

少年法学において要保護性概念を論じる意義

本 庄 武*

- I はじめに
- II 審判対象としての要保護性
- III 要保護性の内実
- IV おわりに

I はじめに

周知のように、保護処分は少年の要保護性に応じて課されており、要保護性は少年法を論じる上での基本概念である。にもかかわらず、この概念の内実については、かねてから学説上争いがある。近時においても、論争は収束するどころかむしろ拡散する傾向にある。その背景には、要保護性が実定少年法上の概念ではなく¹⁾、専ら講学上の概念であることもあるが、それだけでなく、この概念を用いて何を達成しようとするのかについての見解が一致していないことがあると思われる。そこで、本稿では、要保護性の概念についての争いを概観し、この概念を論じる意義をどこに求めるべきなのか、それとの関係で概念をどう構成すべきなのかについて、私見を提示することとしたい。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第24巻第2号 2025年8月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科／教授

1) 要保護性は、少年法24条1項本文前段で保護処分を課す前提として暗に規定されているとの見方もあるが（平井哲雄「非行と要保護性」家庭裁判月報6巻2号（1954年）27頁。）、そう解する必然性があるわけでもなく、そう解したところで、要保護性が実定法上の概念になるわけでもないと思われる。

II 審判対象としての要保護性

少年法は要保護性という概念を用いていない。この概念が登場した契機は、少年審判の審判対象は何かを巡る議論であった。

当初、刑事裁判において訴因として特定された犯罪事実が審判対象であることとの対比から、少年審判においては非行事実が審判対象であるとの考えが示された。しかし、少年審判では非行事実が認定されても保護処分が課されないことも多い。そもそも、少年保護手続は非行事実に対する制裁を行うためのものではなく、少年の性格や環境上の問題点を明らかにしたうえで、その再非行を防止するために最も適切な措置を採ることを目的としたものである。そのことから、非行事実ではなく要保護性が審判対象であるとの見解が主張された。しかし、非行事実が単なる審判条件に過ぎないとすれば、家庭裁判所が非行事実を十分に吟味することなく、保護処分を課してしまうおそれがあり、また人間行動科学の発達は未だ不十分であるところ、非行事実から離れて要保護性を判断できるのかという批判が生じた。そのことから現在は、非行事実と要保護性がともに審判対象であり、かつ実体法上の保護処分の要件であるという見解が通説化している²⁾。

しかしながら、非行事実と要保護性がいかなる関係にあるのかについてはなお議論が続いている状況にあり、そのことが要保護性の概念にも影響を及ぼしている。そこで、要保護性の内実について検討していきたい。

なお当初、手続法上の審判対象を巡る議論は、少年法における実体法上の法律要件は何かを巡る議論と連動して論じられていた。しかし要保護性が少年実体法上の法律要件であり、保護処分が法律効果であるといえるのかについても、要保護性概念の内実に関わって議論がある。その点も併せて検討することとする。

2) 武内謙治『少年法講義』（日本評論社、2015年）108頁。

Ⅲ 要保護性の内実

1. 少年法独自の概念としての要保護性

要保護性とは元々、何らかの保護が必要な状態を意味する児童福祉分野で用いられていた用語である。親権者、後見人その他の保護者が欠けた児童については、国家による保護が必要になる。児童福祉法は、「保護者のない児童又は保護者に監護させることが不適当であると認められる児童」を要保護児童と定義している(6条の3第8項)。

今日、少年法上の要保護性概念が、児童福祉法上の要保護性概念とまったく同じではないということについては、異論を見ない。少年法における要保護性とは、非行事実があることを前提としており、手段としての保護処分も行動の自由を制約するものである。しかも要保護性だけでなく、非行事実も審判対象であることからすると、非行事実と全く関連性のない要保護性があったことを理由に少年法上の保護処分を適用することが正当化されるとは考えづらい。そのため、少年法独自の要保護性概念を検討しなければならない。

2. 要保護性の要素

現在の通説的な見解は、要保護性を①犯罪的危険性、②矯正可能性、③保護相当性の三つの要素により判断する3要素説であるが³⁾、①のみとする1要素説、①と②による判断とする2要素説も主張されているところである。いずれの見解が妥当かを検討するために、3要素のそれぞれについて検討していきたい。

3. 犯罪的危険性⁴⁾

少年法による保護が非行のある少年を対象とし、健全育成を通じて非行防止を目的としていることから、人格や環境からみて当該少年が将来非行を繰り返す危険性があることが、少年法による介入の要件であるとされている。

元々、この要保護性という概念が提唱されたのは、日本の少年法において、放

3) 3要素説と称されているが、この3つはすべてを満たさなければならない要件であり、本来は3要件説と称する方が正確であると思われる。

任少年、要保護少年が対象外であることから、犯罪的危険性のある少年が対象となるが、少年審判から衡平法的な視点を払拭し去ることができないため、要保護性という観念を代置する、ということからであった⁵⁾。これに対して、衡平法的理念からくる広汎な要保護状態ではなく、非行再演の虞れであるとの批判があったが⁶⁾、要保護性という用語を用いる場合でも、少年法独自の概念であることは今日、広く合意がある。

しかし犯罪的危険性を要保護性の要素とすることに異論もある。1つは、将来の行動予測は行動諸科学の専門家である家庭裁判所調査官が判断するといっても、常識的判断でしかありえないが、常識的判断である以上、ある程度経験を積みあげ裁判官でも行える可能性がある、というものである。しかし裁判官は秩序維持に傾きやすく、重い非行が犯された事案では、施設内に少年を閉じ込めることを優先しやすい。そのことから、犯罪的危険性を要保護性の内容に含める見解は、行動諸科学の専門家の判断に法律家が口を差し挟めるようにし、秩序維持的観点を処分選択に反映させようとするものである、という批判である⁷⁾。この見解は、以上の認識を踏まえて、調査官が行動諸科学を用いて解明できる要素のみを要保護性で判断すべきである、とする。具体的には、保護処分が適切な保護手段であるという意味の保護相当性とどのような内容の保護処分が有効かという意味の矯正可能性が要保護性の要素であるとする。

しかしこの見解が自ら認めているように、保護相当性や矯正可能性の判断であっても、行動諸科学の専門的判断だけで結論を出せるわけではない。家庭裁判所調査官が調査報告書を作成する場合にも、価値判断による決断が加わっており、

-
- 4) 犯罪的危険性という要素は、累非行性（ないし非行危険性）とも呼ばれている。非行少年には犯罪をした少年以外に触法少年と虞犯少年も含まれているところ、触法少年や虞犯少年をも念頭に置くと、再び犯罪をする危険性という表現は正確ではない。また非行少年が虞犯少年になる場合も再非行であるから、犯罪的危険性という呼び方は正確ではなく、累非行性（ないし非行危険性）というべきであろうが、以下では最も普及していると思われる犯罪的危険性という用語を用いる。
 - 5) 今村道信「少年保護事件における不告不理」家庭裁判月報4巻2号（1952年）69頁。
 - 6) 入江正信「少年保護事件における若干の法律問題」家庭裁判月報5巻7号（1953年）12頁。
 - 7) 荒木伸怡「要保護性の概念とその機能」警察研究59巻10号（1988年）12頁。

その部分は裁判官や付添人の批判にさらされるというのであるから、犯罪的危険性を要保護性から除外しても、秩序維持的観点の混入を完全に防ぐことはできない。

しかも、この見解は、保護処分が必要であるという判断を保護相当性の中で行うと思われるが、その内実は犯罪的危険性があることに他ならない。論者の意図は、犯罪的危険性を独立した要素とすると、重大な犯罪を犯した少年は犯罪的危険性も高いと判断され、少年院送致や検察官送致（を介した刑事施設収容）が選択されやすくなるため、保護処分相当性という科学的判断で解明できる要素に解消しようというのであろう。しかし、保護処分の必要性を直接判断しようとするれば、認定された非行事実からは推認できないような本人の問題性自体が介入の根拠とされるおそれがある。将来予測にまつわる不確実性が常に伴うこともあり、そうした問題性は福祉領域で対応すべきものであろう。

このように考えると、証拠により認定された非行事実を基にした犯罪的危険性の判断を要保護性の出発点にせざるを得ないと思われる。ただしその場合にも、繰り返されると想定される非行の内容だけでなく、それが繰り返される危険性の程度を見極めなければならない。犯罪的危険性は想定される犯罪の程度と危険性の程度の積で判断されるのであるから、重大な非行が犯された場合であっても、再発のおそれが乏しいといえるのであれば、犯罪的危険性は大きくないということになる。

しかし反対に、想定される犯罪は軽いものの、危険性の程度は高いという場合はどうか。第2の批判はこの点に関わる。実務では段階的処遇という発想があるといわれる。万引きのような軽微な犯罪の場合、初回に家庭裁判所に継続した場合は保護的措置が取られて処分無しで終局するが、2回目には保護観察となり、3回目には少年院送致となるというように、徐々に処分が重くなる傾向があるとされている。それを前提とすると、再非行事案では、およそ一過性で犯罪的危険性がないとはいえないことになり、犯罪的危険性が否定されることはおよそ考え難いことになってしまう、というのである⁸⁾。

8) 岡田行雄「保護処分の要件たる要保護性について」『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』（現代人文社、2019年）493頁。

この批判も、結局は、実務において、危険性の程度の見極めが十分になされていないことに対して向けられたものであろう。非行反復の回数が増えると、一般論としては、犯罪的危険性が高いと推定されるものの、特に少年を取り巻く環境に変化があった場合などは、その推定を覆す事情がないかが丁寧に検討される必要がある。

4. 矯正可能性

要保護性の第2の要素とされる矯正可能性は、性格の矯正及び環境の調整手段である保護処分をはじめとする少年法上の処分で、少年の犯罪的危険性に対応することが可能かを判断するための要素である。

少年法は国家が少年を保護するために取り得る一手段に過ぎず、医学的に見て治癒する可能性のない精神病者、矯正の望みなき精神病質人、犯罪性の著しく強度にして個別的特殊教育を施すもなお矯正し得ないであろう凶悪人等は、矯正可能性がなく、別に精神衛生法の措置⁹⁾や刑事処分によるべきであるとされる¹⁰⁾。

矯正可能性という要素を入れることにより、保護処分による対応ができない場合は保護不能ということになる。2要素説を採り、保護相当性を要保護性から排除すれば、検察官送致になる場合は明確にできる。

なお矯正可能性という少年院送致をイメージさせる表現が用いられた点については、太平洋戦争後の少年法改正により、家庭裁判所先議主義が導入されたことに伴い、保護処分と刑事処分の選別という新たな課題に直面した家庭裁判所において、保護処分の種類の選別よりも、少年院送致と刑事処分の選別が主要な課題だったからである、との理解が示されている¹¹⁾。確かに少年院法は、少年院を、矯正教育その他の処遇を行う施設であると規定しており(3条)、この指摘は説得力がある。ただ少年法1条は、児童施設送致や保護観察を含む保護処分全般に関して「性格の矯正及び環境の調整」を行うためのものであるとしており、本人

9) 現在の法制度では、精神保健福祉法上の措置入院(同法29条。都道府県知事が自傷他害のおそれがあると認めた場合になされる)や医療保護入院(同法33条。家族等の同意に基づく)という本人の意思に基づかない入院に相当すると思われる。

10) 裾分一立「要保護性試論」家庭裁判月報5巻4号(1954年)32頁。

11) 服部朗「要保護性再考」愛知学院大學論叢法學研究50巻1・2号(2017年)188頁。

の意思に反していても無理矢理にでも是正するという強い意味を込めて、「矯正」という用語を用いているわけではないと思われる¹²⁾。また保護観察の過程で、環境の調整を行えば、本人の性格を矯正しなくても要保護性が解消する場合に、矯正可能性がないため、保護処分を行わない、ということにはならないと思われる。そのことを明示するために矯正可能性という用語に代えて、保護適合性という用語を用いるべきとの主張もある。少年の犯罪的危険性除去のために必要な手当てと現実の執行機関の処遇能力との適合性を見極めて処遇を選択するというのである¹³⁾。それでもなお、保護適合性の内容もなお明らかではないとの批判もあるため¹⁴⁾、さしあたり、「保護処分による対応可能性」という程度の意味で矯正可能性という言葉を理解しておくのがよいと思われる。

そのうえで、この要素に対しても批判が向けられる。まずこの見解によれば、福祉処分相当の場合に要保護性が欠けるということになるが、要保護性という用語が元々福祉領域に由来することからしても、日常生活の用語法に反する、と批判される¹⁵⁾。ただこの批判は、言葉の定義の問題であり、先に確認した通り、要保護性という用語を少年法に特有のものとして用いるのであれば、福祉処分相当の場合に（少年法上の）要保護性が欠ける、と表現することに問題があるわけではない。

第2に、保護処分だけでなく福祉処分も少年法上の法律効果と考えるべきであるから、矯正可能性ではなく、立ち直りの可能性を問題にすべきである、との指摘がある¹⁶⁾。確かに、家庭環境に問題を抱える触法少年や年少少年の場合には、非行を犯したといえども、保護処分ではなく児童福祉の措置に委ねる方が適切である場合があり得る。矯正可能性概念の提唱者は、福祉処分相当の場合は念頭に

12) 「矯正」という用語は、曲がっているものを正しくするという意味を有しており、そもそも少年院や刑事施設内での処遇を念頭に置く場合でも、時代に合わなくなっている、という問題はある。「矯正」の有する問題点については、中島学『塀の中のジレンマと挑戦』（明石書店、2023年）122頁以下を参照。

13) 沢登俊雄ほか『展望少年法』（敬文堂、1968年）313頁〔中原尚一〕。

14) 岡田・前掲注8）496頁。

15) 平場安治『少年法〔新版〕』（有斐閣、1987年）64頁。

16) 齊藤豊治「少年事件における非行事実と要保護性」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2007年）705頁。

おいていなかったと考えられる。福祉に委ねた方がよい場合は、保護処分による「矯正」が可能であっても、福祉処分に委ねるべきであろう。さらに保護処分でも福祉処分でも対応できる場合は、自由制約の度合いが小さい福祉処分を優先すべきであると思われる。ただし問題は、家庭裁判所調査官が福祉処分の実態について必ずしも詳しくないことであろう。福祉処分の利用が低調なのも、それが一因ではないかと疑われるところである。家庭裁判所調査官の判断を尊重するための概念装置として要保護性概念を用いる場合、福祉処分相当性判断は要保護性概念から除くべきということにもなる。しかしこの点はむしろ、福祉処分相当性判断も要保護性判断に取り込むことにより、家庭裁判所調査官に対して、日常的に児童福祉と連携し、児童福祉の実情にも詳しくなることを要求すべきではないかと思われる。第2の批判には傾聴すべきものがある。

さらに第3に、矯正可能性概念を用いて要保護性を保護処分賦課の要件として捉えると、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、という批判がある。具体的には、保護観察と児童福祉が協働することで生活の安定を図るという発想が出てこなくなる、地域のサービスや社会資源といった民間の担い手に少年をつなぐという視点が出てこなくなる、保護的措置を講じて不処分とする場合の保護的な意味について積極的な意味づけができなくなる、といった問題があるとされる¹⁷⁾。そこで、当該働き掛けにより、少年の成長発達が図られる可能性という意味で、当該働き掛けの有効性という概念を矯正可能性に代えて用いるべき、というのである¹⁸⁾。そのことにより調査官が専門的知識を活用して判断すべき事柄に要保護性を純化できることになる。

この見解に至ると、保護的措置を講じることにより要保護性が解消され審判不開始や不処分となる場合をも視野に入れることができる。確かに、多くの事件を保護的措置により処分なしで終結させる運用にこそ、日本の少年司法の成功の秘訣があるといえる。しかも家庭裁判所調査官の専門性が発揮される場面であるため、要保護性を調査官の活動を裏付ける概念として用いるという観点からは、保護的措置が必要な場合も要保護性概念で捕捉すべきであろう。さらに福祉処分相

17) 服部・前掲注11) 188頁。

18) 服部・前掲注11) 191頁。

当の場合でなくても、保護的措置や保護観察と児童福祉や民間資源との協働という視点を獲得することもでき、少年保護をさらに発展させる契機をも取り込むことができる。半面で、終局処分として不処分とする場合を要保護性概念に取り込む場合、要保護性は、法律効果である保護処分（等）に対応した少年実体法上の法律要件ではなくなる。その点に目をつぶるのであれば、この構想は魅力的なものであると思われる。

第4に、矯正可能性は、保護処分による矯正可能性という限定的なもので、次に検討する保護相当性とかなり紛らわしいので、併せて保護処分相当性とする方が概念を明確化できるという主張がある¹⁹⁾。同様に、矯正可能性は保護不能という規範的指標を採り入れることに主眼があり、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相当性に吸収され、解消される、との主張もある²⁰⁾。

しかしながら矯正可能性ないし働き掛けの有効性という概念は、長年の家裁実務の経験の中で培われた専門的かつ経験的な判断である。確かに、人間行動科学の知見が過介入を許さないほどに確実性をもつかという疑問はある²¹⁾。そして保護処分が自由制約という不利益処分の側面を有する以上、有効な手段が複数存在する場合には、より制約の少ない方が選ばれなければならない、この価値判断も矯正可能性ないし働き掛けの有効性概念に内包されていると考えるべきであろう²²⁾。その意味では、矯正可能性は規範的判断とも言い得るが、この判断は、最初に判断の原則が確認されていれば、措置や処分を選択する場面では価値判断を伴わないため、経験科学の専門家でも可能な判断である。その点で、保護相当性における、最も有効かつ制約の少ない手段以外の手段が選択されるべきかとい

19) 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」家庭裁判月報 19 巻 4 号 (1967 年) 22 頁。

20) 柴田守「少年法における要保護性概念の再構成」法学新報 125 巻 11・12 号 (2019 年) 149 頁。

21) 武内・前掲注 2) 113 頁。

22) 岡田・前掲注 8) 489 頁は、このことを憲法、子どもの権利条約、障がい者権利条約といった上位規範の要請であるとする。そのように理解することも可能ではあるものの、そこで語られている内容は、犯罪対応のための法分野一般に通用する伝統的な法原則である「刑法の謙抑性」として受け入れられてきたものではないと思われる。

う規範的価値判断が前面に出る場合とは明確に区別することができる。保護相当性概念を認める場合でも、矯正可能性ないし働き掛けの有効性概念はそれとは区別して維持すべきだと思われる。

第5に、保護処分による立ち直りの可能性が全くないと認定することはおよそ不可能であり、少年院送致決定は、保護観察では問題の解消や克服ができないと判定することが前提になるはずであるが、その判定には無理があるとの批判もある。そもそも犯罪を繰り返している人でも人生経験を積む中で犯罪から離脱する場合があるというデジスタンス研究の視点からは、性格の矯正を図るという思考方法の妥当性自体が疑われるため、経験科学の知見を用いて解明すべきは矯正可能性ではなく、当該少年を取り巻く人的・社会的資源ならびに少年の長所ないし潜在能力である、というのである²³⁾。

しかしながら、矯正可能性ないし働き掛けの有効性という概念を用いる場合でも、少年の長所ないし潜在能力を解明し、それを踏まえてもなお働き掛けが必要かどうか判定されるのであるから、この批判は矯正可能性の放棄にはつながらないと思われる。実際、従来から、保護的措置を講じることによる不処分や保護観察が選択される場合は、少年に支えとなる人間関係が存在し、その支援を得ながら主体的に非行を克服できるかが判定されていたはずで、デジスタンス研究が要保護性概念に再構成を迫るという関係にはない。

最後に、少年法は保護処分優先主義を採用しているため、矯正可能性（及び保護相当性）は、犯罪的危険性があれば原則として肯定され、例外的に欠ける場合に保護処分選択をできなくさせる消極的要件に過ぎない²⁴⁾、という理解の当否が問題になる。矯正可能性概念は、刑事処分相当性判断における保護不能概念に対応していることが根拠とされているとみられる²⁵⁾。しかし問題は、保護不能か否かを判断することだけが矯正可能性概念の役割なのかであろう。論者も認める通り²⁶⁾、保護不能概念は55条移送における保護処分相当性概念における保護

23) 岡田・前掲注8) 503頁。

24) 藤永祐介「裁判官からみた要保護性」季刊刑事弁護120号(2024年)107頁。

25) 藤永・前掲注24) 103頁。

26) 藤永祐介「処遇選択」河原俊哉(編)『実例少年法』(青林書院、2023年)55頁。

処分の有効性概念と表裏一体と理解するのが一般的である。そうであれば、保護処分の有効性概念は、まさに個別具体的な保護処分を想定し、その有効性を判定するものであるから²⁷⁾、矯正可能性概念も同じでなければ、平仄が合わないであろう。またこの理解によれば、要保護性は基本的には犯罪的危険性の大きさに対応して評価されることになり、要保護性の実体的内容は、犯罪的危険性のみで要保護性を判断する1要素説と変わりがないことになろう。というのも、1要素説も、働き掛けの必要性を一切度外視するわけではなく、「少年法により対応することが必要な程度に」犯罪的危険性があるかを判定することで、介入の要否の判断につなげることになると思われるため、同様に要保護性を程度概念として観念することになるからである。いずれにしても、非行が重大であれば、要保護性も重く、重い保護処分が課されるという相関性が肯定されることになるだろう。しかし、要保護性は単純な有無や高低で捉えられる概念ではない²⁸⁾。少年自身が抱える問題性を特定し、その問題性を解消するためにはいかなる手段を用いることが必要かを吟味することによって要保護性が決まる。すなわち要保護性は想定される措置や処分等との適合性を見るための質的な概念である²⁹⁾。そのシビアな見極めを専門的知見から行うことを調査官に要請することにこそ、要保護性概念の神髄があると考えべきではないか。犯罪的危険性の程度は要保護性には直結しない。当該働き掛けの有効性という概念を用いる場合、このことが明確になる。

27) 廣瀬健二『少年法』（成文堂、2021年）479頁。

28) 正木祐史「20条2項送致の要件と手続」葛野尋之（編）『少年司法改革の検証と展望』（日本評論社、2006年）34頁、安西敦「処遇論から考える付添人活動」季刊刑事弁護118号（2024年）80頁。

29) 安西敦「弁護士・付添人実務と要保護性」季刊刑事弁護120号（2024年）92頁。藤永・前掲注24）108頁も、矯正可能性は質的な概念であるとするが、3年という特定少年に対する少年院収容期間の上限（64条3項）が少年を改善させるためには十分でない、という判断を矯正可能性の問題として行うことを批判する文脈においてである。想定される保護処分との適合性を判断するという視点を欠く点において、要保護性を量的に把握する見解と位置付けることができる。

5. 保護相当性

要保護性の第3の要素とされる保護相当性は、保護処分による保護が最も有効適切な保護手段であること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、なおかつ福祉の措置に委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処分であると認められる場合に要保護性を否定する要素として主張されたものである³⁰⁾。

このように元々は、矯正可能性には保護処分による保護の効果が期待できないものを排除するだけの役割が想定され、有効性と適切性の観点から、どの処分や措置を選択すべきかという判断は保護相当性で行うことが想定されていた。しかし、前述した矯正可能性を働き掛けの有効性と言い換える主張がみられるように、今日では矯正可能性という要素は有効性の観点も取り込んで観念されているし、同程度に有効な手段が複数存在する場合に最も制約が少ない手段を選択すべきことも有効性の中に内包させることができる。福祉的措置の選択を許容するために保護相当性を観念する必要はない。保護相当性の固有の役割は、たとえ有効な処分が別に存在したとしても、なお社会の法感情の観点から刑事処分を選択することを導く点にある。結果が重大で社会的な反響や影響が大きい事件など、保護処分による矯正が可能ではあるものの、行うべきでない場合は、保護不適として要保護性が欠けることとなり、検察官に送致すべきことになる³¹⁾。

問題は、保護相当性が要保護性概念の要素に加えられたため、処遇決定に当たって、犯罪事実の軽重やその社会的影響を考慮することが理論的に正当化された、と指摘されていることである³²⁾。先に確認した通り、保護相当性が当初主張された際の意図は、保護不適という概念を用いて、矯正可能性が否定される保護不能の場合以外にも、事案が重大で社会の正義感情が少年を保護することを是認しないような場合にも検察官送致とすることを正当化することにあつたと思われる。しかし、既に早い時期から、犯罪事実の重大さに対する配慮やその事件に対する

30) 平井・前掲注1) 19頁。

31) 裁判所職員総合研修所『少年法実務講義案(三訂補訂版)』(司法協会、2018年)223頁。そのため、3要素説からは、保護不能の場合または保護不適の場合が刑事処分相当ということになる。

32) 澤登俊雄『少年法入門(第6版)』(有斐閣、2015年)145頁。

社会感情等が保護相当性判断を通じて要保護性判断に入り込んでくると、非行が軽微な場合には、たとえ犯罪的危険性がかなりのものであっても、少年院に送ることを躊躇するようになると指摘されていた³³⁾。非行事実は、保護相当性概念を通じて要保護性一般に影響を及ぼしてしまう。保護相当性概念は、論理必然ではないにしろ、保護処分内での少年院送致相当性や保護観察相当性をも含んでしまうということになる。このように、保護処分を選択する場面でも、犯罪事実の大小や社会感情を考慮する発想が強まると、家庭裁判所の事件処理に罪刑均衡の発想が混入し、ミニ刑事裁判化してしまうおそれが生じる。そして実務が3要素説を採り、家庭裁判所調査官に対して3要素すべての評価を行ったうえで、処遇選択についての結論を出すことを求めている結果、調査官は社会調査の中で、保護処分を選択する場面か保護不適として検察官送致を選択する場面かを問わず、犯罪事実の大小や被害感情といった要素を考慮して判断をすることを迫られるようになっていったのではないかと思われる。犯罪事実の大小が処分の大枠を決めるようになってくると、苦勞して矯正可能性を見極めたとしても、保護相当性判断において結論が修正されてしまうのであるから、矯正可能性を見極めようとする姿勢は弱まってしまう³⁴⁾。他方で、非行事实在軽微な場合には重い保護処分を避けようとする発想が運用の謙抑性をもたらしている可能性もある。しかし前述のように、謙抑的運用は、働きかけの有効性判断の中に介入を必要最小限度とするという考え方を織り込んでおけば実現できるものであり、このために保護相当性概念を用いる必要はない。以上からすると、3要素説を採り保護相当性を考慮する場合でも、保護不適と判断される場合にのみ結論を修正するというでなければならぬ³⁵⁾。

次に、保護相当性を考慮する立場に対しては、要保護性を保護処分の要件とし

33) 早川・前掲注19) 16頁。

34) この現象が極端な形で現れているのが、原則逆送事件である。対象事件では、保護処分を相当と考える特段の事情がなければ、検察官に送致しなければならないと規定されている結果、家庭裁判所調査官の社会調査の形骸化が進んでしまったといわれている。岡田行雄『少年司法における科学主義』(日本評論社、2012年) 44頁及び178頁参照。

35) 藤永・前掲注24) 103頁について、前述の通り、矯正可能性の理解には賛同できないが、保護処分相当性はそれが否定される場合に保護処分の選択をできなくさせる消極的要件であるとする点は正当である。

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の批判がある³⁶⁾。保護処分以外の処分の方が適当な場合は保護処分は相当でないというだけでは無内容である、というのである³⁷⁾。そこから、人格的性状としての非行性と環境的要因の保護欠如性を要保護性と捉え、処遇決定の概念として別途に保護処分相当性、刑事処分相当性、福祉処分相当性、不処分相当性を考える立場が理論的に正当で有用であると主張されることになる³⁸⁾。ここで保護欠如性という概念が新たに出てきているが、これは非行を抑止する保護状態に欠けていることを意味し³⁹⁾、人格面と環境面の双方から犯罪的危険性を捉えることを意図したものだと思われる⁴⁰⁾。ただもとより犯罪的危険性の判断においては環境面も考慮されるべきであるため、この見解によれば、結局のところ、要保護性については犯罪的危険性のみで判断する1要素説を採る一方で、それとは別に処分選択の基準として、どの処分が適切であるかを判断する、ということになる。そしてこの見解は、考慮要素は3要素説と同じであるものの、資質鑑別や社会調査は人間行動科学領域の事実判断に純化し、どの処分がふさわしいかという価値判断を含む相当性判断は法律家である裁判官が処分決定にあたって行うべきであるとの提案と結びついている。この点が3要素説と異なる点である。

この見解が家庭裁判所調査官を保護相当性判断から解放する点は、前述した保護相当性判断の現状からすれば、積極的に評価される。しかし同時に、この見解

36) 田宮裕・廣瀬健二(編)『注釈少年法(第5版)』(有斐閣、2024年)50頁。

37) 川出敏裕『少年法(第2版)』(有斐閣、2022年)98頁。

38) 田宮・廣瀬(編)・前掲注36)50頁。

39) 平場・前掲注15)70頁。早川・前掲注19)17頁もこの見解を支持する。

40) 論者によっては、非行性を非行反復の人格的・環境的危険性と定義しつつ、それとは別に保護欠如性を考えるとする立場が採られる場合もある。非行性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の反社会的性状であって、非行反復の人格的・環境的危険性をいう、という考え方を前提に、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るから、別途、保護欠如性を判断すべき、というのである(畠山勝美『試験観察の実証的研究』(1966年)11頁。この見解を支持するものとして、柴田・前掲注20)154頁がある。)。しかし、環境面を非行性と保護欠如性の両面で考えるという整理は、概念をいたずらに複雑にさせるだけのように思われる。確かに環境要因には非行を促進する側面と抑制する側面の両面があるだろうが、多くの場合、両者を截然と区別することはできず、総体としての非行少年を取り巻く環境が非行促進的か非行抑制的かを判断することになると思われる。

によれば、矯正可能性判断も家庭裁判所調査官の判断の対象外となる。矯正可能性判断ないし働き掛けの有効性判断は行動諸科学の専門家が経験的な知見を活用して行うのに相応しいものであるから、矯正可能性を家庭裁判所調査官の判断事項から除外することは適切でないと思われる。要保護性は、非行反復の危険性を解消軽減するためにいかなる働き掛けが必要かを考え、時には、働きかけそのものをアレンジし、作り出していく能動的な概念として構成されなければならない⁴¹⁾。この点で、要保護性判断と処分選択の判断を切り分ける見解を支持することはできない。

保護不適の場合を刑事処分相当とするために保護相当性を考慮する3要素説に対しては、より根本的な批判もなされている。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、というのである。社会的影響や社会感情は客観的・科学的な把握が難しく、検証や後付けも困難であるから、それを要保護性判断の中で考慮することは調査領域の専門性にも大きな困難をもたらし、専門性で担保し得ないはずの事項について、あたかも専門性の裏付けがあるかのような装いを与えることにつながってしまう、とされる⁴²⁾。

この批判を前提とすれば、保護相当概念は放棄して2要素説で要保護性を構成するか、保護相当性という規範的判断は要保護性判断の外で裁判官が行うということになる⁴³⁾。しかし保護相当性概念を放棄し、検察官送致を保護不能の場合に限るという見解に対しては、あまりに重大な事案を保護処分とするような社会の正義観念に反する少年法の運用は国民の支持が得られず、検察官先議等の法改正がなされ、かえって教育優先主義が後退する危険がないとはいえない、と指摘される⁴⁴⁾。重大少年事件が逆送にならなかったことに世論が反発したことを受

41) 服部・前掲注11) 195頁。

42) 武内・前掲注2) 112頁。

43) 服部・前掲注11) 192頁は、要保護性はケースの科学的理解のための概念として構成されるべきで、原則逆送規定のような規範的判断がからむ場合であっても、規範的判断は要保護性判断の外で行われなければならない、と主張している。

44) 加藤学「終局決定(1)」『少年事件重要判決50選』(立花書房、2010年)199頁。

けて、法改正により原則逆送制度が導入された少年法改正の歴史は、このことを裏付けているようにも思える。他方で、家庭裁判所調査官の判断から切り離されたところで、裁判官だけで保護相当性判断を行うとした場合、裁判官としては、調査官の要保護性に関する意見を踏まえさえすれば、独自の立場から保護処分相当性を自由に判断してよいことになる。その結果、裁判官が調査官の処遇意見を現状よりも尊重しなくなるおそれもある。問題を解決するのは容易ではない。

筆者は、将来的には保護不適概念は放棄すべきだと考えている。なぜなら、保護処分を用いることにより少年に有効に働きかけることができ、立ち直らせる見込みが立っているにもかかわらず、敢えて検察官に送致し刑事処分を科すのは、少年の立ち直りを阻害し、再犯リスクを高めるという刑事政策上不合理な判断であるからである。非行が重大な場合に社会感情が保護処分を許容しないといわれるのは、要保護性を量的な概念として捉え、非行事実が重い場合には重い処分が課されなければならないという前提があるからではないだろうか。重大な犯罪をしたのに罰するのではなく、保護するという概念上の問題もさることながら、重大な犯罪を前提とすると、刑事処分がスタンダードだと考えてしまうために、多くの場合、刑事処分より軽い保護処分を用いることは、少年に甘い扱いをしていると受け取られてしまうのだと思われる。

しかし前述したように、要保護性とは質的な概念であり、少年の問題に応じた働きかけを行うために適切な手段を選び出すための概念である。少年事件のスタンダードは保護処分であり、保護処分に矯正可能性ないし働き掛けの有効性が認められる場合の刑事処分は、矯正可能性ないし有効性の点で劣る処分なのである。ところが、検察官送致を行う少年審判の決定例や逆送後に刑事処分を科す刑事事件の裁判例において、そのことを明示したものは見当たらない⁴⁵⁾。成人の事件では、問題性に働きかけることを目的とした処分が存在しておらず、刑事責任に

45) むしろ日本の裁判例は、刑事施設でも、特定の犯罪性に働きかける認知行動療法などのプログラムは受講できることを強調する傾向にある。刑事施設で一定期間受刑すること自体が一般に再犯リスクを高める効果を持つという犯罪学の知見が顧みられることはない。確かに、刑事施設処遇は少年院処遇の要素を取り入れつつあり、両者の接近が認められるが、なお刑事処分を保護処分的に運用することには大きな限界がある。本庄武「少年処遇と成人処遇」刑法雑誌 58巻3号(2020年)472頁参照。

相応しい罰を科すしかない。しかし少年事件の場合には、成人の事件の論理は妥当しない。少年を刑事処分とすることは、犯罪的危険性を解消できる処分が存在しているにもかかわらず、敢えてそれに適しているとはいえない処分を選択することを意味していることが、もっと一般に知られなければならない。矯正可能性概念の正しい理解を適切に周知することにより、社会感情に応じた処分を行うことの不合理さが理解されていくことを諦めてはならないと思われる。

そうはいつても、少年院収容の保護処分は原則として20歳、なお収容を継続する必要がある場合でも23歳までしか継続できないこともあり、極めて重大な犯罪を犯した少年の場合には、刑事処分が科された場合に想定される長期間の拘禁との間に非常に大きな落差が生じる。その場合には、少年は当分の間は社会に戻ってこないのであるから、働きかけの有効性を犠牲にしても刑事責任を取らせるべきである、という意見もあり得るものと思われる⁴⁶⁾。

では、現在の実務のように保護不適類型を維持することを前提とした場合、保護相当性の要素を要保護性概念に含め、調査官に判断させるべきだろうか。この点、調査官が保護相当性を判断することのメリットは、裁判官だけに保護相当性判断を委ねた場合、表面的な事件理解に基づき、安易に国民の正義感情に訴えた判断になるおそれがある一方で、調査官であれば、少年の問題性を深く理解したうえでの判断となることが期待できる点にある。そのうえで、犯罪の重さは保護処分を課す場合には考慮せず、刑事処分相当かどうかを判断する場合にのみ考慮することが明確になっていけば、自らの専門性を活用して行う矯正可能性判断の形骸化は起きづらくなる。そして、調査官には、専門的見地から、保護不適と判断する場合には矯正可能性に弊害が生じることに言及することが期待できる⁴⁷⁾。これに対して、社会感情が是認するかという判断は、感覚的な判断であるから、裁判官であれ調査官であれ専門的になし得るものではない。しかし表面的外形的にしか当該犯罪を理解していない一般人の正義観念が保護処分を許容するかしな

46) もちろんこの意見は無責任である。重大少年事件で長期自由刑を科した後の再犯事例において、少年法を批判する世論に潜む大きな矛盾を指摘し続けなければならない。

47) 調査官は刑事施設の実情に詳しくないかもしれない。しかし研鑽を積み、詳しくなるべきである。

いかを検討するのは、明らかに不合理である。せめて少年の犯罪的危険性と矯正可能性ないし働き掛けの有効性を正確に理解した一般人を措定し、その価値判断に沿った判断でなければならないだろう。この仮定的判断の曖昧さは避けられないが、だからこそまずは事情をより正確に理解している調査官が判断すべきであろう。その調査官意見の合理性を裁判官が評価するという二重構造により判断の慎重さが担保できると思われる。

以上から、本稿では、保護不適の判断を行う前提であれば、その判断も調査官に委ねるべく要保護性概念に取り込むべきだと考える。

IV おわりに

これまでの考察をまとめる。要保護性は、少年法上の保護処分だけでなく刑事処分、福祉処分、さらには保護的措置、民間資源を活用した少年の支援というあらゆる保護の前提となる概念であり、保護処分という法律効果に対応した法律要件ではない。その構成要素は、原則としては、犯罪的危険性に対して想定される処分や措置による働き掛けの有効性であるが、刑事処分相当性を判断する場合には保護不適かどうかという意味で保護相当性も判断されることになる。以上の判断は、まずもって家庭裁判所調査官の経験科学的な知見を踏まえた専門的な判断に委ねられる。裁判官は特に理由がない限り、その判断を尊重すべきであり、異なる判断をする場合はその理由を決定書に示すべきである。ただし、調査官の専門的判断を理解した一般人の社会感情が保護処分を是認するか、に関する保護処分相当性の判断については、調査官の専門性を活かした判断ではない。この部分について、調査官は専門的判断であるかのように振る舞うことは避けるべきであるし、裁判官もこの部分を専門家の判断として尊重する必要はないことになる。

このように考える場合、家庭裁判所調査官は保護処分のみならず、福祉処分、刑事処分の実情についても知悉することが求められることになる。また審判不開始、不処分としたうえで医療的な対応に委ねることの適否についても的確に判断できなければならない。そのために、調査官は地域に存在する社会資源に常にネットワークを張り巡らせる必要がある。また係属した事件について付添人がいる

場合は、付添人の環境調整活動⁴⁸⁾を活用し、要保護性評価をより豊かにする余地がないか確認することが義務付けられる。こうした規範的な要請を調査官に向けるところに要保護性概念を論じる意義がある。

本稿では、原則逆送事件や特定少年事件における要保護性判断の変容については検討できなかった。これについては先行研究⁴⁹⁾を踏まえて、さらに考察していきたい。

48) その実際については、安西敦「弁護士付添人による環境調整活動の意義」（一橋大学博士論文、2025年）を参照。

49) 差し当たり、服部朗「要保護性をめぐる理論状況」季刊刑事弁護120号（2024年）86頁、土橋央征「検察官送致事件の要保護性」同97頁、須藤明「社会調査と要保護性」同111頁を参照。