

要保護性再考

服 部 朗

- 1 はじめに
- 2 保護処分にいわゆる保護
- 3 保護の淵源
- 4 要保護性試論
- 5 むすび

1 はじめに

要保護性は、少年法のキーワードのひとつである。要保護性とは、元来、何らかの保護が必要な状態（保護の必要性）を示す広い概念であり、広狭多義に用いられているが、少年法におけるそれは狭義のもので、従来、それは保護処分を課す要件を表わす語として用いられてきた。⁽¹⁾

要保護性が多義的なのは、その概念要素に何を盛り込むかによるだけでなく、そもそも「保護」の語が多義的だからでもあろう。少年法上、保護の語は、ざっと整理しただけでも、少年法の理念である健全育成を指すもの、少年への働きかけ全般を指すもの、刑事処分（刑罰）に対するもの、保護処分を指すもの、矯正との分掌を指すものなど多様であり、それを

(1) 澤登俊雄『少年法入門〔第6版〕』（平成27年）143-144頁。

いる人や文脈によっても意味が異なる。保護は、重要だが、あいまいな語でもある。

また、わが国では、少年法の理念や手続を解説する上で、保護の語が多用されていることにも注目したい。アメリカ少年法の条文や解説書には、日本語の保護に相当すると思われる protection の語は、あまり登場しない。例えば、ウィスコンシン州についてみると、要保護児童 (child alleged to be in need of protection or services) という用例はあるが、これは、①親または後見人がいないこと、②遺棄されていること、③性的または身体的虐待の被害者であることなどの事由があつて、保護の必要があると主張されている児童のことをいい、わが国でいえば児童福祉法上の要保護児童がこれに近い。⁽²⁾しかし、犯罪少年 (delinquent) やそれを扱う手続について protection の語が用いられることは、ほとんどない。アメリカ少年法で日本語の「保護」に実質上相当する語を探すなら、おそらく rehabilitation が近いのではないだろうか。わが国における保護の語の多用は他にも見られ、例えば、イギリスの Discharged Prisoners' Aid Act (1862年) は、直訳すれば免囚援助法くらいであろうが、免囚保護法と訳されているごとくである。このような保護の語の多用は日本の特色といえそうだが、それはなぜだろうか。

他方、メディアやネットでは、「少年法で守られている」といった表現がされることがある。これは、大人なら名前が出るのに少年だから出ないとか、大人に比べ刑が軽くてすむとかいったもので、要は「甘やかし」を意味する。ここにいう「守られていること」、すなわち保護は、言葉は同じでも、少年法における保護とは全く異質のものである。しかし、一般には、その区別は容易ではない。少年法上、「保護」は、重要だが説明に手間を要する、多義的で難解な語である。

そこで、本稿では、少年法における「保護」とは何かという本質的な問

(2) 要保護児童 (child alleged to be in need of protection or services) については、服部朗『アメリカ少年法の動態』(平成26年) 119-120頁を参照。

いを発しつつ、現在展開されている「要保護性」論について、あらためて検討をくわえることにしたい。

2 保護処分にいわゆる保護

1 保護処分に保護の語が冠された過程

従来、要保護性は、保護処分を課す要件として捉えられてきた。そこで、まずは、保護処分という「保護」の歴史的意義をみておく必要がある。

現行少年法には、①保護観察、②児童自立支援施設又は児童養護施設送致、③少年院送致の三種類の保護処分がある（24条1項）。保護処分という名称は旧少年法から引き継がれたもので、旧少年法には九種類の保護処分が置かれていた（4条1項）。すなわち、①訓誡、②学校長の訓誡、③書面による改心の誓約、④保護者への引渡、⑤寺院、教会、保護団体又は適当なる者への委託、⑥少年保護司の観察、⑦感化院送致、⑧矯正院送致、⑨病院への送致又は委託である。

これらの処分に、いかにして、また、いかなる理由から「保護」の語が冠せられたのか。そして、その「保護」とは、いかなる意味なのか。森田明編著『大正少年法（上）日本立法資料全集18』をもとに、旧少年法の立案過程を辿ってみたい。

「未成年者ノ懲治及保護ニ關スル法律案」（大正2年12月）は、1条1項で「八歳以上十四歳未満ノ未成年者刑法其他ノ刑罰法規ニ違背シタルトキハ裁判所ハ検事ノ請求ニ因リ其者ノ性質、素行、教育、心身發達ノ程度及ヒ行爲ノ性質、動機竝ニ父母其他監護ノ義務アル者ノ性質、素行、資産等ヲ審査シタル結果ニ基キ左ノ處分ヲ爲ス」として、①「譴責」、②「感化院ニ入院セシメ又父母其他監護ノ義務アル者若クハ信用スヘキ者ニ附託スル旨ノ命令」、③「懲治院ニ監置スル旨ノ命令」の三つの処分をあげていた。これら三つの処分はまた、罪を犯した14歳以上20歳未満の未成年者に

対する刑の言渡に代わる処分ともされ(2条)、これらを併せて「未成年者ニ對スル處分」(第一章)と称されていた⁽³⁾。

少年法案(第一次成案=谷田案)(大正3年3月1日)は、3条で「本法ニ於テ幼年ト稱スルハ十四歳ニ滿タル者ヲ謂ヒ少年ト稱スルハ十四歳以上二十歳ニ滿タル者ヲ謂フ」とした上で、4条で「刑罰法令ニ觸ルル行爲ヲ爲シタル幼年ニ對シテハ左ノ處分ヲ爲スコトヲ得」として、①訓戒、②学校の懲戒、③保護者への還付、④寺院若くは保護団体又は適當なる人への委託、⑤少年保護司の觀察、⑥病院への移送、⑦感化院送致の七種類の処分をあげていた。このうち①から⑤までの処分は罪を犯した少年に対する刑の言渡に代わる処分ともされ、罪を犯した少年に対する処分としては、別に矯正院送致が置かれていた(5条)。また、「不良ノ生活ヲ持續シ刑罰法令ニ觸ルル行爲ヲ爲ス危険ナ状態ニ在ル未成年者」に対しては、幼年と少年との区別に従い前二条の処分が課されることとされていた(6条)。これらの処分に関する規定は、犯行時18歳未満の者に対する死刑の禁止(9条)、不定期刑(10条)、労役場留置の言渡の禁止(12条)、仮出獄の条件期間(15条)等の規定(以下、「刑事処分に関する規定」と呼ぶ)とともに、「未成年者ノ處分」という章(第二章)のもとに置かれていた⁽⁴⁾。

「不良少年ニ關スル法律案主査委員會」では、少年法案について審議が行われており、第2回委員会(大正3年6月29日)では、倉富委員の「本法ノ處分トハ廣キ意味ニ於ケル所謂司法處分ノコトナルヤ」との質問に対し、谷田委員から「強チ司法處分ニ限ラス性質上行政處分ニ屬スルモノモ包含ス五條ハ司法處分ナルヘク六條ハ疑ハシキモ或ハ行政的性質ニ屬セサル乎ト思フ」との答弁が行われている⁽⁵⁾。

少年法案(大正3年12月18日案)は、4条1項および5条1項で、「十四歳ニ滿タル少年ニシテ刑罰法令ニ觸ルル行爲ヲ爲シタル者又ハ刑罰法令

(3) 森田明編著『大正少年法(上)日本立法資料全集18』(平成5年)314頁。

(4) 森田・前掲338-339頁。

(5) 森田・前掲352頁。

ニ觸ルル行爲ヲ爲ス虞アル者」および「十四歳以上二十歳ニ滿タサル少年ニシテ罪ヲ犯シタル者又ハ罪ヲ犯ス虞アル者」に対する処分として、①訓誡、②学校長の訓誡、③書面による改心の誓約、④保護者への引渡、⑤寺院若しくは保護団体又は適当なる人への委託、⑥少年保護司の観察、⑦病院送致、⑧感化院送致、⑨矯正院送致の九種類の処分をあげていた。ここにおいて、順番は異なるが、旧少年法4条1項に掲げられていた保護処分と同じ処分が出揃うことになる。ただし、この時点では「保護処分」とは呼ばれていなかった。また、これらの処分に関する規定は、刑事処分に関する規定とともに、「未成年者ノ處分」という章（第二章）のもとに置かれていた点も第一次成案と同じであった。⁽⁶⁾

少年法案（大正7年9月27日案）は、「本法ニ於テ少年ト稱スルハ十八歳ニ滿タサル者ヲ謂フ」（1条）とした上で、「少年ニシテ刑罰法令ニ觸ルル行爲ヲ爲シタル者又ハ刑罰法令ニ觸ルル行爲ヲ爲ス虞アル者」に対する処分として、大正3年12月18日案と同じ九種類の処分をあげ（3条1項）、うち、①訓誡から⑦病院送致までの処分は併科できることとされた（3条2項）。これらの処分に関する規定は、刑事処分に関する規定とともに、「少年ノ處分」という章（第二章）に置かれていた。⁽⁷⁾

少年法案（第二次成案）（大正7年12月10日）では、大正7年9月27日案の3条1項の文言から「少年ニシテ」の5文字が削除されたが、あげられている処分の種類は同じであった。⁽⁸⁾

少年法案（第三次成案）（大正8年2月24日）に至って、ようやく「保護処分」の呼称が登場する。すなわち、同法案3条1項は、「刑罰法令ニ觸ルル行爲ヲ爲シ又ハ刑罰法令ニ觸ルル行爲ヲ爲ス虞アル少年ニ對シテハ左ノ保護處分ヲ爲スコトヲ得」として、大正3年12月18日案等と同じ九種類の処分をあげ、その順番も旧少年法4条1項のそれと同じになった。ただ

(6) 森田・前掲420-421頁。

(7) 森田・前掲425頁。

(8) 森田・前掲430-431頁。

し、刑事処分に関する規定とともに「少年ノ處分」という章（第二章）に置かれていた点では、大正7年9月27日案等と同じであった。⁽⁹⁾

「保護處分」を独立の章（第二章）とし、犯行時16歳未満の者に対する死刑および無期刑の禁止、相対的不定期刑、仮出獄の条件期間、労役場留置の言渡の禁止、人の資格に関する法令の適用除外等に関する規定を「刑事處分」という名の別の章（第三章）へ移して両者を区別したのは、少年法修正案（大正8年6月29日）に至ってからである。⁽¹⁰⁾

2 保護処分にいわゆる「保護」の意味

ところで、前記九種類の処分を「保護」処分と命名したのはなぜであろう。その理由について、少年法案理由（案）（大正8年7月）は次のように述べている。

本章ニ於テハ幼年ニ對スル特別處分ヲ規定シ反社會的ノ傾向ヲ有スル少年ヲ改善セムトス而シテ其目的トスル所ハ將來ニ於ケル犯罪行爲ヲ防壓シ、因テ社會ヲ保安セムトスルニ在リ故ニ此特別處分ハ幼年ヲ保護スルト同時ニ社會ヲ保護スル所ノモノナリ因テ本案ニ於テハ之ヲ保護處分ト命名シタリ或ハ犯罪行爲ヲ爲シタル者ヲ保護スルコトヲ法律ニ於テ明記スルハ當ヲ得サルモノナリト觀察スル者アレトモ右述ヘタル趣旨ニ基キ斯ク規定ヲ爲シタリ⁽¹¹⁾

この短い説明から多くを読み解くことはできないが、それでも、ここには、少年の改善→再非行の防止→社会の安全の保持という道筋が明確に示されていることが注目される。もっとも、同理由書にいわゆる「改善」は、今日いうところの「少年の健全育成」や「成長発達の保障」とは趣旨を異にしよう。また、少年の保護と社会の保護との関係も大まかな記述にとどまっているが、同理由書冒頭の「輓近ニ於ケル刑事政策竝ニ社會政策

(9) 森田・前掲438-439頁。

(10) 森田・前掲450-452頁。

(11) 森田・前掲465頁。

上幼年ヲ保護シテ不良行爲ヲ防止シ依ツテ社會ヲ保安スルコトヲ以テ理想トス」との一節とあわせ読むと、両者は少年の保護による社会の保護という関係にたつものと理解できよう。ここには、刑事処分とは異なる、また、保安処分とも異なる、保護処分独自の性格をみてとることができる。これに関し、福原忠男は次のように述べているのが注目される。

明治時代の「出獄人保護」又は「免囚保護」という言葉は、刑務所を出所した者が頼るべき行き先のない場合に宿舎を提供し、食事を給し、更には就職口の世話をし、自活の途を講じてやるなどの保護を与えることにあつたことを端的に表現しているのである。この場合の「保護」は、慈善的性質のものであり、必ずしもこの保護を通じて国家目的に寄与するというような考えは強いものではなかつた。……

しかしこれが大正から昭和の中頃にかけて初められた「少年保護」又は「思想犯保護」と称する場合には、少年を保護する又は思想犯人を保護するというだけのものでなくて、その対象者の保護を通じて、他のより大きい目的に寄与しようとする意図が盛られたのである。同じ言葉を用いながらも、その意味する内容に変化が認められるのである。十数年前、われわれ保護局の者は、この言葉のニュアンスを「対象者を保護することは、同時に社会を保護することである。」というようなことで現わそうとしたものである。そしてこのことは同時に、従前の免囚保護事業が個人の人道主義的行動の範疇から脱して、国家的意義を持つべきものであると認識されたことになり、又、その考え方が当時の国家的問題であつた少年犯罪又は思想犯罪の防止の面に役立つものとして、新しい分野が開拓されたことを意味するものであつた。それ故このことを、やはりその当時、少年保護又は思想犯保護に於いて、従来の保護事業に内包される国家性が顕現し、展開された⁽¹²⁾と説いたことが思い出されるのである。

すなわち、保護は、元来、民間における生活支援であつたが、犯罪の防

(12) 福原忠男「更生保護の進むべき道」更生保護制度施行十周年記念全国大会事務局編『更生保護制度施行十周年記念 更生保護論集』（昭和34年）29-30頁。

止および社会の安全の保持という国家性が付与されることによって、上述の大正少年法における保護処分というところの保護のごときものとして形成され、定着していったということができよう。

また、その後、少年法における「保護」は、戦争遂行目的のためのものへ染められていったことも歴史的事実として銘記しておかねばならない。保護の語は、もともとあいまいなこともあり、それに付与される国家目的によって、その意味内容は変容することを知る一例といえよう。

少年に對する保護教養の精神の具體的顯現について見れば、少年保護の基調を爲す立法又は主義の如何に依つて必ずしも同じくはなかつた。即ち保護教養の精神は懲治主義、感化主義又は教育主義の各時代に於いて、或はその内容が曖昧であり、或はその程度が微弱であつたが、謂はゆる鍊成主義の時代に至つて極めて明白に且つ又強力に顯現せらるるに至つた。この鍊成主義に依據する少年保護こそは、保護の對象たる少年の國家的性格を明確に把握し、これを前提として現下重大時局に於ける少年の地位を再確認し、犯罪少年及び虞犯少年を能ふ限り速に忠良なる臣民として臣道實踐職域奉公に邁進せしむる爲の最良の方策であると思ふるのである。而してこの鍊成主義の採用に依つて始めて少年保護は微温的感傷的な自由主義的舊套より脱却すると共に、能く國策の動向に順應して、戦力増強に貢獻しつつ、眞に少年輔導の實績を昂揚せしめ得ると謂へるのである。⁽¹³⁾

3 保護の淵源

1 保護の動因

前節では、保護処分に保護の語が冠された経過と、その語の意味するところについて触れた。しかし、保護について考えようとするなら、保護処分に限らず、広く少年司法における保護について、さらには、成人をも対

(13) 森山武市郎「少年保護制度の運用に關する諸問題」司法保護研究所編纂『少年法全國施行記念 少年保護論集』（昭和19年）120-121頁。

象とする更生保護における保護について考えてみる必要がある。

小川太郎は、その著書『更生保護法』（昭和29年）の第一章「更生保護の発達」のなかで「発達の動因」という項を立て、こう切り出している。

近代的自由刑の誕生は、マーカンティリズムの影響下に、十六世紀の後半にあるといわれている。刑余者保護の発生の事情もこれと異なるものではない。よき人間労働の需要と社会的地盤を得た新教その他の近代的精神とが、この発達のささえになつている。従つて、刑余者保護の制度が、各国で発達する仕方は、この二つのささえがどのように絡みあつているかによつて異なる。発達の形式は、大別して二つにわかれる。民間からもり上つて来た形式のものと、国家の側から積極的に促進された形式のものとの二種である。前者には新教に養われた近代精神が背景となつており、後者には保護主義を採用した国家の政策が⁽¹⁴⁾つよく影響している。

そして、小川は、「民間からもりあがつた保護」の例としてアメリカ、ベルギー、イギリスを、「国家主義からでてきた保護」の例としてドイツをあげ、わが国における保護の発達にも触れた上で、こう述べている。

かくて更生保護の発達したあとをみると、それは民間からもり上がつてきた活動がおもな動因になつて今日にいたつている。国の政策や君主の恩恵からでて、相当に整つた保護の組織を得た場合もあるが、根がはつていないだけに、政治や経済の事情が変わると、急に逆行してしまう。民間の団体のうちに醸成されて発達してきたものが、徐々に国の組織にとりいれられてきたというのが真相であろう。……

犯罪の防止および犯人の改善ということは、本来からいつて、国の活動だけにまかしてできるものでないことは明らかである。犯人自身ふたたび国民のなかにたち帰えるからであり、またひろく犯罪および犯人はその協⁽¹⁵⁾同体の日常の問題であるからである。

(14) 小川太郎『更生保護法』（昭和29年）3-4頁。

(15) 小川・前掲21-22頁。

ここでは、保護の制度は、官のみの力によって成るものではなく、民の取組みが基盤にあり、それが大きな下支えとなって形成され、発展するものであることが示されている。本稿では、これを「保護の民間性」と呼ぶこととしたい。

2 明治初期から大正少年法制定まで

以下では、かかる視点のもと、わが国における更生保護の発達史中、明治初期から旧少年法制定までの期間におけるそれを、小川太郎、岩井敬介、安形静男らの著作をもとに、おおまかにではあるが追ってみたい。

わが国における保護の起源については諸説あるようであるが⁽¹⁶⁾、寛政2年(1790年)に松平定信が、江戸に集まった浮浪・無宿の者たちのために設けた石川島人足寄場とするのが通例のようである。寄場では、これらの者に生業を教え、道徳的訓育をほどこし、釈放に当っては、引取人のないときは町方役人や村役人に引渡し、または寄場のなかに付置された寄場支配人にまかせて、適当な就職先をさがさせた。さらに、生業のために資金の必要なときはこれを与え、とくに優秀な者は寄場の差配人や授業師にとりたてて雇用した⁽¹⁷⁾。

明治5年の監獄則10条は、20歳以下の刑期満了者を引き続き懲治監に留めて「營生ノ業ヲ勉勵セシム」との規定を置いたが、施行をみなかった。明治14年の改正監獄則は別房留置の制度を定め、「刑期満限ノ後頼ルヘキ所ナキ者」を監獄中の別房に在留させ、生業を営ませうることとした(30条)。しかし、別房留置者の数が多くなるにつれ、別房留置は府県財政を圧迫することになったため、明治22年、監獄則の改正にあたって別房留置の制度は廃止され、当時行刑の主務官庁であった内務省は、民間保護団体

(16) 保護司制度の淵源は、徳川時代の五人組の制度にあると説かれたことも、かつてはあったようである。安形静男「保護司制の生成」犯罪と非行46号(昭和55年)160-161頁。

(17) 小川・前掲14頁。

の設立を奨励することになる。その前年の明治21年には、わが国最初の保護会である静岡県出獄人保護会社が、金原明善・川村矯一郎らにより設立⁽¹⁸⁾されている。

保護団体の設立を促進する大きな契機となったのは恩赦である。英照皇太后大喪に際しての減刑（明治30年）により1万数千人が出獄したことで、保護団体は増加し、明治37年には、その数は42となった。明治40年度には、初めて保護事業奨励援助のための国費1万円が計上され、以後毎年司法省から諸団体に国費が配分されることになった。その後、明治天皇大喪に際しての大赦（大正元年）、昭憲皇太后大喪に際しての減刑（大正3年）、大正大礼に際しての減刑（大正4年）等が続き、保護団体は急増し、大正10年末には671団体⁽¹⁹⁾に達した。

この間、大日本監獄協会は、明治41年、初めての免囚保護事業講習会を開き、保護事業の向上に努め、大正2年、同協会は全国大多数の保護団体の加入を得て中央保護会を設立した。大正3年には、財団法人輔成会⁽²⁰⁾が設立され、中央保護会はこれに統合された。

他方、明治10年代後半の私立感化院設立の動きにも注目したい。わが国の感化院は、明治16年、池上雪枝が不良化の道に足を染める保護者なき少年少女たちを大阪の自宅に引き取り、教養保護を与えたことに始まるといわれている。以降、明治18年予備感化院（翌年東京感化院）、19年千葉感化院、21年岡山感化院、23年三河感化保護院、30年三重感化院、32年広島感化院等が創設され、これら私立感化院の設立を背景に、明治33年感化法が制定される。そして、明治40年の刑法改正による懲治場留置の廃止に伴う翌41年の感化法改正により、道府県に対する国庫補助を得て、公私感化院⁽²¹⁾は全国に広まることになる。このように、児童福祉分野における感化事業

(18) 岩井敬介「更生保護一〇〇年の推移と矯正への要望」倉見慶記編『矯正協会百年記念論文集第一巻』（昭和63年）424-425頁。本論文は、その後、岩井敬介『社会内処遇論考』（平成4年）325頁以下に収録されている。

(19) 小川・前掲16頁。岩井・前掲425-426頁。

(20) 小川・前掲16頁。岩井・前掲427頁。

も民間からもりあがってきたものであり、ここにも「保護の民間性」を確認することができる。

山田憲児は、「明治時代に金原明善をはじめ多数の民間人が免囚保護事業に着手したのも、治山、治水事業と同様に免囚保護事業の必要性を認識したからにはかならず、制度的というよりは自然発生的に、しかも政府の指導があったとはいえ、多数の保護団体の設立をみるに至ったのは、民間の慈愛に基づく使命感であり、保護の精神がその土壌にあった故に可能であった⁽²²⁾ものである」と説いている。

わが国における保護は官より始まったが、財政的に行き詰まったそれを前に進め、多種多彩なものとして展開していったのは民間の人々だったのである。保護は、上から目線のもの、あるいは、上から降りてくるもののように思われがちであるが、それは国家性が付与された保護の姿であって、保護は、元来、それを必要としている人の傍にいる人が、同胞の思いから手を差し延ばすことであり、地からもりあがってきたものなのである。もっとも、保護の制度は、民のみによっても、官のみによっても成り立つものではなく、両者の協働があってこそ実を結ぶものであることはいうまでもない。

3 大正少年法から現行少年法へ

旧少年法が施行された大正12年当時、釈放者・猶予者保護は民間有志を実施主体とする任意事業にとどまっていたから、少年保護は、一国の法律に基づいて行われることになったという意味では、いちはやく国営保護となったといえる。ただし、保護の民間性は、旧少年法のなかに多く取り込まれて⁽²³⁾いた。

(21) 安形静男「明治保護思潮の形成—感化保護事業への息吹を探る」犯罪と非行99号（平成6年）141-146頁。

(22) 山田憲児「司法保護と更生保護」更生保護と犯罪予防53号（昭和54年）77頁。

(23) 宮城長五郎は司法保護事業国営論を主張し、国が保護について直接責任を負うべきことを強く求めた（宮城長五郎「司法保護事業国営論」保護時報14巻10号（昭

あらためて、旧少年法における九種類の保護処分をながめると、感化院送致（4条1項7号）と矯正院送致（8号）とを除けば、その多くは民間によるものであり、数の上でも民間による処分が多数を占めていた。ちなみに、昭和14年に保護処分を受けた者の数は、①訓誡732人（7431人）、②学校長の訓誡0人（5人）、③書面誓約118人（111人）、④保護者への引渡5150人（1485人）、⑤保護団体等への委託1367人、⑥少年保護司の観察1600人、⑦少年教護院送致0人、⑧矯正院送致143人、⑨病院送致0人であった（（ ）内は併科された処分であって外数⁽²⁴⁾）。また、少年審判所の職員であった少年保護司についても、専任の少年保護司よりも民間人である嘱託少年保護司のほうが圧倒的に人数が多かった。ちなみに、昭和14年末における専任の少年保護司数は29人（うち4人は書記と兼務）であったのに対し、嘱託少年保護司数は700人であった⁽²⁵⁾。旧少年法における少年保護の多くは、民によって担われていたとって過言ではないのである。

では、保護の民間性は、現行少年法のなかに、どのように受け継がれていったのだろうか。初代最高裁事務総局家庭局長の宇田川潤四郎は、創設当時の家裁の指導理念として家裁の五つの性格をあげたが、そのなかには民主的性格と社会的性格とがあった⁽²⁶⁾。また、現行少年法のなかに、一般人による家裁通告（6条1項）、試験観察における補導委託（25条2項）、保護処分の一種としての保護観察（24条1項1号）など、民間との連携・協働に関する規定がある。しかし、以下にみるように、戦後、少年法から保護の民間性が消失していった側面のあることにも目を向ける必要があろう。

和5年）8頁、14巻11号4頁、14巻12号4頁、15巻1号（昭和6年）13頁以下）。ただし、国が保護について責任を持つことと、保護の民間性の意義を指摘することとは、何ら矛盾するものではない。

(24) 司法保護研究所編『司法保護事業年鑑』（昭和17年）333-334頁。

(25) 司法保護研究所編『司法保護事業年鑑』（昭和17年）271・273頁。

(26) 宇田川潤四郎『家裁の窓から』（昭和44年）215-221頁。

(1) 少年保護団体の廃止

そのひとつは少年保護団体の廃止である。戦後、私設少年保護165団体は、GHQの指示により昭和24年3月末をもって廃止となり、うち109団体は転用もなく消滅を余儀なくされたのである⁽²⁷⁾。なお、当時、少年院に転用された少年保護団体は32、児童福祉施設に転換した施設は昭和24年6月現在で23団体であった⁽²⁸⁾。

旧法上、少年保護団体は、次のような多様な機能を担っていた。すなわち、少年審判所の終結処分としての収容と保護監督の受託(52条)、少年審判所の仮処分としての一時保護の受託(37条1項2号)、少年審判所からの委託による事実調査の実施(33条1項)、審判の参考となるべき資料の提供(33条2項)、少年審判所の許可を受けての附添人の選任(42条2項)、少年審判所から委託された少年についての成績報告(57条)などである。また、数の上でも、矯正院や感化院への送致よりも保護団体等への委託のほうが圧倒的に多かった。ちなみに、昭和23年における言渡件数は、保護団体等への委託5721、感化院送致94、矯正院送致2120という状況であった⁽²⁹⁾。

当時の少年保護団体の活動については、財団法人矯正協会編『少年矯正の近代的展開』(昭和59年)に以下のように記されている。

少年保護団体は、昭和十四年末現在百四団体を数え、うち収容施設を持つ団体は八十七団体で、合計二千名以上の保護少年を収容しており、一団体平均二十三名の保護少年を収容していた。また、五十名以上の収容力を持つ少年保護団体は、二十二団体に達していたので、少年保護団体は少年保護事業上重要な役割を担った施設であった。……

(27) 岩井・前掲435頁。

(28) 安形静男「少年保護団体の生成と消滅——占領行政の衝撃」犯罪と非行145号(平成17年)181頁。

(29) 安形静男「司法保護事業の進展——昭和前期における拡充と少年保護」犯罪と非行107号(平成8年)180・181頁所掲「表Ⅷ-3少年審判所による保護処分の推移(大正12年～昭和23年)」参照。

少年保護団体における保護は、あくまでも各少年の個別陶冶を目的とし、心身共に健全な少年の育成に努められた。また、勤労の歎びを味わうことも指導され、社会復帰後の生活技術を習得させるため、それぞれ作業を課していた。全国少年保護団体における主な作業は、農耕、牧畜、機械工業、木工、製菓、印刷、和洋裁縫、製靴、園芸、土木、製米、紙袋製造、竹細工、その他多種多様であった。……

教科教育については、昭和の初め頃には、収容少年に対して学科教育を施すべきであるという意見が出され、ようやくその必要性が叫ばれるようになった。

収容少年に対する教育は、教育程度に応じて、読方、算術、綴方、書き方等を課し、又は中学校初等程度程度の学科を教え、教科書として大体国定教科書が使用された⁽³⁰⁾。

GHQ が少年保護団体の廃止を強く迫った背景について、安形静男は、①更生保護は国の責任において行うべき事業であるとルイスは考えていたこと、②少年保護団体を Reformatory と翻訳したため、GHQ は少年保護団体を私立監獄と誤解したと思われること、③戦時中の錬成主義の後遺症として、少年保護団体においては体罰容認の感覚が残存しており、それはGHQ の職員の人権感覚に合致しなかったと思われることを指摘している⁽³¹⁾。もっとも、これも安形が指摘するように、少年保護団体では不適切処遇が一般化していたわけではなく、また、錬成主義は戦時中の教育界全体を覆うものであって少年保護団体固有の問題ではなかった。

少年保護団体の廃止について、桑名正一は、「少年保護団体廃止の指令は、青天の霹靂であり悲痛の極みであった。多年に亘り少年保護に貢献されてきた方々にとっては、泣いても泣ききれぬ悲しみであった」と述懐し⁽³²⁾

(30) 財団法人矯正協会編『少年矯正の近代的展開』（昭59年）428-430頁。同書431-450頁には、各地の保護団体の状況が、職業指導、学科教育、体育、娯楽及情操教育の別に詳しく示されている。

(31) 安形・前掲 (28) 173-178頁。

(32) 桑名正一「司法保護から更生保護へ」更生保護会館落成記念事業委員会編『い

ている。一方、安形は、「少年保護団体は消滅したが、その遺産の一部は、少年矯正に引き継がれ、養護施設その他の児童福祉施設にも受け継がれた。昭和24年に少年保護団体が廃止されなかったとしたら、実は戦後60年多難の時を経験することになったはずである⁽³³⁾」と記している。安形の歴史観については筆者なりに想像するのみであるが、いずれにせよ、戦後、少年保護団体の廃止によって、民が担ってきた保護の一部が少年法から消失したことは事実であろう。

(2) 嘱託少年保護司制度の発展的解消

もうひとつは、嘱託少年保護司制度の解消である。旧法では、少年審判所の職員として少年保護司が置かれ、その観察業務を、民間人である嘱託少年保護司に委嘱していた(23条)。旧法時代に嘱託少年保護司が果たしていた役割については、司法省保護課編述「少年保護制度の話」(昭和15年)に以下のように記されている。

司法省では、……教育者、社会事業家其の他有識の人々に對し、少年保護司の事務を嘱託して居る。

嘱託少年保護司も専任少年保護司と同様、調査事務及び観察事務を掌るわけであるが、然し實際は、嘱託の少年保護司は他に本職を持つてゐる人々であるから、専任の官吏のやうに少年保護司の事務に専従するわけには行かない。事情に依り、日を定めて少年審判所に出勤し、調査の事務を執ることになつて居る者もあるが、大部分の嘱託少年保護司には、主として、附近の少年に對する観察の事務を委嘱することにしてある。尤も、少年審判所から遠隔の地に居住してゐる嘱託少年保護司には、観察だけでなく、其の地方に於ける少年の調査の事務をも臨時に委嘱することにして居る。……

観察をされる少年は、性質も境遇も多種多様であつて、これを夫れ夫れ社会生活に適應させる爲めには、一々の少年について種々の方法が必要に

しずえ 更生保護会館落成記念』(昭和62年)23頁。

(33) 安形・前掲(28)182頁。

なつ来る。だから、観察の任に當る囑託少年保護司の陣容は、多種多様の方面の人々を擁して居つて、何時でもどんな必要にでも應じ得るやうに、整備して居ることが望ましいのである。少年審判所制度に於いて、専任少年保護司以外、社會各方面の人々に少年保護司の事務を囑託する趣旨は、一つは此の點にあるのである。……

少年審判所では、審判の結果或る少年を少年保護司の観察に付する場合には、出来るだけ其の少年と同一地方に居住してゐる囑託少年保護司に之を委嘱する。囑託保護司は観察の委嘱を受けたら、早速準備をして観察を開始するのである。

準備としては、少年審判所と連絡をとつて、其の少年の爲した行爲の内容、平素の性情、境遇、今後の指導に關する審判官の意見、その他参考となるべき事柄を一通り調べて方針を樹てるわけである。此の準備が出来たら観察を開始する。

観察をするには、或は訪問、或は通信等の方法に依り常に本人と接觸を保ち、或時は訓誡し、或時は激勵し、或時は慰撫し、又或時は就職の世話をし、或時は復學斡旋をし、或は家庭内の融和を圖つてやり、或は病氣の療養について世話をし、又は交友や近隣の關係を調整してやる等、少年の良き師友として、斷えず面倒を見てやり、指導し遷善せしめるのである。⁽³⁴⁾

このように、当時、囑託少年保護司は重要な役割を果たしていたのであ

(34) 司法省保護課編述「少年保護制度の話」(昭和15年) 34-37頁。

なお、囑託少年保護司の職業は、①宗教家219人(僧侶204、神官及び神道教師10、牧師5)、②学校教職員132人(現職小学校校長53、元小学校校長39、小学校職員13、中等学校職員19、大学専門学校職員8)、③官公吏67人、④保護団体職員63人、⑤社会事業従事者63人(方面委員及び社会事業団体従事員50、幼稚園職員4、隣保館主任者4、特殊教育施設の長5)、⑥退職官公吏28人、⑦その他(会社員、医師、弁護士、新聞記者、警察官、実業家等)83人であった。

また、囑託少年保護司が観察を担当していた少年の人数は、大部分が1～5人で(1人75、2人75、3人67、4人60、5人54、6人27、7人43、8人以上若干)、観察期間は、大概是半年ないし1年半であった(半年未満204、半年～1年403、1年～1年半383、1年半～2年170、2年～2年半94、2年半～3年39、3年～3年半42、3年半～4年13、4年以上5)。

るが、更生保護は国の責任で行うべしとのGHQの方針からすれば、司法保護委員と同様、嘱託少年保護司もまた、やり玉に上がったであろうことは想像に難くない。

戦後、嘱託少年保護司の制度は、以下のように改編されることになる。すなわち、嘱託少年保護司は、「嘱託制度の廃止に関する政令」（昭和23年3月16日政令第56号）の公布により非常勤の臨時職員とみなされ、昭和23年4月1日付をもって「少年審判所調査員」と改称される。その後、少年審判所調査員（少年保護司）は、臨時職員から除外され、国家公務員法という国家公務員ではなくなり、〇〇少年審判所少年保護司に切替られたことから、同年10月1日付をもって「委嘱少年保護司」と改称される。さらにその後、嘱託（委嘱）少年保護司は、昭和24年7月施行の犯罪者予防更生法により、主として成人の釈放者保護に従事していた（旧来の）司法保護委員とともに「司法保護委員」へと統合され、昭和25年5月施行の更生緊急保護法・保護司法により司法保護事業法が廃止されたことに伴い「保護司」と改称される。当初、保護司は、少年保護司と成人保護司に分けられていたが（当時の保護司法6条1項）、法務府設置法等の一部を改正する法律（昭和27年7月31日の法律第268号）により保護司法6条が削除され、翌8月1日をもって保護司の少年・成人の別はなくなった。⁽³⁵⁾

かくして、嘱託少年保護司は、少年審判所の嘱託職員から、戦後誕生した保護観察所の所掌事務に従事する非常勤の国家公務員へと、その地位は大きく変わったが、現在も少年保護の重要な担い手であり続けている。この限りでは、保護の民間性は、現行少年法に引き継がれている。しかし、処分の執行とは区別される少年司法の領域において、保護の民間性は、旧法時代に比し後退したとの見方もできよう。

こうして歴史を振り返るとき、保護の民間性とそれを基盤とする官民協働保護は、今日、少年司法のあり方を考える上で、歴史を鏡に問われてい

(35) 安形静男『社会内処遇の形成と展開』（平成17年）207-213頁。

る重要テーマのひとつではないかと思われるのである。

4 要保護性試論

1 要保護性の語は、いつから使われ始めたか

以上の検討を踏まえ、本稿の中心テーマである要保護性の検討へと進む。

はじめに述べたように、要保護性概念は、従来、保護処分を課す要件として捉えられ、その概念要素について議論されてきた。

ところで、この要保護性なる語は、いつから使われ始めたのだろうか。旧少年法の体系書・解説書を紐解いてみると、

現代法學全集第六巻、岩村通世著『少年法』（昭和3年）には、保護教養、少年保護、保護善導等、保護の語は多用されているが、要保護性の語は用いられていない。

森山武市郎の三部作のひとつといわれる『少年法』（昭和14年）にも、少年保護、保護育成、保護教化なる語はあっても、要保護性なる語はみられない。

武内謙治が現代に蘇らせた元大阪少年審判所長永田三郎著『少年法講義⁽³⁶⁾』にも、要保護性なる語はみあたらない。

旧少年法の時代に、実務に携わる人々、とくに刑事処分相当か保護処分相当かの判定をしていた検察官のあいだで要保護性の語が使われていた可能性はあるが、少なくとも旧少年法の体系書・解説書のなかには要保護性の語は登場しないのである。おそらく、要保護性の語が使われ始めたのは、戦後、新少年法が制定されてからではないだろうか。

(36) 武内謙治「〈解題〉永田三郎『少年法講義』の意義」永田三郎『少年法講義〔復刻版〕』（平成27年）206頁によると、本講義は、日本少年保護協会大阪支部の「會報」およびその後継誌である「我が子」に、大正14年から昭和9年まで、全22回掲載されたものである。

新少年法草創期に（本稿では、新少年法が施行された昭和24年1月から10年間ほどを「草創期」と呼ぶことにする）刊行された少年法の体系書・解説書を開くと、要保護性の語が、以下に示すとおり、輪郭のはっきりしないまま使われ始めていることに気づく。

新少年法の最初の体系書である柏木千秋著『新少年法概説』（昭和24年）には、以下のような記述がある。

新法において比較的重い保護処分しか認めていないということは、ひとり一四歳に満たない虞犯少年についてだけのことでなく、(一)の少年〈犯罪少年。筆者註〉、(二)の少年〈触法少年。筆者註〉及び一四歳以上の(三)の虞犯少年についても同様にいえることである。即ち、これらの少年のうち要保護性の軽い者に対しては事実上保護処分を科することなく、第一八條によつて児童福祉法の措置を行わせることになるであろう。然し、それは、あくまで、事実上保護処分の対象とならないというだけのことであつて、家庭裁判所の審判権の有無に関する問題ではない。従つて、これらの少年の要件そのものとしては、要保護性の強弱は問わないものと解すべきである。これに反して、一四歳に満たない虞犯少年においては、その概念内容そのものからして要保護性の弱いものは、排除されているのである。⁽³⁷⁾

審判は、……一定の日時即ち審判期日において一定の場所、例えば家庭裁判所の法廷で一定の列席者が關與して行うのである。これらの點について舊法では一應の規定がおかれているが（舊四三、四四）新法では全く規定をおかず、すべて裁判所の規則に譲つた。大體において現行法と大差のない規則が定められることであろう。ただ、少年事件は客觀的事實よりは、むしろ少年の要保護性が重要な問題であつて、裁判官と少年との人格的接觸に重きがおかれなければならず、少年が出席しないで審判を行うことは全く無意味であるから、この點については規則で適當な考慮が拂われるであろうということを一言するに止める。⁽³⁸⁾

(37) 柏木千秋『新少年法概説』（昭和24年）44-45頁。

(38) 柏木・前掲106頁。

少年保護司の観察に付する決定は、……終局前の決定であるから、審判が最後の段階に達し、最終的な心證がえられた後になされるのではなく、少年の要保護性について最終的な心證をうるための資料を集める目的で審判段階の途中においてなされるのである。即ち、この制度は、判断の資料を集めることを目的とするものである点において調査と本質を同じうしている。審判開始決定後においても、ある特定の問題——主として客観的な事実関係——について資料の収集を必要とするときは審判手続外で調査を行うのであるが、少年の要保護性そのものについて心證形成の資料を必要とするときは、同じく審判手続外においてこの観察処分を行うのである。⁽³⁹⁾

ここに用いられている要保護性は、保護処分相当性ほどの意味であろうか。もっとも、以下と同様、犯罪的危険性の意と解しても矛盾はない。

団藤重光＝内藤文質＝森田宗一＝四ツ谷巖著『ポケット註釈全書少年法』(昭和31年)では、少年審判機能の解説のなかで、要保護性の語が用いられている(内藤文質執筆箇所)。

少年保護という観念は、広義においては、一般の少年を罪を犯す危険のある状態に陥らせないための保護、いわば予防保護と、すでに罪を犯す危険のある状態に陥っている少年をその状態から脱却させるための保護、いわば治療保護の両者を含んでいるが、狭義においては治療保護のみを意味し、少年保護事件におけるいわゆる保護はもちろんこの狭義のものである。治療保護は、これを実質的発展的に見ると、罪を犯す危険のある状態(通常犯罪性、反社会性、要保護性などと呼ばれるもので、以下犯罪的危険性という。)に陥っている少年の発見、その少年の犯罪的危険性に関する調査及び判断(それは治療という語に対しては診断と呼ぶべきものである。)、その犯罪的危険性を除去するための処置の三階程に分けられるのであつて、調査及び判断の段階が少年保護事件である。⁽⁴⁰⁾

(39) 柏木・前掲117頁。

(40) 団藤重光＝内藤文質＝森田宗一＝四ツ谷巖『ポケット註釈全書少年法』(昭和31年)30-31頁。

ここでは、要保護性は、明らかに犯罪的危険性と同義のものとして用いられている。

2 家庭裁判月報誌上の議論

一方、新少年法草創期に、最高裁事務総局家庭局編集の「家庭裁判月報」誌上で、要保護性概念、とくにその要素について、家裁の裁判官が熱心な議論を繰り広げていることは注目すべきことである。以下、発表順に示すと、

今中道信（大阪家裁判事補。以下（ ）内は当時の職）は、「少年保護事件における不告不理」と題する論文中で、要保護性は、衡平法的視点を含む「犯罪的危険性」であると捉えている。

我国の現在の少年保護機構の中において、家庭裁判所に附与せられている立場は頗る刑事政策的なものである。放任された（Neglected）少年や保護を要する（Dependent）少年は少年法の対象ではない。その意味で少年審判は「犯罪的危険」ある少年に対するものである。その個性と環境について科学的な調査（法第九条）を遂げ、そのパーソナリティに属する「犯罪的危険性」の所在及び要因を診断し、これを謙抑に、除去し得べき方法を判定せんとするものである。

右の「犯罪的危険性」はしかし、刑事政策の伝統的な用語と同一でない。少年審判の理論より衡平法的な視点を払拭し去ることは出来ない。その意味で「要保護性」なる観念を代置する⁽⁴¹⁾ことが行われる。

これに対し、裾分一立（岡山家裁判事補）は、「要保護性試論」と題する論文中で、要保護性を「保護処分を加える為の一条件」と位置づけた上で、「犯罪的危険性」および「矯正可能性」がその要素であると説く。

少年保護事件における要保護性は少年法における特殊の目的によつて制

(41) 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（昭和27年）69頁。

約される。それは保護処分を加える為の一条件としての要保護性である。

素質が悪いか若しくは環境が不健全なために歪んだ人格構造の少年が非行を犯した場合、その非行の原因に対して、何等メスを加えることなく、そのまま放置しておいたならばその少年は更に非行を繰返す危険があり、この危険より少年を保護することが何よりも保護処分のねらいであることはすでに述べた通りである。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道義実現の単位としての人間の使命に目醒めしめ、社会に適応する様、育成しあげることを意味する。したがって保護処分の対象として考えられる少年は、非行の危険性を有すると同時に又矯正可能性ある少年でなくてはならぬ。

要保護性の内容として考えられる危険性とは、非行を犯す可能性が客観的、主観的諸条件によつて予見せられる状態又は性状を意味するものと解する。幸田判事の「罪を犯し又は刑罰法令に触れる行為をする可能性ある人格的性状」というも、或いは又内藤課長の「将来刑罰法令に触れる行為をなす虞ある個性及び環境の相関的異常状態」というも大差ないであろう。条文は「性格又は環境に照して将来罪を犯し、又は刑罰法令に触れる行為をする虞ある」ことを表現している。ただそれは将来罪を犯し又は刑罰法令に触れる行為をする虞あるというだけに止まるものでなく、もつと広く非行一般を犯す虞あることをいう。

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つて、危険性を除去しうる可能性をいう。医学的にみて、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凶悪人等々はここにいう矯正可能性なきものである。したがって少年法上の保護処分を加えるべきでなく、別に精神衛生法上の救済や刑事処分によるべきである。⁽⁴²⁾

入江正信（新潟家裁判事補）は、「少年保護事件における若干の法律問題」と題する論文中で、要保護性は「非行再演の虞」であると説く。これは、犯罪的危険性とほぼ同義と考えてよいであろう。この入江の見解は、

(42) 裾分一立「要保護性試論」家庭裁判月報5巻4号（昭和28年）31-32頁。

要保護性は犯罪的危険性であるとする点では、今中と同じだが、要保護性は「衡平法的理念からくる広汎な要保護状態ではない」とする点では異なる。また、要保護性の内容を、犯罪的危険性という状態ないし性向としてだけでなく、その要因にまで踏み込んで捉えていることが注目される。

要保護性は非行再演の虞れでなければならない。衡平法的理念からくる広汎な意味における要保護状態ではない。そして、非行再演の虞れは、少年法第一条が準拠するところから従えば、性格と環境においてとらえなければならぬであろう。そこで、私は要保護性を次のように説明することができると思う。要保護性とは、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である。⁽⁴³⁾

以上に対し、平井哲雄（山形家裁判事補）は、「非行と要保護性」と題する論文中で、要保護性は「累非行性」「矯正可能性」および「保護相当性」の三要素から成り立つとしている。

要保護性は保護処分を必要とし相当とするゆえんのものである。要保護性の概念は保護処分の目的から帰納される。保護処分は非行を防止することを目的とする。非行をなす虞のあるとき、要保護性があるということが出来る。広い意味において保護を要するというだけでは、未だもつて要保護性があるということとはできない。要保護性は非行を予想する概念である。累非行性は要保護性の第一の要素である。非行は倫理的不調人格の体现であり、しかも非行体験によつて人格は自己形成を行う。然しこのことから直ちに、過去において非行があれば当然に累非行性があるということとはできない。……要保護性の第二の要素は矯正可能性である。矯正可能性とは、保護処分を行うことにより保護の効果を挙げ得る見込のあることをいう。保護処分によつて累非行性を消滅させることの可能性である。累非行性があればそれだけで要保護性があるとはいえない。保護処分の限界は要保護性を制約する。著しい心身障碍により倫理的情操の皆無に近いもの、確信

(43) 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（昭和28年）12頁。

犯のように倫理観を異にするもの、兇悪の度の極めて強いもの等に対しては、保護処分による保護の効果を期待することができない。これらのものについては要保護性がない。さらに要保護性の第三の要素として保護相当性が挙げられる。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う。たとえ累非行性、矯正可能性があつても、なおかつ福祉的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手段であると認められる場合には、要保護性はない。要保護性は以上三つの要素から成り立っている。要保護性は、一定の環境における累非行性、矯正可能性および保護相当性のある人格性状である。⁽⁴⁴⁾

なお、家庭裁判月報誌上ではないが、沼辺愛一（横浜家裁判事補）は、平井の説くところと同様のものとして要保護性を捉えている。

非行少年であるかどうかは第一次的に非行事実が認められるかどうかという法律的吟味を行い、第二次的に再び非行を繰返さぬか、又は保護の限界を超え処遇価値がないかどうかという社会的法律的諸事情に依る社会的法律的吟味を行つて決定されるのである。斯くて私の説は、非行少年の要件としては、第一に非行事実、第二に要保護性（虞犯性よりも広い、非行を繰返す虞のみならず、保護の限界内にあり、処遇価値があること迄も含む。従つて検察官送致は非行事実が認められるが、要保護性を欠く場合に包含されることになる）を要するとなす説に帰着するであろう。⁽⁴⁵⁾

この平井と沼辺の考えは、三要素説と呼ばれ、今日の家裁の実務の基礎になっている。

以上の家庭裁判月報誌上での要保護性論議は、ひとつには、要保護性を、保護処分を課す要件として捉えていること、ふたつには、家裁の裁判官を中心に議論が行われていることに特徴があるが、これは以下の理由に

(44) 平井哲雄「非行と要保護性」家庭裁判月報 6 卷 2 号（昭和29年）18-19頁。

(45) 沼辺愛一『少年審判手続の諸問題』司法研究報告書 7 輯 1 号（昭和29年）87 頁。

よると考えられる。

旧少年法の時代にあっても、「犯罪行為者乃至不良行為者に対する矯正遷善の方法としては、原則として行政の手續に依る保護矯正の方法が規定せられ、已むを得ざる場合に刑の適用が考慮せられる⁽⁴⁶⁾」とか、「少年には刑を以て之に臨むよりは寧ろ之に保護を加へて薫化善導するのが當然の措置であると考えます。少年法に少年に対する保護処分を規定した所以のものは畢竟是が爲であります⁽⁴⁷⁾」といったように、保護処分優位ないし尊重の原則はあった。しかし、検察官によって保護処分相当と判定された事件のみが少年審判所へ送られてきた旧法時代とは異なり、新少年法では、家裁先議へと大きく方針転換したから、家裁の裁判官は、目の前の少年に対し、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と思われる。新少年法草創期における、家庭裁判月報誌上の、裁判官による要保護性論議は、このような時代の要請を反映したものではなかったか。「矯正可能性」という、保護処分のなかでも少年院送致をイメージさせる表現が用いられたのも、保護処分の種類の選別よりも、少年院送致と刑事処分との選別が主要な関心事であったからではないだろうか。

しかし、今あらためて、その議論の内容を振り返ってみると、そこにおける要保護性は、審判段階における、裁判官にとっての、保護処分賦課の基準としてのものであり、少年司法全体からみれば、ひとつの局面における、かなり狭い意味における要保護性であった。新少年法草創期における要保護性論は、いわば裁判官目線からする要保護性論でしかなかったのである。

3 少年司法全体を貫く要保護性概念の位置づけ

その後の学説の展開も、以上のような要保護性論議に、やや引っ張れた

(46) 森山・前掲20頁。

(47) 岩村通世『少年法』（昭和3年）247頁。

観がある。現在は、要保護性を、少年司法における保護として幅広く捉える見解が広がりつつあるが、しかし、要保護性の概念要素については、要保護性を保護処分賦課の要件として捉えた際のそれを用いて議論がなされているため、混乱が生じているようにもみえる。そこで、少年司法における要保護性の位置づけを見直すとともに、その概念要素について、あらためて検討を行う必要があり、以下これについて論述を進めることにしたい。

保護処分を課す要件として要保護性を捉えることには、以下のような問題がある。

まず、第一に、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こと。要保護性の要素である「犯罪的危険性」と「矯正可能性」は、結局は、再非行防止のために、いかなる働きかけが有効かとの考慮に集約できるから、その働きかけを幅広い選択肢のなかから探すことが、少年法の目的により適っていることになる。

わが国の保護処分が、少年の健全育成を図ることで再非行を防止することに貢献してきていることは、世界に誇れる事実である。しかし、保護処分のみが、それに有効というわけではない。

例えば、責任非難を加えることが少年の健全育成に有効と判断される場合には、刑事処分（20条）が選択されることになる。

また、児童相談所長送致（18条1項）は、少年の成長発達保障のためには児童福祉法上の措置が有効との判断から行われるもので、件数は少ないが、少年法上の重要な選択肢のひとつである。この決定は、従来の論理構成からすると、要保護性のないことが理由になる。しかし、児童相談所長送致が検討されるようなケースは、むしろ少年やその家族への保護（広義）の必要性が高く、さらには、児童福祉法上の措置と他の公私の諸サービスとをいかに組合せて実施するかが重要なポイントとなる。少年の成長発達に向けた、このような働きかけを、要保護性の検討対象から外してしまう論理必然性はなく、保護処分との関係だけに目が向けられてしまう

と、正確なケース理解とそれに基づく適切な処遇選択をあやうくしてしまうおそれがある。

さらにいえば、保護処分との関係だけで要保護性を捉えていると、現在は、少年法上採りうる選択肢とはなっていないが、処遇の多様化の観点から、将来必要とされる処遇の選択肢が視野に入っていない。そのひとつに、少年法と医療観察法との関係があろう。少年院のなかに第三種少年院(かつての医療少年院)はあるが、医療観察法上の医療観察処分へとつなぐ⁽⁴⁸⁾のが有効なケースもあろう。

第二に、協働という発想が出てこないこと。例えば、保護観察が相当とされる場合であっても、福祉的なニーズがあるケースについては、家族から児童相談所へ相談の申込みを行い、これを契機として、児童福祉司が少年やその家族に並行してかかわっていくことで、少年や家族の生活の安定を高めることが期待されるケースもあろう⁽⁴⁹⁾(官公協働型)。

第三に、「保護の民間性」の視点が入っていないこと。保護処分のひとつである保護観察は、保護の民間性とそれを基盤とする官民協働保護の一場面である。しかし、例えば、保護観察が相当とされる場合であっても、地域のなかの福祉、教育、医療等のインフォーマルな諸サービスや社会資源へと少年をつなぎ、これと協働して観察を進めるのが有効なケースもあろう(官民協働型)。さらには、以下、第四・第五に述べるように、地域のなかのインフォーマルな諸サービスや社会資源へつなぐことで、フォーマ

(48) 少年司法と医療観察法との関係については、岩瀬徹「少年と医療観察法」町野朔ほか編『刑法・刑事政策と福祉——岩井宜子先生古稀祝賀論文集』(平成23年)135頁以下、岩瀬徹「少年に対する医療観察法の適用について」青少年問題657号(平成27年)2頁以下を参照。

(49) 大貝葵は、フランスにおける非行少年手続と要保護少年手続との「二重係属」(double dossier)を題材として、異なる複数のシステム間の重疊的な少年保護のあり方について考察している。大貝葵「非行少年への多様かつ重疊的な保護の構築の必要性(1)・(2・完)——少年保護の法制度における日仏の二元構造比較による考察」大阪市立大学法学雑誌58巻1号(平成23年)35頁以下・58巻2号295頁以下を参照。

ルな処分は行わずに終えることのできる場合もあろう。

第四に、不処分（23条2項）の積極的な意味づけがなされないこと。現在の論理構成からすれば、不処分は、保護処分非該当の判断でしかない。しかし、個々のケースのニーズに応じて、システムや機関を越えたフォーマルな諸サービスや地域のなかのインフォーマルな社会資源へ少年をつなぎ、あるいは、個別にそれらを組合せたプランを作り出すことで、少年の成長発達を支援していくことが期待できる場合も少なくないであろう。⁽⁵⁰⁾

第五に、要保護性は、調査段階においてこそ重要なものであること。家庭裁判所に事件が係属した少年が、将来、非行を繰返さないで暮らすために、非行の背景や少年の現在置かれている状況を客観的に把握し、成長発達に向けた有効な働きかけを見出すことは、少年司法全体を貫く課題であり、審判段階に限られるものではない。むしろ、調査段階こそ要保護性が本領を発揮すべき場である。正確な要保護性判断は、その後の審判にとって重要なだけでなく、審判不開始となっている多数のケースにとっても重要である。審判不開始決定の基礎となる要保護性判断が、正確で、かつ、必要な場合には適切な働きかけを伴って行われることによって、軽微な非行を軽微のまま終わらせることが可能となるからである。かかる観点からは、調査過程における保護的措置の多様化、とりわけ地域のなかの社会資源を活用した保護的措置の可能性が課題となろう。

4 三要素説への批判

次に、三要素説への疑問を述べておきたい。

第一に、これは三要素説に限ったことではないが、「矯正可能性」という表現は適切ではない。少年院について、それは妥当するとしても、児童自立支援施設における暮らしの教育は矯正ではない。また、保護観察は、

(50) かかる取組みについては、アメリカにおけるラップアラウンド (Wraparound) の理念が参考になろう。ラップアラウンドについては、服部・前掲227頁以下を参照。

遵守事項と生活行動指針を守って生活しようとする本人の自発性に依拠して、社会の中で通常の生活を営ませながら処遇を行うものであり、⁽⁵¹⁾矯正とはアプローチが異なる。「矯正可能性」は、当該働きかけ（保護処分だけでなく、他の措置・処分のほか、個々のニーズに応じてアレンジされるプランも含む、少年への働きかけの総称）により、少年の成長発達が図られる可能性という意味で「当該働きかけの有効性」とするのが適切であろう。

第二に、論理の矛盾である。保護処分を課す要件として要保護性を位置付けながら、その中に保護相当性を加えるというのではトウトロジーであらう。⁽⁵²⁾

第三に、規範的要素を加えることの問題である。相当性、すなわち、保護処分の適・不適の判断を加えることは、少年の成長発達による再非行の防止には保護処分のほうが有効であり、刑事処分は有効ではないと判断される場合であっても、刑事処分を選択すべき場合があることを意味する。しかし、このような判断は、少年の健全育成についても、再非行の防止についても、社会の安全についても責任を持つことにならないことは明白である。

要保護性は、「非行反復の可能性」および「当該働きかけの有効性」という、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ある。したがって、それは、行動科学の専門家である家庭裁判所調査官が、医学、心理学、教育学、社会学等の専門的知識を活用して判断すべきものである。なお、20条2項のように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。なお、20条2項の構成からすれば、規範的判断を修正するものとして要保護性判断が位置づけられていることになろう。

(51) 今福章二「保護観察とは」今福章二＝小長井賀典編『保護観察とは何か——実務の視点からとらえる』（平成28年）5頁。

(52) 田宮裕＝廣瀬健二編『註釈少年法〔第3版〕』（平成21年）44頁。

5 むすび

以上本稿では、少年法における保護とは何かという問いを發しつつ、少年法のキーワードである要保護性について検討してきた。

保護は、先人たちが幾多の困難と格闘してきた足跡であり、重く、深淵な語である。その全体像には及ぶべくもないが、本稿の考察からは、保護について三つのことを確認することができた。

そのひとつは、旧少年法の立案過程において、保護処分に保護の語が冠された過程を辿っていくと、少年の改善により再非行を防止し、もって地域の安全を保持する、という保護の構図がみえてくる。これは、保護処分に限らず、広く少年司法における保護の意義を指し示すものとして、今日でも基本的に妥当するものであると思われる。ただし、少年の「改善」という箇所については、戦後、それは「健全育成」の語に置き換わり、さらに今日では、心理学や教育学等の知見を踏まえた「成長発達の保障」という意味内容のものとして理解されるようになっている。したがって、その構図は、少年の非行を成長発達の途上に生じた問題と捉えた上で、少年の成長発達を進めることで再非行を防止し、もって地域の安全を保持すること、と修正されることになる。なお、地域の安全は、少年が成長発達することの結果として実現されるものであって、それ自体を目的として追求するものではないことを付言しておきたい。「もって」とは、かかる意味のものである。

ふたつには、保護の発達史を遡っていったときにみえてくる「保護の民間性」である。小川太郎は、これを保護の発達の動因として捉えているが、私は、さらに進んで、それを保護の本質的要素のひとつとして捉えたい。明治期における金原明善らによる静岡県出獄人保護会社等の保護会の設立、大正期における武内道拙による財団法人星華学校等の少年保護団体の設立など、いつの時代にも、保護は、民間の人々によって創出され、荷

われ、鼓舞されてきた。このことは平成の今になっても変わることはないであろう。

戦後、少年法から保護の民間性が一部消失するという歴史的経緯はあったが、今も少年法のなかに、試験観察や保護観察等のかたちで保護の民間性は根づいている。しかし、NPOの広がりやソーシャル・ベンチャーの動きもみられる現在、少年司法制度の運用にあたって、保護の民間性とそれを基盤とする官民協働保護のあり方を、あらたに構想していくことが求められていよう。それは、具体的には例えば、保護観察の実施に際して、個々のニーズに応じて、福祉、教育、医療等のインフォーマルな諸サービスや社会資源を活用したり、不処分や審判不開始の決定に際し、個々のニーズに応じて、少年司法以外の諸サービスや社会資源に少年をつないだり、あるいは、少年院から地域へ戻るにあたって、地域の福祉的なサービスや就労支援につないでいくといった取組みであり、すでに一部には行われているものである。最近、刑事司法については、障害や高齢等の要援護の状態にある人を社会的支援につなぐことが試みられているが⁽⁵³⁾、少年司法についても、民間の取組みや社会資源を取込んだ、司法、福祉、教育、医療等の横断的な少年保護のあり方を本格的に検討すべき時期に来ているのではないだろうか。ただし、少年司法が、福祉や民間の人々のかかわりを再犯防止のために積極的に活用するといった態度は慎まなければならないし、また、福祉や民間の人々においても、自らのかかわりを再犯防止のためのものとして性格づけるべきではないことを確認しておきたい。⁽⁵⁴⁾

三つには、要保護性概念は、従来、保護処分を課す要件という狭い意味

(53) 石川正興編著『司法システムから福祉システムへのダイバージョン・プログラムの現状と課題』（平成26年）、丸山泰弘編『刑事司法と福祉をつなぐ』（平成27年）、松友了「入口支援の現状と課題に関する一考察—東京地方検察庁の社会福祉アドバイザーを経験して」司法福祉学研究16号（平成28年）68頁以下等を参照。

(54) 福祉の司法化の危険性については、水藤昌彦「近年の刑事司法と福祉の連携にみるリスクとセキュリティ—福祉機関が「司法化」するメカニズム」犯罪社会学研究41号（平成28年）47頁以下を参照。

で把握されてきた。しかし、そこで議論されている「犯罪的危険性」および「矯正可能性」は、結局は、再非行防止のために、いかなる働きかけが有効かとの考慮に集約できるから、その働きかけを、保護処分に限定せず、幅広い選択肢のなかから見出すことが、少年法の目的により適っている。家裁に事件が係属した少年が、今後は非行を繰り返さないで暮らすために、非行の背景や現在少年が置かれている状況を客観的に把握するとともに、成長発達に向けた有効な働きかけを見出すことは、審判場面に限らず、少年司法全体を貫く課題である。かかる観点からは、要保護性は、「非行反復の可能性」および「当該働きかけの有効性」という二つの要素からなるものとして理解されることになる。そして、かかる要保護性の理解によれば、少年司法は、非行のある少年に対しては、その成長発達を促し、また成長発達を待つことによつて、再非行を防止するための最適の働きかけを、少年との対話を通じ、また、自由制限のできるだけ少ない方法によりながら、見出していくプロセスとして性格づけられることになる。

かかる要保護性の理解は、それを「非行反復の人格的＝環境的危険性と保護欠如性」として捉える立場⁽⁵⁵⁾に最も近い。しかし、「保護欠如性」は、多くの場合、「非行反復の人格的＝環境的危険性」の基礎にあるものであり、要保護性の独立した要素ではないであろう。また、それは、要保護性の診断的側面に止まっている。要保護性は、「非行反復の人格的＝環境的危険性」を、いかにして解消ないし軽減していくか、そのためにいかなる働きかけが必要かを考え、時には、その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する必要がある。

保護は、奥が深く、難解な語である。このような語が、少年法のキーワードとして、しかも多用されている現在の少年法の解説は、専門家以外の人々にはわかりにくく、「少年法で保護されている」（甘やかされている）といった誤った語法を招く一因ともなっているように思われる。保護の語

(55) 平場安治『少年法』（昭和38年）37-38頁。

によってしか表せない部分はあるが、その本質を損なわずに他の語で置き換えたり、他の語で言い表わしたりするなど、説明の工夫をしていくことも今後の課題であろう。