

資料

カール・ペーテルス

再社会化行刑および教化行刑の倫理的諸前提

——紹介——

Professor Dr. Karl Peters, „Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs- und Erziehungsvollzuges,“ in der Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972, herausgegeben von Hans Lüttger in Verbindung mit Hermann Blei und Peter Hanau, 1972, S. 501—516.

早稲田大学教授 内 田 一 郎
(在デュッセルゲン)

以下に紹介するペーテルス教授の論文は、先に訳出した同教授の „Strafprozess im Wandel“ 中の註(25)で引用されている。

再社会化行刑および教化行刑の倫理的諸前提

ものである。これによって、現在の西ドイツ刑法および行刑上の問題点に関する同教授の立場が知られるだけでなく、わが国の刑法学の問題点を理解するについても大いに参考になるものがあると信ずる。

一

五〇年以前にドイツ少年刑法で教化行刑がその制定法上の表現を見たのに続いて、期待される西ドイツ行刑法では成人に対しても再社会化行刑が、いずれにせよ核心的行刑として、制定法上承認されることになるであろう。同時にまた第一次および

第二次刑法改正法律がもたらした数々の改革を概観すると、個別的な方向をとる刑法が、制定法上刑法が完全であることに對し優位を保持している。それとともにきわめて多種多様の基本的態度から⁽¹⁾もたらされた幾多の願望が制定法の上で実現された。しかしこの勝利は真実の喜びを感じさせるものではない。

次の問いがしきりに心に浮んでくる、すなわち再社会化思想の最後の発現が問題のある時代に属しているのではないか、——その時代に精神的なそして倫理的な諸変化が起り、これらの変化を受けて再社会化の基底が欠如しそれ故再社会化がもはや可能ではないような時代に属しているのではないだろうかという問いがこれである。

これらの考えが将来の西ドイツ刑法のそして将来の行刑の結果を真面目に心配させるのである。私はそのような心配を説明してみたい。将来の行刑はそれだけを孤立させて考察することはできない。将来の行刑は刑法の発展において、学問的および政治的諸見解の変動のうちに、そして倫理的な基礎的諸見解と関連させてこれを眺めてみる必要がある。何が行刑で(事実上)行なわれるかは、一切の制定法上の規制から解き離され、国家および社会に普及している諸觀念により決定される。行刑の諸成果は広い範囲で外来的に決定されるのである。

(1) 特別予防の歴史は Liszt-Schmidt, Lehrb. I 26. Auf. 8

59で詳細に叙述されている。さらにまた応報思想および贖罪思想の擁護者がすでに久しく主張してきた見解は、応報思想により主張できる刑罰範囲の内部で個別的な方向をとる目標を反動確定においても行刑においても追求すべきであるとするものである。折衷説、とくに R. von Hippel, Deutsches Strafrecht I, 1925 が主張しているそれは、刑法上の個別的な方向をとる立法および実務への打開を促進した。自著 Grundlagen der Kriminalpädagogik, 1960 の一種の折衷的立場を基礎としてゐる。

(2) この種の疑問を私の論文 Die Strafvollzugsreform S. 105 in Häberle-Weißgerber-Peters-Pfeffer-Naumann, Zum Thema Reformen im Strafrecht und Strafvollzug 1971 で述べておいた。

二、法の領域から発する種々の観点

(1)

概念的な諸変更は必ずしも内容的な推移の徴証ではない。それは事情によつては一種の解明、すなわち使い古した表現の放棄と法学以外の領域での諸概念形成への適合を意味するにとどまることもある。さらにまた概念的な諸変化は一箇の変更された精神的態度の徴証、それと同時に内容的に新しい諸觀念の表現であることもある。その実情が前者であるのかそれとも後

者にあたるかはその都度研究を必要とする。

本稿で設定した論題と関連して注意を惹くのは改善という概念を再社会化という概念に取り換えることである。そもそも驚嘆すべきは、なんと迅速に再社会化という概念が——当初使用されるのが稀であったのに——最近の西ドイツの刑法教科書の文献中に概念的な再検討が行なわれなまま採用されてきたかということである。すでにきわめて早期に Eberh. Schmidt は *Lehrbuch von Liszt*, 25. Aufl. (1927) 中で再社会化という概念 (S. 363) を使用した。彼は教化および改善と並べてこの概念を規定した。かなり遅れて Hellmuth Mayer, *Strafrecht* (1953) が行刑における教化を取扱った箇所で一度付随的に再社会化という概念に言及した (S. 370)。⁽³⁾ 何故なら彼は倫理的改善なくして市民的再社会化は可能ではあるまいと説いたからである。H. Mayer の教科書でなおこの概念に欠けているのは目標としての性格である。Wolff, *Mittermaier* は彼の *Gefängniskunde* (1954) 中で教化と再社会化とを結合した (S. 5, 82)。単なる語句の変更の形で再社会化という概念は Mezer-Blei, *Strafrecht* 14. Aufl. 1970 S. 358 に姿を見させている。そこでは「最近よくかなり包括的に再社会化ということが言われている。改善(再社会化)はそれゆえまず第一に教化である」と述べられている。詳細な概念の解釈をほごせず Baumann, *Strafrecht Allg.*

再社会化行刑および教化行刑の倫理的諸前提

Teil 5. Aufl. S. 79, 633 は付随的に再社会化という概念を使用している。Schmidhäuser, *Strafrecht Allg.* Teil 1970, S. 34 は再社会化と特別予防とを同一視する。Schröder (Schönke-Schröder StGB 15. Aufl. 1970 Rn. 15, 16 vor § 13) は「保安と威嚇とが問題とならない限りで、再社会化のうちに特別予防の使命の成就を見ている。それと同時にこの概念は以前改善に認容されていた領域を充填している。この空間の内部で目標として述べられているのは、行為者を「社会的共同体の中へ組入れて、彼が将来その中でその標準的な構成員として生活することができるようになることである」。それ以下の所見から明らかのように、「社会的共同体」と「利益社会」との間が区別されていない。その他の点でも共同社会と利益社会との間の言語の慣用が変化する。Welzel, *Deutsches Strafrecht*, 11. Aufl. S. 258 は再社会化のところで第一次刑法改正法律に関連して利益社会について述べている。Jescheck, *Strafrecht*, Allg. T. S. 497 は再社会化思想のうちに「社会秩序を侵犯し、そしてそのために共同社会から隔離された者を、承認され且つ信頼に値する構成員として共同社会に復帰させること」という目標をみている。Jescheck のところで再社会化思想は Index S. 650 からわかるようにすでに一箇の基礎的な位値 (Stellenwert) を占めている。目立っているのはまた彼のところで「改善」という語

句が明らかに「再社会化」という語句によって押しのけられてしまっていることである。このことは「マールブルク綱領」の批評 (S. 47) のところで明白になる、ここでは改善可能な行為者を再社会化することが von Liszt の努力した目標として述べられて⁽⁵⁾いる。この語句の交換は Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. T. 3. Aufl. 1965 S. 713, 4 Aufl. 1971 S. 839) のもとでとくに明白に現われる。すなわち「改善と保安とは最終の位に排列される」という命題が「再社会化と保安とは最終の位に排列される」という命題に換えられている。

「改善」という概念は刑法理論で消滅しつつあるように見える。問題となるのはこのような発展の際に実質的に「改善」という概念と密接に結合している「教化」という概念を保持することができかどうかである。この問題に答えるためにはそのほかの資料、とくに制定法上の諸変更を手元に引き寄せてみる必要がある。

刑法典は旧原文でも新原文でも原則的に刑の目的を掲げていないので個々の特殊の規定を引き寄せてみなければならない。注目に値するのは保護観察のための刑の執行停止 (Strafensetzung zur Bewährung) および保護観察補助に関する規定の変遷である。

一九五三年八月四日 (二五日) の原文での第二三条は保護観

察のための刑の執行停止を取り入れた、「それとともに有罪の言渡を受けた者は善行保持により保護観察期間中、刑の免除を獲得すること」ができる。「保護観察のための刑の執行停止」を命ずることが許されるのは、「有罪の言渡を受けた者の人格および彼の前歴が、所為後の彼の態度または彼の生活状態の好転とともに、彼が執行猶予の影響力を受けて将来において合法的で秩序のある生活を送るものと期待される場合」に限られる。当初の原文第二四条 a) によれば保護観察司が有罪の言渡を受けた者の生活態度を監督しなければならなかったのである。

新原文第二三条 (第一次刑法改正法律、同じく第二次刑法改正法律第五六条) によれば刑の執行が停止されるのは、「有罪の言渡を受けた者がすでに有罪の言渡を自ら警告として役立たせ、かつ将来刑の執行の影響力を受けなくともはや一つも犯罪行為を犯さないであろうと期待される場合」である。それに応じて保護観察司も、最早、彼の生活態度を監督する必要がなくなつた。たしかに保護観察司は保護観察を受ける者に助力と助言とを与えてこれを援助すべきである。しかし彼の監督職務は賦課、指示、提供および確約の厳守に限定される (第一次刑法改正法律による第二四条 c、第二次刑法改正法律による第五六条 d 第三項)。

命令規制に相応するのがまた取消規制である。当初の原文第

二五条によればその取消が行なわれたのは、「その他の方法で、彼におかれた信頼が正当でなかったことが明らかにされた」場合である。この点に一般的な運用上の留保条件があった。刑の免除のための保護観察の前提条件およびその取消のための一般的な運用上の留保条件は現在には存在しない（第一次刑法改正法律による第二五条、第二次刑法改正法律による第五六条¹）。

同じ方法で仮釈放の前提条件が変更された。仮釈放の前提条件は一九五三年の原文での刑法第二六条によれば、有罪の言渡を受けた者が「将来において合法的で秩序のある生活を送るであろう」という期待であった。第一次刑法改正法律による刑法第二六条第一項第二号（第二次刑法改正法律第五七条第一項第二号も同じ）で刑の残余期間の執行猶予が行なわれるのは、有罪の言渡を受けた者が行刑の外部でもはや一つも犯罪行為を犯さないかどうかを試験することに責任を負うことができる場合である。これに應じてその取消も一般的な運用にもはや依存することなく、保護観察に関する賦課や指示に対する違反も保護観察司からの頑固な離脱も度外視すれば、一箇の犯罪行為の遂行によって左右されるだけである。

はつきりしているのは一箇の犯罪行為の遂行を目指すことが保護観察のための刑の執行停止の実施を簡易化することである⁶。しかし他方で一箇の本質的な実体の喪失があることはきわ

めて明白である。あることが可罰的であるか否かは実証的立法により左右される。刑法の制限に向つての継続的活動は重大な社会倫理に反する諸行為の際でさえも執行停止の余地を拡大しそして取消の余地を狭めようとする。その取消の余地は、現実の犯罪行為の遂行ではなく証明される犯罪行為がその基礎とされうるだけに、一層制限される。従前の法と対比すると現行法では保護観察を受ける者の個人的答責がいちじるしく緩和されている。標準となるのは外部的態度だけである。このような考量が看過しているのは、処罰を受けた者が刑罰法規を尊重するという彼の国民としての義務を拒んだことである。彼はそれゆえ一種の復旧の義務を負うのであり、その復旧はなにごとか禁止されたことを行なわないだけで済まされる性質のものではない。保護観察のための刑の執行停止の命令の際の将来可罰的にならないことへの限定およびその取消の際の犯された犯罪行為への限定が意味するものは、先の拒絶を実証的態度により補整させようとする要求、刑罰が褒賞により代替されることを実現しようとする要求の放棄である。

そのうえ累犯所為を目指すことが意味するのは刑法の一種の短縮である。どれほど処罰することが刑法上その意義を有するとしても、それでもやはり刑法の核心は国家を支える基本的諸価値を明白にすることに⁸ある。最深处で問題になるのは「汝す

べからず(Du sollst nicht)』ということではなく、刑法的に把握された諸価値およびその中に表現されている価値秩序の尊重への実証的な呼びかけである。一箇の犯罪行為の遂行だけが目指されるならば、その背後にある諸価値およびその中に表現されている価値秩序は保護観察を受ける者にとって依然として全くどうでもよいことでありうるであろう。確かにこのような価値結合を放棄することもできよう。だがしかし、その場合にはどのような喪失が生じるかということに気づいていなければならぬ。もしもこのような問題状況を認識するために必要な価値意識がもはや立法者のところにすでに現存していなかったとするならば、もちろんこの価値結合の放棄は考慮を要するところであつたであらう。

このような制定法の変化はさらになおそれ以外の点で批判的考察を必要とする。その変化が意味するものは全法秩序からの刑法の一種の分離である。犯罪行為は一箇の刑法上の法定的犯罪事実(Tatbestand)の侵犯と解されるにとどまりうるものではない。一箇の刑法上の法定的犯罪事実の实体は一箇の法および法の全統一体における法秩序違反という点にある。これらの制定法上の諸更新が疑いを起させるのは、立法者がなお法と秩序とに対する正しい観方をもっているかどうかということである。「法秩序の擁護」について述べている新原文の刑法第一四

条第一項、第二三条第三項(「第二次刑法改正法律第五六条第三項」)もこれを否定するものではない。この刑法の更新の範囲でこの概念は本来まさによそよそしく働いているのである。

以前の法状態と現在のそれとの対比はまた保護観察を受ける者の法的共同社会からの孤立化を明白にする。彼に合法的で秩序のある生活態度が期待されるならば、このことが意味するのは、同市民の領域への一箇の拘束的編入が彼に要求され、さらに同市民は自己の側でふたたび彼を受入れる用意をする責任を負うということである。単に可罰的にならないようにすることまたはまったく捕まらないということとはこのような拘束を手つかずの状態で放置するものである。拘束および結合のこのような放棄が純然たる偶然でないことは、新原文の刑法第一三条(「第二次刑法改正法律第四六条」)で「利益社会」という語句が使用されていることによりうかがわれるであらう。これに反し注目し値する仕方で行刑法草案第一二二条は「共同社会への再編入」という明確な表現を使用し、そして刑法総則代案第四〇条第一項は「法的共同社会」について述べている。確実であると思えるのは、言語の慣用は共同社会という概念においてより多くの個々の構成員を結合するものおよび義務づけるものを見ていることである。

(c) Eberh. Schmidt により von Liszt の死後改訂された

第三三版 (1921) は未だ再社会化という語句をもたらしてゐない。

- (4) 行刑は法律的改善のみを得ようと努めるのか、またはさらに道徳的改善を得ようとするのかという問題は一八世紀以降の監獄学を貫流している。この論争に關して自著 *Kriminalpädagogik* S. 46 ff. 参照。この論争は最近でも及んでゐる。Maurach, *Deutsches Strafrecht* AT 4. Aufl. S. 867 (合法性に賛成) 亦 OLG Hamm MDR 64, 175 (道徳性に賛成) 参照。
- (5) von Liszt 著 Zweckgedanke im Strafrecht, *Strat-rechtliche Aufsätze und Vorträge*, S. 166 及び「改善可能として改善を必要とする犯人の改善」について述べて、S. 171 及び「改善施設」について語つてゐる。
- (6) 刑の執行停止と一箇の更新された有罪の言渡との結合そしてそれと同時に無罪の態度との結合または一箇の新しい犯罪行為の遂行との結合はこのような制度の歴史的な方策の一つである。マキエール *loi établissant la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles dans le système pénal* vom 31. Mai 1888 は更新された有罪の言渡だけを指摘したが、その反面その他の行状は依然として等閑に付された。この点に關して von Liszt-Schmidt, *Lehrb.* I 26. Aufl. S. 445 参照。
- (7) 褒賞思想に Oetker, *Strafe und Lohn, Gerichts-Saal*

再社会化行刑および教化行刑の倫理的諸前提

70, 321 ff. はすでに1907年に言及してゐる。

- (8) そのかぎりでは基本法と刑法秩序との間に一箇の關係が存在する。この点に言及したのは Württemberg, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft* S. 71 である。
- (9) 禁令から發して本質的な諸法定犯罪事実を顧慮する刑法の考察は刑法を觀念的であり貧弱なものにするが、実務上は法治國的に保障された適用可能性を与える。ただこのような考察をもつては刑法の基底は会得されない。刑法が理解可能でありそして影響力を発揮できるものであるべきであるなら、刑法はその実証的な価値的諸基礎において叙述される必要がある。このような方向での試みをなしているものに Sauer 及び Rosenfeld のための二つの祝賀論文集(すなわち一九四九年)中の私の論文「Das Begreifen der Eigentumsordnung und Der Jugendliche 及び die Autorität des Gesetzes ならびに Grundprobleme der Kriminalpädagogik (1960) 中の Das Hineinwachsen in die Rechtsordnung の章 (S. 110—118) がある。
- (10) 注目に値するのは、公共の利益という概念(刑法旧原文第二三条第三項第一号)——それはなお訴訟的規定である刑法第二三二条第一項、第一五三条第一項、第二項、第一五三条第二項、刑事訴訟法第三七六条でみられる通りである——が、一箇の明確な表現に換えられて、この表現が

その基礎にある価値観を一層強力にそして一層決定的に強調していることである。それに対して私の基本的理解から何ら異論を唱えることがないことは、明示的にことあげするまでもないであろう。

(二)

行刑法草案は刑法の改正によって取られた進路に続くものである。行刑委員会で議論のあった第三条が行刑上の処遇の目標と解しているのは、被拘禁者が「将来、社会的責任を負って犯罪行為なしに生活を送る」能力を与えられるべきことである。それと同時にここでも犯罪行為を行なわないということが中心に移動してきている。このことは「社会的責任を負って」という語句の付加によっても何等変更されない。その上まきに明瞭を欠いているのは、何をこの語句がそのような関係で意味しているのかという点である。一九六一年一月一日の服務および執行の規則第五七号と対比すると行刑法草案第三条はまさに貧弱に見える。服務および執行の規則第五七号によれば、行刑が役立てられるべき目標は、一般人を保護し、被拘禁者を助けて彼が犯した不法について責任をもたなければならないことを理解するようにさせ、そして彼を再び共同社会へ編入するということである。行刑は、将来、合法的で秩序のある生活を営むと

いう被拘禁者の意志と能力とを覚醒させ、強化すべきものである。このような目標を達成するために行刑は被拘禁者の人格に焦点をあわせて、その加害的な性癖に対処しそして有利な素質を利用し尽すべきである。服務および執行の規則の行刑目標の方がより行きとどいている。それは法秩序および共同社会秩序への結合を回復させ、それは実証的な価値標尺を設定する。たしかに服務および執行の規則第五七条は、過分に評価された目標を立てるものであるとして、これに異論を唱えることもできない。行刑法草案第三条は執行のチャンスをより冷静にそしてより実生活に即するように考察したのである、と。しかしその場合に看過されているのは次の教育学上の原則、すなわち少なくとも目標の道程の一部に到達しうるためには、何が一般に最終目標として設定されているのかを明瞭に示す必要があるということである。最低限度としての部分目標を定めることは、生活態度と生活援助とが包括的なものでなければならぬという理由からしてもすでに誤っている。過分に低く評価された最低限度は保護観察を受ける者の気力を覚醒させることも保護司の意力を喚起することもないであろう。

すでに述べた代案第三条も行刑法草案第三条より内容が豊かである。そこで言われているのは、(1)行刑の目標は法的共同社会への再編入を促進することである、(2)行刑において有罪の

言渡を受けた者は彼の自己答責を要求される、ということである。ここでは有罪の言渡を受けた者と共同社会との関係が積極的に解釈されている。自己答責も私には社会的答責よりもよしとして選び取られるべきものに思われる。

(11) 行刑委員会は行刑目標をより高く設定した。Bd. VI der Tagungsberichte S. 174 参照「すなわち」「行刑の目標は有罪の言渡を受けた者を法的共同社会へ編入することである。二、行刑は、有罪の言渡を受けた者が合法的な生活を送り、社会的答責を負うことができるようになるように形成されるべきである」とした。草案第三条は行刑委員会によって当初規定された内容の一切の本質的な事柄を削除してしまつた。もはや調和しないトルソとしてなお「社会的答責を負つて」という語句が依然として残されている。

(12) 「教化が意味する援助と促進とは、一箇の全く特定された活動についてではなく、全身全霊とだけ関連させられ得る」と私は教育学者の述べているところを参照して自著 *Kriminalpädagogik* 中で詳論しておいた。この命題を私は今日でもなお正しいと思つてゐる。

(13) 理由書 (S. 70) 中では言うまでもなくこの法律案の一般的な公式化は再び制限される。これによれば、この規定はただ再社会化に役立てられるべきであり、そしてこのこと

再社会化行刑および教化行刑の倫理的諸前提

はとくに彼がそれ以上の処罰を受けることを防ぐためである。」

(III)

刑罰目的および行刑目標の最低化は価値秩序の移動またはさらに価値不安定性にその根拠をもっているのかも知れない。

(1) 一個の価値秩序は、自己のうちに持ち来られ、客観的に決定されそしてその人に義務的に予め与えられている諸価値によつて決定されうる。それらの諸価値へまず第一に算入られるものに倫理的諸要求がある。これらの諸要求は、人間の本性から明らかになるものであり、人間の本性と関係を有するものであつて、人間の精神的・道徳的答責への心の招きを明白にし、人間に精神的自由への道を開くものである。このような考察方法のもとで決定的なのは諸価値の秩序である。けれども価値秩序によつて決定的と解されうるかもしれないものにまた個人の人格がある。それは価値秩序を目指していて自らの諸観念に従つて価値秩序を実現しなければならぬ。後者の視野においては価値秩序の拘束力は後退する。むしろ自己の確信と自己の裁量とにより価値秩序を自由の状態で実現することは個々の人々の使命となる。全く疑問の余地がないのは、客観的な価値秩序と個人との間の緊張状態においてその天秤が即刻個々

の人々の人格の有利に傾くことである。このような傾向は持続性の保障の減少をはらんでいる。この傾向は全く明白に制定法上の目標観念に関する立法者の控え目な態度を導く。立法者は憲法上の葛藤をひきおこす危険を考えれば考へるほどつつましい表現をするようになるであらう。

これらの葛藤は考へうるだけにとどまらず、現実のものであることを示すものに連邦社会扶助法第七三条第二号および第三号に関する連邦憲法裁判所の判例第二二巻一八〇頁がある。この判例によって社会的に重大な危機に立った者の強制的収容は憲法違反であると明言された。この判例は社会的扶助と道徳的促進との不均衡に基礎をおいている。これに加えてこの判例は改善思想を根本的に問題にしている。次の命題がこれである。すなわち「……ただ問題となるのは該当者の『改善』ということである。しかし国家はその国民を『改善する』使命を有するものではない、そしてそれ故また国民を『改善する』ために彼等から自由を奪う権利を有するものではない、ただし彼等が自由の状態にとどまるならば彼等自身または他人を危険に陥し入れるような場合はこの限りでない。ある成人の改善という目的は個人の自由の剝奪のための重要な根拠として充分のものであり得ないので、連邦社会扶助法第七三条第二項および第三項は個人の自由に関する基本権をその実質において侵害する。」と

している。これらの命題がさしあたり連邦社会扶助法に關係するにすぎないとしても、たしかにその影響力ははるかに広範囲に及ぶのである。これらの命題の意味するものは、法律的なまたいはいよいよ本格的に道徳的な点での心情の変化を目指すところの自己の自由に任せられている諸強制手段をもって影響を与える国家の放棄である。それと同時に改善の意味での再社会化思想を基礎とする一箇の刑法が問題となる。人格の変化を目ざす一箇の行刑が許されるかどうかが問題となる。そこで成人の行刑に關し原則として可能なものとして残されるのは、行刑の機会に再社会化の心構えのある被拘禁者に対し一箇の申し出をすることだけであり、その申し出を彼は随意に受諾したりまたは拒絶したりすることができることになる。教育学上、被拘禁者に協力への心構えができていることが成果を納めるための条件であるということは、刑法および行刑法のための原則的な出发点に何等変更を加えるものではない。連邦憲法裁判所の基本的立場からして言うまでもなく改正にたずさわる立法者の控え目な態度は理解できる。連邦憲法裁判所の判例中で、何回も改善ないし改善するという語句が引用符中におかれているという事情が認識させるのは、どの程度まで改善思想が理解から遠ざけられているかということとして最新の文献の中でそれが姿を消しているのは必ずしも偶然的の語句の交換にとどまるものでは

ないということである。

(口) それでも行刑の事実上の実施にとって、有効な再社会化処置が実施されさえすれば、再社会化が行刑目標として努力されるのかまたは付随的目標として努力されるのかということとはそれほど重要なことではないであろう。ここで考慮に入れられる処置はきわめて多種多様のものである。第一に問題となるのは、一箇の精神的・道徳的基礎的態度を獲得しよう被拘禁者に働きかけることである。この態度は被拘禁者に対し一箇の確固たる生活基準を可能にする。決定的にはこのような態度の変化は職員と被拘禁者との間の個人的な関係において行なわれる。その個人的な関係から結果として生じる感化 (Einfussnahme) は教化 (Erziehung) という概念によって限定されない。この概念を詳論することはここでは断念しなければならぬ。その限度で原著 Grundprobleme der Kriminalpädagogik を参照していただかなければならない。

教化事象は一箇の教化理念を前提とする。この理念は教化する者にとっても教化される者にとっても拘束的なものである。教化する者は確信力の影響を及ぼすためこの拘束性を承認しなければならぬ。教化される者は一般的に教化理念に服従する機縁を見出すためその拘束性を承認しなければならぬ。行刑では法的領域での教化が問題となるのであるから、刑法のうち

にまた法秩序のうちにある諸価値観念から出発すべきである。これらの観念は奥深い人間的により直接的な秩序に基礎をおくものでなければならぬ。ここで法、とくに刑法が倫理的秩序に根を張ることが基本問題となるのである。このような秩序はいうまでもなく、この秩序を担う諸力自身がなお道徳的基礎を承認しそしてそのために尽力することができたそれを志ざしている場合に限って伝達されうるのである。しかしこの教化事象の実現のためのこれらの前提条件がなお現存しているかどうか、もはや確信をもってこれを肯定することはできない。いずれにせよこれをおびやかす諸徴候が現われている。道徳を説くという非難のもとに、刑法の脱倫理化が前進している。ボルノグラフィーの刑法上の取扱いをめぐる論争は、良俗の価値と義務づけがもはや認められていないか、それとも少くとももはや拘束的なものとして顧慮され有効に働かされていないかのいずれかであることについてのとくに顕著な例である。基本法の一義的に倫理的に理解される基本的権利および基本的義務およびラント諸憲法⁽¹⁵⁾の一部分での倫理的諸価値観念に対して一箇の価値中立主義が主張される。寛容は中立主義では解釈を改められる。このような成り行きは倫理的安定性を導きそしてこの不安定性はまずまず倫理的内容の喪失を導く。この不安定性は教育学上の行為無能力を導き、教化する者のところで意気沮喪

とあきらめを導き、教化される者のところでのあちらへ心を奪われこちらへ心を奪われる状態を導き、懷疑および反抗を導く。教化事象の基底がこわされているのである。

そのような環境では再社会化事象はかえって外面的処置を頼りとすることができる。たしかに外面的処置は依然としてその意義を有している。このことはまずなによりも労働組織、公衆衛生に、形式的陶冶に、休憩時間の形成に、帰休および訪問の編成に妥当する。たしかに個別的会話およびグループ的会話も依然として可能ではある。しかしこれらのものは拘束力がないままにかすかなものになってゆく。

このような視角のもとで刑法の目標および行刑目標の最低化の現実の意味がその広範囲におよぶ意義において認識できるようになる。

(17) Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar Art. 1 Abs. 1 Rn. 1, 2 参照。

(15) 諸例：バーデン・ヴュルテンブルク憲法序言、第一条、第二条、第一三条、第二一条。バイエルン憲法序言、第一二四条以下、第一三一条。プレーメン序言、第一条、第三条、第五条第一項、第一二条、第二三条第一項、第二五条第一項、第二六条。ハンブルク序言。ヘッセン第二八条第二項、第五五条。ノルトライン・ヴェストファーレン第

六条第二項、第七条。ラインラント・プアルツ第一条第一項、第二五条、第三三条。ザールラント第二六条。

三、刑事学的な諸観点

再社会化は法的諸観念にだけ依存するものではない。法侵犯および法侵犯者に関する諸観念は広範囲にわたって法以外の領域において決定される。その場合に問題となるのは、何が学問的に述べられるべきか、ということよりもむしろいかなる諸観念が学問以外の空間で有効であるかということである。このような空間は再社会化の領域のためにおおきくつき限定される。決定的なことは、どのような基本的見解が再社会化に関与する者（再社会化する者、再社会化される者）の内部で効力をもつかということである。この場合に諸観念が再社会化される者により彼等に適わしいものとして受け入れられることによって、たとえそれらの観念がなおどれほど論争せられまたは争われる余地のあるものであるにせよ、決定的な影響力を獲得し、そして再社会化する者に気持の動揺を生じさせることもありうるのである。

法侵犯および法侵犯者に関する統一的な刑事学的心像はここ数十年にわたる包括的経験的研究にもかかわらず発見されるにいたっていない。その理由は次の点にある。すなわち経験的に

すべての人々が確信するような方法で認識することのできない諸実在物があること、そして経験的には部分的な諸現実だけが理解可能であること、さらに経験的に認識された諸実在は諸評価のなかに組み込まれそしてその際に諸評価が早きに失して下されるという点にある。基礎的諸現実に関する刑事学的見解は今日では以前にもましてさらに相違をきたしているのである。

さらにその上、人気のある諸意見がきわめて迅速に真に受けられるという事情が加わる。⁽¹⁶⁾その場合に不明瞭な諸觀念も日々の生活において一箇の重要な役割を演じる。そのような諸觀念がまたもや行刑の中へ働きを及ぼしてくる。犯罪を本質において多種多様の秩序に関する見解を伴う諸利益社会層の衝突と見る者は、法侵犯者を利益社会の犠牲であるとする。しかし行刑は利益社会を変えすることはできない。同時に利益社会は価値から自由であると見られているので、二箇の秩序は対立し、それらは原則として他方に対する一方の優位を許さないのである。

これとともに他方に対する一方の優越は権力関係として腕力関係となり、この関係に人がもしかして敗者として適合することがあっても、その関係は決して精神の内奥から感銘を受けた道徳的またはその他の価値を伴う優位を示すものではない。一箇の多種文化のところでは、従属文化⁽¹⁹⁾という概念もこれにもつくものであるが、優勢な秩序の一箇の確信力ある主張可能性が

欠缺する。犯罪性がいよいよ独占的に、社会学的に、心理学的にそして精神分析学的に説明されればされるほど、ますます諸機構が犯罪遂行の基盤と解されるようになればなるほど、それだけですます倫理的諸関連は背後に後退しまたは全く消え去るのである。それとともに教化の領域および陶冶の領域は人格の核心に関係する感化としての再社会化事象の内部で後退しまたは完全に脱落してしまう、何故なら一箇の精神的なものおよび道徳的なものによって感銘を受ける人格像はもはやその觀念において生きていないからである。

(16) 経験的研究および調査が必要であればあるほど、それだけそれは慎重に行なわれなければならない。まず第一に一般的に承認されている諸事実でさえもその認識は困難である。そのうえその観察は理論的諸觀念から出発しているのでありもろもの判断と結合している。刑事学および経験的調査方法での「確実な知識」に *cf.* Göppinger, *Kriminologie* 1971, 52 ff. 参照。

(17) 犯罪の諸原因が調査されるとき、環境と素質事情とが探究されうるが、それらの相互関係はしばしばもはやほとんど解明できない。人格の発展はなほだ理解することが困難である。さらに人格は依然として不明瞭のままにとどまっている。悪人の現存在および力そして彼の影響力というようなより深い諸性質は、善人の現存在とおなじく経験

的には依然として解明されないままにとどまる。この場合に問題となるのは精神のおよび宗教的諸真実または諸非真実であり、経験的に証明することのできない大いに価値のあるもの (Positiva) または価値のないもの (Negativa) である。しかし現実の出来事としての諸事象の解釈と理解とのためには顧慮と非顧慮とが決定的となる。現存する基礎が眼中におかれないならば、あたかも現存しない基礎が顧慮されるのと同様にその観察は間違う。一方の人々が実在と考える事を、他方の人々は幻想であり迷信であると考ええる。現実の物事の理解は広範囲にわたって経験的に理解できない諸前提に依存している。

(18) H. Kaufmann, Kriminologie zum Zwecke der Gesellschaftskritik JZ 1972, 78 の指摘を参照。

(19) Harbrodt, Die Subkultur des Gefängnisses 1967 は従属文化という概念のもとで「監獄入所者の超個人的な諸価値観念および挙動規則、彼等の見方および彼等の環境、彼等の慣例、慣習およびその他の(事実上の)挙動方法、さらに彼等の奸計、彼等の言い方」を総括している。このような従属文化を彼はたしかに母体文化との関連においてながめている。それにもかかわらずこの従属文化は一個の独自の挙動世界を表現している。問題となるのは、この従属文化のところでお文化について語ることができるかどうかである。その答えは文化が価値と結びついているもの

かどうか、客観的諸価値が承認されるべきかどうかにかかっているのである。

四、教育学的な観点

(1)

法的事物での不安定性は社会学および心理学の変遷の反映であるにとどまらず倫理学および神学へ浸透した懷疑でもある。ここでは教育学の立場の輪廓を描くにとどめよう、この立場で刑事教育学の状態を評価するためである。

教育学の領域でも概念の変化が進行中であるようにみえる。

そこで学習課題⁽²⁰⁾という概念が前景に進出する。あるいは人は少年行刑または成人行刑で教化事象について述べようと学習事象について語ろうと、それはどうでもよいことだと思われるかもしれない。教化という立場からしても教化される者は何かを取り上げてそれを十分に理解することに協力しなければならぬ。その教化も教化者からの分離を目指し、他人による教化を自らによる教化に換えるように努める。しかしそれでもなおその重点は、とくに一般的な言語の慣用が基礎とされるならば、転位する。教化は教化者に発し、教化者は教化されるべき者に何かを伝達する。学習は学習者に発する。教化は諸価値の伝達を意味する。これに反して学習は価値中性である。良いこと

と全く同様に悪いことも学習される。「学習する」という語句で人々は一般的な言語の慣用ではより多く知的事柄、熟練および知識の獲得を考える、これに反して教化という概念は、心の、精神の、道徳および身体的全領域での人間の能力を包含する。教化概念は学習概念と反対に差し出される事柄が拘束的なものであることを明瞭にする。法的な領域ですでに示されたように、ここでもこの概念の変化は拘束的なものの喪失の徴候であるかもしれないのである。

(11)

基本的な諸見解におけるこれらの緊張関係は個々の教育学上の問題での諸緊張関係と結合している。ここでは心のうちにしきりに浮んでくる沢山の問題の中から若干のものを指摘するにとどめよう。すなわち答責、拘束、秩序、權威および服従（少年については：従順）、刑罰がこれである。

(イ) 責任思想に疑いがさしはさまればさしはさまれるほど、それだけですます困難になるのは、人は自分の行動に責任があることを彼に説明することである。責任思想の確信的な伝達は次のことによりなお一層困難にされる、すなわち責任思想の信奉者の間で責任という語句がきわめて多種多様の意味で緊張曲線——純然たる客観化された答責から最高に個人的に理解

再社会化行刑および教化行刑の倫理的諸前提

された答責まで、行為責任から行状責任まで、法的責任から道徳的責任まで——を描いて理解されることこれである。⁽²⁾責任問題は教化と再社会化のところで考慮にいれないでおくことのできないものである。たしかに責任問題は適当な箇所、もしくはすれば漸く行刑の終りに明らかにされなければならない。責任問題は、その人の援助と形成とが問題になるところで、存在しないものと解することの出来ない最も深奥の人格の核心に触れるものである。責任思想とともに従来の意味での刑罰が低落する。

(ロ) 教化および再社会化の前提となるのは、教化される者に対して、彼が自由に漂う生物として生活しているのではなく、彼が諸拘束を受けているのだという意識が伝達されることである。ここでも問題となるのは知的な説明および教訓的伝達だけではなく、まず第一に教化される者の諸能力を覚醒させて、共同社会および拘束を価値として体験させることである。このような使命の達成は、一面的な個人主義の諸理念が無拘束性を導けば導くほど、そしてそれと同時に共同社会が同一の正当化要求をもつ併存的で互いに利用し尽した戦いあう利益社会グループになればなるほどそれだけ一層困難になるのである。

(ハ) 秩序は教化事象において一箇の役割を演じる、何故なら秩序は教化されるべき者を次のような状態、すなわち彼の環

境が見通しのきく、はっきりとしたそして清潔なものであるようにこれを形成することができるとして状態に移し変えるからである。今日、秩序の概念に対して行なわれている闘争は、一箇の規則性の奉仕的機能に対する無理解に基づくかそれとも更に共同生活の一箇の改造に反抗する諸力および諸事実による一箇の意識的な解体を基礎としているのである。秩序はこの点を越えてさらにまた他の人々の自由の基礎として意識される必要がある。それとともに他人の権利も教化される者の観念世界ではっきりとさせられる必要がある。最後に教化事象において明白にされる必要があるのは、秩序は一箇の外部的事象にとどまるものではなく、秩序は根底をなすものであり、この根底において、人間が精神的・道徳的生物として自由をその本体となしうるということが初めて可能になることである。この場合に性的秩序もその意味を見出す、すなわち平和の秩序、生活の秩序および自由の秩序というような他の諸秩序とならんで人間性の内部構造が有する意味を見出すのである。

(二) 問題となるものにさらに権威がある。⁽²¹⁾それとともに教化する者および再社会化する者の任務の領域が問題になる。権威が意味するのは権限ある権力から発せられた一箇の委託命令による承認と遵守との要求である。個々の人間——たとえば彼がどれほど卓越しているようにとも——が同胞に対して権威をもつ

ではない。人間としてはわれわれは互いに平等である。その公共の機関の構成員が、その職務の担い手がそしてその地位を占める者がその制度および地位の権威を認めるのである。権威はその職務を司る者に権利を与えるばかりでなく義務を負わせる。ある職務の権威はその職務に対する能力、信頼および忠誠によってのみ現実のものとなさる。その職務に就く者は職務の権威を失墜させることもある。その職務が正当なものである限り、権威はくりかえしくりかえし獲得される必要がある。他方にあるものが遵守と承認、服従である。このことが意味するのは無批判とか人間性の放棄ではない。権威への攻撃および権威関係の解体は、それが教化する者および教化される者の意識と感情とを規定するものであればあるほどますます教化の基盤を動揺させるのである。

(20) 「学習する」という概念に関しては、多数の低位概念を含めて例えば das Lexikon der Pädagogik (Herder 1971) Bd. 3 ²⁴⁴ 及び das Lexikon der Psychologie (Herder 1971) Bd. 2 参照。

(21) 私の責任の理解は Grundprobleme der Kriminalpädagogik S. 87 f. から明らかになる。責任の問題に関しては Heinitz, Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus,

ZStW 70 (1958) 1 ff., ㉔㉕ Philosophie und Strafrecht
in: Gedanken zur Strafrechtsreform, Görres-Gesellschaft zur Pflege der wissenschaftl. Veröffentlichung der Sektion für Rechts- und Staatswissenschaft, Neue Folge Heft 4 1965 があろ。

(22) 權威の概念の變化に ついては F. Heinisch, Autorität (pädagogisch) Lexikon der Pädagogik (Herder 1971) Bd. I S. 108 参照。

五

現代の精神のおよび道徳的状況は、行刑の法的構成がどのようなものであらうとも、多種多様の理由から一箇の精神のおよび道徳的援助、促進および改造が阻害されている限り、一箇の再社会化が実行可能であるかどうかを疑問にする。これとともに再社会化の核心的領域が脱落する。再社会化自体は打撃を与えられよう。しかし刑法が存在する必要がある限り行刑は存在しなければならぬ。充分な再社会化の諸基礎が欠缺しているので応報行刑以外には残されていない。このことは明々白々に見てとられるべきであらう。このような応報行刑は人道的に形成することができる。再社会化行刑のために規定された諸処置は応報行刑へ転用することができる。依然として行刑に従事す

再社会化行刑および教化行刑の倫理的諸前提

る公務員は被拘禁者を促進すべく努力してさしつかえない。依然として行刑は個々の人々にとって実りの多いものとなつてさしつかえない。しかしこのことはまだ再社会化行刑を意味するものではない。一箇の再社会化行刑を阻害する諸事情はしかしながら一箇の応報行刑をもより一層困難なものにし、またより一層内容の空疎なものにする。何故ならこの応報行刑も道徳的な諸基礎から生を受けているのであり、これらの道徳的諸基礎は応報行刑に対し共同社会の領域から伝達されるからである。応報行刑も道徳的(個人倫理的および社会倫理的)諸基礎を必要とするのである。

私には将来における刑法および行刑の決定的問題はもはや再社会化と応報という対立ではないと思われる、一箇の対立、それは一度もそれほど本当に私を納得させたことのないものである。それよりはむしろ刑法および行刑の道徳的諸基礎および諸目標を再興するための諸努力であると思われるのである。