

Title	刑事政策家としてのフロイデンタール(二)
Sub Title	Berthold Freudenthal als Kriminalpolitiker (2)
Author	宮沢, 浩一 (Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1970
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.43, No.9 (1970. 9) ,p.40- 65
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19700915-0040

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.

刑事政策家としてのフロイデントール (二)

宮 沢 浩 一

- 一、フロイデントールの刑事政策論研究の意義
 - 二、フロイデントールの生涯
 - 三、少年法制とフロイデントール (以上八号)
 - 四、行刑の現状批判者としてのフロイデントール
 - 五、自由刑とその執行の現状批判に関するフロイデントールの業績
 - 六、行刑の現状批判の論点
 - 七、フロイデントールの自由刑論の現代的意義 (以上本号)
 - 八、不定期刑論
 - 九、その他の刑事政策的提言
 - 一〇、むすびにかえて——フロイデントールと現代の刑事政策
- 四、行刑の現状批判者としてのフロイデントール

一、少年法制に関するフロイデントールの発言は、前章においてやや詳細に検討したように、ドイツの少年法運動に重大な貢献をした。⁽¹⁾本章において、特に、その自由刑の執行のあり方についての提言を中心として考察を加えることにする。客観的にみて、フロイデントールの発言が、少年法制におけるほど、自由刑の執行について影響力をもつたと言えるかどうかは、かなり疑問である。後に、詳細に検討するように、フロイデントールの提言の多くは、今日の刑事政策的観点から見ても、極めて新鮮であり、現代性のある内容をもっている。それが、何故、充分に生かされなかつたのかということについて、理

由はいろいろあるであろう。一つは、少年の場合には、教育と保護の思想がすんなりと受け容れられやすい土壌であるのに對して、成人の場合には、やはり応報的な感覚が、理論家は勿論のこと、実務家の間にも、根強く残つていたということに⁽²⁾あろう。被收容者の数という点においても、無視しえない問題があつたろう。少年犯罪者の数は、何といつても成人と比べれば、当時の状況の下では少なかつたであろうから、行政上の方法で、少年裁判所や少年刑務所を創設するということも可能であつた。⁽³⁾しかし、成人受刑者に對するフロイデンタールの提案を実施するとすると、財政的にかなりの支出を見込まなければならなくなる。こういつた現実の制約が、フロイデンタールの切角の提案を宙に浮かせたのかも知れない。

だが、本当は、学説の發言内容や価値とは全く関係のない政治・社会情勢が、フロイデンタールの提言の実現を阻害したとみてよいのではないかと思われる。少年法制の場合と同じように、自由刑の在り方、釈放後の保護の在り方についてのその提言も、一九〇五年の英米行刑制度の視察旅行における見聞に基づいた学識と経験の所産であつた。⁽⁴⁾しかし、少年法制の場合には、一九〇八年に少年裁判所、一九一三年に少年刑務所が、彼の提案とイニシァティブの下で実現したのに對し、受刑者に對する提言がなされたのは、一九一〇年であり、一九一四年の發言は、第一次世界大戦と重なつてゐる。一九二五年からその死去の年、一九二九年までは、ワイマール体制の中でも比較的安定した時期ではあつたが、それでも強力な政治的推進力を期待しえない時代であつた。⁽⁵⁾出来るものは「案」ばかりという状態であつた。やがて、ナチスの政權奪取、ユダヤ人とユダヤ人の思想財の追放という悲劇的な事態が全ドイツを席卷した。ナチスの刑事政策思想が、フロイデンタールの意味での受刑者の法的地位の確立、法治国思想によるその基礎づけといふことからどのくらいかけ離れたものであつたかについて、説明する必要もないであらう。

ユダヤ系の学者は、単に社会的地位を追われただけではない。その研究成果も、社会的に否定された。⁽⁶⁾その著書は、「毒性ある物」として、図書室やゼミナールの書架から、特定の場所に隔離されたようであるし、論文を引用する場合にも、別

扱いをされた例もある。⁽⁷⁾

しかし、フロイデンタールの提言の多くは、第二次大戦後のドイツに力強く再生し、今度は、実務に採用されるに至つた。第二次大戦後、西ドイツの諸州の中で、行刑の分野に最も進歩的な業績を残したのは、ヘッセン州である。その行刑局長であつたクレプス博士の手腕によつて、フランクフルト郊外のグスタフ・ラートブルフ成人刑務所、ウィースバーデンの少年刑務所⁽⁹⁾のごとき、近代的施設が創設され、各地の新しい施設のモデルとなつた。しかし、伝統的に、行刑の分野が、州の管轄に属する西ドイツの場合、施設の内容などかなり様々である。平均したならば、フロイデンタールの提言が今日でも生かされていない刑務所は少なくはない筈である。「ドイツにおける行刑⁽¹⁰⁾」という小冊子は、奇跡の復興をとげたと喧伝されている西ドイツの経済発展の中で、とり残された行刑を、西ドイツの国家的タブーであると指摘しているが、たしかに一面をついている言葉と思われる。

二、フロイデンタールの自由刑に関する著作のうち、わが国では、正木博士の手によつて、特に、「受刑者の国家法上の地位⁽¹¹⁾」について詳しい紹介がなされている。又、この論文のあとから発表された二、三の論著⁽¹²⁾も、そこでは併せて紹介されている。私は、日本の刑事政策のこの先達の業績をふまえつつも、本稿では、もつぱらフロイデンタールの提言に光を当てて、「刑事政策家としてのフロイデンタール」の提言の現代的意味を明らかにしたいと思う。一つの理由としては、その自由刑の改革に対する提言の全容が、正確に伝えられておらず、フロイデンタールの所見の重要性についての認識が必ずしも深くないところにあるからであり、その二としては、最近の行刑委員会における議論の多くが、フロイデンタールの提言を出発点として展開されている程に、今日の西ドイツ行刑法改正に重要な位置を占めている事実を度外視出来ないと考えたからである。⁽¹³⁾勿論、フロイデンタールの発言にも、時代的な制約がある。この点では、彼も又、時代の子であり、アメリカを始めたとする刑務所社会学(プリズン・コミュニティー研究)の業績は、今後、現代の若い研究者の努力によつて次第に西ドイツの

「行刑学」に反映してゆくことであろう。

フロイデンタールの発言が、不充分・不徹底であると批判することは容易である。しかし、これが六〇年も前に提言されたという事実の重みを考える必要がある。国際監獄会議に現われた議論⁽¹⁵⁾を尺度とすれば、その発言内容はまだプリミティブではないかという感想もあるだろう。しかし、フロイデンタールが身を置いていた当時のドイツの学会、実務界を考え併せる必要がある。強力な古典派の学者達が、理論的な破綻はないかと鵜の目鷹の目で見守っている状況の中での発言であることを考え併せる必要がある。そしてこの預言者は、半世紀の後、その祖国で迎えられたといつてよからう。

自由刑については、一五九五年の阿姆斯特ダム監獄以来、大陸系の思想財の所産という意識があつてか、⁽¹⁶⁾少年法制におけるほど英米の業績を顧慮するという配慮がドイツに欠けていたことは事実である。今や、フロイデンタールの業績の再評価がなされようとしているときに当り、その自由刑に対する発言を全体として把握しておくことは、それなりの意味があると思う。

(1) フロイデンタールの少年裁判所、少年刑務所創設に対する貢献は、今日、充分に評価されてよいのであるが、比較的詳しい序文——しかも、ケーネの功績については言及している——の中で、彼の存在に言及しないという意味でいささか問題のある扱い方をしているのは、Dallinger-Lackner, *Jugendgerichtsgesetz*, 1. Aufl., 1955, S. 421f.

(2) 勿論、少年に対する特別な処遇について、v. リストの指導する国際刑事学協会の活動を看過することは出来ない。一八九一年にハルレで開催された第二回会議で、「刑法典において少年犯罪者の処遇につきなされている規定は、いかなる方向で改編されることが望ましいか」という問題が論議され、一八九三年、アベリウス、クローネ、v. リストが加わつた専門委員会の作成した報告にもとづき、少年犯罪者と放任少年の処遇と処罰に関する法律草案が国際刑事学協会の手で提示された。又、一九〇四年には、ドイツ法曹会議も、少年の刑法上の特別な地位を要請する改正提案をまとめた。一方、一九〇九年には、第一回少年裁判所会議がベルリン・シャルロッテンブルクで開催された。

(3) Freudenthal, *Die staatsrechtliche Stellung des Gefangenen*, op. cit., S. 158 によれば、一九〇七年に自由刑を科せられた者は二五八、〇〇〇名であり、Freudenthal, *Das erste deutsche Jugendgefängnis*, op. cit., S. 135 によれば、一九二二年に開設された当初、ウィットトリッヒ少年刑務所に収容された少年（一八歳から二二歳までの者）一四〇名であつたといふ。

五、自由刑とその執行の現状批判に関するフロイデンタールの業績

自由刑に関するフロイデンタールの著作のうち、入手しえた資料は一点であり、これらは一九一〇年から一九二九年にわたつて発表された。これらについてまず、概括的な紹介をし、それぞれの論文の位置づけをしておきたい。

すでに指摘した通り、行刑及び行刑改革に対するフロイデンタールの思索は、一九〇五年の英米視察旅行の成果の中にも現われているが、まとまつた形で発表されたのは、フランクフルトの社会科学・商学アカデミー総長講演の「受刑者の国家法上の地位」(一九一〇年)⁽²⁾であり、これがフロイデンタールのライフワークの一つを形成するテーマである。この中で、すでに、自由刑の実態が「生命刑」「財産刑」「家族の間接的な連座刑」⁽³⁾「名誉刑」の性格をも帯びていると警告し、処罰する国家と自由剝奪の状態にある受刑者との間の法律関係として明確に法的保障が与えられる必要があると指摘している。刑法理論の上では、罪刑法定主義がうたわれていても、刑の内容、殊に自由刑の内容があいまいになっているのでは、罪刑法定主義は、実質的に空洞化しているのではないかとする。この論文の中で指摘された論点が、以後のフロイデンタールの論稿によつて具体的かつ詳細に跡づけられてゆく。

一九一一年に、フランク・フォン・リストに捧げられた全刑法雑誌の特集号の中で、「公法の法律関係としての行刑」⁽⁴⁾が論じられた。この論文は、今日の目からみても誠に見事な作品であつて、前年の「総長講演」において提示された論点を広くかつ深く検討したものであつて、その師フォン・リストの六〇歳誕生祝賀論文集を飾るのにふさわしい内容のものである。ここには、刑罰の本質をめぐる概念上の争いではなくて、法治国の国民の一人としての受刑者が人間にふさわしい権利と義務を行刑の中でいかに確保してゆくかが語られている。刑務作業に対する金銭的な裏づけの問題といい、自由刑につきまとう附随的な作用、つまり受刑者の家族から夫や父を奪う「公害」についての言及は、まさに今日的な問題提起といつてよいし、

釈放後の保護としてのパロールの問題も、極めて重要な指摘である。

一九一四年には、コーラーの編集になる「法学エンサイクロペディア」に「拘禁法と保護教育法」⁽⁵⁾を寄せている。これは、三五頁ほどの法学案内的な性格をもつ短い論文であるが、行刑と保護教育について、その基本概念と歴史的沿革、その現状について、英米制度との比較をも加えて叙述した好論文であつて、分りやすく、しかも短かいけれども含蓄ある文章で綴られて居り、法律関係としての拘禁という主張が確認されている。

この論文に対し、V・リストが批判をまじえた小論文を発表した。⁽⁶⁾その趣旨は、拘禁法が公法の法律関係であり、この関係として次第に完成せられるべきであるという点は正しい。しかし、自由刑を出来るだけ純粹なものとして保持し、身体・名誉・財産に対する処罰という要素を払拭すべきであるという要請には、刑罰の目的の要素が余りにも評価されていないとしたことだつた。この批判に応えて、フロイデンタールは、「拘禁法」⁽⁷⁾という小論を発表し、刑罰の目的を強調することは、自分も正しいと考えているが、刑罰の目的を論じているだけでは、自由刑の実体を改善することには少しも役立たない。国家と自由刑を受けている個人の権利と義務の鋭い対立が行刑には存在している。両者ともどもに権利と義務とが対立し合っている。だからといつて、この権利と義務の内容が何かは明らかでない。従つて、いかなる権利・義務が存するかをともに規律することが刑罰の目的の任務である。このような目的の決定について出発点となるものが、自由刑を他の刑種から純化することである。他の刑が自由刑とは本質的に違ふということは、まさに目的考慮から出てくる。V・リストと自分の見解は全く両立するものであつて、行刑において目的が立法者に道を示すことなくしては、行刑という法律関係を成功裡に形成すると考えることはできない、といつてゐる。

第一次世界大戦の終焉とほぼ時を同じくして発表された「現代法治国家における刑法と行刑」⁽⁸⁾(一九一八年)という論文は重要である。ここでは、警察国家と法治国家の在り方を対比し、刑法においては、なるほど法による支配の観念が貫徹して

いるけれども、行刑においては、もつばら行政がその実質を決めて居り、受刑者の権利の制限は、法律上の根拠ではなくて、内務省令と司法省令、州政府の命令によつてなされているという点を攻撃し、行政官庁の命令に対する不服を裁判所が判断するのではなくて、当該行政官庁がこれを取り扱う現状は、一体、法治国と言えるかと批判している。この論文では、公法をもその専攻にしていたフロイデンタールらしく、当時の公法学者シュタール、ベール、グンプロヴィツ、グナイス、フライナー、O・マイヤーらの「法治国家論」を詳細に検討している。⁽⁹⁾

一九二五年には、注目の論文「刑罰の意義」⁽¹⁰⁾が発表されている。この中で、フロイデンタールは刑罰の意義について比較的詳しく論議をして居り、v・リストのテーゼに従つて、社会政策こそが最良の刑事政策であり、刑罰は最後の手段であつて、その本質的な目標は、教育でなければならぬと説いている。刑罰、特に自由刑は補充的なものであるべきであると、特に短期自由刑は罰金刑で刑の目的を達しうる限り、それによつて代えられるべきことが提案されている。一九六六年に公表された「対案」の起草者達の思想は、すでに四分の一世紀前にフロイデンタールによつて先取りされていたというべきである。⁽¹¹⁾

この論文は、これまで、余り気がつかれてはいなかつたけれども、決定論者と期待可能性論との結びつきを論ずる個所に注目すべき、検討しなければならぬ問題提起がある。一九二二年の「責任と非難」の後、フランク祝賀論文集に書かれるべくして書かれなかつたとされたフロイデンタールの「期待可能性論」と「刑罰論」とのつながり合いについて、この極めて短かいが、暗示するところの多い論文を詳細に検討する必要はあろう。問題点として指摘するにとどめたい。⁽¹²⁾

一九二六年には、累進処遇を中心とした小論「それでも地球は回る」⁽¹³⁾の中で、少年裁判所法の場合と同じように、ライヒ行刑法が一日も早く目の目を見るようアピールをした。

この同じ年に発表された「被釈放者保護・公共の義務」⁽¹⁴⁾も又、極めて重要な論稿である。「釈放した受刑者の世話をみな

い国家は、開復手術をして、傷口を治さずに、あけたままにしておく外科医のようなものだ」とするフロイデンタールは、被釈放者保護こそが、犯罪の根ざしている点にとどくのであつて、刑罰はそれに到達しはしない。刑罰よりも、保護の方が強い作用をはたしうるということを強調し、国家や社会は、これに働らく団体や有志の保護司に、充分な財政的支援をすべきであるという。このテーマは、すでに指摘した「保護教育法」の中でも論じられたことだったが、現代の犯罪教育学の概念をすでに当時から先取りをしていた見識は高く評価すべきである。言うまでもなく、この論文に発表した意見も、アメリカ旅行の所産である。

一九二七年には、「一九二七年行刑法草案¹⁵⁾」と題する論文が出ている。ここでは、法律関係としての拘禁を「法律」の形で、統一的に法定することが、現時の急務であると叫び続けてきたフロイデンタールが、連邦の統一法の形で行刑法草案の公表されたことを歓迎し、年来の主張の実現されたことを喜ぶとともに、その草案の中で理想から遠い不十分な部分について批判を加えている。私は、右の草案を手にしていないので、残念ながら、その発言を正確に検討することはできない。

一九二八年に、ブムケの編集にかかる「ドイツの刑務所制度¹⁶⁾」が公刊されたが、フロイデンタールは、この中で「受刑者の法的地位」について小論を発表した。全部で六頁の、文字通り短文ではあるが、受刑者の法的地位は、連邦統一法によつて明規され、執行裁判所が受刑者の申立を司法的にとりあげ、その権利、義務の関係を法治国にふさわしく判断すべき旨を強調し、「イギリスの実質的・実際的な努力とドイツの形式的・体系的努力とが何等かの権威のある国際的な機関(Solc)の力によつて、受刑者の法的地位を法律上確保するために綜合されるならば、行刑法の進歩に極めて大きく貢献するであろう」と結んでいる。

自由刑の執行についてのフロイデンタールの「白鳥の歌」は、「ドイツの行刑¹⁷⁾」である。「ドイツでは、行刑は、何世紀も

の間、灰かぶり姫（シンデレラ）であつた。ドイツで、シンデレラが王女になつたとは決して言うことはできないが、しかし、これまでこの問題に沈黙していたむぎが、とにかく関心を持ち始めたということは否定しえない」という言葉で始まるこの論文は、ウィットリッヒの少年刑務所の現状を批判する新聞に発表された批判的な論文を契機として書かれたものである。フロイデンタールは、この施設の現実がたしかに理想から見れば不十分であることを認めつつも、そこで行われている少年行刑が、累進制をドイツで最初に実施したことをはじめとする幾多の刑事政策的な制度により、将来の行刑の範型となつている事実をあげ、教育刑の理想を実現するために重大な寄与をしている旨を強調し、教育は柔弱を意味するという非難は、新しい行刑に対して向けえない。行刑の長に、教養のある適任者が居ることこそ重要であり、かくて確固とした精神と教育学的な造詣が並行して実施される。これは、刑法でも行刑法でも同じである。厳格さと弱々しさの間に対角線をひくこと、「刑法を去勢することなく人道化すること、これこそが重要である」と強調し、「この新しい年が、この目的への道を力強く一歩でも前進をもたらすように」と結んでいる。そして、この論文が出て半年も立たないうちに、リープマンの死去で大きな打撃を受けて間もないドイツの「行刑学」は、又しても先覚者の一人を失い、三年後には、ワイマール共和国の崩壊とともに、破局への道を歩むことになる。⁽¹⁸⁾

- (1) Aus amerikanischen Tagebuchblättern, op. cit., Amerikanische Kriminalpolitik, op. cit.
- (2) Die staatsrechtliche Stellung des Gefangenen, 1910 (ZStVollz., op. cit.).
- (3) 正木・新監獄学一四五頁以下は「家族刑」として居られる。要するに、自由刑の執行によつて、家族から夫・父を奪うことにより家族の構成員に加えられる自由刑の附随効果について、仮によんだ場合の名称をいう。
- (4) Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts.
- (5) Gefängnisrecht und Recht der Fürsorgeerziehung.
- (6) v. Liszt, „Gefängnisrecht“, ZStrW. Bd. 35, 1914, S. 657 ff.
- (7) Freundthal, „Gefängnisrecht“, ebenda, S. 916 ff.
- (8) Strafrecht und Strafvollzug im modernen Rechtsstaat.

- (6) 例えは、Otto Bähr, *Der Rechtsstaat*, 1864. Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 3. Aufl., 1913. Greist, *Der Rechtsstaat 1872*, derselbe, *Der Rechtsstaat, und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 1879. Gumplowicz, *Rechtsstaat und Sozialismus*, 1881. Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 1895. Stahl, *Staatslehre*, 1910. Storer-Sömlo, *Rechtsstaat, Verwaltung und Eigentum*, 1911. Thoma, *Rechtsstaatsidee und Verwaltungswissenschaft*, *Jb. d. öf. Rechts*, Bd. 4, 1910, S. 196 ff. などである。第二次大戦後の社会的法治国家としての論文集、*Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, herausg. v. Forsthoft, 1968 と比較して、いわゆる「法」治国の概念の変遷を検討する点で重要なテーマであるが、同じくは、これらの問題に立ち入ることは出来なう。
- (7) *Der Sinn der Strafe*, op. cit.
- (11) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1969, S. 73 ff. (一九六六年ドイツ刑法草案総則対案理由書、刑事基本法令改正資料一五号五七頁以下)
- (12) *Der Sinn der Strafe*, op. cit., S. 26 ff. この箇所は、これまで、期待可能性を論じた文献において、不思議なほど注目されなかつた。わが国のみなも、ドイツのと同様である。
- (13) „Und sie bewegt sich doch“, op. cit.
- (14) *Entlassenenfürsorge, eine Pflicht der Allgemeinheit*, op. cit.
- (15) *Der Amtliche Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes von 1927*, op. cit.
- (16) *Deutsches Gefängniswesen*, op. cit.
- (17) *Deutscher Strafvollzug*, op. cit.
- (18) 例えは、少年受刑者の処遇理念が、ナチスの法体系の中へどのように変化したかを知るために、*Stratvöllzug an jungen Gefangenen, Beiträge zur Rechtsrenewerung*, Heft 1 (2) の中にある。ウエントリッヒ刑務所長ライナー (Bleidt) の報告を見なう。

六、行刑の現状批判の論点

一、緒言

「受刑者の国家法上の地位」の問題に関するフロイデントールの発言は、ドイツの行刑の現状批判として行刑法の立法に波紋を投じ、遂には、行刑法草案の形に結実した。⁽¹⁾ 勿論、統一法典としての行刑法のない時代におけるその批判的発言は、わが国のように比較的早い時期から「監獄法」⁽²⁾を保有していた国にとつて、必ずしも全面的に当たらない部分も少くないが、し

かし、わが国の行刑の現状を考え併せてみると、その批判の中に、なお、耳を傾けるべきものも少くないことを知るのである。以下で論ずるその見解には、正木亮博士によつて、すでに紹介のなされた部分⁽³⁾がかなりあるけれども、全体的な評価を行ふ予備的な作業として、重複をもちえりみず、フロイデンタールの発言を検討してみたい。その際には、「受刑者の国法上の地位」を縦糸とし、その後に表示された論稿を横糸としてその思想内容を浮き彫りにしたい。

二、刑罰の意義に関する所説

フロイデンタールにとつては、刑罰の目的を問う刑法学派の争いに身を投ずることは余り合理的ではないと思われたに違いない。その基本的立場は、v. リストの率いる新派刑法学に属するから、刑罰を応報と解する古典派に組みするものではなく、刑罰の目的を受刑者の社会復帰ということに求め、改善という言葉⁽⁴⁾を避けて、受刑者の教育という言葉を用いる。いずれにせよ、リアリストであるフロイデンタールにとつては、これらの名目論、名称論⁽⁵⁾はどうでもよいことであつた。彼は皮肉をこめていつている。何世紀となく刑罰の目的を問うことが試みられた。そして標語でもつて答えうると信じられてきた。多くの派がそれぞれ標語を持つた。セクト内でも、刑法学者や刑法哲学者ごとに標語が違つた。まるで学問的小国分立みたいなものである。小さな領土をもつ国が固有の貨幣を作り、隣国ではそれを突つ返えすといつた趣である⁽⁴⁾。と。

フロイデンタールにとつては、刑罰は、出来るだけ副次的なものであることが好ましい⁽⁵⁾。若し罰金刑で充分ならば、自由刑を課す必要はないし、その他の処分⁽⁶⁾で充分ならば、それでよいではないか。彼は刑罰の意義を問うに先立つて、刑罰に値する行為の種類とのかね合いを考える。刑罰、殊に自由刑が必要と思われる事件についてその意義を問うとき、決定論者にとつては回避可能な行為に対する贖罪の意味での応報ではないし、名誉を奪うことでもない。応報⁽⁷⁾という言葉を刑罰の意義として掲げて、決定論者の目には、それが刑罰の合理的意義を示すことの断念としてしか映らない。応報でないとする

ば、威嚇・無害化・教育の三つが刑罰の目的として考えられる。このうちで、教育こそが最も重要である。これ以外、国家に役立つものは何もない。教育だけが、刑罰を高尚なものにする。フロイデントールは、後に、「現代の自由刑には教育の目的こそが固有である」といい、「自由刑は、歴史的にみれば、教育の門をくぐつて文化に入り込んだ」といつている。彼にとつて、「教育」とは何であろうか。「教育とは、外的・国家的・市民的——私のいう国民的——教育であり、犯罪者を合法的に生活する市民へと教育しなおす (Umildung) という目的をもつもの」である。又、「受刑者が改善されて刑務所を去ると考えるのはユートピア的である」とすることや、「受刑者が行刑において全く改宗される」などとは、およそ考えられないことである。「倫理的に改善されることは、はたして効果的な被釈放者保護の要件であるのか」と問うことで、釈放後の再犯防止の措置としての保護観察の合理化を考えたフロイデントールのことである。彼は、もつと現実をきびしい目で見ていた。彼のいう「教育」は、言葉をもて遊ぶことではない。「真面目にかせぎ、妻子を自からの手による労働でもつて養うようになった受刑者は、刑法的な意味で教育されたといえる」⁽¹⁰⁾。

刑法の目的は、v・リストらと同じように、社会の防衛であり、そのための防衛手段が刑法である。しかし、刑法は防衛法であるという場合に、「防衛」というのは、危険な人間の危険な行為に対して刑罰により社会を防衛すると同時に、犯人自身を守る⁽¹¹⁾ということも忘れない。この議論にすでに示されているように、責任の概念に代つて、危険性が刑罰の要件として登場している。

リアリストであるフロイデントールは、これ以上、刑罰と危険性について論及しなかつた。勿論、基本的には、社会的責任論、性格責任論と同一方向をとつた議論が展開した筈である。ただ、フロイデントールの場合、あくまでも犯罪人、受刑者の保護と法律関係の明定を強調し、実質的に罪刑法定主義を強化しようとする試みがなされている点を注目しておきたい。

三、法律關係としての自由刑

ところで、自由刑の概念論争はどうであれ、一体、自由刑の内容はどうなつていいのか、どのようにして自由刑は執行されているのか。その法的根拠は何なのか。「国家は、受刑者に対し、法律上、裁判官によつて自由刑の形で科せられただけのもを受刑者に科すにすぎない¹²⁾」。はたして、行刑の現実には、その通りであるのか。

従来、国民の権利・義務、殊に、憲法上保障された基本的人権の研究は盛んに行われているが、一般の国民と同じ筈の受刑者の権利義務は等閑視されてはしなかつたかとフロイデンタールは自ら問う。受刑者の法的地位を問題にすることは、一年に何十万という人が服役しているという実践面でも、自由刑が現行法の刑罰、全刑罰体系の基礎をなすという理論面でも重要性がある。自由刑とその刑量は、裁判官の判決により決定されるが、その内容は、判決上明らかでない。輕懲役 (Gefängnis) と重懲役 (Zuchthaus) の区別はどういう点にあるのかも、明らかでない。これらは、行政官庁たる行刑当局の措置に委ねられている。判決は、被告人を刑法 X 条で処罰する。被告人を X 条により監獄に拘留すると宣告するが、根拠条文をあげるだけである。本来ならば刑の執行の内容につき、行刑当局にいかなる授權がなされ、拘禁される者の自由はどのように制限されるかについて明らかにされていしかるべきである。¹³⁾ 罪刑法定主義は、形式上は整えられているけれども、その實質は空虚ではないか。行刑当局は、これでは、何をしてもよいということになりかねない。しかし、行刑当局といえども、違法な行為をすれば、法の制裁に服し、責任を問われる、として、アメリカのシンシン刑務所の一事例をとりあげる。

ドイツの練習船の若い候補生が、逃亡して捕えられ、一舎房に收容された。ところが、そこでは、数日前に一受刑者が肺結核で死亡して居り、消毒をしないまま、その船員を收容したのであつた。その少年は、やはり肺結核に感染した。この事件は、刑務所内の事件ではあつても、この不当な行為に対し、次の三つの責任を問いうる。治療などについての民事責任、健康を害せしめたことについての刑事責任 (傷害罪、職務違反という意味での懲戒上の責任) がこれである。¹⁴⁾

さて、受刑者がいかに取扱われるべきか、その根拠規定は何かといった問題は、これまで、刑務所施設という孤立した社会内の出来事であつただけに、又、犯罪を犯した者という社会的にみてひげ目のある立場の者に対する処置であるだけに、極めてあいまいなままにされていた。その法律状態は、国家法的にみて一体満足すべきものなのかを問う。憲法上何等の規定はない。刑法に若干の規定はあるが、執行の内容については殆んどふれていない。⁽¹⁵⁾ 州の憲法も同様であつて、殆んどが、州政府の省令にゆだねられている。法律の場合には、連邦や州議会の同意によつて規定されるのであるが、省の政令には、このようなチェックがない。⁽¹⁶⁾ 又、プロイセンでは、事項によつては、内務省と司法省に分れて、行政庁の命令の形で実施され、二元主義とよばれている。このような事情は、どこの州でも大同小異である。後に、フロイデンタールは、このような事態は法治国の理念にもとるのではないかということをきびしく批判している。憲法や法律によらないで、個人の人権が勝手に行政官庁の判断で制限され、それに対する不服は裁判所ではなく、当該官庁がこれを取扱うというのでは、法治国家ではなくて、警察国家であると強く批判する。⁽¹⁸⁾ 当然である。

このような法治国の理念に根本的に反する扱い方、つまり、刑法典では統一されつつ、現実の執行面では、州により区々であるという欠陥を補うには、連邦統一法である行刑法による規制が必要である。⁽¹⁹⁾ 軽懲役と重懲役の区別にしても、州によつては、前者の方が後者よりもきびしい執行内容をもつたりする矛盾がある。⁽²⁰⁾

人間の基本的権利は、憲法上明確にうたわれ、これを剝奪したり制限したりするには、憲法上根拠を持たねばならず、それを新たに行うためには、複雑な改正手続を経て行われる必要がある。しかるに、受刑者の権利は、行政官庁の命令で簡単に制限されている。しかも、体罰や懲戒罰が、そこに規定されている。このようなこと以上に人の自由をより深く侵害するものが他にあるだろうか。⁽²¹⁾ 受刑者の訴え出る権利、行動の自由、意見表明の自由、独房・雑居を選ぶ自由、宗教の自由、さらには、ひげをのばしたり頭を刈つたりする自由、身内の者との通信の自由なども、これらの命令で制限を受けている。⁽²²⁾

これらの規定は、受刑者の権利を侵害⁽²³⁾してはいないだろうか。刑務作業に対しては、適正な値段で金銭的な支給がなされているだろうか。受刑者が刑務所に携行した私物を使用する制限は、いかなる根拠で行われているのか。行政命令は、本當は、法律の授權の枠内でのみ有効であるはずだが、内容的にどうなのか。どう考えても、今日の行刑の事態は異常である。統一法としての行刑法を求める声があちこちから上つているのも無理はない。

このように論じた後、国民の一員にはかならない受刑者の自由と権利を守るために、拘禁を「法律關係」として形成する必要性を説くのである。執行官庁の裁量を排除し、それに代えて、法秩序の意思をもつてすべきである、という主張は、⁽²⁴⁾後に、次のように敷衍された。「拘留中の市民の権利は、法律による自由刑の執行をもつて失われた権利の他は、市民の権利と同じである。……受刑者の法的地位と自由な市民の法的地位とは、法律上、裁判官により科された自由刑の内含する制限によつて区別されるにすぎない⁽²⁵⁾」と。

このように、法律關係としての拘禁を明確な法律の形で規定するという法律状態が表現してはじめて法治国の本質にかなつた行刑といえる。「拘禁とは、国家が個人の自由の制限を受刑者に課すことを正当づける内容の法律關係である⁽²⁶⁾」。自由の制限以外の何物でもない。又、受刑者に対する自由の制限ではあつても、他の者を制限するものではない。この二つの点で、拘禁の法的性格を明確化することが、将来の法律の重要な使命である、とする。フロイデンタールは、可能なものの範囲内で自由刑は自由の制限へと導くものであること、言い渡された者にだけ制限が加えられるべきことを強調している。

四、自由刑の純化

一、法律關係として自由刑を法規上明規する場合に、これまでの自由刑の在り方からして、次の三つの側面に分析して批判した。

第一に、自由刑は、その執行の方法により、身体刑・生命刑になつてはならないとする。⁽²⁷⁾ ゲバウアーも言うように、何らかの健康侵害が、始めから刑罰という害悪の一部であり、場合によつては、その必要な結果であると考えられてはならない。冬期に、暖房のない舎房に居住させ、健康に支障をきたした場合、この考え方からすれば、一種の身体刑である。⁽²⁹⁾

第二に、自由刑は財産刑ではない。これは、生産的な刑務作業の体系をいかに作るかということと関連して論じられる。⁽³⁰⁾ フロイデンタールは、アメリカのメリーランド州立刑務所の例をひいている。ここでは重懲役囚の刑務作業から州の執行費用を出すばかりか、その余分な収益を州と囚人自身のために捻出し、家族と釈放後に囚人自身が困窮状態になつたときの援助資金をつみ立てるのに充分な程の収入をあげている例をひいて、ドイツでも同様なことが継続的に行いえない筈はないとする。作業賃金は、単なる償与金という程度にとどまらず、「市場価値に従い、そのレートで支払われるべきもの」としている。⁽³¹⁾ 西ドイツでは、最近になつてやつと賃金制を実施しようとする動きが出てきている。⁽³²⁾ そのことを考えると、この提案の進歩性が再認識出来よう。

第三の問題として、家族刑の問題がある。排除可能な第三者に対する附随効果を出来るだけ排除すること、殊に、受刑者の家族、犯罪の被害者とその家族⁽³³⁾にその効果を及ぼすことがないように努めなければならない。⁽³⁴⁾ これは、第二の問題と結びついて、次のように発言されている。「将来の立法者は、その刑務作業の完全な価値を労働賃金 (Arbeitslohn) として受刑者に約束することにより、第三者への作用を除くことができる。⁽³⁵⁾」又、「扶養義務のある家長がいなくなることによつて、家族にもたらされる危険⁽³⁶⁾」に対しては、ランズベルクの言葉を引用して「父を奪われた受刑者の子供の教育」を国家に対して義務づける。⁽³⁷⁾ フロイデンタールは、これらの要請は、なるほど今日からみればユートピアかも知れないが、明日の現実となる、という。このような考え方は、クローネの「有罪の判決を受けた者は、その全人格と財産とをもつて刑罰の目的を達成せしめるために、国家権力に服する⁽³⁸⁾」という考え方とは全く相容れないのである。

二、その他、フロイデンタールは、自由刑の執行が選挙権の制限をはじめとする市民権を制限する性格、つまり名誉刑の性格を持つことを嚴重にいましめている。例えば、「お前」³⁹⁾という呼び方なども、問題にしている。いわゆる「単一刑論」は、その論調の中には出ていないけれども、軽懲役と重懲役とで、作業の内容を変えたり、衣服に区別を設けたりすることに對しては、⁴⁰⁾名誉刑との関連でもつて論じて居り、この結論を押しつけてゆくならば、単一刑論に行きつくことになる。この意味でも、今般の刑法改正（一九六九年の第一次刑法改正法律）における単一導入の先駆者の一人といつてよいであろう。

ついでながら、フロイデンタールの提言は、最近の行刑委員会の決議にいかに見られているかを見てみよう。

行刑の目的と受刑者の法的地位は、第二回と第五回の會議において討議された。

第二回の決議で主要なものは、次の通りである。⁴¹⁾

行刑は、有罪の判決を受けた者が、法的共同体内で適法な生活を送るような能力をつけさせるものであること。行刑を形成するにあたり、その者が社会的責任を覚醒するように援助を与えること。自由の喪失のもつ有害な作用には、対策を講じること。

有罪の判決を受けた者の法的地位にとつて重要なのは、法治国の原理と社会的国家の原理により必要な行刑の形成である。

以上のように行刑を形成するには、^{a)}法的形体としての特別権力関係は、行刑における有罪者の法的地位を規定するのに適していない。^{b)}行刑においては、有罪者は、自由の剝奪と不可避的に結びつき、行刑の目的を達成するのに協力するといふ義務から生ずる制約にのみ服するものとする。^{c)}行刑の目的に役立つ限り、有罪者と外界との関係は、これを奨励する。

第五回の決議は、左の通りである。⁴²⁾

①受刑者の基本権は、基本法が法律に留保したものとして認めている限度で制限しうる。

② 受刑者は、彼等から判決によつて剝奪されず、又はその特別な事実上の關係を考慮し、受刑者に特別規定を定めないうり、自由な市民と同じ国民権、市民権、社会権をもつ。特別規定は、特に必要な場合に限り許される。それは、附加刑の性格を持つてはならない。

③ 権利と義務の行使を所内で行うことが可能であり、刑期の終了後の時に延期することが不可能又は期待しえないときは、受刑者に、それを行使する機会が与えられる。刑期終了後まで延期することが可能であつても、それによつて執行の目的の達成が促進されるときは、その権利・義務の行使の機会が与えられる。

④略

⑤ 受刑者には、その権利と義務を行使するのに必要な情報を得る機会が与えられる。

この決議のうち、③と⑤は、主として選挙権についての提案である。

第三回会議の決議には、次のような重要な諸点が含まれている。

受刑者の処遇⁴³⁾

刑施設内の生活は、出来るだけ、施設外の生活と一致するものとする。安全の見地と処遇の利益のため可能であるように運動の自由を認め、次第に増大せしめるものとする。今日、恩恵とみられているものうちの多くのものは、通常の執行の構成部分とする。

州の選挙法が受刑者の選挙権を排除したり、停止したりしている場合には、それを変更するものとする。

一般に入手しうる情報源⁴⁴⁾

新聞、雑誌、本は、それを注文したり所有することを許す。もつとも、適当な期間の後に、提出するものとする。検閲は原則として行わない。勿論、行刑の目的や所内の秩序を危険にする内容のものは、この限りでない。

ラジオ、テレビは、自分個人のセットを持ち込むことは出来ないが、自由に聴取させる。

第五回会議では、受刑者と外部の者との交流について決議がなされた。

外部の訪問は月二回許される。郵便物は、検閲をするが、制限はない。手紙の内容が秩序をみだすようなものであれば、これを投函しないように処置する。

食料や嗜好品の入った小包は、年に三回受け取ることが出来る。

第一〇回会議では、行刑の問題を判断する執行裁判所と執行裁判官について詳しい討議がなされたということだけを指摘しておく。

五、被釈放者保護

最後に残つたものは、被釈放者保護の問題である。

すでに紹介したように、フロイデンタールの基本的な考え方は、受刑者が改善されて刑務所を去るとか、倫理的に改善されるというのは、ユートピア的な考え方であるということ、被釈放者保護が加わつて、はじめて行刑は完成するということであつた。⁽⁴⁵⁾要するに、被釈放者保護は、拘禁という法律関係の要石である。拘禁の本質と関係のない要素をすべて取り除いて、犯罪者をスムーズに社会にもどすための社会復帰を考える。それ故に、釈放後の面倒を見るのは、国家にとつて義務なのである。⁽⁴⁶⁾前にも引用した、開腹手術後に、腹を縫合するのが外科医の義務であるのと同じである。⁽⁴⁷⁾

そればかりではない。フロイデンタールは、受刑者に課せられる労働、刑務作業は、釈放後の生活、収入の道を考えて与えるべきであり、釈放後の就職についても配慮すべきことをすでに強調していた。⁽⁴⁸⁾失業は、犯罪と同様に、国家にとつて危険であるというのが、その趣旨である。そればかりではない。フロイデンタールは、受刑者も災害保険に加入させるべきで

あること、保険料は作業賃金から支払つておいてやることを提唱している。⁽⁴⁹⁾これは、今回の行刑委員会の決議にも見えており、⁽⁵⁰⁾極めて革新的な提案といつてよいであろう。

この他、今日では常識となつてしまつたが、被釈放者に対するパロール制度も、アメリカの例をひきながらドイツにも実施することを推賞している。⁽⁵¹⁾そのために、国家や州の力で組織された制度のみならず、公的、私的な団体の力を借りて、保護を手厚くすべきであることを強調している。しかも、保護観察の必要性を説いている場合でも、警察の力で、もつぱら社会を防衛するという観点を強調するのは明らかに違う態度を示している。「保護観察は、社会を犯罪人から守るのみではなく、犯罪人を彼自身から守ることである」とし、犯罪者が不安定であるという点は、自由刑ではどうしようもない。社会内処遇としての保護観察こそ、この不安定性に力を借すのだという。⁽⁵²⁾

釈放について、さらにもう一つの配慮が加わる。それは、中間的な移行施設(Ubergangshein)の必要性についてである。拘禁されていた者が社会に復帰する際には、準備が必要だという思想である。全く不自由であつた状態から一挙に自由社会へとびこむことは大へん危険である。従つて、移行施設に収容して、長い間奪われていた自由を漸進的に慣れさせることは、特に、受刑者に必要である。⁽⁵³⁾このような考え方も、アメリカや北欧の経験をもとにした、戦後の西ドイツの中間刑務所、開放刑務所の実施により、実現化され、今回の行刑委員会の決議にも正式にとりあげられた。⁽⁵⁴⁾

被釈放者保護は、保安処分となるであろう、とフロイデンタールは預言していた。⁽⁵⁵⁾この制度の目的は、受刑者を良き市民へと再教育することであり、それによつてもたらされる社会の保護である。そのための施設と人的関係についてフロイデンタールは、各国の制度を事例として示し、ドイツでも、少年裁判所制度においてすでに成果が上つているという事実を指摘したことだつた。「現在は、契約とか行政規則で、私的団体に被釈放者保護を委ねている。将来の法律が、これに法規上の基礎を与えれば、被釈放者保護と名づけられたものは、完成された法律関係になるであろう。ここに、われわれがあこがれ

ながら期待している行刑法の一つの課題がある」といつたフロイデンタールは、一九二七年行刑法草案における施設面、人の要素の面での欠陥を、やはり批判せざるをえなかつたのであろう。⁽⁵⁶⁾

最後に、行刑委員会の第五回会議で、被釈放者の社会復帰を考慮し、保険法の改定をすぐにも始め、自由剝奪の期間、受刑者が社会保険、特に、失業保険、健康保険などに加入できるようにはかること、社会扶助機関が受刑者の家族の保護をすること、環境調整をすること、そのための特別な社会奉仕部局を新設することなどを提案した。⁽⁵⁷⁾

これらの論点は、すでに見てきたように、ワイマール共和国の末期に、フロイデンタールによつてすでに提唱されたものである。ここにも、刑事政策家、否、社会政策をもつて最良の刑事政策と考へた一人の学者の不朽の発言の価値を見るのである。

- (1) 一九二七年行刑法草案については、つとに、正木亮博士により部分的な紹介がなされている。正木・新監獄学一一九頁など。
- (2) 我が国の監獄法の制定史については、特に、小河滋次郎・監獄法講義、昭和四二年四一頁以下、綿引伸郎・藤平英夫・大川新作・全訂監獄法概論、昭和三年一〇頁以下、小野清一郎・朝倉京一・改訂監獄法、昭和四五年九頁以下。なお、監獄則並図式(明治五年、監獄則(明治四年、同三年)など、旧法規定を完全に収録した資料「刑事関係旧法令集(刑事訴訟法、矯正保護法編)」、昭和四五年参照。
- (3) 正木博士の「法律上より見たる囚人の人権」、獄窓の中の人権、昭和四三年一〇六頁以下、特に、二二一頁以下参照。なお、同・自由刑の内容と囚人の法律的地位、新監獄学、一一七頁以下は、フロイデンタールの論文「受刑者の国法上の地位」に示唆され、テーマごとに章を分けて、詳細に論及したものである。かつて、法学志林に連載された論文「法制上より見たる自由刑の本質」に加筆を施して体系的にまとめられたものといふことができる。
- (4) Der Sinn der Strafe, op. cit., S. 25.
- (5) Ibid., S. 24.
- (6) Entlassensfürsorge, eine Pflicht der Allgemeinheit, op. cit., S. 403.
- (7) Der Sinn der Strafe, op. cit., S. 28.
- (8) daß der Gefangene im Strafvolzug aus einem Saulus ein Paulus geworden (sei) と云ふ。Entlassensfürsorge, op. cit., S. 407.
- (9) Ibid., S. 409 f.
- (10) Der Sinn der Strafe, S. 28.

- (11) Ibid.
 - (12) Entlassenenfürsorge, S. 404.
 - (13) Die staatsrechtliche Stellung, op. cit., S. 159.
 - (14) Ibid. 正木・獄窓の中の人権 前出二二頁以下。
 - (15) 例えば、一五条と一六条は、それぞれ重懲役、輕懲役受刑者の刑務作業につき規定し、二二条は両者の独居拘禁につき規定しているが、その細かい内容は明らかになれていない。
- もともと、現在は一九五六年四月一日施行の行刑法により、統一的な行刑法規が与えられた。旧法は、一九三五年二月七日のライヒ司法省令 (Allgemeine Verfügung des Ministeriums der Justiz) によつた。
- 本文は「ノロイデントール」の「統一規定のなかつたマイエール共和国時代のことをついてみる。」
- (16) ノロイデントール 特記 Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis, op. cit., S. 225, Gefängnisrecht u. Recht der Fürsorgeziehung, op. cit., S. 78 f. 參照。
 - (17) Gefängnisrecht u. Recht der Fürsorgeziehung, S. 81 以下と、立憲国家では、自由の制限は法律によるべきであり、単なる命令によるべきではない。Deutsches Gefängniswesen, op. cit. (1928) は、(行政官庁の) 自由裁量に代つて、法律が広範に入ることもあつて、(国民の権利の) 侵害の内容の確定がなされる。トコウ。又、Strafrecht u. Strafvollzug im modernen Rechtsstaat, S. 497 f. では、法律による行政という観点から問題を検討し、国家生活や国家活動が裁判官の判決によつて確固とした基礎づけがなされるものであり、それに先立つて、立憲的国家においては、法の支配が重要である。立法と司法による法の安定こそ、最も重要な事柄であり、行刑は、この二者により、制度的に嚴格に制約されたものであることが「ノロイデントール」に述べられている。
 - (18) Strafrecht u. Strafvollzug im modernen Rechtsstaat, op. cit., S. 500 f. 以下。Der Amtliche Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, S. 698. f. 參照。
 - (19) Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis, S. 225.
 - (20) Rossmay, Blätter für Gefängniskunde, Bd. 42, S. 288 以下。Die staatsrechtliche Stellung, S. 160 以下。
 - (21) 従つて、受刑者に対する国家の関係は、法規によつて形成され、確固とした基礎づけがなされる必要がある。Vgl. Der Amtliche Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes von 1927, op. cit., S. 404.
 - (22) Strafrecht u. Strafvollzug im modernen Rechtsstaat, op. cit., S. 504.
 - (23) わが国の刑務所における現状は、殊に、禁煙、家族の写真を飾ることの制限、頭髮の刈り方、累進の等級による手紙や面会の回数制限などを考えるとき、かなり問題があるところである。
 - (24) Die staatsrechtliche Stellung, S. 163, Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis, S. 233 f., Entlassenenfürsorge, S. 404.

- (25) Gefängnisrecht u. Recht der Fürsorgeerziehung, S. 80 f.
- (26) Die staatsrechtliche Stellung, S. 164.
- (27) Gefängnisrecht u. Recht der Fürsorgeerziehung, S. 81, Entlassenenfürsorge, S. 404.
- (28) Gebauer, Blätter für Gefängniskunde, Bd. 42, S. 497—Die staatsrechtliche Stellung, S. 164 以下。
- (29) Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis, S. 229. 以下。 Busch, Vergünstigungen im Strafvollzug, in: Strafvollzug in Deutschland, op. cit., S. 94 ff. 参照。日本の刑務所は、大体において健康管理上は、すぐれた施設であるといつては、しかし、一部の施設は、まだ、'独居'、'雑居房'と水洗式でなく、'置き便器式'のものがある。これは、'衛生上も'、'健康上も'、極めて好ましくない。
- (30) 刑務作業の賃金制について、Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis, S. 240 ff., bes. 243 ff., Gefängnisrecht u. Recht der Fürsorgeerziehung, S. 82, Strafrecht u. Strafvollzug im modernen Rechtsstaat, S. 502, 504, Entlassenenfürsorge, S. 414 以下。ななつの箇所については、註以下。
- (31) Deutsches Gefängniswesen, S. 145.
- (32) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Allg. Teil, op. cit., S. 81. (註記・六六頁) 'など' Schmitt, Arbeit und Arbeitsbelohnung im künftigen Strafvollzug. Erläuterungen zu § 39 des Alternativ-Entwurfs, in: Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, S. 93 ff. (註記・滋野・筑間正泰訳・刑政八〇巻八号八六頁以下)。
- (33) 被害者に対する損害の補償につき、'オエトカー'は、'若し'、'国家が犯罪を防止しなかつたとするれば'、'国家は被害者に対して'、'生じた損害を賠償せねばならない'。勿論——第一に責任のあるのは犯罪者なのだ——'犯罪者の賠償'をえなう限り、この話してある'ところ'である。Die staatsrechtliche Stellung, S. 165 以下。
- (34) (働を)手が自由刑を課せらるる(人)と(人)の'家族は養育者と教育者 (Ernährer und Erzieher) と(夫)と' (Gefängnisrecht und Recht der Fürsorgeerziehung, S. 82)。
- (35) Gefängnisrecht u. Recht der Fürsorgeerziehung, S. 82.
- (36) Strafvollzug als Rechtsverhältnis, S. 242.
- (37) Landsberg, Die Familie und das Opfer des Verbrechens. Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Jg. 6, S. 65 ff.
- (38) Krohne, Lehrbuch der Gefängniskunde, 1889, S. 2.
- (39) Strafrecht u. Strafvollzug im modernen Rechtsstaat, S. 504.
- (40) Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis, S. 238 ff.
- (41) 委員会の採択した原則は、'議事録二巻一〇七頁以下'にある。報告者のうち、'受刑者の法的地位を論じた者は'、'シュエラー'、'シュプリンゴルム' (四八頁以下) とルブンヒト (七八頁以下) である。
- (42) この原則は、'議事録第五巻一五七頁以下'にある。受刑者の法的地位を論じた報告者は、'ヘルツォーク' (六七頁以下) とシュエラー'、'シュプリンゴルム'。

ム (七四頁以下) である。

(43) この原則は、議事録第三卷一〇二頁以下にある。第三回会議で、行刑中における処遇につき報告した者は、アインゼレ (三九頁以下) であり、外界の人との交流につき報告した者は、ビーラー (八〇頁以下) である。

(44) 議事録第三卷一〇五頁以下。この問題についての報告者はシュタイエラー (五九頁以下) である。

(45) 前出五二頁、五九頁参照。

(46) Entlassenenfürsorge, S. 409.

(47) Ibid., S. 405.

(48) Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis, S. 246.

(49) Ibid.

(50) Berichte der Strafvollzugskommission, Bd. 5, 1969, S. 15, Herzog, Die allgemeine Stellung des Gefangenen, ebenda, S. 71, u. Grundsätze der Strafvollzugskommission zum Thema Fürsorgemassnahme, ebenda, S. 153.

(51) Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis, S. 246.

(52) Entlassenenfürsorge, S. 407 f.

(53) Ibid., S. 413 f.

(54) 開放施設についての第七回会議の論議があった。報告者は、次の通りである。Krebs, Die offene Vollzugsanstalt, Berichte der Strafvollzugskommission, Bd. 7, 1969, S. 29 ff., Blau, Der offene Vollzug im Ausland, ebenda, S. 53 ff., Selge, Stufenvollzug, Entlassungsvollzug, Freigang.

Die Progression im Strafvollzug, ebenda, S. 89 ff.

(55) Entlassenenfürsorge, S. 415.

(56) Der Amtliche Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes von 1927, S. 703.

(57) Berichte der Strafvollzugskommission, Bd. 5, S. 153 ff.

七、フロイデントールの自由刑の現代的意義

以上の考察から、自由刑の執行をめぐる問題点についての刑事政策家としてのフロイデントールの寄与がほぼ明らかになつたと考へる。

これまで、行刑の内容をとかくあいまいなままにしておきながら、刑罰の目的を問うという、理論的・哲学的な論争に組

みするのではなく、国家と受刑者との間の法律関係を明らかにし、裁判官によつて、法律に基づき科せられる自由刑の執行内容を、出来るだけ純粹に、自由の剝奪に限定しようとしたフロイデンタールの努力は、成功したといえる。

受刑者から、自由刑の名において科されたもの以外のものは、国家といえども奪うことは出来ない。この考え方の中には、**罪刑法定主義の原則を、完全に貫徹したいという自由主義的な法思考の徹底化が認められる。**

受刑者とその家族の保護を充分考慮することの中に、人道主義と刑法の深い結びつきが見られる。「人道主義という非難を私は怖れない。何故なら、刑法や行刑における偉大な発展のすべては、人道主義化の方向で行われたからである」⁽¹⁾とは、フロイデンタールの言葉である。真に処罰に価する行為にのみ、刑罰を用いることを考える。行為者の行為を刑法上非難できなければ、その者を処罰する意義は失われる、とするのは、期待可能性論の根本的なテーゼである。⁽²⁾刑法におけるこの人間的な配慮が、行刑の面に反映したものと評することができるであろう。

勿論、現行法の適用は、出来るだけ一貫したものである必要があり、その規範の実現を確固とした行刑の手に委ねるといふ使命も一方ではある。社会の防衛は、本来、法律と裁判にまかされている。裁判上、犯罪者に科せられたものを、行刑は厳格に実施すべきである。しかし、あくまでも、それは、判決によつて言い渡された自由の剝奪・制限の限度内で実施されるべきである。行刑は、法律が定め、裁判が認定し、判定した判断を実施する機関であるから、罪刑法定主義の内容を、現実に握つていようべきである。刑法は犯罪人のマグナカルタであると言われているが、このマグナカルタにおいて宣言された内容が、空虚なものか、実のあるものかは、行刑の現実いかんにかかつていいる。法律と裁判に基づいた受刑者の法的地位の確立、これこそ、まさに、現代法の最も重要な論点の一つといわなければならない。

(1) Die staatsrechtliche Stellung, op. cit., S. 241.

(2) Schuld und Vorwurf, 1922, S. 15 ff. 特だ、佐伯千仞・刑法における期待可能性の思想、昭和二年、七五頁以下参照。