

# 明治末期から大正期における未成年犯罪者に対する言説に関する一考察

田中 亜紀子

## 目次

- 一. はじめに
- 二. 現行刑法制定の意義と未成年犯罪者への影響
- 三. 刑法第四一条（刑事責任年齢）をめぐる言説
- 四. おわりに — 現行刑法制定から大正少年法制定へ —

## 一. はじめに

本稿は、刑法制定後の議論を主たる分析対象として、近代日本の未成年者に対する刑事法の理念と実態の一部を明らかにするとともに、前稿<sup>1)</sup>に引き続き、戦前日本における社会事業の現代的特質の一面を明らかにするために、該当時期の刑事法ないし刑事政策と社会事業との関わりについて考察することを目的とするものである。

前稿において筆者は、感化事業、更生事業、児童保護に関する民間の活動と政府ないし国家との関係、また、該当期の未成年犯罪者および不良少年に関する内務省ならびに司法省の対応を確認した上で、大

正少年法案初期審議における対象少年の処遇に関する議論の分析を通じて、草案起草者および花井卓蔵をはじめとする同法案審議会出席者が有していた、民間団体ならびに民間施設の利用意図を明らかにした。しかしながら、大正少年法の性格を理解するためには、そもそも大正少年法制定の直接の契機となった現行刑法における未成年犯罪者に関する規定に対して当時どのような理解がなされていたのかを明らかにする必要がある。そこで、本稿においては、現行刑法制定当時の刑法テキストを主たる分析の対象として、大正少年法の議論の前提となるべき、現行刑法の未成年犯罪者に関する認識を検討する。

## 二. 現行刑法制定の意義と未成年犯罪者への影響

一九〇七（明治四〇）年に現行刑法が制定される以前、すなわち旧刑法における未成年犯罪者に関する規定は以下の通りであった。

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満十六歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得

第八十条 罪ヲ犯ス時満十二歳以上十六歳ニ満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満二十歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得

二 若シ弁別アリテ犯シタル時ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス  
第八十一条 罪ヲ犯ス時満十六歳以上二十歳ニ満サル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ等ヲ減ス

以上の規定によつて、旧刑法においては、未成年者が犯罪を行った場合は、年齢（八歳、十二歳、十六歳、二十歳）によつて、犯罪に対する非難の程度とその処遇に差異を設けるといふ、相対的刑事責任能力ならびにその責任能力に応じた処遇を予定していた。また、実際には不十分であつたが、規定としては、監獄内に、成人一般と別に、未成年者を処遇する施設として「懲治場」を設け、該当者を収容することが予定されていた。しかしながら、現行刑法において、旧刑法の上記規定は、第四十一条「十四歳ニ満タサル者ノ行為ハ之ヲ罰セス」の一条にまとめられ、それまでの相対的刑事責任能力から、満十四歳をもつて刑事責任能力を有するといふ絶対的刑事責任能力となるとともに、「懲治場」留置に関する文言が削除された。

現行刑法が制定された明治四〇年に『刑法修正理由』を出版した南雲庄之助は、その理由を、現行刑法案審議における倉富勇三郎の説明

を引用しつつ以下の様に述べている。

①懲治規定削除に関して

又幼年者に対して懲治すると云ふことも固よりは是は刑罰ではないのみならず、幼年者に対して懲戒を施すと云ふことも決して幼年者が犯罪行為を為した場合に限らない。現に民法に於ても裁判所の許可を得て懲治場に入れることを得る旨の規定もあり、又感化法に於ても幼年者を感化院に入れることを得る旨の規定もある。是も幼年者が犯罪行為を為した場合のみに限つて刑法上特に懲治の処分をのみ規定して置いても決して完全と云ふ訳には行かぬ、加之ならず刑事の裁判所をして此幼年者に対する懲治処分をなさしめると云ふことは幼年者を感化する上に於ても決して適当でなからう、右様な次第で之等の事は他の法律の規定に譲たのである。(傍線は筆者。以下も同様。)

つまり、幼年者に対する懲治は刑罰ではないため、また、幼年者に対する懲戒は幼年者が犯罪行為を行った場合に限定されないため、刑事裁判で懲治処分を決定するのは、「幼年者を感化」する上で不適当であるという理由から、懲治場規定は削除されるに至つたのである。

②幼年者に対する刑の減輕

前の案に十四歳以上二十歳未満の者が罪を犯した場合には其刑を減輕することを得と云ふことの規定があつたけれど、改正刑法では其規定を削除した、其理由は改正刑法は幼年者の責任年齢を變更して十四歳未満は総て之を罰しないと云ふことにして居る、十四歳以上と云へば数へ年で十五歳若しくは十六歳と云ふことに

なる訳で一通り其人の智能も発達して居るのである、加之此改正刑法は多くの場合に於て刑の範囲が余程廣くなつて居る故に幼年者が罪を犯した場合に各条の刑の範囲内に於て幼年者相当の刑を科することも出来る、尚且つ其事情に適しない場合があればそれ以上酌量減輕の途も開いてあるからして、十四歳以上二十歳未満の者に向て法律上減輕の途を開いて置く必要は無からうと云ふ趣旨からして、此規定を削ることになつたのである<sup>(3)</sup>。

つまり、旧刑法における相対的責任能力規定を絶対的責任能力規定と変更した上で、刑事責任能力を満十四歳とした理由は、同年齡の段階においては「一通り其人の智能も発達して居る」からであること、そして刑の範囲が旧刑法と比べて広く、また酌量減輕も可能となつたため、個別具体事例に対応できるからである、と説明しているのである。

### ③責任年齢を高めた理由

現行法は犯罪責任年齢を十二歳として居るが、此刑法草案按調査中十四歳よりも今少し高くなければならぬ、十八歳などと云ふ極端な議論も出た、或は又十五歳、十六歳と云ふ意見も出たが、どうしても責任年齢は成るべく上の方に於て刑法上では之を罰せない、矯正上懲治の処分をするに云ふことは極めて必要であるけれども、普通の刑を科して幼年者を訓戒すると云ふは決して適當でない、それで責任年齢は高くして、成る可く普通の刑を科せぬ方が適當であると云ふ考を以て、十四歳として現行法より二歳だけを上ばせることとなつた。尚ほ一時はもう少し高くなつた事も

あつたけれども、結局十四歳と云ふことに折合を付けたのである、次に彼の幼者に対する懲治処分は刑法上より之を削除したけれども實際上懲治処分は致す積りで、何れ感化法でも少しの修正を加へたならば総ての懲治法は差支なく行はれるであらうと思ふ<sup>(4)</sup>。

刑事責任年齢を満一四歳へ引き上げた理由は、未成年犯罪者に対する矯正としての懲治処分は必要だが、成人同様の刑を科すことは妥當ではないと考えられたためである。したがって、旧刑法における刑事責任年齢である満一二歳を満一四歳に上げることによって、刑罰の対象者を可能な限り制限することが予定された。また、「懲治処分は刑法上より之を削除したけれども實際上懲治処分は致す積りで、何れ感化法でも少しの修正を加へたならば総ての懲治法は差支なく行はれるであらうと思ふ。」と述べている様に、懲治規定は刑法からは削除したものの、懲治処分同様の処遇は今後も実施することが必要であると考へられていたことから、感化法の改正が行われた。しかしながらその改正を肯定的に評価する内務省と、刑事手続きの関係で同改正は不十分であると認識した司法省との間で、大正期に入つて未成年犯罪者に関する法律をめぐる対立が生じるに至つたのである。

### ④十四歳以上の未成年者に対する法律上の減輕

現行法にては十二歳未満の者は絶対に罰しない、十二歳から十六歳までは是非の弁別の有無に依つて或は罰し或は罰しない、十六歳から二十歳までの間は本刑中一等を減すると云ふことになつて居るけれども、此法は單純に十四歳前後を以て責任の有無を區別して十四歳以上の者は断然減輕を與へないと云ふことにして居

る、現行法に於ける二十歳までは其刑を減輕宥恕するとの規定は、其結果は極めて不適當の場合が出て来るだらうと思はれる、二十歳と云へば数へ年の二十二歳になる者もあつて、随分強盜殺人其他憚悪なる犯罪を遂行するものが往々ある、けれども之に対して毎に其刑は必ず一等を減せぬければならぬ(ママ)と云ふやうなことに為り随分實際に困る場合がある。故に此法は寧ろ十四歳以上の者に法律上の減等を與へないことにしたのである併し本法は裁判上酌量減輕の途は十分に備はつて居るからして例令どの種類の重い犯罪も事態に適應する減輕が出来るのである、従て十四歳以上の者にも特に法律上の減輕を與へるの必要は無いこととなる。<sup>(5)</sup>

相對的責任能力を廢止することに関して、倉富は、満二〇歳未満の者に対して減輕を行つていた旧刑法において不都合が発生していたことを指摘している。それは、「二十歳と云へば数へ年の二十二歳になる者もあつて」と指摘している様に、満二〇歳未満の者が成人に近い存在であることから、彼らが悪質な犯罪を行つた場合であつても、第八一条によつて、単に満二〇歳未満であるという理由で一等減輕しなければならぬことは不都合であると認識していたからである。したがつて、未成年者に対する一律減輕を行わせないために、現行刑法においては敢えて刑事責任能力を満一四歳と規定し、満一四歳以上の未成年犯罪者に対する寛刑規定を設けなかつたのである。また、法定刑の幅の拡大と裁判官により広い裁量権を与えることになつたため、未成年犯罪者に対する著しい不利益はないと、倉富は考へていたのであ

る。

以上の①から④の理由から、現行刑法において未成年犯罪者に関する規定は、満一四歳の刑事責任能力を規定した第四一条のみとなつた。ここにおいて、第一に未成年犯罪者に関して、犯罪行為を行つた満一四歳未満の刑事無責任能力者への処遇をいかにこなうべきか、そして第二として、犯罪行為を行つた満一四歳以上の者に対する刑事手続きおよび科刑などの場において成人と區別する必要性があるが、どのようにすべきか、以上二つの課題が発生した。以上の課題に対して政府は、当初、感化法を一部改正することによつて、懲治場規定削除後の対象者の処遇に対応しようとした。また、その後大正期に少年法が制定されるまで、改正感化法による感化法施行の徹底化を企図するとともに、「感化」事業として社会事業の展開を企図した内務省と、未成年犯罪者を対象とする特別法の制定を企図した司法省とを中心として、未成年犯罪者および非行少年の発生原因ならびに処遇に関する研究などが進められた。

それでは、現行刑法制定後に世に出された刑法テキストにおいて、未成年犯罪者に関する規定である第四一条はどのようなものとして語られたのであろうか。次章では、現行刑法制定後のテキストから、刑法第四一条をめぐる言説を紹介し、その特徴の分析を行う。

### 三、刑法第四一条（刑事責任年齢）をめぐる言説

現行刑法制定から大正少年法制定（一九二二年）までに出版された刑法に関する文献は二五〇点以上が国会図書館に所蔵されている。この中で、特殊な性格を有すると考えられる陸軍刑法ならびに海軍刑法、そして刑法各論に特化したもの、試験対策本やマニュアル本を除外すると、四五点が検討対象となる。その内訳を出版数の多い著者毎に並べたものが以下である。

- ・ 牧野英一：『刑法通義』（一九〇七年）、『刑法総論』（一九〇七年）、『刑法總論 増訂再版』（一九〇八年）、『刑事学の新思潮と新刑法再版』（一九〇九年）、『刑法通義』（一九〇九年）、『刑法通義 増訂』（一九〇九年）、『刑法提要』（一九一〇年）、『刑法総論』（一九一一年）、『日本刑法 第一分冊 再版』（一九一六年）、『刑法と社會思潮』（一九一六年）、『罪刑法定主義と犯罪徵表説』（一九一八年）、『日本刑法 分冊第25版』（一九一八年）、『日本刑法 第1分冊 9版』（一九一九年）、『刑法研究 第1』（一九一九年）。以上の四冊（明らかな重複分を除外すると九冊）。
- ・ 泉（新熊）：『刑法原理研究書』（一九〇八年）、『改正日本刑法論』（一九〇八年）、『刑法大要』（一九一一年）、『日本刑法論 13版』（一九一二年）、『刑法總論 大正3年度』（一九一四年）、『刑法總論 大正4年度』（一九一五年）、『刑法大要 訂10版』（一九一九年）、『日本刑法論 上、下編 26版』（一九一九年）、『日本刑法論

上（総論） 下編（各論） 30版（一九二二年）。以上の九冊（明らかな重複分を除外すると七冊）。

- ・ 花井卓蔵：『改正新刑法註解』（一九〇八年）、『新刑法評論』（一九〇八年）、『刑法俗論』（一九二二年）、『刑法綜攬』（一九一三年）。以上の四冊。

- ・ 小疇伝：『改正日本刑法論 総則』（一九〇八年）、『大審院判例卜新刑法』（一九〇八年）、『新刑法論 総則』（一九一〇年）。以上の三冊。

- ・ 岡田朝太郎：『刑法講義』（一九〇七年）、『刑法總論 大正7年度』（一九一八年）、『刑法論』（一九二〇年）。以上の三冊。

- ・ 山岡万之助：『刑法総論』（一九二二年）、『刑法原理 改補5版』（一九一五年）の二冊。

- ・ その他、佐々木英光『刑法』（一九〇七年）、小林学堂『改正刑法刑事訴訟法註釈大全』（一九〇七年）、山田正賢『改正刑法講義』（一九〇七年）、藤沢茂十郎『他』、『改正刑法新論』（一九〇七年）、磯部四郎『改正刑法正解』（一九〇七年）、南雲庄之助『刑法修正理由』（一九〇七年）、上田玄海『他』、『改正刑法並監獄法要義』（一九〇八年）、谷野格『刑法総論』（一九一〇年）、江木衷『刑法に関する緊急問題』（一九一四年）、勝本勘三郎『刑法要論 上卷（総則） 訂3版』（一九一五年）

本来であれば、該当する全てのテキストを取り上げるべきではあるが、前掲テキストの中には単なる条文列挙ないし条文に極めて簡潔な説明のみを付したものが少なからず含まれているため、以下では、

刑事責任能力ならびに旧刑法に規定されていた懲治場の廃止理由についてある程度の見解が付されている現行刑法制定直後のテキスト、そして該当期において刑法および未成年犯罪者に関する発言に影響力を有していたと考えられる、花井卓蔵、牧野英一、泉新熊のテキストを主たる検討の対象とする。

また、現行刑法制定当時のテキストには、満一四歳を刑事責任能力とした第四一条ならびに懲治場規定の削除に対する肯定的意見と否定的意見の両方が存在する。したがって、以下ではその両者の代表的な意見を取り上げる。

(一) 現行刑法第四一条に対する肯定的意見

① 山田正賢『改正刑法講義』(明治四〇年)

山田は改正刑法(現行刑法第四一条)に関して以下のように述べている。

本条モ亦責任能力ヲ欠クニ基ク犯罪ノ不成立ニ関スル規定ニシテ即チ十四歳ニ滿タサル者ノ行為ハ之ヲ罰セサルモノトス今之ヲ旧刑法ト比較スルニ旧法ハ責任年齢ヲ十二歳ト定メ之ニ滿タサル者ノ行為ハ罪ト為サストセリ是レ旧法ハ主トシテ古来ノ立法例ヲ襲ヒタルモノニシテ古ハ幼年犯罪者ニ対シ懲治ノ方法十分ナラサルノミナラス刑罰ノ目的モ亦今日ト等シカラサリシヲ以テ極メテ責任年齢ヲ低ク為シタルモノナリ然リト雖モ近來生理学ノ発達ニ伴ヒ幼者ノ智能ハ此ノ如ク速ニ發育スルモノニ非サルヲ知ルニ至リ従来ノ立法例ニ於ケル責任年齢ノ低キニ失スルヲ非難スル者

増加シタルト共ニ幼年犯罪者ヲ懲治スル設備ヲ整ヘ得ルニ至レルヲ以テ本法ハ断然旧来ノ立法例ヲ破リ責任年齢ヲ高メ之ヲ十四歳ト為シタリ蓋シ幼年囚ヲ処罰スルモ其利益甚タ少ナク却テ本条ノ規定ハ之ヲ済フニ最モ適切ナルモノト謂フヘシ而シテ旧法ハ十六歳以上二十歳ニ滿サル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ストシタルモ本法ハ單純二十四歳前後ヲ以テ責任ノ有無ヲ區別シ十四歳以上ノ者ハ断然減刑ヲ與ヘサルコトトシタリ蓋シ滿二十歳マテハ其智能発達ノ程度及ヒ情状ノ如何ニ関セス必ス一等ヲ減セサルヘカラストスルハ實際ニ極メテ不適當ノ場合ヲ生スルコトアルノミナラス本法ハ刑ノ範圍ヲ拡張シ且ツ裁判上酌量減刑ノ途アルヲ以テ如何ナル種類ノ罪ヲ犯スモ其事態ニ適応スヘキ減輕ヲ為シ得ヘク從テ旧法ノ主義ヲ採用スルノ必要ナキナリ但シ私見ヲ以テスレハ十四歳以上ノ者ト雖モ丁年ニ達セサル間ハ尚ホ幼者タルヲ免レサルヲ以テ前改正案ノ如ク情状ニ因リ裁判所ヲシテ其刑ヲ減輕スルコトヲ得セシムルヲ至当ナリト信ス(傍線筆者。以下も同様。)

山田は、旧刑法は「古来ノ立法例」を踏襲したものであり、刑罰の目的も今日とは異なっている上、懲治方法も不十分であった。しかしながらその後、医学の発達によつて、責任能力が低すぎるといふ批判が行われるようになり、同時に「懲治スル設備」も整備することが可能になったため、責任年齢を一四歳に高めたのだと説明している。山田が述べた「懲治スル設備」は、感化院を指しているのか、あるいは何が具体的にどのような設備を指すものであるか否かは文脈からは判明しないが、刑事責任能力の年齢を高めた理由として、山田は、新旧

刑法における刑罰の目的の差であると指摘している点、そして「幼年囚」の処罰について否定的な意見を述べている点に留意すべきである。

また、旧刑法における相対的刑事責任能力ではなく、絶対的刑事責任能力が採用された理由については、知能発達の状況などは個体差があるにもかかわらず、旧刑法においては自動的に刑を軽くしなければならず、実務上不都合な場合があったこと、現行刑法では法定刑の範囲が拡大し、また酌量減刑の方法も整っているので個別対応が可能になったことを挙げているが、後者の法定刑の範囲拡大、酌量減軽の導入を理由に挙げる姿勢は他の多くの論者と共通する。この他、山田は私見として、改正案に見られた、一四歳以上二〇歳未満の犯罪者に対しては事情によって減刑を行う規定を支持している様に、未成年者に対する特別処遇の必要性を認識している点も重要である。

次に、懲治場規定の削除については、次のように述べている。

前改正案ハ旧刑法ト等シク懲治制度ヲ採用シ情状ニ因リ十年以下ノ期間懲治ノ処分ヲ命スルコトヲ得ルモノトシタルモ本法ハ此規定ヲ削除シタリ蓋シ不良ノ少年ヲ懲治場ニ留置スルハ其目的懲戒的教育ヲ施スニアリテ之ヲ処罰センカ為メニアラス徒テ幼年者ニ対シ懲戒ヲ加フルハ犯罪行為ヲ為シタル場合ニノミ限ルヘキモノニアラス現ニ民法ニ於テモ裁判所ノ許可ヲ得テ懲治場ニ留置シ得ル場合ヲ規定シ又感化法ニ於テモ幼年者ヲ感化院ニ入ルルコトヲ得ルノ規定アルヲ以テ仮令刑法中ニ懲治処分ノ法制ヲ存置スルモ完全ナルモノト云フ能ハス加之刑事ノ裁判所ヲシテ懲治処分ノ宣告ヲ為サシムルハ幼年者ヲ感化スルノ上ニ於テ適當ナラサルニ

於テヤ是レ之ヲ削除シテ他ノ法令ニ譲リタル所以ナリ<sup>(7)</sup>

懲治制度廃止に関する山田の説明は、先に見た南雲と同様に、議会における倉富勇三郎の発言を踏襲するものであり、懲治場留置は刑罰だけではなく、民法にも規定があること、また、明治三三年感化法にも懲治場規定ではないものの、感化院への入院規定があることから、他に方法があることをもって、刑法からは懲治場規定を削除したとす。しかしながら、刑事裁判において懲治処分の宣告を行うことは幼年者を感化する上で不適當であると指摘しているように、未成年犯罪者の感化というものに理解を示している点を見逃すわけにはいかな

②磯部四郎『改正刑法正解』（明治四〇年）

本条ハ精神ノ發達不充分ナルニ因ルモノナリ凡ソ吾人ノ心意能力ハ漸ヲ逐フテ發達シ其年齢ト相伴フモノニシテ其發達ノ遅速ハ時ト処トニ因リテ相異ナルヘキニヨリ各国立法例ニ於テモ年齢ト責任トノ關係ヲ定ムルニ付種々ノ法制アリ本法ハ其最モ我国情ニ適スルモノト認メシ所ニヨリテ本条ノ規定ヲ為シタリ乃チ本条ニ於テハ十四歳ニ滿タサル者ノ行為ハ総テ之ヲ罰セサルモノトセリ是レ該年齢以下ノ者ハ全ク犯罪ノ責任ヲ負フヘキ弁別力ヲ欠クモノト認メタルモノニシテ果シテ弁別力アルヤ否ヤヲ審案スルヲ許ササルモノナリ旧法ニ於テハ滿十二歳以上十六歳ニ滿サル者ノ行為ハ其是非ヲ弁別シタルト否トニ因リ或ハ其刑ヲ減輕シ或ハ之ヲ罰セストシタリシモ實際上是非ヲ弁別シタルト否トノ區別ヲ為スハ頗ル困難ノ事ニ属シ遂ニ総テノ幼者ヲ処罰スルノ弊ヲ生スルニ

至ル故ニ本法ハ之ヲ採用セス<sup>(8)</sup>

磯部は、未成年者の知能の発達に配慮して、刑事責任能力を規定する規定が、諸外国において既に存在していたこと、また、旧刑法における一二歳以上の刑事責任能力の処遇に不適切な場合があったことか、満一四歳をもって一律刑事責任能力を認める規定を評価している。本来ならば満一二歳以上満一六歳未満の者の行為については、個別具体的な事件毎にその責任能力の有無を検討しなければならなかったが、実際にはそれは困難であり、結果的に対象者すべてを処罰してしまふ弊害があったことを磯部が認識していたことが興味深い。

(二) 現行刑法第四一条に対する否定的意見

① 藤沢茂十郎『改正刑法新論』(明治四〇年)

本条ニ於テ述ヘタル如ク本法カ旧刑法ヲ一新シテ十四歳ニ滿タル者ノ行為ハ之ヲ罰セスト為シタルハ大ニ可ナルモ一躍十四歳以上ノ者ハ全責任ヲ負ハシムル主義ヲ採リタルハ實際ニ適セサル立法ナリト信ス如何トナレハ未タ十四歳以上二十歳以下ノ未成年者ハ恰モ前条心神耗弱者ト等シク完全ナル能力発達セサル時代ニ属スルモノナレハナリ<sup>(9)</sup>

藤沢は四一条解説の末尾に、余論として、未成年者の能力は未だ十分に発達していないことを理由として、満一四歳以上に全責任能力を認めた規定は不適當であると主張している。

② 上田玄海『改正刑法並監獄法要義』(明治四一年)

本條は十四歳未満の幼者は知能の発達未熟の爲め是非を弁別し

難き者なりとして絶対的其行為は無責任なりと云へり故に如何に知能発達し充分是非を弁別し得る者なりと雖も年齢十四歳未満なるときは罪を構成せざるなり其結果として如何に知能未発の者なりと雖も年齢十四歳以上なるときは普通知能者と等しく犯罪行為に付き責任あるなり如茲者に付きては啻に裁判官の酌量減刑に拠るの外救済の途なしとす是れ裁判官放任主義たる本法の短所なりと云はずして何ふや寧ろ旧刑法の如く年齢を四階級に分ちて以て不論罪又は減輕等裁判官の認定に任せて其適當の刑に所せしむるの優れるを信ずるなり<sup>(10)</sup>。

上田は藤沢と同様に、満一四歳以上の者に対する刑事責任能力を一律に認めてしまうことは問題であることから、旧刑法の規定の方が妥当であると主張している。また、藤沢とは少し異なり、満一四歳以上の者の犯罪行為を、裁判官による酌量減刑に委ねることは「裁判官放任主義」であると述べている様に、現行刑法によって可能になった裁判官の広い裁量に対する否定的見解も、当該規定への批判原因となっている。

以上、現行刑法定直後における刑法テキストから、第四一条に対する肯定的ならびに否定的意見を各二点取り上げ、それぞれの主張の傾向を確認した。

満一四歳の絶対的刑事責任能力を認めた第四一条については、その根拠を生理学の知見を取り入れたものである、諸外国においても同様の規定が既に存在する、裁判官に認められた広い裁量で柔軟に対応できることなどを根拠とする肯定的意見が数の上では多いものの、旧刑



法における該当規定の方が、成人よりも精神発達に個人差がある未成年犯罪者にとっては妥当である、未成年犯罪者に関して裁判官に広い裁量を与えることは妥当ではないことを根拠とする否定的意見も存在していた。他方、懲治場規定削除については、否定的意見を見ることはできなかった。このことは、明治二〇年代に始まった監獄改良運動、感化法制定、そしていわゆる幼年囚に対する処遇問題をめぐる世論の関心を背景として、未成年犯罪者処遇は一般の犯罪者処遇と別に行うべきであるなどといった一定の理念が既に共有されていたことを示すものであると考える。

それでは、現行刑法や改正感化法審議に参加し、積極的に意見を述べていた花井卓蔵、現行刑法に取り入れられた教育刑思想などを主張していた牧野英一、そして大正少年法制定に関与していた泉二新熊は、当該規定についてどのような見解を示していたのだろうか。以下では、それぞれの四一条、懲治場規定削除、そして未成年犯罪者に関するコメントの検討を行う。

### (三) 花井卓蔵

・『新刑法評論』（明治四一年）

本條は幼年者の責任年齢を定めたるものにして、現行法第七十九條の十二歳を改めて十四歳としたのである。私は十六歳にしたかったのです。幼者の智能は十三や十四で發育して仕舞ふものではないませぬ。是は生理学上の定説であります。十六歳までは感化院の支配に属せしめ、完全に懲戒教育の途を立つれば其れて沢

山であると思ふ。幼年者に累犯多き例を挙げて十四歳説を主張した人もあつたのでありますけれども、其れは現行法の如く懲治場留置の名の下に小児を監獄に入れて罪惡を教へるからであります。法律取調委員会に於ては一旦十五歳説に決定したこともありましたが、總會で潰されて遂に本條の如く十四歳説となつたのであります。

又その草案にも「十四歳以上二十歳未満タサル者ノ行為ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得」と云へる案も、主査会は可決しましたか、總會に於て廃棄せられました。是は所謂不定期刑説で、一派の刑法学者が歓迎する所のものである。<sup>11)</sup>

花井は、満一四歳責任能力説については、生理学に関する彼の知識に基づき、満一六歳が妥当であるという見解から、年齢について反対を表明しており、満一六歳までは感化院で処遇を行うことべきであると述べている。また、年齢設定に関して、未成年犯罪者に再犯者が多いことが指摘されたことに対しては、旧刑法における懲治場留置に問題があつたと主張している。以上から、花井は、絶対的責任能力年齢を規定すること自体には反対はしていないものの、現行刑法では年齢が低すぎるといふ点で刑法制定後も同規定を適切であるとは考えていなかったこと、また、懲治場留置は対象者を刑務所に入れた結果として、罪惡を教えてしまうことになるため、処遇としては不適当であると考えていたことが判明する。

・『刑法俗論』（大正元年）

花井の未成年犯罪者を含む犯罪者に対する考え方は、「本来より云

へば、犯罪は総べて社会の共同責任である。大にまれ、小にまれ、犯人は皆憐むべきものである。而して就中憐むべきは少年犯である。」<sup>123</sup> というコメントに端的に示されている。花井は、当時強い影響力を有していた新派刑法学を唱えたわけではなく、また、花井の犯罪観および犯罪処遇思想は彼独自の観念を含んでいるため、単純化するわけにはいかないが、少なくとも、未成年犯罪者についてはその可塑性ならびに非行および犯罪に対する周囲の影響を重視し、彼らの行為に対する国家の責任を強く主張している。以下では、①第四条について、②未成年犯罪者の処遇について、③改正感化法以外の立法の要請についてそれぞれ検討を行う。

#### ① 第四条について

少年は未だ開かざるの花である。未だ熟せざるの果実である。体備らず識足らず。法律的にも生理的にも責任を負はずべく、あまりに不完全である。刑法は十四歳未満の者を以て無能力となせりと雖も、十四歳以上の者、必ずしも心身完全せるにあらず。(中略) 境遇又は疾病の爲めに後天的障碍に虐げられて、忌はしき邪悪の淵に沈む。真に憐れむべきは彼等の運命である。彼等は決して憎むべきものに非ず、責むべきものに非ず、不運薄倖の可憐兒である。国家社会こそ却つて彼等の前に懺謝せねばならぬ。責任格を完成せざる以前の行為に就き、彼等何の責任か之あらん。国家と社会とは相連帯して責任を負はねばならぬ。

我刑法は、第四十一條に於て、『十四歳ニ滿タザル者ノ行為ハ之ヲ罰セズ』と規定せりと雖も少年犯に関する特別規定は設けて居

らぬ。刑法の実施と共に、懲治場留置の規定は廃止せられ、未開の花は徒らに馬蹄の蹂躪に委せらる。

然れども、人道正義の上より観て、輕輕に観遇すべからざるものは、憐むべき彼等の身上である。我々は彼等が犯罪に赴く経路に於て、精密なる注意を払はねばならぬ。而して彼等を救護し、教養し、感化するの方法を講じ、将来を戒護するの道を考究せねばならぬ。<sup>124</sup>

未成年犯罪者に対しては国家および社会が連帯して責任を負うべきであると考える花井が、第四条の存在を前提として憂慮していたことは、触法少年および未成年犯罪者の処遇であった。そこで花井は、彼らに対する処遇方法を研究する必要を訴えている。

#### ② 未成年犯罪者処遇について

我々は少年犯罪の救済は、兼て成年犯罪の予防であると云ふことを忘れてはならぬ。累犯の多数は、少年犯より出づるのである。病の未だ膏肓に入らざるに先ちて、救治の道を講ずるは、経世済民の要義であると云ふことを忘れてはならぬ。国家社会が、天下に向つて、少年犯に対する罪悪を懺謝する所以の道德的義務は、誠に大なるものである。<sup>125</sup>

①と重複するが、花井は未成年犯罪者の更生を重要視しているが、その理由は、累犯者は少年犯罪者から生じるといふ考えを有していたからである。また、未だ犯罪の程度が重くはない未成年犯罪者に適切な処遇を行うことは、一般犯罪者の予防となると考えていたことから、花井は、「国家社会」の未成年犯罪者に対する責任を見ているのである。

③ 改正感化法とは異なる新たな立法の要請

国家並に法律は、彼等に対して救済の道を講じ、犯罪防圧の法を立てねばならぬ。不完全なる感化法に担任させて措く訳には往かぬ。刑法の改正と共に、懲治留置の規定は廢せられ、十四歳に満たざる幼者の犯罪は、如何なる行為と雖も、刑法上罰することを得ざるが故に、善後の法律は、速に制定せねばならぬ。児童裁判所の設立、強制保護教育の設備、感化救済事業の施設は愈以て刑事政策上の実際問題となつて来たのである。而して感化法は之がために、改正せられたるものなれども、固より完全のものとは云へぬ。<sup>109</sup>

又刑法をも改正して、責任年齢に達したる者と雖も、之を救済する方法を講じて貰ひたい。即ち十四歳以上二十歳未満の犯罪少年を救ひたいのである。刑を科するも獄に繋かず。初犯者に限り必ず執行猶予の恩典に浴せしめ感化教育の途に就かしめたいのである。境遇の圧迫が未熟の心意を騙りて罪を犯さしめながら、直に之を刑余の人となすは、帰善心を振興せしむる所以の道で無い。<sup>110</sup>

一四歳未満の者を刑事責任無能力と規定するとともに、懲治場留置規定を削除した現行刑法に対して、花井は、一四歳未満の触法少年に対する処遇を整備するとともに、満一四歳以上の未成年犯罪者に対する特別の処遇を規定し、初犯者に限つては執行猶予を与え、感化教育としての処遇を行うべきであると主張している。既に花井は、改正感化法案審議の段階から、感化法の改正は現行刑法に十分対応したも

のではなく、また、未成年犯罪者の処遇に適切であるとは言えないた  
め、新たに「児童裁判所」の設立を伴う特別法の制定を要請しており、  
それから数年が経過した、本テキスト段階（大正元年）においても同  
様の主張を行っているのである。なお、本テキスト発行当時、未成年  
犯罪者の処遇に関しては刑事訴訟法改正による対応が試みられていた  
が、その後、一九一一年に刑事訴訟法主査委員会から分離して、未成  
年犯罪者に関する法律を検討する委員会、つまり「少年犯罪二閣スル  
法律案特別委員会」が置かれることになった。そしてその委員会の委  
員の一人として、少年犯罪者処遇に関する意見を積極的に述べていた  
のが花井であった。

それでは、現行刑法制定当時、刑法理論の分野において積極的な発  
言を行っていた牧野は、未成年犯罪者処遇などについてどのような意  
見を有していたのだろうか。

(四) 牧野英一

① 刑罰と責任

私共は刑罰は責任解除の方法でなくして悪性矯正の薬剤であ  
る。薬剤は之を投じて其の効果ある可き者に投ず可きであると信  
ずるのでありますから、責任能力といふことは刑罰を科すること  
に因て刑罰の効果を得し得る犯人の性格と謂ひたいと思ふのであ  
ります。不良少年に対して刑罰の無益有害であることは今は何人  
も認めません。それで刑罰を科せずして感化という方法に拠るので  
あります。<sup>111</sup>

刑罰は行為者の悪しき性格を矯正するためのものであると考える牧野は、刑罰を科す前提として責任能力があることを要求する。したがって、牧野は、不良少年（該当箇所の文脈から判断して満一四歳未満の触法少年のこと）に対しては刑罰は「無益有害」であり、刑罰よりもむしろ感化が必要であると考えている。

## ②不良少年（触法少年）の処遇

不良少年及び犯罪狂は刑法上の意味に於ての犯罪人でありませぬ。併しながら是等の者が社会の秩序に対して攻撃を與ふる者たることは疑ないので、吾人は決して之を空吹く風流るる水と同視する訳に行きませぬ。否、一般の不可抗力に付ても吾人は之を避くるの方法を講ぜざるを得ないが如く、不良少年及び犯罪狂に対しても一定の方策を施さなければならぬので、前者に対しては感化、後者に対しては療養といふことが主張されるのであります。（中略）而して若し刑法の目的を廣く解し、社会の秩序に対する侵害に向て社会を防衛するものであると謂ふならば、感化法も精神病者監護法も刑法の一部となつて仕舞ふので私は此の廣い意義からして不良少年及び犯罪狂を特殊犯人と称したいと思ふのであります。

刑事責任能力のない触法少年は犯罪者とはなり得ないが、社会秩序に反する者である以上は感化が必要であることを確認するとともに、刑法の目的を社会秩序に対する侵害行為からの社会防衛にあるとする立場から、牧野は、触法少年を触法精神障害者とともに「特殊犯人」と分類している。

また、感化については、「感化の事は既に明治三十三年に感化法を以て規定されて居りましたけれども今日まで余り人の注意を引くことが出来ませんでした。併し、今や、感化法の一部が改正になり各府県共に其の設備を完全ならしめんとして居るのでありますから、私は甚だ愉快な機運に向つたと考へて居ります。」と述べているように、感化法改正は不十分であり、新たな立法が必要であると主張した花井とは異なつて牧野は、感化法および感化法改正後の実施状況をかなり肯定的にとらえている。

## ③四一条について

現行法（筆者註「旧刑法」。以下も同様。）は責任年齢を十二歳として居るのであるが、之に対して新刑法は之を十四歳として居るのであるから、新刑法は現行法に対して一の進歩を為したものであると謂ふことが出来る。併しながら裁判所の実際に於ては責任年齢は現行法の下に於て十六歳であるのである。即ち右に申した通り現行法第八十條には十二歳以上十六歳未満の者と雖も弁別のない時には矢張り十二歳未満の者と同一に扱ふといふことになつて居るので、裁判所は幼年者に対して短期自由刑を言渡すよりも懲治処分即ち現行法の下に於ける強制的教育を施す方が有効であると考へたから、常に右第八十條を盾として、十六歳未満の幼年者を弁別なき者と認め之を不諭罪として懲治処分を宣言して居る。事実を謂ふならば、十六歳未満の者でも所謂是非善悪の區別をし得る者が多いのである。併し裁判所はそれを弁別なしと認め不諭罪として居るのである。而して此の点に付て裁判所自身は

社会及び個人の利益の為に法を枉げて適用して居ると考へて居るらしい。

私は裁判所の此の遣り方を非常に賛成して居る。而して又之を以て法の適用として正当であるといふ見解を持て居るのである。

それは法律の所謂弁別即ち責任能力といふことは刑罰適応性であると考へて居るから、仮令被告には是非を弁別する能力が有つても十六歳未満の者には刑罰を科することを適當の方法と為す可きでない筈で、即ち之を不論罪とすることは正当の解釈であるといふのである。

然るに新刑法は之を十四歳以下に下げた。之は甚だ不都合な修訂であつて、私は甚だ遺憾千萬な規定であつたと思ふ。私の考へは一定の年齢例へば十八歳を標準とし、其以下に於て責任能力のありや否やは裁判所をして判断せしむる方法を探つた方が宜かつたらうと思ふ。仏国では従来は十六歳であつたが一九〇六年以来一八歳とした。而して其の制限の下に更に裁判所をして判定せしむるのである。<sup>80</sup>

旧刑法と現行刑法における未成年犯罪者規定（責任能力規定）について、牧野は旧刑法施行時の裁判所の対応を評価している。つまり、旧刑法第七九条において、責任能力は一二歳以上であることが規定されていた。これに対して現行刑法第四一条は、責任能力を満一四歳以上と規定している。両者の年齢に注目した場合、現行刑法の方が年齢を高めたと解すべきであるが、牧野は条文の規定ではなく、条文の適用状況を考慮し、むしろ現行刑法において責任能力の年齢が下げられ

たと解し、遺憾の意を表明している。つまり、旧刑法において裁判所は、第八〇条を根拠として、満一六歳未満の者に対しては、常に「弁別なき者」であるとして、不論罪として懲治処分を宣言していたことから、当時の責任能力は適用の場においては満一六歳であり、「私は裁判所の此の遣り方を非常に賛成して居る」と、そのような実務の状況に肯定的な評価を下しているのである。旧刑法における満一二歳以上満一六歳未満の者の行為については、本稿においては、そのいずれが実態を把握したものであつたかを検討する予定は無いものの、先に取り上げた磯部は、該当者は責任能力を有していたと判断され、刑事罰を受けていたと理解しており、牧野とは全く異なる意見を有していることは指摘しておきたい。

それではなぜ、牧野は責任能力を現行刑法が規定した満一四歳ではなく、彼の言うところの満一六歳とすべきと考えるのかというと、その理由は、牧野が責任能力を刑罰適応性だと理解するところによる。したがつて牧野は、たとえ是非弁別能力があつたとしても、刑罰を科すことが不適切である場合は、責任能力は無いと判断するべきであり、現行刑法が採用した満一四歳ではなく、満一八歳を基準として、満一八歳未満の場合は、裁判所に責任能力（牧野によれば刑罰適応性）があるかどうかを判断させるべきであると主張したのである。ただ、花井とは異なり、現行刑法制定当時の牧野の言説から判断する限りにおいては、牧野は旧刑法における裁判所の適用例および感化法を好ましいものとしているものの、未成年犯罪者を対象とする新たな立法や裁判所を想定していたか否かについては定かではない。

それでは、実際に大正少年法の制定に大きく関与した泉二はどのような言説を行っていたのであろうか。

(五) 泉二新熊『改訂 刑法大要 全』

(明治四四年初版、大正一四年訂正二三版)

① 新旧刑法の相違点

抑々旧刑法ノ主要ナル欠点ハ刑法ノ範圍狭少ニシテ犯罪ノ情状及ヒ犯人ノ人格ニ由リテ適宜ニ刑ヲ加減伸縮スルヲ得サルノ点ニアリ之カ結果トシテ情状輕キニ拘ラス過重ノ刑ヲ科シ情状重キニ拘ラス過輕ノ処分ヲ為スノ止ムヲ得サルニ至リ法律ハ犯罪予防ノ目的ヲ完ウスルコト能ハサルノミナラス却テ犯罪ヲ増加セシムルノ一原因タルヲ免レサリシハ一般ノ公認スル所ナリ新刑法ハ茲ニ鑑ミル所アリ刑ノ選擇裁量ノ範圍ヲ擴張スルニ力メ其他最近刑事政策ノ要求ニ応スルコトヲ趣旨トシテ根本的ノ改正ヲ為シタル点少カラス然レトモ本論中自ラ其要旨ヲ説明ス可キカ故ニ左ニ改正ノ著シキ項目ノミヲ示スニ止メン

- 一、罪ノ三分類法(重罪、輕罪、違警罪)ヲ廢シタルコト
- 二、刑名ヲ減少シテ刑ノ加重減輕ノ範圍ヲ擴張シタルコト
- 三、各本条ニ選擇刑ヲ科定シタルコト
- 四、刑ノ執行猶予ノ規定ヲ法典中ニ加ヘタルコト
- 五、責任年齡ヲ變更シタルコト
- 六、併合罪、累犯及ヒ未遂罪ノ処分ヲ變更シタルコト
- 七、沒收以外ノ附加刑ヲ廢シタルコト

八、刑法ノ場所ニ関スル効力ヲ明規シタルコト<sup>20</sup>

泉二は、旧刑法は各条文の範圍が狭く、個々人の犯罪に合致した刑を科することができなかつたため、量刑上の不都合を生じるとともに、犯罪の増加を招いたと判断しており、その点、現行刑法は、量刑に対する裁判官の裁量を拡大させることによつて当該問題の克服を図るとともに、当時の刑事政策上の要請を反映させたとして、現行刑法を肯定的に評価している。

② 第四一条について

人類ハ一定ノ年齢ニ達スルニ非サレハ精神成熟セサルモノナリニ因ル然レトモ此責任年齡ノ限界ニ付テハ諸国ノ立法例甚タ区別タリ旧刑法ハ之ヲ三段ニ分チ十二歳未満ノ幼者ハ之ヲ絶対ニ処罰セサルモノトシ十二歳以上十六歳未満ノ者ハ重罪輕罪ニ付テハ是非ノ弁別ノ有無ニ因テ罰ス可キヤ否ヤヲ別チ十六歳以上二十歳未満ノ者ハ宥恕減輕ヲ與フルモ常ニ責任能力アリト為シタルカ新刑法ハ十四歳未満ノ者ヲ絶対ニ責任無能力トシ十四歳以上ノ者ハ成年者ト等シク完全ニ責任能力ヲ有スル者ト無シ何等ノ特別処分ヲ認メス從テ未成年者ニ對シ死刑又ハ無期徒刑ヲモ宣告スルコトヲ得セシムルニ至レリ此点ニ於テ新刑法ハ寧ろ最近學說ノ趨勢ニ矛盾スルモノト謂ハサル可カラス然レトモ少年法ニ於テハ十六歳未満ノ者ニ對シ死刑及ヒ無期徒刑ヲ科スルコトヲ許ササルモノトシ且十八歳未満ノ者ニ對シ教育的保護処分ヲ認メタリ<sup>21</sup>

泉二は、責任能力者を満一四歳以上と規定した第四一条によつて、条文上は、満一四歳以上の未成年犯罪者に対する処遇が厳しくなつた

点を指摘しており、このことについて「新刑法ハ寧ろ最近学説ノ趨勢ニ矛盾スルモノト謂ハサル可カラス」と述べている。この点については、泉二もまた牧野同様に、未成年犯罪者の処遇に関しては現行刑法によって厳罰化となったことを認識している。その上で、大正少年法の制定によって、「十六歳未満ノ者ニ対シ死刑及ヒ無期刑ヲ科スルコトヲ許サルモノトシ且十八歳未満ノ者ニ対シ教育的保護処分ヲ認メタリ」と記述したことから判断すると、泉二は、自ら大正少年法制定過程に関与していたことを考慮に入れたとしても、花井同様に、感化法の改正より直接的に未成年犯罪者等を対象とする立法を要望していたのではないかと考えられる。

#### 四. おわりに — 現行刑法制定から大正少年法制定へ —

本稿においては、旧刑法および現行刑法における未成年犯罪者に関する規定を確認した後、現行刑法制定直後に世に出された刑法テキストの中から、旧刑法に対する現行刑法の意義、刑事責任能力、旧刑法に規定されていた懲治場の廃止理由についてある程度の見解が付されている刑法テキスト、そして明治末期から大正期において刑法および未成年犯罪者に関する発言に影響力を有していたと考えられる、花井卓蔵、牧野英一、泉二新熊の刑法テキストから、未成年犯罪者に関する言説を取り上げてその主張内容の確認を行った。

後半の三者については、今回取り上げたテキストだけをもって未成

年犯罪者の処遇に関する彼等の見解を把握することは困難であり、それぞれテキストをより広汎かつ詳細に見る必要があるが、少なくとも本章で取り上げたテキストから判明した、現行刑法制定当時における四一条および同条から派生する未成年犯罪者処遇問題については、以下の四点を指摘することができる。それは第一に、この時期、刑事政策上の関心事項として、「犯罪原因としての社会」の認識が高まったこと、つまり、社会や国家が犯罪発生に責任を負うべきであるからこそ、社会や国家が犯罪予防に向けての対策を行うべきであるというという認識が定着したことである。そしてこの認識こそが、未成年犯罪者の犯罪理由および処遇に関する関心をひきつけたのであった。第二に医学研究の発達と未成年者の心身の発達、精神状況への関心である。つまり刑事責任能力規定に関する言及は、近代日本の医学の発達を反映していることである。また、第三としては、刑事責任能力を満一四歳以上であることを規定した現行刑法第四一条に対して賛否両論が存在していたことであり、否定的意見を有している者の中に牧野英一が居たことである。そして第四が、満一四歳未満の触法少年の処遇をいかにすべきか、また、満一四歳以上であっても、成年とは別に処遇するべきではないかという、未成年犯罪者の処遇に対する関心の高まりである。この関心は、感化法改正、さらなる刑法改正、そして実務における処遇の工夫などの要請を引き出すことになったが、この中で刑法改正直後に行われたものは感化法改正のみであったことから、改正感化法の全国展開が行われる他方で、未成年犯罪者に対する法律、つまり少年法制定の必要性に対する認識が高まることになったのである。

る。

なお、本稿の主たる考察課題からは外れるが、最後に、近代日本における「感化」の用語について触れておきたい。

明治三三年感化法や、明治四〇年代から大正期にかけて行われた感化救済事業などに用いられた「感化」の用語であるが、仏教用語ないし儒教用語と考えられる「感化」という用語はなぜ、近代日本において、不良少年および未成年犯罪者の矯正のみならず、社会改良運動においても用いられたのであろうか。国会図書館所蔵文献などを調査した結果、管見の限りにおいては、未だ十分な答えを得るに至っておらず、当該分野における「感化」の使用に見る刑事政策および社会事業の性格ならびにその変容については今後の研究課題の一つとしたいと考えているものの、現時点で判明していることおよび今後の課題を記しておきたい。明治および大正期において、感化という用語は不良少年および未成年犯罪者の処遇、更生事業を含む社会事業活動、そして教育の分野で用いられているが、感化という用語の定義を行っている文献を見ることは稀である。その中で、加藤成俊は、『感化教育の研究』において、感化教育の意義を述べる前提として、感化の定義を行っている。加藤によれば、感化という用語には広義としては、相互感化のことであり、全ての人が先輩年長同輩の人格に触れて善化、あるいは悪化することを指す。したがって、広義における「感化教育」とは、感化救済事業を指す。他方、狭義としては、一度悪化した者を矯正改造して善良なる者にする<sup>80</sup>ことであり、狭義の「感化教育」とは、感化事業、すなわち感化院における教育を指す。したがって、狭義の「感

化教育」の対象者は、不良少年、貧児、孤児、遺児、棄児、親権の悪用又は誤用に基づく少年であつて、不良行為の虞ある者であり、未成年犯罪者は除外されることになる。このように、加藤は、普通教育とは異なる感化教育の必要性を主張する目的で、感化という用語を整理しており、それなりに示唆を受けるものの、明治末期から大正期にかけて社会事業に感化の語が付されたのかについては説明がなされておらず、今後さらなる文献調査が必要である。また、「感化」の用語以外の課題としては、内務、司法両省の未成年犯罪者・不良少年に対する処遇における両者の関係の解明と、児童問題における未成年犯罪者・不良少年に対する処遇の位置づけ、そして、当時の社会事業、社会福祉、社会改良における他の領域との関係を解明することがある。これらについては、刑法、刑事政策、そして社会事業に関する研究を進めつつ、徐々に明らかとする予定である。

付記・本稿は平成一八年度～二〇年度科学研究費補助金若手研究(B)「近代日本の未成年者に対する刑事法の理念と実態——刑法制定後の議論を中心として——」の研究成果の一部であり、二〇〇八年九月日の社会福祉形成史研究会における報告に基づくものである。同研究会に御出席の先生方から頂戴した有益なご指摘を頂戴したこと  
に感謝致します。

#### 注

(1) 拙著「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』第二六卷第一号、二〇〇八年。

- (2) 南雲庄之助『刑法修正理由』集文館、明治四〇年、九頁。
- (3) 前掲 一三・一四頁。
- (4) 前掲 一一七・一一八頁。
- (5) 前掲 一一八・一一九頁。
- (6) 山田正賢『改正刑法講義』出版社不明、明治四〇年、三三二～三三四頁。
- (7) 前掲 三三四・三三五頁。
- (8) 磯部四郎『改正刑法正解』六合館、明治四〇年、八六頁。
- (9) 藤沢茂十郎『改正刑法新論』博文館、明治四〇年、一四五頁。
- (10) 上田玄海『改正刑法並監獄法要義』盛林堂、明治四一年、□頁。
- (11) 花井卓蔵『新刑法評論』中央大学、明治四一年(中央大学四一年度第三学年法律科講義録)
- (12) 花井卓蔵『刑法俗論』博文館、大正元年、八四・八五頁。
- (13) 前掲 八五・八六頁。
- (14) 前掲 一〇四・一〇五頁。
- (15) 前掲 一一〇・一一一頁。
- (16) 前掲 一一四頁。
- (17) 牧野英一『刑事学の新思潮と新刑法 再版』警眼社、一九〇九年、六七頁。
- (18) 前掲 八四・八五頁。
- (19) 前掲 八六頁。
- (20) 前掲 一八六～一八八頁。
- (21) 泉二新熊『改訂 刑法大要 全』有斐閣、明治四四年初版、大正一四年

訂正二三版、三一・三二頁。なお、同頁には、「刑法典実施以後十有余年ニシテ大正十一年法律第四十二号少年法ノ成ルアリ刑法典ノ規定ニ影響ヲ及ホスモノ少カラス就中其第七條乃至第十四條ニ定メタル少年ノ刑事処分ハ同法ニ所謂少年ニ関シテ相對的二刑ノ實質ヲ變更シタルモノナリ同年法律第七十五号刑事訴訟法ノ規定中ニモ刑法典ノ規定ニ関連スルモノアリ」というような、刑法と大正少年法との関わりに言及した記述が見られる。

(22) 前掲一四一・一四二頁。なお、同箇所には、「註」として、「支那法系ニ在テハ七十以上ヲ十五歳以下ニ八十以上ヲ十歳以下ニ九十以上ヲ七歳以下ニ準シテ処分スルヲ以テ通例トスルモ近世欧州系ノ刑法ハ老齡ヲ以テ責任無能力ノ原因ト認メサルヲ通則トス若シ夫レ老衰ノ結果トシテ心神喪失又ハ心神耗弱ノ状態ニ陥リタル者ニ付テハ第三十九條ノ適用アル可キコトヲ注意ス可キナリ」の記述があるように、泉二においては、単に幼年者だけではなく、高齢者についても責任能力の有無についても関心があることが認められる。

(23) 加藤成俊『感化教育の研究』日本学術普及会、大正四年。本書は加藤が帝国大学在学中に執筆した卒業論文を訂正増補したもの。

(24) 前掲 二～六頁。