

## 論 説

少年に対する不定期刑についての  
刑事政策論的考察（１）

小 西 暁 和

- 一 はじめに
  - 1 問題の所在
    - （１）少年に対する不定期刑を巡る現状
    - （２）過去の研究との関係
  - 2 本論の構成
- 二 わが国における少年に対する不定期刑の展開
  - 1 大正11年少年法での少年に対する不定期刑の導入
    - （１）不定期刑の歴史的位置づけ
    - （２）わが国における少年に対する不定期刑の導入
    - （３）大正11年少年法下での少年に対する不定期刑の運用
  - 2 昭和23年少年法における少年に対する不定期刑の規定
    - （１）昭和23年少年法の制定過程と不定期刑
    - （２）平成26年の少年法一部改正における背景
  - 3 検討（以上本号）
- 三 少年に対する不定期刑の再検討
  - 1 不定期刑自体に対する評価
  - 2 少年に対する不定期刑の裁判段階における課題
    - （１）少年の刑事責任と不定期刑
    - （２）裁判員制度における不定期刑の位置づけ
    - （３）不定期刑制度の有する変則性
    - （４）刑の一部の執行猶予と不定期刑との関係
  - 3 少年に対する不定期刑の執行段階における課題
    - （１）不定期刑の執行の現状
    - （２）不定期刑受刑者の処遇に関わる統計

(3) 不定期刑受刑者に対する処遇の内容

4 検討

四 むすび

一 はじめに

1 問題の所在

(1) 少年に対する不定期刑を巡る現状

わが国の少年法では、従来から、少年の被告人に対して相対的不定期刑を科し得るものとされてきた。そして、現在では、裁判員の参加する刑事裁判においても少年の被告人に対して相対的不定期刑が科されている。

ただ、こうした不定期刑の規定に関しても、平成26(2014)年4月に行われた少年法の一部改正を通じて改められることとなった。「少年法の一部を改正する法律」(平成26年法律第23号)による本改正において、少年法52条の不定期刑の規定に関しては、まず、第1に、不定期刑の長期・短期の上限に関する引き上げがなされた。不定期刑の長期の上限が10年から15年に、短期の上限が5年から10年に引き上げられたのである(同条1項)。第2に、無期刑の緩和(51条2項)による場合を除いて懲役又は禁錮について有期の実刑を科す場合には全て不定期刑とした。従来の同項の規定にあった「長期3年以上の」という限定が削除されることとなった。第3に、不定期刑の長期と短期との間の幅に制限を設けている。長期の2分の1、又は長期が10年を下回るときは長期から5年を減じた期間を下回らない範囲内において短期を定めるものとされた(52条1項)。そして、第4に、不定期刑の短期に関して処断刑の短期を下回って定めることができるようにした。上記第3の制限にかかわらず、「少年の改善更生の可能性その他の事情を考慮し特に必要があるときは、処断すべき刑の短期の2分の1を下回らず、かつ、長期の2分の1を下回らない範囲内において」短期

を定めることができるものとしたのである（同条２項）。

こうした改正が行われた一方で、とりわけ裁判官から近時、後述のように、少年に対する不定期刑の廃止論が主張されている。

かかる状況の下で、改めて不定期刑の意義を吟味し、少年法制上に再定位することには意味があるだろう。

また、少年の刑事責任については、理論的位置づけに関する議論が依然として続いている。少年に対する不定期刑の考察を通じてこの点にも触れていきたい。

## （２）過去の研究との関係

別稿では、少年保護司法システムにおける少年審判に際しての責任能力の要否を検討した<sup>(1)</sup>。そして、本検討を通じて「非行少年」における責任の位置づけに関しても考察した。こうした考察により、別稿では、責任不要説の立場を示した。これに対して、本稿では、検察官送致決定後に事件が移行される少年刑事司法システム上の問題として検討していくことになる。過去の研究において扱ってきた少年保護司法システムとは異なる少年刑事司法システム上の少年における責任の意義を考えていきたい。

なお、別稿では、「非行」（あるいは「非行少年」）の成否に関わる場面の責任（成立要件としての責任）について検討対象とした。一方、本稿では、「犯罪」の成否に関わる場面の後の刑の適用に関わる場面の責任について検討対象としている。ただ、刑の適用に関わる場面の責任について検討することを通じて、少年における責任の本質的問題をも考察し得ると考えている。

---

（１） 拙稿『『非行少年』と責任能力（１）～（３・完）』早稲田法学85巻2号（2010年）51-68頁、85巻4号（2010年）1-28頁、86巻4号（2011年）99-125頁参照。また、同「少年法上の『非行』成立要件に関する一考察—『犯罪』・『触法』概念に焦点を当てて—」高橋則夫＝川上拓一＝寺崎嘉博＝甲斐克則＝松原芳博＝小川佳樹編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、2014年）918-925頁も参照。

## 2 本論の構成

本稿では、まず、わが国における少年に対する不定期刑の展開について歴史的観点から論じる。その中で、始めに、大正11(1922)年少年法における少年に対する不定期刑の導入に至る経緯を見ていきたい。そして、次いで、昭和23(1948)年少年法における少年に対する不定期刑の規定がどのような経緯で大正11年少年法から承継されていったかを考察してみる。加えて、平成26年の少年法一部改正に至るまでの過程も確認しておく。

次に、以上の歴史的経緯を踏まえた上で、少年に対する不定期刑の意義について検討し直してみたい。始めに、不定期刑という制度自体に対する評価を確認しておく。そして、近時、展開されてきた少年に対する不定期刑の廃止論の内容についても指摘しながら、少年に対する不定期刑の裁判段階における課題を考えていきたい。その際、少年の刑事責任の性質に関しても触れていくつもりである。その後、同じく少年に対する不定期刑の執行段階における課題をも考察していく。

以上の検討を通じて、現在のわが国における少年に対する不定期刑の抱える問題点が浮き彫りになるものと考えている。

## 二 わが国における少年に対する不定期刑の展開

始めに、わが国において少年に対する不定期刑がどのように展開してきたのかを考察していきたい。

### 1 大正11年少年法での少年に対する不定期刑の導入

#### (1) 不定期刑の歴史的位置づけ

近代の自由刑制度において、受刑者を改善する目的で不定期に拘禁するという思想が現れたのは、18世紀末から19世紀初頭にかけてのことである<sup>(2)</sup>とされる。そして実際に、1835年にドイツのゲオルク・M・オーバーマイ

---

(2) 小川太郎『刑事政策論講義(第3分冊)』(法政大学出版局、1975年)144頁参照。

ヤー（Georg M. Obermaier）がミュンヘン監獄で、また1840年にはイギリスのアレクサンダー・マコノキー（Alexander Maconochie）がオーストラリアのノーフォーク島で不定期刑を実践していった。

しかしながら、不定期刑の制度は、アメリカ合衆国において、より広範に展開していったと言える。1870年に、オハイオ州シンシナティにおいて全米監獄協会（National Prison Association）の初めての総会が開かれ、いわゆる「シンシナティ宣言」（全米監獄協会の原則宣言（Declaration of Principles of the National Prison Association））において不定期刑を採用すべきことが提唱された<sup>(3)</sup>。本宣言では、「監獄の規律の至高の目的は、犯罪者の感化（reformation）であり、報復的な苦痛を課すことではない」（第2条）とされ、また点数制（mark system）に基づいた受刑者の累進階級区分を確立すべきである（第3条）ともされており、受刑者自身の主体的な改善を意図するものであった。そして、その延長線上で、本宣言第8条では、「確定的な刑（peremptory sentences）が不定期の刑に取って代わられるべきである。満足のゆく感化の証明によってのみ制限される刑が、単なる時の経過によって測られる刑の代わりに用いられるべきなのである」とした。本宣言の影響により、次第にアメリカ合衆国の刑事司法において不定期刑主義が採用されていき、また国際監獄会議（International Prison Congress）を通じてその考えが各国へと広まった。実際、1910年の国際監獄会議では初めて、不定期刑に賛同する決議を支持し採択している<sup>(4)</sup>。

他方、「シンシナティ宣言」の1年前となる1869年には、感化のための監獄に収容される者に科す刑について定期性を廃止する立法が必要であるとのゼブロン・R・ブロックウェイ（Zebulon R. Brockway）の主張が汲まれ、エルマイラ感化監（Elmira Reformatory）の設立に関する法律が定め

（３） 本宣言は、後継組織であるアメリカ矯正協会（American Correctional Association）のウェブページで公開されている（[http://www.aca.org/ACA\\_PROD\\_IMIS/docs/1870Declaration\\_of\\_Principles.pdf](http://www.aca.org/ACA_PROD_IMIS/docs/1870Declaration_of_Principles.pdf) [2015年1月16日最終閲覧]）。

（４） See Zebulon Reed Brockway, *Fifty Years of Prison Service: An Autobiography*, Charities Publication Committee, 1912, pp. 385 and 417-418.

<sup>(5)</sup>  
 られた。ブロックウェイは、デトロイト矯正院 (Detroit House of Correction) の長であり、後にエルマイラ感化監の初代の長になった<sup>(6)</sup>。また、勿論、上述の総会の主導者の 1 人であった。こうしたエルマイラ感化監の構想は、「シンシナティ宣言」にも影響を及ぼしていた<sup>(7)</sup>。そして、1876年には、実際に、ニューヨーク州において16歳から30歳までの受刑者 (初犯者であり「救済可能な」(redeemable) 者) を収容するエルマイラ感化監が開設され、不定期刑制度が実施された<sup>(8)</sup>。それは、受刑者の収容期間は不定期であるが、各犯罪の法定刑における刑期の上限を超えてはならないという形式の不定期刑であった<sup>(9)</sup>。そこで、受刑者は、全てが上手くいけば1年でパロールによる釈放を得ることもできた<sup>(10)</sup>。エルマイラ感化監で実施されたいわゆる「エルマイラ制」(Elmira system) では、こうした不定期刑及びパロール制度を採用すると共に、所内での作業及び行動に従って点数を得る点数制と組み合わせられた累進制 (上・中・下の3階級) が取り入れられていた。また、エルマイラ感化監では、教科教育、職業訓練、軍事教練といった内容の処遇も実施されていた。そして、こうした処遇の基盤には、受刑者自身の自発的努力による改善こそが期待されるという観念が据えられていた。更に、こうした感化監は、分類に基づく個別化された処遇を促進した。

その後、不定期刑は、アメリカ合衆国諸州で相次いで採用されていったのである<sup>(11)</sup>。

---

(5) See Frederick Howard Wines, *Punishment and Reformation: A Study of the Penitentiary System*, New ed., Thomas Y. Crowell, 1919, pp. 203–204.

(6) See Brockway, supra note 4, pp. 68–376.

(7) See Wines, supra note 5, pp. 204–205.

(8) See Todd R. Clear, George F. Cole, and Michael D. Reisig, *American Corrections*, 10th ed., Wadsworth, 2013, p. 53–54; Burk Foster, *Corrections: The Fundamentals*, Pearson Prentice Hall, 2006, p. 38.

(9) N.Y. Laws 1877, c. 173.

(10) See Foster, supra note 8, p. 38.

(11) なお、「1946年には、少年については全米に普及し、成人についても38州およ

当初の不定期刑の提唱に際しては、事後的視点からする犯罪者の危険性除去への期待があった。一方では、受刑者の自主性を重んじた改善の効果が強く期待されていた。また他方では、社会的に危険な状態にある者を危険性が除去されるまで隔離し続けるという効果も期待されていたと言える。こうした背景には、従来の定期刑に対する不満があった。つまり、定期刑では、改善や隔離といった、これらの機能に十分に込められていないと考えられていた。

このようにして、従来型の刑の弊害回避の手段としての（青少年に対する）不定期刑の適用が実践されていった。そして、こうした過程を経て、エルマイラ制という１つの理想像が生み出されていったとも言えよう。ただ、エルマイラ感化監自体は、現実には、過剰収容や体罰の多用など様々な問題を抱えていた。<sup>(12)</sup>

## （２）わが国における少年に対する不定期刑の導入

こうした不定期刑の制度は、わが国では少年に対して導入されることになった。

では、大正11年の少年法（大正11年法律第42号。いわゆる「旧少年法」。以下、「大正11年少年法」と言う）制定時に、どのように不定期刑が導入されたのだろうか。

不定期刑の導入において重要な役割を果たしたのが、まず、小河滋次郎であったと言えよう。小河が、明治33（1900）年にエルマイラ感化監<sup>(13)</sup>を実地調査し、その後、わが国の刑事法制への不定期刑制度の導入を試みた。ただ、小河はエルマイラ制の内容を「一種ノ感化教育法」として捉えており、導入を試みようとした不定期刑も、刑罰としてではなく、未成年者及

---

び連邦の刑法が、これを採用した」とされている。（森下忠『刑事政策大綱〔新版第2版〕』（成文堂、1996年）63頁）。

(12) See Foster, *supra* note 8, p. 39.

(13) 莊子邦雄「不定期刑制度の意義と常習犯人の処遇」小川太郎編『矯正論集』（矯正協会、1968年）21-22頁参照。

び若年成人を対象とした「特別懲治処分ノ一種」として位置付けられたものであった。<sup>(14)</sup>なお、小河は、大正 9 (1920) 年に「非少年法案論」としてわが国における少年法の制定自体には反対の意見を述べ、代わりに既存の感化法による制度を改良していくべきことを論じた。<sup>(15)</sup>

「刑」は、「刑罰的要素と処分的要素が事実上混在している」とされる。<sup>(16)</sup>こうした観点から、不定期刑は、「刑」における「処分的要素を顕在化」させたものとして評されている。小河による不定期刑の理解は、こうした性質を捉えていたものと考えられるだろう。

また、泉二新熊も、不定期刑の導入において重要な役割を果たしていたと言える。泉二も、エルマイラ感化監において実施したものを不定期刑の「嚆矢」とし、その成果を高く評価していた。ただ、そもそも、大正 11 年少年法の起草に関わった泉二は、絶対的不定期刑の導入を図っていた。泉二によると、「不定期刑の問題は、…私達の考としては本当に不定期刑で、長期も短期も定めないで言渡して、さうして改悛の実をあげた時を標準にして釈放するといふことにするのが、最初の案でありまして、相当仕舞ひ頃まで行つたのであります。起草委員会もそれで通つたのですが、大正八年の記録を見ると、一月二十六日とかであります、其の時の会議で、矢張り長期短期を決めて今日のやうなことになつてしまつた。それまではずつと本当の不定期刑の形式で来て居つたのであります」といった経緯があったとされる。<sup>(18)</sup>事実上の効果を重視して、教化改善が達成されない限り少

(14) 小河滋次郎「不定期刑ノ制度ニ就テ」法学協会雑誌 24 卷 11 号 (1906 年) 1510 頁、1523 頁参照。

(15) 「〔資料 118〕小河滋次郎『非少年法案論』(大正九年一月)」森田明編著『大正少年法 (下) 日本立法資料全集 19』(信山社、1994 年) 1155-1178 頁。

(16) 須々木圭一『刑事政策』(成文堂、1969 年) 119 頁。

(17) 泉二新熊『刑事学研究』(集成社、1920 年) 393-394 頁、396-397 頁、同「不定期刑の執行に就て」刑政 36 卷 3 号 (1923 年) 4-8 頁、同「不定期刑」松井和義=牧野英一編『行刑論集「刑政」第五百号記念』(刑務協会、1930 年) 465 頁、469 頁参照。

(18) 泉二新熊『法窓余滴』(中央公論社、1942 年) 135 頁。また、泉二は、「今から



年を収容し続けることが理想とされていたことが分かる。なお、泉二は、少年法において導入し、運用を図った後には、成人の常習犯罪者へと不定期刑の対象を進展させようとしていた。<sup>(19)</sup>

実際に、大正3（1914）年に谷田三郎が泉二及び山岡萬之助と共に調査起草した少年法案においては、絶対的不定期刑が取り入れられていた。これが、「少年法案（第1次成案＝谷田案）」（大正3年3月1日）とされるものであり、10条1項で「有期ノ懲役又ハ禁錮ハ刑期ヲ定メスシテ之ヲ言渡スコトヲ得」とされ、同条2項で「前項ノ言渡ハ本人改悛ノ状アルニ至ルマテ之ヲ執行ス但其罪ニ付キ定メタル刑ノ長期若クハ十年ヲ超ユルコトヲ得ス」と<sup>(20)</sup>されていた。一応、執行期間の上限はあった。その後の「少年法案（大正3年12月18日案）」<sup>(21)</sup>でも規定は全く同じであった。

更に、「少年法案（第2次成案）」（大正7（1918）年12月10日）では、「有期ノ懲役又ハ禁錮ハ刑期ヲ定メスシテ之ヲ言渡シ執行ノ成績ニ依リ決定ヲ以テ其終期ヲ定ム」（8条）とされ、より徹底した絶対的不定期刑が採用<sup>(22)</sup>されている。

---

顧みて見ると、どうも裁判が少年法の精神を十分に呑込み切れない。最近はさういふことはないかも知れませぬが、裁判上時々六ヶ月以上一年以下といふ不定期刑の言渡があつたが、これは十分少年法の精神を呑み込んで居ない証拠であります。さういふやうな状態でありますから、矢張り我々の最初の案が通つたならば、少年保護の為に宜かつたらうと思ふ」と述べている。（泉二・同上135-136頁）。そして、「其の当時不定期刑の執行方法としての仮出獄を如何にして決定するか、といふ問題に就いては裁判所で決定させようといふ説もあり、委員会を設けようといふ説もあつた。我々は、後説の方が不定期刑の本質に適合するものと考えて居た。即ち仮出獄に就いて特別の委員会でも設けようといふ考であつたのです」とも述べる。（泉二・同上136頁）。

(19) 泉二・前掲注(17)「不定期刑の執行に就て」13頁参照。

(20) 「〔資料30〕少年法案（第一次成案＝谷田案）（大正三年三月一日）」森田明編著『大正少年法（上）日本立法資料全集18』（信山社、1993年）338頁。また、矯正協会編『少年法施行60周年記念出版 少年矯正の近代的展開』（矯正協会、1984年）292頁も参照。

(21) 「〔資料44〕少年法案（大正三年一二月一八日案）」森田明編著『大正少年法（上）日本立法資料全集18』（信山社、1993年）421頁。

しかし、一転して、その後の「少年法案（第3次成案）」（大正8（1919）年2月24日）では、相対的不定期刑が規定されるに至った。8条1項で「少年ニ対シ長期三年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ヲ以テ処断スヘキトキハ其ノ刑ノ範囲内ニ於テ短期ト長期トヲ定メ之ヲ言渡ス但シ長期ハ十年ヲ超ユルコトヲ得ス」とされ、また同条2項で「刑ノ執行猶予ノ言渡ヲ為スヘキ場合ニハ前項ノ規定ヲ適用セス」とされたのである。<sup>(23)</sup> 泉二が言及するように、大正8年1月26日に、なぜ相対的不定期刑になったのだろうか。この点、絶対的不定期刑は行き過ぎという批判が見られていた。その後の第45回帝国議会衆議院における少年法案についての説明でも、「本案ニ於テハ極端ナル主義ヲ採用セズシテ」<sup>(24)</sup> という形で絶対的不定期刑の不採用について答弁されていた。当時も「責任一応報」の筋道から、改善効果を過大評価する不定期刑に対して強い批判が主張されていた。例えば、後期旧派に立つ大場茂馬も、不定期刑を採用した場合、責任に応じた刑罰を量定して科すという「判事ノ任務ヲ否認スル」ことになり、また刑罰が「応報的性質」を失い一種の保安処分に変質させられると論じていた。<sup>(25)</sup> こうした不定期刑に批判的な立場では、規範的視点から責任に応じた科刑が求められるのであり、定期刑の要請が働く。やはり「刑」における「刑罰的要素」をこそ重視すべきものとされることになる。

その後、<sup>(26)</sup> 「少年法修正案」（大正8年6月29日）を経て、議会に提出され

(22) 「〔資料46〕少年法案（第二次成案）（大正七年一二月一〇日）」森田明編著『大正少年法（上） 日本立法資料全集18』（信山社、1993年）431頁。

(23) 「〔資料48〕少年法案（第三次成案）（大正八年二月二四日）」森田明編著『大正少年法（上） 日本立法資料全集18』（信山社、1993年）438頁。

(24) 「〔資料103〕衆議院少年法案外一件委員会議録（第五類第一〇号）第三回（大正一一年二月一七日）」森田明編著『大正少年法（下） 日本立法資料全集19』（信山社、1994年）1000頁。

(25) 大場茂馬『刑事政策大綱』（中央大学、1909年）95-97頁参照。また、同『刑法総論（上巻）』（中央大学、1912年）56-57頁も参照。

(26) 「〔資料52〕少年法修正案（大正八年六月二九日）」森田明編著『大正少年法

た最終的な法案の文言（立法化された文言と同一）となった。

大正11年少年法の立法過程を更に見ていこう。大正11年少年法案における不定期刑導入時の政府の説明では、少年に対する刑において図られる「教養の目的」を達することが出来ないという短期自由刑の弊害を回避するために不定期刑を導入したものとされている<sup>(27)</sup>。では、不定期刑の導入が、なぜ短期自由刑の弊害回避になるのだろうか。この背景として、処断刑の範囲内で長期10年を上限とし、少年の被告人について予測される改善の見込みを基に不定期刑の長期を定めるべきものとの考えがあったと言えるだろう<sup>(28)</sup>。これは、責任に応じた刑を不定期刑の長期に見出そうとする昭和23年少年法時代に強まっていった考えとは大きく異なるものである。そのため、短期自由刑に処せられ得るような少年に対しても比較的長い期間をかけて「教化」が図られ得ることになる。また、言い渡される不定期刑の短期に少年法上で下限を設けず、飽くまでも裁判官の裁量に委ねること

---

（上） 日本立法資料全集18』（信山社、1993年）451頁参照。

(27) この点、「次ハ少年ニ対スル刑事処分ニ対スル、即チ刑法ノ例外規定デアリマスルガ、元々少年ニ対シテ刑ヲ科シテ懲戒致シマスルノモ、一面ニ於テハ教養ヲ主眼トシナケレバナリマセヌカラシテ、其教養ノ目的ヲ達スル精神カラ致シマシテ、犯時年齢十六歳未満ノ者ニ就テハ、死刑若クハ無期刑ヲ科セス、斯ウ云フ事ヲ原則ニ立テマシタ、又短期ノ自由刑ト云フモノハ、今ノ目的ヲ達スルコトニ就テ当ヲ得マセヌカラ、所謂不定期刑ノ制度ヲ採用致シマシテ、言渡ニ就テハ短期ト長期トヲ定メテ言渡スコトニ致シマシタ」とされていた。（第42回帝国議会衆議院第1回少年法案外一件委員会議録（鈴木喜三郎司法次官の少年法案立法趣旨の説明）。また、「〔資料66〕衆議院少年法外一件委員会議録（第五類第六号）第一回（大正九年二月六日）」森田明編著『大正少年法（上） 日本立法資料全集18』（信山社、1993年）517頁、重松一義『少年懲戒教育史』（第一法規出版、1976年）603頁参照）。

(28) 泉二新熊「不定期刑論」刑政39巻12号（1926年）15頁、同・前掲注（17）「不定期刑」464-465頁参照。実際、大正11年少年法施行後には、「成年犯人カ窃盗又ハ詐欺等ノ犯罪ニ付一年前後ノ懲役ニ処セラルヘキ場合ニ在リテモ少年犯人ハ多クハ一年以上三年以下ノ不定期懲役ニ処セラレ而モ長期接近ノ時期ニ非サレハ釈放セラレサルヲ通例トスルノ実況」があったとされる。（泉二・同上「不定期刑」464頁）。また、泉二は、長期と「短期との間に成るべく長い開きを置くことが必要」であると論じていた。（泉二・同上「不定期刑論」15頁）。

で、短期自由刑に処せられ得るような少年に対して、より柔軟な処遇を与えることができるとも考えられていたようである。大正11年2月の「少年法案理由」では、8条の規定に関して、「本条ニ於テハ不定期ノ最短期ニ付制限ヲ明示セスシテ裁判官ノ裁量ニ譲リタリ。短期自由刑ノ弊害ニ於テハ世既ニ定評ノ存スル所ニシテ、此点ニ関シテハ裁判官ニ於テ相当ノ裁量ヲ為シ得ヘキモノト認メタリ」との理由が示されていた。<sup>(29)</sup>

こうして大正11年少年法が制定され、8条に不定期刑の規定が置かれることになった。<sup>(30)</sup> この大正11年少年法8条の規定は、昭和23年少年法（昭和23年法律第168号。以下、「昭和23年少年法」と言う）52条にほぼそのままの内容で引き継がれている。

ただし、いくつか注意すべき相違点がある。昭和23年少年法との年齢の区分の違いである。

まず考慮すべきなのは、大正11年少年法では少年年齢は18歳未満であったということである。そのため、処断刑が有期刑のとき、裁判時18歳・19歳の者（現在のいわゆる「年長少年」）については成人としての刑が科された。

また、大正11年少年法7条1項では、犯行時16歳未満の者には死刑及び無期刑を科さないものとされ、処断刑が死刑又は無期刑のときは10年以上15年以下の範囲内で懲役又は禁錮を科すものとされていた。刑の緩和に関

---

(29) 「[資料98] 少年法案理由（大正一一年二月）」森田明編著『大正少年法（下）日本立法資料全集19』（信山社、1994年）928頁。なお、本理由書では、処断刑の長期3年未満の場合には不定期刑を宣告する価値がないため定期刑を科すべきものとし、また刑の執行猶予を言い渡す場合には刑の執行を行わないことが前提のため不定期刑を適用しないものとした旨が説明されている。

(30) 大正11年少年法8条では、1項で「少年ニ対シ長期3年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ヲ以テ処断スヘキトキハ其ノ刑ノ範囲内ニ於テ短期ト長期トヲ定メ之ヲ言渡ス但シ短期5年ヲ超ユル刑ヲ以テ処断スヘキトキハ短期ヲ5年ニ短縮ス」とし、2項で「前項ノ規定ニ依リ言渡スヘキ刑ノ短期ハ5年長期ハ10年ヲ超ユルコトヲ得ス」とされ、また3項で「刑ノ執行猶予ノ言渡ヲ為スヘキ場合ニハ前2項ノ規定ヲ適用セス」としている。

する規定である（なお、同条２項で、皇室に対する罪と尊属殺人罪については適用が除外された）。年齢による区分を整理すると、まず、犯行時16歳・17歳の者（現在のいわゆる「中間少年」）については死刑及び無期刑が科され得た。また、裁判時18歳未満であれば、これまで論じてきたように、処断刑が長期３年以上の有期の懲役又は禁錮の刑の場合には、短期５年又長期10年を上限とする不定期刑とされた。次に、犯行時14歳・15歳の者（現在のいわゆる「年少少年」）については（裁判時16歳以上でも）死刑及び無期刑が回避された（10年以上15年以下の範囲内で懲役又は禁錮とされた）。また勿論、犯行時14歳未満の者については犯罪が成立しない。

以上のように考えると、大正11年少年法の時代には、①不定期刑の対象となる少年の範囲（裁判時14歳から17歳までの者）が昭和23年少年法に比べるとより低い年齢層であったこと（死刑・無期刑の緩和（犯行時14歳・15歳の者のみ）も同様）が分かったと共に、②死刑及び無期刑と10年という不定期刑の長期の上限との間も殊更に懸隔のあるものとは認識されていなかったことが推察される。そもそも当時の刑法では、有期刑の上限も15年（12条、13条）（有期刑の加重の上限も20年（14条）、また死刑・無期刑からの減輕刑の上限も15年（68条１号・２号、71条））であった。後述のように、昭和23年少年法の不定期刑の規定を巡っては次第に不整合が生じてくるのだが、上記の背景からも、大正11年少年法の時代に不定期刑の規定自体について特に改正の動きは見られなかった。

### （３）大正11年少年法下での少年に対する不定期刑の運用

少年法制定と同じく大正11年には「監獄官制」が改正され、「刑務所」の名称が用いられることになった。そして、そこで、「刑務所」とは異なる「少年刑務所」の種別が置かれることともなった。従来の「分監」たる「未丁年監（少年監）」を「少年刑務所」として独立して位置付け<sup>(31)</sup>た。その

(31) 監獄法（明治41（1908）年法律第28号）の上では飽くまでも監獄であったが、「二月以上ノ懲役ニ処セラレタル」18歳未満の者については「特ニ設ケタル監獄又

趣旨として、「少年刑務所」では、「刑務所」とは異なり、新たに制定された少年法に対応して「薫育主義」を基軸として刑の執行が行われるべきものとされたのである。<sup>(32)</sup> とりわけ、少年刑務所は、新しく導入された不定期刑を言い渡された少年受刑者を主として収容することになった。大正11年少年法の施行時期には、現在の少年院に該当する矯正院が十分に設置されておらず（第2次世界大戦終結時までに7施設）、多くの場合「犯罪少年」は少年刑務所に収容された。

不定期刑の下での具体的な処遇方法は、各刑務所の裁量に委ねられていた。特に、少年受刑者を犯状・性格等により複数組に分類し、各組にそれぞれ処遇内容に差異のある1級（施設によっては更に特別級）から3級までの階級を設けた上で、行状良否・作業勉否などについて点数により成績評価をして進級の可否を判断するという方法などが見られた。<sup>(33)</sup> なお、不定期刑の執行に関しては、昭和15（1940）年刊行の『新監獄学』において正木亮により、少年刑務所では「処遇の基本として累進制度を採用し」、また「感化の手段は教誨、教育および作業の三方法に力が注がれ」ており、「故に、わが少年不定期刑はその内容、実質ともにエルマイラ制と異なるところがない」と評されている。<sup>(34)</sup>

また、少年刑務所において不定期刑の執行に応じて整備された仮釈放時期の決定手続は、昭和6（1931）年の「仮釈放審査規程」（昭和6年5月25

---

ハ監獄内ニ於テ特ニ分界ヲ設ケタル場所」に拘禁するものと定められていた（2条1項）。また、大正11年少年法でも懲役又は禁錮の言渡しを受けた少年に対しては「特ニ設ケタル監獄又ハ監獄内ノ特ニ分界ヲ設ケタル場所」で刑を執行するものとされ（9条1項）、本条文が少年刑務所設置の法律的な根拠とされた。本条文は、昭和23年少年法でも56条において引き継がれている。

(32) 「行刑法規改正ノ趣旨」刑政35巻11号（1922年）1-2頁参照。

(33) 小野義秀『監獄（刑務所）運営120年の歴史—明治・大正・昭和の行刑—』（矯正協会、2009年）621頁参照。また、矯正協会・前掲注（20）567-637頁参照。こうした方法は、イギリスのボースタル施設やドイツのヴィットリッヒ少年監における処遇も参考にされた。

(34) 正木亮『新監獄学』（一粒社、1968年）111頁。

日行甲第1128号司法省訓令<sup>(35)</sup>）に反映されることとなった。更に、この時期の少年刑務所における処遇の試みは、昭和8（1933）年の「行刑累進処遇令」（昭和8年司法省令第35号）を定めるに当たって参考とされた。

しかし、大正11年少年法下での不定期刑の執行も問題を抱えていた。

そもそも、本法施行当初より、不定期刑の短期経過後で長期に達する前の釈放は、刑の執行の終了でなく、全て仮釈放として取り扱われていた。<sup>(36)</sup>これに対し、こうした運用は、不定期刑制度の本来の趣旨を外れるものとして論じられていた。<sup>(37)</sup>その後、昭和15年に、不定期刑の短期経過後の者について、仮釈放の他に、刑の執行の終了として釈放できるものとした<sup>(38)</sup>。『行刑統計年報』によると、こうした刑の執行の終了による「不定期刑釈放者」数は、昭和16（1941）年が151名（なお、同年の少年（18歳未満）新受刑者数は568名）、昭和17（1942）年が93名（同766名）、昭和18（1943）年が166名（同1,037名）といった数値であった。積極的に運用されていたとも評し得るが、戦時体制下であったことは無視できない。この数値の背景には、労働力の確保、予算の逼迫等の側面もあったと推察される。

また、仮釈放を担保する仕組みが未整備であることも挙げられていた。<sup>(39)</sup>パロール委員会に相当する組織がなく、また保護観察を支える体制も不十

(35) 小野・前掲注(33) 621-622頁、重松・前掲注(27) 789-790頁参照。

(36) 不定期刑受刑者の釈放に関しては、大正12（1923）年の「不定期刑ノ者釈放手續ノ件」（大正12年7月行甲第1181号司法次官依命通牒）における「少年法第八条ヲ適用シ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ対シ其ノ短期ト長期トノ間ニ於テ釈放セシムヘキ場合ニ於テハ当分ノ間仮出獄ノ手續ニ依リ御取扱相成度候」といった見解により運用されていた。（寺光忠「不定期刑における釈放をめぐる諸問題」刑政54巻4号（1941年）6頁参照）。

(37) 正木・前掲注(34) 85頁、111頁参照。また、正木は、「わが司法制度におけるように、不定期刑の短期と長期との間をすべて仮釈放期間とするが如きは、妥当なる不定期刑の態形をなすものではない」と述べている。（正木・同上83-84頁）。

(38) 「不定期刑ノ言渡ヲ受ケタル者ノ釈放ノ件」（昭和15年12月24日行甲第1586号司法省行刑局長依命通牒）。なお、刑の執行の終了による釈放の手續は、「当分ノ間仮釈放ノ例ニ準」ずるものとされた。

(39) 正木・前掲注(34) 112-113頁参照。



分であった。昭和 6 年には、全国の少年刑務所に不定期刑の短期を経過した者等の仮釈放の適否について裁判官・検察官・刑務所長の三者で審査する機関である「仮釈放審査協議会」が試行的に設置されることともなった<sup>(40)</sup>が、同協議会の構成員として人間行動諸科学の知見に基づいた判断を支える専門家等の不在が指摘されていた。

以上のように、少年に対する不定期刑の運用は、必ずしも立法時に抱かれていた理想通りには行かなかったと言える。

## 2 昭和23年少年法における少年に対する不定期刑の規定

### (1) 昭和23年少年法の制定過程と不定期刑

昭和23年少年法の制定に至る過程を辿っていくと、一時期、不定期刑の対象範囲の拡大が示されたものの、最終的には元の状態に戻っていったということが分かる。

昭和21(1946)年2月6日のGHQ(連合国軍総司令部)民間諜報局公安部法律班による「少年法修正提案」<sup>(41)</sup>では、犯行時16歳未満の少年は非科刑とすると共に、16歳以上の少年は死刑及び無期刑の対象から外し同刑により処断すべきときは10年以上15年以下で懲役又は禁錮を科すものとした。また、「仮出獄」が許可され得る経過期間について不定期刑は言い渡された刑の「短期の」3分の1と明示された。ただ、不定期刑自体については言及がない。

そして、司法省司法大臣官房保護課による昭和22(1947)年1月7日の「少年法改正草案」<sup>(42)</sup>16条は、昭和23年少年法制定に向けた当初の改正案で

---

(40) 「仮釈放適否審査ニ付判事及検事ノ少年刑務所巡視ニ関スル件」(昭和6年6月11日行甲第1199号司法次官通牒)。この点、正木亮「少年受刑者の仮釈放審査協議会」刑政45巻1号(1931年)4-13頁参照。

(41) 法務省刑事局『少年法及び少年院法の制定関係資料集(少年法改正資料第1号)』(法務省刑事局、1970年)12-13頁参照。また、最高裁判所事務総局家庭局「法制審議会少年法部会関係資料(21)少年法制定関係資料(上)」家庭裁判月報25巻4号(1973年)137-138頁も参照。

(42) 法務省刑事局・同上14-33頁参照。また、最高裁判所事務総局家庭局・同上138



あるが、既に、細かい字句の相違を除けば、昭和23年少年法52条と同じ規定となっている（死刑・無期刑の緩和に関する規定も「18歳」が「16歳」とされている点を除けば同内容であり、また仮釈放に関する規定もほぼ同じである）。

しかし、その後の司法大臣官房保護課による昭和23年1月20日の「少年法第三改正草案」<sup>(43)</sup>72条にも不定期刑の規定があるものの、昭和23年少年法52条と比較すると、「長期3年以上の」という限定がなく、また刑の執行猶予を言い渡す際には不定期刑の適用を除外するという同条3項に当たる規定も置かれていなかった。なお、本草案73条において、そもそも、少年に対しては刑の執行猶予の言渡しは行わないものとされていた。つまり、有罪の場合、全て実刑とすることが予定されていた。加えて、死刑・無期刑の緩和に関する規定も20歳未満の少年全般に適用されるものとされ、また仮釈放に関しては、不定期刑の短期経過後には「仮出獄」ではなく「刑期の終了による釈放のみを行う」との規定（75条2項）が置かれていた。このように、不定期刑の趣旨を推し進めようとする動きがあったことが分かる。

また、昭和23年5月5日には、法務庁少年矯正局は、少年の刑事事件の特別な措置に関する規定を少年裁判所法と切り離して「少年刑事事件特別処理法第一次案」<sup>(44)</sup>としてGHQに提出した。本法案10条でも、不定期刑に関しては「少年法第三改正草案」と同じ内容であった。ただし、本法案では、少年に対して刑の執行猶予の言渡しを行わないとする規定は定められていない。なお、死刑・無期刑の緩和に関する規定も、また仮釈放に関する規定も「少年法第三改正草案」と同じであった。

---

-158頁も参照。

(43) 法務省刑事局・同上45-60頁参照。また、最高裁判所事務総局家庭局・同上167-183頁も参照。

(44) 法務省刑事局・同上109-112頁参照。また、最高裁判所事務総局家庭局「法制審議会少年法部会関係資料（23）少年法制定関係資料（下）」家庭裁判月報25巻6号（1973年）224-227頁、矯正協会・前掲注（20）716-717頁も参照。

そして、法務庁少年矯正局による昭和23年5月10日の「少年刑事事件の特別処理及び成人起訴猶予者の保護に関する法律案」<sup>(45)</sup> 15条では、刑の執行猶予を言い渡す場合の不定期刑の適用除外に関する昭和23年少年法52条3項に当たる規定が置かれるようになった。なお、死刑・無期刑の緩和に関する規定についても18歳未満の者を対象とするように変わり、また仮釈放に関しては「少年法第三改正草案」で置かれた上述の規定が削除された。

こうして規定の変遷を見ていくと、一時的にはあるが、不定期刑を支持するアメリカ合衆国の傾向を反映してか、不定期刑の対象を拡大しようとしていた動きが看取される。

では、その後の少年法案では、なぜ元の大正11年少年法と同じ規定に戻ったのか。昭和23年5月22日には、構想が進められていた少年裁判所と、地方裁判所の支部として設けられた家事審判所とを一体化させた家庭裁判所の創設が決まった。<sup>(46)</sup> こうしてアメリカ合衆国におけるものに類する少年裁判所法の制定を止め、結局、大正11年少年法の改正という形を採ったからと言えるだろう。<sup>(47)</sup>

昭和23年6月14日に閣議決定され、同月16日に第2回国会に提出された「少年法を改正する法律案」<sup>(48)</sup> では、少年に対する不定期刑の規定については制定された法律と同じ文言である（死刑・無期刑の緩和及び仮釈放に関する規定も同様）。こうして、昭和23年少年法が制定されるに至った。

---

(45) 法務省刑事局・同上113-119頁参照。また、最高裁判所事務総局家庭局・同上228-233頁も参照。

(46) 最高裁判所事務総局編『家庭裁判所30年の概観』（法曹会、1980年）278頁参照。

(47) ただ、この家庭裁判所創設決定直後の法務庁少年矯正局による昭和23年5月25日の「少年法案」は、GHQの承認を受けたのだが、少年の刑事事件の特別な措置に関する規定を含めているものの、まだ不定期刑の規定は置かれていない。（法務省刑事局・前掲注（41）120-133頁参照。また、最高裁判所事務総局家庭局・前掲注（44）234-246頁も参照）。

(48) 法務省刑事局・同上149-168頁参照。また、矯正協会・前掲注（20）718-726頁も参照。

昭和23年少年法の制定により不定期刑の制度に新たに影響が及んだ点として、そもそも、少年年齢が20歳未満へと引き上げられたことが挙げられる。上述の通り、大正11年少年法では、不定期刑は裁判時に少年として18歳未満である者を対象としていた。他方で、昭和23年少年法では、刑事処分可能年齢の下限が刑事責任年齢よりも2歳高く16歳に設定された（20条但書）。そこで、本制定によって、重大犯罪が見られることの多いより高い年齢層の未成年者へと対象となる者の範囲（裁判時16歳から19歳までの者）が移ることになった。なお、本制定により、死刑・無期刑の緩和の対象年齢も引き上げられている。

ただし、後述のように、昭和23年少年法で全件送致主義が採られたことにより、少年の科刑人員数自体は減少することになった。

## （２）平成26年の少年法一部改正における背景

しかし、その後、不定期刑の制度が新たな課題を抱えることになる。<sup>(49)</sup>平成16（2004）年の刑法の一部改正により有期刑の上限が15年から20年に（有期刑の加重の上限も20年から30年に、また死刑・無期刑からの減軽刑の上限も15年から30年に）引き上げられることになった。その結果、不定期刑の長期の上限と刑法上の有期刑の上限（また有期刑の加重の上限等）との間の差が拡大することになり、少年法52条の規定が問題化されるようになっていった。<sup>(50)</sup>

（49） なお、平成12（2000）年の少年法一部改正において、刑事処分可能年齢の下限を刑事責任年齢と一致させ14歳としたため、不定期刑の対象となる少年の範囲が拡大されることにもなった。

（50） 従来の規定（平成16年の刑法一部改正及び平成12年の少年法一部改正後）によれば、無期刑を選択したとして、無期刑の他、①犯行時18歳以上又裁判時20歳以上の場合、無期刑を酌量減軽して7年以上30年以下の範囲内で有期の定期刑を科すことが可能である（刑法71条、68条2号、14条1項）が、②犯行時及び裁判時18歳以上20歳未満の場合、無期刑を酌量減軽した場合も含め有期刑を科すときには短期5年又長期10年を上限とする不定期刑となる。一方、無期刑の他、③犯行時18歳未満の場合、裁判時18歳以上でも無期刑の緩和として10年以上15年以下の範囲内での有

こうした法改正等をも背景としつつ、本稿冒頭で示した平成26年の少年法一部改正が行われた。<sup>(51)</sup> 本改正に至るまでの過程を見ても、刑事裁判における実務上の必要性に応えた改正であったと言えるだろう。実際に、裁判例でも、年齢による科刑上の不均衡等、不定期刑の規定の問題点を判決文で指摘したものが複数見られていた。<sup>(52)</sup> その他、従来の不定期刑の上限の低さを指摘する論文も、裁判官により執筆されていた。<sup>(53)</sup>

本改正内容に関しては、いくつか疑問も想定され得よう。

第1に、この点、少年法第3章第3節において示される刑の上限は、特別法の位置づけにより、刑法上の刑の上限とは連動していないとも考えられる。

しかしながら、少年法40条に示されているように、少年法第3章は刑事司法システム上で運用されるのであり、当然、刑法上の刑の上限と体系的に関連づけられながら量刑が行われることになる。また、わが国では、ドイツやフランスといった大陸法系諸国のように刑事裁判所に設けられた特別部で少年の刑事事件が処理される訳ではなく、成人の場合と同じ裁判所

---

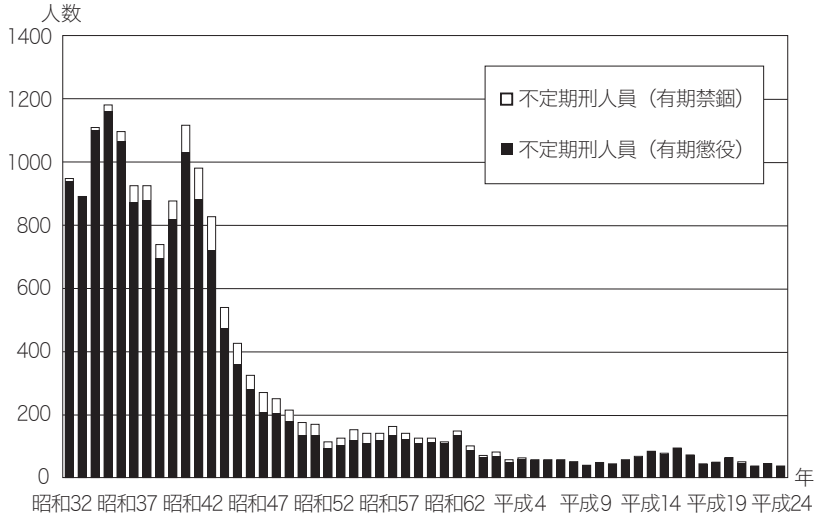
期の定期刑が可能であり、また裁判時20歳未満であれば②と同様に無期刑を酌量減輕して短期5年又長期10年を上限とする不定期刑とすることもできる。このように、量刑に際して年齢により相当の不均衡が生じていた。平成26年の少年法一部改正により、不定期刑及び無期刑の緩和における刑の上限が引き上げられ、不均衡が一定程度緩和されたが、とりわけ問題となる上記②と③との間の不均衡自体は未だに残されている。

(51) 本改正案の解説については、榊清隆「少年法改正の経緯と概要」刑事法ジャーナル36号(2013年)63-69頁参照。

(52) 東京地判平成20・10・2(公刊物未登載)、東京高判平成21・1・29(公刊物未登載)、大阪地判支判平成23・2・10(LEX/DB25470389等参照。また、不定期刑の「軽さ」に言及している裁判例として、大阪高判平成19・10・25(公刊物未登載)、鹿児島地判平成21・3・12(公刊物未登載)等参照。なお、ここで挙げた裁判例の抜粋は、法制審議会少年法部会第1回会議(平成24(2012)年10月15日開催)で資料として配布されている(配布資料「少年刑に関する裁判例」:<http://www.moj.go.jp/content/000104050.pdf> [2015年1月16日最終閲覧])。

(53) 角田正紀「少年刑事事件を巡る諸問題」家庭裁判月報58巻6号(2006年)15-16頁等参照。

図１ 通常第一審事件中裁判時少年の不定期刑人員数の推移（昭和32～平成24年）



（注）『司法統計年報』をもとに作成。

で少年の刑事事件が処理されている。

第２に、なお、大正11年少年法及び昭和23年少年法制定時にも同様に、刑法上の有期刑の上限との間に差があっても問題視されることはなかったとも言い得る。

しかし、その後、その差が拡大していったことは間違いなく、量刑に際して、その差に対する意識が強まったとしても不自然ではない（現に平成26年の少年法一部改正によっても一定の差は残されている）。

このように、平成26年の少年法一部改正は、刑法といった他の法や同一法内の他の条文との体系的な整合性を図るため、止むを得なかったものとも考えられる。また、本稿冒頭で改正内容として掲げた第２から第４に見られるように、不定期刑の制度自体についての一層の整備も施されたとと言える。

なお、不定期刑の言渡し人員数は現在、それほど多くはない。図１では、『司法統計年報』において掲載が始まった昭和32（1957）年以降の通

常第一審事件中裁判時少年の不定期刑人員数の推移を示している。平成に入ってから100名未満で推移し、近年は概ね40名前後となっていることが分かる。『司法統計年報』により、平成24（2012）年における通常第一審事件中裁判時少年の終局総人員を終局区分別で見ると、不定期刑は有期懲役が35名、また有期禁錮が0名であった。

平成26年の少年法一部改正により対象が拡大されたが、依然として急激な増加は見込まれないであろう。『司法統計年報』によれば、平成24年における通常第一審事件中裁判時少年の有罪人員を科刑区分別で見ると、3年未満の刑期（実刑）を言い渡された有期懲役の定期刑の者は1名、また有期禁錮の定期刑の者は0名であった。こうした傾向は、従来から続いてきている。

### 3 検討

大正11年少年法制定時、昭和23年少年法制定時、そして平成26年少年法一部改正時を検討してきたが、各制定・改正過程において不定期刑に対する評価は分かれてきた。少年に対する不定期刑は、一方で「教養」・「教化」等の観点から大きな期待も受けながら、他方でその濫用に対する警戒も当初より示されてきた。そして、各制定・改正過程における法案の変容を見ても、規範的視点と事實的視点のいずれに重きを置くのかという激しい対立を背景として、不定期刑の対象範囲の拡大又は縮小という形で方向性が揺れながら、現在の規定へと至っていることが分かる。ただ、上述した相違点があるものの、実際のところ、矛盾対立を内包しながら、わが国の少年に対する不定期刑の規定は、エルマイラ制を一つの淵源としつつ、大正11年少年法制定時から基本的には継承されてきている。