

少年法上の処分選択に関する覚書

吉 中 信 人

1. はじめに
2. 非行事実と刑法理論
3. 保護処分賦課の要件としての要保護性
 - (1) 犯罪的危険性
 - (2) 矯正可能性
 - (3) 保護相当性
4. むすびに代えて

1. はじめに

現行少年法は、その処遇メニューとして、少なくとも福祉的措置、保護処分、刑事処分の3つを用意している⁽¹⁾。しかし、これらの様々な選択肢の中から、判断主体である家庭裁判所がどれを選択すべきであるかについて、少年法上、第1条に規定される健全育成の理念のほかには、基本的な視座として特に明確な規定が存在するわけではない。もっとも、保護処分と刑事処分との関係では、家庭裁判所は科刑権を持たず、同時に、手続上検察官より先に事件の判断を行うことから、少年法上の解釈として保護処分優先主義が帰結されている。他方、わが国は、「児童の権利に関する条約」を批准しており、同条約は3条1項において、「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って行われるものであっても、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする。」と規定していることから、家庭裁判所のみならず、逆送後の地方裁判

(1) 審判不開始や不処分等の、処分内容としては規定がない場合でも、現実には保護的措置が行われ、9割近くのケースでは実質的には個別に適切な対応が行われている。

所における刑事処分選択の場においても、児童の最善の利益が主として考慮されなければならないものと解される。従って、非行少年に対する処遇選択を行う際に、少なくとも18歳未満児童に対する基本的視座としてはこの「最善の利益」が第一に考慮されなければならないし、20歳未満の少年に対しても、可能な限りこの理念と趣旨は推及されるべきであると思われる⁽²⁾。

また、強制力の強弱という側面から、福祉、保護、刑罰、の順で強くなると考えられ、自由剥奪・制限の必要最小限性という観点も踏まえる必要があるだろう。すなわち、一般的に言えば、非行克服にとって福祉的支援で十分な場合は、保護処分賦課が可能な年齢であっても前者を選択すべきであろうし、それでは十全な健全育成が図れない場合、少年院収容を含む保護処分が選択されることもあろう。さらに、これら2者では十分とはいえない場合は、例外的に刑罰の賦課が認められることとなるだろう。そして、このような視座は、児童の権利に関する条約37条(b)項にいう、身柄拘束の最終手段性の趣旨とも合致するものである。

しかし、問題はもっとその先にある。それでは、単に自由拘束度の低い措置ないし処分を選択すれば、児童・少年の最善の利益原則に合致するのであろうか。事はそう簡単ではないようにも思われる。例えば、家庭は崩壊し、交友関係には非行促進の要素しか見られないような少年に対する処遇として、福祉的な働きかけが最も自由制約度が低いからといって、常にそれで十分とは言い切れない場合もあるだろう。むしろ、このような場合、乱れた生活環境を整え、非行環境から一時的に引き離すために、施設収容を伴う処遇が必要な場合もあるのではないだろうか。また、薬物嗜癖を断つために、従前の生活環境から引き離すことは、少年の最善の利益にかなう場合もあるであろう。少年の人権を保障するため、できるだけ自由の制約を伴わない処遇

(2) 形式的に言えば、18、19歳少年については、最善の利益理念は劣後する可能性も示唆されるが、国内法上、保護処分賦課の対象年齢となっている少年法の趣旨からは、なおこの理念は妥当するものであるし、健全育成理念については当然に適用される。

が好ましいに越したことはないが、他方で、少年の固有の権利保護の観点から、社会権的な権利保障、とりわけ成長発達権の保障（児童の権利条約 6 条 2 項）はむしろ積極的になされる必要があるように思われる。例えば、学校に通えていない少年に対して、少年院において教官と距離の近い環境で教科教育を受ける機会が与えられる点など、矯正教育には様々なメリットもあるところである。

この点、従前の学説においては、少年の自由権保障という観点が強調され過ぎ、ともすると極端な解釈論や処遇論が展開される傾向もあったのではなかろうか。確かに、施設内処遇のもたらす弊害は今更指摘するまでもないし、社会内処遇の方が優れていることは刑事政策上の常識でもある。とりわけ、逆送を契機とした刑事処分は少年にとって大きなダメージをもたらす危険性は高く、できるだけ避けるべきであるということは、刑事法理論の一般論としても、また少年法上の原則としても正しいだろう。しかし、それにもかかわらず、現に少年法自体が収容処分の可能性を残しており、その場合でも少年法 1 条の理念は追求されなければならないのである。そして、数が少ないとはいえ、現に刑罰を科される少年も存在する。それらの少年に対しては最善の利益原則や成長発達権保障は及ばないとするのでなければ、少年に対する刑罰の内容や執行方法等もできるかぎり改善していき、例えば少年刑務所における処遇も、少年院のそれに近づけていくべきだという思考も他方では必要ではなかろうか⁽³⁾。さらに、もっと進んで、自由権的発想を強調し、常に少年院の処遇さえ忌避すべきだということになれば、前述の例を引くまでもなく、かえって必要な処遇を得られないという点において、少年の最善の利益を阻害する可能性すらもたらされることも懸念される。確かに、施設内

(3) このことは、少年刑務所と少年院の質的相対化を必ずしも帰結しない。両者の質的相違は、少年審判と刑事裁判の対象の相違にも相応して、いぜんとして画然としている。しかしながら、第 4 種少年院の処遇内容や活用形態、さらに執行方法を柔軟に行うなどの方向性は今後検討に値するものと思われる。

処遇の利用は、厳罰化政策を想起しやすいことがあるとしても、それが必要な場合にも目を瞑ることは、片面的であり、現実には非行に陥っている少年の救済には必ずしも繋がらないのではないかと思われる⁽⁴⁾。

そこで、本稿では、このような問題意識から、少年法上の処分選択のうち、特に保護処分賦課の場合に絞って、覚書として、未熟且つ簡単な考察を行うものである。

2. 非行事実と刑法理論

少年審判の対象として、かつては、要保護性対象説も存在していたが、現在では、これを、非行事実及び要保護性の両者であると理解するのが通説である⁽⁵⁾。しかし、この審判対象の問題は、刑事裁判における審判対象論に対応するもので、どちらかといえば、手続法的概念である。確かに、これを同時に実体法的な要件として把握する考え方も存在するところであるが⁽⁶⁾、では非行事実と要保護性は、実体法的概念としては十分なものであろうか。犯罪少年と触法少年の着想は、明らかに犯罪概念を基盤としており、だからこそ、犯罪少年に関する責任要件の要不要説が議論され続けているわけでもある。虞犯少年についても、前犯罪的行為に関する成人刑法論の拡張形態と捉

(4) 病気が見つかり、それを治療するために病院に入院することを、普通は自由の剥奪とは言わないであろう。それは強制ではない、同意があるからだと言言うことができる。では、小児医療において、インフォームド・アセントを形式的には取るとしても、子どもは本当に同意して入院するのだろうか。それは親に強制されているのではないか。監護権のある親なら強制しても良いのか。少年法は未成年者に対する国親の思想に基づくものではなかったか。それなら国が保護は必要だと判断し、それが最善の利益に適うならば、少年院という病院に入院させられるのではないのか。但し、ここには、保護処分の制裁性という問題が横たわっている。

(5) 澤登俊雄『少年法入門 [第6版]』（有斐閣、2015）141頁以下、丸山雅夫『少年法講義 [第3版]』（成文堂、2016）、川出敏裕『少年法』（有斐閣、2015）92頁以下、武内謙治『少年法講義』（日本評論社、2015）106頁以下等参照。

(6) 例えば、裾分一立「要保護性試論」家庭裁判月報5巻4号（1953年）24頁等参照。

えることも可能であろう。そして、成人刑法論にみられる精緻な要件論は、何より、罪刑法定主義に基づいて、国家刑罰権の恣意的行使の歯止めとなり、適正な処罰範囲を画するという、重要な自由保障機能を有している。保護処分の不利益処分性を完全に払拭することは困難であり、保護処分賦課に対する制限作用を刑法理論が果たす余地は十分に存在するのである⁽⁷⁾。

こうしてみると、成人刑法論の少年審判への定式化を忌避すべき理由は見当たらないどころか、むしろこれを基盤に考えないと、かえって不都合な事態も生じる。実体法的に年長少年と若年成人の共同正犯の成否が問題となる場合や、少年正犯に加功する成人共犯の罪責⁽⁸⁾、成人正犯に加功する少年共犯の非行事実認定の場合等を想起すれば、このことは明らかであろう。もっとも、少年法は刑法に対する特別法でもあるので、成人刑法論や刑法典の規定をそのまま適用する必要はなく、少年用に修正され、あるいは簡易化されたもので十分である。例えば、上記のような共犯事例において、正犯と共犯の区別を厳格に行う必要はなく、十分な手続的保障の下で適正な事実認定がなされれば、あとは個々の少年の非難可能性ではなく、要保護性に依じて、彼らに最もふさわしい処遇選択がなされれば良いのである。そのような意味で、犯罪少年に対する刑事責任能力の充足は必要ではなく、むしろこれは要保護性概念によって代置され、実体法的要件は、非行構成要件－違法性－要保護性、という枠組みによって判断されるべきであろう⁽⁹⁾。

(7) 虞犯概念の曖昧性についても、少年の人権保障の見地と要保護性との関係から、更なる検討が必要である。実務的な観点から、虞犯事実と犯罪事実の関係について考察したものとして、三浦透「虞犯の機能に関する覚書」山崎学他編『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題〔第1巻第1編理論編・少年法編〕』（立花書房、2011）451頁以下参照。

(8) 吉中信人『少年刑法研究序説』（溪水社、2017）121頁以下（第7章）参照。

(9) 裾分・前掲注(6) 24-28頁参照。また、吉中・前掲注(8) 180-184頁参照。違法性についても、違法性阻却事由が主張されたときは、その標目を掲げて審判調書に記載することとされており、この段階の考慮がなされ得ることは明白である。なお、少年審判規則 36条も参照。

こうして、非行事実に関しては、これを非行構成要件と違法性の問題として捉え、成人刑法論の応用問題として、非行構成の成立を考えることができそうである⁽¹⁰⁾。しかし、多くの少年審判にとっての重要課題は、むしろ要保護性論にあり、殊にその内実をめぐって議論もあるため、以下この点を検討する。

3. 保護処分賦課の要件としての要保護性⁽¹¹⁾

要保護性の要素をどう考えるかについては、犯罪的危険性（累非行性、非行反復性）、矯正可能性、保護相当性、の3要素から成るとするのが実務上の立場であり⁽¹²⁾、伝統的な見解である⁽¹³⁾。そこで、順に検討してみよう。

(1) 犯罪的危険性

犯罪的危険性は、非行性とも言われ、要保護性概念の中心に位置づけられてきた。要保護性とは、将来に向けられた再非行の可能性であり、過去の歴史的一回的事実に対する責任非難を基本的な判断枠組みとする回顧的な刑法

(10) 少年審判における少年刑法論の課題については、非行概念における行為性の問題、さらに不作為犯や過失犯をどう考えるべきか、要保護性があればそれらを積極的に捕捉していくべきなのか、虞犯を定置していることとの関係をどう考えるべきか等、なお課題は山積している。

(11) 服部朗「要保護性再考」愛知学院大学論叢法学研究第58巻第1・2号（2017年）188-191頁は、要保護性概念を保護処分賦課の要件に限定することの問題性を指摘する。確かに、福祉的措置などの必要性がある場合に、「要保護性がない」とするのは問題であるかもしれない。しかし、この場合などは、「要支援性」等と言い換えて、むしろ要保護性概念は初期の用法通り、保護処分賦課の要件の一つとして限定した方が、概念の拡散や混乱を防ぐ点では好ましいのではないだろうか。要保護性とは何か、と問題設定をすると、演繹的に要保護の適用場面は拡大するが、そもそもこの概念は、服部自身が指摘するように、現場の解決に迫られた裁判官における保護処分賦課のための実務的要請から出発したものであろう。

(12) 裁判所職員総合研修所監修『少年法実務講義案〔再訂補訂版〕』（司法協会、2012）39頁以下。

(13) 一般的な説明については、前掲注（5）の諸文献等を参照。

の考え方とは決定的に異なる点であって、いわば、伝統的に「少年非行」概念のレゾン・デートルを構成してきたものといってよい。少年法 1 条にいう、「非行のある」とは、このような反復性を念頭においた「行状」的概念であるから、この要素を不要であるとする見解は少ない。しかしながら、以下の 2 つの視点からの批判がある。まず、将来の犯罪的危険性を問題にすることは、実は保安処分的な発想ではないかとの疑念が生じるところである。実際、秩序維持的観点を懸念して、この概念に対して疑義を呈する見解も存在する⁽¹⁴⁾。確かに、「危険性」という言葉を使うと、それは社会に対する少年の危険性であると誤解されやすい。しかし、そこでいう危険性は、そのまま放置しておけばその少年は更に非行を繰り返す可能性があり、この「危険から少年を保護する」というところにその意義が存在する⁽¹⁵⁾。わが国では、保安処分の賦課根拠は犯罪者の危険性であるのに対して保護処分のそれは要保護性であるとする理解がほぼ確立しているとみられ⁽¹⁶⁾、現在、保護処分を保安処分であるとして攻撃する論調はほとんどみられない。そのため、この観点からする懸念は、今日それほど重視する必要はないものと思われる。

ところが、近時、上記のような観念的な懸念とは異なり、段階処遇という実務のあり方を前提に、審判時に犯罪的危険性がないと認定できることは現実的にはほとんどなく、この要素は保護処分の限定機能を果たし得ないとするものがある⁽¹⁷⁾。確かに、審判開始決定を経た事件については、既に過去の非行歴があることが多いであろうし、一過性のものであれば、それ以前に簡易送致手続や審判不開始によって審判にまで届いていない可能性も高いであろう。そして、過去に非行歴のない少年が突然重大な事件を起こしたような

(14) 荒木伸怡『要保護性の概念とその機能』警察研究 59 卷 10 号 (1989 年) 9 頁以下参照。

(15) 裾分・前掲注 (6) 31 頁。

(16) 森下忠『刑事政策大綱〔新版第 2 版〕』117 頁 (成文堂、1996)。

(17) 岡田行雄「保護処分の要件たる要保護性について」酒井安行他編『国境を超える市民社会と刑事人権：新倉修先生古稀祝賀論文集』493 頁 (現代人文社、2019)。

場合も、それが初回の審判だとしても、その重大性故に、犯罪的危険性があるという方向に判断されやすいということは容易に想像することができる。また、犯罪的危険性は、刑罰を前提とした量刑事情にも共通することから、保護処分と刑事処分の区別機能を有することができないのではないかという疑いもある。さらに、犯罪的危険性を判定する手法が、近時リスクアセスメント等を含む諸科学の発展によって大きく前進しているとしても、そこにはおのずから科学主義の限界や危険性が内包されていることにも注意しておくなくてはならないだろう⁽¹⁸⁾。このように考えると、要保護性の要素としての犯罪的危険性は、もはや言葉の上だけで求められている、実益がないか、あるいは不確かな、それじたいリスクの高い概念であるかもしれず、これをむしろ非行事実の範囲内に封印することで十分とし、「要保護性の要素としては」不要とする考え方もあり得るのではないかと思われる。

(2) 矯正可能性

他方、矯正可能性は、保護処分によって犯罪的危険性を除去しうる可能性とされるので、犯罪的危険性を問わないのであれば、この概念も不要になるとする論理もありえるかもしれない。両者はいわば、要保護性のレベルで一対の関係になっているからである。この点に関して、従来、その例として挙げられている、「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、犯罪性の甚だしく強度にして個別的特殊教育を施すもなお矯正しえないであろう様な兇悪人等々」⁽¹⁹⁾ に対しても、成長発達の可能性があるから矯正可能性は否定されず、およそすべての少年に矯正可能性は認められるとする見解がある⁽²⁰⁾。そうなると、それを理由に保護処分賦課が可能になってしまうので、「矯正可能性も、犯罪的危険性と同様に、少年の人権を制約する保護処分を必

(18) 岡田・前掲注(17) 501-503頁参照。

(19) 裾分・前掲注(6) 32頁。

(20) 岡田・前掲注(17) 494頁。

要最小限度のものとするという役割を果たし得ない」というのである⁽²¹⁾。しかし、すべての少年に成長発達権が認められるので矯正可能性は認められるが、それは保護処分を帰結するから問題であるというのでは、成長発達権が認められないほうが良いという論理にはならないだろうか。自由権制約の最小限性は重要であるものの、すべての少年に保護処分による矯正可能性が認められるのであれば、成長発達権保障を保護処分によって行えるという論理となるように思われる⁽²²⁾。したがって、要保護性の要素として犯罪的危険性を問わなくとも、非行事実認定がなされた少年は、審判時までには明らかになった過去の非行性に基づいて、将来の非行性克服のために、保護処分による矯正可能性を問うことは可能であると思われる。

なお、矯正可能性については、現行少年法が家裁先議を採用したことから、保護処分とそれ以外の措置とりわけ刑事処分とを、いかなる基準に従って選別するかという新たな課題に直面した家裁の裁判官が、特に少年院送致と刑事処分との選別を主要な関心事としていたことから用いられるようになったのではないかとする見解がある⁽²³⁾。確かに、「保護観察による矯正」という表現などを考えてみると、違和感がないわけではないが、保護処分による矯正可能性という表現に特に問題はなく、それが少年院送致のみをイメージしていたのかについては疑問なしとしない。少年法1条にも、「性格の矯正」という文言が存在するが、これは「保護処分」にかかっているものであり、保護観察において性格の矯正が排除されているわけではないであろう。

(3) 保護相当性

3つの要素のうちで、有力説から最も批判にさらされてきたのが、保護相

(21) 岡田・前掲注(17) 494頁。

(22) また、自由権制限の論理からは、保護処分の中でもその側面が最小ともいえる保護観察の場合は許容されると考えることになると思われるが、それは良いのであろうか。

(23) 服部・前掲注(11) 188頁。

当性である。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い、たとえ累非行性、矯正可能性があっても、なおかつ福祉的措置にゆだねるのを相当と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られる場合には、要保護性はないとされるのである⁽²⁴⁾。この説明にみられるように、保護相当性概念は、刑事処分のみを想定しているわけではなく、それを欠く場合には、福祉的措置もありうるものとしているのであるが、批判の矛先は、社会の法感情からする刑罰賦課に対して向けられている。この概念を認めると、純粹に少年の要保護性に対応したものではなく、裁判官の価値判断によって犯罪事実の軽重やその社会的影響が考慮されるもので、少年が重大事件を起こしたような場合には、社会感情を考慮して保護相当性が欠如するから要保護性を認めないという帰結にいたるのは不当だということになり⁽²⁵⁾、社会感情の考慮を安易に認めることは、本人が抱える問題に見合った処遇選択を難しくし、結果としてエビデンスや効果のない再非行リスクが高い処遇を選択させ、社会を危険に陥れる事態を生じさせる、とまでいわれるのである⁽²⁶⁾。また、要保護性を保護処分の要件としながら、その内容として保護相当性をいうのは一種のトートロジーであるという批判も存在する⁽²⁷⁾。トートロジーについては言葉の用法としてそのとおりであるとしても、批判の本質は、保護相当性そのものというよりも、社会感情を反映させて少年の処遇選択を行うのは不当だということにあるのだから、そのことの当否が問われなければならない。確かに、論者の指摘するとおり、本人にとっては保護処分が適しているのに、社会がそれを許容しないから保護処分を行うべきではないと

(24) 平井哲雄「非行と要保護性」家庭裁判月報6巻2号（1954年）19頁。

(25) 澤登・前掲注（5）145頁、岡田・前掲注（14）492頁等。

(26) 武内・前掲注（5）111頁。但し、この批判は、社会感情は「安易」でなければ考慮可能のようにも解される。また、現在の再非行リスクアセスメントの精度がどの程度信頼に足り得るのかにも依存するよう思われる。

(27) 川出・前掲注（5）95頁、服部・前掲注（19）192頁等。

いうのは不当であるという理解は、十分に了解可能である。しかし、この考え方を推し進めていくと、現在の本人にとって利益であるとみられる処遇のみが常に選択されることとなり、理論的には、およそ少年に対する刑事処分は、そもそもあり得ないことにはならないだろうか。もし、そうだとすると、何故、少年法は逆送規定を置いて刑事処分の余地を残しているのであろうか。有力説の考え方が正しいのであれば、何故、少年法は最初から刑罰を排したシステムを構築しなかったのだろうか。そして、何故裁判実務では、保護相当性に対する目立った批判がなく、それどころか、20 条 1 項の刑事処分相当性に関して、保護不能の場合のほか、保護処分等による矯正が必ずしも不可能ではないが、事案の性質、社会感情、被害者感情等から保護処分で対処するのが不相当な保護不適の場合も含むとしているのであろうか⁽²⁸⁾。

実定法規範および裁判実務と有力説との間にこのような捻じれが生じるのは何故であろうか。それは、有力説には、「刑事司法は少年司法の埒外にある」、という思考があるからではないかと思われる⁽²⁹⁾。逆送から刑事処分になれば健全育成も最善の利益も考慮されない地獄のような世界がそこには待ち受けているのだろうか。そして、そこに至った少年にはもはや救いはないのだろうか。確かに、刑罰執行は保護処分より苛酷であり、現実の処遇体制も、後者に比べ、教育的配慮という点においても劣っていると言わなければならないだろう。しかし、そうであるなら、それを少しでも改善し、たとえ刑事処分となっても、少年の健全育成の理念が連続し、成長発達権保障が全うされるような体制にしていこうという方向性こそが建設的であると思われるのである。刑事処分はすべてが悪であり、何としてもこれを避けなければならないという発想では、刑事処分を定置している少年法の解釈に歪みが生じることとなる⁽³⁰⁾。

(28) 最判平 9・9・18 刑集 51・8・571 参照。

(29) 武内・前掲注 (5) 111 頁。

そして大切なことは、「安易な社会感情の考慮は許されない」というばかりではなく、何故こうした保護相当性という要素が、要保護性概念の中に混入してしまうのかという理由を考えてみなくてはならないだろう。これは、少年司法の構造論と社会感情を考慮することの当否という2つの側面から考えてみる必要がある。最初の点として、通常、構成要件に該当する違法行為が行われた場合、被害者が発生し、社会にも動揺が起こりうることから、国家はこれに対して対処する義務が生じる。直接にこの事件を刑事裁判所で取り扱うなら、そこで責任要件も含め審理を行い、具体的刑罰権の存否を確定するので問題はないが、わが国の少年司法制度は、家庭裁判所に先議権を与えているため、先に要保護性の審査をしなければならず、責任要件を含む刑事責任についてはいわば「保留状態」になっているのである。このように、特別裁判所が前置され、刑事裁判所が後に控えているという大きな少年司法全体の構造から、刑罰権の契機を特別裁判所の審理においても確保しておかなければ、当然のことながら、すべての犯罪少年の不処罰化をシステムとして承認してしまうこととなる⁽³¹⁾。すなわち、検察官への逆送制度は家裁先議としたことの必然であって、その際、保護相当性の名のもとに社会感情が混入してくることは、構造上避けがたいことなのである。そして確かに、そうした社会感情はもともと鶴的であるし、曖昧且つあやふやで、確かな根拠に乏しい場合も少なくない。既にこの点については、アナウンスメント効果の影響等が指摘されてきたように、問題を多く含んだものである⁽³²⁾。しかし、

(30) 少年司法は刑事処分を含むトータルな制度であり、少年法自体が特別な刑事手続と処分を規定している。少年司法は刑事処分の担保があるからこそ福祉や保護が活きるものであり、両者は排他的な関係にあるのではなく、むしろ補完的な関係にある。その上での福祉優先、保護優先であることが銘記されねばならない。

(31) そのような価値判断を、国会を通じた民主的過程において肯定し、採用するのであればそれは何の問題もない。吉中・前掲注(8) 92-93頁及び164-165頁参照。

(32) 近年のSNSの発展に伴う、いわゆるフェイク・ニュース拡散の問題等に鑑みると、やはり社会感情の「安易な」考慮には警戒が必要であろう。

だからといって、社会感情自体を否定することができるのか、あるいは、社会感情を全く考慮しないで司法制度ははたして成り立つのか、という問いは、少年司法・刑事司法にとって重要な課題であるように思われる。

そもそも、社会感情の反映や影響は、何も刑事処分選択の場面に限ったことではない。保護処分内部においても、社会が許さないから保護観察でなくて少年院送致とする、少年院の下限年齢に達していなければ、社会感情を考慮して児童自立支援施設に収容する、といった処理はこれまでになかったのであろうか。社会感情の考慮自体が問題であるならば、この点についても厳しい目を向けていかななくてはなるまい。しかし、少年法自体が刑事処分に対する保護処分の一事不再理効を承認しており、そこでは保護処分の制裁性を前提としていることが明らかであるし、現実にもラベリング効果が生じているのであって、サンクション性は否定しがたい。そして、実際にはそれが社会感情とも密接に結びついていることを反証することはかなり難しいのではないだろうか。

4. むすびに代えて

本稿では、少年法上の処分選択について、覚書として未熟な考察を行った。処分選択は、少年の最善の利益に従って検討されなければならない、それは総論としては、自由権的側面と社会権的側面の両者に配慮したものでなくてはならないと考え、成長発達権と最善の利益保証という見地から、ある意味保護処分等の積極的な活用の可能性についても示唆するものとなった。しかし、そうした処分賦課を限定するための要件論・各論として、非行事実に対する刑法理論の精緻化と活用を支持するとともに、要保護性の要素についても制限化の方向で検討を試みてみた。前者については未開拓の領域が多く課題山積であるし、後者についても犯罪的危険性の否定については帰結できたものの、矯正可能性と保護相当性については、これを否定することはできなかった。したがって、要保護性の要素としては、現在のところ、矯正可能性（こ

3 - 少年法上の処分選択に関する覚書（吉中）

れは非行事実認定において明らかになった非行の限度で検討すれば足りる）と保護相当性（「保護必要性」に尽きるものではないから、要保護性と同義ではないが、用語の問題としては変更の余地があろう）が考えられるが、今後更に検討が必要であると思われる。特に後者における社会感情の考慮は、有力説からの批判が予想されるが、司法制度にとって社会感情や被害者感情の一定の評価は、むしろ収斂していくべきであり、それが「安易な」考慮でなく、合理性があるものであれば肯定しうるものと思われる。それを認めないことで、少年司法制度が社会からの信頼を失い、制度自体の存在意義まで否定されるような事態となれば、それは結果的に少年たちの最善の利益には繋がらないだろう。そして、その感情を含めた評価においては、裁判官の個人的価値観に左右されるとか、エビデンスのない処遇選択をされるなどと論難されるが、もともと少年裁判所（家庭裁判所）のような専門型裁判所における司法的正義は、裁判官自身の高い職業的専門性とそれをサポートする専門家の知見に依拠したものであって、それもあって職権主義的構造が正当化されているのである。この点が、当事者主義構造を持ち、裁判官はアンパイアに徹することを原則とする刑事裁判と異なるところであるから、制度としてはむしろ個々の裁判官の終局的な専門的判断を信頼し、前提としていと考えられる。また、審級制度によってチェックも行われるのであって、適正手続上も何ら問題はない。

最後に、要保護性の要素としては、さらに、保護欠如性が要求されるのではないかと考えられる。本来、要保護性概念は、少年本人の問題のみに収斂されない性質を持っているため、個別の少年の環境に保護が欠けるような場合は、本人の性格や責任にかかわりなく、要保護性が認められる場合があり得よう。この保護欠如性については、審判時の事実判断として行うことが可能であり、その状態が将来も続くとする保護が必要になるため、要保護性が肯定されることになる。こうして、保護処分による、①性格の矯正可能性、②環境に関する保護欠如性、さらに③保護相当性の、新しい3要素説が、当

面考えられるところであるが、今後の批判等を受けて修正や変更を図り、理念的にも現実的にも、少年にとって最も利益な内容となるよう改善していきたいと考えている。保護適合性概念の当否等についても未検討であるが、今後の課題とし、ひとまず稿を閉じることとしたい。