信 (2007)「最近の少年事件の実情と課題」法の支配146号75-85頁
山﨑朋亮 (2002)「改正少年法の実務上の諸問題――少年法20条 2 項事件処理上の留意点――」調研紀要74号40-48頁
横田信之 (1993)「刑事裁判における少年調査記録の取扱いについて」家庭裁判月報45巻11号1-44頁
山口裕之(2006)「少年法20条による検察官送致決定に対する特別抗告の許否」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成17年度』(法曹会) 317-324頁
吉岡一男 (1998)「正義感情の考慮――いわゆる「嶋中事件」」田宮裕編『少年法判例百選』(有斐閣) 126-127頁
『少年事件Beginners』(2011) 現代人文社 (＝少年事件Beginners)