

社会記録の取調べと 作成者の証人尋問

葛野尋之 一橋大学

1 問題の所在と本稿の課題

(1) 少年事件の除外提案

裁判員制度が導入されてから、4年が経過した。裁判員制度は、刑事裁判のあり方に大きな影響を与えた。その影響は、もちろん、少年事件の刑事裁判にも及んでいる。

最高裁判所事務総局が2012年12月に発表した『裁判員裁判実施状況の検証報告書』(以下、『検証報告書』)は、施行から約3年の制度運用状況、裁判結果、裁判員の感想などに関するデータを基にして、参加した市民における意識、感覚、生活実態などの面での積極的姿勢、市民一般による裁判結果の受容、制度開始・定着における法曹の側の努力が相俟って、「この3年間裁判員制度は、比較的順調に運営されてきた」と評価している*1。公判前整理手続の長期化、裁判員の精神的負担など、重要な問題の指摘があるものの、おおむね順調という評価が、法律家のあいだでも、マス・メディアにおいても、ほぼ定着しているといつてよい。

しかし、少年事件の裁判員裁判に対しては、実務家のなかにも、厳しい批判がみられる。裁判員裁判の対象から少年事件を除外すべきとの意見さえある。少年事件の裁判員裁判に重大な問題があるとしても、運用上の配慮・工夫、さらには立法的制度改革によるそれらの問題の解決可能性について議論が尽くされないうちに、このような除外意見が表明されているとすれば、それは、

*1 最高裁判所事務総局『裁判員裁判実施状況の検証報告書』<http://www.saibanin.courts.go.jp/topics/pdf/kensyo_houkokusyo/hyousi_honbun.pdf>。裁判員裁判の運用状況とその評価について、葛野尋之「裁判員制度と刑事司法改革」法社会学79号(2013年予定)参照。

少年事件の刑事裁判、とくに少年法55条による家裁移送と刑の量定とを含む少年事件の処遇決定に市民が関与することの積極的意義が不明確なままであることに起因しているといえよう。少年事件が、その少年が生まれ、生きてきた生育環境の強い影響下において生じたものであり、また、少年が社会へと戻り、社会の一員として生活を再建することが目指されている——少年法1条の健全育成目的は、少年の刑事事件の取扱いにも及ぶ——ことからすれば、少年事件の処遇決定においては、これら両面における社会とのつながりの強さと深さを踏まえた社会性のある判断が求められ、そのためには処遇決定に市民が参加することが有意義なのではないかについて、議論が深められるべきであろう。もちろん、そのときには、現在のように無作為抽出による裁判員の選出が望ましいのか、事件ごとの選任とすべきなのかなど、制度の基本設計についても再検討が必要であろう。

(2) 社会記録の取扱いをめぐる課題

市民参加の積極的意義を明確化することと同時に、現在の少年事件の裁判員裁判が抱える問題の解決可能性についても、議論が深められなければならない。その中心的問題の一つが、家裁の審判過程において作成された社会記録を、裁判員裁判においてどのように活用すべきか、また、どのように活用することができるかということである。

少年法1条は、「この法律は、少年の健全な育成を期し、……少年……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」と定めている。文言上明らかなように、健全育成目的は、少年審判のみならず、少年の刑事事件の取扱いにも及ぶ。少年法50条が、少年の刑事事件の審理は少年の要保護性に関する人間行動科学的調査について定めた9条の趣旨に従って行われるべきとしているのも、それゆえである。刑訴規則277条は、「少年事件の審理については、懇切を旨とし、且つ事案の真相を明らかにするため、家庭裁判所の取り調べた証拠は、つとめてこれを取り調べるようにしなければならない」と規定している。また、実体面においても、少年法55条は、刑事裁判所が「少年の被告人を保護処分が付するのが相当であると認めるときは」、事件を家裁に移送すべきよう定めており、さらに、少年に対する刑罰としては、不定期刑が中心的位置を占めている（少年法52条）。これらの規定から明らかなように、少年事件の刑事裁判においては、少年事件の特性に配慮した、それに相応しい充実した審理がなされなければならない。それが、適切な処遇決定の

前提となるのである。

他方、裁判員裁判においては、市民の司法参加を具体化したものとして、裁判員裁判を有効に機能させるような審理が要求される。証拠調べにおいては、裁判員の十分な証拠理解に適した証拠が選択され、それを可能にするような取調べ方法が採用されなければならない^{*2}。また、そのような審理が、適正手続の保障において欠けることがあってはならないのも、もちろんである^{*3}。

これらの要請がすべて満たされなければならない。しかし、少年事件の刑事裁判において、それは簡単なことではない。裁判員裁判において、困難さはいっそう高まる。

少年法50条および刑訴規則277条に示されているように、少年事件に相応しい審理において重要なのは、科学主義の見地から^{*4}、少年の人格および生育環境に関する証拠が必要十分な程度に取り調べられることである。このような証拠として最も重要なものは、家裁の作成した社会記録であろう。近時、精神医学、心理学などの専門家、あるいは家裁調査官、鑑別技官などの経験者による情状鑑定的重要性が指摘されている。たしかに、刑事手続の過程における情状鑑定は、社会記録作成後の少年の変化、少年に対する審判手続および刑事手続の影響などをも捕捉できるものであり、それゆえ、科学主義に立って更生可能性に関する証拠調べを尽くすためには、情状鑑定が積極的に活用されるべきである^{*5}。とはいえ、情状鑑定がなされる場合であっても、家裁の社会記録の重要性が失われるわけではない。要保護性に関する調査・鑑別は、少年の人格および生育環境を広く対象としつつ、家裁調査官、精神科医、鑑別技官、法務教官などの高度な専門性と経験に基づき、長年にわた

*2 裁判員制度が市民参加によるより適正・公正な裁判の実現というその主要な目的の達成において真価を発揮するためには、直接主義・口頭主義に立った公判中心主義の再生が必要とされる(葛野尋之「裁判員裁判における民主主義と自由主義」法律時報84巻9号(2012年))。

*3 瀧野貴生「裁判員裁判における社会記録の取調べと適正手続」齊藤古稀祝賀『刑事法理論の探求と発見』(成文堂、2012年)は、適正手続の保障という視点から、少年事件の裁判員裁判における社会記録の取扱いを検討している。

*4 岡田行雄『少年司法における科学主義』(日本評論社、2012年)が、科学主義を総合的に検討している。憲法と子どもの権利条約の要請に応じて、少年司法における「新たな科学主義」の確立を提言しており、科学主義のあり方、その活用方法を考えるうえで示唆的である。

*5 武内謙治「少年に対する裁判員裁判——死刑事件を契機として」季刊刑事弁護69号(2012年)193頁は、「とくに死刑適用が問題となる事件においては、社会記録の代替あるいは補充として、情状鑑定の実施が必要」だとする。

る実践の蓄積のうえに、家裁送致後の手続過程、とくに観護措置期間中に、中立的な公的機関により実施されるものであって、社会調査は、そのような調査・鑑別に基づくものだからである。とりわけ少年法55条の家裁移送が争われる事件においては、この判断が家裁の逆送決定の再審査として機能すべきことからしても、家裁の逆送決定の重要資料である社会記録を取り調べることは不可欠であろう。

(3) 本稿の課題

以下、本稿は、少年事件の裁判員裁判における社会記録の取調べとその作成者の証人尋問について検討する*6。

少年事件の刑事裁判においては、少年事件の特性に配慮した、それに相応しい充実した審理がなされなければならない。そのためには、家裁移送の判断および不定期刑を中心とする刑の量定において、少年の人格および生育環境に関する証拠として、家裁の審判過程において作成された社会記録中、少なくとも少年調査票および鑑別結果通知書の取調べを行わなければならない。

裁判員裁判においては、一般に、直接主義・口頭主義の徹底が求められるが、社会記録については、例外的に、書証として採用し、要旨の告知により取り調べるべきである。証拠としての中立性から、当事者の同意を前提として、職権による証拠調べを基本とし、当事者の同意が得られない場合には、鑑別結果通知書のみならず、少年調査票についても、鑑定類似の性格を認め、書面による正確な報告にも配慮して、刑訴法321条4項の準用による証拠採用を認めるべきである。もっとも、家裁調査官本来の専門性を超えた、保護処分の社会的許容性に関する調査に基づく部分は、鑑定類似の性格が認められないから、除外されるべきである。

刑訴法321条4項を準用して、少年調査票および鑑別結果通知書を取り調べる場合、作成者が証人として尋問を受け、作成名義および記載内容の真正性、さらには調査内容の正確性を供述しなければならない。少年および関係者のプライバシー保護、社会調査における被調査者の信頼の保持に配慮して、作成者の証人尋問を行う場合、公開停止の措置または期日外尋問の方法がとら

*6 この問題について、葛野尋之「少年事件の裁判員裁判」季刊刑事弁護57号(2009年)、同「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)、同「少年事件の刑事裁判と公開原則」刑事法ジャーナル21号(2010年)参照。

れるべきである。また、尋問方法としてはプレゼンテーション方式を採用したうえで、社会記録の内容を明確化し、またはその根拠となった事実および分析・評価を確認するために必要な事項について、尋問を行うこととすべきである。

このような作成者の証人尋問を行うことにより、社会記録が依拠した事実の正確さが確認され、その分析・評価の適切さが保障されることになる。また、社会記録の内容がより明確なものとなり、裁判官・裁判員におけるその正確な理解が高まることにもなる。このことからすれば、社会記録の取調べについて両当事者が同意している場合でも、作成者の証人尋問が行われるべきである。

2 証拠としての社会記録

(1) 社会記録の取調べをめぐる問題

少年事件の処遇決定にあたり、どのような証拠を、どのような方法で取り調べるべきかが問題となる。これまで少年事件の刑事裁判においては、量刑にあたって、また、家裁移送に関する判断、とくに保護処分の必要性・有効性の判断を行うためには、他の証拠の取調べだけでは不十分であり、家裁の審判過程において作成された社会記録の取調べが必要かつ重要とされてきた^{*7}。少年法50条および刑訴規則277条に沿った運用であり^{*8}、科学主義の要

^{*7} 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」家裁月報45巻11号（1993年）6頁以下。

^{*8} 仲家暢彦「若年被告人の刑事裁判における量刑手続」中山退官記念『刑事裁判の理論と実務』（成文堂、1998年）333頁は、少年法50条および刑訴規則277条が「訓示規定」であるとしつつも、当事者主義を基調とする刑事訴訟手続のなかで裁判所に対し審理の内容と証拠調べについて一定の義務を課すというのは異例中の異例であること、家裁移送を認める少年法55条も相俟って、刑事裁判所が「犯罪事実と情状に加え、少年の要保護性及び保護可能性についても審査判断すべきことを求めている」ことからすれば、家裁の判断の重要資料とされたはずの少年調査記録を取り調べることなしに家裁移送に関する判断をすることは、「犯罪事実の認定又は評価について家庭裁判所とは大きく異なる判断をした場合などの特別な場合を除き、不可能か若しくは著しく妥当性を欠く」とする。加藤学「保護処分相当性と社会記録の取扱い——家裁移送が争われる事件を念頭に」植村退官記念『現代刑事法の諸問題(1)』（立花書房、2011年）485頁は、少年法55条の保護処分相当性の判断は、少年の要保護性を踏まえてなされるべきことから、「家裁移送の是非が真の争点になっている刑事事件においては、調査官制度のような専門制度をもたない刑事裁判所にとって、自らの判断能力を補充するために、社会記録を取り調べることは、……必須というべきであろう」とする。

請に応えようとするものである。

他方、社会記録は、少年の要保護性に関するものである以上、必然的に、少年・関係者のプライバシーに深く関わる情報を多く含んでいる。また、家裁調査官と被調査者との信頼関係の維持という観点からも、社会記録の秘密性が要請されてきた。さらに、その内容が明らかにされることによって、少年に強い精神的打撃を与える場合もある。「情操の保護」(少年審判規則2条1項)の問題である。社会記録の取調べについて、その秘密性を保持するために運用上の配慮・工夫がなされてきたのは、それゆえである。

しかし、裁判員裁判においては、直接主義・口頭主義の徹底、「目で見て耳で聞いて分かる審理」が強調されることから、困難な問題が生じる。「法廷で取り調べられた証拠のみに基づいて判断を下すことを徹底しよう」とすれば、これまでのような配慮・工夫のうえで社会記録を取り調べることはできなくなるから、少年法50条や刑訴規則277条は「死文化」するおそれが強いとの指摘さえある*9。

平成19年度司法研究『難解な法律概念と裁判員裁判』*10(以下、『司法研究』)は、家裁移送の判断基準と判断要素について、裁判員裁判対象事件の多数を占める少年法20条2項該当事件の場合、保護処分相当性を認定するためには「特段の事情」が必要であり、さらに「特段の事情」はまず狭義の犯情から判断されるべきとする見解(いわゆる犯情説)を前提として、その判断資料についても、とくに社会記録の取扱いに関連して、厳格な限定を提案している。『司法研究』によれば、刑訴規則277条があるにせよ、「証拠の厳選の要請は、当然社会記録にも及ぶはずであり、また、少年その他関係者のプライバシーへの配慮が要請されることから、家裁移送の判断資料は、「その判断に必要不可欠なものに厳選」されるべきとされる。『司法研究』は、判断基準・判断要素に関する先の犯情説に基づき、「特段の事情」の審理に必要な証拠としては、通常は一般の刑事裁判と同様の証拠で十分であるとし、社会記録が必要とな

*9 佐藤博史＝竹田真「重大少年事件と裁判員制度」現代刑事法7巻1号(2005年)91頁。

*10 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。『司法研究』の見解は、少年調査票の記載、ひいては社会調査のあり方に重大な変化を求めるものであるが、近時、家裁実務において、社会調査とその結果を記載した少年調査票の過剰なまでの簡略化がみられるという。この点についての的確な批判として、岡田・前掲注*4書171頁参照。このほか、藤原正範「家裁調査官の調査の劣化を危惧する」季刊刑事弁護57号(2009年)、斉藤豊治「社会記録と裁判員裁判」甲南法学51巻4号(2011年)188頁など参照。

る場合でも、少年調査票の「意見欄」で足りるとする。証拠調べの方法としては、「『目で見て耳で聞いて分かる』審理という要請に対応するためには、公判期日における朗読以外の方法はない」とする。

さらに、『司法研究』は、「意見欄には、『特段の事情』の有無を中心とした調査官意見の内容及びその判断の根拠が当事者に、ひいては裁判員にも、十分伝わるような、かつ少年その他の関係者のプライバシーに配慮した、簡にして要を得た具体的な記載を行うことが求められる」とする。そして、調査官意見について弾劾的な主張・立証を行う当事者は、プライバシーに配慮しつつ、社会記録を含む開示記録のなかから、鑑別結果報告書の意見部分、医師の診断書など、公判での朗読に適した部分を抜粋のうえ証拠化すべきとしている。

(2) 社会記録の取調べの必要性

たしかに、社会記録の取調べをこのように限定したうえで、「特段の事情」に関する記載が、少年・関係者のプライバシーにも配慮しつつ簡潔になされたならば、公判廷での朗読により裁判員にも理解が可能となり、裁判員裁判における「目で見て耳で聞いて分かる」審理という要請には、応えることができるであろう。また、プライバシーや社会調査における信頼維持、少年の情操保護に関する問題も回避することができる。

しかし、『司法研究』の見解には疑問がある。前提とされる犯情説の問題は、すでに広く指摘されてきたとおりである^{*11}。少年事件の審理のあり方としても、社会記録の取調べを先のように限定することは、要保護性に関する人間行動科学的調査の活用を定める少年法50条、家裁の取り調べた証拠の取調べを求める刑訴規則277条に明らかに反している。その結果、家裁移送の判断から、少年の人格および生育環境に関する事情が削ぎ落とされることとなり、少年事件の特性に配慮した、それに相応しい充実した審理も、そのような審

*11 正木祐史「逆送刑事裁判における55条移送『保護処分相当性』の提示」季刊刑事弁護57号(2009年)78頁、葛野・前掲注*2書「少年事件の処遇決定と裁判員裁判」172頁、加藤・前掲注*8論文480頁、斉藤・前掲注*10論文185頁、武内・前掲注*5論文193頁、本庄武「保護処分相当性判断・再考」註3 斉藤古稀祝賀『刑事法理論の探求と発見』584頁など。少年法55条の保護処分相当性の解釈に反映するとされる20条2項の解釈をめぐる、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(1)』(成文堂、2005年)170頁、改正少年法検証研究会「『司法研修所編・改正少年法の運用に関する研究』の批判的検討」立命館法学307号348頁以下(2006年)[本庄武]など。

理に基づく適切な処遇決定も不可能となる。家裁移送の判断は、健全育成目的から切り離されることとなり、健全育成目的が少年の刑事事件の取扱いをもカバーすることを明記する少年法1条に適合しないといわざるをえない。もともと、公判前整理手続における証拠の整理も、「充実した公判の審理」のためになされるべきものであり(刑訴法316条の2第1項)、「証拠の厳選」(刑訴規則189条の2)自体が目的ではない。社会記録の取調べが少年事件の充実した審理のために必要とされるとき、「証拠の厳選」を理由にしてそれを避けることは認められないというべきである。

個別事件においてその少年に刑罰が相応しいのか、保護処分が相応しいのかを判断するうえで、本来、保護処分による教育の必要性・有効性が重要な判断要素となり、それを解明するためには、その少年の人格および生育環境を、両者の関連性を視野に入れつつ具体的に検討する必要がある。たとえ、少年法20条2項該当事件について家裁移送を認めるためには「特段の事情」が必要だとの立場によったとしても、「特段の事情」の判断要素は、狭義の犯情に限定されることなく、少年法20条2項ただし書に掲げられているような犯罪行為の背景にある人格および生育環境に関する事情をも含むべきである。少年法50条および刑訴規則277条の要求は、「原則逆送」事件の審理においても遵守されるべきである。

たとえ少年法20条2項該当事件について『司法研究』の見解に立ったとしても、少年法20条1項による逆送事件については、家裁移送の判断において、少年の人格および生育環境を十分に検討することが必要とされる^{*12}。また、そのことは、20条2項該当事件を含め、刑事処分相当と判断された後、具体的にどのような刑を量定すべきか、とくに更生可能性と社会復帰の促進に特別に配慮して少年事件について広く認められている不定期刑(少年法52条)をどのように科すべきかを判断するうえで、不可欠といえるであろう。

*12 加藤・前掲注*8論文488頁は、たとえ犯情説による場合でも、狭義の犯情から「特段の事情」が肯定されたならば、少年法20条2項ただし書に掲げられている犯行の動機・態様、犯行後の情況、年齢、行状・環境その他の事情について必要な証拠を調べておく必要があるから、結局、評議前の時点において、狭義の犯情に関するものに限って証拠を取り調べることはできないと指摘する。

3 社会記録の取調べ

(1) 社会記録の取調べ範囲と採用方法

問題は、裁判員裁判において、少年の人格および生育環境に関する証拠としての社会記録を、どのような範囲において、どのような方法により取り調べるべきかである。

『司法研究』がいうように、家裁の社会記録を取り調べるにしても、調査官の意見欄だけで足りるとすることはできない。この意見欄は、家裁調査官が、社会調査によって得られた事実とそれに関する分析・評価を踏まえて、少年の処遇に関する意見を家裁裁判官に対して示した部分であるから（少年審判規則13条2項）、社会記録に含まれる家裁移送の判断または量刑に必要な情報を、それのみによって得ることは不可能である。むしろ重要なのは、家裁調査官が意見を形成する基礎となった事実であり、それについての分析・評価であろう^{*13}。これらは、家裁の逆送決定においても基礎とされたものであり、刑事裁判所の家裁移送の判断がその検討のうえでなされることによってこそ、逆送決定に対する実質的審査も可能となる。

社会記録には、少年調査票、鑑別結果通知書のほかに、調査の過程において収集された各種資料が含まれている。証拠調べを必要十分な範囲に限定するという意味における証拠の「厳選」（刑訴規則189条の2）という要請からも、社会記録のすべてを取り調べるのではなく、少年調査票および鑑別結果通知書の取調べを基本とすべきであろう^{*14}。少年調査票および鑑別結果通知書の取調べは不可欠であるとしても、社会記録のなかには、それらの取調べを行ったならばあえて取り調べる必要のない資料も含まれている。それらについては、取調べの対象から除外すべきであって^{*15}、個別事件ごとの必要性に応じて、それらの取調べについて具体的判断がなされるべきであろう。

刑訴規則277条が定めているように、刑事裁判所は家裁の取り調べた証拠としての社会記録を取り調べるよう要求されているが、反面、裁判員裁判においては、直接主義・口頭主義の徹底という観点から、書証の使用はできるだけ回避すべきとされている。一般的にはそうであろう。しかし、社会記録は

*13 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。

*14 加藤・前掲注*8論文490頁。

*15 武藤・前掲注*13論文102頁。

書証であっても、少年事件の充実した審理と適切な処遇決定のために必要な、少年の人格および生育環境に関する重要資料であって、また、そのような情報については、口頭報告よりも、書面による報告の方が正確さにおいて優れているのであるから、裁判員裁判においても、取調べ方法には注意を払いつつも、証拠とすることを認めるべきである。

少年調査票および鑑別結果通知書は、家裁調査官および少年鑑別所が少年の人格および生育環境に関する問題を中立的立場から解明したものであって、少年事件に相応しい充実した審理のために活用されるものであるから、証拠の一般的性格として、当事者一方の利益に資するというよりも、中立性を有するというべきであろう。それゆえ、それらの取調べは、当事者いずれか一方の請求による取調べではなく、当事者の同意を得たうえで（刑訴法326条）、裁判所の職権によることを基本とすべきであろう。当事者主義構造をとる刑事訴訟において、本来、職権証拠調べは例外として位置づけられるべきものである。しかし、社会記録の先のような性格からすれば、例外的に職権取調べによることを基本としてよいであろう。少年法50条および刑訴規則277条は、ほかならぬ裁判所に対して、科学主義に立った審理と家裁の取り調べた証拠の取調べを要求しているが、職権証拠調べを基本とすることは、このような規定の仕方にも適合するといえよう。

このとき、少年調査票および鑑別結果通知書の証拠採用においては、当事者の同意を得ることを基本とすべきといても、当事者の一方が自らに必要と判断し、相手方が同意した部分に限るのではなく、それら全体を採用するようにすべきである。これらは、それぞれの全体が一体として判断を形成しているからである。当事者それぞれにとって必要な部分だけに限るという「つまみ食い」的な証拠請求・採用によるならば、これらに含まれる少年の人格および生育環境に関する情報を正確に理解することができず、これらを証拠とすることの意義を半減させることになるであろう^{*16}。

*16 加藤・前掲注*8論文491頁。同論文は、裁判所は必要性が認められる限り、全体の証拠化を目指して、検察官または弁護人が証拠請求するときには全部を請求するよう、相手方に同意をするのであれば全部同意をするよう説得すべきであり、必要があれば、裁判所による職権証拠調べも検討すべきとしている。

(2) 鑑定書に関する刑訴法321条4項の準用

量刑については、自由な証明で足りるとの見解もある。少年法55条の移送判断も同様に扱われることになるだろう。しかし、量刑においても、犯情のみならず、狭義の情状に含まれる事実であっても、原則としては厳格な証明が必要だとの見解も強い*17。量刑に与える影響の重大性、量刑が被告人の重大な関心事であることへの配慮などから、実務は、狭義の犯情についても厳格な証明によっているとされる*18。以下、このような実務を前提にして、少年調査票および鑑別結果通知書の取調べについて論じることとする。

厳格な証明によるとする場合、少年調査票および鑑別結果通知書の全体について、当事者の同意を前提としつつ、裁判所の職権取調べを基本にすべきとしても、これらは「書面」(刑訴法320条1項)であるから、当事者の同意が得られないとき、その証拠能力が問題となる。個別事件の具体的事情によっては、とくに社会調査の内容が少年の処分を重くする方向において用いられるようなものである場合には、被告人の権利・利益を擁護するという弁護人の基本的職責との関係において、弁護人はそのような社会記録の取調べに同意することができないときもあろう。

鑑別結果通知書については、刑訴法321条4項の準用が承認されてきた。心理テストなどに基づいて少年の資質鑑別の結果を明らかにしたものであること、内容が心神の鑑別という鑑定に類する事項であること、作成者が通常は精神科医または臨床経験を積んだ法務技官であることなどの理由からである*19。これに対して、少年調査票については、鑑定書に準じた扱いを認めないとする見解が多数であった。鑑別結果通知書とは異なり、少年調査票は、少年、保護者、参考人、関係機関などから得た情報を整理・要約した報告書

*17 もっとも、適正な量刑にとって必要十分な資料の確保という観点から、厳格な証明の原則を貫徹できるかには問題が残る。「一律に厳格な証明を求めると、余りに情状資料が限定され、ときに量刑の適正さが損なわれる場合も生じないとはいえない。特に被告人側提出の情状事実については、その性質、重要性等に配慮して、伝聞証拠であってもその利用が望ましい事態も生じよう」(三井誠『刑事手続法Ⅲ』〔有斐閣、2004年〕497頁)からである。このように考えるならば、少年事件の刑事裁判においても、被告人は少年調査票および鑑別結果通知書の取調べを請求したときは、取調べの必要性が認められる以上、裁判所としてはそれらを取り調べるべきことになる。

*18 原田國男『裁判員裁判と量刑法』(成文堂、2011年)161頁、杉田宗久『裁判員裁判の理論と実践』(成文堂、2012年)327頁など。加藤・前掲注*8論文491頁は、「少なくとも、家裁移送が真の争点になるような事案においては、厳格な証明によるべき」としている。

*19 横田・前掲注*7論文23頁。

であることから、刑訴法312条4項の準用は困難だとされたのである*20。

しかし、近時、鑑定書に関する規定の準用を認める見解が有力である*21。横田信之によれば*22、たしかに、少年調査票と鑑別結果報告書とのあいだには相違がある。その相違は、作成者、人格面に焦点を合わせているか、生育歴、生活環境などにも焦点を合わせているかという内容、心理検査の比重が大きいか、面接の比重が大きいかという基礎資料、診断中心か、診断とともに処遇面にも力点をおくかという処遇指向性の面においてである。しかし、第1に、少年の人格・性格の調査に基づき、要保護性判断のための資料を提供し、少年の審判と処遇に役立てようとする目的において、両者は共通である。第2に、鑑別も心理検査中心主義から、探索的処遇を導入するなど、少年の生育歴・生活環境に関する調査を基礎資料とするようになっており、両者のあいだには内容面の共通性がある。第3に、その結果、鑑別結果報告書も、少年調査票同様、非行の動機・態様に関する少年の供述、家庭環境に関する情報などを基礎にすることとなり、両者のあいだには資料面での共通性がある。第4に、いずれも中立的な国家機関が行っており、家裁調査官も、法務技官も、科学的専門教育を受けていること、少年鑑別所が家裁から独立した別機関とされた沿革から、両機関の性格の本質的違いは認められないこと、少年調査票は原則家裁調査官一人により作成されるが、主任調査官による指導や共同調査もありうることなどにおいて、作成者の面での共通性も認められる。また、第1に、法務技官と同様、家裁調査官は人間行動科学の専門家であり、中立的立場にある。第2に、報告内容自体に詳細、複雑、微妙な点があり、口頭報告よりも、書面の方が正確性を確保できる。第3に、総合的・評価的な面については、反対尋問によるテストの有効性が期待しにくい。第4に、少年調査票は、少年、保護者、参考人などから得た多様な情報を整理・要約したものであるが、通常の情状鑑定および精神鑑定も同様な性格を有しており、このことが直ちに、刑訴法321条4項の準用を否定する理由にはならない。これらのことからすれば、鑑別結果報告書と同様、少年調査票につ

*20 横田・前掲注*7論文23頁。

*21 横田・前掲注*7論文28頁、加藤・前掲注*8論文491頁、斉藤・前掲注*10論文211頁など。なお、少年事件の裁判員裁判のなかには、刑訴法323条3項の特信書面として社会記録を証拠採用した例があるが(本書・ケーススタディ①)、社会記録が同条1項・2項にあげられた書面に準じるものとは認めがたいから、特信書面として証拠採用することには疑問がある。

*22 横田・前掲注*7論文25頁。

いても、鑑定書に準じて証拠能力を認めてよいとされるのである。

刈野貴生も、家裁調査官が人間科学の専門的知見に基づき、専門家として蓄積した人的資源をも活かしながら、少年の立ち直りという観点から必要な事実を掘り起こし、評価したうえで、処遇意見を科学的根拠に基づいて述べたものである点において、社会調査は鑑定類似の性格を有し、また、複雑な内容を有することから、書面による報告が適していることを指摘し、これらのことから、刑訴法321条4項の準用を認めるべきとしている^{*23}。

たしかに、指摘されたこれらの理由からすれば、少年調査票を鑑別結果通知書と区別して扱う必要はないといえよう。両者ともに鑑定書に準じて、作成者が証人として尋問を受け、「真正に作成されたものであること」(刑訴法321条4項)を供述することを要件として^{*24}、その証拠能力を認めてよいのである。

もっとも、少年調査票について、刑訴法321条4項の準用を認めるのが原則だとしても、個別具体的事件における社会調査のあり方によっては、科学的専門性に立脚した鑑定類似の性格が否定され、その結果を記載した少年調査票について、鑑定書の準用が否定される場合もありえるというべきである。すなわち、近年、とくに少年法20条2項該当事件において、保護処分による教育の必要性・有効性ではなく、保護処分の社会的許容性、すなわち非行行為それ自体をはじめ、社会感情、被害感情などに照らして、保護処分が社会的に許容されるかという面の調査が相当な比重を占め、むしろ社会的許容性についての判断が処遇意見に決定的影響を与えているような社会調査が広がっていることが指摘されている。正木祐史がいうように、保護処分の社会的許容性についての判断は、まさに規範的判断に属するものであって、人間行動科学における家裁調査官の専門性を超えている^{*25}。したがって、このような

*23 刈野・前掲注*3論文565頁。

*24 書面の体裁などから作成名義の真正を疑わせる事情がなく、当事者が作成の真正を争わず、その点に関する作成者への反対尋問権を行使しないとの意思を明示した場合には、作成の真正が立証されたものとして扱われることが許されるとする見解がある(河上和雄ほか編『大コメンタール刑事訴訟法(7)〔第2版〕』〔青林書院、2012年〕〔中山善房〕)。加藤・前掲注*8論文491頁もこの立場による。しかし、ここにいう作成の真正が作成名義だけでなく、記載内容の真正性、さらには調査内容の正確性も含むと理解するならば、当事者が証拠採用に同意せず、刑訴法321条4項を準用して証拠能力を認めたうえで、裁判所が職権により証拠採用しようとする場合、当事者が調査内容の正確性も含めた「作成の真正」を争わず、その点に関する作成者への反対尋問権を行使しないという事態は想定しがたいではなからうか。

社会調査について、鑑定類似の、科学的専門性を備えたものと認めることはできず、このような社会調査に基づく少年調査票についても、刑訴法321条4項の準用により証拠能力を認めることはできないというべきである。あるいは、可能な場合には、保護処分の社会的許容性に関する事実とその分析・評価を記載し、それに基づく意見を示した部分を除外し、家裁調査官本来の科学的専門性に基づく社会調査に関する部分に限定して、少年調査票を鑑定書に準じて扱うことを認めるべきであろう。このように限定的な証拠採用をしたとしても、除外されるべき部分と採用されるべき部分とは、異なる原理に立った「調査」に基づくものであるから、「つまみ食い」的な証拠採用ということにはならないであろう。

(3) 社会記録の取調べ方法

少年調査票および鑑別結果通知書の取調べ方法はどうすべきか。刑訴法において書証の取調べは朗読によるものとされ(刑訴法305条)、とりわけ裁判員裁判においては、書証を用いる場合でも、「目で見て耳で聞いて分かる」審理となるよう、実務上慣行となっていた要旨告知(刑訴規則203条の2)によるのではなく、全文朗読がなされるべきといわれている。社会記録の取調べ方法をめぐっては、第1に、どのような取調べ方法によれば、裁判員が社会記録の内容を理解することができるかが問題となり、第2に、社会記録中に含まれた少年・関係者のプライバシーの保護、被調査者との信頼関係の維持、少年に対する精神的打撃の回避に配慮するとき、どのような方法が適切かが問題となる。

裁判員制度導入前には、社会記録の取調べについても、要旨告知が実務の慣行とされ、ときにそれさえ省略されてきたのは、裁判官が公判廷外で社会記録を閲読し、その内容を理解することができる、このような形で実質的な「取調べ」が可能だとされたからである。このような「取調べ」によって、裁判員には内容の理解が可能であろうか。

前提とされるべきは、少年の人格および生育環境について、ポイントを的確に押さえた必要十分な社会調査が行われ、それが人間行動科学の専門家で

*25 正木・前掲注*11論文77頁、葛野尋之「ワークショップ・少年事件の裁判員裁判」刑法雑誌51巻3号(2012年)154頁[正木祐史報告部分]。このような社会調査それ自体の問題性については、岡田・前掲注*4書131頁以下参照。

ない者にも理解可能な程度にまで明快に、少年調査票としてまとめられるべきことである。真の意味において「簡にして要をえた」調査票といえるかもしれない^{*26}。このことが、家裁においても、人間行動科学の専門家ではない裁判官がその内容を正確に理解したうえで、処遇決定を行うために必要とされていたというべきであろう。そのような少年調査票であれば、裁判員裁判においても、裁判官同様、一般市民である裁判員が閲読し、その内容を正確に理解することは可能であろう。

この場合、公判廷における朗読は必要か。後に閲読して理解可能であることを前提として、要旨の告知で足りるといえ、また、社会記録中に含まれた少年・関係者のプライバシーの保護、被調査者との信頼関係の維持、少年に対する精神的打撃の回避という要請に応えるべきことからすれば、全文朗読を避け、公開審理を実質的に担保する程度の、簡潔な要旨の告知にとどめるべきであろう^{*27}。

4 社会記録作成者の証人尋問

(1) 社会記録の取調べと作成者の証人尋問

少年調査票および鑑別結果通知書について、刑訴法321条4項の準用によりその証拠能力を認めるための要件として、作成者は公判期日において証人として尋問を受け、その作成の真正を供述しなければならない。なお、社会記録の取調べに両当事者が同意した場合でも、作成者の証人尋問がなされるべきことについては、後述する。

この場合、鑑定書の場合と同様、作成名義の真正だけでなく、記載内容の真正および調査内容の正確性の供述が必要というべきである^{*28}。内容の真正

^{*26} もっとも、社会調査が少年の人格および生育環境を対象とし、人間行動科学的専門性に基づくものであるがゆえにこそ、事実の摘示から、その分析・評価、それに基づく結論に至る道筋が、たんに理路整然としていればよいというわけではなかろう。「少年事件の調査にとって結論に矛盾する事実はきわめて重要であり、そこを大切にすることこそ家裁調査官の科学性の証であった。余分なことを書かないという姿勢は余分なことを調べないということになり、ついには科学性を放棄することにもつながりかねない」という藤原正範の指摘(前掲注^{*10}論文86頁)には、重い意味がある。このような社会調査の結果をどのように理解しやすく明確に少年調査票にまとめるかは、困難であるが、解決されるべき課題である。

^{*27} 加藤・前掲注^{*8}論文492頁は、要旨告知にとどめるべきとしううえで、必要に応じて休憩をとるなどして、裁判員および裁判官が社会記録を読み込む時間を確保すべきとする。

についても、裁判官・裁判員および両当事者から尋問がなされることによって、社会記録が依拠した事実の正確さが確認されることになり、その分析・評価の適切さが保障されることになるであろう^{*29}。

社会記録については、本来、少年審判においても、それに含まれる調査内容の正確さを確認する機会を与え、少年の理解と参加を確保するために、少年および付添人は社会記録の開示を受けたうえで、作成者に対して直接質問する機会を保障されるべきである。それが、適正手続の要請である^{*30}。刑事裁判においても、被告人が社会記録の作成者に対して調査内容の正確性について確認するための尋問の機会を保障されることが、適正手続の保障に適う所以である^{*31}。

作成者の証人尋問は、社会記録の内容をより明確なものとし、裁判官・裁判員におけるその正確な理解を助けることにもなる。少年調査票および鑑別結果通知書を書証として取り調べるにせよ、それらの重要部分の内容について作成者が口頭で説明することにより、裁判官・裁判員の理解が高められる。さらに、作成者の口頭説明に対して質問することにより、説明への疑問も解消されるであろう。淵野貴生が指摘するように、社会記録については、直接主義・口頭主義に立った証拠調べを原則としながらも鑑定書の証拠能力を緩やかな要件で認めている刑訴法321条4項の趣旨をも考慮したとき、「証人尋問による口頭供述と書証の読み込みとを組み合わせた心証形成こそが、正確な事実認定に基づく心証形成という観点からも、もっともふさわしい」というべきであろう^{*32}。

作成者の内容説明が裁判官・裁判員における正確な内容理解を促すことからすれば、社会記録の取調べについて両当事者が同意している場合でも、作成者の証人尋問が行われるべきである。このときも、当事者の請求によるのではなく、裁判所の職権によるべきであろう。

ところで、『司法研究』は、責任能力が争われ、精神鑑定が実施された場合には、鑑定人の意見は原則として口頭報告によるべきであって、尋問のさいに鑑定メモを必要に応じて補充的に利用すべきとする。このとき、鑑定書の

*28 河上ほか編・前掲注*24書621頁[中山善房]。

*29 淵野・前掲注*3論文567頁。

*30 葛野尋之『少年司法における参加と修復』(日本評論社、2009年)319頁以下参照。

*31 淵野・前掲注*3論文567頁。

*32 淵野・前掲注*3論文568頁。

取調べはなされないことになる*33。少年事件の裁判員裁判においても、情状鑑定を行った鑑定人が証人尋問によりその内容を報告したところ、鑑定書の内容がそれにより明らかにされ、鑑定書の取調べの必要性が消失したとして、弁護人が鑑定書の取調べ請求を撤回したという例がある(本書・ケーススタディ⑦)。社会記録の作成者の証人尋問が行われ、社会記録の内容が口頭報告された場合について考えると、社会記録に含まれる少年の人格および生育環境に関する重要事実とその分析・評価、それにもとづく意見が、作成者の証人尋問によってすべて明らかになることは通常想定できないであろう。そうであるならば、社会調査はすでに作成され、家裁において処遇決定の基本資料とされていること、社会記録の内容からすれば、口頭報告だけでなく、書面をも用いた方が、内容の正確な理解が促進されるであろうことからしても、社会記録については、作成者の証人尋問が行われた場合でも、書面として取調べをすべきということになる。

(2) 証人尋問の方法

裁判官・裁判員における社会記録の正確な内容理解の促進という観点からすれば、作成者の証人尋問は、通常の一問一答方式ないし尋問先行型ではなく、最初に作成者が内容説明を行う方式によるべきであろう。プレゼンテーション方式ないし解説先行型である。裁判員裁判においては、制度導入期より、精神鑑定、情状鑑定などについて、鑑定内容についての裁判員の理解を高めるために、「鑑定人が裁判官・裁判員に対して講義・講演するような形態で、自らが行った鑑定経過と結果をとりまとめた形で説明する尋問方式(プレゼンテーション方式)」を適宜採り入れるべきことが提案されており*34、そのような実務が広がっている。少年事件の裁判員裁判においても、弁護人の申

*33 司法研修所・前掲注*10書44頁。司法研修所編『裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方』(法曹会、2008年)180頁も、鑑定人の証人尋問が必要となる場合、その口頭説明による立証を中心とし、書証はその証言を理解するための手助けとなりうる重要な写真、図画、結論部分などに限定した謄本を活用することを提案している。これに対して、最高検察庁「裁判員裁判における検察の基本方針」『裁判員裁判の実務(法律のひろば別冊)』(2009年)77頁は、プレゼンテーション方式による鑑定人の証人尋問を提唱する一方、鑑定書自体の証拠調べも予定している。

*34 最高検察庁・前掲注*33基本方針81頁。ほかに、司法研修所・前掲注*10書45頁、上富敏信=花崎政之「裁判員裁判の下における鑑定結果の立証について」刑事法ジャーナル20号(2010年)41頁など。裁判員裁判における鑑定のあり方一般について、廣瀬健二「裁判員裁判と鑑定の在り方」刑事法ジャーナル20号(2010年)参照。

出に応じて裁判所が情状鑑定を命じた事件において、鑑定人の証人尋問をこの方式により行った例が報告されている（本書・ケーススタディ⑥）。プレゼンテーションの具体的方法については、工夫と注意が必要であるにせよ、社会記録の作成者の証人尋問を行う場合にも、プレゼンテーション方式によるべきであろう。

民事訴訟においては、鑑定人が専門的経験則を提供する点において裁判官の補助者としての地位を有することから、鑑定人の尋問については、証人尋問のような交互尋問方式は採用されておらず、説明会方式による尋問が行われる（民訴法215条2項）。2003年民訴法改正において、このような尋問方式が採用されたのは、「専門家が法廷で、厳しい反対尋問、たとえば、自分の能力についての屈辱的な質問にさらされることに対する抵抗から、鑑定人となるのを拒むことがないようにするため」であり、また、「専門家には、Yes/Noの形で回答を求めるよりは、説明をする形で回答を求める方が、答えやすいから」だとされている。証人尋問の場合と異なり、裁判長から質問をはじめ、当事者が補充尋問をする形式とされているのも（民訴215条の2第2項）、裁判官の補助者としての性格に由来する先のような考慮に基づくとされている^{*35}。少年事件の刑事裁判において社会記録の作成者について証人尋問を行う場合にも、民事訴訟における鑑定人尋問についてのこのような考慮は多く妥当するといえるべきであろう。それゆえ、作成者の証人尋問については、プレゼンテーション方式がとられるべきであろう。

(3) 社会記録作成者の証人適格と守秘義務

家裁調査官については、刑訴法144条に基づき証人適格を否定する見解が有力である。

同規定が、「公務員又は公務員であつた者が知り得た事実について、本人又は当該公務所から職務上の秘密に関するものであることを申し立てたときは、

^{*35} 杉山悦子「鑑定・専門委員」法学セミナー695号（2012年）103頁。伊藤眞『民事訴訟法〔第4版〕』（有斐閣、2011年）395頁も、「争いの対象となる専門的知見に関する判断材料を裁判所に提供するという鑑定人の役割を考えたときに、鑑定人に対する尋問を証人尋問と同一の方法によって行わなければならない理由は認められず、むしろ体系性のある専門的知見について陳述する鑑定人の特性に応じた証拠調べの方法を採用することが望ましい」とし、鑑定人尋問に関する民訴法・民訴規則の現行規定は、そのような趣旨によるとする。伊藤眞「専門訴訟の行方」判例タイムズ1124号（2003年）21頁もあわせて参照。

当該監督官庁の承諾がなければ証人としてこれを尋問することはできない。但し、当該監督官庁は、国の重大な利益を害する場合を除いては、承諾を拒むことができない」と定めているところ、「調査官は調査過程において知り得た少年の要保護性に関する事実については守秘義務があり、そのような事項について証人尋問を受けた場合には公務上の秘密を理由に証言を拒絶できる（刑訴法144条）ものと解される」との理由からである^{*36}。刑訴法144条ただし書にいう「国の重大な利益を害する場合」とは、一般に、国の安全または外交上の利益への重大な支障、公安の維持への重大な支障、その他各種行政の運営上著しい支障を生じるおそれのある場合をいうとされ、その判断は、当該監督官庁に委ねられるとされている^{*37}。社会記録の作成者の証人尋問に即して考えると、「当該少年に関する情報という形で限定するならば、その少年の社会調査の内容を尋問したところで、『国の重大な利益』を害するとまではいえないであろうが、「およそ社会記録というものは情報提供者との信頼関係に基づいて提供されるものであり、証人尋問による供述は信頼関係を掘り崩し、情報源の枯渇を招くというように一般化するならば、『国の重大な利益』を害するといえなくもない」と指摘されている^{*38}。

社会記録の内容に関する作成者の証人尋問が、「国の重大な利益を害する」ような「職務上の秘密」（刑訴法144条）を証言することにあたるかどうかについては、立場が分かれるであろうが、いまかりに、そのような「職務上の秘密」の証言にあたるもの前提に立ったとしても、刑訴法144条を根拠にして、社会記録の作成者の証人尋問が許されないということになるかは疑問である。このような前提に立ったとしても、証人尋問は可能というべきである。

社会記録の作成者が証人として尋問され、その内容について口頭説明をし、それに関する質問に回答する場合、少年調査票または鑑別結果通知書が証拠

^{*36} 田宮裕＝廣瀬健二編『注釈少年法〔第3版〕』（有斐閣、2009年）462頁。それゆえにこそ、「少年の刑事事件では、公判段階の調査や調査官の関与が認められない点を補うためにも、社会記録の取寄・活用が図られるべきである」とする。加藤・前掲注^{*8}論文492頁も、「調査官に対する証人尋問は、証人適格はあり、判断過程を口頭説明する意義はなくてはならないが、必然的に判断の前提になった事実についても証言を求められるところ、それらについては、調査官は、職務上の秘密として証言を拒絶せざるを得ないのだから（刑訴144条）、結局、証人尋問の実効性がなく、証拠調べの必要性が認められない」とする。

^{*37} 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第4版〕』（弘文堂、2009年）214・259頁。

^{*38} 齊藤・前掲注^{*10}論文213頁。これに続けて、「具体的な解決方法としては、原則として証人適格を認めて証人尋問を許容しつつ、事項によっては証言を拒絶するという対応であろう」とする。

として取り調べられる以上、作成者の監督官庁は、もはや裁判所に対して「国の重大な利益を害する」秘密であることを主張し、その証人尋問を拒絶することはできないというべきであろう*39。また、社会記録の作成者が、一般に、その内容に関する事項について守秘義務を負うべきことはたしかであるが、作成者が証人として尋問されることとなれば、「証言義務は通常の守秘義務に優先する」というべきであるから*40、もはや職務上の秘密であることを理由として証言を拒むこともできないであろう。

これに対して、社会記録の取調べについて、公判廷における要旨告知のうえで、裁判官・裁判員がそれを読み込むという方法によるべきとするとき、「裁判官・裁判員・検察官・弁護士以外に対しては、なお開示されていないのであるから、職務上の秘密にあたるというべきであろう」との見解がある*41。たしかに、社会記録の作成者の証人尋問を公開法廷において行うならば、傍聴人に対しても社会記録の内容にあたる事項が探知されることになる。この点において、公務上の秘密を主張することも可能であるかもしれない。

しかし、少年事件における社会記録の取調べ、とくにその作成者の証人尋問については、少年・関係者のプライバシーを重大に侵害し、また、社会調査における被調査者の信頼を破壊しかねないという点において、公開審理を行うことが「公の秩序……を害する虞がある」（憲法82条2項）として公開停止を認め*42、あるいは公判期日外の証人尋問（刑訴法281条）を行うべきであろう。期日外尋問を行う場合、それを受命裁判官・受託裁判官に行わせることができるとする刑訴法163条にもかかわらず、直接主義・口頭主義を実質的に確保するため、期日外尋問は、裁判官・裁判員全員からなる裁判所によって行われるべきであり（裁判員法57条参照）、公判期日における尋問調書の取調べ（刑訴法303条）は、プライバシー保護に配慮して、要旨告知にとどめられるべきであろう（刑訴規則203条の2第1項）*43。作成者の証人尋問が公開法廷において行われないのであれば、裁判所および両当事者以外の者に社会記録の内容が探知されることはないから、もはや「職務上の秘密」を主張して、監督官庁が証人尋問を拒絶することはできないというべきであろう。

*39 葛野・前掲注*6「少年事件の処遇決定と裁判員裁判」183頁。

*40 河上ほか編・前掲注*24書137頁〔仲家暢彦〕、伊藤栄樹ほか編『注釈刑事訴訟法（新版）』（立花書房、1997年）335頁〔亀山継夫〕など。

*41 加藤・前掲注*8論文492頁。

(4) 少年に対する精神的打撃の防止と作成者に対する尋問方法

非公開の審理であっても、在廷する被告人である少年が社会記録の取調べ、とくに作成者の証人尋問を直接見聞きすることにより、出生、家族関係、自己または家族の身体的・精神的障害などに関する未知の事実に接し、大きな精神的打撃を受ける可能性は否定できない。作成者の証人尋問にあたっては、在廷する少年に対して不必要な精神的打撃が及ばないようにするために、裁

*42 村山裕「少年逆送事件の問題」法律時報81巻1号(2009年)37頁、笹倉香奈「裁判員裁判と少年のプライバシー・情操保護」季刊刑事弁護57号(2009年)51頁。審理の非公開は、少年が萎縮することなく、手続に参加することを促進する点において、適正手続の実質化にも適うであろう(葛野・前掲注*6「少年事件の刑事裁判と公開原則」36頁)。ニュー・ヨーク州刑事裁判所においては、少年(16歳未満)や若年成人(18歳未満)に対して、青少年犯罪者(youthful offender)の地位が適用される場合、量刑審理に関する特別手続が設けられている。すなわち、青少年犯罪者の事件を専門に扱う青少年部(youth part)の法廷において、処遇決定に関する審理は非公開とされ、プロベーション・オフィサー、社会福祉機関の職員などを交えつつ、青少年の被告人の理解と参加を促すような、和やかでインフォーマルな手続が進められる。その結果、青少年犯罪者については拘禁刑の言渡ししが回避され、多くの少年事件が家裁に移送されている(Aaron Kupchik, Judging Juveniles: Prosecuting Adolescents an Adult and Juvenile Courts [2006]参照)。罪責認定と量刑の手続を二分したうえで、量刑についてこのような審理方式を採用することが、日本においても将来的課題となるであろう。他方、罪責認定手続については、公正な裁判を受ける権利(欧州人権条約6条1項)を保障するためには、少年である被告人の理解と参加を確保しなければならないとした欧州人権裁判所判決のもと、イングランド・ウェールズにおいては、2000年に、刑事法院における公開・対審の陪審裁判という基本構造を維持しつつも、少年に不必要な恐怖や怯えを生じさせることなく、その理解と参加が促進されるような特別措置を要求する首席裁判官の実務指令が発せられた(葛野尋之『少年司法の再構築』[日本評論社、2003年]428頁以下、同・前掲注*30書211頁以下参照)。

*43 葛野・前掲注*6「少年事件の刑事裁判と公開原則」35頁以下。齊藤・前掲注*10論文207頁は、刑訴法158条による裁判所外での所在尋問の活用を提起しているが、作成者を証人として裁判所に召喚し、裁判所において証言させることが不適当であって、裁判所外での証人尋問が適当とされる事情がとくに認められるのでない限り、刑訴法281条による裁判所内での期日外尋問によるべきであろう。作成者の年齢、職業、健康状態などからしても、通常、このような事情は認められないであろうし、期日外尋問が裁判所を構成する裁判官・裁判員全員によって行われるべきことからすれば、そのことも含めて、所在尋問の必要性・相当性が判断されるべきであろう。また、山口直也「少年刑事被告人の刑事裁判のあり方に関する一考察」立命館法学331号(2010年)213頁は、社会記録の取調べを含む、家裁移送に関する「決定」(少年法55条)のための審理が、刑訴法43条3項の「事実の取調べ」として、非公開の審理により行われるべきとする(団藤重光=森田宗一『新版少年法(第2版)』[有斐閣、1984年]418頁参照)。しかし、少年法55条が「事実審理の結果」と規定していることに加え、家裁移送が認められない場合、刑事事件の公判手続が継続することになるので、家裁移送に関する判断と量刑とのあいだで多くの同じ証拠が取り調べられるべきことからすれば、量刑証拠の取調べにおける予断の発生という困難な問題が生じる(田宮=廣瀬編・前掲注*36書473頁)。同じ証拠の取調べは、必要に応じて非公開の措置をとり、または期日外尋問を行ったうえで、公判審理において共通に取り調べられるべきであろう(齊藤・前掲注*10論文206頁)。

判所および当事者間の事前協議により、そのような可能性のある事項については尋問を避け、証言が及ばないように努めるべきであろう^{*44}。

少年に対する重大な精神的打撃を防止するために、被告人の退廷措置が必要となる場合があるが、それは立法的課題として検討されるべきである^{*45}。立法的検討にあたっては、少年審判においては、少年の出席を要求しつつも（少年審判規則28条3項）、「裁判長は、少年の情操を害するものと認める状況が生じたときは、その状況の継続中、少年を退席させることができる」（少年審判規則31条2項）として、情操保護の目的による少年の一時退席を認めていることが、参照されるべきであろう。

被告人の公判出席の権利は、公判手続への被告人の参加の基盤をなすものとして、一般に、適正手続にとって本質的意義を有している。被告人の出頭義務が免除されるのは、被告人の「権利の保護のため重要でないと認めるとき」とされていることからすれば（刑訴法285条）、刑訴法は、基本的には、被告人の出廷を権利として性格づけているといえよう。被告人の在廷を開廷の要件とする刑訴法286条も、そのような趣旨において理解されるべきである。他方、刑訴法は、法人事件（刑訴法283条）および軽微事件（刑訴法284・285条）の場合を除いて、被告人の在廷を義務づけている（刑訴法288条）。被告人の在廷を権利として保障しつつ、同時に義務としても要求するという現行法のもとでは、少年の情操保護という目的のために、被告人の退廷を命じることはできないというべきであろう^{*46}。

また、公判期日における証人尋問のさいの被告人の退廷（刑訴304条の2）、公判期日外における証人尋問のさいの被告人の退席（刑訴218条の2）は、いずれも「証人が被告人の面前……においては圧迫を受け充分な供述をすることができない」ことを要件とするものであって、証人の側に配慮した規定であることからすれば、裁判所はこれらを準用して、被告人である少年に対する精神的打撃を回避するとの目的から被告人を退廷・退席させることはできないというべきである。

*44 齊藤・前掲注*10論文212頁。

*45 笹倉・前掲注*42論文51頁、葛野・前掲注*6「少年事件の処遇決定と裁判員裁判」184頁。

*46 山口・前掲注*43論文199頁は、裁判長が訴訟指揮権の行使により、少年法50条および刑訴規則277条の趣旨を全うするために、少年審判規則32条2項を準用して、必要最小限度において少年を一時退廷させることができるとするが、刑訴法が被告人の在廷をその権利としても、義務としても性格づけていることからすれば、このような現行法の解釈には疑問がある。

(5) 作成者の証人尋問と社会調査の専門性

社会記録作成者に対する証人尋問を認めると、作成者が法廷において厳しい追及を受けることを警戒するあまり、社会調査または鑑別自体、あるいは少年調査票または鑑別結果報告書の記載において萎縮してしまうとする危惧が表明されている。その結果、結論を導出するうえで不都合な事実ないし結論と矛盾するような事実を記載しなくなり、あるいは外形的な非行事実に過度に依存した分析・評価が広がることになるのではないかとするのである*47。

法廷における厳しい追及への警戒は、2003年民訴法改正前の鑑定人をめぐる状況にも通じるところがある。「鑑定書提出後の尋問において、鑑定書の内容についての尋問ではなく、鑑定人の能力や適性を問題とし、人格を攻撃するような尋問が多く非常に不愉快な思いをする、……医学的に分かりやすく説明しようと心がけても、代理人から『聞かれたことにだけ答えよ』などと言われて口を封じられることがある」など、かつての鑑定人尋問に対して、鑑定人の側の不満は強かったというのである*48。上述のように、鑑定人の専門的意見をより正確に、分かり易く裁判官に伝達することとあわせ、このような不満が原因となって鑑定人が鑑定を拒むという事態を回避するために、2003年民訴法改正により、新しい鑑定人質問の方式が採用された。

この法改正にともない、民訴規則も改正され、裁判長から始まり、鑑定申出をした当事者、他方当事者という鑑定人質問の順序が原則とされたほか(民

*47 守屋克彦「家庭裁判所は変わるか」季刊刑事弁護57号(2009年)83頁、藤原正範「家裁調査官の調査の劣化を危惧する」同86頁。

*48 佐々木茂美編著『最新民事訴訟運営の実務』(新日本法規出版、2003年)102頁。この書籍は、大阪地裁所属の裁判官の共同研究をまとめたものである。また、島田仁郎＝松浦繁「刑事鑑定制度の諸問題」司法研修所論集70号(1982年)67頁は、刑事訴訟における鑑定人尋問についても、類似の状況が存在したことを指摘している。すなわち、精神科医の指摘に基づき、「鑑定人の尋問に際し、主として鑑定結果に不満を抱く当事者から、場合によっては裁判官からさえ、基本的知識についての理解を欠く、あるいはそれをあえて無視する尋問、いやがらせ的なあけ足取りの尋問、出身校、経歴、肩書、鑑定経験等について侮辱的・懐疑的な尋問がなされることが少なくなく、それが多くの専門家をして鑑定の受任をちゅうちょさせる原因の一つとなっている」というのである。同論文は、鑑定が中立的・専門的性格を有すること、事前に詳細な鑑定書の提出があることからして、交互尋問方式によらず、「事項ごとにいわゆる物語方式による尋問方法」を採用すべきこと、先のような不適切な尋問がなされないよう、「あらかじめ当事者から裁判所に詳細な尋問事項書を提出させ(刑訴規則106条2項)、事前にそれを十分検討しておく必要がある」とあり、そのうえで、「いたずらに鑑定人を混乱に陥れたり挑発したりする行き過ぎの尋問や、関連性に乏しい尋問がなされたときには、裁判長は適切な訴訟指揮権の行使により、これを直ちにチェックする必要がある」と説いている。

訴規則132条の3第3項)、鑑定人質問の制限が定められた(同132条の4)。その制限規定によれば、「鑑定人に対する質問は、鑑定人の意見の内容を明瞭にし、又はその根拠を確認するために必要な事項について行うものとする」とされ(同条1項)、このような鑑定人質問の趣旨にしたがって、質問は具体的にすべきであるにせよ、個別的である必要はないとされ(同条2項)、誘導質問、重複質問のほかに、「鑑定人を侮辱し、又は困惑させる質問」、「鑑定人の意見の内容を明瞭にし、又はその根拠を確認する」という鑑定人質問の目的と関係のない質問をしてはならないこととされた(同条3項)^{*49}。「鑑定人に対する質問は、鑑定書の内容を正確に把握することや疑問点の解消に向けられるべきであり(民訴規則132条の4)、規定の趣旨に鑑みると、鑑定人との論争にわたるような質問は相当では」なく、「そのような論争がなされる場合の実質は、鑑定人が採用した経験則や専門的知見に基づく判断に向けられたものであることが多く、要するに鑑定に対する反論意見にすぎない」のであるから、「そうだとすると、必ずしも鑑定人に対する質問手続による必要はなく、意見書や文献の提出で足りる場合も多い」とされるのである^{*50}。

少年事件の裁判員裁判において社会記録の作成者に対する証人尋問を行う場合、その尋問方法を考えるうえでも、このような民訴法および民訴規則の立場は、有益な示唆を提供してくれるであろう。上述のように、作成者が社会記録の専門的内容を明確に、分かり易く説明することができるよう、プレゼンテーション方式の証人尋問が採用されるべきであり、そのうえで、裁判官・裁判員および両当事者からの社会記録の内容に関する尋問は、社会記録の内容を明確化し、またはその根拠となった事実および分析・評価を確認するために必要な事項について行うこととすべきであろう。もちろん、十分な尋問の機会が保障されるべきにしても、このような目的を超えて、社会記録に対する反対意見を作成者にぶつけ、論争することは避けるべきであろう。尋問事項と作成者の供述との関連性が曖昧になり、証人尋問が全体として焦点の定まらないものになるからである。裁判官・裁判員の判断に混乱を招くことになる。当事者の反対意見は反対意見として、その根拠とともに、それに相応しい方法により法廷に顕出されるべきである。そのための方法とし

^{*49} 改正民訴法および民訴規則について、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法IV』(日本評論社、2010年)325頁以下参照。

^{*50} 藤田広美『講義民事訴訟〔第2版〕』(東京大学出版会、2011年)316頁。

て、私的鑑定としての精神鑑定・情状鑑定、専門家証人の取調べなどが、積極的に活用されるべきであろう。これらの方法によって当事者が反対意見を顕出する機会が保障されるならば、社会記録の作成者に対して、不適切な証人尋問が行われる可能性も実際減少するであろう。侮辱的・困惑的尋問、重複尋問などが排除されるべきは当然である（刑訴規則199条の13・199の6但）。裁判長には、証人尋問により社会調査の内容を争う当事者の権利に十分配慮しつつ、作成者の証人尋問の目的を踏まえた、適切な訴訟指揮を行うことが期待される。

作成者の証人尋問は、上述のように、審理の公開を制限し、または期日外尋問によって行うべきであるが、さらにこのような尋問方法がとられるならば、社会記録の作成者として証人尋問を受けるさい、家裁調査官または少年鑑別所職員が必要以上に厳しく追及され、そのために精神的苦痛を被るといふ事態も回避されるであろう。もちろん、作成者は、社会記録の内容を明確化し、またはその結論の根拠となった事実および分析・評価を確認するためになされた尋問に対しては、まさに専門家として、真摯に対応しなければならない。科学的専門性に立った調査を尽くし、それを踏まえて社会記録を適切に作成している限り、証人尋問には十分対応が可能なはずである。それにもかかわらず証人尋問を忌避し、社会調査および社会記録の質を低下させるようなことがあっては、科学的専門性を自ら放棄するに等しいといえよう。

5 結語

以上、本稿は、少年事件の裁判員裁判における社会記録の取調べとその作成者の証人尋問について論じた。

少年事件の刑事裁判においては、少年事件の特性に配慮した、それに相応しい充実した審理がなされなければならない、そのことは、裁判員裁判においても変わりがない。少年法50条が、要保護性に関する人間行動科学的調査の活用による科学主義に立った審理を求め、また、刑訴規則277条が、家裁の取り調べた証拠の取調べを求めているのはそれゆえである。少年法55条の家裁移送について判断するためには、保護処分による教育の必要性・有効性を基礎づけるものとして、少年の人格および生育環境に関する事情を具体的に検討する必要がある。少年法20条2項を「原則逆送」規定と理解した場合でも、狭義の犯情だけでなく、少年の人格および生育環境に関する事情をも含めて、

保護処分相当性（少年法55条）の有無を判断しなければならない。これらの事情の考慮は、不定期刑（少年法52条）を中心とする刑の量定においても必要とされる。

少年の人格および生育環境に関する証拠として最も重要なものが、家裁の審判過程において作成された社会記録である。社会記録中、少なくとも少年調査票および鑑別結果通知書については、取調べがなされなければならない。その取調べにあたっては、これらの証拠としての性格とともに、裁判員裁判の特有の要請をも考慮して、それらに適した取調べ方法が採用されなければならない。

裁判員裁判においては直接主義・口頭主義の徹底が要請されるが、社会記録は書証であっても、少年の人格および生育環境に関する重要証拠として、少年事件の特性に配慮した、それに相応しい充実した審理のために必要とされ、また、書面による報告は正確さにおいて優れているから、例外的に書証の採用を認めるべきである。また、社会記録の証拠としての中立性からすれば、当事者の同意を得たうえでの裁判所の職権による取調べを基本とすべきであり、少年調査票および鑑別結果通知書それぞれの全体を証拠採用すべきである。社会記録の取調べ方法としては、少年・関係者のプライバシー保護、被調査者の信頼の保持、少年に対する精神的打撃の回避に配慮して、要旨告知がとられるべきである。

当事者の同意が得られない場合には、鑑別結果通知書の場合と同様、少年調査票についても、鑑定書に関する刑訴法321条4項を準用し、作成者の真正性の供述を要件として、証拠能力を認めるべきである。もっとも、少年調査票中、家裁調査官がその本来の専門性を超えて、保護処分の社会的許容性についての調査に基づく部分については、鑑定類似の性質が認められないから、その部分を除外して、残りの部分についてのみ、刑訴法321条4項の準用を認めるべきである。

刑訴法321条4項を準用して、少年調査票および鑑別結果通知書を取り調べようとする場合、作成者が証人として尋問を受け、作成名義および記載内容の真正性、さらには調査内容の正確性を供述しなければならない。調査内容の正確性について尋問を受けることにより、社会記録が依拠した事実の正確さが確認され、その分析・評価の適切さが保障されることになる。このような尋問の機会の保障は、とくに被告人にとっては、適正手続からの要請でもある。また、作成者の証人尋問は、社会記録の内容をより明確なものとし、

裁判官・裁判員におけるその正確な理解を助けることにもなる。少年調査票および鑑別結果通知書を書証として取り調べるにせよ、それらの重要部分の内容について作成者が口頭で説明することにより、裁判官・裁判員の理解が高められ、作成者の口頭説明に対して質問することにより、説明への疑問も解消されるであろう。このことからすれば、社会記録の取調べについて両当事者が同意している場合でも、作成者の証人尋問が行われるべきである。

裁判官・裁判員における社会記録の正確な内容理解の促進という観点からすれば、作成者の証人尋問は、最初に作成者が内容説明を行うプレゼンテーション方式によるべきであろう。また、少年事件における社会記録の取調べ、とくにその作成者の証人尋問については、少年・関係者のプライバシーを重大に侵害し、また、社会調査における被調査者の信頼を破壊しかねないという点において、公開審理を行うことが「公の秩序……を害する虞がある」（憲法82条2項）として公開停止を認め、あるいは公判期日外の証人尋問（刑訴法281条）を行うべきである。さらに、作成者の証人尋問にあたっては、在廷する少年に対して不必要な精神的打撃が及ばないようにするために、裁判所および当事者間の事前協議により、そのような可能性のある事項については尋問を避け、証言が及ばないように努めるべきである。少年の一時退廷措置を認める立法も検討されるべきであろう。社会記録の作成者については、プレゼンテーション方式の尋問方法を採用したうえで、裁判官・裁判員および両当事者からの社会記録の内容に関する尋問は、社会記録の内容を明確化し、またはその根拠となった事実および分析・評価を確認するために必要な事項について行われることとすべきである。当事者の反対意見は反対意見として、その根拠とともに、それに相応しい方法により法廷に顕出されるべきである。そのための方法として、私的鑑定としての精神鑑定・情状鑑定、専門家証人の取調べなどが、積極的に活用されるべきであろう。

作成者の証人尋問を行っても、このような尋問方法をとるならば、少年・関係者のプライバシーが重大に侵害され、社会調査における被調査者の信頼が破壊されることもないであろう。また、社会記録の内容について「公務上の秘密」を主張して（刑訴法144条）、監督官庁が証人尋問を拒絶することはできないというべきである。さらに、証人尋問によって作成者が不必要な精神的苦痛を被ることとなり、そのために調査・鑑別それ自体、社会記録の作成において萎縮してしまうことも回避されるであろう。

（くずの・ひろゆき）