

論説

旧少年法と検察官先議制度

李 程

はじめに

- 一 犯罪少年の処遇における刑罰・保護処分二元主義の確立
- 二 旧少年法の制定経緯
- 三 検察官先議制度の導入
- 四 1966年の「少年法改正に関する構想」における検察官先議の提案
- 五 検察官先議制度の意義と限界

おわりに

はじめに

旧少年法は1922（大正11）年に制定された。1907（明治40）年に現行刑法が制定されるまでの間、裁判所が懲治処分を言い渡すことで、不論罪にあたる少年や不良行為をした少年を懲治監・懲治場に留置する制度、いわゆる懲治処分を課する制度があった。懲治処分が行われると同時に、民間の感化院型処遇が盛んとなり、1900（明治33）年に感化法が制定されたことにより、それは制度化されることになった。1907年に刑法が制定され、懲治処分制度が廃止されることになり、懲治処分の対象となっていた少年を感化院に入院させる措置が採られ、収容した少年は感化院型処遇を受けることになっていた。その間、実際の運用では、感化不能のため、感化院型処遇を受けた収容した少年に対する改善更生は不完全であるものと批判された¹。このよう

な背景の下に、当時の司法省は不良行為をした少年および罪を犯した少年の処遇について、従来の懲治処分とも感化院型処遇とも異なる特別処分（現行少年法の保護処分）を新たに設ける試みを始めた。

特別処分が設けられたことにより、罪を犯した少年に対して、刑罰を科すか特別処分に付するかの判断はどのように行われるかという手続上の問題を解決しなければならないこととなった。その結果、旧少年法は検察官先議主義を採用し、検察官は捜査を遂げた犯罪少年の事件を起訴するか少年審判所に送致するかを振り分ける権限を有すると定めた。本稿では、旧少年法の制定経緯を考察した上で、検察官先議制度の意義と限界を検討する。

一 犯罪少年の処遇における刑罰・保護処分二元主義の確立

（一）刑事法における人道主義の思想

日本では、明治初期から旧少年法の制定まで、刑事法の領域において、罪を犯した幼年者、老人および身体疾患を有する者などに対して、成人犯罪者と区別した特別な取り扱いが行われていた。たとえば、1868（明治元）年の仮刑律、1870（明治3）年の新律綱領、1873（明治6）年の改定律例、また1874（明治7）年の校正律例稿は、それぞれ以上の者を対象に刑の減輕を規定した²。そして、1880（明治13）年の旧刑法は、刑事責任年齢の規定を設けて、犯行時12歳未満の幼年者の犯罪行為について不論罪とするほか、20歳未満の者の犯罪行為に対して、年齢ごとに刑を宥減する規定を設けた³。1907年（明治40）年の現行刑法は、刑事責任年齢を12歳未満から14歳未満に引き上げた。一方、1872（明治5）年の監獄則、1881（明治14）年の監獄則、1889（明治22）年の監獄則には、罪を犯した幼年者のうち、不論罪にあたる者を懲治処分対象者の一つとされていた⁴。明治30年代後半から40年代にかけて、埼玉県監獄署川越支署をはじめとして、各地の監獄の構内に特別幼年監の設置⁵が始まった。特別幼年監の収容対象者は、懲治処分の対象者である懲治人とおおむね18歳未満の受刑者であり、収容期間中に、家族舎制の個別処遇を行うのが典型的⁶であった。

旧少年法制定まで、こうした刑事法における罪を犯した幼年者に対する特別な取り扱い、主に人道主義および教育主義の思想に基づいたものであるように考えられる。この時期の人道主義というのは、ヨーロッパで提唱されたヒューマニズムと意味が必ずしも一致していなかった。

(二) 少年保護主義の理念

もともと、上述した罪を犯した幼年者に対する特別処遇は、あくまでも刑事法という枠組みの中で行われていたものであるがゆえに、刑事責任年齢に達している犯罪少年の処遇について、旧少年法の制定まで刑罰一元主義の採用が維持されていたことを指摘したい。犯罪少年に対する非刑罰的処遇の試みは旧少年法の制定からのことである。日本の旧少年法制定に重大な影響を及ぼしたのは、アメリカで行われていた少年裁判所運動と 1899 年イリノイ州少年裁判所法の制定である。イリノイ州少年裁判所法の指導理念はイギリス衡平法に由来する国親（パレンス・パトリエ）思想であるとされ、扶助を要する少年と遺棄された少年はむろん、犯罪性のある少年に対しても、なるべく刑罰の観念を払拭し、保護処分を行うことによって彼らを改善矯正することを図り、その上、社会正義の実現と社会秩序の維持を図ることが要請されている。その中で、伝統的な刑事司法の枠組みにおける応報や社会防衛の目的は従目的となり、犯罪少年を保護・教育することが主目的となるように考えられる。なお、保護・教育という目的を実現するためには、手続または処遇の場面で各少年の資質と育てられた家庭環境、社会環境といった要素を科学的に、客観的に把握し、個別処遇、いわゆるケースワークに基づく保護処分を行うことがもっとも適切な方法とみなされる。ただし、こういった制度の下でも、犯罪少年の処遇について、刑罰を科す道が完全に閉じられるわけではない。したがって、機能的に刑罰に代替する保護処分の施行が、犯罪少年の処遇において刑罰・保護処分二元主義を確立したのである。

(三) 「責任—応報」と改善社会復帰処遇との関係

刑事政策は犯罪防圧を目的とする国の活動であり⁷、その中心的部分をなすのは犯罪者対応策である⁸と解される。石川正興によれば、「犯罪者対応策に

関する法的規制につき、制度論としてそれを支配する主要な原理には法治国家原理および社会国家原理があげられる。法治国家原理は国家と個人との関係を対立ないし敵対の相において把握し、個人に対する国家の介入を必要最小限度に押し止めることを要請し、刑事法の領域では、罪刑法定主義の原則はその具体的な表現である⁹。それに対して、「社会国家原理は、国家と個人との関係を統合・調和の相において捉え、個人の福祉を増進するために国家の積極的な関与を求めるに止まらず、国家だけでなく、社会もまた個人の社会的生存に対して責任を持つことを求めるように要請する」¹⁰。日本において、「戦前から法治国家原理との親和性を示す応報刑論および社会国家原理との親和性を示す改善刑論との間の論争はあった」が¹¹、その端緒は犯罪実証学派の提言した犯罪者の改善・社会復帰理念にたどることができる。「改善・社会復帰理念を根拠とする犯罪者対応策には、刑罰による再犯防止策もあるが、さらに刑罰以外の手段いわゆる広義の意味における（保護処分を含む）保安処分による再犯防止策も含まれ、こうした対応策は国家・社会的利益をストレートに追求するのではなく、犯罪者の福祉をも考慮しつつ犯罪予防という刑事政策の目的を間接的に追求する」¹²。少年司法の場合には、社会国家原理の強調する改善・社会復帰理念が、犯罪少年に刑罰・保護処分二元主義を採用する一つ重要な理論的根拠であると考えられる。

一方、石川は、「法治国家原理の強調する罪刑法定主義に基づき、犯罪者対応策の在り方に関しては、とりわけ刑罰規定の適正（手続面における適正および実体面における適正）という原理が要求される」とする¹³。そして、実体面における刑罰規定の適正という原理においては、さらに罪刑の均衡という原則は重要な問題となるが、それを検討する際に、近代刑法の採用している責任主義、具体的に言うと、「責任—刑罰」といった道筋を看過することはできない¹⁴。この問題について、道義的責任論、人格責任論、または社会的責任論の観点はそれぞれ異なっている。道義的責任論、いわゆる個別行為責任論は、責任概念の内実を回顧的・規範的視点からの否定的価値判断である非難可能性に限定する上、「責任—応報」の道筋を堅持しているのに対して、人格責任論、あるいは個別行為責任論は、過去における人格形成および行為に限らず、犯罪後の人格形成または将来にわたる人格形成、いわゆる人格形成

責任というのを考えて、刑罰は過去に対する関係では非難の意味を持ちながら、そこから将来に対する関係では受刑者の改善を目的とする¹⁵。そして、人格責任論の観点と同様に、社会的責任論でいう「責任」は責任主義の本来的に主張するところの回顧的・規範的視点からの否定的価値判断である非難可能性という責任概念の内実を越え、展望的・経験科学的視点から強調する犯罪的危険性の意味合いをも含むもの¹⁶とされる。人格責任論と社会的責任論は、このような観点から、犯罪論と刑罰論とを結びつけ、ひいては展望的な刑罰理論、たとえば、改善・社会復帰処遇の理論的基礎を責任に求めるものを考えようとした¹⁷。それに対して、石川は否定的な見解を示し、「法治国家原理の徹底を図るには、責任非難の対象を将来方向へ及ぼすべきではないということは重要であって、道義的責任論、あるいは個別行為責任論の『責任—応報刑』という道筋の確保は重要である」¹⁸と論じている。したがって、石川によれば、改善・社会復帰処遇の理論は犯罪者に対して、過去における非難可能性にではなく、将来における再犯可能性にしか求められないと理解してよいであろう。また、前述したように、改善・社会復帰理念を理論的根拠とする犯罪者対応策には、刑罰以外の手段、いわゆる広義の意味における（保護処分を含む）保安処分による再犯防止策も含まれるとされる。そのため、犯罪少年の場合にも、展望的視点から、再犯可能性はもちろん、それより広い意味合いを持つ概念である要保護性を根拠に、保護処分を課すことが可能となるわけである。

以上、犯罪少年の処遇に関する刑罰一元主義から刑罰・保護処分二元主義への変遷について、刑事法における人道主義の思想、少年保護主義の理念および刑事政策的考慮という三つの面から理論的考察を行った。この刑罰・保護処分二元主義を制度化させたのが、大正 11 (1922) 年の旧少年法の制定である。以下、旧少年法の制定経緯を考察することを通じて、犯罪少年の処遇に関する刑罰・保護処分二元主義に関する実体および手続の規定、とりわけその中核的なものをなす検察官先議制度を検討してみたい。

二 旧少年法の制定経緯

(一) 懲治処分制度の廃止と感化法の改正

日本では、罪を犯した幼年者に対して、古くから刑罰執行の実務において、寛大な措置が採られていたのは前述したとおりであるが、初めてそうした寛大な措置を制度化したのは明治初期のことであった¹⁹。1872（明治 5）年に公布された監獄則により、刑期を終了した 20 歳未満の者および不良行為のある幼年者等を収容する懲治監が定められ、成人の受刑者から隔離され、寛大な措置が採られた。また、1881（明治 14）年に、監獄則が改正され、懲治監はそこから懲治場と改称された²⁰。当時の監獄則 18 条の規定により、懲治場の収容対象は満 8 歳以上満 20 歳以下の者とされており、1880（明治 13）年の旧刑法に規定される不論罪の者²¹と不良行為で尊属親より情願懲治された者に分かれていた。また、1889（明治 22）年に、監獄則は再度改正され、情願懲治に関する規定が削除されたと同時に、収容対象者の年齢が 20 歳以上にまで引き上げられるに至った²²。その後、1907（明治 40）年の現行刑法と 1908（明治 41）年の監獄法の公布により、旧刑法と監獄則が廃止されたことに伴い、懲治処分制度が削除されるようになった。

懲治処分制度が廃止された主な理由は、監獄内に設置されていた懲治場が矯正教育施設としての機能を十分果たしていなかったことにある²³と指摘されている。ちなみに、現行刑法は刑事責任年齢を旧刑法の 12 歳から 14 歳に引き上げており、12 歳以上 16 歳未満の少年に対する懲治処分制度は削除したものの、それに代わる新たな処遇制度を設けなかった²⁴。感化法は、そうした背景の下でもなく改正されることになった。

現行刑法が公布された翌年（1908 年）に、「感化法中改正法律案」が議会の提出された。改正の要点については、「①感化院に収容する対象少年の年齢を 16 歳から 18 歳に引き上げ、対象少年の行為を不良行為一般に拡張すること、②感化院の設置に対する国庫補助金制度の新設、③国立感化院についての規定を設けること」、といった三点²⁵が挙げられる。また、いま一つ重要な問題として議論された強制入院の判断は、従来のように地方長官の裁量によって行われるか、あるいは裁判所の裁量によって行われるかについて、異なる見解があった。この問題に対して、立憲主義的デュープロセスに立脚す

る司法審査主義を主張する花井卓蔵の「裁判権主義」と司法審査手続を排除して従来の地方長官裁量主義を主張する床次二郎の「行政権主義」との対立²⁶があった。そこから、懲治処分制度の廃止は、感化法の改正に処遇レベルにおける改革のみならず、手続レベルにおいても新しい課題をもたらしてきた。

（二）責任主義と感化教育主義との衝突および融合

感化法の改正によって、感化院の収容対象者の範囲が拡大されたにもかかわらず、感化院での処遇は犯罪少年の改善更生に役に立たなかったと認識されてきた。たとえば、平沼騏一郎より、少年犯罪は非常に多数あり、彼らに対する処遇は困難なことであり、とりわけ、年齢の低い者の犯罪については、旧刑法の懲治処分に代替するものがないため、彼らを感化院に収容できるのではないかとされているけれども、収容できる感化院はないから、結局、放任していることになってしまう²⁷との指摘があった。そこで、感化院の数が足りなかったことも指摘されたが、感化院型処遇に対する疑問が示されていたことが、この時期の少年法立案の動機ともなった²⁸。

ただ、感化院型処遇の指導理念（感化教育主義）がアメリカのパレンス・パトリエ思想をそのまま継受したものであると言うなら、日本の旧少年法制定の指導理念はそれを批判しつつ検討した上で形成されたものであると言える。パレンス・パトリエ思想の影響の下で、日本では私立感化院の設置が始まり、そこで不良少年等に対して最初の感化院型処遇を試みた。その実践とともに、純粹な感化教育思想が高まりつつあって、旧刑法の責任主義（必罰主義）への批判も強くなっていた。そうした背景において、旧刑法の懲治処分制度が廃止されることとなった一方、感化法が改正され、感化院設置の拡大化と感化院収容対象の拡大化が実現した。なお、感化教育思想の下での感化院の開放的処遇は、不良少年の矯正には実効性をもたなかったともいわれる²⁹。以上のように、不良少年等の処遇において、「責任主義と感化教育主義との衝突」が続いている時期があった。旧少年法の立案段階に入ってから、指導理念をめぐって、その両者の衝突もなお続いていたが、やがて択一ではなく融合する方向となっていた。

（三）旧少年法の立案、審議と公布

旧少年法の立案が正式に提出されたのは1911（明治44）年の刑事訴訟法案の審議における決定によるものであった。当初は、少年法を司法省による刑事訴訟法改正作業の一環として起草するという立案の意図があった³⁰ため、「刑事訴訟法改正主査委員会の特別部会として少年犯罪に関する法律案特別委員会が組織され、日本国内の小田原分監と川越分監での少年処遇に関する実態調査と欧米少年裁判所制度の比較調査等立案に関する準備作業が開始された」³¹。

1914（大正3）年に、谷田三郎らによって起草された少年法案第一次成案が少年犯罪に関する法律案特別委員会に提出された。第一次成案では、犯罪少年のほか、触法少年と虞犯少年も対象とされることで感化法との抵触が生じる恐れがあった。そのため、法案の審議にあたり、「司法省だけではなく内務省側の委員も参加することが不可欠となり、少年犯罪に関する法律案特別委員会という名称を不良少年に関する法律案主査委員会に改めた」³²。その後、「第一次世界大戦等の事情により、少年法案の審議が一度中止されたようであるが、1918（大正7）年にやがて再開されることになって、司法省のメンバーを中心とする起草委員が少年法案第一次成案を修正した上で第二次成案を主査委員会に提出した。そして、若干の修正を加えた上で、1919（大正8）年に少年法案第三次成案を作成し提出した。それ以降、少年法案には大きな変更が見られず、旧少年法の基本構造がほぼ確定されるようになっていた」³³。1922（大正11）年に、少年法案は貴族院委員会の審議を経て可決された。1911（明治44）年から1922（大正11）年まで、旧少年法の立案・審議は10年余りも持続しており、その立案・審議の過程において、責任主義と感化教育主義との争い、司法と内務との権限の配分、刑罰か保護処分かの選択といった少年法の理念・手続・処遇に関して、激しい論争が展開されていたようである。

旧少年法は通則、保護処分、刑事処分、少年審判所の組織、少年審判所の手続、裁判所の刑事手続と罰則の七章に分かれており、そのうち、犯罪少年の取り扱いについて、検察官の裁量権を中心とする制度、いわゆる検察官先議制を定めていた。以下においては、旧少年法の検察官先議制度の確立および

び具体的な内容について検討していくことにする。

三 検察官先議制度の導入

検察官先議制度の導入は、旧少年法の立案経緯から見ると、三つの段階、具体的に言うと、第一段階（1912（明治45）年～1914（大正3）年）を少年犯罪に関する法律案特別委員会における立案・審議、第二段階（1914（大正3）年～1919（大正8）年）を不良少年に関する法律案主査委員会および法律取調委員会における審議、第三段階（1919（大正8）年～1922（大正11）年）を帝国議会における審議と法案の公布とすように分けて考察することができると思われる。

第一段階では、立案に先立って、1913（大正2）年に特別委員会幹事を務めていた山岡万之助から「幼年法立案上ノ諸問題」が提出され、そのうち、「刑法上犯罪能力ヲ有スル幼者ニ対シテハ常ニ刑罰規定ヲ適用スヘキカ或ハ亦懲治処分ヲモ之ヲ為スヘキカ」、または「懲治処分ト刑事訴追トハ検事ニ於テ区別シテ請求スヘキカ」³⁴といった問題が挙げられた。そこでは、犯罪少年に対する刑罰と懲治処分を採用するか、またその振り分けに関する検察官の権限を認めるかという二つの問題が立案の検討テーマになったのである。それについて、委員の平沼騏一郎は「十四歳以上二十歳迄ハ刑法ニ依ラスシテ本法ニ依ルコトトシタシ。…今日ハ検事ニ於テ可成不起訴処分ニ付シ、監督者ニ委スルノ方針ヲ採レリ³⁵」という構想を表明したことが犯罪少年の事件に対する検察官先議を認める端緒とも言えよう。ただし、第二段階に入って、とりわけ1914（大正3）年、旧少年法案第一次成案を提出するまでの間に、平沼の構想はほとんど取り入れられず、少年裁判所および少年審判所に権限を認めることによって、犯罪少年の事件に対する検察官の裁量権を制限することとなっていた。なお、第二段階の後半において、旧少年法案第一次成案に大幅な修正を加えた1918（大正7）年の第二次成案では、検察官先議の構想は正式に条文化された。以下は旧少年法案第一次成案から、検察官先議制度の形成経緯を考察したい。

(一) 分立主義と少年審判所中心主義の提案

旧少年法案第一次成案では、少年審判所が少年裁判所とともに少年事件を取り扱う処遇決定機関として定められている。少年審判所は準司法的行政機関の性質を有しており、少年裁判所はいわゆる地方裁判所の管轄に属する少年の刑事事件を処理する少年刑事部という機関である。少年事件の手続について、第一次成案の本案の規定と別案の規定とかなり違っている。まず、本案によると、触法少年と虞犯少年の事件の管轄権は少年審判所にあるとされており、犯罪少年の事件を少年裁判所が管轄すると定めている。手続の流れとして、犯罪少年の事件は成人の犯罪事件と同様に、検察官が少年裁判所に公訴を提起することとなる。ただし、少年裁判所の判断によって、刑の言い渡しのほか、特別処分（すなわち、後の保護処分のこと）を決定することもできるとされる³⁶。このような取り扱いは分立主義³⁷と呼ばれている。次に、別案によると、特定の重罪事件を除いて、犯罪少年の事件を含む全ての少年事件を少年審判所に管轄させ、少年審判所の判断によって、犯罪少年の事件を直接少年裁判所に送致することができる³⁸。これは少年審判所中心主義³⁹と呼ばれている。ちなみに、別案では、犯罪少年の事件に対する少年審判において、検察官の書類閲覧権と意見陳述権が定められている（第一次成案別案 42 条の 2）。

ここまで、旧少年法第一次成案の別案において、いわゆる少年審判所中心主義の下では、犯罪少年の事件に対する検察官の裁量権はほとんど排除されていることは明らかである。第一次成案本案の分立主義によって、犯罪少年に対する検察官の公訴権を認めているが、それは起訴法定主義的思考に基づくものと考えられるであろう。しかしながら、起訴便宜主義をまだ明文化していない当時は、1877（明治 10）年から、すでに微罪処分の形での運用が行われおり、1907（明治 40）年頃から、実務において起訴猶予処分制度も確立して慣行となっていた⁴⁰ようである。したがって、旧少年法第一次成案に対して、起訴法定主義はもはや当時日本の実情に当てはまらないばかりか、起訴法定主義の手続に従えば、旧刑法の下での懲治処分の時代に戻る危険性さえある⁴¹と平沼騏一郎は指摘した。

(二) 検察官先議の提案

前述したように、旧少年法第一次成案を提出する前に、少年法における犯罪少年の取り扱いについて、平沼騏一郎は「検察官の不起訴処分—監督者委託」⁴²という構想を提出したが、また、第一次成案を提出した直後の1914(大正3)年6月に、未成年者に対する微罪不検挙事件を成人に対するそれと区別して取り扱うことを内容とする法務局長通牒が出された⁴³。こうした背景の下に、1918(大正7)年に、旧少年法第二次成案が作成されて、犯罪少年の取り扱いについて、検察官に起訴猶予裁量権を認められるとともに、起訴猶予対象者の少年に対して特別処分(保護処分)に付するか否かの判断権も認められるようになった。

犯罪少年の取り扱いについて、第一次成案別案に定められている少年審判所中心主義の下では、刑罰を科すかあるいは特別処分を課すかという事件について振り分ける権限を少年審判所に集中させるとされていたが、第二次成案は、それに大きな修正を加え、事件について振り分ける権限を検察官に集中させること、いわゆる検察官先議主義を確立していた。そして、旧少年法第三次成案が1919(大正8)年に作成され、「検察官先議主義はそのまま維持されて、それに少年審判所から検察官に事件を送致する際に検察官の意見を聞くこと」などの規定⁴⁴を加え、さらに検察官の権限を強化していた。1922(大正11)年に旧少年法が貴族院に可決されることによって、犯罪少年の事件に対する検察官先議は正式に制度化されるとなった。

そこで、旧少年法の制定と同時に進められていた旧刑事訴訟法の改正が、少年司法とりわけ犯罪少年の取り扱いにおいて、検察官の役割をどのように位置づけるかということに対して、重要な影響を及ぼしていたことも否定できない。1922(大正11)年に公布した旧刑事訴訟法279条には、「犯人ノ性格、年齢及境遇竝犯罪ノ情状及犯罪後ノ状況ニ因リ訴追ヲ必要トセサルトキハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得」と定めていたが、それは旧少年法62条「検事少年ニ対スル刑事事件ニ付第4条ノ処分ヲ為スヲ相当ト思料シタルトキハ事件ヲ少年審判所ニ送致スヘシ」の規定、いわゆる検察官先議制度とワンセットになっている。

検察官の裁量にあたって、犯罪少年に改悛の見込みがあるか否かは、保護処分に対する適格性を判断する主要な基準であった⁴⁵。旧少年法 62 条の条文から見ると、検察官先議制度の対象事件は少年の刑事事件に限られていたが、実務上警察から検察へ送致されてきた少年は、重罪を犯した少年と 16 歳以上⁴⁶の犯罪少年とに絞られた。それらの犯罪少年のうち、「①保護処分によって、到底改悛させる見込みのない者、②一般予防上、客観的に刑罰を科す必要のある者、③酒造法違反、印紙税法違反で罰金、科料にあたる者」を除外して、なるべく少年審判所に送致し保護処分に委ねることが検察官先議制度の運用によって督励されていた⁴⁷。

（三）少年保護司制度

旧少年法は少年保護司制度を設けた。「少年保護司は、専任少年保護司と嘱託少年保護司とに分けられ、前者は少年審判所に設置され、現在の家庭裁判所調査官のような役割を果たしていたが、後者は民間の篤志家などからなって、少年審判所から少年に対する保護観察の事務を嘱託され、現在の保護司の前身である」⁴⁸とされる。したがって、少年保護司は主に調査事務と保護事務を務めているが、そのほか、場合によって、少年の試験観察を嘱託されることもあった。

そこで、検察官先議制度と関わっているのは、少年保護司の調査事務である。本来、「調査事務を担当する少年保護司は少年審判所の職員であり、審判官の補佐役として置かれていた」のである⁴⁹。少年審判所における調査は、「①審判官の調査、②医師の診断と鑑定（旧少年法 32 条）、③少年保護司の調査（旧少年法 33 条、34 条）、④保護者への委託調査、⑤保護団体への委託調査」を含む⁵⁰。なお、少年保護司の調査は、保護事件に限らず、捜査段階において検察官からの委託を受けた場合、少年の刑事事件について行うこともできるとされていた（旧少年法 64 条）。少年の性向調査とその環境調査、たとえば、事件関係、事実の否認、事件の軽微、少年本人の性質と素行、犯罪の境遇、経歴、心身情状、教育程度などは少年保護司による調査の内容である⁵¹。そういった調査の結果は、検察官による裁量権行使の重要な参考になるから、犯罪少年の事件について、保護処分に付すか刑事処分に付すかと

いう振り分けをする際に、行為主義の観点から規範的判断のみならず、行為者主義の観点から経験科学的評価も加味しようとしていたことは明らかであろう。

（四）旧少年法における犯罪少年の取り扱い

捜査の段階では、旧少年法は全件送致主義を定めていなかった。犯罪少年の事件については、微罪処分⁵²の運用が認められていたようである。警察段階で、微罪処分にした以外の事件について警察官から検察官に送致され、検察官は少年の刑事事件について、保護処分を付すことが適当と思料する時は、事件を少年審判所に送致すべきものとされた（旧少年法 62 条）。前述したように、検察官は犯罪少年の事件を少年審判所に送致するかどうかという判断をする際に、少年保護司に委託することによって、事件および少年の性状、境遇、経歴、心身の状況、教育の程度等に関する調査をすべきであるとされた（旧少年法 64 条、31 条）。また、実務において、起訴猶予と決定された犯罪少年に対して、場合によっては、検察官は継続的な指導監督や補導援護を行っていた⁵³。たとえば、犯罪少年に誓約書を提出させたり、保護者に引受書を差出させたり、すなわち、今の家庭裁判所における保護的措置のようなことを行うことによって、事件を終結させていた。

ところで、疑問となるのは、旧少年法の制定と同年に明文化された大正刑事訴訟法の起訴猶予制度との関連について、少年審判所に送致すべき犯罪少年の事件は、①起訴猶予処分と決定された事件であったか、②不起訴（狭義）処分と決定された事件も含まれているか、③起訴猶予と決定された事件でもなく不起訴（狭義）処分と決定された事件でもない場合も含まれているか⁵⁴ということである。一旦不起訴にされた事件は刑事事件ではなくなったため、旧少年法 29 条に定めている「少年審判所において、保護処分をなすべき少年がいることを認知した者は、それを少年審判所またはその職員に通告すべきである」という規定にしたがって、送致ではなく、通告という形で少年審判所に管轄させることとなるはずであった。以上から、検察官から少年審判所に送致された犯罪少年の事件には、①起訴猶予処分と決定された事件および③起訴猶予と決定された事件でもなく不起訴（狭義）処分と決定された事

件でもない事件が含まれていると考えられるであろう。犯罪少年の事件に対する起訴猶予の運用と少年審判所送致に関して、1923（大正12）年の司法省刑事局長の通達によると、死刑または自由刑に該当する罪を犯した少年については、刑務所に收容しなければ、到底改悛させる見込みのない者、または一般予防のために、刑罰を科す必要のある者等以外の犯罪少年の事件をなるべく不起訴処分（広義）にした上で、少年審判所に送致あるいは通告し、保護処分に委ねるべきである⁵⁵とされていた。

少年審判所に送致された犯罪少年の事件について、審判官の単独審判（旧少年法19条）を経て、次のような終局処分のいずれかを決定すること、または場合によって併せて決定すること（旧少年法4条2項）ができる。①審判官が新たな事実の発見により、刑事訴追の必要があると認めるときは、事件を管轄裁判所の検事へ送致する（旧少年法47条2項）。ただし、この場合、審判官は事前に管轄裁判所の検事の意見を聞く必要がある（旧少年法47条2項）。②訓戒を加えるべきであると認めるときは、少年本人に対して、その非行を指摘し、将来遵守すべき事項を告知する（旧少年法48条1項）。③学校長の訓戒に委ねるべきであると認めるときは、学校長に対して、必要な事項を指示し、また少年本人に訓戒を加える旨を告知する（旧少年法49条）。④改心の誓約をなすべきであると認めるときは、少年に誓約書を差し出させる（旧少年法50条1項）。⑤条件を付けて、保護者に引き渡すべきであると認めるときは、保護者に対して、少年本人に対する保護監督についての必要な条件を指示し、少年を引き渡す（少年法51条）。⑥寺院、教会、保護団体または適当な者に委託すべきであると認めるときは、委託を受ける者に対して、少年の処遇に関する参考となる事項を指示し、保護監督の任務を委嘱する（旧少年法52条）。⑦少年保護司の観察に付すべきであると認めるときは、少年保護司に対して、少年の保護監督に関する必要な事項を指示し、観察に付する（旧少年法53条）。⑧感化院、矯正院または病院へ送致、または委託すべきであると認めるときは、その長に対して、少年の処遇に関する参考となる事項を指示し、少年を引き渡す（旧少年法54条）。

旧少年法案は当時の内務省と文部省の反対に遭っていた。法案の成立にあたって、司法省の妥協として、東京と大阪の2か所に少年審判所を設置し、

少年法の施行地域はその2か所に限定すること、いわゆる限地施行⁵⁶ということが決められた。大正12年(1923年)から、旧少年法は限地施行が開始され、昭和17年(1942年)にやがて全国施行することになった⁵⁷。森田明によると、「全国実施の昭和17年(1942年)に、犯罪少年で起訴された人数は977人であった一方、少年審判所に送致された人数は24,433人であり、それに、検察官によって起訴猶予・微罪処分とされた少年の人数は9,158人となっているから、結局起訴された犯罪少年の割合は約2.8%にすぎなかったと推定される」⁵⁸。一方、『検察統計100年』が示した同年度の全被疑者の起訴率は45.2%⁵⁹となっており、そこから見ると、検察官先議制度を採っている旧少年法の下で、犯罪少年の事件に対しても、かなり保護優先的に運用されていたと言える。

旧少年法施行の同年に、宮城長五郎は司法保護という概念を提示した。「司法保護は、刑事責任を背景とし、犯罪の防遏に資することを目的とする特殊の社会事業であり、それは本能的満足による慈善救済という福祉法的発想と異なっており、保護と責任を範疇に切り離さずに、その両面を強調する概念であるという」ように説明されている⁶⁰。旧少年法は、刑事責任能力のある犯罪少年の事件の取り扱いについて、検察官先議制度を採っており、まさに責任を認めながら保護するという観念を強調している法律であると考えられる。ただし、そうした観念は、一方において、犯罪の防遏ではなく非行少年を保護することを主目的としているが、他方においては、福祉法的発想に基づくパレンス・パトリエというアメリカの少年裁判所法の指導理念とも異なっている。

四 1966年の「少年法改正に関する構想」における検察官先議の提案

(一) 少年法改正に関する構想の提出と検察官先議の提案

戦後、GHQの主導の下で、旧少年法に対する大幅な修正作業が行われ、そ

して、1948年に現行少年法が制定されたことにより、検察官先議制度は廃止された。しかし、法務省は、当時の少年非行の実情の厳しさと少年審判制度運用の不備・欠陥との両面から、1966年に「少年法改正に関する構想」を公表した⁶¹。この「少年法改正に関する構想」において、一つ重要な提案は年長（18歳以上のいわゆる青年層）の犯罪少年に対して、検察官先議制を採ることであった。

以上の提案は、1966年の少年法改正に関する論議において、もっとも重要な争点となった。現行少年法の下で、治安維持と刑事政策に責任を負うべき検察官はその役割を十分に果たせないという提案の理由等に対して、裁判所、弁護士また学者側から反対する者が多かった。たとえば、保護優先主義を採用している現行少年法の取り扱い方は、少年保護政策のみならず刑事政策上も旧少年法より格段の進歩的意義を有している⁶²との指摘のほか、検察官先議制度には、審判に先立って、事件の法律的検討が行われることによって、法律的角度からの分類が可能であるという長所があるが、刑事政策の考慮からこうした取り扱い方は妥当ではない⁶³という指摘などが見られる。

「少年法改正に関する構想」における検察官先議制度の提案は、旧少年法の検察官先議制度と比して、次の違いがあると考えられる。第一に、対象事件の範囲について、前者は18歳以上の23歳未満のいわゆる青年の犯罪事件であり、後者は14歳以上18歳未満の少年の犯罪事件である。第二に、保護処分相当と判断する場合、前者は司法機関である家庭裁判所に送致することとなり、後者は行政機関である少年審判所に送致することとなる。ただし、犯罪少年の事件を振り分ける権限は検察官に与えているという趣旨が同じである。だが、この制度はただ権限の所在を示すことに止まらず、運用面において、「保護と責任を完全に切り離さずに、責任主義に対する保護主義の側からの制限と保護処分の励行といった形で、両者を相互補完的なものとして捉える」⁶⁴ことによって、少年に適合した処遇を与えようという目的を求めている。

（二）総合調査機関設置の提案

「少年法改正に関する構想」において、検察官先議の提案と密接に関連し

ているのは、独立した総合的調査機関の設置という提案である。

「少年法改正に関する構想」に述べられている提案の理由によれば、「犯罪青少年に対する処遇の決定と執行は、科学的法則に基づいて行われることが刑事政策的に望ましいことであるから、少年審判の段階のみならず、捜査、保護処分¹の執行、または刑事公判の段階においても、科学的調査・鑑別を可能にすることが必要である。しかしながら、現状として、調査のための機関である調査官は家庭裁判所に所属している一方、少年の鑑別を行う機関である少年鑑別所は法務省に所属している。なお、調査と心身鑑別は、有機的な関連の下に行われることによって、はじめて青少年の人格像を完全に把握することが可能とされるのであるから、両機関の一体化、すなわち、総合的調査機関の設置が必要であるとされる。そして、総合調査機関は、その性格上少年の処遇決定の基礎となる諸事情について、調査と科学的鑑定を行う機関であるから、その所属に関して、裁判所・検察庁に従属することなく、独立した機関として権限を行使するとされる」。

このように、検察官は、青年の犯罪事件について、捜査機関の捜査と独立した総合的調査機関の調査の結果を通じて、家庭裁判所に送致するか公訴を提起するかを判断することになる。

五 検察官先議制度の意義と限界

旧少年法の検察官先議制度が導入された当初は、その出発点と目的は犯罪少年の保護にあると考えられた。犯罪少年に対して、捜査段階において、検察官は刑法の行為主義、責任主義と刑罰不可避論を堅持しながらも、一方で、捜査の結果のみに頼らず、少年保護司に調査を委託することなどによって、検察官かぎりの保護的措置および少年審判所に送致し保護処分に付する合理性を最大限に求めることを試みた。そこで、犯罪少年の処遇に関する刑罰・保護主義二元主義がはじめて現実化することができた。

現行少年法は、家庭裁判所への全件送致主義を確立することによって、旧少年法の検察官先議制度を廃止した。1966年の「少年法改正に関する構想」

では、青年層の設置とともに、青年犯罪者の事件に対する検察官先議制度の採用、または独立した総合的調査機関の設置などの提案がなされた。それは検察官の権限を広げることによって、少年司法の司法的機能の強化という目的を実現することを目指している。なお、現行少年法はそもそも少年審判における司法的機能と福祉的機能という二面性を強調しているため、検察官先議制度を採用しなくても少年司法の司法的機能の強化という目的を実現することも期待できるであろう。

おわりに

犯罪少年の処遇について、少年保護司に調査をさせるなどの旧少年法の条文から見ると、臨床過程から犯罪を捉える「行為者—要保護性—保護」という考え方を重視しようとする方向性はあったが、時代的制約があったため、実現できなかった面がある。その結果、法律過程を重視していくということにならざるをえなかった。現行少年法の下では、その人的・物的・財政的条件が備わって、臨床過程を充実させることができていった。ただし、1960年代からのアメリカ少年司法における適正手続を強化する方向性の影響を受けて、法律過程を重視する傾向が強まっており、2000年少年法改正によって、少年保護審判への検察官関与制度が導入された。

¹ 森田明『少年法の歴史的展開』（信山社、2005年）120頁。

² 矯正協会編『少年矯正の近代的展開』（矯正協会、1984年）8~9頁。

³ 矯正協会・同上 9~10頁。

⁴ 矯正協会・同上 10~26頁。

⁵ 矯正協会・同上 42~48頁。

⁶ 矯正協会・同上 51頁。

⁷ 須々木周一『刑事政策』（成文堂、1969年）1頁。

⁸ 石川正興「犯罪者対策に関する法的規制の在り方」早稲田法学 78巻3号（2003年）2頁。

⁹ 石川・同上 5~12頁。

¹⁰ 石川・同上 10~15頁。

¹¹ 石川・同上 17頁。

¹² 石川・同上 11頁。

- 13 石川・同上 5 頁。
- 14 石川・同上 9 頁。
- 15 石川正興「受刑者の改善・社会復帰義務と責任・危険性との関係序説」早稲田法学 7 巻 2 号 (1982 年) 19 頁。
- 16 石川・前掲注 8 の 9 頁。
- 17 石川・前掲注 15 の 19 頁。
- 18 石川・前掲注 8 の 10 頁。
- 19 矯正協会・前掲注 2 の 8 頁。
- 20 矯正協会・同上 10 頁。
- 21 いわゆる明治旧刑法 80 条の「罪ヲ犯ス時満十二歳以上十六歳ニミタサル者ハ其所為是非ヲ弁別シタルト否トヲ審案シ弁別ナクシテ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス」の規定によって、罪を問わない者。
- 22 矯正協会・前掲注 2 の 27 頁。
- 23 森田・前掲注 1 の 343 頁。
- 24 森田・同上 343 頁。
- 25 森田・同上 107 頁。
- 26 森田・同上 106~110 頁。
- 27 森田明編『大正少年法(上)』(信山社, 1993 年) 319~321 頁。
- 28 森田・前掲注 1 の 119 頁。
- 29 森田・同上 174 頁。
- 30 「刑事訴訟法改正主査委員会日誌」(第 104 回)『少年矯正の近代的展開』(矯正協会, 1984 年) 274 頁。
- 31 森田・前掲注 1 の 118 頁。
- 32 森田・同上 118~119 頁。
- 33 森田・同上 153~154 頁。
- 34 「少年犯罪ニ関スル法律案特別委員会日誌」(第 2 回)『少年矯正の近代的展開』(矯正協会, 1984 年) 275 頁。
- 35 同上・278 頁。
- 36 森田・前掲注 1 の 52~56 頁を参照。旧少年法第一次成案本案 18 条, 68 条, 5 条を参照。
- 37 森田・同上 32 頁。
- 38 森田・同上 56~57 頁。旧少年法第一次成案別案 30 条, 47 条を参照。
- 39 森田・同上 32 頁。
- 40 三井誠「検察官の起訴猶予裁量権(一) —その歴史的及び実証的研究—」法学協会雑誌 87 巻 9・10 号 (1970 年) 1~48 頁。
- 41 森田・前掲注 1 の 132 頁。
- 42 森田・同上 120 頁。
- 43 森田・同上 120 頁。
- 44 森田・同上 154 頁。
- 45 森田・同上 50 頁。
- 46 旧少年法 27 条には、死刑、無期または短期 3 年以上の懲役もしくは禁錮にあたる罪を犯した者、いわゆる重罪を犯した少年および 16 歳以上の犯罪少年の事件について、地方裁判所または検事から送致を受けた場合を除いて、少年審判所の審判に付することができないと規定している。
- 47 森田明『少年法と「甘え」』(創文社, 2015 年) 46~47 頁を参照。
- 48 内田博文『更生保護の展開と課題』(法律文化社, 2015 年) 16 頁。

-
- 49 服部北冥『愛の法律と少年審判法』（二松堂書店，1923年）47~54頁を参照。
- 50 長澤鶴次（大阪少年審判所保護司）「審判前の調査」本派本願寺社会課『少年保護事業概説』（本派本願寺教務部社会課，1926年）147~149頁。
- 51 長澤・同上 149~158頁。
- 52 実務の運用において、微罪処分は検事の取り扱いにかかる起訴猶予付き微罪処分，司法警察員の取り扱いにかかる微罪釈放と司法警察官の職務を行う者の取り扱いにかかる微罪釈放といった3つの場合に分けられていたわけである。司法省刑事局『日本帝国司法省第57刑事統計要旨』昭和8年（1933年）を参照。
- 53 森田・前掲注47の49頁。
- 54 すなわち，少年審判所に送致することは起訴，不起訴（狭義），起訴猶予と並列に位置づけられていたのか，あるいはただ起訴猶予後の取り扱いであるという位置づけなのかという疑問である。なお，後ほど引用したデータでは，検察官から少年審判所に送致された少年の人数は起訴猶予・微罪処分に決定された人数より遥かに超えていた状況から見ると，起訴猶予の判断をせずに検察官から直ちに少年審判所に送致した事件があったと考えられる。
- 55 「不起訴処分二付スル少年犯罪事件二関スル件」大正12年1月27日司法省刑事局長通牒刑第544号。『少年保護（別冊2）東京少年審判所十年史・少年保護講習会講演集』（文生書院，1998年）134頁。
- 56 森田明編『大正少年法（下）』（信山社，1994年）923頁。
- 57 森田・同上 923頁。
- 58 森田・前掲注1の216頁。
- 59 森田・同上 220頁。
- 60 森田・同上 208頁。
- 61 法務省『少年法改正に関する構想説明書』（1966年）3頁。
- 62 守屋克彦「少年法改正に関する構想について——検察官の主体性要求に対する批判」法律時報38巻11号（1966年）46頁。
- 63 平場安治「少年法改正問題における争点」法律時報38巻11号（1966年）41頁。
- 64 森田・前掲注1の150頁。