

## 「非行少年」と責任能力（3・完）

小 西 暁 和

- 一 はじめに
  - 1 問題の所在—責任能力の位置付け
  - 2 本稿の目的
  - 3 本稿の構成
- 二 少年の審判能力
  - 1 学説の状況
  - 2 判例の動向
  - 3 検討（以上85巻2号）
- 三 「非行少年」と責任能力
  - 1 「犯罪少年」と責任能力
    - (1) 「犯罪少年」と責任能力
      - (a) 学説の状況
      - (b) 判例の動向
      - (c) 検討
    - (2) 「犯罪少年」と他の責任要素
  - 2 「触法少年」と責任能力
    - (1) 「触法少年」と責任能力
      - (a) 学説の状況
      - (b) 判例の動向
      - (c) 検討
    - (2) 「触法少年」と他の責任要素
  - 3 「虞犯少年」と責任能力
    - (1) 「虞犯少年」と構成要件
    - (2) 「虞犯少年」と違法性

- (3) 「虞犯少年」と責任能力
    - (a) 虞犯事由と責任能力
    - (b) 虞犯性と責任能力
  - (4) 「虞犯少年」と他の責任要素 (以上85卷4号)
- 四 「非行少年」と責任
- 1 「非行少年」と責任
    - (1) 刑事責任の意義
    - (2) 「非行少年」と刑事責任
    - (3) 保安処分との関係
    - (4) 「非行少年」と責任
  - 2 「非行」と「要保護性」の意義
    - (1) 「非行」の意義
      - (a) 学説の状況—少年実体法上の要件と効果を中心に
      - (b) 検討
    - (2) 「要保護性」の意義
      - (a) 学説の状況—「要保護性」概念の内容をめぐって
      - (b) 検討
- 五 むすび (以上本号)

## 四 「非行少年」と責任

前章で論じてきたことを整理してみよう。

「犯罪少年」・「触法少年」・「虞犯少年」といった、いずれの「非行少年」においても責任能力は要しないものと解すべきである。また、さらに、他の責任要素のいずれも要しないと考える。そして、「虞犯少年」に関しては、「虞犯」は、一般に「構成要件に該当し、違法かつ有責な行為」とされる刑法上の「犯罪」とは異質な論理で構成されているものと解すべきであると言える。

そこで、審判時には、非行事実の存在と要保護性の存在とが共に認定される必要がある。要保護性（とりわけ、通説的理解に従えば、いわゆる矯正可能性）の十分な検討を通じて、「心神喪失」・「心神耗弱」として責任能

力が欠如又は著しく減退していたとも評価され得る少年を、精神保健福祉法上の措置を必要とする少年や医療少年院での矯正教育を受けるべき少年等に篩い分けることができる。

本章では、上述の「非行少年」と責任能力の関係に対する理解を前提として議論を敷衍し、「非行少年」と責任の関係に関してさらに検討を加えることにしたい。

そこで、まず、「非行少年」と責任の関係に関する問題を整理し、次に、少年実体法上の「非行」と「要保護性」の意義を明確化させたい。非行事実の存在が認められるに当たり責任能力を（さらには、いかなる責任要素をも）要しないものと解する本稿の立論にとって、「非行」と「要保護性」をどのように意義付けるかという問題が重要な意味を持つからである。

## 1 「非行少年」と責任

### （1）刑事責任の意義

本稿では、「非行少年」における責任能力の要否について論じてきた。「非行少年」においても、責任能力の概念が論じられる際には、行為の是非を弁別し、かつ、その弁別に従って行動を制御し得る能力という刑法学上の責任能力の概念が与件として想定されている。刑法学上、こうした責任能力の概念は、責任要素（又は責任前提）として、責任という概念を形作っている。そこで、まず、刑法学上の責任の意義を確認しておきたい。

現在一般的に、刑法学上で、責任がある状態とは、違法行為<sup>(90)</sup>について行為者を非難し得ることを意味しているものと考えられている。すなわち、責任とは、「非難ないしその可能性」であると解されている。とりわけ、

---

(90) 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）354-356頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第3版〕』（有斐閣、1997年）418頁、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（弘文堂、2008年）133頁、137-140頁、高橋則夫『刑法総論』（成文堂、2010年）323-324頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）206頁、野村稔『刑法総論〔補訂版〕』（成文堂、1998年）267頁等参照。

責任の本質に関する法的責任論からは、「法的な非難ないしその可能性」と解されることになる。それは、刑罰という手段を用いるに値する責任という意味において可罰的責任でもあると考える<sup>(91)</sup>。したがって、「責任主義」の原則として、「責任がなければ刑罰はない」ものとされている。

## (2) 「非行少年」と刑事責任

「非行少年」において、かかる責任を勘案するなら、そもそも、少年審判において少年は「非難」されるべき地位にはないと言える。もし、「非難」を問題にするべきであれば、検察官送致決定をして刑事裁判に場所を譲るべきであろう。したがって、「刑事処分相当性」判断の際には、責任能力を含む責任要素も考慮されるべきこととなる。「刑事処分相当性」判断は、「要保護性」判断とは異なり、事後的、科学的判断に限定される必要はない。「刑事処分相当性」と「要保護性」との関係については、後述する。

これに対して、保護処分を刑罰と連続的な「制裁」の一つと理解し、<sup>(92)</sup>「非行少年」には責任能力を含む責任を要するとする見解がある。保護処分を課される「非行少年」には、刑罰が科される量の刑事責任は必要ないものの、同一の性質を有する責任が一定量求められるとしている。かかる見解は、刑法学上で論じられる意味での責任を量的な観点からみて低減させつつも少年の場合にも求めており、「刑事責任一元論」とも言えるだろう。

しかし、少年審判は、「非行のある少年に対し自己の非行について内省を促すもの」(少年法22条1項)であったとしても、法的な「非難」を確証する場ではない。したがって、刑罰を科せられる量の刑事責任は勿論のこと、量的に低減しているものであっても刑法学上で論じられる意味での責任は要しないと考える。全ての「非行少年」において、責任能力を含む責

(91) 曾根・同上133頁、138-139頁、143-144頁参照。

(92) 佐伯・前掲注(36)38頁、41-45頁、51頁参照。

任要素は不要と解すべきである。「刑事責任一元論」は、「公正さ」の尺度からみた少年法制の一部分の傾向しか捉えられていないため疑問である。<sup>(93)</sup>

### （3） 保安処分との関係

少年法上の保護処分は、広義の保安処分（とりわけて言えば、改善処分）として位置付けられる場合もある。<sup>(94)</sup> 実際には、後述のように、多くの説では、保護処分が加えられる要件である「要保護性」の概念の中核に「累非行性（犯罪的危険性）」を位置付けている。

しかし、保護処分は、本質的に保安処分とは異なる。保護処分は、明確に、少年の「健全な育成」のための処分であり、公共上の危険防止のための処分ではない。

なお、少年院法11条5項は、「23歳に達する在院者の精神に著しい故障があり公共の福祉のため少年院から退院させるに不適當であると認めるときは、26歳を越えない期間を定めて医療少年院に収容を継続」させることが可能である旨を定めており、「公共の福祉のため」という要件により保安処分的な機能を果たしているとも解され得よう。しかし、本収容継続の対象者は、既に成年に達しており、本来的に少年として「健全な育成」を図る対象ではない。したがって、かかる機能も十分成長した成人に対して

---

(93) なお、葛野尋之教授は、少年法において「法的な非難ないしその可能性」としての「責任」は否定され、法的地位として少年は「適正手続を保障され、手続参加を確保されるなか、主体的非行克服のための教育的援助を受けることによって、その自己実現ないし自律的幸福追求に向けた成長発達権を具体的に保障されるべき地位」にあることが認められるとしている。しかしながら、「少年法の下、少年の法的責任についても、その前提たる実質的責任能力が要求され、さらに故意・過失、適法行為の期待可能性が要求される」としており、上記の法的地位が認められるためには、結局、刑事責任と同質性を有する責任要素が行為時に必要になるものと論じている。（葛野尋之『少年司法の再構築』（日本評論社、2003年）524-526頁）。

(94) 保護処分と保安処分の関係について、森下忠「刑罰と保護処分との関係」団藤重光＝長島敦＝八木國之＝朝倉京一＝森下忠編『小川太郎博士古稀祝賀 刑事政策の現代的課題』（有斐閣、1977年）170-174頁、178-180頁参照。

の機能であり、保護処分の本来の性質とは異なる例外的な制度と位置付けられ得る。この点、本收容継続の前提となる同条 2 項・4 項では、在院者が 20 歳に達した場合に、「在院者の心身に著しい故障があり、又は犯罪的傾向がまだ矯正されていないため少年院から退院させるに不相当であると認めるときは」、23 歳を超えない期間で、その收容を継続させることが可能である旨を定めている。本收容継続の対象者は、成年に達してはいるものの少年に近接した年齢のため、少年の「健全な育成」という保護処分の趣旨が及び、「公共の福祉のため」という要件は置かれていないものと解される。

ただ、「非行少年」に保護処分を加えることにより、結果現象として違法行為の抑制になるかもしれない。その点では、社会防衛的な機能を果たしていると言えるだろう。

この点、澤登俊雄教授は、保護処分が加えられる上での前提となる「非行少年」における責任の本質は「社会的責任論」を基礎とした「社会的責任」であるとしながら、「保護処分も『責任』に基づく制裁であるから刑事処分と本質が同じだ」というためには、その責任は、社会的責任であるとともに、『責任非難』の意味をもたなければならない<sup>(95)</sup>と論じている。そこで、「要保護性」判断の際に、少年の自己決定能力としての「実質的な責任能力」を要求し、少年の場合には行為の「自由意思度」が低いとしながらも「責任非難」の意味を含ませている<sup>(96)</sup>。

(95) 澤登・前掲注 (67) 237 頁。

(96) 澤登・同上 238-239 頁参照。また、澤登教授は、保護処分に必要な責任である「展望的」な「実質的責任」の諸要素は全て「要保護性」概念の中に吸収され得るとも論じている。(同「保護処分と責任の要件」平場安治＝平野龍一＝高田卓爾＝福田平＝大塚仁＝香川達夫＝内藤謙＝松尾浩也編『団藤重光博士古稀祝賀論文集第三巻』(有斐閣、1984 年) 160-162 頁参照)。こうした「実質的責任」は、刑法上の「犯罪」を成立させる要件である「有責性」とは概念を異にするとされる。(澤登・同上「保護処分と責任の要件」164 頁参照)。なお、高内寿夫教授は、少年の責任を「保護処分を受けるべき地位」と定義し、「要保護性」の実質的要件であるとして、その内容を「将来にわたる少年の累非行可能性および矯正可能性(成長発達

確かに、要保護性は、社会的責任論における刑罰適応能力としての責任能力に近いものを「保護処分適応能力」として含んでいるとも言える。<sup>(97)</sup>しかしながら、本論では「要保護性」判断において結果的に「責任非難」を基礎付けてしまっている。上述のように、刑事責任の本質が「非難」であると考えられている以上、「要保護性」判断にも無下に「責任」概念を持ち込むべきではないだろう。

#### （4）「非行少年」と責任

「責任」や「能力」といった概念は、範囲、段階等を操作して利用することが可能である。そこで、論者によっては、概念内容を操作することを通じて、刑法学上で論じられてきた責任ではない何らかの「責任」概念を「非行少年」に適用しようと試みている。<sup>(98)</sup>

確かに、概念内容を操作することで、何らかの「責任」概念が「非行少年」に想定可能な場合もあるだろう。だが、本稿では、責任能力を主題としているので、責任能力を要素として含む刑事責任に検討対象を限定した。

ただ、犯罪者処遇の場面で「社会生活上最低限要求される人間としての責任」<sup>(99)</sup>が根底に置かれ、また刑法上の責任との関係を問われているよう

可能性」として論じている。（高内寿夫「現行少年法における『責任』概念について」法政理論（新潟大学法学会）35巻4号（2003年）85-90頁参照）。そこで、「少年を保護処分に付すためには、累非行可能性と矯正可能性（健全育成可能性）とが要求され、いわゆる責任能力は不要である」とする。（高内・同上99頁）。本論は、「責任非難」の契機を完全に放逐しており、「責任」概念を残している点を除けば、実質的には私見にも近い見解になるものと考えられる。

(97) 澤登・同上「保護処分と責任の要件」167頁。

(98) 「自己改善責任」が責任の中核にあるとする見解として、古田浩「家庭裁判所における事件処理—処遇選択を中心として—」猪瀬慎一郎＝森田明＝佐伯仁志編『少年法のあらたな展開—理論・手続・処遇』（有斐閣、2001年）244-246頁参照。

(99) 石川正興「受刑者の改善・社会復帰義務と責任・危険性との関係序説」早稲田法学57巻2号（1982年）30頁。

に、少年法制においても少年の「責任」の意味を問い続ける必要があるだろう。

思うに、少年院の矯正教育が在院者の「自覚に訴え」るものとされているように（少年院法 4 条 1 項）、少年法制においては、「健全育成」という理念に応答して、少年自身にも、自己の問題を克服し、社会的な自立・自律に向けた主体的な努力を図ることが期待されていると言える。少なくとも、「非行少年」は、かかる「健全育成」に対する応答性を求められる法的地位にあることが認められるだろう。したがって、後述する要保護性の判断に際しては、保護処分を通じた「健全育成」目的の達成に応答し得る能力が少年に備わっていることを要するものと考えられる。

## 2 「非行」と「要保護性」の意義

上記三では、非行事実の存在を認めるに際して責任能力を要しないと、心神喪失・心神耗弱と言える状態に関しては要保護性の認定に際して考慮すればよいと論じた。

「非行」と「要保護性」は、少年実体法上の要件として位置付けられている。そこで、次に、少年実体法上の「非行」と「要保護性」の意義を明確化させておく必要があるだろう。

本稿では、まず、少年実体法上の要件と効果をどのように解すべきか、という論点から「非行」の意義を論じる。そして、次に、概念の内容に関し相対立する見解の考察を通じて「要保護性」の意義を検討することにした。

### (1) 「非行」の意義

少年実体法上の要件と効果は何かという点が、従来、議論されてきた。

こうした議論は、少年実体法上のものであるが、少年保護事件における審判の対象は何か、という少年手続法上の論点にも強く相関していると言えよう。この審判の対象に関する問題は、少年保護事件の「事件」概念



は、何によって特定されるかという論点にも関連している。そこでは、少年のみによってなのか、あるいは少年と非行事実によってなのか、という見解の対立がある。この論点において採られる立場は、不告不理の原則や一事不再理の原則の理解にも影響する。例外もあるが、通常は、少年実体法上の要件と少年手続法上の審判の対象とが、一致して理解されている。

学説の展開を整理し、確認した上で、検討を加えることにしたい。

(a) 学説の状況—少年実体法上の要件と効果を中心に

実体法上の要件をどのように解するかについては、学説上、「要保護性」のみとする説、「非行」のみとする説、「非行」及び「要保護性」とする説に大分できる。

さらに、後者の2説に関しては、効果を保護処分に限定する立場と限定しない立場とに分けられる。

④ 「要件＝要保護性」説（効果を保護処分に限定する立場）

まず、少年実体法上の要件は、「要保護性」であり、効果は、保護処分であるとする説がある。<sup>(100)</sup> 「非行」の位置付けに関して、入江正信判事は、「少年保護事件における非行事実は、手続的にはその存在が家庭裁判所の当該少年に対する審判権取得の一条件となり、実体的にはいわゆる要保護性認定の一資料となる<sup>(101)</sup>」としている。したがって、少年法3条1項の規定は、家庭裁判所が有する審判権の人的対象範囲を明示した手続的規定であり、実体法の領域に属する規定ではないと解されることになる。<sup>(102)</sup> なお、理論上、効果を保護処分に限定しない立場も想定できるが、実際には、効果を保護処分に限定する立場しか見られない。

---

(100) 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）11-12頁、30頁等参照。

(101) 入江・同上11頁。

(102) 入江・同上3-4頁参照。

この④説は、少年手続法上の審判対象論においては、「人格重視説」と呼ばれてきた。<sup>(103)</sup>つまり、少年保護事件における審判の対象は、少年の人格に表われる要保護性であるという立場である。

こうした人格重視説は、現行少年法の運用開始直後には、広く支持を集めていた。<sup>(104)</sup>しかしながら、現行少年法の運用が進むに連れて、次第に「人格重視説」から後述の「非行事実重視説」へと通説的な立場が移ってきた。「行為者主義」のみに立つ視点から、「行為主義」をも加味した視点へと変化したのである。とりわけ、アメリカ合衆国連邦最高裁判所のゴールト判決(1967年)<sup>(105)</sup>等以降、わが国でも少年に対する適正手続の保障が重視されてきたことも、このような変化が生じた背景にあるものと言える。

#### ⑤ 「要件＝非行」説

次に、少年実体法上の要件は、「非行」であるとする説を挙げることができる。ただし、本説においては、効果を保護処分に限定する立場と限定しない立場とで分かれている。

③ 効果を保護処分に限定する立場 まず、少年実体法上の要件は、<sup>(106)</sup>「非行」であり、効果は、保護処分であるとされる立場がある。この立場は、刑法上の要件としての「罪」と効果としての「刑」に対応し、少年法3条1項が要件であり、少年法24条が効果であると解する。しかし、この立場に対しては、①「非行」と保護処分には刑法各本条における「罪」と「刑」のような対応関係がない、また②「非行」がありながら審判不開始

---

(103) 今中道信「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)69-73頁、入江・同上11-12頁、柏木・前掲注(61)65頁、内藤文質「少年保護事件の概念について」警察学論集6巻5号(1953年)6-8頁等参照。

(104) 最高裁判所事務総局編『家庭裁判所三十年の概観』(法曹会、1980年)370頁参照。

(105) *In re Gault*, 387 U. S. 1 (1967).

(106) 裾分一立「少年保護事件手続に関する一考察」家庭裁判月報4巻10号(1952年)88頁等参照。

や不処分となる場合が説明できないといった批判がある。<sup>(107)</sup>

① 効果を保護処分に限定しない立場 他方、少年実体法上の要件は、「非行」であり、効果は、「少年法上の保護一般」であるとされる立場もある。<sup>(108)</sup> この立場においては、「非行」があり少年事件が受理され、家庭裁判所による保護が開始されることを以って、効果が発生するものと考えている。そのため、家庭裁判所が行う種々の保護的措置をも法律効果として解釈される。そこで、「少年実体法の構成要件は非行事実のみであり、要保護性といわれるものは、処遇決定に影響を与える事情であって、実体法上の事実ではあるが構成要件に属さない」とされる。<sup>(109)</sup> また、「非行は保護措置の構成要件であり、要保護性はその実質的理由である」とも論じられている。<sup>(110)</sup>

③ 「要件＝非行及び要保護性」説

最後に、少年実体法上の要件を「非行」及び「要保護性」とする説がある。この説においても、効果を保護処分に限定する立場と限定しない立場とで分けることができる。

④ 効果を保護処分に限定する立場 まず、少年実体法上の要件は、「非行」及び「要保護性」であり、効果は、保護処分であるとされている立場を挙げることができる。<sup>(111)</sup> そこで、「…保護処分という法律効果を少年に加える為には少年に非行あることを要し且つ要保護性あることを要す

---

(107) 澤登・前掲注(67) 139頁参照。

(108) 須々木圭一『刑事政策 法学基本問題双書20』（成文堂、1969年）308-309頁、平場安治『少年法』（有斐閣、1963年）33-35頁、39-43頁等参照。

(109) 平場・同上34頁。

(110) 平場・同上39頁。

(111) 裾分・前掲注(71) 24-25頁、田中壯太「少年保護事件における非行事実と要保護性との関係」『少年法—その実務と裁判例の研究— 別冊判例タイムズ6号』（判例タイムズ社、1979年）211-212頁、平井哲雄「非行と要保護性」家庭裁判月報6巻2号（1954年）26-28頁、土本武司「少年事件の法的構造」警察研究46巻2号（1975年）45頁等参照。

る」とし、「家庭裁判所は事件繫属せる少年につき、調査審判の結果右二点の要件を充足することが判明すれば、必ず何等かの保護処分を加えざるを得ず、反対に右要件のうち、その一を欠いても保護処分を加え得ないで審判不開始決定、若しくは不処分決定その他を以て事件を終結せしむべき」<sup>(112)</sup> であるとする。通説的には、このように理解されている。また、この立場から、平井哲雄判事は、少年法上、「非行」の要件は「第 3 条第 1 項において間接的に」、「要保護性」の要件は「第 24 条第 1 項本文前段によって消極的に」<sup>(113)</sup> それぞれ規定されていると解している。

① 効果を保護処分に限定しない立場 他方、少年実体法上の要件は、「非行」及び「要保護性」であり、効果は、「終局決定によって与えられる国家の本来的な保護」<sup>(114)</sup> であるとされる立場も見られる。この立場からは、「保護処分以外の終局処分を少年実体法の法律効果に組み入れる」ものとされている。早川義郎判事は、「非行重視説が非行事実の存在を保護処分賦科の実体的要件としたことは、結局、人間行動および犯罪予測に関する科学の現水準に対する謙抑主義と少年の人権保障を全うしようとする考え方に基づくものといってよい」とし、上記①説を批判される。<sup>(115)</sup>

(112) 裾分・同上24-25頁。

(113) 平井・前掲注(111)28頁。

(114) 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)19-22頁等参照。なお、平場教授は、『少年法』新版において、要保護性を「構成要件に持って来るのは基本的に疑問」があるとしており、効果に限り同旨。(平場・前掲注(69)64頁参照)。平場教授は『少年法』新版で少年実体法の構成要件を「審判の対象」とは別の概念として考えているものと説明されている。(澤登・前掲注(67)141頁参照)。この点、「家庭裁判所の選別を既に国の保護に位置付けているのであり、選別の対象になる要件、すなわち受理の対象となる資格を構成要件とするもの」であった平場・前掲注(108)の『少年法』旧版では、そのように考えていたと言えよう。(平場・前掲注(69)64頁参照)。しかし、平場教授は、『少年法』新版では、「構成要件ということに固執するならば、それは非行事実である」としつつ、構成要件の概念を「不適切だ」としており、代わりに「少年の非行性」という「少年法の真の対象」を「審判の対象」とは別の概念として考えていると言える。(平場・同上66頁参照)。

以上の⑧説と⑨説は、審判対象論としては、「非行事実重視説」と呼ばれてきた。それぞれの説が、基本的には、少年保護事件における審判の対象は非行事実であるという見解<sup>(116)</sup>と非行事実および要保護性であるという見解<sup>(117)</sup>となっている。なお、これらとは別に、少年保護事件における審判の対象は、第1に非行事実、第2に要保護性であるという見解<sup>(118)</sup>もある。「公正さ」を重視する上で、非行事実に優先的位置付けを与えているものと言える。

後述のように、実体法上の効果を保護処分限定するか、あるいは限定しないかといった、効果をどのように解するかという問題は、「要保護性」概念の内容の理解に深く関係している。

#### (b) 検討

非行という現象は、法概念を用いた価値的、規範的側面と実証研究に基づく事実的、科学的側面の両者から考察できるし、少年の「健全育成」を目指す少年保護司法システムではそのように考察すべきなのである。そこで、少年法1条の「非行のある少年」における「非行のある」状態は、こ

(115) 早川・同上11頁。

(116) 裾分・前掲注(106)96頁等参照。

(117) 内園=今井=西岡・前掲注(15)3-4頁、小谷卓男「少年保護事件の手續(その二)」ジュリスト329号(1965年)103頁、田中・前掲注(111)211-212頁、平井・前掲注(111)21-26頁、平場・前掲注(69)203頁等参照。なお、平場教授は、『少年法』旧版において、「持ち込まれた非行だけではなく、凡そ少年の要保護性に関連性を持つ一切の生活歴は同様に審判の対象にならなければならない」と述べている。(平場・前掲注(108)73頁)。

(118) 沼邊愛一「少年審判手續の諸問題」司法研究報告書7輯1号(1954年)86頁、船山泰範「少年の保護事件」田宮裕編『少年法(条文解説)』(有斐閣、1986年)32-33頁等参照。この見解からは、基本的に、少年実体法上の要件も、第1に「非行」又第2に「要保護性」となり、効果も、保護処分となるものと考えられる。この点、沼邊愛一判事は、「…私の説は、非行少年の要件としては、第1に非行事実、第2に要保護性(…)を要するとなす説に帰着するであろう」と述べている。(沼邊・同上86頁)。

うした 2 側面から把握されることになる。

そして、少年実体法において、「非行」とは、価値的、規範的側面から検討される評価概念であり、これに対して、「要保護性」とは、事実的、科学的側面から検討される事実概念であると言える。

確かに、要保護性の認定も裁判官が行うが、その認定は、主に、法律記録（少年保護事件記録）とは異なった、少年鑑別所による鑑別結果通知書や家庭裁判所調査官による少年調査票等から編成される社会記録（少年調査記録）に依拠して行われることになる。<sup>(119)</sup> また、少年鑑別所は、心理検査や行動観察等による資質鑑別を行い、その結果に基づき、鑑別判定として在宅保護、収容保護等の意見を記載した鑑別結果通知書を作成する。他方、家庭裁判所調査官も、社会調査を実施し、その結果と資質鑑別の結果とを総合した処遇意見を付して少年調査票を作成する。したがって、要保護性の認定に際しては、事実的、科学的判断に基づいて、少年に相応しい保護的・教育的な処遇選択が図られるべきことになる。また、こうした要保護性の認定に関する審判過程では、少年や保護者に対して、教育的な働き掛けとして助言や指導等の保護的措置も行われる。

そこで、少年実体法上の要件は、「非行」と「要保護性」であり、効果は、保護処分であると考えられる。というのも、少年法 1 条では、本法の第 1 の具体的目的として「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」ことが掲げられており、本法の「第 2 章 少年の保護事件」では、かかる具体的目的を実現するため、保護処分を法律効果としていると解されるからである。これに対して、保護処分決定以外の他の終局決定は、「処分」という実体法上の効果を生じさせるものではなく、審判不開始・不処分の決定か、検察官・児童福祉機関（都道府県知事又は児童相談所長）に事件を単に「送致」する決定に過ぎない。したがって、検察官送致決定や児童福祉機関送致決定では、少年保護司法シス

---

(119) 裁判所職員総合研修所・前掲注 (24) 192 頁参照。

テムとは異なる少年刑事司法システムあるいは児童福祉行政システムにおいて、刑法あるいは児童福祉法による実体法上の効果が発生し得ることになる。

上記三で論じてきたように、少年実体法上の「非行」は、14歳以上20歳未満の者による構成要件に該当し、違法な行為である「犯罪（行為）」、14歳未満の者による構成要件に該当し、違法な行為である「触法（行為）」、そして20歳未満の者における虞犯事由及び虞犯性のある行状・性癖である「虞犯（行状・性癖）」の3者から構成されている。そして、これらの各行為又は行状・性癖が備わった少年が、それぞれ「犯罪少年」・「触法少年」・「虞犯少年」となる。

なお、少年手続法上の問題であるが、別稿でも触れた通り、少年保護事件における審判の対象も、非行事実と要保護性であると解すべきであろう。<sup>(120)</sup> 処遇決定の際には、「教育的配慮」からの要保護性が中心的な役割を占めることになる。しかし、要保護性のみが審判の対象となってしまうと、少年審判における「公正さ」を保てなくなる危険が大きい。こうした「公正さ」が失われれば、少年等の不信感から少年に対する教育的な効果もまた失われてしまうだろう。このことは「少年の健全な育成」（少年法1条）という少年法の理念を損なうことにもなると考えられる。

## （2）「要保護性」の意義

次に、「要保護性」の意義を検討していくことにしたい。少年実体法上の「要保護性」とはどのような概念なのであろうか。

本箇所でも学説上の相違する見解を確認した上で、自説を述べることにしたい。

---

(120) 拙稿・前掲注(5)『「虞犯少年」概念の構造(4)』早稲田法学81巻1号(2005年)113頁参照。

## (a) 学説の状況—「要保護性」概念の内容をめぐって

上記(1)で指摘した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によって、要保護性の位置付け方が異なる。前者は、保護処分の要件として「要保護性」を位置付けるが、後者は、保護処分のみならず他の決定等の前提としても「要保護性」を位置付け、保護処分に付するに当たっては、別途、処遇決定上の概念を設ける。これらの2つの立場に大別しながら学説の状況を確認しておきたい。

## ④ 効果を保護処分に限定する立場

初めに、少年実体法上の効果を保護処分に限定する立場を検討してみよう。

④ 「累非行性(犯罪的危険性)」説 少年法における「要保護性」は、非行という現象と直接結び付いていない児童福祉法的観点からの要保護性状態一般を指す訳ではない。まず、少年の性格と環境からみて、将来、非行が繰り返されると予測されることが、少年法上の保護を要する状態として観念される。そこで、「要保護性」とは、「累非行性」や「犯罪的危険性」であると説かれた。<sup>(121)</sup> なお、入江判事は、「非行再演の虞れ」、あるいは「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」<sup>(122)</sup>であると表現している。

④ 「累非行性+矯正可能性」説 次に、「要保護性」があると認められるためには、上記④説における概念要素である「累非行性」に加えて「矯正可能性」をも必要であるとされた。<sup>(123)</sup> 少年を「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、社会に適応するように、育成し<sup>(124)</sup>上げることを意味するからであるという。このように、この説では、「要

(121) 今中・前掲注(103) 69頁、73頁、入江・前掲注(101) 12-14頁、内藤・前掲注(103) 4-5頁等参照。

(122) 入江・同上12頁。

(123) 裾分・前掲注(71) 31-32頁等参照。



保護性」とは、「累非行性」及び「矯正可能性」であるとされる。こうした「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って、危険性を除去しうる可能性」であり、医学的にみて治癒する可能性のない精神障害者や犯罪性の著しく強い者は「矯正可能性」を欠くため、保護処分の対象から外し、精神衛生法（現在の精神保健福祉法）上の措置や刑事処分によるべきであるとしている<sup>(125)</sup>。

◎ 「累非行性+矯正可能性+保護相当性」説 さらに、「要保護性」とは、「累非行性」及び「矯正可能性」に「保護相当性」を加えた概念であるとする説が主張されている<sup>(126)</sup>。こうした見解から、平井哲雄判事は、「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」とし、「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ひ、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<sup>(127)</sup>」としている。この説が、現在の通説的見解となっていると言えよう。

しかし、この説に対しては、①「要保護性」の判断に際して「犯罪事実の軽重やその社会的影響」が考慮されるのを理論的に正当化することになるという批判がある<sup>(128)</sup>。「犯罪事実の軽重やその社会的影響」は、価値的、規範的判断を要する対象であり、事実概念である「要保護性」概念にはそぐわないものとなる。また、②保護処分を課す要件として「要保護性」を位置付けながらも、その要素として「保護相当性」を考えるのではトートロジーになるという批判も示されている<sup>(129)</sup>。

(124) 裾分・同上31頁参照。

(125) 裾分・同上32頁。

(126) 平井・前掲注（111）18-19頁等参照。

(127) 平井・同上19頁。

(128) 澤登・前掲注（67）143頁参照。

(129) 田宮＝廣瀬・前掲注（10）44頁、廣瀬健二「処遇選択における非行事実の機能・要保護性との関係」田宮裕編『別冊ジュリスト147号 少年法判例百選』（有斐

④ 「保護相当性+矯正可能性」説 他方、上記①から③の説に対する批判として、「累非行性ないし非行反覆の危険性を要保護性の内容に含めることの実際上の効果は、非行行為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課しうることである」と論じられている<sup>(130)</sup>。また、この見解からは、「従来『累非行性ないし非行反覆の危険性』・第三の見解〔上記③説（筆者註）〕の意味での『保護相当性』として要保護性の内容に含められていた、刑事政策的考慮が働きうる場面と範囲とが、行動諸科学の限界を超えて価値判断による決断にゆだねられている部分である」と指摘されている<sup>(131)</sup>。その理由として、「将来犯罪を犯す危険性の有無・程度の判定は、将来の行動予測である。この行動予測が必ずしも科学的な『客観性』ないし『間主観性』を備えた形で行われている訳ではなく、行動諸科学の専門家による『常識的判断』でしかありえない」としている<sup>(132)</sup>。そして、「累非行性ないし非行反覆の危険性を要保護性の内容に含めることにより、行動諸科学の専門家の判断が優先されがちな『要保護性』についても法律家が口を差し挟めるようにし、更に、秩序維持的観点を処分の選択に反映させようとしているように思われる」と論じられている<sup>(133)</sup>。

本見解では、このように述べて、「累非行性」の概念と上記③説における「保護相当性」の概念を「要保護性」概念の内容から外し、自説が展開される。そこで、「保護相当性」概念を「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な保護手段であるか否か」と定義し直し、また「矯正可能性」概念を「どのような内容の保護処分を課すことが、すなわち、どのような内容

---

閣、1998年）122頁参照。

(130) 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）9頁。

(131) 荒木・同上15頁。

(132) 荒木・同上12頁。

(133) 荒木・同上13頁。

の矯正教育を行うことが、少年の素質上・環境上の負因を除去するために有効であるか」と定義している<sup>(134)</sup>。そして、本説の意義として、「要保護性」という用語の内容を「保護相当性」及び「矯正可能性」とする本説は、「要保護性」という用語に「行動諸科学の専門性に基づいて判定すべき事項を含め、かつ、それに限定する見解」なのであると述べられている。

⑧ 効果を保護処分に限定しない立場

次いで、少年実体法上の効果を保護処分に限定しない立場を検討していきたい。かかる立場では、処遇決定上の概念として別途、「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」を設けている。

④ 「非行性+保護欠如性」説 まず、「要保護性」とは「非行性」及び「保護欠如性」を意味するものであるとする説を挙げる<sup>(135)</sup>ことができる。

この説においては、当初、平場教授が、「要保護性」概念の内容を「非行反覆の人格的=環境的危険性」及び「保護欠如性」であるとして論じた<sup>(136)</sup>。こうした理論構成は、従来の「矯正可能性」と「保護相当性」を「要保護性」概念から除去し、処遇決定上の概念である「保護処分相当性」として両者を合わせて再構成したものとして評されている<sup>(137)</sup>。この場合、前述のように、「要保護性」は、「処遇決定に影響を与える事情」あるいは「実体法上の事実」とされており、「非行」と並ぶ法律要件ではない。なお、その後、平場教授は、「要保護性」概念の内容を「非行性」及び「保護欠如性」であるとして、それぞれ「非行反覆の傾向」と「非行を抑止す

(134) 荒木・同上14頁。

(135) 相澤重明「要保護性調査の基本的な視点」齊藤豊治=守屋克彦編『少年法の課題と展望 第1巻』（成文堂、2005年）91頁、田宮=廣瀬・前掲注（10）44頁、平場・前掲注（69）65-71頁、平場・前掲注（108）35-39頁、廣瀬・前掲注（129）122頁等参照。

(136) 平場・前掲注（108）38頁参照。

(137) 早川・前掲注（114）22頁参照。

る保護状態に欠けること」を指して用いている。<sup>(138)</sup>

しかしながら、こうした平場教授の説に対しては、「保護欠如性」という概念要素は、もう 1 つの概念要素である「非行性」において少年の環境的な非行化要因（環境的危険性）として既に含まれているという批判がある。<sup>(139)</sup>

これに対して、「非行性」と「保護欠如性」が、それぞれ「人格的性状」と「環境的要因」を示しているものとして再構成していると考えられる見解もある。<sup>(140)</sup>

⑩ 「犯罪的危険性+保護適合性」説 他方、上記⑨説が平場教授により提示された後、「要保護性」とは「犯罪的危険性」及び「保護適合性」から構成されると考える説も示されてきた。<sup>(141)</sup> 本説では、「犯罪的危険性」とは「人格的=環境的犯罪的危険性」を、「保護適合性」とは「少年の犯罪的危険性除去のために必要な手当と現実の執行機関の処遇能力との適合性」を意味するとしている。この「保護適合性」という概念は、一方で「犯罪的危険性のある少年に対しては、調査審判の過程において、その危険性除去のために必要な具体的手当が明らかにされなければならない」が、他方で「少年法上の各関係機関の処遇能力には事実上の限界がある」ことから提唱されたものとされる。<sup>(142)</sup> こうした「保護適合性」という概念は、従来の「矯正可能性」とは異なるものの、近い概念にも見える。

---

(138) 平場・前掲注 (69) 65頁、70頁参照。

(139) 澤登・前掲注 (67) 144頁、中原尚一「審判の過程」澤登俊雄=谷誠=兼頭吉市=中原尚一=関力『展望少年法—非行少年の発見から処遇まで—』(敬文堂、1968年) 312-313頁参照。

(140) 田宮=廣瀬・前掲注 (10) 44頁参照。

(141) 澤登・前掲注 (67) 144-145頁、193頁、中原・前掲注 (139) 313-314頁等参照。

(142) 中原・同上313頁。

## (b) 検討

上記（1）の検討部分で指摘したように、「非行」は、非行現象に対して価値的、規範的側面から検討する評価概念であるのに対して、「要保護性」は、同一の現象に対して事実的、科学的側面から検討する事実概念である。

そして、「要保護性」は、上記④の立場の通り、保護処分という少年実体法上の効果を生じさせる上で必要な要件の1つを成している。この点、保護処分を法律効果としている点については、上記（1）の検討部分で指摘した通り、少年法1条で明示されていると考えられる。

従来の説を踏まえながら、「要保護性」概念の内容についてさらに検討を加えてみたい。

まず、「累非行性」や「非行性」の要素は、従来多くの説でも採り入れられてきた。そこで、「身体的・精神的・社会的に成熟の過程にある少年のばあいには、本人の素質・性格の問題もさりながら、本人の社会生活の場における環境とくに保護関係の問題性にこそ着目すべく、犯罪的危険性を内に含んで要保護性の観念がひろく用いられている<sup>(143)</sup>」とされる。確かに、行動諸科学による事実的、科学的判断が完全なものではないにしても、展開を続ける現状の行動諸科学からも一定の「累非行性」や「非行性」の判断は可能なのではないだろうか。少年法1条からも、性格と環境から非行性が見られることが保護処分に付する上では求められていると言<sup>(144)</sup>える。

(143) 須々木・前掲注（108）308頁。

(144) なお、虞犯性の概念と非行性の概念は、類似しているようにも見える。しかし、両者は本質的に異なる概念であるため、その相違点を指摘しておきたい。第一に、虞犯性は、虞犯事由に該当する過去の一定時期の行状・性癖に基づいて判断されるのに対して、非行性は、処分決定時における少年の状態に基づいて判断される。第二に、虞犯性は、虞犯事実という評価概念を構成しているのに対して、非行性は、要保護性という事実概念を構成している。そこで、虞犯性は、法律記録（少年保護事件記録）等に基づく価値的、規範的判断によることになるが、非行性は、

次に、「矯正可能性」の要素も、事實的、科学的判断の上では重要な役割を果たしていると言える。本稿で論じてきたような事実上、心神喪失により責任能力を欠いていると言えるような少年については、本要素により、精神医学的診断に基づき、不処分決定により精神保健福祉法上の措置に委ねるのが適切か、保護処分として医療少年院に送致するのが適切かといった点で篩に掛けることができる。<sup>(145)</sup> その際、上述のように、保護処分を通じた「健全育成」目的の達成に応答し得る能力が少年に備わっているか否かが考慮されることになる。<sup>(146)</sup> ただし、「矯正可能性」という概念は、少年における人格的問題性の側面に偏っていて、環境的問題性の側面を等閑視しているきらいがある。少年法1条の文言を踏まえても、「性格の矯正」の側面のみで、「環境の調整」の側面を欠いており不十分である。そこで、「矯正可能性」の概念にも近似しているが、性格の矯正と環境の調整により、非行性を取り除くことが可能であることを少年実体法上では求められているものと構成しなすべきであろう。

そして、通説上の「保護相当性」の概念は、上述のように、価値的、規範的判断を伴う評価概念とされている点、また保護処分を法律効果とする

主に社会記録（少年調査記録）に依拠した事實的、科学的判断によることになる。第三に、虞犯性は、非行性に比べて、より高度の非行傾向を内実としているという点でも異なる。（拙稿・前掲注（5）『『虞犯少年』概念の構造（3）』早稲田法学80巻4号（2005年）192-193頁参照）。かかる別稿では、一般的な主張として虞犯性と要保護性（累非行性）との相違点を指摘した。

(145) また、責任故意・責任過失や適法行為の期待可能性といった他の責任要素に関わる具体的事情も、非行性（一般的には「累非行性」）及びその除去の可能性（一般的には「矯正可能性」）において判断の対象に含まれ得ることになる。

(146) 町野朔教授は、「保護処分は要保護性を前提にするのであり、保護処分を受け入れるに足りる少年の精神能力、『保護処分能力』を必要とする」とし、「少年法の予定する保護処分が『少年の健全な育成』のために少年の『性格の矯正』『環境の調整』を行うものである（…）以上、このような働きかけが可能な精神能力が、保護処分能力である」としており（町野朔「保護処分と精神医療」猪瀬慎一郎＝森田明＝佐伯仁志『少年法のあらたな展開—理論・手続・処遇』（有斐閣、2001年）88頁）、本稿と同趣旨の見解と考える。

場合に同義反復となってしまう点から採用できない。

その代わりに、文言通り「相当」か否かという価値的、規範的判断をも含む「福祉処分相当性」並びに「罪質及び情状に照らし」た「刑事処分相当性」を別途、考慮すればよいであろう。結局、「保護相当性」の概念は、福祉処分や刑事処分が相当な場合を除くという機能を鑑みると、「福祉処分相当性」並びに「刑事処分相当性」の概念に解消され得ると言える。

したがって、家庭裁判所は、価値的な判断を含んだ福祉処分が相当な場合（「非行」を前提として、「福祉処分相当性」を判断）と刑事処分が相当な場合（「非行」を前提として、「刑事処分相当性」を判断）を考慮しつつ、「非行」と「要保護性」という要件を満たしているか否かを判断する（そして、児童福祉機関（都道府県知事又は児童相談所長）送致決定、検察官送致決定、不処分決定の場合を除く）ことになろう。少年法23条1項・2項の文言、また24条1項の「前条の場合を除いて」という文言からも、このように解すべきであると考えられる。

また、上記⑥の「矯正可能性」の要素において考慮に入れられていた「犯罪性の著しく強い者」も、「刑事処分相当性」判断で篩に掛けることになろう。

以上のように、「要保護性」の概念は、少年法1条の文言を根拠に、①性格と環境から非行性が見られ（性格と環境に見られる非行性）、②性格の矯正と環境の調整により、こうした非行性を取り除くことが可能である（性格の矯正と環境の調整による非行性の除去の可能性）という2事実の要素から構成されると解すべきなのではないだろうか。

なお、少年実体法上の要件は「非行」と「要保護性」であり、効果は保護処分であると解すべきである以上、上記⑥の立場は採りえない。また、そもそも、事件が他のシステムに移ることになる児童福祉機関送致決定や検察官送致決定とは違い、保護処分決定と不処分決定には、法文上、「相当」性の概念は存在していないので、上記⑥の立場では、概念設定自体に根本的な疑問も残る。

最後に、少年審判手続における要保護性の意義を付言しておく、上記(1)の検討部分で指摘したように、少年審判の処遇決定においては、「教育的配慮」に基づく要保護性が中心的な役割を果たすことになると言える。そこで、強制力をも有する一定の処遇の必要性が、要保護性から導出されることになる。しかしながら、同時に、「公正さ」を確保するため、非行事実もまた審判の対象として明確に位置付けられていなければならないだろう。

それでは、より具体的には、要保護性からの処遇の必要性に対して、どのように正当な処遇決定がなされるべきなのか。少年に対して保護処分を決定した場合に、更に、かかる処分の種類・内容をも適切な形で決める必要がある。

行政法領域から展開した「比例原則」(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)は、現在、定式化されて、個人の自由に対する公権力による介入の正当性判断の基準として広範な法領域で用いられている。<sup>(147)</sup>

「非行」に責任を含めて考える立場からも、処遇決定の際に、こうした「比例原則」が働くべきことが論じられてきた。<sup>(148)</sup>しかし、「非行」の成立要件の一つとして責任を観念しない本稿の立場においても、かかる原則を適用して正当な処遇決定を導く必要があると考える。

(147) 須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』(法律文化社、2010年)、西原博史「リスク社会・予防原則・比例原則」ジュリスト1356号(2008年)75-81頁等参照。基本的に、「比例原則」は、3つの部分原則から構成されているとされる。(須藤・同上5-89頁、219-231頁参照)。第1に、措置は目的を達成するために適したものでなければならないという「適合性の原則」、第2に、措置は目的を達成するために必要最小限のものでなければならないという「必要性の原則」、第3に、目的に対して措置は不釣り合いであってはならないという「狭義の比例原則」である。「狭義の比例原則」においては、「処分事由(違反に対して処分が行われる場合には、違反の程度)と処分の重さの釣り合い(相当性)」が問題とされ得る。(須藤・同上220頁)。

(148) 平場安治「ゴルト判決以後の少年審判問題」家庭裁判月報41巻10号(1989年)39-40頁参照。



この点、上述のように保護処分と保安処分は異質なものであるが、保安処分における「比例原則（均衡の原則）」は参考になろう。例えば、ドイツ刑法62条では、「改善及び保安処分は、それが、犯人によって犯された行為及び予測される行為の重大性並びにその者から生じている危険の程度に比例していないときは、命じられてはならない」と規定されている。つまり、処分の種類・内容と行為の重大性等とが均衡していなければならない<sup>(149)</sup>のである。

そこで、かかる原則を参照するなら、処遇決定の際に、専ら要保護性に見合うものとして保護処分の種類・内容が導かれるにしても、「犯罪少年」や「触法少年」の場合には、処分の種類・内容と、犯罪事実や触法事実における違法な行為の重大性（憲法上の価値秩序における侵害された法益の地位とその侵害の程度等）との均衡を図ることが求められよう。他方、「虞犯少年」の場合には、処分の種類・内容に対して、虞犯事由に該当する行状・性癖及び虞犯性の性質・程度を斟酌して均衡を保つことになる。ただ、虞犯事由と虞犯性は、形式と実質という関係にある以上、本質的には、虞犯性が問題となる。こうした虞犯性の高低は、予測される「罪」あるいは「刑罰法令に触れる行為」の重大性の度合いや切迫性の大小で判断され得ると考える。結局、処分の強制力が高いほど、「公正さ」を重視して、それに応じた違法な行為における重大性、あるいはより高い虞犯性を求めることになろう。よって、例えば、軽微な犯罪事実があった少年につ

(149) ただし、実際には、①犯人によって犯された行為の重大性、②犯人によって予測される行為の重大性、③犯人から生じている危険の程度という3要素を総合的に評価して、処分の種類・程度との均衡を図っており、①の要素の意義に関しては、とりわけ責任無能力者等に対して処分を課すに際して②の要素だけでなく①の要素も要求されるか否かという形で議論されてきた。(Siehe Gerhard van Gemmeren, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK-StGB), Bd. 2/1, 2005, §62, Rn. 16 ff.; Heinz Schöch, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (LK-StGB), Bd. 3, 12., neu bearb. Aufl., 2008, §62, Rn. 18 ff.)). また、本「比例原則」については、堀内捷三「均衡（比例）の原則と保安処分の限界」ジュリスト772号（1982年）39-49頁等参照。

いて、たとえ要保護性が高いとしても、長期処遇となる少年院送致のような強制力の高い処分を課することは許容されない。逆に、少年に重大な犯罪事実があったとしても、要保護性が低いならば、その低い要保護性に応じた強制力の低い処分を課され得ることになろう。ただし、かかる場合には、刑事処分相当との判断がなされる可能性がある。以上のような方法を用いることにより、処遇決定における「公正さ」を担保することができるのではないだろうか。非行事実が、強制力を有する処分の上限を画するいわば歯止めとして機能するものと解されるのである。

なお、実務上も、処遇を選択するに際しては、「非行事実の軽重と処遇の均衡は何らかの形で考慮されている」ことが指摘されている<sup>(150)</sup>。ただし、勿論、こうした非行事実の意義は、責任を「非行」の成立要件とする立場としない立場とで異なっている。

## 五 むすび

最後に本稿の結論を簡単にまとめておきたい。

「非行少年」における責任能力の位置付けとして、少年実体法上の要件である「非行」の内容として責任能力は不要と解する。かかる心神喪失・心神耗弱に相応する精神状態については、もう1つの要件である「要保護性」の判断の際に考慮すればよいだろう。

アメリカ合衆国の少年裁判所に関しては、「社会福祉」と「犯罪の社会統制」という矛盾した2つの使命を単一機関で結び付けようとしても上手くいかないのだから、少年裁判所は廃止して、成人と同じ刑事裁判の場で

(150) 岩井隆義「処遇選択をめぐる諸問題」判例タイムズ996号(1999年)366頁。また、安藤正博「処分選択の原理」平野龍一＝松尾浩也＝澤登俊雄＝所一彦編『講座「少年保護」第2巻 少年法と少年審判』(大成出版社、1982年)244頁参照。なお、少年や保護者の納得を得るという観点から「行為と処分の相応の釣り合い」の重要性を指摘したものとして、廣瀬健二「我が国少年法制の発展と現状—審判実務の視点からの概観—」司法研修所論集98号(1997年)390-391頁参照。

年齢を考慮に入れた刑を言い渡せばよい、という主張も見られる。<sup>(151)</sup> 急いで、こうした「少年裁判所廃止論」のような結論に帰結しないためにも、今こそ少年法の意義を再確認する必要がある。少年の「健全育成」を目指すため、「非行」という評価概念のみならず、「要保護性」という事実概念をも実体法上の要件としているところは、少年法の意義深い点である。同一事象に対して、「非行」は評価概念として評価的、規範的側面から、「要保護性」は事実概念として事実的、科学的側面から判断しているものと言える。

本稿では、「非行」及び「要保護性」の概念を検討してきたが、今後の課題として、これらとも関係する「福祉処分相当性」、「刑事処分相当性」、また少年法55条における「保護処分相当性」の各概念を明確化させていくことが求められていよう。

---

(151) See Barry C. Feld, *Bad Kids: Race and the Transformation of the Juvenile Court*. New York: Oxford University Press, 1999: 287-330. バリー・フェルド教授は、少年裁判所の廃止と共に、少年に対する手続上の防御手段の強化、年齢に応じた刑の減輕、また収容施設の年齢による区別を提案している。See also, e.g., Barry C. Feld, “The Juvenile Court Meets the Principle of Offence: Punishment, Treatment, and the Difference It Makes,” *Boston University Law Review* 68 (1988): 821-915; idem, “Criminalizing the American Juvenile Court,” *Crime and Justice: A Review of Research* 17 (1993): 197-280; Janet E. Ainsworth, “Re-imagining Childhood and Re-constructing the Legal Order: The Case for Abolishing the Juvenile Court,” *North Carolina Law Review* 69 (1991): 1083-1133; idem, “Youth Justice in a Unified Court: Response to Critics of Juvenile Court Abolition,” *Boston College Law Review* 36 (1995): 927-951.