
論 説

少年法 55 条による家庭裁判所への移送*

丸 山 雅 夫

- I 犯罪少年に対する法的対応
 - (1) 原則的対応としての少年保護事件手続
 - (2) 例外的対応としての刑事裁判手続
- II 55 条移送の意義と内容
 - (1) 55 条移送の意義
 - (2) 保護処分相当性判断と移送類型
- III 2000 年改正前の実務と 2000 年改正
 - (1) 2000 年改正前の実務
 - (2) 2000 年改正と 55 条移送
- IV 裁判員裁判における 55 条移送
 - (1) 裁判員裁判と 55 条移送判断の関係
 - (2) 裁判員による積極的な移送判断の可否
 - (3) 社会記録の扱い
- V むすびに代えて

I 犯罪少年に対する法的対応

(1) 原則的対応としての少年保護事件手続

1 刑法 41 条は、「十四歳に満たない者の行為は、罰しない」と規定して、行為時 14 歳未満の者（刑事未成年）の行為には犯罪が成立しないこと（責任阻却）を明示している。この点からすれば、行為時 14 歳以上の者の行為は、刑法による処罰（刑罰による社会的非難）の対象となり、したがって当

然に刑事裁判手続の対象となるはずである¹⁾。しかし、その一方で、少年法は、20歳未満の者（少年）の非行（犯罪、触法、虞犯）を一律に少年法の対象として規定している（1条・3条参照）。刑事裁判の対象となりうる犯罪少年（3条1項1号）も、触法少年および虞犯少年（同2号・3号）とともに、審判に付すべき少年（非行少年）の一類型とされ、少年法の管轄対象とされているのである。さらに、少年の刑事事件（犯罪）の扱いについては、少年法に定め（特則）がある限りで、少年法が一般の例（刑法、刑事訴訟法）に優越することが明示されている（40条）。このことから、犯罪少年に対する法的対応としては、少年法が刑法や刑事訴訟法に優先して適用されることが明らかである（「特別法は一般法を排除する」の原則）。

犯罪少年の扱いについては、旧少年法（大正11年法42号）と現行少年法（昭和23年法168号）との間に極めて顕著な相違が見られる。18歳未満を少年として扱っていた旧法は（旧少1条）、刑事処分優先主義を前提としていたことから（旧少27条）、犯罪少年の扱い（刑事事件手続と保護事件手続への振り分け）について広範な選別権を検察官に認めており（検察官先議主義）、不起訴処分になった犯罪少年だけが保護手続の対象とされていた（旧少62条）。これに対して、第2次大戦後にアメリカの占領政策のもとで制定された現行少年法は、福祉モデルを基盤とする当時のアメリカの少年裁判所法に倣ったことから、健全育成（再社会化）を中核とする保護処分優先主義（1条参照）へと大きく態度を転換し、刑事裁判手続に対する保護事件手続の優越性を認めたのである。

2 犯罪少年に対する少年法の特則（優越性）は41条以下に規定されているが、それらの中で最も重要なものが、41条前段および42条1項前段が明示する全件送致主義である。全件送致主義は、犯罪容疑少年の捜査を遂げた結果、犯罪の嫌疑があると判断された場合に、すべての事件を家庭裁判所に送致することを捜査機関（司法警察員、検察官）に義務づけている。これは、家庭裁判所を非行（少年）の扱いの専門機関としたうえで、家庭裁判所に係属する以前（専門機関の判断を経ない段階）での事件処理（終局）を一切認めない

とするものである。したがって、刑法の対象となりうる犯罪少年の事件についても、そのすべてを家庭裁判所に送致させて（検察官先議主義の否定と全件送致主義²⁾、少年保護事件として家庭裁判所に係属させうたうで、家庭裁判所（だけ）が調査過程と審判過程を通じてその扱いを第一次的に判断することになる（家庭裁判所先議・専議主義）。このように、犯罪少年に対する法的扱いにおいては、保護事件手続が原則だということになる。したがって、家庭裁判所に係属している段階（少年保護事件手続）にある犯罪少年は、もっぱら少年法 1 条の目的規定のもとに置かれ、保護処分（性格の矯正および環境の調整）による健全育成が目指される存在として扱われるのである。

(2) 例外的対応としての刑事裁判手続

もともと、犯罪少年に対する少年保護事件手続は、完全に閉ざされたものでもなければ排他的なものでもなく、少年法 20 条において、刑事裁判手続との連携が予定されている。すなわち、家庭裁判所は、調査または審判の結果として、保護事件手続に係属している犯罪少年について、刑事処分が相当であると判断する場合には、検察官に送致すること（刑事処分相当検送または逆送）によって当該少年を刑事裁判手続の対象とすることができるのである。この限りで、犯罪少年に刑法 41 条の適用が認められることになる。ただ、刑事処分相当検送にもとづく犯罪少年の扱いは、経年的に見て、少年保護事件全体の 4% 前後で推移しており（2013 年度は 4.5% で若干高め）、極めて例外的なものであると言ってよい。

家庭裁判所から逆送された犯罪少年については、犯罪の嫌疑があると判断される以上は公訴を提起しなければならないとされており（45 条 5 号）、検察官に対して起訴強制の効果が及ぶ（起訴裁量主義〔刑訴 248 条〕の否定）。この意味で、刑事処分相当とした家庭裁判所の判断は拘束力を持つことになる。また、刑事裁判手続に係属した少年は、刑訴法 1 条の目的規定のもとに置かれることから、厳格な事実認定手続にもとづく事案の解明を前提として、適正

で迅速な刑罰法令の適用（刑罰による社会的非難）の対象となる³⁾。その一方で、公訴提起を受けた刑事裁判所は、少年被告人を保護処分が付することが相当と認める場合には、事件を家庭裁判所に移送しなければならないとされている（55条）。この限りで、家庭裁判所の判断は刑事裁判所の判断を拘束しないものとされ、形式的には、家庭裁判所先議・専議主義は一貫されていないことになる。こうしたこととの関係で、保護処分相当移送を認める少年法55条の意義と性格が問題となる。また、どのような事情が認められれば、家庭裁判所の刑事処分相当判断にもかかわらず刑事裁判所が保護処分相当と判断して移送することができるかについても、その判断資料と判断方法等が従来から争われてきた。

以上のような事情を前提として、本稿において、少年法55条にもとづく移送について検討することにしたい。ただ、55条の文言は制定当初から全く変更がない一方で、2000年の少年法改正によって「いわゆる原則逆送」規定（20条2項）が導入されたことと、裁判員裁判制度の導入（平成16年法63号）にともなって、55条移送の判断が裁判員の任務とされたこととの関係で、55条の解釈と運用に一定の影響があった（あるべきだ）との主張も見られるところである。したがって、本稿の構成も、このような事情を意識したものとなっている。

注

- 1) 他方、2000年の少年法改正（平成12年法142号）までは、刑事裁判手続に係属させるための検察官送致（逆送）を規定する20条に、「送致のとき十六歳に満たない少年の事件については、これを検察官に送致することはできない」とする但書が存在していた。このため、行為時14歳以上で逆送判断時16歳未満の犯罪少年については、刑法41条が存在するにもかかわらず、刑事裁判手続に係属させることができず、事実上、刑法の適用がありえなかった。2000年改正は、この但書を削除することによって、刑法41条との調和を図ったのである。しかし、保護主義を徹底するものとして旧20条但書の存在を高く評価していた立場からは、その削除については依然として根強い批判が残されている。
- 2) もっとも、14歳未満の年少少年については、児童福祉機関先議主義が採られている。したがって、触法少年および14歳未満の虞犯少年は、福祉事務所または児童相

談所に通告されたうえで（児福 25 条本文）、必要に応じて家庭裁判所に送致されることによって（3 条 2 項）、はじめて少年保護事件手続の対象となる。

- 3) 一方、少年法 1 条は「少年の刑事事件について特別の措置を講ずること」による健全育成をも明示していることから、刑事裁判手続に係属した犯罪少年については、刑訴法 1 条の目的と少年法 1 条の目的とが併存することになる。本稿で扱う 55 条にもとづく移送は、少年法 1 条の目的規定（保護優先の趣旨）の存在から正当化されるものと言えよう。もっとも、ふたつの目的の間の優劣関係をめぐっては異なる見解が主張されており、そのことが 55 条の解釈をめぐる争いをもたらす原因となっていることは否定できない。たとえば、刑訴法 1 条の目的（責任非難）を重視する立場として、八木正一「少年の刑事処分に関する立法論的覚書」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』（判例タイムズ社、2006 年）646 頁があり、少年法 1 条の目的（保護主義）を重視する立場として、正木祐史「少年法改正後の逆送と移送の趣旨」季刊刑事弁護 46 号（2006 年）180 頁がある。さらに、澤登俊雄『少年法入門〔第 5 版〕』（有斐閣、2011 年）238 頁。

II 55 条移送の意義と内容

(1) 55 条移送の意義

1 刑事裁判手続に係属した後に家庭裁判所への移送を認める規定は、旧少年法にも見られた。旧少年法 71 条 1 項は、「第一審裁判所又ハ控訴裁判所審理ノ結果ニ因リ被告人ニ対シ第四条ノ処分ヲ為スヲ相当ト認メタルトキハ少年審判所ニ送致スル旨ノ決定ヲ為スヘシ」と規定していた。ただ、旧少年法における少年審判所への移送は、刑事処分優先主義と検察官先議主義を前提として、検察官が刑事処分を求めて公訴提起した事件を保護事件手続に移送するものであったことから（刑事裁判手続⇒少年保護事件手続）、その決定に対しては検察官による抗告が認められていた（旧少 71 条 2 項）。他方、現行少年法は、保護優先主義を前提とする家庭裁判所先議・専議主義に立脚することから、旧少年法とは異なる手続構造のもとの移送制度を規定するものであり（少年保護事件手続⇒刑事裁判手続⇒少年保護事件手続）、移送決定に対する検察官の抗告を認めてはいない。その意味で、55 条は、文言上の類似性は

認められるものの、旧 71 条とは根本的に異なる基盤にもとづいたものであると言わなければならない⁴⁾。

家庭裁判所による判断（刑事処分相当）を刑事裁判所で覆すこと（保護処分相当）を認める 55 条は、事実上、逆送決定に対する不服申立としての機能を持つ形で運用されている⁵⁾。逆送決定については、実務上、少年法上の抗告が否定されており（東京高決昭和 45 年 8 月 4 日家庭裁判月報 23 巻 5 号 108 頁）、刑訴法上の特別抗告も認められないが（最決平成 17 年 8 月 23 日刑集 59 巻 6 号 720 頁）、55 条移送を申し立てることによって、家庭裁判所の判断を事実上見直す契機が与えられることになるからである。学説の中には、少年を執行猶予にすることが好ましくないことに 55 条の意義を見るものがあるが⁶⁾、狭きに失した見方だと言わなければならない。また、事実上の機能（実務）との関係からする限り、55 条を権利規定として解釈するか、その権利性を否定するかは⁷⁾、さほど重要なことではないものと言えよう。

2 55 条にもとづく移送は、家庭裁判所の逆送決定を見直し、事後的にそれを修正ないしは変更するものであるから、家庭裁判所による刑事処分相当性判断と刑事裁判所による保護処分相当性判断は、一般に、裏腹の関係に立つものだと言われている⁸⁾。ただ、両者の優劣関係については特段の規定がないことから、移送後の再逆送も可能であるとされており⁹⁾、稀なことではあるが、家庭裁判所と刑事裁判所との間で事件（少年）の「キャッチボール現象」（逆送⇒移送⇒再逆送⇒再移送）が生じた事例も見られる（名古屋家岡崎支決昭和 42 年 11 月 9 日家庭裁判月報 20 巻 7 号 116 頁等）。しかし、家庭裁判所の判断（刑事処分相当性の認定）と刑事裁判所の判断（保護処分相当性の不存在の認定）が一致しない限りは刑事処分が認められないのであるから、刑事裁判所の判断（移送）が尊重されるべきものと思われる¹⁰⁾。したがって、再逆送が問題になる事案においては、移送後に特段の事情変更（再逆送を正当化できるだけの重大な再犯や余罪の判明等）がない限りは、受移送裁判所において保護処分事件を終局させるべきである¹¹⁾。

3 移送判断をする「裁判所」は、少年の刑事事件を担当する地方裁判所

が通例ではあるが、刑事事件の管轄権を有する以上（裁 33 条 1 項 2 号）、簡易裁判所も排斥されることはない（高岡簡決昭和 48 年 9 月 17 日家庭裁判月報 26 卷 5 号 144 頁，前橋簡決昭和 49 年 12 月 20 日家庭裁判月報 27 卷 12 号 84 頁等）。たとえば、交通事犯の少年について、罰金刑を見込んで逆送（罰金見込検送）して簡易裁判所に公訴提起をしたところ¹²⁾、簡易裁判所が保護処分相当の判断をしたような場合が典型的な事例であると言えよう。また、旧少年法 71 条 1 項のような明文規定はないものの、控訴裁判所も、事実の取調べをすることがあることから（刑訴 393 条）、移送判断をすることができる（大阪高決昭和 35 年 4 月 1 日家庭裁判月報 12 卷 6 号 181 頁，福岡高判昭和 62 年 7 月 16 日家庭裁判月報 39 卷 12 号 162 頁，福岡高判平成 5 年 11 月 1 日家庭裁判月報 46 卷 6 号 98 頁等¹³⁾）。移送先は、先に当該事件の逆送決定をした家庭裁判所には限られず、当該少年の保護事件について管轄権を持つ家庭裁判所（5 条）であればよい。したがって、地裁本庁から家裁支部に移送されることもありうる。

（2） 保護処分相当性判断と移送類型

1 刑事裁判所による保護処分相当性の判断について、かつては、家庭裁判所の判断（刑事処分相当）に優位性を認める立場から、逆送後に特段の事情変更が認められない限りは、移送を否定すべきだとの見解も有力に主張されていた¹⁴⁾。こうした理解は、現行少年法が採用した家庭裁判所先議・専議主義（家庭裁判所による専門的判断の尊重）とよりよく調和するものである。しかし、実務は、旧少年法に関する裁判例をはじめとして（最判昭和 23 年 11 月 18 日刑集 2 卷 12 号 1614 頁等）、移送判断は事実審裁判所の自由裁量に委ねられているとの立場をとり、現行の 55 条についても、「少年法第五五条を適用して被告人を保護処分に付するを相当とするか否かは事実審たる原審の自由裁量にまかせてある」としている（最判昭和 25 年 10 月 10 日刑集 4 卷 10 号 1957 頁¹⁵⁾）。また、こうした理解が、現在の通説的な見解でもある。

もっとも、55 条移送の判断が自由裁量ではあるとしても、無制約的な判断

までが許されるというわけではない。このことは、刑法の責任能力に関して、その判断が裁判所の自由心証によるものであることを前提としながらも（最決昭和33年2月11日刑集12巻2号168頁，最決昭和59年7月3日刑集38巻8号2783頁），合理的な根拠なしに鑑定結果を勝手に覆すことが認められないことと（最大判昭和23年11月17日刑集2巻12号1588頁，最判平成20年4月25日刑集62巻5号1559頁），実質的に同じものである。実際の運用においても，移送の申立てがある以上は，家庭裁判所の専門的な判断を前提としながらも，社会記録等を検討したうえで慎重な判断がなされており，適切な自由裁量が実現されていると言ってよい¹⁶⁾。他方，学説の中には，国際準則および少年法1条の趣旨との関係で，少なくとも年少少年については，55条の判断は羈束裁量であるべきだとする立場も見られる¹⁷⁾。しかし，自由裁量による運用がこのようなものとして確立している以上，特に羈束裁量の必要性を強調するまでもないであろう。

このような状況のもとで，2000年の少年法改正は，20条2項を新設し，一定の罪種と年齢を要件としたうえで，刑事処分以外の措置（保護処分）を相当とする事情が認められない限りは逆送決定をしなければならないとした（いわゆる原則逆送制度）。そして，この条文との関係で，「保護処分を相当とする特別な事情が存在しない」との専門的判断にもとづいて逆送した家庭裁判所の結論は，移送判断に際しても尊重されなければならないとする主張が強くなっている。2000年改正によって，55条の運用に改めて一石が投じられることになったのである。この点については，後に検討する。

2 55条は，「事実審理の結果……保護処分に付するのが相当であると認めるとき」に移送できるとするだけにとどまり，移送可能な類型やその判断基準に関しては特段の定めを持っていない。したがって，すべてが，個々の事案における具体的な判断に委ねられていることになる。ただ，これまでの実務を前提とするならば，移送が申し立てられる場合として，一応，ふたつの類型を想定することができる。

ひとつは，刑事裁判所の実事審理において，家庭裁判所での判断時には存

在(判明)していなかった事情が逆送後(公訴提起前の段階を含む)に生じた(判明した)ことが確認され、それにもとづいて保護処分相当と判断される類型である(【第1類型】)。このような類型は、55条が本来的に想定している事案であり、移送判断も特に困難なものにはならない。もうひとつは、逆送後に特段の事情変更がないにもかかわらず、家庭裁判所の判断時にすでに明らかにされていた事情にもとづいて、55条移送が申し立てられる場合である(【第2類型】)。この類型は、家庭裁判所による評価と判断そのものの変更が求められるものであり、家庭裁判所の判断の重要な基礎となっていた社会記録等の再検討にもとづく判断が不可欠なものとなることから、その取調べとの関係で困難な問題を生じさせるものとなる。家庭裁判所の判断を尊重すべきだとする主張も、特にこの類型を念頭に置いたものである。また、【第1類型】と【第2類型】とを組み合わせた形で移送が申し立てられる場合にも、社会記録等の再検討(取調べ)が不可欠なものとなることから、同様の困難が生じてくる。55条の保護処分相当性の判断をめぐる議論、特に家庭裁判所の判断に拘束力を認めるかどうかの議論は、まさに【第2類型】について争われているのである。

なお、かつての実務においては、事実認定が困難な事案について、逆送して厳格な事実認定を経たうえで55条移送を申し立てるという扱いも見られた。ただ、2000年改正によって、裁定合議制(裁31条の4第2項)とともに事実認定手続への検察官関与(22条の2)が認められたことにより、事実上、このような扱いは不要なものになったと言える。

3 刑事処分相当性と保護処分相当性とが裏腹の関係にあることからすれば、保護処分相当であるとの判断は、「およそ」刑事処分相当の判断が適切でなかったということの意味している。その意味で、家庭裁判所の判断と刑事裁判所の判断とは視点が異なることになる。移送が認められるのは、刑事処分と保護処分の両者を比較したうえで、保護処分の有効性の方が勝っているだけでなく、保護処分を許容してもよいという評価ができる場合でなければならない。前者は、当該少年について、予想される刑事処分(刑の種類と程

度、執行猶予・保護観察の有無）と移送後に見込まれる保護処分（調査・鑑別・試験観察等を含めて）とを具体的に比較検討したうえで、保護処分の方が刑罰よりも少年の再社会化にとって有効であると認められる場合である。また、後者は、刑罰ではなしに保護処分を選択することが、社会的に（被害感情や社会の処罰感情、正義観念等に照らしても）許容される場合ということになる。こうした検討を前提として、移送の認められる具体的な事案が想定されているのである。

他方、少年の健全育成（少年法の目的）を強調する立場からは、後者を考慮することに批判的な見解もありえよう。しかし、逆送された少年については、少年法の目的だけでなく、刑訴法の目的（適正な社会的非難）も及ぶのであるから、保護処分の有効性と許容性の存在のいずれもが移送判断の要件（内容）になると言わなければならない¹⁸⁾。

注

- 4) 守屋克彦/斉藤豊治編集代表『コンメンタール少年法』（現代人文社、2012年）588頁以下〔斉藤〕。
- 5) たとえば、正木祐史「逆送裁判員裁判における55条移送『保護処分相当性』の提示」季刊刑事弁護57号（2009年）77頁、田宮裕/廣瀬健二編『注釈少年法〔第3版〕』（有斐閣、2009年）472頁、北村和「家庭裁判所への移送」廣瀬健二編『裁判例コンメンタール少年法』（立花書房、2011年）488頁。
- 6) 澤登俊雄/谷誠/兼頭吉市/中原尚一/関力『展望少年法—非行少年の発見から処遇まで』（敬文堂、1968年）425頁。同じように、団藤重光/内藤文質/森田宗一/四ツ谷巖『ポケット注釈全書 少年法』（有斐閣、1956年）393頁以下、田宮裕編『少年法 条文解説』（有斐閣、1986年）287頁〔船山泰範〕は、実刑を科するのが不適當であり、かつ執行猶予にするのも躊躇されるような事由があるときに、本条の活用が期待されるとしている。
- 7) 前者の立場として、山口直也「少年刑事被告人の刑事裁判のあり方」同『少年司法と国際人権』（成文堂、2013年）339頁があり、後者の立場として、植村立即「少年刑事被告人における刑罰法規の問題状況に関する若干の考察」同『少年事件の実務と法理』（判例タイムズ社、2010年）364頁以下がある。
- 8) たとえば、田宮ほか編・前掲注5) 474頁、植村・前掲注7) 363頁。また、団藤重光/森田宗一『ポケット注釈全書 新版少年法〔第2版〕』（有斐閣、1984年）416頁は、「相関的・環状的な関係にある」としている。

- 9) 柏木千秋『新少年法概説〔改訂新版〕』（立花書房，1951年）199頁，亀山継夫/赤木孝志『増補 少年法および少年警察』（令文社，1984年）88頁。
- 10) 大野市太郎「判例批評」家庭裁判月報 35 卷 9 号（1983 年）147 頁，廣瀬健二「保護処分相当性と刑事処分相当性」家庭裁判月報 41 卷 9 号（1989 年）64 頁。また，宇都宮地決昭和 57 年 6 月 22 日家庭裁判月報 34 卷 11 号 79 頁は，家庭裁判所の逆送判断を尊重すべきだとする検察官の主張を，詳細な理由づけのもとに否定している。
- 11) 市村光一『少年法概論』（かんらん社，1954 年）172 頁，早川義郎「少年の刑事被告事件の取扱いについて」家庭裁判月報 25 卷 8 号（1973 年）31 頁，団藤ほか・前掲注 8）422 頁，平場安治『少年法〔新版〕』（有斐閣，1987 年）448 頁，田宮ほか編・前掲注 5）477 頁，守屋ほか・前掲注 4）591 頁〔齊藤〕。
- 12) 実務上，交通関係事犯を中心として，罰金見込検送を活用する運用が定着しており，逆送事件の大部分を占めているのが実情である。なお，豊田建夫「道路交通事件において罰金を見込んでなされる検察官送致について」家庭裁判月報 38 卷 7 号（1986 年）1 頁以下参照。
- 13) なお，横井大三「控訴審と少年法 55 条」同『刑訴裁判例ノート（5）』（有斐閣，1972 年）170 頁以下。
- 14) 柏木・前掲注 9）198 頁。また磯辺衛「少年法第 55 条の法理と運用」家庭裁判月報 16 卷 3 号（1964 年）50 頁は，このような見解が多数説であるとしている。
- 15) さらに，上口裕「判例批評」田宮裕編『少年法判例百選』別冊ジュリスト 147 号（1998 年）232 頁以下参照。
- 16) 大野市太郎「法 55 条の移送と事実審裁判所の裁量権」『少年法—その実務と裁判例の研究』別冊判例タイムズ 6 号（1979 年）255 頁。
- 17) 正木・前掲注 3）180 頁。
- 18) 最高裁判所事務総局編『改訂少年執務資料集（二）の下』（法曹会，1982 年）167 頁以下，廣瀬・前掲注 10）58 頁，裁判所職員総合研修所監修『少年法実務講義案（再訂補訂版）』（司法協会，2012 年）106 頁。なお，東京高判平成 19 年 12 月 17 日 LEX/DB 文献番号 25365704 参照。

III 2000 年改正前の実務と 2000 年改正

(1) 2000 年改正前の実務

1 2000 年の少年法改正前の移送事例については，いくつかの詳細な事例研究があり¹⁹⁾，それらの結果として，刑事裁判所における移送（保護処分相当

性)判断は、【第1類型】と【第2類型】のいずれにおいても、総合的な観点から行われていたことが確認されている²⁰⁾。そして、移送判断の際の具体的な考慮要素として、一般に、年齢、人格の成熟度(可塑性の程度)、非行歴や保護処分歴の有無とそれらの内容、犯罪(行為と結果)の情状の程度と内容、犯行後の情状、成育歴の問題性とその内容、科刑による弊害の有無とその程度、共犯者との処遇の均衡、が指摘されているのである。

他方、移送申立の前提となる逆送(刑事処分相当性)判断については、いわゆる「保護不能説」と「保護不適説」との間に学説上の争いがあるものの、実務は保護不適説で完全に一致しており、保護が不可能でなくても保護が不適切な場合には広く逆送を認めてきた²¹⁾。最高裁も、「少年に対しては、保護処分その他同法の枠内における処遇を原則」としながらも、「刑罰によってその責任を追及するのは、その罪質及び諸般の情状に照らし、このような教育的手段によることが不適切な場合」であるとしている(最判平成9年9月18日刑集51巻8号57頁)。したがって、このこととの関係で、逆送判断と裏腹の関係にある移送判断においては、保護不能でない(保護処分の可能性がある)ことと、保護不適でない(保護処分が適切な)ことが認められる場合に²²⁾、保護処分相当として移送が認められてきた(札幌地決昭和63年12月6日家庭裁判月報41巻11号154頁、松山地西条支決平成元年5月8日家庭裁判月報41巻9号136頁、東京地八王子支決平成15年6月12日家庭裁判月報56巻3号82頁等)。この意味で、2000年改正前の実務においては、具体的な事案における結論(特に移送が否定された場合)に異論はあったにしても、安定的な運用がなされていたと言ってよい。

2 ただ、こうした実務のもとでも、特に【第2類型】との関係で、社会記録(少年調査記録)の扱いは問題になりうるものであった。社会記録は、少年保護事件記録(法律記録)と分離して別個に作成され、少年の処遇にとって参考となる多くの書類(経過一覧、身上調査表、本籍照会回答書・戸籍謄本、学校照会回答書、援助・協力依頼回答書、調査嘱託回答書、その他の照会回答書、調査官が調査過程で作成・収集した書類のうち社会記録編綴相当分、保護観察状況等報告書、鑑別結果

通知書、少年調査票、試験観察経過報告書、意見書、終局決定謄本・処遇勧告書謄本、処遇意見書謄本等）を編綴したものである（平4・8・21 最高裁家二 249 家庭・総務局長通達）。それらの多くは、少年・保護者をはじめとして関係者のプライバシーに関する多くの内容を含んでいるため、秘匿性が極めて高く、刑事裁判所の公開法廷での取調べに馴染みにくい性質を持っている。2000 年改正による被害者等による記録の閲覧・謄写において、少年調査記録がその対象から明示的に除かれているのも（5条の2第1項）、内容の秘匿性の高さと同関係者のプライバシーの保護に配慮したためである。また、社会記録は、逆送決定後も公訴提起された刑事裁判所に移されることはなく、少年保護事件の係属した家庭裁判所に保管される。移送判断の重要な資料となるべき社会記録の扱いについては、従前から、このような点で困難が見られ、実務での対応が工夫されていたところである。

もともと、社会記録の取り寄せについては、検察官または弁護士からの申請により、あるいは両者の同意を得たうえで、刑事裁判所が職権で記録を家庭裁判所から取り寄せるという運用が確立しており、特に問題視すべきような点はなかったようである²³⁾。したがって、問題は、秘匿性の高い記録を公判廷でどのように取り調べるかの点に集中していたと言ってよい。

3 社会記録の取調べについては、最終的には、ケース・バイ・ケースでの扱いに委ねられるべきものと言わざるをえない²⁴⁾。ただ、一般には、検察官・弁護士・裁判所の協議にもとづいて証拠申請すべき部分を確定したうえで、公判廷で取り調べる運用になっていた。その際には、関係者のプライバシーに配慮するところから、法廷での全文朗読（刑訴 305 条）をできるだけ避けるとともに、要旨の告知（刑訴規則 203 条の 2）も必要最小限の範囲にとどめ（省略されることもある）、内容の詳細が傍聴人に伝わらないような工夫がされていた²⁵⁾。そして、そのような対応で十分であるとされていたのである。それは、何よりも、裁判官が社会記録を事前に熟読したうえで、移送の可否について一定の心証を形成して公判に臨むことが可能であったからにはほかならない²⁶⁾。いわば、裁判官を中心とする手続関与者の「阿吽の呼吸」

のもとで運用されるものであったと言えよう。こうした実務のもとでは、少年刑事事件の弁護人について、何よりも55条移送を目的とした弁護活動に傾注することが要請される²⁷⁾一方で、「保護処分相当と主張すれば足りると安心していたのではないか」²⁸⁾と推測される状況が生じていたのである。

(2) 2000年改正と55条移送

1 2000年の少年法改正は、逆送規定を大幅に改正して、行為時14歳以上で逆送判断時16歳未満の少年の逆送を認める(旧20条但書の削除)とともに、行為時16歳以上で一定の重大犯罪を実行した少年については、保護処分相当を認める特段の事情がない限りは逆送決定を「しなければならない」ことを明記した(2項の新設)。この改正(特に2項の新設)によって、逆送事件の数の増加が予想されるとともに、それにとまって、55条移送の可否の判断を迫られる場面が増加するであろうことが推測されていたのである²⁹⁾。その後、この点については、予想以上に移送例が多くなっているとの指摘がある³⁰⁾一方で、従前と大きな変化は認められないとする立場も見られる³¹⁾。他方、20条が大きく改正されたにもかかわらず、20条の判断と裏腹の判断構造にある55条については、特に改正されることはなかった。このこととの関係で、2000年改正の趣旨は、20条と55条における判断構造の関係を变えるものではないとされていたのである³²⁾。そうであれば、2000年改正後の移送判断は従前と異なるところがなく、社会記録の扱いも従前と同じでよいことになる。

2 ところが、2000年改正後の55条移送判断については、特に2項(原則逆送)が新設されたこととの関係で、その判断構造に変化があった(あるべきだ)とする見解が強く主張されている。そうした主張は、保護処分を相当とする特段の事情がない限りは逆送すべきだとする20条2項について、刑事処分相当性の存在の積極的認定を必要とする1項との関係で、逆送要件の原則(刑事処分相当性の存在を理由とする逆送)に対する例外(保護処分相当性の不存

在を理由とする逆送)を規定したものと理解することを前提としている³³⁾。そして、原則逆送事案における 55 条移送の判断に当たっては、「保護処分相当性の不存在」を専門的見地から認定した家庭裁判所の判断こそが尊重されなければならないとするのである。したがって、それによれば、逆送後に特段の事情が生じない(判明しない)限りは、55 条移送は認められるべきでないということになる³⁴⁾。

また、その背景には、特段の事情の変更がないにもかかわらず、家庭裁判所と刑事裁判所との判断の違いにもとづいて事件(少年)の「キャッチボール現象」が生じ、少年に無用の手続的負担や混乱等が生じることを回避しようとする配慮の存在も指摘されている³⁵⁾。もともと、「キャッチボール現象」の懸念については、2000 年改正前の実務においても見られたところであり、すでに述べたように、刑事裁判所の判断が家庭裁判所の判断を事後的に修正する機能を有する以上、刑事裁判所の判断(移送)を尊重する形で事件を終局させるべきである。

3 たしかに、20 条 1 項と 2 項とでは逆送要件の原則と例外が逆転していることは明らかであるから、このような主張に説得的な面があることは否定できない。しかし、このような主張とそれにもとづく運用には重大な疑問があると言わざるをえない。

ひとつは、考慮要素としての「特段の事情」の内容が明らかでないことに関わる。それを最も狭く考えるのであれば、犯情を基準として判断すること(犯情説)に帰着するが³⁶⁾、それは、20 条 2 項が「犯行の動機及び態様、犯行後の情況、少年の性格、年齢、行状及び環境その他の事情」を考慮要素として明示している文理に反する³⁷⁾。また、犯情説は、事実上、原則逆送事案における【第 2 類型】の移送の余地をなくすものでもある。したがって、家庭裁判所の逆送判断(保護処分相当性の不存在)を重視するとしても、移送判断の際に考慮されるべき「特段の事情」は、20 条 2 項の規定する総合的事情でなければならない(非限定説)³⁸⁾。そうであるならば、20 条 2 項による逆送事案の移送判断も、1 項の逆送事案における場合と同様に、総合的事

情にもとづく判断でよいということになろう。

もうひとつは、20条2項との関係で家庭裁判所の逆送判断を尊重すべきだとする立場は、20条1項にもとづく逆送事案における移送判断（総合的事情にもとづく保護処分相当性の存否の判断）との関係で、55条の判断にダブル・スタンダードを持ち込むことになる点に関わる。ダブル・スタンダードによる判断が好ましくなく、統一的な判断方法によることが適切だと考えるのであれば、原則逆送事案（2項）をも含めて総合的事情にもとづく判断をするか、刑事処分相当逆送事案（1項）をも含めて家庭裁判所の判断を尊重すべきだとするか、のいずれかに統一されなければならない。55条の移送申立の権利性を否定する立場は、後者の判断方法を前提とするものである。しかし、55条が現実的に逆送決定に対する不服申立機能を持つものとして運用されている以上、統一的判断を行おうとするのであれば、前者の方法によるべきこととなろう。また、前者の方法によっても、裁判官が社会記録を十分に読み込んで公判に臨むことができるのであるから、原則逆送事案の移送判断であつても特段の困難を生じるものにはならない。こうしたことからすれば、家庭裁判所の逆送判断を重視すべきだとする主張は、むしろ、少年刑事事件の裁判員裁判（多くが原則逆送事件と重なる）の移送判断における裁判員の負担軽減を念頭に置いたものであるように思われる。

4 そもそも、家庭裁判所の逆送判断を重視してよいとする主張は、専門機関としての家庭裁判所の機能（特に調査官による社会調査）に対する信頼を前提とするものである。しかし、2000年改正後の調査活動については、懐疑的な評価が見られる。たとえば、送致時16歳未満の年少少年の逆送を認めた20条1項について、少年法研究者や実務家の多くは、神戸児童連続殺傷事件（酒鬼薔薇事件〔1997年〕）のような残虐な殺人事件こそが対象であると予想していた。しかし、そのような大方の予想に反して、その1例目の逆送事案の少年は、33歳の成人男子および16歳の男子少年と共に実行した強盗強姦等保護事件（20歳代の女性のアパートに押し入り、女性を22時間にわたって監禁したうえで性的暴行を加え、現金やキャッシュ・カード入りの財布を強奪した事案）の15歳

の男子少年であった（郡山事件）。検察官および少年鑑別所の処遇意見が「少年院送致相当」で一致していたところ、共同調査に当たった調査官は、「被害者を思えば、一重に少年が更生すればそれでよしというものではない」として「刑事処分相当」の処遇意見を付して報告書を提出した。福島家庭裁判所郡山支部の女性裁判官は、犯行形態の残虐性、被害女性の心身の損傷の重大性を重く見たうえで、家庭裁判所調査官たちの意見を斟酌して、逆送決定をしたと言われている。

この事案については適切な評価を下せる立場にはないが、調査官の対応が指摘されている通りのものだとすれば、それは、20 条 1 項の刑事処分相当性について調査官が一定の解釈論を展開したものであり、調査官の職責を完全に逸脱するものと言わざるをえない。また、それは、裁判官が調査官の処遇意見を追認したから正当化されるという性質のものでもありえない。このような状況のもとで³⁹⁾、特段の困難が予想されない総合的事情にもとづく判断方法を否定し、家庭裁判所の逆送判断に拘束力を認めることは、たとえそれが原則逆送事案に限られるとしても、妥当なものとは思われない。

20 条 2 項の規定は、逆送要件の原則と例外を逆転させるものであり、刑事処分相当性を推定する規定と解されるが、職権主義的審問構造のもとで運用される少年保護事件手続においては、刑事処分相当としての推定を覆す事情（保護処分相当性の存在）の解明も当然に家庭裁判所の任務とならざるをえない。そうであれば、原則逆送規定を制定する意義は大きくはなく、通常の刑事処分相当逆送を活用することで足りる。したがって、立法論としては 20 条 2 項の削除を主張することも可能である⁴⁰⁾。また、その一方で、2 項の存在を前提とした解釈論としては、総合的事情にもとづく移送判断を主張すべきことにも十分な理由がある。

5 2000 年改正後に 55 条移送が認められた事案は、さほど多くはないが、いずれも【第 1 類型】と【第 2 類型】とを組み合わせる形での移送が問題になったものである。それらのうち、20 条 1 項にもとづく逆送事案においては、逆送後の事情の変化が考慮されてはいるものの、家庭裁判所が作成した社会記

録等をも重視した総合的判断方法によって移送（保護処分相当性）が認められている（東京地八王子支決平成15年6月12日家庭裁判月報56巻3号82頁，水戸地決平成16年1月29日LEX/DB 文献番号28095510，東京地決平成17年1月13日LEX/DB 文献番号28105370）。また，20条2項にもとづく原則逆送相当事案においても，逆送後の事情の変化に相対的な重点は置かれているものの，社会記録等を再検討したうえでの評価が重視されていることも明らかである（水戸地決平成14年3月1日家庭裁判月報54巻9号147頁，大津地決平成16年12月14日LEX/DB 文献番号25450686，東京地決平成17年1月13日LEX/DB 文献番号28135066，札幌高判平成19年11月13日LEX/DB 文献番号25470593⁴¹⁾）。したがって，2000年改正によっても，55条移送に対する実務の動向は基本的に変わっていないし，適切な判断がなされていると見ることができる⁴²⁾。

注

- 19) 特に，廣瀬・前掲注10)1頁以下は，昭和34年から昭和48年までの52件の移送裁判例について，重大・凶悪事犯，交通関係事犯，一般犯罪に分類して分析したものであり，実務動向を知るうえで極めて有用である。また，磯辺・前掲注14)43頁以下は，昭和38年4月までの移送裁判例を扱い，大野・前掲注16)254頁以下は，昭和53年3月までの移送裁判例を扱っており，大森政輔「少年に対する刑罰処遇について」家庭裁判月報28巻4号（1976年）13頁以下は，昭和49年10月までの凶悪事犯を中心として逆送および55条移送に関する裁判例を扱っている。
- 20) 藤本哲也「判例批評」田宮編・前掲注15)235頁，田宮ほか編・前掲注5)474頁。なお，福岡高判平成5年11月1日家庭裁判月報46巻6号98頁，横浜地小田原支決平成8年6月7日家庭裁判月報48巻12号79頁。
- 21) 司法研修所編『少年法概説〔三訂版〕』（法曹会，1965年）77頁，丸山雅夫「少年法20条における『刑事処分相当性』」産大法学34巻3号（2000年）321頁以下参照。
- 22) 加藤学「保護処分相当性と社会記録の取扱い」植村立郎判事退官記念論文集『現代刑事法の諸問題 第1巻』（立花書房，2011年）477頁は，罰金見込検送との関係で刑事処分が最適でない場合をも含むとするが，罰金見込検送の事案も保護不適事例の一部と考えれば足りる。
- 23) 三木憲明「早期に55条移送を求め社会記録を活用する」季刊刑事弁護30号（2002年）65頁。
- 24) 相川裕「裁判員裁判における社会記録の取扱いの問題点」季刊刑事弁護57号56頁。

- 25) 横田信之「刑事裁判における少年調査記録の取扱いについて」家庭裁判月報 45 巻 11 号 (1993 年) 1 頁以下参照。
- 26) 弁護士立場からこのような運用を容認するものとして、川村百合「逆送裁判員裁判での主張・立証上の問題点 (2)」季刊刑事弁護 57 号 65 頁。
- 27) 村中貴之「逆送裁判員裁判での主張・立証上の問題点 (1)」季刊刑事弁護 57 号 60 頁。
- 28) 八木正一「裁判員裁判における少年法 55 条による移送の主張について」原田國男判事退官記念論文集『新しい時代の刑事裁判』(判例タイムズ社, 2010 年) 330 頁。
- 29) 斉藤豊治「少年法改正の意味するもの」法律時報 73 巻 2 号 (2001 年) 4 頁, 田宮裕・廣瀬健二編『注釈少年法 [改訂版]』(有斐閣, 2001 年) 417 頁。なお, 葛野尋之『『改正』少年法と少年刑事弁護の課題』季刊刑事弁護 29 号 (2002 年) 27 頁以下。
- 30) 北村和「検察官送致決定を巡る諸問題」家庭裁判月報 56 巻 7 号 (2004 年) 86 頁。
- 31) 角田正紀「少年刑事事件を巡る諸問題」家庭裁判月報 58 巻 6 号 (2006 年) 8 頁以下。さらに, 正木祐史「検察官逆送決定と移送判断」武内謙治編著『少年事件の裁判員裁判』(現代人文社, 2014 年) 225 頁参照。
- 32) 甲斐行夫/入江猛/飯島泰/加藤俊治/岡健太郎/岡田伸太/古田孝夫/本田能久/安永健次『少年法等の一部を改正する法律及び少年審判規則等の一部を改正する規則の解説』(法曹会, 2002 年) 108 頁。
- 33) 守屋克彦「少年法の改正と運用上の課題」法律時報 73 巻 4 号 (2001 年) 43 頁, 北村・前掲注 30) 70 頁, 川出敏裕「処分の見直しと少年審判」斉藤豊治/守屋克彦編著『少年法の課題と展望 第 1 巻』(成文堂, 2005 年) 163 頁。さらに, 東京家八王子支決平成 17 年 6 月 8 日家庭裁判月報 58 巻 8 号 94 頁等。
- 34) 古田孝夫「改正少年法による少年審判の実務について」ケース研究 269 号 (2002 年) 56 頁, 長岡哲次/入江猛/溝國禎久/大森直子『改正少年法の運用に関する研究』司法研究報告書 58 輯 1 号 (司法研修所, 2006 年) 10 頁, 角田・前掲注 31) 10 頁, 八木・前掲注 28) 334 頁, 植村・前掲注 7) 375 頁, 北村・前掲注 5) 489 頁以下, 加藤・前掲注 22) 483 頁。
- 35) 田宮ほか編・前掲注 5) 475 頁, 川出・前掲注 33) 175 頁。
- 36) 犯情説を明示する立場として, 北村・前掲注 30) 70 頁。
- 37) 川出・前掲注 33) 170 頁, 斉藤豊治「改正少年法の逆送規定と要保護性の判断」同『少年法研究 2 少年法改正の検討』(成文堂, 2006 年) 179 頁。
- 38) 加藤学「終局決定 (1) 検察官送致決定」廣瀬健二編集代表『少年事件重要判決 50 選』(立花書房, 2010 年) 204 頁, 同・前掲注 22) 483 頁。
- 39) 特に, 2000 年改正以降の調査活動を厳しく批判するものとして, 横山實「2000 年改正少年法の施行後 5 年間の運用の考察」八木國之博士追悼論文集『刑事法学の新

展開』（酒井書店，2009年）153頁以下参照。

- 40) 丸山雅夫「少年犯罪と少年法をめぐる動向」ジュリスト1414号（2011年）131頁。さらに，同『少年法講義〔第2版〕』（成文堂，2012年）329頁。
- 41) さらに，野澤健「付添人レポート」季刊刑事弁護43号（2005年）93頁以下，葦名ゆき「付添人レポート」季刊刑事弁護50号（2007年）125頁以下，中村勉「付添人レポート」季刊刑事弁護58号（2009年）124頁以下，中島宏「判例紹介」同誌198頁以下参照。
- 42) 同様の指摘として，本庄武「少年刑事事件における55条移送と量刑」同『少年に対する刑事処分』（現代人文社，2014年）127頁，同「少年に対する量刑判断と家庭裁判所への移送判断」同書214頁以下。

IV 裁判員裁判における55条移送

(1) 裁判員裁判と55条移送判断の関係

1 55条移送の実務に大きな変化を生じさせる可能性をもたらしたのが，2004年に制定され，2009年から施行されている「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」（平成16年法63号）である。それは，少年刑事裁判を裁判員裁判対象事件とするとともに（裁判員2条1項参照），55条移送の判断を「広い意味での量刑判断」であるとして，裁判官と裁判員との合議体による合議の対象として明示している（裁判員6条1項⁴³⁾。こうしたこととの関係で，主として【第2類型】の移送判断において，ふたつの点が問題視されることになった。ひとつは，一般的に，通常量刑判断とは構造を異にする55条移送の判断について，そもそも裁判員に適切な判断を期待することができるかという点に関わる。もうひとつは，より具体的に，55条移送が合議の対象となっているため，裁判官が社会記録の内容を熟知したうえで公判に臨むことの意味が失われることとの関係で，社会記録の取調べのあり方をどうするかということに関わる。そして，これらの問題を回避することを念頭に置きながら，裁判員裁判における55条移送の判断については，家庭裁判所の逆送判断を尊重して，それに事実上の拘束力を認めるべきだとの主張が改めて

強くなっているのである⁴⁴⁾。

ただ、こうした主張は、原則逆送事案を念頭に置いたかつての主張とは明らかに異なっていることに注意を要する。原則逆送事案を念頭に置いた主張は、20 条 1 項による逆送事案と 2 項にもとづく逆送事案における移送判断にダブル・スタンダードを持ち込むものであったのに対して、裁判員裁判を念頭に置いた主張は、通常の刑事裁判との構造の違いに着目した判断方法の違いを強調するものだからである。

2 たしかに、家庭裁判所の逆送判断に事実上の拘束力を認めるのであれば、【第 2 類型】の移送判断においても、保護処分相当性の積極的な認定は必要とされないことになるから、裁判員に特段の負担が生じることはないし、公判廷での社会記録の取調べも秘匿性のない結論部分を述べるだけで足りるということになろう。実際、2 名に対する殺人罪と 1 名に対する殺人未遂罪で犯行時 18 歳の少年が逆送され裁判員裁判で裁かれた事案（仙台地判平成 22 年 11 月 25 日 LEX/DB 文献番号 25443083 [石巻事件]）においては、5 日間の審理と 3 日間の評議のうち、社会記録の一部の取調べに要した時間は 30 分程度のものであったとされている。また、その取調べ方法も、弁護側が少年鑑別所作成の鑑別結果通知書を朗読し、検察側が家庭裁判所調査官作成の少年調査票における調査官意見を朗読するものだったとされている。その結果、弁護人による 55 条移送（保護処分相当）の申立ては否定され、求刑通りの死刑判決が言い渡されることになった（裁判員裁判における少年に対する初の死刑判決）。他方、【第 1 類型】の移送判断においては、秘匿性の高い情報を公判廷で開示することも特に必要ではないし、被告人の変化は裁判員が「目で見て」判断することも比較的容易であり、特段の困難はないものと考えられている。

裁判員裁判において 55 条移送が認められた事例としては、現時点までに 4 件が報告されている（東京地決平成 23 年 6 月 30 日家庭裁判月報 64 巻 1 号 92 頁 [東京事件]、福岡地決平成 24 年 2 月 24 日 LEX/DB 文献番号 25480587 [福岡事件]、鹿児島地決平成 24 年 4 月 20 日 LEX/DB 文献番号 25481266 [鹿児島事件]、さいたま地決平成 25 年 3 月 12 日未公開 [埼玉事件]）。また、移送を否定された事例（福岡地判平成 24

年1月20日 LEX/DB 文献番号 25481264〔福岡事件〕を含めて、それぞれの内容については、弁護士（付添人）の事例報告によって知ることができる⁴⁵⁾。そうした情報も、社会記録の取調べのあり方を検討する際の重要な手がかりとすることができる。

(2) 裁判員による積極的な移送判断の可否

1 刑事裁判手続に「国民の中から選任された裁判員」（素人）を参加させ、事実の認定、法令の適用、刑の量定（55条移送の判断を含む）について職業裁判官と対等な立場での関与を認める（裁判員1条・6条）裁判員裁判制度のもとでは、裁判員に過度の負担をかけないように配慮することは重視されてよい。司法研修所作成の『難解な法律概念と裁判員裁判』がガイドラインとして重視されているのも⁴⁶⁾、まさに、このような事情にもとづいているからである。しかし、そうであったとしても、家庭裁判所の逆送判断を尊重すべきだとする主張については、すでに明らかにしたような基本的・一般的な疑問が払拭できない。したがって、裁判員制度下における具体的な問題は、裁判員に55条移送の判断をさせることの適否であり、そのために家庭裁判所の逆送判断に拘束力を認めるべきなのかということになる。

前者については、「裁判員裁判における少55条の移送の主張は、その主張が適切な事案においてなされ、弁護士が保護処分相当性や相当とする保護処分の内容について具体的な主張をすれば、一般国民から選ばれる裁判員にも十分に判断できる事柄となり、評議の結果、地裁が移送決定をすれば、家裁としては、国民の良識が反映されたものとして、従来以上にその結論を重視することになろう」との指摘が見られる⁴⁷⁾。たしかに、一般論としてはその通りであり、裁判員法が55条移送の判断を広義の量刑判断としているのも、このような理解を前提とするものであろう。

2 事実、19歳の外国籍少年の住居侵入・強盗致傷被告事件において、裁判員裁判として初の移送を認めた東京事件⁴⁸⁾では、逆送後に教育的指導に

馴染む（保護処分相当）と判断できるような状況の変化があったこと（犯行の否認から関与を認めたとえでの真摯な反省，母親との関係改善，親類のもとでアルバイトをしながら夜間中学で日本語を勉強する意欲の確認）が指摘されている。ただ，東京事件は，【第 1 類型】に属する移送事案であって，特に社会記録を読み込まなければ判断ができないというものではなかった。他方，福岡事件，鹿児島事件，埼玉事件は，【第 1 類型】と【第 2 類型】との組み合わせのもとで移送が認められた事案である。しかし，それらにおいても，保護処分相当性が認められた事情は，必ずしも社会記録だけを十分に検討しなければ判断できなかったという性質のものではなく，刑事裁判所に送付されている少年保護事件記録，および刑事裁判所が取り寄せた社会記録のうちで必ずしも秘匿性の高くない（公判廷での取調べに馴染む）部分（検察官および調査官の処遇意見，少年鑑別所の鑑別意見）にもとづいて，保護処分相当性が優に確認できるものであったと思われる。したがって，移送判断に大きな困難がない（社会記録全体の詳細な検討が必要でない）事案では，裁判員に対しては，保護処分の可能性・有効性と保護処分の許容性を具体的に示せば足り⁴⁹⁾，特に家庭裁判所の逆送判断に拘束力を認めるまでもないことになる。

(3) 社会記録の扱い

1 これらに対して，社会記録全体の取調べが不可欠であるような【第 2 類型】の移送判断においては，事情が大きく異なり，社会記録の扱い（取調べ方法）が特に争われる。まず，刑事裁判手続の原則からは，取り調べるべき証拠はすべて公判廷に顕出させなければならない（憲 37 条 1 項・82 条），書証の取調べに当たっても全文朗読が求められている（刑訴 305 条）。また，特に裁判員裁判は，市民が「目で見て，耳で聞いて，よく分かる審理」を目的とすることから，直接主義・口頭主義の徹底を図るものとして構想されている。このため，秘匿性の高い社会記録を公判廷で取り調べることに大きな障害がもたらされ，朗読をできるだけ避け，要旨の告知を最小限にとどめるという，

従前のような少年刑事裁判における柔軟な運用は不可能になってしまった。さらに、従前の運用を支えていた、裁判官が社会記録を十分に読み込んだうえで公判に臨んで適切な判断をするということも、移送判断が裁判員との合議の対象とされたことによって無意味なものになってしまっている。こうした事情のもとで、特に裁判員裁判における移送判断について、家庭裁判所の逆送を重視すべきだ（拘束力を認める）とする主張が説得力を持つ一方で、そうした扱いに対する批判も強くなっているのである。したがって、ここでの問題は、社会記録の取調べにおいて、家庭裁判所の逆送判断を重視して事実上の拘束力を認める以外に方法はないのかということに集約される。

2 家庭裁判所の逆送判断を重視する立場によれば、公判廷における社会記録の取調べは結論部分の朗読で足りることになるから、裁判員の移送判断は容易なものになる。したがって、実務家を中心として、こうした運用方法が支持されているのには十分な理由がある。しかし、こうした運用については、保護処分相当性の有無が十分な検討にもとづいて判断されることを保障できるかという疑念を払拭することができず、55条移送の趣旨を没却するものではないかとの疑問すらある。石巻事件での社会調査の扱いについては、裁判実務経験者からも疑問が提起されていたところである⁵⁰⁾。

このような事情のもとで、弁護士と一部の研究者を中心として、社会記録の内容と結論の正確性を担保するために社会調査を担当した家庭裁判所調査官に対する証人尋問を認めるべきだとの主張が有力に主張されている⁵¹⁾。たしかに、調査官に対する証人尋問は、証人適格も認められるし（刑訴143条）、刑事処分相当の判断に至った過程を口頭で説明する点において、家庭裁判所の判断を再検討（移送判断）する方法としての有用性が極めて高いとは言えよう。しかし、判断の前提となった事実について、裁判所の職員である調査官は、職務上の秘密として証言を拒絶せざるをえない（刑訴144条本文）。学説の中には、解釈論上は秘密に当たらないとする見解もあるが⁵²⁾、このような性質の（証言内容の秘密性について争いのある）証人尋問が実務に受け入れられるとは到底思われぬ。さらに、公判廷の証人尋問を前提とした調査活動

は、公判廷での証言を意識した内容のものとなり、その質の低下が懸念されるところでもある⁵³⁾。こうした懸念は、公判期日外での証人尋問を認める場合（刑訴 281 条⁵⁴⁾であっても異なるところがない。

そこで、次の可能性として、社会記録の熟読の機会を裁判員にも保障するという方法が考えられる。ただ、公判廷で全文を朗読する対応は、必然的に秘匿性の高い事実を暴露することになるし、膨大な社会記録が集中審理の求められる裁判員裁判の公判廷での取調べ対象になりうるかも疑問であり⁵⁵⁾、現実的な可能性はほとんど認められない。したがって、このような方法による場合にも、非公開のもとでの事実取調べ（刑訴 43 条 3 項）によることとなる⁵⁶⁾。他方、公判廷での取調べを前提とする場合には、社会記録の簡略化ないしは合意書面化という方法も考えられる。しかし、簡略化または合意書面化は、社会記録の内容を正確に反映するものになりうるかという点で疑問があるし、結局は、社会記録の結論部分の取調べと大差のないものとならざるをえないように思われる。

3 以上のところからうかがわれるように、裁判員裁判のもとにおける 55 条移送の判断方法については、決定的と言えるだけのものはなく、個々の手続において最善のものを採用するほかはない。一般論としては、秘匿性が高く朗読に適さない部分を含めて、どのような証拠調べをすれば裁判員に判断のための資料を十分に提供できるかということに尽きる⁵⁷⁾。この点については、裁判員裁判で移送が問題になった事案における対応に、一定の手がかりを求めることができる。それらの具体的な手続については、詳細は必ずしも明らかではないが、移送を肯定した事例においても異なった対応が見られるところである。たとえば、東京事件においては、調査官の証人尋問の申請が採用されず、社会記録全体を報告書の形でまとめたものに検察官が意見を述べ、処遇に関する意見部分については原本が証拠採用（刑訴 323 条 3 号）されている。また、福岡事件では、検察官が請求した社会記録（鑑別結果通知書、少年調査票）について、裁判員への開示が明らかに不適切・不必要な部分を除いて全部が採用され、法廷では要旨（意見の結論部分）の告知にとどめる一方

で、評議室では当事者を立ち合わせずに全文朗読するという扱いがなされた。鹿児島事件では、基本的に社会記録をそのまま転記した統合報告書を合意書面として作成し、他の書証と同様に全文朗読されている。さらに、埼玉事件においては、社会記録の重要部分（鑑別結果通知書、精神科診断票、少年調査票の結論部分）が証拠請求され、それらの前提となっている事実（少年の成育歴、事件に至る経緯等）については被告人質問や両親に対する質問で明らかにし、障害特性を前提とした処遇のあり方については鑑別所や調査官の意見も踏まえて専門家証人から説明するという方法が採られた。他方、移送が否定された福岡事件においては、鑑別結果通知書と少年調査票の原本全部を証拠採用したうえで、法廷での朗読は行わず、評議室で全文を朗読する措置が採られている。

このような状況を見る限り、裁判員裁判下での55条移送についても、実務ではさまざまな工夫と配慮のもとに適切に運用されていると言ってよいように思われる。その意味で、家庭裁判所の逆送判断を重視すべきだとする主張は、必ずしも実務を指導するまでのものにはなっていない。ただ、こうした状況が今後も安定的に続いていくか、さらには大方が納得しうる移送判断が行われていくかは、必ずしも明らかなものとはまでは言えない状況である。

4 また、社会記録をどのような方法で取り調べるにしても、何よりも、社会記録が信頼に足るものであることが前提でなければならない。この点について、家庭裁判所の逆送判断を尊重すべきだとする立場からは、検察官送致決定書の充実の必要性が特に強調されている⁵⁸⁾。たしかに、検察官送致決定書が充実したものであれば、家庭裁判所の逆送判断の信頼性は高まることになる。また、それは、検察官の処遇意見と少年鑑別所の鑑別結果の朗読で足りるとする運用と結びつくものであるから、社会記録自体を簡略化する方向を志向するものでもある。他方、社会記録の簡略化については、「少年法の理念の放棄であり、家裁における保護処分手続も質変せざるを得なくなる」として、厳しい批判が向けられている⁵⁹⁾ことを看過してはならない。また、逆送が予想される事件の調査については、調査官が逆送を想定して過

度に委縮し、必要で十分な調査活動ができなくなるとの危惧感も表明されている⁶⁰⁾。こうした印象は、研究者だけでなく、(元)裁判官や(元)調査官から表明されている点に、大きな特徴が見られる。さらには、司法研究報告書等からうかがわれる裁判所の姿勢を詳細に分析したうえで、近時の調査活動が大きく変質したとする実証研究も見られ⁶¹⁾、「社会記録に対する従来の牧歌的な信頼は成り立たなくなる」とさえ言われている⁶²⁾。

もっとも、現在の調査活動の実態について、個別の事案における具体的な状況を実証的に分析することは、社会調査の性質上、さらには少年保護事件手続の構造上、不可能なものである。したがって、否定的な評価や印象が存在するからと言って、それを根拠として 55 条移送のあり方を云々することまではできない。そのような指摘に正しい核心があるとなれば、家庭裁判所の調査活動のあり方、さらには、より根本的に家庭裁判所調査官制度そのもののあり方が問われなければならないことになる。本稿としては、近時の調査活動に対して、必ずしも肯定的でない評価があることを指摘するだけにとどめざるをえない。

注

- 43) 辻裕教『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』の解説(1)法曹時報 59 巻 11 号(2007 年)93 頁、池田修『解説・裁判員法〔第 2 版〕』(弘文堂、2009 年)32 頁、守屋はか・前掲注 4)594 頁〔齊藤〕、603 頁〔葛野尋之〕、参照。
- 44) 特に、司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』(法曹会、2009 年)59 頁以下。
- 45) 弁護士による事例報告として、前田領・季刑刑事弁護 69 号(2012 年)153 頁以下、同・武内編著・前掲注 31)50 頁以下〔東京事件〕、阿野寛之・同書 82 頁以下〔福岡事件〕、林宏嗣・同書 90 頁以下〔鹿児島事件〕、柴野和善/岩本憲武・同書 110 頁以下〔埼玉事件〕。移送が否定された事例については、知名健太郎定信・同書 71 頁以下〔福岡事件〕。
- 46) 他方、加藤・前掲注 22)487 頁以下は、その射程が裁判員裁判にしか及ばない点を指摘したうえで、55 条移送判断における一般的な実務指針としては不十分であるとしている。
- 47) 八木・前掲注 28)338 頁。
- 48) 本件は、20 条 1 項にもとづく逆送の事案である。原則逆送該当事件と裁判員裁判対象事件は、多くの場合に重なり合うが、完全に一致しているわけではない。前者

でありながら後者とされないものに嘱託殺人罪（刑 202 条）などがあり、前者でないにもかかわらず後者とされるものとして、殺人未遂罪（刑 203 条）、強盗致傷罪（刑 240 条前段）、強盗強姦罪（刑 241 条前段）、現住建造物等放火罪（刑 108 条）などがある（20 条、裁判員 2 条 1 項参照）。

- 49) ただ、どのような方法で刑事処分と保護処分との違いを裁判員に示すべきかについては、具体的な事案に応じた工夫が必要である。この点について、行為時 16 歳の女子少年による強盗殺人・死体遺棄・監禁事案で、鑑定医の証人尋問のほか、栃木刑務所処遇部長（検察側）と法律家（弁護側）を証人尋問したうえで判断した呉事件は、その結論（移送を否定し、無期懲役相当で懲役 15 年の求刑を 13 年に減軽〔広島地判平成 26 年 10 月 24 日未公開〕）に対する評価は異なりうるにしても、移送判断のあり方としては適切であったように思われる。なお、朝日新聞広島版 2014 年 10 月 23 日朝刊 24 面参照。
- 50) たとえば、門野博『裁判員裁判への架け橋——刑事裁判ノート』（判例タイムズ社、2012 年）286 頁以下。さらに、相川・前掲注 24) 58 頁。
- 51) たとえば、川村百合「少年の裁判員裁判の問題点と解決策を考える」自由と正義 59 卷 10 号（2008 年）92 頁以下、淵野貴生「裁判員裁判における社会記録の取調べと適正手続」斉藤豊治先生古稀祝賀論文集『刑事法理論の探究と発見』（成文堂、2012 年）566 頁以下、武内謙治「少年に対する裁判員裁判」同『少年司法における保護の構造 適正手続・成長発達権保障と少年司法改革の展望』（日本評論社、2014 年）278 頁、葛野尋之「社会記録の取調べと作成者の証人尋問」武内編著・前掲注 31) 269 頁以下。
- 52) 葛野尋之「少年事件の処遇決定と裁判員裁判」澤登俊雄/高内寿夫編著『少年法の理念』（現代人文社、2010 年）183 頁。
- 53) 山口・前掲注 7) 351 頁。
- 54) 村山裕「少年逆送事件の問題」法律時報 81 卷 1 号（2009 年）37 頁。
- 55) 川出敏裕「少年の刑事裁判」法学教室 353 号（2010 年）109 頁。
- 56) 山口・前掲注 7) 345 頁、351 頁以下。
- 57) 武藤暁「少年法 55 条の保護処分相当性について」季刊刑事弁護 60 号（2009 年）102 頁、丸山雅夫「少年刑事事件と裁判員裁判」社会と倫理 25 号（2011 年）198 頁。
- 58) 加藤・前掲注 22) 489 頁。
- 59) 村山・前掲注 54) 37 頁。
- 60) 守屋克彦「家庭裁判所は変わるか」季刊刑事弁護 57 号 83 頁、藤原正範「家裁調査官の調査の劣化を危惧する」同誌 86 頁。
- 61) 岡田行雄「少年事件に関する社会調査の調書依存化とその克服に向けて」熊本法学 118 号（2009 年）49 頁以下参照。
- 62) 淵野・前掲注 51) 548 頁。

V むすびに代えて

1 以上、55 条移送について、2000 年改正と裁判員裁判制度の導入による影響をも含めて検討してきた。本稿の結論は、次のようにまとめられる。まず、20 条にもとづく逆送判断（刑事処分相当性）と 55 条にもとづく移送判断（保護処分相当性の存否）は、判断構造として裏腹の関係にあることから、それぞれが問題になる場面で、総合的な見地からの検討にもとづいて行われるべきものである。その際、55 条移送は、事実上、家庭裁判所による 20 条逆送の判断を見直すものとなるから、逆送に対する不服申立と類似の機能を果たすことになる。このような関係は、2000 年改正と裁判員裁判制度の導入によっても変化はない。もともと、20 条逆送と 55 条移送が裏腹の関係にあるにしても、20 条逆送がない以上は 55 条移送が問題になることはありえないのであるから、20 条逆送の適切・妥当な判断こそが大前提であることを忘れてはならない⁶³⁾。その意味で、55 条移送の問題は、まさに 20 条逆送の問題でもある。この点について再認識することの必要性が痛感される。

2 これに対して、特に【第 2 類型】の移送判断の際に検討が必要となる社会記録の扱い（取調べ）については、通常の刑事裁判と裁判員裁判とで事情が大きく異なり、区別的な対応が必要になる。職業裁判官による通常の刑事裁判においては、秘匿性の高い内容からなる社会記録を公判廷で取り調べるという点で一般的な問題はあるものの、事前に裁判官が社会記録を熟読したうえで公判に臨むことができるため、公判廷では全文朗読が回避されたり必要最小限度での要旨の告知にとどまったとしても、社会記録を十分に検討したうえでの判断が可能である。このような方法は、理論的な問題性は否定できないものの、55 条移送における適切な判断方法として、従来の実務において広く受け入れられてきた。通常の裁判形態で行われる 55 条移送判断については、今後も、このような実務慣行を継続していくことで足りると

思われる。

他方、裁判官と裁判員とが対等の立場で評議に参加する裁判員裁判においては、裁判官だけが事前に社会記録を熟読することが意味を持ちえず、裁判官と裁判員がともに社会記録を直接に取り調べる必要があるため、従前の実務におけるような対応を期待することができない。こうした難点に対処するため、裁判員裁判で55条移送が問題になった事案においては、公判期日外での取調べなどの工夫によって、妥当な結論を導くための運用が試みられている。ただ、現時点でそうした運用が適切な結論を導いているにしても、裁判員によって扱いが大きく異なること（ケース・バイ・ケースの個別的対応）は適切なものではなく、最低限の共通性のある対応は必要であるように思われる。そのひとつは、移送判断に際して、少年法の理念や少年事件の特性、さらには少年法の目的が少年刑事事件にも及ぶこと、刑事処分と保護処分との異同を裁判員に適切かつ具体的に示すことである。これによって、成人刑事裁判には見られない20条逆送と55条移送の判断について、適切な判断のための前提が裁判員に与えられる。もうひとつは、社会記録の取調べ方法について、現実的に可能な選択肢を示したうえで、事案の内容に応じた対応を確保すべきであろう。これらによって、裁判員裁判下における55条移送判断の運用は、統一的なものとして機能しうるように思われる。

3 以上のような運用にもかかわらず、裁判員裁判における55条移送判断の運用のあり方に重大な疑問が払拭できないのであれば、すでに示唆したように、立法論として、裁判員裁判の対象から少年刑事事件を外すことも考えられてよい。55条の移送判断だけにとどまらず、少年刑事事件については、有期の自由刑では相対的不定期刑を言い渡さなければならないこと（52条）との関係でも、裁判員には成人の量刑とは根本的に異なる困難な判断が求められている。こうした事情からすれば、少年刑事事件を裁判員裁判の対象から外すという立法論も、十分に根拠のあるものである。さらには、より根本的に、「少年」犯罪であることに着目して、少年刑事事件をも家庭裁判所の管轄とし、逆送判断と移送判断とを不要なものにするという立法論さえ

もありえよう⁶⁴⁾。これは、わが国の立法論としては大胆なもののように思われるが、2003 年施行のカナダ少年刑事裁判法が採用している制度であり⁶⁵⁾、必ずしも突飛な発想というものでもない。

注

- 63) 岩佐嘉彦「付添人の活動と国選付添人制度の導入」齊藤ほか編著・前掲注 33) 81 頁。
- 64) こうした方向を示唆するものとして、坂井智「少年に対する刑事裁判における若干の問題」中野次雄判事還暦祝賀『刑事裁判の課題』（有斐閣、1972 年）291 頁以下。
- 65) 丸山雅夫『カナダの少年司法』（成文堂、2006 年）297 頁以下参照。

* 本稿は、南山大学 2014 年度パツへ研究奨励金 I-A-2（特定研究助成：一般）にもとづく研究成果の一部である。

