

ナチス＝ドイツにおける少年不定期刑について

南 優 美 *

論旨：ナチス＝ドイツにおける少年不定期刑は、少年に対する「教育」の観点から導入された。；その「教育」の内実は、民族共同体への再編入が可能な少年を救い上げることにある、と説かれた。しかし、むしろ重要であったのは、民族共同体への再編入になじまない少年を、ふるいにかけて選別することであった。；不定期刑は、当該犯罪についての法定刑を超えてすら最長4年に及んだ。；「負の選別」を受けた少年は、警察を経て、最終的抹殺施設である少年保護収容所に送致され抹殺された。；少年不定期刑もまた、ナチス＝ドイツにおける厳罰化政策の一環として解されるべきである。

目 次

はじめに

1. Freudenthal の少年不定期刑論と Schoetensack による批判
2. Peters の少年不定期刑論
3. ドイツ法アカデミーでの議論
4. 1941 年 9 月 10 日命令およびその付属命令

* 福岡大学大学院法学研究科博士課程後期 3 年在学生

5. 1943 年少年裁判所法における少年不定期刑

6. 少年不定期刑の裁判例

むすび

はじめに

わが国の少年法によれば、判決言渡し時において満 20 歳未満者に長期 3 年以上の有期の懲役・禁錮をもって処断すべきときは、その刑の範囲内で長期と短期とを定めてこれを言い渡す¹⁾。いわゆる相対的不定期刑の制度である。少年は人格が発展途上で可塑性に富み教育による改善更生がより多く期待される。教育的配慮から、少年に対する自由刑は原則不定期刑として刑期に幅を認め処遇に弾力性を持たせることにしたと解される²⁾。

このように不定期刑は、自由刑という刑事処分に教育的要素を含ませたものである。

ドイツにあっては、18 世紀までの諸法典には、不定期刑を規定するものもあった³⁾。しかし、1871 年のドイツ刑法典は、不定期刑を、絶対的であれ、相対的であれ、採用しなかった。また、1923 年の少年裁判所法でも、不定期刑は採用されなかった。これに対して 1928 年のオーストリア少年裁判所法は、不定期刑を採用していた⁴⁾。ナチスによる政権獲得後の少年裁判所法改革の中で、不定期刑の導入は、その 1 つの目玉であった⁵⁾。

この論文が目的とするのは、ナチス＝ドイツにおける不定期刑の実相解明である。ナチス＝ドイツにおける少年裁判所法を特徴付ける厳罰化傾向にあって、少年に対する自由刑という刑罰の中で、不定期刑は、いかなる意味で「教育」的であったのか。重要なのは、教育刑か応報刑かの二者択一ではなく「教育」の内実を明らかにすることである。

わが国で、ナチス＝ドイツの少年不定期刑について言及した先学の研究は、

従来ほとんどない。南 利明『ナチス・ドイツの国家と社会』が、ナチス＝ドイツにおける刑事政策全体の中で言及するにとどまる⁶⁾。

本稿では、冒頭で、20世紀初頭のドイツにあって少年不定期刑を提唱した Berthold Freudenthal の構想を紹介する。これは、ナチス＝ドイツにおける少年不定期刑との、いうなれば比較の視座を設定するためである。ついでナチス期に少年不定期刑を提唱した Karl Peters の構想を紹介し、ナチス期の特徴を究明する。第三に、1943年少年裁判所法改正作業の中心となったドイツ法アカデミーでの議論をたどる。第四に、1941年以降の少年不定期刑命令のあらましを、施行時における諸注釈をも紹介しつつ探り、これをふまえて、第五に、1943年少年裁判所法における不定期刑規定を明らかにし、最後に、1941年から1944年のライヒスゲリヒト裁判例に見える不定期刑の運用を紹介したい。

少年不定期刑が、一見「教育」を標榜しながら、実は、服役中に民族共同体への再編入が見込めないことが判明した少年を、抹殺施設である少年保護収容所に送り込むための、いわば最後の「ふるい」であり、少年不定期刑もまた、「健全な民族感情」にもとづく、ナチス＝ドイツにおける厳罰化の一環としてあったことが、明らかになるであろう。

注)

1) 少年法第52条第1項。

2) 田宮 裕・廣瀬健二〔編〕『注釈少年法』【第3版】(2009年)466-469頁。

3) たとえば、プロイセン一般ラント法(1794年)第2部第20章第5条「窃盗犯人およびその他の、かれらの墮落した傾向のゆえに、共同体にとって危険となりうるであろう犯罪人たちは、刑期が満了した後においてもまた、かれらがいかにして誠実な方法で生計を立てることができるかを証明するまでは釈放されるべきではない」。Hans Hattenhauer ed., *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*, Textausgabe, Frankfurt am Main・Berlin, 1970, S.666 に拠って邦訳した。もっとも、この規定は、刑期満了後の保安処分とも言うべきか。

4) 第16条第1項。「法違反者に対して、少年犯罪行為のゆえに、比較的より長い自由刑が言い渡されるべきであり、そして、その有害な傾向を克服するために、そして、誠実な生活転換のために教育するには、どれだけの期間が必要であるかを予見できない場合には、刑罰の目的が達成されるまでは、短期と長期との間で、刑罰が継続するべきことを命じるべきである」。同条第2項。「短期および長期は、特別の減輕法によって拡張される法定の刑罰の枠を逸脱してはならない。短期と長期との間の差は、1年未満であってはならない」。ただし、参照できたのは、1928年法ではなく、1961年10月26日のオーストリア少年裁判所法の規定である。Text: Das Österreichische Strafgesetzbuch, 3.Aufl., 1968, S.549.

5) Jörg Wolff, Jugendliche vor Gericht im Dritten Reich, 1992, S.141-148 参照。

6) 南 利明『ナチス・ドイツの社会と国家 民族共同体の形成と展開』（1998年）199-200頁。この著書は、ナチス＝ドイツの民族共同体法思想全般を対象とする。

1. Freudenthal の少年不定期刑論と Schoetensack による批判

ナチス＝ドイツにおける少年不定期刑を研究するに先立ち、われわれは、まず、比較の対象として、ナチス＝ドイツに先行する時期のドイツにおける少年不定期刑論に触れておきたい。

1) Freudenthal の理論

ここで取り上げるのは、フランクフルトで活躍した法律家 Berthold Freudenthal¹⁾ の少年不定期刑論である。1905年、Freudenthal は、アメリカ合衆国各州をめぐり、かの地における不定期刑の実情を調査した。1908年、かれは、アメリカ合衆国での調査をふまえて、ドイツにおける少年不定期刑の導入を提唱した²⁾。

かれは、当時のドイツにおける自由刑の現状には欠陥があることを指摘する。刑法典には、法定刑が規定されている。窃盗（ドイツ刑法典第242条）を例にとれば、法定刑は、1日以上5年以下の輕懲役である³⁾。被告人が、

いかなる刑に処せられるのか、5年の軽懲役なのか、1年のそれかは、裁判官の量刑によって、事件ごとに区々である。また、刑事施設の現場としては、軽懲役3年に処せられて収監された受刑者について、仮釈放を別とすれば、釈放にふさわしい受刑者であっても刑期を満了していなければ釈放できないし、また、逆に、釈放にはふさわしくないと判断される受刑者であっても、その刑期を満了すれば、釈放せざるをえない。これは、ひとえに、裁判官が、公判にあつて、受刑者それぞれの更生可能性を確実に判断できないことに起因する⁴⁾。

Freudenthalによれば、不定期刑こそは、こうしたドイツにおける行刑の問題を解消する制度であった。ここで、不定期刑とは、裁判官が、判決言渡しの時点で、短期と長期とを定め、定められた短期—長期の枠内で、刑事施設における受刑者の態度に応じて実際の刑期を定める、いわゆる相対的不定期刑である⁵⁾。

かれは、相対的不定期刑が、ドイツでは、カロリナ刑法典（1532年）以来18世紀まで、長い歴史をもつ⁶⁾ばかりか、現在のアメリカ合衆国はじめ諸外国でも実施されている⁷⁾ことを縷々叙述している。こうした歴史的・比較法的紹介⁸⁾には、ここでは触れない。

では、Freudenthalは、不定期刑の意義を、いかなる点に見たのか。それは、第一に、犯罪人という有害人物を、有益な人間ないし有用な市民に改造することであり、第二に、更生不可能な人間を、無害化することであった⁹⁾。

不定期刑を適用する対象としては、少年および常習犯罪人が考えられる。しかし、かれは、不定期刑を適用する対象を少年に限定し、常習犯罪人については、定期刑の後に事後拘束 Nachhaft（これは一種の保安処分であろうか）を用いるべし、と主張している¹⁰⁾。

では、不定期刑は、応報刑主義といかに整合するか。かれは、少年刑にあつては、不定期刑が、応報刑主義とも相容れうることを強調している¹¹⁾。そ

の理由は、こうである。第一に、応報刑論者も、仮釈放制度を認めている。仮釈放制度は、裁判官が言い渡した刑期よりも短い刑期での釈放である。裁判官が言い渡した刑期を短縮することが認められるのであれば、裁判官が言い渡した刑期を延長することも認められるはずである¹²⁾。いわんや、裁判官があらかじめ短期ないし長期を設定した枠内ならば、なおのこと判決に違背する延長ではない。第二に、少年には可塑性がある。可塑性ある少年には刑罰よりも教育が重要である¹³⁾。

社会に役立つ少年を、社会に有益な少年に改造することを少年不定期刑の目標とする Freudenthal は、少年不定期刑実施のための、いわばインフラとして、次の3点を提唱した。第一に、受刑者への十分な飲食の提供・刑事施設内での規律ある生活（たとえば、軍事訓練の実施）・有益な読書の勧奨・人格形成・宗教教育の実施であった¹⁴⁾。第二に、少年受刑者の刺激となる累進進級制度・点数制度・独居拘禁から雑居拘禁への転換などの導入である。第三に、仮釈放および仮釈放後における保護観察の実施である。これらの提唱は、Freudenthal 自身による上述のアメリカ合衆国視察に裏打ちされていた¹⁵⁾。

最後に、かれは、不定期刑を導入するとなると、司法に関係のある各機関に、いかなる変化が発生するかを予想する。第一に、立法者である。そもそも刑法典所定の法定刑には短期ないし長期の幅があるのだから、不定期刑の導入は、その幅の枠内で実施可能である。第二に、裁判官である。裁判官は、不定期刑にあっては、概括的に、刑罰の短期と長期とを、その判決で言い渡すだけでよい。裁判官は、公判における心証のみでもって、各被告人の責任とかれに科されるべき刑罰との均衡を正確に確定するという責め苦から解放される。第三に、刑事施設管理者である。刑事施設管理者は、受刑者に対する復讐者から、受刑者の改善更生を促進する福祉者となる。最後に、国家である。国家の利益は、受刑者を無害にし、有益な市民に改造することにある。

不定期刑は、この国家の利益に貢献する¹⁶⁾。

以上が Freudenthal 論文のあらましである。Freudenthal にあっては、とくに少年に対する刑罰は教育的意義を第一とする。かれが再三強調する刑罰の機能は、①犯罪人を有益な市民に改造すること；②更生不可能な犯罪人を無害化すること、である。かれがアメリカ合衆国で視察してきた不定期刑制度は、まさに、このような刑罰観にふさわしいものであった。かれにあっては、少年刑法とは、第一に少年の改善更生を目指すべきものであった。そこには、教育をすれば少年は改善更生できるという、「人間賛歌」の信念がうかがえる。しかし、更生不可能な少年に対してはどうか。かれは、こうした更生不可能な少年については「無害化」するべきことを説いている。しかし、いったい、「無害化」とは、具体的に何であるのか、については、かれは、まったく説明をおこなっていない¹⁷⁾。

2) Schoetensack による批判

Freudenthal 論文に対しては、少年不定期刑に反対する立場からの批判もあいついだ。ここでは、1909年、すなわち、Freudenthal 論文の翌年に出された August Schoetensack 論文¹⁸⁾を取り上げてみよう。かれは、不定期刑に対して、①不定期刑は刑罰概念と相容れえないこと；②不定期刑は実務で実施不可能であること；③不定期刑は法治国家の原理と相容れえないことを主張した。批判の対象とされたのは、Freudenthal 論文であった。

Schoetensack によれば、刑罰は、一種の応報である¹⁹⁾。国家は、応報でもって、市民らの倫理的欲求に応答し、そして、これによって、国家にとって価値あると見える文化要因を強化する。だがしかし、国家が応報を行なうのは、倫理的欲求それ自体のためではなく、法益 *Rechtsgüter* を保護するためである²⁰⁾。応報されるのは、すでに実現された責任であって、これからようやく可能な責任ではない。責任ある犯罪行為の重さに比例してではなく、少年刑事収容施設 *reformatory* という倫理的治療施設での犯罪人の改善更生の進

歩に比例して刑罰を定める、というのは、刑罰を否定することである。不定期刑にあっては、犯罪行為は、たんに病気の兆候としての意味しかもない。不定期刑にあっては、服役の長さは、本質的には、学校や事業体でのふるまいの良し悪し、成績によって決定される。不定期刑にあっては、責任ある犯罪行為が顧慮されるのではなく、せいぜいありうるべき（可能な）責任が顧慮されるにすぎない。不定期刑は、応報や刑罰とは無関係である²¹⁾。ドイツ法をアメリカ化すること、すなわち、アメリカの範にならって不定期刑をドイツ少年刑法に導入することは、少年犯罪人に刑罰を免除することを意味するであろう²²⁾。

さらに、Schoetensackによれば、不定期刑は、実務では実施不可能である。Freudenthalの提唱にもかかわらず、Schoetensackは、犯罪人が刑事施設内で有用な市民に改造されることは不可能であると主張した。社会的に有害である者を、もっぱら身体的な、かつ知的な訓練によって、有用な市民、法共同体の適格な構成員に改造することはできない。この改造のためには、なかならず、倫理的なぜんまいの創設ないし強化、その者の倫理的な力の増進、要するに、徹底的な内面の改造を必要とするであろう。しかし、こうした改造は、周知のように、狭隘にされた刑事施設の空気の中では実現できないのである²³⁾。1908年6月4日にケルンで開催されたドイツ刑事施設職員会議は、不定期刑を、それがいかなる形のものであれ、はっきりと非難している。なぜなら、不定期刑は、釈放時期に関する判断につき、執行実施刑事施設職員の決定を求めるが、執行実施刑事施設職員は、この決定に関しては責任を持ちえないからである²⁴⁾。Schoetensackによれば、刑事施設職員の主観的な人間評価という「風で運ばれた砂」Flugsandにもとづく、内面的根拠のない、「改善更生刑」という建物は、応報刑法というよく根拠付けられ確固とした建物とは、まともには競争する能力のないものであるように見える。この応報刑法は、裁判官に、刑の量定という困難な、しかしまったくもって解決可

能な課題を課する。しかるに、Freudenthal の改善更生理論が要求する不定期刑は、まず、裁判官に、その力を超える、短期と長期との決定という予後予想診断 Prognose を要求し、ついで、刑事施設職員に、上述のように、ただちに不可能である症状診断 Diagnose を要求するのである²⁵⁾。

最後に、Schoetensack は、不定期刑が法治国家 Rechtsstaat の原理と相容れないと主張する。法治国家にあっては、立法者および裁判官は、市民を、行政の恣意から守るべきである。このことは、確たる、ドイツの立憲国家生活を貫く原理である²⁶⁾。この原理からすれば、刑事裁判は司法に属し、刑の執行実施は行政に属する。しかるに、不定期刑にあって、裁判官がたんに短期と長期を設定し、具体的な刑期については、これを刑事施設の長が決定する。これは、法治国家原理の放棄である。なぜなら、法治国家の観点からは、刑罰の言渡しという市民の自由および名誉への重大な介入は、犯罪行為に正規に国家が加える法的効果として、法治国家の観点からすれば例外的にのみ許されるが、それは、まさに、この介入が、刑事処分の種類および期間を厳密に定める、正規の裁判所の判決言渡しによる場合に限定されるからに他ならない²⁷⁾。また、法治国家の要求するところによれば、裁判官は、ある法定の構成要件事実あるところでは、たんに、責任および言い渡されるべき刑罰について判定するばかりではない。裁判官は、同じ要件事実にあっては、できるかぎり、種類および重さからして同じ法的効果を発生させるべきである。この意味での法の安定は、実施される刑罰を、一貫した規則にもとづいて一様に定める応報刑の支配のもとでのみ維持されうが、しかし、かの法的安定は、刑期をたんに、統制できない、純粹に人的な判断諸基準でもってのみ量定する不定期刑の支配のもとでは、維持されることができない²⁸⁾。

以上3つの理由から、Schoetensack は、不定期刑のドイツにおける導入に反対した。その後、不定期刑導入は、1941年までは、ドイツの地では実現されることがなかった²⁹⁾。

注)

1) Freudenthalの業績については、九州大学 土井政和教授のご教示を受けたことを、ここに感謝しつつ記しておきたい。

2) ここで取り上げる論文は、Berthold Freudenthal, Unbestimmte Verurteilung, in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Allgemeiner Teil : Bd.3, Berlin 1908, S.245-320である。「1905年に、わたくしは、北アメリカの合衆国旅行をくわだてた。それは、第一義には、そこで、不定期刑を、その実務での適用および関係者らによるその評価について研究するためであった」S.247. 1905年におけるアメリカ合衆国視察旅行報告書としては、別途、Freudenthalは、Amerikanische Kriminalpolitik in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd.27, Berlin 1907, S.121-141を公表している。また、かれが、1927年に行なったイギリスおよびアメリカ合衆国視察のさいの日記は、かれの没後、Tagebücher von † Berthold Freudenthal, Professor des Strafrechts in Frankfurtとして、Blätter für Gefängniskunde, Bd.61 Sonderheft, Heidelberg 1930, S.127-196として公刊された。この日記の参照は、北海学園大学図書館のご厚意による。感謝したい。

3) Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 7.Aufl., Tübingen 1926, S.488; 最高裁判所事務総局刑事局編『ドイツ刑法』（刑事裁判資料第90号）1954年117頁「第242条第1項 不法に領得する意図をもって他人の動産をこの他人から奪う者は、窃盗のかどで、軽懲役をもつて罰する」。

なお、軽懲役の短期は1日、長期は5年である（第16条第1項）。

4) Freudenthal, Unbestimmte Verurteilung, S.245-246.

5) Freudenthal, Unbestimmte Verurteilung, S.246-247.

6) Freudenthal, Unbestimmte Verurteilung, S.247-250.

7) Freudenthal, Unbestimmte Verurteilung, S.251-258.

8) Freudenthalは、とくに18世紀末ないし19世紀初頭に活躍したプロイセン司法大臣 Albrecht Heinrich von Arnim の業績を高く評価し「われわれが見るであろうように、事実、本論文の本質的な諸提案は、結論および根拠付けの点では、von Arnim の、ほとんどわれわれを恥じ入らせる100年前の諸要求に合致する」(S.280)と説く。Freudenthalが先蹤とした Arnim の著書 Bruchstücke über Verbrechen und Strafen, 2 Theile Berlin 1803は参照できなかった。

9) Freudenthal, Unbestimmte Verurteilung, S.267; 268;274;281;282;318 参照。

10) Freudenthal, Unbestimmte Verurteilung, S.270-275;318.

11) Freudenthal, Unbestimmte Verurteilung, S.277-278.

12) Ferudenthal, Unbestimmte Verurteilung, S.277-278.

13) 「少年期は教育の時代である」。Freudenthal, Unbestimmte Verurteilung, S.270.

14) Freudenthal, Unbestimmte Verurteilung, S.282-285.

15) Freudenthal は、1905 年におけるアメリカ合衆国視察の報告書において、かつてエルマイラで服役していた不定期刑受刑者の談話を紹介している。「不定期刑は、より重くかつより実効性がある。：受刑者は、かれが何年間施設にとどまらねばならないかを知らない。かれは、ただ、次のひとつのこのみを知っている。刑期を短縮し、迅速に仮釈放を獲得するのは、かれ自身次第である。かれは、つねに次のことを念頭にい置く。施設内で規定に違反すれば、[短縮されるべき] 数ヶ月を失う。…これに対して、定期刑受刑者は、行儀よくふるまうことにまったく関心がない。かれは、これこれの年月を [刑期として] 持っていることを知っている。そして、かれは、釈放されるのを待ちながら生活する。…」。Americana, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd.27, S.463.

同時代にアメリカ合衆国を視察した小河滋次郎もまた、犯罪傾向に富む時期である少年期ないし成人初期にある者に対する不定期刑を唱道する立場から、視察報告をおこなっている。小河滋次郎「不定期刑ノ制度ニ就テ」『法學協會雜誌』第 24 卷（1906 年）1508-1523 頁参照。

16) Freudenthal, Unbestimmte Verurteilung, S.315-318.

17) 改善更生不可能な者についての「無害化」については、少年刑法に限らず、刑事政策一般としてであるが、Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882), in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd.1, Berlin 1905, reprint.ed. Berlin 1970, S.169 は「改善更生不可能である者に対しては、社会が防衛されねばならない。：われわれは、斬首刑に処したり、また、絞首刑に処したりすることを意欲せず、また、国外追放刑に処することができないがゆえに、ただ生涯にわたり（あるいは不定期に）投獄監禁することのみが残っている」を述べている。Freudenthal の「無害化」の内実も同様か。

18) August Schoetensack, Unbestimmte Verurteilung, in: Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform, Heft 6, Leipzig 1909, reprint.ed., Aalen 1978.

19) Schoetensack, Unbestimmte Verurteilung, S.20.

20) Schoetensack, Unbestimmte Verurteilung, S.22.

21) Schoetensack, Unbestimmte Verurteilung, S.24.

22) Schoetensack, Unbestimmte Verurteilung, S.33.

23) Schoetensack, Unbestimmte Verurteilung, S.42.

24) Schoetensack, Unbestimmte Verurteilung, S.48.

25) Schoetensack, Unbestimmte Verurteilung, S.48.

26) Schoetensack, Unbestimmte Verurteilung, S.52.

27) Schoetensack, Unbestimmte Verurteilung, S.53.

28) Schoetensack, Unbestimmte Verurteilung, S.54.

29) そのほかに、不定期刑反対論としては、なかんずく、Karl Binding, Grundriss des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 8.Aufl., Leipzig 1913, reprint.ed. Aalen 1975, S.237-238 注 II 参照。不定期刑は刑期の判断を刑務所所長という行政官吏にゆだねること、この行政官吏の判断次第で、受刑者は、死ぬまで投獄されたり、あるいはたくみに欺いて出獄したりすること、行政官吏が無能・愚鈍であるかもしくは過ちうる平均人であるときは、この行政官吏の判断に幾多の受刑者の運命がゆだねられることを、かれは、説いている。

2. Peters の少年不定期刑論

1933年にナチスが政権を獲得すると、ドイツにおける法学は、ナチス的色調に染められていった。われわれのテーマである不定期刑論については、どうであったであろうか。ここでは、1939年、すなわち、第二次世界大戦勃発の年に公表された Karl Peters の不定期刑論¹⁾を考察しておこう。かれは、教授資格取得後、1939年当時は、ケルンの検察官であった。

かれの考察は、もっぱら、少年刑法における不定期刑に限定された。成人刑法については、つとにナチス政権下の刑法改正作業は、不定期刑の導入を否定していた²⁾からである。

Peters は、一般論として、いわゆる応報刑主義のもとであっても、不定期刑を導入することが望ましいと主張する。その理由としては、第一に、公判にあっては、裁判官は、被告人の人格を十分に把握できていないこと、そして、第二に、受刑者が刑事施設における刑の執行実施によって、いかなる影響を、その発育に受けるかは、執行実施開始時には見通すことができないことが、あげられた。裁判官による刑の言渡しは、短期および長期からなる枠組み付きの、いわゆる相対的不定期刑が望ましい、というのである³⁾。裁判官は、明らかにされた犯罪行為と被告人の証明された人格に着目して刑を

言い渡す。しかし、被告人の公判では現れなかった性格、志操および危険性は、裁判官の関心外にある⁴⁾。

次に、Peters は、なぜ、成人にではなく、少年について不定期刑を導入すべきかを説いている。成人にとっては、刑罰はもっぱらその行なった犯罪行為への報いである。これに対して、少年にとっては、刑罰は教育刑である。教育刑にとって重要なのは、犯罪行為者が、将来においてどうなるか、である⁵⁾。ナチス＝ドイツは、少年刑執行の目的を、少年受刑者を正しい道に連れ戻し、民族共同体の適格な構成員にすることに見る⁶⁾。定期刑だと、少年受刑者は、刑期满了すれば、教育を中断し、更生不十分のまま釈放されてしまう。しかし、不定期刑だと、少年受刑者は、共同体への再編入の可能性を獲得できる⁷⁾。Peters は、相対的不定期刑が少年刑法の目的にかなっていることを説いたうえで、具体的に、立法論として、いかなる少年不定期刑が望ましいかを提案した⁸⁾。

第一に、刑罰の枠としては、短期は、最短でも9月、できれば1年が望ましい。

第二に、不定期刑の対象は、比較的重い自由刑に限定される。反面、軽い犯罪や常習犯は、除外される。

第三に、不定期刑を科されるのは、満25歳で短期を満了できる者に限定される。

第四に、少年刑を執行する施設について、である。少年に刑を言い渡す少年裁判所と少年刑執行施設とは、できるだけ近接しているのが望ましい。なぜなら、少年裁判官は、服役中の少年を観察しなければならないからである。したがって、不定期刑を言い渡された少年受刑者を、全国で1ないし2の特別の施設に集約するのは、好ましくない。

第五に、不定期刑における釈放についてである。釈放するか否かの判断基準は、少年受刑者の人格による。釈放の種類としては、保護観察付き釈放と

保護観察なしの釈放がある。釈放は、少年裁判官が、刑事施設の長および検察官の意見を聴いたうえで、これを決定する。判断の基礎としては、犯罪生物学的な調査記録が用いられる。このため、少年裁判官は、定期的に、刑事施設を訪問し、少年についてのイメージを形成するべきである。

最後に、釈放決定についての上訴は認められない。ただし、保護観察付き釈放にあって、そのさい課される賦課の適法性につき異議あらば、抗告が認められるべきである。

以上が、Peters の少年不定期刑論のあらましである。Freudenthal のそれと比較して、われわれは、次の異同に気づく。両者に共通しているのは、定期刑のもつ欠陥、とくに判決言渡し時点では、裁判官は十分に被告人の人格を見抜けないこと、および、服役後のふるまいを観察することなしには、受刑者の更生を云々できないことへの批判である。また、両者ともに、少年の可塑性および少年に対する教育の重要性を強調する。相違点としては、第一に、Freudenthal にあっては、不定期刑の目的は、少年自身の改善更生ないし有用な市民への改造にあったのに対して、Peters にあっては、不定期刑の目的が、民族共同体への再編入にあることである。第二に、Freudenthal にあっては、更生不可能な少年についてはその無害化が提唱されていたのに対して、Peters にあっては、意図的にか、あるいは、非意図的にか、更生不可能な少年の処遇については、まったく触れられてはいない。

では、ナチス＝ドイツにあっては、少年不定期刑は、その後、どのようにして実現され、最終的に、1943 年少年裁判所法にたどりついたのであろうか。節を改めて考察しよう。

注)

1) Karl Peters, Die unbestimmte Verurteilung im Jugendstrafrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd.58, Berlin 1939, S.567-597.

2) Friedrich Schaffstein, Das Problem der Halberwachsenen, in: Deutsche Justiz 1937, S.349によれば「刑法委員会は、周知のように、成人刑法に関しては、不定期刑が許されることに反対であることを表明した。なぜなら、この〔不定期刑という〕措置は、ただ、もっぱら特別予防的である法にのみふさわしく、そして、刑罰の意味および本質についてのわれわれの理解とは相容れえないからである」というのがその理由であった。ただし、引用は、Peters, ZfgStrW, Bd.58, S.572からの孫引き。

3) Peters, ZfgStrW, Bd.58, S.570-571.

4) Peters, ZfgStrW, Bd.58, S.571.

5) Peters, ZfgStrW, Bd.58, S.576-577. かれによれば、このように、成人と少年とで、刑罰についてことなつた機能を持たせることを要求するのが、民族感情ないし民族観念である a.a.O.S.576

Petersの民族感情論については、Karl Peters, Das gesunde Volksempfinden, in: Deutsches Strafrecht, Neue Folge Bd.5, Berlin 1938, S.337-350を参照。かれによれば、ナチス＝ドイツにおける法改革の特徴は、民族感情が法の源泉とされることである (S.337-338)。それは、民族精神に法の源泉を求めた Savigny および Puchta の法源論とつながる (S.338-343)。

しかし、健全な民族感情は、直接的にそれ自体が法源となることは少ない。むしろ、健全な民族感情それ自体に依拠することは、「一般条項への逃避」となり危険ですらある。(S.338)。それは、制定法・慣習・学問において、具現される (S.343)。

では、健全な民族感情は、いかなる機能を果たすべきか。それは、いまだ形にはなっていない、いわば一種の法意識として潜在化しているものであり、裁判官は、それを、法解釈にあたっては斟酌しなければならない (S.343)。健全な民族感情は、刑法にあつては、第一に、統制的機能 eine kontrollierende Funktion を、第二に、制定的機能 eine konstituierende Funktion を果たす。統制的機能にあつては、法的判断は、それ自体として完結したかたちで制定法の中から、法解釈方法論を適用して結果として生じる。しかし、この法的判断が支持されうことは、民族感情を顧慮することにかかっている。Roland Freisler は、「制定法から出てくる結論が、民族の良心から直接出てくる法感情と矛盾するときには、かの制定法から出てくる結論は、けつして正しいものではありえない」と述べた。これに対して、制定的機能にあつては、法的判断は、当初から制定法に依拠するだけでなく、はっきりと民族感情に依拠する。それは、制定法それ自体が、公然と、あるいは

暗黙のうちに、構成要件それ自体として、民族感情の参照を指示する場合である。(S.343)。要するに、民族感情の統制的機能とは、刑罰法規それ自体から導き出される結論が妥当かどうかを、健全な民族感情を試金石として検証し、その結論が健全な民族感情と抵触するときには、刑罰法規から導き出される結論を修正するケースであり、民族感情の制定的機能とは、刑罰法規それ自体が、構成要件の1つとして、健全な民族感情を顧慮することを要求するケースであろうか。Petersは、ライヒスゲリヒト裁判例を素材に、健全な民族感情が刑事裁判判決理由中でどのように用いられてきたかを実証している (S.344-349)。これらの裁判例での用法をまとめると、裁判官は、健全な民族感情でもって、その法的判断の現実的=具体的妥当性を方向付けていることがわかる。このように裁判官が健全な民族感情を顧慮しうるためには、裁判官は、歴史・民俗学・芸術などの素養を身に付けねばならないし、また Savigny や Puchta が説いたように、過去と現在とを結びつけねばならない。Savigny や Puchta が、硬直した自然法由来の準則や一般原理に対する闘争をおこなったことを、忘れてはならないのである (S.349-350)。

この Peters の「健全な民族感情」論は、つぎの諸点において、とくに興味深い。第一に、それは、ナチス=ドイツの法改革における眼目であった「健全な民族感情」論に、たくみに迎合するかに見える。第二に、それにもかかわらず、それは、Savigny や Puchta の民族精神論に、その思想的拠点を求めている。このうち、後者の点は、Savigny や Puchta、さらには Hegel のいわゆる民族精神とのかかわりで、今後なお究明されるべき課題である。

6) Peters, ZfgStrW, Bd.58, S.576-581. Peters は、このようなナチスの少年刑観を根拠付けるものとして、1937年1月22日の「少年刑執行実施に関するライヒ司法省一般指令」第9条第2項を援用する。「第9条。少年刑執行実施がそのすべてをささげるのは、少年受刑者の将来のふるまいに決定的に影響を与えることである。受刑者は失われるべきではないばかりか、正しい道に連れ戻され、そして、堅牢にされ、かれが、民族共同体の適格な構成員となるようにされるべきである」。引用は、DJ, 1937, S.98による。Peters, aa.O.S.579にも引用あり。

7) Peters, ZfgStrW, Bd.58, S.587. もっとも、Peters は、同時に、少年不定期刑にあって、少年受刑者の最終的釈放がいつ行なわれうるのは、たんに少年受刑者のみならず、少年刑執行実施に従事するスタッフの能力にもまたかかっていることを指摘する。S.587-588.

8) Peters, ZfgStrW, Bd.58, S.589-597.

3. ドイツ法アカデミーでの議論

1934年、ドイツ法アカデミーの中に、少年法委員会が設立された¹⁾。この少年法委員会の設立後、そこでは、少年不定期刑については、いかなる議論があったか。2001年に公刊された議事記録²⁾を手がかりに、議論のうちの主なものを拾ってみたい。

1) 1934年12月2日のベルリンでの会議

最初の会議は、1934年にベルリンで開催された。その会議において、少年不定期刑をめぐり、次のやりとりがあった。

ハンブルク大学教授 Rudolf Sieverts が、少年不定期刑の導入に賛成して、こう発言した。「[短期の]刑罰と[長期の]養護教育との間のアンバランスは、ただ、自由を剥奪する刑罰が、養護教育よりも、より重いものとして評価されることによってのみ回避される。このために存在する唯一の手段は、なんらかのかたちでの不定期刑である。たとえば、イギリス人は、逃亡する少年を、ボースタル（少年再教育）施設に収容する。イングランドでは、ことがらは正しい関係にいたった、と、わたしは、考える」³⁾。

これに対して、少年補助施設長 Heinrich Webler が、少年不定期刑の導入に反対して、こう説いた。「わたしは、そもそも不定期刑を望まない。わたしは、強制教育を望まず、養護教育を望まず、親権の剥奪を望む。そうすれば、子は、半開放の寄宿舎またはより重い施設に到来する。われわれは、特別教育という概念をそもそも用いず、子らを、かれらがもっともよく帰属させられるところに収容する。そしてそれでおしまいである！われわれは、ことがらを、刑罰からではなく、教育から、とらえたいのである」⁴⁾。この時点では、両者の見解は、平行線をたどった。

2) 1938年8月5日のバード＝ザーロヴでの会議

この会議では、あたらしく制定されるべき少年刑法の基礎が、ライヒ少年

指導部の Gerhard Hüring によって、示された。Hüring は、少年不定期刑については、こう述べた。「不定期刑：不定期刑に関しては、こう主張される。不定期刑は、実際的には、服役からの仮釈放と同じ効果を持つ。刑罰は、行為および行為において発展する犯罪エネルギーと釣り合ったものでなければならぬ、という原則は、[不定期刑によって] 破壊される。他方において、オーストリア少年刑法における不定期刑についての有利な経験が述べられている。この問題はまったく未解明であり、オーストリアの実務家から、不定期刑について意見を聴く必要があることが明らかになる」⁵⁾。不定期刑が、罪状と刑罰との比例原則を破るものであること、しかし先行するオーストリアの実績を調査する必要があることが指摘されているのである。

3) Friedrich Schaffstein の指導原理 (1939 年)

Friedrich Schaffstein は、1939 年に、少年の刑法上の処遇について、指導原理 *Leitsätze* を、刑法雑誌に公表した。この時点では、かれは、少年不定期刑の導入に反対であったか、あるいは、少なくとも条件付きでのみ賛成した。

「相対的不定期刑 (オーストリア) を導入することについての必要性はない。ただし、それは、刑期が、他の措置によって、教育刑執行実施の諸要件に合致し、そして、教育不可能な少年が、刑の執行実施後に、保護処分に移されることができれば、である」⁶⁾。

少年不定期刑は、服役後の保安処分を代替するものとして構想されていたのである。

4) 1940 年 11 月 23 日のミュンヘンでの会議

この会議では、ライヒ刑事警察局の Paul Werner が、少年不定期刑についての親衛隊および警察の見解を代弁した。刑事警察は、2つの任務をもつ：刑事司法と共同して、犯罪を捜査する活動および専属的任務としての犯罪予防活動および犯罪予防活動の中での保安活動である。警察は、後者の保安活

動を、固有の権利によって実施したいのであって、警察に、別の機関から付託された権利によって実施したくない。少年刑事手続法が、不定期刑を導入するであろうならば、それは、この警察の本来の権利に食い込むことになる。この不定期刑にあっては、またぞろ保安思想が目立つのである。しかし、Sieverts が述べたように、この不定期刑がもっぱら教育的基礎をもつであろうならば、話は別であろう⁷⁾。ここにあるのは、不定期刑が警察の専権である保安活動を脅かすことへの懸念である。そのうえで、Werner は、目下、警察が、少年に対する養護教育施設（少年保護収容所か？）を計画中であることを明らかにした。警察は、その固有の力により、すなわち、司法とは無関係に、すべての者に対する、この必要と認識される保安措置を講じる。しかし、裁判官もまた、刑事訴訟との連関において、保安措置を宣告することができ、この保安措置を判決で言い渡し、人間を警察に引き渡す。警察が、それから先のすべてのことをやる。「それから先のすべてのこと」とは、強制収容所への収容に他ならない。少年に関しては、少年保護収容所 Jugendschutzlager⁸⁾ が設立されていた。モーリングゲン少年保護収容所は、たんに応急の施設に他ならない。警察は、このモーリングゲンの施設に、400名の少年を送致できる。目下、300名が収容されている。ここに収容されるのは、すべての機関が「見込みなし」と、改善更生の試みを放棄する少年である。近い将来には、女子保護収容所も設立されよう。これらの収容所にあつては、なるほど保護観察および保安措置を前面に持つが、しかし、最後の教育の試みもまた意欲されるのである⁹⁾。

以上のように、警察は、服役後を含めて保安処分一般について、その管轄する少年保護収容所収容でもって、少年への最後の教育および度し難い少年の抹殺をもくろんでいた。こうした警察にとっては、短期服役を満了した少年に対する一種の保安処分とも言うべき少年不定期刑は、警察の管轄する領分を侵害するものに他ならなかったのである。

これに対して、Otto Rietzsch が、次のように応答した。ライヒ司法省においては、不定期刑を純粋に教育的に考えている。少年は教育労働に就かせるに値しないことがはっきりしたときは、一定時間経過後、警察に付託することになる。しかし、少年が教育されるべきであるかぎりは、われわれは、少年を刑の執行実施に送り込みたい。ライヒ親衛隊長が教育的不定期刑を耐えられうるものとして考えるのであれば、警察と司法とはうまくやってゆくことができるにちがいない¹⁰⁾。

司法省としては、警察による保安処分とは別に、少年刑の教育的性格を強調して、不定期刑を実現させたかったのである。

5) 1941年1月23日の Goslar での会議

この会議で、議長を務めた Gottfried Boldt は、不定期刑について、こう述べた。見るかぎりでは、不定期刑を求める欲求は、すべての方面から承認されている。まさにここにおいて、この不定期刑が、犯罪少年の養護教育の負担を、いかにすこぶる軽くするかが述べられる。不定期刑を可能にすれば、少年拘禁に対する対極の重しが与えられる。Boldt は、警察を代表する Werner の意見を求めた。Werner は、確言はできないとしながらも、かつて警察に存在した不定期刑に対する抵抗は放棄されたように見える、と述べた¹¹⁾。

議論は、いかなる要件のもとで不定期刑が認められるべきか、に移った。議長 Boldt は、不定期刑が、比較的長期の教育刑として形成され、かつ、短期の保安処分として形成されるのではないことを、要件とした。警察を代表する Werner は、自明の要件として、不定期刑が、長期を定めた相対的不定期刑として形成されることを求めた。議長 Boldt も同じ意見であった¹²⁾。

さらに、不定期刑の期間は、いかほどであるべきか、が議論された。当時ドイツ法アカデミー院長であった Karl Georg Schäfer は、最短期6月ないし最長期3年を提案し、これが、実務家らの意見と一致していると述べた。

ただし、かれの個人的意見としては、教育的観点からすれば、最短期は、1年、そして、最長期は、4年ないし5年が適当だと付け加えている。Wernerは、警察にとっては、それは、どうでもよいと述べた。大方の意見は、最短期6月は短すぎるから、これを1年にすべきだ、というものであった¹³⁾。

6) 1941年3月27日－28日のザルツブルクでの会議における結論

少年法委員会は、1941年3月27日および28日のザルツブルクでの会議において、少年不定期刑について、次のように、結論した。

「当委員会は、不定期刑を導入することについては、2つの条件付きで賛成する。これら2つの条件は、体系および把握されるべき行為者類型にかかわる」¹⁴⁾。

では、2つの条件とは、それぞれ、いかなるものであったのか。

第一の条件は、こうであった。いわく。贖罪思想は、少年刑法においてもまた、刑罰が求められるところでは、決め手である。この贖罪思想が要求するのは、不定期刑にあってもまた、裁判官が、短期と長期とを定める、ということである。刑法領域に関しては、特定された刑罰が、根本思想の出発点を形成する。なるほど、少年刑法にあっては、刑罰の特定性の弛緩は、教育思想からして可能である。しかし、その場合でもまた、裁判官が、行為と行為者にふさわしいことは何か、を宣告しなければならない。たんに法定の枠のみが提供されるのであろうならば、まさに実務では懸念されるにちがいないことだが、裁判官は、いろいろな場合に、不定期刑が望ましいにもかかわらず、不定期刑を採用することを決定しないであろう。なぜなら、当該事例にあっては、不定期刑についての法定の枠（長期4年）が、法定刑を超えてあまりにも広すぎるように見えるからである。他方において、裁判官は、立法者による一定の導きを必要とする。それは、立法者が、少年刑執行実施の経験にもとづいて、不定期刑についても、一般的に、教育思想からすれば必要で、贖罪原理に対して堪えられることができ、そして、裁判官の裁量の幅

が、その枠内にあるべき枠を定めるかぎりにおいて、である。

ついで、第二の条件は、こうであった。それは、不定期刑を言い渡されるケースを、それ自体として可罰的なケースから選択し、そして、同時に、全体教育、とくに養護教育に属する諸措置との区分を与えるに適した判断基準を、積極的に定めることである。その判断基準は、行為の重さにあるのではなく、行為者を特徴付けることにある。ここで重要なのは、なにがしか、すでに犯罪性を目に見えるものにし始めつつある少年である。不定期刑の意義が要求するところによれば、不定期刑を適用するのは、ただ、行為が、行為者のかかる共同体にとって有害な態度および生活上のふるまいの表現にして徴表であり、この行為者は、この刑罰という究極の手段がなければ、さらになお、可罰的な不法を犯すであろう、という危険について、その理由がある場合である¹⁵⁾。

これを要するに、不定期刑導入のための、2つの条件とは、第一には、裁判官の判決による不定期刑の宣告であり、また、第二に、不定期刑のケースと教育措置のケースとを区分するのに適した判断基準の確定であった。

少年不定期刑の最長期間を4年とすることについては、その後もなお論議があった。

Kadecka は、法定刑が2年ないし3年のときでも、最長期間は、4年となるのか、と質問した。これに対して、Kümmerlein は、それが立法の意図するところであると応答した。Kadecka は、そうだとすれば、少年は、かれが少年不定期刑なかりせばけっして受けることがありえない刑罰を受けるべきことになるが、それは、不定期刑の目的ではないと主張した¹⁶⁾。

以上から、少年不定期刑の目的は、少年を刑務所で教育し、早期に釈放することにあつたのではけっしてなく、本来の法定刑の枠を超えてすら、民族共同体への組み入れ可能性が見込めないかぎり、刑務所にとどめておくことにあつたことが、よくわかる。

では、実際に、不定期刑は、ナチス＝ドイツでは、どのように導入されていたか。

注)

1) Wolff, Jugendliche vor Gericht, S.392-393 に、ドイツ法アカデミー少年法委員会の開催年月日・開催地・議長・審議事項についての一覧表がある。

2) Werner Schubert ed., Ausschluß für Jugendrecht, Arbeitsgemeinschaften für Jugendarbeitsrecht und Jugendstrafrecht (1934-1941), Akademie für Deutsches Recht 1933-1945, Bd.XI, 2001.

3) Werner Schubert ed., AGfJuJSt, S.24.

4) Werner Schubert ed., AGfJuJSt, S.24.

5) Werner Schubert ed., AGfJuJSt, S.144.

6) Friedrich Schaffstein, Notizen. Die strafrechtliche Behandlung Jugendlicher, Leitsätze, ZfgStrW, Bd.58, 1939, S.740-741. 佐伯千仞「獨逸に於ける少年保護法規の沿革と現状」『少年保護論集』（1943年）, 414頁。ちなみに、この指導原理は、Werner Schubert ed., AGfJuJSt, S.384 に再録されている。

7) Werner Schubert ed., AGfJuJSt, S.203.

8) この少年保護収容所については、後述：4.注14) で詳述する。

9) Werner Schubert ed., AGfJuJSt, S.203. 少年不定期刑の導入をめぐる警察 (Himmler) と司法省 (Freisler) との確執については、Wolff, Jugendliche vor Gericht, S.56-58. それによれば、警察は、期限の制約なしに拘禁するのは、警察本来の予防措置に帰属することを、司法省は、少年不定期刑がオーストリアで成功していることを、それぞれ論拠とした。

10) Werner Schubert ed., AGfJuJSt, S.204.

11) Werner Schubert ed., AGfJuJSt, S.274.

12) Werner Schubert ed., AGfJuJSt, S.274.

13) Werner Schubert ed., AGfJuJSt, S.274-276.

14) Werner Schubert ed., AGfJuJSt, S.417.

15) Werner Schubert ed., AGfJuJSt, S.417-418.

16) Werner Schubert ed., AGfJuJSt, S.447. この応酬があったのは、バード・アウスゼー会議（1941年8月26-30日）においてである。

4. 1941年9月10日命令およびその付属命令

1) 1941年9月10日少年不定期刑についての命令¹⁾

1941年9月10日、ライヒ防衛長官会議命令は、少年不定期刑の導入を定めた²⁾。そのあらまは、次の通りである。

不定期刑が言い渡されるのは、①少年に軽懲役刑が言い渡され、しかも、②その短期が9月以上で、その長期が4年であるとき³⁾で、③少年の行為において明らかになっている「有害な傾向」があり⁴⁾、④刑罰執行における教育によって、少年を、再び民族共同体の中に組み入れうるためには、どれだけの刑期が必要なのか予見できない⁵⁾場合である。なお、⑤最短期間と最長期間との間の期間は、2年未満であってはならない。また、⑥判決言渡しの時点で、満20歳以上である者については不定期刑の言渡しは行なわれない(第1条)。

9月未満または4年を越える軽懲役刑については不定期刑はありえない。また、判決言渡しのさいに、少年の更生のための、すなわち民族共同体への再編入のための刑期が予見できるときには、裁判官は、不定期刑を言い渡すことはない⁶⁾。

不定期刑の言渡しを受けた少年の人格が強固であり、将来において民族共同体への編入の予測に理由があるときは、少年は保護観察期間を定めたくうえで仮釈放される。ただし、仮釈放が可能なのは、少年が、最短の刑期を経過した後である(第2条第1項)⁷⁾。

仮釈放の保護観察期間は、最短1年ないし最長5年である。なお、この保護観察期間は5年を限度として延長可能である。仮釈放を受けた者が、保護観察期間中に、上の意味での更生をしていないときは、仮釈放は取消される⁸⁾(第2条第2項—第3項)。

仮釈放について権限を持つのは、執行指揮官庁としての少年裁判官である⁹⁾

（第2条第4項）。

この命令は、なるほど、刑事処分を受けた少年にも、服役中のふるまい次第では、最短の刑期を終了した後は、仮釈放の可能性を認めた。しかし、仮釈放の要件は、ひとえに民族共同体の中に、少年が、その構成員として再編入されうるかどうかであった¹⁰⁾。

2) 1942年1月6日少年不定期刑命令を施行するための命令¹¹⁾

明けて、1942年1月6日、ライヒ司法長官代理が、さきの少年不定期刑について、さらにこれを敷衍する命令を出した。この命令は、(1) 少年が複数の犯罪を行っていたときの刑の量定、(2) そのための担当裁判官、(3) 裁判官による観護命令および仮釈放の取消、および(4) 確定した定期刑の不定期刑への転換について規定している。

(1) ①少年が複数の犯罪を行ない、それらについて最短9月の軽懲役刑が求められるときには不定期刑が科される。②自由刑または少年拘禁について確定的に有罪判決を受けた者が、その刑期または拘禁期間を満了するか、または別途処理する前に、別件で有罪判決を受けた場合にも、不定期刑が科される。③②のケースで、前の犯罪について不定期刑を科され、その満了前に、別件で軽懲役刑ないし重懲役刑を科され、それらの刑期が4年以上に及ぶときは、1つの定期刑が科される。④不定期刑を科された者が仮釈放されていたときは、仮釈放が取消される場合には不定期刑は新たな有罪判決に加算される（第1条）。

(2) 少年の不定期刑が満了していないときは、執行指揮官庁の任務を負う裁判官もまた、その少年についての裁判管轄を持つ（第3条）。

(3) 不定期刑が問題となるときは、裁判官は、その仮の命令によって、少年が、最長6週間、少年犯罪生物学的調査に適した施設において観護されることを決定しうる。また、執行指揮官庁としての裁判官が、仮釈放の取消にあっては、少年の逮捕を命令しうる（第4条）。

(4) 一定の場合には、裁判官は、検察官の申立てにより、定期の軽懲役刑を、不定期の軽懲役刑に転換することができる。すなわち、①有罪判決を受けた者が、一個または数個の犯罪行為を、1940年1月1日以降に、少年年齢で行なったとき；②1941年9月20日前に、諸犯罪行為の処罰のために、合計最短9月最長3年の、一個または数個の軽懲役刑を言い渡されていたとき；③刑がまだ服役完了しておらず、条件付きで執行を猶予され、時効にかかり、または、免除されていたとき；④少年不定期刑令が、直近の判決の時点において適用されていたであろうならば、不定期の軽懲役が科されたであろうとき、である（第5条）。④からすれば、不定期刑命令は、ときに遡及効を持ったのである。

3) 1942年1月13日ライヒ司法省一般指令¹²⁾

以上の命令を受けて、ライヒ司法長官は、少年不定期刑の運用に関する細則を定めた。その内容は、(1) 執行指揮者、(2) 不定期刑刑務所の指定、(3) 不定期刑刑務所での執行実施、(4) 同刑務所からの排除、(5) 仮釈放、(6) 仮釈放の取消、(7) 最終釈放、(8) 更生不可能少年の処遇、(9) 刑罰簿への通知、(10) 定期刑の不定期刑への転換に及ぶ。なお、釈放された少年の世話については、規定はなく、後日、別途規定されるものとされた。

(1) 執行指揮者

少年不定期刑の執行指揮者は、少年裁判官として不定期刑を言い渡した区裁判官または少年法廷部長として不定期刑を言い渡したラント裁判所の裁判官である（第I節第1条）。

有罪判決を受けた少年が、不定期刑執行のために特定された少年軽懲役刑務所に送られると、当該刑務所近在の区裁判所の少年裁判官が、執行指揮者となる（第I節第2条）。

執行指揮者が所在する裁判所を管轄する上級ラント裁判所の検事長が、上級指揮者である（第I節第4条）。

(2) 少年不定期刑のための少年輕懲役刑務所

不定期刑を受けた少年が収監される刑務所は、成人刑務所とも一般の少年刑務所とも区別される特別の刑務所とされた。男子に関しては、ハイルブロン・ヘルフォード・ナオガルトおよびニーダーシェーネンフェルトの少年輕懲役刑務所であり、女子に関しては、ホーヘンロイベンの女子少年輕懲役刑務所である（第II節第1条—第2条）。これらの刑務所は、ドイツ全土に散在していた¹³⁾。

(3) 不定期刑刑務所での執行実施

不定期刑のための特定刑務所では、いかなる執行が行なわれることになったのか。ここにおいて、われわれは、不定期刑の「教育」的要素を、つぶさに見る。

①執行実施は、教育である。その教育とは、少年が、その「有害な傾向」を克服し、責任を意識して、民族共同体の中に編入されることを目的とする。少年は、規則的職業養成（特に、農業経営、園丁、手工業）でもって共同体でのまっとうな生活の準備をする（第III節第1条）。

②刑務所での執行実施は、全て教育に奉仕する。最良の教育手段は、少年の肉体を必要とする真面目な労働である。なお、教育労働を促進するために、遺伝生物学的な基礎にもとづく犯罪生物学的な調査が、特に実施されるべきである。共同体適応能力を教育するために、刑務所外での農業経営、園丁、手工業労働をさせる（第III節第4条—第5条）。

(4) 不定期刑刑務所からの排除

こうした教育としての執行実施に適応しない少年は、不定期刑のための特定刑務所からその所長によって排除され、成人刑務所（ただし、少年については区画を分界）に移送される（第IV節第1条—第2条）。

(5) 仮釈放

命令は、早すぎる仮釈放が、教育としての執行を阻害するという。不定期

刑の短期が経過した後で、執行指揮者が、仮釈放の可否について審査する（第 V 節第 1 条）。短期満了前には、仮釈放が行なわれてはならないことは、すでに見た通りである。

仮釈放の審査手続きは、次の通りである。審査日の 2 カ月前に、刑務所長が、執行指揮者に、少年についての鑑定書を提出する。鑑定書は、教官・労働指揮機関・監護者・医師の意見を含む。鑑定書には少年個人についての一件書類および犯罪生物学的調査書が添付される。執行指揮者は、判決を言い渡した裁判官にもまた意見表明の機会を与える。不定期刑のための特定少年刑務所から排除され一般成人刑務所に移送された少年については、刑務所所長の申立てにもとづいて、この少年が、当初の少年刑務所に戻されたときに、仮釈放は可能となる（第 V 節第 2 条—第 4 条）。

執行指揮者が、少年について仮釈放を可と判断すれば、仮釈放を命じる。その命令には次の各項目が含まれる。①悪行あるときの仮釈放取消、②釈放日、③仮釈放期間、④保護観察命令、⑤少年への課題、⑥釈放日までの期間。仮釈放の決定と仮釈放日との間には、最低 6 週間がなければならない（第 V 節第 5 条）。

刑務所所長は、仮釈放を、少年に口頭で通知する（第 V 節第 6 条）。

(6) 仮釈放の取消

執行指揮者が仮釈放を取消するのは、少年が民族共同体の中にまっとうな民族仲間として編入されるためには、いまだ十分にしっかりしていないことが判明するときである（第 VII 節第 1 条）。

仮釈放された少年が、新たに犯罪を行ない、この犯罪について予想される刑罰が不定期刑の残余期間に比すれば軽微であるときは、検察官は公訴をしないことができる（第 VII 節第 2 条）。

検察官が、新たな犯罪について公訴を必要だと判断するときは、原則として、執行指揮者が所属する裁判所に公訴を提起する（第 VII 節第 3 条）。

少年が、新たな犯罪について有罪判決を受け、仮釈放を取消されたときは、この少年は、かつて仮釈放されたのと同じの施設に収監される（第 VII 節第 4 条）。

執行指揮者は、収監された少年を、当該刑務所から排除することができる（第 VII 節第 6 条）。

不定期刑の残余期間が 3 月未満のときは、一般の少年刑務所に送致されることができる（第 VII 節第 7 条）。

24 歳以上になって有罪判決を受けた者は、成人刑務所に収監される（第 VII 節第 5 条）。

仮釈放された者が、18 歳の満了後に新たに犯罪を行ない、定期軽懲役刑の有罪判決を受け、仮釈放が取消されるときは、後の定期刑が、残余の不定期刑よりも優先して執行される（第 VII 節第 8 条）。

(7) 最終釈放

執行指揮者は、仮釈放期間の満了後 3 カ月以内に、最終的釈放について判断する。この最終的釈放が行なわれた後は、もはやその取消はない（第 VIII 節第 1 条）。

(8) 更生不可能少年の処遇

少年が、不定期刑の長期を満了したが、民族共同体の中にはもはや編入不可能であることが判明したときには、執行指揮者は、上級の執行指揮者（検事長）に、鑑定書を添付して報告する。また、少年が、不定期刑の短期を経過し、刑の執行実施による教育でもっては、将来、民族共同体の中に編入される見込みなきときも、同様である。この報告を受けた上級執行指揮者は、かれが、民族共同体に編入不可能であると確信するときは、警察に、少年を、「共同体に無縁の者」として、少年保護収容所 Jugendschutzlager¹⁴⁾ またはその他の収容所に送致することを提案する（第 IX 節第 1 条—第 2 条）。民族共同体への編入不能者を待っているのは、収容所における選別とそれに続

く抹殺である。

(9) 刑罰簿 Strafregister¹⁵⁾ への記載

仮釈放が行なわれると、必要事項が、前科前歴簿への記載のために通知される (第 X 節第 1 条)。

(10) 定期刑の不定期刑への転換

さきに見た命令にもとづいて、刑務所所長は、定期刑を不定期刑に転換する必要があるかどうかを審査する。刑務所所長が、転換を必要だと判断するときは、これを執行指揮者に提案する。執行指揮者は、さらに、当該少年について最高の刑罰を言い渡した裁判所の検察官に転送する。転送を受けた検察官は、法定の要件について審査する。検察官が、かの転換を必要だと判断するときは、当該少年について最高の刑罰を言い渡した裁判所において、転換の申し立てを行なう。当該裁判所の裁判官は、新たな公判において、当該少年について、定期刑を不定期刑に転換することの判断を判決でもって行なう (第 XI-B 節第 1 条)。

4) 1942 年 5 月 16 日ライヒ司法省一般命令¹⁶⁾

うえて見た 1942 年 1 月 13 日の一般命令によれば、不定期刑の執行指揮は、少年が、執行管轄権限ある少年軽懲役刑務所に収監されることをもって、当該刑務所に近在する区裁判所の少年裁判官に移行する。これを受けて、5 つの当該刑務所に関する執行指揮者を、次のように規定したのが、この一般命令である。

不定期刑に関する少年軽懲役刑務所——執行指揮者たる少年裁判官の所属
ハイルブロン——ハイルブロン区裁判所
ヘルフォード——ヘルフォード区裁判所
ナオガルト——シュテッティン区裁判所
ニーダーシェーネンフェルト——アウグスブルク区裁判所
カイザー＝エーバースドルフ——ヴィーン＝ラント裁判所

5) 1942年8月17日ライヒ司法省一般指令¹⁷⁾

1942年1月13日の一般指令は、仮釈放された少年の世話に関する規定につき、これを後日に譲っていた。これを規定したのが、この一般指令である。それによれば、①保護観察付きで仮釈放された少年は、しっかりと、注意深く、かつ繊細に世話されなければならない（第1条）。②世話機関が、補助員（保護司に相当か？）を任命する（第2条）。③保護観察期間の満了まで、仮釈放された者についての行状に関する報告が行なわれる。仮釈放を行なった当該刑務所所長が、この報告を、執行指揮者に提出する（第3条）。④世話機関は、保護観察期間満了後、なお2年間、毎年1回の報告を行なう（第4条）。⑤少年が未成年である限り、当該刑務所所長は、報告を後見裁判官に提出する（第5条）。⑥執行指揮者は、世話機関、補助員および仮釈放された少年と人的な接触を維持するべきである（第6条）。

6) 少年不定期刑命令についての Kümmerlein による注釈

少年不定期刑命令の特徴につき、Kümmerlein は次のように注釈した¹⁸⁾。

第一に、ナチス＝ドイツの少年刑法の課題についてである。①少年に適さない罰金刑・無意味な短期自由刑・保護観察付き執行猶予は廃止されるべきである。②いわゆる半成人すなわち、18歳から21歳の処遇を柔軟にするべきである。③少年刑法は、少年犯罪人を、民族共同体に再編入する、という教育の思想を、その特徴とするべきである、④民族共同体になじまない、常習犯罪人に陥る危険のある少年を排除するべきである。

こうした課題に応えるための一環として、不定期刑が実施された。では、なぜ、不定期刑なのか？ Kümmerlein は、次のように、その理由を説明している。①定期刑は、少年を十分に教育するには不十分である。②仮釈放ないし恩赦は、刑罰の希釈化と恩赦思想の希釈化を意味する。③刑罰が執行においてあまりにも短いことが判明したからといって刑期を延長することは、少年の反抗を招く。最も実効性ある方策は、教育の進捗に応じて調整され、

可動的に形成された刑罰、すなわち不定期刑を定めることである。

Kümmerleinによれば、刑罰による贖罪は、「民族有機体の健全な自己浄化の必要」¹⁹⁾に照応するものである。すなわち、民族共同体になじまない早熟の少年犯罪人を、民族共同体から排除することである。不定期刑を導入して、一定期間少年を観察し、その結果、民族共同体へ再編入可能な少年と再編入不可能な少年とをふるいわけらるべきである。ナチスは、民族の正義とやらんでは、個人の正義を知らない。少年犯罪人を不定期刑の枠内で少年が共同体になじむまで刑の執行における教育に服従させることは、民族の正義である。

少年は、贖罪のために最低限度9月服役しなければならない。また、4年を超える軽懲役を言い渡された少年については不定期刑は適用されない。けだし、この少年は、教育的には、多くの場合価値がなく、民族共同体にとっては失われたのも同然だからである。さらに、不定期刑が適用されるためには、少年を民族共同体に再編入するために必要な刑期を予測することができないことが要件である。さらに、少年には「有害な傾向」があることが要件である。ここで「有害な傾向」とは、少年が将来、まっとうな民族仲間としては民族共同体に組み入れられない危険、将来における再犯の危険である²⁰⁾。

Kümmerleinは、少年不定期刑の執行実施についても民族共同体への再編入を強調する。不定期刑の目標は、少年の有害な傾向を克服し、責任を意識して、民族共同体に再編入することである。不定期刑の任務は、最後の徹底的教育の試みにある。この試みにもかかわらず、民族共同体への再編入が不可能な少年は、抹殺されるほかない²¹⁾。

注)

1) Verordnung über die unbestimmte Verurteilung Jugendlicher. Vom 10. September 1941, in: Reichsgesetzblatt (RGBl), 1941, I 567. なお、以下で取り上げる法令については、Wolff, Jugendliche vor Gericht, S399-340の一覧表に拠った。

2) この時期における少年不定期刑施行の意義について、当時の司法省次官 Roland Freisler は、次のように述べている。これは、ナチスによる政権獲得以来推進されてきたナチス少年刑法改革の一環としてある。ナチス少年刑法改革の特徴は、刑罰の中に、応報と同時に教育を見る点にある。ここで教育とは、一方では、更生した少年を釈放し、民族共同体に再編入するためであるが、しかし、他方では、民族共同体に無縁な、再編入不可能である民族共同体の敵を発見し、民族共同体の治安を維持するために、警察に、保安処分として引き渡すためである。この教育のためには、少年の人格をじっくり観察する相対的不定期刑の導入が必要である。不定期刑に対する反対論として、少年が服役中に偽善をなして早期釈放を獲得することが懸念されるが、しかし、不定期刑の短期を比較的長く（9月）設定すれば、化けの皮がはがされる。むしろ、定期刑にあって、少年が民族共同体への再編入のために成熟していないのに、満期でもって釈放されることの危険性の方が、民族共同体にとっては有害である。以上につき、Roland Freisler, Gedanken zur Verordnung über die unbestimmte Verurteilung Jugendlicher, in: Deutsche Justiz, 103.Jahrgang, Berlin 1941, S.949-956. なお、Freisler のドイツ語は、わたしにはすこぶる難解であった。

3) このように短期の限界と長期の限界とを法定しておいて、その枠の中で、裁判官が、少年に、個別に短期と長期とを言い渡すのは、Freisler によれば、ナチスの刑法観に合致する。ナチスの刑法観は、犯罪と刑罰との均衡ではなくて、犯罪行為者の人格を、刑の量定の基準とする。短期の限界を9月としたのは、少年拘禁との関係を、また、少年刑法における罰金刑の廃止を考慮してのことである。また、長期の限界を4年としたのは、第一に、4年をこえる刑期を言い渡されるような少年は、実質的には、少年とは呼べないこと、また、第二に、少年刑の執行実施が満24歳を限度とすることによるものであった。Freisler, Gedanken, in :DJ, 103. Jg., 1941, S.981-982.

4) なにが、犯罪行為においてあきらかになる「有害な傾向」であるか、については、具体的個別ケースに即して、判例の長期間にわたる発展の中で、究明されるべきである、とされた。Freisler, Gedanken, in :DJ, 103.Jg., 1941, S.982-983.

5) なぜ、裁判官は、少年が、民族共同体に再編入されうるためにどれだけの刑期が必要かを予見できない、という事態が生じるのか。Freisler は、こう述べている。「良心的な少年裁判官は、かれが [民族共同体再編入のために少年に必要な刑期を]

予見することができるかどうかを吟味するさいには、たんに一般的に乏しい人間の予見能力を投入するであろうばかりか、少年の利益において…少年裁判官自身の予見能力については、格別の自己批判を行なうであろう。とくに、良心的な少年裁判官は、次のことをもまた考慮するであろう。… [刑務所における] 教育的措置は、いかなる期間であれば、持続的で積極的な作用を惹起しうるかは、ほとんど見込みがつかない、ということである」。Freisler, Gedanken, in: DJ, 103.Jg., 1941, S.982.

6) これは、なかんずく、犯罪少年が、少年重犯罪人にあたるときである。「少年重犯罪人は、不定期刑に関しては、それに与えることはない。少年重犯罪人は、もはや少年ではない」。Freisler, Gedanken, in: DJ, 103.Jg., 1941, S.950. 「…少年重犯罪人は、なるほど、成人への発育の失敗を示すのであるが、しかし、まさに成人である」。S.983. Freisler は、さらに、民族共同体に無縁な者 *Gemeinschaftsfremde* をも、少年不定期刑の適用から除外される者として挙げるが、その内実はあきらかでない。S.983.

7) Freisler によれば、釈放についての判断は、刑務所内での教育とならんで、もっとも責任の重いことがらである。早すぎる釈放は、遅すぎる釈放よりも危険である。Freisler, Gedanken, in: DJ, 103.Jg., 1941, S.1014.

8) 仮釈放が取消されるのは、なかんずく、少年裁判官が仮釈放にさいして少年に課した諸々の義務に当該少年が服従しないときである。Freisler, Gedanken, in: DJ, 103.Jg., 1941, S.1017.

9) ただし、少年裁判官は、仮釈放の判断にあたり、執行実施者としての当該刑務所所長の意見を聴取しなければならない。Freisler, Gedanken, in: DJ, 103.Jg., 1941, S.1016. 「施設長と少年裁判官との協力が実り豊かなものでありうるのは、ただ、双方のそれぞれが、相手の狩場で狩猟をすることを意図せず、そして、他方において、それぞれが、僚友として、執行実施および釈放についての全体問題および個別問題について、[相手の] 管轄を征服しようとは考えないで、相互に協議する場合に限られる」。

10) 上述の Freisler 論文で頻繁に出てくるのは、「民族共同体へ (再) 編入する」 in die Volksgemeinschaft (wieder) eingliedern (S.982; S.1014 など) ないし「(民族) 共同体に (編入するに) 熟している」 *gemeinschaftsreif* (S.955; S.1015 など) という用語である。しかしながら何をもって民族共同体への再編入資格ありと判断すべきかについては、漠としている。

11) Verordnung zur Durchführung der Verordnung über die unbestimmte Verurteilung Jugendlicher. Vom 6. Januar 1942, in: RGBI, 1942 I 18.

12) Unbestimmte Verurteilung Jugendlicher. AV. d. RJM. v. 13.1.1941 [1942 の誤植か?], in: Deutsche Justiz (DJ), 1942, S.51.

13) ハイルブロンは、ヴェルテンベルクに、ヘルフォードは、ヴェストファーレンに、

ナオガルトは、ボンメルンに、ニーダーシェーネンフェルトは、バイエルンに、そして、ホーヘンロイベンは、ザクセンに、それぞれ属する。Deutsche Rechts- und Gerichtskarte, Kassel 1896, reprint.ed. Goldbach 1996 参照。

14) 少年保護収容所については、デートレフ＝ポイカート・伊藤富雄訳『エーデルワイス海賊団—ナチスと闘った青少年労働者—』（2004年）119-126頁には、エッセン＝ラント裁判所所長が、ライヒ司法省のHeinz Kümmerleinに宛てたモーリングェン少年保護収容所に関する視察報告書が掲載されている。それによれば、同収容所の概要は、次の通りである。

設立：モーリングェン少年保護収容所は、1940年に、ライヒ刑事警察局によって設立された。

所在地：同収容所は、ハノーファーに所在した。

所員：所員は、150名で、武装親衛隊から派遣された。

分類：収容される少年は、B棟（観察ブロック）に収監され、検査を受ける。検査の結果、少年は、それぞれの次のどれかのブロックに収容される。：Uブロック（不適格者ブロック；精神病院や療養所または強制収容所に送られる少年のブロック）；Sブロック（共同体と悶着を起している攪乱者のブロック）；Dブロック（耐久力脆弱者ブロック：性格的に脆弱である・試練に耐えられない・必然的に落後してしまう落ち着きのない・自発性に欠ける少年のブロック）；Gブロック（一時的役立たずのブロック：情緒不安定で自立心がなく軽率な少年のブロック）；Fブロック（教育可能か否か不明な少年のブロック）；Eブロック（教育可能な少年のブロック）である。収容割合は、U:5-10%；S:5-10%；D:10-15%；G:10-15%；F:20-25%；E:6-8%であった。

日課：起床：5時45分；就寝：20時45分。労働時間は、6時30分から11時45分までと、13時から18時15分までとの、1日合計10時間30分の労働時間である。日曜日の場合によっては労働した。

労働業種：労働は、囚人専用機械工場での労働・施設専用農場での農業労働・軍需工場や弾薬工場への派遣労働であった。

収容者数：1944年7月半ば（21日？）までに1231名が収容された。

出所後の行く先（1944年7月21日時点）：軍隊入隊138名；ライヒ労働奉仕団入隊5名；帰郷：45名；半開放寄宿舎入所：31名；療養・看護施設送致：52名；強制収容所送致：53名；軽懲役刑務所送致：11名；重懲役刑務所送致：16名となっている。

Manuela Neugebauer, Der Weg in Jugendschutzlager Moringen: eine entwicklungspolitische Analyse nationalsozialistischer Jugendpolitik, Mönchengladbach 1997には、巻末に、少年保護収容所に関する諸命令が、史料として掲載されている。

少年不定期刑とのかかわりでは1944年4月25日のライヒ親衛隊長官兼ドイツ

警察長官の回状布告の規定を取り上げてみたい（Neugebauer, S.186-188 を参照）。

D. 刑事訴訟および刑の執行実施との境界付けの第 II 条では、こう規定する。「刑の執行指揮官庁は、自由刑の服役をする未成年者に関しては、執行実施指揮者の、場合によっては、刑事警察（指揮）機関の了解を経て、少年保護収容所への送致を提案する。それゆえに、少年受刑者を少年保護収容所へ送致する問題を審査するために、当該少年受刑者のふるまいについて、少年刑務所に刑事警察（指揮）機関が照会することが残されている。とくに、不定期刑を言い渡された未成年者が、まず第一に、刑事警察の関心の領域から排除される」。a.a.O.S.188.

1944 年 4 月 27 日のライヒ司法省一般指令（DJ Nr.8 : Neugebauer S.189 を参照）第 BI 条では、さらにこう規定する。「自由刑について服役する未成年者を少年保護収容所に送致することに関し、わたし（Dr.Thierack）は、こう命じる。(1) 刑罰執行指揮官庁（執行指揮者）は、刑事警察（指揮）機関の執行実施指揮者の了解を経て、（不定期少年軽懲役刑の長期の）刑期を満了した後で、少年保護収容所に送致することを提案するが、それは、この少年が刑の執行実施にもかかわらず一少年補助の諸手段を投入してもまた一民族共同体への組み入れを予見させない場合である。(2) 不定期刑の短期が服役され、かつ、少年受刑者が将来民族共同体の中に組み入れられるように、刑の執行におけるさらなる教育によって、その少年受刑者を感化する見込みがないときには、執行指揮者は、執行実施指揮者の了解を経て、この少年を、刑の長期を満了する前に、少年保護収容所に送致することを提案する（[1943 年] ライヒ少年裁判所法第 60 条参照）。執行指揮者は、判決を言い渡した裁判官に、意見表明の機会を与える。未成年者が少年保護収容所に送致されるときには、さらなる刑の執行は、暫定的に停止される。刑の執行の消滅時効を中断する行為は無視される。(3) 未成年者は、警察の少年保護収容所へのその送致の決定前に、犯罪生物学的に診察され、かつ、鑑定意見を作成されるものとする。(4) 執行指揮官庁（執行指揮者）と執行実施の長との間で意見の相違があるときは、上級の執行実施官庁が決定する。(5) 有罪判決の言渡しを受けた者が 18 歳未満であるときには、執行指揮者は、その提案を提出する前に、ヒトラー＝ユーゲントの地区指導機関に、意見表明の機会を与える。… この地区指導機関が反対する場合には、執行指揮者は、その提案を維持したいときには、ライヒ司法省に報告する」。

ウッカーマルク女子保護収容所での処遇の実態については、Katja Limbächer etc., *Das Mädchenkonzentrationslager Uckermark*, 2.Aufl, Münster 2005 を参照。この書物は、女子少年保護収容所に収容されていた人々へのインタビューを掲載している点、とくに貴重である。ここでは、2001 年 7 月 13 日にインタビューに応じた Anita Köcke の証言に耳を傾けてみよう。Köcke は、1925 年にヴァイマルで婚外子として生まれた。生後 8 年間、Köcke は、養父母の下で養育された。8 歳時に孤児院に収容された。12 歳時に、母方のおばに引き取られた。学校卒業後

農家で働いた。その農家では折り合いが悪く、別の農家に移った。15歳の時に、その農家で食料品を母親に届けようとして窃盗をした。農家の主人が彼女を警察に告訴した。Köckeは、農家から逃亡し、放浪した。彼女は、放浪者にして反社会的な者とされた。彼女は逮捕され、ゲラの軽懲役刑務所で、3ないし4月の軽懲役刑に服役した。釈放後キールで働いた。そこで、窃盗などの犯罪を行なったKöckeは、ふたたびいくつかの軽懲役刑務所で服役した。ノイブランデンブルク軽懲役刑務所で病気になった彼女は、病院に入院した。退院後、女子少年保護収容所に送致された。以下の引用は、送致されたかの女子少年保護収容所についての記憶である。：

「...わたしたちは、早朝洗面のために外に出て、そして、ついで、運動を始めなければなりません。命令はすべてホイッスル付きでした。わたしたちは、少なくとも20分間、屈膝および腕立て伏せをし、腕を動かさねばなりません。そして、バラック宿舎に戻り、ベットメイクを行なわねばなりません。つづいて朝食でした。ホイッスルの命令で、わたしたちは、就労せねばなりません。幾人かは収容所の外で働きました。食事は〔収容所内よりも〕もっとよいのですが、それは重労働でした。手押し車で重労働をしなければなりません。夜遅くに戻り、夕食はバラックでとりました...わたしたちは、食事としては、乾パンの切れ端をもらいました。それにちょっとばかりのマーマレードまたはプラムのジャムがありました。夕食には、少しのソーセージがつかしました。しかし、多くはなかった。はじめのうちは食事をとることができましたが、時がたつにつれて食事はだんだん悪くなりました。スープには、ジャガイモの皮や蕪の繊維がただよっているのが見えました。それはひどくまずいものでしたが、空腹なので食べました。...少年保護収容所では、わたしたちは、縞柄の衣類をつけていました。それぞれ、2枚の灰色と白の格子柄のタオルを持っていました。さらに2足の靴下、2本のズボン、それに2枚の袋状のシャツがありました。ジャケットを持っているものもいましたが、上着だけの者、奇妙なスカートの者、ブラウスと上着の者などいろいろいました。エプロンと2枚のスカーフは、灰色の粗麻布でできていました。...トイレはありましたが、バラックごとにあつたものではありません。...わたしたちは、ひとりでトイレに行くことは許されておらず、ただ、監視付きでしか行くことを許されませんでした。...」。aa.O.,S.146-147.

15) 刑罰簿 Strafregister および少年教育カードの雛形については、Fritz Hartung, Das Strafregister, 2. Aufl.München und Berlin 1963, S.74-84; S.207-212を参照。

16) Vollstreckungsleiter bei unbestimmter Verurteilung. AV. d. RJM. v.16.5.1942, in: DJ, 1942, S.347.

17) Unbestimmte Verurteilung Jugendlicher. AV. d. RJM v. 17. 8. 1942, in: DJ, 1942, S.545.

18) 以下につき、Heinz Kümmerlein, Unbestimmte Verurteilung Jugendlicher, in:

Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 8. Jahrgang 1941, S.392-398 および 9. Jahrgang 1942, S.55-58.

19) これは、Roland Freisler の言葉である。Kümmerlein, ZdAfDR, 1941, S.394.

20) 「有害な傾向」の有無は、Kümmerlein 自身が挙げる事例によれば、次の通りである (Kümmerlein, ZdAfDR, 1941, S.396-397)。

「有害な傾向」が認定されないケース：放浪癖のある少年が、森をうろついているうちに、ある少女と遭遇し、わいせつ行為をした。：「放浪癖」それ自体は、その傾向が「有害」であるとはいえない。

「有害な傾向」が認定されるケース：17歳の少女が、訪問者の持っている金銭の詰まった札入れを見て、これを窃盗した。：この少女の志操は、将来犯罪（例えば売春）に通じる。この窃盗行為は、将来の犯罪にいたる有害な傾向の徴表である。

「有害な傾向」の存否があいまいなケース：16歳の少年が、商店で、たびたび、子供じみてつまみ食いをし、取り押さえられた。その後、かれは、13歳の少女を暴行した。裁判官は、当該少年の「人格」を顧慮しなければならない。

21) Kümmerlein, ZdAfDR, 1942, S.55-58. 「不定期刑は、犯罪的に重く危険になった少年をもまた、できるかぎり、なお共同体のために獲得する、という共同体の義務から生じた。それは、少年刑事司法に、早熟犯罪に対する戦いにおいて、目下提供されうる、もっとも実効性ある武器である。にもかかわらず、ばら色の教育楽天主義は、不定期刑の執行実施にいたる種類の少年には失当である。落胆が最小限に限定されつづけるべきであるとすれば、教育刑執行実施は、執行実施の効果を脅かし、いかなる教育にもなじまない少年らの消極的選別を強力にかつ責任を喜びつつ遂行しなければならない」(S.57)。力点は、消極的選抜、すなわち、民族共同体に組み入れ不可能な少年を選抜して、警察を経て、少年保護収容所に送致することにあるのである。

5. 1943年少年裁判所法における少年不定期刑

1943年少年裁判所法¹⁾は、少年に対する刑罰を、少年軽懲役とした。少年軽懲役刑が言い渡される要件は、民族共同体の必要が、①保護および贖罪からして、責めの大きさのゆえに、または、②その行為において明らかになった少年の有害な傾向のゆえに、刑罰を要求することである（第4条）。少年

軽懲役の最短期間は、3月であり、最長期間は、10年である。裁判官は、刑罰が持続する教育的効果を保障するように配慮するべきである（第5条）。

不定期刑については、第6条が1941年9月10日命令に始まる少年不定期刑を踏襲した。不定期の少年軽懲役刑を言い渡す要件は、①最短9月最長4年の少年軽懲役刑が求められ、かつ、②行為において明らかになった少年の有害な傾向に関して、当該少年を、刑の執行における教育によって、民族共同体へ再編入するためには、いかなる刑期が必要であるか、が予見できないことである（第6条第1項）。

不定期刑を言い渡すとき、裁判官は、刑罰の短期を定める。短期は、9月を下回ってはならない。長期については、法定は4年であるが、裁判官は、4年を下回る長期を定めることができる。ただし、短期と長期との差は、2年以上でなければならない（第6条第2項）。

以上考察してきた少年不定期刑は、次の点に、その特徴を持つ。

第一に、それは、刑事処分を受けた少年においてなお「教育」によって民族共同体への再編入の可能性を判断する手段であった。

第二に、軽懲役刑4年を越える刑の言渡しを受けた少年は、民族共同体に適応する能力がないと見られ、民族共同体から失われたものとされた。

第三に、不定期刑は、犯罪行為に対する応報であるよりも、まずは「教育」であるから、少年が教育によって民族共同体に再編入されうるかを見極めることが肝要となった。少年の行なった犯罪は、少年の「有害な傾向」によるものか、あるいは、偶然や気紛らから生じたものなのかを区別することが決定的に重要である。民族共同体への再編入の可能性がないと判断されれば、不定期刑執行中であれば、一般成人刑務所へ、また、不定期の長期満了後であれば、警察を経て、少年保護収容所へ収容され、民族共同体から抹殺された。

Kümmerleinの言葉を借りれば²⁾、ナチス＝ドイツにあっては、個人の正義よりも民族の正義が重視される。犯罪少年の「更生」とは、少年が民族共

同体に再編入されることができるとに他ならなかった。これが、刑罰における「教育」であった。

全体として見れば、少年不定期刑の意義は、民族共同体に組み入れることが不可能な少年を、不定期刑の最長4年間で選別する、という、いわば「負の選別」にあったのである³⁾。

注)

1) Reichsjugendgerichtsgesetz, in: RGL, 1943 I S.639-650.

2) Kümmerlein, ZdAfDR, 1941, S.395.

3) Roland Freisler は、1941年10月30日にライヒ司法省で開催された少年裁判官会議で不定期刑について講演を行なった。その中で、少年刑執行実施者の心構えとして、次のように訓示している。成績を挙げようとして、少年を早期に釈放することを執行指揮者に提案してはならない。執行実施者が意識すべきことは、かれにゆだねられた少年の法違反者の集団を「浄化」することである。よって、民族共同体への再編入が不可能な少年受刑者を成人刑務所に送致し、少年重犯罪人を、最高に危険のある病原菌として排除することは、少年刑執行実施者の無能の証拠ではない。こうした少年の法違反者を認識し、「ホップとモルツが無駄に用いられた（おまえは度し難い）」、すなわち、この少年は民族共同体から失われたと宣告することは、少年刑執行実施長の作業の成果なのである。Roland Freisler, Die unbestimmte Verurteilung Jugendlicher als Persönlichkeitsfrage, in: Deutsches Strafrecht, Neue Folge Bd.8, Berlin 1941, S.173-181, insb.S.178 参照。

ナチス＝ドイツにおける少年不定期刑の力点が、民族共同体にとっての「病原菌」を見つけだし、それを排除することにあったことを、Freisler の講演は、如実に示している。

6. 少年不定期刑の裁判例

では、1941年9月10日以降、裁判実務では、少年不定期刑は、いかに運用されたか。参照できた、ライヒスゲリヒトのいくつかの裁判例を紹介して

みたい。

これまでに閲読できた裁判例は、5件である。

これら5件の判決年月日・担当刑事部・出典・原審裁判所は、次の通りである。

- ① 1941年8月20日・刑事第5部・DJ 1942, S.627・少年裁判所（所在地不詳）
- ② 1942年9月10日・刑事第3部・RGSt, Bd.76, S.217・リュウベック＝ラント裁判所
- ③ 1942年12月3日・刑事第2部・DJ 1943, S.47・ラント裁判所（所在地不詳）
- ④ 1943年6月4日・刑事第5部・RGSt, Bd.77, S.84・ヴィーン＝ラント裁判所
- ⑤ 1944年6月13日・刑事第5部・RGSt, Bd.78, S.24・少年裁判所（所在地不詳）

これらの裁判例における被告人の氏名・性別・年齢・罪状は、こうである。

- ① W・男性・（第1審判決時）16歳11カ月・窃盗
- ② ?・男性・（犯行時）18歳・窃盗
- ③ ?・男性・不明・わいせつ行為およびその未遂
- ④ ?・男性・?・窃盗
- ⑤ ?・男性・?・窃盗

これらの裁判例における事実関係のあらまは、判明するかぎりでは、次のようである。

①ジプシーを両親として出生したWは、1941年に、窃盗¹⁾および物に関する犯罪隠匿罪 Hehlerei²⁾のゆえに、それぞれ2月の軽懲役の有罪判決を受けた。裁判所付設刑務所から脱獄するさいに、Wは、受刑者の制服を持ち逃げた。その後、Wは、人の住んでいない農家から、他の者と共謀して空き巣狙いを行なった。Wは、これら2件の窃盗について、起訴された。

②被告人は、少年として、他の1名と共に、1940年6月から9月にかけて、いくつかの窃盗を行なった。被告人は、1941年5月9日におけるラント裁

判所での判決言渡しまで5月間勾留されていた。

③被告人は、14歳未満の年少者らと、7件のわいせつ行為を既遂し、また、2件のわいせつ行為未遂を行なったことにより、ドイツ刑法典第176条第1項第3号³⁾により起訴された。

④被告人は、窃盗のゆえに、オーストリア刑法典第171条⁴⁾・第173条⁵⁾・第174条第1項d⁶⁾・同条第II項a⁷⁾・第8条⁸⁾により、起訴された。

⑤被告人は、トランクを窃盗したゆえに、窃盗によって起訴された。

原審判決は、次の通りであった。

①短期9月—長期3年の不定期軽懲役刑⁹⁾

②2年の軽懲役刑。未決勾留期間5月を算入。のちに、短期2月—長期4年の不定期刑に転換。ただし、未決勾留期間5月を刑期に算入しない¹⁰⁾。

③6月の軽懲役刑¹¹⁾

④短期10月—長期18月の不定期軽懲役刑¹²⁾

⑤10月の軽懲役刑¹³⁾

これらの原審判決に対する上告人および上告理由のあらまきは、次の通りであった。

①上告人は、上級ライヒ検察官である。本件における被告人Wは、ジプシーである。ジプシーは、民族仲間ではなく、教育でもっての、民族共同体への再編入はありえない。したがって、ジプシーWには民族共同体への再編入のための教育を内容とする不定期刑を科することは不可能であるところ、これを科した原審判決には、法適用の誤りがある¹⁴⁾。

②上告人は、上級ライヒ検察官である。原審判決は、未決勾留期間5月を不定期刑に算入しなかった。上級ライヒ検察官は、この点に関してのみ被告人に有利に上告した¹⁵⁾。

③上告人は、おそらくは検察官である。上告理由は、刑の量定の不十分さにあった。なぜなら、被告人である少年は、短期間のうちに見知らぬ子らに7

件のわいせつ既遂行為を行ない、2件の同未遂を行なったからである¹⁶⁾。

④上告人は、被告人の法定代理人としての父親である。父親は、1939年2月28日の移行令第20条¹⁷⁾にもとづいて、原審判決の無効異議申し立てを行い、また、オーストリア刑法典第54条¹⁸⁾にもとづいて、特別減輕の適用を求めた¹⁹⁾。

⑤上告人は、おそらくは、検察官である。原審判決は、次の諸理由から、被告人である少年に定期刑を科した。なぜなら、この少年は、服役後、自ら志願して兵役に服することを希望しており、兵役中における厳格な規律により、更生可能だから、という。これに対して、検察官は、1943年少年裁判所法第6条の要件がある以上、裁判官は不定期刑を言い渡すべきであって、裁量でもって定期刑を言い渡すことはできない、と主張した²⁰⁾。

では、ライヒスゲリヒトは、これらの上告を受けて、いかに、判断したか。

①ライヒスゲリヒトは、ジプシーへの不定期刑の適用を否定した。1941年9月10日の不定期刑に関する命令が目的とするのは、不定期刑でもって、少年を、責任を意識して、民族共同体の中にまっとうな民族仲間として再編入する、という教育である。しかるに、ジプシーは、その人種の性格からすれば、この教育にはアクセスすることができない。したがって、ジプシーには、不定期刑が適用されず、定期刑のみが適用される²¹⁾。われわれは、ここに、ナチス＝ドイツにおける「教育」、すなわち、民族共同体へのまっとうな民族仲間としての再編入から、ジプシーが排除されたことを知るのである。

②ライヒスゲリヒトは、上告を認容し、未決勾留期間は、不定期刑にもまた算入されると判断した。1942年1月6日の命令第5条は、裁判所に、定期の懲役刑を、不定期の懲役刑に轉換することを認めている。例えば、終身刑のような刑罰にあっては、未決勾留期間を刑期に算入することは無意味であろう。本件にあるのは有期刑である。有期刑であるならば、たとえ、短期（最短9月）—長期（最長4年）の間における不定期刑の場合であっても、未決

勾留期間の算入は、意味があり、短期—長期の計算に関して意義をもちうる。なるほど、上述の第5条は、裁判官に、確定した定期刑を不定期刑に転換する権限を付与している。かかる権限は、例外的性格のものであるがゆえに、狭く解釈されるべきである。定期刑を不定期刑に転換する際には、後の裁判官は、前の裁判官の判決に、転換以外の点では拘束される。未決勾留の算入についても、この拘束が認められるべきである²²⁾。

③ライヒスゲリヒトは、原審判決を、審理不十分だとした。その理由の中で、ライヒスゲリヒトは、こう強調する。刑法の現代における理解によれば、犯罪者のみを顧慮する、ということは、刑の量定の原則に反するのであって、民族共同体の保護の必要性を顧慮しなければならない。被告人である少年は、監督が不十分である現今の戦時中に、子らに対して、無差別にわいせつ行為を行ない、また行なおうとしたのである。また、専門家は、その鑑定において、この少年の犯罪が、発育期の作用としてあるのではなく、その不利な性格上の特性に由来するという結論にいたっている。したがって、この少年については、1941年9月10日の少年不定期刑命令第1条を適用して、不定期刑を科することを含めて、6月の軽懲役よりもよりいっそう厳格な刑罰を科する方向で、改めて再び審理を尽くす必要がある。本件は、原審に差し戻される²³⁾。

④ライヒスゲリヒトは、被告人である少年の父親の上告を認容した。ラント裁判所は、不定期刑を言い渡し、特別減輕法適用事由があるのに、この刑法を適用しなかった。このことから、移行法第20条の規定するラント裁判所判決の無効事由がある。したがって、被告人は、不定期刑の代わりに、定期刑を、しかも、特別減輕法を適用して、言い渡されるべきであったと主張することができる。ある少年について、定期刑を言い渡すのが適切であり、しかも、この定期刑は、特別減輕法を適用して量定されるべきであるにもかかわらず、裁判所が、少年に不定期刑を言い渡した。その場合には、この少年

には、正規の上告によって、原審判決の破棄を実現することができる。このケースにおいては、原審判決は刑の量定の点で違反をした。なぜなら、不定期刑の要件は、定期刑よりもより長い刑期で判決されることであるところ、特別減輕法の適用は、犯罪行為をより緩やかに有罪と判決すること、すなわち、定期刑を適用することに照応するからである²⁴⁾。

⑤ライヒスゲリヒトは、上告を認容して、原審判決を破棄し、さらに審理を尽くさせるために、本件を、差し戻した。原審判決は、少年が多数の窃盗を行っていたことから、なるほど、少年の衝動的なことは病的な方法で刻印されていることを認定した。しかし少年が軍役に志願しながらそれを拒まれてきたことが、少年の犯行心を強めたと判断した。そして少年には、定期刑服役後に、軍役でまっとうであることを証明する機会を与えなければならない、として、定期刑を言い渡した。ライヒスゲリヒトは、この原審の判決を非とした。1943年少年裁判所法第6条の要件（上述参照）があるときには、第6条所定の不定期刑を適用しない、ということは、少年裁判官の裁量にはない。少年は、軍役において厳格な規律を受け更生する、というのは適切ではない。なぜなら、少年は、健康上の理由からすぐにでも軍隊から除隊される可能性があるからである。原審裁判官は、当該少年について、その有害な傾向に鑑みて、刑罰の目的を達成するためには、いかなる定期刑の刑期が必要かを予見できないかどうかを、さらに審理するべきである。また、原審裁判官は、少年の反抗心が、犯罪へのきっかけであったかどうかについては言及していない。また、ラント教育寄宿舎の長は、この少年を、情緒不安定で、衝動的で、反社会的行為への傾向のある精神病質者として特徴付けた。以上からすれば、本件においては、この少年には、不定期刑を言い渡すことが求められるべきであったと、ライヒスゲリヒトは結論付けた²⁵⁾。

上告人—上告理由—ライヒスゲリヒトの判断—その理由を、ここで、手短かに概観すれば、次のようである。

番号—上告人—上告理由—ライヒスゲリヒトの判断—ライヒスゲリヒトの判断の理由の順で、以下列挙する。

- ①検察官—ジプシーには少年不定期刑は適用なし—上告認容—ジプシーは民族共同体仲間ではないから不定期刑によるその組み入れはありえない。
- ②検察官—未決勾留期間5月は不定期刑に算入されるべし—上告認容—算入が適当。
- ③検察官—一刑の量定が軽すぎる—量刑にあつては、民族共同体保護の欲求を顧慮しなければならず、この観点からして、より厳格な刑罰を科すべきか、そのうえで、1941年9月10日不定期刑命令による不定期刑を科すべきかについて、さらに審理を尽くす必要がある。
- ④被告人の法定代理人（父親）—特別減輕の適用により定期刑が適当—上告認容—少年には特別減輕事由があるのに原審がこれを看過し、不定期刑を科したのは不当である。
- ⑤検察官—1943年少年裁判所法にもとづき不定期刑を科すべし—1943年少年裁判所法第6条所定の諸要件あらば、裁判官は、裁量の余地なく、不定期刑を科すべきである。

以上の5件の裁判例は、おおむね、次の諸点を明らかにする。第一に、これらの裁判例すべてにおいて被告人であるのは、累犯の少年である。第二に、不定期刑を適用されるのは、原則としてドイツ人の少年に限定された(①)。第三に、不定期刑についても未決勾留期間の算定が行なわれた(②)。第四に、不定期刑の量定のさいに顧慮されるべきであるのは、被告人の利益ではなく、民族共同体の利益であった(③)。第五に、したがって、不定期刑を科されるのは、被告人である少年にとっては、むしろ不利益であった(④)。最後に、不定期刑か定期刑かの選択は、裁判官の裁量によるのではなく、あくまでも、1943年少年裁判所法第6条の要件の有無によるとされた(⑤)。

注)

1) ドイツ刑法典第 242 条「I 不法に領得する意図でもって、他人の動産を、この他人から奪う者は、窃盗のゆえに、軽懲役でもって罰する。II 未遂は罰される」Text: Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17.Aufl.,1926, S.488; 邦訳:最高裁判所事務総局刑事局『ドイツ刑法』(刑事裁判資料第 90 号) (1954 年) 117 頁。

2) ドイツ刑法典第 259 条「I その物が罪となるべき行為によって得られたことを知るか、または諸事情から推定しなければならないような物を、自己の利益のために隠し、買取り、質にとり、その他自己の手に収め、または他人への売却に協力する者は、犯罪隠匿者として軽懲役をもって罰する。II 未遂は罰する」。Frank, StGB, S.550. 邦訳:『ドイツ刑法』126 頁。

3) ドイツ刑法典第 176 条第 1 項第 3 号「14 歳未満の者とわいせつ行為をなし、または、14 歳未満の者にわいせつ行為をなすか、もしくは、わいせつ行為を受忍するように、誘惑する者〔は、10 年以下の重懲役をもって罰する〕」。Frank, StGB, S.380. 邦訳:『ドイツ刑法』92 頁。

4) オーストリア刑法典第 171 条「その利益のために、他人の動産を、他人の占有から、この他人の同意なしに奪う者は、窃盗をなす」。Das öStGB, 1968, S.141.

5) オーストリア刑法典第 173 条「(高額)の窃盗) 価額または窃取されたものの価額が、2500 シリングを超える場合には、価額が、窃盗を (高額)の犯罪とする。そのさい、この価額または価値が、1 回の侵害から生じるのか、または同時の侵害から生じるのか、または、反復される侵害から生じるのか、1 人の所有者から奪われるのか、または、複数の所有者から奪われるのか、窃盗が、1 つの目的物についてもたらされたのか、または、あいことなる複数の目的物についてもたらされたのかでは相違はない。ただし、価値の算定は、窃盗犯の利益ではなく、被害者の損害にもとづいてなされるべきである」。Das öStGB, S.144.

6) オーストリア刑法典第 174 条第 1 項 d「窃盗が、行為の状態から犯罪であるのは、...

d) 窃盗が、押し入り、忍び込みまたは容器の破壊、偽造した合鍵を用い、または、そのほかに、物を、奪取から保護する、相当な障害を克服してなされた場合である」。Das öStGB, S.145-146.

7) オーストリア刑法典第 174 条第 2 項 a「[窃盗が、行為の状態から犯罪であるのは]、II 窃盗が、250 シリングを超える額であって、かつ、同時に a) 1 人または複数の窃盗仲間と共謀して [なされた場合である]」。Das öStGB, S.146.

8) オーストリア刑法典第 8 条「犯罪のためには、行為が現実に行われることは不要である。故意である者が、現実の執行にいたる行為に着手するが、しかし、

犯罪の完遂が、不能、他の障害の突発、または偶然によって中止されるや、ただちに、悪業の故意は犯罪である。それゆえに、法律が特別の例外を定めないうかぎり、犯罪一般に関して与えられる規定は、未遂の犯罪にもまた、すべての場合に適用されるべきである。そして、悪業の未遂は、第 47 条 a を適用して、既遂の犯罪に言い渡されるのと同じ刑罰でもって処罰されるべきである」。Das öStGB, S.31.

9) DJ, 1942, S.627.

10) RGSt, Bd.76, S.218-219. この転換の根拠は、1942 年 1 月 6 日の「少年の不定期刑についての命令を施行する命令」第 5 条であった。第 5 条によれば「裁判所は、検察官の申立てにより、定期の一個または数個の確定した軽懲役刑を、次の場合には、不定期の軽懲役刑に転換する。1. 有罪判決を受けた者が一個または数個の行為を 1940 年 1 月 1 日以降、少年の年齢で行なったとき。2. その処罰のために、1941 年 9 月 20 日前に、合計して、最低 9 月にして、かつ、最高 3 年の一個または数個の軽懲役が言い渡されたとき。3. 刑の服役がいまだ満了していないか、または、刑が条件付きで執行猶予され、時効にかかり、または、免除されたとき。4. 少年の不定期刑についての命令および本命令が、最後の判決の時点で適用されていたであろうならば、不定期の軽懲役を言い渡すべきであったであろうとき」。RGBl, 1942 I 18 (S.19). 原審判決は、不定期刑において未決勾留期間分を控除すれば必要な教育期間が不当に短縮されようと述べた。

11) DJ, 1943, S.47. 刑法典所定の重懲役が軽懲役に転換されたのは、1923 年少年裁判所法第 9 条に拠るものであった。

12) RGSt, Bd.77, S.85.

13) RGSt, Bd.78, S.24.

14) DJ, 1942, S.627. ナチス = ドイツにおけるジプシーへの迫害については、金子マーティン編『「ジプシー収容所」の記憶 ロマ民族とホロコースト』(1998 年) 参照。

15) RGSt, Bd.76, S.218.

16) DJ, 1943, S.47.

17) 移行令第 20 条とは、「ラント = オーストリアおよびズデーテン = ドイツ領への司法のさらなる移行のための命令」第 20 条である：第 20 条（特別の減輕法および刑罰の転換法）「無効異議申立ては、裁判所が、特別の減輕法または刑罰転換法 ... を不当に適用したか、または適用しなかった、ということにもまた根拠付けられることができる」。Verordnung zur weiteren Überleitung der Rechtspflege im Lande Österreich und in den sudetendeutschen Gebieten: in RGBl, 1939 I 361.

18) オーストリア刑法典第 54 条「複数の、しかも、理由をもって、犯罪人の更生が期待できる減輕諸事由が生ずるときには、刑期が 5 年を超えて規定されていない犯罪にあっては、禁錮は、より軽い程度に変更され、また、法定の刑期それ自体が、6 月未満に短縮されることができる」。Das öStGB, S.56.

- 19) RGSt, Bd.77, S.85.
- 20) RGSt, Bd.78, S.25-25.
- 21) DJ, 1942, S.627.
- 22) RGSt, Bd.76, S.218-220.
- 23) DJ, 1942, S.47.
- 24) RGSt, Bd.77, S.85-87.
- 25) RGSt, Bd.78, S.24-25.

むすび

一般に、少年法における不定期刑は、少年に対する教育的配慮から、処遇に弾力性を持たせることを目的とする、と解される。しかし、本論文で考察したナチス＝ドイツ期の少年不定期刑は、その少年刑法全体がそうであるように、一見「教育」を標榜しながら、この時期の「教育」の内実は、少年の改善更生にとどまるものではなかった。Kümmerleinの言葉を借りれば、それは、とくに累犯の少年に対する教育の最後のチャンスであった。改善更生、すなわち民族共同体へのまっとうな民族仲間としての再編入が見通せない少年のみが、不定期刑の適用を受けた。よって、民族仲間たりえないジプシーは排除された。また、かの再編入が当初から見込めない少年、服役中に再編入不可能と判断された少年、そして、長期の刑期を満了してもかの再編入が見込めない少年は、「教育」から排除された。不定期刑は、累犯少年に早期出獄のチャンスを与えるため、というよりも、むしろ、民族共同体への再編入のための、いわば、最後のふるいをかける試験期間ともいべきものであった。その試験期間は、少年が本来的に服役する法定最長期間を超えてすら4年までは可能であった。しかも、看過できないのは、この不定期刑の新設の意義が、むしろ、民族共同体への再編入が見込めない少年を、いわば「負の

選別」によって拾い出し、少年保護収容所に送致して抹殺することになったことである¹⁾。

なお付言すれば、ナチス＝ドイツにおける少年不定期刑法制は、ナチス＝ドイツの法制一般と同様に、きわめて漠然とした概念で構成されている、との印象を受けた。たとえば、「民族共同体への再編入」・「行為において明らかになった有害な傾向」といった重要な概念それ自体が、一般条項的な「概念」で、融通無碍な「概念」なのである。

以上の事実は、現代に生きる我々に、犯罪少年に対する「教育」とは、少年の「更生」とは、そして、「社会復帰」とは、いったい何かを再考することを、われわれに迫る。

いずれにせよ、ドイツでは、少年不定期刑は、戦後の1953年法でも引き継がれ、1990年の改正によって削除されることになった²⁾。こうした戦後の動向についての考察は、他日を期したい*。

注)

1) このような1943年少年裁判所法における不定期刑の「負の選別」は、第二次世界大戦後のドイツ少年刑法では影をひそめている。たとえば、Schaffsteinは、不定期刑の必要性について、1959年版『ドイツ少年刑法』では、次のように述べている。：「定期の少年刑がその期間内に少年行刑による教育的努力の最高の効果をあげようようにこれを量定するという課題は、経験を積んだ少年係裁判官にとつてさえも、多くのばあい解決不能であろう。審判手続において、少年係裁判官が被告人の人格についての印象を受けないことは稀であるが、このような印象は、たいていはうわべだけのものにすぎない。…施設における教育者の教育的努力が身を結ぶためにはどの位時間が必要かということは、判決を下す時にはではなくて刑の執行においてはじめて明らかになるということがしばしばある。いなむしろたいていはばあいそうであるとさえいつてよい。このような理由から、ドイツ少年刑法は、1941年9月10日の命令以来、定期刑とならんで不定期刑をも規定することとしたのである」。引用は、吉川経夫訳『フリードリヒ・シャフシュタイン ドイツ少年刑法』（法務大臣官房司法法制調査部・法務資料第371号）1960年132-133頁の訳に拠った。なお、原典としては、Friedrich Schaffstein, Jugendstrafrecht, 6.

Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1966, S.101 を参照することができた。

なお、現在のわが国にあっても、少年不定期刑が、場合によっては（とくに長期満了まで服役させるときには）、成人に対する定期刑の場合よりも、より長期間の服役を少年に強いることになる、というコメントを、野田龍一教授を介して、土井政和教授からうかがった。今後の検討課題にしたい。

2) Erstes Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes. (1.JGGÄndG). Vom 30. August 1990, in: Bundesgesetzblatt, 1990 I S.1853 「6. 第 19 条は削除される」。川出敏裕「ドイツにおける少年法制の動向」『ジュリスト』1996.4.1. (No.1087), 87 頁。

—

* 本稿は 2009 年 10 月 31 日に福岡大学大学院法学研究科に提出した博士（法学）学位申請論文の第 II 章を、福岡大学論叢寄稿取扱要領第 8 条第（3）号にもとづき、2009 年 12 月 8 日における法学部教授会の承認を経て、公表するものである。

（2009 年 10 月 31 日成稿・2009 年 12 月 18 日改稿）

