

少年犯罪における刑罰と保護処分

藤 吉 和 史

- 一 刑事処分年齢の引き下げ
- 二 刑罰の正当性
- 三 刑罰と保護処分
- 四 第三の道

一 刑事処分年齢の引き下げ

少年の非行や犯罪に対しては、保護処分だけではなく刑法第九条に規定する刑罰が科される刑事処分もある。保護処分とされるか、検察官に送致されるか、いわゆる逆送されるかどうかは家庭裁判所の決定による（少年法第二〇条）。逆送され起訴され、刑事裁判となり有罪となれば刑罰を科されることになる。わが国の保護処分としては、保護観察、児童自立支援施設または児童養護施設への送致および少年院送致の三種類が規定されており、保護処分に付するためには家庭裁判所の審判が必要である（同第二四条一項）。家庭裁判所の審判の対象となる少年は、①罪

を犯した少年（犯罪少年）、②十四歳未満で刑罰法令に触れる行為をした少年（触法少年）、③将来、罪を犯し、または刑罰法令に触れる行為をする虞れのある少年（虞犯少年）の三種類である（同第三条）。犯罪少年についていえば、従来は、満十六歳以上でなければ検察官に送致されず、いわゆる逆送はなく、したがって、刑事処分という形で刑罰を科されることはなかった。しかし、二〇〇一（平成十三）年四月一日から施行された改正少年法では、満十四歳以上であれば刑罰が科され得ることになった。新しい少年法の第二〇条では、旧二〇条にあった「但し、送致のとき十六歳に満たない少年の事件については、これを検察官に送致できない」というただし書きが削られ、それによって、自動的に十四歳以上の刑事処分が可能となった。刑法第四十一条が、十四歳以上の者のおこなった構成要件該当の違法行為を犯罪としているために、ここで十四歳以上の「犯罪少年」と十四歳未満の「触法少年」とが区別されることになる。ただ、十四、五歳の中学生をすぐさま少年刑務所に入れることには躊躇があるのである。この改正少年法では、第五十六条第三項で「懲役又は禁錮の言い渡しを受けた十六歳に満たない少年に対しては、刑法第十二条第二項又は第十三条第二項の規定にかかわらず、十六歳に達するまでの間、少年院において、その刑を執行することができる。この場合において、その少年には、矯正教育を授ける」と定めている。少年院において執行し、矯正教育を授けるとしても、改正少年法第二〇条は、間違いなく十四歳以上の少年に刑罰を科すことができるようにしたのである。これが「厳罰化」という批判がよせられる根拠の一つである。そもそも、刑罰というものは、個人に対する重大な強制力の行使を内容とするものであって、したがって、それが少年であれ成人であれ、いかにして正当化されるのか基本的な検討を必要とする重要問題である。本稿においては、まず、刑罰とはいかなるものとして理解されるかという問題について基礎的な考察をおこない、次に刑罰と保護処分の関係について検討を試みることにする。

二 刑罰の正当性

国家が刑罰という制裁を科す正当性については、古くから議論がなされてきた。しかし、ここ二、三〇年前と最近とは、刑罰という概念把握に大きな変化があるように思われる。とくに一九七〇年代になって、消極的一般予防論と積極的一般予防論をめぐる議論の展開があつたためである。⁽¹⁾ 今後、刑罰であれ保護処分や治療処分であれ、国家による制裁体系を論ずるためには、この議論を制裁論の潮流のなかでいかに位置づけるかが検討されなければならない。

刑罰論における基本的な理論としては、大きく四種類に分類することができる。まず、(一) 応報刑論で、絶対的刑罰理論また絶対説ともよばれている。次に、相対的刑罰理論または相対説とよばれる予防論で、これは、さらに(二) 特別予防論と(三) 一般予防論との二種類に分かれる。そして最後に、これらを結びつける(四) 併合説の四種類である。以下に逐次検討する。

(一) 応報刑論

まず、「応報刑論 (Vergeltungstheorie)」は、「犯罪をおこなつた行為者に刑罰という害悪を科し報復すること」を本旨としており、別に「絶対説」ともよばれている。応報刑論も歴史的に見ればいくつかの考え方があり、「目には目を、歯には歯を」で有名なタリオの法(同害報復)もその一つである。また、カントの道徳形而上学で知られる「インゼルの例」のように、ある島の住民すべてが全世界に散っていくときに、最後に牢獄にいる殺人犯には死刑が執行されなければならないとする考え方や、ヘーゲルの「犯罪は法の否定であり、刑罰は法の否定の否定である」とする考えも応報刑論である。⁽²⁾ これらは、犯罪によって失われた正義を取り戻すために、犯罪者に対してそ

の責任に応じた害悪である刑罰を科すことで報いるとする考えで「正義説」ともよばれている。さらに、応報によって犯罪者がその責任を償うとすることから「贖罪説」という分類をあげ、応報刑論には「正義説」と「贖罪説」とがあるとする考えもある。⁽³⁾ いずれにしても、応報刑論では、刑罰を過去になされた行為に対する反作用、つまり回顧的反作用として捉えており、応報としての刑罰それ自体が目的であって、それ自体が正義の要請であると考えるのである。たとえば、カントにおける刑罰の根拠は「何となれば罪が犯されたのだから」と表現される。これは、個人は「人間の尊厳」のゆえに、それ自体目的であって、他者の目的の手段とされてはならないという考えに基づいている。したがって、後に論究する特別予防論も一般予防論も、刑罰の正当性の根拠としては、功利主義的なものとして拒絶されるのである。カントの応報刑論では、人格としての人間は自己目的として固有の価値を有しており、決して他人を威嚇して犯罪を予防するという目的の単なる手段として扱われてはならず、むしろ、犯罪者の自律性が尊重されることで、彼は自己の責任に基づき応報としての刑罰に服することになる。威嚇予防としての一般予防については、他人を威嚇・脅迫するために行為者を処罰し、刑罰に対する恐怖心を通じて犯罪の予防を実現しようとするもので「人間の尊厳」に反するという批判は、今日多くの論者が認めているところである。その意味でカントの主張は正しかったといえる。⁽⁴⁾

しかし、この応報刑論にも、いくつかの批判がある。たとえば、刑罰権を有する国家が犯罪という害悪に刑罰という害悪で報復をするようなことは許されない、それは国家の任務ではない、とするものである。たとえ正義という観念をもちだしても、そのような形而上学的な観念を実現しようということは人間の制度である国家の権限ではない。また、害悪の応報による行刑では、社会復帰のための矯正は不可能になり、行刑が犯罪を克服するための有効な手段とはいえないことになる。こうした批判が提出されている。⁽⁵⁾

古典的な応報刑論の意味する否定的な反作用、つまり害悪による報復という観念は、現代では、まったく変わってしまつて別個の意味をもつものになっている。応報は、復讐や憎悪感情、攻撃感情とは無関係なもので、むしろ応報は、おこなわれた犯罪が刑罰の根拠と程度とを決定するといふ「尺度原理 (Maßprinzip)」を意味するのである。古典的応報刑論は、「犯行・責任があれば処罰せよ」とする積極的応報刑論として排除され、現代では、「犯行・責任がなければ処罰できない」とする消極的応報刑論のみが存在している。現代刑法の基本原理である責任主義も「責任なければ刑罰なし、量刑は責任の程度を超えてはならない」としており、まさにこの消極的応報のみと結びついている。結局、刑罰は法規範違反を理由に下される社会倫理的な無価値判断であるから、犯罪者が彼の責任の程度と調和する刑罰をうけることで国家の刑罰権が正当化され、行為者及び一般人が刑罰を正当化できることを意味するのである。

(二) 特別予防論

予防論は、刑罰を過去になされた行為に対する反作用とする応報刑論とは正反対の立場に立つものである。応報刑論が「犯罪が犯されたゆえに処罰される」とするのに対して、予防論は「犯罪が犯されないために処罰される」とする考えである。応報刑論が「絶対説」とよばれるのに対して、予防論は「相對説」とよばれる。応報刑論（絶対説）が回顧的反作用であつたのに対して、予防論（相對説）は将来に向けての反作用、つまり展望的反作用といふことになる。そのなかでも、刑罰の目的を特定の個人に向けた展望的反作用（予防）であると捉えるのが特別予防論であり、刑罰の目的が一般国民に向けた展望的反作用（予防）であると捉えるのが一般予防論である。

特別予防論は、ドイツでは啓蒙主義の影響を受けて展開され、一七九四年のプロイセン一般ラント法に採用されるなど、一七、八世紀の刑罰理論において一定の地歩を占めた。その後、この理論は一時下火となつたが、これを

今日まで影響を与える形で再生させ、処罰体系に根本的な改革を引き起こしたのは、フランツ・フォン・リストである。リストは犯罪の現実から出発し、当時、法学に受容された近代自然科学の因果的・経験的研究方法に影響を受け、実証主義的な刑事政策を展開した。彼はマールブルク綱領『刑法における目的思想』において、犯罪者を三種類に分類し、威嚇しても効果があがらず改善もできない常習犯人には「隔離」を、たんなる偶発犯人には「威嚇」を、そして、改善できる犯人には「改善」を主張したことで有名である。リストの特別予防論が、イタリアや南アメリカ諸国をはじめとしてわが国の新派刑法学にも影響を及ぼしたことは周知の事実である。たとえば、ロンブローゾの生来的犯罪者という概念やエンリコ・フェリーにおける犯罪発生⁽⁵⁾の社会的要因の研究なども、特別予防論の帰結である。

特別予防論の理念は、改善、教育、矯正、社会復帰、再社会化などという用語にも見られるように、個人と社会を守るとともに、犯罪者を救済し、社会から排除せずに社会に取り入れていこうとするもので、それなりに刑法の任務に適合するものである。しかし、この特別予防論には、以下のような批判がある。

たとえば、この理論を押し進めれば刑罰すべてを保護処分や治療処分に代替させざるをえない、とするものである。なぜなら犯罪者の再社会化だけが重要であるならば、刑罰の有する犯罪に対する非難は、病気に對する非難と同じように意味を持たなくなるからである。また、特別予防論では、行為者に再び犯罪を犯す危険がないときは重い犯罪の行為者でも不処罰にしなければならないという、一般人の法意識からは許されない結論にいたる。たとえば、ナチスドイツの強制収容所で大勢の罪のない人たちを殺した殺人犯も、戦後、静かに社会生活をすごしているならば、社会復帰しており再社会化の必要がないから不処罰になる、という例を考えれば理解できる。逆に、軽い犯罪の常習者でも、それが彼の犯罪傾向の兆候をしめすものならば、彼は徹底的な治療処分のために長期間刑事施

設に収容されるといふ不合理な結論となる。要するに、特別予防論は、国家の刑罰権に内容的な限界を画することができないという批判なのである。

(三) 一般予防論

一般予防論は、既に述べたように、刑罰の目的が一般国民に向けられた展望的反作用、つまり予防であると捉える理論である。この理論によれば、刑罰は「過去のおこないに対する応報」ではなく「特定の行為者に対する予防」でもない。ある行為を犯罪とし刑罰を科すと威嚇して、刑罰を実際に執行することによって、一般人に法規範を提示し法規範違反を非難することで犯罪を予防しようとする理論であり、いわば「一般人に対する予防」なのである。

一般予防論で歴史的に有名な見解は、フオイエルバッハの「心理強制による一般予防」の理論である。この理論は、人は快楽を求め苦痛を避けるという原則にしたがって行動するという前提にたっている。犯罪も快楽を求めてなされるものであるから、あらかじめ法律で犯罪をおこなえば刑罰を科すという警告をしておけば、人は刑罰という苦痛を避けるよう心理的に強制されるから、犯罪を防止できるとするものである。一般予防論の長所としては次のような点があげられる。

まず、一般予防論は犯罪予防を目的としているので、法益を保護しようとする刑法の任務に直接役立つ。また、特別予防ではすでに犯罪を犯した者のみに影響するだけで不十分だが、一般予防は社会一般人に犯罪行為をしないよう仕向けるので社会政策的に望ましい。さらに、一般予防は、社会一般人にある行為をしないよう動機づける必要があるから、禁止対象である犯罪行為を明確に示すことになる、といったものである。

これに対して、強力な批判もある。たとえば、一般予防論に対する批判として、すでに述べたカントの批判を引

用できる。つまり、威嚇予防としての一般予防論は、他人を威嚇・脅迫するために行為者を処罰し、刑罰に対する恐怖心を通じて犯罪の予防を実現しようとする見解である。これは、行為者という個人を、一般人を威嚇して犯罪を予防するという目的の単なる手段として扱うもので、本来、個人は「人間の尊厳」のゆえに、それ自体目的であって、他者の目的の手段とされてはならないのだから、こうした扱いは「人間の尊厳」に反することになるとするものである。

わたくしは、この批判に応える過程のなかで、一般予防論が「消極的一般予防論」と「積極的一般予防論」にわかれてきたと考えている。つまり、国民を威嚇・脅迫して犯罪から遠ざけると考える古典的な一般予防論は、その後、「消極的一般予防論」または「威嚇予防論」とよばれるようになり、この理論に對置するものとして「積極的一般予防論」の理論が展開されたのである。

積極的一般予防論については、多様な理解があるが、おおむね、刑罰の目的を法秩序の存立と貫徹力への信頼を維持強化し、国民に法的忠実を習得させることにあるとする理論と考えてよい。やわらかくいえば、一般人に現在の法秩序が維持されているという信頼を与えて満足させ、今後もこの法秩序を遵守しようと感じさせること、それが刑罰の目的であるという見解である。このほかにも、「刑罰は犯罪が規範違反であることを明らかにすることによって、犯罪によって動揺させられた規範の妥当性を回復すること」(ヤコブス)とする理解や、一般予防を社会一般の人にいまの法秩序がつづいているという信頼をもたせ、それをつよめていこうとする見解であるとし、その効果には三種類あつて、社会一般の人に法秩序を「学習させる効果」「信頼させる効果」「満足させる効果」があるとする理解などがある。⁽⁷⁾ いずれにしても、一般予防をこのように理解すれば、前述したように、個人を他人の目的の手段とするもので「人間の尊厳」に反するとするカントの批判は当たらないことになる。むしろ、この非難は

古典的な消極的一般予防論または威嚇予防論に向けられたものである。

さらに、一般的予防論に対するもうひとつの批判がある。それは、特別予防論に対するものと同様に、刑罰の基準と限界を画することができないとするものである。たとえば、この理論では、不注意から交通事故で人を死傷させたという場合でも、一般予防と言うことからいえば、重い刑罰を科す方がよいことになる。極端な例でいえば、人を威嚇・脅迫し、その恐怖心に訴えて犯罪を防止しようとするならば、人の生命を奪う恐ろしい刑罰である死刑こそが「最強の手段」であることになる。もし、威嚇予防論を貫徹し、死刑に最大限の威嚇力を期待しようとするならば、一定の犯罪を犯した者については例外なく死刑に処し、かつ可能な限り残虐な殺し方で死刑を執行し、これを公開して国民全員に立ち会いを求めるべきことになろう。⁽⁸⁾現代の理性的な人間がこうした主張をするとは思えないが、たとえば、第二次世界大戦中のドイツやわが国においても、統制食品の闇取引という軽い違法行為を死刑や重い懲役刑で処罰していた現実をみれば、消極的一般予防論または威嚇予防論に対するこの批判は説得力をもつものといえよう。

こうした批判が積極的一般予防論にあたらぬことは、「一般予防を国民に対する威嚇(威嚇説)としてではなく、法秩序への尊敬(遵法精神)を強化する機能と考える最近の積極的一般予防説をとるならば、死刑のような残酷な刑罰は、教育的効果がないばかりか、人をすさませる逆効果となるばかりであることが一層明らかになるであろう」とする主張において明確である。⁽⁹⁾積極的一般予防論では、本来一般予防を使命とする行動規範の機能によりそれを実現するものである。つまり、規範の名宛人すべてに対して、各人の自由な自己決定および自律的な判断に働きかけ、規範の承認を求めることを通じて犯罪を予防しようとするのである。したがって、行為者は、行動規範によって適法行為へと動機づける能力を有しながら行動規範に違反したからこそ、その責任によって処罰されるの

である。換言すれば、社会構成員たる者の有意的な犯罪行為が市民の規範秩序への信頼を動揺せしめたこと、それを放置するときには一層の動揺・信頼低下・不遵守状態を惹起する危険性を有するということを処罰の実質的前提とするものであって、正に自己の犯罪行為がゆえに処罰されるものである。このように、行為者の行動規範の無視を意味する行為責任に刑罰を結びつけることは、行動規範の法規範たることを確認し、これに対する信頼と尊重を維持・強化・回復することになり、刑罰の一般予防の要請にまさに応えることになるのである。⁽¹⁰⁾

(四) 併合説

これまで検討してきた応報刑論、特別予防論、一般予防論のそれぞれひとつの基本理念にもとづいて刑罰の正当性を説明することが困難であるために、これらを結びつける見解として展開された理論が「併合説 (Verengungstheorie)」⁽¹¹⁾とよばれる理論である。本来、刑罰は多元的な目的をもつものであり、刑罰の目的は応報か予防かあるいは贖罪か再社会化かという、対立的に捉える理解では解決できないことが従来から意識されており、「刑罰目的のアンチノミー」を解決するための理論がいくつも提出されてきたのである。

したがって、応報と特別予防および一般予防の三つを結びつける併合説といっても、その主張は多岐にわたっており、いくつかの理論を検討してみなければ理解できない。わたくしはおおまかな分類としては、応報・贖罪の概念を重視する従来の併合説を「応報的併合説」とよび、これに対して、応報の概念を、犯罪が刑罰の根拠と程度を決定する「尺度原理」という範囲に抑える、つまり消極的応報のみに限定して予防を重視する理論、あるいは、応報の概念を捨てて、それに代えて責任主義の概念を入れ、予防を重視する理論を「予防的併合説」とよんで、二つに分類することを試みたい。⁽¹²⁾

まず、応報的併合説の代表的な考えは、応報と特別予防および一般予防の三つを結びつけてそれぞれが刑罰の目

的であるとする場合に、応報を重視して、特別予防と一般予防は応報の枠のなかでだけ認められるとする伝統的な併合説である。これはドイツの学説では一九世紀後半から主張され、わが国の古い学説にも影響を与えている理論である。たとえば、ドイツでは、アドルフ・メルケル、フランク、ザウアー、ヒツェル、メツガー、ヴェルツェルなどの採用していた説で、かつての多数説であり、現在でもドイツの判例が採用する考えである。ただし、この見解に対しては、単独では刑罰の全体を正当化できないし、しかも相矛盾する三つの目的を単に併合することでは、かえって諸目的の欠陥が加算されて逆効果を生むという批判があり、その意味で批判的に「加算的併合説 (additive Vereinigungstheorie)」とよばれている。こうした批判を解消する試みとして M・E・マイヤーによって提唱された見解が「分配説」である。

一九二〇年代に提唱された M・E・マイヤーの「分配説 (Verteilungstheorie)」は、処罰の段階として、刑罰の法定(立法者)、刑の量定(裁判官)、行刑(刑務官)の三段階を区別し、それぞれに、「応報」、「法の確証」、「目的刑」という目的が分配され、あてはまるとするものであった。この見解もわが国の学説に影響を与えており現在でも有力な見解である。しかし、それぞれの処罰段階に単一の目的が分配されるという単純な構造は、それ自体が疑問である。たとえば、刑罰の法定に「応報」という目的のみが分配され、一般予防の目的が考慮されないということとは理解できないことであり、また、「刑の量定」においても責任主義と再社会化という多元的な目的が考慮されるべきであって、「刑罰目的のアンチノミー」を解決するための理論である「分配説」としては問題点が残る。こうした問題点を克服するために展開された理論に「位置価説 (Stellenwerttheorie)」や「段階説 (Stufentheorie)」、「弁証法的併合説 (dialektische Vereinigungstheorie)」とよばれる理論がある。これらの理論の共通点としては、旧来の古典的併合説とは異なり、従来の応報の概念に代えて、責任主義の意味における消極的応報、一般予防そして

特別予防の三つを刑罰の目的とするものである。したがって、旧来の応報的併合説と區別して予防的併合説として分類されるのである。

まず、位置価値または位置価値説とよばれる見解は、ヘンケルによって提唱された理論である。ヘンケルは、刑罰の意義について、古典的な応報を否定するとともに、贖罪の概念も否定する。贖罪は、本来、宗教的・倫理的な領域に属することがらであり、個人の自発的な内心の過程であるから、国家によって強制されるものではない。そこで、彼は「犯罪者が法共同体に対し原状回復を負担すること」と一般予防と特別予防の「予防思想」が刑罰の目的であるとしている。いわば、多元的な刑罰目的を刑の量定過程の位置・段階に配分し、各段階に対する刑罰目的の特別な機能的価値を把握し定置することで、個々の刑罰目的が量刑過程の各位置・段階にとって有する意義ないし価値を明らかにできるとする。つまり、二段階にわけられた量刑過程のうち、まず、狭義の刑量の決定 (Strafbemessung) においては、原状回復の目的が採用され、一般予防の観点は排除される。つぎに、広義の刑の量定 (Strafzumessung) における自由刑と罰金刑の選択や執行猶予、仮釈放などの段階ではもっぱら予防の観点によるとして、量刑の前段階と後段階に配分し、それらの考慮される位置ないし段階を区別している。⁽¹³⁾ ときおり、この見解はミュラー・デイツの段階説と一緒に論じられる。段階説は、刑罰の法定段階では「一般予防」、量刑段階では「法の確認」、そして行刑段階では「再社会化」を刑罰目的と捉えることから、この位置価値説とあわせて理解されることがある。⁽¹⁴⁾

最後に、ロクシンの提唱による「弁証法的併合説」を検討しよう。彼によれば、刑法の実現は「刑の法定（立法）」と「科刑」、「刑の執行」という三段階として現れ、それぞれ個別的に正当化されるもので、各段階は先行する段階のもつ原則を受容するものであるとする。まず、立法における「刑の法定」は、法益保護のための一般予防

をその目的とし、「科刑」においては、法定刑による一般予防を前提としつつ、行為責任の範囲内で特別予防・再社会化を考慮して量刑がなされる。そして「刑の執行」の段階では、それ以前の段階での一般予防や特別予防を前提としつつ、もっぱら再社会化の目的が優先されるとする。「弁証法的」というのは、責任の量を上限とし（テーゼ）、一般予防の最小限を下限として（アンチテーゼ）、その範囲のなかで、特別予防の要請を充たす刑罰を科す（シンテーゼ）とするものだからである。いわば、刑罰の各理念を弁証法的に統合しようというものである。⁽¹⁵⁾

これまで検討した積極的一般予防論および予防的併合説の理論展開によって、刑罰の正当性の根拠をめぐる議論は、もはや従来の応報や贖罪という概念を容認できないところにまできていることが明確となった。積極的一般予防論では、規範の名宛人すべてに対して、各人の自由な自己決定および自律的な判断に働きかけ、規範の承認を求め、規範の範囲内を越えて犯罪を予防しようとするのである。したがって行為者は、行動規範によって適法行為へと動機づける能力を有しながら行動規範に違反したからこそ、その責任によって処罰されるのである。刑罰は「刑の法定」と「科刑」および「刑の執行」それぞれにおいて個別的に正当化される。刑の法定は、法益保護のための一般予防をその目的とし、科刑においては、行為責任の範囲内で特別予防・再社会化を目的とし、そして、刑の執行では、主として再社会化の目的が優先される。現代の刑罰理論はこのように議論を深め展開されているのである。

三 刑罰と保護処分

これまで、刑罰とはいかなるものとして理解されるかという問題について基礎的な考察をおこなった。それでは、刑罰と保護処分はどのような関係にあるのか。この問題は、わが国の学説のみならず外国でも明確な議論の少ないテーマであるとされている。⁽¹⁶⁾ 少年に対する保護処分の法的性格としては、保安処分的一种であるとする説が支

配的であるが、単なる「保安」にとどまらず、少年の健全育成を目的とし、性格の矯正、環境の調整に関する教育福祉的な内容をもつ処分である。しかも、刑事政策的な目的による自由拘束をとまないうる司法的な処分であるから、「特に教育的に構成された保安処分」だとする見解もある。⁽¹⁷⁾

わが国の保護処分としては、保護観察、児童自立支援施設または児童養護施設への送致および少年院送致の三種類が規定されている（少年法第二四條一項）。保護処分は、非行事実があり、要保護性があることが前提条件となる。ただし、非行事実・要保護性を有していても、家庭裁判所の審判によっては、不処分にすることもできる（少年法第二三條二項）。家庭裁判所の審判の対象となる少年は、①罪を犯した少年（犯罪少年）、②十四歳未満で刑罰法令に触れる行為をした少年（触法少年）、③将来、罪を犯し、または刑罰法令に触れる行為をする虞れのある少年（虞犯少年）の三種類である。少年法の規定する「少年」は、満二〇歳未満の男女をいい、そのわく内において年齢により取扱いが異なっている。まず、十四歳未満の者は、都道府県知事または児童相談所長から送致をうけたときに限り家庭裁判所は審判に付することができる（法三條二項）。次に年少少年については、二〇〇一（平成十三）年四月一日からは、満十四歳以上であれば検察官送致ができることになり、十四歳以上十六歳未満の年少少年にも刑罰が科されることになった。十六歳以上十八歳未満の中間少年についても、法第二〇條第二項の新設によって故意の犯行行為によって被害者を死亡させた場合には、原則として、検察官に送致しなければならないものとされた。しかし、ただし書きでは、調査の結果、犯行の動機及び態様、犯行の情況、少年の性格、年齢、行状及び環境その他の事情を考慮し、刑事処分以外の措置を相当と認めるときは、この限りでない、としている。つまり、最終的には裁判官の裁量にかかっている。刑罰か保護処分かの選択は理論的にどう考えるべきだろうか。

団藤重光Ⅱ森田宗一『新版少年法（第二版）』は、保護処分と刑事処分の関係について、少年法は絶対的保護優

先主義の立場に立つものであり、どこまでも犯罪少年の保護の可能性を考え、保護の方法が適当でない場合にやむを得ず例外的に検察官送致をおこなうとの見解と、まず先に少年の保護を考えながら、少年と社会の保護をもに考慮に入れ、絶対的保護優先主義でなく、検察官送致を例外とするものでもない折衷主義とが分析したが、この改正は前者の見解よりむしろ後者の見解の立場に近いものである。

少年法第三条第二項を形式論理的に解釈すれば、まず、犯罪少年は文字通り「罪を犯した少年」であるから、刑法上の犯罪が成立しなければならず、刑法上の「責任」が必要であるが、これに対して触法少年や虞犯少年は「罪を犯した少年」ではないから、その保護処分にとって刑法上の「責任」は要求されないことになる。しかし、問題はそれほど単純ではない。保護処分ではなく刑事処分を相当とする場合の基準として、通説は、凶悪な犯罪であり、少年自身犯罪性が強く、非行の程度からも公共の福祉の面からも保護処分には適せず刑事処分を相当と認める場合であるとし、そのほかにも、保護処分その他の保護的措置では効果が期待できないと考えられ、罪質・情状に照らして刑事手続きに付する必要がある場合や、少年の年齢、資質、社会への態度等から判断して、保護処分によるよりも刑事処分によるほうが少年法の本質にかなう場合に、刑事処分相当とするものと解している。⁽¹⁹⁾すでに、本稿の刑罰の正当性の議論において、最終的に刑罰は行為責任の範囲内で特別予防・再社会化を目的とすることを明らかにした。その意味で、少年に対する刑罰も保護処分も一貫して少年に対する再社会化の観点から決定されなければならない。

保護処分も公権力によって少年の自由を制限する強制的手段であるから、少年の人權を不当に侵害しないために、またその手段が少年の矯正・改善の効果を発揮するためにも、少年の側に「一種の責任性」が必要と解されるのが一般的である。この責任性は、刑法理論においてわれわれが、犯罪成立要件として構成要件、違法性と並べて

考える「責任」ないし「有責性」とは内容を異にする。そのことは、犯罪少年のみならず、犯罪と評価されない触法行為や虞犯行為のみの少年にも保護処分を認める現行少年法から明らかである。しかし、保護処分に有責性を必要とするか否かについては見解がわかれている。少数説である責任不要説は、その根拠として、保護処分は少年の犯罪的危険性に対処する手段であり、少年の健全育成を図るものであるから、この手段を用いる契機として責任（責任能力）を要求する必要がないことをあげる。したがって、責任の概念は、保護理論においては要保護性の概念に構成しなおさなければならぬとされ、あるいは、保護手続において現に犯罪的危険性のある問題をもった少年を前にして、有責性なしという理由で少年を放置することはわりきれない、とされる⁽²⁰⁾。これに対して、多数説である責任必要説も、まったく刑法上の責任と同じ概念を想定しているのではない。たとえば、平場安治『少年法』は、「純理論的に考えると、保護処分は非行に対する制裁ではないから責任はないといえる。然し、危険性を要求することから、（イ）行為が行為者人格のままの表現であるという意味での行為の人格相当性、（ロ）行為者人格が平均人に比して異常に危険であるという意味での人格の非正常性Ⅱ危険性を必要とするから、従来責任要素とされたものの一切が保護処分の要件から脱落する訳ではない」としており、また、団藤Ⅱ森田『新版少年法（第二版）』も、「犯罪少年としての非行の成立におよそ有責性を必要とするにしても、刑法上の観念にとらわれ、その実質的な処遇面に刑法における厳密な責任概念を取り込む必要はない」としている⁽²¹⁾。ここでの「一種の責任性」は、刑法の犯罪成立要件としての有責性を意味するのではなく保護処分のための法律上の要件を意味しているのである。言い換えれば、非行事実の内容と要保護性の内容として考えられる「責任」といってよい。

従来、刑罰と保安処分を明確に区別する「二元主義（Zweispurigkeit）」は、刑罰が本質的に犯罪に対する応報であるのに対して、保安処分は社会防衛と本人の矯正・教育を目的とする処分であるとし、刑罰の基礎は責任である

が、処分のそれは性格の危険性であるとしていた。⁽²²⁾ それゆえ、わが国の保安処分をめぐる議論は、つねに保安処分が応報の範囲を超え行為責任の範囲を超えて、行為者の危険性に向けられた予防拘禁であることを危険視することが通例であった。たしかに、その目的や範囲を超えた責任応報と、行為者の危険性に向けられた予防拘禁とは相容れないアンチテーゼとして対立する。しかし、本稿で検討した刑罰の理解からすれば、応報思想からの決別によってこの対立は存在し得なくなるのである。なぜなら、新しい刑罰の理解によれば、刑罰も処分も同じく「法益の保護」と「行為者の社会への復帰」を指すことになるからである。少なくとも、一種の保安処分であるわが国の保護処分は、純粹に予防的な目標という意味で、刑罰とのあいだにいかなる相違もない。制裁目的から見れば、一元主義的な考えとなる。ただ、刑罰と保護処分との差異は、その限界づけにある。つまり、刑罰においては責任主義により、保護処分においては優越的な公共の利益の原則によって、限界づけがおこなわれる。つまり、制裁の目標においては一元主義的で、制裁の枠づけにおいては二元主義的である。わが国でも、以前から一元主義への接近が論じられていたが、⁽²³⁾ このような展開は、自由刑の執行を保護や治療という処分の執行に近づけることを可能とするので、刑事政策的に正当な方向である。実務的な帰結として、刑罰と処分のあいだには、たとえば、保護や治療的な働きかけの強さの問題や特別予防と一般予防のどちらに重点を置くかという問題、刑罰または処分という制裁の期間を決める場合に、国家的干渉の利益と行為者の自由の利益に対する異なった評価といった問題に相違点が残る。しかし、こうした相違は、純然たる刑事政策上の問題であって、刑法理論上の原則的な対立ではない。重要なのは、二元主義か一元主義かという単純な選択で解決し得ない実践的な問題なのだということである。⁽²⁴⁾ 刑罰か保護処分かという問題も、この新しい刑罰概念を理解することで整合性をもった実践を形成できるはずである。

四 第二の道

ドイツ現行法では、刑罰と保安処分は「二元主義」の体系をとっている。刑法典第三編の第一章に、まず「犯罪の法的効果」つまり刑罰を規定し、そして第二章には、いわば少年への刑罰と保護処分をのぞいた「改善及び保安処分」を規定している。少年の刑罰と保護処分（ドイツでは教育処分・懲戒処分・少年刑）については、別途、少年裁判法のなかに規定されているのである。ドイツでは、少年裁判所が少年事件をあつかっている。そこで対象となっているのは、行為時十四歳以上十八歳未満の少年（Jugendlicher）および少年と同等にあつかうべき十八歳以上二十一歳未満の青年（Heranwachsender）で、行為時十四歳未満の児童（Kind）は刑法上責任無能力とされている。そこで有罪と認定された少年に対する処分は、まず原則として、①教育処分（Erziehungsmassregeln）を優先し、それで十分でない場合に初めて、②懲戒処分（Zuchtmittel）または③少年刑（Jugendstrafe）を科すことになっている（少年裁判所第五条）。まず、社会内処遇である「教育処分」には、「指示の付与」と「教育援助」とがあり（同第一〇条）、少年裁判所法上、指示の付与として、居住に関する指示の遵守、一定の家庭または施設での居住、一定の職業訓練または就労、一定の労働義務の履行、一定の社会訓練コース参加などがあるが、最近特に注目されているのが、「行為者・被害者・和解」の制度である。これは、ドイツ各地においてモデルプロジェクトとして実験的に実施され、肯定的評価を受けた後、法制度化されたものである。⁽²⁵⁾

第二の「懲戒処分」には、「戒告」「義務の賦課」および「少年拘禁」の三種類がある。このうち、義務の賦課には、損害の回復、被害者への謝罪、一定の作業、公共施設への一定の支払といったことがある。そして、少年拘禁（Jugendarrest）の内容としては、「休日拘禁」（毎週の休日の一回または二回の拘禁）、「短期拘禁」（休日拘禁に代え

て連続の拘禁) および「継続拘禁」(最短一週間から最長四週間の拘禁) に区分されている。最後の少年刑は、少年刑事施設における自由の拘束であり、責任が重大であるため刑罰が必要ときに科される。刑期は、短期六月、長期五年(青年については一〇年)を原則とし、長期一〇年を超える自由刑に処されるべき重罪に係るときは、長期一〇年とする⁽²⁶⁾としている。

実際の言い渡し状況を見ると、たとえば、一九九〇年の制裁全体の件数は一〇万八、四七一件あり、教育処分が全体の三〇・三%、懲戒処分が五八・五%、少年刑は、全体の一一・二%であった。また、一九九四年の制裁全体の件数は一〇万八三三三件あり、教育処分が一三・八%、懲戒処分七二・二%、少年刑は一三・九%である。ドイツでは検察官が起訴状を朗読し、少年被告人を尋問、断罪、求刑するからといって、抑圧主義・刑罰主義になつているとはいえない。むしろ、検察官による起訴猶予と裁判官による手続き中止がダイヴァージョンとして機能していることをみても、少年拘禁を含む施設内処遇を控え、できるかぎり社会内処遇で対応しようとするコンセンサスが裁判官、検察官のみならず、少年事件関係者のなかにも成立しているとみられる⁽²⁷⁾。

このように、ドイツでもわが国の少年法制と相通じる処遇システムをもっている。むしろ教育処分や懲戒処分などは、わが国の保護処分以上にきめ細やかなものとなっている。また、ドイツでも厳罰化の主張が提出されていることは、近年のわが国とよく似ている。たとえば、CDU(キリスト教民主同盟)とCSU(キリスト教社会同盟)の立法提案では、青年に対する原則一般刑法適用の強化や少年刑の上限の引き上げなどを主張しており、こゝうした厳罰化の主張に対して強い反論も現れている。SPD(ドイツ社会民主党)と連合九〇/緑の党は、若年者の犯罪を刑罰の峻厳化によって克服できるというのは幻想であると指摘し、刑事責任年齢の引下げ、閉鎖的な施設収容、青年を一般刑法により処断することなど、いずれの措置によっても積極的な変化は望めないとし、むしろ

ろ、少年司法のあり方として「刑罰に対する教育の優越」を説き、「行為者・被害者・和解」の拡充を中心として、自由剝奪の回避と社会内処遇の拡充を推進しよう主張していることが伝えられている。⁽²⁸⁾

少年犯罪における刑罰と保護処分分析をおこなった結果、「行為者・被害者・和解」という新しい制裁・処遇方法にたどり着いた。社会内処遇である「教育処分」には、すでに「行為者・被害者・和解」の制度が取り入れられ、「懲戒処分」では、行為者による損害の回復、被害者への謝罪といった義務の賦課が実践されている。現代では、犯罪による被害の回復は、刑事政策のみの問題にとどまらず、刑法における刑罰理論や刑法解釈論にも重要な影響を与える問題であると考えられるようになってきている。すでに四半世紀前に、トレンドレが「刑法解釈学は、将来、刑事政策のなかで働くことになるだろう」と述べていたが、⁽²⁹⁾その後、刑法に犯罪被害者保護の機能を認め、その結果、被害者補償と社会復帰が刑法の問題であるとするものや、⁽³⁰⁾行為者と被害者の和解は真正の刑罰であるとするもの、あるいは、犯罪被害の回復 (Wiedergutmachung) は、刑罰および保安処分と並んで、新しい刑事制裁であり、刑法の「第三の道 (軌跡)」であるという者もある。⁽³¹⁾いずれにせよ現代では、すでに犯罪による被害の回復は刑法の機能のなかに組み込まれていると考えられている。現在、「修復的司法」または「回復的司法」の問題を取り上げた論考はわが国でも数多く発表され、学会でも取り上げられている。⁽³²⁾今後の議論の深化を期待したい。

(一) 古い議論については、Nagler, Die Strafe, 1918.; Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. I, 1925, S. 459ff. など。比較的新しいものとしては、Frommel, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion. Beziehung zwischen Rechtsphilosophie, Dogmatik, Rechtspolitik und Erfahrungswissenschaften, 1986, S. 21ff. (6点) がわが国のものである。金澤文雄「刑罰目的の多元的・発展的考察」中山研一先生古稀祝賀論文集第四巻『刑法の諸相』(成文堂一九九七年)一頁以下、斎藤誠「刑罰の正当性の根拠をめぐって」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第二巻『刑法理論の現代的

- 展開』(成文堂二〇〇〇年) 一頁以下など参照。
- (2) たとえば、加藤新平Ⅱ三島淑臣『世界の名著32カント』(中央公論社) 四七六頁、藤野涉Ⅱ赤澤正敏『世界の名著35カント』(中央公論社) 二九八頁、三〇七頁参照。
- (3) Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl., 1971, S. 18ff., 29ff., 43ff. 齊藤誠二「刑罰の正当性の根拠をめぐって」『刑法理論の現代的展開』十七頁以下。
- (4) カントが純然たる応報刑論者(絶対的刑罰論者)ではなかったという指摘がある。カントにおいては「何となれば罪が犯されたのだから」という観点、すなわち「応報思想」に対応する「刑罰的正義」の問題と「罪が犯されないように」という観点、すなわち「目的的思想」に対応する「刑罰の賢慮」の問題とが区別されて取り扱われていたとする。増田豊「死刑のパラドックス―積極的一般予防論とデイスクルス理論のパスペクティヴ―」ホセ・ヨンパルト、三島淑臣編『法の理論15』(成文堂一九九二年) 一五五頁、同「司法殺人としての死刑の正統化は法倫理的に可能か」NCCD JAPAN 第一八号(全国犯罪・非行協議会機関誌二〇〇〇年六月) 四頁参照。
- (5) 齊藤誠二「刑罰の正当性の根拠をめぐって」『刑法理論の現代的展開』六頁以下。
- (6) Liszt, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. I, 1905, S. 126ff. イェンシェックⅡヴァイゲンント(西原春夫監訳)『ドイツ刑法総論第五版』(成文堂一九九九年) 五二頁以下参照。
- (7) 金澤文雄「刑罰理論の再構成」広島法学第一二巻二号(一九八八年) 一頁以下、齊藤誠二「刑罰の正当性の根拠をめぐって」『刑法理論の現代的展開』一一頁以下参照。
- (8) こうした例をあげて、威嚇予防論と死刑に対する批判を展開するものに、増田豊「死刑のパラドックス―積極的一般予防論とデイスクルス理論のパスペクティヴ―」ホセ・ヨンパルト、三島淑臣編『法の理論15』(成文堂一九九二年) 一五七頁がある。
- (9) 金澤文雄「死刑廃止の提言」『法の理論12』五頁。
- (10) 増田豊「刑法規範の論理構造と犯罪論の体系」法律論叢(明治大学一九七七年) 一一二頁、伊東研祐「責任非難と

積極的一般予防・特別予防』『刑事法学の総合的検討「上」』(有斐閣一九九三年)三二二頁。

(11) わが国では、統合説や結合説と訳される場合もある。たとえば、統合説とするものとして、C・ロクシン著(宮澤浩一監訳)『刑法における責任と予防』(成文堂一九八四年)井田良訳一七頁、結合説とするものに、イエシエック・ヴアイゲント(西原春夫監訳)『ドイツ刑法総論第五版』(成文堂一九九九年)高橋則夫訳五六頁等がある。

(12) この分類については、斉藤誠二「刑罰の正当性の根拠をめぐって」『刑法理論の現代的展開』六頁の分析に負う部分が多いが、応報を強調するか否かの捉え方で若干の違いがある。

(13) 阿部純二「量刑における位置価説について」『団藤重光博士古稀祝賀論文集(第三卷)』(有斐閣一九八四年)一三三頁以下、金澤文雄「刑罰理論の再構成」広島法学第一巻二号(一九八八年)七頁参照。

(14) たとえば、ミュラー・ディーツ(宮澤浩一訳)「刑罰の目的と刑の量定に焦点をあてた責任と予防との関係」『刑法雑誌』二三巻一―二号九二頁参照。

(15) Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S. 387. 邦訳として、C・ロクシン著(宮澤浩一監訳)『刑法における責任と予防』(成文堂一九八四年)四四頁。

(16) 森下忠「刑罰と保護処分との関係」小川太郎博士古稀祝賀『刑事政策の現代的課題』(有斐閣一九七七年)一六六頁、澤登俊雄「保護処分と責任の要件」『団藤重光博士古稀祝賀論文集(第三卷)』(有斐閣一九八四年)一五三頁。

(17) たとえば、柏木千秋『改訂少年法概説』(一九五一年)一一二頁、平場安治『少年法』(法律学全集一九六三年)四六頁、団藤重光・森田宗一『新版少年法(第二版)』一八二頁、阿部純二「少年と保護処分」内藤・西原『刑法を学ぶ』(有斐閣一九七三年)三七〇頁、莊子邦雄「非行少年の処遇」岩波講座『現代法Ⅱ』(一九六五年)二六二頁、森下忠「刑罰と保護処分との関係」『刑事政策の現代的課題』一七一頁など。

(18) 団藤・森田『新版少年法(第二版)』一八二頁。

(19) たとえば、団藤・森田『新版少年法(第二版)』一八五頁以下、平野泰樹「少年と刑罰」澤登俊雄先生古稀祝賀論文集『少年法の展望』(現代人文社二〇〇〇年)三二二頁以下など参照。

- (20) 有責性を不要とする見解に、裾分一立「要保護性試論」家裁月報五卷四号一九頁以下、入江正信「少年保護事件における若干の法律問題」家裁月報五卷七号三〇頁以下、平井哲雄「非行と要保護性」家裁月報六卷二号四頁以下、阿部純二「少年法三条一項一号の犯罪少年及び同項三号のく犯少年と責任能力の問題」家裁月報三五卷一号一五九頁以下などがある。この点につき、船山泰範「犯罪少年と責任条件」別冊判例タイムス六号八一頁以下参照。
- (21) 平場安治「少年法」(有斐閣一九六三年)六七頁、団藤重光「新版少年法(第二版)」四七頁。
- (22) 団藤重光「刑法綱要総論(改訂版)」(創文社一九八〇年)五六四頁。
- (23) たとえば、森下忠「刑罰と保護処分との関係」『刑事政策の現代的課題』一七五頁、澤登俊雄「保護処分と責任の要件」『団藤重光博士古稀祝賀論文集(第三卷)』一七〇頁など。
- (24) C・ロクシン著(宮澤浩一監訳)『刑法における責任と予防』六七頁以下参照。
- (25) この制度についてはほかに、シェツヒ／バンネンベルク(比嘉康光訳)「ドイツにおける被害者・加害者の和解―実績調査と刑事政策的結論」宮澤浩一・田口守一・高橋則夫監訳『犯罪被害者と刑事司法』(成文堂一九九五年)一九一頁以下、比嘉康光「加害者・被害者の和解―オルテンブルクの実践例を中心に」立正法学論集二九卷三・四号(立正大学一九九六年)参照。
- (26) 法務省法務総合研究所編『平成一〇年版犯罪白書』(大蔵省印刷局一九九八年一〇月)三八六頁以下、ギンクター・カイザー(比嘉康光訳)「少年犯罪の新しい動向と少年刑事司法の今日の問題―特にドイツの状況を考慮して―」法学志林九六卷三・四号(法政大学一九九九年)四一頁。
- (27) ギンクター・カイザー(比嘉康光訳)「少年犯罪の新しい動向と少年刑事司法の今日の問題―特にドイツの状況を考慮して―」法学志林九六卷三・四号(法政大学一九九九年)四二頁、四七頁。
- (28) 武内謙治「ドイツの厳罰政策をめぐる動向」団藤重光・村井敏邦他『改正』少年法を批判する』(日本評論社二〇〇〇年十二月)二一六頁以下。
- (29) Tröndle, NJW, 1973, S. 32.

- (30) Lüderssen, Abschaffen des Strafrechts, 1995, S.51.
- (31) Schild, Täter-Opfer-Ausgleich als Strafe, Festschrift für Geerds, 1995, S.157ff.; Roxin, Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionsystem, Festschrift für Baumann, 1992, S.243ff. 齊藤誠二「刑罰の正当性の根拠をめぐって」『刑法理論の現代的展開』二頁以下参照。
- (32) たとえば、カイザー・クローリー・アルブレヒト(宮澤浩一・田口守一・高橋則夫監訳)『犯罪被害者と刑事司法』(成文堂一九九五年)、高橋則夫「刑法における損害回復の思想」(成文堂一九九七年)、前野育三「被害者問題と修復的司法—ニュージールランドの Family Group Conference を中心に—」犯罪と非行第二二三号(二〇〇〇年二月)六頁以下、宮崎聡「アメリカ合衆国におけるリストタイプ・ジャスティスの実情について—被害者・加害者間の和解プログラムを中心として—」家裁月報五二巻三号(二〇〇〇年)一六一頁以下、西村春夫・細井洋子「図説・関係修復的正義—被害者司法から関係修復正義への道のりは近きにありや」犯罪と非行一二五号(二〇〇〇年)五頁以下、木暮得雄「犯罪被害者の復権—被害者の法的地位に関する覚え書き—」小田中聡樹・鈴木茂嗣・能勢弘之・守谷克彦・四宮啓編『渡辺保夫先生古稀記念論文集・誤判救済と刑事司法の課題』(日本評論社二〇〇〇年)五九一頁以下、吉田敏雄「被害者にやさしい刑事司法?」、同『誤判救済と刑事司法の課題』六一一頁以下、坂上香「当事者の対話が生むもの—アメリカにおけるカンファレンスの試みから」団藤重光・村井敏邦・斉藤豊治他著『改正』少年法を批判する』(日本評論社二〇〇〇年)一九四頁以下、拙稿「少年法第六一条と犯罪被害者の保護」中央学院大学法学論叢一四卷一・二号(中央学院大学二〇〇一年)三二七頁以下など。その他、総合的特集として、特集「犯罪被害者の保護と救済」ジュリスト第一一六三号(二〇〇〇年)、特集「犯罪被害者の権利」法律時報第七一巻一〇号、特別企画「犯罪被害者と刑事手続」季刊刑事弁護第二三号(現代人文社二〇〇〇年)九〇頁以下、特集「犯罪被害者の保護と支援」現代刑事法一〇号(二〇〇〇年二月)、特集「犯罪被害者保護関連二法の成立と展望」現代刑事法一九号(二〇〇〇年十一月)などがある。最近の日本刑法学会や日本犯罪社会学会のテーマとしても取り上げられている。