

少年手続における「教育思想」と「法治国家原則」 ：ドイツ少年刑法における『内的改革』の展開

武内，謙治
九州大学大学院法学研究科博士後期課程

<https://doi.org/10.15017/4044>

出版情報：九大法学．76，pp.45-150，1998-09-27．九大法学会
バージョン：
権利関係：



九大法学 第七六号 抜刷
一九九八年九月二七日 発行

少年手続における「教育思想」と「法治国家原則」

——ドイツ少年刑法における「内的改革」の展開——

武内謙治

少年手続における「教育思想」と「法治国家原則」

——ドイツ少年刑法における「内的改革」の展開——

武 内 謙 治

序

第一章 少年葛藤法と内的改革——一九六〇年代の改革動向——

第一節 少年葛藤法構想と少年刑法の内的改革

第二節 少年葛藤法の影響と統一少年法構想の挫折

第二章 実務による少年刑法改革——一九七〇年代からの改革動向——

第一節 改革の基調と特徴

第二節 少年刑法の限界

第三章 教育思想と法治国家原則

第一節 「教育思想」批判

第二節 少年刑事手続における「教育」と「法治国家原則」

第四章 立法による少年刑法改革——新しい「少年刑法」——

第一節 少年裁判所法第一次改正法

第二節 ドイツ少年裁判所・少年審判補助連合（DVJJ）の立法提案

第三節 労働者福祉協会（AWO）の立法提案

むすびにかえて

序

制定五〇年を迎えた現行少年法の目的は、その第一条に謳われているように、「少年の健全育成」であり、その指導理念は、「少年保護思想」である。終戦後アメリカの強い影響を受け立法された現行少年法は、少年の人格の尊厳を認めることを前提としたケース・ワーク理論を骨子とする「少年保護思想」という価値を内在化させることにより、天皇国家的法秩序の観点からなされる少年の教化、育成という国家優位の「少年保護」思想を否定し、科学的福祉主義をうち立てた。^①

ところが、近時、わが国の少年司法をめぐるのは、少年保護手続における「適正な事実認定」のあり方が大きな問題とされ、それに伴い少年法の理念も動揺を見せている。現在主に裁判所側から提唱されている少年法改正案は、①少年審判への検察官の関与、②観護措置期間（事実認定のための身柄拘束期間）の長期化、③合議制の導入、④検察官に非行事実なし不処分決定に対する抗告権を付与することを大きな柱とする。^② このような中で、「一人三役」限界論に立脚する裁判官と少年の手続的権利保障を唱える附添人弁護士とが部分的に共鳴を見せ、少年審判への検察官関与という点において一致に至っていることが、今次の改正議論に特徴的である。^③ 一方では、現行法が採る職権主義的審判構造では、審判官が裁判官の役割のみならず、少年の弁護人の役割、時には検察官の役割まで担わざるをえず、それには「適正な事実認定」という観点において限界があると主張され、他方では、審判開始決定時においてすでに非行事実ありの蓋然的心証をもつことが前提となる現行手続では、無罪推定原則が完全に保障されえず、また対審構造を採っていないために伝聞法則も保障できないとされるのである。

このような近時の少年法改正論議は、必然性をもった流れの中で出現したといえる。それは弁護士による附添人活動が活発化したことの論理的帰結として、家庭裁判所の中立的な判断を確保するために反対当事者である検察官の立会が必要となる、という意味での必然性ではない。ふたつの一九八三年最高裁判所決定以降、一九九〇年最高裁判所決定^⑥を経由して現在に至るまで、少年司法政策がいわゆる積極的実体的真実主義への傾斜とケース・ワークの後退という方向に向かったという文脈における必然性である。「少年保護事件における非行事実の認定にあたっては、少年の人権に対する手続上の配慮を欠かせないのであって、非行事実の認定に関する証拠調べの範囲、限度、方法の決定も、家庭裁判所の完全な自由裁量に属するものではなく、少年法及び少年審判規則は、これを家庭裁判所の合理的な裁量に委ねた趣旨と解すべきである」と判示したいわゆる流山事件最高裁決定の「合理的裁量」論は、家庭裁判所による職権証拠調べ義務の強調へと転換された。また、「少年に対してその人権の保障を考え納得の行くような手続をふんでやることによって、はじめて保護処分が少年に対して所期の改善効果を挙げることができる」として、適正手続保障を通してこそはじめて「少年の健全育成」を達することができることを示唆した同決定団藤補足意見の論理は、「少年の健全な育成」のためにこそ真実の発見が必要であるという「必保護主義」論へと転換された^⑦。このような動きが見られる一方で、一九八四年末には、最高裁判所事務総局により「少年事件処理要領モデル試案」が公にされた。各家庭裁判所がそれに基づき処理要領を作成し、事務処理を行うべきものとされるモデル試案は、「事件の適正かつ迅速な処理」と「同質事件の同質処理」を基本原則として示し、少年事件の迅速な処理と画一的な取扱いを求めた^⑧。

このような転換の下地となる論理自体は、すでに一九七〇年代おわりにおいて準備されていたといえる。家庭裁判所の「司法的機能」論と「ケースワーク機能」論が、その論理である。当時東京家庭裁判所長であった矢口洪一

は、「少年事件においても、司法機関として、非行事実の有無を認定することは当然であり、また、処分を決めるに当たつて、少年の健全育成を目的としながらも、社会、公共の安全と無関係ではありえない」とする一方で、ケース・ワーク機能を「司法的機能の準備的役割を担い、司法的機能と密接不可分の関係に立ち、したがつて家庭裁判所における司法的機能から離れて独立に存在するものではない」と位置づけた。⁹「少年の健全な育成」と対立させられた「社会、公共の安全」をも考慮する「司法的機能」論にしたがえば、家庭裁判所審判官が檢察官の役割をも果たさなければならないという「一人二役」論に至るのは必然であり、また「ケースワーク機能」がそのような「司法的機能」の「準備的役割」を担い、それに従属するという理論にしたがえば、積極的実体的真実主義への傾斜とケース・ワークの後退との連動、同時進行は、むしろ当然のことであつたといえる。¹⁰

「適正な事実認定」論を梃子とした少年司法の転換は、少年司法の単なる「刑事司法化」を意味するにとどまらない。十余年前、わが国の刑事裁判は「かなり絶望的」¹¹とまで診断された。その診断根拠となつた捜査の肥大化・細密化・糾問化、書証への依拠による公判の形骸化という「警察・檢察司法」の構図が現在なおも妥当し、逆にそれが強化されているとすれば、手続構造的な成人制度への安易な接近は、そこでの矛盾をも容易に取り込むことを意味する。問題の核心にある捜査手続を放置し、手続構造についても少年の特性を度外視するのであれば、二重の誤りを犯すことになり、現在少年司法が抱える矛盾がさらに拡大することになる。¹²

このように、今次の少年法改正論議においても、技術的問題に止まらず、まさに少年法の理念が問われているといえる。少年を対象とする手続においては、誰が中心的な存在とされるべきなのか。成人と径庭のない手続は、少年にふさわしいのか。少年に対し「適正手続」を保障する場合、少年にふさわしく実質化する必要があるのではないか。「適正手続」を実質的に保障しようとするほど、少年に対する援助的要素は強く考慮されなければなら

ないのではないか。「少年の健全育成」、「少年保護思想」と「適正手続保障」の実質、そしてそれら相互の關係が改めて問い直されているといえよう。

本稿は、少年に刑法的統制を及ぼすことの限界性を確認するとともに、少年司法制度の指導理念のあり方と少年手続のあり方、なかんずく少年手続における自由権的權利保障のあり方につき考察することを目的とし、そのための検討対象を、一九六〇年代半ばからのドイツ少年司法をめぐる議論に設定する。刑法、刑事訴訟法の特別法的色彩が強いとされる少年裁判所法を中心とした制度枠組をもち、一般に「少年刑法 (Jugendstrafrecht)」と称されるドイツ少年司法が、一九六〇年代半ばからとった方向性は、少年「刑法」からの脱却であり、刑法的性格からの脱却である。そのような少年「刑法」からの脱却の過程と、「少年刑法」、「少年刑事手続」の実質的な変容、そして「法治国家原則」と少年刑法の指導理念とされる「教育思想」との關係をめぐる議論を確認することは、わが国の少年司法制度が進むべき道を考える上でも、少年に対する自由権的權利保障のあり方を考える上でも、大きな示唆を与えるものと思われるからである。

本稿では、まず、「教育思想」と「法治国家原則」との關係に焦点を当てながら、一九六〇年代半ばからのいわゆる「少年葛藤法」構想とその影響を概観した後、一九七〇年代おわりから生起する「実務による少年刑法改革」の動きを検討する。ここでは「少年刑法」の基本的な方向性を把握するなかで、その動きの中核となったダイヴァージョンを著しく拡大させようとする動きが見られることを指摘し、「少年刑法」、「少年刑事手続」の問題性をいわばその裏面から照射する。次いで、「実務による少年刑法改革」を契機として生じた少年司法制度の指導理念をめぐる議論と「少年刑法」、「少年刑事手続」の捉え方の変化を検討する。ここでは、その検討を通じて、少年にふさわしい手続と少年にふさわしい「法治国家的保障」のあり方を考察する。そして最後に、立法的動向と近時の有力な立

法提案を取り上げ、特に指導理念と全体的基調、手続のあり方に着目しながら、新しい「少年刑法」の方向性を確認することにした¹⁵⁾。

これらの検討を通して、ドイツにおいて捉え直された新しい「少年刑法」像を把握し、少年を対象とした手続は少年自身を中心とした、少年にふさわしいものでなければならず、少年に対し手続的自由権を実質的に保障しようとすればするほど、援助的要素が不可欠なものとなることを確認したい。

- (1) 守屋克彦「少年の非行と教育」勤草書房（一九七七）一五二頁以下を特に参照。アメリカ少年司法がわが国の立法や議論に与えた影響については、法務省刑事局「少年法及び少年院法の制定関係資料集」少年法改正資料第一号（一九七〇）、松尾浩也「アメリカ合衆国における少年裁判所運動の発展」家庭裁判月報二六卷六号（一九七四）一頁以下を特に参照。
- (2) 浜井一夫・廣瀬健二・波床昌則・河原俊也「少年事件の処理に関する実務上の諸問題」法曹会（一九九七）を特に参照。
- (3) 近時の少年法改正論議の内容、その前提となる問題、全般的な議論状況については、特に以下の文献を参照。澤登俊雄「少年審判は揺れている？」ジュリスト一〇五七号（一九九四）八頁、八木正一「少年法改革への提言」判例タイムズ八八四号（一九九五）三五頁以下、猪瀬慎一郎「少年審判制度の現状と展望」ジュリスト一〇八七号（一九九六）三六頁以下、川崎英明「少年司法の改革課題と改革論議のあり方」季刊刑事弁護七号（一九九六）七〇頁以下、村井敏邦「少年手続をめぐる現今の議論状況」國士館法学二八号（一九九六）三九三頁以下、守屋克彦「少年審判における事実認定手続の改正について（上）（下）」判例時報一五八〇号（一九九六）一三頁以下、一五八一号（一九九六）一六頁以下（守屋克彦「現代の非行と少年審判」勤草書房（一九九八）二九五頁以下に所収）、前野育三「少年司法の現状と改革への提言」中山研一先生古稀祝賀論文集 第五卷 刑法の展開」成文堂（一九九七）一八一頁以下、同「少年法の理念・現状・課題」佐伯千仞先生寿祝賀論文集 新・生きていく刑事訴訟法」成文堂（一九九七）三〇一頁以下、荒木伸怡編著「非行事実の認定」弘文堂（一九九七）、川崎英明「少年法と適正手続」法学セミナー五一七号（一九九八）四六頁以下。二人三役」論の問題性については、出口治男「非行事実審理の在り方について」犯罪と非行一〇九号（一九九六）三八頁以下（荒木伸怡編著・前掲書一九九七・二七一頁以下）を特に参照。

近時の少年法改正にかかわる日本弁護士連合会、最高裁判所、法務省の提案ならびに態度に關しては、土井政和「事実認定をめぐる少年法改正…対審化論の検討」法律時報七〇巻八号（一九九八）六頁以下を参照。

- (4) 佐伯仁志「少年法制」ジュリスト一〇七三三三（一九九五）一八九頁以下は、「弁護士少年審判手続への積極的関与は、少年審判手続の対審化につながざるを得ないように思われる」とした上で、「弁護士が積極的に事実を争えば、少年に有利であれ不利であれ裁判所の職権証拠調べが積極化することは必然である。裁判所に単なる中立的判断者としての立場を期待するのであれば、非行事実認定過程を検察官を関与させた当事者主義的構造に変えざるを得なくなってくるであろう」と述べている。

- なお、田宮裕「少年保護事件と適正手続」田宮裕編「少年法判例百選」有斐閣（一九九八）七頁も参照。

- (5) 「柏の少女殺し事件」に關する最高裁判所昭和五八年一〇月二六日第一小法廷決定（刑集三七巻八号一二六〇頁）というふたつの一九八三年最高裁判所決定以降に見られる少年司法実務の積極的実体的真実主義への傾斜に關しては、齊藤豊治「少年司法と適正手続」法律時報六七巻七号（一九九五）六頁以下（齊藤豊治「少年法研究Ⅰ 適正手続と誤判救済」成文堂（一九九七）三頁以下に所収）、川崎英明「補充捜査」法律時報六七巻七号（一九九五）一八頁以下、葛野尋之「少年審判の事実認定における司法と福祉」日本の科学者三一巻五号（一九九六）三八頁を参照。

- (6) 「早良事件」に關する最高裁判所平成二年一〇月二四日第一小法廷決定（刑集四四巻七号六三九頁）は、いわゆるなお書きにおいて、補充捜査を認めるに至った。補充捜査の問題性については、葛野尋之「研究者から見た補充捜査」法律時報六三巻一二号（一九九一）三八頁以下、須納瀬学「弁護士から見た補充捜査」法律時報六三巻一二号（一九九一）四三頁以下、川崎英明・前掲論文一九九五註（5）を参照。少年法の「保護主義」からその問題性を指摘するものとして、服部朗「少年司法改革の動向と課題」法律時報六九巻八号（一九九七）三四頁以下を参照。「座談会」少年法と審判手続」ジュリスト一〇八七号（一九九六）三〇頁以下も参照。なお、最高裁判所平成一〇年四月二日第三小法廷決定（判例タイムズ九七三三三）（一九九八）一四八頁）も参照。

- (7) このような転換は、本決定直後から見ることができ。昭和五九年度の「家庭裁判所事件の概況―少年事件―」家庭裁判月報三六巻三三三（一九八四）八四頁以下は、本決定に触れ、「いずれにしても、今後は、少年審判においても、こと非行事実の存否の認定に關しては、基本的な適正手続の要請を満たしつつ公正な立場で実体的真実を発見するという司法的機能の意義が、

一層重視されることになろう」と述べる。その上で、非行事実の存在に向けての職権証拠調べの限界の問題が「この関係で付言する必要があると思われる」と述べ、次のように主張している。「非行事実の認定については司法的機能が支配する以上、家庭裁判所は、基本的には、少年に有利な方向か不利な方向かを問わず、できる限り真実の発見に努めるべきであると思われる。しかも、このようにして非行事実の存否が確定されて初めて、少年の健全育成という少年審判の窮極的な目的も達成することが可能となろう。もとより、家庭裁判所は司法機関であるから、公正な判断者たるべきであり、たとい真実発見の必要があるとしても、自ら非行事実の存否に関する資料を探索し渉猟するようなことは、適当ではないが、必要な証拠調べを行わないまま安易に「非行なし」の審判をするのは、司法的機能の要請にこたえるものではなく、また、少年に対する教育という面においても、好ましい結果をもたらすものではないであろう。」なお、団藤重光「少年法改正の基本問題」判例時報六一七号（一九七二）三頁以下、同「少年法施行満三十五年にあたって」ケース研究二〇〇号（一九八四）一頁、同「わが心の旅路」有斐閣（一九八六）一七六頁以下、木谷明・家令和典「証拠調べの範囲・限度・方法―流山事件」田宮裕編「少年法判例百選」有斐閣（一九九八）九五頁も参照。

(8) 「少年事件処理要領モデル試案」の問題性については、日本弁護士連合会「少年事件処理要領モデル試案に関する意見」自由と正義三七巻五号（一九八六）一一〇頁以下、澤登俊雄「少年事件処理要領の問題点」法学セミナー三九九号（一九八八）一八頁以下を参照。なお、近時の少年非行をめぐるより大きな「司法」と「福祉」の二極分化傾向に関しては、服部朗「少年非行をめぐる司法と福祉の二極分化」立教法学四九号（一九九八）二〇八頁以下を参照。

(9) 矢口洪一「家庭裁判所の三十周年を迎えて」家庭裁判月報三二巻九号（一九七九）五頁以下。そこでは、事件処理における広範な裁量権の行使を前提とする家庭裁判所の各裁判官による著しい個人差の弊害を避け、処理の適正と衡平を期する趣旨から、「性質の許す限り、必要の高いものについて、運用のモデル基準を作成することが考慮されてしかるべきである」とも指摘されている。

(10) ここでの「司法的機能」の意味と問題点に関しては、東京弁護士会少年事件部「少年保護事件における職権証拠調べ」法律実務研究二号（一九八七）一〇五頁以下（津田玄児編著「子どもの人権新時代」日本評論社（一九九三）一一七頁以下に所収）、佐々木光明「少年審判における司法的機能の実相」法律時報六三巻二二号（一九九二）二八頁以下を参照。

(11) 平野龍一「現行刑事訴訟の診断」団藤重光博士古稀祝賀論文集 第四巻「有斐閣（一九八五）四〇七頁以下。

(12) 三井誠「戦後刑事手続の軌跡」『岩波講座現代の法5 現代社会と司法システム』岩波書店（一九九七）八九頁以下を特に参照。

(13) 例えば、現在の少年司法実務において最も問題とされている補充捜査も、論理的には、少年審判廷に検察官が立ち会うことにより、それ自体は原則化することになる。逆に、少年審判を対審化することにより伝聞法則の適用ができ、補充捜査により獲得された証拠を実質的に排除することができ、という考えもあるが、補充捜査の問題性は、そもそもの捜査方法や証拠獲得手段のあり方とそれに対する司法的統制のあり方という文脈からも捉えられるべきものであり、伝聞証拠の問題に還元できない問題を多く含んでいる。このことは、綾瀬事件や調布事件などの現実の具体的事件が教えるところである。

(14) ドイツ少年司法の比較法的特徴については、澤登俊雄編著「世界諸国の少年法制」成文堂（一九九四）、澤登俊雄・斉藤豊治編著「少年司法と適正手続」成文堂（一九九八）を参照。ドイツにおける少年審判廷の見取図については、廣瀬健二「海外少年司法制度」家庭裁判月報四八巻一〇号（一九九六）五〇頁以下、五九頁以下を参照。なお、フリードリッヒ・シャフシュタイン、吉川経夫（訳）「ドイツ少年刑法」法務資料第三七一号（一九六〇）、土井政和「ドイツの少年司法」季刊刑事弁護八号（一九九六）一一一頁以下も参照。

(15) ドイツ少年司法におけるダイヴァージョンは、一九七〇年代おわりからの「実務による少年刑法改革」の核となり、また「教育思想」や「法治国家原則」の捉え直しの遠因、近因ともなった。しかし、本稿においても必要な範囲で触れるように、ダイヴァージョンそれ自体にまったく問題がなかったわけではない。むしろ介入的な措置を前提とした検察段階の手続打ち切りを中心としてダイヴァージョンが展開したことや部分的な自白要件の存在といった制度的問題など、ダイヴァージョンそれ自体において「教育思想」と「法治国家原則」との関係が問題とされた側面も少なくない。ドイツ「少年刑法」におけるダイヴァージョンの意義と具体的な問題点との検討に関しては、別稿に譲りたい。なお、一九八〇年代のドイツにおける社会的背景とのかかわりでダイヴァージョンと社会内処分の展開を検討するものとして、宮澤浩一「若年者人口の変動と青少年保護政策の対応」家庭裁判月報四〇巻五号（一九八八）一頁以下を参照。少年警察活動に焦点を当て、ドイツ少年司法におけるダイヴァージョンをめぐる議論を検討するものとして、土井政和「ドイツにおける少年警察をめぐる最近の動向」『中山研一先生古稀祝賀論文集 第五巻 刑法の展開』成文堂（一九九七）二二三頁以下を参照。

第一章 少年葛藤法と内的改革——一九六〇年代の改革動向——

第一節 少年葛藤法構想と少年刑法の内的改革

——一九六〇年代半ばから一九七〇年代半ばにかけて、ドイツ少年刑法をめぐる議論は、少年刑法と少年福祉法とを統合するといういわゆる統一少年法構想により、席巻される。このような大規模な立法的改革論議に先鞭をつけたのは、Karl Petersの議論である。K. Petersが、一九六五年、Münsterで開催された第一三回ドイツ少年裁判所会議における講演で明らかにした「少年葛藤法 (Jugendkonfliktrecht)」構想は、少年を「刑法」という制度的枠組において取り扱うことの適性を正面から問うものであった。⁽¹⁶⁾ ここではまず、K. Petersの「少年葛藤法」構想をその手続的側面に焦点を当てながら検討した上で、K. Petersが「少年葛藤法構想」と同時に示した「少年刑法の内的改革」という構想を確認しよう。

「少年葛藤法」構想は、大きくは二つの事項を前提理解とする。ひとつは、少年期の理解、「犯罪」の理解にかかわる。⁽¹⁷⁾ K. Petersによれば、少年とは単なる成人への移行状態ではなく、それ自体が固有な人間の年齢段階を意味しており、人間の発達過程の中で考慮を必要とする特殊性をもった過程である。他方で、「犯罪」とは、社会的無関心あるいは反社会的態度に基づく社会倫理的な基本的規範に対する違反であり、社会に対する理解と社会的な拘束性を前提としている。「犯罪」は、行為者に「社会的成熟性」を要求する。社会的秩序、法的秩序に習熟している場合にのみ、そしてその限りにおいてのみ、「犯罪」や「犯罪行為」が語られるべきである。しかし若年者は、思春期

の精神的・肉体的・社会環境的な不安定性の中に置かれており、そのような状況の下で社会的・法的情操、社会的・法的態度を身につけなければならない。若年者が社会的・法的秩序へ習熟する過程において多くの葛藤を引き起こすことは避け難い。独立・固定・責任の生活段階、すなわち大人の世界から取り出されたレッテルを、このような成熟過程における「葛藤現象」に貼ってはならない。

もうひとつの前提理解は、当時妥当していた一九五三年少年裁判所法の歴史的位づけにかかわる。⁽¹⁸⁾ K. Petersによれば、一九二二年、一九二三年というほぼ同時期に少年福祉法と少年裁判所法とがつくられたことは、少年法の基本秩序を形成している少年福祉法を少年裁判所法のよりどころとすること、二つの法律をひとつの精神の統一的な果実とみなすことを示唆していたはずであった。しかし一九二三年法により先鞭をつけられたはずの刑法典や刑罰思想から少年裁判所法を解放する過程は、以後停滞してしまった。第二次大戦後、人格の自由な発展を目的とする権利を規定した基本法第二条は、少年福祉法第一条第一項とともに、新しい少年法の基礎となりえたはずであるが、一九五三年少年裁判所法の立法者は、一九四三年法の単なる「小改正」を決意することにより、少年福祉法からの独立と刑法への依存という基本的傾向を保持している。このようにして、K. Petersは、少年裁判所法の少年福祉法からの独立と刑法への依存という点において、一九五三年法を一九四三年法の延長線上に位置づけるのである。以上のような前提理解の上で、K. Petersは、「少年刑法」と称されるものは少年法の一部に過ぎない、刑事罰はそれの特徴づける独立した意義をもたない、と述べ次のようにいう。少年福祉法第一条と自己の人格を自由に発展させる権利を規定する基本法第二条とが「少年葛藤法」の基礎となる。「少年は肉体的、精神的及び社会的に有用な人間となるよう教育を受ける権利を有する」と規定する少年福祉法第一条によれば、すべての若年者は、未成年者である限り、身体的、精神的、社会的な能力を身につけるための教育を請求する権利を有する。また、基本法第二条

第一項は、何人にも―したがって若年者にも―年齢に応じた教育請求権と教育の義務を根拠づける人格の發展を要求する権利を与えている。少年福祉法第一条が社会的な義務を根拠づけたことが重要であり、教育を請求する権利が全少年法を貫いていることがさらに決定的である、と。このようにして、教育を要求する少年の権利とそれに対応する社会の側の義務とにより裏付けられる「教育思想」という統一原理により、少年福祉法と少年裁判所法とを統一化する「少年葛藤法」が構想されるのである。

K.Petersは、このような内実をもつ「教育思想」を一九五三年少年裁判所法の解釈指針とし、またそれに基づき管轄から手続、実体的処分、処遇環境に至る全少年制度の変革を前提とした立法構想の具体化を図る。少年にふさわしく犯罪構成要件の解釈を行うこと、成人、青年、少年による本質的に異なった現象を合計する「刑事統計」から少年の葛藤現象を除去し、教育現象として「少年統計」に記録すること、執行段階を教育的に改善し、その環境を整備することなどがこれに数えられる。そのなかでもここでは特に、少年裁判所法の刑事法的形式に対し非訟事件の後見裁判所的形式を優先させるべきである、という手続に関係する主張に目を向けよう。

なぜ、少年裁判所法が規定するような刑事法的形式の手続に対して非訟事件の後見裁判所的形式の手続が優先されなければならないのか。⁽²⁰⁾ K.Petersは、次のよう主張にする。「整然とした儀式的な形式をとまう公判手続が教育的な効果を有する、という時おり聞かれる主張に対しては、私は全く懐疑的である。」「私は基本的には、公判手続の形式は人を混乱させ、また抑圧的であり、そこにおいては真の人間相互間の対話が行われないがゆえに、特に教育的な雰囲気破壊されているという見解である。」「若年者は―成人であつてもしばしば―（刑事訴訟的な公判手続の形式においては―引用者）空間、形式および言語において、完全に未知の世界に立ち、そのなかで自分がいいたいこと、いう必要があることを自由にそして臆することなく話すことができないのである」⁽²¹⁾ K.Petersによれば、「教育」

は「人間に「押し付けられる」ものではなく、協働を促すことによって発議され提案されるもの」であり、自主性を要求する。「葛藤事件」において若年者にもたらされるべき援助は、若年者自身や近親者にそのようなものとして理解されるだけでなく、そのようなものとして納得して受容されなければならない。このことは信頼が喚起され確保されなければならないことを意味する⁽²²⁾、というのである。このような協働と信頼とを基礎とすべき少年葛藤事件の処理にとって、少年自身が疎外される形式的な「刑事手続」は、少年を対象とするのにふさわしくないものと位置づけられるのである。

このような主張は、「教育」的理由のほかに、同じ時期に遂行されていた再審研究の成果をも重要な後ろ楯とする⁽²³⁾。「そもそも外面的な手続形式は、法律家ではない者にとっては多くの場合無縁のものである。再審手続に関するチュービンゲン研究の訴訟資料が示しているように、これは成人にさえあてはまることなのである。若者についてはいうまでもないことである⁽²⁴⁾」と。成人にとってすら形式的な刑事訴訟手続は非日常的な空間であり、ましてや若年者はそこにおいて、「自分のいいたいこと、いう必要があることを自由に臆することなく話すことができない」というのである。ここでは、若年者が自分のいいたいことを自由に話すことができるといことが誤判防止につながる⁽²⁵⁾ことが、示唆されるのである。

以上に見たように、K.Petersは、「少年葛藤法」構想において、少年の自主性や協働、信頼を前提とする「教育的観点と誤判研究とを大きな後ろ楯として、検察官の立ち会わない非訟事件の後見裁判所的形式の手続が形式的な刑事訴訟手続に優先すべきことを説いた。それでは後見裁判所的形式の手続と法治国家原則とはどのような関係に立つのか。K.Petersは、少なくとも一九五三年少年裁判所法下における手続を説明する場面においては、「法治国家性の原則は、少年裁判手続においても妥当する。若年者は、手続において、主体的地位を有する」と説明するのみ

であり、後見裁判所の形式の手続との関係については、明言していない。しかし、K.Petersが、法治国家原則と後見裁判所の形式の手続とは矛盾しないと考えていたこと、あるいはさらに進んで、若年者が「自分のいいこと、いう必要があることを自由に臆することなく話す」ことができる後見裁判所の形式の手続を、若年者に対する実質的な法治国家的保障という観点から要請されるものとして位置づけていたことは、誤判研究の成果をその主張の重要な後ろ楯として、⁽²⁶⁾ ことからも明らかであろう。

二 ところで、K.Petersが一九六五年の講演において示したのは、「少年葛藤法」構想だけではなかった。教育思想の優位性に基づく少年司法改革を実現するための筋道をも、示したのである。K.Petersは、提案の実現にとつて、立法者への呼びかけは決定的なものではない、という。「むしろ決定的なのは、私が『内的改革(inner Reform)』と呼びたいことである。すなわち今日の法律的所与の中で、これを十分に生かしきることによって、そして特に精神の改革によって、それを新しく形成することを試みることである」と。⁽²⁷⁾

なぜ立法者への呼びかけは決定的なものとはなりえず、「内的改革」が必要となるのか。このような「内的改革」の必要性は、当時の経済的・財政的事情への配慮といういわば消極的理由から出たものとは考え難い。一九六五年段階のドイツにおいては、一時的な不況の兆しは見られたものの、一九五〇年に九八〇億マルクであったGNPは一九六四年には四一三〇億マルクにまで達しており、一九六四年には失業率〇・〇八%という完全雇用状態が実現されるに至っているからである。K.Peters自身が触れているように、そこで決定的であったのは、むしろより直截に、一九六二年に公にされ一六歳以上の者に対して予防監置などを構想していた刑法改正政府草案が示す方向性への危惧であり、Ludwig Erhardキリスト教民主同盟／キリスト教社会同盟・自由民主党連立政権下での立法者への懷疑であったといふべきであろう。K.Petersは、前提理解として先に示したとおり、一九五三年法を少年福祉法か

らの独立と刑法への依存という傾向の上にあるものと位置付けた上で、青年を少年裁判所法に含めるといふそれ自体は歓迎されるべき事柄が少年司法内での刑法的思考の強化をもたらしており、このような考えがいかに強く立法者の意識に浸透しているかは一九六二年刑法草案に明らかである、と指摘するのである。⁽²⁸⁾「まず第一にわれわれは、立法者に対して、われわれを基本的な教育という考えから遠ざけるような要求をしないように用心すべきである。

私は、一九六二年草案はこのような危険性を明瞭に示していると考ええる。われわれは、特に既存の諸方策や手段が十分に形を与えられ、かつ生かされない限りは、予防監置のような新しい制度を導入することに警戒すべきである」。⁽²⁹⁾「われわれが次のような問いの前に立っていることは、間違いない。すなわち、このような（一九六二年刑法改正政府草案に示されるような）引用者）傾向と妥協するつもりなのか、あるいはこのような傾向に抵抗するつもりなのか、他の構想を明らかにすること、すなわち實際上倫理的・社会的・生物学的な実状に応じた特に少年にふさわしい構想、少年福祉法と少年裁判所法との統一をつくりだし、同時に、人格の発展を保障する基本法の崇高な人間像（das hohe Menschenbild）とその委託とに應える構想を明らかにできるのかどうか、という問いである。法律に違反した若年者を、特に彼らが初めて法に触れたときに、われわれが真に援助できるかどうかは、これらのことにかかっている」。⁽³⁰⁾

第二節 少年葛藤法の影響と統一少年法構想の挫折

一 K. Petersによる「少年葛藤法」構想は、一九七〇年代半ばまでの議論に多大な影響を与えた。ここでは、その影響とそれへの批判を概観した上で、少年裁判所法と少年福祉法とを統一するという構想が立法的に挫折した背

景を確認する。

K. Peters による「少年葛藤法」構想は、すでに一九六四年において少年法改正に関する提案を公にしていた労働者福祉協会 (Arbeiterwohlfahrt Bundesverband e.V., AWO) に影響を与えた。一九七〇年には、同協会により「拡大された少年援助法に関する提案」^①が公にされることになる。同提案は、実体的側面においては、一八歳から二一歳までの若年者が重大な犯罪を犯した場合には例外的に少年刑を科しうるとしていたものの、一四歳以上一六歳未満の少年には少年援助を中心とした措置を、一六歳から二一歳までの若年者には新たに形成された教育援助、作業施設 (Werkhof) における教育を中心とした措置を構想した。また手続的には、専門家による調査が重視され、一方では法治国家的保障という刑事手続の長所、他方では柔軟性という後見裁判所手続の長所、双方を生かすという新たな手続が構想された。

一九七三年に連邦家庭・少年・健康省専門委員会により公にされた「少年福祉法のための討議案」は、このようなAWO提案を基にしたものである。しかしこの草案は、妥協的性格をもったこともあって、多方面から批判を浴びる。^②例えば、草案が、少年司法実務において少年の社会化が阻害されていることを指摘しながら、軽微犯罪と中程度の犯罪を少年援助の領域に取り込む一方で、結局、社会化の欠如が最も深刻であるはずの重大犯罪を刑法的措置に委ねたことは、極めて妥協的な性格をもつものである、と批判された。少年「犯罪者」を少年援助の領域に含めるという、そもその根本的な考えについても、少年援助の「刑事化」と少年局に対する信頼の失墜を招くとされた。また逆に、実体的な処分として刑事法的な抑圧的手段を放棄し、教育的措置のみにより対処を図ることでは足りないとも批判された。

このように、一九七三年討議案に対しては多くの批判が寄せられた。従来の刑事法的手続を後見裁判的な手続

に改めるという提案も、例外ではなかった。特に、「法治国家原則」を理由として、次のように批判されたのである。⁽³⁾ すなわち、少なくとも重大な犯罪の容疑があり、草案にあるような教育援助が若年者の権利や教育権者の権利への重大な侵害を含むような場合、若年者は、あらゆる法治国家的な保障を備えた手続を要求する権利をもつ。しかしこのような手続は、非訟事件手続法により後見裁判官が行う形式性のない手続では不可能であり、少年裁判所法や刑事訴訟法による形式的な手続によつてのみ可能である。少なくとも犯罪行為が司法的介入の契機となる場合には、後見裁判官が行う手続においては、特に当事者である少年を聴聞する義務などによつて法治国家的保障をより強めたとしても、法治国家的保障が十分なものとはいえない、と。このようにして、特に重い犯罪の場合には、形式的な「刑事手続」でなければ「法治国家的保障」をなしないと主張されたのである。

二 このような多方面に渡る批判を浴びた統一少年法構想をめぐる動きは、翌年、一九七四年に「少年福祉法専門委員会草案」が公にされたことにより再び急旋回を見せることになる。一九七四年少年福祉法専門委員会草案は、少年福祉法と少年裁判所法との二元主義を復活させ、一九七七年の専門委員会草案を経て、二元主義の基本構造を維持したまま一九七八年一月に連邦参議院に、一九七九年二月に連邦議會に提出されることになる。

一九七四年少年福祉法専門委員会草案が少年刑法と少年援助法との統一化を放棄し、従来の二元主義を再び採つたことの背景の一つには、確かに、先に見たような少年福祉法と少年刑法とを一元化することへの理論的批判があった。しかしながら、それよりも現実的であつた重大であつたのは、一九七三年一〇月に勃発した第四次中東戦争やそれをめぐる政治情勢の影響をうけたオイル・ショックに端を発する財政的問題である。一九六九年に誕生し、「より多くのデモクラシー」を目標とする Willi Brandt 社会民主党・自由民主党連立政権は、政権樹立当初の高い経済成長、完全雇用状態を背景に、多くの社会改革を計画した。一九七一年三月、連邦議會に提出された第六立法期(一

九六九—一九七二年)における連邦政府の作業計画によれば、①教育、研究政策、②社会保障、厚生、家族政策、労働法・社会保障法、③共同決定権、情報の自由の保障、④財産構造改善を含む経済秩序の強化改善、⑤構造政策と空間秩序計画、⑥国家制度改革など、ほぼ全ての国家政策領域における制度改革が、予定されていたといえる。¹⁴⁾しかし、そのどれもが後のオイル・ショックに始まる低成長の影響を受けざるをえなかった。一九六五年に「少年葛藤法」構想が提示され、一九七〇年代に入り統一少年法構想として盛り上がりを見せた背景には、高い経済成長に支えられ、国家の活動領域を拡大することによって社会の問題を解決し、その民主化を図るという「六〇年代特有の社会工学的発想」¹⁵⁾を典型的にとったW.Brandt政権下において、立法が社会改革を先導する高い実現可能性が存していたことがあった。そしてそのようにしてK.Petersの「少年葛藤法」構想を受け継ぐ形で出現した統一少年法構想も、W.Brandt政権下で当初計画されていたながらオイル・ショックにより修正を余儀なくされた多くの政策と同じように、財政的理由から挫折せざるをえなかったのである。¹⁶⁾

三 以上に、K.Petersによる「少年葛藤法」構想と「内的改革」構想、そしてその影響と挫折という、一九六〇年代半ばからの少年刑法をめぐる動きを見てきた。ここで特にK.Petersの見解の意義を確認しておこう。K.Petersの主張には、次のような意義があると考ええる。まず第一に、成長過程にあり固有の属性をもつ若年者が、成人について妥当する人権とは質の異なる人権をもっていることに着眼し、「教育請求権」として表現されたこのような人権を基盤として、あるべき少年制度を構想したことである。手続にしても、若年者にふさわしく形成されなければならないと主張されたのである。第二に、その上で、押しつけではなく、若年者の主体性と自主性、協働を中核とした「教育」的観点から、手続において少年の納得性はいかにすれば担保しうるかということに着目し、その考慮を手続構造にまで及ぼしたことである。ここでは、若年者の主体性と納得性、そして若年者に対する援助という要素

が、「教育」と「法治国家原則」とを架橋している。若年者が主体的に手続に参加しえ、またそれを通して少年が納得できるように、若年者に対する手続は若年者にふさわしく形成されなければならず、若年者自身がいたいこと、という必要があることを自由に話すことができるものでなければならぬ、と主張されるのである。少年が臆することなく自由に自分がいたいことを話すことができる後見裁判所的手続が刑事訴訟的手続に優先し、それは法治国家原則に抵触せず、むしろ法治国家原則からも要請されるものとして位置づけられたのである。ここでは、若年者に対する「法治国家的保障」の核心が、若年者自身の主体的な手続参加にあることが、極めて明確に示されているといえよう。

確かに、K.Petersにしても、自由剥奪処分をも「教育」で説明する側面があつたことは否定できない。例えば、K.Petersは、自由剥奪処分である少年拘禁制度につき次のように述べている。「少年拘禁の執行実施においてすら裁判官は教育者ではない。継続拘禁すら期間が短すぎるため教育現象にとつて必要な条件を満たしていないからである。少年拘禁は単に警告的性格をもつに過ぎないが、しかしそれによって、健全で有効な裁判外の教育現象を支援するという重要な機能を営んでいる」⁽³⁷⁾。これは、「少年拘禁に余りに多くを要求すると、それが達成可能なこと以上を要求することになる」として、「教育的処分」とは区別された「教育を単に支援するに過ぎない処分」である少年拘禁の限界性を説く文脈ではある。しかし、ここで少年拘禁が「教育的処分」となりえないのは、まさに「期間が短すぎるため」であり、自由剥奪によるその「警告的性格」は「教育現象」に資するためのものとして捉えられているのである⁽³⁸⁾。

しかし、そうした上でも、一九六〇年代半ばにおける議論の背景にかかわる事柄として、次の点は重ねて確認される必要があると考える。すなわち、これら一九六〇年代の議論は、刑法改正論議と少年福祉法改正論議との狭間

でまさに「少年刑法」をどちらに位置づけるべきかという性質が強いものであり、「刑法か福祉法か」という図式で議論が立てられていたということである。⁽¹⁶⁾そこで前面に押し出された「教育思想」を評価する際に、一九六二年刑法改正政府草案に端的に見られる刑罰主義への対抗という意味を欠落させることはできない。ここでは、対「刑罰」、対「刑法」、対「刑罰主義」という意味において「教育」ということをいう最大の意義があったといえるのである。そうであるがゆえに、K.Petersも少年「犯罪」ではなく、若年者に特有の「葛藤現象」として事象を捉えるべきことを強調したのである。他方でまた、そのような議論状況の中で「教育思想」が積極的な介入を予定したものであったことに關しても、国家の積極的介入により社会問題を解決する「六〇年代特有の社会工学的発想」の上で、後に「社会復帰思想への陶醉」とも揶揄される議論風潮が刑事司法一般にも見られたこと、接近される側の少年福祉法上の給付形態自体が積極的なものであったことをも考えあわせる必要がある。⁽¹⁷⁾

- (16) Karl Peters の「少年葛藤法」構想ならびに「少年刑法」に対する考え方については、特に以下の文献を参照。Karl Peters, Die Grundlagen der Behandlung junger Rechtsbrecher. MschrKrim Jg.49 Ht.2 1966a, S.49ff.; Ders, Jugendstrafrecht. in: Rudolf Sieverts (Hrsg.), Handwörterbuch der Kriminologie. Berlin 1966b, S.455ff. K.Peters の「少年葛藤法」構想については、わが国において、すでに詳細な紹介、検討が行われている。一九六五年の講演の邦訳として、カール・ベーターズ、阿部純二(訳)「若い法違反者の処遇の諸原理」家庭裁判月報二五巻七号(一九七三)一頁以下(最高裁判所事務総局編「外国少年法制の動向」法曹会(一九七三)一二七頁以下に所収)を参照。また、W.Dallinger, K.LacknerやF.Schaffsteinなどの諸説とともにK.Petersの考えを検討するものとして、阿部純二「西ドイツ少年刑法における行為者主義と行為主義(一)(二)」家庭裁判月報二〇巻四号(一九六八)一頁以下、二〇巻七号(一九六八)一頁以下を参照。

- (17) K.Peters 1966a (Anm.16), S.51ff.

- (18) K.Peters 1966a (Anm.16), S.49f.

- (19) K.Peters 1966a (Anm.16), S.50f.
- (20) K.Peters は、立法構想としてのみならず、一九五三年少年裁判所法の解釈としても、刑事法的形式の手続に対する後見裁判所的形式の優先を説いている。「補充性の原則は、可能な限り多くの事件を後見裁判所によって処理することに至らなければならない。」(このにおいて、教育思想がより明確に現れるからである。定式的な刑事手続はそれ自体において意義をもっている、という再三引き合いに出される考えに對しては、まさに刑事手続における審判の雰囲気は裁判官と少年との間に必要な関係を生じさせない、ということが強調されなければならない。)(K.Peters 1966b (Anm.16), S.467f.) K.Peters によれば、「教育思想の優位は、刑罰ならびに刑事手続の補充性を導く」(Karl Peters, Strafprozess. Ein Lehrbuch. 2.Aufl. Karlsruhe 1966, S.527.)。このような「刑罰ならびに刑事手続の補充性」は、以下のように具体化されている。①教育的措置および保護的措置では足りない場合においてのみ刑罰を用いること(教育的方法の優越)、②後見的な手続および少年司法上の手続では足りない場合においてのみ刑事手続を用いること、③少年刑法上の教育的作用に對する本来的な (natürlich) 教育権者による教育の優越性。K.Peters 1966b (Anm.16), S.458f.
- (21) K.Peters 1966a (Anm.16), S.58.
- (22) K.Peters 1966a (Anm.16), S.57f. K.Peters は「このような手続関与者間における「協働」と手続のあり方について、次のように述べている。異なった教育主体間の協働という考えが、葛藤事件処理の基礎でなければならない。両親がいかに真剣にわが子の将来を心配し努力するといっても、少年手続が刑事手続として威嚇的なやり方で、子どもについて進行しているときに、少年官庁や少年裁判所との協働ということを本当に両親に要求するものであろうか。秘密にされ、隠蔽され、表面を糊塗されて、結局非教育的に処理されることは目に見えているのではないか。そこではまったく当然に、弁護人が成人手続の方式にしたがって仕事をし、若年者に説教をしたり、褒めそやしたり、あるいはせめて事件が無害なものであるかのように見せかけることに努力する、という結果になるのではないか。これらの対立点は、若年者の将来の形成とその福祉のみが重要であるという正当な確信がすべての方面に存在するときにのみ、克服されうるのである。」と。
- (23) Vgl. Karl Peters, Fehlerquellen im Strafprozess. Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland. 1. Band. Karlsruhe 1970; 2. Band. Karlsruhe 1972; 3. Band. Karlsruhe 1974. つれづれ一連の再審研究の部分的な邦訳として、カール・ペーターズ、能勢弘之、吉田敏雄(編訳)「誤判の研究」北海道大学図書刊行会(一九八二)を参

照。

(24) K. Peters 1966a (Ann.16), S.58.

(25) 具体的には、聴聞を受ける権利、防禦權、申立權、そして上訴を申し立てる権利が挙げられており、さらに無罪推定や供述の自由、審理の直接性、真実の追求、そして判決の確定力といった手続的原理は、少年裁判所手続においても妥当する、と説明されている。Karl Peters 1966b (Ann.16), S.468f.

(26) K. Peters が日本における講演で後見裁判所的手続と法治国家原則との関係につき次のように述べていることは、この点をより明確にする。すなわち、少年のみならず、両親や付添人を通じて、異議申立権を行使することができするために、「ドイツの場合、非訟事件手続においても法的な保障は充分なされ、少年の権利保障は確保されている」。「この手続は、当事者主義訴訟でないことは勿論であり、従って、検察官の関与はない。検察官は、少年の人權を保障する役割を持つわけではないのである。付添人や保護者が、少年のために弁護を充分にすることは可能であり、少年の権利を防禦することに支障はない」。「この（非訟事件手続的な―引用者）手続による方が、少年にとつての福祉の目的を達しうるし、少年性に適合すると思う。よく、刑事裁判をモデルにし、検察官の立会う形式的な手続が、少年の人權を保障する唯一の方法であると考え方があがるが、私はこの点には警告をしたいと思う。私の検察官として長年の実務体験からみても、少年に對する裁判において、登場してきた少年にとつては裁判官と検察官の区別も出来ないという例が少なからずあった。刑事手続で少年に對して行われることを何も理解出来ないというのが実情である。このような状況で、形式だけをとつて事件を処理したからといって、少年の権利保障に寄与するとはいえない。二人の人間が對話することを通じて、少年の心に訴えることの方が、形式を云々するよりもはるかに少年に對して教育的効果をあげることが出来、ひいてはその人權を擁護しうる」。カール・ペータース、宮澤浩一（訳）「若年犯罪者の処遇」自由と正義「二五卷」二号（一九七四）六四頁以下を参照。なお、このようなK. Petersの主張と同内容の指摘をするものとして、ハンス・ヨアヒム・シュナイター、宮澤浩一（訳）「西ドイツ少年犯罪の現状と法改正の状況について」家庭裁判月報二七卷四号（一九七五）四七頁以下を参照。

(27) K. Peters 1966a (Ann.16), S.62.

(28) K. Peters 1966a (Ann.16), S.50. K. Peters は一九六二年刑法草案の問題性の指摘については、Karl Peters, Tendenzen der Jugendstrafrechtsreform. Unsere Jugend Jg.17 Ht.7 1965, S.296ff.を参照。一九六二年刑法草案の性格については、内藤

議「西ドイツ新刑法の成立」成文堂（一九七七）を特に参照。

- (29) K.Peters 1966a (Anm.16), S.62.
- (30) K.Peters 1966a (Anm.16), S.50.
- (31) Arbeiterwohlfahrt Bundesverband e.V., Vorschläge für ein erweitertes Jugendhilferecht. Bonn 1970.
- (32) 一九七四年案をふくめた「一九七三年案の問題点の指摘とそれに対する批判につづいて」主に以下の文献を参照：Friedrich Scaffstein, Jugendkriminalrecht und Jugendhilferecht. MschrKrim Jg.56 Ht.7/8 1973, S.326ff., Michael Walter, Zum Diskussionsentwurf eines Jugendhilfegesetzes. ZblJugR Jg.61 Ht.2 1974, S.41ff., Alexander Böhm, Auswirkungen eines Jugendhilfegesetzes auf den Jugendstrafvollzug. ZStV Jg.23 1974, S.291ff., Heinz Müller-Dietz, Jugendhilferecht oder Jugendkriminalrecht? GA 1975, S.193ff., Günther Kaiser, Jugendstrafrecht oder Jugendhilferecht? ZRP Jg.8 1975, S.212.
- (33) Vgl. F. Scaffstein 1973 (Anm.32), S.328f.
- (34) 平島健司「ドイツ現代政治」東京大学出版会（一九九四）一一六頁以下、成瀬治・山田欣吾・木村靖二編「ドイツ史3」山川出版社（一九九七）三九六頁以下を参照。
- (35) 平島健司・前掲書一九九四註（34）一三八頁。さらに、W. Brandt 政権下における改革構想では、教育分野の改革が最優先事項とされていたことも、この時期の背景として、重要な事柄であろう。
- (36) このような統一少年法構想の成り行きを同時代的な視点から詳細に紹介、検討したものととして、宮澤浩一「西ドイツにおける少年法制改正の動向」「平場安治博士還歴祝賀論文集 現代の刑事法学（下）」有斐閣（一九七七）四二五頁以下、宮澤浩一「少年法制改革の理想と現実」家庭裁判月報三二巻五号（一九七九）一頁以下を参照。
- (37) K.Peters 1966a (Anm.16), S.60. K.Peters は「教育とは、その本質にしたがえば、人間的なかわりあいと対話に基礎を置く、比較的長い期間に及ぶ援助であり、この援助は一定の生活態度と規律ある生活経営の準備へと導くためのもの」であるとも説明している。
- (38) この時期、わが国に少年拘禁制度を紹介したものとして、宮澤浩一・諸沢英道「少年拘禁の種類」慶應義塾大学法学研究四巻二号（一九六八）三六頁以下を参照。
- (39) 次のような Friedrich Scaffstein の指摘は「一九六〇年代半ばの少年刑法をめぐる議論状況をよく表している。」「…、ドイ

ツ少年刑法の基本的な方向性が新たに議論されている。ここでは二つの方向性が対峙している。ひとつは、「刑罰に代わる治療 (Heilen statt Strafen)」という標語の下で純粹な教育法への少年刑法の完全な変革を試みるものである。この教育法においては、刑事罰 (Kriminalstrafe) は完全に駆逐され、教育的・医学的・精神治療的な個別化された処遇方法により代替される。このような進歩を信じる方向性が外国の模範 (特にスウェーデン) を引き合いに出す一方で、他の者はドイツ刑法草案の指導原則を少年刑法にも貫徹しようとしている。彼らは、教育原則および行為者原則により決定づけられた少年刑法を一般的な刑法の発展の「前衛」としてではなく、むしろ「後衛」と考え、意思自由や行為責任、そして贖罪という指導思想を少年刑法にもより一層貫徹しようとするのである。」Friedrich Schaffstein, *Jugendstrafrecht*, 2. Aufl., Tübingen 1966, S.26.

- (40) 一九九〇年六月二六日に公布、一九九一年一月一日から施行された児童ならびに少年援助法 (Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferecht, KJHG) について論じた福祉法学の論稿が、旧少年福祉法 (Jugendwohlfahrtsgesetz, JWG) を警察法的・秩序的な性格をもつものと位置づけ、そこでの諸措置が介入行政という官治国家的な観念によって特徴づけられると述べていることは、その表現の是非は措くとしても、福祉法上の給付形態自体が積極的な介入という側面をもっていたことを示唆する点において、一九六〇年代、一九七〇年代の少年刑法をめぐる議論を整理する際にも、ひとつの有益な視点を提供するものと思われる。鈴木博人「ドイツ『児童ならびに少年援助法』成立の背景と根本原則」茨城大学教養部紀要二五号 (一九九二) 七七頁以下、同「ドイツ『児童ならびに少年援助法』管見」児童福祉法研究五号 (一九九三) 一頁以下、高橋由紀子「ドイツ『児童ならびに少年援助法』(KJHG) と少年保護所の職務」帝京女子短期大学紀要一四号 (一九九五) 二八一頁以下を参照。

第二章 実務による少年刑法改革——一九七〇年代からの改革動向——

第一節 改革の基調と特徴

一 統一少年法構想以降、審判手続そのものを改革する試みが全くなかったわけではない。例えば、一九六〇年代半ばから自然発生的に生起し、裁判官自身の意識改革を中心とした「内からの司法改革」⁽⁴⁾を背景に、「田卓方式」を試みるなどの動きも存在した。⁽⁵⁾しかし、一九七〇年代おわりからのドイツ少年司法をめぐる動向は、主には実体的処分の側面に焦点を当てる議論動向のなかで、手続打切りによるタイヴァージョンという形で、定式的な少年刑事手続の属性をいわば裏面から問題とすることになる。本章では、まず、一九七〇年代おわりからのドイツ少年司法をめぐる改革動向の特徴と背景、その基盤となる考えを確認する。その上で、その動向の核となり、「少年刑事手続」から少年を離脱させるタイヴァージョンに関する議論の射程が拡大していること、そしてそのことが「少年刑法」、「少年刑事手続」の限界性を表していることを確認する。

二 一九七〇年代おわりからのドイツ少年司法をめぐる動向は、「少年刑法の内的改革 (innere Reform des Jugendstrafrechts)」⁽⁶⁾「実務による少年刑法改革 (Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis)」⁽⁷⁾あるいは「下からの少年刑法改革 (Jugendstrafrechtsreform von unten)」という標語の下で把握されている。特に「少年刑法の内的改革」という語は、同時に二つの事象を象徴的に表している。ひとつは法的制度枠組として一九五三年少年裁判所法の基本構造に手をつけないということであり、もうひとつは少年刑法の改革が本質的には実務を担い手とし、また実務

によって準備が進められたということである。⁴³⁾ 各地方においては、少年裁判所法上の手続打ち切り規定、特に検察官による「介入的タイヴァージョン」である同法四五条第二項(旧法)を用いたプログラムが推進され、このようなプログラムに携わる少年局・ボランティア団体の数は、一九八六年段階ですでに四〇〇を超えている。少年拘禁や少年刑に代替して作業遵守事項や援護指示といった社会内処分の活用を中心的な目的としていた団体であるブリュッケ(Die Brücke e.V.)によるプロジェクトだけでも、一九七八年に München で開始されて以来、一九八〇年に Köln、Bielefeld、一九八一年に Eberberg、Stamberg、Kiel、一九八一年に Siegen の各都市に拡大されている。⁴⁴⁾ 一九八一年に全被制裁者数中四四%であった少年裁判所法四五条と四七条による手続打ち切りの割合は、一九九四年には六七%に上昇している。⁴⁵⁾

この動向に特徴的なのは、次のような傾向である。⁴⁶⁾ すなわち、①定式的な有罪言渡しから非定式的処理へという少年刑事司法上の対応の変移、特に少年裁判所法四五条、第四七条による手続打ち切りを通しての非定式的処理の活用による変移、②作業指示や援護指示、社会訓練コース、損害回復、行為者・被害者・和解などのいわゆる「新しい社会内処分(neue ambulante Maßnahmen)」のテストと制度化、③施設内制裁の減退と自由剥奪を回避する処分、社会内制裁の増大、④未決勾留の減少、⑤保護観察のための少年刑の延期に際する保護観察官による事実的な援護の増加、⑥裁判所の協力者から少年の援助者へという少年審判補助、ソーシャル・ワーカーの役割の転換である。

このように、一九七〇年代おわりからのドイツ少年司法の動向は、立法先導による改革ではなく、実務におけるテストと制度化とを中心とする動きである。そしてその動きは、施設内処分、自由剥奪処分の縮減と社会内処分の拡大という基本的方向性をとりながら、実体的処分のあり方から少年司法の担い手の問題や関係諸機関が果たすべき役割まで、見直しを迫るものであったことが理解できる。その方向性は、まさに少年を扱う制度の刑法的性格か

らの脱却にあり、脱刑法化にあったといえるだろう。

三 ドイツ少年司法においてこのような方向性をもった改革動向が促進された背景のひとつには、国際的な動きがある。一九六七年、アメリカにおいて公にされた刑事司法に関する大統領諮問委員会報告書「自由社会における犯罪の挑戦 (The Challenge of Crime in a Free Society)」⁽⁴⁹⁾は、世界的な影響を与えた。そこで中心的施策のひとつに数えられた少年司法におけるダイヴァージョンと社会内処遇に対する国際的な関心は、特に一九八〇年代において高まった。「少年司法運営に関する国連最低基準規則 (北京ルールズ)」⁽⁵⁰⁾ (一九八五年)と「少年非行の防止に関する国連ガイドライン (リヤド・ガイドライン)」⁽⁵¹⁾ (一九九〇年)は、少年司法におけるダイヴァージョンの積極的活用と社会内処遇の推進を規定する。より局地的には、一九八七年と一九八八年にヨーロッパ審議会が加盟国に対し少年司法におけるダイヴァージョンの拡充に関する勧告を出している。

しかし、国際的潮流が促進要因になるためには、そのような国際的潮流を受け入れるのに十分な国内的事情がなければならぬだろう。「実務による少年刑法改革」の動きが起こった、あるいは起こらざるをえなかった現実的な背景としては、財政事情からの立法的閉塞状況を指摘できる。少年刑法と少年福祉法との統一化を企図した立法構想が、一九七三年一〇月に勃発した第四次中東戦争とそれをめぐる政治情勢の影響を受けたオイル・ショックによる財政問題を決定的要因として挫折したことは、先に見た。高い経済成長を背景に国家の活動領域を拡大することによって社会問題を解決し、民主化を推進するという「六〇年代特有の社会工学的発想」は、一九七〇年代半ばになると現実的問題に直面する。財政問題に直面して「ボンの改革熱」は冷めざるをえなかったのである。

このような状況における少年刑法の新たな方向性の模索は、一九八〇年代に見られる幾つかの立法提案の目的およびその性格にも鮮明に現れている。一九六〇年代おわりから一九七〇年代はじめにかけて、立法の強力な牽引に

より少年司法の改革が試みられたのとは対照的に、一九八〇年代における一連の少年裁判所法改正草案は、犯罪学的実証研究に裏打ちされ、実務的に有効性をもちえた施策を汲み上げる形をとる。一九八二年に公にされた連邦司法省の「少年裁判所改正に関する法律作業草案」は、次のように述べ、その目的を明確に限定している。「長期に渡り様々な方面からなされた少年刑法の改革に関する提案が、全少年制度を変革しようとするのに対して、本草案は、少年刑法の基本構造を保持し、本質的には現行法の対応制度ならびにそこで前面に据えられた教育思想をよりよく用いるような改正で我慢する⁽⁵¹⁾」。さらには、このような限定的な一九八二年作業草案を継承した一九八三年専門委員会草案にしても、一九八七年専門委員会草案により財政的観点から見直しがはかられている⁽⁵²⁾。しかし、大規模な立法改革のリアリティが失われていたとはいえ、連邦規模の立法動向が「少年刑法の内的改革」の動きに無関心でありえたわけではない。一九八二年に公にされた社会民主党の改革提案、「社会民主党の少年刑法改革に関するテーゼ」は、キリスト教民主同盟による改革提案、「少年刑法及び少年行刑に関する指針⁽⁵³⁾」と同様に、少年裁判所法と少年福祉法との二元主義を前提としながらも、自由剥奪処分、施設内処分の縮減と社会内処分の拡充という方向に活路を見出している⁽⁵⁴⁾。当初から最小限度の法改正を企図していたとはいえ、一九八二年の作業草案以来、一連の少年裁判所法改正草案は、社会内処分と手続打ちりの推進を提案している⁽⁵⁵⁾。また、各ランットの代表者により構成される少年及び司法相・次官会議は、一九八六年に「アド・ホック・コミッション『ダイヴァージョン』(Ad-hoc-Kommission »Diversions«)」を設置している。少年裁判所法第四五条、第四七条をさらに活用して少年刑法におけるダイヴァージョンを拡充することや、行為者・被害者・和解や社会訓練コースの促進、未決勾留の執行回避を記す一九八八年のその勧告、決議提案は、間接的にはあるが、立法に影響を与えた⁽⁵⁷⁾。

それでは、少年司法内部における「実務による少年刑法改革」の背景は、どのようなものであったのだろうか。

これに関しては、若年「頻回行為者」の問題や高い再犯率の問題を背景とした処遇執行への懷疑、再犯防止に対する行刑の適性への懷疑、少年司法に携わる諸機関の負担を軽減する必要があったことを指摘することができる⁽²⁹⁾。ドイツ少年司法における頻回行為の問題、累犯問題の大きさは、それが刑事統計の算出方法の変化をも導いたことに端的に表されている⁽³⁰⁾。警察段階の統計の算出方法は、一九八三年・一九八四年度に変更され、単純な検挙の延べ回数ではなく、検挙された人員数による実人員計上法が採用されている。頻回行為、累犯行為の問題は、自由剝奪処分の特例予防効果への懷疑と少年に対する刑法的介入の限界性の認識とを導いたのである。

以上に確認したように、一九七〇年代おわりからの「実務による少年刑法改革」の動向は、財政的事情に基づく立法的閉塞状況を背景として、そしてまた少年司法内部においては若年者の頻回行為、累犯行為の問題と、それを契機とする自由剝奪処分への懷疑を背景として、一九五三年少年裁判所法の制度枠組のなかで自由剝奪処分の回避を図る動きである。

四 それでは、「実務による少年刑法改革」において改革が図られた諸施策を貫く糸となった考えは、どのようなものであったのだろうか。一九六〇年代における考えとの対比において、そこにはどのような特徴があるのだろうか。

一九七〇年代おわりから見られる「実務による少年刑法改革」の背景のひとつには、少年刑法をめぐる研究方法の転換がある。犯罪学の実証研究による成果は、この動向中における諸々の改革施策の基底となった。犯罪学の実証研究は、少年犯罪そのものの属性と少年犯罪に対する司法的対応の効果という二つの事項につき、重要な成果をもたらす。ひとつ目は、少年犯罪はノーマルな現象であるという少年犯罪像である。そしてふたつ目は、少年犯罪への刑法的介入、特に自由剝奪処分は、少年が再び犯罪に及ぶ確率を高め、少年自身や少年のその後の生活に悪影

響を与えてしまう、あるいは少年犯罪の背景にある社会矛盾を増幅させてしまうという意味での、刑法的介入の「害悪」性という知見である。

一九七〇年代おわりからの犯罪学的実証研究は、特別予防効果の測定という形で、少年裁判所法上の制裁効果に関心を向けた。このような犯罪学的実証研究は、少年刑や少年拘禁、未決勾留といった自由剝奪処分を賦課された少年の再犯率が高いこと、その意味で自由剝奪処分が少年に悪影響を及ぼすことを、明らかにした。

このような知見とともに犯罪学的実証研究が提示したのが、新たな少年犯罪像である。とりわけ犯罪暗数調査から帰結される少年犯罪の通常性や遍在性、そしてその軽微性・一過性・エピソード性・自然消滅性という属性は、従来措置されてきた少年犯罪像・少年犯罪観そのものの転換をもたらした。Wolfgang Heinzは、「実務による少年刑法改革」の総括のひとつとして、「実務による少年刑法改革」により少年犯罪の犯罪学的理解における変化が考慮された。ここでは少年犯罪の遍在性とエピソード性に関する知見が重要である。このような理解は、支配的で少年裁判所法の根底にも存する少年犯罪像を修正した」というテーゼを立て、これを次のように敷衍する。⁽⁹⁾六〇年代や七〇年代の改正論議も、Franz von Lisztの主張に見られる人格の欠陥や教育の欠如の徴憑としての少年犯罪像に拠っていた。このような像は、少年犯罪の理解における変化を導いた犯罪学的知見の影響の下で、この一〇年、修正されなければならなかった。ここでは特に少年犯罪のいわゆる通常性やエピソード性に関する知見が重要である、と。

このような犯罪学的実証研究によりもたらされた少年犯罪像は、具体的な立法提案の共通の出発点ともなる。一九八八年のアド・ホック・コミッション「ダイヴァージョン」による勧告は、ダイヴァージョンに関する勧告の一般原則として、冒頭、次のように述べる。「新しい犯罪学的調査によれば、軽微犯罪から中程度の犯罪に至るまでの

範囲における少年犯罪の暗数は、警察により認知された少年／青年による犯罪行為の数の数倍に及ぶ。それゆえ、ほとんど全ての男子少年が最低一回は軽微な犯罪を犯したことがあるという見解は、ますます支持される。総じて、犯罪が軽微になればなるほど、暗数は大きくなる。」「少年犯罪は、しばしば成長期に限定されたものであり、したがってエピソード的で一過的な振る舞いである。犯罪行為に及ぶ少年の多くは大人になる過程においてそれをやめ、あるいはその可罰的な行為はほんの軽微な違反に限定される。つまり、以前に及んだ犯罪行為が処罰されたかどうかにはかわりなく、そうなのである（軽微犯罪の遍在性とノーマル性⁶²）」。

このように、少年犯罪の通常性や遍在性、そしてその軽微性・一過性・エピソード性・自然消滅性という少年犯罪像の転換と少年犯罪に対する刑法的介入の害悪性、とりわけ自由剥奪処分の害悪性という、犯罪学的実証研究により経験的に確認された知見の上で、「実務による少年刑法改革」は展開したのである。

第二節 少年刑法の限界

一 少年犯罪像の転換と少年刑法上の自由剥奪処分の害悪性という知見を導いた犯罪学的実証研究は、結果としての実体的処分のみならず、そのような処分決定に至る過程である「少年刑事手続」そのものの害悪性にも、目を向けた。再犯率、特別予防効果という観点において、定式的な少年刑事手続による処理に対し手続打切りによる非定式的処理が優越することが、多くの犯罪学的実証研究により一致して証明された。このような研究成果は、手続打切りの著しい拡大を主張する見解を導くことになる。ここでは、まず、特別予防効果という観点から「少年刑事手続」の限界性を明らかにした犯罪学的実証研究の成果の一部を紹介する。その上で、少年犯罪の通常性やエピソード

ード性といった少年犯罪像や少年に対する刑法的介入の害悪性という犯罪学的知見が、手続打切り範囲を拡大しようとする見解を導いたこと、そしてそのような文脈のみならず、少年手続のあるべき姿をも反映して、ダイウアージョンが少年手続のあり方そのものをも問題としたことを確認する。

二 一九八〇年に実施され一九八三年に公にされた Christian Pfeiffer による調査研究^⑥は、少年や青年の氏名頭文字のアルファベットを基準として、同一少年・青年の事件を同一裁判官に割り当てることで、ラベリング効果を確認することを目的としている。少年拘禁、保護観察なしの少年刑を言い渡した率の高さによりグループ分けされた、München の少年係裁判官一五人のうち、これらの処分賦課率が低い A グループ六人は、一九七八年七月一日から同年十二月三十一日までに担当した四三五件の約四七％を少年裁判所法第四五条第一項、第四七条(旧法)により打ち切っている。他方で、処分賦課率が高い B グループ六人は、四九六件のうち二四％を手続打切りにより処理したに過ぎない。この研究によれば、一八ヶ月から二四ヶ月までに予後の観察期間を設定した再犯率分析では、A 裁判官群の裁判官が関与した少年のグループは、B 裁判官群の少年グループに比べて、九・六％低い再犯率を示しており(一回目の再犯の場合)、B 裁判官群が関与したグループよりも再犯者グループ中に占める割合が少ない、と結論づけられている。

Konstanz 大学の研究チーム「犯罪学および経験的法律事実調査」は、有罪言渡しだけではなく少年裁判所法第四五条、第四七条による手続打切りをも登録するものとされている、連邦中央登録簿(CSD)上のデータを用いて、連邦規模の調査研究を行っている^⑦。その研究のうち最大規模のものである「少年刑法上の対応および法的確証」プロジェクトは、一九八〇年を含めて、それまでに少なくとも一度は連邦中央登録簿に登録されたことのある一九六一年生まれの者全員のサンプル九〇五九九件を対象とし、一九八四年段階でのデータを対象として、一九六一年生ま

れの者が二二歳に達するまでの調査分析を行っている。この研究によれば、少年裁判所法第四五条、第四七条による非定式的な手続処理を受けた者のうち、三四・四％が四年以内に新たに登録簿に登録されているのに対し、有罪の言渡し後の者は、四五・三％であり、この一〇・九％の相違は、統計上有意義である、と述べられている。ここではまた、頻回行為の場合においても、一度手続打ち切りが行われた後は、一度有罪言渡しが行われた後よりも、登録簿に登録される率が低く、頻回行為の場合でも、手続打ち切りが有効性をもちうるということが明らかとされている。さらに、この調査は、はじめの手続において手続打ち切りの代わりに有罪言渡しを選択することにより、さらに登録簿への登録を受ける確率、有罪言渡しを受ける確率、少年刑を言い渡される確率が高まること、はじめの手続における制裁態様は、後の制裁決定の態様を決定づけること、制裁がくり返される場合であっても、有罪言渡しに対する手続打ち切りの優位性が裏付けられることを明らかにしている。そして、手続打ち切りによるよりも有罪言渡しによるの方が再犯率を効果的に抑制することができる、という未だに主張される事柄は何ら裏付けられえず、逆に有罪言渡し後には明らかにより劣悪な結果が確認されたと帰結されている。

このように、犯罪学的実証研究は、再犯率という観点において手続打ち切り規定を用いた非定式的処理が定式的処理に劣っていないこと、逆に定式的処理により再犯率が高まることを一致して結論づけた^⑤。形式的な少年刑事手続が実際的に少年に多大な負担を与え、その後の少年の生活を大きく左右することが、経験的に確認されたのである。

三 犯罪学的実証研究が明らかにした事柄、すなわち特別予防的観点において非定式的な手続処理が定式的な手続処理に優越するということは、実務においては、少年刑事手続が費やす長い期間と少年の規範意識という形で具体化されている。Lübeck モデルに携わった Dagmer Pohl-Launkamp は、少年裁判所法第四五条第二項(旧法)による検察段階の手続打ち切りの優越性を次のように主張する^⑥。少年裁判所法第四五条第一項(旧法)に基づく「少年係裁

判官による非定式的な教育手続」によったとしても、行為が行われてからそれへの対応がなされるまでの間に二ヶ月から三ヶ月が過ぎるのも稀ではなく、迅速な対応が不可能である。ましてや通常の手続は、それ以上の時間を費やす。通常の手続過程においては、少年はくり返し何度も自らの行為と直面させられ、それへの嫌気から教育的な問題が生じる、と。また、少年審判補助の活動を中心に据えた Marl プログラムに携わった Hermann Beckmann も、次のよう述べる。^⑥ 行為が行われてから裁判官により処分が命じられるまでに費やされる長い時間は、教育的に行爲者に悪影響をもたらす。実務上の経験によれば、審判が遂行されるまで、約五・六ヶ月が経過する。この間、少年は行為への関連づけをほとんど失っており、責任意識は恒常的に減少し、再び行為に及んではならないという意識は低下する。手続に費やされる長い期間のために、マイナスの影響が生じるのである、と。

実務的認識において少年刑事手続に費やされる期間の長さが問題とされていることは、偶然ではなく、それ自体が少年「刑事手続」の質的限界性を物語っている。犯罪学的実証研究が、手続打ち切りによる非定式的処理の優越性という観点から、定式的な少年刑事手続にかかる期間をも問題としていたことは、^⑦ 少年を対象とした手続においては、それに費やされる期間の長さそれ自体が、ひとつの大きな問題となりうることを示唆している。

四 このように、「実務による少年刑法改革」の動きは、少年裁判所法上の実体的な処分のみならず、それに至る「少年刑事手続」そのものを問題とした。ここでも、われわれは、少年に対する刑法的統制の限界性という観点から、手続打ち切りをめぐる議論につき、次の二点に注意を向けたい。ひとつは、手続打ち切りの対象範囲という問題であり、もうひとつは、あるべき少年手続像をも反映した、少年を対象とした手続のあり方という問題である。

手続打ち切りが展開を見せた背景として頻回行為の問題があったことには、先に触れた。それでは、このような頻回行為者そのものは、手続打ち切りの対象とはならず、依然として「少年刑事手続」や少年刑法上の刑事処分が及ぼ

されるべき対象として位置づけられたのだろうか。資源が重点的に配分されるべき累犯行為や重大犯罪に対して、まさに「刑法」的対応が徹底されるのかどうか、問題とされるべきであろう。

まず、頻回行為につき、確認しよう。例えば、W.Heinzは、次のように主張し、頻回行為者にも手続打ち切りを及ぼすべきであるとする。⁶⁹⁾ 少年の頻回行為も原則的には一過的な現象である。頻回行為者の大半は限られた年齢段階の間だけ刑事司法的に登録されている。頻回行為者のうちほんのわずかの者が実際に犯罪「キャリア」を固着させる。しかし、信頼できる基準に基づいてこのようなグループを犯罪「キャリア」を自ら断つ者と事前に区別することは不可能である。少年犯罪はひとつの連続体を形成しており、その連続体の一端には僅少で軽微な非行を行う多くの少年がおり、もう一端には大量かつ、又は重大な犯罪を行う比較的少数の少年がいる。犯罪者と非犯罪者との従来のな区別は放棄されなければならない、と。Peter-Alexis Albrechtも、「犯罪構造が初犯者のそれに全く似通っている」ということは、主に頻回行為者にもあてはまる。時の経過により不可避免的に行為の重さが上昇するということは、確認されえなかった⁷⁰⁾と述べ、頻回行為者も手続打ち切りの対象範囲に含まれるべきことを主張する⁷¹⁾。

ここに見られるように、「少年刑法の内的改革」を支えた少年犯罪の通常性・遍在性、自然消滅性・一過性・エピソード性という論理は、頻回行為者についても貫徹されるべきものとされているのである。軽微な非行であろうと頻回行為であろうと、一過性、自然消滅性という少年犯罪の属性が妥当することには変わりがなく、質的相違はない。しかも犯罪キャリアに至る者を事前に識別できない。少年犯罪の基本的属性が頻回行為者にも妥当し、刑法的介入が不可避免的に若年者に害悪を及ぼす以上、頻回行為者に対しても実体的、手続的な刑法的介入が回避されるべきであるということは、経験的に確認された事柄であるとされるのである。

一九八九年の第二一回ドイツ少年裁判所会議における第Ⅶ、Ⅷ、ⅩⅣワークショップは、さらに頻回行為の社会構

造性や若年頻回行為者が置かれている社会的状況にも目を向け、次のように主張している。⁽²⁷⁾ 司法的介入によっても、犯罪行為の単なる反復遂行を「有害な性向」と同視することは許されない。それにもかかわらず「反復遂行者」であるということ、少年や青年は、再三少年刑を言い渡されている。彼らは行刑に馴染むものではない。ここでは、少年援助 (Jugendhilfe) が要請される(第Ⅶワークショップ)。未決勾留、少年拘禁、少年行刑を徹底的に回避することは、特に頻回非行の若年者に妥当する。いわゆる頻回行為者も、犯罪者としてだけではなく、「特に困難な生活状況にある少年」としても考慮されなければならない。彼らの部分的に激しい侵害は、構造的な冷遇として評価されなければならない。これを除去することは、憲法上の要請である。頻回非行の若年者の構造的冷遇と社会的な欠陥を除去するためには、処分の多様性が考慮されなければならない(第Ⅷワークショップ)。犯罪「キャリア」の原因と成り行きに関する犯罪学的知見は、ダイヴァージョンの処分を強い、しかも頻回行為者の場合に、まさにこれを強いる。絶えず峻厳な制裁に至る頻回行為に対する司法的対応のエスカレーションは、困惑、少年非行の原因と成り行きに関する知識が欠落していること、そして特に教育手段としての少年刑の適性に関する誤った考えの表現である(第Ⅻワークショップ)。

ここでは、刑法的措置に代わる援助的措置の必要性という視点をより鮮明に認めることができる。若年頻回行為者こそが援助的措置を必要としているのであり、刑法的介入は、ただでさえ社会的に冷遇された状況にある頻回行為に及ぶ少年をさらに不利な立場に陥れるとされ、刑法的統制の消極的な無力性のみならず、その積極的な害悪性も見取られるのである。初犯者を定式的な手続に乗せ、定式的な制裁を賦課すれば、再犯危険性が大きくなる。頻回行為者に対し定式的な刑法的統制を及ぼせば及ぼすほどに、さらなる犯罪キャリアが重ねられることになる。以上の見解においては、このような定式的な刑法的統制に端を発する無限的な矛盾の増幅を断ち切り、援助的措置

への契機を開くものとしてダイヴァージョンが位置づけられている。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾

このように、少年犯罪の通常性やエピソード性といった少年犯罪像や、少年に悪影響を及ぼす自由剝奪処分ではなく援助的処分こそが少年に必要なものであるという考えは、頻回行為者をも手続打切りの対象とすべきことの理由ともされたのである。特に、第二一回ドイツ少年裁判所会議における各ワークショップの見解は、少年に刑法的措置を及ぼすことの積極的な害悪性と少年犯罪の社会構造型との関係を示す点で、極めて重要な視点を提供するように思われる。頻回行為者への対応をテーマとした第二一回ドイツ少年裁判所会議における議論が、外国人の若年者、藥物依存の若年者にも焦点を当て、若年頻回行為者が置かれている社会的状況との関連において問題を把握していることは、少年犯罪の問題の本質が、行為の刑法的評価という表面的な事柄にあるのではなく、少年を取り巻く社会状況にあることを示すものである。そこでの基本的な考えは、次のところにある。すなわち、問題解決に必要なのは、表面的な刑法的評価ではなく、家族や住居、職業など、若年者に差し迫った問題を取り除くことである。家族関係の崩壊、文化的な生活も享受できていない状況、社会的な富の配分にあずかれず貧困であることなど、少年が置かれている社会的状況が考慮されなければならない。このような社会構造に根をもつ少年犯罪は、構造的な冷遇の結果であり、それを除去することは憲法上の要請である。少年には刑罰ではなくまさに少年援助こそが必要である、という考えである。社会構造に根をもつ少年犯罪に自由剝奪処分に対処すれば、困難な生活状況にある少年をさらに苦境に立たせることになる。ここでは自由剝奪による刑法的介入は、無意味で非合理的なものであるばかりか、社会的矛盾を増幅させる積極的な「害悪」として促えられるのである。⁽¹⁵⁾

手続打切りの対象範囲の拡大が図られるのは、議論背景を形成した頻回行為者についてばかりではない。重罪をもその対象に含むべきであるとする見解が、学説上、有力に唱えられている。⁽¹⁶⁾ここでは、刑法的統制の害悪性を根

拠に、手続打切りに関して犯罪の性質は基準とならない、と主張されるのである。第一次改正法の施行後に公にされた新しい立法提案においても手続打切りの範囲がほとんど全ての犯罪類型に拡大されている。一九九二年のドイツ少年裁判所・少年審判補助連合 (Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e.V., DVJJ) による第II委員会提案は、「審判手続の烙印押し効果を防止すべき手続代替策としてダイバーションが理解されるならば、重罪の構成要件、特に強盗や強盗的恐喝といった構成要件を排除する実質的な理由がない」と主張している²⁷。また、一九九三年に労働者福祉協会 (Arbeiterwohlfahrt Bundesverband e.V., AWO) が公にした提案においては、例えば先行する争いがなく暴力行為に及び他人の人格的不可侵性を著しく損なった場合などの「重大犯罪」の場合にのみ規範確証を目的とした定式的な少年刑事手続が優先されるものの、²⁸ 中程度の犯罪の場合には、手続打切りを通して刑法的対応に対し援助的対応が優先されるべきことが説かれている。

定式的な少年刑法的統制や少年刑事手続は、社会的矛盾を増幅させ、少年自身や少年のその後の生活に害悪を与えるという考えや、再犯危険性の高さという意味での特別予防的観点において、定式的な少年刑法的統制や少年刑事手続は非定式的な対応に劣る、という犯罪学的実証研究からの帰結は、重罪をも手続打切りの対象として取り込むべきであるとの主張を導くことになったのである。少年が重罪に及んだ場合であっても、刑法的介入、特に自由剝奪処分による介入が、少年自身や少年の成長に害悪を与えることには変わりがない。少年犯罪が社会構造に根をもつものである以上、刑法的介入は、少年をますます困難な地位に陥れることになる。そうである以上、刑法的介入による矛盾の増幅循環は、許されないのである。

五 このように、犯罪学的研究の成果を基盤として、手続打切りの範囲は、拡大されるべきであると主張されている。しかし、ダイヴァージョン、手続打切りをめぐる議論は、手続過程自体の害悪性という文脈にとどまらず、

少年手続のあり方、少年手続の質という点にまで及んでいる。

例えば、一九八九年少年裁判所法第一次改正法政府草案は、少年裁判所法第四五条第三項（新法）によるいわゆる「裁判官による形式性のない教育手続」が、定式的な少年刑事手続に対して有する長所として、少年にかかる負担が少なくて済むこと、裁判官による対応が迅速に行われ、それゆえ多大な効果が期待できること、人的・手続的な支出が明らかに少ないこと、という事柄とともに、少年係裁判官と少年との間のコミュニケーションが直接的かつ集中的に行われうることを挙げる⁽²⁹⁾。ここで少年係裁判官と少年との間のコミュニケーションが問題とされていることは、手続打ちりの議論が手続の害悪性という観点だけからは捉えきれないものを含んでいることを明確に表している。

このような視点は、一九九二年のDVJJによる提案においてさらに鮮明である。DVJJ提案は、少年裁判所法第四五条第三項（新法）に該当する「社会教育的な手続代替としてのダイヴァージョン」に関し、次のように提案する⁽³⁰⁾。ここで、ダイヴァージョンは、例えば先に受けた刑事手続において審判が教育的に失敗したという経験をもつなど、定式的な審判手続においては精神的な達成を築きえない被疑者について利用されるべき社会教育的な手続代替として、組み入れられる。これにより、ダイヴァージョンは、自由剥奪処分の限度まで対応可能性をもち、まさにくり返される非行の場合のための代替的手続モデル、特に少年刑が施設外の代替策（援護指示や社会集団作業）か、というモデルとなる。このように理解された少年裁判所法第四五条第三項の手続代替の枠では、協議モデル（Konferenzmodell）（関与者は、被疑者、少年係裁判官および少年審判補助機関）における立ち入った議論ややりとりといった内容をもつ手続形態が考慮される。そこにおいて若年者は、自己責任により行動していることを経験でき、結果（処分）を自ら一緒になって考え、したがってそれを受け容れることができるのである、と。

ここに見ることができるように、手続打ちりの議論は、少年と他の手続関与者とのコミュニケーションや少年自

身の主体的な手続関与という、手続のあり方そのものを問題としている。少年が抱える問題を少年自身が克服するためには、少年自身の主体的な手続参加が必要であるとされるのである。このように手続打ちりの議論は、手続自体の害悪性という文脈を超えた、少年手続のあり方という意味においても、「少年刑事手続」を裏面から問題としたのである。

六 もつとも、以上に見たような、手続打ちりによりダイヴァージョンを拡大しようとする動向に対し、その範囲を限定しようとする見解がなかったわけではない。その論拠とされるのは、一般予防であり、「法治国家的保障」である。Friedrich Schaffsteinは、次のように主張する。⁴¹ ステイグマを与える形式性を取り去るための新しい展開は歓迎されなければならない、軽微犯罪における手続打ちりは望ましい。しかし、刑事訴追機関が認知しているにもかかわらず、遍在的な軽微犯罪におよそ注意を向けないことや、法律に違反することがリスクなしに許されるといふ少年の成長にとって最も危険な考えが放置されることは、特別予防上の理由から、そして特に一般予防上の理由から、許されない。「形式性のない教育的手続」には、審判手続の厳格な手続形式による法治国家的保障が欠けている。したがって、それはまず第一には、自白した行為者や軽微な事件に關してのみ問題となる。多くの少年の場合、特に重大な犯罪行為の場合、審判手続の儀式的な形式性が一定の教育的な感銘力をもつことを否定することは許されない、と。

ここでは、主には特別予防や一般予防、手続的な法治国家的保障の必要性を理由として、手続打ちりの範囲を制限すべきことが説かれる反面、「儀式的な形式性」の「教育的な感銘力」と「法治国家的保障」に、定式的な審判手続の意義が求められているといえよう。

確かに、その方向性は問題となるものの、F.Schaffsteinが手続の「教育的感銘力」として表現したように、少年

への働きかけという意味において、實際上少年手続自体が実体性をもち、またもつべきことは否定できないであろう。逆に、手続過程自体の実体処分性を理由として、手続過程を通じて少年の規範が確証されうる以上、定式的な実体的処分を科すまでもない、という「一九八〇年代の『下からの改革』において新しく変化させられた見方」⁽⁸³⁾は、手続打ち切りの拡大を支える論理となっており、一九八九年第一次改正法政府草案理由書も容れる考えとなっている⁽⁸⁴⁾。

しかし、F. Schaffsteinの見解に表れているように、少年の視点を欠いた「教育的感銘力」や「法治国家原則」は、一般予防的考慮と容易に結合する。少年の視点を欠くがゆえに一般予防と結びつく「法治国家原則」が、少年の実質的な権利保障に資するかも疑わしいであろう。手続打ち切りの拡大を図る動きも、まさに、刑法的統制の一般予防効果は過大評価されるべきでない、あるいはそもそも経験的に確認できないものであるために考慮しえないという考えを、前提とした⁽⁸⁵⁾。「まさに見破れない儀式性をもった審判手続が、特に命取りとなるような方法において、少年の法律違反者に烙印を押す⁽⁸⁶⁾」と指摘されるように、その前提の上で、儀式性をもった形式的な審判手続が有するとされてきた「教育的感銘力」への信奉を切り崩すこと、さらにいえば「刑間による教育」を否定することを、手続打ち切りの拡大を図る動きはひとつの目的としたのである。

七 以上に見てきたように、「実務による少年刑法改革」の動向は、その基底となった少年犯罪の遍在性やエピソード性といった少年犯罪像と刑法的統制の害悪性という考えを機軸に、結果としての処分のみならず、結果に至る手続過程である「少年刑事手続」をも問題とした。そして、その議論は、一方では、頻回行為や重罪についても手続を打ち切るという意味で、対象範囲の拡大を、他方では、少年とのコミュニケーションや少年の主體的な手続関与をも問題にし、少年手続のあり方をも問題としたという意味で、議論射程の拡大を見せたのである。そこでは、一般予防効果を過大評価せず、「刑間による教育」というテーゼを否定することが、前提であったといつてよい。

- (41) 「内からの司法改革」に関しては、木佐茂男「人間の尊厳と司法権」日本評論社（一九九〇）一八五頁以下を特に参照。
- (42) Vgl. Hans-Ludwig Schreiber, Heinz Schöch, Dieter Bonitz, Die Jugendgerichtsverhandlung am „Runden Tisch“, Göttingen 1981. 「円卓方式」は「法治国家的要素と社会国家的要素の統合」という観点や公判において「ロニーニケーション構造」を改善するという観点から、刑事訴訟法改正論議にあたって「公判の二分化」論とともに注目され、少年手続においても多くの実験プロジェクトが行われた。一般刑事手続における「円卓方式」をめぐる議論については、ドイツ対案グループ著、浅田和茂監訳「刑事訴訟法公判手続対案」成文堂（一九九二）九二頁以下を特に参照。
- (43) Vgl. Heike Jung, Zur Reform des Jugendstrafrechts—eine Zwischenbilanz, JuS 1992a Ht.3, S.187.
- (44) Erich Marks, Entstehung und Praxis des Projektes Brücke Köln e.V. Bewährungshilfe Jg.29 1982, S.126. その他一九八〇年代に行われたプロジェクトとしては、Braunschweig, Lübeck, Marl, Mönchengladbach, Bielefeldといった都市におけるものが比較的良好に知られている。なお、行政権が基本的には各ラントに属することもあり、これらの各地方でのダイウアージョン・プロジェクトは、連邦ではなく、地方自治体やボランティア団体主導のものであった。その財源も、主には、公益基金やラント政府、地方自治体、地方の少年援助協会に拠っていた。vgl. Michael Walter, "innere" Reform jugend-kriminalrechtlicher Praxis, in: Hans-Jürgen Kerner, Hermut Kury, Klaus Sessar (Hrsg.), Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle, Köln, u.a. 1983a, S.1031. ただ、連邦家庭・少年・女性・健康省による連邦ユージェント・プランなど、他の福祉政策との関連から連邦による出資を得る道もありえた。vgl. Andrea van den Woldenberg, Diversion im Spannungsfeld zwischen "Betreuungsjustiz" und Rechtsstaatlichkeit, Frankfurt am Main, u.a. 1993, S.47.
- Michael Voß, Über das keineswegs zufällige Zusammentreffen von Gefängnisausbau und der Einrichtung ambulanter Alternativen, in: Hans-Jürgen Kerner (Hrsg.), Diversion statt Strafe? Heiderberg 1983, S.97. など「ブリニミン・プロジェクト」は、加藤久雄「ミッセンヘンにおける「刑罰にかわる社会奉仕労働」について」家庭裁判月報三三巻九号（一九八〇）一頁以下により、すでにわが国に紹介されている。
- (45) Vgl. Wolfgang Heinz, Diversion im Jugendstrafverfahren, ZStW Jg.104 Ht.3 1992, S.598. Tabelle 1., Ders, Anstieg der Jugendkriminalität? DVJJ-Journal 4/1996, S.355. Schaubild 8. 全被制裁者数中の少年裁判所法第四五条と第四七条による手続打ち切りの割合は、一九八一年以来、上昇傾向を見せている。その割合は、一九八五年には五〇％に達し、一九九〇年には六

一%に至り、一九九四年には六七%に達している。なお、比嘉康光「ドイツの少年参審裁判制度」立正大学法制研究所研究年報二号（一九九七）一七頁以下も参照。

- (46) Vgl. Wolfgang Heinz, Das Jugendstrafrecht auf dem Weg in das 21. Jahrhundert, Jus 1991 H.11, S.899, Horst Viehmann, Das Reform des Jugendkriminalrechts in der Bundesrepublik Deutschland, FuR 5/1991, S.257.

(47) 一九八〇年代、未決勾留を科された者の数と少年刑法により有罪言渡しを受けた者を母数としたその割合は、減少傾向を示している。一九八〇年から一九八九年までのその割合と数は、次のような推移を示している。四・七%（六一四七／一三二六四九）（一九八〇年）、五・〇%（七〇一九／一四一五二七）（一九八一年）、五・一%（七五六六／一四九七六〇）（一九八二年）、四・七%（六九五〇／一四八五五二）（一九八三年）、四・四%（五九四八／一三三三九九七）（一九八四年）、四・二%（四九六六／一四九二二六）（一九八五年）、四・一%（四四八二／一〇八三三〇）（一九八六年）、四・一%（四〇七七／一〇〇〇七三）（一九八七年）、四・〇%（三八四五／九六六九一）（一九八八年）、四・五%（三七九七／八四九五）（一九八九年）。これに対し、一般刑法により有罪を言渡された者を母数とした割合は、次の通りである。五・〇%（三〇〇四六／五〇〇八三二）（一九八〇年）、五・三%（三一八五五／六〇五九四六）（一九八一年）、五・四%（三三六八三／六二四三四）（一九八二年）、五・一%（三三三〇一／六三六一〇五）（一九八三年）、四・五%（二八〇三二／六一九八〇〇）（一九八四年）、四・二%（二五三六八／六〇〇七九八）（一九八五年）、三・八%（二三四一四／五九七〇二八）（一九八六年）、三・八%（二二五〇〇／五九一三二二）（一九八七年）、三・七%（二二一七四／六〇六一〇三）（一九八八年）、三・七%（二二三七六／六〇八五四八）（一九八九年）。このように、少年に対する未決勾留は、一九八〇年代を通じて、絶対数においても、被有罪言渡し者数中の割合においても、減少傾向を見せている。しかし、未決勾留率に関する限り、一般刑法により有罪を言渡された者のうちの割合よりも、少年刑法によった方が、高くなっている。この点が、問題とされたことについては、第三章において後述する。

- (48) 同報告書については、法務総合研究所「自由社会における犯罪の挑戦（一）―（三）」研究部資料第二一集―第三集（一九六八）、長島敦「自由社会における犯罪の挑戦」罪と罰五卷一號（一九六七）三三頁以下、同「刑事司法の運営に関するアメリカ大統領諮問委員会の報告について」警察研究三八卷一號（一九六七）五三頁以下、松尾浩也「刑事司法の運営に関する大統領諮問委員会報告書について」家庭裁判月報二三卷六号（一九七二）一頁以下を特に参照。

- (49) 「少年司法運営に関する国連最低基準規則（北京ルールズ）」や「少年の非行防止に関する国連ガイドライン（リヤド・ガイ

ドライン」などの国連準則の内容と基本となる考え方に關しては、澤登俊雄・比較少年法研究会著「少年司法と国際準則」三省堂（一九九一）、齊藤豊治「少年司法と国際準則」犯罪と非行九〇号（一九九一）九八頁以下、同「少年司法：子どもの権利条約と三つの国連準則」法学セミナー四三九号（一九九一）六二頁以下を特に参照。

- (5) Recommendation No.R (87) 20 of the Committee of Ministers to member states on social reactions to juvenile delinquency. Council of Europe, Strasbourg 1987. は、未成年者の家族の協力、未成年者の権利・利益と被害者の権利・利益を考慮する目的で、タイワーージョンの促進につき、場合によっては立法と法実務の調査を行うよう、加盟国に勧告する。また、外国人労働者家庭出身の少年の犯罪行為に対する社会的対応について勧告を行った。Recommendation No.R (88) 6 of the Committee of Ministers to member states on social reactions to juvenile delinquency among young people coming from migrant families. Council of Europe, Strasbourg 1988. は、立法および実務において、タイワーージョンなどの措置がとられる際に、外国人労働者家庭出身の少年の差別的な取り扱いを避け、その土地の少年と同程度に利益を享受するようができるように加盟国政府が配慮するよう、勧告している。

- (15) Bundesministerium der Justiz, Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes, Stand: 30. August 1982, S.18.

- (22) Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf: Erstes Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1.JGGÄndG) vom 18. November 1983. 一九八三年専門委員会草案を検討するところについて Ulrich Eisenberg, Bestrebungen zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes, Berlin, New York 1984. を参照。

- (25) Vgl. Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf: Erstes Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1.JGGÄndG), Stand: Juli 1987, S.19. 一九八七年専門委員会草案は「経済的理由からつづ（一九八三年引用者）草案はせやに追求される」とはなごに述べ次のようにしている。「本草案は一九八三年専門委員会草案の内容を部分的には引き継ぐもの、いくつかのコストがかかる提案はもはや取り上げず、一九八三年専門委員会草案について表明された意見をきっかけとした一連の改正提案を付け加える」。一九八七年専門委員会草案を検討するものについて Ulrich Eisenberg, Zum Referentenentwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1.JGGÄndG) — Stand Juli 1987, MechtKrim Jg.71 Ht.2 1988, S.129ff., Matthias Zieger, Zum Referentenentwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des

Jugendgerichtsgesetzes (JGGE), Juli 1987, Strafverteidiger 7/1988, S.308ff. を参照。

(54) Leitsätze zum Jugendstrafrecht und Jugendstrafvollzug, ZblJugR Jg. 69 1982, S.821 ff.

(55) Thesen der SPD zur Reform des Jugendkriminalrechts, ZblJugR Jg. 69 1982, S.60 ff. 以下のような内容をもつ。①一四歳・一五歳の者による非行に対する少年刑法上の対応形態の代替策を、少年援助の改革により作ること、②一八歳から二一歳までの青年に対して、統一的に少年刑法が適用されるようにすること、③少年係裁判官のために、特別な専門教育と職業教育を行うこと、④少年審判補助の活動を拡充すること、⑤少年裁判所法第五条の手続打ちり規定を用いたダイヴァージョンを拡充すること、⑥教育処分と懲戒処分との分離をやめ、教育処分という概念の下において統合すること、⑦社会内処分を拡充するために、援護遵守事項を教育処分として少年裁判所法に導入すること、⑧教育活動に適さない休日拘禁と短期拘禁とを廃止し、施設内の社会訓練コースとして形成すること。その対象を特に危機に瀕した少年に限定し、期間も短期を二週間、長期を四週間とすること、⑨裁判官が命じる処分に少年が従わない場合、まず口頭による聴聞を行うものとする。裁判官が、不服従への対応として本来の教育処分に代えて、あるいはそれを補って、他の教育処分を命じることができるようになること、⑩更に著しい犯罪行為を懸念させるほどの大きな危険性が認識できる場合で、かつ他の教育処分では十分なものと考えられない場合にのみ、少年刑を短縮化し、不定期の少年刑を廃止すること、⑪刑期にかかわらずなく保護観察のために少年刑を延期すること。保護観察のための少年刑の延期を取り消す可能性を縮小すること、⑫少年刑が賦課されたことを、刑法第四八条の再犯理由としてはならないこと、⑬少年刑の執行形成は、社会治療に方向付けられるものとし、処遇には給付の性格をもたせ、強制手段は必要最小限に制限されなければならないこと、⑭少年刑においては、教科教育や職業教育が他の処分よりも優先されるものとする。⑮少年行刑において活動する協力者は、教育任務のための特別な能力を自由にできなければならないこと、⑯未決勾留を命じることと可能な限り避け、その代替策を拡充すること。未決勾留の執行形成を法律により規制し、未決勾留施設は、教育的援助の幅広い給付を自由にできなければならないこと、⑰少年行刑に関する独立した新たな法律をつくること。

(56) 一九八〇年代における少年裁判所法改正作業の進行経過については、宮澤浩二「青少年非行の動向と刑事政策的対応」〔岡藤重光博士古稀祝賀記念論文第三巻〕有斐閣（一九八四）二九七頁以下、同「最近における少年法制改正の動向」〔研修四八九号（一九八九）三頁以下、同「少年法制改正の新展開」〕〔慶應義塾大学法学部法律学科開設百周年記念論文集 法律学篇〕慶應

通信(一九九〇)三頁以下を参照。

- (57) Empfehlungen der Ad-hoc-Kommission »Diversions« vom 5. Februar 1988. in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), »Diversions« im deutschen Jugendstrafrecht. Bonn 1989, S.11ff. 一九八八年五月五日、六日の少年相会議における決定ならびに一九八八年九月二〇日から二二日までの司法相および次官会議における決定は、ほぼ同じ内容で、少年相会議、司法相および次官会議、それぞれが、少年裁判所法及び少年福祉法の改正に際して、アド・ホック・コミッション「タイウァー・ジョン」の勧告が考慮されるよう連邦少年・家庭・女性・健康相、連邦司法相に求める、と述べている。vgl. Beschlüsse der Konferenzen der Jugendminister und -senatoren und der Justizminister und -senatoren über die Einsetzung der Ad-hoc-Kommission »Diversions«, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), »Diversions« im deutschen Jugendstrafrecht. Bonn 1989, S.32f.
- (58) 「類回行為(Mehrfachauffälligkeit)」や「類回行為者(mehrfach auffälliger Täter)」の定義や「累犯(古)」との異同は、概念使用者により異なっている。例えば、「年間少なくとも二回以上警察による捜査の対象とされた少年」であるとか「レベルでエピソード的な少年非行とは異なる犯罪負因をもつ行為者」といった定義も見られる。vgl. Dieter Dülling, Mehrfach auffällige junge Straftäter—kriminologische Befunde und Reaktionsmöglichkeiten der Jugendstrafrechtspflege, ZfJ Jg. 76, Nr.7-8/1989, S.313ff. 本稿の記述においては、特に定義を与えることはしないが、複数回刑事司法的な統制を及ぼされる若年者(の行為)が、一九七〇年代おわりから問題とされ、その原因のひとつが「少年刑法」という制度に求められたということを確認しておきたい。
- (59) Vgl. Michael Walter, Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität, ZStW Jg.95 Ht.1 1983b, S.44ff., Wolfgang Heinz, Strategien Diversion in der Jugendgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland, RdJ Jg.32 1984, S.291ff., Ders., Neue Formen der Bewährung in Freiheit in der Sanktionspraxis der Bundesrepublik Deutschland, in: Theo Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek zum 70. Geburtstag, Berlin 1985, S.956ff., Günther Kaiser, Diversion, in: Günther Kaiser, Hans-Jürgen Kerner, Fritz Sach, Hartmut Schellhoss (Hrsg.), Kleines kriminologisches Wörterbuch, 2. Aufl., Heidelberg 1985, S.73. なお、H・シューラー＝シュプリングホルム、山中俊夫(訳)「ドイツ連邦共和国における少年犯罪」同志社法学三〇巻五号(一九七八)一頁以下も参照。
- (60) この時期におけるドイツ少年司法をめぐる累犯問題と統計の算出方法に関する議論については、宮澤浩一・前掲論文一九八

四註 (56) 一九七頁以下を参照。

- (61) Wolfgang Heinz, Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis. Eine Bestandsaufnahme. in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis. Bonn 1989, S.18ff.
- (62) Empfehlungen der Ad-hoc-Kommission »Diversione vom 5. Februar 1988, 1989 (Ann.57), S.11.
- (63) Christian Pfeiffer, Kriminalprävention im Jugendgerichtsverfahren. Köln, u.a. 1983, SS.238ff., 305ff.
- (64) 一九八〇年代「少年刑法における代替対応 (Reaktionsalternativen im Jugendstrafrecht)」 「ドイッチン少年刑法における教育的措施 (Erzieherische Maßnahmen im deutschen Jugendstrafrecht)」 「少年刑法上の対応をめぐる法的確証 (Jugendstrafrechtliche Reaktionen und Legalbewährung)」 「禁禁と登録めぐる犯罪行為ならびに刑法上での制裁の展開に関するローホー一ム研究 (Kohortenstudie zur Entwicklung polizeilich registrierter Kriminalität und strafrechtlicher Sanktionierung)」 という四つのテーマに関する犯罪学的実証研究の成果が、Konstanz大学にまとめられた。これらに関する個別的研究ならびにその結果については、それそれ、以下の文献を参照。「少年刑法における代替対応」に、Wolfgang Heinz, Jugendkriminalität und Jugendgerichtsbarkeit. in: Albin Eser; Günther Kaiser (Hrsg.), Drittes deutsch-sowjetisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Baden-Baden 1987, S.187ff. 「ドイッチン少年刑法に於ける教育的措施」に、Wolfgang Heinz; Christine Hügel, Erzieherische Maßnahmen im deutschen Jugendstrafrecht. 3. Aufl. Bonn 1987, S.21ff. 「少年刑法上の対応をめぐる法的確証」に、Renate Storz, Jugendstrafrechtliche Reaktion und Legalbewährung. Ergebnis einer Untersuchung zur erneuten justiziellen Registrierung nach formeller und informeller jugendstrafrechtlicher Sanktionierung von Jugendlichen des Geburtsjahrgangs 1961 anhand von Daten des Bundeszentralregisters. in: Wolfgang Heinz; Renate Storz, Diversion im Jugendstrafverfahren der Bundesrepublik Deutschland. Bonn 1992, S.131ff. 「禁禁と登録めぐる犯罪行為ならびに刑法上での制裁の展開に関するローホー一ム研究」に、Wolfgang Heinz; Gerhard Spieß; Renate Storz, Prävalenz und Inzidenz strafrechtlicher Sanktionierung im Jugendalter. in: Günther Kaiser; Helmut Kury; Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), Kriminologische Forschung in den 80er Jahren. Freiburg 1988, S.631ff. 「禁禁と登録めぐる」に、Wolfgang Heinz, Diversion im Jugendstrafverfahren. ZRP 1990 H.1, S.8ff. Wolfgang Heinz, Diversion im Jugendstrafverfahren der Bundesrepublik Deutschland. Gesetzgeberische Zielvorstellungen, kriminologische Grundlagen,

Umsetzung in der Praxis, Kriminalpolitische Folgerung, in: Wolfgang Heinz, Renate Storz, Diversion im Jugendstrafverfahren der Bundesrepublik Deutschland. Bonn 1992a, SS.5f., 56ff.

- (65) その他 少年裁判所法第四十五条第二号(旧法)により無条件の手続打ち切りを行った後の予後を検証することを目的とし、Köpenz 地方裁判所管区の検察局と Mainz 地方裁判所管区の検察局においてそれぞれ一九八三年秋段階の一〇〇件の刑事手続に関する記録分析を行った Martina Kalpers-Schwaderlapp による調査研究も、前科のない少年の単純窃盗行為者の場合でも、少年の万引き犯の場合でも、少年裁判所法第四十五条第二号(旧法)により打ち切った後のものは、少年刑事手続を遂行したものよりも、悪い特別予防効果を有していないことを帰結している。Martina Kalpers-Schwaderlapp, Diversion to Nothing, Mainz 1989.

- (66) Dagmar Pohl-Laukamp, Diversionspraxis im Lübeck, in: DVJ (Hrsg.), Jugendgerichtsverfahren und Kriminalprävention, München 1984, S.179ff. Lübeck 子どもの目的と内容について、次の文献を参照。Dagmar Pohl-Laukamp, Legalitätsprinzip und Diversion, Kriminalistik 3/1983, S.131ff.

- (67) Hermann Beckmann, Möglichkeiten zur Diversion im Jugendstrafverfahren in der Praxis der Jugendgerichtshilfe, ZblJugR, Jg.70 1983, S.211. Marl プログラムの目的と内容について、次の文献を参照。Hermann Beckmann, Ungenutzte Möglichkeiten des Vorverfahrens, in: Helmut Kury (Hrsg.), Kriminologische Forschung in der Diskussion : Berichte, Standpunkte, Analysen, Köln, u.a. 1985, S.417ff.

- (68) 一九八〇年代に行われた犯罪学的実証研究は、特別予防的観点からの非定式的手続の優位性とならんで、少年刑事手続に費やされる期間の長さにも関心を向けている。例えば、一九八七年に公にされた Wolfgang Heinz & Christine Hügel による研究は、手続打ち切りやいわゆる「新しい社会内処分」の効果とともに、少年刑事手続に費やされる期間の調査も併せて行っている。それによれば、検察官による捜査手続に平均六・八週が費やされている。そのうち簡易少年手続の場合が平均三・八週、法第四十五条第二号第一号、第二号(旧法)による手続打ち切りの場合が四・三から四・六週、法第四十七条第一号第一号(旧法)による打ち切りの場合が五・一週、法第四十七条第二号(旧法)による打ち切りの場合が六・七から七・四週、少年係裁判官による有罪言渡しがなされたものは六・八週、少年参審裁判所による有罪言渡しがなされたものが九・四週、檢察段階で費やされている。他方、裁判所で費やされる期間は、平均一五・一週であり、そのうち簡易少年手続の場合が七・七週、法第四十七条第

一項第二号(旧法)による手続の場合が手続が打ち切られるまでに「三・一から一五・一週」少年係裁判官による手続が「二・九週」少年参審裁判所による手続が一五・七週である。結局、遵守事項や指示の履行をも含んだ少年司法手続の全期間は、平均二・一週にも達し、最後に行われるから平均三週が経過しているとされている。また、簡易少年手続における有罪言渡しにより手続が処理される場合に検察局における手続期間が短いことには、その手続のわずか三・四%においてしか検察官が自ら捜査を行っていないこと、五六・八%が刑罰登録簿・教育登録簿からの情報を一度も求めていないことが寄与して「さうである」については併せて指摘されている。W.Heinz; Ch.Hügel 1987 (Anm.64), S.57ff.

- (69) Wolfgang Heinz, Mehrfach Auffällige - Mehrfach Betroffene. Erlebnisweisen und Reaktionsformen. in: DVJJ (Hrsg.), Mehrfach Auffällige - Mehrfach Betroffene. Erlebnisweisen und Reaktionsformen. Bonn 1990, S.30ff., Ders. Jugendliche Wiederholungstäter und Jugendstrafrechtspraxis. Das jugendstrafrechtliche Konzept der "schädlichen Neigungen" im Spiegel empirischer Befunde. in: Landesgruppe Baden-Württemberg in der DVJJ (Hrsg.), INFO 1/1989, S.7ff.

- (70) Peter-Alexis Albrecht, Jugendstrafrecht. 2.Aufl. München 1993, S.40.

- (71) P.-A. Albrecht 1993 (Anm.70), S.120f.

- (72) Thesen und Beschlüsse des Arbeitskreises VII: Thesen und Beschlüsse des Arbeitskreises VIII, Thesen und Beschlüsse des Arbeitskreises XIII. in: DVJJ (Hrsg.), Mehrfach Auffällige - Mehrfach Betroffene. Erlebnisweisen und Reaktionsformen. Bonn 1990, SS.419, 485, 700. 一九八九年に開催された第二一回ドイツ少年裁判所会議において行われた議論の紹介については比嘉康光「第二一回ドイツ少年裁判所会議について(一)(二)」立正法学論集二五卷一―二二号(一九九一a)八一頁以下、二四卷三―四号(一九九一b)一〇三頁以下を参照。

- (73) もっともその後のドイツ少年裁判所会議の提言には、若干のニュアンスの変化が認められる。一九九五年の第二三回ドイツ少年裁判所会議における第II/1ワーク・ショップは、次のように述べるからである。「類行行為者のグループは特別な問題領域を描く。ここではダイヴァージョンの考慮以外のことが必要であるように思われる。現在存在する可能性を尽くす場合ですら、自由裁量処分を阻止するために、そして制裁の螺旋を遮断するために、さらに新たな解決可能性が発見されなければならない。この問題領域においては、協力をより強めるために、幾つかの専門領域が呼び出されなければならないが、それを超えて、社会の考えも一新されなければならない。教育の欠如や社会的に困難な状況は、司法的な手段では除去されない」。「ダ

イヴァーシヨンの考慮以外のことが必要」と述べられているのは、この間の実務において、頻回行為者に対しては、余り手続打切りが適用されていない現実から出たものと考えられる。もっとも重要なことは、頻回行為の社会構造化とそれに対する刑法的統制の無力性、害悪性について認識については変化がなっていない。⁷⁴⁾ Thesen und Ergebnisse der Arbeitskreise. Forum II : Wandel der Arbeitswelten - Neue Herausforderungen für die Jugendkriminalrechtsplege. Arbeitskreis II/1: Vom Verdacht zur Anklage - Konstruktion von Wirklichkeit im Zusammenspiel von Polizei, Jugendgerichtshilfe und Staatsanwaltschaft. in: DVJJ (Hrsg.), Sozialer Wandel und Jugendkriminalität. Bonn 1997, S.767.

- (74) 一定の限度内において、しかも慎重な態度をもってではあるが、頻回行為者をも手続打切りの対象として捉えるべきであるという点においては、一九八九年少年裁判所法第一次改正法政府草案も同様の理解に立っている。第一次改正法政府草案に附された理由書は、以下のようにしている。「頻回行為の場合においても、特に少年が相当な間において非行に及び、あるいは保護法益の観点においても、犯行態様においても以前の非行と比較しえないほどに軽い犯罪行為に及んだ場合には、司法的対応なしに訴追を見合わせるべきを正当化し得る。」 Bundesregierung, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1.JGÄndG) vom 27.11.1989, BT-Drs. 11/5829, S.23f. 一九九二年に公じられたドイツ少年裁判所・少年審判補助連合の提案も次のように提言している。「へり返された軽微犯罪も、必ずしも刑法的な起訴強制を引き起すわけではなく」「へり返された頻回行為は、以前の制裁が「十分で」なかったことを示すものではない」。 Für ein neues Jugendgerichtsgesetz. Vorschläge der DVJJ-Kommission zur Reform des Jugendkriminalrechts. DVJJ-Unterkommission II. Ermittlungsverfahren/Diversion, DVJJ-Journal 1-2/1992, S.12f. また、第IV委員会は、次のように指摘している。「とびきり一四―二歳の者に対する少年刑の言渡しと成人に対する自由刑の言渡しとの対比により、軽微なものから中程度のものまでの犯罪を理由として裁判所の手続に乗っている若年の頻回被告人 (junge mehrfacheauffällige Angeklagte) は、成人よりも長期の自由剥奪を言い渡される著しく高いリスクをまっぴらごときに示すものではない」。 DVJJ-Unterkommission IV. Rechtsfolgenystem, DVJJ-Journal 1-2/1992, S.33. 一九九二年に公じられたロバーティーチの少年司法の改革提案によれば、後述第四章に於いて取り上げらる。

(75) Vgl. Thesen und Beschlüsse der Arbeitskreises I, in: DVJJ (Hrsg.), Mehrfach Auffällige - Mehrfach Betroffene. Erlebnisweisen und Reaktionsformen. Bonn 1990, S.125.; Dieter Dölling, Junge Mehrfach Täter und präventive Möglich-

keiten der Jugendstrafrechtsplege, ebenda, S.673. Klaus Breymann, Drehtür—nein danke, ebenda, S.683ff. など。H・シエラーII シュプリンクルム、土井政和(訳)「社会的周縁者の犯罪」九州大学法政研究六二巻一号(一九九五)一一五頁以下を参照。

- (76) P.-A. Arbrecht 1993 (Ann.70), S.120f., Ulrich Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz, 6.Aufl. München 1995, § 45 Rdnr.17 S. 455. Rudolf Brunner, Dieter Dörling, Jugendgerichtsgesetz, 10.Aufl. Berlin, New York 1996, §45 Rdnr.18 S.381. など。この45条の第1項の「十九六〇年代半ばに起こった」を「現れた」と改定。vgl. William Dallinger, Karl Lackner, Jugendgerichtsgesetz, 2.Aufl. München, Berlin 1965, § 45 Rdnr.6 S.393.

- (77) DVJJ-Unterkommission II, DVJJ-Journal 1-2/1992, S.19f.

- (78) Arbeiterwohlfahrt Bundesverband e.V., Jugend ohne Zukunft? — Befähigte statt Strafen —, Bonn 1993, S.16f. AWOが一九九三年に公にした少年司法の改革提案の二つは「後述第四章において取り上げる」。

- (79) Bundesregierung, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1JGGÄndG) vom 27. 11. 1989. BT-Drs. 11/5829, S.24f. は「同じ内容の指摘は」アム・ホック・ロツミンゲン「マイナー・ジーン」の勧告中にも見られる。vgl. Empfehlungen der Ad-hoc-Kommission »Diversione vom 5. Februar 1988, 1989 (Ann.57), S.14.

- (80) DVJJ-Unterkommission II, DVJJ-Journal 1-2/1992, S.20.

- (81) Friedrich Schaffstein, Jugendstrafrecht, 8. Aufl. Stuttgart, u.a. 1983, S.157.

- (82) Michael Walter, Über die Fortentwicklung des Jugendstrafrechts, NStW 1992 H.10, S.472. Michael Walter は、次のようにいう。「(一九八〇年代の「下からの改革」において)新しいことは、見方の変化である。刑法の縮小は既に刑事手続において考えられるべきである。一定の国家的制裁、特に自由剥奪制裁だけが問題があるもの、部分的には害悪をもたらすものではなく、判決へと進む手続も同様なのである。一つの決定的な利益は、実体的な法と手続法とをあわせて見ることに存している。刑事手続は単なる国家刑罰権の遂行としてのみ把握されるものではなく、同時に実体的な制裁的性格を有する。個別の、一般的な規範確証は既に手続において行われ、その効果は訓戒(少年裁判所法第一四条参照)の一態様としても解釈される」。

- (83) 一九八九年少年裁判所法第一次改正法政府草案に附された理由書は、次のように述べている。「軽微な少年犯罪の少なくない

部分に関して、若年者の逸脱行為はノーマルな現象である。このことは、初発的あるいは潜在的な犯罪的な非行化の徴候として評価されてはならず、また決して行為の発見、警察や少年審判補助、検察官との接触を超える結果に向かってはならない」。*Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1JGGÄndG) vom 27. 11. 1989*, BT-Drs. 11/5829, S.13.「すでに行為の発見および捜査手続による作用を超えてさらなる教育的処分が必要とはならない。責任量が少なく犯罪行為の影響が少なく少年に典型的な非行が問題となる場合、第四五条第一項の適用が妥当である。警察や検察官との対峙が少年により制裁と感じられており、大抵の場合、両親や教師、指導者あるいはその他の関係者により幅広い対応が引き起こされるということが一つでは考慮されなければならない」。BT-Drs. 11/5829, S.23.

(84) Vgl. W.Heinz 1992a (Anm.64), S.62ff.

(85) Günter Blau, *Diversion und Strafrecht*, Jura 1987 Ht.1, S.33.

第三章 教育思想と法治国家原則

第一節 「教育思想」批判

一 前章までに、犯罪学的知見を基底に手続打ち切りの射程の拡大が主張されていること、そして手続打ち切りの議論は少年手続のあり方をも問題としたことを確認した。しかし、手続打ち切りの議論射程が少年手続のあり方にまで及んでいたとすれば、そこで裏面から照射された「少年刑事手続」のあり方も、必然的に問題とならざるをえないだろう。本章では、まず、一九八〇年代における「教育思想」論の背景を確認し、「法治国家的」批判に焦点を当てる形で「教育思想」をめぐる全般的な議論を整理する。その上で、少年手続に目を向け、少年手続のあり方、少年

に対する「法治国家的保障」のあり方を検討する。これを通して、一九七〇年代おわりからの改革動向を通した「少年刑法」、「少年刑事手続」の捉え方の実質的変容を確認し、またあるべき少年手続、少年に対するあるべき「法治国家的保障」を確認したい。

二 「実務による少年刑法改革」の動きは、少年犯罪の軽微性・一過性・エピソード性・自然消滅性という少年犯罪像と刑法的介入の害悪性という犯罪学的実証研究から獲得された知見を基礎に、自由剥奪処分回避という方向をとった。このような動きは、多方面から支持されうる要素を含んでいたといえる。一方で、自由剥奪処分を回避すること自体は、国家による実体的な刑法的介入を最小限度に抑制するという観点において、法治国家原則に沿うものであった。他方では、自由剥奪処分の代わりに社会内の援助的措置を行うという観点において、社会国家的な思想にも適うものであった。このように「実務による少年刑法改革」は、法治国家的観点からも、社会国家思想のひとつの表現形態とされる「教育思想」という観点からも、支持されうる要素を内包していた。

しかし、このような「実務による少年刑法改革」が展開するに伴い、従来少年刑法の指導理念とされてきた「教育思想」という価値が、動揺を見せる。「教育思想」という指導理念を揺るがしたのは、「実務による少年刑法改革」の動向を支えたはずの犯罪学的実証研究の成果と「法治国家原則」という価値である。⁽⁴⁶⁾

例えば、少年犯罪の通常性や遍在性、その軽微性・自然消滅性・一過的現象性・エピソード性という少年犯罪像からのひとつの帰結として、次のことがいわれる。少年犯罪の原因は、特殊な「教育の欠如」という状態にあるのではない。むしろ少年犯罪は遍在的なものであり、ノーマルなものである以上、「教育」を理由として刑事司法的介入を行う必要はない。また、それが自然消滅的なもので一過的なものである以上、国家的な介入を行う必要はない。少年犯罪の原因を「教育の欠如」に見、「教育」を理由に少年に積極的に介入することは、「誤った教育思想」を導

くことになり、現在の犯罪学的知見と矛盾する。

現実の実務に目を向けた犯罪学的実証研究は、成人よりも少年の方が、未決勾留や少年拘禁、そして少年刑といった自由剝奪処分を頻繁に科されていることや無条件の手続打切りを適用される割合が少ないことを結論づける。⁽⁴⁷⁾ここからは、上の少年犯罪像とも相俟って、次のことが帰結されるに至る。国家的な介入が必要ないにもかかわらず、「教育」を名目として自由剝奪処分が賦課され、自由剝奪処分の期間が長期化されてしまう。「教育の必要性」という概念により「量刑のボーナス」が正当化され、劣悪な社会環境からの「道の遮断による教育」として未決勾留が正当化されている。少年刑法において「教育」をいうことは、成人に対して若年者を冷遇するものであり、「教育的理由からの割り増し」や「教育のための制裁エスケーション」は、比例性原則や責任原則に違反する。

また、少年刑法上の自由剝奪処分、少年刑事手続の害悪性という知見と「実務による少年刑法改革」の背景となつた現実的な再犯率の高さを根拠として、そもそも少年司法に携わる諸機関は「教育」の担い手として不適切であるとも指摘される。

このような運用の問題に加えて、次のような制度も「教育思想」と関連づけられてその問題性が指摘されている。すなわち、少年刑の短期が成人よりも長いこと(少年裁判所法第一八条、教育上不利益が生じる可能性のある事項について審理する際に、少年を審判廷から退席させること(少年裁判所法第五一条第二項)、教育上の理由に基づき未決勾留の算入をしないことができること(少年裁判所法第五二条a第一項)、教育上不利を生じるおそれがあるとき、判決理由を告知しないこと(少年裁判所法第五四条第二項)、成人制度に比して上訴の可能性が制限されていること(少年裁判所法第五五条)、少年には未決勾留の際に作業義務が存すること(未決勾留執行令第八〇条第二項)、少年裁判所法第四五条、第四七条による手続打切りに教育登録簿への登録効果があること(連邦中央登録簿法第六〇条第一項第七

号)などである。

三 ある意味では、「実務による少年刑法改革」の基本となる考えは、「教育思想」を捉え直す契機をすでに準備していたともいえる。「実務による少年刑法改革」は、まさに刑法的介入、特に自由剝奪により少年の成長に悪影響が及ぼされ、少年犯罪の根底にある矛盾が増幅されるという知見を推進力とした点において、「自由剝奪による教育」、「刑罰による教育」を否定する論理を内包していたからである。

しかし、一九八〇年代における「教育思想」の捉え直しやその批判により大きな契機を与えたのは、「実務による少年刑法改革」の現実的なあり方であったといえる。一方では、ダイヴァージョンが展開を見せたにもかかわらず、少年拘禁や少年刑を科される率が依然として低下しておらず、比較的重い犯罪行為の場合には「教育」と関連づけて自由剝奪処分が科されているとされ、その点における改革の不十分性が指摘されている。例えば、W.Heinzは、「教育思想」との関連において、「実務による少年刑法改革」の基本的な方向性は正当であるとしながらも、それはいまだ不徹底なものであるとし、その主因を実務に見られる「教育思想の誤用」に求めている。W.Heinzは次のようにいう。⁽⁴⁸⁾ 総じて見れば、教育思想は少年非行に対する相当な寛容を導き、ダイヴァージョン戦略から察すれば、社会的制裁の方向への少なからぬ転換も導いた。この一〇年に行われた「下からの刑事政策」は教育思想なしでは不可能だったであろう。しかし、少年刑法上の制裁実務による教育思想の「優先」の転換は、犯罪態様や行為の重大性という観点に方向付けられた制裁実務との関連において、少年や少年刑法により有罪を言い渡される青年が、部分的に成人よりも劣悪な地位に置かれるということを導いた、と。他方では、改革動向の核となったダイヴァージョンや社会内処分の拡大を捉えて、刑法的統制の拡大が指摘される。Heribert Ostendorfは、法治国家的観点から、次のようにして、この動向の基本的な方向性をも問題とする。⁽⁴⁹⁾ ダイヴァージョンと「新しい社会内処分」とに

より特徴づけられる改革動向は一般に「教育思想の優位」として評価されているが、それは「手続法への逃避」と「制裁法への逃避」というふたつの逃避運動により特徴づけられる。ダイウアージョンの適用は、平等原則に抵触するほどに不平等であり、手続の軟化をも招く。「新しい社会内処分」には、指示違反や遵守事項不履行の際には少年拘禁を科すといういわゆる「不服従拘禁」が背後に控えている。法治国家性の再考にこそ、少年刑法の未来がある、と。ここでは、「援助的」措置が最終的には自由剥奪という刑法的手段により担保されていることが問題とされ、現実として少年「刑法」の制度枠組のなかにある「実務による少年刑法改革」の動きに、刑法的統制の拡大が見取られるのである。

このように、一九八〇年代における「教育思想」論は、実際的な実務のあり方を背景としたが、ここでは、もうひとつの背景を加えて指摘することができる。それは、一九八〇年代に進められた少年裁判所法改正作業における議論のあり方である。一九八〇年代における一連の少年裁判所法改正草案は、その目的を「教育思想の強化」に設定する一方で、⁽⁹⁰⁾実務上有効性をもちえた施策を立法的に汲み上げる形態をとったが、そうした上でも重要な論点について不十分で消極的な態度をとったからである。⁽⁹¹⁾例えば一九九〇年少年裁判所法第一次改正法においても、少年刑の賦課要件としての「有害な性向」が保持され、少年拘禁の全面削除が避けられ、一四歳、一五歳の少年に対する未決勾留の全面的禁止が回避された。少年刑の賦課要件としての「有害な性向」や少年拘禁はナチス期の命令や立法に起源をもちながら、一九五三年法にも継承された制度であり、⁽⁹²⁾これらの制度に対する批判が長期に渡りくり返されてきたにもかかわらず、不十分な立法的措置にとどまったことは、「教育思想」の歴史的意義をも問い直させることになった。ここでも再び、一九五三年少年裁判所法の歴史的な位置づけ、特に一九四三年法との連続性が問題とされたのである。⁽⁹³⁾

P. A. Albrecht は、次のように主張する。⁽⁹⁵⁾ 現実として少年刑法も「刑法」である。少年刑法は、成人制度と効果が異なるだけであり、「刑法」という制度的枠組に変わりはない。「教育」という白紙委任的な概念を用いる点で、一九四三年法は一九五三年法の枠組において本質的に継承された。現行少年裁判所法上の「教育思想」は、憲法上疑いがあるほどに、具体的内容を規定しておらず、「空虚で開かれた概念」のままであり、過剰な司法的介入の契機となりうる。したがって「教育の優位」原則は撤回されるべきである。「教育」を説くことも必要ではあるが、その前に法治国家的保障を完全になす必要がある、刑法のウルティマ・ラティオ性、責任原則と比例性原則の再確認が必要である。少年刑法上の処分は、せいぜい将来の犯罪行為の危険性を阻止するという目的に資することが許されるだけである。

H. Ostendorf も次のように述べる。⁽⁹⁶⁾ 「教育思想」は、それがナチス・イデオロギーと密接に結びついたように、歴史的に刑罰拡大に資してきた。「教育」という衣服の中に全く別の決定因子が隠されている。強制手段を用いた処分による「教育」は、「教育必要性」という判断を媒介として、峻厳な処分を導き、「刑罰インフレーション」の扉を開く。「内心の転換」は強制することが許されず、このようなことは少年であっても、自己決定権や人間の尊厳（基本法第二条第一項、第一条第一項）に反する。少年裁判所法の法律目的は、若年者がさらに犯罪行為に及ぶことの予防を目的とした少年にふさわしい「個別予防（die Individualprävention）」に設定されるべきである。

このように、一九八〇年代、「実務による少年刑法改革」のあり方を大きな契機として、また一九八〇年代における一連の少年裁判所法改正草案のあり方を背景として、「教育思想」は、「法治国家原則」との関係においてその実質的意義を問い直されることになった。実際の実務のあり方、少年裁判所法改正論議のあり方は、「教育」を名目とした司法的介入への疑念を強め、「教育思想」による比例性原則や責任原則の侵害という図式下での、「法治国家

的保障」の高唱を導いたのである。「法治国家原則」を強調する立場にしても、「刑法的」過介入や「成人に対する少年の冷遇」を問題とする点に批判の焦点があることには、留意が必要である。しかし、このような「法治国家的保障」の強調は、「教育思想」の改廃という結論において、時として、その対極に位置するはずの少年刑法の峻厳化を要求する立場との「奇妙な一致」を見せるにまで至っている。

四 問題は、このような「法治国家的保障」を強調する立場において、少年の特性がどのように考慮されるかであろう。最も本質的な問題は、「法治国家的保障」という概念により、法に触れた少年に必要な措置を担保できるか、にある。

P.A.Albrecht は、自らが説く法治国家的保障の必要性は、形式的にも実質的にも、少年刑法を成人刑法と同化させることを求めるものではなく、成長過程にある少年や青年には、規範的に特別な地位を認めなければならないと主張している。⁽⁹⁸⁾ それでは、「規範的に特別な地位」とは何か。P.A.Albrecht は、このような少年の特性は、実体面においては、量刑において考慮されるとするにとどまる。少年刑事手続においても少年が起訴された事実が証明されること、そしてその有責性が裏付けられることが前面に据えられなければならない。もしそうだとすると、それと関連してはじめて、教育的な考慮を量刑に―そしてそこにおいてのみ―入れることができる、と。

H.Ostendorf は、「独立的な犯罪カテゴリーの創出」を提唱する。⁽⁹⁹⁾ 一般刑法と共通する少年刑法上の構成要件は、人の価値観により規定されている。そこには若年者が一般に理解できない構成要件、若年者にふさわしくない構成要件、そして若年者に不必要な構成要件が含まれている。さらに、若年者のために構成要件を制限的に解釈することも必要である、と。

これらの見解は、「法治国家原則」により刑法的統制の縮減を図るものであり、少なくとも「少年刑法」の枠組に

においては、少年へのふさわしさの考慮もあくまでその「法治国家原則」という枠の中で行うことになる。しかし問題は、刑法的統制を避けることができないと判断された場合、そこから何が帰結されるかである。少年の特性を徹底的に比例性原則や責任原則に還元するとしても、いわゆる積極的比例主義、積極的責任主義が内蔵する論理を免れることができない。徹底した刑法概念への還元によつては、少年の場合に必要な柔軟性が保障されず、逆に一般刑法においても現れている硬直した地位を永続的に承認するだけのことになると Günther Kaiser が指摘したように⁽⁴⁰⁾、むしろ安易な刑法概念への還元や平行移動は、成人制度の矛盾をも容易に取り込むことになろう。さらに、P.A.Albrecht のいうように「将来の犯罪行為の危険性を阻止すること」に少年司法の目的を据えたとしても、どのようにすればそうようにできるのかについて、「法治国家原則」は指針となりえないであらう。

この点において、「法治国家原則」の意義を認めながらも、「教育思想」を実質的に捉え直す W.Heinz の試みは、少年司法制度の原点を確認する上でも、「少年刑法」の変化を知る上でも、示唆に富むように思われる。W.Heinz は、次のように主張する⁽⁴¹⁾。一九二三年からの少年刑法の歴史のなかで立法や実務における「教育思想」の機能を見た場合、「特別予防的方向付けられた制裁合理化機能」と「行為応報的な刑罰の制限機能」がある。確かに「制裁合理化機能」は制限される必要がある。自由剝奪処分を正当化する「誤った教育思想」の使用を避けるためである。そのため、少年裁判所法上の「教育」の目的は、さらなる犯罪行為を避ける能力を少年に仲介することに限定され、特別予防が青天井にならないように、比例性原則での限定も必要である。しかし、「教育思想」の核心的意義は、「刑罰制限機能」にある。「教育思想」を少年刑法の「支柱」として残してのみ、応報刑の克服、責任応報思想を克服することができ、援助的・支援的・機会改善的・社会統合的な対応可能性を少年に準備することができる。「教育思想」の「制裁制限的機能」から導かれた「刑罰および刑事手続の補充性」原則は、教育的な対応を合理化する教育思想

との関連において、意味をもつ。「教育思想」の変革が必要であるとしても、比例性原則による枠内で援助的・支援的・機会改善的処分を確立する、教育思想の社会国家的機能を維持することに、その変革目的がなければならない。「法治国家原則」からは、援助的・支援的・機会改善的措置は裏付けられえない、と。

ここでは、国家的な刑罰を制限するという法治国家原則とパラレルな側面に、「教育思想」の核心的な意義が求められるとともに、そのような側面も援助的対応との関連において意味をもつと指摘されるのである。そして「教育思想」から少年への援助や支援といった要素が抽出され、このような要素は「法治国家原則」には還元しえないと主張されるのである。強制的な「教育」ではなく、少年への援助が必要であるとする見解は、強制的な自由剝奪処分を制度的な骨子とする「少年刑法」の捉え方の実質的変容を示すものといつてよい。そして、ここで、少年への援助という要素は自由主義的な「法治国家原則」に還元できないとされていることは、まさに正鵠を得た指摘であると思われる。

五 以上に検討したように、成長過程にある少年が固有にもつ、成人と同一の自由主義的な「法治国家原則」に汲み取りきれない要素を少年が冷遇される原因と目し、切り捨てるのであれば、制度的な少年へのふさわしさは担保できず、窮極的には少年制度は成人制度と同一のものに至らざるをえない。しかしそのようにすることは、同時に、少年制度が成人制度における矛盾をも取り込むことを意味する。そればかりか、少年を社会的に困難な状況から解放するのに必要な援助的要素を切り捨てるのであれば、少年犯罪をめぐる矛盾の増幅循環を断ち切ることはできない。もちろん、社会国家的思想に根をもつべき、少年が抱える問題解決にふさわしい「援助」も、恣意的な援助、押しつけによる援助を排すため、少年の自由権的な権利を前提としなければならない。だが、「法治国家原則」といった自由主義的概念のみでは少年へのふさわしさを担保できず、少年自身による問題克服への援助や支援とい

う要素を導出しえないのである。

第二節 少年刑事手続における「教育」と「法治国家原則」

一 「実務による少年刑法改革」は、少年手続の構造を正面から問題としたわけではない。しかし、その動向の核となった手続打切り、ダイヴァージョンの展開に伴い、手続的側面においても「教育思想」と「法治国家原則」との関係が問われることになったといつてよい。一方では、「法治国家原則」を強調する立場には、ダイヴァージョンの展開が手続の軟化として映じたからであり、他方では、先に触れたようにダイヴァージョンをめぐる議論自体が、コミュニケーションや少年の主體的な手続関与といった手続のあり方、手続の質をも問題としたからである。「ダイヴァージョンは間接的に全ての刑法上の手続を問題にする」といわれるように、手続打切りをめぐる議論は、手続過程自体の害悪性という観点のみならず、少年手続のあり方という視座からも、定式的な「少年刑事手続」を照射したのある。

しかし、手続打切りの議論が、手続のあり方自体をも問題とし、また、手続の軟化として批判されていたとすれば、逆に、定式的な「少年刑事手続」のあり方とその意義が、必然的に問題となるであろう。少年を対象とした手続は、どのようなべきものとされたのか。また、定式的な「少年刑事手続」の意義が「法治国家的保障」にあるとして、少年の特性は、それにどのように反映すべきものとされたのか。まず、少年手続はいかにあるべきものとされたのか、成人手続とは異なり少年手続ではどのような考慮が必要とされるべきなのかを検討しよう。その上で、少年に対する「法治国家的保障」のあり方を検討したい。

二 少年手続はいかにあるべきものとされたのか。まず、「法治国家的保障」を強調する立場から「教育思想」批判を行うH.Ostendorfが提唱する、「協働的制裁 (die kooperative Sanktionierung)」に着目しよう。H.Ostendorfは、少年が成長段階にあることやその未成熟性、少年がわずかな行為能力しかもっていないということは、成人と比べてより強められた法治国家的な保護を必要とする、と述べた上で、「法治国家性の再考」や「自立的な犯罪カテゴリーの創出」とならんで「協働的制裁」に少年刑法の未来があると主張する。それでは「協働的制裁」とは何か。

H.Ostendorfは、次のように説明する。⁽⁴⁰⁾「協働的制裁」は、司法取引のようなことを指すものではない。従来通りに制裁は、命じられ、決定され、最終的には強制的な手段により執行される。しかし、謝罪や損害回復、援護指示といった制裁に関しては、それがこのように執行されることは、最悪の結果を招く。それゆえ事前の聴聞や対話が全面的に勧められる。またそれを超えて、特に自由剝奪制裁においても、身体的自由という重大な利益の喪失に関し、通常はまったく余分なものとして考えられている同意であっても、それがあつた場合にのみ、態度や振る舞いを変化させる前提としての制裁を被告人が受け容れることができる。もちろん被告人から客体の役割を剥がし取り、被告人を制裁に関与する主体として理解することが、ここでも必要である。このような協働的制裁は、必要がある場合には、制裁執行を放棄することをも帰結する。正しく理解されたダイヴァージョンは、刑事手続の放棄や刑罰の放棄を意味するだけでなく、将来の遵法行為への「信頼の前貸し」をも意味する。このような「信頼の前貸し」に対応する態度は、強制によつては達成困難である、と。

このようにH.Ostendorfは、少年や青年の意見を聴くことや彼らとの対話、処分に対する若年者の同意を中心として、若年者自身が納得しうる手続の必要性を説くのである。ここでは、「内心の転換」を強制するという意味での「教育」が否定された上で、若年者自身の主体的な手続参加とそれを通じた納得によってのみ、態度の変化の前提

としての処分が受け容れられるとされるのである。

このような「協働的制裁」は、「法治国家的保障」の核心を抽出する試みであると同時に、Heike Jungが指摘したように、⁽¹⁵⁾「教育思想」を実質化する試みのひとつとして捉えられようように思われる。少年自身の主体的な手続参加、それを前提とした納得性の担保、大人である他の手続関与者による少年に対する信頼といった要素自体が、特に少年手続にとって必須の要素であることは、多言を要しない。少年の主体性と納得性は、「法治国家的保障」の核心となり、「教育」の前提とならなければならないだろう。

しかし、それらの要素は、少年を対象とした手続に必要なものではあっても、十分なものではないであろう。そもそも成長過程にある少年が主体的に手続に参加しうするためには、それを実現するための援助が前提として必要となる。そしてまた、少年手続においては、成人とは異なる少年に固有の属性をも考慮しなければならないはずである。

Horst Viehmannは、少年刑法と一般刑法との境界を画す「教育思想」を保持すべきであるとの立場から、少年手続においては、少年に固有の属性を考慮しなければならないと主張する。「捜査手続や審判手続、そして制裁の執行においては、少年の未成熟性や少年の頼りなさ、烙印押しの回避、不安の除去、コミュニケーションのあるかわり、個性の援護や成長発達の援護 (Persönlichkeits- und Entwicklungsschutz) という事柄を考慮するという、教育的な判断標識を教育思想は保障しなければならない。これらは、公正な手続という法治国家的保障から出てくるだけでなく、加えて、時折、それと衝突することもある」⁽¹⁶⁾。

ここでは、少年の未成熟性や少年の頼りなさ、烙印押しの回避、不安の除去、コミュニケーションのあるかわり、個性の援護や成長発達の援護という事柄を考慮することは、「公正な手続」からも要請されるものであると同時に

に、時に、「公正な手続」という「法治国家的保障」と衝突する場合があることが示される。実質的にどのような場合に、少年手続に必要な要素が「公正な手続」という法治国家的保障」と衝突するのは、具体的に示されていない。しかし、ここでは、少年を対象とした手続が、成長過程にある少年にふさわしくなければならず、少年の不安を除くことや、コミュニケーションのあるかわり、そして少年の個性を援護し、その成長発達の援護をも考慮しなければならないものであることが、明確に示されている。

成長過程にある少年を対象とする手続において、その個性を援護することや成長発達を援護することを考慮することは、成人と同様の「法治国家的保障」という概念では捉え切れないものであり、それを超える要素を含む。それに加えて、手続に乗ることが少年にとって非日常的な出来事であり、またそのことが、多かれ少なかれ、少年が社会的に困難な状況に立たされていることの結果であるとすれば、少年の不安を払拭することも少年手続に必須の要素とならなければならず、手続遂行の不可欠の前提とならなければならぬだろう。少年手続に必要な要素は、成人にとつての「公正な手続」から要請される場合もあるが、それと衝突する場合もある。その場合には、「公正な手続」の少年にふさわしい修正が必要とされるというべきであろう。もちろん、少年を対象とする手続は、少年自身が主体的に手続に参加しえ、その納得性を担保できるものでなければならぬ。しかし何より、それは、成長過程にある少年の存在そのものを考慮した、その個性を援護し成長発達を援護することをも考慮したものでなければならず、少年自身にふさわしいものでなければならぬのである。逆にそうしてこそ、少年の主体的な手続参加を担保することができるといえよう。「公正な手続」にしても成人と同じものではありえず、少年にふさわしい「公正な手続」でなければならないのである。

三 それでは、少年に対する「法治国家的保障」はいかにあるべきなのだろうか。少年の特性は、「法治国家的保

障」にいかなる影響を与えるのか。「法治国家的保障」は、成人の場合と同様に行われれば足りるのだろうか。

P. A. Albrecht は、少年の特性を指摘した上で、「法治国家的保障」との関係につき、次のように述べる。^(三) 若年者が行為能力に乏しいということは、刑事手続を意のままにできず、当局に抵抗できないことを意味する。少年は自ら有する権利をそれほど知っているわけではなく、むしろ進んで供述し、自白する。少年はそれにより当局の立証を軽減し、罪を認めさせられ、処罰される。ここからは、少年に対し少年刑事手続における手続的防禦権を強化しなければならないということが、帰結される。求められるのは、手続の軟化ではなく、フェア・トライアルの原則に沿い、憲法に適合する公正な手続である。おそらく少年刑法の最も良き教育的効果は、少年や青年が成人以上にノー公正な手続がもつ法治国家性の意味や意義を示されることから、生じるだろう、と。

ここでは、手続的防禦権を備えた「公正な手続」の保障、しかも成人以上の法治国家的保障こそが少年の教育に資することが示されている。しかし、成人に対するのと同じ「公正な手続」において「成人以上に」法治国家的保障をなす方法、少年の特性が「公正な手続」や「法治国家的保障」に与える影響は、ここでは明らかにされていない。「成人以上に」法治国家的保障をなすにはどのようにすればよいのだろうか。

「公正な教育的刑事手続 (das fairen Erziehungsstrafverfahren)」という概念を提示する Wilfried Botke の見解に目を向けよう。W. Botke は、次のようにいう。^(四) 「公正な教育的刑事手続」という指導的トポスは、刑事訴追機関や少年刑事司法機関を単に法律を遵守した行為へと仕向けるだけでなく、心を配ることや自由主義的で人道的に振る舞うことへと仕向ける。公正な手続は、実効性のある防禦権と参加権 (Beteiligungsberechtigung) をもった手続主体として、少年を受け入れる。すべての国家側の手続関与者は、このような権利に特に配慮しなければならず、国家側の手続関与者は、その権利行使のために、場合によっては、国家から独立した専門的な法律家による援助を準備し

なければならない。まさに「公正な」少年刑事手続においては、例えば無罪推定原則や自己負罪拒否特権といった保障原則が、形式的に保障されるだけでなく、一貫した公正な配慮をもって、行われなければならない。それは、例えば「少年にふさわしく(Jugendgemäß)」すなわち少年の理解力に適合し、それゆえ特に心を配った、法律の専門用語を用いない教示によって、行われなければならない。黙秘権あるいは防禦権への權威主義的な教育的介入を許すような、社会化に対する基本権(基本法第二条第一項)の誤った「少年にふさわしい」解釈によって、公正な少年刑事手続を歪めることは許されない。

ここで警告されるような、少年の視点をもたない權威主義的な介入が、少年にとつての「教育」ともなりえないことは、当然のことといえよう。その上でまず、注目したいのは、「公正な教育的刑事手続」においては、少年が主体として実効性のある防禦権と参加権をもたなければならない、そのために国家側の手続関与者はこのような権利行使に配慮しなければならないと主張されている点である。少年の防禦権と参加権とが保障されなければならない、それに実効性をもたせるために、少年の特性に特に配慮する必要がある、場合によっては、弁護人による専門的な援助をも準備する義務が国家にはあるとされるのである。さらにここでは、「公正な」教育的刑事手続においては、一般に「法治国家原則」に属するとされる事柄が形式的に保障されるだけでは足りず、まさに「少年にふさわしく」保障されなければならないと主張されている。つまり、「法治国家原則」が形式的にのみ保障されるだけでは足りず、「少年にふさわしく」保障されなければ、そもそも「公正な」手続とはなりえないことが、示されるのである。

ここに示されるように、少年を対象にした手続における「法治国家的保障」は、形式的なものでは足りず、その実質化がなければ、「公正な手続」たりえない。少年を対象とした手続が「公正」であるためには、成長過程にある少年の特性を実質的に考慮しなければならないのである。そうであれば、少年にふさわしい「公正な手続」は、当

然に成人と同様のものではありえない。少年に自由権的権利を實質的に保障しようとすれば、必ずしも成人と同じ人権概念には還元できない、成長発達過程にある少年が固有にもつ属性を必然的に考慮せざるをえず、それへの配慮が欠ける場合には、そもそも手続自体が「公正」なものとは、なりえないのである。その文脈で、少年を対象とする「公正な手続」は、成長過程にある少年の特性をふまえた實質的な防禦権保障のための国家的な配慮義務を前提とするのである。

四 ここでは、少年にふさわしい手続のあり方と法治国家的保障のあり方を検討してきた。ここで明らかとされたのは、次のことである。第一に、少年を対象とした手続は、成長過程にある少年にふさわしく形成されなければならない。少年の個性を援護することや成長発達を援護することをも考慮しなければならないということである。このように少年を対象とする手続に必要な要素は、必ずしも自由主義的な「法治国家原則」という概念では汲み尽くせない。そして第二に、少年に対する「法治国家的保障」は、成人なみのものでは足りず、それが少年にふさわしく実質化されないのであれば、そもそも手続自体が「公正」なものとはいえないということである。少年にふさわしい自由権保障の实質化は、自由主義的概念に必ずしも還元しえない少年の固有の属性をも考慮することを意味する。その意味で、少年を対象とした「公正な手続」は、成人と同じものではない。

五 本章では、「教育思想」と「法治国家原則」との関係を検討した。ここでの検討により、ふたつの事柄が確認できた。ひとつは、「実務による少年刑法改革」の展開や少年裁判所法改正作業の進展を背景として、そしてまた歴史認識の試金石としての性格をもつて、ドイツ少年司法をめぐり、「教育思想」、「法治国家原則」となるんで、「少年刑法」、「少年刑事手続」の捉え直しが見られるということである。例えば、次のような議論は、この捉え直しといえる。まず第一に、自由剝奪などによる強制的な「教育」ではなく、少年への援助が必要であるとされ

ていることである。第二に、少年「刑事手続」であっても、成人に対する手続と同じであってよいわけではなく、成長過程にある少年にふさわしく形成されなければならず、少年の個性の援護や成長発達の援護をも考慮しなければならぬとされていることである。そして第三に、少年に対する「法治国家的保障」は形式的なものでは足りず、実効的、実質的に保障されなければそもそも「公正な手続」たりえないとされていることである。「少年刑法」と称される枠組にあり、また一般に、審判構造的に、手続的権利を成人なみに保障することは比較的容易であると説明される「少年刑事手続」を採用するドイツにおいて、このような「教育思想」や「法治国家的保障」の捉え直しが見られ、「少年刑法」、「少年刑事手続」の捉え方が実質的に変容を見せているということは、少年手続のあり方、少年に対する自由権保障のあり方を考える上で、われわれに示唆するところが大きいであろう。もともと、一九六〇年代にK. Peters が主張したような、少年へのふさわしさの考慮を手続構造、審判構造にまで及ぼし、後見裁判所的手続構造こそが「法治国家的保障」に資するという見解は、ここでは影を潜めている。しかし、一九七〇年代おわりからの動向を通して、少年へのふさわしさを機軸として、「教育思想」の実質化、「法治国家的保障」の実質化の試み、そして「少年刑法」や「少年刑事手続」を捉え直す試みが見られることは、注目されてよいと思われる。

もうひとつは、少年司法の理念のあり方と少年司法制度のあり方、特に自由主義的権利概念との関係における理念のあり方と少年手続のあり方である。成長過程にある少年は、成人とは異なる固有の特性をもつ。このような属性への配慮は、成人と同じ権利概念、とりわけ「法治国家原則」といった自由主義的概念のみでは、捉え切れない。その概念に還元しえないものを少年が冷遇される原因と目し、切り捨てるのであれば、制度的な少年へのふさわしさは担保できない。もとより、少年に必要なのは押しつけによる「教育」や「保護」ではない。必要なのは少年犯罪をめぐる矛盾を断ち切るための少年自身への援助であり、少年の成長発達の援護である。

少年を対象とした手続、少年に対する「法治国家的保障」も、当然に成人と同じではありえない。その実質化が、成長過程にある少年の特性の考慮を不可欠なものとするからである。「法治国家的保障」に際し、少年の成長発達への援護という考慮がなされないとすれば、少年にとっては「公正な手続」が保障されたとはいえないのである。少年を対象とした手続を「公正」なものとし、「法治国家的保障」を実質化するためには、少年自身が手続に主体的に参加し、それを通して納得することが必要である。しかし、そもそもこのようなことを実質化するためにも、成長発達過程にある少年の特性の考慮と少年への援助が必要となる。少年に手続的自由権を実質的に保障しようとすればするほど、そして、少年を対象とする手続を「公正」なものにしようとすればするほど、少年が成長発達過程にあるという特性や少年に対する援助的要素を強く考慮せざるをえないのである。

- (86) 「教育思想」をめぐる全般的な議論に関しては、特に以下の文献を参照。Michael Walter (Hrsg.), Beiträge zur Erziehung im Jugendkriminalrecht. Köln, u.a. 1989, Jörg Wolff, Andzej Marek (Hrsg.), Erziehung und Strafe. Bonn 1990, Günther Kaiser, Ist der Erziehungsgedanke im Jugendstrafrecht wirklich veraltet? in: Max Busch, Heinz Müller-Dietz, Hans Wetstein (Hrsg.), Zwischen Erziehung und Strafe. Pflaenweiler 1995, S.9ff., R.Brunner, D.Dölling 1996 (Amm.76), S. 38ff.

- (87) Vgl. Christian Pfeiffer, Wird nach Jugendstrafrecht härter gestraft? Strafverteidiger 8/1991, S.363ff. 例えば、未決勾留を例にとれば、一九八〇年代、未決勾留を科された者の絶対数、少年刑法により有罪を言渡された者を母数とした未決勾留率ともに減少傾向にあった。しかし、未決勾留率のみを見た場合、少年刑法を対象としたものは、一般刑法を対象としたものよりも、その割合が高かった。この点については、註(47)を参照。

- (88) Wolfgang Heinz, Die Bedeutung des Erziehungsgedankens für Normsetzung und Normanwendung im Jugendstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland. in: Jörg Wolff, Andzej Marek (Hrsg.), Erziehung und Strafe. Bonn 1990, S.34f.

す。W. Heinz 1989 (Anm.61), S.30ff. を参照。

- (88) Herbert Ostendorf, Zukunft des Jugendstrafrechts, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Jugendstrafrecht durch die Praxis, Bonn 1989a, S.325ff.

- (89) Vgl. Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes, Stand: 30. August 1982, S.19, Referentenentwurf: Ein Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1.JGGÄndG) vom 18. November 1983, S.20, Referentenentwurf: Erstes Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1.JGGÄndG), Stand: Juli 1987, S.20, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1.JGGÄndG) vom 27. 11. 1989, BT-Drs. 11/5829, S.11.

- (91) 一九八八年オーストリア少年裁判所法が、その第五条第一項に、「少年刑法法の適用は、特に行為者が可罰的な行為を行わないようにするという目的をもつ」との規定をおき、法律の目的を明確化させたことも、ドイツ少年裁判所法の立法者の態度への批判が強くなされた背景となっている。

- (92) 少年拘禁制度の歴史的沿革については、宮澤浩一「少年拘禁 (Jugendarrest) について」慶應義塾大学法学研究四〇巻六号 (一九六七) 一頁以下を参照。

- (93) 特に一九四三年法と一九五三年法との連続性や共通性を指摘する見解は少なくない。W. Heinz も、次のように一九四三年法と一九五三年法との本質的な連続性を指摘する。自由剥夺制裁、特に少年刑も少年の「福祉のために」規定された教育的な対応として理解されたという点において、両者は共通している。両者の相違は、「一九四三年法において教育目的がナチス・イデオロギーの意味で理解されたのに対し、一九五三年法においては教育目的な内容的確定が放棄された点にある」と。W. Heinz 1990 (Anm.88), S.33. それに対し、「一九五三年少年裁判所法をこのように位置づけるかには、大きな意見の差違がある。」なお Michael Voß, Jugend ohne Rechte, Frankfurt, New York 1986, を参照。

- (94) Peter-Alexis Albrecht, Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen, ZStW Jg.97 Ht.4 1985, S.831ff., Ders., Jugendstrafrecht, München 1987, S.52ff., Ders. 1993 (Anm.70), S.66ff.

- (95) Herbert Ostendorf, Zur Ablesung des Erziehungsstrafrechts (Statement), in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Verteidigung in Jugendstrafrecht, Bonn 1987, S.90f., Ders. 1989a (Anm.89), S.325ff., Ders. Maßloses Erziehungsstrafrecht

oder gebändrigtes Präventionsstrafrecht? in: Michael Walter (Hrsg.), Beiträge zur Erziehung im Jugendkriminalrecht. Köln, u. a. 1989b, S.91ff., Ders. Jugendgerichtsgesetz, 4.Aufl. Köln, u. a. 1997, Grdl.z. § § 1-2.Rdnr.4.

- (6) Vgl. Initiative der CDU/CSU Bundesfraktion gegen Gewalt und Extremismus vom 22. Juli. 1993, DVJJ-Journal 2/1993, S.103f. 以下は「過激な暴力主義的犯罪に焦点が当てられ、行為者を一八歳から成人刑法により処罰する目的として少年裁判所法を改正が提案されている。具体的には次のように述べられている。従来、一八歳から二〇歳までの行為者は原則として少年裁判所法を適用されていた。しかし、一八歳で完全に行為能力があり、選挙権がある者は、その犯罪行為に因しても完全な責任を負うべきである」と。また、そこでは過激な暴力行為に対する少年刑の峻厳化も次のようにしてあわせて提案されている。少年犯罪者の場合に、刑罰から解放された生活のために教育が前面になければならないという少年裁判所法の問題は、生活現実には、もはや適合しない。少年刑の量定や執行の際に教育思想と並んで、将来的には、新たな重大犯罪に対する一般の保護も顧慮されなければならないような犯罪勢力を犯罪を犯した少年の数は示している」と。このような主張の問題性については、以下の文献を参照。Horst Viehmann, Zuerst die Ausländer, nun unsere Jugend, DVJJ-Journal 2/1993, S.106ff., Michael Walter, Gedanke zur "Initiative der CDU/CSU-Bundesfraktion gegen Gewalt und Extremismus", ebenda, S.111ff., Herbert Ostendorf, Strafrecht nicht politisch missbrauchen!, ebenda, S.113f., Hansjörg Adam, Anmerkung zu Ziff.3-5 der "Initiative der CDU/CSU-Bundesfraktion gegen Gewalt und Extremismus" vom 22. 06. 1993, ebenda, S.114., Christian Pfeiffer, Aufbruch zum Rückschritt?, ebenda, S.116ff. 極右少年をめぐる議論に関しては、ハイニン・シモン、石塚伸一（訳）「ドイツにおける青少年の極右的暴力行為」北九州大学法政論集二四巻一号（一九九六）八五頁以下も参照。
- (7) Horst Viehmann, Chancen einer rationalen Kriminalpolitik, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Das Jugendkriminalrecht als Erfüllungsgesellschaftlicher Erwartungen? Bonn 1995, S.231.
- (8) P.-A. Albrecht 1985 (Amm.94), S.853ff.
- (9) H. Ostendorf 1989a (Amm.89), S.331ff. 以下は「文書犯罪や車の改造、部品の組み替えなどが、「少年や青年が一般に理解できない構成要件」の例として挙げられ、損害額が一〇〇マルクまでの軽微な万引きなども「少年や青年にとって不必要な犯罪構成要件」であると述べられている。さらに、「少年や青年にふさわしくない構成要件」として、集団万引きや集団窃盗とい

った集団犯罪が例として挙げられている。少年期における集団形成はノーマルな現象であるばかりか、社会化、社会的統合にとって有益なものであり、これに対し刑罰をもつて挑むことは許されない」と主張されている。

- (80) Gunther Kaiser, Die Behandlung junger Rechtsbrecher zwischen informeller Konfliktregelung und defensivem Formalismus—Erziehung ohne Chance? in: Jörg Wolff, Andrzej Marek (Hrsg.), Erziehung und Strafe. Bonn 1990, S. 69.

- (81) W. Heinz 1990 (Anm. 88), S. 28ff., Ders., Abschied von der »Erziehungsideologie« im Jugendstrafrecht? RdJ 1992, S. 123ff., Ders., Abschaffung oder Reformulierung des Erziehungsgedankens im Jugendstrafrecht? in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung. Bonn 1992, S. 369ff.

- (82) タイヴァーシヨンの展開形態が、その評価の大きな背景となっている。ドイツ少年司法におけるタイヴァーシヨンは、裁判官によるものではなく、検察官による手続打切りを中心として、展開した。少年裁判所法第四五条によるものと第四七条によるものを併せた手続打切り率を見てみれば、全被制裁者数の四四％（一九八一年）から六一％（一九九〇年）にその割合は増加している。しかし、その内訳を見れば、検察局による手続打切り（少年裁判所法第四五条第二項（旧法））が全被制裁者中一三％から三八％に増加しているのに対して、「裁判官による非定式的教育手続」によるそれ（少年裁判所法第四五条第一項（旧法））は一〇％から五％へ、裁判官が行う法第四七条による手続打切りが二一％から一七％へ減少している。

- (83) Michael Walter, Jugendkriminalrechtliche Zielvorstellungen und die Reichweite der Reform des JGG durch die Praxis. in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis. Bonn 1989, S. 233.

- (84) H. Ostendorf 1989a (Anm. 89), S. 325ff., H. Ostendorf 1997 (Anm. 95), § 45, Rdmr. 21.

- (85) Heike Jung, Sanktionensysteme und Menschenrechte. Berlin, Stuttgart, Wien 1992b, S. 108.

- (86) H. Viehmann 1991 (Anm. 46), S. 258f.

- (87) P.-A. Albrecht 1985 (Anm. 94), S. 853ff.

- (88) Wilfried Böttke, Entwurf einer Teleologie des fairen Jugendstrafverfahrens. in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Verteidigung in Jugendstrafsachen. Bonn 1987, S. 77., Ders., Zur Ideologie und Teleologie des Jugendstrafverfahrens. ZStW Jg. 95 Ht. 1 1983, S. 102f.

第四章 立法による少年刑法改革——新しい「少年刑法」——

第一節 少年裁判所法第一次改正法

一 一九八〇年代おわりになると、「実務による少年刑法改革」の成果は、具体的な立法として形を見るようになる。そして一九九〇年の少年裁判所法第一次改正法の審議、公布、施行を契機として、そこで積み残された問題に取り組む新たな立法提案がなされるようになる。本章においては、「実務による少年刑法改革」の立法的汲み上げと立法的に残された問題という観点から一九九〇年少年裁判所法第一次改正法を概観した後に、その後公にされた立法提案を検討する。ここでは、新しい「少年刑法」の方向性を測りながら、少年手続のあり方に焦点を当てる。その検討を通じて、少年を対象とする制度において少年へのふさわしさを担保するためには、援助という要素が不可欠となること、援助という要素がなければ、少年に対する自由権保障も実質的には行いえないこと、そして少年手続の中心は少年自身でなければならぬことを確認する。

二 自由剥奪処分^(四)の回避と社会内処分^(四)の拡充という「実務による少年刑法改革」の基調となる考えは、一九九〇年少年裁判所法第一次改正法にもあてはまる。これは、一九八〇年代における少年裁判所法の改正作業が、犯罪学的実証研究に裏打ちされ、実務的に有効性をもちえた施策を汲み上げる形で進められたためである。

一九八九年少年裁判所法第一次改正法政府草案は、少年犯罪の通常性やエピソード性という少年犯罪像と、定式的な刑法的統制が少年に害悪を与えるという制裁効果に関する犯罪学的実証研究による成果とを反映させ、改正目

的として、冒頭、次のように述べる。「少年期における犯罪行為は大抵が教育的な欠如を徴憑するものではなく、むしろ成長期特有のあらわれとして、成人期への入口で鎮静し、以後はくり返されることがないということを、新しい犯罪学的研究は示した。したがって、少年への定式的な有罪言渡しは、一九五三年の立法者が必要であると判断したよりもずっと少ない場合において必要であるに過ぎない。」「非定式的処理のために定式的な制裁を放棄することが、どの程度に刑事政策的意義を有しているかという問題に関する研究は、非定式的処理が少なくとも軽微な少年犯罪や中程度の少年犯罪の領域に関して——コスト的に有利であり迅速で人道的な少年犯罪の克服可能性として、予防ならびに累犯回避の観点から刑事政策的にも高い効率性を有している、という知見を導いた。」「さらにそれは、実務において多様に試された新しい社会内処分（援護指示、社会訓練コース、行為者・被害者・和解）が、累犯危険性を高めることなしに伝統的な制裁（罰金、少年拘禁、少年刑）に広く代替しうることを示した。」「最後に、少年刑法の施設内制裁（少年拘禁や少年刑）ならびに未決勾留が、少年の成長にとって害を及ぼす副作用を有しうることは、長い間知られている」。

その上で、一九九〇年少年裁判所法第一次改正法により具体的に改正が図られたのは、以下の諸点である。①援護指示、社会訓練コース、行為者・被害者・和解、作業遵守事項の拡充（第一〇条）、②不定期の少年刑の廃止、③保護観察のための刑の延期を拡充し、これまでの原則・例外を逆転させ、刑期が二年までの少年刑において、保護観察のための刑の延期を必要なものとする（第二一条）、④少年拘禁を縮小し、休日拘禁を最高四回の休日から二回の休日に半減させ、それに伴い短期拘禁の期間を最高六日から四日に減らすこと（第一六条）、⑤非定式的処理可能性の改善（第四五条、第四七条）、⑥少年審判補助の機能の改善（第三八条）、⑦教育ホームへの一時収容の改善（第七一条）、⑧少年、特に一四・一五歳の少年に対する未決勾留の限定。未決勾留の比例性を吟味すべきことを明文化

し、その際に少年にとって執行がもつ特別な負担を考慮すべきものとする。また一六歳未満の少年について、逃亡のおそれを理由とした勾留を限定すること（第七二条⁽¹⁰⁾）、⑨未決勾留の場合における少年への必要的弁護人の選任。未決勾留が執行される場合に、少年に必要なに弁護人を附すること（第六八条⁽¹¹⁾）。

このように、第一次改正法は、少年刑や少年拘禁、未決勾留など少年に悪影響を及ぼす自由剥奪処分を回避することと実体的・手続的な非定式化とを基調としている。このことは、若年犯罪行為者の場合の未決勾留は、成長にとって重大な消極的な作用を及ぼす、として未決勾留を制限しているところに端的に表されており、一九五三年の立法者が考えていたよりも有罪言い渡しはずつと少なくて済む、として手続打切りを拡大していることに、窺い知ることができる。

三 このように、第一次改正法は、自由剥奪処分の回避と実体的、手続的な非定式化を図ったが、それが十分な改正であつたわけではない。

その理由の第一は、第一次改正法がコスト的思考に条件づけられていることに求められる。「社会内処分をより多く用いることは、財政的支出（日割り金額／少年）が何倍にも達する自由剥奪処分をしばしば不必要にする。その他、幾つかの社会内プロジェクトの枠組においては、ボランティアの協力者の助力を得ることが成功であつたことが確認されている。それを広く動員することは、コスト的に有利にも働くであろう⁽¹²⁾」。このように理由書が述べていることが、このことを特によく表している。第一次改正法によって改正が図られた諸施策は、あくまでもコスト・バランスというフィルターを通したものである⁽¹³⁾。

第二に、第一次改正法が積み残した問題である。一九八九年政府草案も自認しているように、第一次改正法が一九七〇年代おわりからの実務的蓄積を汲み上げるとどまつたものであることを考慮したとしても、それは不徹底

な性格をもつものであったといわなければならない。一九八九年政府草案に関する議会の審議においては、極めて本質的な事項に対し、異議が唱えられている。連邦参議院においては、指示違反、遵守事項の不履行時に科されるいわゆる不服従拘禁や少年拘禁が保持されていること、保護観察のための刑の延期を拡充することが不十分であること、第四五条、第四七条による手続打切りについて教育登録簿への登録効果が残されていることが批判されている。連邦議会においては、特に一四歳、一五歳の少年に対する未決勾留を廃止すべきこと、少年刑の賦課要件とされている「有害な性向」を削除すべきこと、休日拘禁・短期拘禁を廃止すべきことが、社会民主党会派や緑の党派により、主張されている。⁽¹²⁾ その上で結局、「有害な性向」という少年刑の賦課要件が保持されたこと、少年拘禁の全面廃止が回避されたこと、一四・一五歳の少年に対する未決勾留の廃止が避けられたことなどに、第一次改正法の不徹底性が表されているといえよう。

第三に、加えて第一次改正法は妥協的なものであったともいえる。社会民主党による動議中に含まれていた長年の懸案事項である青年の扱いや手続のあり方といった本質的な事項については、社会民主党による動議が連邦議会において多数をもって否決されるとともに、連邦政府に対する連邦議会勧告という形により審議を「第二次改正法」に先送りすることで政治的決着が図られている。⁽¹³⁾

そして最後に、改正法の理念が明確化されなかったことである。理由は次のように述べるにとどまる。「本草案は、その（一九五三年法の「引用者」）基本構造を保持し、本質的には、現行法の法律効果制度およびその前面にある教育思想をよりよく發揮する改正および補完に限定する。」「少年刑法は、教育に中心的な意義を付与している。若年者の犯罪行為は大抵成長期に限定されたものであり、しばしばその年齢の葛藤状況の結果として生じるものだからである。それゆえに、すでに現行の少年裁判所法は、まず第一に教育的対応を規定しているのである。本草案は、

…(中略)教育思想を強化したい⁽¹⁷⁾。第一次改正法は、このようにして、「教育思想」という概念を示し、自由剝奪処分の回避を方向付けるものの、その実質的内容を明確化しなかったのである。

四 このように一九九〇年少年裁判所法第一次改正法は、少なからぬ問題を積み残した。そのため、「少年裁判所法第一次改正法は、最近行われた『実務による少年裁判所法改革』を安定させ、その統一ならびに若干の明白な欠陥を取り除くことに寄与するだけで我慢している。したがってそれは、中間決済として捉えられる。しかし、必要である少年刑法上の新概念は生まれていない⁽¹⁸⁾」、「新しい規定は、実際のところ『完熟』したものではあるが、少年刑事司法に携わる実務家ならびに理論家にとってはほとんど新しいものをもっていない。それは満足されるものではないが、喜ばせるものではない⁽¹⁹⁾」と指摘されるように、それに対し全面的に積極的な評価が与えられているわけではない。

しかし、ここで確認しておかなければならないことは、不十分なものとどまり、妥協をも内包した第一次改正法においてすら、自由剝奪処分の回避と未決勾留の制限に手が着けられたということである。刑法的介入、特に自由剝奪を伴う介入が少年の成長に悪影響を与えるという経験的に揺るがし難い知見は、立法的にも承認されるものとなったのである。

第二節 ドイツ少年裁判所・少年審判補助連合(DVJJ)の立法提案

一 一九九二年に公にされたドイツ少年裁判所・少年審判補助連合(DVJJ)による立法提案は、第I委員会「非犯罪化」、第II委員会「捜査手続/ダイヴァージョン」、第III委員会「少年刑事手続」、第IV委員会「法律効果制度」

という四つの委員会がそれぞれ検討した提案からなる。⁽¹⁵⁾ そのため細部においては各委員会間に見解を異にする箇所も存するが、その提案は、第一次改正法が残した問題を取り上げることとを使命とする第二次改正法を睨むものとなっているため、捜査手続から執行、処分内容そして組織のあり方に至るまで、極めて包括的かつ詳細に検討を加えるものとなっている。以下、DVJJ提案の基本的な方向性と提案の柱を確認し、提案が措定する理念を検討した上で、少年手続のあり方に目を向けることにする。

二 DVJJ提案の第一の柱は、実体的な自由剝奪の回避である。一六歳未満の少年に対する未決勾留の禁止や一般的な未決勾留要件の制限などにより未決勾留を徹底して回避すること、⁽¹⁶⁾ 少年拘禁の廃止、保護観察のための刑の延期の拡充がこれに数えられる。手続打切り規定を用いたダイヴァージョンを拡充し、ほとんどの犯罪類型をその対象とすることや少年刑の刑期の短縮化、処罰成人年齢を導入すること、⁽¹⁷⁾ 実体的非犯罪化にかかわる提案もこのような方向の延長線上に位置づけられうるであろう。DVJJ提案は「少年援助法と少年刑法との二元主義を前提としていることをも含めて」⁽¹⁸⁾ 実体レビューにおける自由剝奪の回避という点では、第一次改正法と軌を一にするものであり、さらにそれを押し進めるものとなっている。

DVJJ提案の第二の柱は、手続の改革である。第三委員会は、「時代遅れの刑事手続における進歩的な刑法」という状況は現在でも変わっていないとしながらも、計画されている少年裁判所法第二次改正法で、少年裁判所法の包括的な改革が図られるために、この機会は「新しい少年刑事手続」にとって有利なものである、という。⁽¹⁹⁾ その上で、標語的に次のように述べている。「新たな少年刑事手続の中心は、客体としてではなく（そして善意の教育的努力の客体では決してない）、コミュニケーションのパートナーとしての、そして法治国家的に保障された被疑者の権利をもち、刑事手続的な公正さに対する権利をもつ主体としての、若年被疑者である」。⁽²⁰⁾

第三の柱は、少年司法に携わる者、関係機関の独自性、専門化の要請である。第II委員会は、少年司法を一般刑事司法の変形として扱ってはならないと述べ、少年裁判所を一般刑事司法とは切り離された独自の組織としなければならないと主張する。また、裁判官や検察官、ソーシヤル・ワーカーといった少年事件の関与者には特別な専門教育や職業教育が必要であるとしている⁽¹⁹⁾。第III委員会は、必要的弁護人の拡充に関連して、少年刑事事件における弁護人は、専門教育、職業教育を必要とし、心理学的、教育学的、社会的、犯罪学的知見を自由にできる能力をもたなければならない、と主張している⁽²⁰⁾。

三 それでは、新しい「少年刑法」の理念は何に据えられるべきか。DVJJ提案は、「実務による少年刑法改革」や第一次改正法の基本的な方向性自体は是としつつも、そこで表出した問題点と関連させて、「少年刑法」の指導理念としての「教育思想」の適性に疑念をさし挟む。一方では、自由剥奪処分を回避する措置が不十分であり、自由剥奪処分を「教育思想」によって正当化するという「教育思想」の誤用がその一因となっていると述べ、他方では、上訴の制限など従来「教育思想」から説明されてきた事項が法治国家原則に適わず、そのために若年者が成人に比して劣悪な地位に陥れられているというのである。

第IV委員会は、次のように述べる。「教育思想は、その好ましい教育学的専門用語がインフレ的に使用されることにより、規範定立や規範適用の限定に寄与する可能性を大幅に失った。危険なことに、教育思想は、一般刑法の責任原則により期待されるものをはるかに超え、援助と教育という概念の背後にしばしば刑罰を隠すことを、もはや見逃かせない不確定で空虚な形式となった⁽²¹⁾」。その上で、第IV委員会は、「教育思想」の修正を次のように試みる。教育思想は、もはや全少年刑事法を支配する指導原理となりうる唯一の機能ではない。内容的にそれを少年援助と共有することに限定し、若年者がさらなる犯罪行為に及ぶことを阻止するということに少年裁判所法教育目的を

限定する場合のみに、教育思想はその機能を満たしうる。「教育思想」は、「支柱 (Backkeller)」としての任務を負うとともに、責任思想と比例性原則による制限を受ける。責任は、個々人の責任非難があらゆる刑罰的対応の要件であることを意味し、制裁強度の量定に関する指導原理として理解されなければならない。少年裁判所法の枠では、若年行為者については発達精神学的な理由から、刑法的な有責任性は一般に緩和されると考えられる。比例性原則は全ての国家活動について妥当し、特に過剰禁止を導く。比例性原則は、一方では、処分の適切性と必要性を、他方では、最小限度の介入すら排除されえないのかどうかを証明しなければならないことを、内容とする、と。

このように、第IV委員会は、責任原理と比例性原則という概念を用いて「教育思想」の修正を試みる。それが刑罰主義への傾斜を意図したものではないことは、上に指摘したDVJJ提案の全体的基調からも明らかであり、むしろ逆に「誤った教育思想」による刑法的過介入の制限を意図したものである。

それでは、少年裁判所法の教育目的を「若年者がさらなる犯罪行為に及ぶことを阻止すること」に限定するとして、少年を対象とする制度の特質は、どのように理念に反映するのか。すでに先に示した箇所において、第IV委員会は、少年援助との共通性を保持することに「教育思想」の意義を見出している。第I委員会は、次のように主張し、このような視点をさらに明確にする。少年刑法の特別な目的として「教育原則」も妥当すべきかどうか、あるいは教育思想の削除によって誤った展開（刑罰による教育）を防止し、刑法を制限するという要求を明確にすべきかどうかということには、議論の余地がある。しかし、少年刑法の目的が応報、贖罪、威嚇をも前提とする一般刑法の目的とは区別されるように、少年刑法的な社会統制が、手続ならびに法効果に関して、補充性の原則という特別な考慮や少年にふさわしい形成を義務づけられているということについては、争いがない。少年裁判所法の指導思想は、刑罰思想の突破を要求する。国家的な制裁の是認ではなく、その制限が、特別な少年刑法の導入で目

的とされている。少年裁判所法の指導思想は、犯罪を契機としても、少年非行に対し劇化せず、慎重に援助的に対応し、そして場合によっては、まったく対応をなさないことを要求する。その点で、少年援助法と少年刑法の対応可能性間の平行性が明らかになる、と。

このように、DVJJ提案においては、新しい「少年刑法」の指導理念は刑罰思想の突破や国家的な制裁の制限とともに、少年に対する援助を主眼としなければならないと主張されるのである。ここでは、刑罰思想の突破や抑制という点においては法治国家原則との平行性を、少年に対する援助という点においては少年援助法との平行性を、少年刑法の理念は導出できるものでなければならないと主張されるのである。

四 それでは、このような指導理念をもつべき「少年刑法」における手続は、いかにあるべきか。手続の「少年にふさわしい形成」とはどのようなものか。第III委員会が、「客体としてではなく（そして善意の教育的努力の客体では決してない）、コミュニケーションのパートナーとしての、そして法治国家的に保障された被疑者の権利をもち刑事手続的な公正さに対する権利をもつ主体としての、若年被疑者」を「新しい少年刑事手続」の中心としなければならないと主張していることは、先に触れた。では、少年が手続の中心となるためには、どのようにすればよいのか。第III委員会は「コミュニケーション」を鍵概念として、主に少年係裁判官の行為態様に着目し、次のように述べる。⁽¹⁵⁾

一九八五年の少年司法に関する国連最低基準規則によれば、手続は「少年の最善の利益に資するものでなければならず、かつ、少年が手続に参加して自らを自由に表現できるような理解しやすい雰囲気の下で行わなければならない。要するに、期待されるのはコミュニケーション様式の改革である。しかし、実務における話し合いの短さ、少年が犯罪に及んだことにより手続に乗っているという状況を劇化すること、そして機械主義的に方向付けられたコミュニケーションの様式は、これに矛盾する。コミュニケーションの少なさに関しては行為態様に関する四つの要

素が必要である。すなわち、感情移入した非評価的な理解、少年係裁判官の被疑者に対する尊重・思いやり・配慮、少年係裁判官の表面的でない誠実な態度、そして少年と手続関与者との相互がどのように働きかけあっているのかを少年に分かりやすくすることである、と。

「社会教育的な手続代替としてのダイヴァージョン」に関連して、第II委員会が提案する「協議モデル(Konferenzenmodell)」は、このような手続の具体化のひとつといえよう。第II委員会は、「協議モデル」につき、次のように説明している。¹⁰先に受けた刑事手続において、審判が教育的に失敗したという経験をもつなど、定式的な審判手続においては精神的な達成を築きえない者が、その対象となる。若年者、少年係裁判官、少年審判補助が関与者となる「協議モデル」においては、立ち入った議論ややりとりといった内容をもつ手続の形態が考慮される。そこにおいて若年者は、自己責任により行動していることを経験でき、結果(処分)を自ら一緒に考えて、したがって結果である処分を受け容れることができるのである、と。

第III委員会は、先に述べたような少年係裁判官の行為態様は、責任の問題が激しく争われる法治国家的保障により護られた形式的な手続とは必ずしも折り合うものではない、と述べている。また、このようなコミュニケーションの問題は、法改正の問題ではなく、専門教育や職業教育の問題であると位置づけられ、円卓方式の採用や審判手続の二分制の採用も反対されており、その考慮が審判構造に反映されているわけではない。

このようなDVJJ提案は、手続の中心はあくまで少年であることを指摘し、少年係裁判官をはじめとする手続関与者の若年者に対する尊重・思いやり・配慮や表面的でない誠実な態度が、少年を対象とした手続において必要であることを述べる点において、大きな重要性をもつ。しかしながら、第III委員会は、このような少年係裁判官の行為態様は、責任の問題が激しく争われる法治国家的保障により護られた形式的な手続とは必ずしも折り合うもの

ではない、という。だが果たして、第Ⅲ委員会が述べるように、裁判官に必要な若年者に対する尊重・思いやり・配慮や表面的でない誠実な態度といった要素は、形式的な手続や「法治国家的保障」と衝突しうるものなのであるうか。むしろ、逆だと思われる。法治国家的保障を少年にふさわしく実質化するためには、裁判官のみならず、すべての手続関与者の少年に対する尊重・思いやり・配慮や表面的でない態度が必要であろう。少年に対するこれらの配慮や援助がなければ、そもそも少年は主体的に手続に関与することができず、そうだとすれば法治国家原則は実質的に少年に保障されないからである。少年にふさわしく法治国家的保障を実質化しようとすればするほど、大人である他の手続関与者による少年に対する配慮や援助が占める重要性は、大きくなるといわなければならない。

D V J J 提案が、「新しい少年刑事手続」の中心はあくまでも少年でなければならないことを指摘し、例えば、少年が大人のなかに埋没することにより少年自身が手続から疎外されてしまわないために、専門家の利用を慎重にし、必ず少年にその役割を理解させなければならないと主張していることは、まさに少年の主体的な手続参加を担保するための提言なのである。D V J J 提案が、少年審判補助を少年の援助者として位置づけ、そのために少年審判補助自体の手続的権利の強化を提案していること、さらにはまた、必要的弁護人制度の拡充を提案し、少年にふさわしい活動のあり方を求めていることも、まさに少年への援助という観点から実質的に法治国家的保障を及ぼすための提言なのである。その意味では、若年者に対する尊重・思いやり・配慮や表面的でない誠実な態度といった少年係裁判官に必要な行為態様は、責任の問題が激しく争われる法治国家的保障により護られた形式的な手続とは必ずしも折り合うものではない、という第Ⅲ委員会の見解は、不徹底なものであるともいえよう。

この限りにおいて、第Ⅲ委員会の見解は、問題を含む。しかし、D V J J 提案が示した、少年自身が手続の中心とならなければならないという視点は、強く再確認される必要がある。弁護人が少年に附いたとしても、このよう

な視点がなければ、結局は少年が大人のなかで埋没してしまい、少年自身が手続から疎外されてしまう。そのように少年が主体的に手続に参加しえないならば、結局は、実質的に法治国家的保障をなしたことにはならないのである。

五 以上に見てきたように、DVJJ提案は、自由剝奪処分や定式的な審判手続を可能な限り回避し、避けることができない審判手続においては、少年を中心とした手続運営がなされなければならない、という新しい「少年刑事手続」像を示すものといえる。DVJJ提案は、実体的には自由剝奪処分の抑制と少年への援助を、手続的にはコミュニケーション・パートナーとしての少年像、手続の中心としての少年像を核として、従来の「少年刑法」からの脱却を図るものと評価することができよう。またここでは、少年手続の中心は、あくまでも少年でなければならぬこと、そして少年に対し法治国家的保障を実質化しようとすればするほど、少年に対する援助的要素が強く考慮されなければならないことを、あわせて確認した。

第三節 労働者福祉協会（AWO）の立法提案

一 労働者福祉協会（AWO）が一九九三年に公にした改革提案⁽⁵⁾は、DVJJ提案に比べると概括的な記述にとどまるものではあるが、現在の少年刑法をめぐる問題状況の把握の仕方、それに対する理論的対処という点で大きな特色をもつ。まず、提案の機軸となる考えを概観し、具体的な提案内容を見た上で、手続の問題を検討しよう。

二 AWO提案の機軸となるのは、「本質的には重大犯罪の領域における規範確証に限定された（そして自由刑の場合においても治安の観点が重ね合わせられない）自由主義的法治国家的刑事司法と、広く刑事司法に依存せずに活動す

る近代的な少年援助との明確な機能分化⁽¹⁸⁾という視座である。「自由主義的法治国家的」な視点から刑法の役割を規範確証に限定し、しかもその適用範囲を極めて限定的なものとする⁽¹⁹⁾ことと、余り重大ではない行為の場合に少年援助優先の原則を強調することとは、刑法の抑止的な任務と社会国家的な援助的教育的任務との分離を可能にし、刑法の柔軟化傾向も阻止しうる、とAWO提案はいう⁽²⁰⁾。そのために、抑圧的な任務と援助的な任務とを結合させ、少年援助と刑事司法への過大要求・過大負担を導く「教育思想」は、「少年刑法」における指導理念としては放棄されるべきであると主張されるのである⁽²¹⁾。

では、なぜ「少年刑法」と「少年援助」とは厳格に分離されなければならないのか。AWO提案は、現在少年援助も司法も、犯罪に及んだ少年をめぐる激化する問題状況に適切に対応していない、という⁽²²⁾。高い累犯率が示すように、自由剝奪処分を用いる刑事司法制度は不合理なものである、あるいはそれに携わる少年係裁判官や少年係検察官は若年者のための教育の担い手として不適切である、という⁽²³⁾。教育と刑罰との結合において新しい質を探すもののそれを見つけていない少年刑法においては、「教育」と「刑罰」が結合することによって、一方では教育的活動の刑事化が、他方では量刑における「割り増し」や手続的権利の制約が、引き起こされる、というのである⁽²⁴⁾。

AWO提案は、特にダイヴァージョンに焦点を当てながら、「実務による少年刑法改革」を、次のように評価する。「教育者が司法に教育的な方向性を期待する一方で、法律家は世紀のはじめ以来、教育者の概念と内容を借用してきた。特にいわゆるダイヴァージョンにより、彼らは『ソーシャル・ワークとの協約における帝国主義的侵略』を企てた。それにより、双方の専門家が本来的な機能と権限とを―特に法治国家的に―必要な質で満たすことを困難にする危険性が強まったのである。」「これとの関連において重要なのは、成人刑法と少年刑法との共通性を再発見することである」⁽²⁵⁾。AWO提案は、「実務による少年刑法改革」の動きに、一面、本来少年援助とされるべき領域

への刑事司法による「侵略」を、他面、少年司法の「軟化」と少年の法治国家的権利の侵害を看取するのである。

三 それでは、少年司法はどのように改革されるべきなのか。「少年刑法」と「少年援助」、「法治国家原則」と「社会国家原則」との厳格な峻別を主張するAWO提案における具体的な改革提案は、大きくはふたつの事柄に分けられうる。ひとつは、体系的問題であり、「少年刑法」と「少年援助」、それぞれの対象範囲の画定にかかわる問題である。もうひとつは、そのようにして残された「少年刑法」のあり方をどのようにするのか、という問題である。

AWO提案は、次のように述べて、犯罪の重さを基準として、「自由主義的法治国家的刑事司法」と「社会国家的」な少年援助との対象範囲を画定する。¹⁵ 軽微犯罪が分類されるような犯罪の場合には、実体的な輕微性の原則が妥当し、介入なしに手続が打ち切られる。中程度の犯罪の場合には、刑罰的対応に対し、援助的対応が優先する。すでに少年裁判所法第四五条第二項および第四七条は、少年援助による教育的措置を認めており、刑事手続を打ち切ることができるようになっている。そして、争いがないのに暴力行為に及び、他人の人格的不可侵性を著しく損なった場合などの「重大犯罪」のときには、一般予防を考慮しない「規範の確証」を目的とする刑事司法が優先する。しかしこのような措置は、少年刑賦課要件としての「有害な性向」や「責任の重大性」の削除など、年齢および少年の特別な生活状況にふさわしい制度構築に向けた抜本的改革を前提とする。またこの場合でも、少年自身あるいは少年の成長にとって有害な結果を回避するために、可能な限り自由剝奪を回避するという原則が妥当する、と。

それでは、その上で残された「少年刑法」はどのように変革されるべきか。AWO提案は、次のような具体的な改革施策を提示する。¹⁶ いわゆる青年を全面的に少年刑法の対象とすること、少年拘禁やいわゆる不服従拘禁を廃止すること、保護観察を改善し、その取消しは保護観察期間中に新たに少年刑の言渡しがあった場合にのみ行われべきものとする、一四歳、一五歳の者について未決勾留を禁止すること、一六歳という処間成人年齢の導入な

により拘禁を回避すること、重大な暴力犯の場合にのみ規範確証のために少年刑を賦課し、その期間を最長五年に限定すること、刑期の二分の一が経過した後、原則的に、仮釈放を行うべきこと、そして未決勾留や少年刑が科される全ての手続において弁護人の選任を保障することなどである。

四 このようにAWO提案は、「少年援助」の活動領域を拡大し、「少年刑法」が妥当すべき範囲を大きく限定した上で、自由剝奪の回避を図る。この点からいえば、AWO提案に見られる一種の「刑法主義」は、刑罰主義とは異なっている。しかし、「少年刑法」の領域において、少年を対象とする制度の理念として「教育思想」を否定し、「法治国家原則」と「社会国家原則」とを厳格に分離することは、何を帰結するのか。問題は、狭い範囲で残されるべきものとされる「少年刑法」において、少年の特性が実質的にどのように考慮されるかであろう。

AWO提案は、実体的側面につき、次のように述べている。「重大な犯罪の場合も、経験的に解明された少年刑法は、一般予防的思索には、立ち戻ることが許されない」、「少年に対する国家的な刑罰要求は、比例性原則による特別な方法において限定される。比例性原則は、刑罰を制限する特別な機能をもつ。少年は、成人よりも少なくしか、行為の責任を負わせられないからである」^④。

それでは、手続的側面はどうであろうか。AWO提案は、現下の「少年刑事手続」において少年が疎外されている状況を、次のように指摘する。「形式化された手続 (das formalisierte Verfahren) や、警察官、検察官そして裁判官の官僚的／家父長的な態度は、心を開くこと (Öffnung) や受け容れ (Akzeptanz) よりもむしろ少年の抵抗や反抗的な態度を強めることに寄与することを、いくつかの経験的な研究は裏付け、記述している。裁判官が明らかに実際的な問題を理解していなかったということ、裁判官自身が、審判内容の推移や判決を言葉の上においても意味内容においても、理解することすらできていなかったということが、少年たちにより、再三にわたり、述べられてい

る。少年は、審判の経過を公正な審判運営として、稀にしか評価していない⁽¹³⁾。しかし、AWO提案は、現在の少年刑事手続に関し、「教育的手続」はフィクションから出発したものである、という。少年を納得させ、少年がさらに犯罪行為に及ばないようにするほどに、関係司法機関や関係者が少年に感銘を与えるというのは、フィクションであるというのである⁽¹⁴⁾。

それでは、このような現状にある審判手続を、どのように改革すればよいのか。AWO提案は、円卓方式による審判手続も、余り適切なものとは思われない、と述べ、次のようにいう⁽¹⁵⁾。裁判官や検察官が、教育者の役割を代わりに果たすことは、余り意味のあることとは思われない。それは、法治国家的な手続を遂行するのに負担となり、教育という隠れ蓑の下で、刑事手続的、憲法的に保障された被告人の基本権を減じることになる。司法の唯一の任務は、少年刑事手続においても、個々の事案における規範確証に寄与するように、構成要件、違法性、有責性、そして行為に見合った制裁を確定することである、と。このようにして、AWO提案が最終的に活路を見出すのは、弁護人選任の保障である。「少年の利益代弁を強化し、社会内での代替策の探求を推進し、少年にとって手続の内容と経過を明瞭で納得のいくようにするために、未決勾留や少年刑が科される全ての手続においては、弁護人の選任が保障されなければならない⁽¹⁶⁾」と主張するのである。

五 AWO提案に見られる全般的な問題としては、「規範確証」概念の不明確性、その一般予防との異同等が指摘されている。しかしその中でも最も本質的な批判は、少年援助と少年刑法との厳格な分離は、独自の少年制度の存在をもちや正当化しない、という批判であろう⁽¹⁷⁾。AWO提案は、単に制度をより行為の重さに見合ったものにし、行為者の若い年齢を理由として特別に緩和された刑罰を保持しようとするだけであり、そうであれば、特別な少年裁判管轄は必要なく、ましてや「教育的に能力のある」少年係裁判官や少年係検察官は必要なくなる、という批判

は、正鵠を得ている。

それに加えてここで議論の俎上に載せたいのは、A W O 提案における少年手続のあり方、少年に対する手続的な「法治国家的保障」のあり方である。A W O 提案は、「心を開くことや受け容れよりもむしろ少年の抵抗や反抗的な態度を強めることに寄与する」要素のひとつとして、「形式化された手続」を挙げる。この点は、「少年刑事手続」においてまさに少年自身が疎外されている現実を示す点で、われわれにも教えるところが多いであろう。しかしその一方で、A W O 提案は、「定式化は、被疑者、被告人そして被有罪言渡し者の手続的権利の擁護を意味する」と述べ、「少年刑事手続」の徹底した形式化を図った上で、弁護人選任の保障を提案している。

しかしながら、まず第一に、A W O 提案が自ら指摘するような少年の疎外状況が「少年刑事手続」の現実としてあるとすれば、弁護人の手続参加のみにより、「少年にとって手続の内容と経過が明瞭で納得のいくように」することができるのであろうか。もちろん、弁護人の選任を保障すること自体は、評価されなければならない。少年の主體的な手続関与を保障するという意味においては、弁護人が手続に関与する意義は、極めて大きい。また、現実的に検察官が立ち会う「少年刑事手続」を採るドイツにおいて、必要的弁護制度を拡充することの意義は過小評価してはならないだろう。⁽¹⁰⁾ しかし、ここで、もし、少年手続の中心は少年自身であるという核心的な視点が欠けるとすれば、弁護人が少年手続に関与したところで、大人の中に少年が埋没することにもなるだろう。手続関与者の「官僚的／家父長的な態度」が少年の疎外を招くと同様に、少年手続の中心は少年であるという視点を欠き、形式的にのみ弁護人が手続に関与することになれば、少年はますます手続から疎外され、主體的に手続に参加しえず、結局のところ、実質的な法治国家的保障はなされなくなるであろう。ここでは、少年手続の中心はあくまで少年であるべきであるということが再確認されなければならない。このような意味で、弁護人の選任を少年に保障するこ

とも、法治国家的保障を実質化するための必要条件ではあっても、十分条件ではないのである。

そして第二に、「法治国家原則」と「社会国家原則」とを厳格に峻別するAWO提案の「少年刑法」、「少年刑事手続」においては、援助的要素が存在しないことになり、少なくとも国家的な援助義務はないことになる。「法治国家的保障」を実質化しようとするれば、少年の主體的な手続関与が不可欠である。しかし、そもそも成長過程にあり未成熟な少年が主體的に手続に参加しうるためには、他の手続関与者による少年に対する援助が必要である。少年に対する実質的な「法治国家的保障」が援助という法治国家原則からは導出しえない要素を不可欠なものとする以上、AWO提案が示すような「社会国家原則」と切り離すことによる「法治国家原則」の徹底は、逆に「法治国家原則」を実質的に保障しえないことになる。

AWO提案は、ある意味では、「少年刑法」において最も「法治国家原則」を強調し、最も「法治国家的保障」を徹底するものといえよう。しかし、そうであるがゆえに、少年に対する「法治国家的保障」が形式的なものにとどまることの危うさを、AWO提案は呈示しているように思われる。「法治国家原則」という自由主義的な概念に還元できない要素を切り捨てるのであれば、少年に対する実質的な「法治国家的保障」すらできなくなるのである。その意味で、少年に対する「援助」の裏付けを欠いた「法治国家原則」は画餅に帰する。少年に対する法治国家的保障は、少年を中心とした手続において、少年にふさわしい援助を前提としたものでなければならないのである。

六 以上に、一九九〇年少年裁判所法第一次改正法と一九九二年DVJJ提案、一九九三年AWO提案を検討してきた。ここでもふたつの事柄を確認しておこう。第一は、新しい「少年刑法」の方向性についてである。少年裁判所法第一次改正法やその後の新しい立法提案に共通して見られる方向性は、実体的な刑法的統制の縮小にある。内容的に不徹底で妥協をも内包した第一次改正法ですら、少年拘禁、少年刑の回避を図り、未決勾留の制限にも着

手した。その後のDVJJ提案、AWO提案においても、処罰成人年齢の創設などの新たな提案も含めて、第一次改正法が示した自由剥奪の回避、ダイワージョン範囲の拡大という方向性は、継承、発展させられている。実体的な脱刑法化が、一貫した方向性であるといえよう。

第二は、「教育思想」と「法治国家原則」との関係、なかんずく手続におけるその関係である。第一次改正法は、「教育思想」のあり方や手続のあり方そのものにつき、明示しなかった。その後のDVJJ提案、AWO提案では、意見の相違が見られる。「教育思想」から何を抽出するのか、「教育思想」と「法治国家原則」との間に交錯点を認めるのか、両者を厳格に峻別すべきものと位置づけるのか、である。少年刑法の縮小や少年援助の拡大という方向性、そして個々の具体的な提案の多くにおいても一致を見せる両提案の相違は、残されるべき「少年刑法」がいかにあるべきかという点にある。DVJJ提案が、少年への援助、コミュニケーション・パートナーとしての少年像、少年を中心とした手続を核として、新しい「少年刑法」像を描くのに対し、AWO提案は、「自由主義的法治国家的保障」と徹底した手続の形式化に活路を見出そうとしている。

しかし、両者の本質的相違は、少年に対する実質的な「法治国家的保障」という点において、顕在化する。少年に対する実質的な「法治国家的保障」は、少年自身の主体的な手続参加を前提とし、そのための援助を不可欠の前提とする。その意味で「社会国家原則」と切り離された「法治国家原則」の徹底は、その実質的な保障の不可能性を帰結する。

また、両提案が形式的には一致を見せる必要的弁護人制度の拡充についても、それが少年に対する実質的な「法治国家原則」の保障に資するか否かという点において差違が生じうる。少年に対する実質的な「法治国家的保障」が、少年自身の主体的な手続参加を不可欠のものとする以上、少年自身が手続において疎外されてはならない。少

年を対象とした手続の中心は少年であるという核心が欠ければ、弁護人が手続に関与したところで、実質的な「法治国家的保障」はなしえない。少年を対象とした手続における「法治国家的保障」は、少年が手続の中心であることを不可欠の要素とし、また少年への援助的要素を不可欠の前提とするのである。

もちろん、AWO提案が「教育思想」を「少年刑法」の指導理念として放棄すべきものと位置づけたことは、刑罰主義を排すことを企図したことから出たものである。極右少年による犯罪の問題化や統計上の少年犯罪の増加の問題化を背景に、政治的にも新保守主義的な主張が強まっていることが背景としてあることにも留意する必要がある。しかし、そうであるがゆえに、逆に、成人と同一の国家活動制約原理である「法治国家原則」という概念では拾い切れない要素、少年の特性の考慮を安易に切り捨ててしまえば、結局は、結論において容易に刑罰主義と一致を見てしまうということが、確認されたというべきであろう。

- (109) 少年裁判所法第一次改正法については、以下の文献を参照。Curt Weischenk, Gravierende Mängel des Entwurfs zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes. ZRP 1990 Ht.11, S.418ff., Reinhard Böttcher, Klaus Weber, Erstes Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes. NSZ 1990 Ht.12, S.561ff., NSZ 1991 Ht.1, S.7ff., Wolfgang Heinz, Das Erste Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1JGGÄndG). ZRP 1991 Ht.5, S.183ff., Thomas Trenczek, Das Neue Jugendstrafrecht. Neue Justiz 5/1991, S.195ff., 6/1991, S.245ff., 7/1991, S.288ff., Alexander Böhm, Zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes. NJW 1991 Ht.9, S.534ff., H.Viehmann 1991 (Anm.46), S.256ff., H.Jung 1992a (Anm.43), S.186ff. わが国において、少年裁判所法第一次改正法を紹介したものとして、以下の文献を参照。丸山雅夫「ドイツの少年裁判所法について」南山法学一六卷三・四号(一九九三)一三七頁以下、後藤弘子「ドイツの少年裁判所法について」澤登俊雄編著・前掲書一九九四註(14)二〇三頁以下、比嘉康光「ドイツ少年刑法改正概観」『吉川経夫先生古稀祝賀論文集 刑事法学の歴史と課題』法律文化社(一九九四)五九二頁以下、同「ドイツ少年刑法について(上)(下)」ケース研究二四五号(一九九六)二

頁以下、二四九号（一九九六）二頁以下。なお、一九九七年四月一日現在妥当している少年裁判所法およびその基準の邦訳については、土井政和・武内謙治（訳）『ドイツ少年裁判所法および同法基準』九州大学法政研究六四巻第一号（一九九七）一七七頁以下（そのうち少年裁判所法の抄訳については、澤登俊雄・斉藤豊治編著・前掲書一九九八註（14）四二八頁以下）を参照。

- (10) Bundesregierung, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1.JGGÄndG) vom 27.11.1989, BT-Drs. 11/5829, S.1.
- (11) BT-Drs. 11/5829, SS.11f., 15ff.
- (12) BT-Drs. 11/5829, S.12.
- (13) BT-Drs. 11/5829, SS.12, 19f.
- (14) BT-Drs. 11/5829, SS.12f., 18f.
- (15) BT-Drs. 11/5829, SS.13, 23ff.
- (16) BT-Drs. 11/5829, SS.13, 22.
- (17) BT-Drs. 11/5829, SS.14, 29f.
- (18) 一九八九年政府草案に附されている理由書は、未決勾留とその基礎となる行為との比例性が考慮されていないという批判や、まさに若年の犯罪行為者に未決勾留の執行が特別な負担を与えるということが余りにわずかしき考慮されていないという批判がある、と指摘した上で、「一四―一五歳の少年の場合、逃走のおそれを理由とした未決勾留は、例外的にのみ認められる、と述べる。BT-Drs. 11/5829, SS.14, 30ff. また、理由書は、「殺人罪を有責に犯し、世間的には特に危険であると考えられた一四歳―一五歳の少年の場合であっても、原則として、未決勾留は、適切でないように思われる」としている。BT-Drs. 11/5829, S.33.
- (19) 理由書は、未決勾留下にある少年に対する必要な弁護人の選任は、二つの側面の考慮から出たものであると述べる。ひとつは、少年の防禦能力の考慮である。次のように指摘される。少年は、未成熟であり、人生経験が欠け、国家机关とのかわりにつき経験がなく、言語表現能力が限られている。さらにまた成人に対し防禦することは容易ではなく、少年がひとりで裁判所に対し、侵害強度が低い他の収容形態により未決勾留を回避しうる可能性を示すことも、困難である。このような事情は自由剥奪によりさらに強められる、と。もうひとつの側面は、成長期にある少年が普段の生活環境から切り離される意味の考

慮である。次のように述べられる。未決勾留下にある少年は特に孤独でひどく苦しむ。未決勾留それ自体において、そして若年者が成長下でありその人格が固まっていなかったために、若年者が著しく不利益を及ぼされる状況に置かれることを考慮しなければならぬ。自由剝奪のみならず、普段の社会環境から切り離されることが悪影響を及ぼすことは、成人よりも少年の場合に顕著である。と。BT-Drs. 11/5829, SS.14, 26f.

(120) BT-Drs. 11/5829, S.15.

(121) 理由書は、さらなる包括的な改正の必要性があることを認めた上で、「問題を解決する提案がなおも仕上がっておらず、あるいはなお十分に議論なされていないために、」本草案は、少年刑法の一定の問題群については取り上げない」とし、そのような問題群には以下の事項が属するとしている。①青年の刑法的処置、②教育処分と懲戒処分との関係、③少年刑の賦課に関する要件、④少年刑の構造的な形成、⑤少年刑事手続における弁護人のさらなる協力、⑥少年の過剰な援護の危険性(教育思想／比例性原則)、⑦少年司法の制裁実務における制裁評価思想(Strafaxendenken)および上昇傾向(Aufschaukelungstendenzen)、⑧少年刑事手続における少年審判補助の地位と任務、⑨捜査手続と上訴手続、⑩少年刑法の特殊性に関する裁判官、檢察官および弁護人の専門教育と職業教育、⑪少年係裁判官が制裁を命じ遂行する場合に、少女および女性の利益を場合によっては強く必要に考慮すること。BT-Drs. 11/5829, S.14f.

(122) 具体的には、一九八九年一〇月一八日にBerlinによりふたつの動議がなされ、同年一〇月一九日にはNordrhein-Westfalenによる動議、同年一〇月一九日にHamburgによるふたつの動議が提出されている。

(123) Vgl. Antrag der Fraktion der SPD. Reform des Jugendgerichtsverfahrens. BT-Drs. 11/4829, S.1f. その後、再び連邦参議院において法案が可決される直前の一九九〇年七月六日には、結局は否決されたものの、Saarlandにより、短期拘禁を削除する目的で、両院協議会を求める動議がなされている。

(124) 青年(Heranzwachsende)に関する少年裁判所法上の扱いが長年の懸案事項であることについては、宮澤浩一「西独における年長少年法制の問題点」家庭裁判月報一七巻五号(一九六五)一頁以下、同「西独における年長少年法制の改正動向」家庭裁判月報一八巻六号(一九六六)五九頁以下を参照。

(125) 社会民主党による動議が議論の必要性を指摘するのは、以下の諸点である。①少年刑事手続の打切りに関する要件の改善、②援護指示、社会訓練コース、作業指示、行為者・被害者・和解などの社会内処分、社会教育的処分のカatalogを拡大し、施設

内処分を縮小すること、③教育処分と懲戒処分との区別を破棄すること。その代わりに単一化された教育的処分が考慮されるべきこと、④問題解決を少年と一緒に試み、実地的な援助を給付する施設内の教育的処分として、少年拘禁を形成すること、⑤少年刑の要件を新たに整理すること。「有害な性向」の概念は代替なく削除されるべきであり、少年刑は特に重い犯罪行為の場合にのみ科すことが許されるものとする。期間は、原則として、行為責任により画されるが、教育的に適切である場合には、期間は行為責任により画される限度を下回って量定されるものとする。⑥不定期の少年刑を削除すること、⑦保護観察のための刑の延期を拡充すること、⑧未決勾留の制限。一四歳一五歳の対する未決勾留の禁止。その代わりに社会内処分又は少年援助の施設への一時的な収容を行うこと、⑨三〇歳以上の者を少年係裁判官に任官すること。任官後五年間、この職から外さないこと。犯罪学、社会教育学、心理学、精神医学の分野における適切な職業教育を法律中に文面化すること。少年係検察官にも同じことが妥当すべきこと、⑩少年刑事手続における弁護を拡充すること、⑪青年を完全に少年刑法中を含めること。青年に対する少年刑の期間を一〇年を超えないものとする。⑫ Antrag der Fraktion der SPD vom 28. 6. 1989, BT-Drs. 11/4892, S.14. なお、少年裁判所法第一次改正法は、連邦議会において、最後まで政府草案の妥協性を認めず賛成に加わらなかった緑の党を除いて、社会民主党を含めた圧倒的多数により可決されている。社会民主党は、第二次改正法に本質的事項を移すことで第一次改正法の妥協的性格を承認したものと見られる。

- (126) Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6.Ausschuß) vom 19. 6. 1990, BT-Drs. 11/7421, S.3. 連邦議会が連邦政府に対し一九九二年一〇月一日までに提出するよう勧告した第二次改正法が取り組むべきとされる事項は、以下のものである。すなわち、①青年の刑法的処置、②教育処分と懲戒処分との関係、③少年刑の賦課に関する要件、④少年刑事手続における弁護人のさらなる協力、⑤少年の過剰な保護の危険性「教育思想／比例性の原則」、⑥少年司法法の制裁実務における刑罰評価思想と上昇傾向、⑦少年刑事手続における少年審判補助の地位と任務、⑧捜査手続と上訴手続、⑨少年刑法の特殊性に関する裁判官、検察官、弁護人の専門教育と職業教育、⑩少年係裁判官が制裁を命じ、遂行する場合に少女、女性の利害関係を強く必要に考慮すること、⑪行為者・被害者・和解の価値の引き上げ、である。なお、少年裁判所法第二次改正法政府草案は、いまだに連邦議会に提出されていない。

- (127) BT-Drs. 11/5829, S.11.

- (128) W.Heinz 1991 (Amn.109), S.186.

(129) A.Böhm 1991 (Amn.109), S.534.

(130) Für ein neues Jugendgerichtsgesetz. Vorschläge der DVJJ-Kommission zur Reform des Jugendkriminalrechts. DVJJ-Journal 1-2/1992, S.4ff. D.ハーン提案は、次の文献にも収録されている。DVJJ (Hrsg.), Jugend im sozialen Rechtsstaat. Für ein neues Jugendgerichtsgesetz, Bonn 1996, SS.212ff., 282ff., 456ff., 514ff. 以下は一九九二年DVJJ提案を引用する際には、DVJJ-Journal 1-2/1992によるものとし、委員会名と頁数を示すことにする。DVJJ提案と後に検討するAWO提案はすでに、川出敏裕「ドイツにおける少年法制の動向」ジュリスト一〇八七号（一九九六）八六頁以下により比較的詳しく紹介されている。これら二つの立法提案を比較したものと、以下の文献を参照。Tobias Merkle, Beate Newinger, Karen Risse: Irene Skrobaneck, Vergleich der Reformvorschläge der DVJJ und der AWO zum Jugendkriminalrecht. DVJJ-Journal 1/1994, S.11ff., Christian Scholz, Hat die Jugendkriminalrechtspflege eine Zukunft? DVJJ-Journal 3-4/1995, S.290ff. など。DVJJの組織構成と活動内容については、比嘉康光・前掲論文一九九一a註(72)八一頁以下を参照。

(131) 例えば、行為者、被害者、和解の効果に因して、第I委員会は、可罰性自体がなくなるとするのに対して、第IV委員会は、検察官、裁判官が手続を打切ることを義務づけられるとしている。DVJJ-Journal 1-2/1992, SS.13, 29.

(132) 第I委員会は、「一六歳未満の少年につき未決勾留が排除される」とはもちろなく、若年者一般につき、未決勾留はなおも強く制限されなければならないと主張し、「定まった住居がない」とやその他の若年者の困難な生活状況は、「犯罪行為をきつかけ」としたとしても未決勾留を導いてはならないと述べている。DVJJ-Unterkommission I, Entkriminalisierung 1992 (Amn.130), S.12. 第III委員会は、「一六歳未満の少年に対し未決勾留を科すことが許されないとすることを前提として、現行法第七二条第二項において「逃走のおそれを理由とする未決勾留」の制限が妥当としている「一六歳」未満という年齢を一八歳にまで引き上げるべきであるとし、さらに比例性原則を強く考慮することが必要と、定まった住居のないことは逃走の危険をまったく根拠づけるものでないこと、「民衆の怒り」も勾留理由となりにえないことを主張している。またそこでは同時に、次のように主張されている。少年裁判所法第一次改正法における明確な刑事政策的目的は継続されなければならない、さらに発展させられなければならない。ここでは、まず勾留の回避が重要であり、次に未決勾留の期間の短縮化が、最後に具体的な勾留状況の改善が問題となる」と。DVJJ-Unterkommission III, Jugendverfahren 1992 (Amn.130), S.25. 第IV委員会も第III委員会と同内容の提案をなしている。DVJJ-Unterkommission IV, Rechtsfolgensystem 1992 (Amn.130), S.37f.

(133) 第IV委員会は、少年拘禁を代替なく廃止すべきだとしている。少年拘禁に関する累犯調査は懐疑的な評価を下している。と指摘し、少年拘禁を受けた者の約三分の二は、単純窃盗や無免許運転といった軽微犯罪であり、その言渡しに関しては、失業やアルコールの問題、外国人であることなどが考慮されている」としている。DVJJ-Unterkommission IV 1992 (Ann.130), S.33f.

(134) 第I委員会は、次のように述べている。「少年に対する自由剥奪を阻止しようという長い間存在している努力に応じて、委員会は、一六歳からのもしくは一六歳前からの一般的な処罰成人制度（処罰未成年制度）を導入することを支持する。少年裁判所法の教育目的に関して、少年刑法の施設内制裁が優れているとはいえないマイナスの結果を示しており、少年の成長にとって様々な害悪を与える副作用をもっていることは、昔から知られている。少年拘禁—それが完全に廃止されない限りにおいて—と少年刑は、この年齢層の者に対し、もはや賦課することが許されない。」その上で、「一六歳未満の少年に対しては、自由剥奪処分は、これを科しえない」とする新たな条項を少年裁判所法上に規定すべき」とが提案されている。DVJJ-Unterkommission I 1992 (Ann.130), S.12, 13.

(135) 第I委員会は、「過去に挫折した統一化された少年法に関する試みは、委員会の見解によって蘇らせられない。ちょうど施行された児童ならびに少年援助法はこのような議論にひとつの暫定的な終止符を打った」とする。DVJJ-Unterkommission I 1992 (Ann.130), S.9.

(136) DVJJ-Unterkommission III 1992 (Ann.130), S.23.

(137) DVJJ-Unterkommission III 1992 (Ann.130), S.23.

(138) DVJJ-Unterkommission II. Ermittlungsverfahren/Diversion 1992 (Ann.130), S.17f.

(139) DVJJ-Unterkommission III 1992 (Ann.130), S.24.

(140) DVJJ-Unterkommission IV 1992 (Ann.130), S.27.

(141) DVJJ-Unterkommission I 1992 (Ann.130), S.10. なお、第II委員会も同趣旨の事柄を次のように述べる。若年の犯罪行為者は教育的観点から減殺されない法治国家的な手続的保障および防禦権保障を受ける。少年刑事法の手防可能性を用いるための社会教育者による援助の提供を尽くすこと、すなわち特に問題克服、葛藤克服のための給付、生活実際的な援助のための助言、そして手続的措置による悪影響を減少させるためにダイヴァージョンによって手続を終結させることとして、教育の概念

と機能を理解する。」¹⁴² DVJJ-Unterkommission II 1992 (Ann.130), S.17.

(142) DVJJ-Unterkommission III 1992 (Ann.130), S.24.

(143) DVJJ-Unterkommission II 1992 (Ann.130), S.20.

(144) DVJJ-Unterkommission III 1992 (Ann.130), S.24. ところで、次のように述べられている。「若年者を越えて物事が決定されないように、専門家の役割は極めて慎重にのみ利用されることが許される。専門家がいつ、どのような役割を果たすのかが常に若年被疑者に明らかでなくてはならない。それによつてのみ枝葉末節ばかりの対話を避けることができるのである」。

(145) DVJJ-Unterkommission II 1992 (Ann.130), S.20ff. DVJJ-Unterkommission III 1992 (Ann.130), S.23. ところで、質疑権、記録閲覧権、全手続中における意見表明権が不可欠であるとされ、逆に弁護人との同一化を避けるために、証拠提出権、固有の上訴権、証言拒否権は少年審判補助に附与すべきではないと主張されている。

(146) 第三委員会は、現在の実務に対して必要な弁護人制度は相当に拡大されなければならないとの認識を示した上で、「未決勾留又は刑事訴訟法第一二六条aによる仮收容が執行される場合」に弁護人が選任される、とする現行少年裁判所法第六八条第四号の規定を、それらの処分を課する前に選任する、との規定に変えるべきであるとしている。DVJJ-Unterkommission III 1992 (Ann.130), S.25f. また、第三委員会は同時に、弁護人選任の時期も問題とし、通常、成人刑事手続においても、弁護人の選任は遅きに失している、と指摘した上で、次のような規定を少年裁判所法第六八条第二項として創設すべきであると提案している。「弁護人の選任は、可能な限り早期に行われるべきである。疑問の余地がない場合、このことはすでに捜査手続の開始時から行われなければならない。警察が行う被疑者に対する初めての尋問において、必要な弁護の事件であることが判明した場合、尋問は、打ち切られなければならない。尋問は弁護人の選任後はいじめて再開することができる」。DVJJ-Unterkommission III 1992 (Ann.130), S.25. これらの必要的弁護の拡充に加えて、第三委員会は、若年者の心理的負担の考慮という観点から、「勾留又は逮捕された少年に対し警察や検察官、裁判所による告知と聴聞が行われる場合には、少年の求めに応じて、少年が信頼する者が呼ばれなければならない。少年はこの権利について、証明できるように教示されなければならない」と主張する。DVJJ-Unterkommission III 1992 (Ann.130), S.24. この「信頼する者」を捜査過程に立ち会わせるという制度は、オーストリア少年裁判所法第三七条に範をとったものであると説明されている。ウド・イエシオネク、宮澤浩一（訳）「オーストリアにおける少年犯罪と少年刑法」家庭裁判月報四八巻一二号（一九九六）二七頁は、この制度につき、次のように説明している。「少年が

警察等の保安官署又は裁判所により拘束されたとき、従つて、未決勾留が課される前に、少年の要請により、原則として、一人の信頼する人 (Vertrauensperson) が呼ばれる (法三七条)。信頼する人として考慮されるのは、法定代理人、教育権者、親族、教師、教育者、児童福祉の機関・少年審判補助機関・保護観察の代表であり、その使命は、尋問の際に、少年を心理的に支え、尋問が適法に行われていることを監視することだが、質問権・申立権を持たない。」

- (147) Arbeiterwohlfahrt Bundesverband e.V., Jugend ohne Zukunft? — Betätigen statt Strafen — Bonn 1993. AWO 提案の基本視座および「少年刑法」にかかわる提案の要約として、Monika Frommei, Bernd Maeicke, Für ein normverdeutliches und liberal-rechtsstaatliches Jugendstrafrecht. Neue Kriminalpolitik 3/1994, S.28ff. を参照。

- (148) AWO 1993 (Ann.147), S.13.

- (149) vgl. AWO 1993 (Ann.147), S.15.

- (150) vgl. AWO 1993 (Ann.147), SS.2, 13.

- (151) AWO 1993 (Ann.147), S.2. 所謂では、個人主義化や労働市場における状況の変化といった社会的傾向やそれらと結びついた新たな分配闘争 (三分の二社会や新しい貧困) に鑑みれば、従来とは異なる政治戦略が必要である、と主張されている。

- (152) AWO 1993 (Ann.147), S.20.

- (153) このように AWO 提案が「法治国家原則」と「社会国家原則」とを厳格に分離すべきであると主張し、「教育思想」を「少年刑法」の理念として否定していることは、諸機関の負担軽減の問題や少年審判補助の役割葛藤という問題も色濃く反映している。現在の少年審判補助の役割は、「一方では、国家的な刑罰要求を満たし、それを確保すること、他方では、少年援助の一部として少年局や民間の担い手による教育的任務の代理人であること」という「二重スパイ」的なものと指摘されている。AWO 1993 (Ann.147), S.23. 少年審判補助の役割をめぐる葛藤については、比嘉康光「ドイツ少年審判補助制度概観」「立正大学法学部創立一〇周年記念論文集 現代の法と政治」日本評論社 (一九九二) 二〇一頁以下を参照。なお、比嘉康光「少年審判補助の実践」[中山研一先生古稀祝賀論文集 第五巻 刑法の展開] 成文堂 (一九九七) 一九九頁以下も参照。

- (154) AWO 1993 (Ann.147), S.2.

- (155) AWO 1993 (Ann.147), SS.14, 16f.

- (156) AWO 1993 (Ann.147), S.20ff.

- (157) AWO 1993 (Anm.147), S.16.
- (158) AWO 1993 (Anm.147), S.22f.
- (159) AWO 1993 (Anm.147), S.22.
- (160) AWO 1993 (Anm.147), S.23.
- (161) AWO 1993 (Anm.147), S.23.
- (162) Frieder Dunkel, Jugendhilfe- und/oder Jugendstrafrecht? Neue Kriminalpolitik 3/1995, S.24.
- (163) AWO 1993 (Anm.147), S.14.
- (164) 例えは、一九九五年において、弁護士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、一六・七％（五三六八件）であり、少年参審裁判所においては、五四・五％（五三九四件）、少年小裁判部による手続では、七二・三％（二一八九件）、少年大裁判部による手続においては、八七・一％（三二二二件）である。vgl. Stephan Barton, Laßt sich die niedrige Verteidigerquote in Jugendstrafsachen mit mangelnder Verteidigungseffizienz begründen? in: Michael Walter (Hrsg.), Strafverteidigung für junge Beschuldigte. Pfaffenweiler 1997, S.146. ドイツ少年司法における必要の弁護士制度に関する近時の議論については、同書を参照。
- (165) Vgl. Initiative der CDU/CSU-Bundestagsfraktion gegen Gewalt und Extremismus. 1993 (Anm.96). その内容については、註(96)を参照。また、近時における統計上の犯罪の増加とそれに対する「内的安全」の強調、その主張の問題性については、以下の文献を参照。W. Heinz 1996 (Anm.45), S.344ff., Herbert Ostendorf, Anstieg der Jugendkriminalität? DVJJ-Journal 4/1996, S.361ff.

むすびにかえて

本稿においては、一九六〇年代の改革動向から近時の立法提案に至るまでのドイツ少年司法をめぐる全般的な動

向を追うなかで、主には手続的側面に焦点を当てながら、指導理念である「教育思想」と「法治国家原則」との関係を把握することを試みた。最後に、若干の総括を行いたい。

第一に、一九六〇年代半ば以降のドイツ少年司法の方向性である。立法的閉塞状況と頻回行為、再犯の問題を背景とした一九七〇年代おわりからの少年司法をめぐる改革動向は、自由剝奪処分の回避と実体・手続両側面における非定式化を基調としている。この動向は、立法先導の改革を企図した一九六〇年代半ばからの動向を直接的に継承したものではなく、むしろその前提を否定する側面をも有していた。一九七〇年代おわりからの改革動向を支えた犯罪学的実証研究から獲得された知見は、少年犯罪の通常性や遍在性、その軽微性・一過性・エピソード性・自然消滅性という少年犯罪像を示し、例えば人格的な問題性や「教育の欠如」といった要素を少年犯罪の原因として措定することを否定したからである。

しかし、少年の人格的な問題性や「教育の欠如」を少年犯罪の原因として措定することを拒否し、少年の個人的属性に犯罪原因を求めることを否定することは、「犯罪」として捉えられる事象のもつ意味が少年、成人間で同じであるとするとは異なる。犯罪に及んだ少年には刑罰ではなく、援助こそが必要であるという核心的な認識は、一九七〇年代おわりからの改革動向において否定されたのではなく、むしろより強調されたともいえる。そこで示された少年犯罪像は、少年犯罪は成長過程におけるノーマルな現象でエピソード的なものであり、成人とは異なること、したがって自由剝奪による刑法的介入は必要ないことに、核心的な意味をもっている。一九七〇年代おわりからの改革動向は、このような少年犯罪像と同時に、少年に対する刑法的介入の害悪性、とりわけ自由剝奪処分の害悪性を犯罪学的実証研究により明らかにし、少年に対し刑法的介入、自由剝奪処分を行ってはならない、と強く主張したのである。この点は、手続打切りの拡大をめぐる議論に、極めて強く表れている。社会構造

に根を下ろす少年犯罪に刑法的介入を行ったとしても、社会的に困難な状況にある少年をさらに苦境に陥れることになる。このような矛盾を増幅させるだけの刑法的介入、特に自由剝奪による介入は、不適切で、無意味であり、非合理的であるばかりか、より積極的に「害悪」となる。そのような少年に対しては、刑罰ではなく、援助こそが必要である。このように主張されたのである。

少年自身やその成長、少年のその後の生活に悪影響を及ぼし、害悪を与えることが経験的にも確認された未決勾留や少年拘禁、少年刑といった自由剝奪処分、そしてそれに至る過程である「少年刑事手続」を可能な限り回避するという方向性は、一九九〇年少年裁判所法第一次改正法やその後の新しい立法提案においても、確実に継承、発展させられている。その方向性は、少年「刑法」からの離脱と脱却にあり、脱刑法化にある。

第二に、このような方向性と密接に関連する「少年刑法」の実質的な変容である。一九七〇年代おわりからの改訂動向は、法的枠組それ自体は一九五三年少年裁判所法を前提とするものであったが、自由剝奪処分に代えて援助的措施を、また定式的な「少年刑事手続」に代えて手続打ち切りによるグイヴァージョンを準備することで、その実質的転換を図った。そこには、「教育思想」や「法治国家原則」とともに「少年刑法」や「少年刑事手続」の捉え直しが見られる。例えば、次のような議論は、その捉え直しの表れといえる。第一に、「教育思想」から強制的な「教育」ではなく、少年への援助という要素を抽出する試みである。第二に、少年にふさわしく実質化された「法治国家的保障」でなければ「公正な手続」たりえないという視点である。第三に、自由剝奪に代え、援助的措施を拡大するという試みである。第四に、少年を対象とした手続では、少年の個性の援助や成長発達の援助も考慮しなければならないという主張である。そして第五に、少年はコミュニケーション・パートナーであり、少年を対象とした手続は少年を中心としたものでなければならないという提案である。従来、自由剝奪による強制処分を骨子として

きた「少年刑法」という枠組をもち、また一般に、成人なみの自由権的権利保障をなすことは比較的容易であると位置づけられる「少年刑事手続」という枠組をもつ、ドイツ少年司法において、このような実質的な転換の試みが見られることは、わが国の少年司法制度が進もうとする方向性を考える上でも、少年を対象とする制度は少年にふさわしくなければならぬということを示す点で、多大な示唆を与える。

しかしながら第三に、少年刑法の指導理念である「教育思想」をどのように把握し、「法治国家原則」との関係をどのように捉えるかについては、一九六〇年代半ばからの歴史の流れにおいても、顕著な意見の相違が見られた。少年が成人とは異なる人権をもつことに着目し、教育請求権を基盤として、その考慮を手続構造にまで及ぼした「少年葛藤法構想」が挫折を見た後、一九八〇年代からは、「少年刑法」を制度的前提とし、またその限界を認めつつ、それをどのように少年にふさわしく形成するのが議論の土俵とされた。そこでは、「教育」ということは成人に対して少年を冷遇することを意味するとして、成人と同様の「法治国家的保障」を徹底すべきであると主張する見解も見受けられる。

しかし、本稿における検討を通して、次の点を明らかにすることができたと考える。

まず、少年を対象とした制度は、成長過程にある少年にふさわしいものでなければならず、少年が非行に関連して直面した問題を解決するのにふさわしいものでなければならぬ、ということである。ここでは、少年の成長発達を援護することや少年自身への援助が核心に据えられなければならない。少年は社会的存在として成人とは異なる属性をもち、また、少年犯罪の問題の本質は、表面的な刑法的評価にあるのではなく、少年を取り巻く社会状況、社会的な構造にあるからである。刑法的介入により、少年の成長に害悪を与え、少年犯罪をめぐる社会的矛盾を増幅させることは許されない。このような援助的要素は、自由主義的な権利概念や「法治国家原則」では捉え切れな

い。もとより、恣意的で強制的な少年への介入は、援助たりえず、援助も少年の自由権的人権の尊重を不可欠な前提とする。しかし、このような少年への援助、少年の成長発達への援助という要素が欠ければ、少年司法制度の存立意義はない。少年司法制度の本質は、少年自身の援助と少年の成長発達への援助にこそ、存するのである。

次に、このような少年への援助、少年の成長発達への援助という考慮は、手続過程における自由権保障に際しても必然的になされざるをえない、ということである。そしてまた、同時に、少年を対象とする手続においては、少年自身が中心でなければならぬ、ということである。

「法治国家的保障」は、被疑者・被告人が主体的に手続に参加することを不可欠なものとする。そのような主体的な手続参加がなければ、「法治国家原則」が実質的に保障されたとはいえない。しかし、そもそも成長過程にあり、また多かれ少なかれ社会的冷遇の結果として手続に登場する少年が手続に主体的に関与しうるのは、少年に対する援助という要素が不可欠なものとなる。少年の不安を払拭すること、少年とのコミュニケーションを重視すること、そして少年の成長発達を援助することといった考慮は、少年が主体的に手続に参加するためにも不可欠な要素となる。このような考慮があつてはじめて、少年は手続に主体的に参加しうるのである。法治国家的保障を少年に実質的に及ぼそうとすればするほど、これらの援助的要素の重要性は増大せざるをえない。法治国家的保障を実質的に及ぼそうとすればするほど、少年がより強く主体的に手続に参加することが必要とならざるをえないからである。

また同様に、「法治国家的保障」を実質化しようとするほど、少年自身が手続の中心的存在とならざるをえない。大人の間で少年が埋没することは、少年が手続から疎外され、手続に主体的に参加しえないことを意味し、それは同時に「法治国家的保障」が実質を失うことを意味する。その意味で、弁護人の手続への参加も、「法治国家

原則」の実質的保障のために必要なものではあっても十分なものではない。実質的な「法治国家的保障」の核心は、少年自身の主体的な手続参加とそれを通して少年自身の納得性にあるのである。

いみじくも、一九六〇年代半ばにおいてN.Petersが指摘したように、成長過程にある少年は、成人とは質の異なる権利を有している。子どもは、成人の人權には還元できない固有の権利、成長発達権を有する。国家には、このような子どもの成長発達権をも保障し、少年が非行に関連して直面した問題を少年自身が主体的に克服しようような、少年にふさわしい手続を形成する義務がある。⁽¹⁶⁾

本稿では、一九六〇年代半ばからの大きな流れを分析するなかで、少年にふさわしい手続のあり方と理念との関係を把握することに主眼を置いたため、個別的な問題の検討には、踏み込めなかった。具体的な問題の検討については、他日を期すこととし、先に述べた視点を確認して稿を閉じることとする。

(16) 次のようなH.Viehmannの主張は、このような少年にふさわしい「少年刑法」の転換を象徴的に表している。H.Viehmannは、次のようにいう。「われわれの未来の法は、もはや少年刑法(Jugendstrafrecht)と称されてはならない。まず刑罰ありきなのではなく、若年者による規範違反を少年にふさわしく克服することから、それが出発するからである。少年援助法(Jugendhilfe-recht)がふさわしい名称であろうが、われわれの複雑的な制度においては、その名称はすでに、児童ならびに少年援助法によって用いられている。妥協として、少年刑事法(Jugendkriminalrecht)としようだろうか。」Horst Viehmann, Für ein neues Jugendkriminalrecht. in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung, Bonn 1992, S.461. なお Hermann Bietz, Erziehung statt Strafe? ZRP 1981 Ht.9, S.213.も参照。

(17) 葛野尊之「少年司法における不利益変更禁止原則」静岡大学法政研究二巻二号(一九九七)八五頁は、「子どもの人權が求める新しい「保護」は、少年のいまある自律的人格を尊重したうえで、個々の少年の全面的な成長発達を保障することによって、少年が非行に関連して直面した問題を主体的に克服することを援助する、という点に本質をもつ」と述べる。まさにこのよう

な本質をもった「保護」に基づき、少年にふさわしく制度や手続を形成する義務が国家にはあるというべきだろう。

【附記】 本稿は、文部省科学研究費補助金（特別研究員奨励金）の助成による研究成果の一部である。