

少年に対する保護処分の保安処分性(一) : フランスにおける「教育的制裁(sanctions éducatives)」概念を素材として

井上, 宜裕
九州大学大学院法学研究院 : 准教授

<https://doi.org/10.15017/26253>

出版情報 : 法政研究. 79 (4), pp.1-24, 2013-03-15. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

少年に対する保護処分 の保安処分性(一)

——フランスにおける「教育的制裁 (sanctions éducatives)」概念を素材として——

井上 宜裕

序論 保安処分の多様化

I わが国における議論状況

一 保安処分論の展開

1 保安処分の意義

2 保安処分論の系譜

二 保護処分の法的性質

1 保護処分の種類

2 保護処分の保安処分性(以上、本号)

II フランスにおける議論状況

一 教育的措置 (mesures éducatives) の法的性質

1 保安処分の意義

2 教育的措置の保安処分性

二 司法のための指針及び計画に関する二〇〇二年九月九日の法律

1 教育的制裁 (sanctions éducatives) の内容

2 教育的制裁の法的性質

結論 少年の成長発達権と保護処分

序論 保安処分の多様化

本稿は、保安処分論の観点から、少年に対する保護処分ないしは教育的措置の法的性質について検討を加えるものである。

近年、再犯予防のための監視強化策がさまざまな国で推し進められている。^①中でも、フランスは、再犯防止策として、性犯罪者全国情報データベース、社会内司法監督、司法監視の他、保安監置及び精神障害を理由とする刑事無答責の宣告に関する二〇〇八年二月二五日の法律 (Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) によって、保安監置及び保安監視まで導入している。^②

このように、フランスでは、近時の保安処分立法によって、これまでにない多様な保安処分が創設されることとなり、

これに伴い、保安処分概念の検証作業が喫緊の課題となっている。

他方、保安処分論との関連で問題となりうるのが、少年に対する教育的措置である。わが国で、一般的に、少年法上の保護処分が保安処分ないしは保安的措置の一種と解されているのと同様、フランスでも、少年に対する教育的措置 (mesures éducatives) を保安処分 (mesure de sûreté) として理解する立場が多数を占める。

少年に対しても、再犯防止策として、監視強化の波が押し寄せている。フランスにおいて、司法のための指針及び計画に関する二〇〇二年九月九日の法律によって創設された、教育的制裁 (sanctions éducatives) がまさにこれに当たる。³⁾ 同法で導入される教育的制裁は、教育的措置と刑罰の中間的性質を有するものとされ、具体的には、没収、犯行場所等への立入禁止、被害者との接触禁止、共犯者との接触禁止、賠償措置、及び、公民教育研修への参加を指す。これらの制裁は、一〇歳以上の少年に対して適用可能で、注目すべきは、これまで教育的措置の対象にしかなかった、一〇歳以上一三歳未満の少年が教育的制裁の対象になっている点である。

教育的措置と刑罰の中間的性質とされる、この教育的制裁の登場によって、フランスでは、教育的制裁と保安処分・刑罰の異同が論じられるようになり、それに伴って、改めて教育的措置の法的性質が問われるようになってきている。

そこで、本稿では、上記二〇〇二年法によって導入された、教育的制裁の法的性質の分析を通して、教育的措置と教育的制裁の異同、両者の保安処分性について検討を加える。

この検討を踏まえ、保安処分の本来的性質である社会防衛的側面と少年に対する措置の教育的側面が両立しうるのかを明らかにすること、その上で、わが国における保護処分の法的性質について再検討することがさしあたっての本稿の目標である。

また、わが国で展開される保安処分論は、刑法改正論議と相まって、触法精神障害者に対する治療処分に議論、関心が集中した感がある。それ故、より広い枠組みで保安処分論それ自体を検討することは、電子監視等のあらたな保安処

分の導入可能性等を吟味する際、その基礎となる概念枠組みを構築する意味でも、きわめて有益であろう。以下では、まず、わが国における保安処分論を概観し、保護処分の法的性質について議論状況を整理した後、次に、フランスにおける保安処分論の現状を確認し、教育的措置及び教育的制裁の法的性質について検討することにする。以上の考察を踏まえた上で、近時、注目されている少年の成長発達権を視野に入れつつ、少年に対する保護処分の問題に改めて検討を加える。

I わが国における議論状況

一 保安処分論の展開

1 保安処分の意義

わが国における保安処分の一般的な定義は、例えば、「保安処分とは、行為者のもつ社会的危険性に着眼し、それに対する社会的保安をはかるとともに、併せて、本人の改善・治療などを目的とする国家的処分である」といったものである。刑罰との対比でいえば、「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。刑罰の基礎は責任であるが、保安処分のそれは性格の危険性である。刑罰は犯罪を必然的に前提とするが、保安処分は端的に危険な性格に着眼する」等と説明される⁽⁵⁾。

他方で、「保安処分というのは、主として特別予防の目的をもつて設けられた、刑罰以外の刑法上の法効果をいう。刑罰は責任に相応する応報であり、したがって特別予防という観点からみた場合、刑罰にはその本質の面からする制約があるので、これを補充するものとして考案されたのが保安処分である」として、保安処分を刑事処分に限定する論者

もいる。⁷⁾

また、保安処分の本来の特徴として、保安処分が対象者の将来の危険性に基づくものである以上、犯罪ないし違法行為の存在は不要で、保安処分の期間も不定期とすべき等の主張もある。即ち、「保安処分は、危険な行為者から社会を防御するとともに、その行為者を治療・改善することを目的とする。そして、保安処分は、もっぱら行為者のもつ社会的危険性に着目して科せられるべきであり、行為が犯罪にあたることは必ずしも必要でない。また、保安処分は、行為者の危険性が消滅するまで継続させるのが理想であつて、そのためには、必然的に不定期的なものが予想される。なお、刑罰のように過去の犯罪を前提にするものではなく、あくまで現在および将来における行為者の危険性への対応が考慮されなければならないから、保安処分に関する法規の不遡及の原則は行われず、かえつて、一般に、その遡及適用が認められる。こうして、制度の合目的性・合理性が追求されるべきである」と。⁸⁾

保安処分は、一般的に、次のように分類される。

即ち、对人的保安処分の内、対象者の自由剝奪を伴うものを狭義の保安処分、自由制限にとどまるものも含めたものを広義の保安処分とし、これに対物的保安処分を加えたものを最広義の保安処分とする立場が多数である。⁹⁾

具体的には、被処分者の自由剝奪を伴う保安処分（狭義の保安処分）の例として、責任無能力者・限定責任能力者の治療・看護施設への収容、酒癖者・麻薬常習者等の治療・禁絶施設への収容、労働禁忌者、乞食・浮浪者等の労働施設への収容、危険な常習犯人の保安監置、精神病質者の社会治療施設への収容等、被処分者の自由剝奪を伴わない処分（広義の保安処分）の例として、職業の禁止、居住の制限・禁止、外国人の国外追放、保護観察、行状監督、善行保証、飲酒店立入禁止、運転免許の取消等、また、対物的保安処分（最広義の保安処分）の例として、没収、営業所閉鎖、法人の解散または業務停止等がそれぞれ挙げられる。¹⁰⁾

保安処分が必要とされる理由について、一九世紀後半、犯罪特に累犯の激増、少年犯罪の増加及び行刑制度の不備等

が顕在化し、従来の刑罰概念の無力さが実感されたことが一つのきつかけであったといえる。¹¹⁾

より理論的に考えるならば、保安処分必要性は、社会的に危険な精神障害者等に対して刑罰で対処することには限界があることを主な根拠としている。¹²⁾例えば、「精神に障害がある者や精神的発育の未熟な者で社会的にきわめて危険な行為をなす者もあり、社会の安全を保護するためには、これらの者の危険行為を放置するわけにはいかない。また、刑罰は、過去の行為に対するものであるので、将来、社会が侵害される危険がきわめて大きな事態が現実が発生しても、これを防止することはできない。さらに、刑罰を科することが可能な者に対しても、刑罰よりはむしろ別の改善・矯正の処置をしたほうが適当なこともある。ここに、刑罰を補充しこれに協力する手段が必要となる。これが、保安処分といわれるものである」と説明される。¹³⁾

保安処分の導入についても、学説にはこれに好意的な論調のものが散見される。新派（近代学派）の支持者は¹⁴⁾でもなく、旧派（古典学派）の立場からも保安処分の導入に積極的な姿勢が示されている。「刑事責任をみとめることができない者で社会的に危険なものを放置することはできないし、また処罰の可能な者でむしろ刑罰に代えて―あるべきあいには刑罰とあわせて―保安処分によることを適当とするものがあり、また刑罰制度の機能を補充するために保安処分的なものが必要とするばあいがある。保安処分に關する法制の整備はぜひ必要である」との主張がそれである。¹⁵⁾

もつとも、保安処分の問題点も指摘されている。とりわけ、犯罪的危険性の予測困難性が挙げられる。例えば、「犯罪危険者を拘禁し隔離することが、犯罪防止のための確実な方法であることは言うまでもないが、それを理由に保安処分が正当化されるわけではない。すなわち、犯罪予測が不確実、かつ不安定であり、対象者の選定を誤ったり、対象者をいたずらに拡大するおそれ大きいこと、収容者に対する働きかけのないまま拘禁が無限に継続されるおそれがあることなど、かえって逆に市民的安全が侵害される危険すら生じるのである。保安上の必要だけで強制処分が正当化されるのは、市民の生命、身体等に対し『明白にして現在の危険』が生じたときに限られるであろう」とする主張が見ら¹⁷⁾

れる。また、危険性判断に当たって、「保安処分においては、犯人の将来の危険性が認定されねばならない。危険性とは犯罪により又は犯罪を繰返すことによつて法律秩序を侵害する可能性ある性格をいう。しかし、かかる性格は抽象的に認定されるのではならず、客観的條件によつて基礎づけられなければならない。すなわち特定の行爲によつて示された危険性でなければならない。それは常に行爲以後の危険性であるべきである¹⁸⁾」との指摘もある。

2 保安処分論の系譜

(a) 法律

現行法では、売春防止法(一九五六年)が、売春の勧誘等の罪を犯した成人女子に対する補導処分を定めている(同法第一七条)。更生保護法(二〇〇七年)上の保護観察(同法第四八条)や更生緊急保護(同法第八五条)も広い意味で保安処分とされうるものであり、保安処分性が争われている現行法上の措置としては、精神保健福祉法(一九五〇年)上の措置入院(同法第二九条)や心神喪失者等医療観察法(二〇〇三年)上の指定入院(同法第四二条)等も挙げることができる。対物的保安処分として、没収(刑法第一九条等)を含めることも可能である¹⁹⁾。

かつては、思想犯保護観察法(一九三六年)第一条²⁰⁾が治安維持法違反の者に対する保護観察を定め、治安維持法(一九四一年改正)第三九条²¹⁾が予防拘禁を規定していた。

少年に対する措置に関しては、後述の通り、大正少年法が九種の保護処分を規定し(同法第四条)、現行少年法は、三種類の保護処分を定めている(同法第二四条)。

なお、旧刑法(一八八〇年)が既に、少年及び瘖啞者に対する懲治場留置を設けていた(同法第七九条²²⁾、第八〇条²³⁾及び第八二条²⁴⁾。ことにも留意しなければならない。

(b) 草案

刑法改正をめぐる草案に現れた保安処分には、以下のようものがあつた。

まず、刑法改正予備草案（一九二五年）では、九八条⁽²⁵⁾以下で、精神障害者や瘖啞者に対する收容処分である予防監護⁽²⁶⁾、飲酒癖を有する者に対する收容処分である酒癖矯正⁽²⁷⁾、浮浪者または労働嫌忌者に対する收容処分である労働留置⁽²⁸⁾、及び懲役刑終了後なお放火、殺人、強盗を實行する危険を有する者に対する收容処分である予防拘禁⁽²⁹⁾が規定された。

つづく改正刑法仮案（一九四〇年）では、第一二六条⁽³⁰⁾以下で、監護処分⁽³¹⁾、矯正処分⁽³²⁾、劳作処分⁽³³⁾、及び、予防処分⁽³⁴⁾が規定され、矯正処分の対象が飲酒または薬物使用癖を有する者に拡大された点を除いて、基本的に、刑法改正予備草案の規定が引き継がれている。

戦後に出された改正刑法準備草案（一九六一年）では、第一〇九条⁽³⁵⁾以下で、精神障害者に対する治療処分⁽³⁶⁾、及び、薬物中毒者に対する禁断処分の二つのみを規定することとなつた。なお、禁断処分の対象薬物に覚せい剤が付け加わっている。

その後、改正刑法草案（一九七二年）でも、第一〇一条⁽³⁸⁾以下で、改正刑法準備草案と同様、治療処分⁽³⁹⁾と禁断処分⁽⁴⁰⁾のみが定められている。

改正刑法準備草案以来、精神障害者に対する治療処分と薬物中毒者に対する禁断（禁絶）処分に対象が絞り込まれたことから、わが国における保安処分論も基本的にこの二つの処分を中心に展開されるようになった。さらには、刑法改正論議において、精神障害者に対する治療処分をめぐる、精神医療界から反対声明が提出されたり、対案グループによつて対案が作成されたりしたこともあつて、わが国の保安処分論の中心は、触法精神障害者に対する治療処分が占めるようになる⁽⁴¹⁾。

二 保護処分の法的性質

1 保護処分の種類

大正少年法(大正一一(一九二二)年法律第四二号)は、第四条で次のような保護処分を規定していた。即ち、「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處分ヲ爲スコトヲ得。一 訓誡ヲ加フルコト 二 學校長ノ訓誡ニ委スルコト 三 書面ヲ以テ改心ノ誓約ヲ爲サシムルコト 四 條件ヲ附シテ保護者ニ引渡スコト 五 寺院、教會、保護團體又ハ適當ナル者ニ委託スルコト 六 少年保護司ノ觀察ニ付スルコト 七 感化院ニ送致スルコト 八 矯正院ニ送致スルコト 九 病院ニ送致又ハ委託スルコト 前項各號ノ處分ハ適宜併セテ之ヲ爲スコトヲ得⁽⁴²⁾」。

これに対して、現行少年法は、第二四条(保護処分の決定)で、「①家庭裁判所は、前条の場合(審判開始後保護処分に付しない場合)を除いて、審判を開始した事件につき、決定をもつて、次に掲げる保護処分をしなければならない。ただし、決定の時に一四歳に満たない少年に係る事件については、特に必要と認める場合に限り、第三号の保護処分をすることができ⁽⁴³⁾。一、保護觀察所の保護觀察に付すること。二、児童自立支援施設又は児童養護施設に送致すること。三、少年院に送致すること。」として、三種類の保護処分を規定する。

ちなみに、旧少年法上の保護処分の内、いわゆる「一時的保護」の形態を取るものは、現在、試験觀察・補導委託(第二五条)、不開始・不処分(第一九条第一項・第二三条第二項)の際の保護的措置として実施されている⁽⁴³⁾。

現行少年法の定める保護処分はそれが課される対象ごとに異なる性質を持ちうる。

まず、犯罪少年の場合、刑事処分が可能であるにもかかわらず、保護処分が課されることから、ここでは保護処分は刑罰代替的性質を有するといえる⁽⁴⁴⁾。

次に、触法少年及び虞犯少年の場合、本来刑罰を科しえない領域に保護処分が新たに適用されることになるが、その内、虞犯少年については、「全く犯罪行為を前提とせず、将来における犯行のおそれを理由として、強制的矯正の性格の強い少年院送致に付すことに問題はないかという点が問われざるをえない」とされ、保護処分の背後に「社会保全の利益が予定されるとすれば、それは実質的に『保安』処分の性格を担わざるをえなくなる」とされる。⁽⁴⁵⁾

2 保護処分の保安処分性

通説の見解は、保護処分を保安処分ないしは保安的措施の一種と解している。しかし、保護処分に保安処分性を認める論者の中にも、かなり程度差がある。

まず、端的に保護処分の保安処分性を強調するものとして、「温情的保護主義とか教育的・保護的機能とか愛の法律とかを極度にふりかざすことは感心しない。愛と正義との調和、教育的・保護的機能と司法的機能との調和、司法と行政との関係の調整をもとめて処遇をおこなうべきだ。保護主義にしても教育的機能にしても、犯罪の防止、非行の防止という至上命題のなかで、法秩序維持というおおきなわくのなかではじめて、意味をもつ」との主張がある。⁽⁴⁶⁾

次に、保護処分の保安処分性を肯定しつつも、基本的には少年の保護・育成に力点を置くものとして、「少年法における保護処分は、少年の保護・育成を中核とするものであり、刑罰よりも少年の健全育成・保護を優先させるという思想を基礎とする（保護処分優先主義）。教育と福祉の要請が背景にあり、刑罰を回避する点にその主眼がある。……その意味で、成人に対する保安処分とは、性格が異なる。触法少年、とくに虞犯少年については、本来、犯罪行為として刑罰を科しえないものを保護処分に付するという意味をもち、福祉的性格とともに『保安』的性格をももつ点に注意する必要がある」との見解がある。⁽⁴⁸⁾

さらに、「われわれがここで論じようとする保護処分は、もとより社会を保護するためのものという面はあるが、そ

れよりもむしろ、行為者を保護するための処分という性格をもつものである。少年に対する保護処分は周知のように国親 (parens patriae) 思想から生まれたものであるが、それは、国親の立場から第一次的に少年を保護し、あわせて第二次的に社会を保護することを目的とする処分という意味合いをもつものといえよう⁽⁵⁰⁾と述べて、少年の保護が第一義的な目的であることを明示するものもある⁽⁵¹⁾。

これに対して、保護処分の保安処分性を否定する見解も一部で主張されている。例えば、「保護処分は、ドイツ法的な立場から保安処分の一種と解されており、わが国においてもそれが通説となっていた。たしかに、保護処分も、自由を剝奪・制限しながら本人の改善・更生を図り、社会防衛の効果を期待する点、また、処遇期間の不定期的性質の点などにかんがみれば、保安処分の枠組みに入るようにもみえる。しかし、保護処分は、少年の保護―要保護性を中核とするものであり、社会防衛ではなくて、少年を成人の刑罰ないし社会から守るといふ少年防衛の思想に由来するのである。それゆえ、例えば、犯罪少年がいったん保護処分に付された以上は、いわゆる一事不再理の効力が認められ(少四六条)、後に刑罰を受けることはない。すなわち、少年については保護処分優先主義が採られているのであり、保護処分は、以下の点で保安処分と異なる。第一に、保安処分も保護処分も社会的危険性を基礎にするが、前者は保安的要請、後者は福祉的要請に基づいている。第二に、保安処分は刑罰の補充・代替手段であるのに対し、保護処分は刑罰による責任追及を回避するところに成り立つ。第三に、保安処分は、もっぱら社会的危険性の除去を目的として加えられるのに対し、保護処分は少年の健全育成の見地から必要な保護が加えられる⁽⁵²⁾とするものや、「保護処分と保安処分とは明瞭に区別されるべきものである。一口で言えば、保安処分は刑罰を前提としこれを『補充』するものであるのに対し、保護処分は刑罰を『回避』するものとして考究されてきたものである。保安処分では、刑罰適応能力(刑罰による改善可能性)のない者にも、責任があれば刑罰を適用しなければならぬためであるのに対し、保護処分では、刑罰適応能力のある少年にも健全育成のための一手段として保護処分が用いられるためである。すなわち、刑罰による危

危険除去の期待できない場合に刑罰を回避するのではなく、刑罰のこの特別予防効果を補うために保安処分が加えらる。一方、刑罰による少年の危険性除去が期待できても、刑罰が少年の健全育成にマイナスであれば刑罰の適用は回避され、不開始・不処分・保護処分等一連の保護的措置が加えられるのである」とする見解がそれである。⁽⁵³⁾

ここで、そもそも少年に対する保護処分が保安処分とされる契機はどこにあるのか確認する必要がある。

上述の通り、責任無能力者または限定責任能力者に対して、刑罰によって対処することの限界が一つの契機であることは間違いないであろう。⁽⁵⁴⁾

また、歴史的発展過程から見て、新派（近代学派）の論者が主張するように、少年に対する措置が保安処分の先駆けとして位置付けられうることも無縁ではなからう。刑と保安処分の一元化を志向する新派（近代学派）からすれば、「刑と保安処分との一体化ということは、二十世紀刑法典の特色であるし、進んで、刑と保安処分との一元化」とは、二十世紀刑法論の特色である。……刑法は、少年法に依って、まず、保安処分に依る発展の第一歩を示したものである」ということを得よう。これは、刑法が保安処分に因り侵蝕を受ける第一のそうして最も顕著な現象である」とし、「犯罪に対するに刑罰をもつてする単純なメカニズムは、少年においてまずくずれていった」と主張するのはある意味で当然ともいえる。⁽⁵⁷⁾

しかし、少年に対する保護処分の保安処分性を検討するに際しては、少年の要保護性と犯罪的危険性の関係をいかに解するかが重要となってくる。犯罪的危険性を要保護性の一要素と解する場合、犯罪的危険性には強制的介入の上限を画する要素として機能するという側面もあれば、逆に、保護処分の保安処分化を促進するという側面もあるであろう。⁽⁵⁸⁾ その意味でも、危険性と要保護性の安易な読み替えは慎まなければならない。⁽⁵⁹⁾

少年に対する保護処分の法的性質を検討するに当たって、看過できないのが少年の権利の拡充に向けた国際的動向である。わが国でも、国連子どもの権利条約（一九八九年）の批准をきっかけとして、近時、子どもの成長発達権から新

たなアプローチが試みられるようになった。⁽⁶⁰⁾

例えば、「子どもの成長発達権とは、『いままさに成長発達の途上にある人格がそのまま認められ、将来成人して完全な自己決定主体となることが援助・保障される権利』である」とした上で、「少年司法における保護主義とは、関係論的成長発達権が侵害された状態からの回復と定義することが可能であろう」とする主張⁽⁶¹⁾や、「子どもの発達をその主体、すなわち子どもに即してとらえることがまず重要になる。発達は子どもじしんが遂げていくものであり、また、子どもは発達する力を本来もっているものであり、このことを無視して、大人の側だけの発想で発達を実現しようとしても、子どもから結果的に発達を奪ってしまうことになる。もともと、発達は子どもじしんの力だけによつては達成することはできず、国家や社会の援助が必要である。ただし、子どもを発達の主体として位置づけた上で、その意見をよく聴きながら（子どもの側からいえば、意見表明の権利を保障された上で）、国や社会が子どもに対して与える保護との調和を図っていくことが大事である。そうでないと、発達は権利主体以外の都合によつて与えられたり、奪われたり、あるいは、発達の侵害状態が放置されたままになってしまふ」とする主張⁽⁶²⁾がこれに当たる。

この侵害された成長発達権の回復という視点が、少年に対する保護処分の法的性質の議論にどのような影響をもたらすのか精査する必要がある。この点は、フランスにおける保安処分論、教育的措置ないし教育的制裁をめぐる議論に検討を加えた後、改めて論じることとする。

(1) わが国で、近時注目すべきものとして、刑の一部執行猶予制度の創設をめぐる一連の動向がある。同制度は一見すると、刑の個別化を促進するものとして、好意的に受け止められがちであるが、他方で、これまでにない監視期間の長期化をもたらさうもの⁽⁶³⁾であり、監視強化の危険性が指摘されている。わが国における刑の一部執行猶予をめぐる議論については、井上宜裕「刑の一部執行猶予―制度概要とその問題点―」刑事立法研究会編『非拘禁的措置と社会内処遇の課題と展望』（二〇二二年・現代人文社）一五五―一七六頁参照。

- (2) 保安監置及び精神障害を理由とする刑事無答責の宣告に関する二〇〇八年二月二五日の法律については、井上宜裕「保安監置及び精神障害を理由とする刑事無答責の宣告に関する二〇〇八年二月二五日の法律 (Loi n° 2008-174) について」『法政研究七七巻四号 (二〇一一年) 八三一頁以下、及び、末道康之『フランス刑法の現状と欧州刑法の展望』(二〇一二年・成文堂) 一八六頁以下等参照。
- (3) わが国では、目下、少年非行への対応策の一つとして、少年に適用可能な刑罰の引き上げが法制審議会で論議されている (<http://www.moj.go.jp/shingij/shingij06100034.html> (URLは二〇一二年一月五日現在))。
- (4) 大塚仁『刑法概説(総論)(第四版)』(二〇〇八年・有斐閣) 五九六頁。川端博『刑法総論講義(第二版)』(二〇〇六年・成文堂) 七一四頁も同旨。
- (5) 団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(一九九〇年・創文社) 六〇三頁。
- (6) 刑罰と保安処分の相違点について、瀧川春雄「保安処分」『改正刑法準備草案の総合的検討』法律時報臨時増刊(一九六〇年・日本評論新社) 一七七頁は、「保安処分は刑罰ではない。両者の本質的区別は次のように考えられている。Ⅰ 刑罰は犯罪鎮圧であるが、処分は犯罪予防である。Ⅱ 刑罰は違法行為に対する制裁として応報を発生動因とするが、処分は将来的危険性の防衛として個別的処遇を目標とする。Ⅲ 刑罰は害悪という性質をもつが、処分はこれを本質としない。Ⅳ 刑罰は個々の行為に表現された責任 Schuld を基礎とするが、処分は犯罪人の社会的危険性 Gemeingefährlichkeitszustand に立脚している」と整理している。
- (7) 西原春夫「保安処分論」宮澤浩一他編『刑事政策講座(第三巻) 保安処分』(一九七二年・成文堂) 二二三頁。同『刑法総論(改訂準備版)(下巻)』(一九九五年・成文堂) 五五四頁、高橋則夫『刑法総論』(二〇一〇年・成文堂) 五二九・五三〇頁も参照。なお、大谷實『刑法講義総論(新版第三版)』(二〇〇九年・成文堂) 五四八頁は、特に刑法上の保安処分を狭義の保安処分とする。また、保安処分において、一般予防目的を加味するものとして、山中敬一『刑法総論(第二版)』(二〇〇八年・成文堂) 一〇七四頁。その他、宮本英脩『刑法大綱(第三版)』(一九三五年・弘文堂) 二六九頁参照。
- (8) 大塚・前掲注(4) 六〇一頁。また、団藤・前掲注(5) 六〇七頁も、少なくとも、純理論的には、犯罪の行われた場合に限らないとし、「わが少年法で虞犯少年に対して保護処分を科することになっているのは、このことをあきらかに示す」と述べている。なお、久禮田益喜「昭和15年改正刑法假案註釈釋—刑法並監獄法改正調査委員會總會決議及留保事項(刑法總則及各則未定稿)」『改正刑法準備草案の総合的検討』法律時報臨時増刊(一九六〇年・日本評論新社) 三六七頁でも、「保安処分」トハ社會的秩序ノ破壊ニ對スル危險ヲ防止スルヲ目的トスル手段ヲ謂フ。……日本刑法ニ於テハ刑罰ハ日本の道義ニ基ク應報ト贖罪トヲ以テ其ノ本質ト爲スベキモノナルノミナラズ、保安處分ハ本來犯罪事實ノ發生無クトモ其ノ危險アレバ即チ之ヲ行フベキ性質ノモノ」とされている。

- (9) 大塚・前掲注(4)五九八・五九九頁、川端・前掲注(4)七一五・七一六頁、中山研一『刑法総論』(一九八二年・成文堂)五九〇頁、福田平『全訂刑法総論(第三版増補)』(二〇〇一年・有斐閣)三六三・三六四頁、山中・前掲注(7)一〇七四・一〇七五頁。なお、森下忠「刑罰と保護処分との関係」団藤重光他編『刑事政策の現代的課題』(一九七七年・有斐閣)一七三頁は、狭義の保安処分論を性格の危険性を有する犯罪者に対して社会防衛のために行う施設收容処分とし、広義の保安処分論にはこのほかに保護処分が含まれるとする。団藤・前掲注(5)六〇八頁は、社会的に危険な性格を有する者に対する措置で、社会的に隔離することによって目的を達するものを狭義の保安処分、本人の矯正・教育によってその社会的復帰を図るものを広義の保安処分とし、社会の保安に必要な対物的処分を最広義の保安処分とする。その他、保安処分の分類について、小川太郎『保安処分(法律學体系第二部)』(一九五二年・日本評論新社)六一・六三頁参照。
- (10) 大塚・前掲注(4)五九八・五九九頁。
- (11) 木村亀二「保安処分」日本刑法學會編『刑事法講座(第三卷) 刑法III〔再版〕』(一九五七年・有斐閣)六五五頁。また、小川・前掲注(9)三九頁は、保安処分の發達には四つの基線があるとし、「第一は、浮浪者の處置として發達してきたもの、第二は、犯人の善行を保證せしめる處置として發達したもの、第三は、危険者の拘禁をつづける處置として發達してきたもの、第四は、少年に對する特別な處置として發達してきたもの」とする。
- (12) 大塚・前掲注(4)五九六頁、大谷・前掲注(7)五四八頁、小川・前掲注(9)一七頁、川端・前掲注(4)七一四頁。
- (13) 福田・前掲注(9)三五九頁。
- (14) 牧野英一『刑法総論下卷(全訂第一五版)』(一九五九年・有斐閣)九四三・九四五頁は、「理論として考えて見ると、社会的侵害行為に對しては社会は自己を保全せねばならぬわけであるので、その侵害が責任無能力に因るものであるからといって、社会はこれを認容して放置せねばならぬということはない」とし、「刑罰が責任能力者に對してその者を改善するように改良せられ仕組み、まれてゆくのであることを考えると共に、責任無能力者に對しても、それを改善するように、少なくとも無害ならしめるように、方法が考えらるべきである。かくして、刑罰が責任能力者に對して社会を保全するの機能を営むように、責任無能力者に對する方法も、亦、責任無能力者の侵害に對しておなじく社会の存立を確保するようにせられねばならぬわけである。ただ、それだけの意義において保安処分ということが考えられるのである」とする。また、小川・前掲注(9)七頁では、「保安処分は無色なるもの、理性的な対象のものとして、いわばかかる刑罰制度の改革にあたる。だから、今日、保安処分を考えることは、刑事制度の上の例外的な事象を對象とするものではなく、實現の可能な有効な犯罪對策の一環をもたらずことであると考えねばならない」とされる。
- (15) 団藤・前掲注(5)六〇三頁。
- (16) 団藤・前掲注(5)六〇三頁注(二)は、「近年わが国では人權擁護の見地から保安処分導入反対の意見が強いが、人權の保障が必

要なことは当然として、保安処分制度そのものを否定することは不当である」とする。

(17) 澤登俊雄「保安処分の正当性をめぐって」『刑事法学の諸相(下)(井上正治博士還暦祝賀)』(一九八三年・有斐閣) 一五六頁、西原・前掲注(7)『刑事政策講座』一八二頁も同旨。

(18) 小川・前掲注(9)五四・五五頁。

(19) なお、保安処分が個々の犯人に対する処分であることを理由に、没収の保安処分性を否定する見解として、小川・前掲注(9)五一頁がある。

(20) 思想犯保護観察法第一条「治安維持法ノ罪ヲ犯シタル者ニ對シ刑ノ執行猶予ノ言渡アリタル場合又ハ訴追ヲ必要トセザル為公訴ヲ提起セザル場合ニ於テハ保護観察審査会ノ決議ニ依リ本人ヲ保護観察ニ付スルコトヲ得本人刑ノ執行ヲ終リ又ハ仮出獄ヲ許サレタル場合亦同ジ」

(21) 一九四一年に改正された治安維持法第三十九条は、「第一章二掲グル罪ヲ犯シ刑ニ処セラレタル者其ノ執行ヲ終リ釈放セラレベキ場合ニ於テ釈放後ニ於テ更ニ同章ニ掲グル罪ヲ犯スノ虞アルコト顯著ナルトキハ裁判所ハ檢事ノ請求ニ因リ本人ヲ予防拘禁ニ付スル旨ヲ命ズルコトヲ得 第一章二掲グル罪ヲ犯シ刑ニ処セラレ其ノ執行ヲ終リタル者又ハ刑ノ執行猶予ノ言渡ヲ受ケタル者思想犯保護観察法ニ依リ保護観察ニ付セラレ居ル場合ニ於テ保護観察ニ依ルモ同章ニ掲グル罪ヲ犯スノ危険ヲ防止スルコト困難ニシテ更ニ之ヲ犯スノ虞アルコト顯著ナルトキハ亦前項ニ同ジ」と規定していた。

(22) 旧刑法第七十九条「罪ヲ犯ス時十二歳ニ滿サル者ハ其罪ヲ論セス但滿八歳以上ノ者ハ情状ニ因リ滿十六歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得」

(23) 旧刑法第八十条「罪ヲ犯ス時滿十二歳以上十六歳ニ滿サル者ハ其所為是非ヲ弁別シタルト否トヲ審案シ弁別ナクシテ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス但情状ニ因リ滿二十歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得 若シ弁別アリテ犯シタル時ハ其罪ヲ有怨シテ本刑ニ二等ヲ減ス」

(24) 旧刑法第八十二条「瘡啞者罪ヲ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス但情状ニ因リ五年ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得」

(25) 刑法改正予備草案第九十八條「保安處分ハ左ノ四種トシ裁判所之ヲ命ス 一 豫防監護 二 酒癖矯正 三 勞働留置 四 豫防拘禁」

(26) 刑法改正予備草案第九十九條「禁錮以上ノ刑ニ該ル罪ヲ犯シタル心神喪失者又ハ瘡啞者ニ對シ無罪又ハ免許ノ言渡ヲ爲ス場合ニ於テ公益上必要アリト認ムルトキハ豫防監護ニ付スル旨ノ言渡ヲ爲スコトヲ得 既ニ懲治以上ノ刑ニ處セラレタル心神耗弱者又ハ瘡啞者ニ對シ前犯ト同一又ハ類似ノ罪罪ニ付刑ノ言渡ヲ爲ス場合ニ於テ公益上必要アリト認ムルトキ亦前項ニ同シ 前項ノ豫防監護ハ刑ノ執行終了後引續キ之ヲ執行スヘシ」、第百條「豫防監護ニ付セラレタル者ハ之ヲ豫防監護所ニ收容シ適宜ノ治療其ノ他

監護ノ爲必要ナル處置ヲ爲スヘシ」、第百一條「豫防監護ニ付セラレタル者收容ノ必要ナキニ至リタルトキハ行政官廳ノ處分ニ因リ対処セシムヘシ。前項ノ處分ヲ爲スニハ刑務委員會ノ議ヲ經ヘシ」、第百二條「心神耗弱者又ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル瘖啞者ニ對シ五年ヲ超エテ豫防監護ヲ執行スル必要アルトキハ裁判所ノ許可ヲ受クヘシ爾後五年ヲ超ユル場合亦同シ」、第百三條「豫防監護ニ付セラレタル心神耗弱者又ハ瘖啞者ニ付テハ刑ノ執行中假釋放ノ處分ヲ爲スコトヲ妨ケス。假釋放ノ處分ヲ取消サルルコトナク刑期終了シタルトキハ豫防監護ノ言渡ハ其ノ効力ヲ失フ」

(27) 刑法改正予備草案第百四條「飲酒ノ習癖アル者ニ對シ酩酊ニ因リ犯シタル罪ニ付一年以下ノ懲治若ハ禁錮又ハ拘留ヲ言渡シ又ハ心神喪失ヲ理由トシテ無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ爲ス場合ニ於テ其ノ習癖ヲ矯正スルニ非サレハ再ヒ罪ヲ犯スノ虞アリト認ムルトキハ其ノ裁判ト共ニ酒癖矯正ニ付スル旨ノ言渡ヲ爲スコトヲ得。酒癖矯正ノ執行ハ二年ヲ超ユルコトヲ得ス。刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對スル酒癖矯正ハ刑ノ執行終了後引續キテ執行ス」、第百五條「酒癖矯正ニ付セラレタル者ハ之ヲ酒癖矯正所ニ收容シ矯正ノ目的ヲ達スル爲必要ナル處置ヲ爲スヘシ」、第百六條「第百一條及第百三條ノ規定ハ酒癖矯正ニ之ヲ準用ス」

(28) 刑法改正予備草案第百七條「無節制又ハ勞働嫌忌ニ因リ常習トシテ罪ヲ犯シタル者ニ對シ一年以下ノ懲治又ハ拘留ヲ言渡ス場合ニ於テハ其ノ裁判ト共ニ勞働留置ニ付スル旨ノ言渡ヲ爲スコトヲ得。勞働留置ノ執行ハ三年ヲ超ユルコトヲ得ス」、第百八條「勞働留置ニ付セラレタル者ハ之ヲ勞働留置所ニ收容シ勤勉ニシテ紀律アル習慣ヲ馴致スル爲必要ナル作業ニ就カシム。勞働留置所ノ長ハ勞働留置者ヲシテ留置所外ニ滞在シ官公設又ハ私設ノ工場、農場其ノ他ノ作業上ニ於テ就業セシムルコトヲ得」、第百九條「第百一條第百三條及第百四條第三項ノ規定ハ勞働留置ニ之ヲ準用ス」

(29) 刑法改正予備草案第百十條「懲治以上ノ刑ノ執行ノ終了ニ因リ釋放セラルヘキ者釋放後ニ於テ更ニ放火、殺人又ハ強盜ヲ爲スノ虞アルコト顯著ナルトキハ豫防拘禁ニ付スルコトヲ得」、第百十一條「豫防拘禁ニ付セラレタル者ハ之ヲ豫防拘禁所ニ收容シ改悛セシムル爲必要ナル處置ヲ爲スヘシ」、第百十二條「豫防拘禁ノ執行二年ヲ超ユルノ必要アルトキハ裁判所ノ許可ヲ受クヘシ爾後二年ヲ超ユル場合亦同シ」、第百十三條「第九十九條第三項及第百一條ノ規定ハ豫防拘禁ニ之ヲ準用ス」

(30) 改正刑法仮案第百二十六條「保安處分ハ左ノ四種トシ裁判所之ヲ言渡ス。一 監護處分。二 矯正處分。三 勞作處分。四 豫防處分」

(31) 改正刑法仮案第百二十七條「禁錮以上ノ刑ニ該ル罪ヲ犯シタル者心神障礙者又ハ瘖啞者ナル場合ニ於テ公安上必要アリト認ムルトキハ監護處分ニ付スル旨ノ言渡ヲ爲スコトヲ得。前項ノ監護處分ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シテハ其ノ刑ノ執行終了後引續キテ執行ス但シ事情ニ因リ刑ノ執行ニ先チ又ハ其ノ執行ヲ停止シ監護處分ノ執行ヲ爲スコトヲ得」、第百二十八條「監護處分ニ付セラレタル者ハ監護所ニ收容シ治療其ノ他監護ノ爲必要ナル處置ヲ爲スヘシ」、第百二十九條「監護處分ニ付セラレタル者收容後其ノ必要ナキニ至リタルトキハ行政官廳ノ處分ヲ以テ退所セシムヘシ」、第百三十條「監護處分ノ期間ハ五年トス特ニ必要アル

トキハ裁判所ハ之ヲ更新スルコトヲ得、第三百三十一條「刑ノ言渡ト共ニ監護處分ニ付セラレタル者ニ對シ假釋放中監護處分ハ之ヲ執行セス」、第三百三十二條「刑ノ執行ニ依リ監護處分ノ執行必要ナキニ至リタルトキハ裁判所ハ監護處分ノ執行ヲ免除スルコトヲ得、監護處分ノ執行ニ依リ刑ノ執行必要ナキニ至リタルトキハ裁判所ハ刑ノ執行ヲ免除スルコトヲ得」

(32) 改正刑法仮案第三百三十三條「飲酒又ハ麻酔劑使用ノ習癖アル者ニ對シ酪酐又ハ麻酔ノ狀態ニ於テ罪ヲ犯シ其ノ習癖ヲ矯正スル必要アリト認ムルトキハ矯正處分ニ付スル旨ノ言渡ヲ爲スコトヲ得、矯正處分ノ期間ハ二年トス、第二百二十七條第二項ノ規定ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對スル矯正處分ニ之ヲ準用ス」、第三百三十四條「矯正處分ニ付セラレタル者ハ矯正所ニ收容シ矯正ノ目的ヲ達スル爲必要ナル處置ヲ爲スヘシ」、第三百三十五條「第三百二十九條、第三百三十一條及第三百三十二條ノ規定ハ矯正處分ニ之ヲ準用ス」

(33) 改正刑法仮案第三百三十六條「浮浪又ハ勞働禁忌ニ因リ常習トシテ罪ヲ犯シタル者ニ對シ刑ノ言渡ヲ爲ス場合ニ於テハ其ノ裁判ト共ニ勞作處分ニ付スル旨ノ言渡ヲ爲スコトヲ得、勞作處分ノ期間ハ三年トス」、第三百三十七條「勞作處分ニ付サラレタル者ハ勞作所ニ收容シ勤勉ニシテ紀律アル習慣ヲ馴致スル爲必要ナル作業ニ就カシムヘシ、勞作所ノ長ハ勞作處分ニ付セラレタル者ヲシテ勞作所外ニ滞在シ官設、公設又ハ私設ノ工場、農場其ノ他ノ作業場ニ於テ就業セシムルコトヲ得、第三百三十八條「第三百二十九條、第三百三十一條及第三百三十二條ノ規定ハ勞作處分ニ之ヲ準用ス」

(34) 改正刑法仮案第三百三十九條「懲役ノ執行ノ終了ニ因リ釋放セラルヘキ者釋放後ニ於テ更ニ放火、殺人又ハ強盜ヲ爲ス虞アルコト顯著ナルトキハ裁判所ハ豫防處分ニ付スル旨ヲ命スルコトヲ得」、第四百十條「豫防處分ニ付セラレタル者ハ豫防所ニ收容シ改悛セシムル爲必要ナル處置ヲ爲スヘシ」、第四百十一條「豫防處分ノ期間ハ二年トス、特ニ必要アルトキハ裁判所ハ之ヲ更新スルコトヲ得」、第四百十二條「豫防處分ハ刑ノ執行終了後引續キ之ヲ執行ス、第二百二十九條ノ規定ハ豫防處分ニ之ヲ準用ス」

(35) 改正刑法準備草案第一〇九條（保安處分の種類）「保安處分は、次の二種とし、裁判所がその言渡をする。一 治療處分 二 禁絶處分」

(36) 改正刑法準備草案第一一〇條（治療處分）「精神に障害のある者が、禁固以上の刑にあたる行為をし、第一五條の規定を適用する場合において、將來再び禁固以上の刑にあたる行為をするおそれがあり、保安上必要があると認められるときは、治療處分に付する旨の言渡をすることができる。」「第一一一條（治療處分の期間）「治療處分に付せられた者は、保安施設に收容し、治療及び看護のために必要な処置を行う。」「第一一二條（治療處分の期間）「治療處分の期間は、五年とする。但し、必要があるときは、裁判所は、三年ごとにこれを更新することができる。」「第一一三條（退所）「①治療處分に付せられた者について、收容後その必要がなくなつたときは、行政官庁の処分で、すみやかにこれを退所させなければならない。この場合には、治療處分の執行を終つたものとする。②行政官庁は、治療處分に付せられた者を退所させるかどうかについて、定期的に、少なくとも一年に一回審査しなければならない。」「第一一四條（仮退所）「①治療處分に付せられた者は、行政官庁の処分で、仮にこれを退所させることがで

きる。②仮退所を許された者についても、第一一二条但書の適用を妨げない。③仮退所を許された者は、治療処分の期間中、治療観察に付する。④仮退所中の者について、治療処分の執行を必要とする状況があるときは、仮退所の処分を取り消すことができる。⑤仮退所を許された者について、治療処分の執行をする必要がなくなつたときは、行政官庁の処分で、治療処分の執行を終つたものとする。⑥仮退所を許された者が、その処分を取り消されることなく、治療処分の期間を経過したときは、治療処分の執行を終つたものとする。」

(37) 改正刑法準備草案第一一五条(禁断処分)「過度の飲酒又は麻酔剤もしくは覚せい剤使用の習癖のある者が、その中毒のため禁固以上の刑にあたる行為をした場合において、その習癖を除かなければ将来再び禁固以上の刑にあたる行為をするおそれがあるときは、禁断処分に付する旨の言渡をすることができる。」第一一六条(禁断処分の内容)「①禁断処分に付せられた者は、保安施設に收容し、禁断療法その他習癖を除くために必要な処置を行う。②裁判所は、收容によらなくても習癖を除くことができる」と認めるときは、收容に代えて行政官庁の禁断観察に付することができる。③前項の禁断観察に付せられた者について、收容を必要とする状況があるときは、行政官庁は、裁判所の許可を得て、これを保安施設に收容することができる。」第一一七条(禁断処分の期間)「禁断処分の期間は、一年とする。但し、必要があるときは、裁判所は、一回に限りこれを更新することができる。」第一一八条(解除)「①禁断処分に付せられた者について、その必要がなくなつたときは、行政官庁の処分で、すみやかにこれを解除しなければならない。②行政官庁は、禁断処分を解除するかどうかについて、定期的に、少なくとも六月に一回審査しなければならぬ。」第一一九条(仮退所)「①禁断処分により保安施設に收容された者は、行政官庁の処分で、仮にこれを退所させることができる。②仮退所を許された者についても、第一一七条但書の適用を妨げない。③仮退所を許された者は、禁断処分の期間中、禁断観察に付する。④仮退所中の者について、收容を必要とする状況があるときは、行政官庁は、仮退所の処分を取り消すことができる。⑤仮退所を許された者が、その処分を取り消されることなく、禁断処分の期間を経過したときは、禁断処分の執行を終つたものとする。」

(38) 改正刑法草案第一〇一条(保安処分の種類・言渡)「①保安処分は、次の二種とし、裁判所がその言渡をする。一 治療処分二 禁断処分 ②保安処分は、有罪の裁判又は第一六条第一項(責任能力)に定める事由による無罪の裁判と共に、これを言い渡す。但し、保安処分の要件が存在するときは、行為者に対して訴追がない場合においても、独立の手続でその言渡をすることができる。」

(39) 改正刑法草案第一〇二条(治療処分)「精神の障害により、第一六条第一項(責任能力)に規定する能力のない者又はその能力の著しく低い者が、禁固以上の刑にあたる行為をした場合において、治療及び看護を加えなければ将来再び禁固以上の刑にあたる行為をするおそれがあり、保安上必要があると認められるときは、治療処分に付する旨の言渡をすることができる。」第一〇三

条（保安施設への收容）「治療処分」に付せられた者は、保安施設に收容し、治療及び看護のために必要な処置を行なう。」第一〇四条（施設收容の期間）「①治療処分による收容の期間は、三年とする。但し、裁判所は、必要があると認めるときは、二年ごとにこれを更新することができる。②前項但書の規定による收容期間の更新は、二回を限度とする。但し、死刑又は無期もしくは短期二年以上の懲役にあたる行為をしておそれのあることが顕著な者については、この限りでない。」

(40) 改正刑法草案第一〇五条（禁絶処分）「過度に飲酒し又は麻薬、覚せい剤その他の薬物を使用する習慣のある者が、その習慣のため禁固以上の刑にあたる行為をした場合において、その習慣を除かなければ将来再び禁固以上の刑にあたる行為をしておそれがあり、保安上必要があると認められるときは、禁絶処分に付する旨の言渡をすることができる。」第一〇六条（保安施設への收容）「禁絶処分に付せられた者は、保安施設に收容し、飲酒又は薬物使用の習慣を除くために必要な処置を行なう。」第一〇七条（施設收容の期間）「禁絶処分による收容の期間は、一年とする。但し、裁判所は、必要があると認めるときは、二回に限りこれを更新することができる。」第一〇八条（仮退所）「保安施設に收容された者は、何時でも、行政官庁の処分によつて、仮に退所させることができる。」第一〇九条（退所）「保安施設に收容された者について、第一〇四条又は第一〇七条の規定による期間が経過したときは、これを退所させなければならない。」第一一〇条（療護観察及び再收容）「①前二条の規定により、仮退所を許された者又は退所した者は、これを療護観察に付する。療護観察の期間は、二年とする。②仮退所を許されて療護観察に付せられた者について、再收容を必要とする状況があるときは、行政官庁は、これを再び保安施設に收容することができる。③前項の規定による再收容の期間は、第一〇四条又は第一〇七条の規定によつて定められた期間から仮退所前の收容期間を控除した期間とする。但し、これらの規定による更新を妨げない。」第一一一條（保安処分の終了）「①療護観察に付せられた者について、保安処分の執行をする必要がなくなつたときは、行政官庁の処分によつて、保安処分の執行を終わつたものとする。②仮退所を許されて療護観察に付せられた者が、再び保安施設に收容されることなく、療護観察の期間を経過したときは、保安処分の執行を終つたものとする。退所後療護観察に付せられた者が、療護観察の期間を経過したときも、同じである。」

(41) 西原・前掲注(7)『刑事政策講座』一―二頁は、「わが国もまた、戦前および戦後における刑法全面改正事業に際してこの制度の採用の是非を検討し、おおむね肯定的な方向で現在にいたつてゐる。しかし、とくに最近、この制度の採用に批判的な意見も強くなり、わが国の保安処分採用への道は必ずしも平坦とは思われなくなつた」として、一九七一年日本精神神経学会「保安処分制度新設に反対する決議」等が挙げられてゐる。なお、瀧川・前掲注(6)一七八頁は、「保安処分の純粋性を維持するためには、保安処分を医療的処置のみに限定し、刑罰的色彩をもつものは、すべて刑罰に還元することが正しいと考えられる」とする。

(42) もっとも、大正少年法上の少年審判所は、司法省の下に置かれた行政機関であつた点には注意を要する。守屋克彦「少年の非行と教育」(一九七七年・勁草書房) 九一頁参照。その他、大正少年法に関しては、森田明「少年法の歴史的展開―児童福祉政策

- 的保護」と「刑事政策的保護」の確執―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』(二〇〇一年・有斐閣) 一頁以下、同『少年法の歴史の展開―「鬼面仏心」の法構造―』(二〇〇五年・信山社) 一頁以下、守屋克彦『少年法改正の歴史と少年法』齊藤豊治、守屋克彦編『少年法の課題と展望(第1巻)』(二〇〇五年・成文堂) 一頁以下参照。また、田中亜紀子『二〇世紀初頭における刑事政策と社会事業に関する一考察―大正少年法案初期審議に見る未成年犯罪者の処遇―』三重大学法経論叢二六巻一号(二〇〇八年) 一一九頁も参照。なお、小川・前掲注(9) 一一頁によれば、「大正一二年から實施せられた少年法は、『保護處分』という名稱下に最初に保安處分を採用した」とされる。
- (43) 田宮裕、廣瀬健二『註釈少年法(第三版)』(二〇〇九年・有斐閣) 二八三頁参照。
- (44) 中山・前掲注(9) 五九一頁。しかし、中山・前掲注(9) 五九二頁注(一)は、「保護処分の適用が甘すぎるとして、刑罰主義が台頭してくると、保護処分そのものが保安的要請をも担わざるをえないという問題性が生じるであろう」と指摘する。
- (45) 中山・前掲注(9) 五九一頁。さらに、中山・前掲注(9) 五九二頁注(二)は、「論理的には、虞犯の場合にこそ、保護「処分」としての性格が典型的な形であられるものといえよう。しかし、虞犯性の認定は、少年法の領域においても不安定であり、危険を伴いやすい。そして、犯行の危険性と保護の必要性がたとえみとめられたとしても、身柄拘束の不可欠性とその効果が検討されなければならぬ」とする。なお、船山泰範『少年の責任と少年法』渥美東洋他編『刑事法学の現実と展開―齊藤誠二先生古稀記念―』(二〇〇三年・信山社) 六二六―六二八頁参照。
- (46) 莊子邦雄『現代法と刑罰』『岩波講座現代法11』(一九六五年・岩波書店) 二六四頁。
- (47) 保護処分には犯罪的危険性の除去という側面があることから、保護処分の保安処分性を肯定するものとして、菊田幸一『少年法概説(第四版)』(二〇〇三年・有斐閣) 二六頁、団藤重光他『ポケット註釈全書少年法』(一九五六年・有斐閣) 二一九頁(内藤文質)。
- (48) 山中・前掲注(7) 一〇七九頁。
- (49) 山口幸男『少年刑事政策と司法福祉(一)』日本福祉大学研究紀要一四号(一九六八年) 八一頁は、「少年審判が、その根底に於て刑事裁判であり、その保護処分が、本質的には保安処分であること。にもかかわらずそれが独特のものであるゆえんは、少年の教育を受ける権利・酷使されぬ権利をはじめ、少年の諸権利を守り真の健全育成を求める国民大衆の不断の努力にあり、その意味では少年審判の場は、この二つの要求の葛藤の場であるとも言えるであろう」と述べている。
- (50) 森下・前掲注(9) 一七〇頁。
- (51) その他、保護処分を保安処分ないし保安処分的なものとする見解として、阿部純二『少年と保護処分』内藤謙、西原春夫編『刑法を学ぶ』(一九七三年・有斐閣) 三七〇頁、大塚・前掲注(4) 六〇四―六〇七頁、柏木千秋『新少年法概説』(一九四九年・立花

書房)一一〇頁、久禮田・前掲注(8)三六七頁、立石二六『刑法総論(第三版)』(二〇〇八年・成文堂)四〇〇頁、団藤・前掲注(5)六一〇・六一一頁、中山・前掲注(9)五九〇・五九一頁、西原・前掲注(7)『刑事政策講座』五頁、福田・前掲注(9)三六五頁、一頁、松宮孝明『刑法総論講義(第四版)』(一九一八年・有斐閣)三五五頁、同『刑法総論下巻(全訂第一五版)』(一九五九年・有斐閣)九五頁、前掲注(9)五九二頁注(三)は、強制的な自由剝奪を伴う限り、保安処分性は否定できないとする。平場安治『少年法(新版)法律学全集44-II』(一九八七年・有斐閣)七五・七六頁は、「保護処分は、非行性すなわち将来犯罪を犯す危険性のある少年に対して、これを除去する処分だから、保安処分のカテゴリーに形式的に入れることはできるであろう」としつつも、「保護処分は、少年法も明言するように、「少年の健全な育成」を目的とするものであり、少年の非行性から少年自身を守るためになされるものである。このような少年法の目的から捉えたと、少年を要保護性のある者として捉え、少年の福祉のための処分、福祉処分として位置づけることになる」として、最終的に、保護処分は、「教育の一種である矯正教育処分だと位置づけることができる」と結論づける。また、浅田和茂『刑法総論(補正版)』(二〇〇七年・成文堂)五二七頁では、保安処分は将来の危険性を理由として言い渡される刑事処分、狭義の保安処分は触法行為を前提とする対人的な刑事処分と定義され、「保護処分は、少年の健全育成を目的とするものであり、危険性を理由とするものではないから、むしろ、狭義の保安処分には含まれないと解するのが妥当であろう」とされる。但し、浅田・前掲書五二八頁は、狭義の保安処分に類似する制度として、少年に対する保護処分を挙げている。

(52) 大谷・前掲注(7)五六〇頁。川端・前掲注(4)七二〇頁も同旨。また、藤木英雄『刑法講義総論』(一九七五年・弘文堂)三一頁も、「少年法の保護処分を保安処分の一種とみる見解もあるようであるが、保安処分という観念をそこまで拡大して考えるのは適当であるまい」として、保護処分の保安処分性を否定する。なお、佐伯仁志『少年法の理念』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』(二〇〇一年・有斐閣)四五・五二頁は、保護処分を刑罰と同様に責任に基づく制裁と位置づけるが、真犯の場合は、責任を前提としない処分である点で、異質な処分(一種の保安処分)と解する(同論文五三頁注(20))。その他、保護処分の保安処分性については、坂本武志『保護処分の実証的研究』司法研究報告書一〇輯五号(一九六一年)六七頁、及び、圓井正夫『少年保護事件と少年刑事事件との関係』司法研究報告書六輯七号(一九五四年)二六一頁参照。

(53) 澤登俊雄『刑事法学の動き―山口幸男『少年刑事政策と司法福祉』日本福祉大学研究紀要一四号―一五号』法律時報五〇九号(一九七一年)九二頁。もつとも、澤登・前掲注(17)一五五・一五六頁では、「少年法の目的は非行少年の健全育成にあるとされるが、健全育成といっても、犯罪に関係のある少年の健全育成であるから、その基底は、少年に犯罪を犯させないようにすることである。そしてその手段として、一般に刑罰は適当でないと考えられるのである。したがって、保護処分も刑罰と同様、犯罪防止の手段であり、その意味では、少年法も市民的安全的保護を目的としている」とされている。なお、山口幸男『保護処分と保安処分―澤

登俊雄教授の論評によせて」法律時報五一四号(一九七一年)一一八―一二九頁参照。

(54) 西原・前掲注(7)『刑事政策講座』一一―一二頁他参照。

(55) 牧野・前掲注(14)九四〇―九四一頁。

(56) 小川・前掲注(9)四五四―四六頁。

(57) なお、市川秀雄「未成年者、年少成年者(青年)及び成年者の犯罪者の法律上の地位及び処遇における相違を正当化する程度」法学新報六九卷二二号(一九六二年)二二三頁参照。

(58) この点、大貝葵「非行少年への多様かつ重層的な保護の構築の必要性(二・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―」市大法学雑誌五八卷二二号(二〇一一年)三三〇―三三三頁は、「少年法による保護を通じて目指される成長発達」は、少年の全人格的な成長発達という範囲にまで拡大されるべきではないと考える。それは、少年法による保護が、少年へ強制される側面をもつということから導かれる。……少年法による保護は、少年の非行という側面への働きかけに限られる必要があると考えるのである。したがって、あくまでも、非行に対する働きかけに限定して用いられる少年法上の保護と、一般的な福祉的保護を明確に区別したうえで、少年の様々な要保護状態に適した保護が、それぞれの法律に基づいて提供されることが望ましいのではないだろうか」とする。

(59) 森下・前掲注(9)一七九頁が、「前犯罪的保護処分としての施設収容は、諸国の少年法制において少なからず見受けられる。これは、少年に対する保護処分が行為者の危険性ではなくて要保護性を根拠とした、教育的・福祉的性格をもつものであることによつて説明されるであろう」として、行為者の危険性と要保護性の互換性を否定している点は示唆的である。

(60) 菊田・前掲注(47)二三頁、葛野尋之「少年司法の再構築」(二〇〇三年、日本評論社)六五―七五頁、同「改正少年法の検証と被害者問題」龍谷大学矯正・保護研究センター研究年報一号(二〇〇四年)一〇頁、後藤弘子「刑事未成年に対する法的対応」刑法雑誌四四卷三三(二〇〇五年)四四九―四五二頁、中川孝博「少年審判における『事実認定の適正化』」葛野尋之編『少年司法改革の検証と展望』(二〇〇六年、日本評論社)八一―八四頁、正木祐史「二〇条二項送致の要件と手続」龍谷大学矯正・保護研究センター研究年報一号(二〇〇四年)三三頁、丸山雅夫「少年法講義(第二版)」(二〇一二年、成文堂)六一頁、山口直也「国際準則と少年法改正」齊藤豊治、守屋克彦編『少年法の課題と展望(第二卷)』(二〇〇六年、成文堂)二二六―二二七、二二八頁、同「関係的权利としての子どもの成長発達権―国連子どもの権利条約の今日的意義―」水谷規男他編『刑事法における人権の諸相(福田雅章先生古稀祝賀論文集)』(二〇一〇年、成文堂)一五三―一八〇頁、同「少年刑事被告人の刑事裁判のあり方に関する一考察」立命館法学三三二号(二〇一〇年)一七五―一七八頁参照。

(61) 山口直也「少年司法手続における審判非公開及び逆送の再検討―子どもの成長発達権からのアプローチ」龍谷大学矯正・保護

研究センター研究年報七号(二〇一〇年)一七三―一七五頁。なお、成長発達権の根拠は、憲法一三条前段、及び、子どもの権利条約第六条とし、さらには、同条約第五条、第十二条も根拠となるとする(山口・前掲論文一七三―一七四頁)。子どもの権利に関する条約第五条「締約国は、児童がこの条約において認められる権利を行使するに当たり、父母若しくは場合により地方の慣習により定められている大家族若しくは共同体の構成員、法定保護者又は児童について法的に責任を有する他の者がその児童の発達しつつある能力に適合する方法で適当な指示及び指導を与える責任、権利及び義務を尊重する。」「第六条「1 締約国は、すべての児童が生命に対する固有の権利を有することを認める。2 締約国は、児童の生存及び発達を可能な最大限の範囲において確保する。」「第一条「1 締約国は、自己の意見を形成する能力のある児童がその児童に影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意見を表明する権利を確保する。この場合において、児童の意見は、その児童の年齢及び成熟度に従って相応に考慮されるものとする。2 このため、児童は、特に、自己に影響を及ぼすあらゆる司法上及び行政上の手続において、国内法の手続規則に合致する方法により直接に又は代理人若しくは適当な団体を通じて聴取される機会を与えられる。」

(62) 服部朗「成長発達権の生成」愛知学院大学法学研究四四巻一・二号(二〇〇二年)一九六頁。

(未完)