

## 少年の取調べの再構築<sup>①</sup>

### 一 問題の所在

少年法(以下、単に法ともいう)は、少年事件の捜査も成人同様、刑事訴訟法(以下、刑訴法という)により行われることを承認している(法四〇条)。しかし、少年事件の場合には、人格が未成熟で傷つきやすいという少年の特性を考慮して、警察の内部規範により詳細な配慮規定がおかれている<sup>②</sup>。ここでは、取調べ(刑訴法一九八条)に関しても、取調べに代えて面接という文言を用いた上で、まず基本的な留意事項として、少年が落ち着いて話せるための場所的配慮(例えば少年補導室等の使用)、授業時間帯・就業時間・深夜を避けるとともに長時間に及ばないようにするなどの時間的配慮、言動への配慮のほか、少年警察部

門による原則的取扱い<sup>④</sup>や、保護者又はこれに代わる者への連絡・立会いなども規定されている。また、少年に限らず、弁護人の立会いを前提とした規定も存在している<sup>⑤⑥</sup>。

しかし、弁護士付添人活動が活発化するにつれ、これらの配慮規定は全く遵守されておらず、それどころか、少年は取調べにおいて暴行・脅迫など数多くの人権侵害を受け、成人と同様に<sup>⑦</sup>告白を強要されているとの実態が浮き彫りにされてきた。その結果、少年は冤罪の被害を被ったり、そうでなくとも心を閉ざし、あるいは国家への不信を募らせることによって、家庭裁判所(以下、家裁という)のケースワーク機能や少年の更生に深刻な影響を及ぼしている<sup>⑧</sup>とすら指摘されている。

では、これらの配慮規定が遵守されず、それどころか少

京 明

年の人権侵害が多発しているのはなぜか。まずその点を、取調べの目的とその背景にある子ども観という視点から検討する。

## 二 捜査実務と客体的子ども観

(一) 前提として、成人の場合の捜査・取調べの目的を確認しておく。刑事訴訟法学では一般に、「捜査とは、犯罪の嫌疑がある場合に、公訴の提起・追行のために、犯人を保全し、証拠を収集する行為をいう」と定義され、捜査機関による訴訟の準備活動としてのその「目的は、被告人・被疑者の保全と、証拠の収集保全にある」とされる。<sup>9)</sup>そして、取調べは、後者の目的との関係、すなわち、被疑者から供述証拠を得るための処分として位置づけられている。<sup>10)</sup>被疑者を証拠方法とみてよいかどうかは、それ自体争いのあるところであるが、<sup>11)</sup>被疑者から弁解を得ることも含め、捜査実務の側からは、「取調べの目的は、真実を供述せしめることと、供述したところが真実に符合するかどうかを見分けることの二つにある」と指摘されている。<sup>12)</sup>したがって、取調べの目的とは、少なくとも捜査機関の立場からすれば、被疑者の供述を通じた真実の発見にある(規範

二条一項及び一六六条参照)。そのため、ここでは最終的には自白の採取がその主眼とならざるを得ない。<sup>13)</sup>

他方、取調べにおける被疑者の自白は、訴追裁量(刑訴法二四八条)との関係でも意義があるとされる。すなわち、被疑者が犯人であると証拠上断定できた場合であっても、訴追裁量を適切に行使するためには、取調べを通じて被疑者に反省悔悟の機会を与える必要があるとし、そこで被疑者から真摯な自白を獲得することが、起訴猶予の場合はもちろん、起訴する場合であっても、「犯罪者の真の反省と更生」のための大きな要素になるとされる。<sup>14)</sup>そして、そのような真摯な自白を得るためには、密室において捜査官と人格の触れ合いを通じて信頼関係を築く必要があるというのである。<sup>15)</sup>

このように、捜査機関によれば、捜査が公判の準備活動であることを前提としつつも、事案の真相の解明(刑訴法一条)をすでに起訴前の段階で、特に取調べを通じて実現しようとしている点が特徴的である。そして、取調べでの自白には、真実発見の効果が期待されていると同時に、それが真摯なものであれば、犯人の反省・更生を示すものがあり、したがって再犯防止を期待できるため、刑事政策上

有意義でもあるとされるのである。

(一) これに対し少年事件の場合には、家裁への全件送致主義(法四一条・四二条)が採用されているため、刑事訴追を直接の目的として捜査が行われるわけではない。<sup>(16)</sup>しかし、「犯人の保全」と「証拠の収集」という二つの捜査の目的は、「少年の保護事件」の審理にとっても等しく重要であろう。まず前者との関係では、少年の場合にも、調査及び審判に資するために、少年の身柄の保全を(本来きわめて限定的にはあるが)必要とする場合があることは、そもそも少年法自身の予定するところである(法四三条及び一七条、四八条)。他方、後者との関係でも、非行事実が要保護性と並んで少年審判の対象とされており、少年の自由・人権を制約する根拠としての意味を持つことから、その認定に正確を期するためにも、それに関する証拠の収集保全が不可欠となるからである。

かくして、少年の取調べについても、成人の場合に期待される、自白による真実発見と再犯防止という二つの目的が追求されることになる。もっとも、後者との関係では、少年事件の場合には全件送致主義があるから、成人のように訴追裁量との関係を考慮する必要は本来ないはずである。

しかし、その場合に訴追裁量に代わって真摯な自白を得るための刑事政策的な根拠とされるのが、法の目的である少年の健全育成(一条)ないしは保護主義の理念なのである。

そもそも捜査機関は、健全育成の意義を、一般教育や福祉との関連の下に広く理解するというよりも、むしろその本来の任務である治安維持の枠内で、少年の非行防止すなわち再犯の防止を意味するものとして狭く理解している。<sup>(18)</sup>そこでは、治安維持が捜査機関の役割である以上、少年の健全育成もまたその職責に属するものとして、換言すれば、捜査機関もまた健全育成の積極的な担い手として観念されることになる。そこで、取調べにおける真摯な自白が再犯の防止に役立つものであるならば、それは同時に少年の再非行の防止、すなわち健全育成の実現にとっても有意義なものとなるのである。<sup>(19)</sup>

(二) このように、捜査機関にとって健全育成ないし保護理念とは、捜査機関が少年に自白を求める刑事政策的な根拠として援用されているにすぎない。ここでは、捜査機関が少年を健全育成ないしは教育することが予定されており、少年は捜査機関による健全育成・教育の客体として観念される(客体的子ども観)<sup>(20)</sup>。その意味で、上述の特別措

置も、少年が真摯に自白する限りで、捜査官の配慮ないしは恩恵によって認められるものにすぎない<sup>(21)</sup>のである。

さらに、そもそも実務では糾問的捜査観が支配し<sup>(22)</sup>、それが具体化する場面として実務ではいわゆる取調べ受忍義務が常態化している<sup>(23)</sup>。すなわち、我が国では成人であっても一人の手続主体として自由に供述をすることにはかなりの困難を伴うのである。そのような現実に加えて、さらに少年の場合には、我々が考える以上にその防御力が弱いことが指摘されている<sup>(24)</sup>ことから、少年が捜査官の望むような供述をせず、あるいは否認や黙秘をしたりすれば、「教育」の名のもとに取調べは容易に糾問化しうる。

このように、少年は、刑訴法上も少年法上も、いわば二重の意味で主体性を否定されているとすることができる。これまで捜査機関が少年の健全育成を謳いながらも、他方で自白の強要などの人権侵害を指摘する声が絶えなかつたのは、まさに捜査機関が治安維持の観点から健全育成のための合目的役割を担ってきたことの弊害が、取調べにおいて顕著に現れているからだと言えるのではないだろうか。数々の人権侵害事例は、そのことを物語っているように思われる。

(四) このような実態も、捜査実務が依って立つような客体的子ども観からすれば、特段問題とすべき点はないのかもしれない。しかし、憲法二三条前段が「すべて国民は」と規定していることから伺えるように、未成年者であってもその人格の尊厳を否定されるべき理由はない<sup>(25)</sup>。しかも、そのような個人の尊厳条項は、「すべての法秩序に對する原則規範としての意味をも」つとされるから、その条項の適用を少年法制において否定すべき理由もまた、存在しない。したがって、日本国憲法下での少年法制のあり方としても、少年の冤罪を防止するのはもちろんのこと、さらに非行のある少年との関係でも、少年の健全育成(法一条)を実現するためには、なによりも少年自身の人格が尊重され、少年自身、主体的に手続に参加していることが不可欠の前提となるのではないだろうか。そこに少年の手続主体性(人格の尊厳)を論ずる意味がある。

### 三 ジャスティス・モデルと小さな大人観

(一) 取調べの実態に対しては、少年は少年であるがゆえに成人ならば保障されるはずの権利が保障されていないとし、むしろ保護処分の不利益性からすれば、少年の場合

には権利保障を妨げる「保護」といった便利なラベルを捨て去り、少なくとも成人同様あるいはそれ以上の適正手続保障こそが重要であると考えることもできる。いわゆるジャスティス・モデルの立場がそれである。<sup>(27)</sup>

たしかに、適正手続(取調べに即していえば黙秘権)保障を少年の場合にも貫徹させ、少年の特性に即して実質化させていくことは、それ自体疑いようも無く重要な課題であり、また国際準則が求めているところでもある。その点を手続の現実にも即して鋭く指摘するジャスティス・モデルの立場は、優れて実務的な問題提起であって実に傾聴すべき内容を持つものといえる。しかし、ジャスティス・モデルのように、大人と同様の論理で適正手続とその実質化を論じただけでは、はたして少年の特性を十分に補完し尽くせるかどうか疑問の余地がある。もっとも、その点を論ずる前に、成人の場合の手続主体性がいかなる論理によって導かれるのか、そしてなぜ黙秘権が保障されることでその人格が尊重されたといえるのかを確認しておく。

(二) 成人の場合には、いわゆる弾劾的捜査観の提唱に象徴されるように、<sup>(28)</sup>刑事訴訟における当事者主体性が被疑者の場合にも主張されてきた。しかも、被疑者の当事者主

体性は、いわゆる「当事者追行主義」との関連だけでなく、より根源的には、被疑者・被告人の人格ないし主体性の尊重に由来するものとされる。すなわち、そもそも当事者主義とは、真実発見のための単なる技術ではなく、「国家が個人に対して刑罰という制裁を加える場合にとるべき基本的態度を意味する。それは被告人を一人の人格ないし主体として取り扱うことであり、これに刑罰を加えるためには、主体というにふさわしい行動をとる余地を与え自己を弁明する機会を与えなければならぬということである」とされる。<sup>(29)</sup>

このように考えるとき、取調べにおける黙秘権の保障(憲法二八条一項、刑訴法一九八条二項)は、まさに被疑者の人格を尊重するものとして、その主体性保障の中核をなすものといえる。なぜなら、刑罰という峻厳な制裁に直面させられた個人が、その自己保存の本能を克服して積極的に自己を有罪に導く行為をとるかどうかは、きわめて崇高な道徳的義務に関わる問題である。だからこそ、国家は個人の内面に立ち入って、法律上はもちろん事実上もそのような自己負罪を強制すべきでない。その意味で、「黙秘権の本質は、個人の人格の尊厳に対する刑事訴訟の譲歩に

ある」とされるのである。<sup>(30)</sup>

したがって、国家は、個人が黙秘権を行使するか、それともそれを（個別的にはあられ）放棄して供述するかを、その自由な意思決定、すなわちその自己決定<sup>(31)</sup>に委ねることによって、その人格を尊重したことになるといえるのである。

(二) では、このような黙秘権保障に基づく人格の尊厳の論理を、そのまま少年にもあてはめてよいか。

少年の場合には、家裁への全件送致主義がある以上、直接に刑事裁判（刑罰）との関係で人格の尊厳を論じるわけにはいかない。しかし、少年といえども成人と同様、刑訴法による捜査が行われ、しかも保護処分にも自由・人権を制約する不利益性が認められる以上、黙秘権保障の意味は少年にとってもきわめて重要な意味を持っていることはたしかである。そこで、ジャスティス・モデルにしたがって成人の論理を貫くとすれば、最も重要な意味をもつのは、黙秘権を行使するか放棄するか<sup>(32)</sup>の自己決定ということになる。実際、アメリカでも、親や弁護士などとの事前協議やその立会いを通じて少年に対する適正手続の実質化が問題とされたのは、成人同様、少年による黙秘権（及び弁護

権）放棄の有効性についてであった。<sup>(32)</sup>

そこでは、少年の自由な供述主体性の根拠が、たとえ本人が未成熟であっても、その補完を通じて自己決定をしたという点に求められる限りで、少年は自己決定主体、したがって理念型としては「小さな大人」として扱われていると評価することが可能であろう。しかし、いかに少年の能力不足を補完し、黙秘権行使・放棄に関する自己決定を援助しえたとしても、それだけで直ちに、少年が自己の言い分を十分に表現しえた<sup>(33)</sup>とみなしてよいか、すなわち、一人の人間主体として、その人格が十分に尊重されたとみなしてよいかどうかは、疑問の余地がある。なぜなら、これまで少年については、取調べにおける迎合性・被暗示性<sup>(33)</sup>、自己表現力の弱さ<sup>(34)</sup>、取調べへの耐性の弱さ<sup>(35)</sup>といった特性が問題とされてきており、それらの特性は、黙秘権放棄の有無に関わらず取調べを通じて一貫して（すなわち黙秘権放棄後の供述それ自体についても同様に）問題になりうる事柄だからである。そのことは、成人と同様の権利枠組（主体性論）では、少年の特性を補完し尽くせないことを示唆しているのではないだろうか。

そもそもそのような少年の特性が、これまで少年法制を

根本から支えてきた刑事学的認識、すなわち少年がこれまで成長発達過程にあり、人格も未成熟であるとの認識<sup>(36)</sup>に由来するものとすれば、そのような少年の特性を完全に補充するためには、少年の成長発達そのものを援助しうるような福祉的な対応が必要とされるべきである。したがって、少年に対する福祉的な援助を徹底するとともに、取調べのあり方自体も、適正手続保障を前提としつつも、一貫して少年の主體的な成長発達を可能にするものとして再構築される必要があるのではないだろうか。それは、少年の福祉を強調する国際準則からの要請でもある。

この点に関し、少年司法運営に関する国連最低基準規則(一九八五年。以下、北京ルールズという)一四・二は、「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易い雰囲気の下で行われなければならない」と規定する<sup>(37)</sup>。この規定は、直接には審判(adjudication)に関するものであるが、そもそも少年の「最善の利益」とは、少年司法の目的として規定されている「少年の福祉」<sup>(38)</sup>(同五・一)の最大限の尊重を意味するものと解することができ、しかも、捜査においても「少年の福祉を増進」す

べきことが承認されている以上(同一〇・三)、捜査機関による少年の取調べに対しても、この規定の趣旨は妥当すべきであろう。

このような国際準則の動向に鑑みると、まさにジャスティス・モデルが批判する保護理念の中にこそ、適正手続を実質化しうる手がかりがあるように思われる。換言すれば、批判されるべきは客体的子ども観のもとでの保護理念であって、保護理念それ自体ではない。そこに、少年独自の論理で、すなわち少年の保護ないしは成長発達も見据えたいうで、その主体性・人格の尊厳を検討する意義がある。

(四) もっとも、このような捜査・取調べにおける福祉の実現という観点は、これまで我が国でも決して考慮されてこなかったわけではない。少年事件では家裁への全件送致主義が採られていることから、これまで学説も実務も、少年事件は第一次的には「保護事件」(法第二章参照)へと発展することが予定されており、したがって捜査もまた、保護事件の前段階として、実質的に少年の保護に向けた手続であることを考慮すべきであると考えてきたのである(実質的「保護事件」としての捜査)<sup>(39)</sup>。

そのことは、取調べですら少年の成長発達の場として位

置づけられるべきことを意味している。現に捜査実務では、取調べに教育的な位置づけが与えられてもいる。しかし、そこでの少年の地位は客体なのである。

このような実態に対し、いわゆる手続二分論を志向するジャスティスマデルの立場からは、事実の存否（事実認定）と少年の成長発達（処遇決定）とはあくまで別問題であって、取調べでの少年の特性も、まさに成人の場合と問題を共通にする前者の問題として、弁護人の援助の徹底により解決されるべきとの反論が可能であろう。<sup>(4)</sup> そのような問題意識は、少年審判について司法機能と福祉機能とを峻別してきた従来の学説とも通底しうる。

たしかに、成人よりも防御力の弱い少年の場合には、弁護人による法的援助（すなわち司法機能それ自体の充実）の必要性がより一層高まることは積極的に承認されなければならぬ。また、我が国でも、これまで弁護士付添人の献身的な活動がなければ、少年事件の問題は顕在化しなかったとさえいってよい。しかし、それでもなお、本当に弁護人の援助「だけで」、北京ルールズ一四・二が示唆するように、少年の自由な手続参加が実現されるかどうかが問われるべきであろう。「資格を有する弁護人」（憲法三七

条三項）であるというだけでは、必ずしも少年に対し福祉的な援助を提供しうることまで意味しないからである。

この点に関し、北京ルールズが、弁護士による法的援助を規定したうえで（一五・一）、さらに親または保護者の手続参加権を規定し（一五・二）、「少年に対する一般的心理的・情緒的援助」を期待している点が注目される（同条の注釈）。しかもそこでは、保護者以外にも「少年が信頼することができ、かつ実際にも信頼している他の個人的援助者」の参加も示唆されていることを考慮するなら、そのような心理的・情緒的援助とは、少年に対して信頼関係を提供しうる者による援助、換言すれば、少年にとって安心できる人間関係を提供しうる者の援助が必要とされていると理解することが可能である。少年の自由な手続参加とは、この両者からの援助がそろってはじめて可能となるのではないだろうか。

（五）このように、少年の適正手続が少年の特性に即して真に実質化するためには、司法機能それ自体の充実に加え、さらに福祉機能の観点に立った援助も必要とされるべきである。そして、このような福祉機能を重視した主体性論を指向するとき、そもそも少年の自己決定主体性を肯定

すること自体についても、疑問が生ずる。

この点については、少年(子ども)にも成人同様の自己決定主体性(自律性)を肯定する見解もある。<sup>(43)</sup>しかし、少年の自己決定主体性を肯定することは、その限りで成人と同様に扱うことである(小さな大人としての子ども観)。したがって、それを徹底させようとすればするほど、少年法制ないしは保護主義の基礎を支える少年の未成熟さへの考慮は失われていくことにならざるをえない。現にアメリカでは、少年裁判所発足当時の子ども観と現代社会の子ども観とは合致せず、むしろかつてイメージされた子ども観はもはや消滅しているとして、少年裁判所の廃止を説く見解すら存在する。<sup>(44)</sup>

たしかに、かつてアメリカで少年裁判所が誕生した頃の革新主義の時代と、現在の高度にマスメディアの発達した社会とでは、子ども観においても、そしてまた子ども自身の成熟度においても違いがあるのかもしれない。しかし、依然として客体的子ども観が支配する現代日本においては、子ども期は「消滅」したというよりは、むしろ子どもはそれを「剥奪」<sup>(45)</sup>され、「喪失」している状況にあると理解すべきである。また、現代の理論的水準によるかぎり、自己

決定の尊重だけが人格の尊重を意味するわけではない。そうだとすれば、われわれに必要なのは、「小さな大人」へと回帰することではなく、<sup>(46)</sup>「子ども」概念をその主体性の観点からより実質化させていくことであろう。

そのためには、未成熟であってもなおその人格が尊重され、かつ未成熟だからこそ、その成長発達という積極的価値の実現をも志向するような主体性論が必要である。そのための重要な手がかりとなるのが、子どもの権利条約(以下、権利条約という)<sup>(47)</sup>一二条に規定された意見表明権である。

#### 四 意見表明権と人間関係論的子ども観

(一) 国連子どもの権利委員会(以下、権利委員会という)は、意見表明権(参加の権利とも呼ばれる)<sup>(48)</sup>に対して、「差別的禁止(二条)」、「子どもの最善の利益(三条)」、「生命、生存及び発達の権利(六条)」と並ぶ、権利条約の四つの一般原則の一つとして重要な位置づけられている。<sup>(49)</sup>だからこそ、意見表明権は様々な法領域から注目を集めてきた。その中でも特に教育法の分野では、意見表明権を子どもの自己決定権の行使に道を開く権利として理解する立場

(以下、便宜的に自己決定権説と呼ぶ)が有力なようである。<sup>(56)</sup>その根拠としては、意見表明権条項の原案では、「結婚、職業の選択、医療、教育及びレクリエーションについての意見表明」(条約草案七条)とされており、子どもが自分自身についての生活や生き方、『幸福の追求』等について、自由に自己の意思を表明し、その意思が親を含むおとな社会によって尊重され、保障されることを求めた<sup>(57)</sup>とするのである。

しかし、その後の審議過程では、意見表明権の対象はどのような列挙事由の制約に服すべきでないという意見が多数を占め、<sup>(58)</sup>そこでそのような列挙事由を削除して「すべての事柄(についての意見表明)へ」と修正されるに至っている<sup>(59)</sup>のであり、当初の列挙事由を根拠として自己決定権的な性格を導き出すことは、必ずしも成立過程に即した議論とはいえない。それどころか、一二条は「それ自体、自己決定権に相当するものではなく、意思決定への関与を意味する」ことは国際的にも承認されている。<sup>(60)</sup>

それにも関わらず、自己決定権説が唱えられる実質的な根拠は、権利委員会が指摘するように、我が国ではおおよそすべての子どもが社会のあらゆる領域において、とりわけ

学校制度においてその参加の権利(一二条)を行使する際に困難に直面していること、<sup>(61)</sup>しかもその学校制度自体、その過度に競争的な性格のため子ども達の発達を阻害しているという現実<sup>(62)</sup>に求められるだろう。すなわち、少年司法のみならず、純然たる教育機関である学校においてすでに、子ども達の主体的な成長発達は困難な状況に陥っているのである。敷衍して言えば、少年司法に限らず、我が国の社会では客体的子ども観が支配しているといえる。その根底には、経済発展という画一的な目標に向けて子どもを管理・序列化<sup>(63)</sup>していく社会文化構造があると見ることもできるだろう。

このような現実<sup>(64)</sup>に鑑みると、自己決定権の観点から子ども達の主体性を回復しようとするアプローチにも十分肯首しうる点がある。しかし、子ども達の自己決定ないしはその自律性を強調し、管理・抑圧からの「解放」を論ずるだけでは、かえって子ども達の成長発達を促進しない面もあることに注意しなければならない。自己決定ないし自律とは、自由権として他者からの(しばしば過度に)パターナリスティックな介入を排除することを本質とするから、<sup>(65)</sup>自己決定に対する一義的な尊重を強調することによって、子ども達の成長発達を担っている大人との人間関係が失われてし

まう危険があるのである。<sup>(59)</sup>むしろ、客体的子ども観が支配する我が国では、そのような自己決定アプローチによって、逆に自己責任の名の下に大人による「あらたな管理と支配の道具」を生み出すおそれすらある点に注意しなければならぬであらう。<sup>(60)</sup>

たしかに子どもであっても、「自己の人格に関わる事柄」についての意思決定は尊重されるべきである。しかし、子どもの人格の尊重は、子どもの意思決定(意見表明)それ自体ではなく、相手方との継続的な対話を通じてはじめて実現されると考えることもできるし、また、子どもの主体的な成長発達をも考慮するならば、そう解すべきである。

(一) これまでも、自己決定ないしは自律を中核とする権利論では、無能力(incompetent)であったり依存的な状況にある人々(例えば子どもや女性)が権利主体から排除されて抑圧的な状況に陥ってしまったり、たとえこれらの人々に形式的に権利が保障されても、依存的であるがゆえのニーズ(例えば子どもの成長)<sup>(61)</sup>は逆に考慮されなくなってしまうことが反省されてきた。そこで、そもそも権利を問題解決のための継続的対話の道具として観念し、問題提起の声をあげること自体に能力や成熟の度合いは関係

ないことから、そのような問題提起(すなわち権利行使)に基づく継続的な対話を通じて、抑圧と被抑圧の背後にある人々との間の関係性(例えば、子ども・大人・国家三者間の関係)そのものを改善していこうとする、いわゆる権利の関係性アプローチが主張されてきたのである。<sup>(62)</sup>

このような継続的対話を通じた関係性の構築という点こそ、まさに意見表明権を通じた子どもの人格の尊重を検討するうえでも重要な視座を提供するものといえる。そのことは、権利条約に即してみると、特に意見表明権と最善の利益原則との関係において顕著に現れている。

そもそも「最善の利益」原則とは、国連「子どもの権利宣言」(一九五九年。以下、権利宣言という)に代表されるように、子どもの権利に関する国際文書において一貫して確認されてきた指導理念である。権利条約においても、この原則は、子どもに関する全ての措置をとるにあたって公私いずれの機関によっても第一次的に考慮(a primary consideration)されなければならない一方(二条一項)、子どもの養育及び発達について第一次的な責任を負う父母等にとっても基本的な関心事項(一八条一項)とされ、きわめて重要な位置づけを与えられている。だからこそ、国

連においても権利条約の基本原則の一つとされているのである。

ところで、権利条約の四つの基本原則は、独立していると同時に切り離せないものであることが指摘されており、まさに意見表明権は、子どもの最善の利益の判断にとつて不可欠の権利であるとされる。すなわち、公私いずれの機関にせよ、父母等にせよ、「子どもの最善の利益を考慮すべき者に子どもの意見が提出され、その者がそれを聞き考慮に入れなければ、最善の利益が考慮されたことにはならない」とされ、しかも、そのように意思決定過程に「子どもを本当に参加させるためには、子どもに情報を与え、問題を子どもに説明し、真の対話のための雰囲気、つまりここでは子どもが尊重され、意見を言うことそれ自体が尊重され、自分の意見が考慮に入れられるということを実感できる雰囲気が必要」であり、さらに、「もし子どもの考えが受け入れられないのであれば、子どもに意見を聞いた人は、なぜ意見がとり入れられなかったのかを子どもに説明する義務がある」とされるのである。<sup>(64)</sup>

このように、「真の対話のための雰囲気」の中で子どもの意見が尊重されることこそが、最善の利益原則の意義、

すなわち、子どもの「人間としての尊厳」を実現するものであるとされる。<sup>(65)</sup> ここでの意見表明権と人間の尊厳との関係は、次のように考えることができるであろう。そもそも完全な自己決定能力のない子どもであっても（赤ん坊ですら）、一人の人間主体として「欲求の表明」によって他者に働きかけることができるのであって、このような欲求の表明に対して他者から誠実な対応が得られるという「人間関係」の中にこそ、子どもの「人間の尊厳」が存在する。だから、権利条約は、この「欲求の表明」という子どもの主体的・能動的な力を権利として認め（二二条一項前段）、それへの誠実な対応義務を大人に課すものとした（同後段）。その意味で、意見表明権とは子どもへの人間の尊厳を権利化したものに他ならないのである。<sup>(66)</sup>

したがって、権利条約二二条一項前段は「自己の意見を形成する能力のある子ども」と規定して、一見その主体を限定しているように見えるが、子どもがその欲求を表明する限りは、意見表明権の主体には事実上制約がないと解すべきである。その点を示唆する成立過程でのコメントもある。<sup>(67)</sup> ただし、問題の本質は、さらにその先にある。すなわち、対話そして人間関係の構築を通じた人格の尊厳と

言っても、そこで実現される関係の実質とはどのようなものでなければならぬかである。単に子どもを独立の当事者と観念するだけでは、子どもを抑圧している関係からの「解放」か(自己決定論)、さもなくば子どもを抑圧してきたシステムに子ども自身を統合するだけのものにとどまってしまう可能性があるからである(形式的な「参加」論<sup>(68)</sup>)。これは、意見表明権によって判断されるべき最善の利益の内容にも関わる。

(三) 権利条約の成立過程においては、「最善の利益」それ自体の内容まで、必ずしも積極的に議論されたわけではない<sup>(69)</sup>。また、権利委員会自身も具体的な判断を示していない<sup>(70)</sup>。しかも、この問題については、条約自身、最善の利益の内容を明確にしようとしているのではなく、条約全体として、包括的な倫理的又は価値的なフレームワークを提示し、そうすることによって子どもの最善の利益を模索する人々に対して多くの指針を提供しているのだとの指摘もある<sup>(71)</sup>。

たしかに「最善の利益」原則は、子どもに関わるすべての人々及び権利条約の個々の条文の解釈・運用にとっての指導原理となるべきものである。しかし、むしろそのような

な役割があるからこそ、「子どもの最善の利益」の内容について実質的な方向性が示されていないければ、それが何かは判断者の主観に委ねられ、まさにジャスティス・モデルの論者が危惧するように、最終的には国家や親の独善を招来する危険がないとはいえないであろう。その意味で、権利条約の成立過程において次のような問題提起のあったことが注目されるべきである。すなわち、第二読会においてベネズエラ代表は、権利条約において「子どもの最善の利益とは、その全面的な—すなわち、身体的、知的、精神的、道徳的及び社会的—発達である」と規定されない限り、なにか「最善の利益」かは、適用者の判断に委ねられてしまうとして、「子どもの最善の利益」という文言の主観性について注意を促したのである<sup>(72)</sup>。

この提案からは、最善の利益とはまさに子どもの全面的な発達を意味するものとの示唆が得られるであろう。このような理解は、一般原則相互の不可分性とも合致する。すなわち、子どもの最善の利益とは、子どもの「生命、生存及び発達の権利」(六条)の保障、端的に言えば、子どもの成長発達権の保障を意味すると理解することができる<sup>(73)</sup>のである。

もっとも、その後の審議において多くの代表が現行の条文(案)を支持したため、ベネズエラはこの提案を撤回した。その経緯は審議録からは明らかでないが、しかし、そのことは、ベネズエラの提案が必ずしも否定されたことを意味しないであろう。なぜなら、そもそも権利条約の土台となった権利宣言は、最善の利益原則を、子どもの全面的な発達を立法等によって実現する際の指針として、すなわち、子どもの全面的な発達の実現に向けられた国政上の指針として規定したのであり(第二原則)<sup>(75)</sup>、そのような子どもの全面的な発達という最も根源的な目的が、権利条約においても個別条項との関係で、すなわち、国家との関係では六条で、また親との関係では一八条及び前文第六段で、さらに教育との関係では二九条一項(a)ですでに具体化されているとすれば、あらためて三条においてその旨明らかにする必要はなかったと理解することもできるからである。

このように考えると、最善の利益とは、子どもの人格の尊重を求めるものであると同時に、人格の成長をも求めていると考えることができるであろう。そして、子どもの成長は他者との関係性を通じて実現されるという心理学等の

知見をふまえるならば<sup>(76)</sup>、子どもの成長発達もまた、意見表明権を通じて関係性の構築によって実現されると考えることができる。

では、子どもの成長発達は、いかなる人間関係によって実現されるか。この点についても、自律的な個人への成長発達は「本人の欲求をそのままで受容し合える人間関係からしか生まれぬ<sup>(77)</sup>」と説く見解があり、注目される。権利条約自身も、子どもの「人格の完全かつ調和のとれた発達」のためには、子どもが「家庭環境の下で幸福、愛情及び理解のある雰囲気の中で成長すべきこと」を求めている(前文第六段)ほか、このような受容的な人間関係を通じて子どもの成長発達は、心理学等の社会科学的な知見からも基礎づけることが可能であろう<sup>(78)</sup>。

かくして、意見表明権の行使に基づく受容的な人間関係の形成・発展によってこそ、子どもの人格の尊重とその成長発達が実現されるというべきである(人間関係論的子ども観)。客体的な子ども観が支配する我が国の現実の中で、子どもたちが他者との豊かな関係性を奪われ、子ども期を喪失しているのだとすれば、まさにこのような人間関係論的なアプローチこそが、子どもの主体性(人間の尊厳)を

回復するものとなる。したがって、子どもの最善の利益を判断すべき者、特にそれが子どもの養育と発達について第一次的な責任を負う親や法定保護者(権利条約一八条一項)の場合には、このような意見表明権に基づく受容的な人間関係の形成が強く期待される。そして、そのような教育的・福祉的責任が国家により補充的に果たされる場合(一八条二項、三条二項)であっても同様に、そのような関係の形成に留意すべきであろう。

(四) このような意見表明権の意義は、少年司法との関係でも同様に妥当しう。権利条約自体には少年司法の目的について特別の規定はないが、少年司法に関する国際準則は、少年司法の目的が少年の福祉の実現にあることを明記するとともに、<sup>(79)</sup>そこでの福祉の実現の仕方についても、「幼児期から人格を尊重し、またその人格を向上させることによつて、調和のとれた思春期の成長を確保するように社会全体が努力する必要がある」こと、さらに「青少年は社会のなかにあつて積極的な役割を担い、積極的に主体としての関与が保障されなければならず、社会化および管理の単なる対象と考えるべきでない」ことを明記しているからである。<sup>(80)</sup>ここで謳われている福祉理念の強調、そしてそ

れを実現するための人格の尊重や社会的主体性論は、意見表明権に基づく人間関係論的子ども観と本質的に異なるものではない。

このような国際準則からの要請は、我が国の少年司法との関係でも強調されるべきである。そもそも、我が国の少年法の「窮極の目的」である「少年の健全な育成」とは、「非常に積極的な教育的ないし福祉的な内容をもつたもの」であつて、児童福祉法、教育基本法、少年院法等と相關的に理解すべきであり、「これを狭い意味での社会防衛や公共の福祉論の枠内に閉じこめてはならない」からである。<sup>(81)</sup>健全育成理念がそのような意味内容を持つことは、現行法の立法史的にも明らかにされている。<sup>(82)</sup>

さらに、たとえ経済的に豊かではあつても、なお客体的子ども観が支配する我が国において、大人ひいては国家による子ども期の剥奪こそが、我が国の非行の根源的な原因だとすれば、<sup>(83)</sup>意見表明権に基づく受容的な人間関係の形成と維持こそが、少年の人格の尊厳と成長発達の実現にとつて必要であり、日本国憲法下での少年法制にとつても必要とされるべきであろう。したがつて、捜査において考慮されるべき保護の実質もまた、意見表明権の保障を通じて実

現されるべきことになる。

(五) 少年に対する適正手続保障もまた、意見表明権に基づく人格の尊厳論と決して無関係とはいえない。すなわち、少年の適正手続を詳細に規定する権利条約四〇条二項は、その柱書で、それらの権利保障もまた同条一項のためのものであること、すなわち、「尊厳及び価値についての当該子ども意識を促進するにふさわしい方法…により取り扱われる権利」を保障するためであることを明記している。そして、そこでの「尊厳」が、権利条約の一般原則からの要請として意見表明権によって実現されるべきものだとすれば、少年の適正手続保障もまた、意見表明権(参加の権利)の下に包摂して理解することが可能となる。換言すれば、適正手続保障は、少なくとも少年の場合には、少年の意見表明権(手続への実効的な参加)を担保するものとして位置づけることが可能となるのである。

このように考えると、少年にとっての適正手続の意義もまた、国家との対決<sup>(84)</sup>にとって必要な武器としてよりも、むしろ少年の成長発達を実現し、もってその将来の自由(成人としての自己決定主体性)を実現するために必要な手続的保障と捉え直すことができるであろう。そして、そのよ

うに理解することの実質的な意義は、少年による権利放棄を認めるかどうかという点に現れるように思われる。ジャスティス・モデルのように、少年の自己決定主体性を肯定するアプローチでは、少年であっても成人同様、権利の放棄が可能となるが、意見表明権アプローチでは、それを保障するための各種の措置(適正手続保障を含む)は、すべて少年の人格の尊厳を実現するものであると同時に、その成長発達をも実現するものと位置づけられることになるから、それらの放棄は少年の成長あるいは自己実現そのものの否定につながるからである。

もちろん、このようにアプローチに対し、自己決定アプローチからは、「過度に保護的であって、不合理にパターナリスティック」であると批判されるかもしれない<sup>(87)</sup>。しかし、少年の自己決定主体性を肯定すること自体に対して原理的な疑問があるのはもちろんのこと、やはり少年の特性に即した適正手続の実質化を十分に実現するためには、保護主義の理念を(権利論的に)徹底させるアプローチこそが必要であろう。そうだとすれば、少年の権利放棄をパターナリスティックな観点から制約することもまた、許容されてよいのではなからうか。そのように考えたとしても、

制約されるのは権利を放棄するとの選択であって、権利をいつどのように行使するかを選択それ自体ではない。その限りで少年の選択の範囲を制限したとしても、少年の成長発達を保障するための合理的な措置として平等原則(憲法一四条)には反しないであろう。

## 五 取調べにおける意見表明権の保障

(一) 日本政府のように、意見表明権の意義を単に子どもの意見ないしはその弁解を録取するための「機会の保障」にとどまるものと理解するならば、取調べにおいて意見表明権を保障するといっても、被疑事実に関する供述とは別に、少年の意見ないしはその弁解を録取するための機会を保障すれば足り、特に身柄拘束された少年の場合には、弁解録取の手續が刑訴法上設けられていることから(刑訴法二〇三条一項、二〇四条一項、二〇七条一項及び六一条)、捜査・取調べにおいて少年の意見表明権は、すでに十分に保障されているとも言えそうである。

しかし、意見表明権の人間関係論的な意義に鑑みると、取調べにおいても少年が意見を言うことそれ自体が尊重される雰囲気状況的に保障されていなければならず、その

うえでさらに、少年自身、自由に自己の意見(欲求を含む)を言うことができ、しかもそれに対して誠実な対応が得られる人間関係が、意見表明権からの帰結として常に保障されていなければならない。また、取調べで求められる被疑事実に関する供述は、非行事実の存否に直接関わるものであり、そこでの供述如何が少年の生活に重大な影響を及ぼす事柄であることは明らかである(権利条約一二条一項前段参照)。しかも、そこで少年が、弁解も含めて、被疑事実に関して自由に自己の意見を表明できるかどうかは、後の少年自身の成長をも左右するほどの重要性を持つといえる。<sup>91)</sup>

このように、まさに被疑事実に関する供述との関係でこそ意見表明権が保障されていなければ、したがってまた、取調べを通じて常に意見表明権が保障されていなければ、およそ取調べにおいて少年の人格を尊重したことにほならないというべきである。日本政府のように、意見表明権を弁解録取に限定しうるような理解は支持しえない。

(二) では、取調べを通じて一貫して意見表明権が保障されるべきだとしても、意見表明権の保障にとって必要な少年との人間関係、すなわち少年の成長発達の担い手(以

下、単に担い手ともいう)としての役割は、捜査官にも成  
立するものと解すべきか。この点については、かねてより  
捜査機関自身、少年の健全育成を積極的に担うことを表明  
し、さらに、少年に限らず被疑者一般についても、捜査官  
との人格の触れ合いを通じ人間関係ないしは信頼関係を築  
いた上で供述(自白)を得るものとされており、一見する  
と、捜査官に対しても担い手としての役割を肯定しうるよ  
うにも見える。

しかし、それでもなお捜査官については、担い手として  
の役割を否定しなければならないであろう。それは、少年  
と捜査官との間で成立しうる人間関係と、親などの場合に  
成立しうる人間関係との質的相違にある。すなわち、少年  
と担い手との人間関係は、そもそも取調べの目的とは関係  
なく成立しうるものであり、それは少年からの「欲求の表  
明」ですらいかなる場合にも包括的に受容しうるような、  
いわば無償の人間関係であることが前提となる。

これに対して、少年と捜査官との人間関係とは、本来的  
に取調べ目的によって規定された関係性である。すなわち、  
それは真相解明及び少年の再非行の防止の範囲内に限局さ  
れており、最終的には治安維持を表現する範囲内でのみ成

立しうる人間関係にすぎない。そこに、少年の側からの主  
体的な欲求や感情の表明が受け入れられる余地はほとんど  
ないとさえ言うてよく、逆にそのような欲求や感情(わが  
まま)こそが、非行の原因であると認識されることになろ  
う。その根底には、客体的子ども観があるからである。

このように、少年と捜査官の間には、少年のニーズや  
欲求を包括的に受容する人間関係は成立しえないと解すべ  
きである。もちろん、捜査機関も少年の最善の利益、した  
がって少年の成長発達に配慮すべきことはたしかであるが、  
それは「少年を害さない」(北京ルールズ一〇・三)ない  
しは「その心情を傷つけない」(規範二〇四条)という消  
極的な配慮にとどまるべきであり、取調べにおいて担い手  
としての積極的役割は、捜査官ではなく、まさに権利条約  
一八条が示すように、少年の成長発達に対して第一次的な  
責任を負っている親又は法定保護者(以下、保護者とい  
う)の関与によって実現されるべきである。

(二) このように、取調べにおいて少年に対して受容的  
な人間関係を提供すべき責任を負うのは、第一次的には保  
護者であると解すべきである。したがって、取調べにおい  
て意見表明権を保障することの意味は、何よりも取調べに

は常に保護者が立ち会っていなければならないことを意味する。

もっとも、たとえ保護者であっても、現実には少年に対して援助的な対応をとらない場合もありうる。むしろ、そもそも非行の多くが家庭的な背景の下に生じていることに鑑みると、そのような事態も少なからず生じうるし、また少年自身も、関係性の相手方として保護者(特に親)の立会いを望まない場合もあるろう。そこで、これらの場合には、親に代わって少年を受容的な態度をもって援助しうる第三者が関与しなければならぬ。例えば、少年の親族や教員(少年審判規則一九条参照)、さらには市民ボランティアと少年司法との連携が模索される必要があるろう。それどころか、そもそも国家には少年の成長発達を最大限保障する責務がある以上(権利条約六条二項)、そのように親に代わって少年に福祉的援助を提供しうる者(すなわちソーシャル・ワーカー)を養成し、派遣する義務があるとすらいえるのではないだろうか。<sup>(95)</sup>

ところで、捜査官との人間関係を否定する立場に立つと、権利条約上は捜査官に対する供述も意見表明の一種と考えられる以上、意見表明権の行使の相手方と人間関係の相手

方とが分離することになり、人間関係論的理解と一貫しないとの批判がありうる。たしかに、意見表明権の行使の相手方と人間関係の相手方とは、通常は一致すべきものであるが、それは、最善の利益の判断者とは、通常は少年の成長発達にも責任を負う者だからである。

しかし、少年審判の前段階としての非行少年の発見活動についても特別法を設けて、教育的又は福祉的機関による発見活動の徹底を図るのであればともかく、現行法制を前提にする限り、すなわち、捜査機関が刑法に基づいて少年事件の捜査・取調べを行う限り、ここでは、治安維持機関としての捜査機関の本来の性格と少年の成長発達とは緊張関係に立たざるを得ない。<sup>(97)</sup> また、本来捜査に専従すべき捜査機関に対し、少年の成長発達を担うことまでも期待するのは過重な負担を期するものであろう。したがって、取調べにおける意見表明権の保障としては、まず保護者との間に受容的な人間関係が保障されたうえで、次にそれを前提にした捜査官に対する自由な意見表明(供述)が保障されるという、いわば二段階的な保障形態にならざるをえない。

(四) しかし、このように意見表明権の保障を二段階的

に理解することで、法的援助者としての弁護人の役割を明確にすることができる。そもそも取調べでの発問を理解するには法的知識を要する場合が多く、また黙秘権についても、少年はもちろん保護者であってもその意義を十分に理解しているとは言い難い。また、保護者に対して、少年の意見を尊重させるために、捜査官と互角に対峙することを一般的に期待するのは困難であろう。

そこで、少年と保護者との関係性が保障されたうえで、さらに捜査官への意見表明(供述)との関係で法的援助が強化されなければならない。すなわち、取調べには弁護人も立ち会ったうえで、捜査官の発問が少年と保護者に正確に理解されているかどうか、それへの対応(黙秘を含む)が正確に理解されているかどうか、そして、そのうえでなされた少年の意見表明が捜査官によって正当に重視されているかどうかをチェックされるべきなのである。

(五) さらに、意見表明権が、手続への形式的な参加論にとどまらず、まさに北京ルールズが示唆するように、少年の自由な自己表現をも保障しうるものでなければならぬ。いとすれば、取調べという場自体が、それを可能なものにしうるよう再構築される必要がある。そこで注目されるの

が、少年の取調べのあり方に配慮する警察の内部規範である。それらの措置、すなわち、取調べへの場所的及び時間的配慮、そして少年警察部門による取扱いの徹底が保護主義からの要請である限りは、これらもまた、意見表明権からの帰結として権利性が承認されるべきである。

(六) 以上のような、保護者及び弁護人の立会い、さらに取調べという場自体を改善するための各種の措置は、意見表明権のみならず、すでに他の国際準則によっても承認されているところであるが、それらを意見表明権の下に包摂して理解することによって、少年はそれらの措置を放棄できないものと解すべきである。それらの放棄は、少年の成長発達そのものの否定を意味しうるからである。この点(98)が、少年の自己決定主体性を肯定するジャスティス・モデルとの違いとなる。そして、そのように放棄不可能なものと理解することによって、はじめて少年の特性に即した適正手続の実質化もまた、実現されるのではないだろうか。したがって、取調べにおいて意見表明権を保障することの実際的な意義は、まさに立会いを含むこれらの措置がすべてとられていない限りは、取調べ自体行うことができなという点に求められるであろう。もしこれらの措置がと

られないまま取調べが行われた場合には、そこで得られた供述は、少年の意見表明権(権利条約一二条)を侵害し、したがって、国民すべての人格の尊重について定めた憲法一三条、そして少年の健全育成(成長発達)について定めた少年法一条に反する重大な違法のもとで得られたものと評価すべきであるから、これらの条文を根拠としてすべて証拠から排除されるべきである。<sup>(10)</sup>

以上のような措置は、いずれも当の捜査機関によって承認されているものであって、実現不可能なものでは決していない。それどころか、少年の意見表明が自白である場合には、その任意性が担保され、したがって真実発見にも資するものとなる。

もちろん、以上の措置がすべてとられたとしても、少年が真に心を開いて意見表明しているかどうかは、それが少年の内心に関わるだけに、決して一義的には判断できない問題である。たとえ上述の状況で少年が自白したとしても、それは一刻も早く釈放されたいがための、一種の打算の産物ですらありうる。しかし、たとえ少年の内心は分からなくとも、自己の存在がそのまま尊重され、かつ自己の意見が正当に重視されるのを実感できる雰囲気を作り出す

ことは可能であるし、また、そこに少年の人格の尊厳と成長発達が実現される可能性があるのであれば、そのような状況整備を最大限追求すべきである。そのような意見表明権に基づく子どもの人格の尊厳と成長発達の保障は、子ども観の抜本的な転換を図ることによって、少年司法はもろんのこと、客体的子ども観が支配する我が国の社会状況全体を変革していくうえでも必要であろう。

(1) 本稿は、二〇〇四年五月に一橋大学に提出した博士学位論文「少年の取調べの再構築」の一部を要約したうえで、大幅な加筆・修正を加えたものである。

(2) 犯罪捜査規範(以下、規範という)第一章、少年警察活動規則(平成一四年国家公安委員会規則第二〇号)、少年警察活動推進上の留意事項について(依命通達。以下、通達という)。後二者の内容については、例えば、家庭裁判月報五五巻四号(二〇〇三年)一七三頁以下参照。

(3) 規範二〇四条、前注通達第4の4(1)及び6(1)。

(4) 前掲注(2)通達第4の3。

(5) 規範二〇七条、前掲注(2)通達第4の5及び6

(2)。

(6) 規範一八〇条二項。

- (7) 日弁連子どもの権利委員会(編)『少年警察活動と子どもの人権』(新版、一九九八年)、近畿弁護士連合会『問われる少年事件捜査の実態』(一九八八年)ほか参照。
- (8) 村井敏邦「少年犯罪事件の構造と問題点」法セミ増刊『少年非行』(一九八四年)二〇二頁、二〇五頁は、誰にも言い分をきいてもらえない少年が心を閉ざしていくことの深刻な影響を指摘する。また、前野育三「捜査段階における少年警察活動」法と政治四〇巻四号(一九八九年)一六七頁、一八三頁も、「警察で恐怖心を植え付けられた場合、少年の心を開かせることが非常に困難になる」と指摘する。
- (9) 平野龍一『刑事訴訟法』(一九五八年)八二頁ほか参照。
- (10) 同前・一〇五頁ほか参照。
- (11) 井戸田侃『刑事訴訟法要説』(一九九三年)八七頁参照。
- (12) 熊谷弘ほか(編著)『捜査法体系Ⅰ 逮捕・取調』(一九七二年)二二二頁(本田正義)。
- (13) 三井誠「被疑者の取調べとその規制」刑法雑誌二七巻一号(一九八六年)一七一頁、一七二頁。
- (14) 稲田伸夫「被疑者の取調べ―検察の立場から」三井誠ほか(編著)『新刑事手続Ⅰ』(二〇〇二年)一九三頁、一九八頁。
- (15) 同前・一九九頁(取調べの可視化との関係)。
- (16) 二〇〇〇年の法改正でいわゆる原則逆送事件が設けられたが(法二〇条二項本文)、全件送致主義の枠組自体は堅持されており、また家裁にもそのような事件を保護事件として終局させる権限がなお留保されている(同条項但書)。
- (17) 少年審判の対象は、非行事実と要保護性の両方であるとするのが通説である。田宮裕『廣瀬健一(編)』『注釈少年法』(改訂版、二〇〇二年)三八頁ほか参照。
- (18) 少年警察活動規則一条も、少年警察活動とは「少年の非行の防止…を通じて少年の健全な育成を図る」ものであることを明記している。
- (19) 武石道男『少年警察の実務一〇一問』(補訂版、一九九三年)九六頁は、「少年事件捜査の目的は、成人事件と異なり、再非行の防止を図り、少年の健全育成に資することを十分理解しなければならない。特に少年被疑者の取調べは捜査官の人格と少年の人格との重要な触れ合いの場であり、また、教育の場であることにかんがみ慎重な配慮が望まれる」とする。
- (20) 日弁連・前掲注(7)九二頁は、現場の警察官には『子どもはほっておくとどんな悪さをするかわからな』という少年観(子ども観)があり、さらに『子どもは

おとなと違って半人前だから、一人前のおとなにするためには多少手荒いことをしても良いのだ」という意識が支配的である」とする。そして、「そこではすべての少年を非行予備軍としてとらえているばかりか、『少年も人である』という認識が欠如している」とし、そこに「少年に対するすさまじい人権侵害が発生する根源がある」と指摘する。

(21) 武石・前掲注(19) 九七頁は、保護者等の立会いにより「少年が真実を供述しないおそれのある場合は」、立会いを認めるべきでないとする。なお、前掲注(2) 通達も、立会いの趣旨について、「これは、少年に無用の緊張を与えることを避け、真実の解明のための協力や事後の効果的な指導育成の効果を期待するという趣旨に基づくものである」とする(第4の6(2))。

(22) 司法研修所検察教官室(編)『検察講義案(平成一五年版)』(二〇〇五年) 一四頁は、現行法の理解として糾問的捜査観を基本的に支持している。

(23) 最大判平一一・三・二四民集五三巻三号五一四頁は、身体を拘束された被疑者に取調べへの出頭・滞留義務を課しても、直ちにその黙秘権を侵害することにはならないとする(五一八頁)。

(24) 近畿弁護士連合会・前掲注(7) 三二頁。

(25) ホセ・ヨンバルト「日本国憲法解釈の問題としての

『個人の尊重』と『人間の尊厳』(上)判例タイムズ三七七号(一九七九年) 八頁は、「人間は個人として尊厳を有するものではなく、逆に個人は人間として(人間であるが故に)尊厳を有する」とし(一五頁)、「人間の尊厳は人間の人格としての尊厳と理解される」とする(二七頁)。少年もまた、一人の人間として独立した人格を有することは明らかである。

(26) 芦部信喜(編著)『憲法Ⅱ人権(1)』(一九七八年) 一三四頁(種谷春洋)。

(27) アメリカの代表的文献として、BARRY C. FELD, JUSTICE FOR CHILDREN (1983)がある。我が国でそのような立場から非行事実認定手続について批判的に考察したものとして、高野隆「憲法問題としての非行事実認定手続」犯罪と非行一〇四号(一九九五年) 四頁、再録・荒木伸怡(編著)『非行事実の認定』(一九九七年) 七一頁参照。

(28) 平野・前掲注(9) 八三頁。

(29) 平野龍一『刑事訴訟法概説』(一九六八年) 一一頁。

(30) 平野龍一「黙秘権」刑法雑誌二巻四号(一九五一年) 三九頁、五〇頁。

(31) 現在では、むしろ被疑者・被告人の「自己決定」の観点から、黙秘権を積極的に位置づけようとする試みが有力である。例えば、高田昭正『被疑者の自己決定と弁護』

- (二〇〇三年) ほか参照。
- (32) この点について、アメリカの判例法理の展開を通じて網羅的に検討したものと、葛野尋之『少年司法の再構築』(二〇〇三年) 三三三頁以下参照。
- (33) 浜井一夫ほか『少年事件の処理に関する実務上の諸問題』(一九九七年) 一七四及び一七七頁、齋藤豊治『少年法研究 1 適正手続と誤判救済』(一九九七年) 七二頁ほか参照。
- (34) 近畿弁護士連合会・前掲注(7) 三頁ほか参照。
- (35) 守屋克彦「非行事実の認定と少年審判(一)」「犯罪と非行」一〇五号(一九九五年) 四頁、二五頁、再録・前掲注(27)『非行事実の認定』一一九頁、一三七頁ほか参照。
- (36) 田宮Ⅱ廣瀬・前掲注(17) 三頁、裁判所書記官研修所(監修)『少年法実務講義案』(改訂版、二〇〇二年) 二二二頁ほか参照。
- (37) 北京ルールの原文及び翻訳については、澤登俊雄Ⅱ比較少年法研究会(編著)『少年司法と国際準則』(一九九一年) 二二三頁参照。
- (38) 同前・八六頁(長井長信)。
- (39) 柏木千秋『新少年法概説』(改訂版、一九五一年) 三頁以下、平場安治『少年法』(新版、一九八七年) 四二頁以下及び二二三頁以下、亀山継夫Ⅱ赤木孝志『少年法

および少年警察』(増補版、一九八四年) 四五―四六頁(亀山) ほか参照。

(40) 例えば、高野・前掲注(27) 九四頁参照。

(41) フェルドも、放棄不可能な弁護士権を提案している。

See, Barry C. Feld, *Criminalizing Juvenile Justice: Rules of Procedure for the Juvenile Court*, 69 MINN. L. REV. 141, at 183-190.

(42) 例えば、守屋克彦『少年の非行と教育』(一九七七年) 三三二頁、裁判所書記官研修所・前掲注(36) 一八頁ほか参照。このような機能の区別は、少年法それ自体の機能としても論じうるであろう(田宮Ⅱ廣瀬・前掲注(17) 三頁ほか参照)。

(43) 子どもの権利論一般の問題としてあるが、MICHAEL FREEMAN, *THE MORAL STATUS OF CHILDREN* (1997) は、イギリスの就学年齢である七歳なれば自律性 (autonomy) がある、でもおかしはなく、やらに刑事責任年齢である一〇歳ならば大抵の子どもには自律性があると考えてよいとする (at 36)。

(44) Janet E. Ainsworth, *Re-Imagining Childhood and Re-constructing the Legal Order: The Case for Abolishing the Juvenile Court*, 69 N.C.L. REV. 1083 (1991)。フェルドも、現実的には少年裁判所の廃止を選択すべきであり、そ

れに伴い子ども期の批判的な再検討が必要であることを示唆する (Feld, *supra* note 27, Chap.9)。

(45) 国連子ども権利委員会への市民・NGO報告書『豊かな国』日本社会における子ども期の喪失(一九九七年)。

(46) 子ども概念の歴史的な背景については、フョリッペン・マリユス(杉山・杉山訳)『子供』の誕生(一九八〇年)参照。

(47) 政府はchildを「児童」と訳すが、本稿は「子ども」と訳す。以下、条約の文言について政府訳と異なる点については、原文を入れておく。

(48) See, RACHEL HODGKIN AND PETER NEWELL, IMPLEMENTATION HANDBOOK FOR THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD (1998), at 147.

(49) See e.g. UN Doc. CRC/C/5 (1991), para.13.

(50) 永井憲一ほか(編)『新解説・子どもの権利条約』(二〇〇三年)九〇頁(喜多明人)ほか参照。

(51) 同前九〇頁(喜多明人)。See, U.N. Doc., E/CN.4/1349 (1979), at 3.

(52) U.N. Doc., E/CN.4/1575 (1981), para.78.

(53) *Ibid.*, paras. 79 and 80.

(54) HODGKIN AND NEWELL, *supra* note 48, at 145.

(55) U.N. Doc., CRC/15/Add.90 (第一回政府報告(一九九六年)に対する権利委員会の総括所見) para.13.

(56) *Ibid.*, para.22. 同様の指摘は、第二回政府報告(二〇〇一年)に対する最終所見でも繰り返されている。See, CRC/C/15/Add.231, para. 49 (a).

(57) 福田雅章「わが国の社会文化構造と子どもの人権」一橋論叢一二二巻四号(一九九四年)二頁。

(58) 例えば、佐藤幸治ほか(編)『コンサイス法律学用語辞典』(二〇〇三年)八六九頁(「人格的自律権の項」)は、「自己決定権を、一定の私事に関して、あるいは、他人の権利を害したり公共の福祉に反しないかぎりにおいて、他者から干渉されることなく、自分のことを自分で決める権利」と定義している。

(59) MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCES (1990), at 306.

(60) 福田雅章『日本の社会文化構造と人権』(二〇〇二年)四六頁。

(61) E.g. MINOW, *supra* note 59, at 268.

(62) その代表的論者がミンノウである。その論旨は、「共生」という困難なコミットメント」を権利論的に実現しようとする点にあるとさえある(ミンノウ, *supra* note 59,

at 309).

(63) 権利委員会委員であるジュディス・カープの来日公演「子どもの人間としての尊厳と最善の利益」DCI 日本文部『子ども期の回復—子どもの「ことば」をうばわない関係を求めて』(一九九九年)四二頁、四三頁。

(64) 国連に対する第一回日本政府報告の審査に際してのカープ議員の発言(前注『子ども期の回復』三〇三頁)。なお、我が国でも、意見表明権には最善の利益を判断するための手続的権利としての性格があることは、一般に承認されている(永井ほか・前掲注(50)九〇頁〔喜多明人〕ほか参照)

(65) カープ来日公演・前掲注(63)『子ども期の回復』四二頁以下。

(66) 福田・前掲注(60)四九—五〇頁。

(67) ユニセフは、第二読会に入る前の専門的審査(technical review)において、『自己の意見を形成する能力のある』子どもとは、自己の意見を『表明』することのできる子どもを指すものと思われる。なぜなら、話すことのできないかなり幼少の子どもですら、なお自己の意見を『形成』し、それを何らかの方法で他者に伝えることができるから』だと指摘している。U.N. Doc. E/CN.4/1989/WG.1/CRP.1 (1989), at 14. See also, HODGKIN AND NEW-

ELL, *supra* note 48, at 149.

(68) この点を示唆するものとして、前掲注(63)『子ども期の回復』二六六頁(世取山洋介)。

(69) SHARON DETRICK, A COMMENTARY ON THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD (1999), at 89.

(70) 永井ほか・前掲注(50)五〇頁〔荒牧重人〕。各国にこの点についての研究を行うよう奨励しているとされる。

(71) Philip Alston, *The Best Interests Principle: Towards A Reconciliation of Culture and Human Rights*, in: *ibid.* (ed.), THE BEST INTEREST OF THE CHILD (1994) 1, at 19.

(72) Feld, *supra* note 27, at 279-280.

(73) U.N. doc. E/CN.4/1989/48, para.120.

(74) 最善の利益が成長発達権の保障を意味することを指摘する文献として、福田・前掲注(60)四八八頁があるほか、澤登俊雄(編著)『世界諸国の少年法制』(一九九四年)三—五三頁(斉藤豊治)も、『子どもの最善の利益』とは、子どもの成長のために最良の状態と機会を提供することであると指摘している。同旨に解してよいであろう。

(75) その内容については、例えば、永井憲一ほか(編)『解説・子どもの権利条約』(第二版、一九九四年)一七八

頁参照。

- (76) ワロン(浜田編訳)『身体・自我・社会』(一九八三年)、メルロ・ポンティ(木田ほか訳)『幼児の対人関係』(二〇〇一年)ほか参照。
- (77) 福田・前掲注(60) 四一頁。
- (78) E. H. エリクソン(岩瀬訳)『アイデンティティ―青年と危機』(改訂版、一九八二年)、アイブル・アイベスフェルト(日高久保訳)『愛と憎しみ―人間の基本的行動様式とその自然誌』(一九七四年)ほか参照。
- (79) 北京ルールズ一条及び五条並びにそれらに付された国連の注釈を参照。なお、同旨の規定として、「自由を奪われた少年の保護に関する国連規則」(一九九〇年)一条がある。その内容についても、前掲注(37)『少年司法と国際準則』二〇三頁参照。
- (80) 「少年非行の防止に関する国連ガイドライン」(一九九〇年)二及び三。その内容についても、前掲注(37)『少年司法と国際準則』一七九頁参照。
- (81) 団藤重光||森田宗一『新版少年法』(第二版、一九八四年)一四―一五頁。
- (82) 守屋・前掲注(42) 一五二頁以下(特に一八八頁)、森田宗一「少年法制定過程覚え書⑤―『健全育成』『非行少年』そして『虞犯』」ジュリスト九三九号(一九八九年)
- 一六六頁参照。
- (83) 福田雅章「子どもの人権と少年法改正」刑法雑誌三九巻三号(二〇〇〇年)九五頁、一〇二頁、再録・前掲注(60)五〇三頁。
- (84) このような考え方を「闘争モデル(Battle Model)」と表現する文献として、John Griffiths, *Ideology in Criminal Procedure or A Third Model of the Criminal Process*, 79 YALE L. J. 359 (1970), at 367.
- (85) かつて日弁連も、「適正手続の保障は、少年手続における処理処遇が、真に少年の成長発達を保障するものになりうるかを問うものである」と述べて、少年審判の対審化に全面的に反対していた。日本弁護士連合会『少年法「改正」答申に関する意見』(一九八四年)参照(引用部分は七一頁)。
- (86) ただし、少年の黙秘権放棄の有効性の判断について、親や弁護人などの必要の関与を要求する、いわゆる絶対的(Pat. se) アプローチを採用すれば、少なくとも少年が有効に権利放棄する時点までであれば、弁護権等が必要的に保障されることになる。
- (87) *Commonwealth v. Christmas*, 465 A.2d 989 (1983), at 992 (少年の保護は、社会及び正義の利益に重点をおいたやり方で実現されるべきであるとして、少年の権利放棄

の有効性判断について、絶対的アプローチから、成人同様の総合判断 (totality of the circumstances) アプローチへと転換したメンシルバニア州最高裁の判例)。この判例については、葛野・前掲注(32) 三五六頁も参照。なお、アメリカでは、連邦最高裁をはじめとして (Fare v. Michael C., 442 U.S. 707, 1979) このアプローチが主流となっている (葛野・前掲注(32) 三五五頁)。

- (88) 福田雅章「刑事法における強制の根拠としてのパターナリズム」一橋論叢一〇三巻一号(一九九〇年) 一頁、一五頁及び再録・前掲注(60) 七一頁は、自由の補充原理としてのパターナリズムの意義について論じたうえで、自律的生存の可能性がある限り、自由そのものを否定する自由(自己決定) は認められるべきでないことを示唆している。少年ははまだ自律的生存主体(自己決定主体としての成人) に向けて成長発達過程にある以上、そのような成長発達を積極的に実現するための措置について放棄を認めることは、少年の将来の自由(成人としての自己決定主体性) そのものの否定につながるであろう。フェルドが放棄不可能な弁護権を主張するのも、少年の未成熟、経験不足及び傷つきやすさへの配慮からである (Feld, *supra* note 41, at 190)。

(89) 権利条約四四条に基づき国連に対して行われる、わが

国の第一回政府報告書(一九九六年) は、意見表明権に関する部分の表題を「意見表明権の機会(第11条)」としていた(報告書ⅢD)。第2回報告書(二〇〇一年) では「第11条(児童の意見の尊重)」となっているが、その内容は、第一回報告書同様、「機会の保障」を論ずるにとどまっている。なお、これらの政府報告書については、外務省のホームページから入手可能である。available on, <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jido/index.html>.

- (90) 捜査実務からも、取調べでは被疑者の弁解も十分に聴取されると指摘されている(例えば、稲田・前掲注(14) 一九六頁ほか参照)。
- (91) 北京ルールズでも、少年司法との最初の接触である法執行機関との接触が、「国家や社会に対する少年の態度に深く影響を及ぼす」ことが指摘されている(一〇・三に関する注釈参照)。
- (92) 家庭環境も含め、非行の原因について調査を行った最近の文献として、日本弁護士連合会『検証少年犯罪』(二〇〇二年) などがある。
- (93) 親が必ずしも有効な援助者とはいえないことについては、例えば、葛野・前掲注(32) 三五九頁、Feld, *supra* note 41, at 181-182 ほか参照。

(94) 少年警察活動規則五条もまた、「少年の健全な育成の

ための活動を行うボランティア若しくは団体との連携と適切な役割の分担」を謳っている。

(95) 筆者は、以上の点について、博士論文の中では、イギリスの「適切な大人 (appropriate adult)」制度を検討したうえで、制度的な提言を行った。これについては、別の機会に公表する予定である。

(96) 保護理念を審判前手続にも徹底させるために、この点を示唆するものとして、柏木・前掲注(39)三四頁、澤登俊雄(編著)『展望少年法』(一九六八年)一四〇頁〔兼頭吉一〕参照。

(97) 前野・前掲注(8)一七二頁も、「基本的に社会防衛に責任を持つ機関が、同時に保護の担い手となることには無理があり、理想的な保護を行うことが至難の技である」とし、「少年事件に対する警察の介入を最小限にし、保護は保護の専門家に委せた方がよい」と述べる。

(98) 保護者の手続関与については、権利条約四〇条二項(b)(ii)(iii)、北京ルールズ七・一及び一五・二参照(なお、国際人権B規約一四条四項も参照)。弁護人による援助についても、権利条約四〇条二項(b)(ii)(iii)、北京ルールズ七・一及び一五・一参照。少年警察部門の充実にについては、北京ルールズ二一・一参照。

(99) その詳細については、前掲注(88)も参照。

(100) なお、保護者からの援助のあり方について、少年本人や弁護人から異議が出された場合には、捜査機関は少年の希望を聞いたうえで、他の援助者に立会いを求めるべきであらう。

(101) 本稿は、自白法則に関しては、いわゆる違法排除説の考え方を前提にしている。少年審判においても、刑事訴訟同様、違法収集証拠の証拠能力は否定されるのが一般的である。例えば、田宮・廣瀬・前掲注(17)二二〇頁参照。判例として、例えば、名古屋家決昭四九・三・二〇家庭裁判月報二六卷一二号九九頁及び少年法判例百選(一九九八年)四五事件参照。

(102) 村井敏邦「任意性に疑いのある自白の証拠能力」少年法判例百選八六頁、八七頁は、「保護者の立会がなければそれだけで自白の任意性に疑いを生じさせる事情になる」とする。さらに、同『刑事訴訟法』(一九九六年)一六〇頁は、少年の「保護」の観点及び「取調べの任意性の確保」のためにも、取調べへの弁護人の立会いを必要にするべきとする。

(103) 前掲注(64)参照。

二〇〇五年九月八日受稿  
二〇〇五年一月七日をへて掲載決定

(一橋大学大学院博士課程)