

# 少年保護觀察の理論

吉 中 信 人

目次

はじめに

一 少年保護觀察の概念

二 ドイツの教育援助処分

三 わが国の少年保護觀察

おわりに

## はじめに

現在わが国では、非行事実認定過程をめぐり少年法改正論議が盛んである。この過程がきわめて重要なものであることは論を待たない。ただ特に少年保護事件については、発見から処分の執行に至るまでのトータルな過程を視野におさめたうえで個別のテーマに関する議論をおこなわなければ、本来の意味で問題が見えてこないようにも思われる。とりわけ注意を喚起したいのは、非行事実認定の法的効果としての保護処分の性質である。なぜなら、およそ賦課されるべき処分の性質を射程に入れないで、それに奉仕する手続を論じることなどできないはずだからである。少年保護手続を、刑罰という害悪を加えるための刑事手続のアナロジーでどこまでとらえることができるかが問題である。

たしかに、現行の保護処分の状態を所与のものとして、刑罰類似の不利益処分であり、それゆえ非行事実を積極的に認定されることは——たとえ事実が真実であったとしても——許されない、と考えることにはそれなりの意味がある。しかし、もし仮に理想の適正手続を経て非行事実を認定された少年がいたとしたばあい、彼に対しても「害悪としての」保護処分を与えなければならないというのでは、あまりに議論が後向きとは言えないだろうか。現在の保護処分が不利益処分だとしても、これを少年にとって実質的に利益なものにしていこうとする努力がわれわれには求められているものと思われる。

こうした視点からすると、保護処分のなかでも社会内処遇については、実質的に利益処分化していくための素地が十分にあると考えられる。施設内処遇のばあいは、いかに矯正教育を充実しても、自由の拘束という点では自由刑の執行とパラレルなものとして論じられ易い。そして、社会内処遇の中心は保護観察であり、保護観察処分をいかに充実したものにしていくかということこそは、少年司法制度のよりよき方向を探るうえできわめて重要なテーマであるといえるのである。ただ、これまでは、保護観察についての理論的考察が必ずしも十分ではなかった。保護観察という用語があまりにも広い意味に使われたり、また成人に対する保護観察と少年保護観察との区別が明確に意識されることがなく論じられたりしているのも、このことを裏付けている。

本稿では、少年保護観察の概念を画定したうえで、ドイツの教育援助処分を素材にして少年保護観察のあるべき姿を追究していきたい。わが国の「保護観察」という用語は、この教育援助処分の前身である“Schutzaufsicht”に由来するものであり、わが保護観察制度のいわば源流が、現在ほどのような処分となっているかを知るとは、今後のわが国の社会内処遇の方向を探るうえで重要な参考となるように思われる。

- (1) 非行事実の認定が直ちに保護処分をもたらすという意味では勿論ない。ここには少年審判の対象は何か、という重要な論点があるが、これについては別の機会に触れたい。
- (2) 加藤久雄『ボーダレス時代の刑事政策』(有斐閣、平七)は、一六八頁において、行状監督を「新しい『保護観察』制度である」とされる一方、二一〇頁では『行状監督』と『保護観察』の相違を論じておられる。行状監督を保護観察の一形態とすることに、保護観察の理念からして重大な疑問がある。
- (3) 菊田幸一『保護観察の理論』六頁(有信堂、昭四四)

### 一 少年保護観察の概念

世界的に見て、今や少年保護観察は、成人に対する保護観察とは明らかに一線を画した概念である。例えば、前者と後者の対応関係は、イギリス(イングラントとウエールズ)における、“supervision”<sup>(4)</sup>と“probation”<sup>(5)</sup>、フランスにおける、“liberté surveillée”と“sursis avec mise à l'épreuve”<sup>(6)</sup>、ドイツにおける、“Erziehungsbeistandschaft”<sup>(7)</sup>と“Bewährungsaufsicht”<sup>(8)</sup>となつてゐる。

成人に対する保護観察は、多くのばあい、刑の執行猶予や仮釈放に伴つて付されるが、少年保護観察は、保護処分や教育処分といった、真の刑罰とは言えない処分の一種として付されるものであることが多い。<sup>(5)</sup>わが少年法二四一条一項一号に規定される保護観察(以下一号観察という)もそのひとつである。これを形態論に則して言う<sup>(6)</sup>と、前者はプロベーション(またはパロール)型、後者は独立処分型、ということになる。<sup>(6)</sup>プロベーション型は終局処分を留保し、その宣告または執行という心理強制によつて善行を保持させ易いが、保護観察の理念をソーシャル・ケースワークの実践と考える限り<sup>(7)</sup>、致命的な欠点をもつ。他方、独立処分型は、少年が刑罰の威嚇を受けないのでケースワークの実

践には都合がよいが、実効性が期待できないのではないかという疑問も残る。しかし、少年保護観察が多く独立型を採用しているのは、実効性よりも理念を重視しているということである。そして、この形態であることにより、保護観察そのものの内容充実が期待されることになるのである。

ここで、真の刑罰以外の処分的一种として付される独立処分をもって、少年保護観察の概念を画定することとしよう。では、このような保護観察であれば、理念の達成は十全に果たされるのだろうか。問題の一端は少年司法制度の構造にも関わってくる。つまり、せっかく上記のように少年保護観察の概念内容を福祉的に画定しても、その少年保護観察処分を決定する手続が刑事裁判所における刑事裁判権の作用だとすると、理論的に審判対象に呼応した処分に直接刑罰権の作用は及んでしまうことになる。その際に、保護観察の内容として、例えばわが国でいう指導監督のような機能がもともと容認されていれば、この部分に刑罰権の作用は実質的に吸収されてしまうだろう。しかし、保護観察の理念を追求していけば、権力作用は払拭されることになり、その結果処分が補導援護のみを中心とした保護観察であったばあいには、刑罰権は行き場を失ってしまうことになる。そのような状態はその国の理論と実務に様々な歪みをもたらすだろうことは想像に難くない。

ここでは、保護観察の内容を理念に則したものとなるよう追求した結果、かえって刑事裁判所の裁判権のもとで機能不全に陥っているという矛盾が露呈している。このような矛盾を抱えるひとつの例として、ドイツにおける少年保護観察としての教育援助処分を検証し、それを通じて、わが国における少年保護観察理論の深化を企図してみたい。

- (4) Negley K. Teeters and John Otto Reinemann, *The Challenge of Delinquency*, 1961, at 392. ちなみに、アメリカにおいては、少年裁判所の非刑事手続性に調和させるべく、“probation”の代わりに“supervision”の用語を使う法域がある。それは「プロベ

「シオン」という言葉は、そのもつ社会的側面を表現するに不十分であり、また、それがあまりにも強烈に刑事裁判所の専門用語であることが想起されるからである」としている。

(5) 勿論、真の刑罰処分(フロベーション型)としての少年保護観察も存在するが、それは成人に対する保護観察と同じものであり、少年保護観察のオートノミーを認めることはできないので、ここでは触れない。

(6) 詳しくは、拙稿「フランスの少年保護観察制度——保護観察の形態に関する研究序説(1)、(2)、(3・完)——」(二橋研究、第一九卷第一号、第二号、平六、第二〇卷第一号、平七)を参照されたい。

(7) 瀬川晃『犯罪者の社会内処遇』(成文堂、平三)一五五、一五六頁参照

(8) 本稿においては、わが国における少年保護観察の視点から、ドイツ少年保護観察の検討をおこなう。ドイツにおける議論状況とそれに対する私見とについては、N. Yoshinaka, Eine kleine Reflexion über die Erziehungsbefugnis, *Hitotsubashi Journal of Social Sciences*, Volume 20, No. 4 (No. 110) January 1996, を参照されたい。

## 二 ドイツの教育援助処分

### (一) 総説

教育援助処分(Erziehungsbefugnis)の前身である保護観察(Schutzaufsicht)は、フランスにおける少年保護観察(liberte surveille)と同様に、アングロサクソン法に由来している<sup>(9)</sup>。それは、まず一九二二年七月九日のライヒ少年福祉法五六条以下に規定された<sup>(10)</sup>。そして一九六一年八月一日の改正法である少年福祉法五五条以下で、教育援助処分として名称変更を果たしている<sup>(11)</sup>。さらにこれを受け継いだ一九九〇年六月二六日の児童少年扶助法(Kinder- und Jugendhilfegesetz)は三〇条に教育援助処分を規定し、一九九三年二月一六日の改正を経て、同年五月三日の現行法へ繋がっている。そしてこれらにより一九五三年八月四日の少年裁判所法は改正をうけ、現行一二条で教育処分として

の教育援助処分の賦課を規定している。<sup>12)</sup>

それによると裁判官は、社会法典第八編三〇条の精神にのっとり、教育援助の形態における教育のための扶助を、少年保護所の意見を聞いて命じ、また社会法典第八編に挙げられた条件の下で請求することができる。そして、社会法典第八編、児童少年扶助法三〇条は次のように定める。教育援助司(Erziehungsbeistand)と世話扶助司(Betreuungshel-fer)は、発達問題を克服するに際し、できるだけ社会的環境を考慮して児童と少年を援助し、また家族関係の維持をはかりながら彼らの自助を支援するものとする、と。

少年裁判所法一二条は、「教育のための扶助」の解釈を児童少年扶助法二七条に委ねている。それは一項で、「教育のための扶助」の親権者からの請求権を規定し(少年福祉法では五七条一項一号で後見裁判所による賦課も認めていたが、児童少年扶助法では親権者からの法的請求権に限られることになった)、二項で「教育のための扶助」は二八条から三五条の各方策に従って付され、その方法や範囲は個々のケースにおける必要性に応じるべきこと、三項で「教育のための扶助」はとりわけ、教育学上、そしてそれと結びついた治療上の給付の履行を含むことなどを、それぞれ規定している。このように、教育援助処分を賦課するための条件や内容は多く児童少年扶助法の解釈から導き出されることになる。その際に、児童少年扶助法に規定がないばあい、廃止された少年福祉法の規定をどこまで類推適用できるか、という問題があり、積極説<sup>13)</sup>、消極説<sup>14)</sup>があるが、本稿のテーマから逸れるので、ここでは立ち入らない。

われわれがここで留意すべきは、このドイツ少年保護観察の形態<sup>15)</sup>教育援助処分が、少なくとも条文のうえで、監視の機能からの決別を果たしているように見えること、そしてそのような援助的、福祉的に純化されたはずの処分がなお刑事処分の一態様としての教育処分のひとつとされていることである。

## (二) 適用件数と評価

福祉法領域に比して、刑事制裁としての教育援助処分の適用件数はあまりに少ない。たとえば一九九〇年には、六、九九九人の未成年者が教育援助処分の下にあつたが、そのうち少年裁判所で言渡されたのは、わずか二二二人である。それに対し教育権者の申請に基づく命令は六、四七三人であつた。<sup>15)</sup>これを一九九二年について見ると、総数八、〇四四人のうち教育権者の申し出によるもの一八四八人、裁判所または檢察官によるもの三三〇人、少年保護所によるもの四、四〇一人であつた。<sup>16)</sup>

このように、現実に僅少な適用件数に呼応して、学説は一致して少年裁判所法上の法効果を疑問視している。<sup>17)</sup>かのシュラー・シユプリンゴルムはこれを「ひとつの悲劇」とまで評している。<sup>18)</sup>適用が少ないのは、本職の教育援助官を確保できていないなどの、処遇内容に関わる不備よりもむしろ、この処分が何らの強制的威嚇手段を持たないからではないかと思われる。ドイツの教育処分のひとつ、指示の付与のなかには、一九九〇年八月三〇日の少年裁判所法第一次改正法によつて導入された、「特定の人(世話扶助司)の世話と監督に服すること」という項目(少年裁判所法第一条一項五号)があるが、これは実務において以前から多用されてきたもので、この処分によつて実質的に教育援助処分と同様の効果が期待できると考えられている。しかもこちらに依つたばあいは、一条の規定によつて、期間の延長や少年拘禁という威嚇によつて実効性を担保する道がひらかれており、控制手段をもたない教育援助処分の選択は、裁判官にとつて慎重とならざるをえないであろうことは容易に想像できる。保護觀察の理念からは、権力関係の介入しないケースワークを可能にするこの理想的な形態も、何らかの目に見える司法的抑制手段を求めがちな裁判官や法律学者にとつては、誠に頼りないものに見えるのかもしれない。

しかし、保護觀察処遇の充実は、正にワーカーとクライアントとのラポール形成を中心とするケースワーク関係の

十全な働きによつてこそ実現されるものであり、何らかの司法的抑制によつてではない。この見地からは、抑制手段の整備ではなく、専門の教育援助官を確保するための法整備、予算整備をこそ第一に遂行すべきなのである。ただし、事が簡単でないのは、教育援助処分の内容が福祉的に充実すればするほど、それが少年刑法である少年裁判所法に規定されている処分のひとつであるということの矛盾が広がるということがあるからである。そこで、このことを、項をあらためてもっと詳しく検討してみよう。

### (三) 法的性質

教育援助処分は、非強制的法効果を持つものとしての教育処分のひとつであり、教育心理学上も、強制手段を背景とした「世話の指示」(Betreuungsweisung)——少年裁判所法一〇条一項五号——よりも有利であるとされる<sup>19)</sup>。他方、少年刑法は真の刑法である、と言われる<sup>20)</sup>。そして、そうであればその法効果としての刑罰、処分の執行には強制力が伴うのは当然のことである。少年裁判所法五条一項によれば、教育処分は少年の「犯罪行為の故に」言渡されうる。すなわち、教育処分は「少年犯罪行為の効果」(五条見出し)なのである。そうなると教育処分のひとつである教育援助処分が強制的効果を持たないということは矛盾であるということになる。ところが教育援助処分は、これまで見てきたように、その処遇内容が援助的性格に純化されているだけでなく、その内容の実効性を担保する手段さえ持たない徹底された福祉法的理念に基づく司法処分である。これでは強制的効果は期待できない。そこで「それ自体なんらの負荷も少年に対してもたらさない教育援助処分の際には、行為を処罰するために、大抵、さらに加えて懲戒処分、少なくとも戒告が科される」ということになる。ここには後述する私見に連なる発想が含まれているが、刑罰権の作用がその解消場所を求めて落ち着いた状態である。

こうしてみると、そもそも教育援助処分のような、もともと福祉法に法源を持つ措置が、教育処分のカタログのな



かに入っていること自体が自己矛盾ではないかということが疑われなくてはならない。それは、教育処分が上述のように刑罰権の作用を受けているからであるが、これは実は、教育処分が刑の一形態であるという理解が前提となつて<sup>(25)</sup>いる。

このことは、少年裁判所が成人の刑事裁判所の特別部であるということからも理解が容易であるが、教育援助処分が刑の一形態であるというためには、少なくとも強制的機能が内包されていなければならないのである。しかし、さりとて教育援助処分は、完全な福祉法上の措置ではなく、裁判官によって言渡される司法上の処分である。強制的性格を持たないとはいえ、少年に「教育のための扶助」を義務づけるものなのである。<sup>(26)</sup> 具体的には、この処分の賦課につき、児童少年扶助法八条のような児童、少年の主体的参加のばあいと異なり、少年の承諾は不要とされている。<sup>(27)</sup>

こうしてわれわれは、ひとつの結論に導かれることを余儀なくされる。ある処分が、真の刑罰ではなく、また教育処分でもない。福祉法上の措置でもなく、いぜん刑事上のサンクションにとどまるとき、その処分は、實質的に「改善処分」(Besserungsmaßregel)であると。これは、教育援助処分が少年の有責性がみとめられないばあい、すなわち無罪のときですら、この処分が使用されることがあることからも明らかである。ただし、教育援助処分のばあい、その処遇内容がきわめて福祉的、援助的であり、また少年の教育必要性から賦課されるのであるから、社会防衛の必要から付される真の改善処分と区別する意味で、これを、「準改善処分」と呼んで、<sup>(28)</sup>教育援助処分の性質を規定することとしたい。このように解すること初めて、教育援助処分の再生を図ることが可能となるように思われる。

#### (四) 小括

現在のドイツ少年司法制度のもとでは、教育処分は刑の代替として賦課される。これは、言葉を換えて言えば、教育処分は刑罰の代替となるほどの内容を持つていてということである。そこで、刑罰が害悪だとすると、それと交換

可能なものもまた、害悪だということになる。教育援助処分がドイツであまり使用されず、刑事上の制裁としての地位を疑われているのは、この処分がもはや刑罰の代替とはなり得ないほどに福祉的になってきているということをお話している。

この内実豊かな処分を、少年の利益のために、なおも刑事上のサンクションの一種として留めておくことを企図するならば、これを刑罰の影響という呪縛から解き放たねばならない。そうすることで刑罰権の作用から自由になって、裁判官が、少年の要保護性、要教育性に対応して、刑罰要請とは無関係の配慮から、援助処分を柔軟に付することが可能となる。すなわち、教育援助処分を教育処分のカタログから外し、準改善処分としての地位を与えることである。

- (9) Becker, W., *Erziehungsberstandschafft nach dem Jugendwohlfahrtsgesetz*, 2. A., Eigenverlag des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, 1973, S. 8. など 教育援助処分と保護観察の違いや 発展の経過、沿革等については、別稿で改めて論じられている。
- (10) Becker, W., op. cit., S. 10.
- (11) Herz, R., *Jugendstrafrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, 1987, S. 60-61.
- (12) 従って一九九〇年の少年裁判所法改正法 (JGG ÄndG) 44 教育援助処分とは直接の影響を与えないこと。
- (13) Schaffstein, F./Beulke, W., *Jugendstrafrecht*, 2. Aufl., Kohlhammer, 1995, S. 101.
- (14) Albrecht, P. A., *Jugendstrafrecht*, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, 1993, S. 195-196.
- (15) Eisenberg, U., *Jugendgerichtsgesetz*, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck, 1993, S. 175.
- (16) Eisenberg, U., *Jugendgerichtsgesetz*, 6. Aufl., Verlag C. H. Beck, 1995, S. 178.
- (17) Schaffstein, F./Beulke, W., op. cit., S. 100, Albrecht, P. A., o. cit., S. 193, usw.
- (18) Böhm, A., *Einführung in das Jugendstrafrecht*, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, 1985, S. 134. など この本の第三版 (一九九六)

では、本文のような状況を反映してか、教育援助処分に関する記述そのものが省略されている。これも「いわゆるひとつの悲劇」といえるであろう。

- (19) Eisenberg, U., supra note 16, S. 178.
- (20) Schaffstein, F./Beulke, W., op cit., S. 1.
- (21) Böhm, A., op. cit., S. 133.
- (22) マイツ・トリッ大学 (Universität Trier) キョーネ教授 (Prof. Dr. Hans-Heiner Kühne) が筆者に語ったところによる。教授によれば、教育処分は保安処分と刑罰との中間に位置する概念であるが、もえてどちらかといば刑罰であり、それはドイツにおける通説的理解である、とのことであった。これに対し、フランスでは通常、少年に対する再教育処分は、保安処分の一種と解されている。これについては、拙稿「フランスの少年保護観察制度——保護観察の形態に関する研究序説(3・完)——」(一橋研究第二〇巻第一号、平七)五七頁注一八二「マイツ少年保護観察制度についての小論」(一橋研究第二〇巻第四号、平八)一四七頁注六、をそれぞれ参照されたらう。
- (23) Nix, C. (Hrsg.), *Kurzkommentar zum Jugendgerichtsgesetz*, BBLTZ, 1993, S.89.
- (24) Nix, C. (Hrsg.), a. a. O.
- (25) Yoshinaka, N., Eine kleine Reflexion über die Erziehungsbeiratschaft, *Hitozsubashi Journal of Social Sciences*, Volume 20, No 4 (No. 110) January 1996, S. 145.
- (26) Yoshinaka, N., a. a. O.
- (27) Albrecht, P. A., op. cit., S. 196-197. は、少年福祉法と少年裁判所法は本質的に相容れないということを指摘し、少年扶助法上の措置を少年裁判所法に組み入れることの矛盾に言及している。これは、一九九三年に労働者福祉協会によって提案された線に通じるものがある。

### 三 わが国の少年保護観察

#### (一) 総説

非刑罰的対応の独立処分としての少年保護観察を、わが国の文脈で捉えると、少年法二四条一項一号に規定される、「保護観察所の保護観察に付すること」という処分になる。これは、具体的には犯罪者予防更生法三三条一項一号に規定されており、同条三項はこの一号観察の期間を、少年が二十歳に達するまでとし、二十歳に達するまで二年に満たない場合には、二年としている。また三四条は一項でその目的を定め、「保護観察は、保護観察に付されている者を、第二項に規定する事項を遵守するように指導監督し、及びその者に本来自助の責任があることを認めてこれを補導援助することによって、その改善及び更生を図ることを目的とする。」として、二項で一般遵守事項を定めている。さらに三五条で指導監督の方法、三六条で補導援助の方法を具体的に定めている。

一号観察には、一般事件保護観察、短期保護観察、交通事件保護観察、交通短期保護観察、の四態様があり、分類処遇に配慮し、個別処遇、集団処遇、類型別処遇を各態様に応じて使い分けている。<sup>(28)</sup>このうち今後注目されるのは、短期保護観察である。これは、平成六年七月二二日付け法務省保護第三七五号保護局長通達「短期保護観察の実施について」が発出されて、同年九月一日から、一般事件の少年を対象とし、原則として六ヶ月以上七ヶ月以内の期間で、課題指導を中心としておこなわれているものである。<sup>(29)</sup>

#### (二) 適用件数と評価

平成六年度に一号観察に付された少年は、五三、九八九人であって、少年保護事件により保護処分に付された五八、

三〇八人の九二・六%を占めている。そして保護観察に付された人員の少年保護事件終局総人員に占める割合(保護観察率)は一六・五%である。<sup>30)</sup> これをもう少し詳しく見ると、一般事件につき七・二%、業務上(重)過失致死傷事件二一・七%、道路交通事件二五・五%、といずれにおいても保護処分中では、最も多用されている(司法統計年報による)。ただし、近年の一号観察新受事件件数は、平成二年以降家庭裁判所の受理する少年事件の減少を反映して減少している。

保護処分中に占める重要な地位にもかかわらず、学説は一号観察の問題点を多く指摘している。<sup>31)</sup> しかし、これらの批判のほとんどは、保護観察官の不足や保護司の老齢化によるジェネレーションギャップなどの、現状に対するもので、制度そのものに対するものは、それほど見あたらない。かつて少年法改正の中間答申で提案された短期保護観察は、法改正を経ないまま、上述のように実質的に導入されたと言えるので、プロペーションの旨味が発揮できないとされた批判も、ある程度緩和されている。また成績良好の際には、停止または解除がなされ得(犯罪者予防更生法三三条四項)、新たに虞犯事由があると認められる場合には、保護観察所の長は、家庭裁判所に通告することができる(同法四二条一項)のであるから、終局処分を留保して心理強制をはかる必要もない。

こうしてみると、一号観察に対する根本的な疑問は、これまでほとんど提出されていない。しかし、一号観察は、他のわが国の保護観察同様、指導監督という権力的契機をいぜん内包していることを看過してはならない。そして、一号観察が保護処分中最もよく使用されているという事実も、非行を犯した少年に対する反応として、刑罰要請の原理を満たす法的性質をこの処分が抱えているのかどうかを精査してからでなければ、積極的に評価することはできないのである。

(三) 法的性質

犯罪者予防更生法は、条文の配列上、三五条で、まず指導監督を先に持つてくることにより、これが次の三六条の補導援護より優位にあることを示している。行状を見守る一号、遵守事項を守らせる二号、はともかく、三号の「その他本人が社会の順良な一員となるように必要な措置を採ること」は、かなり概括的な規定で、解釈次第でどのような指導でも正当化されかねない危険が、少なくとも条文上は読みとれるのである。これではワーカーとクライアントとの信頼関係を基礎とするケースワークの実りある実現は危機にさらされる。また、補導援護もあるからといって指導監督の権力的契機が稀薄化されてしまうというものでもない。両者は互いに相容れないものであり、しかも同一人がその両方の機能行使しなければならないときは、矛盾はいつそう強まるのである。従って、このような指導監督の機能を保護観察が有することは、保護観察の理念を危うくするものであり、保護観察と、行状監督のような保安処分との違いをあいまいにしてしまう畏れもある。保護観察は、補導援護のみを軸にしたものに構想される必要がある<sup>(33)</sup>。

しかし、森下博士は、次のような点から、指導監督を含めない保護観察を支持しがたい、とされている<sup>(34)</sup>。まず第一に「保護観察は、指導監督と補導援助とをその内容としている。両者は、いわば車の両輪にたとえられるものであって、そのいずれかだけを内容とする措置は、もはや『保護観察』とは言いがたい。(中略)：要するに、『補導援護だけ』を内容とする保護観察」という提案は、概念的に法制度としての保護観察の意義を歪曲したものであるのみならず、満期釈放者の再犯防止にさほど効果を発揮するとは考えられない。」とされる。諸外国が少年保護観察の概念を成人に對するそれと区別し、新たな名称を与えているのは、博士が指摘されるように、まさにその内容が「保護観察」の概念を超えるものであるということである。その意味で、今後わが国においても、少年に對する非刑罰的対応の保護観察については、もはや保護観察という名称を用いることは、避けることが望ましい。次に第二の点として、「補導援

護だけの内容とする保護觀察』なるものは、実質的には更緊保護にはかならない。仮に、更緊保護との法律上の差異を見出すとすれば、(一)更緊保護が本人の申出にもとづくこと、および(二)更緊保護の期間が六月以内と限定されていること、の二点であろう。」とされる。この部分は、満期釈放者に対する保護觀察を論じておられる箇所なので、ことは二号觀察に関わつてくるのであるが、二号觀察においても補導援護のみに保護觀察は収斂されていくと考えられるので、名称変更は必要となつてくる。そしてその内容は、博士が指摘されるように更緊保護と実質上同様なものとなるはずである。ただそれは、保護処分の一形態であるから、(一)の点で指摘されているように本人の申出に基づくことを、必ずしも要しない。

こうして、指導監督を含む現行法上の一号觀察は、そこに実質的に刑罰要請が及んでおり、刑の代替的性質をもたざるを得ない。しかし、保護觀察の理念からは、指導監督を払拭した形での一号觀察の姿が模索されるべきである。

#### (四) 小括

わが国では、刑事手続とは異なる少年保護手続による、家庭裁判所の非公開審判を経て保護処分が言渡される。ここでは全件送致主義が採られ、また審判廷における檢察官の出席権も認められていない。このような司法構造のもとでは、国家刑罰権介入の余地は与えられておらず(少年法二〇条の決定は司法府、つまり裁判権の作用である)保護処分は、刑事処分とは全く異なる司法処分であるかのようにも見受けられ、事実そのように解するのが通説といつてもよい。しかし、現実には保護処分は、非行行為の重大性のみならず、世間の応報感情をも考慮に入れて、その選択がおこなわれてはいないだろうか。その状況が重いほど、自由拘束度の強い処分を選択していかないだろうか。そして、一号觀察にはなぜ指導監督が含まれなければならないのだろうか。ここには、あきらかに刑罰要請の原理が隠されているように思われる。立法上解決したかのように見えても、理論的に矛盾を含んでいれば、現実には様々な不都合が生じる。

わが少年司法制度は、非行行為を行った少年に対する刑罰権を、そのまま保護処分には振り向けたかたちになっているのである。これでは刑罰権の作用が保護処分にも及び、必然的に内容が懲罰的なものになってしまふ。その意味では、一号観察に指導監督が含まれていることで、刑罰要請はこの部分によく吸収されていると言うことはできる。しかし、刑罰要請は本来刑事上処理されるべきで、保護処分の中に混入させるべきではない。

(28) 詳しくは、岩淵道夫「少年に対する保護観察——多様化する取扱と処遇——」ジュリスト一〇八七号(有斐閣、一九九六)五四頁以下参照

(29) これについても、岩淵・前掲同書五八頁以下を参照されたい。

(30) 最高裁判所事務総局「家庭裁判所事件の概況(二・完)——少年事件——」法曹時報四十八巻第一号八二頁(法曹会、平八)

(31) たとえば、森下忠『刑事政策大綱』[新版第二版]一二三頁、三七八頁(成文堂、一九九六)、藤本哲也『刑事政策概論』[全訂版]二〇七頁(青林書院、一九九六)など。

(32) 宮澤浩一・藤本哲也『講義刑事政策』[三宅孝之]二七九頁(青林書院、昭五九)

(33) 森下忠『刑事政策の論点II』六〇、六一頁(成文堂、一九九四)

## おわりに

わが国の少年保護観察が、監視と援助とをその内容とするものに対し、ドイツの教育援助処分は、その内容が援助のみに純化されている。教育援助は、もともと福祉法にその起源を有するもので、援助的性質を本質とするのはむしろ当然とも言える。しかし、それがゆえに、これを刑事法上のサンクションとして使用しようとすることは、



刑事制裁の本質と相容れないのではないかという疑問も生じている。現実の適用件数の少なさもそれと関係している。ドイツの場合、良い処分を持ちながらも、それが刑事裁判の執行でなければならぬがゆえに、福祉的処遇を用意すればするほど、それらは使用されにくくなるというジレンマがあるのである。

これに対し、わが国の一号觀察は、指導監督という、あるていど伸縮可能な法律概念によつて、監視ないしは懲罰といった要求を充足しうる形態を持っている。そしてこれが故に、犯罪を犯した少年をこれで処遇しても、刑事手続の場合と比べてもそれほど非難は受けないのである。もし、わが国でも非行少年に対してドイツの教育援助処分のよきな福祉的処分に対応することとしたら、ドイツにおけると同じような批判を受ける可能性はでてくると思われる。一号觀察は、實質的に、ドイツの「指示」と「教育援助」とを組み合わせたような機能を営んでいとも言える。これを切り離し、一号觀察を援助的性格のものに純化していき、監視の機能は他の処分に委ねるといったような方向が模索されるべきである。欧米諸国では、補導援護という福祉的な面が充実しているゆえに、保護觀察をもつて不利益処分と見る説はあまり見当たらない<sup>(34)</sup>。わが国でも、保護觀察を少年の利益になるようにしていく努力がなされなければならぬ。

以上、大変不十分ながら、少年保護觀察の理論を追究してみた。次の機会では、どうすればわが国やドイツの少年保護觀察が、よりよく活かされるのかにつき、制度論的な提案も行つてみたいと愚考している。

(34) 森下・前掲注(31)三三四頁