
論 説

精神障害が疑われる犯罪少年の法的扱い

——犯罪少年の責任要件と鑑定を中心として*

丸 山 雅 夫

- I 少年犯罪と鑑定
- II 成人刑事事件と鑑定
- III 少年保護事件における責任要件の要否
 - (1) 少年による犯罪事件と少年法
 - (2) 責任必要説と責任不要説の内容と帰結
 - (3) 責任要件をめぐる実務と学説の動向
 - (4) 責任要件の要否：文理解釈と現実との不整合
 - (5) 犯罪少年と心神喪失者等医療観察法
- IV 犯罪少年に対する鑑定とその意義
 - (1) 発見過程における鑑定とその意義
 - (2) 少年保護事件手続における鑑定とその意義
 - (3) 少年刑事裁判手続における鑑定とその意義
 - (4) 補論：触法少年・虞犯少年に対する鑑定とその意義
- V 今後の課題

I 少年犯罪と鑑定

1 近時の日本において、一般人の目からは「異常」あるいは「不可解」としか思えないようなセンセーショナルな少年犯罪が社会の大きな関心を集めている。たとえば、2014 年 7 月には、長崎県佐世保市で 15 歳の女子高生が同級的女子生徒を絞殺した後に、遺体を切断するという事件が発生した

(佐世保事件)。また、2015 年 1 月に愛知県名古屋市中で老婦人を殺害した 19 歳の女子大生（名古屋事件）については、さらに高校時代（16 歳当時）における 2 件の殺人未遂事件の存在が明らかになった。いずれの事件の少年も、「人を殺してみたかった」といった内容の供述をするなど、動機等に不可解さが目立つだけでなく、何らかの精神障害の存在が犯罪の原因になっているのではないかと強く疑われる事案であった。そのため、いずれの少年も、捜査段階での精神鑑定と家庭裁判所送致後の精神鑑定に付され、その結果が処遇選択の重要な判断資料とされた¹⁾。要保護性の解明とその解消のために最適な処遇選択を任務とする少年法においては、これまでも、家裁送致後に要保護性の解明を目的とする情状鑑定が行われる例が少なからず見られた。また、犯罪少年（少 3 条 1 項 1 号）²⁾に限らず、刑法の介入がありえない触法少年（刑事未成年〔刑 41 条〕）の非行（少 3 条 1 項 2 号）や、保護原理でしか法的介入が正当化しえない虞犯少年（同 3 号）についても、要保護性を解明するための情状鑑定や心理アセスメントの実施は排斥されていない（少 14 条）。

2 韓国少年法や日本の旧少年法のように、犯罪少年に対する刑事処分優先主義（検察官先議主義）にもとづく少年法制においては、情状鑑定に限らず、捜査段階で責任能力鑑定を実施することにも特に深刻な問題は生じない。たとえば、韓国少年法 49 条 1 項は、罰金以下の刑が法定されている犯罪または保護処分を相当とする事由があるような例外的な場合に限って、検察官は家庭法院または地方法院の管轄少年部に事件送致すべきことを規定している。したがって、それ以外の犯罪(少年)については、検察官は、起訴裁量によって事件を選別（起訴・不起訴）することができ、その判断に際して捜査段階での責任能力鑑定の実施は当然にありうるものとなる。韓国においては、捜査段階における少年犯罪と成人犯罪の扱いは、基本的に異ならないのである。また、日本の旧少年法は、18 歳未満の者を少年とし（旧少 1 条）、内乱罪等を除外したうえで（旧少 3 条・26 条）、行為時 14 歳以上で重罪（短期 3 年以上の懲役・禁錮が法定されている犯罪）を行った少年、および 16 歳以上で犯罪（罪種に限定はない）を行った少年の扱いについて、検察官に先議権を与え

(旧少 27 条)、不起訴処分とされた犯罪少年だけが少年審判所に送致されることになっていた(旧少 62 条)。したがって、そこでも、検察官の起訴・不起訴の判断に際して責任能力鑑定が実施されることには何らの問題も生じなかった。問題があったとすれば、責任無能力を理由として不起訴処分とした少年について、少年保護事件手続に送致したうえで保護処分の対象にできるかということだけであった。ただ、旧少年法が保護処分のひとつとして病院送致・委託を規定していたことからすれば(旧少 4 条 1 項 9 号)、責任無能力少年も当然に保護処分の対象になっていたものと思われる³⁾。

3 他方、検察官先議主義を排斥した現行少年法のもとでも、佐世保事件や名古屋事件に代表される最近の少年犯罪事件においては、従前は情状鑑定に集中していた鑑定実務に変化が生じ、検察側の申請にもとづく「捜査段階での精神鑑定」が多くなっている点に特徴がある。特に、逆送規定(少 20 条)が大きく変わった⁴⁾ 2000 年改正(平成 12 年法律 142 号)以降、犯罪少年に対する精神鑑定の実施例が増加しているとの指摘が見られる⁵⁾。また、2000 年改正法の施行直前にも、2000 年の豊川事件(17 歳の男子高校生が近隣の主婦を殺害した事案で、「殺人の体験をしてみたかった」との供述が見られたと言われる)や、その 2 日後に発生した佐賀バスジャック事件(精神病院に入院歴のある 17 歳の男子少年が西鉄高速バスを乗っ取った後に女性の乗客を殺害した事案で、豊川事件への傾倒を記述していたと言われる)でも、捜査段階での責任能力鑑定が実施されていたところである。こうした傾向は、犯罪少年の責任能力を少年保護事件の審判条件として要求する近時の実務動向と無関係ではないように思われる。しかし、その一方で、こうした傾向は、現行少年法が刑事処分優先主義から保護処分・不処分優先主義に大転換したうえで(少 1 条参照)、全件送致主義にもとづいて(少 41 条・42 条〔検察官先議主義の否定〕)、すべての犯罪少年の第 1 次的な扱いを家庭裁判所の専権としていること(家庭裁判所先議・専議主義)との関係で、犯罪少年に対する捜査段階での精神鑑定の意義と内容について重大な疑問をもたらすことになった。全件送致主義を一貫すれば、捜査段階で責任無能力が判明した少年も家庭裁判所への送致(少年保護事件手続への係属)を

免れること（不送致処分）はありえず、その限りで責任能力鑑定を実施する積極的な意義がないように思われるからである。

これまで、犯罪少年を保護事件手続に係属させるための要件について、少年の「責任」を必要とするかが争われていたが、実務上は責任必要説に固まりつつあると言ってよい。必要説が、刑事責任能力と同じような責任要件を犯罪少年に要求するのであれば、犯罪少年に対する責任能力鑑定の実施は当然視されるものとなろう。しかし、そのような状況があるにもかかわらず、これまで、少年保護事件手続との関係で少年の責任能力鑑定について意識的に論じた論稿はほとんど見当たらない⁶⁾。そこで、本稿においては、成人刑事事件における鑑定のあり方を前提として、少年保護事件における責任要件に関する実務と学説を概観したうえで、犯罪少年に対する責任能力鑑定の意義と内容について検討する。

注

- 1) 佐世保事件では、検察側の申請にもとづいて、捜査段階で3か月間にわたる精神鑑定（鑑定留置）が認められた後に2か月間の期間延長がされ、責任能力に問題はないとされた。「刑事処分相当」の意見を付して検察官が長崎家庭裁判所に事件送致した（2015年1月）後、家裁が再び3か月間の精神鑑定（鑑定留置）を実施した。その後、少年審判が開かれ、長崎家裁は、ASD（自閉症スペクトラム障害）は見られるものの、それが本件非行（犯罪）に直結したわけではなく、環境的要因の影響もあったとして、第3種少年院（旧医療少年院）送致の保護処分決定をした（長崎家決平成27年7月13日公刊物未登載）。また、名古屋事件では、検察側の申請にもとづいて、捜査段階で3か月間にわたる精神鑑定（鑑定留置）が実施され、責任能力に問題はないとされた。「刑事処分相当」の意見を付して検察官が名古屋家庭裁判所に事件送致した（2015年7月）後、家裁が再び2か月間の精神鑑定（鑑定留置）を実施した。その後、少年審判が開かれ、名古屋家裁は、他者の気持ちを理解できないなどの精神発達上の障害が認められるとしながらも、その影響は限定的で、当時の生活状況からすれば責任能力に問題はないとしたうえで、人を殺してみたいという好奇心を満たすために実験として行われた犯行であり、計画的で残虐な内容のものだとして、刑事処分を求めて検察官に逆送した（名古屋家決平成27年9月29日公刊物未登載）。逆送直後に成人になった元少年は、10月8日に名古屋地方裁判所に起訴されて、成人として裁判員裁判に付され、2017年3月24日に、検察官の求刑通りの無期懲役刑が言い渡されている（控訴中）。

- 2) 本稿で用いた日本の法令名については、次のように略記している。規則：少年審判規則（昭和 23 年最高裁規則 33 号，1949 年 1 月 1 日施行），旧少：旧少年法（大正 11 年法律 42 号，1923 年 1 月 1 日施行），刑：刑法（明治 40 年法律 45 号，1908 年 10 月 1 日施行），刑訴：刑事訴訟法（昭和 23 年法律 131 号，1959 年 1 月 1 日施行），裁判員：裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（平成 16 年法律 63 号，2009 年 5 月 21 日施行），事務規程：事件事務規程（最終改正平成 25 年法務省刑総訓 1 号，2013 年 4 月 1 日施行），少院：少年院法（平成 26 年法律 58 号，2015 年 6 月 1 日施行），少：少年法（昭和 23 年法律 168 号，1949 年 1 月 1 日施行），（心神喪失者等）医療観察法：心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律（平成 15 年法律 110 号，2005 年 7 月 15 日施行），精神保健：精神保健及び精神障害者福祉に関する法律（昭和 25 年法律 123 号，1950 年 5 月 1 日施行）。また，裁判例の引用方法および雑誌の表記方法については，日本における一般的な例によっている。
- 3) 森田明編著『日本立法資料全集 19 大正少年法（下）』（信山社，1994 年）851 頁以下参照。
- 4) 2000 年改正前には，刑法上は行為時 14 歳以上の犯罪者は刑事処分の対象とされていた（刑 41 条参照）にもかかわらず，少年法が送致時 16 歳未満の者の検察官送致（逆送）を明示的に禁止していたため（改正前の少 20 条但書），事実上，行為時 14 歳以上で逆送決定時 16 歳未満の少年は刑事処分の対象になりえなかった。2000 年改正は，当時の 20 条但書を削除して，刑法と少年法との間に見られた不整合を解消した。また，同時に，新たに 20 条 2 項を新設して，行為時 16 歳以上で一定の重大な犯罪を実行した者について，「刑事処分相当性」を推定する態度を明らかにした。甲斐幸夫／入江猛／飯島泰／加藤俊治／岡健太郎／岡田伸太／古田孝夫／本田能久／安永健次『少年法等の一部を改正する法律及び少年審判規則の一部を改正する規則の解説』（法曹会，2002 年）93 頁以下参照。
- 5) 十一元三「広汎性発達障害が関与する事件の責任能力鑑定 少年事件・刑事事件を通じてみられる問題点」精神医学 53 巻 10 号（2011 年）968 頁。
- 6) 両者の関係を意識的に論じたものとして，丸山雅夫「少年法と刑事責任能力」青少年問題 657 号（2015 年）10 頁以下，同「精神障害が疑われる犯罪少年に対する法的扱い——刑法，少年法，心神喪失者等医療観察法，鑑定」社会と倫理 30 号（2015 年）71 頁以下。本稿は，それらにおいて展開した考え方を敷衍するものである。

II 成人刑事事件と鑑定

1 犯罪に対する行為者の責任非難（責任追及）を目的とする成人刑事事件においては（刑訴1条参照）、近代刑法が前提とする責任主義の原則から⁷⁾、犯行時に責任能力が欠けていた行為者（責任無能力〔心神喪失〕）については、責任が阻却されることから犯罪が成立せず、したがって処罰することができない（刑39条1項）。また、責任能力が大きく阻害されていた行為者（限定責任能力〔心神耗弱〕）については、犯罪は成立するものの、その刑罰（社会的非難の程度）が必ず減輕される（刑39条2項）。このように、刑事司法においては、行為者の主観的事情は、非難可能性の有無や程度を左右しうものとしてされているのである。もちろん、普通に社会生活を送っている行為者（通常人）については、責任能力の有無や程度が特に問題となることはなく、裁判で争われることもない。しかし、まれには、重度の精神障害やアルコールによる病的酩酊、薬物の濫用等に起因して、責任能力が害されていること（責任能力の有無や程度）が疑われる行為者が散見される。そして、そうした行為者については、責任非難の可否や程度を明らかにするために、責任能力鑑定（精神科鑑定）が実施されるのが通常である。刑訴法上の鑑定は、一般に、「特別の知識経験に属する法則又はこれを具体的事実に応用して得た判断の報告をいう」ものとされている⁸⁾ところから明らかなように、鑑定の対象事実には限定がなく、責任能力鑑定だけが想定されているわけではない。ただ、成人刑事事件では、責任能力鑑定がその多くを占めているというのが実務の現実である⁹⁾。

すでに言及したように、少年事件においては、要保護性を解明する目的で情状鑑定が広く活用されてきた。他方、成人刑事事件の場合には、罪刑の均衡が重視されることから、犯罪の程度や内容と刑罰との均衡（行為と責任との均衡）が求められるため（量刑における責任主義）、行為者がどのような環境に

育ったかというような個人的事情は、刑罰による社会的非難にとって特に重要なものではないとされる。行為者の個人的事情は量刑の際に一定の考慮事情とはされるものの、それを特に解明するためだけの情状鑑定が実施されることはほとんどない。この点に、少年事件との大きな違いが見られる。

2 成人刑事事件で責任能力が問題になりうるのは、捜査段階と起訴後の公判段階であり、それぞれの段階で責任能力鑑定が実施される。捜査段階における鑑定は、検察官が専門家（精神科医等）に嘱託して実施するもの（起訴前鑑定または嘱託鑑定）であり（刑訴 223 条以下）、必要に応じて被疑者の身柄拘束（鑑定留置）が認められる（刑訴 167 条・224 条）。また、検察実務においては、法文上の根拠がないにもかかわらず、嘱託鑑定以前の段階で、被疑者の同意を得てその精神状態を診断すること（簡易精神鑑定または精神科診断）が広く認められており、検察官が起訴・不起訴を判断する際の資料として活用されている。他方、起訴後の鑑定は、裁判所が専門家に命じて実施するもの（公判精神鑑定）であり（刑訴 165 条以下）、必要に応じて被告人の身柄を拘束する鑑定留置が認められる（刑訴 167 条）。裁判所から委託された鑑定人は、宣誓したうえで証言を求められ、したがって虚偽鑑定罪（刑 171 条）による処罰の対象となる。

捜査段階における精神鑑定の結果、被疑者が責任無能力と判断されれば、検察官は、起訴裁量主義（刑訴 248 条）にもとづいて、被疑者を不起訴処分にしなければならない（事務規程 75 条 2 項 15 号）。また、公判精神鑑定で責任無能力と判断された被告人には、無罪が言い渡される（刑 39 条 1 項、刑訴 336 条）。これらのいずれの場合であっても、不起訴または無罪とされた触法行為者は、そのままで社会内に放置されてしまうわけではなく、一定の要件のもとに、心神喪失者等医療観察法にもとづいて司法精神医療的措置（入院治療または通院治療）の対象となる（医療観察法 1 条・2 条）。また、医療観察法は、責任無能力（心神喪失）者だけに限らず、限定責任能力（心神耗弱）者をも対象にしている（医療観察法 2 条 2 項）。したがって、捜査段階または公判段階で限定責任能力が判明した者については、検察官が、刑事処分（刑罰による責任

追及)と司法精神医療的措置のいずれかを選択できることになっている(医療観察法33条1項)。このように、成人刑事事件においては、責任能力を左右するような精神障害を認められた行為者が刑事裁判手続から離脱する場合であったとしても、司法精神医療による対応が予定されているため、社会にとって危険な行為者が野放しになってしまうという事態を心配するまでの必要はないのである。

注

- 7) 丸山雅夫「責任主義」井田良/丸山雅夫『ケーススタディ刑法〔第4版〕』(日本評論社, 2015年)25頁以下参照。
- 8) 河上和雄/中山善房/古田佑紀/原田國男/河村博/渡辺咲子編『大コンメンタール刑事訴訟法 第3巻〔第2版〕』(青林書院, 2010年)254頁〔中井憲治〕。
- 9) 責任能力鑑定については、その結果の扱い(裁判所に対する拘束力の有無)が問題になりうるが、最終的には裁判所の自由心証にもとづく合理的な裁量に委ねられるとする点で争いが無い(最決昭和33年2月11日刑集12巻2号168頁, 最決昭和59年7月3日刑集38巻8号2783頁)。合理的な根拠なしに鑑定結果を覆すことだけが、経験則違反として許されないものとされるのである(最大判昭和23年11月17日刑集2巻12号1588頁, 最判平成20年4月25日刑集62巻5号1559頁)。

III 少年保護事件における責任要件の要否

(1) 少年による犯罪事件と少年法

1 刑法41条は、「十四歳に満たない者の行為は、罰しない」と規定している。これは、行為時14歳未満の者(刑事未成年)の行為が刑法の対象になりえないことを明示することによって、行為時14歳以上の者の行為については、犯罪が成立しうることを意味するものでもある。その一方で、少年法40条は、「少年の刑事事件については、この法律で定めるものの外、一般の例による」と規定し、少年法が刑法や刑事訴訟法に対する特別法として、優先的に適用されることを明示している(「特別法は一般法を排除する」の原則)。したがって、20歳未満¹⁰⁾で「罪を犯した少年(犯罪少年)」の事件(犯罪)については(少2条1項・3条1項1号参照)、刑法の適用の可能性が認められてい

るにもかかわらず、少年「非行」事件として少年法が優先的に適用されることになる。このことから、少年による犯罪は、まずは「少年保護事件」として家庭裁判所に全件が送致されたうえで（少41条・42条1項）、調査または審判の結果として「刑事処分相当」と認められた場合に限って、家庭裁判所から検察官への送致（逆送）を経て刑事裁判手続に係属すること（少年刑事事件としての扱い）になる（少20条）。また、少年法は、通常の刑事司法の対象になりえない触法少年（行為時14歳未満で刑罰法令に触れる行為をした少年）と虞犯少年（法定の虞犯事由を充足したうえで、将来的に犯罪または触法行為をする虞のある少年）についても、同法の管轄対象としての「非行少年」に含めている（少1条・3条1項2号・3号）。少年法は、犯罪少年、触法少年、虞犯少年の区別を問うことなしに、非行少年一般を管轄する法律として制定され、運用されているのである。

犯罪少年については、一般刑事司法の対象になりえない触法少年・虞犯少年の場合と異なり、家庭裁判所の刑事処分相当判断（逆送）を前提にはするものの、刑事裁判の対象となりうる点が決定的に重要である。そして、このこととの関係で、犯罪少年としての扱いについて、刑事裁判手続に逆送された場合の扱い（責任能力の存在が当然に必要とされる）に限らず、少年保護事件手続においても「責任要件」を必要とすべきかが争われ、いわゆる「必要説」と「不要説」との間に厳しい対立が見られる。必要説によれば、犯罪少年の責任要件として、14歳以上である（刑事未成年でない）ことのほかに、成人犯罪者に要求されるのと同様の「刑事責任能力」が必要とされる。他方、不要説によれば、14歳以上の少年が構成要件に該当する違法な行為を行っている以上、刑事責任能力の有無を問題にすることなく、「少年法上の犯罪少年」として扱ってよいということになる。そして、このこととの関係で、精神障害が疑われる少年による犯罪事件について、「責任能力」鑑定の可否と意義が争われる。必要説によれば、少年の犯罪事件においても責任能力鑑定は必要なものとされる一方、不要説によれば、責任能力鑑定は特段の意味を持たないものと考えられるからである。

2 旧少年法は、その管轄対象として、触法少年（犯罪少年をも含めた広義の概念）と虞犯少年のふたつだけを明示していた（旧少4条1項）。したがって、犯罪少年の責任要件といった問題は、特に意識する必要はなかったし、現に意識されてもいなかったようである。旧少年法下では、不要説の立場が、暗黙のうちにも当然の前提とされていたものと言えよう。しかし、現行少年法は、制定直後の1949年改正（昭和24年法律212号）により、旧少年法上の「触法少年」に相当する非行少年を、文言上、「罪を犯した少年」（犯罪少年）と「十四歳に満たないで刑罰法令に触れる行為をした少年」（触法少年）とに明確に区別した¹¹⁾。刑罰法令違反という点で共通する少年の名称が、刑事責任年齢を基準として犯罪少年と触法少年とに明確に区別されたことから、14歳以上の少年が心神喪失下で構成要件に該当する違法な行為を行った場合の扱いを中心として、保護処分を科す（その前提として少年保護事件手続に係属させる）ためには刑事責任能力のような責任要件が必要だとする立場（必要説）が主張されるようになったのである。その後、犯罪少年の扱いを念頭において、最高裁家庭局が必要説の立場を明確にしたことから¹²⁾、それが公定解釈として次第に実務を牽引するようになっていった。

しかし、こうした状況のもとでも、犯罪少年の責任要件に関する問題は、必ずしも完全な決着がつけられていない。そして、そのこととの関係で、犯罪少年に対する責任能力鑑定の意義と内容についても不分明のままに残されている。そこで、次に、責任能力鑑定の前提問題とも言うべき、犯罪少年の責任要件の要否について検討しておく。この問題については、筆者はすでに不要説の立場から詳細に論じたことがあり¹³⁾、現在でもその結論が変わるところはないので、以下ではそれを前提として検討する。

（2）責任必要説と責任不要説の内容と帰結

少年保護事件において、非行少年（特に犯罪少年）の責任要件をどのように考えるかについては、多くの裁判例があるだけでなく、「この論点について

の文献は正に汗牛充棟である」¹⁴⁾と言われるほどに多い。それらにもとづいて、必要説と不要説の論拠、そしてそれぞれの帰結を整理すると、おおよそ次のようにまとめることができる。

1 必要説は、①「罪を犯した少年」という文言は、責任段階をも含めた犯罪成立要件のすべてを要求していると解されること、② 保護処分にも少年の自由制限や不名誉などの不利益性があることを否定できないから、それを正当化するためには非難可能性としての責任が要求されるべきであること、③ 有責でなければ少年の人格の現れとして不十分であること、④ 責任のない者については、審判において要求される内省（少22条1項）や納得を得ることが困難なことを根拠とする。実務においては、もっぱら①が論拠とされる一方で、学説においては、①を前提として、②以下の論拠が補強的に指摘されている。①との関係では、責任要件として「責任能力」が必要とされ、それは、成人犯罪者に要求される「刑事責任能力」を意味している。そうした理解は、公定解釈とされる最高裁家庭局の説明とも整合的である。また、特に②との関係で、佐伯教授は、保護原理を基礎とする保護処分と侵害原理を基礎とする刑事処分（刑罰）との間の連続性、さらには保護処分に見られる事実上の制裁的性質を指摘していた¹⁵⁾。こうした論拠にもとづく必要説の立場は、刑事司法的な発想で少年犯罪の扱いを考えるものと見ることができよう。裁判例の多くが必要説に傾斜しているのも、その表れと言ってよいのかもしれない。また、こうした実務の背景事情として、「付添人弁護士の関与が増加してきたこともあるのではないか」との指摘も見られるところである¹⁶⁾。

必要説によれば、責任能力の存在が少年保護事件手続における審判条件とされることになるから、調査段階で心神喪失（責任無能力）が判明した場合には審判不開始決定で事件は終局し（少19条1項にいう「審判に付することができ」ない場合）、審判段階でそれが判明した場合は不処分決定で終局することになる（少23条2項の「保護処分に付することができ」ない場合〔非行なし不処分〕）。また、心神耗弱（限定責任能力）にとどまる行為者の場合には、審判条件とし

ての責任要件は存在しているため、他の審判不開始事由や不処分事由がない限りは、責任要件との関係で少年保護事件手続から離脱することはないし、刑事事件における刑の必要的減軽（刑39条2項）のような特別扱いも認められない。したがって、これらとの関係で、必要説においては、家庭裁判所送致後の責任能力鑑定が重要な役割を果たすことになる。他方、事件が検察官に逆送されて刑事裁判手続に係属した後に心神喪失ないしは心神耗弱が判明した場合には、医療観察法の適用も含めて、成人犯罪者に対する扱いと同じことになる。なお、特に犯罪少年については、捜査段階（犯罪少年の発見段階）での責任能力鑑定の実施が排斥されないこととの関係で、捜査段階で心神喪失ないしは心神耗弱が判明した場合の扱いが問題になりうるが、この点は捜査段階における鑑定との関係で後に検討する。

2 以上のような必要説に対して、不要説の論拠は、① 保護処分の法的性質は、少年の要保護性にもとづく保護的・教育的な処分であって、非行(少年)に対する非難ないしは制裁的なものではないこと、② 一般刑事司法においては介入の対象になりえない触法少年と虞犯少年にも共通の保護処分を許容している以上（少24条1項参照）、犯罪少年だけに責任要件（刑事責任能力の存在）を要求することは、少年法としての統一性と整合性を欠くものになること、③「心身に著しい故障のある」少年を収容対象とする医療少年院（現在の第3種少年院）は、責任無能力少年の処遇をも想定して運用されていると解されること（昭和39年4月4日法務省矯正甲320矯正局長通達）、④ 責任無能力を理由として審判不開始・不処分とされた少年について、社会内に放置されてしまう可能性を否定できないこと、にまとめられる。これらの論拠は、いずれも、実務と学説の不要説が共通して指摘するところである。不要説は、「犯罪」の文理との関係で言えば、少年「犯罪」とは、行為時14歳以上の少年が実行した構成要件に該当する違法な行為（客観的要件の充足）を意味するものにとどまり、犯罪少年と触法少年とを区別する刑事責任年齢以外の責任要件（特に刑事責任能力）は不要だとすることになる。②との関係で、刑事責任能力に代わる「実質的責任」概念によって非行少年全体を統一的に扱おう

とする立場も¹⁷⁾、少年の責任要件との関係では、刑事責任能力を問題にしないことから、実質的には不要説に属するものである。以上のような不要説は、福祉的措置、精神医療的措置、保護処分との区別を問うことなしに、さらには逆送の場合の刑罰をも含めて、「当該少年にとって最適な処遇は何か」を重視し、追求する意図に支えられてもいる。したがって、不要説が要求する要件の実質は、もっぱら処遇との関係で必要とされるものであり、「保護処分能力」ないしは「保護処分適応能力」、「成長発達可能性」ないしは「健全育成可能性」ということになる。

こうした不要説の帰結は、きわめて単純なものである。少年保護事件手続との関係では、非行少年の種類（犯罪少年、触法少年、虞犯少年）を問うことなく、また手続の段階（発見段階、家裁送致後の調査段階・審判段階）を問うことなしに、当該少年にとって最適な処遇がありうる以上、少年を保護事件手続から離脱させることは認められないとすることになるからである。不要説によれば、責任要件は、少年保護事件の審判条件ではない。したがって、要保護性を解明するための情状鑑定を別にして、いかなる段階の責任能力鑑定も当然に不要だということになる。他方、逆送されて刑事裁判手続に係属した少年については、当然のこととして、刑事責任能力の有無や程度に応じて成人犯罪(者)の場合と同じように扱われることから、その限りで責任能力鑑定が意義を有することになる。

(3) 責任要件をめぐる実務と学説の動向

1 最高裁家庭局の見解が示されるまでの実務においては、公刊された裁判例として責任要件を問題にするものはそれほど多くはなかった。ただ、不要説を明言する裁判例が1例にとどまる（松江家決昭和39年4月21日家裁月報16巻8号138頁）のに対して、「犯罪」の文理解釈を根拠として、必要説を明言ないしは当然の前提とする裁判例が相対的に優勢な状況は見られた（津家決昭和38年5月31日家裁月報15巻11号159頁、新潟家決昭和39年8月6日家裁月報

17 卷 3 号 79 頁，福岡家裁小倉支決昭和 41 年 8 月 16 日家裁月報 19 卷 7 号 121 頁，大阪家決昭和 42 年 3 月 13 日家裁月報 19 卷 12 号 80 頁）。

そして，最高裁家庭局の見解が示されて以降は，必要説を明示ないしは当然の前提とする裁判例が明らかに実務を支配するようになっていった¹⁸⁾。しかし，そうした状況のもとでも，詳細な理由づけにもとづいて不要説の立場を明言する裁判例も散見された（岡山家決昭和 45 年 9 月 12 日家裁月報 23 卷 6 号 84 頁，東京家決昭和 60 年 1 月 11 日家裁月報 37 卷 6 号 96 頁，大阪家決平成 7 年 2 月 10 日家裁月報 47 卷 7 号 206 頁）。そのような裁判例の存在は，少年保護事件手続における責任要件をめぐる問題が，単に文理解釈によって決着できるものではなく，少年処遇のあり方にまで及ぶものであることを如実に示している。処遇の観点を重視すれば，不要説の立場にこそ説得性があり，有力な学説もその点を特に指摘している。

2 平成 16 年 7 月以降に公刊された裁判例で，責任要件の要否・有無に関して判断したものはそれほど多くはないが，いずれも必要説の立場を前提にするものであると言ってよい。たとえば，殺人保護事件の 17 歳少年について，家裁送致後の精神鑑定と鑑別結果通知書に添付された精神科診断票にもとづいて，「本件犯行時少年の責任能力を減じるような状況にあったとも認められない」として，合議体での審理にもとづいて逆送決定したものがある（東京家裁八王子支決平成 17 年 6 月 8 日家裁月報 58 卷 8 号 94 頁）。また，現住建造物等放火未遂保護事件の 14 歳少年については，捜査段階での精神衛生診断と家裁送致後の鑑別所の精神科診断（いずれも統合失調症ないしはその疑いの診断結果）にもとづいて，付添人の責任無能力の主張を退けて，医療少年院送致決定がされている（新潟家裁長岡支決平成 19 年 2 月 5 日家裁月報 59 卷 9 号 41 頁）。さらに，殺人未遂・現住建造物等放火保護事件の 17 歳少年については，捜査段階での簡易鑑定（境界性人格障害〔責任能力あり〕の診断）と，鑑別所の依頼による精神科医の診断（鑑別所入所後に統合失調症を発症したとの診断），家裁送致後の精神鑑定（境界性人格障害〔責任能力の減免に相当しない〕の診断）にもとづいて，合議体での審理によって医療少年院送致決定（相当長期の処遇勧告つき）が

された事例がある（水戸家裁土浦支決平成 22 年 2 月 17 日家裁月報 62 巻 8 号 102 頁）。これらの裁判例は、いずれも、必要説の立場を直接的に明示しているわけではないが、必要説を前提としなければ導きえない結論のものである。他方、建造物侵入保護事件の 19 歳少年の事案では、捜査段階での簡易鑑定の結果（統合失調症による心神喪失の判断）と家裁送致後の鑑別所での診断結果等にもとづいて、「少年は、少年法 3 条 1 項 1 号の『罪を犯した少年』に当たらない」として、必要説の立場を明言したうえで、審判不開始決定がされている（青森家裁八戸支決平成 24 年 9 月 27 日家裁月報 65 巻 2 号 92 頁）。また、これらの事案においては、いずれも、少年の責任能力を判断するために、家裁送致前後に各種の鑑定が活用されている。必要説の立場においては、責任能力に疑いのある犯罪少年について、精神鑑定を実施するのが当然の前提になっているのである。

このような状況のもとで、不要説を前提とする（ように思われる）公判裁判例が見当たらないことから、近時の実務は、これまで以上に必要説の立場に傾斜していると見ることができよう。他方、刑事責任能力が問題になりえない触法少年と虞犯少年については、その精神状態がどのようなものであったとしても当然に少年法上の保護処分の対象とされるため、具体的な保護処分を選択する際に、要保護性の内容として精神状態が考慮されるにとどまっている¹⁹⁾。したがって、触法少年と虞犯少年については、要保護性を解明するための情状鑑定には相応の意義が認められる一方で、責任能力を問題にする精神鑑定が実施されることはありえない。この点においては、従来の運用と全く異なるところはないのである。

3 以上のような実務動向に対して、学説における現在の議論状況は、必ずしも活発なものではなく、従来のそれぞれの論拠を補強するだけのものとどまっている。その意味で、議論はすでに出尽くしてしまった感がある。

そうしたなかで、保護処分と刑事処分との連続性を指摘していた佐伯教授は、保護処分の制裁的性質をより直截的に強調したうえで、「責任能力不要説の論者は、治療が必要な少年には、行為時の責任能力がなくとも医療少年

院に収容して治療を行うべきだと考えているのであるから、審判時に訴訟能力がなくとも、治療の必要性という意味での要保護性が認められれば、医療少年院に収容して治療を行えばよいということになると思われる。しかし、本当にそれでよいのであろうか」としたうえで、「自己の行為と審判の意味を理解する能力を有しない少年に『自己の非行について内省を促す』ことは不可能である。やはり少年審判手続においても少年の訴訟能力（審判能力）が必要と解すべきであり、その根拠は、保護処分も制裁の一種であるという、刑事処分と保護処分の類似性に求めなければならないと思われる」としている²⁰⁾。こうした佐伯教授の見解に対しては、不要説の立場から、「保護処分といえども、自由の制限を伴ったり、社会的に負のレッテル貼りを生じさせるなどの点で、社会事実のレベルでは不利益性をもっていることが否定できない」としながらも、「理念としていえば、保護処分は、すくなくとも中長期的にみれば利益処分であるべきものである。少年本人の納得も、責任能力の存在を認めなければ得られないというものでもないであろう。むしろ、不利益処分の甘受ということを強調するあまり、責任能力さえ認められれば、子どもの声を聴く必要はないという自足に陥る危険性がある」とする反論が見られる²¹⁾。

また、少年保護事件における必要説による心神喪失と心神耗弱との扱いの違い（前者では審判条件を欠くとし、後者では審判条件があるとする）との関係で、心神耗弱と心神喪失は程度が異なるにすぎないとの前提から、「心神耗弱の少年について、これに相応する要保護性があるとすれば、心神喪失の少年にも同様にこれに相応する要保護性があるといえる」とされ、「少年法が全件送致主義をとっており、要保護性が認められる少年は、もれなく少年保護手続に載せられて適切な処遇が選択されるということが前提となっている以上、精神障害により犯罪に当たる行為をした少年のうち、心神耗弱であった者のみが少年保護手続の対象となり、心神喪失であった者はその対象にならないというのは著しく不合理といわざるを得ない」とされている²²⁾。この見解は、保護処分適応性（適格性）が認められる少年である以上は、そ

の精神状態を問題にすることなしに少年保護事件手続の対象とすべきことを主張するもので²³⁾、不要説の立場を前提としている。さらに、この見解は、成人の心神喪失者と心神耗弱者が医療観察法によって同列に扱われることとの関係で、必要説による心神喪失少年と心神耗弱少年との区別的扱いを批判するものでもある。

(4) 責任要件の要否：文理解釈と現実との不整合

1 責任要件をめぐる必要説と不要説の対立は、必要説を前提とする実務がもつばら文理解釈を根拠とする点で一致しているのに対して、学説上は、それぞれの論点や根拠について必ずしも噛み合う形で議論されてきたわけではない。したがって、文理解釈を別にすれば、いずれの立場も決定的と言えるまでのものではなく、少年法の理念等をも含めて、どちらの考え方が全体としてより適切なものと評価できるかということにしかなりえない。議論のこうした性格（特異性）を反映して、このような状況は、現在においても依然として解消されていない。以下、従来の議論をも参考にしながら改めて若干の検討を試み、不要説の立場の現実的な妥当性を再確認しておきたい。

ただ、「刑法上の犯罪」と「少年法上の犯罪」を別異に扱う根拠条文は少年法に存在しないから、「犯罪」少年の文理解釈としては、刑法の「犯罪」概念に従って（少40条参照）、構成要件に該当する違法な行為を「有責に」（刑法が要求する責任要件をすべて充足して）実行した少年と解するのが素直である。したがって、刑事責任能力を含めた責任要件の存在を犯罪少年に要求する必要説の立場は、理論的に正しい核心を持っている。このことが前提であるし、不要説もこのことを否定することまではできない。そのため、不要説の主張は、犯罪少年について、文理解釈としての一貫性を捨ててまで主張しうだけの説得的で実質的な根拠を提示するものでなければならない。この意味で、必要説と不要説の対立は、文理解釈と現実的運用との不整合を反映するものになっているのである。

2 まず、保護処分 of 性格については、それが非行少年 of 性格 of 矯正と環境 of 調整によって少年 of 健全育成を目的とするものではあるにしても（少1条）、その事実上 of 不利益性および不名誉性を完全に否定することはできない。そのことは、身体的拘束 of 程度が特に高く否定的なラベリング効果が強い少年院送致処分（少24条1項3号）を想定すれば、ただちに明らかである。その意味で、そのような実質を持つ処分を科す要件として実質的責任 of 存在を要求する見解（佐伯説）は、説得的なものだと言ってよい。そのような実質的責任 of 考え方は、刑事責任年齢 of 下限との関係で、現行少年法 of 制定当時からすでに指摘されていたところである²⁴⁾。

ただ、責任要件として of 実質的責任の問題は、「実質的責任」と言われるものの内容と射程に関わることに注意しなければならない。保護処分 of 不利益性・不名誉性を正当化する根拠として実質的責任を非行少年に要求するのであれば、それは、一般刑事司法 of 対象でもある犯罪少年だけに限らず、一般刑事司法 of 対象にはなりえない非行少年（触法少年、虞犯少年）にも統一的に要求されるべきものだからである。特に、虞犯少年 of 少年院送致を認める実務は（大阪高決昭和47年5月23日家裁月報25巻1号105頁等）、必ずしも明示的ではないものの、このような意味での実質的責任 of 発想にもとづくものだと言えよう²⁵⁾。また、2007年 of 少年法改正（平成19年法律68号）によって認められることになった、おおむね12歳以上の少年 of 初等少年院・医療少年院送致処分も（少院2条2項・5項〔2014年改正前〕）²⁶⁾、統一的な実質的責任 of 考え方によって正当化することができる。このように、実質的責任は、非行少年一般について、保護処分 of 正当化根拠となりうるものである。

しかし、このような統一的な責任要件（実質的責任）を根拠として、犯罪少年に成人犯罪者と同様の「刑事責任能力」を責任要件として要求することはできないように思われる。なぜなら、少年法は、非行少年一般に共通する保護処分を要求しているからである。保護処分 of 正当化根拠として、触法少年と虞犯少年に実質的責任を要求する一方で、犯罪少年には実質的責任を超える刑事責任能力を要求することは、すべての非行少年に共通する保護処分を

予定している少年法と整合的でないと言わざるをえない。しかし、この点について、必要説からの説得的な主張は依然として見られない。犯罪少年とそれ以外の非行少年を区別的に扱う必要説の背景には、犯罪少年である以上は非行に対する社会的非難（責任追及）の問題（刑訴1条参照）を避けられない、という基本的認識があるように思われる。佐伯教授が強調する保護処分と刑事処分（刑罰）との連続性も、そのような認識を前提にするものと言えよう。しかし、犯罪少年であっても、逆送されて刑事裁判手続に係属するまでは少年法の理念と目的のもとで扱うというのが、現行少年法が採用した立場である。保護処分と刑事処分に「処遇としての連続性」があるとしても、少年保護事件手続と刑事裁判手続は、それぞれに特有の理念と構造を前提にするものとして、段階的に運用されなければならないものである²⁷⁾。

3 保護処分の正当化根拠としての実質的責任(と同様の精神状態)を要求する考え方は、不要説においても当然の前提とされている。この点について、必要説は、不要説に対して、不要説はおよそ何らの責任要件も要求しない立場と決めつけたうえで批判をしていたように思われる。しかし、不要説をそのように捉えるのは、明らかに誤っている。不要説(のほとんど)は、非行少年一般に対する保護処分の統一的な正当化根拠として、必要説のいう実質的責任と同様の精神状態を要求する一方で、犯罪少年に対する責任要件としての刑事責任能力(実質的責任を超える責任要件)を不要とするものだからである。こうした状況は、従来の不要説と現在の不要説のいずれにおいても異なるところがない。その意味で、必要説と不要説の対立の実質は、一般的な「責任要件」(実質的責任)の可否をめぐる議論ではなく、犯罪少年における「刑事責任能力」の可否をめぐる議論であることを再確認しておかなければならない。「犯罪少年を含め、すべての非行少年につき、保護処分の要件として実質的責任が要求されるが、その内容は要保護性の概念に包摂され、したがって犯罪少年には、刑法的な意味での『有責性』は必要とされないことになる」とする指摘に²⁸⁾、不要説の核心を見ることができる。「実質的責任」という共通の表現を用いながらも、必要説と不要説とがそれぞれ別個の

内容と射程のものとしてそれを扱っていたことが、これまでの議論を無用に混乱させていたように思われる。

以上のような不要説の立場は、少年保護事件手続の対象となる非行少年のすべてについて、統一的な実質的責任を超えるような責任要件（犯罪少年に対する刑事責任能力）を要求するものではない一方で、保護処分適格性と適応性を要求するものであることを指摘しておかなければならない。そして、保護処分適格性・適応性には、当然のことながら、自己の非行に対する内省が可能な精神状態が必要とされる。そのような精神状態にない非行少年については、保護処分への不適格・不適応を理由として、審判不開始決定ないしは不処分決定で事件を終局すべきことになる。したがって、佐伯教授が、審判能力すら要求しない立場として不要説を批判するのは、不要説の立場からは全く理解しがたいものである。不要説が「審判能力」に明示的に言及しないとしても、それは、保護処分適格性・適応性の当然の内容として審判能力を考えているからにはかならない²⁹⁾。それを「審判能力」と言うかどうかは、言葉の問題にすぎない。他方、犯罪少年に刑事責任能力を要求する必要説によれば、行為時点で責任能力が否定される以上は、審判時点で自己の非行に対する内省が可能な精神状態が認められ、一般精神医療措置以外の処遇（特に第3種少年院での処遇）が適切なものと判断される場合であっても、保護処分は全く許容されないことになってしまう。しかし、そのような硬直的な結論は、少年保護事件手続による健全育成（再社会化）を期待されている（逆送判断がされていない）犯罪少年の利益をむしろ損なってしまうことになるように思われる³⁰⁾。非難の前提としての刑事責任能力の有無は、性格の矯正と環境の調整を手段とする保護処分によって非行少年の健全育成を目的とする少年保護事件手続（少1条）の段階では、特に問題にするまでの必要はない。まさに、「少年保護手続は、その全過程を通じて処遇である」ことになる。刑事責任能力は、行為に対する社会的非難（責任追及）をも目的とする刑事裁判手続に係属した犯罪少年について問題にすれば足りる。逆送された犯罪少年に刑事責任能力が要求されるべきことは、不要説の立場においても当然

の前提となっている。

4 非行少年のすべてについて保護処分適格性・適応性を要求する不要説の立場は、保護処分を含めた処遇選択肢のなかから、当該少年にとって何が最適な処遇かを判断しようとするものである。したがって、佐伯教授が言うような、「治療が必要な少年には、行為時の責任能力がなくとも医療少年院に収容して治療を行うべき」ことまでを主張するものではない。不要説においては、保護処分適格性・適応性が処遇の限界を画することになるからである。精神障害が疑われる少年の非行について、不要説が想定している具体的な処遇としては、特段の措置を必要としない場合を含めて、精神保健福祉法上の医療的措置（一般精神医療）、児童福祉法上の福祉的措置、少年法上の保護処分、そして犯罪少年の場合の刑事処分のなかから、最適な処遇が選択されることになる。実際の事案のほとんどにおいては、第3種少年院（旧医療少年院）送致処分が最適な処遇と判断されることが予想されるだけのことである³¹⁾。こうした状況は、新少年院法の成立によって（平成26年法律58号）、従来の医療少年院が第3種少年院（少院4条1項3号）として再編された後も、基本的に異なるところがない³²⁾。他方、例外的な事案とは思われるが、第3種少年院での矯正教育に馴染まない少年が存在する可能性も一概には否定できない³³⁾。そして、そのような少年については、一般精神医療的措置が望ましい場合もありえよう³⁴⁾。ただ、その点についての判断は、責任要件の存否によって左右されるわけではなく、あくまでも、処遇適格性・適応性の実質的な検討にもとづいて決せられるべきものである³⁵⁾。したがって、この点との関係でも、佐伯教授が主張するような不要説批判は全く当たらないことになる。

当該少年に対する最適な処遇選択を強調する不要説は、処遇の適格性ないしは適応性を欠く少年についてだけ少年保護事件手続からの離脱を認める立場であり、心神喪失少年が社会に放置される可能性を否定できない必要説（を前提とする実務）とは決定的に異なっている。この点について、必要説は、心神喪失を理由として審判不開始・不処分決定となった事案（少年）のほと

んどは、一般精神医療の対象(の予定)になっている場合が多いことを指摘して、事実上の問題は生じないとするもののようである。しかし、そのような場合がほとんどであるとしても、それが予定されていない少年については、当然に一般精神医療の対象とされることが保障されているわけではなく³⁶⁾、社会に放置される可能性は依然として否定することができない。また、一般精神医療的な措置(入院治療)が実現する場合であっても、犯罪性の除去や低減を目的とした矯正的な処遇を医療機関で行うことはできないし、いわゆる措置入院の要件とされている自傷他害の危険性も比較的短期間(3か月程度)で消失してしまうと言われている。

こうした状況がある一方で、瘡痍者を心神喪失ないしは心神耗弱とみなす条文(旧刑40条)が存在していた時期においても、犯罪行為を行った瘡痍少年(多くの場合に精神薄弱や低知能が併存している)については、特に責任要件に言及することなしに医療少年院送致が決定されていた(前橋家裁桐生支決昭和36年11月25日家裁月報14巻3号149頁、大阪家決昭和46年10月30日家裁月報24巻10号128頁、盛岡家決昭和50年12月26日家裁月報28巻9号105頁等)。瘡痍少年との関係では、実務は、必要説を全く意識しないものであったと言ってもよいであろう。

(5) 犯罪少年と心神喪失者等医療観察法

1 必要説の事実上の難点とされる、司法手続から離脱した責任無能力者が何らの処遇や措置(ケア)も受けることなしに社会に放置されてしまう可能性は、従来、特に成人の触法精神障害者との関係で不都合なものとされてきた。心神喪失と判断された触法精神障害者は、刑罰による社会的非難ができないことを理由として、検察官の不起訴処分(事務規程75条2項15号)または無罪の裁判(刑39条1項)にもとづいて、刑事司法の対象から完全に排除されてしまい、一般精神医療の対象になりうるにすぎなかったからである。同様の事態は、少年保護事件の犯罪容疑少年について必要説を採る場合にも

生じるものであった。この点について、最高裁家庭局は、「立法論としては保護処分多様化の一環として精神障害者施設送致処分という新たな保護処分が考えられる」としながらも、「現在法制審議会における刑法改正の審議に際し、精神障害者に対する保安処分が問題とされているおりでもありますので、それとの関連をも考慮して慎重に検討しなければならないかと思います」としていたところである³⁷⁾。その後、2003年に心神喪失者等医療観察法が制定され、一定の重大事件を行った責任無能力・限定責任能力の精神障害者に対して（医療観察法2条）、継続的で適切な医療・観察・指導を行うことによって、病状の改善・行為の再発防止と社会復帰が図られることになり（医療観察法1条）、触法精神障害者を一般精神医療に委ねるしかないという事態、さらには何らの処遇や措置を受けることなしに彼らが社会に放置されてしまう可能性は、大きく減殺されることになった。こうした内容の医療観察法が犯罪容疑少年にも適用が認められるのであれば、必要説に対する不要説からの批判の一部（責任無能力少年が処遇なしに社会に放置される可能性）は相当に後退することになる。

2 「心神喪失等の状態で重大な他害行為……を行った者」（医療観察法1条）を対象とする医療観察法は、条文上は、少年への適用可能性を排除しているわけではない。他方、同法の立法解説によれば、「少年については、家庭裁判所において、その健全育成の観点から適切な保護処分を判断することとされ、その中で医療的な処遇の必要性も考慮される上、成人と異なり、一般に親等の親族による適切な保護を期待でき、また、その精神障害もいまだ初期の段階であって不確定である場合も少なくないと考えられることから、このような少年を親等の保護者から引き離し、他の成人と同様に指定入院医療機関への入院を含む本法による処遇の対象とするまでの必要はなく、仮に医療の必要性が認められる場合でも、医療少年院への送致のほか、精神保健福祉法に基く措置入院、医療保護入院等により処遇することが適当である」とされている³⁸⁾。こうした態度は、保護処分と刑罰との関係を排他的に見るものであり、両者の連続性を強調する佐伯教授の見解からは説明が困難なもの

である。同法は、「不要説を当然の前提とする」ものとまでは言えないにしても、「不要説の結論とより整合的」なものであることは否定できない³⁹⁾。また、同法の立法過程においては、少年保護事件手続のもとにある精神障害少年の扱いについては、全く議論されることがなかったようである。そのため、必要説を前提とする最高裁家庭局が留保していた、精神障害少年の扱いについて議論する絶好の機会が失われてしまった。それは、必要説にとって不幸なことであったと言わざるをえない。

3 他方、刑事裁判手続に係属していない少年への適用を排除するという立法趣旨にもかかわらず、犯罪容疑少年に対する処遇選択肢の拡充を念頭において、少年事件にも医療観察法を適用することが望ましいとする解釈論・立法論が主張されている。たとえば、家庭裁判所での経験が豊富な岩瀬元裁判官は、医療観察処分こそが相当な少年がいることを率直に認め、そのような少年については、家庭裁判所が検察官に逆送をしたうえで、逆送を受けた検察官が、医療観察法 33 条にいう「心神喪失者」として「公訴を提起しない処分」をして、医療観察法 42 条 1 項にもとづく申立てをすべきだとの提案をしている⁴⁰⁾。この提案は、心神喪失少年をも逆送対象とすることを当然の前提とするものであるため、特に必要説が支配的な実務との関係で、少年法 20 条の「刑事処分を相当と認めるとき」を「刑事処分又は医療観察処分を相当と認めるとき」という文言に変更する立法論を内容とするものになる。さらに、同様の観点から、心神喪失を理由とする非行なし不処分（必要説の帰結）の場合を医療観察法 2 条 3 項 2 号の「無罪の裁判」に当たるとして、医療観察処分の申立てを認める解釈論も展開されている⁴¹⁾。このような解釈論は、犯罪少年の処遇との関係では魅力的なものであるが、現行の少年法と医療観察法の条文解釈としては無理があるし、立法論としても、ただちに実現可能なものであるかは疑問である。ただ、少年処遇における選択肢の拡充という趣旨は、少年法の理念（健全育成）との関係で素直に理解しうるものであり、十分な説得力を持っている。

医療観察法の解釈による処遇選択肢の拡充は、不要説と必要説のいずれの

立場からも主張しうるものであるが、現実的なメリットは、心神喪失少年に対する処遇選択肢の制限につながる必要説の立場にこそ認められる。しかし、現時点でこのような解釈論を展開しているのは、いずれも不要説を前提とする立場に限られている。この点にも、犯罪少年に対する「最適処遇」選択を重視する不要説の姿勢がよく示されている。他方、こうした解釈論を展開する立場は、いずれも、現行少年法の基盤である全件送致主義の堅持を当然の前提としていることにも注意が必要である。特に、必要説を前提として少年保護事件手続に医療観察法の適用可能性を認める場合には、家裁送致前の捜査段階で検察官に事件選別権を認める運用（検察官先議主義）と結びつきやすいものになる。しかし、処遇選択肢の拡充を目指す場合であっても、全件送致主義と家裁先議・専議主義を潜脱するような議論や運用は決して許されるべきものではないのである。

注

- 10) 日本の現行少年法は、多くの国の少年法制が行為時を基準として「少年」を統一的に判断しているのに対して、統一的な年齢基準時を採用していない。行為時基準を明示する条文がある場合（少51条・61条等）を例外として、裁判時・処分時を基準に運用するのが原則になっている。また、少年法は少年年齢の下限を明示していないが、少年院法は、第1種少年院および第3種少年院の収容対象年齢の下限を「おおむね12歳以上」としている（少院4条1項1号・3号）。なお、実務では、11歳の虞犯少年を児童自立支援施設に送致した事例が見られる（東京家裁八王子支決平成17年7月4日家裁月報58巻7号76頁，東京家裁八王子支決平成17年9月9日家裁月報58巻7号82頁）。
- 11) この経緯については、財団法人矯正協会編『少年矯正の近代的展開』（矯正協会，1984年）693頁以下参照。
- 12) 最高裁判所事務総局家庭局「昭和43年2月開催少年係裁判官会同協議概要」家裁月報20巻11号（1968年）81頁は、①旧少年法が「刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為シ」として犯罪少年を広義の触法少年に含めていたのに対し、現行少年法が犯罪少年と触法少年を明確に区別して規定したこと、②有責な行為こそが行為者の人格の現れと見うること、③矯正教育を内容とする保護処分の基礎として責任要件を備えた行為を要求することは刑事政策的な合理性があること、を根拠として、「現行法の解釈としては犯罪少年と認めるのに責任能力など責任要件を具備することが必要〔である〕」とした。

- 13) 丸山雅夫「少年に対する保護処分と責任要件——裁判例の分析を中心として」南山法学 32 巻 1 号 (2008 年) 31 頁以下, 同「少年法における保護処分と責任要件」中谷陽二編集代表『精神科医療と法』(弘文堂, 2008 年) 85 頁以下, 同「審判に付すべき少年 (1)」廣瀬健二編集代表『少年事件重要判決 50 選』(立花書房, 2010 年) 97 頁以下。
- 14) 吉中信人「少年刑法における責任概念」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開 下巻』(信山社, 2014 年) 431 頁注(12)。
- 15) 佐伯仁志「少年法の理念」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) 37 頁以下。
- 16) 吉中・前掲注 14) 443 頁注(64)。
- 17) たとえば, 澤登俊雄「保護処分と責任の要件」同『少年非行と法的統制』(成文堂, 1987 年) 77 頁。
- 18) 平成 16 年 6 月までの裁判例の動向については, 丸山・前掲注 13) 南山法学 32 巻 1 号 54 頁以下参照。
- 19) たとえば, 虞犯少年に対する近時の裁判例として, 東京高決平成 21 年 4 月 7 日家裁月報 61 巻 9 号 184 頁 (境界性人格障害の診断基準をおおむね満たすとの診断), 東京家決平成 22 年 11 月 2 日家裁月報 63 巻 6 号 122 頁 (覚せい剤の乱用による意識障害の疑いの診断), 水戸家裁下妻支決平成 23 年 9 月 29 日家裁月報 64 巻 5 号 112 頁 (適応障害の診断) 等がある。
- 20) 佐伯仁志「少年法における責任能力——アメリカ合衆国での議論を中心として」前掲注 13)『精神科医療と法』82 頁, 83 頁以下。
- 21) 武内謙治『少年法講義』(日本評論社, 2015 年) 130 頁以下。
- 22) 柴田雅司「犯罪少年と責任能力の要否についての一考察——医療観察法と関連付けて」植村立郎判事退官記念論文集『現代刑事法の諸問題 第 1 編 理論編・少年法編』(立花書房, 2011 年) 440 頁。
- 23) 同様の立場として, 小池暁和「『非行少年』と責任能力 (2)(3・完)」早稲田法学 85 巻 4 号 (2010 年) 1 頁以下, 同 86 巻 4 号 (2011 年) 99 頁以下。
- 24) 植松正「刑事責任年齢の検覈」同『刑事法研究 第 1 巻』(有斐閣, 1949 年) 95 頁以下。
- 25) 丸山雅夫「判例批評」田宮裕編『少年法判例百選』別冊ジュリスト 147 号 (1998 年) 120 頁以下参照。
- 26) 丸山雅夫「少年院送致下限年齢の引下げ」刑事法ジャーナル 10 号 (2008 年) 14 頁以下参照。
- 27) 吉中信人「少年刑法の理論」『川端博先生古稀記念論文集〔下巻〕』(成文堂, 2014 年) 845 頁は, 少年法を単線的な「前刑事司法的モデル」としながら, 「保護手続段階における少年刑法上の体系論としては, 主観的違法要素を承認し, 構成要件段階

に故意・過失を配置した上で、責任能力を含む責任要件自体についてはこれを不要とすることも可能である」としている。

- 28) 澤登俊雄『少年法入門〔第6版〕』（有斐閣，2015年）90頁。さらに、同様の趣旨を明示するものとして、岩瀬徹「少年と医療観察法」岩井宜子先生古稀祝賀論文集『刑法・刑事政策と福祉』（尚学社，2011年）138頁，柴田・前掲注22）449頁，吉中・前掲注27）864頁注（20）。
- 29) なお，小池暁和『『非行少年』と責任能力（1）』早稲田法学85巻2号（2010年）57頁以下。
- 30) 多田周弘「少年保護事件におけるデュー・プロセスの実現のための覚書（中）」判例タイムズ634号（1987年）14頁。
- 31) 「少年院の運営について」平成3年6月1日法務省矯教1274矯正局長依命通達，「少年院における教育課程の編成，実施及び評価の基準について」平成8年11月27日法務省矯教2952矯正局長通達。さらに，西口芳伯「京都医療少年院の紹介」京都学園法学44号（2004年）70頁。また，榊屋二郎「精神障害を抱えた非行少年の矯正——医療少年院の立場から」青少年問題657号31頁は，「精神障害を抱えた非行少年の矯正において矯正教育と矯正医療は車の両輪」であるとしている。
- 32) 法務省矯正局編『新しい少年院法と少年鑑別所法』（矯正協会，2014年）31頁以下，「少年院における教育課程の編成，運営及び評価の基準について」平成27年5月14日法務省矯少95矯正局長通達。
- 33) 西口芳伯「少年法における司法目的と医療手段の矛盾」法と精神医療23号（2008年）21頁以下参照。
- 34) この点との関係で，虞犯保護事件ではあるが，精神分裂病（現在の病名は統合失調症）と診断されて医療少年院送致となった23歳の対象者に対する収容継続申請事件について，医療少年院での治療効果が見込めないとする法務技官等の証言にもとづいて，犯罪的危険性の残存は「精神分裂病に必然的に随伴する程度のもので」，「最早少年院における保護の限界を越えている」ため「今後の治療は，通常精神病院に委ねるべきである」として，精神病院への入院の調整を図ったうえで申請を却下した裁判例（松山家決昭和35年10月15日家裁月報13巻1号180頁）が興味深い。なお，特に児童精神病棟での医療的措置について，吉岡眞吾「非行と児童精神医学をめぐって——臨床精神医学の立場から」青少年問題657号18頁以下。
- 35) さらに，渡邊一弘「少年の刑事責任能力」法と精神医療23号18頁，高岡健『精神鑑定とは何か 責任能力論を超えて』（明石書店，2010年）170頁以下。
- 36) 精神保健福祉法上の任意入院（精神保健20条）は本人の同意を前提とし，医療保護入院（精神保健33条1項）も家族等の同意を要件としている。また，検察官の通報にもとづく措置入院（精神保健24条）の場合も，都道府県知事による措置入院（精神保健29条1項）となることから，自傷他害のおそれの存在が要件とされるた

め、社会に放置される可能性が全くないというわけではない。

- 37) 最高裁判所事務総局家庭局・前掲注 12) 81 頁以下。
- 38) 白木功/今福章二/三好圭「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律（平成 15 年法律第 110 号）について」法曹時報 56 卷 10 号（2004 年）31 頁注(5)。
- 39) 柴田・前掲注 22) 439 頁。
- 40) 内容の詳細については、岩瀬・前掲注 28) 143 頁以下、同「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 2 頁以下、参照。さらに、柴田・前掲注 22) 444 頁以下。
- 41) 守屋克彦/斉藤豊治編集代表『コンメンタール少年法』（現代人文社、2012 年）89 頁〔加藤学〕。

IV 犯罪少年に対する鑑定とその意義

(1) 発見過程における鑑定とその意義

1 逆送以前の段階（捜査段階と家裁係属後）をも含めた広義の少年刑事事件においては、これまでも、鑑定が実施される事案の存在は決して珍しいものでなかった。非行少年に対する鑑定は、成人事件における場合（責任能力鑑定にはば限定されている）と異なり、要保護性の解明とその解消を図る（最適な処遇を選択する）もの（情状鑑定）として特に重要な役割を果たしてきたからである。そのため、家裁送致後に鑑定（留置）が実施され、その結果が処遇選択に反映される事案も多く見られた。他方、2000 年の少年法改正前後からは、犯罪少年に対して、捜査段階で、成人事件の場合と同様の責任能力鑑定を実施する例が増加しているようである。そうした状況は、責任必要説の実務が支配的になったことと無関係ではないと思われる。必要説は、犯罪少年についても、成人と同様の刑事責任能力の存在を少年保護事件の審判条件として要求することから、その有無を確認するための責任能力鑑定の実施が当然視されることになるからである。そこで、次に、2000 年改正以降に増加傾向が指摘されている犯罪少年に対する発見（捜査）段階での責任能力鑑定を中心に、必要説と不要説のそれぞれの立場について、鑑定の意義と内容、役

割を検討しておく。

2 特則が存在する限りにおいて刑法・刑訴法に優先適用される少年法は、捜査段階での少年刑事事件の鑑定については特則を規定していない。したがって、犯罪容疑少年の捜査段階においては、検察官による嘱託鑑定（刑訴 223 条 1 項）が認められるし、鑑定留置（刑訴 224 条）も認められる。また、検察実務で広く行われている、被疑者の同意にもとづく精神科診断（簡易精神鑑定）も排除されることはない。そして、捜査段階における犯罪容疑少年の鑑定（起訴前鑑定）の一般的意義は、刑事事件の公判段階で実施される鑑定（刑訴 165 条以下）と異なるところがないものとされている⁴²⁾。したがって、こうした鑑定の性格からすれば、それは、刑事責任能力の有無だけを判断するものに限られないから、不要説の立場においても捜査段階での鑑定がただちに不要とされることにはならない。不要説も、事案の真相や少年の要保護性を解明するために鑑定（情状鑑定）を活用することは当然に認めているからである。また、逆送の可能性が否定されている司法警察員からの直送事件（少 41 条）を別にして、少年刑事事件として扱われる可能性が認められている以上（少 20 条）、逆送判断時または逆送後に責任能力の有無が問題になることが予想される事案においては、事件からの時間的経過が大きい捜査段階で少年の精神状態（責任能力の有無）を確認することの意義も否定できない。他方、必要説においては、情状鑑定の実施は当然のこととして、逆送の可能性のない直送事件を含めて、「審判条件としての責任要件（刑事責任能力）」の有無を判断するために、刑事責任能力鑑定がありうることになる。

こうした状況のもとで、社会に大きな衝撃を与えたような事件では、事案の客観的な真相だけではなく、少年の内心や動機が必ずしも明らかでない（了解が困難）との理由にもとづいて、捜査段階での鑑定が活用されてきた。たとえば、2000 年の豊川事件や佐賀バスジャック事件もそのようなものであったし、2014 年の佐世保事件や 2015 年の名古屋事件も記憶に新しいところである。これらの事案における鑑定は、いずれも、責任能力の有無だけを問題にするものではなく、動機の解明をはじめとして要保護性の内容にも言

及するものであった。その意味で、不要説の立場においても、こうした鑑定には一定の意義を認めることができる。他方、1997年に発生した神戸児童連続殺傷事件（14歳の男子中学生が5名の児童を殺傷した事件で、被害男児の頭部を切断したうえ「酒鬼薔薇聖斗」名義の犯行声明文を添えて中学校の正門前に置いたり、新聞社に声明文を送るなどした事案）においては、社会に大きな衝撃を与えただけでなく、動機の不可解さや犯行の異常性等が顕著に見られたものの、家裁送致後に精神鑑定が実施された一方で、捜査段階での鑑定は行われなかったようである。これは、当時、逆送判断時に16歳未満の少年の逆送を禁止する明文があったために（少20条但書〔2000年改正前〕）、刑事処分を受ける事実上の可能性がなかったことによるものであったのかもしれない。そうであったとすれば、捜査段階での鑑定は、2000年改正以前から、責任能力の有無の判断を中心として考えられていたことになる。

3 情状鑑定と責任能力鑑定のいずれを重視するかは別にして、少なくとも責任能力の有無の判断との関係では、不要説と必要説のそれぞれで、結論の扱いが大きく異なりうることに注意を要する。不要説においては、責任能力は審判条件にならないことから、その有無にかかわらず全件が家裁送致されることになるため、捜査段階での責任能力鑑定はそれ自体としては特段の意義を有するものとはならず、将来的に逆送される場合を想定したものになりえない。責任能力の有無をはじめとする少年の精神状態は、事実上、要保護性の解明と最適な処遇を選択する際の資料としてのみ扱われることになる。

他方、必要説の見解を一貫すると、責任能力の有無によって、全件送致主義と家裁先議主義（現行少年法の基盤）を揺るがしかねない事態が生じる可能性があることに注意しなければならない。まず、捜査段階での責任能力鑑定によって完全責任能力ないしは限定責任能力と判断される場合には、少年保護事件における審判条件としての責任要件が備わっていることから、何らの問題も生じる余地がない。必要説の立場は、責任無能力（責任要件を欠く）少年だけをその後の手続から離脱させることを内容とするものだからである。

責任無能力でない少年については、検察官は、事案の内容に応じて「刑事処分相当」の処遇意見をつけて事件を家裁に送致することになる（規則8条3項）。捜査段階で責任能力が問題にされた事案のほとんどは、このような形で運用されていたものであったし（東京家決平成11年9月17日家裁月報52巻3号72頁，前掲新潟家裁長岡支決平成19年2月5日，前掲水戸家裁土浦支決平成22年2月17日等），2014年の佐世保事件と2015年の名古屋事件も責任能力には全く問題がないとして家裁送致がされている。

これに対して、困難な問題が生じうるのは、必要説を前提として捜査段階で精神鑑定を実施した結果、責任無能力（心神喪失）の判断が示された場合の対応である。こうした場合に必要説を徹底すれば、「犯罪の嫌疑がある」と言えないものとして、検察官には不送致処分とする選択肢があるように思われる。こうした可能性については不要説も認めるところであり、そうであるからこそ、全件送致を確保するためには不要説を採る以外にないとされてきたのである⁴³⁾。たしかに、成人犯罪における不起訴裁定事由は少年犯罪の不送致処分の場合にも準用が明示されていることから（事務規程75条1項後段・2項15号）、心神喪失少年については不送致処分とするのが筋であるようにも思われる。しかし、そうした運用を認めることは、現行少年法の理念と基本構造を根底から崩してしまうものであり、妥当なものとは思われない。逆送されて少年刑事裁判手続に係属するまでの（少年保護事件手続のもとにある）犯罪少年については、もっぱら少年法1条の目的（健全育成）が妥当し、刑法1条の目的（刑罰による社会的非難）が及ぶことはありえない。したがって、少年法41条前段・42条1項前段にいう「犯罪の嫌疑」は、少年保護事件との関係では、犯罪構成要件に該当する違法な行為であれば足り、非難の前提となる責任要件の充足は必要がないものと解すべきである。必要説に立つにしても、専門機関としての家庭裁判所の先議・専議権を否定しない以上は、少なくとも、家庭裁判所の専門的判断を確保するためにも、責任能力の有無にかかわらず全件を家裁に送致するものでなければならない⁴⁴⁾。もともと、このような全件送致の運用は、必要説を前提とする実務においても当

然に実践されているとの指摘が見られる⁴⁵⁾。その意味で、必要説においても、捜査段階で判明した責任無能力を理由として不送致処分を認めるまでの立場は存在しないようである。こうした運用が実務で完全に確立しているかどうかは明らかでないが、必要説を前提とする裁判例のなかに、全件送致主義に忠実な運用をうかがわせるものがある点は興味深い⁴⁶⁾。こうした運用からもうかがわれるように、必要説に立つ場合であっても、全件送致主義の遵守を当然の前提とすべきであり、責任無能力にもとづく不送致処分は認めるべきでないと思われる。ただ、そうした運用による場合には、捜査段階での責任能力鑑定の意義は、その結果が不送致処分を導くものにはなりえないことから、家裁に事件送致する際の検察官の処遇意見に反映されるだけにとどまることになる。

(2) 少年保護事件手続における鑑定とその意義

1 家庭裁判所に事件が送致された後には、少年法の条文を根拠とする鑑定が認められることになる(少14条1項)。他方、刑訴法165条以下に規定する「公判精神鑑定」は、少年保護事件手続に係属している少年については問題になりえない。刑訴法の「適用」は、少年刑事事件手続への係属を前提とするものだからである。

少年の要保護性を解消するための最適な処遇選択を目的とする少年保護事件手続においては、その前提として、当該少年に内在する問題性(要保護性)ができるだけ詳細に解明される必要がある。そのために、少年法は、全件調査主義を前提として(少8条)、広範な関係者と事項に関する科学的な社会調査を要請するとともに、少年鑑別所の鑑別結果を活用することを要請している(少9条)。さらに、非行事実の正確な認定だけでなく、要保護性を基礎づけている事実を解明するためにも、証人尋問等の強制処分を認めている(少14条・15条)。鑑定もそうした強制処分のひとつであり、「被告人」を「少年」と読み替え、「弁護人」を「付添人」と読み替えたとうえで、刑訴法165条以下

168条と170条以下174条、および刑訴規則128条以下135条を「準用」して運用される。したがって、鑑定留置（刑訴167条）も当然に認められ、鑑定留置中は観護措置期間の進行が停止される扱いになっている。

2 少年保護事件手続における鑑定の目的と内容としては、犯罪少年の場合、通常、責任能力の有無の判断と要保護性を解明するための、ふたつのもの（責任能力鑑定と情状鑑定）が併存しうる⁴⁷⁾。したがって、それらの結果の扱いが、必要説と不要説とで異なることになる。必要説によれば、責任無能力が確認された場合には、審判不開始決定または不処分決定によって終局し、責任能力が認められる場合には、刑事裁判手続への送致を含めて、鑑定で明らかにされた要保護性の内容がその後の処遇選択に利用されることになる。1997年の神戸児童連続殺傷事件や2000年の豊川事件および佐賀バスジャック事件をはじめとして、必要説に立つ（と思われる）裁判例は、いずれも、このような形で運用されてきたものである。他方、不要説によれば、責任無能力は審判不開始決定・不処分決定を導くものではないため、責任能力の有無とは無関係に、鑑定で明らかにされた精神状態を含めた要保護性の内容がその後の処遇選択に利用されることになる。

（3） 少年刑事裁判手続における鑑定とその意義

1 検察官に逆送されて刑事裁判手続に係属した犯罪容疑少年については、55条移送⁴⁸⁾が認められた場合を除いて、刑罰による社会的非難（刑事処分）の対象になることから、犯罪成立要件として刑事責任能力の存在が当然に要求されなければならない。この段階では、必要説と不要説との間に対立はありえず、責任能力の存在が疑われる少年については、公判精神鑑定（刑訴165条以下）にもとづいて責任能力の有無が判断されることになる⁴⁹⁾。医療観察法における犯罪少年の扱いも、このような事態を念頭においたものである。もともと、必要説によれば、少年保護事件手続段階で責任無能力が判明した少年が逆送されることはありえないことから、刑事裁判手続に係属した後に

責任無能力が判明する事態はきわめて例外的なものということになる⁵⁰⁾。
また、少年刑事事件においては、少年法9条（保護事件手続における調査の方針）の趣旨に従うことが要請されていることから（少50条）、精神鑑定以上に、量刑の判断資料としての情状鑑定を重視すべきものであるとされている⁵¹⁾。

2 他方、不要説の立場は、逆送判断との関係で大きな困難に直面する。不要説を一貫すれば、少年保護事件手続では責任能力の有無（責任要件）は問題になりえないから、責任無能力が疑われる場合であっても、少年刑事事件手続で責任能力の有無を判断してもらうために、刑事処分相当として逆送すべきものとされることになる。しかし、このような場合を少年法20条1項の「刑事処分を相当と認めるとき」に含むとする解釈は、やはり無理があるように思われる。不要説を前提とする岩瀬元裁判官の見解が、立法論としての主張にとどまっているのも、このような事情による。しかし、逆送判断は刑事裁判手続への係属（社会的非難としての刑事処分）の可否を問題にするものであるから、不要説の立場においても、そのこととの関係では、少年保護事件手続において責任能力の存否を問題にすることは決して背理となるわけではない。不要説は、少年の犯罪事件の全段階（場面）にわたって責任能力を不要とするものではなく、社会的非難を考慮しなくてよい少年保護事件手続の場面（少年）についての主張だからである。したがって、不要説においても、逆送が想定される犯罪容疑少年との関係では、捜査段階での精神鑑定と少年保護事件手続での精神鑑定のいずれもが、必要説と同様の意義を持つことになると言ってよい。全件送致との関係では必要説を一貫すべきでない一方で、逆送判断に際しては、不要説においても責任能力の有無が重要となるからである。そのうえで、不要説では、少年保護事件手続で責任無能力とされた少年については、審判不開始決定・不処分決定で終局させることはできず、処遇への適格性と適応性が認められる限りで、刑事処分以外の最適な処遇が選択されなければならない。こうした扱いの根本的な理由は、健全育成を目的とする少年保護事件手続と適正な刑罰による責任非難を目的とする刑事裁判手続との間に見られる特有の関係（独立性と連続性）にこそ求められ

る。この意味で、必要説と不要説の対立は、図式的に想定されるほど大きくはないのである。

(4) 補論：触法少年・虞犯少年に対する鑑定とその意義

1 以上のような犯罪少年の場合と異なり、刑法と刑訴法の適用がありえない触法少年と虞犯少年においては、事情が大きく異なっている。必要説を前提とするにしても、犯罪少年に対するような精神鑑定は観念的にも想定されえないからである。もちろん、犯罪容疑少年に対して捜査段階で実施される精神科診断のようなものまでが理論的に排斥されるわけではないが、事実上、実施例はほとんどないように思われる⁵²⁾。むしろ、これらの少年については、家裁送致後の情状鑑定や精神科診断で要保護性を判断したうえで、そこで判明した事情がその後の処遇選択に利用されることが重要である。2003年の長崎触法事件（12歳の男子少年が4歳の男児に性的暴行を加えた後にビルから突き落として殺害した事案）や2004年の佐世保触法事件（11歳の女子少年が同級生の女兒をカッターナイフで刺殺した事案）においても、家裁送致後に精神状態の解明を中心とした鑑定が実施され、児童自立支援施設での強制的措置の要否や期間を判断する際の検討資料とされていた⁵³⁾。また、医療少年院送致決定で終局するような虞犯事件においても、精神状態を中心とした鑑定や精神診断が広く実施されているところである。

2 もっとも、触法少年については、長崎触法事件や佐世保触法事件の発生を契機として⁵⁴⁾、従来の触法事件調査の不都合を是正する形で少年法が改正され（平成19年法律68号）、警察官による触法調査に少年法上の根拠が与えられた（少6条の2以下⁵⁵⁾）。これによって、刑訴法の関連規定の準用のもとに、警察官の嘱託にもとづく鑑定の実施が可能になった。この改正で、触法事件の発見段階で鑑定を実施して事件の真相や動機を解明する方策は整備されたが、少年の精神状態の解明を目的とする鑑定の例が実際に増加するようには思われない。それは、調査のために少年の身柄を拘束することが否定

され、鑑定留置（刑訴 224 条）ができないことが明示されたため（少 6 条の 5 第 2 項）、調査段階で少年の精神状態を判断するよりは、早期に家裁送致をしたうえで保護事件手続において鑑定を活用の方が実際的なもののように思われるからである。その意味で、精神状態を含めた少年の要保護性の解明については、2007 年改正以前と大きな変化はないように思われる。触法調査における鑑定の意義は、押収・搜索・検証といった強制処分と同様に、事案の真相の解明にこそあるものだと言えよう。

注

- 42) 河上ほか編・前掲注 8) 254 頁〔中井〕。
- 43) たとえば、町野朔「保護処分と精神医療」猪瀬ほか・前掲注 15) 85 頁、田宮裕／廣瀬健二編『注釈少年法〔第 3 版〕』（有斐閣、2009 年）63 頁、422 頁、岩瀬・前掲注 28) 138 頁、武内・前掲注 21) 127 頁。
- 44) 岩瀬・前掲注 40) 7 頁。
- 45) たとえば、岩井宣子『精神障害者福祉と司法〔増補改訂版〕』（尚学社、2004 年）334 頁、岩瀬・前掲注 28) 138 頁以下。
- 46) 金沢家決平成 12 年 10 月 18 日家裁月報 53 巻 3 号 100 頁は、行為当時に躁うつ病による精神障害のため、きわめて攻撃的で易怒的症状を呈する重度の躁状態にあった 19 歳の少年に対する業務上過失傷害・傷害保護事件において、検察官が審判開始の意見を付して家裁送致したのに対して、「本件は、いずれも心神喪失者の行為として犯罪とならず、少年には非行がなかった」として必要説を明示したうえで不処分決定をしている。本件では捜査段階での精神鑑定は実施されていないが、検察官としては、心神喪失を確信しながらも全件送致主義に忠実な対応をしたものと推測される。また、捜査段階の簡易鑑定にもとづいて心神喪失を疑いながらも、検察官が医療少年院送致と適切な医療的措置との択一的な処遇意見を付して家裁送致した事案も（大阪家決平成 10 年 12 月 14 日家裁月報 52 巻 10 号 102 頁）、必要説を前提としながら全件送致主義に忠実な対応をしたものと見ることができよう。
- 47) 福島章「少年非行と精神鑑定」日医雑誌 125 巻 9 号（2001 年）1427 頁以下、高岡・前掲注 35) 163 頁以下。
- 48) 55 条移送については、丸山雅夫「少年法 55 条による家庭裁判所への移送」南山法学 38 巻 3・4 号（2015 年）55 頁以下参照。
- 49) 鑑定書については、岡田幸之／安藤久美子／五十嵐慎人／黒田治／樽矢敏広／野田隆政／平田豊明／平林直次／松本俊彦「刑事責任能力に関する精神鑑定書作成の手引き（第 4 版）」精神保健研究 55 号（2009 年）65 頁以下参照。

- 50) この関係で興味深いのが、最判平成 20 年 4 月 25 日刑集 62 巻 5 号 1559 頁の事案である。それは、傷害致死保護事件における統合失調症の少年について、捜査段階での簡易精神鑑定による精神衛生診断書の結果（統合失調症による幻覚妄想状態の増悪で心神喪失の可能性はあるが心神耗弱相当との結論）にもとづいて、必要説を前提として検察官送致された事案である。第 1 審は裁判所の命令による精神鑑定結果（心神喪失〔A 鑑定〕）にもとづいて無罪とし、控訴審では、一件記録を精査した医師 B の見解（心神耗弱）と新たな精神鑑定結果（心神喪失〔C 鑑定〕）を検討したうえで、心神耗弱にとどまるとして懲役 3 年で処断した。これに対して、最高裁は、鑑定の評価について、最終的には法律判断であるとしながらも、合理的な事情がない以上は専門家の判断を尊重すべきだとしたうえで、心神喪失を認めた A 鑑定と C 鑑定を支持して無罪とした。
- 51) たとえば、佐藤隆太/藤原美佐子「付添人レポート」季刊刑事弁護 67 号（2011 年）99 頁以下、本庄武「情状鑑定の活用」同『少年に対する刑事処分』（現代人文社、2014 年）49 頁以下。他方、中谷陽二/岡田幸之/中島直/高岡健「座談会・裁判員裁判下の刑事精神鑑定はどうあるべきか」精神医療（第 4 次）66 号（2012 年）22 頁以下によれば、精神科医の間では、情状鑑定に対する消極的な立場が依然として有力であることがうかがわれる。
- 52) 児童相談所における精神障害少年への対応については、高橋幸成「児童相談所における精神障害少年とのかかわり」青少年問題 657 号 32 頁以下参照。
- 53) 長崎触法事件においては、家裁送致後に、専門家チームによる 2 か月間の精神鑑定が実施された結果、強制措置をつけた最長 1 年間の児童自立支援施設送致決定（少 24 条 1 項 2 号）がされ、2003 年 9 月に男子用施設の国立武蔵野学院に収容された。収容後は、1 年ごとに見直しがされたが、「改善が見られない」として 3 回にわたって収容延長されたうえで、2007 年 9 月に処遇が解除された。また、佐世保触法事件でも、家裁送致後に 3 か月間の精神鑑定を実施した結果、強制措置をつけた最長 2 年間の児童自立支援施設送致決定がされ、2004 年 9 月に女子用施設の国立きぬ川学院に収容された。その後、1 回の収容延長が認められたうえで処遇が解除された。いずれの少年も、施設内で中学校を卒業しているが、その後の動静については必ずしも明らかでない。
- 54) 森田明「触法少年の法的扱いについて」法学教室 280 号（2004 年）38 頁以下。
- 55) 改正の具体的な内容については、川淵武彦/岡崎忠之『『少年法の一部を改正する法律』の概要』ジュリスト 1341 号（2007 年）38 頁以下、岡崎忠之『『少年法の一部を改正する法律』について』刑事法ジャーナル 9 号（2007 年）110 頁以下、川出敏裕「少年法改正」法学教室 324 号（2007 年）6 頁以下、参照。

V 今後の課題

以上、精神障害が疑われる犯罪少年の法的扱いについて、責任要件の要否の問題を検討したうえで、医療観察法をも視野に入れながら、責任要件必要説および不要説の立場と鑑定の意義・内容との関係を検討してきた。本稿の結論は、「非行少年の処遇においては、侵害原理は少年法による干渉の契機として機能すれば足り、さまざまな処遇選択肢（児童福祉法上の福祉的・保護的措置、少年法上の保護処分、精神保健福祉法上の医療措置など）の中から、それぞれの処遇に適合する能力（適格性）の存在を前提として、当該少年にとって最適な手段を選択すべきである」⁵⁶⁾とする立場（不要説）を再確認するものである。ただ、不要説を前提にするとしても、責任無能力が判明している少年を刑事裁判手続に逆送することは、少年法 20 条（刑事処分相当）の文理解釈として無理がある。したがって、不要説は、犯罪に対する責任非難を問題にしないでよい少年の少年保護事件手続段階に限っての主張ということにならざるをえない。責任要件をめぐる従来の議論が、少年事件のすべての段階に共通するものであるかのように扱われてきたことは、その意味で不正確なものであった。不要説の射程は、少年保護事件手続で終局できる事案を前提とするものであることを、改めて確認しておかなければならない。このように考えることによって、不要説の主張も、医療観察法の趣旨と合致するものとなるし、犯罪容疑少年に対する精神鑑定の意義とも整合的な運用が可能になる。他方、必要説も、家庭裁判所の専門性を前提とする全件送致主義と家裁先議・専議主義との関係で、家裁送致前の捜査段階には及ばない（及ぶべきでない）主張であることも、改めて強調しておきたい。

不要説の立場は、非行少年一般における共通の責任要件を想定する場合に理論的な統一性が確保でき、非行少年に対する処遇選択肢の拡充という点でも説得的なものであるが、実務の大勢が必要説に傾斜している現状との関係

では、残念ながら、現実的な運用場面で大きな限界に直面せざるをえない。こうした状況のもとでは、立法論を含めて、非行少年に対する最善の処遇選択を最大限可能にする方策を検討していくしかない。そして、それは、不要説の課題である一方で、必要説こそが応えていかなければならない課題なのである。

注

56) 丸山・前掲注 13) 南山法学 32 巻 1 号 50 頁。

* 本稿は、第 13 回韓南大学校法科大学＝南山大学法学部・法科大学院学術交流会のシンポジウム「韓日刑事法の現代的動向」（2015 年 11 月 2 日に韓南大学校法科大学で開催）で行った報告（原題は「少年犯罪と鑑定——成人刑事事件と比較して」）の原稿に、当日の質疑応答と討論内容を反映させるとともに、大韓民国少年法をも意識して大幅に加筆し、改訂したうえで、注を付したものである。当初は韓南大学校の紀要に掲載される予定であったが、現時点で実現していないため、差し当たり本誌上で公表することにした。

