

非行少年処遇における保護処分の意義

吉 中 信 人

はじめに

- 一 非行少年の処遇と犯罪者処遇の理論
- 二 保護手続と保護処分
- 三 保護処分をめぐる若干の問題
- 四 刑事処分に対する保護処分の意義
おわりに

はじめに

少年法研究の領域において、保護処分の意義というテーマは必ずしも一般的ではないかもしれない。確かに、かつての少年法改正論議の一つとしてあった保護処分の多様化や弾力化の主張は、とりわけ社会防衛の必要性を考慮して、少年保護における福祉機能を保護処分に限定するという考え方と結びついており、試験観察や観護措置等の中間処分の役割を含む家庭裁判所の福祉的機能をともしれば軽視しがちであったという側面があった。従って、現在において保護処分の意義を問うことは、これまでの議論の蓄積を無視し、時代を逆行させるかのような印象を与えてしまうかもしれない。

また、少年法は特に手続法研究者や実務家によって語られることが多いが、手続的側面からする考察・分析は、現

代における少年法論議の一つの重要な領域を形成している。特に九〇年代に入り、山形マツト死事件を契機に、非行事実認定過程を含む適正手続論が少年法議論において特に重要な関心事になっていくことは周知のところである。当然の事ながら、このこと自体何ら問題とするにはあたらないし、いうまでもなく手続法理論のもたらした功績は、殊に少年の手続的保障論の進展に関していくらか評価しても評価し過ぎることはないほどである。

しかしながら、今日まで続くこのような傾向は、特に最近、少年法における処遇論の貧弱化、もっといえば等閑視をもたらしってきているのではないかとさえ思われる。支配的な見解も、保護処分を最終手段とは見ているとしても、少年保護の概念を、発見ないしは家庭裁判所の受理から終局決定及びその執行にいたるまでの全過程と捉えているように思われる。しかし、保護処分を二次的、補充的に位置づけているのかどうかは必ずしも明らかでない。はたして手続の福祉的效果を理由に、保護処分をできるだけ回避する方向で考えるべきなのか。さらに、本稿の範疇をもちや超えるが、本当に刑罰はいかなる場合でも処遇たり得ないのか。少年法がたとえ消極的にせよ保護処分や刑罰を、選択可能な法効果として承認している以上、少なくともその意義を論ずることは重要ではないだろうか。二〇〇〇年の少年法改正で導入された「少年院収容受刑者」という奇妙なカテゴリーはしかし、このような問題を考えるための良い材料になりうるように思われる。

上述のような経緯もあってか、多くの少年法の教科書類では、処遇論は単に終局処分としての保護処分に関する記述として扱われ、処遇論を掘り下げたものは少ない。実際のところ、非行少年処遇の課題は、少年法の理論と刑事政策における犯罪者処遇論の交錯する領域であるが、少年法では手続論中心、逆に刑事政策では成人犯罪者の処遇論が取り扱われ、非行少年に特化した処遇論ということではあまり扱われない。

本稿は、犯罪者処遇論の視点から非行少年処遇論について未熟な模索を試み、将来、本格的な非行少年処遇論を展

開するための準備作業を行おうとするものである。そこで、まず、非行少年処遇論を意識しながら既存の犯罪者処遇論について概観し、保護手続と保護処分、そして保護処分をめぐる基本的問題について言及した後、保護処分の意義について、若干の考察を行ってみたい。

一 非行少年の処遇と犯罪者処遇の理論⁽¹⁾

(一) 犯罪者処遇の観念

一般に、刑事政策でいう「犯罪」とは、「犯罪」(crime)と「非行」(delinquency)を含む広い概念であり、また「犯罪者」も、必ずしも刑法学上の犯罪を行った者に限定されない。「処遇」とは、「取り扱う」「遇する」といった意味であるが、この考え方は比較的新しいもので、もともとは、自由刑の応報的・懲罰的執行に反省を求め、犯罪防止の観念を重視した行刑学派の思想に遡る。そこでは、中世まで刑罰の主力であった生命刑や身体刑はもとより、自由刑が中心になるようになって、なお古典的な刑罰思想はあくまで応報を中心にしたものであったという事情があった。

そして、近代学派の登場にともない、受刑者の処遇にとどまらず、犯罪者の人格を考慮した取り扱いの重要性が意識されるに及んで、「犯罪者の処遇」という概念が登場することになった。犯罪学的にはイタリア実証学派の決定論的思考の影響も見逃すことができない。この、処罰(punishment)と処遇(treatment)の相違は、刑法学派の争いで、古典学派と近代学派における思想の相違に対応するものであるが、現代的な刑事政策の流れの中では、どちらかを強調するというよりも、両者を調和した穏健な立場が主流であるといつてよいだろう。わが国の刑事法も、近代学

派の制度を大きく取り入れながらも、その基盤には、古典学派の思考がなお息づいている。

少年法の系譜は、直接には英米法のパレンス・パトリエ（国親）の思想に由来するものであるが、大陸刑事法の文脈でいうなら、明らかに近代学派の思想に近く、それゆえ、処罰ではなく処遇という考え方が馴染むのである。

(二) 処遇論の用語法

(a) 最も一般的に使われる用語法として、身柄拘束の度合いによって分類するものがある。拘束度の高い順から、施設内処遇、開放的処遇、社会内処遇、と呼ばれ、刑事政策においても少年処遇論においても、できるだけ閉鎖的な環境を避け、開放的環境、あるいは社会内に近い環境のもとで社会復帰を図るべきだと考えられている。少年法の文脈では、少年刑務所や少年院は施設内処遇、児童自立支援施設や児童養護施設は開放的処遇、保護観察は社会内処遇、を行う場とってよいだろう。

(b) 一方、手続の流れおよび形態に着目して分類する考え方もある。

一つめは、裁判や審判の段階で、どのような制裁をどの程度に賦課するかという、処遇決定段階の働きかけそのものを処遇と捉えるもので、司法的処遇と呼ばれる。司法的処遇の考え方については、刑法上の硬い古典学派の考え方や、刑事訴訟法上の無罪推定原則等との関係から、これを否定的に捉える見解もあるが、わが国の現行刑事法上、起訴猶予や執行猶予制度には実質的に処遇の機能が認められるであろうし、比較法的にも、明らかに刑事政策的考慮を含む、宣告猶予や判決前調査の制度は、この概念を認めなければその身の置き所に困ることになるだろう。国際連合における犯罪対策に関する諸作業との関係でも、処遇とは司法的決定の段階はもとより、司法的決定前の段階も含む広い意味で通常理解されている。少年法の文脈では、家庭裁判所調査官の試験観察（二五条）や少年鑑別所における観護措置（十七条二項）等を代表として、実質的には処遇が行われており、この概念を直截に認めて良いだろう。た

だ、少年法では、刑事法的な匂いのある司法的処遇よりも、福祉的な思想としての司法福祉論の立場から司法的段階の処分や措置が語られることが多い。⁽²⁾ 司法福祉とは、山口幸男によれば、国民の司法活用の権利を實質化し、司法を通じて一定の社会問題の個別的・実体的緩和ないし解決を追求する政策とその具体的業務をいい、⁽³⁾ 矯正や更生保護における解決をも視野に入れた広い概念であるが、ここでいう手続段階の処遇論とは、その次元を異にしている。

裁判・審判後における制裁の實質的執行段階の処遇を、矯正処遇といい、これが二つ目である。矯正 (correction) の考え方は、ドイツ法的な行刑 (Strafvollzug) よりも広く、非行少年に対する施設内処遇としての少年保護を含むもので、アメリカ法的発想に基づいている。矯正という言葉を用いる場合は、それが単なる制裁の執行に尽きるものではなく、犯罪者の再教育と社会復帰をも内容としているという側面がある。この意味で、この矯正処遇論は非行少年処遇論にとっても整合的な考え方といえるだろう。具体的には、少年刑務所や少年院における処遇、仮出獄や仮退院時における当局の裁量等を通じての処遇がこれに属するものである。なお、アメリカにおける矯正処遇論は、マイノリティに対する選択的な法執行や過大代表等の、改善的な取り組みに関する様々な問題点が指摘されるに及んで、いわゆる矯正悲観論を生み、後述するジャスティス・モデルが台頭していくことになるが、わが国では事情が異なり、当初の矯正理念は、成人矯正においても少年矯正においてもなお、理論上も実務上も堅持されているといつてよい。

三つ目は、独立処分としての社会内処遇、又は司法的処遇後若しくは矯正処遇後の社会内処遇を指すもので、保護的処遇と呼ばれる。実務上、広い意味で使われる更生保護という用語が、ほぼこれに対応する。宣告猶予や執行猶予、さらには仮釈放に伴って言い渡される保護観察や、保護観察に付されないで自由刑の執行を終了した場合の社会内処遇 (わが国では犯罪者予防更生法第四八条の二に規定される更生緊急保護) がこれに該当するが、恩赦や復権等も含む概念である。少年法上は、独立処分としての保護観察 (二四一条一項一号、犯罪者予防更生法第三三条第一項第一号)、

少年院からの仮退院に伴う保護観察（犯罪者予防更生法第三三条第一項第二号）が特に重要である。

(三) 犯罪者処遇の原則と動向

(a) 犯罪者処遇には、ほぼ国際的に承認された原則があり、これは、基本的に非行少年処遇についても妥当する。まず、(i) 人道的処遇の原則、である。国連人権規約 B 規約七条は「非人道的な若しくは品位を傷つける取り扱い」を禁止し、同規約一〇条一項は、人間の固有の尊厳の尊重を謳う。さらに、(ii) 公平処遇の原則、があり、犯罪者は、同一事情の下では均等公平に取り扱われる（国連被拘禁者処遇最低基準規則六条、日本国憲法一四條、国連人権規約 B 規約二六条）。また、(iii) 法的地位に相応する処遇の原則、は法的地位が異なれば、処遇を受ける者の権利と義務に差異が生じることをいうが、少年処遇に関しては、「少年司法運営に関する国連最低基準規則」（北京ルールズ）、「児童の権利に関する条約」、「少年非行の防止に関する国連ガイドライン」（リヤドガイドライン）、「自由を奪われた少年の保護に関する国連規則」の四つの国際準則が、児童または少年という法的地位に基づいた処遇として特則を形成しており、特に重要な役割を果たしている。その全てを詳述することはできないが、基本的な思想は児童の権利条約の中に表されており、中でも、「最善の利益」の考慮（二条）、成長発達権の保障（六条）、意見表明権の保障（一二条）、等は少年処遇に固有の重要性を有するものである。

(b) 犯罪者処遇には、いくつかの動向を指摘することができる。ここでは、個別化、社会化、私事化、という側面について触れておこう。

まず、従来、犯罪者の特性・傾向・年齢・性別等といった個別事情が重視されず、まとめて扱われていた時代から脱し、特に一九世紀の後半以降、「処遇の個別化」ということが認識されるようになる。サレーユによれば、それは、法律上の個別化、裁判上の個別化、行政上の個別化、に分類され、それぞれの段階で差異に応じたきめの細かい対処

を要請する。①法律上の個別化は、法整備の充実によって多様な制度を取り入れ、個別化を推進することであり、②裁判上の個別化は、犯人の主観的事情を考慮して刑事制裁の種類と量を決定することであり、③行政上の個別化では、矯正処遇および保護的処遇の段階で行政機関によってなされる個別化をいうとされる。特性群別の応差的処遇に基づく分類処遇（收容分類・処遇分類や個別的処遇計画）、保護的処遇における保護観察等は、この行政上の個別化、ということになるだろう。非行少年処遇が、少年用の固有の施設を持ち、また少年裁判所制度という個別の制度をもって取り扱われるようになったことも、個別化への大きな一歩であったといつてよいが、わが国の少年法では、福祉的対応、保護処分、刑事処分、という大きなメニューがあり、さらにそれぞれの中で少年の状態に応じて細かく個別化されているのである。

次に、社会化である。犯罪者処遇は、誘惑や刺激に満ちた通常 of 社会生活の中で自分をコントロールしながら、犯罪を繰り返さないような人間になることが目指されるため、できるだけ施設收容を避けて社会内での処遇が望ましいとされる。また、拘禁に関連して心身に発生する様々な弊害も指摘されている。「施設内処遇から社会内処遇へ」ということが、現代の処遇論の動向を表すものとして語られるのは理由がある。施設内処遇は、それがどれほど個別化されても、あくまで閉じられた社会の中での話であつて、模範囚が社会の中でも自律的に遵法行動を維持していけるかどうかは、実際の社会の中に身を置きながら生活してみないと分からないものである。ただ、社会化は、施設内処遇においても同様に必要であつて、刑執行をできるだけ外の社会の状態に近づけていこうとする行刑の社会化は、非行少年に対する処遇においては保護処分が中心になるが、いっそう重要な課題となる。

なお、良く知られたことであるが、この処遇の社会化の問題は、単に理念としてそれが望ましいからという理由でのみ推進されるものではない。刑務所を作るより社会内処遇のほうがむしろコストがかからないから、あ

るいは、刑務所の過剰収容の弥縫策として、社会内が選ばれる場合があるからである。それらは、しばしば、電子監視システム等によって当局より監視され、もはや社会内処遇というより、「社会内処罰」の執行方法といったほうがふさわしい場合がある。

近時の動向をあらわすものとして、処遇の私事化、が指摘できる。刑事施設の民営化や PFI (Private Finance Initiative) 手法による運営が世界規模で進行しており、わが国でも、山口県美祿市に PFI 手法による刑務所の新設が正式決定している。少年刑務所等についても特に例外扱いされておらず、将来は非行少年処遇にも導入される可能性はあるだろう。ただ、アメリカなどの例では、運営が逃走や事故防止等の管理面に偏りがちで、処遇の質について問題が生じる場合もあることなどが指摘されている。刑事施設については、保護処分等の執行については、なお慎重な検証や検討が必要である。

また、修復的司法 (restorative justice) は、被害者—加害者—地域社会の融和によって、国家的な刑罰システムの代替策となりうるもので、本質的に私事化的要素を含んでいる。ダイヴァージョンという司法前処理によって解決を図る場合は特に明瞭であり、NPO 等私的な組織の果たす役割は非常に重要である。公的なシステムは、新しいアイデアや処遇方法の導入についても機動性にどうしても劣りがちであるので、民間活力の導入は積極的に推進されるべきであるとしても、処遇の質をチェックする体制については十分公的に担保しておく必要があるだろう。

(四) 処遇の理念とモデル論

処遇の理念に関連して、いくつかのモデル論が語られる。制裁としては刑罰を念頭に置いたものであるが、考え方のそのものは、非行少年処遇についても妥当するといつてよい。ここでは、基本的なもののみについて触れる。

(a) 刑罰及び行刑の目的は、単なる処罰ではなく犯罪者の改善更生によって犯罪防止を企図することであると考

え方を、改善モデルと呼ぶ。一八七〇年のアメリカ・シンチナチ宣言が代表的であり、イタリア実証学派による不定期刑の提唱や、ドイツにおけるリストのマールブルク大学綱領（それは、改善不要犯人、改善可能且つ必要犯人、改善不能犯人を分け、それぞれに対する対処を示したものであった）に、その思想を看取できるが、そもそも施設収容で犯人改善が可能かという批判が加えられていた。ただ、この考え方が社会内処遇にも適用されるようになると、わが国をはじめ多くの国々では基本的に承認されていた。少年法で語られる「更生」概念も、この改善モデルの思考と共通するものがある。

(b)改善モデルの流れは、その後、とりわけ二〇世紀初頭のアメリカにおいて、大きな進展を遂げる。精神医療の発達に伴い、犯罪者を病人に見立てて処遇の内容や期間の柔軟性を正当化する方向に向かったのである。これが医療モデルと呼ばれる考え方であり、医療の側面から改善モデルを誇張したものであるといってもよい。この考え方に従えば、犯罪者は病人なのであるから、病気が早く治れば早く施設から出られるが、治らなければ長期間入院が必要ということになる。つまり、不定期刑（普通は相対的不定期刑のことを指し、わが少年法五二条が採用している）やパロールが活用されていったのである。医療モデルには、正しい核心も含まれているが、すべての犯罪者が病的傾向を有するわけではないし、また医療の論理だけで行刑を捉えきれぬものでもない。通常、診療行為の基本は契約であり、医療を受ける者の同意を前提にしているが、刑執行は裁判の効力（執行力）に由来する有権的法執行であり、もちろん同意の有無は問題とならない。しかしながら、そのパターンリスティクな介入の論理には、非行少年処遇と共通する側面があり、しばしば医療とのアナロジーで少年処遇が語られることがある。

(c)多くの少数民族を抱えるアメリカにおいては、医療モデルのように当局の裁量が大きく、しかも裁量の基準も不明確であるような場合、人種的な偏見を超えて公正な法執行が担保されないと、様々な不満が爆発することになる。

また、医療モデルは、医療の論理から、過干渉・過介入に陥りがちな側面も持っていた。こうして、当時のアメリカでは失業率の増加もあって過剰拘禁が問題になり、また、マイノリティグループの過大代表（社会の人口比が刑務所人口比に比例・反映せず、あるグループの人々が人口比において過大に刑務所内で多数を占めること）の問題性が意識されるようになっていった。こうしたこと等を背景に、一九七〇年ごろからフォーゲルによって提唱され始めたのが、いわゆるジャステイス・モデル、である。これは、わが国では、公正モデル、司法モデル、正義モデル、等と訳されている。ジャステイス・モデルの考え方は、犯罪者を刑務所で改善することは不可能であり（矯正悲観論）、可能だとしても法執行機関の裁量が大きく（基準が不明確）、デュープロセスの保障も十分でないところでは、改善にとつてかえってマイナスであり、まず公正（ジャステイス）という理念こそが行刑の基本原則とならねばならない、というものである。ここから、不定期刑より定期刑が、パロールより善時制が主張されることになり、実際アメリカの法制度や矯正実務はそのように動いていった。

少年司法においても、このジャステイス・モデルの流れに呼応して、ほぼ同じ時期に、連邦最高裁において、ケント判決、ゴルト判決、ウインシップ判決が相次いで下され、パレンス・パトリエよりもむしろデュープロセス重視の傾向が定着していく。⁽⁴⁾ また、イギリスでは、ジャステイス・モデルの対立概念として、福祉モデルという考え方がしばしばみられるが、これは、非行少年処遇を、非行行為といった徴表的な問題で捉えるのではなく、その少年に福祉が必要であるか否かという側面から捉えるべきだと考える。従って、処遇の問題として、非行少年と放任少年や被虐待少年が同じ施設に収容され、福祉的な取り扱いを受けるということもありうることになる。

(d)さて、以上のような処遇モデルの中で、わが少年法が基本とする考え方はどれであろうか。いずれの考え方にもそれぞれ長所があるが、わが少年法の建前は、保護処分優先主義を採用しており（これは現実の処分状況を反映した

表現ではなく刑事処分を優先しないという意味である)、そこには、基本的に改善モデル的な思考が存在していることは疑いがない。ただ、当初の改善モデルは「刑事施設における改善」というところに力点があった。既に述べたように、処遇の基本は社会内処遇であり、施設内処遇の効用をあまり強調するのは、特に少年にとつては弊害が大きい。

次に、少年法は行動諸科学の知見に信頼する立場からいわゆる科学主義(九条等)を採用していること、また不定期刑の採用などから、明らかに医療モデル的な側面も有している。また、自己決定を重視する成人医療及び成人矯正と異なり、非行少年処遇については、本人に同意がない場合における小児医療の論理を、パターンリズムに依拠して当てはめやすい。しかし、少年非行には、医療モデルでうまく説明できるものとそうでないものがあるし、全てを医療モデルで説明できると考えるのは危険ですらある。

では、ジャステイス・モデルはどうか。非行事実認定過程に限らずデュープロセスの重要性について現在異論はないが、この考え方だけでは、少年への社会復帰的な働きかけや援助などの重要性があまり語られないきらいがある。やはり、社会復帰や更生という側面を軽視することはできないだろう。またこのモデルは、当初の意図に反し、近年のジャスト・デザイナー論と結びつきやすい傾向があることは指摘されねばならない。

そこで、成人処遇論において主張される「新しい社会復帰モデル」が非行少年処遇においても妥当しないだろうか。これは、社会復帰に必要な限りで指導援助を行うことを内容とするもので、いわゆる「処遇を受けない権利」論を視野に入れ、イデオロギー的再社会化を忌避するが、一九六〇年代後半以降の従来の社会復帰理念に対する疑念から出発した比較的穏健な立場であるといえるだろう。修復的司法の手法が公的司法制度の中で取り入れられる傾向がある現在、内心の自由に対する行きすぎた干渉を警戒する意味でも、注目すべきモデルである。⁵⁾ただし、一方では、社会

復帰の内実として被害者等や地域社会との融和を全くの射程外においていては真の社会復帰が困難なこともまた事実である。そこで、こうした被害者等や地域社会との関係修復を犯罪者の社会復帰において人道的かつ穩健に考慮する立場を「新しい再統合モデル」と呼んで、新しい社会復帰モデルの延長線上に捉えることが可能であるように思われる。

イギリスにおけるジャスティス・モデルと福祉モデルの対立は、ある意味、当時の政党の対立を反映したものであったが、現在は労働党政権であるにも拘わらず、少年司法の基本的トーンはむしろジャスティス・モデルにあるといつてよい。これに対しわが国では、あえてどちらかといえば、実務・学界の基本的立場は福祉モデルにあると考えられる。⁶⁾ただし、適正手続保障等、司法の役割の重要性は決して軽視されておらず、司法か福祉かという二者択一ではない、両者の高い次元での統一を目指した、「司法福祉モデル」が通説であるといつてよさそうである。⁷⁾

二 保護手続と保護処分

さて、こうしてわが少年法における処遇モデルの基本を司法福祉モデルと捉えた上で、保護手続と保護処分の関係を考えてみよう。少年保護手続は、その手続じたいに大きな教育的効果、ないし福祉的效果があり、単に終局処分に向かつて発展する手続の連鎖にすぎないのではない。付添人や警察ないし検察の少年係、家庭裁判所調査官、少年鑑別所技官・教官、家庭裁判所裁判官、等々との出会いの中で、少年は保護処分を受けるまでもなく、様々な気づきを得て更生する可能性をもっている。このことは、たとえ結果的に、終局処分として非行事実なし不処分となったとしても、少年の人格に配慮した取り扱ひを受けていれば同様に妥当する。少年事件においても無罪推定原則は働くが、

早期介入の必要性や、審判対象が非行事実⁸に尽きるものでないこと、また、保護処分は少なくとも形式的には刑罰ではないこと、等から、手続じたいに積極的な意味づけが与えられることには十分な理由がある。実務上も少年保護事件の約八割は審判不開始・不処分⁸で終結している。

しかし、このことから、保護処分の意義を等閑視してしまうことには問題がある。少年保護手続は、科学主義に基づき少年を診断し、少年の最善の利益を考慮して(児童の権利条約第三条等)、最も適切な対応を考える手続であるから、保護処分がその少年にとって有効であるような場合は保護処分の選択をためらう必要はないし、むしろ現行少年法が、裁判という適正手続を考慮した手段によって最終的に目指したものは、保護観察、児童自立支援施設等送致、少年院送致、という保護処分のメニューであった。たしかに、保護観察以外は施設収容をとまなう自由拘束の処分であり、できるだけそれを避けようという配慮は大切である。しかし、適切な時期に適切な保護が与えられないことによつて、かえつて非行を深化させてしまうこともある。処遇を医療に例える医療モデル論からは、子どもの身体の中に悪い部分があり、入院が必要と医師が判断すれば、子どもが嫌がっても親は子どもを入院させようとするだろう。悪いところが分かれば診察だけでいいですよ、というだろうか。もちろん診察だけで治るならその必要はない。

保護手続と保護処分は、車の両輪のごとく、どちらも大切であり、どちらか一方に偏つて解釈するのは適切ではない。現在、保護手続の意義を軽視する見解はほとんど見あたらないが、保護処分を、補充的・二次的に捉えようとする見解は有力に主張されている。調査・審判を含む少年審判をケースワーク過程とみて、これが強制力を用いる保護処分に対して、補充的・二次的役割を果たすというのである。確かにこのような考え方は、少年法議論の発展にも則しており、司法福祉論の流れからも十分理解できる。⁹しかし、これは保護処分およびケースワークに対する誤解に基づくもので、保護手続がケースワーク過程であるのと同様に、保護処分の執行もまたソーシャルケースワークの実

践であり、両者は少年司法システムとしてトータルなケースワーク過程を構成していることが銘記されねばならないだろう（とりわけ保護観察は、現実はともかく、その典型場面である）。少なくとも、保護手続は保護処分賦課を視野に収め、それに奉仕する手続でもあって、保護手続がケースワーク過程であることを認めたとしても、保護処分が補充的・二次的なものであると考えることにはならない。それは、裁判とその執行を截然と分離し、処遇を執行機関に委ねた現行少年法の基本的理念と相容れないのである。何より、少年法一条は、その目的を「この法律は、…保護処分を行うとともに…」と規定している。

さらに言えば、保護手続もまた、強制力を背景にしていることには変わりがない。少年は自ら率先して審判に参加しているのだろうか。やはり強制力を用いて審判等に参加させられているのである。強制力を背景にしたケースワークの問題は、有権的ケースワークの問題として、古くから保護観察論の中で議論されてきたところでもあり、筆者もかつて詳しく論じたことがあるので、ここでは繰り返さない。¹⁰⁾

三 保護処分をめぐる若干の問題

保護処分に関する二、三の基本的問題に言及しておこう。

(一) 保護処分は、その性質をめぐって、利益処分か不利益処分かという問題がある。保護処分は刑罰ではなく、要保護性に対応して少年の非行克服を援助する働きかけであるから、少年の利益に奉仕するものであることに注目すれば利益処分ということになるし、逆に、そのことを認めながらも、意思に反して強制的に付されるものであることを重視して不利益処分であると考えられることもできる。また、例えば少年院のような身柄拘束状態の不利益性を直視すれば、

その処遇内容がどうであろうと不利益処分と考えることも可能であろう。通説的見解は、やはり保護処分の教育効果を認めながらも、その強制的性格や施設収容の可能性を考慮して不利益処分説に傾くものである。たしかに、例えば、少年院に一年間収容された少年と、少年刑務所に一年間収容された少年とを比べたとき、結果的に執行期間が同じであれば、少年院処遇の方が教育上好ましいとしても、同様に一年という期間の自由を奪われるという意味で不利益を受けたといえるかもしれない。

保護処分を刑罰類似の不利益処分として、できるだけこれを避けようとする発想は、ある意味自然であり、このようにして理解することができそうである。しかし実は、不利益処分説が必然的に保護処分回避の方向に向かうということではなく、形式的には不利益処分だが、実質的にその少年の利益になると考えて保護処分の賦課を躊躇しない立場も十分に可能である。たとえ現在の少年にとってはその意思に反し不利益と考えられても、将来の当該少年にとって、最終的には本人のためになるとして干渉・介入することは、結局本人にとって利益であると考えられるからである。保護処分の意義を重視しない考え方は、形式的な不利益処分性(強制的性格)に拘泥して、処遇内容の利益性を等閑視するものである。保護処分における「保護」には、有害な環境や社会から少年を保護するという意義もあることが銘記されるべきである。また、形式的な不利益性は侵害原理に基づいて保護処分が賦課されることの対価であるとも言え、処遇内容そのものは侵害原理から自由であると考えれば、コンテンツの賦課については、パターンリズムによって説明可能である。もちろんその内容は、性格の矯正(一条)という、内心の問題に関わるものがある以上、窮極的には強制することはできない性質のものであることは疑いがない。

(二)次に、保護処分賦課に、刑法上の有責性(責任)要件が必要であるかという問題がある。有責性必要説と有責性不要説が対立しており、裁判例も分かれている。必要説は、少年法三条一項が犯罪少年と触法少年を区別した上、同

項二号は「罪を犯した少年」と規定しており、その罪とは構成要件に該当する違法有責な行為を指すとする形式的解釈を出発点とするが、有責性を要件とすることによって保護処分賦課の要件を厳格にし、少年の人権保障に資する解釈といえる面がある。不要説は、刑法上の責任の内実は非難可能性であるが、これを非行克服援助のための保護処分賦課の基礎にすべきでない、とか、非行事実を審判条件と見て、審判対象でない審判条件には責任は不要である、とか、保護理論においては責任の概念は要保護性の概念に構成し直すべきである、などと説かれる。

一四歳以上二〇歳未満の少年が犯罪構成要件に該当する違法な行為を行ったが、責任能力を欠くなどして有責性を満たさない場合、要保護性があっても保護処分にできないが、たまたまその少年が一四歳未満であれば、触法少年として保護処分の対象となるのは不合理であり、不要説には説得力がある。なお、この問題に関しては、「責任」と「責任能力」の問題を区別しないで論じられる傾向があること、区別しても、刑法理論における責任前提説と責任要素説による異同が等閑視されがちなこと等に注意する必要がある。¹¹⁾

(三)最後に、制裁論に関し、保護処分は、刑罰及び保安処分とどのような関係に立つかを確認しておこう。わが国の通説的見解は、刑罰、保安処分、保護処分は、それぞれ異なる要請、すなわち、責任、危険性、要保護性、に基づくものであると把握して、これらを峻別する(仮に峻別説とする)。そして、このことを前提として、少年に対する刑罰や保安処分の問題を本質的議論の埒外においているかのようなようである。少なくとも刑罰については、現行少年法が消極的にせよこれを維持している以上、その意義を保護処分との関係で十分議論する必要があるが、ここではこれ以上触れられない。いずれにせよ、保護処分が要保護性に対応することは疑いないとしても、これが責任や危険性とのような関係に立ち、何が異なるのか、等について、審判対象論を含め突っ込んだ議論が必要である。

なお、フランスでは、少年に対する再教育処分は保安処分の一形態と考えるのが通説であり、新社会防衛論の影響

もあつて、とりわけ重罪事件では刑罰を用いることも躊躇されない。つまり、保安処分である再教育処分と刑罰との垣根は、日本におけるほど高くないのである。この背景には、一定の場合における刑罰の有効性と、少年司法全体に対する配慮がある。¹² 逆に、ドイツにおける教育処分は、刑罰の一形態であり、明確な少年刑法上の法効果として、少年の答責性に基¹³づいて賦課される。これら大陸法諸国では、少年裁判所が刑事裁判所の特別部であるという事情も指摘しておかなくてはならないだろう。わが国で、保護処分が刑罰でも保安処分でもない、第三のカテゴリーと考えられがちなのは、母法であるアメリカ法に保安処分という概念がないことと、アメリカ少年裁判所制度が、伝統的に少年への処分を刑罰と捉えてこなかったことと関係があるように思われる。

四 刑事処分に対する保護処分の意義

二〇〇〇年の改正少年法は、「少年院収容受刑者」という範疇を生み出した。このカテゴリーの出現は、少年院と少年刑務所の差異についてあらためて意識させることになった。両者の差異を、量的なものと捉えるか質的なものと捉えるかについて、これまでもあった対立が、現実の法制度上顕在化することとなったのである。¹⁴ 量的なものと捉える見解（仮に量的差異説とする）によれば、教育可能性という点から両者を連続的に把握でき、このような改正をきっかけに少年受刑者に対しても矯正教育が可能となる点で、良いことであり、肯定されることになるが、¹⁵ 質的なものと捉える見解（仮に質的差異説とする）からは、もともと意味の異なる施設収容者を同じ施設に収容しようというもので、法的分裂状態にあり、否定されるべきものとなる。

いうまでもなく、少年院収容受刑者は保護処分の執行を受けているのではなく、刑罰の執行を少年院で受けている

に過ぎないが、量的差異説によれば、そもそも刑罰と保護処分との性質を質的な違いとは考えないので、刑事処分に対して「保護処分の意義」を論ずることじたいにあまり意味がないことになるだろう。ここでは、保護処分も少年の責任に基づく制裁と解されるのである。¹⁶⁾これに対し質的差異説は、上述の制裁論における峻別説に対応し、少年院は保護処分として少年の要保護性に基づく処分であり、少年刑務所は刑事処分として少年の責任に基づく処分と考えるので、「保護処分の意義」を論ずることはそれなりの意味があることになる。事柄は少年審判の対象論にも関連しており、より詳しい分析は別稿に譲ることとし、ここでは、現段階における私見の結論のみを示しておきたい。

現行少年法は家庭裁判所先議主義を採用し、実体法上発生する刑罰権を保護処分に化体する構造を採用しており、¹⁷⁾審判対象には保護相当性が入り込まざるを得ないシステムとなつていことから、保護処分も責任に対応した制裁と考えるのが解釈論として妥当といえるのかもしれない。また、量的差異説の論者がそこまで意図するものかどうかは必ずしも明らかではないが、新社会防衛論の立場からも、刑事処分の保護処分化あるいは保護処分の一形態としての刑罰が観念できるだろう。これは、とりわけ、既に法制度化された少年院収容受刑者や検送規定に関する現行法の解釈論としても整合的である。さらに、かねてより少年院と少年刑務所間の矯正教育原理や方法に関する等質化が指摘されてお¹⁸⁾り、そのことを前提に両者の境界を相対化して考えることもできそうである。

しかしながら、刑事処分と保護処分の相対化や等質化は、必ずしも保護処分寄りに流れていくとは限らず、厳罰化傾向の世論に対応して、むしろ現実には刑事処分寄りに流れていく危険性を払拭できないうらみがある。量的差異説のように考えるならば、少なくとも、少年に対する刑事管轄権を刑事裁判所ではなく、家庭裁判所に付与する等の手続的配慮も必要であり、それが理論的にも整合的であるだろう。また、もともと、行為主義的な、過去の歴史的一回の行為に対する制裁としての刑罰と、行為者主義的な、将来の要保護性に対するケアとしての保護処分とは、着

目すべき時間的方向が異なり、同時に考慮可能な別次元の反応であつて、境界をあいまいにすることにはやはり大きな問題がある。刑事処分に対する保護処分の独自の意義は、なお堅持されるべきである。しかし、質的差異説は、これを強調すれば、逆に少年刑の峻厳さを招来する可能性があることについて目を閉じてはならないだろう。

おわりに

本稿は、犯罪者処遇論の視点から、非行少年処遇の理念とモデルを導出し、成人における犯罪者処遇論における「新しい社会復帰モデル」が非行少年処遇にも同様に妥当することを確認した上で、社会復帰において被害者等や地域社会との関係修復を人道的かつ穩健に考慮する「新しい再統合モデル」の可能性を示し、さらに少年法領域での通説的見解である司法福祉論が非行少年処遇のモデルとして基本的には採用できるとしながら、それは保護手続に対する保護処分の意義を等閑視することには繋がらず、むしろトータルなケースワーク過程の重要部分を構成することを論じた。そして、少年院収容受刑者について、刑事処分特に刑罰に対する保護処分の意義を考察しようと試み、基本的に質的差異説が妥当であるとの結論を採るにいたつた。

保護処分の意義について包囲集中的に捉えようとしたが、能力不足のため、中途半端な検討に終わってしまったことを素直に認めざるをえない。「新しい再統合モデル」の詳しい検討や、福祉的対応との関係における保護処分の意義についても課題を残したが、今後の再検討を期してとりあえず稿を閉じることとしたい。

(1) 以下の記述は、主に、森下忠『刑事政策大綱(新版第二版)』(成文堂、一九九六)に依拠した。

- (2) 兼頭吉市「少年保護における司法機関と福祉機関」刑法雑誌一九卷三・四号一七二頁
- (3) 山口幸男『司法福祉論』一七頁(ミネルヴァ書房、一九九四年)
- (4) 勿論これは、両者が拮一關係にあることを必ずしも意味しない。田宮裕「少年審判とデュープロセス」家裁月報二四卷一二号一九頁以下等参照。
- (5) この点に関し、公的制度の中で反省、悔悟、しよく罪といった、真の立ち直りを求める傾向に警鐘を鳴らす見解があり、正鵠を射たものである。しかし、保護処分 of 賦課そのものは、虞犯を別とすれば、既に少年の他害行為に対する侵害原理の作用として正当化できていると考えられるので、保護処分の内容として反省・悔悟等を求めたからといって、それが直ちにリーガルモラリズムを健全育成概念に持ち込むことになるのかについては疑問なしとしない。少年が真の悔悟によって立ち直れるような場合は、パターンナリズムによって正当化できるだろう。また、処遇内容として、反省・悔悟等の強制ができないのは勿論であるが、その手法や内容が人道的であれば、反省・悔悟等へ向けた働きかけが、矯正教育等の内容として、まったくできないとすることも極端であり、成人処遇の場合とはともかく、少年処遇においては、科学主義の担保の下、慎重にこれらへの取り組みが行われることは、教育・指導の内容として許容されるべきであろう。
- (6) 福祉機能の円滑な遂行によって司法機能も実現されると考え、司法機能を福祉機能に対し第二次的、補充的なものと位置づけるものであるが、保護処分を二次的、補充的に扱うものか否かは必ずしも明らかでない。
- (7) 澤登俊雄『少年法入門(第二版補訂)』二六五頁(有斐閣、二〇〇三年)。医療モデルの生物学的側面は軽視すべきでないが、なお「モデル化」に対しては、特に精神医療の構築的側面を視野に収めたとき不安が残る。また、司法福祉に対する鋭い指摘として、花岡明正「少年法とパターンナリズム」新倉修・横山実他編『少年法の展望(澤登俊雄先生古稀祝賀論文集)』四二頁(現代人文社、二〇〇〇年)がある。
- (8) 前野育三『刑事政策と治安政策』一四頁(〇〇、昭和五四)は、既に「少年保護手続の目的の一つは、処分を必要としない少年を選び出すことにある」としていた。なお、注9参照。
- (9) この点、司法福祉論は、終局決定があるまでは、「非行のある少年」ではないとして、審判に付すべき少年を非行のある少年にしないための努力について言及する。
- (10) 吉中信人「フランスの少年保護観察制度(3・完)」一橋研究二〇卷一号(一九九五)参照

- (11) この問題については別稿に譲りたい。
- (12) 吉中 信人「フランス少年司法の比較法的考察—英米法国の視点」一橋論叢一一六卷一号(一九九六) 参照
- (13) 吉中 信人「少年保護観察の理論」広島法学第二〇巻一号(一九九七) 参照
- (14) 齊藤 豊治「改正少年法とその運用」犯罪と非行第一三九号(二〇〇四) 一三頁以下は、少年院收容受刑者については直接言及しないが、少年院と少年刑務所の差異は、教育施設か刑事施設かの差異であり、質的なものであるとする。
- (15) 例えば、川出 敏裕「逆送規定の改正」現代刑事法第三巻第四号五六頁
- (16) 佐伯 仁志「少年法の理念—保護処分と責任—」猪瀬 慎一郎他編「少年法のあらたな展開」三五頁以下(有斐閣、二〇〇一年)
- (17) 吉中 信人「少年保護観察の理論」広島法学第二〇巻一号(一九九七) 参照
- (18) 比較的最近の論稿として、平野 泰樹「少年と刑罰」新倉 修・横山 実他編「少年法の展望(澤登俊雄先生古稀祝賀論文集)」三二七頁(現代人文社、二〇〇〇年) がある。

〔付記〕

在外研究のため、参照すべき文献を参照できず、また注記すべき文献を注記できず、引用も不正確な部分があることを畏れるが、大方の御寛恕をお願いする次第である。