

# 少年法における要保護性概念の再構成

柴 田 守

第一章 要保護性概念の再構成の必要性

第二章 三要素の再検討

第三章 非行事実との関係

第四章 結論と残された課題

## 第一章 要保護性概念の再構成の必要性

第一節 出発点…法律効果の再設定

現在の少年司法実務では、非行事実と要保護性が少年審判の対象で、保護処分決定（二四条）<sup>(1)</sup>がその法律効果であり、「非行事実重視説または非行重視説」<sup>(2)(3)</sup>、要保護性概念は、保護処分賦課の要件の一つとして、犯罪的危険性（累非行性）、矯正可能性、保護相当性という三つの要素によって構成されると解する見解「三要素説」<sup>(4)</sup>が支配的である。<sup>(5)</sup>

少年法における要保護性概念の再構成（柴田）

しかし、このような通説的見解に対して、家庭裁判所の選別作用を考慮に入れた場合に、必ずしも非行すべてが当然に保護処分となるわけではないということ<sup>(6)</sup>、また、特に、審判不開始決定（一九条一項）、不処分決定（二三条二項）を説明することができないという難点が、以前から指摘されてきたところである<sup>(7)</sup>。そうしたことから、法律効果は、保護処分決定だけではなく、児童相談所長送致決定（一八条一項）、検察官送致決定（二〇条）、審判不開始決定、不処分決定まで含む国家的保護一般であるとする見解が有力に主張されてきた<sup>(8)</sup>。この見解の特徴は、調査・審判過程が終局決定に向けられた手続過程であると同時に保護過程でもあることから、少年保護事件が家庭裁判所に係属するとともに国家による抽象的保護権（本来的保護の可能性）が発生し<sup>(11)</sup>（国家的保護を開始し<sup>(12)</sup>）、その進行中に手続段階に応じて暫定的な保護権の現実化がなされ、そして、選別機関である家庭裁判所が右に列挙した国家的保護一般の終局決定をすると解することにある<sup>(14)</sup>。特に、調査・審判段階において、暫定的な保護権の現実化として、教育的・福祉的な働きかけ（以下では、「保護的措置」とする。）が少年の健全育成を図る目的でなされ、その結果、要保護性が解消される場合があることに着目するのである。平成二九年の司法統計年報（少年編）によれば、保護的措置が図られたことによる審判不開始決定や不処分決定がなされた割合は一般保護事件の終局総人員中五一・三％（二二、六一六人）であつて、全終局決定の半数以上を占めており、保護の観点から無視できない<sup>(16)</sup>。

保護処分賦課の要件の一つとして捉えるこれまでの要保護性の概念に関し、近年、次のような問題点が指摘されている<sup>(17)</sup>。第一は、保護処分以外の措置・処分を含む処遇選択の全体的構図が描けないこと<sup>(18)</sup>、第二は、協働という発想が出てこないこと<sup>(19)</sup>、第三は、「保護の民間性」の視点が入ってこないこと<sup>(20)</sup>、第四は、不処分の積極的な意味づけがなされないこと<sup>(21)</sup>、第五は、調査段階において活かすことができない（調査段階においてこそ重要なものである）ということ<sup>(22)</sup>で

ある。前述の通り、調査段階に限らず、審判段階においても、保護的措置がなされ、その結果を受けて、不処分決定をすることが全終局決定のなかで比較的多くの割合を占めることなども勘案すると、審判段階の、特に処遇選択での活用を想定して捉えられてきたこれまでの要保護性概念の再考が必要だとする指摘には賛同する。論者は、特に「地域のなかの社会資源を活用した保護的措置の可能性」が念頭にあると解されるが、(もつとも、筆者は、調査段階のほかに、後述するように通告(通報)段階でのことも特に強調するのであって、この点は見解を若干異にするかもしれないが)地域の社会資源を活用した保護的措置の实行は、修復的司法の導入を主張する筆者においても同感であり、ここで指摘されている五つの問題は筆者も共有するところである。

仮にこのような観点に立つならば、要保護性概念は、選別機関である家庭裁判所が国家的保護一般の終局決定を選択するためのものではなく、調査・審判段階において、暫定的な保護権の現実化として、少年の健全育成を図る目的でなされる(地域の社会資源をも活用した)保護的措置を選択し、実行するためのものでもあると考えるべきであろう。そこで、本稿では、初期設定において、法律効果を保護処分決定(二四条)、児童相談所長送致決定(二八条一項)、検察官送致決定(二〇条)、審判不開始決定(一九条一項)、不処分決定(二三条二項)まで含む国家的保護一般であるとすする立場に依拠して議論を開始することとする。

## 第二節 目的(一)…一般国民による了解可能性

さて、以上のような、少年保護事件が家庭裁判所に係属するとともに、抽象的保護権(本来的保護の可能性)が発生し(国家的保護を開始し)、その進行中に手続段階にに応じて(地域の社会資源をも活用した)暫定的な保護権の現実化がな

され、選別機関である家庭裁判所が国家的保護の終局決定をするという考え方を採用するのであれば、非行の嫌疑がある少年は、現在の少年法が全件送致主義を採用していることにかんがみて、発見された段階で要保護性が推定され、<sup>(25)</sup>選別機関である家庭裁判所にすべて送致されるのが手続上正当であるようにも思われる（少年法四一条前段、四二条前段参照）。しかしながら、実態としてはそのようなはなつておらず、家庭裁判所に係属する以前の段階でかなり選別されているのが現実であろう。その証左の一つとして、たとえば、学校の管理下における暴力行為（以下、「校内暴力」とする。）の発生件数は、二〇〇八年度（平成二〇年度）以降ほぼ五万件台で推移しているのだが、<sup>(26)</sup>事件化された校内暴力は、だいたい一千件程度に過ぎず、二〇一五年度（平成二七年度）以降は一千件を下回り、二〇一六年度（平成二八年度）はわずか八三二件に過ぎなかつた<sup>(27)</sup>ということを挙げる事ができる。<sup>(28)</sup>少年法四一条前段、四二条前段は、「少年の被疑事件について捜査を遂げた結果」と規定していることから、校内暴力の多くが捜査されていない、すなわち事件化されていないということになる。ここには、二つの推測が成り立つ。一つは事件化の段階で捜査機関が選別していること、もう一つは通告（通報）されていないということである。

少年法は、「家庭裁判所の審判に付すべき少年」を発見した国民一般に家庭裁判所に通告することを義務づけている（六条一項）。この条項は、一般国民が家庭裁判所に直接通告することを予定したものであるが、実際には、捜査機関への通報を促していると解することもできよう。<sup>(29)</sup>だが近年は、それらが有名無実化している<sup>(30)</sup>のである。

少年法六条一項は、非行少年一般の通告義務を規定しているが、手続上、触法少年と一四歳未満のぐ犯少年については、児童福祉機関先議の原則（三条二項）により、まずは福祉事務所か児童相談所に通告しなければならず（児童福祉法二五条一項<sup>(31)</sup>）、また、一四歳以上一八歳未満（児童福祉法四条一項）のぐ犯少年については、保護者は、まずは児童

福祉法による措置にゆだねるのが適當であると判断した場合には、直接児童相談所に通告することができ（六条二項）<sup>(33)</sup>、その場合には、家庭裁判所は、「都道府県知事又は児童相談所長から送致を受けたときに限り」（三条二項）、審判権を有することになる。<sup>(34)</sup>なお、通告があった場合には、家庭裁判所は、「審判に付すべき少年」であるという一応の合理的心証を得ることができれば事件を受理する（八条一項）。ここで教科書的な基本確認をした意図は、通告（通報）においても、児童福祉法における通告義務との関係を考慮する必要性が少なからずあるということを示すためである。すなわち、児童福祉法二五条一項は「要保護児童を発見した者」と規定して、（少年法と同様に）国民一般に通告義務を課して、要保護性の判断も要求しているわけだから、それとの整合性を考えると、少年法が、六条一項で要保護性について明示的に規定していなくても、一般国民に、ある程度の要保護性の判断を要求していると解する方が正当なのだと思われる。<sup>(35)</sup>否、少年法六条一項及び八条一項が「審判に付すべき少年」と規定しているのであるから、いわゆる審判対象論と無関係ということにはならないのであり、要保護性も関係するはずなのである。<sup>(36)</sup>

仮にそうであるならば、要保護性概念は、一般国民にも了解可能な形になっていることが規範上要求されると解されることになるのだが、通説的見解の要保護性概念は、一般国民にはとても難解な法律概念になっている可能性が高い。<sup>(38)</sup>一般国民から見ても、何を基準にして矯正が可能であり、保護が相当であると判断できるのであるか（そもそも、筆者を含めた一般国民は、通告（通報）する際に、矯正可能性や保護相当性を判断することができるのであろうか〔判断する必要があるのだろうか〕。現在は、一般国民に了解可能な形で説明されているとはいいがたく、さらに言えば、一般国民が通告（通報）する場合に、判断しやすい形にもなっていない。少年法は、裁判員制度が導入される以前から国民一般に対して通告義務を課しているのであるから、そこで要求される要保護性概念は、一般国民にも了解可能な形となっ

ていることが規範上要求される。

通説的見解に立つと、通告（通報）段階と調査・審判段階とで同一の要保護性概念を採ることになるが、そもそも同一の判断を必要とするのかを改めて考えてみる必要がある。すなわち、通告（通報）する一般国民の立場と選別機関である家庭裁判所の立場とでは、要保護性の判断が区別されても良いように思われるのである。<sup>(39)</sup>そこで、本稿では、まず第一の問題設定として、一般国民からの了解可能性というレンズ（視点）から、要保護性概念を構成する三要素を評価したいと思う。特に、通告（通報）段階と調査・審判段階を議論上区別した上で、それぞれの段階での要否を評価したいと思う。

### 第三節 目的（二）：被害者への謝罪や被害の修復に関する位置づけ

ところで、通説的見解が形成された頃の少年司法実務においては、被害者の問題はあまり重視されてこなかった。<sup>(40)</sup>その理由は、少年保護手続においては、非行少年の性格や保護環境等の調査・分析に主眼が置かれてきたためであり、被害者への謝罪や被害の修復に関しては、保護者の監護能力や保護環境の問題として捉えられてきたためである。<sup>(41)</sup>

しかしながら、少年司法では、二〇〇〇年（平成二二年）に少年法が改正されたこと〔被害者等による記録の閲覧及び謄写（五条の二）、被害者等の申出による意見の聴取（九条の二）、被害者等に対する審判結果等の通知（三二条の二）を導入〕を皮切りに、二〇〇四年（平成一六年）の犯罪被害者等基本法の制定、二〇〇七年（平成一九年）の更生保護法の制定〔被害者等の意見等の聴取（三八条、四二条）、被害者等の心情等の伝達（六五条）を導入したほか、実務において、被害者等への通知や相談・支援を導入〕、二〇〇八年（平成二〇年）の少年法の改正〔被害者等による少年審判

の傍聴（二二条の四）、被害者等に対する説明（二三条の六）を導入）などによって、少年司法における被害者の立場が整備され、支援が拡充されてきた。<sup>(42)</sup>

それに伴い、少年司法実務も大きな変化を遂げてきた。家庭裁判所においては、社会調査（少年法八条）の一部として被害者調査が実施され、拡大される傾向にある。<sup>(44)</sup> 被害者調査は、少年による事件がどのような事態を引き起こし、被害者等にどのような影響を及ぼしたのかなどを確認して、家庭裁判所が事件の実態や本質に鋭く迫るために行うものであり（被害実態の把握としての側面）、また、その結果を少年や保護者に伝えて、自らの責任を自覚させるために利用されるものである（保護的措置としての側面）。<sup>(45)(46)</sup> 少年が自らの非行事実を認識し、自責の念を表した場合には、被害者への謝罪や被害の修復を働きかけることもあるという。<sup>(47)</sup> また、それに関連して、アメリカ合衆国で行われている被害者衝撃パネル（Victim Impact Panel, VIP）に着想を得たグループワーク型保護的措置である「被害を考える教室」が家庭裁判所で実施されていることもその一つに数えられる。<sup>(48)</sup> これは、実際に犯罪被害を受けた被害者をゲストスピーカーに招き、少年や保護者に対してその体験を話してもらい、その後、少年はロールプレイや討論を行い、保護者は別室で保護者会を行うというものである。<sup>(49)</sup> このように、家庭裁判所では、調査・審判段階でも積極的に被害者の問題を取り上げて、少年に被害者の心情を理解させ、自分の非行を改めて見つめ直す機会を与えるとともに、被害者への謝罪や被害の修復を働きかけることもある。

二〇〇〇年（平成十二年）の改正で、少年法二二条一項に「内省を促す」という文言が挿入されたことはこれを裏づけるものと言えよう。<sup>(50)</sup> 内省の主なテーマについては、たとえば、「被害者、その家族や親しい人々に与えた被害、苦しみ、嘆き」、「地域社会に与えた被害と反応」などが挙げられている。<sup>(51)</sup> 被害者の問題を調査・審判段階で取り上げ

ることに關し、代表的なコンメンタールでも、「少年は他人の尊厳をも尊重し、その権利と両立する仕方で行動できる社会人としての立直りが図られなければならない。そのためには非行の結果、被害者に及ぼした損害・痛み・迷惑などを実感・認識し、行為の社会的な影響・評価を十分理解して内省を深め、他人の気持ちに共感し、その不快・嫌悪感、悲しみ、苦しみ、迷惑などを理解・共感し、どうすればそれを避けることができたか、償うにはどうしたらよいかなどを学ぶことが必要・不可欠である。それには少年自身に被害者に対する謝罪・賠償などを直接行わせることも有効・必要である。(被害者にそれに対する応否の選択を保障することが不可欠の前提となる。拒絶された場合には謝罪・賠償すら許されないという意味を少年に十分自覚させることが有効である)。このように被害者の問題は少年の教育・健全育成の観点からも調査・審判においてより積極的に取上げ、処遇選択においても反映させるべき課題である」といった肯定的な解説がなされている。

処遇段階にも目を向けると、少年院では、生活指導で「被害者心情理解指導」が行われ、また、個々の在院者の問題性または事情に応じた特定生活指導の一つとして「被害者の視点を取り入れた教育」が行われているところである。<sup>(53)</sup>二〇一四年(平成二六年)に制定された新少年院法において、「善良な社会の一員として自立した生活を営むための基礎となる知識及び生活態度を習得させるため必要な生活指導」(二四条一項)を行うにあたり、「犯罪又は刑罰法令に触れる行為により害を被った者及びその家族又は遺族の心情を理解しようとする意識が低いこと」(同条三項一号)などの改善に資するよう配慮しなければならない(同条三項)と規定されたことに裏づけられるように、処遇段階においても、少年の健全育成の観点から、しよく罪指導と罪障感を覚醒させる指導を徹底して、被害者への謝罪や被害の修復へとつなげるよう働きかけることが、現在の少年司法実務の方向性であると解される。<sup>(54)</sup>



少年司法では、暫定的な保護権の現実化がなされる調査・審判段階と、具体的な保護権の現実化がなされる処遇段階とは、保護権行使の度合いは異なるにせよ、内省を促し（少年法二三条一項）、しよく罪と罪障感の覚醒を図り、さらには、被害者への謝罪や被害の修復へとつなげるよう働きかけるといふ方向性は一致するところであり、よって少年司法全体の方向性であるのと言えよう。そうであるならば、被害者の問題があまり重視されてこなかった頃に形成された要保護性概念は改めて捉え直す必要がある。そこで、本稿では、第二の問題設定として、被害者への謝罪や被害の修復との整合性というレンズ（視点）から、要保護性概念を構成する三要素を評価したいと思う。

#### 第四節 本稿の方法

以下では、現代の少年法における要保護性概念がどのようにあるべきなのかを検討するにあたり、まず、要保護性概念を構成する三つの要素（犯罪的危険性（累非行性）、矯正可能性、保護相当性）を当時の主張にいま一度立ち返って丁寧に再確認した上で、その意義を再検討するという方法を採用する。再検討する際は、特に、本稿が掲げる二つのレンズ（視点）、第一のレンズ「通告（通報）段階及び調査・審判段階での要否」と、第二のレンズ「被害者への謝罪や被害の修復との関係性」から検討を加えることとする。それを踏まえて、要保護性概念の再構成を図ることとしたいと思う。

## 第二章 三要素の再検討

### 第一節 犯罪的危険性（累非行性）

#### 第一項 意義の再確認

犯罪的危険性（累非行性）について、一要素説（『犯罪的危険性（累非行性）のみ』に立つ入江正信は、「……〔略〕……さて、要保護性の概念を現行少年法のもとでどのように規定するかの問題についても、この意味において、非行の裏打が必要になつてくる。即ち、要保護性は非行再演の虞れは少年法第一条が準拠するところに従えば、性格と環境においてとらえなければならぬであろう。」<sup>(55)</sup>と言及した上で、「要保護性とは、将来の触法行為の要因としての現在の個性並びに環境の相関的異常状態である。」<sup>(56)</sup>と定義した。その意義に関しては、同じく一要素説に立つ今中道信が、「我国の現在の少年保護機構において、家庭裁判所に附与せられている立場は頗る刑事政策的なものである。放任された（Neglected）少年や保護を要する（Dependent）少年は少年法の対象ではない。その意味で少年審判は『犯罪的危険』のある少年に対するものである。その個性と環境について科学的な調査（法第九条）を遂げ、そのパーソナリティに属する『犯罪的危険性』の所在及び要因を診断し、これを謙虚に、除去し得べき方法を判定せんとするものである。」<sup>(57)</sup>「右の『犯罪的危険性』はしかし、刑事政策の伝統的な用語と同一ではない。少年審判の理論より衡平法的な視点を払拭し去ることは出来ない。その意味で『要保護性』なる観念を代置することが行われる。」<sup>(58)</sup>と説明している。これらの見解に沿って簡単にまとめると、犯罪的危険性（累非行性）とは、後述する畠山勝美の言葉を借り

れば、「個人の素質と環境との相互作用関係から複合的に生成された人格の反社会的性状」<sup>(59)</sup>、すなわち「非行反復の人格的＝環境的危険性」<sup>(60)</sup>であり、この概念の意義は、科学的調査（九条）によってそれを診断して、除去する方法を判定するというものだということである。言い換えれば、行動科学の見地から国家的保護との適合性を分析するのが犯罪的危険性（累非行性）の機能だということになる。

さて、三要素説に立つ平井哲雄は、犯罪的危険性（累非行性）に関して、「累非行性は要保護性の第一の要素である」<sup>(61)</sup>と位置づけた上で、以下のような説明を加える。「非行は倫理的不調人格の体现であり、しかも非行体験によつて人格は自己形成を行う。然しこのことから直ちに、過去において非行があれば当然に累非行性があるということはない。非行体験は必ずしも常に累非行性を生み又はこれを進捗させるとは限らないからである。非行体験には倫理的情操のはたらきを伴うことが多い。そればかりではなく、捜査手続、保護手続がその過程において倫理的教化の機能を営むものであることは否めない。悔悟の念は累非行性を消滅させるはたらきをもつ。累非行性を消滅させるものとして環境の変化を挙げられよう。又それ以前の問題として、たとい非行があつても、それが心神喪失の状態においてなされたとき、故意によるものでないとき等においては累非行性のない場合もある。過失によるときおよび過失によるものでないときにも累非行性のない場合が考えられる。かような場合には要保護性が阻却される」<sup>(62)</sup>とする。この説明からは、犯罪的危険性（累非行性）の意義が必ずしも明確ではなく、入江や今中の見解とは多少異なるように思えるのだが、ただ、ここで特筆すべきは、捜査過程や保護過程において倫理的教化機能を有するという形で保護の措置の意義を認め、悔悟の念や環境の変化が犯罪的危険性（累非行性）を低下させ、要保護性の解消（阻却）につながる旨を示していることである。これを勘案すると、犯罪的危険性（累非行性）は、少年法における要保護性概念の

基底的な要素であり、すべての過程に通底するものだとということになる。

## 第二項 意義の再検討

### (一) 再定義——保護欠如性との関係(リスク要因の増大・保護要因の低下)

以上のように、犯罪的危険性(累非行性)とは、これまで「非行反復の人格的≡環境的危険性」と定義されてきたが、これに関連して、畠山勝美が、次のような整理をしていることに注目しなければならない。すなわち、「要保護性」というものは非行のある少年に対し国の保護を要するかどうかを意味する。ここに非行のある少年というのは『非行事実』のある少年で、かつ非行に至る人格的性状をもつた少年すなわち非行性のある少年を指すのである。従来の見解は『非行のある少年』の実体的概念と『国家的保護の必要性』という処遇上の概念を混同し、両者を含め、あるいは前者をもつて要保護性であるとしてきたのである。前者は非行性(または将来的危険性・再犯危険性)で、後者を要保護性と呼ぶべきである。非行性があるからといって必ずしも国の保護を要するとはいえないのであつて、非行性とは別個に要保護性ということが問題となるのである。ここに非行性というのは個人の素質と環境との相互作用関係から複合的に生成された人格的反社会的性状であつて、非行反復の人格的≡環境的危険性をいう。従来の用語との関連から、右非行性と要保護性を含めたものを広義の要保護性、非行性に対する要保護性を狭義の要保護性と称することとする。……〔略〕……この狭義の要保護性の概念は現在の保護状態は放任できず、国家としてなんらかの保護を要するということであるから、保護欠如性を含む概念である<sup>63)</sup>とする。

とりあえずここでは、要保護性概念が「『非行反復の人格的≡環境的危険性』+『保護欠如性』」であるということに関しては判断を留保しておかなければならないが、筆者が注目するのは、「非行反復の人格的≡環境的危険性」に

対して国家的保護が必要であるというのは、「非行を抑止する保護状態」<sup>(64)</sup>が欠如していること（保護欠如性）が関係しているということである。これを最近の議論に関連づけて評価してみると、人格の反社会的性状に関する「非行反復の人格的≡環境的危険性」は「リスク要因」に相当し、非行を抑止する保護状態は「保護要因」に相当する。一部には「環境的危険性≡保護欠如性」という見解もあるが、<sup>(65)</sup>一般的には、「リスク要因」と「保護要因」は区別されるのであり、リスク要因が増大し、保護要因が低下すれば、広義の意味での再び非行をする危険性（非行性）が高まるのに対して、逆であれば低くなるという関係にある。犯罪的危険性（累非行性）は、従来、「非行反復の人格的≡環境的危険性」であると定義され、保護欠如性と区別されてきたが、狭義の意味では、「リスク要因」に相当する「非行反復の人格的≡環境的危険性」を指すと解されるものの、広義の意味（≡非行性）では、これに「保護要因」の低下である「保護欠如性」を含むものであると解されるべきであろう。そして、要保護性概念の要素の一つである犯罪的危険性（累非行性）は、広義の意味において、すなわち、「≡非行反復の人格的≡環境的危険性」+「≡保護欠如性」と捉え直されるべきであろう。

なお、犯罪的危険性（累非行性）を要保護性概念に含めることについて、非行事実と結果の重大性に応じた保護処分ないし刑事処分を少年に付する（保護主義と対比させた刑事政策的考慮を処分選択に反映させる）ためだとする批判（懸念）<sup>(66)</sup>もある。<sup>(67)</sup>しかしながら、非行事実の軽重と要保護性の程度が基本的に相関するのだとしても、犯罪的危険性（累非行性）だけが影響（相関）しているというエビデンスがこれまでであるわけではなく、さらには、非行事実の軽重は、犯罪の結果だけではなく、その動機、経緯、目的、常習性などの非行に至った背景事実も含まれ、犯罪結果と背景事実を総合して評価することから、その批判（懸念）<sup>(68)</sup>は成り立たない。リスク要因・保護要因と関連させて犯罪的危険

性（累非行性）を捉え直す本稿の立場に依拠すれば、それはむしろ行動科学の見地から国家的保護との適合性を分析することを主眼とするのであるから、その批判（懸念）はあたらないことになろう。

（二）二つのレンズ（視点）による評価

では、再定義した犯罪的危険性（累非行性）に基づいて、その意義を二つのレンズ（視点）を通して評価していこう。まず第一のレンズ（視点）による評価「通告（通報）段階及び調査・審判段階での要否」であるが、犯罪的危険性（累非行性）は少年法における要保護性概念の基底的な要素であるから、調査・審判段階はもとより、通告（通報）段階においても必要である。一般国民にある程度の要保護性の判断を要求していると解する本稿の立場からは、リスク要因・保護要因と捉え直すことにより、段階に応じた判断指標を作るのに適していると言える。特に、私見のような、一般人の通告義務よりも一段高い）教員の特別な努力義務を少年法六条に読み込む立場からは、これをもとに、少年司法機関、児童福祉機関及び学校教育機関が協議して、実務的な通告（通報）・介入（保護）レベルを策定し、それに合わせた関係機関の支援や保護（介入）の手段を設定しておくことが必要であると解される。<sup>(9)</sup>

次に第二のレンズ（視点）による評価「被害者への謝罪や被害の修復との整合性」であるが、（被害者への謝罪・被害の修復の前提となる）悔悟の念や被害者への謝罪・被害の修復は、基本的にはリスク要因の低下と保護要因の増大につながる。よって、これらとの整合性があると見るべきであろう。

第二節 矯正可能性

第一項 意義の再確認

矯正可能性の意義について、その概念を提唱した裾分一立は、「矯正可能性とは保護処分による矯正教育を施すことによつて、危険性を除去しうる可能性をいう。」<sup>(71)</sup>と定義する。三要素説に立つ平井は、「要保護性の第二の要素は矯正可能性である。」と位置づけた上で、裾分と同様に、「矯正可能性とは、保護処分を行うことにより保護の効果を挙げ得る見込のあることをいう。保護処分によつて累非行性を消滅させることの可能性である。」<sup>(72)</sup>と定義する。「非行反復の人格的「環境的危険性」を除去しうる可能性については、(前述したように)そもそも犯罪的危険性(累非行性)が行動科学の見地から国家的保護との適合性を分析することとしており、それに含まれると考えられるのだが、矯正可能性の意義については、「保護処分による矯正教育を施すことによつて」、「保護処分によつて」という言葉に象徴されるように、専ら少年院送致決定(施設内処遇)の判断に用いるために導入された概念であると言えよう。<sup>(73)</sup>裾分は、「医学的にみて、治癒する可能性のない精神病患者、矯正の望みなき精神病質人、犯罪性の甚だく強度にして個別的特殊教育を施すもお矯正しえないであろう様な兇悪人等々はここにいう矯正可能性なきものである。したがつて、少年法上の保護処分を加えるべきではなく、別に精神衛生法上の救済や刑事処分によるべきである。」<sup>(74)</sup>「素地が悪いか若しくは環境が不健全なために歪んだ人格構造の少年が非行を犯した場合、その非行の原因に対して、何等メスを加えることなく、そのまま放置しておいたならばその少年は更に非行を繰り返す危険性があり、この危険より少年を保護することが何よりも保護処分のねらいであることはすでに述べた通りである。保護するとは素質環境上の負因を除去し矯正教育を施して道義実現の単位としての人間の使命に目醒めしめ、社会に適応する様、育成しあげることの意味する。したがつて保護処分の対象として考えられる少年は、非行の危険性を有すると同時に又矯正可能性ある少年でなくてはならぬ。」<sup>(75)</sup>と説明する。平井も、「累非行性があればそれだけで要保護性があるとはいえない。保護処分の限界

は要保護性を制約する。著しい心身障碍により倫理的情操の皆無に近いもの、確信犯のように倫理観を異にするもの、兇悪の度の極めて強いもの等に対しては、保護処分による保護の効果を期待することができない。これらのものについては「要保護性がない。」<sup>(76)</sup>のたとする。

ところで、矯正可能性を要保護性概念に採り入れた意図について、裾分は次のように述べている。「……〔略〕……危険性、或いは要保護性、教化親和性、倫理的不適応性等々と称する諸説がある。それぞれ観方が異なるにつれてニユーアンスの差異はあるが、そのいずれをとるにせよ、結局少年保護事件においては、非行少年の性格や、その置かれている環境等に照して、その少年が将来かさねて非行を繰返すであろうか、若しその虞がありとすればそれにはどのような対策を講じたらよからうかということ少年の為に考えてやるのが肝要なのである。将来非行を犯す虞がないと思われる様な少年は過去において如何に重大な犯罪を犯していても、又広い意味で如何に保護を要する少年であつても、断じて現行少年法上の保護処分の対象とは考えられないのである。何となればかかる少年に対しては一般刑事法上の処罰か、或いは児童福祉法、生活保護法、精神衛生法等の保護の問題があるのみで、現行少年法第一条の規定するような矯正教育はおよそ無意味だと考えられるからである。」<sup>(77)</sup>「危険性、要保護性、教化親和性、倫理的不適応性等々の諸家の説は……〔略〕……未だ法律的概念として構成されてはいない様である。私は少年保護事件におけるこの中心問題を把えて、仮に要保護性と名づけ、これを一つの法律的概念として考えてゆきたい。」<sup>(78)</sup>と。この言説に見られるように、矯正可能性は、少年法一条に規定する「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」という文言のうち、「性格の矯正」に力点を置き、特に少年院での矯正教育と狭く解した上で、それを法律効果の中心に据えて、少年院送致決定かそれ以外かを規範的に振り分ける機能をもたらず意図があつたも



のと考えられる。特に、検察官送致決定（二〇条）や措置入院（精神保健及び精神障害者福祉に関する法律二九条）との関係を整理して、「保護不能」という規範的指標を採り入れるということに主眼があったものと解される<sup>(79)</sup>。

なお、以上のような矯正可能性の捉え方に異論を呈し、矯正可能性の再定義を図るのが斉藤豊治である。斉藤は、「矯正可能性」という表現は妥当ではない。少年法一条からも明らかなように、性格の「矯正」だけではなく、「環境の調整」もまた保護処分の重要な課題である。また、「矯正」は「保護」と対比されて、拘禁施設における処遇を意味するものとして使われることが少なくない。私見のように保護処分だけではなく、福祉処分をも法律効果として取り込んで要保護性を観念する立場からすれば、「矯正可能性」では狭すぎる<sup>(80)</sup>とし、「立ち直りの可能性」という表現で捉え直すことを提唱する。

## 第二項 意義に関する批判的検討

さて、矯正可能性に関して以上のような理解をした場合、保護処分決定を法律効果に設定したのだとしても、少年院での矯正教育を中心に据えてしまうことは狭きに失し、規範的指標の意義はなさないという疑問が生ずる。仮に少年院での矯正教育を中心に据えないのだとした場合、福祉処分である児童自立支援施設・児童養護施設送致決定（二四条一項二号）についても同様の構成をしなくてはならないという難点がある。少年司法は、国家的保護による介入の要否や種類を判断し、選別する過程でもあるから、少年院送致決定による「保護」という狭い範囲にライトをあてる必要はない。矯正可能性に期待される処遇選択における規範的指標の側面は、次に見る「相当性」に吸収され、解消されるものと解される。それは、仮に「立ち直りの可能性」という表現で捉え直したとしても同様である。

よって、第一のレンズ（視点）による評価「通告（通報）段階及び調査・審判段階での要否」について言えば、調査・

審判段階でも不要であり、それ故、通告（通報）段階でも不要であると解される。また、第二のレンズ（視点）による評価「被害者への謝罪や被害の修復との整合性」についても、それらとの整合性を見いだすことはできない。

### 第三節 保護相当性

#### 第一項 意義の再確認

保護相当性について、その概念を提唱した平井哲雄は、「さらに要保護性の第三の要素として保護相当性が挙げられる。」<sup>(82)</sup>と位置づけた上で、「保護相当性とは、保護処分による保護が最も有効適切な保護手段であると認められることをいう。」<sup>(83)</sup>と定義する。そして、その意義に関し、「たとえ累非行性、矯正可能性があつても、なおかつ福祉的措置に委ねるのを相当する場合および刑罰を科するのが社会の法感情にかなない、教化上最も有効な保護手段であると認める場合には、要保護性はない。」<sup>(84)</sup>と説明する。この説明から明白なことは、保護相当性は処遇決定に関する価値判断を含んだ規範的評価の概念であるということである。保護相当性については、非行事実の軽重のほか、少年の保護処分歴、被害者感情、社会的影響、少年及び保護者の納得、共犯者との処遇の均衡など、さまざまな要素を加味して総合的に判断されることになるのだが、特に、非行事実の軽重が重視される傾向にあり、それに合わせた「保護不適」という規範的指標を採り入れるということに主眼があつたものと解される。この規範的指標を採り入れることによつて想定される一つの帰結が、犯罪の危険性（累非行性）がそれなりに存在し、矯正可能性も認められるが、非行事実が軽い事案において、保護的措置を凶つた上で審判不開始決定・不処分決定か、福祉処分を決定するという場合であり、他方で、想定されるもう一つの帰結が、矯正可能性が認められる場合でも、非行事実が重大であり、被害者

感情が厳しく、社会的影響が大きい事案において、検察官送致決定をするという場合である。<sup>(86)</sup> 後者の場合については異論を呈する向きも大きく、<sup>(87)</sup> それ故、保護相当性が不要であるとする見解<sup>(88)</sup>も有力である。

なお、以上のような保護相当性の捉え方に関して異論を呈し、保護相当性の再定義を図るのが荒木伸怡である。荒木は、これまでの保護相当性の概念が、犯罪的危険性（累非行性）と組み合わさることにより、行動科学の専門家の判断が優先されがちな要保護性判断に法律家が口を差し挟めるようになり、さらに、秩序維持的観点を処遇選択に反映させるものになっていると批判する。<sup>(89)</sup> 要保護性概念は、行動科学上の専門性に基づいて判断すべき事項だけを含めるようにして、かつ、それに限定するほうがよいとの考えに行き着き、<sup>(90)</sup> 保護相当性を「少年に対して更に保護処分を課すことが必要か、すなわち、少年に対する処分として、不開始・不処分ではなく保護処分を課すことが少年法の目的である少年の健全育成のために適切であるか否か」という観点で捉え直すことを提案する。<sup>(91)</sup>

## 第二項 意義の再検討

### (一) 再定義―各決定の相当性

以上のように、保護相当性は、「保護不適」という規範的指標を採り入れて、保護処分かそれ以外かという選別機能を担ってきており、特に、非行事実の軽重に応じた処遇決定をするための規範的評価概念として導入された。だが、法律効果を保護処分決定（二四条）、児童相談所長送致決定（一八条一項）、検察官送致決定（二〇条）、審判不開始決定（二九条一項）、不処分決定（二三条二項）まで含む国家的保護一般であるとする本稿の立場に立脚すると、これは各決定の「相当性」に置き換えられることになる。<sup>(92)</sup> このように理解した場合、要保護性と相当性は区別されることになり、構成外の要素となるが、<sup>(93)</sup> それでも、それを調査・審判段階で考慮するかに関する問題が残されている。

## (二) 二つのレンズ（視点）による評価

各決定の「相当性」を調査・審判段階で考慮することに關し、とりあえず第一のレンズ（視点）を通して評価しておく。「通告（通報）段階及び調査・審判段階での要否」、これは処遇決定に關する価値判断を含んだ規範的評価の概念であるから、通告（通報）段階における一般国民の価値判断にはそもそもなじまない。もし仮に通告（通報）段階に採り入れるとした場合、犯罪的危険性（累非行性）が高く、保護が必要であつたのにもかかわらず、非行事実が軽微な事案を見落とす危険性も生じる。それ故、通告（通報）段階では不要と解する。他方で、調査・審判段階での要否については、第二のレンズ（視点）と深く関わることになる。

本問について、第二のレンズ（視点）を通して評価して見ると「被害者への謝罪や被害の修復との整合性」、調査・審判段階での必要性が見えてくる。審判段階での処遇選択において「相当性」を評価する場合にあたり、被害者感情や社会感情が一つの因子として含まれてきたが、それは、とりわけ厳しい場合に一部反映されてきたに過ぎない。残念ながら、少年法の理念との関わりにおいて、被害者の立場はあまり考慮されてこなかった。しかしながら、少年院送致決定に付される場合においても、保護観察決定に付される場合においても、あるいは、審判不開始決定や不処分決定がなされる場合においても、少年が帰るべき社会は被害者やその家族が住む社会であり、非行によつて紛争が生じた社会なのである。非行（犯罪・触法行為）には、①被害者に対する側面、②対人関係に対する側面、③加害者に対する側面、④コミュニティ（社会）に対する側面が内在するのであり、これらの側面を非行少年やその保護者が自覚し、被害者への謝罪や被害の修復をするよう努力しなければならない。もしそれが不十分である場合には、前述したように、「非行の結果、被害者に及ぼした損害・痛み・迷惑などを実感・認識し、行為の社会的な影響・評価を十分理解

して内省を深め、他人の気持ちに共感し、その不快・嫌悪感、悲しみ、苦しみ、迷惑などを理解・共感し、どうすればそれを避けることができたか、償うにはどうしたらよいかなどを学ぶことが必要・不可欠<sup>(95)</sup>となるのであって、「少年の教育・健全育成の観点からも調査・審判においてより積極的に取上げ、処遇選択においても反映させるべき」ことが望ましい。それゆえ、私見では、各決定の「相当性」の判断に関わるものと解する。被害者への謝罪や被害の修復は、少年法一条がかかげる「環境の調整」と深いつながりを有するとともに、それに向けた非行少年の自発性を喚起する保護的措施は、同条の「性格の矯正」とも深くつながるのである。

ところで、各決定の「相当性」を調査・審判段階で考慮することに関して、行為法的観点・刑事政策的観点を優先させるものであるとの批判があるのだが、私見は、二つの観点から抑制されるものと解する。一つは、消極的責任主義である。少年は、行為責任の観点から見ると、責任無能力者である刑事未成年と完全責任能力があることを前提とした成人の間に位置する限定責任能力者層として位置づけられる<sup>(98)</sup>。それ故、「規範意識層が十分に発達せしめられていない少年が行なった規範違反行為については、その責任を問うについても、単なる非難のみでなく、規範意識を発達させるための保護、治療、教育等が施さなければならない事を社会が承認したもの<sup>(99)</sup>」と解される。よって、「保護処分が少年にとつて不利益処分である面を十分に認識<sup>(100)</sup>」しつつ、「消極的責任主義による保障」<sup>(101)</sup>が考えられなければならないのである。もう一つは、児童の権利に関する条約が要求する「児童の最善の利益」<sup>(102)</sup>（三条一項）である。児童の権利に関する条約三条一項は、「児童に関するすべての措置をとるに当たっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによつて行われるものであつても、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする。」と規定する。よつて、家庭裁判所は、これらを念頭に置いて、調査・審判段階で被害者調査の結果に

基づいた保護的措置をなすとともに、また、処遇選択における相当性判断がなされなければならない。

#### 第四節 私見の整理——犯罪的危険性（累犯性）（「非行反復の人格的」環境的危険性）＋「保護欠如性」のみ

ここまでの私見をまとめると、要保護性概念は広義の犯罪的危険性（累非行性）、すなわち「『非行反復の人格的』環境的危険性」＋「保護欠如性」〔前者は「リスク要因」の増大に相当し、後者は「保護要因」の低下に相当する〕によつてのみ構成され、矯正可能性及び保護相当性は不要であると解する。<sup>(103)</sup> 相当性に関しては、処遇選択（決定）の場面で、別途、保護処分相当性、刑事処分相当性、福祉処分相当性、不処分相当性を考えるべきである<sup>(104)</sup>とともに、調査・審判段階で被害者調査の結果に基づいた保護的措置を実施するための指標にもされるべきである。

### 第三章 非行事実との関係

では、以上のような要保護性概念に立脚した場合に、非行事実との関係はどのように解すべきであるのか、私見を簡単に整理しておきたいと思う。

まず、出発点として、非行事実の軽重と要保護性の程度は基本的な相関があるというモデルに立脚する。その場合、非行事実は軽微だが、要保護性が高い場合<sup>(1)</sup>と、非行事実は重大だが、要保護性が低い場合<sup>(2)</sup>にどのような判断に立つのが争点となる。この問題に関し、私見は、通説的見解と同様に、処遇選択においては、要保護性の判断を重視し、非行事実の軽重は間接的に影響すると解する。この場合、処遇選択上問題となるのは<sup>(105)</sup><sup>(106)</sup>である<sup>(105)</sup><sup>(106)</sup>が、保

護的措施を通じて、被害者への謝罪や被害の修復を働きかけることが望ましく、その実行により相当性の判断に影響を与えるものと解する。

だが、これに対して、非行事実の軽重が直接的に影響すると解する非行事実重視説<sup>(10)</sup>から、人格重視説と大差ないと批判がなされる<sup>(10)</sup>。その内容は、第一に、刑事司法の謙抑主義の立場から見て、軽微な非行をした少年につき強い犯罪的危険性（累非行性）を認定することを許容するのでは、その認定の客観性が担保されないのではないか。第二に、要保護性の認定手続には非行事実の認定手続のような手続的保障がないので、非行事実自体から通常は予測されないような強い犯罪的危険性（累非行性）を理由に重い保護処分が付される場合には、適正手続の保障が実質的に失われることになるのではないか。第三に、犯罪と刑罰との均衡は罪刑法定主義の主たる内容であり、少年審判は刑事司法の一分野であるから、少年審判にも非行と処分との間に均衡が要求されるべきではないかという内容である<sup>(10)</sup>。非行事実との関係について本質を突いているのは、第三の批判である。

だが、この見解の相違は、非行事実の捉え方によるものである。前述したように、非行事実の軽重は、非行事実重視説に立つと、その結果だけで捉えられる傾向にあるのだが、それだけではなく、動機、経緯、目的、常習性などの非行に至る背景事実も含まれる。犯罪結果と背景事実を総合して評価すると、結果からは軽微に見えても、実際には軽微ではないと見られることもある。このように解すると、非行事実から明らかになった要保護性評価に基づく判断がなしうる<sup>(11)</sup>。少年の権利を保護するうえで司法的機能は重視されなければならないが、過度に重視されすぎれば、健全育成をうたっている少年法の理念を逸失することにもつながりかねない。本来相反する性格を有する司法的機能と福祉的機能とを微調整しながら適切に調和させるバランス感覚が要求される<sup>(11)</sup>。

## 第四章 結論と残された課題

以上本稿を総括すると、

(一) 少年法における要保護性概念は、広義の犯罪的危険性（累非行性）、すなわち「『非行反復の人格的』環境的危険性」＋「保護欠如性」（前者は「リスク要因」の増大に相当し、後者は「保護要因」の低下に相当する）によってのみ構成され、矯正可能性及び保護相当性は不要である。

(二) 私見のような、（一般人の通告義務よりも一段高い）教員の特別な努力義務を少年法六条に読み込む立場からは、これをもとに、少年司法機関、児童福祉機関及び学校教育機関が協議して、実務的な通告（通報）・介入（保護）レベルを策定し、それに合わせた関係機関の支援や保護（介入）の手段を設定しておくことが必要であると解する。

(三) 相当性に関しては、要保護性概念に含めず、処遇選択（決定）の場面で、別途、保護処分相当性、刑事処分相当性、福祉処分相当性、不処分相当性を考えるべきである。相当性における行為法的観点・刑事政策的観点を優先させた判断は、消極的責任主義及び児童の最善の利益（児童の権利に関する条約三条一項）により抑制される。相当性は、被害者への謝罪や被害の修復と関係するものであり、家庭裁判所は、これらを念頭に置いて、調査・審判段階で被害者調査の結果に基づいた保護的措置を図ることが望ましい。

(四) 非行事実との関係に関し、要保護性の判断を重視し、非行事実の軽重は間接的に影響すると解する。非行事実の軽重は、犯罪結果と背景事実（動機、経緯、目的、常習性など）を総合して評価する。



という結論に至った。

審判対象論である故、関連する論点は多岐にわたるが、本稿では、紙幅の関係上検討することができなかった。他日に期したいと思う。

## 〔付記〕

本稿を執筆中に、日本刑法学会九州部会第一二三回例会（二〇一八年九月八日開催）において、岡田行雄会員（熊本大学）の「保護処分要件たる要保護性について——上位規範に照らした再検討を通して」と題する報告を拝聴した。その論調は、主として、論者が主張する「上位規範に基づく科学主義」から、犯罪的危険性（累非行性）と矯正可能性の意義を批判的に検討することを通じ、現在の判定のあり方に疑義を呈するものであった。ただ、その考え方は、結局のところ、非行事実重視説の一つであると解される。介入を最小限に規律することに腐心することも理解できないが、介入を小さくするには、早期に発見して、早期に介入することこそが重要であり、それが結果として、少年にとって最善かつ最小限な形で問題の芽を摘み取ることができるのであろう。その検討を無視して、要保護性概念を再検討することは支持できない。

（１） 裾分一立「少年保護事件手続に関する一考察」家月四卷一〇号（一九五二年）八八頁以下。裾分は当初、同論文において、非行事実が少年審判の対象であり、保護処分がその法律効果であるとする見解「かつての非行事実重視説」を採用したが、だがその後、裾分は、保護処分を必要とする性質を要保護性と位置づけ、非行と要保護性を少年審判の対象とする見解に改めている（同「要保護性試論」家月五卷四号（一九五三年）三一頁）。

少年法における要保護性概念の再構成（柴田）

- (2) 岩井隆義は、かつての非行事実重視説(裾分・前掲注(1))と明確に区別するため、非行重視説と位置づけている(岩井隆義「処遇選択をめぐる諸問題」判タ九九六号(一九九九年)三六四頁以下参照)。
- (3) 早川義郎「少年審判における非行事実と要保護性の意義について」家月一九卷四号(一九六七年)一頁以下。澤登俊雄「少年法入門」第六版(二〇一五年、有斐閣)一四三頁、最高裁判所事務総局「家庭裁判所の三十年の概観」(一九八〇年、司法協会)三七〇頁参照。なお、当初は、要保護性を少年審判の対象とし、保護処分がその効果であるとする見解「人格重視説」(柏木千秋「改訂新少年法概説」(一九五一年、立花書房)六五頁、今中道信「少年保護事件における不告不理」家庭裁判所月報四卷二号(一九五二年)七二頁、内藤文質「少年保護事件の概念について」警察学論集六卷五号(一九五三年)七頁、入江正信「少年保護事件における若干の法律問題」家月五卷七号(一九五三年)一一頁)が有力に主張されていた。その背景には、当時、現行少年法及び家庭裁判所が発足間もない頃で新しい制度でもあったことから、その宿命として、刑事法ないし刑事裁判所とは異なる福祉的、ケースワーク的役割を担うものであることを強調し、その独自性を主張する意図があったと総括されている(最高裁判所事務総局・前掲三七〇頁、裁判所職員総合研修所監修・後掲注(5)四〇頁参照)。もっとも、人格重視説も非行事実が要保護性判断のための有力な資料であることを認めているから、非行事実重視説との相違は、手続上、非行事実をどの程度重視するかについての違いにとどまり、真の相違は不利益処分としての性格を認めるか否かである(川出敏裕「少年法」(二〇一五年、有斐閣)九四頁)。
- (4) 平井哲雄「非行と要保護性」家月六卷二号(一九五四年)一八頁―一九頁。
- (5) 裁判所職員総合研修所監修「少年法実務講義案『三訂補訂版』」(二〇一八年、司法協会)四〇頁、川出・前掲注(3)九二頁―九六頁(同書では、「少年による再犯の危険性と、保護処分によるその防止の可能性が、保護処分を課すための要件であることに争いはない。」と説明している(九三頁))、丸山雅夫「少年法講義」第三版(二〇一六年、成文堂)一九四頁―一九六頁(同書では、「少年保護手続は、非行事実の存在を契機として、少年の要保護性を解明したうえで、要保護性を解消するための最善(最適)な処遇(保護処分)の選択を目指すものである。審判にこのような機能を認め、さらに保護処分を審判の法律効果と見る点については、特に異論は見られない。」と説明している(一九四頁―一九五頁))、澤登・前掲注(3)一四二頁―一四七頁、武内謙治「少年法講義」(二〇一五年、日本評論社)一〇六頁―一〇八頁・一一〇頁―一一二頁、守山正「後藤弘子編著『ビギナーズ少年法』第二版補訂版」(二〇〇九年、成文堂)一八九頁―一九二頁(上野正雄)、

植村立郎『骨太少年法講義』（二〇一五年、法曹会）八一頁―八三頁、守屋克彦『齊藤豊治編集代表『コンメンタール少年法』（二〇一二年、現代人文社）四三頁―四四頁（齊藤豊治）、菊田幸一『少年法概説「第四版」』（二〇〇三年、有斐閣）三二頁―三五頁などを参照。

(6) 平場安治『少年法「新版」』（一九八七年、有斐閣）六三頁。

(7) 澤登・前掲注(3) 一四二頁。

(8) 早川・前掲注(3) 一九頁、平場・前掲注(6) 六三頁―六四頁。

(9) 小西暁和『入門少年法ノート』（二〇一三年、成文堂）一一頁―一三頁では、要保護性概念に関して、少年実体法上の効果を保護処分に限定する立場と限定しない立場とで整理されており参考になる。

(10) なお、この他に、福祉処分と保護処分に限るとする考え方もある（齊藤豊治『少年事件における非行事実と要保護性―要保護性に関する試論―』三井誠ほか編著『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集「上巻」』（二〇〇七年、成文堂）六九九頁）。

(11) 早川・前掲注(3) 一九頁。

(12) 平場安治『少年法』（一九六三年、有斐閣）三四頁参照。

(13) 早川・前掲注(3) 一九頁、平場・前掲注(6) 六三頁―六四頁。

(14) もっとも、それは、本来的な保護権とは区別されることに留意しなければならない（早川・前掲注(3) 一九頁）。

(15) 保護的措置とは、再非行防止に焦点をあて、調査や審判の全過程を通じて加えられる少年の健全育成をはかる援助活動である（佐々木謙ほか『少年事件における保護的措置について（一）―保護的措置の特性とその具体的展開―』家月四四巻四号（一九九二年）一五六頁）。狭義には、審判不開始決定・不処分決定にともなう事実上の教育的・福祉的な働きかけをいうが、広義には観護措置や試験観察などを含めた審判過程でとられるすべての保護上の措置を総称する（佐々木ほか・前掲一四六頁）。

(16) 最高裁判所事務総局『司法統計年報（平成二九年）四 少年編』（二〇一八年）二八頁―二九頁を元に筆者が計算した。ちなみに、保護的措置が図られたことによる審判不開始決定がなされた割合は三二・八%（八、〇五八人）であり、また同様の不処分決定がなされた割合は一八・五%（四、五五八人）であった。

(17) 服部朗『要保護性再考』愛知学院大学論叢法学研究五八巻一・二号（二〇一七年）一八九頁。

少年法における要保護性概念の再構成（柴田）

- (18) 服部・前掲注(17) 一八九頁―一九〇頁。
- (19) 服部・前掲注(17) 一九〇頁。
- (20) 服部・前掲注(17) 一九〇頁―一九二頁。
- (21) 服部・前掲注(17) 一九二頁。
- (22) 服部・前掲注(17) 一九二頁。
- (23) 服部・前掲注(17) 一九二頁。
- (24) 拙稿「少年司法システムの構造変革と修復的司法論の役割」細井洋子ほか編『修復的正義の今日・明日―後期モダニティにおける新しい人間観の可能性』(二〇一〇年、成文堂) 二二〇頁―二四三頁、拙稿「修復的司法プログラムによる少年犯罪の解決」青少年問題六四一号(二〇一一年) 二〇頁―二五頁、拙稿「少年司法における修復的司法論―導入に向けての政策的検討を中心に―」博士論文(二〇〇八年) 一頁―八一頁など。
- (25) 非行を要保護性の排他的推定根拠と見る見解として、平場・前掲注(12) 一九頁、平場・前掲注(6) 九八頁、早川・前掲注(3) 一一頁。
- (26) 文部科学省初等中等教育局児童生徒課「平成二八年度『児童生徒の問題行動・不登校等生徒指導上の諸課題に関する調査』(確定値)について」(二〇一八年) 八頁。
- (27) 拙稿「少年鑑別所の地域援助業務への期待―児童生徒の問題行動に対応する学校教育機関を援助するための多機関連携へ―」法学新報一二三巻九―一〇号(椎橋隆幸先生退職記念論文集)(二〇一七年) 八二九頁―八三〇頁、柴田守⇨岩井宜子「要保護性のある問題行動の児童生徒を発見・通告するための学校教育機関を基盤にした多機関連携システムに関する研究」二〇一六年度社会安全研究財団一般研究助成最終報告書(二〇一七年) 一頁―二頁 [http://www.syaanken.or.jp/wp-content/uploads/2017/12/RP2016A\_003.pdf (二〇一八年一〇月三日確認)] 参照。
- (28) 拙稿・前掲注(27) 八三〇頁―八三二頁、柴田⇨岩井・前掲注(27) 三頁―四頁参照。
- (29) 昭和四四・三最高裁判所家庭局見解・家月二二卷一―一(一九六九年) 五一頁。田宮裕編『少年法―条文解説』(一九八六年、有斐閣) 五四頁―五五頁(菊池和典)。
- (30) 拙稿「少年法六条の再生―教員の通告義務」高橋則夫ほか編著『日高義博先生古稀祝賀論文集「下巻」』(二〇一八年、成

文堂) 五一八頁―五二四頁。なお、団藤重光Ⅱ森田宗一編『新版少年法〔第二版〕』(二〇〇一年、有斐閣) 六八頁―六九頁では、「家庭裁判所が本条による通告事件を適正に受理し、かつ一般人からの通告による受理が活発に行われるようにするために、家庭裁判所に通常相談室または相談係が置かれている。これは家庭裁判所の機能を社会化し、少年事件の処理について社会全般の理解と協力を得るよい機縁ともなるであろう。したがって相談係は、通常の受理事件の場合に劣らず、否、それ以上に、懇切にして誠意ある態度をもってその相談に応じ、信頼をうけるに足る態度・言動をとらねばならない。それ故係員にはそれにふさわしい人柄を有し少年事件の調査に相当の経験と能力を有する者を配置すべきである。」として、家庭裁判所に期待を寄せているが、残念ながら、現実はこのようになっていないようである。

(31) 団藤Ⅱ森田・前掲注(30) 六八頁、田宮裕Ⅱ廣瀬健二編『注釈少年法〔第四版〕』(二〇一七年、有斐閣) 一〇三頁。

(32) その判断基準に関し、団藤Ⅱ森田・前掲注(30) 七〇頁は、「(一) 性格及び環境に照らして、罪を犯す危険性が弱く、何らかの刑事政策上ないし司法上の取扱をする必要がないと考えられ、かつ、児童相談所の行う措置による方が少年並びに家庭及び社会の福祉上妥当である場合。(二) 少年の行動の自由を制限したり、自由を奪うような強制的措置を必要とせず、保護者も少年の措置(施設にいれるような際)に協力的であるような場合。(三) 家庭裁判所の調査・審判による措置(一七・二四・二五等)と児童福祉法二五条の二以下に定められた措置とを比較対照し、福祉事務所または児童相談所においてとられるであろう措置の見通しをつけて判断する。(四) 具体的な実情に応じ、各地の施設の状態等も考慮に入れるべきであろう。」としている。これを受けて、田宮Ⅱ廣瀬編・前掲注(31) 一〇四頁は、「児福二五条の通告が相当なのは、対象少年の性格・環境に照らし罪を犯す危険性が低く、少年の行動の自由制限の必要がなく、保護者が協力的であるなど、福祉的な措置を優先すべき場合、あるいは、少年法の措置(一七・二五・二四条等)を必要としない場合と考えられる。」としている(同頁、澤登・前掲注(3) 七四頁)。

(33) 児童福祉法上の通告義務との調整を図ったものと解されている(団藤Ⅱ森田・前掲注(30) 六九頁、田宮Ⅱ廣瀬編・前掲注(31) 一〇四頁)。

(34) 通告(通報)制度が非常に煩雑であるという一言に尽きる。そもそも、少年法も、児童福祉法も、国民一般に通告義務を課しているのであるから、一般国民から見ても分かりやすい、一元化された通告(通報)の窓口の設置が必要である。現状は、児童相談所が窓口となる要保護児童対策地域協議会にその役割が期待されているかもしれないが、非行対応の面で十分に機

能しているとは評価できない。大幅な改善が必要であることは、佐世保高一女子同級生殺害事件が物語っている（長崎県教育委員会「佐世保市内女子高校生の逮捕事案等の調査・検証報告書」（二〇一五年）など参照）。

- (35) このような見解に対して、少年法と児童福祉法とでは要保護性概念が異なると批判されることが想定される。だが、専門家の視点からすれば、その区別には一理あるのだが、一般国民から見れば、保護処分に付すべきか、児童福祉法上の措置（二七条一項）を採るべきかを制度上判断し得ないのであり、一般国民に要求される要保護性の判断にそのような区別を強調する必要はないと考える。「早期発見・早期治療」に基づく通告（通報）制度へと再構築するのであれば、第四章（二）で後述するように、「少年法と児童福祉法にわたる」実務的な通告（通報）レベルを策定しておくことが必要不可欠である。

- (36) 拙稿・前掲注(30) 五四〇頁―五四一頁。

- (37) 拙稿・前掲注(30) 五四〇頁―五四二頁。

- (38) 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（二〇〇九年、法曹会）と同様に、少年法における要保護性概念をいかに一般国民に説明するかを考える必要があるが、他方で、本稿では、通告義務との関係から、一般国民による了解可能性に着目して再構成を図ることも必要だと考えている。

- (39) 拙稿・前掲注(30) 五四一頁―五四二頁。

- (40) 少年司法は刑事司法を特別化したものでもあり、刑事司法よりも一層乖離させるものだったからである。少年犯罪被害者は、少年の健全育成を理由にその事件の情報すらも享受しえないこともあった。

- (41) 田宮Ⅱ廣瀬編・前掲注(31) 二五八頁。従来は、被害者に対する示談や謝罪措置の勧告援助を私的関係の調整機能として位置づけ、「治療手当（非行性を除去する措置）」、「予防手当（非行性への転化を防止する措置）」、「補強手当（非行性の解消されている状況を強化する措置）」の面で捉えてきた（川添幸雄「保護的措置について」調研紀要三二号（一九七七年）一〇四頁以下参照）。

- (42) 武内大徳「少年事件と被害者」法教四二三号（二〇一五年）二〇頁―二三頁参照。

- (43) 被害者調査とは、少年調査票の「被害に関する事項」である。この欄には「被害の程度、被害品の還付状況、被害者に対する謝罪及び弁償、被害者の感情、示談の状況・見通し等」について記載される（鶴岡健一ほか「被害に関する調査と保護的措置」調研紀要七〇号（二〇〇〇年）一頁）。

(44) 田邊三保子ほか「座談会」少年事件における被害者調査について」家月五二卷一、二頁以下参照。被害者調査は、一部の庁で実施されていた業務上過失致死傷事件などの被害者等に対する書面照会をのぞいて、実務上あまり実施されてこなかったという。その理由は、第一に、少年事件の調査をおこなうにあたって被害者が置かれている状況について十分に視野に入れてこなかったこと、第二に、被害感情が強いほど処遇意見の形成に影響を受け、厳罰化や社会防衛の観点が強まり、少年の更生には好ましくなかったこと、第三に、被害者からの示談、損害賠償の仲介等を期待されるなど民事紛争に巻き込まれる危険性を回避すること、第四に、被害者面接等の調査方法が確立されていなかったこと、第五に、被害者調査により被害者に忘まわしい被害の記憶を思い出させ、いたずらに精神的混乱を生じさせる危険があったこと、第六に、非公開とされている少年事件に関する一定の情報が流失するおそれがあることなどが挙げられている。しかし近年は、被害者の立場の尊重により、実務ではその重要性が改めて認識されている。

(45) 被害者調査の結果にもとづいて、少年に対して、被害者の身体的・財産的被害だけでなく、恐怖感や不安感などの精神的被害を含めた被害者の状況などを理解させ、少年の罪障感や被害者への共感性を深めるよう教育的・福祉的に働きかけるという(菊池正史ほか「被害者調査の方法と結果の活用について」家月五三卷八号(二〇〇一年)一六三頁以下)。

(46) 田邊ほか・前掲注(44)四頁。中園武彦は、その目的に「非行理解や要保護性判断の資料収集」、「保護的措置の前提となる被害状況、被害感情の把握」、「被害者調査の副次的効果としての被害感情の緩和や不安の軽減」を挙げる(中園武彦「家庭裁判所における被害者調査と少年へのかかわり」更生保護と犯罪予防一四一号(二〇〇三年)九九頁以下参照)。

(47) 武政司郎ほか「少年事件における保護的措置について(二)」調査過程で行われる保護的措置の再検討―家月四四卷五号(一九九二年)一三二頁参照。保護的措置の結果、罪障感が覚醒され、被害者への謝罪や被害の修復への意識が芽生えた場合には、少年やその保護者に対して、自発性を損なわないよう被害者への謝罪・被害の修復にむけた働きかけ・後押しをするような援助が望ましいという(菊池ほか・前掲注(45)一六五頁)。

(48) 下坂節男ほか「被害を考える教室」の実践と留意点」調研紀要七六号(二〇〇三年)四四頁―一〇〇頁、宮崎聡ほか「被害を考える教室について」ケース研究二〇〇三年四月号(二〇〇四年)二〇一頁―二〇九頁など。また、河原俊也「少年審判の運営」法教四二三号(二〇一五年)五頁―六頁参照。

(49) 下坂ほか・前掲注(48)四四頁以下。

- (50) 内省に関し、小西暁和「少年法上の『内省』概念」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』(二〇一五年、成文堂) 六六三頁以下。
- (51) 守屋⇨齊藤編集代表・前掲注(5) 四三頁(齊藤豊治)。もっとも、内省の対象は被害者や地域社会との関係だけに限られず、「少年自身の家族、友人などに与えた苦しみ、嘆き、心の傷」、「国家的、法的な反応」、「社会や国家の否定的な反応がもたらす烙印や自分の将来に与える否定的な影響により、自分の将来の夢、希望の実現が妨げられること」、「その非行に現れた自分の行動傾向とその基礎に横たわるものの考え方、性格等の問題点」、「過去、現在、未来の家族、友人等との関係」などのテーマも挙げられている(同四三頁)。
- (52) 田宮⇨廣瀬編・前掲注(31) 三三三頁―三三四頁。
- (53) 法務省法務総合研究所『平成二九年版犯罪白書』(二〇一七年) 一二二頁。
- (54) 田宮⇨廣瀬編・前掲注(31) 三三三頁―三三四頁も同旨であると解される。
- (55) 入江正信「少年保護事件における若干の法律問題」家月五卷七号(一九五三年) 一二二頁。
- (56) 入江・前掲注(55) 一二頁。
- (57) 今中道信「少年保護事件における不告不理」家月四卷二号(一九五二年) 六九頁。
- (58) 今中・前掲注(57) 六九頁。
- (59) 畠山勝美「試験観察の実証的研究」司法研究報告書一七輯二号(一九六六年) 一一頁。
- (60) 畠山・前掲注(59) 一一頁。
- (61) 平井・前掲注(4) 一八頁―一九頁。
- (62) 平井・前掲注(4) 一八頁―一九頁。
- (63) 畠山・前掲注(59) 一一頁。
- (64) 畠山・前掲注(59) 一一頁、平場・前掲注(六) 六九頁。
- (65) 澤登・前掲注(3) 一四六頁。
- (66) 荒木伸治「要保護性の概念とその機能」警察研究五九卷九号(一九八八年) 七頁。
- (67) なお、これには将来の行動予測に関する懸念(批判)が根底にあるが、論者が要保護性概念に含める「矯正可能性」にお



いても将来の行動予測が必要となるのであり、主張に一貫性を見いだすことができない。

(68) 廣瀬健二「我が国の少年法制の発展と現状」司法研修所論集五〇周年特集号二巻（九八号）（一九九七年）三八七頁。

(69) 拙稿・前掲注(30)一四頁。

(70) 拙稿・前掲注(30)二四頁。

(71) 裾分・前掲注(1)「要保護性試論」一六頁。

(72) 平井・前掲注(4)一八頁―一九頁。

(73) 平井の定義は「保護処分によつて」としているので、少年院送致決定の判断だけを念頭に置いていないということも考えられようが、すぐ後で確認するとおり、その限界に関し、裾分と同様の設定していることから、少年院送致決定の判断だけを念頭に置いているものと解する。

(74) 裾分・前掲注(1)「要保護性試論」一六頁。

(75) 裾分・前掲注(1)「要保護性試論」一六頁。なお、犯罪的危険性（累非行性）について、裾分は、「要保護性の内容として考えられる危険性とは、非行を犯す可能性が客観的、主観的諸条件によつて予見せられる状態又は性状を意味するものと解する。幸田判事の『罪を犯し又は刑罰法令に触れる行為をする可能性ある人格的性状』というも、或いは又内藤課長の『将来刑罰法令に触れる行為をなす虞のある個性及び環境の相関的異常状態』というも大差ないであろう。条文は『性格又は環境に照らして将来罪を犯し、又は刑罰法令に触れる行為をする虞のある』ことを表現している。ただそれは将来罪を犯し又は刑罰法令に触れる行為をする虞あるというだけに止まるものでなく、もつと広く非行一般を犯す虞のあることをいう。」と説明している（一六頁）。「非行一般」とは、「将来、罪を犯し、又は刑罰法令に触れる行為」（少年法三条一項三号）の他に、同号イないしニに規定された問題行動も含めて定義したものと解される。

(76) 平井・前掲注(4)一八頁―一九頁。

(77) 裾分・前掲注(1)「要保護性試論」二二頁―二三頁。

(78) 裾分・前掲注(1)「要保護性試論」二二頁。

(79) なお、本文では触れなかったが、「矯正可能性」や「保護相当性」に代えて、「保護適合性」（少年の犯罪的危険性を除去するために必要な手段と現実の処遇執行機関の能力の整合性を見極めて処遇選択する概念）を要保護性の内容とする考え方

(澤登俊雄ほか『展望少年法』(一九六八年、啓文堂) 三二三頁、澤登・前掲注(3) 一四五頁―一四七頁) も提唱されているが、「保護不能」という規範的指標を判断する際に行動科学的な見地から拘束する意図があるものの、結局のところ、「橋下可能性」と同様の位置づけができるのではなからうか。

- (80) 齊藤・前掲注(10) 七〇五頁。
- (81) 齊藤・前掲注(10) 七〇五頁。
- (82) 平井・前掲注(4) 一九頁。
- (83) 平井・前掲注(4) 一九頁。
- (84) 平井・前掲注(4) 一九頁。
- (85) 岩井・前掲注(2) 三六六頁。
- (86) 齊藤・前掲注(10) 七〇五頁。
- (87) たとえば、荒木・前掲注(66) 七頁、齊藤・前掲注(80) 七〇五頁。
- (88) 齊藤・前掲注(10) 七〇五頁。
- (89) 荒木・前掲注(66) 一三頁。
- (90) 荒木・前掲注(66) 一四頁。
- (91) 荒木・前掲注(66) 一四頁。
- (92) 平場・前掲注(6) 六七頁。
- (93) 齊藤・前掲注(10) 六九九頁参照。
- (94) See, Howard Zehr, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press (1990=1995) pp. 181-186. (ハワード・ゼア著、西村春夫ほか監訳『修復的司法とは何か―応報から関係修復へ―』(二〇〇三年、新泉社) 一八四頁―一八八頁。)
- (95) 田宮Ⅱ廣瀬編・前掲注(31) 三三三頁―三三四頁。
- (96) 田宮Ⅱ廣瀬編・前掲注(31) 三三三頁―三三四頁。
- (97) たとえば、荒木・前掲注(66) 七頁、齊藤・前掲注(10) 七〇五頁。
- (98) 岩井宜子「保護処分と刑事処分の関係について」家月三三卷一二号(一九八〇年) 五頁。渡邊一弘『少年の刑事責任―年

論と刑事責任能力の視点から』(二〇〇六年、専修大学出版局) 二五九頁―二六〇頁・二七二頁、同「刑法と少年法の関係―責任の要件をめぐる―」澤登敏雄∥高内寿夫編著『少年法の理念』(二〇一〇年、現代人文社) 一〇八頁参照。

(99) 岩井・前掲注(98) 五頁。

(100) 岩井・前掲注(98) 五頁。

(101) 岩井・前掲注(98) 五頁。

(102) 武内・前掲注(5) 一一―四頁参照。

(103) 平場・前掲注(6) 六九頁、畠山・前掲注(59) 一一頁、田宮∥廣瀬編・前掲注(31) 三九頁。

(104) 平場・前掲注(6) 六九頁、田宮∥廣瀬編・前掲注(31) 三九頁。

(105) たとえば、東京高決昭和五八・一二・五家月三六卷七号一〇三頁〔普通乗用自動車の無免許運転をおこなった少年に対して中等少年院送致決定がなされたことに関する抗告審決定〕。

(106) 本問を考えるにあたり、特殊詐欺の事案が想定される(松原里美ほか「特集 現代型非行の処遇―特殊詐欺を素材として(座談会)―」家庭の法と裁判一四号(二〇一八年) 四頁以下)。具体的には、詐欺の被害額が大きいのが、少年自体はアルバイト感覚で受け子や出し子を引き受けたもので、非行歴がなく、学校にもしつかりと通っている場合などが考えられる。

(107) 山名学「少年審判と非行事実」調研紀要五二号(一九八七年) 六一頁―六二頁。笠井勝彦は、「非行事実は審判の対象となるだけでなく、その内容、態様等が要保護性と併存する要件として保護処分の要否の判断や種類選択に直接的に関係すること」としている(笠井勝彦「保護処分の選択決定における非行事実の持つ機能」家月三七卷六号(一九八五年) 一一―一頁)。

(108) 山名・前掲注(107) 五一頁―六〇頁。

(109) 山名・前掲注(107) 五一頁―六〇頁。

(110) 廣瀬・前掲注(68) 三八七頁。

(111) 岩井・前掲注(2) 三六九頁。

(長崎総合科学大学共通教育部門准教授)