慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	少年拘禁の種類
Sub Title	Die arten des jugendarrests
Author	宮沢, 浩一(Miyazawa, Koichi) 諸沢, 英道(Morosawa, Hidemichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1968
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.41, No.2 (1968. 2) ,p.36- 57
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19680215-0036

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

少年拘禁の種類

宮沢浩一
諸沢英道

一、はしがき
二、少年拘禁の種類
(1) 休日拘禁
(2) 短期拘禁
(3) 継続拘禁
三、少年拘禁運用上の諸問題
——むすびにかえて——

一、はしがき

さきに、少年拘禁の法的性格について、沿革史的に考察した論文を発表したが、[1] ここに、少年拘禁の種類について、検討を試みる。

前稿において、すでに指摘したように、少年拘禁は、あくまでも、少年を教育することによつて、その社会復帰をうながすという目的をもつた、少年に適した制度である。[2] その内容は、たしかに、教育という名称を冠するには、かなりきびしいものをもつているが、しかし、たとえ大人の驚くような非行を犯しても、自から悟れば、立ち直ることもまた速やかであるという、少年の精神の弾力性を予定し、それをあてにした制度であるといえよう。

それは、又、多年にわたつてその弊害が訴えられてきた短期自由刑に代る、一つの試みであるといつてよいであろう。この種の速効性をもつた制裁が、有効であるためには、シャープ・ショート・ショックという三つの性質をもつていることを要する。[3] 少年拘禁は、本稿において説明するように、少年刑と比べて、たしかにその期間は短かい。現行ドイツ少年裁判所法第一八条によれば、少年刑の短期は六月である。他方、後に詳しく述べるように、少年拘禁のうち、比較的長いものである継続拘禁の長期は、四週間（一月という計算方法をとらない）である。そこで、少年刑の短期と少年拘禁の長期との間に、かなり隙き間のあることをもつて、少年法制の欠陥と批判するむきもあるようである。[4] この批判は、はたして、正しいであろうか。前稿にも指摘したが、本稿は、昭和四二年一月一六日、法務省青少年課の主催による少年法研究会での報告を敷衍したものであるが、その席上で、矯正方面の担当官から、四週間という長さが、少年を教育するためには、いささか短かすぎないかという御指摘があつた。たしかに、それは一つの見解であるが、すでに、少年拘禁の法的性格について詳細に見たように、これは、決して「教育」のみを一面的に強調するものでも、「刑罰」の性格を一面的にとりあげるべきものでもなくて、両者の性格を併せもつている「懲戒」の処分である。[5] 少年拘禁の執行とその現実については、次の稿で紹介する予定にしているが、個室に独居させ、読書と反省を主たる内容とし厳格な日を設けて、その執行によつて感銘を与えるため、粗食と堅いベッドを与える措置をとつていることは、まさに「こらしめ」以外の何物でもないであろう。このようにして、我々が、現在の日本において考えられもし、実行もされている「行刑」の実態を尺度とするのでははかりきれないものが、この

少年拘禁にはあるということが、この制度を検討する第一歩の認識でなければなるまい。（写真参照）

本稿は、私（宮沢）が書いた前記の報告の原稿に、必要な資料を指示に従つて集めて加筆した諸沢英道の努力の結果生れたものである。その協力がなければ、本稿をまとめることは、なかなか実現しなかつたであろう。これは、文字通り、私共二人のアルバイトであるが、内容についての終局的な責任は、前稿から引き続いて少年拘禁の全容を明らかにしようと試みている宮沢が負わなければならないことは、改めて説くまでもないであろう。

（1）宮沢浩一・少年拘禁（Jugendarrest）について――その法的性格を中心として――本誌四〇巻六号一頁以下。

（2）グレートラインによれば、少年拘禁を選択するのに、行為者人格が決定的である。少年拘禁を、犯罪者・被放任者又は精神的に遅滞した者に科するのは意味がない。……名誉感情を持ち、温順で、賢い少年が、不注意・憤激・少年らしい反抗心や冒険欲・知識欲から間違つた行為をしたときや、誘惑・機会的犯罪・短絡行為の場合に、少年拘禁の適用がある。一過的な反抗的態度も支障にならない。適切な事例に適用されれば、効果的に影響をする見通しは非常に大きい、という。Grethlein; Jugendgerichtsgesetz, 2. Aufl., 1965, S. 58.

（3）森下忠・刑法改正と刑事政策、二六頁。なお、少年拘禁については、同書三二頁以下。

ショック効果について、ミッデンドルフは、「以前には、少年拘禁は、判決後直ちに執行され、ショックの効果を非常に強める可能性があつたが、これは、残念ながら、新裁判所法において、控訴を強調しすぎた結果、なくなつてしまつた」といつている（Middendorff; Jugendkriminologie. Studien und Erfahrungen, 1956, S. 226.）。ショック効果については、しかし、次のようなシャフスタインの発言が考慮せられるべきである。「厳格な拘禁執行の『ショック効果』ということがしばしば述べられたが、もちろんこれは過大評価されてはならない。それは、やはり少年拘禁の教育的形成による補充と深化とを必要とする」（吉川訳・法務資料三七一号一一六頁。シャフスタインの少年刑法第二版 Schaffstein; Jugendstrafrecht, 2. Aufl., 1966, S. 79 もこの部分は、全く旧版と同じである。新版の書評、宮沢・本誌四〇巻一〇号一一七頁以下）。

（4）この点については、後に詳しく検討するが、Reinfried; Besteht zwischen Jugendarrest und Jugendgefängnis eine Lücke? Deutsche Rechtszeitschrift, 1947, S. 84 ff. と Kohlhaas; Zur Reformbedürftigkeit des Jugendarrests, DRZ, 1949, S. 152 f. の間に論争があつた。一九五二年の少年裁判所法改正前に発表された Lackner; Das Mindestmass der Jugendstrafe, JZ, 1952, S. 359 f. は、コールハースを支持し、拘禁の上限を延長して、少年刑の短期との間隔をうめようとする考え方に反対している。その後の諸説並びに、少年裁判所法改正の動向に関連して、宮沢・西独における年長少年法制の改正動向――少年裁判所法改正の覚え書を中心として――家裁月報一八巻六号一〇二頁以下。

（5）少年拘禁の法的性格について、西ドイツの連邦裁判所が明確な判断をうち出している。充分参考に価すると思うから、引用したい。

『少年拘禁は、その本質上、固有の性質をもつた懲罰手段として形成された。少年拘禁には、刑罰の要素も、教育手段の要素も含まれている。それは、贖罪の性格と教育の性格をもつた、短期の自由剝奪である。少年拘禁が刑罰の要素をもつ限り、それは犯された不法との均衡がとれているべきであり、少年に影響を与えることによつて、改善にも役立ち、さらには、その厳格な執行によつて、威嚇的に作用すべきである。……少年に贖罪をさせ、社会に少年を再びもどすことにする少年刑と少年拘禁との区別は、少年拘禁が、「なるほど厳しい警告ではあるが、しかし、原則として、犯された行為に対する完全な贖罪を示すものではない訓戒、少年刑よりも恐ろしいものと感じられるきつい訓戒である」ということによる。少年拘禁の目的定立は、従つて、少年刑とは異なつて居り、殊に、余り広範囲なものではない。教育の目的が問題となる限り、この目的は、名誉感情にうつたえ、将来に対して効果的な警告であるところの、短かくそして厳しい干渉によつて達せられる。従つて、刑罰とは反対に、包括的な教育過程の実行を目ざして作られてはいない。少年拘禁は、その一回性と短かさによつて作用し、このような強烈で、手痛い秩序へのよびかけによつて、はじめて選んだ道をさらに前進することから少年を守る筈である。比較的長い自由の剝奪は、まさに、この教育的効果に到達しえないであろう。』(BGH. St. Bd. 18, S. 209 f.)

ここで、特に注意しておきたいのは、右の判決のうち、傍線の部分は、Dallinger-Lackner; Jugendgerichtsgesetz, 1. Aufl., 1955, S. 181, 2. Aufl., 1965, S. 128 の文章と、殆んど同文であるという点である。

二、少年拘禁の種類

西ドイツ少年裁判所法第一六条は、「少年拘禁は、休日拘禁、短期拘禁もしくは継続拘禁とする」(第一項)と規定し、同法の基準には、「少年拘禁は、少年が温順であつて、あまり重くない非行を犯した場合であり、しかもその少年が、短期間の厳しい自由の剝奪を受け、それによつて自覚するように強制され、かつ拘禁中に適切な指導を受けることによつて、教育的に感化されうるような者である場合に科することが適切な懲戒処分である」(第一六条基準第一項)[1]とある。

少年裁判所法は、少年拘禁を右のような三種のものに分けたことで、少年裁判官をして、少年の犯した行為とその行為者に即してこれを適用する可能性を造つたといえるであろう。[2]それでは、この三者には、どのような相違が認められるのであろうか。

休日拘禁と短期拘禁とは、比較的軽い罪に対する懲罰として用いられることが予定されているものであつて、職業学校を怠学する者（Berufsschulschwänzer）、しばしば反復する喧嘩好きや交通違反者（Tanz- und Verkehrssünder）[3]に対して科せられ、継続拘禁は、普段は温順な少年が軽罪又は重罪を犯した場合に、贖罪として科せられる。[4]

実務上、短期拘禁は余り多用されないが、休日拘禁は、頻度の点で、継続拘禁に匹敵する。休日拘禁は、違反の性質や行為者の人格からして、継続拘禁のような重大な干渉をする必要がないと思われる場合であつて、少年の労働や学業の関係で、危険に陥らせるおそれのない場合に科されるものである。[5]

少年拘禁は、少年事件において、用いられることの最も多い処分の一つであるといわれている。[6]一九六三年には、犯罪行為を起因とし或はそれによつて科せられた少年刑法上の法的効果七四、〇〇〇のうち、その三分の一以上の二八、〇〇〇が、少年拘禁による懲罰であつたという。[7]そこで、この三者を分説してみよう。

(1)　休日拘禁

休日拘禁の先駆者は、一九四〇年一〇月四日の「少年裁判所の補足に関する命令」第一条第二項の「週末拘束（Wochenendkarzer）」[8]であつた。しかし、Karzer, Kerker という言葉には、下級学校や大学における懲戒牢と混同する危険があり、又、感傷的なアルトハイデルベルクの気分が生じるおそれがあるから、休日拘禁と改称したことは正当であるとポトゥリュクスは言つている。[9]（写真参照）

現行少年裁判所法第一六条第二項は、「休日拘禁は、少年の各週の休日に科し、最低一回、最高四回の休日をこれにあてる」とし、第一六条基準6は、「各週の休日とは、週末における仕事の終了時から、その翌週における仕事の開始時までをいう。少年が、日曜日に就業している場合には、その週において、それに対応する休日をこれに代える。休日拘禁は、これ

を翌日に執行することもできるが、これは、各週における通常の休日期間を超過して執行することはできない[10]」と規定している。

右のように、休日の正確な期間は、法律において確定されてはいないのであつて、個々の場合の事情に応じて、執行指揮官によつて決められるのである[11]。少年拘禁執行命令第二五条には、交通事情により、少年が出来るだけ早く就労することができるよう、出所の時間を決めるとある[12]。

休日拘禁は、勤労少年や就学少年の事情を考慮し、拘禁されたことで失業したり、学業に遅れをとることがないよう配慮することが可能であり、その点で、多用される理由をもつている。ミッデンドルフは、日曜日にこれが執行されることは、キリスト教の安息日という考え方からすると好ましくないといつているが[13]、カトリックの強い地方では、このような反対もありうるのであろう。

日曜日が休業日である少年に対しては、大体、土曜日の一五時乃至一六時から、翌週の六時乃至七時、つまり三〇時間乃至四〇時間が休日拘禁の一回分になる[14]。

日曜日の代りに、他の週日を休業する少年の場合は、祝祭日の場合と同様、一回分の拘禁時間が短かいことに注意すべきである。何故なら、休業日又は祝祭日の前日の夕方一六時乃至一八時になつてはじめて入所してくるから、週末に拘禁所にくる者よりも、実質的に短時間で、一回分の休日拘禁をすますことができるのである。

それとは、まさに逆の問題が、週五日制の採用が次第に増えている西ドイツでは、反省のきつかけを投げかけている。一九五三年に少年裁判所法が施行された頃に、自由時間は三六時間を越えており、それを考えて、自由拘禁というものも実質的意味をもつていた。この制度の妙味は、少年がその自由な時間、楽しみの時間を犠牲にして[15]、その違反を反省するところにある[16]。ところが、週五日制という経済界・労働界の変化によつて生じた諸関係から、大多数の少年には、自由時間の実質的延

長が生じているのである。休日拘禁が、その本来の使命をはたすためには、新らたに得られた自由をそのまま与え、休日拘禁を従前の範囲で執行するのでは、休日拘禁の目的とは一致しないといえよう。しかし、後に述べるように、休日拘禁を短期拘禁に転換するには、二日の短期拘禁をもってすることになつているから、その執行は四八時間を越えることはできない。[17] このように、休日拘禁の取扱いについて、州（ラント）によつて、実務上、異なつた取り扱いがなされており、統一する必要が生じている。[18] バイエルン州では、休日拘禁は、原則として、土曜の一〇時から月曜の六時まで執行される。但し、特別の要件の存する場合には、これと異なることも許される、[19] と規定している。

最後に、休日拘禁は、休日にのみ執行されねばならない。従つて、拘禁の開始時に召喚した後、雇主、教育係あるいは学校から、拘禁に予定されていた休日を、実質的に妥当な理由で労務または学業のために要求された場合には、執行は、次の休日に延期されるのである。

(2) 短期拘禁

短期拘禁の先駆者は、一九四一年一月二七日の第三次施行命令（die dritte Durchführungsverordnung vom 27.1.1941）で導入された時間拘禁（Stundenarrest）であつて、二四時間乃至四八時間である。[20] その後、一九四三年のライヒ少年裁判所法第八条に、短期拘禁が規定され、[21] 一九五三年少年裁判所法第一六条第三項は、「短期拘禁は、執行を連続して行なうことが、教育的理由からみて相当であると思料され、またこれが、少年の学修および仕事の何れにも支障を及ぼさないとき、休日拘禁に代えて科せられるものである。この場合、二日間の短期拘禁は、休日拘禁一回とみなされる。短期拘禁は、通じて七日を超えてはならない」[22] と規定している。

短期拘禁は、独自的な意味をもたない、休日拘禁の形式の一つである。[23] つまり、休日拘禁が教育上の理由から非合目的的

であるか、問題とならない場合に、短期拘禁が、休日拘禁に代えて科せられるものであつて、いわば補充的な存在であるといつてよい。この点について、やや詳しく説明するならば、短期拘禁の方が合目的的な場合として、少年が就業をしないとか学業を受けないといつた場合（例えば、失業中、有給休暇又は学校の休暇）のように、或る程度、拘禁をまとめて執行しても、仕事や勉学に支障がない場合をいう。[24] 又、急速かつ連続的に制裁を行なうことが、それに関連する執行に価値の認められるべき場合も考えられる。この可能性は、それを行なつても、労働や学業に悪影響のない場合にのみ許される。裁判官が教育上の配慮から、数日にわたり、労働日に執行するよう短期拘禁を命じようとするときは、雇主とか教育係と事前に協議をして、労働日や教育日を移してもらつて、拘禁による被害をあらかじめ排除するように配慮することは必要である。[25] グレートラインは、法律が認めている限り、この短期自由刑への転換をもつと積極的に行なうべきであるといつている。[26] その理由として、この拘禁は、即座にかつ持続的に作用するからであるとする。「即座に」というのは、ポトゥリュクスの例示するところによれば、火曜か水曜に、風紀係につかまつた少年に対して、休日がくる迄待つのではなくて、一日か二日の短期拘禁をすぐ科しうるという。[27] しかし、いかに能率的な西ドイツの少年裁判所でも、事件後に、即時にこの処分を言い渡すわけにもゆくまい。各週の初めに言い渡して土・日まで待つという手数をはぶくというのであれば、納得もゆくが、しかし、グラムリッヒの研究によれば、少年拘禁が言い渡されてから、少年が現実に拘禁所で執行を受ける者のうち、六週間以内に出頭する数がやつと半数であるということから考えると、紙上の議論であるという感がある。[28]

短期拘禁は、判決中に詳しく論及すべき特別な理由のある場合に、休日拘禁に代えて科せられるべきであるが、今日ではむしろ、少年裁判官が、事件について、継続拘禁の必要はないが、一回の休日拘禁では軽いと判断するケースに用いるという。[29] 例えば、少年拘禁として、一回の休日では充分ではないが、二回の休日ではすでに目的を越えると考えるときは、三日の短期拘禁を科することができる。休日拘禁の換算という点から、偶数日、二日、四日、六日の短期拘禁しか可能でないと

いう解釈をとることは、[30]間違いであろう。

休日拘禁の短期拘禁又は継続拘禁への転換について、細かい問題であるが、若干争いがある。ライヒ裁判所法第六一条は、執行指揮官が休日拘禁を短期拘禁又は継続拘禁に転換しうるものとし、一回の休日拘禁を二日の継続拘禁又は三六乃至四八時間の短期拘禁に転換しうるとした。しかし、一九五三年少年裁判所法は、休日拘禁は、短期拘禁にのみ転換されるとし、二日の短期拘禁が一回分の休日拘禁に当ると確定した。これによつて、ショック作用を高めること、休日のたびに何回も足を運ばせるのを少くするために、[31]短期拘禁を選ぶことが考えられたわけである。

ところで、少年裁判官が、三回乃至はそれ以上の休日拘禁を必要とすると考えるときは、その転換は六日の短期拘禁とするほかあるまい。[32]これに対して、ポトゥリュクスは、「かつて、四回分の少年拘禁の場合に行なわれ（八日の継続拘禁）、ライヒ少年裁判所法第六一条で認められていた休日拘禁の継続拘禁への転換は、第一六条にはもはや規定はない。この場合、裁判官は、まとめることが必要なときは、六日の短期拘禁プラス一回分の休日拘禁か、又は、はじめから八日の継続拘禁を科さねばならない」[33]という。しかし、八日の継続拘禁は別として、六日の短期拘禁と一回分の休日拘禁というのは、執行の開始する曜日によつては、問題がないとはいえまい。

なお、休日拘禁の代りに短期拘禁を科すということは、判決主文中ではなくて、理由中に述べればよい。[34]

(3) 継続拘禁

継続拘禁は、一九四〇年の命令以来、週末拘束又は休日拘禁と並んで、少年拘禁制度の主たる柱の一つを形成するものである。

一九五三年少年裁判所法第一六条第四項に、「継続拘禁の期間は、最低一週間、最高四週間である。その期間は、全一日

又は全一週としてこれを計算する」と規定されている。

別稿で、詳しい検討を予定しているが、少年拘禁執行命令において明らかなように、この継続拘禁が少年拘禁制度の中核的な拘禁形態である。[35]

全一日で計算するということであるから、八日、一〇日、一四日等の継続拘禁として計算される。週で計算し、月という単位を用いないのは、月によつては、日数に長短があつて不公平であるから、比較的長期を要する場合は、週をもつて計算する。

少年拘禁を主張したシャフスタインは、かつて、継続拘禁の長期を三月と提案したことがあつた。[36] しかし、短期で、しかも厳格な執行によつて、少年の精神に感銘を与えるという少年拘禁制の本来の趣旨からすれば、三月という長さは、いささか過剰である。少年刑との調和の問題は、後にふれる。

今日では、むしろ、継続拘禁が他の拘禁の種類に比べて人的な影響の可能性があるが、それには、二～三週が最適であるとする者が多い。[37] その理由として指摘されるのは、この位の長さが行為者人格に対して最上の執行効果を促進する。[38] それ以上は、むしろ、少年拘禁に対する感覚が鈍麻し、慣れが生じ、かえつて好ましくない影響がでてくるという。[39]

そこで、このような事態を避けるための提案として、ショック効果をめざすために、刑罰に対する感覚という点で、その内容を数月の成人軽懲役刑と同じようにするべきであるとするもの、執行指揮官は、少年が自己の内心に没入し、真剣な改善を示し、その他、その者に改善の効果が生じ、少年拘禁をそれ以上執行すれば、かえつて感覚が鈍化し、少年拘禁に悪ずれすることになると考えられるときは、残余の期間の執行を免除しうるものとするとの提案がある。[40] しかし、このようなことは稀であるという者もある。[41] ことに注意しなければならない。このようなことは、要するに、少年拘禁を科す者、つまり、少年裁判官が少年拘禁の特性についての認識に不足し、あたかも、成人の場合の刑を量定するときと同じように、行為の

相対的な重大性から、少年拘禁の長さを決定し[42]、少年の心がショックによつて急速に改善されうるかどうかについて深く思いを至さないことから生じるのではないであろうか。

その他、少年拘禁の効果を強化するために、他の懲戒処分又は教育処分と結びつけることも望ましい。

最後に、最も重要と思われる少年拘禁の長期についての問題点を検討しよう。

少年刑と少年拘禁との間に、間隔が開きすぎているという批判は、ラインフリートによつて出された[43]。この批判をしたとき、当時有効であつたライヒ裁判所における少年刑の短期は三月であつたことに注意しなければならない。一九五二年のライヒ少年裁判所法改正法が、この短期を六月にしたのは、多年にわたつて反対されていた「短期自由刑」が、少年に対して教育的にむしろ悪影響を及ぼし、計画的な矯正の実をあげ得ないとする反省からなされたものであることは[44]、明らかである。

少年刑の短期をひき下げるということは、このような刑罰改革運動の方向に、まさに、逆行するものである。他方、少年拘禁の長期をひき上げることはどうであろうか。現実に立脚した考察をすれば、現在の西ドイツの少年拘禁所は、四週間以上もの長期の者を収容するためには、場所的にも、人的にも可能な体制をもつていない[45]。事実、一九四六年八月一四日のヴュルッテンベルク＝バーデン州の法律二〇五号第一条は少年拘禁の長期を一〇月にまで量定しうるよう改正したが、後に、この試みは廃止された[46]。

ラインフリートは、実際的な事例を三つあげて、少年刑と少年拘禁との間隙について批判をする[47]。その批判の要点は、(イ)拘禁という概念は、短期で、厳しい執行を含む。(ロ)拘禁の執行は、一月の少年拘禁が痛切さの点で、三月の少年刑よりも後退しないように形成されている。(ハ)正しい執行の場合、四週を越える少年拘禁は、一般に、非合目的的であり、むしろ害になる、という。

(イ)については、問題は概念ではなくて、むしろ現実の要請があるなら、概念の方を変える必要があるとして、右の間隙を

狭めるための自由剝奪の新しい種類は、少年拘留（Jugendhaft）とでも名づければよいであろうという。

(ロ)については、若し、そうなら、少年拘禁自身は、少年刑よりも三倍も重いものでなければなるまい。しかし、厳格な日の規定を除けば、少年拘禁の執行が少年刑のそれよりも厳しいということは言えないと、細かい点をあげて反論している。勿論、その中には、当時の状況、例えば、区裁判所の予備室や警察署の留置場を少年拘禁所に代用しているといつた敗戦後の困難な状態をあげて批判しているものもある。

(ハ)については、大体、(ロ)で論じたことと同様な点をあげており、四週間以上が少年にとつて有害なら、四週以内の執行が有害でないということはいえまい、とする。

そして、少年拘禁の長期をひき上げるか、少年刑とは異なつて、前科簿登録等の附随効果の点で特に考慮された自由刑の種類を採用することを提案している。[48]

これに対して、コールハースは、財政上の問題、特に、長期にわたる少年拘禁を実現するために、少年刑と同じような作業収益金等をあげて、或る程度の自給自足をするには、現在の少年拘禁所が貧弱な施設であること、長期にわたつて、少年拘禁のような独居制をとることは好ましくないこと、刑務作業のようなことをやらせると、少年拘禁の厳格な執行という目的から遠くなること等の理由をあげて反対している。[49] 私も、西ドイツの少年拘禁制の在り方からして、少年の名誉に対するよびかけ、ショックによつて少年を秩序や自省へとよびかけるという少年拘禁の本質[50]は、継続拘禁の長期を延長することによつて、むしろ害されるという考え方[51]に賛成したい。

なお、シャフスタインが、右の間隙を補充する提案として、一九六二年草案に提案されている拘留刑（Strafhaft）を、社会に危害を及ぼす傾向のない年長少年に対して用いるべきことを主張している。[52]

又、少年裁判所法改正の覚え書の中で、この問題を継続拘禁の延長で解決すべきものとする提案があつたことは、別稿[53]で

紹介した。その趣旨に反対な理由はそこですでに述べた。

（1）西ドイツ少年裁判所法および同法施行令、家庭裁判資料四二号六九頁。

（2）Potrykus; Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, 4. Aufl., 1955, S. 193.

（3）この Tanzsünder という例は、第三版一七五頁にはあつたが、第四版の当該個所からは削除されている。

（4）Potrykus; op. cit., S. 193.

（5）吉川訳、前出法務資料一一七頁。Schaffstein; op. cit., 2. Aufl., S. 79.

（6）Middendorff; op. cit., S. 226 は、あらゆる事件の七五％に少年拘禁が科せられるという。

年度＼分類	少年法によつて有罪となつた者（少年＋年長少年）	少年刑				懲戒処分				教育処分			
		6月	6月以上1年以下	1年以上	不定期	小計	少年拘禁	特別義務の賦課	戒告処分	小計	教護措置	保護観察	指示
1954	41127	2972		397	862	46467	17007	14682	14778	6520	588	1864	4068
1955	48262	3485		473	1097	56847	19863	19122	17862	7767	651	2061	5055
1956	53485	1579	2812	691	1155	61556	22910	19902	18744	8134	629	1976	5526
1957	63654	2154	4100	994	1572	71815	27500	23406	20909	9179	676	2066	6437
1958	66071	2383	4841	1238	1479	73871	28957	24141	20773	9134	645	1883	6606

右の表は、Grethlein; op. cit., S. 14 による。Dallinger-Lackner; op. cit., 1. Aufl., S. 187 によれば、一九五一―五二年は有罪宣告者の八〇％、一九五二―五三年は六〇％が少年拘禁に付されている。

（7）Schaffstein; op. cit., 2. Aufl., S. 77.

（8）週末拘禁の原語について、若干、訂正・補足しなければならない。前稿では、これを Wochenendkerker とした（宮沢・前出・本誌四〇巻六号七頁、八頁）。Kerker は、Karzer と同様に、ラテン語の cercer に由来する言葉で、牢獄のことをいう。イテルベルク大学の旧校舎にある歴史的な学生懲戒牢は、Studentenkarzer という。私の前稿の当該個所は、どの出典から写しとつたか不明であるが、いずれにせよ、留学時代の筆写のメモによつた。そして、そのメモが、たいへん判読しにくい書体であつたので、つい、前稿のような間違いを犯した。そこで、当

該条文をいうに、復刻しておく。

Verordnung zur Ergänzung des Jugendgerichtsgesetzes vom 4. Okt. 1940.

Der Ministerialrat für die Reichsverteidigung verordnet für das Gebiet des Grossdeutschen Reichs mit Gesetzeskraft:

§ 1. Jugendarrest.

1. Hat ein Jugendlicher eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen, so kann der Richter an Stelle von Gefängnis oder Haft auf Jugendarrest erkennen.

2. Das Höchstmass des Jugendarrests beträgt einen Monat, das Mindestmass eine Woche oder ein Wochenende. Der Jugendarrest wird nach vollen Tagen oder Wochen oder auf die Dauer eines Monats bemessen oder als *Wochenendkarzer* von mindestens einem bis höchstens vier Wochenenden verhängt.

3. Die Vollstreckung des Jugendarrests steht dem Jugendrichter zu und erfolgt unter seiner Aufsicht in Räumen der Reichsjustizverwaltung. (第二条以下略)

右の点について、Peters; Die Jugendarrestverordnung, ZStrW, Bd. 60, 1941, S. 557 u. 558. Sieverts; Zur kriminalpolitischen Wirkung des Jugendarrests, in: Festschrift für Kohlrausch, 1944, S. 97. Potrykus; op. cit., S. 193 が、いずれも、*Wochenendkarzer* としていることを参照。なお、次注(9)に対応する本文中のポトゥリニクスの発言参照。

(9) Potrykus; op. cit., S. 193.

(10) 前出・家庭裁判資料六九頁以下。

(11) Potrykus; op. cit., S. 193.

(12) Jugendarrestvollzugsordnung, in: Dallinger-Lackner; op. cit., 1. Aufl., S. 1046.

(13) Middendorff; op. cit., S. 226.

(14) Boldt; Um den Jugendarrest, ZStrW, Bd. 59, 1940, S. 355 は、土曜の仕事を終ってから、月曜の仕事の開始までと抽象的に言う。シャフスタインも同様(吉川訳・前出・法務資料一一七頁)。時間的に明確にしているのは、Potrykus; op. cit., S. 193. Grethlein; op. cit., S. 58 である。

(15) Middendorff; op. cit., S. 226. なお、一九四三年ライヒ少年裁判所法立法前の時期に、すでにベーターズが同旨の発言をしていた。Vgl. Peters; op. cit., S. 558.

(16) Brückner; Die Jugendkriminalität. Erscheinungsformen, Ursachen, Behandlung (1956), S. 192.

(17) Dallinger-Lackner; op. cit., 2. Aufl., S. 130. この点につき、Potrykus; op. cit., S. 194 が例示するように、土曜日が祝祭日のとき、金曜の

夕方から月曜の朝までというように、週の休日の通常の期間を越えて執行することは許されない。四八時間の制限を越すことになるからである。

(18) Dallinger-Lackner; op. cit., S. 130.

(19) Bekanntmachung des Staatsministeriums der Justiz vom 13. 3. 1963, Justizministerialblatt S. 42.—Dallinger-Lackner; op. cit., S. 130 による。

(20) Peters; op. cit. S. 557 f. による。現行法上は短期拘禁を、時間で科することは許されない。この点について、Potrykus; op. cit., S. 194.

(21) Reichsjugendgerichtsgesetz vom 6. Nov. 1943.

§ 8. Jugendarrest.

1. Der Jugendarrest ist Dauerarrest, Freizeitarrest oder Kurzarrest.
2. (Dauerarrest)
3. (Freizeitarrest)
4. Der Kurzarrest wird aus besonderen Gründen, namentlich wenn die sofortige Vollstreckung notwendig ist, statt des Freizeitarrests verhängt; er beträgt mindestens einen Tag und höchstens sechs Tage und wird nach vollen Tagen bemessen.
5. Einmaliger Kurzarrest bis zu drei Tagen und Freizeitarrest können nebeneinander verhängt werden.

右は、ペータースのライヒ少年裁判所コンメンタール二版一九四四年から、筆写したものによった。

ライヒ少年裁判所法基準（Richtlinien zum Reichsjugendgerichtsgesetz, 1944, S. 11.）第八条7には、次の通りの規定がある。

「休日拘禁の特別な効果が、休息日の剝奪にあるのに対し、短期拘禁は、少年の休日とは結びついていない。特に、戦争中は、少年の労働時間又は学業時間内にも執行せられる短期拘禁を用いるのは、少くすべきである。即座の執行によって、少年拘禁の強力なショック作用を確保するための他、短期拘禁を科すのは、特に、休日拘禁の執行につき収容困難がある場合に限り、適している。三日以上の短期拘禁が問題となるときは、短期拘禁が三日に限定されるか、休日拘禁と結びつけられうるか否かにつき調査されるべきである」と。

(22) 前出・家庭裁判資料七頁。

(23) Sieverts; Die Erziehungsaufgabe des Jugendarrests, in: Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe, 1961, S. 159. なお、Dallinger-Lackner; op. cit., 1. Aufl., 183 も、すでにこう指摘していた。

(24) 例えば、Grethlein; op. cit., S. 59 がそう言っている。

(25) 一九五三年少年裁判所法第一六条基準8は、「少年が、少年拘禁の判決を受けたということで、その奉公先または勤務先（Lehr- oder

Arbeitsverhältnis) から解雇されるというおそれのあるときは、裁判官、もしくはその勧めにもとづいて少年審判補助機関の代表者（Vertreter der Jugendgerichtshilfe）は、少年拘禁の本質およびその教育目的を明らかにするために、雇主（Lehrherr oder Arbeitsgeber）と話し合うことが望ましい。生徒が少年拘禁の判決を受けたという理由で、学校側から少年に何等かの不利益が帰せられるおそれのある場合にも同様である」とする（前出・家庭裁判資料七〇頁）。

(26) Grethlein; op. cit., S. 59.

(27) Potrykus; op. cit., S. 195. なお Dallinger-Lackner; op. cit., 2. Aufl., S. 135 に、次のような発言がある。

「少年拘禁は、殊に、それと結びつく強い警告によつて、教育的結果を約束するから、その執行が、行為に出来るだけ早く続くところに価値をもつ。それ故、控訴審でそれを争うことは、第五五条第一項によつて制限されている。しかしながら、法治国の原理の上から、無罪を主張する可能性を少年から奪い去ることは出来ないので、多くの場合、控訴提起は可能である。

もとより、教育上の理由から、好ましくない状況を回避するために、少年に公判廷で控訴とその範囲を教示し、控訴を断念するようすすめることが望ましい。

この枠内で、少年拘禁の即座の執行が実際上行なわれる。」

(28) Gramlich; Möglichkeiten und Grenzen des Jugendarrests, 1964, S. 175.

(29) Potrykus; op. cit., S. 194 f.

(30) Bender; Jugendgerichtsgesetz mit den ergänzenden bundeseinheitlichen Gesetzen, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften, 1964, § 16. Anm. 14. は、「三日の短期拘禁を定めることは許されないと思われる。何故なら、一回の休日拘禁では充分でなく、二回分の休日拘禁では多すぎる場合に、一回半の休日拘禁を宣告することはできないからである」というが、正当ではなかろう。

(31) Potrykus; op. cit., S. 194.

(32) Grethlein; op. cit., S. 59. Dallinger-Lackner; op. cit., 2. Aufl., S. 131. Bender; op. cit., § 16, Anm. 17.

(33) Potrykus; op. cit., S. 195 f.

(34) Dallinger-Lackner; op. cit., S. 131. Potrykus; op. cit., S. 195. なお、第一六条基準7によれば、「少年拘禁を言渡す際には、その判決のことばの上で、少年拘禁が一つの形であるかのような、不当な印象を少年に与えてはならない。それ故、少年拘禁に関連して、刑とか処分ということにふれることは避けなければならない」とする（前出・家庭裁判資料七〇頁）。

(35) Dallinger-Lackner; op. cit., 1. Aufl., S. 1033 ff. bes. 1036 ff. に見られる。

(36) Schaffstein; Die Erneuerung des Jugendstrafrechts, 1936, S. 25 でこの提案をした。なお、Boldt; op. cit., S. 355 参照。

(37) 例えば、Middendorff; op. cit., S. 226. Brückner; op. cit., S. 193.
(38) Potrykus; op. cit., S. 196.
(39) Grethlein; op. cit., S. 59.
(40) Brückner; op. cit., S. 193.
(41) Grethlein; op. cit., S. 59.
(42) Lackner; Das Mindestmass der Jugendstrafe, JZ, 1952, S. 359. なお、Dallinger-Lackner; op. cit., 2. Aufl., S. 135 は、この両者は、根本的に、異なつた適用範囲をもつ二つの制裁手段であるとし、少年刑の短期と継続拘禁の長期をうめるのに、少年拘禁に過度の要求をする必要はない、とする。
(43) Reinfried; op. cit., DRZ, 1947, S. 84 ff.
(44) Lackner; op. cit., (JZ), S. 359. なお、Dallinger-Lackner; op. cit., 1. Aufl., S. 181 が詳細である。
(45) Potrykus; op. cit., S. 196 f.
(46) この資料は、現在までのところ、披見しえていない。Potrykus; op. cit., S. 197 による。
(47) Reinfried; op. cit., S. 86 f.
(48) Reinfried; op. cit., S. 87.
(49) Kohlhaas; op. cit., (DRZ), S. 152 f.
(50) この点につき、特に、Dallinger-Lackner; op. cit., S. 181, 2. Aufl., S. 128 を見よ。
(51) これと同旨なものは、Lackner; op. cit., S. 359 f. Potrykus; op. cit., S. 196 である。
(52) Schaffstein; Die Behandlung der Heranwachsenden im künftigen Strafrecht, ZStrW, Bd. 74, 1962, S. 18 ff.
(53) 宮沢・前出家裁月報一八巻六号特に、一〇二頁以下。覚え書は、例外的に、最高八週間までの拘禁を年長少年に科す可能性を提案し、「例外的性格」を法律中に明記せよという。

三、少年拘禁運用上の諸問題
——むすびにかえて——

本稿は、次に予定せられている「少年拘禁の執行とその現実」のための導入的役割をもつものである。執行の実態を明

らかにしないでおいて、現行法制に規定された三種の少年拘禁の種類を説明することでは、考察が余りにも静的・平板的であるとのそしりを免れないであろう。しかし、前稿にも述べたように、われわれは、従来、余り紹介もされず、細かい点について、余りにも不明のままであることの多かった少年拘禁に、照明の光を当て、西ドイツの少年法制の中で、各国にその例を見ない制度と言われているものの姿を見つめ、我が国の少年法制の改正に、幾分かの寄与をはかりたいと考えて本稿をまとめた。保護処分の多様化、実際に、有用な処分を新設することこそ、我が国の少年法制における執行面の充実という要請に直接こたえるものと信ずるからである。

右に指摘したように、少年拘禁の種類という、比較的単純と思われるテーマにも、複雑な背景があり、説の紛糾するものが多いことに気がつかれたことであろう。

ここで、最後に、少年拘禁の適用上、問題となる諸点[1]を列挙して、次なるテーマへの橋渡しをしておきたいと思う。

少年拘禁を適用するに際しては、個々の事件ごとに特殊な事情を考慮することで決定するから、その適用範囲を一般的に規定することはできない。少年拘禁は、どのような種類の少年に対して適用さるべきかについての手がかりは、すでにふれた第一六条基準1（前出三九頁）にある。

少年拘禁を選択するに当つて、まず、検討されるべきことは、少年拘禁に適した行為者人格を持つているか否か[2]であり、行為の重大性は副次的な地位を占めるにすぎない。しかし、実務上は、まだ、図式的に、行為の重さによつて適用すべき処分の種類を決めるような態度もないわけではない[3]。当該の少年について、懲戒処分を用いて矯正が可能か否かの蓋然性を判断するには、少年の心理的・精神的な属性についての正確な認識がなければ困難である。勿論、詳細に人格を検討したからといつて、少年拘禁の効果を、信頼しうる程に確実に予見することは可能ではないであろう[4]。

そこで、消極的な、遠廻りな検討ではあるけれども、少年拘禁に適しない少年の類型をあげてみたいと思う。この点につ

いて、ブルッフザール少年拘禁所の一九五八年のデーターに基づく研究がある。[5]

(イ) 早発性犯罪少年。犯罪行為への親和性、性癖が明白な特徴として現われているような者には、少年拘禁を科しても余り意味がない。将来の生活にとつて単にエピソード的な、短期間の干渉をしても、殆んど役には立たない。人格に根ざした性癖を克服するには、これは余りにも弱い処分であつて、効果は期待できない。

(ロ) 犯罪を犯すまでには至らないが、放任状態に追い込まれた、教育上の欠陥の所産である少年にも、同様に、無力である。放任と犯罪とには密接な関係があるが、放任は、慢性の犯罪的態度とは違つて、抑制が充分働くような場合にも、なお認められうる。いずれにしても、少年拘禁は、補充的な教育の処分であつて、独立の教育過程にとつて代ることはできないから、これを科しても成功の見込みはない。

(ハ) すでに、以前に、教護教育施設（Fürsorgeerziehungsheim）や少年刑務所に収容された経験をもつている場合には、この種の施設に慣れてしまつているので、拘禁所に収容することの意味は薄れている。[6]

(ニ) 少年拘禁の意義を理解することができない程、精神的に遅滞している少年には、名誉感情にうつたえかけることは出来ないし、それをうけとめる能力の点で疑問があるから、少年拘禁を科しても意味はない。刑事責任年齢の下限に近い少年の場合にも、この点を慎重に判断する必要はあろう。

(ホ) 行為の性質が重大である場合には、むしろ少年刑（一七条）の適用があるべきであろう。このような事案に少年拘禁を適用することは、少年をして刑事法秩序の力を過少に評価せしめ、将来の犯罪行為へと挑発することにもなりかねないからである。[7]

(ヘ) それとは逆に、特に軽い非行に少年拘禁を科すことも正当ではない。[8] この種のものに、少年拘禁を多用することは、この制度のもつシャープな作用を鈍麻させる。それは、ひいては、この制度に対する社会的評価を低下させることになり、

得策ではない。この種の事案には、むしろ、指示・特別義務の賦課、警告等を用いるべきであろう。

ついでながら、少年拘禁制が採用されるかされない頃の時期に、少年拘禁をいかなる類型の少年に適用すべきかについて列挙していたペータースとシュミットホイザーの見解[9]を簡単にみておくことにしよう。

それによると、少年拘禁は、次のような種類の少年に適するという。

(a) 過失犯の少年。不注意な態度からの非行。

(b) 自己の力の過信、傲慢さによる非行。無遠慮、ずうずうしさのうかがわれる犯行型。

(c) 少年に典型的な性癖、背のびをしようとする態度からの非行。無免許運転、自動車窃盗、その他技術を用いる犯行のような、少年の技術的関心を満足させるための非行。

(d) 少年らしい反抗心からの非行。国家権力に対する抵抗、教師の権威に反抗する手段としての怠学。

(e) 素質的欠陥というよりは、少年らしい冒険欲から行なう非行。窃盗・強盗・傷害の形をとったものの中に現われる。

(f) 自律性の欠如からの非行。自分の行為の意義を深く考えないで、犯罪に参加した場合。但し、精神的な欠陥から、誘惑に抗しえないものもある。

(g) 性的な破瓜期現象に原因のある非行。

(h) いわゆる機会犯罪とよばれるもの。

右にあげた、少年拘禁に適さないもの、少年拘禁で処理することの望ましいものについての条件を考えて、少年拘禁の種類について検討してみると、休日拘禁、短期拘禁は、その犯罪の状態、行為者の性格、行為の種類等を勘案して、責任の軽い、いわゆる軽度な故意犯、大多数の過失犯に対して適用されるべきであり、継続拘禁は、その効果の点で前二者をはるかにしのぐ内容をもつから、その犯罪性の程度が中程度のものに対して科せられることになるであろう。

少年拘禁は、少年に感銘を与えるような、厳しいが、短い、ショック効果をあげることを本質とするから、これを反復して科すことは好ましくない。[10] 少年拘禁の執行を受けた者に、再び少年拘禁を科すということは、前回の懲戒手段が、所期の効果をあげなかつたことを証拠立てるものである。犯罪の種類が違つている場合ならばともかくとして、さもないときは、前回との間に時間的経過が大きいとか、前回よりも重い拘禁の種類を選択する等の配慮は当然あつてよいであろう。

(1) ここで、歴史的事実として記録しておかなければならないのは、ライヒ少年裁判所法改正の草案を審議した際、少年拘禁を廃止すべきか否かについてつっ込んだ議論がなされ、特に、これの現実における適用の状況に対し、批判が加えられたという点である。

Schriftlicher Bericht des Ausschußes für Rechtswesen und Verfassungsrecht über den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Reichsjugendgerichtsgesetzes vom 5. Juni 1953 BT Drucksache—1. Wahlperiode—Nr. 4437 に、次のようにある。

「委員会は、少年拘禁という懲戒処分を保持すべきかどうか十分に考慮した。国家社会主義の時代の所産ではあるが、ずつと以前から、少年法改正運動によつて要請されてきたこの制度に対し、特に最近、少なからぬ疑念が生じている。この疑念は少年拘禁の立法上の形式に対するものというよりは、実務上の適用及び実施に対して向けられたものである。ここには、非常に困難な問題がある。多くの不慣れな少年係裁判官は、不適切な事例に少年拘禁を科し、短期自由刑とは区別出来ないように、実務上、少年拘禁を用いている。しかし、委員会は、それにも拘らず、少年拘禁を保持する決心をした。少年拘禁が正しく適用され、執行に際して、草案第九〇条の規定（少年拘禁の執行に関する規定——筆者注——）が正しく顧慮せられるならば、有効な教育手段であるからである。少年拘禁は、執行中に、裁判官から直接に感化をうけるようになつて居り、これを通して精力的に少年と関連をもつことで、まだ、大してきずついて居らず、容易に呼びかけることのできる少年を正しい道へ導くように規定されている。一方、放任された少年、犯罪少年に対して、少年拘禁は成果をあげえない。実務の上で、立法者が考えた通りに、少年拘禁を適用し、それを実施することに成功するために、あらゆる努力をはらうことは、諸邦（ラント）の重要な使命であろう」と。Dallinger-Lackner; op. cit., 1. Aufl., S. 187 によゝる。

(2) RG.St. Bd. 75, S. 221 ff. 同旨。

(3) Sieverts; op. cit., (Kohlrausch-Festschr.), S. 95.

(4) 予測に関する最近の文献として、Middendorff; Die kriminologische Prognose, 1967 がある。

(5) Trips; Die Rückfälligkeit der Arrestanten der Jugendarrestanstalt Bruchsal des Vollzugsjahres, 1958, MKrim. 46, Jg. 1963, S. 228 ff.

トゥリップスによると、拘禁に適しないものとして、(イ)教護教育又はその他の公的教育出身の少年、(ロ)放任少年、(ハ)以前に少年刑又は少

年拘禁の判決を受けた少年、(ニ)拘禁の開始時に二〇歳を越えた者、(ホ)精薄に近い少年、(ヘ)早発性犯人（性癖犯人等）を区別し、少年拘禁に付せられた者のうち、三〇・六％がこのグループから出ている。又、他の者が、後に、少年刑又は少年拘禁の宣告を受けた数値は二〇・七％であるのに対し、このグループの者については、五二％に達しているという。

(6) この点につき、詳しくは、Potrykus; Neueste Zweifelsfragen nach dem Jugendgerichtsgesetz, NJW, 1955 S. 245 を見よ。

(7) ライヒ裁判所の同旨の判例は、Deutsche Justiz, 1942, S. 139 にある。

(8) Potrykus; op. cit., S. 194 は、少年係裁判官が、数時間の拘禁で充分であると考えるような事例には、むしろ第一〇条の指示や、義務の賦課によるべきであるという。

(9) Peters; op. cit., bes, S. 559 ff. Schmidthäuser; Zur Frage des Jugendarrests, MKrimbiol, 30. Jg., 1939, S. 257 ff. u. 488 ff. 参照。なお、Sieverts; op. cit., (Krim. u. Vollz.), S. 150 をも見よ。

(10) 同旨、Boldt; Zur Einführung des Jugendarrests, Deutsches Recht, 10. Jg., 1940, S. 2036.

（一九六七・一二・五・稿了）