

Title	少年審判の対象と科学的調査の位置
Sub Title	Object of juvenile procedure and position of social study
Author	坂田, 仁(Sakata, Jin)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1961
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.34, No.5 (1961. 5) ,p.54- 68
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19610515-0054

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

少年審判の對象と科學的調査の位置

坂 田 仁

- 一 はしがき
- 二 非行と要保護性
- 三 非行のある少年
- 四 科學的調査の位置

一

少年法は、少年保護事件に關する科學的調査について規定している。これは、少年審判手續に法律學的觀點とは別の經驗科學的觀點をとり入れることを意味している。一般の訴訟手續には、經驗科學的觀點は、鑑定という形で部分的にとり入れられているのに對して、少年審判手續においては、鑑定の規定の準用を豫定しつつ、更にそれとは別の形で科學的調査を要請する。ここにいう科學は、少年法第九條の體裁から人間に關する經驗科學をさしていることはあきら

かである。少年審判手續の中で、これはどのような意味と役割とをもつものであろうか。

科學的調査に枠組を與えている少年審判手續は、國家の司法作用に屬する手續として裁判所に擔われている。その目的は、「非行のある少年に對して性格の矯正及び環境の調整に關する保護處分を行(一)う」ことである。従つて、この手續は、法律要件として非行のある少年を確定し、その者に對して法律效果としての保護處分を科すことを中核とする。これが司法的判斷の手續である理由は、保護處分決定のもつ終局的性格、人身の自由の拘束をふくむ強制的性格にもとづくだけでなく、本質的には、國家が非行のある少年を、存在を許されないものとして確定し、そのようなものを非行のないものにかえていこうとする、一面に後見的機能をふくみつつ、少年に「非行のある少年」という法的地位を公權力をもつて科し、他の少年と

區別する點にみとめられる。これは、法の適用の結果としての正義の實現なのであり、それ故に保護處分決定は、絶對的、終局的、強制的であるといひ得るのである。

そして、科學的調査は、ここに一つの限界をもち、この中で行われる。このことは、科學的調査の理論が少年審判手續の理論を前提とすることを意味する。本稿では、以下審判の對象を考へつつ、調査理論への足がかりを探つて行くことになる。

(1) 非行のある少年という用語は、少年法第一條に用いられている。その他には、保護處分で扱ふべき少年を表現している箇所はみとめられない。少年法第三條は、審判に付すべき少年を規定しているにとどまり、保護處分に付すべき少年を規定していない。この中から選出された者が保護處分に付されるのであり、それを少年法第一條が、非行のある少年として保護處分にむすびつけているものと考へる。

少年審判手續は、すべて保護處分を中心にして構成されている。例えば、決定に對する抗告は、第二十四條の決定についてのみみとめられ、また、決定の既判力も、同じく第二十四條の決定についてのみみとめられている。従つて保護處分に付されるべき少年を選出することが手續の中核をなす。この意味で、保護處分にあたいする者を、第一條の用法に従ひ非行のある少年と呼び、その内容を明確にすることが必要なのである。

少年審判の對象と科學的調査の位置

二

少年審判手續の性格を明らかにするために、それと刑事訴訟手續とが對比されて考へられている。刑事訴訟手續の對象は犯罪行為であり、その存否の決定が手續の中核となつているのに對し、少年審判手續の對象は人であり、行為そのものよりも少年の一般的狀況と性格とを明らかにする點に目標があるといわれている。少年は未完全の發達途上にある人格である。従つて少年に對しては成人と全く同じ責任を科すことは出来ない。また少年は、心理學的にも社會學的にも不安定な、適應を要する時期にあり、適切な指導が要求される。一方少年は成人に比べて十分な可塑性をもつ。これらのことから、少年に對しては刑を以てのぞむよりもむしろ他の手段を考へるべきだとされるのである。この點に着眼して、少年には保護處分が科せられるのである。従つて保護處分は、犯罪行為以外の要因によつて大きく影響される。この要因を考慮に入れて少年審判手續の對象に關して、今日までいろいろ議論されて來ている。その傾向は、いわゆる要保護性と非行事實とに對する重點のおき方により、ほほ三つに分けることが出来る。

その第一は、審判の對象を、非行事實を徵表として、それを介して認められる犯罪的危險性もしくは要保護性に求める行き方であ

る。内藤教授は、「非行は審判の前提條件であり、かつそれにすぎないもの」と考へ、少年審判は「少年の非行の輕重そのものを論ずるものでなく、その少年の人格に對應する保護教育手段を決定するものである。……少年の非行は終局決定するについては飽くまでも少年の人格を知る重要な一資料と考へるべきである⁽¹⁾」といわれる。

また森田判事は、少年審判手續を、「法の指示するところに従い、對象とする少年のもつ『問題』がどこにあるか、又どの程度のものであるかを常に目指しつつ少年の個性環境生活態度、不適應の實態等に亘つて必要な資料を蒐集し、これを分析綜合判斷し、且つこれを解決するための基本的方法を決定し、その實現のための具體的な措置をとる一連の過程⁽²⁾」として理解し、その對象を實質的に把握すること、すなわち「少年保護を存在させている社會的な又法的背景の下に、少年の非行性 (Juvenile Delinquency) の概念とその内容を確定するという面から切込んで、問題の核心である社會的個人的なパーソナリティ (Personality) を明かにして行くこと⁽³⁾」が、最も重要なことだといわれる。これらのことから、森田判事が少年審判の對象に非行事實を徵表としてその底にひそむ保護性の如きものを考へておられると推察できる。この他、今中判事は、「一つの非行は素質と環境に關連せしめられることによつて意味をもち、他の非行に連繫せしめられることにおいて少年の犯罪の危險性ない

し要保護性を浮彫する。非行性ないし犯罪傾向性 (Delinquency) に具現された不適應狀態 (Maladjustment) がそれが獨立した意味を持ち、少年審判のまさに探究すべき對象となる」とされ、非行事實は、「少年の犯罪的危險性の客觀的な表現であり、しかも一表現たるにすぎないという意味において」、保護事件手續の開始と存続との條件であり、保護處分賦課の前提であると説かれる⁽⁴⁾。

第二に、この傾向に對立するものとして、小野判事の説を擧げることがができる。氏は、刑事處分も保護處分もともに行爲者に科せられるものであり、その相違は、刑事處分が行爲者の責任をとうのに對して、保護處分は責任を社會が負擔するという點にあるとみる。従つて、少年審判では責任發生の原因としての犯罪事實を追求せず、少年の個性、環境の調査に重點がおかれることになる。しかし、この議論は重大犯においては挫折せざるを得ない。以上のことを前置きして、裁判所の行方、人身の自由の制限をふくむ保護處分の決定は、犯罪またはこれと密接な關係のある事由を原因としてなされるという意味で、また主觀的評價のまじらない正確な調査が可能なら、少年の犯罪傾向の現實的表現として評價の中心となる價值をもつという意味で、「犯罪行爲は過去の環境、行動の一切の集約的表現として考察されなければならない。」といわれる。「犯罪は人格の實現であり、……その現實的に表現された限りにおいて處分を決する」の

が裁判所の正しいあり方であり、従つて、「犯罪事實は、審判及び保護處分の單に手續的條件であるのみならず、その實體的條件、否實體そのものの中核をなすものだといふことが出来る。」と結ばれる。⁽⁵⁾少年審判手續の性格から、要保護性を無視することは出来ないとしても、この考え方は、非行事實の意義を強調しつつ、要保護性の意味内容の曖昧さをついたものといえる。

第三は、要保護性の實體を少年法に則し、法律概念として明確にしようとし、審判の對象としては、非行事實と要保護性とに平等の重みをおく。裾分判事補は、現行少年法の目的を「少年の非行自體の可非難性の追求より寧ろ非行の原因を究明することを本旨とし、これに對應する治療保護の手段たる矯正教育を加えること」におき、保護處分の事實的前提として要保護性を法律概念として構成される。その内容は危険性と矯正可能性とにわかれるとする。危険性とは「非行を犯す可能性が客觀的主觀的條件によつて豫見せられる状態又は性状を意味するもの」と解し、「條文は『性格又は環境に照して將來罪を犯し又は刑罰法令に觸れる行爲をする虞ある』ことを表現」するが、「それよりもつと廣く非行一般をなす虞あること」であり、「矯正可能性とは保護處分による矯正教育を施すことによつて危険性を除去しうる可能性をいう」⁽⁶⁾、一方非行とは虞犯構成要件と犯罪構成要件とよりなる非行構成要件に該當する違法な行爲で

少年審判の對象と科學的調査の位置

ある。この非行と要保護性ととの兩者の存在を要件として、保護處分が法律効果として科せられることになる。⁽⁷⁾審判の對象は非行と要保護性となるのである。この裾分判事補の考え方を整理して、平井判事補は、少年審判手續の對象は非行と要保護性とであり、非行は倫理的不調人格の環境を場とする體現と考へ、現實には少年法第三條に掲げる事由をこれにあて、一方要保護性を、累非行性、矯正可能性、保護相當性に分けて、この兩者の存在が保護處分決定の要件となるとする。⁽⁸⁾この二説は、刑事手續における科刑の事實的前提である責任を非行概念の中にとり入れることを否定し、責任をもふくめて、要保護性を責任に代えて考へ、これを保護處分の事實的前提とするのである。⁽⁹⁾

こうして、非行と要保護性とが少年審判手續の對象としてとりあげられることから、この兩者にまたがるものとしての虞犯とこの兩者との關係が問題になる。裾分判事補はこれを虞犯構成要件と虞犯性とに分ける。前者は犯罪構成要件の補充的役割をもち、犯罪に至る一步手前の段階を捕捉しようとする點に由來するとされ、後者は、少年法第三條該當の全ての少年にひとしく要求されるものとして、要保護性の内容である非行の危険性より狭い概念とされる。そして、氏は、この點について問題を將來に残される。⁽¹⁰⁾これに對し宮崎判事補は、少年保護事件手續における人權保障機能を重要視し

て、虞犯性を虞犯の重要な成立要件とみる。⁽¹¹⁾この立場から、虞犯性を責任概念とともに要保護性の中に再構成しようとする裾分判事補の説を批判される。すなわち、要保護性を法律上の概念として構成するために少年法第三條にいう虞犯性を外し、全事由について危険性をもつて來ることは理論的に容認し難いとなし、要保護性は要科刑性同様法文に規定のないものとして、兩者を全く別に把握する。⁽¹²⁾そして、虞犯少年と觸法少年とについて虞犯性を認められ、虞犯性と危険性とは、「對象は同一であるが、構成要件の面（人權保障の見地）よりは虞犯性とされ、少年保護の面よりは要保護性とされ、二重性格乃至二面的觀察をなすべきもの、その理由は虞犯少年の特質に由來すると説明したら」と提案している。⁽¹³⁾氏は、犯罪原因論の限界と少年保護の現状との兩者から少年の人權の保障を強く主張し、虞犯をこの面から理解しようとする。そのためか、要保護性の内容については餘り論じられていない。

平井判事補は、虞犯性と累非行性との關係について、兩者の實體は同じものといいつつ、入江判事補にならない、この關係を時間的な経過にとり、虞犯性は處分決定前の一時點における存在が必要な點と、虞犯性の内容が劃一的なのに對し累非行性の内容は段階的差異をもつ點とを擧げている。⁽¹⁴⁾しかし實體の同じものをこのように分けることがどこまで意味のあることか、この點は前記の宮崎判事補の

提案が示唆にとむ。

非行事實と要保護性とを審判の對象とする點より、平井判事補は、内藤教授、入江判事補などの所論を批判される。⁽¹⁵⁾氏は、入江判事補の裾分判事補に對する批判を再批判する形で結論を敷衍し、「調査審判の對象は非行および要保護性である」が、「非行と保護處分とは直接には結びつかない。保護處分は要保護性に結びつけられる。このことは、これを解して法律効果である保護處分に對する構成要件は要保護性のみであるとなすべきでなく、非行と要保護性が合せて構成要件になると解すべきである。」と述べられる。⁽¹⁶⁾

平井判事補が、二つの對象の存否をめぐる單一の手續として少年審判手續を考えたのに對し、これと同じ立場に立ちつつ、沼邊判事は、少年審判手續を非行者決定過程と處遇決定過程とに分けて、二つの對象に相應して手續をも二面的に理解しようとする。

氏は、まず非行事實を認定することによつて、非行のある少年を確定し、しかるのちに處遇決定をなすべきだとする。非行少年決定過程と處遇決定過程とを通して少年保護機構で扱う必要のない少年をふるいわけて解放し、殘の者について保護處分を行う。前者では司法機能が後者ではケースワーク機能が各々優位を占める。その目指すところは司法機能により少年の利益を擁護しつつ、非行ある少年に對しては適切な保護處分を科せようとする點にある。⁽¹⁷⁾沼邊判事

は、少年審判手續の對象については非行と要保護性を考えており、「非行少年の要件としては、第一に非行事實、第二に要保護性（虞犯性よりも廣い、非行を繰返す虞のみならず、保護の限界内にあり、處遇價值があること迄も含む。従つて檢察官送致は非行事實が認められるが、要保護性を缺く場合に包含されることになる）を要するとなす説に歸着するであらう。」⁽¹⁸⁾という。

この説明の中で、非行と要保護性によつて非行少年がきまると述べているが、これは氏のいわれる裾分判事補の所論との同質性をこえていると思われる。つまり、沼邊判事にあつては、要保護性は保護處分賦課の事實的前提以上の意味を與えられている。沼邊判事は、司法機能の説明として、特に人權保障の要求から裁判所は「處遇を非行少年に課するに先立つて、彼が眞に非行少年であるかどうかの吟味を行うことが必要であり、此の吟味の爲には正當な法の手續の根本概念が必要であり、少年は少年裁判所が斯かる吟味の結果非行者であるとの判決を下す迄は非行者ではない」と⁽¹⁹⁾とされる。そしてまた「少年が、少年裁判所法の規定する特定の行動を爲したことが認められても、……少年を非行のない者となして事件を却下し、又は他の非權威的な社會機關に送致した方がよい場合がある」とも⁽²⁰⁾述べている。更に、社會的事例研究の過程である處遇決定の目的を、「何故非行が爲されたかを確定し、且つ——科學的調査方法に依り

少年審判の對象と科學的調査の位置

——處遇矯正配慮保護の徑路を決定すること」として、非行者の決定過程の目的が「非行があつたかどうか、非行があつたとしても國家の矯正保護を要すべきかどうか」を決定する點にあるのと對比す⁽²¹⁾。これらのことから、氏が細部を除き裾分判事補の所論と同じといいつつも、非行のある少年の理解につき、單に少年法第三條に掲げる事由に該當する者のみを考えておられないことが推察できる。

少年審判手續においては、單に非行事實の存否を確定するのみでは不充分であるが、その反面、保護處分が科せられる條件は、處分の司法的性格から嚴密に規定されてなくてはならない。この意味で、非行事實と要保護性とのいずれかに重きをおき、他を輕んじることはできない。審判の對象には必然的にこの兩者をふくめて考えることになる。そして、なおこの場合にも、我々は保護處分に付する必要がある者を具體的に明らかにしつつ、同時に少年の人權保障の要請にもこたえなければならぬのである。とすれば、保護處分に付する必要がある者のみを、非行のある少年となづけ、その要件を具體的に規定することに力をそそぐべきではないだろうか。このことから、非行のある少年の内容としての要保護性を、更に明確な概念をもつておきかえ、それと非行事實の存在とを一體的に把握することが必要になる。

(1) 内藤文質、刑事處分か保護處分か、家庭裁判月報昭和二五

年一二月號、一五九〜一六〇頁。なお、同教授は、「少年審判は、非行少年の犯罪的危險性を診斷し、これを治療する方法を決定することを本質とする」とされ、いわゆるケースワークの機能を強調される。少年審判の本質と方法、刑法雜誌三卷四號一〜四頁参照。

(2) 森田宗一、少年保護事件における調査及審判の基礎理論、小野博士還曆記念論文集(二)、二九六頁。

(3) 森田、前掲二九三頁。

(4) 今中道信、少年保護事件における不告不理、家庭裁判月報四卷二號七一〜三頁。

(5) 小野慶二、少年保護事件における犯罪事實の意義、家庭裁判月報昭和二五年一二月號一三二〜七頁。

(6) 梶分一立、要保護性試論、家庭裁判月報五卷四號三一〜二頁。

(7) 同前、二四〜七頁。

(8) 平井哲夫、非行と要保護性、家庭裁判月報六卷二號一頁以下。

(9) 同前四頁。

(10) 梶分、前掲二二頁、二六〜七頁、三一〜二頁など。

(11) 宮崎昇、國家の司法作用としての少年審判、家庭裁判月報五卷九號三九〜四六頁。

(12) 同前、五四頁。

(13) 同前、五五頁。なお、宮崎昇、虞犯少年の研究(司法研究報告書八輯一號)二五三〜八頁参照。

(14) 平井、前掲二〇〜一頁。

(15) 同前、二一〜八頁。入江道信、少年保護事件における若干の法律問題、家庭裁判月報五卷七號一三頁参照。入江判事補は、少年審判の對象を要保護性と考えられ、非行事實は、少年の要保護性の徵表として、それに吸収されるとみる。この考えから、氏は梶分判事補に對し、非行ありとせられつつなお要保護性のない者を我々はどう扱い、何と呼ぶのかと疑問を提出される。

(16) 平井、前掲二六頁。梶分一立、前掲二四頁参照。

(17) 沼邊愛一、少年審判手續の諸問題(司法研究報告書七輯一號)二〜三章。

(18) 同前、八七頁。

(19) 同前、六六頁。

(20) 同前、八三頁。

(21) 同前、八九頁。

三

非行のある少年というのは、少年法第一條の用いる表現であるが、これは前に見て来たように非行を行った者と單純にきめることはできない。このことばの理解の鍵は、同じく少年法第一條に掲げられている。すなわち、「性格の矯正と環境の調整とに關する保護處分」を科することが非行のある少年をきめる目標となつてゐる點である。この目標とからんで、非行のある少年は理解されなくてはなら

ない。これは、刑事訴訟において檢察官が起訴便宜主義によつて、罰する必要のある者を選び、その者の處罰の可否を裁判所に問うのと同じく、保護處分に付すのにふさわしい者を非行のある少年として選び出し、その者に保護處分を科すのである。そして保護處分に適さない者は審判手續からはずされ、ある者は非行のない少年として解放され、ある者は犯罪少年として、あるいは要保護児童として、各々その者にふさわしい處遇を興える手續に委ねられる。⁽¹⁾では非行のある少年と犯罪者との相違は何であらうか。小野判事が指摘されているように、刑事訴訟においても少年審判においても、裁判所の判断を受けるのは行爲者である。⁽²⁾そして、犯罪者の判断の基礎は犯罪行爲のみによつて興えられる。犯罪行爲を行つた者は全て有罪として刑が科せられる。ただ刑の内容に具體的妥當性をもたせるために、情狀が考慮されることになる。がそれによつて有罪の判断は何ら影響を受けない。しかし、非行のある少年の判断は、非行事實の存在だけではなされない。非行事實ありとされつつ、なお保護處分に付されない少年は多いのであり、非行事實に他の要素が加わり、しかもその両者が一體として把握されて始めて判断が可能になる。この他の要素が従来要保護性といわれていたものである。非行のある少年が、法的な地位として、しかもその存在を許されないものとされることから、この判断は、必要な場合のほかには本來なすべき

少年審判の對象と科學的調査の位置

ではない。そして、この判断の必要性を求める條件が前述した保護處分を科するということである。従つて、非行のある少年の要素は、その者に科せられる保護處分の内容によつて規定される。

保護處分の内容は、少年の健全な育成を期するといふ少年法的目的からも明らかなように、非行のある少年に變化をもたらすことである。變化は、常に現在から將來に向つて生じるものであり、過去に遡るものではない。また同時に、變化は状態に關係し、行動そのものには關係しない。我々が行動が變化したというとき、實際には行動そのものについていつているのではなく、行動の様式についていつているのである。従つて、非行のある少年の改變を目指す場合、我々は過去の行動として非行事實をそのものとして扱うことは出來ず、その事實の現在及び將來に及ぼす作用を通してのみ扱い得るのである。過去の行爲としての非行事實は、動かし難い過去の實在であり、全く改變することは出來ない。このことから非行事實以外の要素が非行のある少年の決定のために必要であることが判る。一方非行のある少年として取扱の對象となる少年は、現在及び將來において非行と密接な關係をもつていなくてはならない。現在と未來とに亘つて非行をなす虞れがないならば、非行はないに歸し、保護處分は不要であらう。これと全く同様に、保護處分が、非行のある少年の改變を目指すものであれば、改變不能の者は、こゝまた保護

處分に付しても無意味だということになる。この後二者は裾分別事補が要保護性と呼ぶものであるが、少年審判手續において追求すべき對象として非行のある少年を考へる場合には、要保護性という漠然とした用語よりも、非行のある少年の成立要件として、前記の三要素を掲げるのがより適切である。そしてこれは、保護處分が非行のある少年に對應して決せられることから、それぞれの要素の内容を明確にし得なければならぬ以上、當然のことといつてよい。

非行事實は、非行ある少年の判斷の重要な基礎となる。⁽³⁾非行事實は、少年のもつ反社會性の客觀的表現であり、少年の全人格が外面に表明されたものと考へることも出来る。しかし少年法は少年を保護する建前に立つと見られることから、少年法では少年が非行行動をなしたか否かということよりも、將來その少年はどのように生活して行くであろうかということの方がはるかに重要な意味をもつといわれる。非行事實は、審判權取得の一要件にすぎないなどと説かれるのは、こういうた考え方に基く。確かに非行事實は、少年の現在及び將來に屬することではなく、既にすぎ去つたものとして、動かしがたい過去の實在である。そうして非行事實は少年の理解の一資料としての意味をもつにすぎないともいえる。が、だからといって、このことからすぐに非行事實を少年審判の對象から外すことは出来ない。というのは、前述したように少年審判手續は、國家の司

法作用として非行のある少年を非行のない少年と區別し、公權的に確定する。しかも非行のある少年は、國家の後見作用によつて非行のない少年に轉化させられるという前提のもとに、その存在を合理化されるのであり、それ自體としては存在を許されない。少年審判手續のこの性格は、處分を受ける少年の人權保障の問題と結びつく。そして、一般的には、觸法行爲を通して我々は非行のある少年を見るのであるが、そのような行爲以外の他の現象から少年の累非行性を推定出来る場合にも、それは虞犯事由に當る事實の存在を條件として、それと犯罪との密接なむすびつきがあきらかにされなければならぬ。また、社會秩序に對する積極的な侵害を要素とする非行が地域社會に與えた影響は、非行のある少年の判斷の際、特に考慮されなければならない。ある非行によつてひきおこされた侵害の程度によつては、保護處分そのものが否定され、犯罪少年としての處遇を必要とする場合も考へられるのである。

非行のある少年の第二の要素は、累非行性つまり非行への傾性をもつた少年をめぐる狀況である。少年を現在及び將來に關連させて捉へるとすれば、累非行性は少年事件の調査と審判の中心的な主題となる。非行事實を一つの要素とし、それと密接に關連させて非行を行いやすい少年の狀態を考へる。成人の常習犯罪者は、少年の頃よりその犯罪者としての生活を始めていること、少年においては自

我が未發達で内的外的な刺激によつて變化を受けやすく、成人に比し可塑性にとむことなどから、少年の時期に將來の非行への危険性を探り、その面で問題を解こうとする。このことから、家庭裁判所の行つ保護處分が合目的な性格をもつとすれば、非行を興件としてかきかねてその少年が非行を行つてを防止することを、その内容に考えないわけにはいかない。逆に將來非行を犯す虞のない少年に對しては何らの處置も不要である。むしろそのような少年は本來非行のない少年であり、示された非行事實がかりにあつたとしても、それは偶發的なものとして、家庭裁判所の手續から解放すべきである。

累非行性は、再び非行を犯す可能性であるが、ここでいう非行は少年法第三條に規定する事由に該當するものである。それ以外の非行をかりに考へ得たとしても、それを行つても犯罪または觸法行爲ありといえないならば、かかる行爲をなすおそれだけでは非行のある少年を決定する根據とはならない。ただ、少年法第三條に掲げるもののうち、虞犯の状態に再びおちいるおそれを累非行性の中にくませてよいか否かは別に考へなくてはならない。虞犯は一つの狀態であつて行爲ではない。この状態は犯罪を犯すおそれある状態として、或る一時點にのみ限ることが出来るを見て、このことから累非行性の一つとして、かかる虞犯の状態におちいる可能性を考へることは不可能ではない。しかし虞犯そのものは、將來における犯罪

實行の蓋然性を要素として成立しているものであり、そのような蓋然性によつて規定されている状態におちいるおそれという形で、蓋然性をダブらせることは、累非行性の内容を犯罪から遠ざけることになる。非行事實を單に審判權取得のための一條件と考へるならば、虞犯についても同様に一時點における存在を以てたりとすることも出来るが、非行事實を審判の對象として非行のある少年の重要な要素と考へれば、虞犯についても、審判の對象として判斷の根據となるべき底のものを考へなければならぬ。

虞犯は連續した状態であり、時間的に相當のはばをもつているので、或る時點をきめその時點だけでの状態としてとらえることは出来ない。虞犯或いは累非行性は、常に變化しているものであり、變化している間に、一時的に虞犯の状態があつたとしても、それは偶發的狀態にすぎないもので、しかもその際觸法行爲がなかつたとすれば、非行のある少年を判斷する根據とはならない。一方逆に觸法行爲を行つたとすれば、なされた行爲をもとに少年の狀況を考へることになり、虞犯の問題は消滅する。我々が、保護處分の立場から虞犯を考へるのは、たえず變化する少年の状態の中で、虞犯事由をよりどころにした、比較的恒常的とみとめられる状態——かかる状態が眞に少年を犯罪へと導くのである——についてである。⁽⁵⁾

虞犯性と累非行性とは實質的には同じ内容をもつ。⁽⁶⁾ 虞犯という場

合には、實體に對して觸法行爲と同様の意味を與えられることから、誰の目にも明らかな、形式的な虞犯の類型が求められる。この意味で、虞犯性は累非行性より狭い概念であるが、その相違は單に時點の前後、内容に段階程度が考えられるか否かにあるのではない。相違は實體に對する評價の違いにある。虞犯においては、實體に對して法的評價がなされており、その狀態の適法性が問題になつてゐるのである。従つて、虞犯ではいかなる條件の下に犯罪をなすおそれありといえるかが、形式的、劃一的な形で指定されることになる。

一方累非行性という場合には、實體に對する、非價值的、法則的な評價が非行のある少年の矯正を念頭においてなされている。累非行性は、具體的ケースにもとづいてある假設の形で記述されるものである。そして、實體の同一性から、虞犯は常に累非行性に對應していなければ眞に虞犯とはいえないのであり、この點に司法的判斷が、經驗科學的認識に依存せざるを得ない少年審判手續の特殊性がみとめられる。

保護處分は、性格の矯正と環境の調整とを通して、少年を再び非行を行わないように導くことを目指す。この兩者を含めてここでは非行のある少年の矯正と呼ぶ。この矯正の可能性のない者は、本來保護處分に付しても意味がない。それらの者にとつては、保護處分以外の處置が求められることになり、少年審判手續からは外される。

矯正の内容はここではふれないが、矯正可能という場合、我々は少年のもつてゐる累非行性の除去を考えている。つまり矯正は、累非行性の除去という目的に沿つた、少年の狀態の變革であり、現實に生じた結果によつて、その効果が檢證される。それ故矯正可能性は、累非行性の内容に從つて具體化され、本來はその具體的内容が明らかになつていなくてはならない。矯正の方法が判らないというのは、矯正の方法がないのと全く同義である。矯正可能性は、累非行性の除去の他に累非行性の發生の防止にもむけられる。唯の一回にせよ非行を犯したということ、あるいはその非行のために捜査機關と接觸をもつたということは、少年自身及び周圍にある影響を及ぼし、それが累非行性を新たに生み出すことがある。このような場合をもふくめて、矯正可能性は累非行性の存在する場合にいえることなのである。人格の形成が素質と環境との相互作用によることから、累非行性も大雑把に二つに分けられ、その各々に性格の矯正と環境の調整とが對應する。これを經驗科學的に類型化することが一つの課題になる。

一方累非行性の存在は、社會に對する危険性を暗示する。社會に對する危険の發生を防止するために、我々は何らかの手段を講じなければならぬ。累非行性は一つの狀態であり、この狀態から行爲が發現するのを阻止するには、矯正の方法と、一方には矯正が完成

する迄の危険防止手段とを必要とする。その最良の方法は社會からの隔離であり、非行のある少年の判断である。これによつて、社會はその者に對して何らかの對策を考える必要を了解出来るのである。保護處分のもつ司法的性格は、ここにも讀みとることが出来る。⁽⁸⁾この意味で、保護處分は單なる矯正手段ではなく、矯正手段より以上のものを意味するのである。⁽⁹⁾

少年審判手續は以上三つの要素を中心に、保護處分を科すにふさわしい少年を、非行のある少年として決定する。この判断の素材としてとり上げられる三つの要素は、現實にはたがいに密接に關係しあつており、バラバラに捉えることは出来ない。この三者が統合的に把握され、その全體に規範的評價が加えられて始めて非行のある少年が決定され、それに即した保護處分が決定されるのである。逆にこの三者のうちでどの一つを缺いても、非行のある少年とならず、同時に保護處分の對象にもならない。それらの者は、少年審判手續から解放されるか、または少年審判以外の他の手續にゆだねられる。この場合には非行のある少年の判断は行われぬ。⁽¹⁰⁾

かくて、非行のある少年の判断と保護處分の決定とは不即不離の關係に立つ。その内容は三つの要素によつて規定されるのであり、要保護性という概念を考えることは不必要である。

(1) 沼邊、前掲書第二章参照。

少年審判の對象と科學的調査の位置

(2) 小野、前掲一三二頁。

(3) 社會秩序に對する積極的侵害をふくむ非行又は犯罪行為が、地域社會に與えた影響の度合は、非行ある少年の判断に際し重要な意味をもつ。この點についての法的評價は審判機能の一部として不可缺である。

(4) 入江、前掲一三頁。

(5) ソル・ルビン、少年非行の法的性格、少年の非行（前編）家庭裁判資料第八號七頁。「刑罰法典では罪とならない行狀を非行に含ましめる正當な理由が存在するとすれば、その理由は明らかに前非行的であつて非行または犯罪行為となりそうな行狀に關し人を首肯せしめるに足りるものでなければならぬ。」

(6) 平井、前掲二〇一頁。

(7) 宮崎、前掲家庭裁判月報五卷九號五五頁。

(8) タップンは「非行の身分概念は、威嚇的もしくは社會復歸的な働きかけがされないと、少年犯罪者は容易に成人犯罪者になり得るといふ危険性の認識から生じて來たものである。」といふ。現實には、この身分が前科と同じ働きをしている點から、人權保障が問題となる。P. Tappan, *Juvenile Delinquency*, pp. 15 ff.

(9) この點に平井判事補の掲げる保護相當性の内容が認められるが、保護相當性は、要保護性の内容として審判の對象に數えられるものでなく、三つの要素全體に對して加えられる法的評價を指すと考える。平井判事補は、裾分判事補と同じく、審判手續を法理論的に構成あるいどぐちをさぐり、この方向で、要

保護性を法律概念として把握し、その内容を分析されている。その結果据分判事補においては、再犯危険性、保護處分による矯正可能性が、そして平井判事補においては、この二つに保護相當性を加えた三つが、それぞれ要保護性の内容として得られたわけである。しかし、再犯危険性(あるいは累非行性)と矯正可能性とは、法的評價を切りはなしても考え得ること、および、その判定が、個人的恣意をはなれて、合理的、客觀的に把握されなくてはならないことから、兩者は、非行事實に客觀性が求められるのと同様に、まず、それ自身として明確に判定され、その後、認定された非行事實に對して法的評價を加えるのと同様に、兩者の判定結果に法的評價がなされなくてはならない。しかも、保護處分は、非行事實が認められただけでは不十分である故、三つの對象全部の存否が確定された後に、その全體に對して法的評價がなされるとみるのが妥當である。

(10) 佐藤昌彦、少年調査官制度の基本問題、刑法雜誌三卷四號五五三頁、沼邊、前掲八三頁參照。

檢察官送致決定においてもこの判断は行われぬ。この場合には、非行のある少年という判断を少年に付することは不適當であり、むしろ犯罪者としてその少年を遇すべきであるという考慮にもとづき、少年の處罰の必要性の判断を檢察官にゆだねるのである。

四

非行のある少年の決定は、保護處分に對應してきまつてくる。こ

の決定の手續は、一つの司法手續として構成される。それは、非行行動が社會に與えた衝撃の評價、累非行性の現實化の防止(社會保安)、保護處分決定手續における少年の人權の保障の三點(1)を考慮しつつ、上述の三要素に對して綜合的法的評價をなし、非行のある少年を決定する。この判断は、保護處分によつて現實に生じた結果とは關係なく正當なものと擬制され、少年は、これによつて自分の意志とは無關係に法律的に拘束される。したがつて、保護處分を決定する手續そのものが、誰をも納得させることのできる合理的な根據にもとづいていなくてはならない。これは、判断の依據すべき諸事實の認定の問題につながる。

ここで、非行のある少年の判断に必要な諸事實は、前述した三要素に集約される。これらのうち、非行事實については、過去の一回的事實として、刑事訴訟手續の證據法則により、その認定の合理性が擔保され得る。(2)これに對して、累非行性と矯正可能性とは、過去の事實ではなく、むしろ將來に關係をもつ。従つてこれらは、刑事訴訟手續の證據法則によつて直接には賄い得ない。

この將來の事實に關する面を、處遇決定手續の名のもとに、現在における要保護狀態の認定と考へ、その合理性は、社會的事例研究の過程である調査を通じて得られる社會的證據により、自由な證明によつて確信の段階に達することで擔保されるといわれる。(3)この立

場に立てば、少年法第八條二項に規定する調査は、少年審判手續における處遇決定のための社會的證據の蒐集という面で、審判の基礎資料を蒐集することを、その主要目的とすることになる。⁽⁵⁾ただ、この調査が、少年の處遇面での資料をふくむ點から、少年についての處遇計畫ないし保護處分についての見通しが、調査の結果に必然的に伴うことになる。⁽⁶⁾

しかし、累非行性と矯正可能性とは、ともに現在の状態を示しているが、これらの状態は、將來の行爲もしくは状態を豫想している。累非行性では、將來の非行發生の蓋然性が、矯正可能性では、少年の社會復帰の蓋然性が、それぞれ問題の中心となる。これら將來に豫想される事實は、勿論、現時點においては、存否不明であり、直接證據によつて認定することはできない。これらは、現在もしくは過去に得られた諸事實を、いわば間接事實として、その存否を推論するしかない。前記の社會的證據により認定し得るものは、この間接事實に他ならない。それ故、これと將來の豫見される事實との關係の推論がなされて、始めて累非行性等の判定が可能になる。

右の推論は、もとより合理的になされなければならない。特に、少年審判の目標を非行のある少年の判斷に求める場合、この推論に合理性を缺くことは許されない。したがつて、この推論の従うべき經驗法則が問題になる。

少年審判の對象と科學的調査の位置

經驗法則は、經驗にもとづいて種々の事實を觀察し、その觀察された諸事實を整理して、それらの間の關係について假設を設定し、その假設を更に經驗的事實にもとづいて檢證することによつて、つくられていく。そして、一方、累非行性と矯正可能性とは、非行行動との關係でとらえられた經驗的諸事實の間に構成される關係についての假設である。この二つは、少年の現在の状態にもとづいた、將來の行動の豫測と現在状態の變革とに關するものであり、時間の経過を考慮に入れて、ある時點での少年の非行に關する現象の觀察から、將來における少年の状態を豫見することによつて得られる。これらは、通常の社會生活と密接に結びついている點から、常識的にとらえることも可能ではあるが、犯罪もしくは非行という、人間行動の特殊な面に關係すると同時に、それらの認識や豫見を超えて、更に、それらをコントロールするという技術的な性格をもっている。

したがつて、累非行性と矯正可能性とは、ある少年の非行に關して得られた個別的診斷ともいふべきもので、これに基礎をおいた實踐を通して檢證可能なものでなければならない。

右のことから、この兩者の判定手續は、現象の觀察から假説の定立の段階に至る過程で、常に經驗科學的方法に従うことによつて、その結果に信頼性を獲得できるのである。ここに科學性を要求しなければ、判定の結果の檢證は不可能になり、判定そのものが恣意的

なものとして、非行のある少年の判断の合理性、ひいてはその正當性をもそこなうことになる。

少年法第八條、第九條に規定する調査の科學性とは以上のことを意味するものと考え⁽⁷⁾。ただ、非行に關する科學及び技術が、その未完成さといひまつて、まだ社會的な承認を充分に得ていない現狀では、右の判定の社會的妥當性が當然問題にされる。そして、これが、非行のある少年の判断を最終的に成立させる、綜合的な法的評價を必要とする所以である⁽⁸⁾。

(1) 木村龜二、新刑法讀本(全訂版)一六頁以下参照。

(2) 宮崎、眞犯少年の研究、二七～四〇頁、團藤等、少年法二一七～二二頁参照。

(3) 團藤等、前掲二四八頁。少年審判手續においても、刑事訴訟手續の證據法則の本質的理念が、維持されなくてはならないことは、一般にみとめられている。沼邊、前掲六六～八頁、及び二〇六頁以下、P. Tappan, op. cit., pp. 204～12等参照。

(4) 沼邊、前掲二一三～四頁。

(5) 團藤等、前掲一二二頁、土井正徳、少年保護調査概論(一)、家庭裁判月報昭和二五年七月號、三二二頁。NCCD, Guides for Juvenile Court Judges, pp. 50～52, cf.

(6) 少年審判規則第八條第三項。NCCD, Guides, p. 55, F. Schafstein, Jugendstrafrecht, SS. 53～4, cf. 更に「調査者と少年との、生きた出会いの場としての調査の過程は、その

双方に影響を與えずにはおかない。したがつて、調査は、常に少年の社會復歸を意識してなされなければならず、兩者の關係を、積極的な方向にむける配慮が必要になる。H. A. Bloch et al., Delinquency, p. 365, F. Schafstein, a. a. O., S. 156.

(7) 第九條に掲げられている醫學、心理學等の科學は、例示であり、私は、そこに臨床を主とした、非行に關する科學を考えらる。

(8) この點をふくめてか、現在、少年法第九條は訓示規定と解されている(最高裁第一小法廷昭和二四年れ一〇〇三號、最高裁判集三卷九號一四八九頁等)。