

少年法は厳罰主義を採用したと解すべきか

——法解釈論への招待を兼ねて——

本 庄 武

1 はじめに

本稿は、これから法律学を学ぼうとする学生の皆さんを対象に、少年法20条2項を素材として、法解釈論とはいかなるものか、なぜ法律を解釈することが必要なのかについて、筆者なりの考えを提示しようとするものである。当該条文は、少年すなわち20歳未満の者に対していかなる場合に刑罰を科すべきかを規定した条文である。大学で法律学を学び始める人の大部分は少年法の適用対象者であろう。読者1人1人が自分が犯罪を犯した場合にどのような処分を受けるべきかを考えながら、本稿を読み進めていてもらいたい。

2 法解釈論の必要性

大学の法学部で講義される科目のうち、憲法、民法、刑法等の実定法科目においては個々の条文を取り上げて、その条文の意味を明らかにすることが内容の大部分を占める。この条文の意味を明らかにする作業を解釈論という。法律の条文はしばしば難解な言葉で書かれているが、所詮は日本語である。必要に応じて辞書を引きながら読んでいけばその意味は自ずと明らかになるのではないかと思われる方も多いただろう。それなのに、なぜ解釈論が必要なのであろうか。確かに通常の記事と同じように読めば足りる場合も多い。しかしそれでは済まない場合が存在するのである。そのため解釈の手法が用意されている。解釈手法の分類¹⁾は人により様々であるが、①文理解釈（言葉の通常の意味に即した解釈）、②体系的解釈（法律の他の規定やより上位の法律、特に憲法との関係などから判断する

解釈), ③立法者意思による解釈(法制定時の立法者の意図を歴史的に明らかにし, それに従って行う解釈), ④目的論的解釈(法の真の目的を探り, それに即してする解釈)等がある。複数の手法が複合的に用いられることもある(探り出した法の真の目的が憲法の理念に合致していた場合など)。

なぜ解釈論が必要とされるのか, 刑法を素材に見てみよう。

まず第1に法律は社会の中で生じるであろう様々な事象を法的に規律することを目的としているが, あらゆる事象を想定してそれに対応する条文をおくことは煩雑であるだけでなく不可能である。例えば刑法39条1項は, 「心神喪失者の行為は罰しない」と規定しており, これは責任無能力の規定であるとされている。しかし, いかなる場合が心神喪失に該当するかどうかは何も規定していない。罪を犯す時の精神状態は千差万別であり, しかも精神医学的判断を踏まえなければ答えの出せない問題である。しかも精神医学の発展と共にその判断は常に変化し続ける。そこで刑法はこの問題を解釈に委ねたものと考えることができる。

第2に, 立法当時予想し得なかった新たな事態が発生することがある。例えば刑法199条は「人を殺した者は, 死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」として殺人罪を規定する。この規定の適用範囲を確定させるためには, 人類という生命体がいっ「人」になり, いっ「人」でなくなるかをはっきりさせなければならない。この後者の問題について, 長い間, 心臓が停止すれば人は死亡するのだと考えられてきた。しかし医学の発展により, 心臓はなお動いているが, 脳が活動を停止した脳死という状態が出現し, この状態を人の死に含めるか否かについては刑法の解釈に委ねられることになった。これは脳死状態の者からの臓器摘出の法的評価に絡みなお争われている問題である。

第3に, 立法当時学説上争いがある問題について, その解決を将来の解釈に委ねる場合がある。例えば刑法36条は正当防衛としてなされた行為は罰しない旨を規定している。それではAがBを銃で射殺したがその時たまたまBもAを射殺しようとして銃を構えていたが, Aの銃弾が命中したためBは殺害を遂げることができず, 死亡してしまったという場合は正当防衛と言えるであろうか(これは, 偶然防衛といわれて議論されている問題である)。学説上, 正当防衛には,

防衛をする意思が必要か否かにつき争いがあり、この場合肯定説では違法に、否定説では適法になる。この問題について仮に刑法に「防衛の意思により」と明示されていれば、争いの余地はなくなる。しかしこれは刑法における違法性の本質をどのように理解するかという根本問題と深く関わっているため、容易に決着をつけることができない問題である。1995年の刑法口語化のための改正の際、立法者は「防衛するため」という曖昧な文言を用い、いずれの立場からの解釈も可能であるようにして（否定説では結果的に防衛に役立つ行為であればよいと解する）、決着を将来の学説に委ねたと考えることができる。

第4に、他の条文との関係である条文の適用範囲を限定すべき場合がある。例えば刑法235条は「他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の懲役に処する」として、窃盗罪について規定している。この条文の解釈にあたり、判例と多くの学説は条文に書かれていない不法領得の意思という主観的要件を要求する。その理由の一つとして、刑法261条が「…他人の物を損壊し、又は傷害した者は、3年以下の懲役又は30万円以下の罰金若しくは科料に処する」と規定していることとの関係が問題となる。刑法は人の物を盗む行為を、他人の財産を自分のものとして利用するというより悪質な動機に基づいている等の理由により、人の物を壊す行為よりも重く処罰している。そうすると、人の物を壊すために盗む行為はもともとの考え方からすれば重く処罰する必要のない行為ということになる。そのため、窃盗罪の成立には「人の物を経済的用法に従って利用・処分する意思」（不法領得の意思）が必要であるとして、この場合を窃盗罪の適用範囲から除外するのである。

第5に、条文を言葉の本来の意味で適用した場合に不合理な結論が生じるため、それを回避する必要がある場合がある。これには事実上条文の文言を無視するような結果となりうる場合もある。例えば刑法174条は「公然とわいせつな行為をした者は、6月以下の懲役若しくは30万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する」として公然わいせつ罪を規定している。通説は、わいせつな行為は公衆の面前で行うべきではないという健全な性的風俗が本罪で保護されていると理解し、「公然性」とは、不特定または多数人が認識できる状態のことであると解する。

これに対して、見たいと思う人の前であればわいせつな行為をしても何の被害も発生していないとして、本罪を見たくない自由を保護する犯罪であると理解する有力説がある。この学説では「公然性」を見たくない人々の面前と解釈することになる。この解釈は「公然性」の文言からはやや苦しいが、実質的な考察により不合理な結論を回避しようとする例である。

以上は例示に過ぎないが、こういった様々な事情からよりよい法の運用を目指して法解釈が行われるのである²⁾。条文の文言は解釈を絶対的に規定するものではないという認識を持つことが重要である。これから、以上のことを具体的に応用するための素材として少年に対していかなる場合に刑罰を科すべきかという少年法上の解釈問題を取り上げる。

3 少年法とはいかなる法律か

具体的な解釈論に入る前に、刑法との対比で、少年法とはいかなる法律であるのかについて、簡単に見ておくことにしたい。

刑法とは、罪を犯した者に対して、その責任を問う刑罰という苦痛を科すための法律である³⁾。犯罪の責任を問うためには、その犯罪を犯したことに対して非難可能性がなければならない。犯罪者は罪を犯す際に、犯罪を回避するという選択肢を採り得たにもかかわらず、敢えて犯罪を選択したが故に法的に非難される。この法的非難とは、単なる倫理的な非難とは異なる。倫理的な非難の場合は、ただ後ろ指を指されたり、陰口をたたかれたりするだけで、それに耐えれば終わりになるが、法的な非難の場合、その非難に生命・自由・財産の強制的な剥奪が伴う。これが死刑・懲役刑・罰金刑などの刑罰である。このように刑事責任とは犯罪を敢えて選択したことへの非難であるため、結果を回避する可能性がない場合には責任を問えないことになる。例えば車を運転していて、急に人が飛び出してきてよけきれずその人に衝突し死亡させてしまったとしても、運転者には死亡結果を回避する可能性がなかったため、刑事責任を負わせることはできない。責任を負わせるために必要な故意・過失という主観的要件に欠けるからである。また精神障害者が「背後から誰かが襲ってくる。抵抗しなければ、やられるぞ」という幻

聴を聞いたために、自らの身を守ろうとして、側にいた人を殺害したような場合、本人としては殺害を回避することはできない。そのためこのような場合は責任能力が欠け（刑法39条）、責任を問い得ないことになる（心神喪失）。さらに犯罪行為の当時14歳未満である者は、精神的な成熟性が十分ではないことが多いため一律に責任能力がないものと見なされ、処罰されない（刑法41条：刑事未成年）。このように刑法は、責任がなければ処罰できないとする原則を採用しているのである。これを責任主義という。

刑法が責任主義を採用し、犯罪を犯したことに對し犯罪者を非難することを目指していることからすれば、刑法が前提としている人間像とは、合理的な判断能力を持ちそれに基づいて自己決定をすることができる人間であるといえる⁴⁾。禁圧すべき行為を犯罪として規定し、それに対して刑罰という害悪を予定しておけば、合理的に判断をすることができる人間は、自発的に犯罪を回避するであろうというのが刑法の想定なのである。

このような前提が現実にも妥当するとすれば、14歳未満はともかくとして、14歳以上の者で精神障害のため心神喪失者とされるような者以外は刑法で対応すれば十分であるということになる。しかし現実はそのようではない。少年はしばしば思慮分別がなく、先のことを考えずに安易に非行に走ってしまう。これには環境的要因が大きく作用していると考えられる。どんな子どもでも産まれた時は天真爛漫な笑顔を輝かせているものである。それが非行に走ってしまったことは基本的に本人の責任ではないのではないか。それに少年は、14歳になり責任能力を有しているといってもまだまだ未成熟である。実質的な能力を考えれば成人の場合と同様に扱うわけにはいかない。他方で少年とは目覚しい成長を遂げる存在でもある。無思慮な非行は一時的なものであり、それに対して適切な援助の手を差し伸べれば、成長する過程で非行性を克服し、犯罪を犯すことなく人生を送れるような者も多い。少年は成人に比べて可塑性が高いのである⁵⁾。

このような少年の実像に対する理解が深まったことで、非行少年に対して刑法とは異なる対応をするために少年法が設けられた。少年法は犯罪を犯した少年を始めとする非行少年に対してどのように対処するのかについて規定した法律であ

る。非行少年には犯罪少年(少年法3条1項1号)のほかに触法少年⁶⁾(同2号)、虞犯少年⁷⁾(同3号)も含まれるが、これらについては別途考察する必要があるため、以下では犯罪少年に限って述べることにする。

少年法1条は、「この法律は、少年の健全な育成を期し、非行のある少年に対して性格の矯正及び環境の調整に関する保護処分を行うとともに、少年及び少年の福祉を害する成人の刑事事件について特別の措置を講ずることを目的とする」と規定している。この規定から、少年法は罪を犯した少年の健全な育成を目的としており、そのために刑罰ではなく保護処分という手段を用意していることがわかる。保護処分には、少年院送致、保護観察、児童自立支援施設送致という3種類のものがある。保護処分を課す基準となるのが少年の要保護性である。刑罰を科す場合は犯罪の重さが基準となるのであるが、少年法において犯罪の重さは保護処分の基準とはならない。それはあくまで少年の抱える問題性の大きさを徴表するに過ぎず、保護処分を課す基準となるのは、少年の抱える問題性である。たまたま非行が軽微であったとしてもその少年の抱える問題が重大であるならば、それに応じて少年の健全な育成を図るために必要な限りにおいて少年院に収容したりするなどして、将来犯罪を犯さないようにするのである。このような少年法の立場には二つの意味がある。

第1に少年法は福祉法としての側面を有する。子どもは成長する過程において親を始めとする大人から適切な教育を受けなかったからこそ非行に走ったのである。その結果がたまたま非行という社会的逸脱行動の形で発現しただけであり、教育的ニーズの点では両親をなくした子どもと変わらないではないかという認識に基づいて、作られているのである。その証拠に、児童福祉の分野の基本法である児童福祉法は1条で「すべて国民は、児童が心身ともに健やかに生まれ、且つ、育成されるよう努めなければならない」と規定し、教育基本法1条も「教育は、人格の完成をめざし、平和的な国家及び社会の形成者として、真理と正義を愛し、個人の価値をたつとび、勤労と責任を重んじ、自主的精神に充ちた心身ともに健康な国民の育成を期して行われなければならない」と規定し、いずれも少年法に類似する目的を掲げている。日本の子ども法は子どもの福祉のために奉仕する法

律として統一的に理解されなければならない、少年法はそのうち非行少年に特化して特別な保護を予定する法律であると位置づけられるのである。これが少年法の福祉法的側面である。これを具体的に実現するために少年法は種々の制度を用意している。その中で保護処分と並び中核的な制度が、家庭裁判所で少年の処分を決定するために必要な科学的・専門的調査を行う家庭裁判所調査官である。少年法は、非行に走ったと思われる少年がすべて家庭裁判所に送られ、そこで心理学・社会学・児童福祉等の専門的知見を有する調査官の調査を受けることを予定している。それにより、当該少年が本当に必要としているものを発見し、適切に対処することが予定されているのである⁸⁾。

第2に少年法は刑事法としての側面をも有している。これは更に複数の意味に分かれる。①少年法は少年に福祉的な保護を与えるといっても、その保護とは少年院収容を考えれば分かるように強制的に自由を拘束するという不利益を与えつつ行われる援助である。その決定は、今のままの環境で生活を続けていけば、再び非行に走ってしまうであろうという予測の下でやむを得ず一時的に自由を拘束し、そこで本人の問題性の改善をも図るというものである。その意味で苦渋の決断ではあるのだが、だからといって自由剥奪に伴う不利益性が否定されるわけではない⁹⁾。そのため裁判所において少年の権利を保障しつつ、適正な調査を経て、保護処分に付すかどうかを決めなければならない。刑事法である以上少年法にも司法的作用があるのである。②少年法は少年による犯罪に対処するものであるという点で国の犯罪対策、刑事政策の一環を形成している。少年犯罪に対して処罰ではなく保護で対応するという政策決定には、可塑性に富む少年が犯罪を犯すことを防ぐにはその方が有効であるという判断が存在している。犯罪の防止には、犯罪を犯した本人の再犯を防ぐ特別予防とそれ以外の者に犯罪を行わせないための一般予防とがある。刑罰制度はこの両者を重視して作られているが、思慮分別が十分でない少年は犯罪を犯せば自分がどのように処分されるかを見越し、それが自分にとって不利益であるからという理由で犯罪を思い止まるという後者の作用は働きにくい。そこで前者に重点をおき、必要な保護を欠いたために犯罪を犯した少年に対して必要な保護を与えることとしたのである。後者については、保

護処分は不利益性から、一定の効果が生じることはあり得る。しかし刑罰とは異なり、それ自体を目的として追求することを断念し、副次的効果としての一般予防で満足することにしたのである。

以上が筆者の考える少年法の基本的な立場である。しかし、少年法は制定の当初から少年に対して刑罰を用いることをも予定し、また2000年に改正されてからはその範囲を拡大している。これは少年法の立場に矛盾する事態ではないか、項を改めて論じることとしたい。

4 少年に刑罰を科すべき場合

(1) 改正前の少年法20条の解釈・運用

改正前の少年法20条は「家庭裁判所は、死刑、懲役又は禁錮にあたる罪の事件について、調査の結果、その罪質及び情状に照らして刑事処分を相当と認めるときは、決定をもって、これを管轄地方裁判所に対応する検察庁の検察官に送致しなければならない。但し、送致のときに16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」と規定していた。少年はもともと捜査を遂げた検察官（一定の場合は警察）から家庭裁判所に送致され、そこで審判が開かれ保護処分が決定されることが予定されている。しかし、一定の場合、刑罰を科すために検察官に少年を送り返す。このことからこの検察官送致を「逆送」と称している¹⁰⁾。逆送を受けた検察官は刑事裁判所に少年を起訴し、そこで成人の場合と同様の刑事裁判が改めて開かれ、少年に刑罰を科すかどうか判断されることになる。なお、刑事裁判所は有罪と判断した場合、必ず刑罰を科さなければならないわけではなく、保護処分に付すために少年を再び家庭裁判所に送り返すこと（再移送）も予定されている（少年法55条）。

この旧20条について詳しく見てみよう。逆送の実体的要件は、①少年が犯したとされる犯罪の法定刑に死刑・懲役・禁錮のいずれかが含まれていること、②少年が逆送時に16歳以上であること、③調査の結果、罪質及び情状に照らして刑事処分が相当であると判断されることである。①は罰金など軽い刑だけを予定している軽微犯罪を逆送の対象から除くものであるが、現在の刑法では侮辱罪や軽犯

罪法違反などがそれに該当するだけで、大部分の犯罪は法定刑に懲役または禁錮を予定しており、あまり限定とはなっていない。例えばスーパーで万引きをすることは窃盗罪（刑法235条）に該当するが、法定刑は10年以下の懲役であり、自動車を運転していて法定速度を超過した場合は最高速度違反の罪（道路交通法22条、118条1項1号）で、法定刑は6月以下の懲役または10万円以下の罰金である。ともに逆送の要件を満たしている。②は刑法上犯行時に14歳以上であれば、刑罰を科すことができるとしているものを、逆送時点で16歳に達していなければ逆送しないとしたもので、その限りで刑事未成年の範囲を実質的に拡張する役割を担っていた規定である。これは14歳、15歳の年少少年はまだ中学生の年代であり、とりわけ刑罰には適さないという判断に基づくものであったのであろう。問題は実質的に逆送するかどうかを決定するための要件である③である。

③については、保護処分によっては当該少年の矯正を図る見込みがないと判断される場合（保護不能）に限り刑罰を科すことを認めた規定であると解釈する立場（一元説）と、それ以外に事案の性質、社会への影響等から保護処分に対応することが不適切である場合（保護不適）にも逆送できると解釈する立場（二元説）の二つの立場がある。実務は、考慮要因として「罪質」が掲げられていることを根拠とし、事案の重大性、悪質性を考慮せざるを得ないとして、二元説を採用していた。例えば、「保護処分が可能な場合に於てもその少年を保護処分に付することが刑事司法の基礎である正義の感情に著しくもとるときは、保護処分に付すべきでなく、刑事処分に付すべきものと解する」と述べた裁判例がある（東京家決昭36・3・22家月13巻5号183頁）。

二元説は、少年法も刑事法の一翼を担っており、刑事法の重要な任務として犯罪から社会を守ることある以上、社会の処罰感情や一般予防の必要性を全く無視して保護処分を選択することはできないと考える。前述の少年法の刑事法的性格の中にこのような内容を含めて考えるのである。そうすると当該少年が非行を克服し成長していくためには保護処分を選択することが最善であり、言い換えると刑罰を科すことが少年のためにならず有害であるような場合でも、刑罰を選択することになる。保護主義は社会の要請との間で妥協を強いられることになる。

これに対して一元説は、少年法20条を解釈するためには少年法の基本理念である1条の精神に基づかなければならないが、そこにはできる限り非行を犯した少年の保護を追求しようという姿勢が認められるため、保護処分が可能である限りそれを選択しなければならないとする。この立場では、「罪質」という文言が問題となるが、これは何も犯罪の重大性をそれ自体として重視しなければならないということの意味していると解する必要はなく、重大な犯罪を犯した場合にはそれだけ少年の抱える問題性が大きい場合が多いから、慎重に要保護性を判断しなければならないということを要請したに過ぎないと読むこともできる。「罪質」も「情状」、すなわち少年の抱える様々な事情のうちの一つであり、ともに少年の要保護性の程度や質を判断するための資料に過ぎないことになる。一元説については、保護主義に忠実であろうとするならば、たとえ保護処分が不十分であるとしても、それを試みるべきではないかという疑問が残るが、ともあれより保護主義に即した解釈論であることには疑いがない。

学説上の対立は概略以上の通りであったが、重要なことは二元説を採用する実務においても逆送は例外的な判断にとどまっていたということである。改正少年法が施行される前年の2000年の統計によれば、家庭裁判所終局処理人員250,862人のうち、刑事処分相当を理由に逆送されたのは9,665人と3.9%に過ぎない¹¹⁾。しかもこのうちの大部分を道路交通法違反8,631人、交通関係の業務上過失致死傷(交通事故)711人と交通犯罪が占め、それらの大部分は罰金刑を言い渡されることを見込んで逆送されるという特殊なものである。これらと虞犯を除く一般犯罪について見ると逆送率は0.3%にまで低下する¹²⁾。但しこれは軽微な犯罪を相当数含んだ上での数値である。二元説が重視する重大犯罪については、改正法施行前の10年間平均で、殺人(未遂を含む)24.8%、傷害致死9.1%、強盗致死¹³⁾41.5%と一定数が逆送されていた¹⁴⁾。それでも、重大犯罪についても原則として保護処分が選択され、あまりにも重大・悪質で社会的影響が強いと思われる場合や少年の非行性が進行しもはや保護処分で改善する見込みがないと思われる事案が逆送されていたと評価できる。

このような運用の中で、神戸須磨事件や佐賀バスジャック事件を始めとする社

会的に大きな話題となった重大な少年犯罪が起こり、少年法は少年に甘いのではないか、少年の弛緩した規範意識を正し責任を自覚させるためにももっと厳しい処分を下すべきではないかという声が社会的に強まり2000年に少年法が改正されたのである。

(2) 少年法20条の改正とその後の運用

改正法のうち最大の眼目は少年犯罪に対する厳罰化であり、その中心が逆送規定の改正であった。少年法20条は旧規定から但書が削られこれを1項とするとともに、2項が新設され「前項の規定にかかわらず、家庭裁判所は、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪の事件であつて、その罪を犯すとき16歳以上の少年に係るものについては、同項の決定をしなければならない。ただし、調査の結果、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し、刑事処分以外の措置を相当と認めるときは、この限りでない」と規定された。

改正のポイントは2点ある。まず1項から但書が削除されたことにより、逆送時に16歳未満の年少少年であっても、犯行時14歳以上であれば1項の要件に従って逆送することが可能となった。次に2項である。要件は、①対象となる少年が犯行時16歳以上であること。犯行時14歳以上16歳未満の少年については1項のみが問題となる。②対象となる犯罪が、「故意の犯罪により被害者を死亡させた罪」であること。人を殺害する故意を有している殺人や強盗殺人だけでなく、死の結果自体については故意のない傷害致死や強盗致死なども対象となる。対象犯罪は自己の犯罪を実現するために人命を奪うという行為は反社会性が強く、人命尊重という考え方を明らかにするために選択された。以上の二つの要件を満たした場合、裁判所は、但書に該当する場合を除き「逆送しなければならない」。この最後の点は何を意味するのかについて項を改めて検討する。

改正後の運用状況はどうか。2003年の統計では家庭裁判所終局処理人員240,963人のうち刑事処分相当として逆送されたのは8,419人で、逆送率は3.5%と改正前よりむしろやや低下している。交通犯罪・虞犯を除いた一般犯罪について

での刑事処分相当を理由とする逆送の率も0.3%と変化はない。改正法による厳罰化はもともと重大少年犯罪に焦点を当てたものであったが、それ以外のものには影響を及ぼさず、従来通り1項の基準に従って運用されていると評価することができる。

表 20条2項の運用状況(2001年4月1日～2004年3月31日)

	合計	検察官送致	保護処分
殺人	43	23 (53.5%)	20 (46.5%)
傷害致死	146	78 (53.4%)	68 (46.6%)
危険運転致死	22	21 (95.5%)	1 (4.5%)
保護責任者遺棄致死	0	0 (0.0%)	2 (100.0%)
強盗致死(強盗殺人を含む)	25	15 (60.0%)	10 (40.0%)
合計	238	137 (57.6%)	101 (42.4%)

裁判所ホームページより

数字は家庭裁判所で終局決定のあった人員である

しかし、20条2項対象事件については改正前に比べて明らかに逆送率が上昇している。2001年4月の改正法施行から2004年3月31日までで、表のような運用状況となっている。殺人については、改正前の統計では未遂が含まれており、既遂すなわち被害者死亡の場合に限っている改正後とは単純には比較できないが、特に傷害致死については逆送率が格段に上昇している。20条2項の運用においては、一定程度厳罰主義が実現していると評価することができる。なお本稿では扱わないが、年少少年についての逆送は、同期間に5名で、うち傷害致死2名、強盗強姦1名、無免許運転による道路交通法違反2名であった。

個別事件で20条2項が問題となった事例としては、①交際を強要した相手を刺殺した18歳の女子少年に対して、殺害の態様が残酷であること、被害者の無念さ、遺族の処罰感情の厳しさ、少年の罪の重大さに対する罪障感の深まりは十分とは言えないこと、18歳という年長少年であること等からは検察官に送致することも

十分考え得るとしつつ、被害者につけ回される等精神的に追い詰められていたこと、生育環境の悪さから性格上の問題や離人・現実感喪失症候群の疑いがあること、罪障感を深め、今後の更生を図る上で刑事処分による処遇が適切とはいえず保護処分による少年の内面に深く入り込んだ強力な働きかけが必要であること等から、2項但書を適用し中等少年院送致としたもの（京都家決平13・10・31家月54巻4号110頁）、②普通乗用自動車を進行を制御することが困難な高速度で運転し、自車を前方の樹木等に激突させ自車同乗者に傷害を負わせて死亡させた19歳の少年に対して、深く反省しており、もともと繊細な神経の持ち主でありストレスを内面にため込みやすく、暴走等の反社会的行動傾向は認められない等の事情を指摘し、本件犯行は少年の日ごろの運転態度に原因があったものと考えられ保護処分によって改善を図ることは可能と考えられるが、しかし犯行態様が悪質で、結果も重大、間もなく成人になる、大幅な速度違反の前科があること等から保護処分を行うことは不相当であるとして、2項本文により検察官送致をしたもの（金沢家決平14・5・20家月54巻10号77頁）等がある¹⁵⁾。

以上を踏まえて、20条2項の解釈問題を詳しく見てみよう。この問題は、学説上厳罰主義の是非を巡って激しく争われており、解釈論のあり方を議論する格好の素材である。なお2項本文の「前項の規定にかかわらず」が1項の「調査の結果」にもかかるのか否か、すなわち2項本文の場合は調査なしに逆送することもできるのかという問題があったが、国会審議の過程で提案議員から否定されており、極少数の例外を除き、調査を実施後に逆送するかどうかを決めるという運用が行われており、学説もそれを支持している。

5 少年法20条2項の解釈

(1) 保護不適推定説

現在実務で採用されていると思われるのが保護不適推定説である¹⁶⁾。この立場では、厳罰化を目指した立法者意思に従い2項は重大犯罪につき原則として逆送することを定めたものだということになる。そこから、2項本文は、従来から刑事処分相当性の一類型とされてきた保護不適の存在を、2項対象犯罪について推

定すると定めたものとなる。刑罰の方が保護処分よりも典型的に少年の改善にとって有効であるとは言えないはずであるから、それにもかかわらず刑罰を科さなければならないとされているのは、罪刑均衡ないし一般予防の観点から対象となる重大な犯罪は典型的に保護処分にふさわしくないという推定がなされているためである、というのである。但書については、原則を破る例外という位置づけである以上、「当該少年に対して刑事処分に付すことが相当でなく保護処分に付すのが相当である理由について説明すべき義務を負う¹⁷⁾」といった位置づけとなる。そのため保護処分と刑事処分のいずれも選択可能であるが決め手に欠けるといふ事態となれば、改正法のもとでは、裁判所は、逆送決定をするという結論に至ることになる¹⁸⁾。

この解釈は、立法者の意思及びその背後にある世論に忠実であり、2項本文の文言上も素直な読み方であると言えるであろう。但しいかなる場合に推定が破られるのかについては、見方が分かれている。第1に、犯罪の動機、方法、態様などと犯罪結果の大小・程度、数量を中心に考察し、少年の性格、年齢や環境等は犯行動機形成や犯行態様に深く影響したと認められる範囲での考慮にとどめるべきである、という考え方が¹⁹⁾。これは国会審議において提案議員から2項但書相当事案として例示された「少女が嬰兒を分娩して、途方に暮れて死に至らしてしまった場合」や「共犯による傷害致死等の事件で付和雷同的に随行したにとどまるような場合」を重視するものと言える。いずれも罪名としては重大犯罪であるが、個別事情を見るとそうではないと評価できる場合である。但書該当事例とは保護不適ではない事例であるということになり、保護不適の推定を破るのは保護不適でない場合だということになる。この考え方を押し進めると2項対象犯罪については、事案自体の評価に関わりの薄い少年の抱える問題性や立ち直りの見込み等は、判断しなくてもよいという保護不適一元説とでも言うべきものにもなり得る。

それに対して先に紹介した2つの裁判例では、いずれも少年の問題性や改善可能性等を検討した上で判断を下している。刑事処分の弊害を考慮要因とした裁判例もあるようである²⁰⁾。これは少年に対する保護の必要性も考慮した上で保護不

適の推定を破るかどうかを判断するものであり、従来1項について見られた二元説を維持しているものと評価できる。保護不適一元説は家裁の保護機能を大幅に後退させるものであり、調査官の調査も根底から変わりうる可能性がある。逆送率も現在より高くなるだろう。到底受け入れられるものではない。家裁の現場では保護不適の偏重に一定の歯止めがかかっていると言える。しかし統計資料からは保護不適性と少年の保護の必要性のバランスが従来より前者に傾いていることも窺える。さらに少年の反省が深まり保護処分による働きかけの必要が少なくなれば、但書不適用となり逆送されるのかという問題もあり²¹⁾、この説では両者の関係をどう考えるべきかは今後の課題として残されている。

(2) 説明責任説

説明責任説と称される学説がある²²⁾。これは2項但書で「刑事処分以外の措置を相当と認める」場合を原則逆送の例外として規定している趣旨は、教育的な処遇方針が適切かつ有効であることを明確にするように求めているものであると解する。被害者を含む地域社会の少年非行に対する関心を踏まえて、家裁は例外的な措置をとる以上一種の説明責任を負うとするのである。責任を果たすために、家裁では少年について十分な調査を行うとともに、少年の矯正あるいは更生保護の計画を具体的に立案して予測される成果を展望し、刑罰的な処遇にゆだねた場合と比較しながら、保護処分が相当であるとする説得的な意見を述べなければならぬとされる。

但書の適用の際に家裁に説明責任を負わせることは、既に見た保護不適推定説においても要求されていたところであり、この点では両者の間にそれほど違いがあるとは思われない。しかしこの説では、保護処分と刑事処分の双方が選択肢になり得る場合にも家裁が保護処分が相当であることを適切に説明し得たならば、但書を適用し保護処分とする余地が認められることになるものと思われる。この点が両説の差となって現れてくる。但し、2項本文を原則逆送規定だと解する以上、少年を保護処分にしても非行性を解消させられる見通しがはっきりしない場合には、逆送するということになると思われる。

(3) ガイドライン説

2項は処分決定に対するガイドラインを意味するという説がある²³⁾。「1項本文の保護処分優先の原則は2項の解釈にも効果が及ぶ。2項の本文はガイドラインに過ぎないから、法的拘束力は強くはなく、推定といった法的効果を認めるのは妥当ではない。ガイドラインによらない選択も十分に可能であり、むしろ20条1項の保護処分優先の原則に立ち戻る」とする。この見解は説明責任説の一種であるとされ、家庭裁判所がガイドラインによらない選択を行う場合には、ガイドラインから離れる理由について、説明責任を負うことになる。2項本文の適用か但書の適用かについて判断がつかかねる場合には、説明責任は法的責任ではなく、事実上のものであり、2項但書の適用は認められるとされる。

この見解については2項本文をガイドラインと解することの意味が問題となる。ガイドラインであるとすれば、立法者は裁判所に対して判断の参考とするため指針を示したに過ぎないことになる。だとすれば確かに法的拘束力は弱い。但書に従って「刑事処分以外の措置」を選択することについて説明が可能であれば、ガイドラインから離脱することができるであろう。問題は、「判断がつかかねる」場合の処理である。いずれの選択肢も説明可能であるからという理由で判断がつかかねる場合には、上述の説明責任説と同様に但書の方を選ぶことができることになる。しかしこの見解では少年を立ち直らせるためにいかなる働きかけが必要であるかについての見通しが立てられないために判断がつかかねるという場合にも、同じように処理をするのかは明らかではない。この点はガイドラインの拘束力の程度によると思われる。単に参考とすればよいのであれば、逆送して刑罰を科すという選択肢を一応検討しその検討結果を説明の中に織り込めば、刑事処分以外を選択しても裁判所の責務は果たされたということにもなる。それにより裁判所は事実上の責任を果たすことができるとも言えるからである。他方ガイドラインとは通常、それに従うのが望ましいとされるものでであろう。いくら拘束力が弱いとしても尊重されなければならないとすれば、説明がつかないのにガイドラインを離れることはできず、逆送されなければならないということになるだろう。ガイドラインの法的性質がより明らかにされなければならないと思われる。

(4) 類型的保護不能説

「罪質・情状の重い事件、なかでも故意犯罪による死亡事件については、少年に対する被害者・遺族および社会の感情が厳しいことが多く、それを背景に少年の社会復帰を考えると、むしろ刑事処分を受ける方がよいと判断される場合があること、または、少年の非行性が深化しており、刑事裁判によって罪質を明らかにし、刑罰（自由刑）の制裁を受ける方がよいと判断される場合もあることなどを考慮して、20条を解釈すれば、第1項と第2項との間に矛盾を生じない。第2項は、故意犯罪による死亡事件を犯した少年の社会復帰の手段として、その他の比較的罪質情状の重い事件よりも、刑事処分が適している場合が多いという認識が示されている」という解釈がある²⁴⁾。これは、1項につき保護不能一元説を採用することを前提に、2項該当犯罪の場合、類型的に保護不能であることが多いとする見解である。

この見解は、保護不能という概念の中に、社会感情が少年の社会復帰を妨げる要因になることがあり、このような場合は少年の利益を考慮するならば逆送して刑事処分を受けさせる方が保護処分とするよりも望ましいという判断を前提としている。だからこそ、2項で類型化された一定の重大犯罪については、類型的に社会感情が厳しくなるため保護処分とはしない方が、少年にとって望ましいとするのである。果たしてそのように言えるかが問われなければならない。また、この見解でも2項本文についてどの程度の拘束力を認めるのか明らかではない。その強さによって、原則逆送規定と解するかどうかが決まることになる。

(5) 原則逆送否定・注意規定説

20条2項は、少年に覚せいされるべき規範意識をもたせるにはどのような措置が相応しいのかを、特に深く調査しなければならない、ということを行非結果が重大であるために注意的に書いた規定である、と理解するという立場もある²⁵⁾。この見解は、原則逆送規定であるとの理解は、立法目的にそぐわないということを強調している。というのも、改正法は立法目的を「規範意識の覚せい」においているが、当該少年に規範意識をもたせるためには、少年が抱える個人的・社会

的問題の解決が必要になるという構造が存在するため、原則的に刑罰が有効であるとはいえないからである²⁶⁾。

この解釈では慎重に調査をすることを規定したのが2項であるとするのであるから、2項本文が逆送の「決定をしなければならない」と規定していることには法的な意味がないということにならざるを得ないであろう。但書については、もともと少年法上は全ての事件について調査を行ってから処分を下すことが求められているのであるが、事件の重大さに鑑み、その調査をより徹底して行うことを注意的に求めているということになる。2項の対象となる重大事件についても、逆送すべきかどうかの基準は1項の場合と同じということになるだろう。

(6) 原則逆送否定・説明責任説

前述(2)とは異なる意味で説明責任説を主張する学説がある²⁷⁾。この見解は、刑事処分相当との判断は、もっぱら教育機能の観点から刑事処分が教育処分として必要・有効な場合に限られるべきであるという一元説的な立場に立ち、20条2項について原則逆送規定であるとの理解を否定する。原則逆送規定と解するならば、少年に対する教育的援助に対して社会防衛を優位におくことになり、少年の成長発達権の保障という少年法の趣旨に反するからである。そのことを前提として、2項但書は、社会感情の厳しき、とくに刑事処分要求の強さに配慮して、教育処分として刑事処分こそが必要・有効とは認められない場合において、刑事処分以外の処遇を決定した理由について、被害者を含む市民に対していっそう説得的に説明する責任を負わせた規定として理解すべきであるとする。説明責任の性質については、20条2項は原則逆送規定でないとする、刑事処分以外の措置を決定した場合でも、刑事処分が不必要または有効でないことを示す理由があえて必要とされるわけではないとし、また家庭裁判所が処遇決定理由を説得的に説明できなかったとしても、教育手段として刑事処分こそが必要・有効であると認められたわけではないから、刑事処分相当として逆送されることにはならないとする。

この見解は但書について説明責任を課したものであるとするものの、家庭裁判所は必ずしもその責任を果たす必要はなく、その場合でも逆送されることにはな

らないのであるから、但書に必然的な法的効果は伴わないことになる。この説明責任は法的責任ではなく、一種の倫理的責任であるということになる。責任主体である家裁が責任を果たさない場合には倫理的な非難が向けられることになるが、家裁はそのような非難に耐えなければならないということを、但書は命じていることになるだろう。

先の注意規定説とは、但書の重点を調査に置くかそれに基づく説明に置くかの点での違いはあるが、両者は相反するものではない。この二つの学説は、2項本文の文言を実質的に無視しているとも言え、その点でかなり苦しい解釈であることは否めないであろう。

6 解釈の優劣を決めるものは何か

以上、少年法20条2項について学説上どのような解釈論が提示されているかを簡単に紹介してきた。学説はそれぞれ自らの主張を行う際に、根拠を提示する。保護不適推定説は立法者の意思を重視し、法律の文言にも忠実な解釈を行っていると言える。これは学説の優劣を決する際の強力な長所となる。問題は保護不適推定説の帰結の妥当性にある。保護不適推定説は過剰に逆送を行う結果をもたらすのではないか、これが保護不適推定説に反対する学説における共通した問題意識であるといってよい。その際に問題とされるのは、もともと少年法は保護主義の立場を採用しており、そのために相応しい手段として保護処分を用意していたはずなのに、敢えてそれを用いず、少年が非行を克服して立ち直っていくための手段として構想されたのではない刑罰という制裁を科していくことが、少年の成長発達を妨げてしまうのではないかということである。これは少年法1条に反する事態である。重大犯罪を犯した少年の福祉が守れなくなるとともに、少年の非行性の克服・除去がうまく行われぬ結果、再び犯罪に走るという刑事政策的にも好ましくない結果につながりかねない。

そこで厳罰化を回避するために、逆送の範囲を狭める解釈論が提示される訳であるが、ここで諸説の間で相違が生じてしまう原因のうち大きなものとして、法律の文言にどこまで制約されるべきか、また法運用の実際をどこまで前提とする

べきかについての評価に差が生じることが挙げられる。前者について、三権分立の下で立法者が決めた法律の文言は一般的には尊重されなければならない。しかし刑法の例で見たように、立法者の意思を尊重すべきでない十分な理由が存在しているのであれば、条文の文言からは必ずしも読みとれない解釈も理論上全く不可能という訳ではない。にもかかわらず「20条2項の存在を事実上無視するような解釈は法文上難がある²⁸⁾」という批判があるように、この点での抵抗感はかなり強い。その理由は、後者の点と関わっていると推測される。学説として提示される法解釈論とは、裁判官を説得し、自らの主張が判例として採用されることを目指している²⁹⁾。自らの解釈の前提とするものが判例の立場との距離が大きい場合、それだけ採用される可能性が小さくなる。少年法20条の問題で言えば、保護不能一元説(的理解)を採用し、保護不適という概念を認めない立場を前提として2項の解釈を行えば、それだけ裁判所には採用されにくくなる。法律の文言が重視されるべき理由としても、裁判所が文言を重視した解釈を好む以上、文言から離れた解釈は採用の可能性が小さくなると判断されるのである。

しかしだからといって文言から離れた学説の価値がない訳でもない。自らの持つ法の理想像と法の現実との距離が大きい場合には、現実の法運用に拘束されずに論理を徹底する必要があるといわれる³⁰⁾。安易な妥協はしばしばよい結果をもたらさないからである。また法律が実現しようとする価値を明らかにして、それに忠実な解釈を行っていくことは一つの法体系を構築することでもある。その解釈は一貫性を有しているだけに説得力を持ち、長い目で見れば判例実務を変えていく可能性を秘めたものである。もう一つ重要な価値として、立法のための視点をも提示できるということがある。実際、20条2項の解釈論としての原則逆送否定論から出発しつつも、20条2項の廃止さらには逆送という制度自体の廃止についても検討しなければならないという主張もされている³¹⁾。原則逆送を否定する立場は十分に考慮に値すると言わなければならない。

もちろん文言から離れない形で結論の妥当性が確保できれば、それが最善である。20条2項について、例えば次のような解釈はどうであろうか。2項本文からは文言上但書の要件が欠ける限り逆送せざるを得ない。その意味で逆送が「原

則」となる。しかしこのことは、対象少年につき保護不適が推定されたり、多数あるいは相当数が逆送にならなければならないということを意味しない。少年は多くの場合、成長発達の余地を大きく残した存在であり、保護処分とした方が少年の福祉に合致し、かつ再犯防止にも有効であるということは、法改正によって変えることのできない社会的現実である。それは、少年法の理念に合致してもいる。少年は処罰よりも保護が相応しいと推定されていると言ってもよい。それを前提とする限り、2項を適用したとしても結果として大部分の少年は但書に該当するということになる。そうすると1項と同様の基準が用いられることになるだろうか。否、むしろ重大犯罪を犯さざるを得なかったような心身に問題を抱えた少年は手厚い援助を必要としており、1項が適用されるそれ以外の少年よりも保護処分に付されなければならない場合が多い。そのため2項は1項よりも詳細に考慮要因を列挙することで、問題性をより慎重に調査しかつ少年のために何が必要かを社会に向けて説明する責任を課したと解するのである。少年の置かれた社会的現実からすれば、この責任を果たすことは決して困難ではないはずである。そして、裁判所がより親身になって自分のことを考えてくれているという認識を少年が持つことは、罪を自覚する第一歩でもある。以上のことは一元説に立った場合によりよく妥当するが、仮に二元説の立場であっても妥当するものである。二元説では保護の不適性と保護の必要性を総合的に考量して結論を下すのであり、重大犯罪の場合、保護不適と判断される場合が通常より多くなると認めるにしても、同時に重大犯罪であるが故に保護の必要性も高まり、さらには社会の目が厳しくなった分それに耐えて成長していけるためにもより一層保護の必要性が高まるからである。この後者の点は、家裁を悩ませている保護の必要性が高くないと思われる事案でも妥当する。少年を社会の敵として切り捨てるのではなく、迫害から守るためにも但書が適用されなければならない。ここに2項の意味があるのであり、現在の運用は改められなければならないということになる³²⁾。

7 結びに代えて

最後に試論的に提示したものを含め、いずれの学説にも一長一短が存在するの

であり、最終的には法律家・法学徒1人1人が自らの立場を決定していかなければならない。是非、各論者のオリジナルの論文にあたってその主張の当否を自身自身で考えてほしい。

解釈論の優劣は単純には決められない問題である。法の理念との合致、文理との整合性、結論の妥当性等を考慮して最終的により説得力のある立論を立てられれば優れた解釈論となる。そうするためには、社会に生起する問題を見つめる目を養うことと条文を踏まえた上で論理的に立論することの両方の作業が必要となる。授業に出て教科書を暗記するだけでは、優れた法解釈論は身につかない。常に社会に目を向けつつ優れた法律家の書いた文章を丹念に読み込み、それらを批判的に検討するという作業が必要となるのである。

- 1) 例えば、笹倉秀夫『法哲学講義』(東京大学出版会, 2002年) 359頁以下を参照。
- 2) 法解釈の必要性について、例えば、五十嵐清『法学入門(新版)』(悠々社, 2002年) 127頁以下参照。
- 3) この刑罰を科すという国家作用が何を目的として行われるのかは、古くから議論されている刑法の根本問題であるが、ここでは立ち入らない。本庄武「刑罰論から見た量刑基準」一橋法学1巻1号～3号(2002年)参照。
- 4) 但し、これは現在の通説的考え方に従った場合である。かつては刑罰は犯罪者の社会的危険性に応じて科されるべきであるとする考え方も存在したが、これによれば犯罪者とは素質と環境に決定された存在であるということになる。
- 5) このように述べると、大人になってもまだまだ未成熟で可塑性もある者も多いのではないかという疑問が提示されるであろう。確かに多くの成人犯罪者も、刑法の想定する合理的な理性を備えた人間像からはかけ離れている。しかし成人の場合は刑法の元々の想定とは異なる理由で、基本的に自己の行為に責任をとるべきであると考えられる(本庄武「少年に対する量刑判断と家庭裁判所への移送判断」龍谷大学矯正・保護研究センター研究年報1号(2004年)105頁参照)。但し、その責任がどの程度かを評価する際には、個々人の具体的な個別事情が考慮されることは当然である。
- 6) 犯行時14歳未満の少年をいう。触法少年は刑事未成年であるため、刑罰を科されることはないが、保護の必要性という点で少年法の対象とされている。
- 7) 罪を犯していないが、いかがわしい場所に入出入りするなど一定の事由に該当する少年である。これらの少年は将来犯罪をする虞(おそれ)が高いという理由で、少

年法上の処分の対象とされている。これを虞犯少年という。

- 8) 但し、非行少年の成長発達の援助は少年審判関係者だけが担えばよいということにはならない。非行少年はやがて社会に復帰して地域社会で成長発達していく存在であることからすれば、地域社会との連携が不可欠である。
- 9) 程度の違いはあれ他の保護処分にもこのような不利性が随伴している。
- 10) 逆送には、他にも年齢超過を理由とするものもある（少年法19条2項、23条2項）。これは家庭裁判所での調査や審判の過程で本人が20歳以上であることは判明した場合に適用されるもので、この場合は必要的に逆送される。
- 11) 最も多い割合を占めるのは、審判不開始116,513人であり、それに不処分61,908人が続く。少年法では審判過程での少年への働きかけで非行性が解消する場合が多く、その場合は刑事処分はおろか保護処分すら行われずに審判が終局するのである。さらに保護処分としても、施設収容をしない保護観察が51,635人であり、重大な自由の拘束を伴う少年院送致は6,161人とどまっている。少年法は、なるべく強制を伴わない形で保護を図る方向で運用されているのである。
- 12) 『平成13年版犯罪白書』157頁、372頁。
- 13) ここでいう強盗致死とは、人を死亡させる点については故意ではない本来の「強盗致死」と殺害についても故意で実行した「強盗殺人」の両者を含む広義の概念である。
- 14) 裁判所ホームページ [http://courtdomino2.courts.go.jp/tokei_misc.nsf]「改正少年法の運用の概況」より
- 15) 他に、付添人弁護士の目を通して20条2項対象事件が実際どのように扱われているかを鮮やかに描いたものとして、葛野尋之編『「改正」少年法を検証する』（日本評論社、2004年）16頁以下のケース・スタディも参照。
- 16) 川出敏裕「逆送規定の改正」現代刑事法24号（2001年）58頁。
- 17) 川口幸護「少年法改正後の刑事裁判の対応」法の支配131号（2003年）37頁。
- 18) 川出・前掲57頁参照。
- 19) 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）70頁以下。
- 20) 北村・前掲74頁以下でごく簡単に紹介されている。
- 21) 岩佐嘉彦『「改正」少年法下における付添人の活動』刑法雑誌43巻4号（2004年）484頁以下、藤原正範「苦悩する少年司法の現場から見えてくるもの」同499頁以下参照。
- 22) 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）44頁。
- 23) 齊藤豊治「改正少年法の見直しと少年司法の課題」法学68巻5号（2004年）35頁。
- 24) 澤登俊雄『少年法入門（第2版補訂）』（有斐閣、2003年）187頁。

- 25) 武内謙治「少年司法の現状と課題」刑法雑誌43巻3号(2004年)476頁.
- 26) 武内・前掲469頁以下.
- 27) 葛野尋之「少年法における検察官送致決定の意義」同『少年司法の再構築』(日本評論社, 2003年)589頁以下.
- 28) 斉藤豊治「コメント」刑法雑誌44巻1号(2004年)62頁.
- 29) 平野龍一「刑法と判例と学説」同『刑法の基礎』(東京大学出版会, 1966年)243頁以下.
- 30) 後藤昭「平野刑訴理論の今日的意義」ジュリスト1281号(2004年)60頁.
- 31) 正木祐史「20条2項送致の要件と手続」龍谷大学矯正・保護研究センター研究年報1号(2004年)38頁.
- 32) 但し、それだけでは問題は解決しない。2項但書適用事例では少年院収容が長期化する傾向が見られると指摘されている(藤原・前掲498頁参照)。原則逆送による厳罰化の背後で、保護処分自体が「厳罰化」しており、少年法の理念が内部からも浸食されつつある可能性が伏在しているのである。

(一橋大学大学院法学研究科専任講師)