

「少年の責任と刑罰（量刑）についての一考察」

— 定期刑と不定期刑より判断基準の模索 —

Consideration in Criminal Responsibility and Penalty of Juvenile Delinquency
-Regular-Penalty(Prison) and Irregular-Penalty(Prison) from Groping of Judge Standard-

小関 慶太

桐蔭横浜大学大学院法学研究科博士後期課程

(2010 年 9 月 15 日 受理)

- 1. はじめに
- 2. 量刑とは？ 量刑の可視化…
- 3. 刑事責任
- 4. 不定期刑の諸相
- 5. 事例研究
- 6. 一考察

1. はじめに

第一に成人においては、定期刑が採用され改善更生の意欲を喚起する政策として仮釈放制度がある。一方、少年は肉体的・精神的（・人格的）に未熟であるため、可塑性に富んだ改善更生の必要があり、少年法 58 条（少年法

（昭和 23 年法律第 168 号）以下「法」）は教育的な改善更生を目指すため成人とは異なった仮釈放の制度が定められている。

第二に刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律（平成 17 年 5 月 25 日成立、平成 18 年 5 月 24 日施行、法律第 50 号、以下「刑事施設法」。）30 条では、成人を対象とした刑罰においても教育的・社会復帰が目指されている。少年においては、法 51 条 1 項の規定では、18 歳に満たない少年に対して死刑を以て処断する際には無期徒刑、同 2 項では、18 歳に満たない者に対して無期徒刑を以て処断することあたっては、有期懲役又は禁錮を科することを可能としている。なおその場合は、10 年以

少年の場合	成人の場合
<p>【少年法 58 条 1 項】 少年のとき懲役又は、禁錮の言渡しを受けた者には、次の期間を経過した後に、仮釈放を許す事ができる。</p> <ul style="list-style-type: none">● 無期徒刑→7 年（1 号）※● 51 条 2 項により言い渡した有期の刑については 3 年（2 号）● 52 条 1 項・2 項より言い渡した刑に関してはその刑の短期の 3 分の 1（3 号） <p>※少年法 51 条 1 項規定より「犯行時 18 歳に満たない者に対して死刑をもって処断すべきを無期徒刑」に緩和する場合は、適用外。</p>	<p>【刑法 28 条】 懲役又は禁錮に処せられた者に改悔の状がある時は、<u>有期徒刑についてはその刑期の 3 分の 1 を、無期徒刑については 10 年を経過した後</u>、行政官庁の処分によって仮に釈放することができる。</p> <p>【更生保護法 16 条】 地方更生保護委員会の審理に基づいて刑期満了前に仮に釈放を許し、残された刑の期間を社会内で無事に過ごせば刑の執行を終わったものとする…。</p>

上 15 年以下において言い渡される。このような緩和規定の背景には、少年は可塑性に富み、教育可能性（矯正可能性）が成人よりも高いからであると考えられる。それに対してより教育的な処遇が必要かつ有効であり、また人格の未熟（精神的未熟）さより、弁識能力・責任能力が低く、情操教育の必要性も高いことが考えられる。またこのような刑の緩和に関しては、江戸時代からすでに行われていた。児童の権利に関する条約 37 条 (a) によれば 18 歳未満の少年の死刑を科刑することを禁じており、法 51 条 1 項の規定は、本条約に沿うものである。

第三に成人には定期刑が科せられるのに対して少年には、定期刑と不定期刑のどちらかが科される。（詳細は、「4. 不定期刑の諸相」）不定期刑は、保安処分色を持ち、保安＝防衛として考えるのであれば未成年者の行った行為に対しては、行為に対して応報的な刑罰を科すことを目的とはしていない。未成年者に対しては、将来の危険性（risk）を回避する、そのために教育によって改善する。よって大まかな上限と下限を設定することで柔軟な対応の中で改善教育・矯正教育を実施するものである。

本稿においては、少年の責任と刑罰について定期刑及び不定期刑の事例の中から量刑判断の基準を模索するとともに少年の裁判員裁判に市民裁判員が参加するにあたり、一定程度の量刑判断の材料を与えることで、正しい報告へ判断が導かれるのではないかと想定より量刑の可視化の必要性についても検討を行う。

2. 量刑とは？ 量刑の可視化…

量刑とは、一体どのようなものかと具体的に説明はなされていない。しかし、いわゆる裁判員制度（平成 21 年 5 月～）が始まったことで市民が評議・評決を行い、いいかえれば量刑判断を行わなければならなくなった。

戦前日本で行われていた陪審員制度においては、陪審員に量刑判断まで求められてい

なかった。よって日本の刑事司法において、「量刑判断の可視化」はなされておらず、国民が量刑と聞いても量刑が如何なる機能と目的を有するものなのか理解するすべはなかった。

量刑は、①行為者の行った行為（犯罪事実・犯罪態様・被害の大小）への責任の量（重さ）②行為者への犯罪予防機能（再犯防止）③社会に対しての犯罪予防効果④行為者への情状酌量（被害者落ち度・被害者との関係・被害回復／弁済・行為者の生育環境配慮・社会復帰後の社会的環境／家庭環境・更生意欲）より構成されているものと考え¹。なお死刑の適用基準は、犯行の罪質、動機、態様ことに殺害の手段方法の執拗性・残虐性、結果の重大性ことに殺害された被害者の数、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等各般の情状を併せて考察した時に、その罪責が誠に重大であって罪刑の均衡の立場からも一般予防の見地からも極刑がやむ得ない²と、認められる場合である。量刑は「責任と予防」から成り立っている。少年事件においては、前提条件に「健全な社会人に導く健全育成思想」が必要である。そして量刑に必要なこととして健全な社会感覚³が必要である。しかし、「実務」と「社会一般」においては、ずれが生じている⁴と松本時夫氏は主張されている。例えば、殺人事件で加害者（16）のケースでは、刑の緩和が適用されることで刑罰が軽減される。このような考え方は、我が国における伝統的な考え方である。よって実務上では法令に従っているものの、社会一般においてはマスコミ等の過剰報道により「低年齢化」「凶悪化」が強調され厳罰にしなければならないという考え方が根強くなることで「ズレ」が生じてしまうのではないだろうか。よってこの「ズレ」を解消するためには「正しい報道」が必要不可欠になる。

また裁判で判決言渡し「主文、被告人を懲役〇〇年に処する」と裁判官が量刑を宣告すると同時にこれは刑法適用の終点であるとともにこれからの被告人の矯正教育・更生改善教育・処遇への起点であり、量刑は、被告人

の今後に非常に重大なものである。

現行刑法では有責性阻却事由を有する（責任能力なし）場合、刑罰を科することは出来ないもののこのような場合は、措置入院といった保安処分や少年であれば保護処分として少年院へ送致することとなるが、保安処分であっても保護処分においても上記②③機能と目的を発することが可能である。

よって刑事司法における量刑（裁量）を可視化することの期待は神田宏氏によれば「刑法への国民の信頼をより確実なものたらしめると同時に行刑現場においても特定の行為者に関する矯正の設計図を作成するにも役立ち、全刑事法システムにとって有用である⁵⁾」としている。また前述のとおり「実務」「社会一般（世論）」の量刑への「ズレ」の解消そして、「量刑」の機能・目的による効果を社会で発することが可能となるのではないだろうか。

3. 刑事責任

（1）責任主義

責任主義は、近代刑法の大原則とし責任無ければ刑罰なし（Ohne Schuld keine Strafe）という考え方に基づくものである。

責任能力（Schuldfähigkeit ; Zurechnungsfähigkeit）の意義については、古典学派と近代学派と異なった考え方がある。古典学派においては「行為者に対する道義的非難の前提としての自由な意思決定（freie Willensbestimmung）であり、犯罪能力（Deliktsfähigkeit）である⁶⁾と見られていた。近代学派においては、「通常の防衛手段としての刑罰によって社会防衛の目的を達しうる能力、すなわち、刑罰能力（受刑能力）（Strafmündigkeit）、ないし、刑罰適応性である⁷⁾」と解されている。すなわち、責任は刑罰の前提（基礎）になるものである。その責任を科するためには、まず違法行為を行なうだけの意思決定をする「能力」の有無、また行為を行えるだけの「可能性」の有無が必要で両者がともに存在しえた場合に責任を問うことが出

来るとする。

責任の本質として非難可能性（責任）を対象に何を求めるか。学説は、道義的責任論・社会的責任論・法的責任論に分かれている。

第一に道義的責任論は、「犯罪行為に対しての道義的責任」であり、違法行為（反社会的行為）に対して行為者が自由な意思決定をする能力を有して、違法・適法の判断が出来るものが違法行為をした場合に責任（非難）を科すことを可能とする。第二に社会的責任論は、犯罪原因が行為者の素質や環境によって構成されているとする。第三に法的責任論は、責任を刑罰手段による法の立場からの非難可能性であると考ええる。すなわち、法令に反する行為に対しての処罰規定がなされていることに基づき責任を非難する。

今日の通説は、道義的責任論と社会的責任論を融合した「修正された道義的責任論」に立脚している。責任は、自由な意思を前提とし非難の対象としつつもその背景に行為者の素質や環境も非難可能性を有すると解する。

（2）保護主義

旧法は、検察官先議であり不起訴となった案件を少年審判所が取扱うことができた。現行少年法は、検察官先議から家庭裁判所先議（少年法 41、42 条）になり、全ての少年犯罪（非行）は家庭裁判所に送致され事件・年齢・非行性を検討した上で家庭裁判所が保護主義よりも刑事処分の方が少年に相当と考えられた場合に検察官送致を行っていた。第一次改正法において、法 20 条但書が削除され、16 歳未満の少年も刑事処分の対象となった。また同条 2 項が新たに新設され、16 歳以上であり故意に被害者を死に至らしめた場合は、原則検察官送致（逆送）を義務づけた。

第一次改正法により、処遇の選択が保護処分と刑罰へと幅が広がったとともに刑事処分相当となった年少少年は、義務教育や情操教育の必要性から満 16 歳になるまで⁸⁾少年院で少年院収容受刑者（第一次改正法 56 条 3 項、少年院法 1 条、2 条 1 項 4 号）として矯

正教育⁹を受けることが可能となった。

刑事処分相当となる者は、非行事実（重大性）・要保護性・罪質・情状から考えられるほか、「保護処分によって矯正改善が見込まれない」（保護不能）、「事案の性質や社会的感情、被害者感情により保護処分不相当」（保護不適）が考えられている。通説及び実務運用上においては、『保護不適』である場合に刑事処分相当であると考えられている¹⁰。

しかし、これら保護不能や保護不適は、保護処分を否定する見解であり、伝統的に少年は保護が可能である限り、保護的措施を講ずる「保護の可能性」を検討する必要がある¹¹。また市村教授は「保護の可能である限り保護の処置をとるべきで犯罪行為が極めて重大であり現在の社会通念をもつてしては、何人がみても保護の限界を超えていると認められる場合にのみ、刑事裁判にゆだねるべき¹²」と指摘されている。

（3）保護処分

少年を司法によって保護をする保護処分は、保安処分の一つとして考えられている。保安処分には、拘禁を要するものとそうではないものがあるが、少年を保護する手段は拘禁を要するものである（少年法 24 条 1 項 2 項 3 項）が、この拘禁は少年の自由を剥奪することが目的ではない。

目的は、少年の健全育成（少年法 1 条）を大前提におき、性格・生活矯正・改善、職業補導、環境整備・調整など¹³を図り特別予防（社会復帰・再社会化）を司法又は、福祉的な立場から保護的な特別措置を行うことである。

（4）刑事処分

刑事処分は、家庭裁判所から検察官へ送致（逆送）後、検察官が起訴し刑事訴訟（手続）に基づき審議の結果確定する処分である。少年の場合の刑事処分は、成人と異なった刑事施設である少年刑務所において刑の執行が行なわれる。

少年に限り長期 3 年以上の有期懲役の場合、「長期不定期刑 10 年以下」「短期不定期刑 5 年以下」（少年法 52 条）として判決を言渡す。不定期刑制度は、受刑者の改善更正の意欲を喚起することを目的としている¹⁴。

少年刑務所では、刑法 12 条 2 項に定める刑務作業のほかに収容受刑者の徳性（特性）を考慮した処遇が実施されている。例えば、各種資格や免許の取得できる職業訓練、教科教育などである。

少年に社会生活における責任を自覚させ、その健全な成長を図ることを目的としつつも、大前提として矯正可能性が必要である。刑事処分と保護処分の大きな違いは、少年刑務所（刑事施設）送致と少年院送致である。この 2 つの施設の違いは、前述で少年刑務所では刑務作業が行われているものの少年院では刑務作業の実施は行われていない。少年院は、教科教育や人格教育など健全な社会人へ導く教育を目的とした処遇の実施がなされている。このことは、少年刑務所における、処遇が健全な社会人へ導くものではないという由ではない。刑務作業以外の時間を使い、教科教育などが実施されているが少年刑務所は、少年の特質を考慮し、刑罰の教育的側面を重視した運用がなされている。

このように少年の特質の考慮をしている点より人格の未熟さや矯正可能性が刑事処分選択の妨げにならないという考え方もある。

重大な犯罪を犯した少年に対して自らが行った罪の重大性を少年自身に十分理解させることとともに、その罪の重さに見合っただけの刑罰を与えて罪への償いをさせることが確固たる贖罪意識や規範意識を体得させ、将来再び犯罪を起こさせないようにするためには重要である。そのことを抜きに社会復帰は困難となり、真の更生を図ることが出来ない¹⁵と考えられている。

しかし刑事処分という選択の枠を法令条定めておくことは、少年事件が社会等に与えた影響を鑑みた上で犯した罪に対してそれ相応の罰を与える準備をしているという説明責任

的評価をすることが出来るが、罰を受ける側の少年を考えるのであれば未熟で成長途中であるのに対して長期間、刑事施設に収容し社会から隔離（排除）する事は、青春時代を奪ってしまい時代の変化に対応できず、社会復帰に影響を与える可能性を有しているものと考ええる¹⁶。

(5) 学説・通説の展開

伝統的な考え方として絶対的保護優先主義という考え方があり、この考え方は、何においても少年は「保護」をすることで矯正に繋がるということである。また英米型少年法制の国親思想を大きく採用しており、「少年には処罰ではなく救済」という考え方が根強い。

要保護性¹⁷を正當に評価した場合に保護不適は、妥当ではないという見解として、正木祐史氏は「非行のある少年に対して、成長発達を支援して社会復帰を目指すという少年手続の理念を考えれば、教育的福祉的な対応による手続・処分が必要かつ有効であるにもかかわらず、社会防衛的な見地から刑事処分相当性を肯定する『保護不適』の概念は、憲法上の基礎をもつ少年の成長発達権を十分に補償できなくなるため、認めることができない¹⁸。」そして要保護性が必要としてきたのは「新たな非行の可能性である。保護処分の本質的な目的が少年の健全な成長発達のための社会復帰にあると考えれば、妥当なものといえよう。新たな非行にいたる可能性が低ければ、特別な働きかけなしに社会生活が送れるようになる可能性が高いからである。他方、新たな非行の可能性がある場合、それは少年本人に起

因する場合もあれば環境に起因する場合もある。要保護性は、単純にその有無や高低が問われるのではない。少年本人が『どのような』負因を抱えており、少年を取り巻く環境に『どのような』負因があるかという質的な測定がなされなければならない。そして、その少年のもつ要保護性に応じて、処分が選択されなければならない¹⁹」と述べられている。

通説の立場は、従来、保護優先主義であったものの今日では、保護不適・保護不能といった考え方の上、少年に対して刑事処分相当という考え方がある。平場博士は「刑事処分相当性は保護処分不相当を前提²⁰」と考えられている。しかし保護不適・保護不能であることで保護を否定するのではなく、少年の成長発達途中（人格形成途上）、未熟性・可塑性、そして刑罰有効性や刑罰必要性を考慮してそれでも刑事処分相当である場合には、刑罰で処断する。すなわち、保護優先主義を念頭に置きながら様々な要因から少年に対して必要かつ有効な処分を行う「折衷説」が今日の支配的な考え方になっている。

4. 不定期刑の諸相

(1) 概論

少年は、精神的にも肉体的・人格的にも未熟であり成長途中である。このような少年に対して、教育・社会復帰・健全な社会人への成長を求める、情操保護の必要性の高さより一定の期限を定めてその中で処遇を行うのではなく、余裕を持たせて弾力性のある改善更生教育を実現すると考えられている。

少年法 52 条

1 項：少年に対して長期 3 年以上の有期の懲役又は、禁錮をもって処断すべき時は、その刑の範囲内において長期と短期を定めてこれを言い渡す。但し、短期が 5 年を超える刑をもって処断すべきときは、短期を 5 年に短縮する。

2 項：前項の規定によって言い渡すべき刑については、短期は 5 年、長期は 10 年を超える事が出来ない。

3 項：省略

不定期刑を言い渡す時は、少年でなければならない。第一審の時少年であったものの控訴審において、成人になっていた場合、問題となった事例がある。

被告人は、第一審判決言渡しの時「少年」であり、不定期刑の判決を受け、被告人は、高等裁判所へ控訴したものの広島高等裁判所岡山支部の判断は、控訴棄却を下した。控訴棄却が下された時少年は、成人になっていたが高裁の判断は第一審判断を支持し不定期刑が維持された事例²¹である。

不定期刑の刑期は、長期 10 年以下、短期 5 年以下の範囲で判決言渡しの際に具体的な長期〇年、短期〇年と言渡しされる。なお定期刑においても、仮釈放制度の運用により収容期間に変化をもたらすことが可能である。また仮釈放の要件・条件は、成人よりも緩和されているため（法 58 条 1 項）不定期刑とあまり変わらない²²。

（2）旧少年法

大正少年法（旧少年法、大正 11 年 4 月 17 日法律 42 号、大正 12 年 1 月 1 日施行、以下、「旧法」）8 条で相対的不定期刑が定められていた。旧法では、1 項で少年に対して 3 年以上の有期懲役又は禁錮を以って処断するときは、その刑の範囲内において短期と長期を定めこれを言渡す、但し短期 5 年を超える刑を以って処断すべき時は、短期 5 年に短縮する。2 項で前項の規定に依り言渡すべき刑の短期は 5 年、長期は 10 年を超えることを得ない。3 項で執行猶予を言渡す場合は 2 項適用外、と定められて昭和 23 年の少年法改正時（現行少年法）に旧法の考え方が継承された。

（3）不定期刑の終わり

不定期刑の終了は、更生保護法 16 条 5 号に規定されている「終了の判断期間は、地方更生保護委員会」であり、同委員会は、刑事施設（少年刑務所）又は少年院の長から刑の短期を経過した少年について申請があった場合、終了相当と認められるときは、終了決定

をし同長に対して書面で通知を行い（更生保護法 43 条・44 条 1 項 2 項）書面が同長に到達した日が刑期終了と看做されている（更生保護法 44 条 3 項）²³。

（4）学説の展開

不定期刑は、前述のとおり精神的・肉体的にも未熟な少年に対して教育的効果・要素の強いものの懲役刑という本質的部分は刑罰の 1 つであり、量刑基準として学説の展開は以下のものがある。

① 短期説

法 58 条 1 項 3 号が仮釈放許可基準を短期としていること、更生保護法 43 条 44 条が短期を経過した者は刑期終了可能としていることを根拠として、責任刑を不定期刑の短期に合わせ、短期を超える部分は保護処分・保安処分と考える説²⁴。

② 長期説

責任刑を不定期刑の長期に合わせる。責任主義の本則に合致し、長期終了以前に刑期終了が認められたのは少年の可塑性から短期間で矯正効果が期待できること及び、少年への人道的ないし温情的配慮に基づくこと、教育的効果を見極める期間として 5 年を超える期間は必要なく、他方 10 年を超えた場合、教育的効果を正面から出しにくいので、本条が短期 5 年、長期 10 年に制限をしていることを合理的に説明できることなどを根拠とする²⁵。

③ 不定期刑の全体を基準とする全体基準説

短期から長期にわたる期間全体について責任刑としての意味をもつと同時に保安的・教育的意味も持つとし、責任には幅があることを前提に不定期刑は全体として 1 つの責任刑であると考えらるべきであるとする説。法 28 条 1 項 3 号、更生保護法 43 条・44 条は、行刑段階での政策的規定であると考えらるべきであり矛盾なく説明が出来るとされている²⁶。

④ 中間位説（判例）

責任に応じた刑罰は短期であり、長期は特別予防を目的とする期間であり、中間位説

は、中間ぐらいが責任に相応する刑であり、予防的考慮から上下両方向に一定の幅を認めたのが短期と長期であるとする²⁷。刑事訴訟法 402 条は、「不利益変更の禁止」として被告人が控訴あるいは被告人のために控訴した事件については、原判決より重い刑を言い渡すことが出来ない。これは、被告人に上告権を躊躇させないために予め重罰変更を禁ずるという政策的規定である²⁸。この規定と少年法上の関係については、上訴審で原审において決定された不定期刑を破棄自判する場合少年が成人になっていると定期刑に変更されてしまう。定期刑が少年にとって不利益か否かは議論のあるところではある。判例においては、不利益変更の原則との関係では中間位説²⁹を採っている。

短期説・長期説に対する批判は、法令上短期を 5 年に制限しているものの 5 年を限界とする責任は考えられず、短期を超えた場合に保護処分・保安処分として刑務所に拘禁できるか、短期から長期に幅を持たせた不定期刑の概念に符合しないのではないかという批判がある。不定期刑の全体を基準とする全体基準説へは、責任の幅を認めることには根本的な疑問があること、全体を基準とするというのは基準設定の必要事態を否定するものとする批判がある³⁰。

支配的な通説は特になく、実務上では中間位説が有力である。しかし少年刑事裁判員裁判も今後実施される可能性もなきにしもあらず、市民裁判員においても不定期刑を採用した量刑判断の一助となる量刑基準を明確にしておかなければならない。特に少年の場合は、成人とは異なり犯罪態様以外少年自身の問題（例えば、要保護性・可塑性・矯正可能性など）を鑑みた上で決定を行うため、「量刑データベース」のようなものを準備しても意味がないと思われる。

そこで必要になるものは「量刑の可視化」である。量刑基準を明確にして、社会に対し

て説明をすることが出来るようになればなぜ少年に不定期刑が有能であるのかを理解することが出来、社会一般からも行為に対しての制裁（sanction）・刑罰（penalty）への理解を期待できる。

（５）ドイツ少年刑法状況

ドイツでは、少年法の唯一の刑罰は、少年刑務所における自由剥奪であり、その量刑（量定）は教育的観点³¹によるものとしている。比嘉康光氏はドイツの少年拘禁は、刑罰的要素（贖罪的性格）とともに教育的要素（教育的性格）を持っている短期間の自由剥奪である。その効果は、少年拘禁が刑罰的機能（要素）を有することで犯罪（不法な行為・逸脱行為）と均衡し、少年に与える影響により改善にも役立ち、厳格な執行によって威嚇的に作用し、教育の目標が名誉感情に訴え少年の将来のために厳しく威す、短期で厳格な拘禁³²と指摘している。

（６）不定期刑への批判

浜井浩一氏によれば不定期刑採用になった場合「懲役 5 年以上 10 年以下」と言い渡された場合、懲役刑期の運用では 10 年（長期）を上限としている。運用では 5 年以上 10 年以下の場合、10 年を基準としている。仮釈放を検討する際の判断の基準には短期の 5 年ではなく長期の 10 年が基準として扱われる。いいかえれば懲役 10 年として扱われてしまう。よって受刑者が仮釈放を目標に刑を務めることを考え、更生を考えた場合、短期 10 年を基準とした仮釈放の運用がないのであれば、懲役 10 年を言い渡すべきであり、不定期刑を言い渡すことは、実務を知らない裁判官の自己満足に過ぎない。不定期刑は受刑者に実質的可能性のない希望を抱かせることになり、目標が曖昧となり、更生意欲を損なう可能性が大きい³³としている。

5. 事例研究

量刑決定にあたり、法 52 条 1 項、2 項を適

用しなかったとして控訴された事例より控訴判決により如何なるものが量刑判断の焦点となり判例に影響を与えたのかを検討したい。

(1) 量刑違法の控訴判決（事例A）

強制猥褻・窃盗・強姦致傷・強姦未遂・強盗・強制猥褻未遂被告事件において犯行時16-18歳であった少年（被告人）に懲役10年を言い渡した判決に対して、検察官及び被告人より法令適用の誤りとして申立てられた。犯行時18歳以上の少年を有期懲役で処断すべき場合は、無期懲役刑を酌量軽減し有期懲役刑で処断する（法51条2項）場合も含め法52条1項・同2項の刑期の範囲内で不定期刑を言い渡すほかないこと、しかし原判決（大阪地方裁判所判決）では、犯行時18歳の強姦致傷の罪につき無期懲役刑を選択し他の刑は課さないことにした上、酌量軽減して有期懲役刑で処断することとしながら定期刑を言い渡したものである。宣告刑を決定するにあたり、法52条1項・同2項を適用しなかったことが違法であるとし、原判決を破棄して大阪高等裁判所は、懲役5年以上10年以下の不定期刑を言い渡した事例。

高裁は、量刑の理由として、連続強姦、強制猥褻等の事案は、被告人の常軌を逸した性欲の捌け口とし中学校の頃から続けており極めて常習性の強い犯行であり、被害者は11名（13歳未満の少女4名含む）にも及び低年齢の方が安易に自分の言いなりになるとし襲い非常に悪質な犯行である。被告人は、被害者に対して卑劣で人間性が欠如した行動を示し獣のような犯行というにほかならないものである。被害者に加えた暴力も手拳殴打、足蹴り、手で首を絞める、カッターナイフで脅すなど危険かつ悪質である。低年齢の被害者に与えた精神的被害は甚大であり、また被害者の心に深い傷跡を残し、さらに被害者家族に対しても与えた衝撃は計り知れなかった。よって被害者や被害者家族よりの処罰感情は非常に

強い。被告人は、被害者に手紙を送付するものの表面上の反省に留まるものであり、被害者の精神的衝動や被害を十分に理解しているものではないとしている。また被告人は、中学の頃から強制猥褻等で少年院送致の処分を受けていたにも関わらず、歪んだ自己中心的な性に対する考え方や行動をまったく改めようとしなかった。よって被告人が長期間性犯罪を繰り返してきたことや性的な行動に対する考え方からするのであれば同種の犯行を再び繰り返す恐れが強く、その矯正教育に相当の期間が必要である（見込まれる）。

また生育環境より被告人が性行動や考えを形成するにあたり影響があったこととして、父親から激しい暴力を受けたことや父親が被告人の姉に対して性的虐待を加えていたことなど、家庭内に性的乱れなどの問題が存在した。窃盗事件の被害品の一部が還付されていることや被告人の姉が更生へ協力する旨述べていることなど被告人にとって酌むべき事情を十分に考慮しても有期懲役刑の上限を科すのが相当とした³⁴。

法令適用の誤りについて、被告人は第1から第12までの犯行を犯している。第1、第3、第5及び第9の各行為は、刑法176条前段（平成16年法律第156号による改正前の刑法）、裁判時には改正刑法176条前段が適用された。第2の行為については、刑法235条・刑法60条。第4の行為は、行為時に刑法181条・刑法177条、裁判時に改正刑法181条2項・刑法179条・刑法177条が適用された。第6の行為は、行為時改正前刑法179条・177条前段、裁判時改正刑法179条・177条前段。第7及び第11の各行為は、行為時改正前刑法177条前段、裁判時改正刑法177条前段。第8の行為は、改正前刑法176条、裁判時改正刑法176条。第10の行為は、改正前刑法181条・177条、裁判時改正刑法181条2項・177条。第12の行為は、行為時改正前刑法179条・176条、裁判時改正刑法179条・176

条が適用となった³⁵。次に刑種の選択は第4及び第10の各罪につき無期懲役刑を選択し、併合罪の加重について刑法45条・刑法46条2項により第1乃至第9、第11及び第12の各罪の刑罰を科さないものとした。

そして大阪地方裁判所は、被告人の刑事責任はほかに類例を見出せないほど重く、被告人に対しては、もはや少年法所定の不定期刑を持って臨むのは相当ではなく、判示第10の罪について無期懲役刑を選択するのが相当とした。

これに対して、大阪高等裁判所は、宣告刑を決定するにあたり、法52条を適用することなく定期刑を言い渡し、法52条を適用しなかった違法があるとは認めた。原判決が宣告されたとき、少年は19歳であった。また第1乃至第6の各犯行時少年は18歳未満であり、第7乃至第12は、被告人が18歳以上の時の犯行であることが認められる。そして原判決は、第4及び第10の各罪につき、何れも無期懲役刑を選択し、併合罪の処理として刑法46条2項によって判示第10の罪以外の刑罰を科さないこととしたがなぜ第10の罪を適用するののかの説明はなされていない。そして無期懲役刑に刑法66条・刑法71条・刑法68条2号を適用し懲役10年を宣告した。

しかし法52条1項「長期3年以上の長期の懲役又は…（略）…範囲内において長期と短期を定め言い渡す。…」と定めている。また法51条によって18歳未満の刑の緩和が規定されているが犯行時18歳以上の少年には、このような年齢を考慮した規定は設けられていない。

よって18歳以上の少年に対して無期懲役刑を選択した場合は、法令上の軽減や酌量軽減をしない限り無期懲役刑を宣告するしかほかならず、少年を有期懲役刑で処断すべき時は、法52条1項・同法2項の刑期規定の範囲内で不定期刑を言い渡すほかない。

よって本件においては、判示第10によって無期懲役刑を選択し、酌量減刑により懲役10年（有期懲役刑）を宣告するにあたり法52

条1項・2項を適用しなかったことに対して法令適用に誤りがあったものと考えられた³⁶。

(2) 定期刑・不定期刑の事例

本章において、刑期を「不定期」とする場合と「定期」にする決定理由を検することで量刑判断基準の究明への試みとする。（次表）

① 定期刑 / 単独犯

（事例1-1）少年19歳・懲役4年

父親の些細な行動に立腹し、約4日間継続的に手拳や木刀で数回殴る蹴るの暴行を働いた結果、死亡させた。

なおこの父親は酒癖が悪く、母親につらく当り、少年や少年の妹に無関心であり少年は父親を嫌って成長をした。成長後の少年は、父親よりも力が勝るようになったら父親に暴行を働き、入院させたこともある。また父親は精神的疾患を患っていたため家で過ごすことが多く、犯行1年ほど前より少年は週何度も暴行を加えていた³⁷。

（事例1-2）少年19歳・懲役4年6月

同棲相手の女性の息子に対して嬖と称して暴行を加えていたところ、多数回頭部を自動車のグローブボックスの角などにぶつけ、家においては、両足をつかんで逆さ吊りにした上で、数回襖に投げつけるなどの暴行を加え死亡させた³⁸。

（事例1-3）

少年18歳・懲役3年執行猶予5年

少年は湾曲した道路を指定制限速度60キロを超過した90キロで走行した結果、制御困難になりコンクリート擁壁等に撃墜し、同乗者2人の内1名（17歳）を死亡させもう1名（16歳）に傷害を負わせた。

家庭裁判所は、態様の危険性・悪質性、結果の重大性他、動機として帰路を急ぐとともに同乗者に自己の運転技術を誇示しようとした自己中心的なものがあつたと指摘しつつ、被害者がいわゆる好意同乗者であつ

[illegible]

(事例 2 - 2) 少年 19 歳・懲役 2 年 6 月
共犯者（首謀者当時 29 歳その他、31 歳・
26 歳・21 歳）とともに被害者に対して 13
時間あまり 6 か所の犯行現場を自動車のト
ランクに入れるなどして連れまわし、複数
回毆蹴、モンキーレンチや角材・鉄パイプ
などの凶器を使い強烈な暴行を加え被害者
を死に至らしめた。被害者は日頃から首謀
者（29 歳）や取り巻きの少年から暴行、家
族に圧力をかけられ、金銭の要求（恐喝）
があった。被害者が金銭の要求から逃げよ
うと身を隠したことに対して憤慨し、最終
的に金銭を支払わせる目的で共犯者ともに
暴行を働いていたところ、少年は、首謀
者の意図を察知し、4 か所目の犯行現場で
合流し、4 か所目と 5 か所目で共犯者とも
ともに衰弱していた被害者に対して、手拳で
殴打するなどの暴行を加えた^{41）}。

③ 無期懲役刑・共犯

（事例 3-1）少年 17 歳・無期懲役

（事例 3-2）少年 18 歳・無期懲役

（事例 3-3）少年 17 歳・無期懲役

少年①（事例 3-1）②（事例 3-2）③（事例 3-3）の 3 人は、日頃から良く思っていなかった知人らを痛めつけようと出掛けしたが、呼び出した場所にその知人らが現れなかったことに苛立ち、代わりに誰でも構わないから痛めつけてその憂さを晴らそうと考え、通りすがりの被害者（当時 21 歳）に対して、いきなり手拳や金属バット等で多数回殴打した後、自動車内へ無理やり連れ込んで、車内においても手拳や金属バットで顔面を突くなどの暴行を加え、現金を強取し、さらに人気のない山林に連れ込み約 30 分間にわたり 3 人が代わる代わる金属バットで頭部を含む全身を多数回強打するなど激烈な暴行を加え、息も絶え絶えの被害者に謝罪をさせるなどして、被害者を死に至らしめた。

被害者遺族は、極刑を望み社会に与えた影響も過大なものであった。また加害少年は、罪証隠滅行為やアリバイ工作・口裏合わせをしていた。また役割は①が主導的で②③それぞれ執拗な暴行を加えている。事件後もひたたくり窃盗・自動車窃盗を行っており併合審理された。

また前科に関しては①が少年院仮退院中の保護観察中であった。②は、2 度の少年院入所経験を有しており、犯行時は少年院仮退院中に犯した事件により試験観察中であった⁴²。

④ 不定期刑・単独犯

（事例 4-1）少年 16 歳・5 年以上 10 年未満
少年は、小学校 3 年生の時に両親が離婚しており母親に引き取られたが母親は、離婚の際に相談に乗ってもらった男性と交際し、不在がちであったが同男性の暴力に耐えかねて同人と関係を断ち、戻ってきてから少年は母親と母方祖母に育てられた。そ

の後母親は結婚相談所の紹介を経て、交際するようになった男性とその娘と同居をはじめ、少年は姉が出来る事を喜んでいた。また少年は新しい父親を気に入る、再婚を強く希望していた。しかし母親は、断絶したはずの男性と再び交際をするようになった。少年はこの一連の出来事より母親を嫌い、さらに大人全体を嫌い、人づきあいも嫌うようになり、感情を心の中に抑えるようになった。

その後、母親がよりを戻した男性との間に女兒を授かったころより少年は自分の家は普通の家庭とは異なっていると考えようになった。母親はそのような家庭になった事情や女兒の父親について少年にきちんと説明をしないばかりか、何でも少年に対して責任転嫁をしようとする態度に不満を抱き、ストレスから鬱屈した感情を募らせていた。その後、母親の再婚話が破談になった理由を母親の口から聞きその理由に衝撃を受け、苛立ちの感情が我慢できなくなり、母親に反抗して奈良や京都などの遠方まで家出をし、鬱憤解消を試みる行動をしていた。少年は高校入学後も苛立ち感情解消が出来ず、人づきあいがますます苦手となり高校不登校となり退学したのち、中学生のころ通っていた塾の講師の勧めで高校へ編入し、寄宿舎へ入舎し母親と離れて暮らすようになった。寄宿舎での人づきあいなどで苛立ち感情が一層募るばかりであり、少年はその解消のために空手部へ仮入部するものの思ったほど解消できず一人煩悶していた。それから少年は空手部への正式入部に証明写真が必要となり、教員より写真館を紹介されその時初めて（平成 18 年 4 月 16 日）写真館の店主（のちの被害者）に出会った。18 日、写真を受け取りに行った。23 日、入部にはもう 1 枚必要のため焼き増しを依頼しに写真館へ行った。

24 日、英語の授業中に少年は音楽プレイヤーで音楽を聴いていたことに対して教員より注意をされたことをきっかけに次第に

感情を昂らせ、母親との確執など不愉快な出来事を思い出し、普段より遥か激しい苛立ちの感情を一気に募らせた。放課後少年はこの苛立ちに耐えられず、どこへ行くわけでもなく寮を出て、写真館の店主のことを思い出して、かねてから大人全体に対する嫌悪感を抱いていたところ、現場周辺の唯一知り合いの大人であり同人が老齢で体力的にも少年が優位であったため、写真館店主へ暴行を加えようとの考えに至った。殺害方法は、注文していた証明写真の受け取りに訪れ、受取後に写真館に併設されていた店主自宅において、被害者（店主 71 歳）に背後から近づき、振り向いた同人に対して、スタンガンを握った右手拳でその顔を殴打するなど暴行を加え、逃げようとした同人の服を掴み引き倒した上、なおも苛立ちを晴らすため、被害者が死亡するかもしれない事を認識しながら、あえて、台所にあった電気ポットなどで頭部・顔面を多数回殴打するとともに、料理鉢の先端部で頭部を多数回突き刺す暴行を加えた結果同人を死亡させ殺害した。

この殺害に関して弁護士は、目の前で何が起きているのかについて意識・認識が出来ず、自分の行動を制御することも出来ないまま被害者を死に至らしめたから傷害致死罪が成立するものと主張し、被告人（少年）も同様の主張をしている。

これに対して和歌山地方裁判所は、①頭部・顔面部の多数の挫裂創②頭部・顔面部の多数の略 Z 字状の刺創③頭蓋骨陥没骨折④鼻骨陥没骨折⑤右手の手背・手拳の刺創の各創傷をうけ①②の出血より出血性ショックで死亡が認められ、①④の傷の深さが 2.5 センチ乃至（ないし）7.5 センチの挫裂創が複数生じており、被害者は、鈍器で執拗に強打した事が認められた。その他、関係証拠の凶器力が検討され本件に利用された凶器や犯行態様が人体の枢要部分に重大な傷害を与え（負わせ）死に至らしめる非常に高い危険性を有するものであるというこ

とが認められた。また加害者（被告人・少年）16 歳 172.8 センチ 61.5 キロに対して被害者 71 歳 155.5 センチ 64 キロの体格差・体力差から鑑みても少年は圧倒的に有利であり、一方的に被害者に暴行を働き、暴行を働いた部位より考えても、少年は被害者へ殺意を持って犯行に及んだことが非常に強く推認することができる。

量刑の事情として和歌山地方裁判所の判断は、授業中に教員から注意を受けたことに対して反省をすることなく苛立ち感情を昂らせ、その解消を目的として他者へ暴行を思い立ち、多少面識のある一人暮らしの老人である被害者を標的とし、被害者は少年の苛立ちの原因に何等関係もなく、何ら落ち度もなかった。少年がこれらのような苛立ち感情を募らす背景には、母親に対する強い嫌悪的感情・拒否的感情があったことが認められるが、本件被害者に対してその苛立ちをぶつけることは、およそ正当化できるものではなく、極めて自己中心的かつ短絡的な犯行であり動機及び経緯に酌量の余地があるとは到底いいがたい。

また態様においては、被害者を倒した上、抵抗できない被害者に対して執拗かつ強度の暴行を加え、殺害に至り極めて悪質で冷酷かつ残酷な行為であった。また犯行後、床が血で滑るという事を理由にして絶命した被害者の背中を踏みつけ乗り越えていくなど、被害者の死後の尊厳をさえまったく顧みず事後の情状も著しく悪質である。

被害者感情は、被害者姉妹はもとより周囲の関係者にも深い悲しみをもたらし、実妹より被害者が何のいわれもなく惨殺されたことに強い衝撃を受け、被告人に対して、社会復帰してほしくない、出来るだけ長期間刑務所に入ってほしいと峻烈な処罰感情を表明している。

また現場は寺院が立ち並ぶ旧来からの住宅街・商店街であり、平穏に写真館を営んでいた被害者宅に少年（高校生）が押入り惨殺されたことで社会一般・地域住民（地域

社会)に与えた衝撃や不安は、極めて大きい。考慮すべき事情として、社会的スキルが未熟のまま生育したことが母親に対するストレスの高まりを機に適応障害を生じさせたことが少なからず影響している。母親に対しての手紙、被害者に対して短いが手紙を書いている。加害者の母親が被害者遺族に対して被害の慰謝として精一杯の額として1000万円を用意し支払いを申出。犯行前の学校生活においては、特段不良というわけではなく、保護処分などの非行歴もないことが認められる所であった。

検察官は、少年の年齢的問題を鑑み18歳以上であれば無期刑で処断が相当であるものの本件少年が18歳未満である点より少年法51条2項の緩和の規定を適用して処断すべきとし懲役15年を求刑した。しかしそれに対して和歌山地方裁判所は、18歳以上の少年によって犯されたものとして判断した。いいかえれば、少年は犯行時16歳であり社会的スキルの未発達など未熟性であることを捨象した。量刑判断においては、「重大性」「動機の理不尽性」「態様の悪質性」「被害感情の厳しさ」等の諸事情に加え、従前の科刑状況・動向を総合的勘案し、無期懲役に処することは、重きに失すると言わざるを得ない。よって有期懲役の枠内で少年にとって有利不利の一切の事を考慮した結果、少年法51条1項の規定より刑期の最長期間が相当と判断した。

(求刑15年)

(事例4-2)

少年19歳・禁錮4年以上5年以下

少年(19歳)は、自動車運転過失致死傷罪⁴³に問われ2010年10月19日横浜地方裁判所において担当裁判長は「危険な運転態度で悪質だ」と批判をしたが危険運転致死傷罪での減軽を求めている被害者遺族等は、落胆を隠せなかった。

事件の概要は、少年は法定速度50キロの道路を時速約70キロで運転をし、交差点手前

約50メートル地点で赤か黄色の信号を見過ごし、交差点で対向右折車に気づきハンドルを切ったが間に合わず、衝突して歩道に突っ込み、被害者3名を死に至らしめ、右折車の男性に怪我を負わせた。裁判官は、「約190メートル前から信号が見えていたのに直前まで全く確認しなかったことになる。危険な運転で、見えにくい信号を見過ごした事案と比べてはるかに悪質」と厳しく非難をした。それに対して弁護士側は、これまでの公判において「信号が見えにくかった」「信号手前約20～30メートルで黄色信号に気がついた」といった主張をしていたが判決では退けた。

裁判官は判決言渡しで「あなたは左足で運転したことを特に危険とは思ってなかったと言っているが、それは普通の人の感覚と違う事がわかりますか。運転への傲慢さが被害者の心を本当に傷つける」と述べ、判決の後に裁判官は、少年が右足指を骨折して居て左足で運転をしていたことについて言及し、償いについて考えを深めるように求めた。

被害者遺族は、本判決を受けて運転への傲慢さ、かなり危険な運転行為と認定されたからこそ軽い判決と述べられている⁴⁴。また遺族は検察へ控訴を求める⁴⁵ようである⁴⁶。

(求刑禁錮5年以上7年以下)

本案件における社会に与えたこと(影響)として、現場となった横浜市都筑区の交差点及び同等の大きさの交差点にはポールやガードレールがすぐに設置され本案件のように自動車が歩道に突っ込んだ場合にポールでガードの予防効果を発している。

⑤ 不定期刑・共犯

(事例5-1)少年16歳・3年以上5年以下
少年は、両親が離婚後、母親と妹と3人で生活していたところに母親と交際していた被害者が居宅に同居し生活するようになった。暴力団員でもあった被害者は、少年や母親に暴力・脅迫的な言動、さらに妹(当

時中学3年生)に対して、性的虐待を繰り返した。少年は母親から妹が被害者から性的虐待を何度も受けた旨を聞き、被害者のことが許せなくなった。また母親からも「もうやるしかない」と被害者殺害の意思を伝えられ、母親の殺害への決意は固く、また母親は少年を頼りにしていると考え、被害者を殺害することを決意した。

少年と母親は、殺害方法(計画性)の話合いを行い、被害者に睡眠薬を服用させて殺害することにした。しかし何度か睡眠薬を食事に混入させたが効き目が弱かった。そのような最中に妹が再び性的虐待を受け、さらに中学校教諭から児童相談所に連絡が入り、妹は児童相談所に保護され、この保護されたことを被害者が知った場合、さらに激しい暴行(暴力)を加えるのではないかと想定し、兇相に保護をやめるように掛け合ったが保護が解かれることがなかった。よってこの日のうちに被害者の殺害をすることにした。

殺害方法は、夕食の味噌汁に睡眠薬を混入させて服用させ、被害者の長男(実子)に対しても清涼飲料水に睡眠薬を混入させ服用させた。しかしすぐに殺害には至らなかった。司法解剖の際に睡眠薬成分が検出されたときに自分たちに嫌疑がかかるのではないかとして、睡眠効果が切れてから約2時間後に殺害に至った。殺害までの間、少年は小刀で刺す構えをしたが、怖くなり殺害をためらうこともあったが母親から一緒に小刀を持つからと促され、殺害行為に及んだ。また刺殺後、母親が被害者のつけていたネックレスで頸部を絞めるとともに少年が被害者の鼻口部をタオルで抑え、頸部圧迫による窒息により被害者を死亡させた。

殺害後は証拠隠滅を行った。また死体は計画では公園へ遺棄する予定であったが運ぶのに疲れて途中の空地へ遺棄した。

(死体遺棄罪)

函館地方裁判所「量刑の事情」説明によれば、被害者に責められるべき大きな落ち度

があったものの、少年が母親に安易に犯罪への同調を行ったことに対して、人命を軽視する姿勢が窺われる。また妹が児童相談所へ保護されたことに対して被害者が激怒して激しい暴力を振るうということは、可能性であり現実化していない。また妹が保護される前から被害者殺害・罪証隠滅方法などを計画・準備していたことにより妹が保護されたことにより殺害行為を行ったことの正当視出来ないとしている。また少年は、犯行を促したり、自らの意見を表明したり、死体を遺棄現場まで運んだりと重要な役割を果たしている。また被害者遺族より悲観が強く厳罰が求められていた。以上より刑事責任は重いものと判断された。

他方、被害者が少年や母親に対して暴力、妹に対して性的虐待を繰り返していたことは常軌を逸している点より被害者に対して重大な落ち度があることは認められる。このような被害者の行動より母親は、精神的に追い詰められ、少年が母親や妹を救いたい、助けたいという気持ちから行為に及んでしまったことは、同情に値し、利欲的・自己中心的な動機による犯行とは言い難い。しかし殺害という方法を選択したことはあやまりである。

犯行時16歳であった少年は、未熟であり短絡的な判断しか出来なかったことや家庭環境が苛酷であったことにより、責任評価の上での加重要素が必ずしも妥当とはいえない。

少年は、公判前までは自身の責任を直視できず、犯行を正当化していた節も見受けられたが公判廷では素直な反省の態度を示し、その内相が深化していると窺われることや家庭環境が苛酷でありながら前科(非行歴)もなく、不良傾向は認められず、中学校時代の教諭から少年は母親思いの優しい子と、また伯父から今後少年を監督していくことを誓約し、有利に斟酌事情も認められた。

不定期刑を採用した理由は、犯行態様の悪

質性・結果の重大性などを照らせば、刑の執行猶予は適切とは認められないが少年のために有利に酌むべき事情も多く認められるので酌量軽減をした刑期を下限を不定期刑の短期と定め、その長期も主文の程度に留めることが少年の更生と処罰の適正の観点から相当であると判断した。なお求刑は、3年以上5年以下であった⁴⁷。

[本事例は、第2審（札幌高裁）において少年法55条を適用し、家庭裁判所へ移送された⁴⁸]

(事例5-2)

少年16歳・懲役4年以上8年以下

(事例5-3)

少年16歳・懲役3年6月以上7年以下

(事例5-4)

少年16歳・懲役3年以上6年以下

(事例5-5)

少年16歳・懲役3年6月以上6年以下
遊び仲間の少年5人が被害者(15)を生意気だと云いがかりを付けて呼び出し、1時間近く2か所の犯行現場において5人で一方的に殴蹴の暴行を加える他に3人で抑えつけた被害者を仰向きに寝かせ1メートルの高さから被害者の腹部を目指して飛び降りたり、2人がタイヤで頭部を殴りつけたり、2人がじゃんけんを行い勝った方が殴るというゲーム感覚で被害者に暴行を加えた結果、死に至らしめた⁴⁹。

なお本件において直接暴行を加えた少年は5人であるがそのうちの1人は、自ら積極的に暴行を働かす発案したことや暴行をエスカレートさせるような言動をしたこともなく犯罪態様も悪質性が他の少年に比べて格段と低い点、少年の役割においても終始追随的な関与にとどまり前科の有無、粗暴性も見受けられず共犯少年とは2週間前に自らが恐喝被害を受けたことがきっかけで付き合うようになり、犯罪性も進んでいない。また年齢的な面、精神的な面など考慮をし、相当長期の処遇勧告を受けて中等少

年院送致となった⁵⁰。

⑥ 不定期刑・裁判員制度適用事例

(事例6-1)

少年19歳・懲役5年以上7年以下

少年はほかの少年3人と共謀し金品を奪おうと企てて路上で自転車で帰宅途中の男性会社員を持っていた木製のバットで殴打しバックを奪い、被害者に重傷を負わせ後遺症が残った(強盗致傷罪)。犯罪の態様は、被害者を2度襲撃したが逃げられ3度目にして顔を殴打した執拗性の強い犯行であるという事例である。事実関係に争いはなく弁護人は、被告人(少年)の不遇な成育歴や保護処分になった共犯者(中等少年院送致)との不均衡・不公平などを理由に保護処分を主張した。

裁判長は「内省が深まったとまでは窺えず、刑事処分を科し改善更生に努める必要がある」とし求刑懲役5年以上8年以下に対して判決は懲役5年以上7年以下の不定期刑を言い渡した⁵¹。

※本稿においては、論文投稿規定により文字制限が設けられている関係上、一部のみの事例での検討とした。また事例の検索はTKCシステムに「不定期刑」とキーワード入力をした結果100件ほどヒットした上位と司法研修所『改正少年法の運用に関する研究』(法曹会、2006年)の紹介事例、家庭裁判所月報過去10年分、新聞掲載記事より検討を行った。

6. 一考察

少年が家庭裁判所において刑事処分相当と判断を受け逆送後(検察官送致)の刑事裁判において判決の懲役刑として定期刑か不定期刑が言い渡される。定期刑は、有期懲役刑として成人被告人においても言い渡されているものである。しかし不定期刑は、成人被告人に言い渡されることはなく、少年のみに言い渡される。その理由として、一定の時間的な

制限を与えるのではなく、時間的な制限に弾力性、ゆとりを加えることで改善更生につながると考えられている。考えてみればその通りである。しかしポジティブな考え方として「弾力性」「時間的余裕」として評価することができるもののネガティブな考え方として「期間に制限（厳密に言えば制限はある）を有さない事で少年が更生意欲を減少させる」「短期を定めることで最低収容期間が設けられ更生意欲を発せられない」という問題も考えられる。

前述、浜井氏の考え方として「短期5年長期10年」であっても基準点が長期10年を前提に考えてしまうのであれば不定期刑ではなく定期刑で懲役10年と言い渡しをすることで少年が少年刑務所で健全な社会人を目指す努力をする機会を与えることになるとしている。

しかし量刑は、少年といえども加害者の更生のみを視野に入れたものではなく、加害少年が社会に与えた影響から社会的説明責任や被害者への悲しみに対して被害者説明責任機能も担っていると考えるのであれば不定期刑を否定することはできない。

量刑は、①行為者の行った行為（犯罪事実・犯罪態様・被害の大小）への責任の量（重さ）②行為者への犯罪予防機能（再犯防止）③社会に対しての犯罪予防効果④行為者への情状酌量（被害者落ち度・被害者との関係・被害回復／弁済・行為者の生育環境配慮・社会復帰後の社会的環境／家庭環境・更生意欲）より構成されているものと考えられよう。少年の更生を第一に考えなければならないのかもしれないが少年法は、少年を徹底的に保護する法律ではなく、少年を第一に保護しながらもこれに付随する事柄への配慮も機能とした法律である。よって判断基準としての④への効果も考えた上で短期と長期を分けて期間の柔軟化・弾力化を図ることで少年自身ももちろん、家庭調整など少年が帰る場所作りにも有効に機能することにより健全な社会人への育成を図るものと推測したい。

学説では、判例の立場として「中間位説」

では短期部分を「責任」、長期部分を「特別予防」からの観点としているが短期部分が罪責として捉え、処分の対象として少年刑務所などへ収容することに異論はないものの短期期間が終了した後の長期期間までの収容期間が特別予防でこの期間（刑期）に罪責的機能がない者を国家が自由の拘束・剥奪をして良いものなのだろうか。よって全体基準説の短期から長期に渡る期間（刑期）全体に責任刑機能を有する立場に立ちたい。責任刑とは、罪責と罪責から生じる予防的機能をも含まれているものと考ええる。

図表「量刑決定の基準と責任を検討表」、非常に細かく見難いものであるが参照されたい。ここでは、第5章事例研究にリンクさせ、司法研修所『改正少年法の運用に関する研究』が処遇因子を分析している項目を参考にし、事例を検討した際に必要とする新たな項目を増やし検討をしたものである。

まず犯行時の年齢を見てみると不定期刑が適用となっている事例は、年中少年事案に多く、定期刑が年長少年事案に多くみられる。全体的に定期刑と不定期刑の違いは、犯罪の目的として自己中心性、犯罪態様として手段の大小・計画性や役割負担や犯行後の状況として反省の有無、少年に係る事柄として年齢などによって異なっている。

次に不定期刑事事案における刑期状況を比較する。事例4-1が5年以上10年以下の最大値であり、事例5-1が3年以上5年以下である。なお事例5-1は、札幌高等裁判所の判断では少年法55条適用とし家庭裁判所へ差し戻された事例である。事例4-1では検察官は、18歳以上であれば無期懲役で処断することが相当であるとし、本事例少年が18未満である点より法51条2項の緩和の規定を適用して処断すべきとし、懲役15年を求刑したのに対して裁判所が18歳以上の少年によって犯されたものと判断をし、少年の社会的スキルの未発達・未熟性を捨象した上で無期懲役で処するのでは重きに偏するとし、有期懲役の枠内で少年に有利不利の一切の事

を考慮した結果法 51 条 1 項を適用し法定刑期の最長期間が相当とした。

この 2 つの事例を比較してみると犯罪状況が共通しているわけではないが異なる点として犯罪目的としての自己中心的（性）・短絡的・利欲的の有無、犯罪態様として手段・執拗性・残虐性の有無・大小が判断の基準となったと考えられる。事例 5 - 1 は、少年と母親が被害者からの少年の妹に対しての性暴力や DV に耐えかねた犯行であるのに対して事例 4 - 1 は、家庭や学校での問題によって感情制御（self-control）が出来ず、自分よりも劣位である被害者に対して残虐・悪質的にかつ執拗な暴行によって死亡させる極めて悪質で短絡的・自己中心的な犯行であり、被害者感情も非常に大きく、地域社会に与えた影響も大きな事案であった。

以上、簡単であるが比較をして検出できた事は、少年の行為に対する責任としての量刑の判断基準は、犯罪の態様・目的、被害状況（被害者・社会的）、情状酌量、少年の可塑性と保護処分より刑事処分必要事由、予防機能の「責任と予防」であり量刑の機能として、責任の重さを自覚させることで健全な社会人へと成長させる（特別予防）、社会への説明責任的機能、被害者等への説明責任的機能などが含まれている。

最後に「（少年）量刑の可視化」として国民の刑罰に対する（国民感覚・市民感覚）錯誤や今後、裁判員裁判適用の少年刑事裁判が今よりも増えていく（犯罪発生率が増加するという意味ではなく、現在否認事件など対象から外れている事件なども今後対象となることを想定しているものである）ことより少年量刑基準・判断にはどのようなものが必要であるのかを示す必要があると思われる。一定の基準化する必要は、少年の事情等よりも必要とはしないものの事例 4 - 2 のケースを考えるのであれば、何故に傲慢な運転と認定しつつも自動車運転過失致死傷罪（業務上過失致死傷罪）で処断されたことの説明にもつながっていくのではないだろうか。

註

- 1 改正刑法草案 48 条 2 項は、量刑上考慮する事情として「犯人の年齢、性格、経歴および環境、犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響、犯罪後における犯人の態度その他の事情」を挙げている。〔原田國男『量刑判断の実際（増補版）』（現代法律出版、2004 年）6 頁〕
- 2 最判昭和 58 年 7 月 8 日刑集 37 卷 6 卷 609 頁以下
- 3 松本時夫『刑の量定・求刑・情状立証』（現代刑罰法大系 6 卷）（日本評論社、1982 年）145 頁以下
- 4 松本時夫『量刑と実務と今後の課題』（現代刑事法）（立花書房、2001 年 1 月 No.1）10 頁以下
- 5 神田宏『責任と予防』前掲現代刑事法 17 頁以下
- 6 大塚仁『刑法概説（総論）』（第 3 版）（有斐閣、1997 年）431 頁
- 7 前掲大塚 431 頁
- 8 16 歳に達した翌日から 14 日以内に刑事施設へ移送しなければならない（少年院法 10 条の 2）
- 9 少年院収容受刑者は、施設の保安機能も高く単独房の多い特別少年院へ収容可能となっている（少年院法 2 条 1 項 4 号）。また初等少年院や医療少年院、15 歳以上であれば中等少年院収容も可能である。
- 10 司法研修所編「改正少年法の運用に関する研究」（法曹会、2006 年）102 頁参照
- 11 藤吉和史「少年犯罪と触法行為者」（成文堂、2005 年）86 頁参照、前掲菊田 186 頁参照
- 12 市村光一「少年法概論」（かんらん社、1949 年）87 頁
- 13 辻本義男『少年矯正とその問題点』（中央学院大学総合科学研究所『紀要』第 7 卷第 1 号、1989 年）44 - 46 頁参照
- 14 齊藤信宰「新版刑法講義（総論）」（成文堂、2007 年）560 頁参照
- 15 刑集 59 卷 6 号 725 頁以下

- 16 少年の刑事責任については、小関慶太論文「少年の刑事責任における一考察」（桐蔭横浜大学、『桐蔭論叢』、第17号、2007年）を参考。
- 17 人格的性状としての非行性（非行反覆の傾向）と環境的要因の保護欠如性を要保護性と捉え、処遇決定の概念として別途に保護処分相当性、刑事処分相当性、福祉処分相当性、不処分相当性を考える立場〔田宮裕＝廣瀬健二「注釈少年法【改訂版】」（有斐閣、2002年）39頁〕
- 18 正木祐史「理論的検証①いわゆる『原則』逆送について」葛野尋之編『「改正」少年法を検証する』（日本評論社、2004年）104頁
- 19 前掲葛野 103頁
- 20 前掲平場 163頁
- 21 山口直也『不定期刑適用年齢の基準時』（田宮裕「少年法判例百選」no.147, 1998年）228頁以下
- 22 田宮裕＝廣瀬健二「注釈少年法【第3版】」（有斐閣、2009年）481-483頁参照、澤登俊雄「少年法入門【第2版補訂】」（有斐閣ブックス、2003年）224頁
- 23 前掲田宮＝廣瀬編【第3版】467頁
- 24 前掲田宮＝廣瀬編【第3版】468頁
- 25 前掲田宮＝廣瀬編【第3版】468頁
- 26 前掲田宮＝廣瀬編【第3版】468頁
- 27 竹村典良『不定期刑と定期刑の軽重判断』（前掲田宮百選）230頁以下
- 28 白取祐二「刑事訴訟法」（日本評論社、1999年）379頁
- 29 前掲山口 228頁以下、前掲竹村 230頁以下
- 30 前掲田宮＝廣瀬編【第3版】468頁、前掲竹村 230頁以下
- 31 少年裁判所法（Jugendgerichtsgesetz）18条2項
- 32 比嘉康光『ドイツ少年刑法の研究』（成文堂、2010年）52-53頁
- 33 浜井浩一『2円で刑務所、5億円で執行猶予』（光文社新書、2009年）144-145頁
- 34 家庭裁判所月報 58巻3号 149頁以下（以下、「家月」）、大阪高判平 17（う）829号
- 35 刑法 176条及び、刑法 177条は平成 16年改正法により法定刑が引上げになったものの刑法 6条・刑法 10条が適用され、軽いもので処断される。
- 36 家月 58巻3号 150頁以下
- 37 司法研修所『改正少年法の運用に関する研究』（法曹会、2006年）63頁以下（以下、「司研」）
- 38 前掲司研 64頁以下
- 39 前掲司研 91頁以下
- 40 前掲司研 37頁以下
- 41 前掲司研 49頁以下
- 42 前掲司研 75頁以下
- 43 刑法 211条第1項業務上過失致死傷等、業務上（業務上必要な注意義務を怠る〔齋藤信宰『刑法講義【各論】』（成文堂、2000年）60頁〕→「運転免許を持った上での運転行為における注意義務違反」と解する。これに対して一律に業務性を認めるかは議論があるところである〔前掲齋藤 62頁〕）必要な注意を怠り、よって人を死傷させた者は、5年以下の懲役若しくは禁錮…としている。
- 44 危険運転致死傷罪（刑法の一部を改正する法律（平成 13年法律 138号）以下、「刑法」）刑法 208条の2は、第1項と第2項から構成されており第1項では、アルコール（飲酒）またや薬物の影響で正常な運転が困難な状態で四輪以上の自動車を走行させ、人を死傷させた者の罰則が定められ（負傷 10年以下の懲役・死亡 1年以上の有期懲役）、第2項では、人又は、車の通行を妨害する目的で走行中の自動車の直前に侵入し、その他の通行中の人又は車に著しく接近し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で四輪以上の自動車を運転し、結果として人を死傷させた者も前項と同様とする。赤色信号又は、これに相当する信号を殊更に無視し、且、重大な交通の危険を生じさせる速度で四輪以上の自動車を運転し、よって人を死傷させた場合も同様となる。危険運転致死傷罪に関しては、原田國夫氏が「危険運転致死傷罪量刑一覧表」をまとめており、本

表を鑑みると対象は本稿の対象の少年とは異なっているものの本件に類似した事案として津地裁（平成 14 年 5 月 8 日）危険運転致死傷で死者 1 名・負傷者 2 名で求刑 6 年（判決・4 年）である。また「傷害致死罪実刑判決量刑分布表（死亡 1 名）」より成人の場合の実刑 162 件中、6 年 21 件、5 年 32 件、4 年 6 月 20 件、4 年 23 件となっている〔前掲原田 403 頁以下〕。以上より、事例 4-2 に被害者死亡 3 名・負傷 1 名に対して被害者（市民感覚）感覚から軽すぎるという心情を読み解くことも可能ではないだろうか。

45 朝日新聞（2010.10.19）

46 「～ようである」と曖昧な表現な理由として本稿第一校校了日が⁴⁵2010 年 10 月 22 日のため（判決 10 月 19 日）。2010 年 10 月 28 日、横浜地検は禁固 4 年以上 5 年以下の不定期刑とした横浜地裁判決を不服として東京高

等裁判所に控訴した。なお、控訴理由は明らかにしていない。被害者遺族らは、判決についても量刑が軽いとして、地検に控訴を求めていた。（朝日新聞 2010.10.29）又、少年側も判決を不服として東京高裁に控訴した。〔第二校加筆〕

47 函館地方裁判所平成 18 年（わ）第 281 号

48 事例の詳細は、小関慶太論文『裁判員制度における少年刑事裁判に関して一考察』（桐蔭横浜大学、「桐蔭論叢 21 号」）5 頁以下（2009 年 12 月）参考に

49 本件は少年 5 人の他 1 名がたまたま 5 人と遊んでいたことより現場の見張りをし幫助で保護観察処分となっている。

50 前掲司研 50 頁以下

51 静岡新聞（<http://www.shizuokashin.com/>）2010.5.22

毎日 jp（<http://mainichi.jp/>）2010.5.25