

「終身刑」論と刑法のあり方（1）

——国家的統制法の縮減と社会的調整（規整）法の展開
Control から regulation へ——

生 田 勝 義*

目 次

はじめに

第1章 終身刑をめぐる議論の状況

第2章 被害者感情論の問題 (以上、本号)

第3章 刑法による「被害者の権利」保護について

第4章 何をなすべきか

おわりに

はじめに

一国の文化の特徴はその国の極刑のあり方に端的に示される。70年以上も前、1948年の最高裁大法廷判決は「現代多数の文化国家と同様に」死刑は存置しうるとした。今日では「多数の文化国家」が死刑を廃止している。けれども日本の政府では、国民世論が死刑存置を望んでいるなどとして、死刑廃止を政治日程に乗せる動きは見られない。

この状況にしびれを切らしたのか死刑廃止論者の中から、死刑を廃止する場合はその「代替刑」を考えるべきだとの議論が始まった。代替刑として現行法上の無期刑のなかに「重無期刑」を設けるべきだ。無期刑では現行法とあまり変わりがなくインパクトが弱いので「終身刑」を導入すべき

* いくた・かつよし 立命館大学名誉教授

だ。その終身刑は「仮釈放のない終身刑」にすべきだ。それらの提案が、世論の動きを考慮しつつなされてきた(同様の動きは、日本だけでなく米国でも見られるとのこと¹⁾である。)。それでも世論が動かないこともあって、最近では死刑を残したままでそれと無期刑の間に「仮釈放のない終身刑」を導入すべきだと主張するものとか、一部の世論に乗る形で「死刑より過酷な」終身刑を導入することで死刑を廃止するという死刑廃止論まで展開されるに至っている。

と同時に、刑罰一般についての理論では、人格や人間の尊厳を基礎にする、受刑者の社会復帰という理念が高らかに唱い上げられ、それが立法や実務にも一定の影響を与えている。もっとも、刑罰論における寛刑論が犯罪化や犯罪の厳罰化を進める動きを批判する方向には必ずしも向わないという捻れも見られるのではあるが。

以上の状況は、一言で言えば、被害者感情に配慮した厳罰化世論のプレッシャーにたじろぎ混迷する状況に理論活動があることを示すものであろう。そこでは、終身刑論が、死刑を廃止するため、あるいは死刑を少しでも少なくするため、という大目的を達成するための手段にされてしまっていないであろうか。そのことにより終身刑のもつ大問題が実際上棚上げされてはいないか。そのような状況に学問までが飲み込まれつつあるのではないか。また、厳罰主義をそのままにして果たして終身刑が死刑廃止の「手段」になったり、終身刑の「社会化」ノーマライゼーションを進めることができるのであろうか。それらのことにより、他に可能な選択肢の探究がおろそかにされてはいないか。

現在の混迷状況を打開するには、これまでのように個別論点を逐一検討する作業だけでは不十分であり、混迷の基底にある問題を検討し、解明する作業が不可欠なのではないか。そのような基底にある問題として、被害

1) このような動きを批判的に紹介するものとして Charles J. Ogletree, Jr., and Austin Sarat (ed), *Life without Parole, America's New Death Penalty?*, New York University Press, 2012, 334 pp.

者感情論と危険社会論とが挙げられよう。従来これらの問題についての批判的検討が十分に行われてこなかったことに今日の理論的混迷の原因の一つがあるのではないか。今の困難の原因になっているところにメスを入れる、つまり厳罰主義の思想的背景にもメスを入れるのでない限り、混迷を打開することはできないように思われる。

もっとも、問題の背景を解明するだけでは批判にとどまる。批判だけでは現状は変わらない。それに加えて今大切なのは、「何をなすべきか」であり、問題打開の道を示すことである。対症療法的な提言は様々あるが、根治療法についてはあまりない。従来の延長にとどまらない、刑事政策、さらには法政策全体、におけるパラダイムの転換もが必要なのではないだろうか。ポタンの掛け違いを避けるにはやはりしっかりした基礎理論がなければなるまい。

本稿は、主としてそれらの基本的な問題と課題の検討が必要なことを提起するものである。

第1章 終身刑をめぐる議論の状況

終身刑、とりわけ現下問題となっている「仮釈放のない終身刑」（LWOP²⁾）は、上述した状況の中で死刑廃止論者によって死刑の代替刑として主張されてきた³⁾。しかし、その実情が明らかになるにつれ最近では、それは人間を「生き殺し」するものなのではないか、などといった疑問も投げかけられるに至っている。

2) Life Imprisonment without Parole の略語。

3) 例えば、誤判を主たる理由にして死刑廃止を唱え、大きな影響を与えてきた団藤重光『死刑廃止論』も「便宜上」との留保付きながら代替刑として仮釈放のない終身刑を認めている。団藤『死刑廃止論 第4版』（有斐閣、1995年）76頁～77頁、250頁～251頁参照。団藤のような法理論家でもこうなるのだから、利益衡量に頼る政策論だとうなるかは推して知るべきであろう。

1 無期刑の現状とその問題点

日本にはそのような終身刑を定める法律はないが、現行法にある無期刑が実際には事実上「人間を生き殺し」と同様のものになっていないか。法務省のデータ⁴⁾によると、平成21年(2009年)から平成30年の10年間に刑事施設内で「死亡した無期刑受刑者数」は210人にのぼっている。その間における「新仮釈放者」は67人であるにすぎない。(なお、その間の無期刑新受刑者数355人、平成30年年末在所無期刑者数1789人、その平均在所期間31年6月。)

現行法上の無期刑には仮釈放の可能性が残されている。この点において無期刑受刑者には社会に出るという「希望」を持つことのできる余地がある。ところが、日本における無期刑行刑の現状ではその希望の余地がきわめて小さくなっている。実際には「仮釈放のない終身刑」とほとんど変わりがなくなっているというべきなのではないか。この状況を改善することなく、さらに言えば、この状況を改善できないような状況で、「仮釈放のない終身刑」を導入するとなれば、それはどのような終身刑になってしまうか、容易に想像できるのではなからうか。

長期拘禁の科学的研究の一致した見解は、長期拘禁とくに無期拘禁が人間の精神性格に深い影響を与えることである、とされてきた⁵⁾。

ところが最近の研究には、長期拘禁による人格破壊現象はほとんど見られないとするもの⁶⁾がある。しかし、そこでも次のような指摘がなされて

4) 法務省「無期刑の執行状況及び無期受刑者に係る仮釈放の運用状況について」(令和元年12月)1頁参照。

5) 小木貞孝『死刑囚と無期囚の心理』(金剛出版, 1980年)201頁参照。小木も、自身の実証的研究の「総合的な考察」を記す中で、「長期の拘禁が人間の性格傾向をこえて強力に作用をおよぼす例をしばしば見るのであるが、この場合に見られるプリゾニゼーションが単に一過性の反応のみでなく、もっと長期に作用する例にも出会った」とする。同・19頁。

6) 例えば、新海浩之「我が国における長期刑受刑者の意識及び施設適応とその処遇に関する試論：実証研究を基盤とした分析」2016年、博士論文一橋大学機関リポジトリ、<http://doi.org/10.15057/27930>, 103頁～105頁参照。さらに、菊田幸一「長期受刑者の諸問

いることに注目すべきように思われる。すなわち、

「長期刑受刑者の「変化」に着目した研究は、本研究も含めて、多くの場合、横断的な比較を行うものであって、真に個人が長期刑の受刑を通じてどのような変化を経験するか、という問題意識に答えてはいないため、Kazemian and Travis (2015) は、長期刑受刑者が刑事施設の中で、どのような発達をし、能力をはぐくみ、人間関係を作っていくのか、縦断的な調査が必要であり、……（長期刑を経験したことがどのようにその後の人生に生かされていくのか、長期刑の刑務所で得られた、合理性が取得、社会的紐帯の改善 (Sampson & Laub, 1990)、自己アイデンティティの変化 (Maruna, 2013)、そのほかの認知的シフト (Giordano, Cernkovich and Holland, 2003) がその後の生活の改善、Good Lives の獲得にどのような影響を与えているのか、) ライフコース理論から説明することも必要となるとしている。そのためには、特に、長期的な個人の変化に注目した指標を蓄積することが必要となると考える。⁷⁾」。

以上の指摘を踏まえると、従来、長期刑の人格崩壊への言及が刑務所勤務経験者などによりなされてきたのは「縦断的な」観察によるもの⁸⁾であったからなのかの検討も必要となろう。

また、「独居拘禁」には弊害が大きい⁹⁾がそれでなければ終身刑も非人間的でないから許されるという捉え方¹⁰⁾や、長期・不定期拘禁の弊害は「動態的処遇システム (dynamic treatment system)」による処遇の社会化に

㍷題」法律論叢第73巻第4・5号（2001年）15頁～21頁参照。同・『死刑廃止に向けて——代替刑の提唱』（明石書店、2005年）247頁～251頁所収なども参照のこと。

7) 新海・前掲論文110頁。

8) 例えば、小木貞孝の研究は、医務部の仕事のかたわら、面接し、記録をとり、裁判記録や所内の身分帳を読むという日々によってなされたものという。同・前掲書『死刑囚と無期囚の心理』6頁参照。

9) これを指摘するものとして例えば Bennet Capers, *Defending Life*, in: Charles J. Ogletree, Jr., and Austin Sarat (ed.), *Life without Parole, America's New Death Penalty?*, p. 176.

10) 菊田・前掲論文「長期受刑者の諸問題」15頁～20頁参照。同・前掲書『死刑廃止に向けて——代替刑の提唱』247頁～251頁所収。

より克服することができるという見解¹¹⁾もある。

しかしながら、昔だけでなく今日の処遇方法でも死刑より酷だとの評価もある。終身刑より死刑の方がまだという、外国での受刑者の声も紹介されている¹²⁾。それに加え、人間の尊厳にとり人生に「希望」をもてることが不可欠であるとか、高齢により心身に及ぶ疾病を抱えた受刑者を刑務所に収容し続けることの問題性¹³⁾という新たな観点からの批判も有力に展開されている¹⁴⁾。世界中の終身刑の実態を調査・分析した研究成果を踏まえ、人権を基礎にした刑罰でなければならないとする見地から、終身拘禁はありうるとしても「仮釈放のない終身拘禁」は人間の尊厳に反し許されないとする、スミトとアップルトンとの共著による浩瀚な研究書『終身拘禁——グローバルな人権からする分析——』(2019年)¹⁵⁾も公刊されるにいたっている。これは「グローバルな規模で終身拘禁の実態を批判的

11) 石塚伸一「長期・不定期拘禁における行刑の社会化について——危険社会におけるリスク評価と社会復帰の支援——」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集【下巻】』(成文堂, 2016年) 632頁～635頁, 大阪弁護士会死刑廃止検討PT連続勉強会第7弾「死刑及び終身刑に関する世界の動向について」における石塚伸一報告(OBA Monthly Journal 2019.5) 63頁, 参照。

12) Charles J. Ogletree, Jr., and Austin Sarat (ed.), *Life without Parole, America's New Death Penalty?*, p. 75, p. 176.

13) 米国における終身拘禁者に見られる高齢化に伴う問題状況については, STEVE HERBERT, *Too Easy To Keep, Life-Sentenced Prisoners and the Future of Mass Incarceration*, University of California Press, 2019, 172 pp. 日本でも, 平成30年年末在所者中在所期間10年未満の者が370人(20.7%), 10年～20年の者が848人(47.4%)で, それぞれの平均年齢が51.2歳, 55.7歳とされる(法務省・前掲「運用状況について」2頁参照)。平均在所期間が30年を超える状況が続けば, さらに深刻な高齢者問題が生じることになろう。ルポルタージュとして清田浩司『刑務所で何が起きているか』(平凡社新書, 2020年)参照のこと。

14) これらの指摘は, Penal Reform International と University of Nottingham の Dirk van Zyl Smit 教授 / Catherine Appleton 上級研究員により作成され2018年4月に発表された *A policy briefing on life imprisonment* (監獄人権センター(大野鉄平・高遠あゆ子)訳「終身刑: 政策提言」) https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2018/04/Japanese_PRI_Life-Imprisonment-Briefing.pdf にも的確かつ簡潔に示されている。

15) Dirk van Zyl Smit / Catherine Appleton, *Life Imprisonment; A Global Human Rights Analysis*, Harvard University Press, 2019, 447 pp.

(critical) に記述する最初の研究書である¹⁶⁾」とされる。まさにグローバルに終身拘禁を俯瞰し総合的に研究したものであるが、スミトとアップルトンにはその前提作業として終身拘禁の諸類型毎に代表的な国や地域を選びそれらにつき個別に研究しその成果をまとめた浩瀚な共編著『終身拘禁と人権』（2016年）¹⁷⁾があった。このこともあり、2019年共著に見られる論証には深さと重みもある。その2019年共著の内容を瞥見しておこう。

2 人権を基礎にした最近の終身拘禁批判論の骨子

スミトとアップルトンによる研究では、終身刑だけでなく科刑後の予防拘禁・保安監置も含んでいることから「終身拘禁」と表記する。

本書の骨子を示すと次のようになる。すなわち、

第1章「終身拘禁についての議論」では、終身拘禁についての諸見解が検討される。その際の主要論点は、終身拘禁が正当 (just) たりうるかにある。第2次世界大戦後では刑罰に対する人権に基づく批判が顕著になる。刑罰は単に伝統的な国家的刑事司法の基準に従うだけでなく、より広い人権基準、とりわけ人間の尊厳への尊重に従って考察される。18世紀にベッカリーアにより思い描かれたような死刑より苛烈な終身刑か。それとも、特定の最小期間のみ拘禁され、その間に自己改善の機会が与えられ、その後社会への重大なリスクをもたらさないのであれば釈放される終身拘禁か。後者が多くのヨーロッパ諸国により現在、正当とみなされる唯一の形態である。

第2章「終身拘禁の描写」では、終身拘禁の判決を「有罪の人を生涯、つまり死ぬまで刑務所に拘禁する権限を国家に与える判決」と定義し、この定義の中で、2つの基礎的な型を区別する。第1が公式の (formal) 終身拘禁。第2が非公式の (informal) 終身拘禁。それぞれをさらに2つの

16) Ibid. p. x.

17) Dirk van Zyl Smit / Catherine Appleton (ed), *Life Imprisonment and Human Rights*, Hart, 2016, 521 pp.

理念型に分ける。公式なものについては仮釈放 (parole) のないもの (LWOP) と仮釈放のあるもの (LWP) である。(日本は、仮釈放のある公式の終身拘禁に当たるとされる。) 非公式なものは、150年の有期刑のような事実上のもの (de facto life) と有罪 (科刑) 後不定期拘禁 (post-conviction indefinite detention) に分けられる。

第3章「終身拘禁の分布」では、それぞれのタイプのごとの分布が検証される。全世界216カ国・領域中、183カ所で公式の終身刑が制定法上の刑罰とされ、2014年に149カ所で最も厳しい刑罰となっている。33カ国が公式のものとして終身拘禁も死刑も有していない。全世界で死刑囚が2万人弱なのに対し47万9千人が終身拘禁に服していると見ている。もっとも、この種の統計的情報だけでは批判的検討の基礎とするには十分でないので、国ごとに経験的な情報で補う。

第4章「終身拘禁の免除」。第5章「終身拘禁になる諸犯罪」。第6章「終身拘禁の言渡し」。

第7章「終身拘禁の執行」では、長期間に及ぶ拘禁の諸効果に関する現存する研究を総合し、それと被収容者自身からの説明とを結びつける。ここから得られる証拠からは、拘禁の苦痛は終身拘禁に服する個人にとり有意的にはっきりと高められること、それは釈放の不確かさや人生の残りを刑務所に留まる見通しによることが示される。拷問防止欧州委員会などの国際機関からの証拠によると、多くの国において、何らそうする明確な正当化根拠もなしに、被収容者が選抜されて苛烈な処遇に付されるとか、増大された保安措置や質を落とされた体制に服させられるとか、が示されている。

第8章「終身拘禁をうまくやるには」。第9章「終身拘禁からの釈放」。第10章「終身拘禁終了後の生活」。

第11章「終身拘禁を再考する」では、終身拘禁への人権上の諸根拠に基づく批判が増大しているのに終身拘禁の頻度が増大するという裏面と対照しながら終身拘禁を再考する。その結論は、人権における発展という観点

からして LWOP はもはや正当化されえないというものとされる。本章はまた、権利に基づくアプローチの拡大は、単に終身拘禁の使用を減少させるだけでなくその究極的廃止のための論拠をも提供するのかどうかを考察する。その結論は、終身拘禁は将来においてそれが非合法化されるかも知れないものの、短期的には人権により増大し駆り立てられる変化の方が現実的であるということだとされる。それから、人権に従った終身拘禁の形態はどのようなものか問い、そのような形態が実際に実行可能なのかどうかを検討する。最後に、国際協力がこのような改善された形態を普及する上で果たす役割を考察し、政策立案者や実務家に終身拘禁の使用を制限したり人権標準に適合して遂行するための方法に関するガイダンスを提供する。

3 スミトとアップルトンによる総括的考察

同書第10章までの検討を受け、その総括としての考察を示しているのが第11章「終身拘禁を再考する」である。重要な部分の要旨を紹介しておこう。

(1) LWOP に反対する人権論拠

LWOP を禁止する主要論拠は、基本的人権に基づいている。同時に、LWOP の廃止は拘禁の全般的な使用を減少させるであろう。

もしも LWOP が完全に拒絶されないのであれば、最近のインドや中国におけるその導入は、米国におけるその増加と同じく、LWOP が徐々に消滅させられるというよりも、もっと頻繁に使用される危険をひきおこすであろう。LWOP は、ベッカリーアだけでなく現代国家にとっても魅力的な選択肢なのである。

LWOP 禁止の人権上の根拠は、本書も参照してきたドイツ連邦憲法裁判所の1977年終身拘禁判決に簡潔に述べられている。「人間の尊厳の精髓が攻撃されている。もしも受刑者がその人格的な発展にもかわらずその自由を再獲得する何らかの希望をも捨てなければならないのであれば。」。

人間の尊厳は現代人権法の核心を構成する原則になっている。すべての尊厳の基礎をなす生命を破壊するがゆえに死刑も拒否される。

希望と人間の尊厳との間のリンクは、人格の発展への権利という考えの中に見て取れる。これは、自身をリハビリする機会を与えられるという全受刑者の権利に繋がる。これは、受刑者処遇に関する人権論の進歩の反映である。その進歩とは、受け入れることのできない処罰に服することはないという消極的な権利を越えて、受刑者は公的なケアと支援への社会権をもつという積極的な承認への進歩である。ドイツ連邦憲法裁判所は1977年、終身刑中のあるものは合憲たり得ようと述べた。そのようなものとしては、刑務所において再社会化のための諸機会、いつかは起こるべき釈放の可能性およびこのような釈放を検討する適切なメカニズムを提供するものが挙げられよう。

同様の例が、欧州人権裁判所 (ECtHR) の *Vinter and others v. United Kingdom* 事件2013年大法廷判決、*Belize, Namibia, Mauritius, Zimbabwe* における裁判例、また国際刑事法廷メカニズムの *Theodor Meron* 長官の重要な判示にも見られる。

もっとも、尊厳に基礎をおく論拠は必ずしも普遍的に承認されているわけではない。Michael Tonry は、今日の米国には人間の尊厳についての生きた法的なまたは憲法上のドクトリンは存在しないと主張している。J. Simon や J. Kleinfelt による反論もあるが。

それではそもそも LWOP は擁護しうるのか。LWOP を支持する論拠は3つある。① 犯罪の深刻さ、② 犯罪者の危険さ、③ はよりプラグマチックなもので、特定の限られた犯罪者グループに対する LWOP は、代替物としてのそれがないと死刑判決に結果してしまうのであればまだ正当化されるかも知れないというもの。以下で順次検討しよう。

(2) LWOP と応報

LWOP の最も簡明な擁護論は、犯罪の中にはあまりに残忍であるため

死ぬまで拘禁する刑罰以外に十分に対応する厳しい量刑はないというもの。言い換えれば、応報的量刑の必要である。

もちろん同じ理由づけは死刑にも当てはまり得よう。LWOP 支持の米国の学者の幾人かはまさにそうしている。C. Lerner が挙げられる。

C. Lerner の見方によると、現代の LWOP はベッカリーアが示唆したほど厳しい処罰ではない。その受刑者たちは、リハビリテーションのための諸機会やいくつかの釈放の（制限された）見通しを有している。LWOP の真の機能は、釈放を非常に厳しくするが不可能にしないよう将来世代を拘束することにある、と。

Lerner の結論は LWOP の明示的な擁護ではない。しかしながら、LWOP は死刑存置論者にもそうでない人にも受け入れ可能な終身拘禁の形態の一つであるかのように感じさせられる。LWOP の支持者と人権を根拠にそれを完全に拒絶する反対者の間にある決定的な差異は、後者のアプローチが上記した機会や見通しを強制可能な権利であるとするのに対し、前者の最も情け深い見解においてさえそれらへの権利は存在せず執行者の同情に依存するにすぎないことにある。しかしながらこれは、法の支配により統治される社会ではまことに良くないことである。

（3）LWOP と（犯罪者の）危険さ

犯罪者の危険性を論拠とする見解を検討しよう。LWOP 支持者は時々、非常に重大な犯罪を犯した者を社会を守るためであっても処刑すべきでないのであれば、公共の安全を保障しうる他に残されたの唯一の量刑は LWOP である、と主張する。

もっとも、現実には犯罪者の危険性が純粹な形で提示されることはめったになく、重大犯罪を行ったのだからその者は危険だとされることが多い。

しかしいくつかの例では、最も残酷な犯罪に対する拘禁と、矯正不可能とされた犯罪者の拘禁との間が明確に区別されよう。例えば、論争の多い

スイスの例（重罪での15年間の刑の後に犯罪者の危険性を理由に実際上釈放の不可能な二元的な予防的措置下に拘禁するもの）がある。それは、釈放された者によって重大犯罪が犯された事件に続いてなされた国民投票の結果導入された。そこには、コミュニティへの復帰を認めるべきかどうかについての専門的判断への公衆の不信が反映している。

危険な犯罪者を扱うために LWOP が使用されるべきだという議論への人権に基づく反論は2つの形をとりうる。両方とも、すべての犯罪者は改善に開かれているとの見解に基本的に組み込んでいる。第1の反論は、ある人が釈放されるべきほど改善されたとき釈放手続きが開始されるのだということは自明のことだとするものである。もっとも、それは、実際には犯罪者の中にこの基準を満たさず公衆を守るために必要なら死ぬまで刑務所に留まらなければならないであろう者もいることは認めるであろう。そして、濫用を防止するために、種々なセイフガードを主張するであろう。終身刑言渡しの制限、受刑者に自身を改善することを許容するようなやり方での執行の確保、公正な釈放手続き、釈放後にコミュニティの中で有益で犯罪から自由な生活を送れるようにする釈放後支援、である。第2の論駁は、すべての形の終身拘禁を廃止すべきだとの主張である。この検討に入る前によりプラグマティックな議論を先に見ておこう。

(4) LWOP と死刑の脅し

米国やその他において、時々、LWOPは、死刑がまだ存在しているところでは死刑の代替刑の一つとして、また、死刑がもはや存在しないところでは死刑の再導入を防止するに十分な厳しさを持つと感じられる極刑として、役割を果たすので、保持されるべきだと主張される。この主張はLWOPへの反対を告白する人によってもしばしばなされる。最近の例は模範刑法典の新しい量刑条項についての American Law Institute (ALI) による2017年草案である。

ALIは、LWOPが必要的でなく、また、米国において死刑で処罰され

うるかなり狭い範囲の犯罪にのみ科されるものであるのならば、その限りで支持するというのであろう。

このような譲歩には警告したい。その難しさは、例外が ALI が思い描くほど狭くに留まらないかも知れないということである。ひとたびそれを受け入れれば、その誘惑はこの刑罰を重大であるけれども死刑には当たらないであろう犯罪を犯した者にまで拡大する。これは米国で起こってきたことである。

死刑の限定された解毒剤として LWOP を支持する代わりに、再考にあたっては、最も重大な犯罪者をいかに最善に扱うかについての正統な関心に見合うような前進を示しうる、別の極刑（終身刑に代わる定期刑とか、LWOP 以外の終身拘禁の形とか。）を展望すべきである。

（5）実際に LWOP を禁止する

この禁止を確保するには諸々のステップを踏む必要があるのだが、LWOPの効果的な禁止には釈放実務への恒常的な注視が必要である。

（6）終身拘禁の廃止か

LWOP の支持者とその廃止論者との間で分け合っている信念がある。終身刑受刑者が改善され公衆に危険でなくなったから釈放すべきだという究極の判断を国家機関に任せることはできないという信念である。両者の違いは、前者が過剰な寛大さ（leniency）を恐れるのに対し、後者は過剰な用心深さを恐れることにある。

ポルトガルは1854年に死刑を廃止し、1884年に終身拘禁を廃止した。その根拠は21世紀の欧州人権裁判所のそれと大きく異なっていない。

ポルトガルは、憲法で終身拘禁を禁止している世界13カ国の一つである。これらの憲法はすべて、ポルトガルやスペインの遺産を受け継ぐ国々で見られ、国家権力の行使への長年にわたる不信を反映している。憲法での禁止は非公式な終身拘禁とか事実上のその禁止までカバーするという

特徴がある。また、憲法だと変更は容易ではない。しかし、法律による禁止は、多くの事例があるように、容易に変更されうる。裁判による終身拘禁廃止の試みは稀であり、また成功することはかなり難しい。

結論的には、終身拘禁を廃止した国の数は世界的に見てほとんど動きがない。廃止のための最強の支えは、現在の国際的動きよりもむしろ、以前のポルトガル植民地における終身刑の継続する不存在のような歴史的なパターンにおいて見いだされる。

定期刑と終身拘禁とで抑止力に違いがあるかを体系的に研究したものはないが、後者の方が抑止効果が大きいという明白な証拠が見いだされうると信じる理由はほとんどない。

制限された廃止論は、適切に構成されたLWP量刑は終身刑の枠内で同じ制限された目的を達成できるとの主張に自らを開いている。各終身刑のために適切な最小限期間が謙抑的で個別化された基礎の上で設定されるべきであり、また、終身刑受刑者が社会への明らかな危険を及ぼし続けるという明白な証拠がある場合のみ最小限を超えてその者を拘禁できるということが認められるのであるならば、それらの状況はあのノルウェー受刑者の状況と実質的には異なる。

2011年7月22日 Andres Behring Breivik は77人を虐殺し、ノルウェーの最高刑である21年間の定期刑を言い渡された。しかし、彼には定期刑に服した後予防拘禁に服させられるであろうことも言い渡されている。それは、彼の社会への危険が続いていると考えられる間は5年ごとに繰り返し延長されうる。

(7) 人権に従う終身拘禁とは

終身拘禁は、謙抑性 (parsimony) と犯罪との均衡性という原則により常に制御されるべきである。終身拘禁を謙抑的に科すということは終身受刑者数の長期的減少を確実なものにする最も重要な方法である。均衡性原則の承認は終身拘禁が最も重大な犯罪にのみ科されることを確実なものにす

るだろう。

難しい問題は、何度も重大な犯罪を繰り返すが必ずしも最も重大なという規準には合わないものについて、付け加えれば、その犯罪者が明らかに危険であるところで、終身刑をどうするかである。このようなケースでは、終身拘禁は、その危険が他人への厳しい肉体的危害の明らかな脅威であり、その犯罪が高度の重大さを持つものであるところでのみ、考えられるべきである。このような終身拘禁は、必ずしも終身刑という形をとる必要はない。代わりに、定期刑に続く不定期拘禁（post-conviction indefinite detention）であることもできよう。

（8）人権に従った極刑の普及

終身刑でも犯罪者引き渡し上の問題が浮上していること、国際的な取組みとして2015年のマンデラ・ルールなど、を参照のこと。

以 上

スミトとアップルトンは、現状を前進させるためには終身刑につき柔軟な理解を示す必要があるとしつつも、LWOPは人間の尊厳に反するものとして廃止すべきだとする。それが人権を守るための最低基準だということであろう。

4 終身刑の特徴的な擁護論とその問題点

ところが、現下の日本での議論状況を見ると、LWOPつまり「仮釈放のない終身刑」についても、死刑のように直接強制的に殺されることはないのだから、死刑よりは増しだから導入してもよいとの意見がかなり見られる。死刑より増しな刑として死刑の代替刑にしてもよい、あるいは死刑を少しでも減らすために死刑と無期刑の間に「仮釈放のない終身刑」を設けるというわけである。しかしながら、仮釈放のない終身刑は死刑より増しだからとか、死刑を廃止・減少させる手段にできるからとか、というだけで、それを認めてよいと果たして言えるのであろうか。そこで、付加的

な理由が語られる。次にそれらの見解についても検討したい。

(1) 仮釈放のない終身刑をそれでも死刑より増しだという受刑者本人の同意・意思を理由にして認める見解がある。

しばしば引用されるものとして大道寺将司・死刑確定囚の言葉として、「たとえ生涯、塙の外に出ることができなくともです。塙の中の生活もまた人生です。¹⁸⁾」がある。しかしながら、その言葉は死刑への恐怖にさらされたなかでそれよりは終身刑が増しだとの発言であることに注意しなければなるまい。任意性に欠けるものといわざるをえまい。

同様の問題をはらむものとして次のものがある。死刑を少しでも減らしたいという想いから死刑と無期刑の中間に終身刑を新設するとの構想を、「死刑にされたいか終身刑にされたいかと訊ねられたらどちらを選ぶか。害の小さい終身刑の方を選ぶのではないか。」ということでもってその構想を正当化しようとする見解である。

しかしながら、もしその終身刑がLWOPだとするならばどちらも人間の尊厳に反する非人間的な刑罰である。非人間的で許されない刑罰のうちどちらを選ぶかと問われ、選んだのが終身刑だからというだけでそれを科してよいということにはならない。どちらの刑罰も許されないのである。それら間の選択を迫ること自体、非人間的だというべきだろう。殺されたくなければ強姦させろとせまることが許されないと同様ではなかろうか。強姦されるより殺されたり死んだりする方が増しだと考える人もいる。そのような殺害や自殺の強制は許されず犯罪になる。殺されるより強姦される方が増しだと考えた者を強姦した者につき強姦の方が軽いだろうといっても許されないのは、殺人も強姦も許されないことだからである。

(2) 日本における最近の特徴の一つとして、自殺できないので死刑により殺してもらいたいという「自殺・死刑願望」のある人による危害を防止

18) 菊田・前掲書『死刑廃止に向けて——代替刑の提唱』274頁。なお、死刑囚による同様の発言として、新實智光「恩赦の出願書 補充書き」『年報死刑廃止2018』(インパクト出版会、2018年)99頁～100頁も参照のこと。

するために、死刑には誤判の場合に取り返しがつかないこと、および被害感情の厳しさからする厳罰意識世論への対応が必要なこと、を根拠に、「死刑より過酷な終身刑」（死刑より苦痛は多いが生きてはいさせる終身刑）を導入すべきだとする主張¹⁹⁾が挙げられる。

まず、「自殺・死刑願望」対策に終身刑を利用するとの点であるが、果たしてその願望を阻止するために終身刑が有効なのであろうか。例えば、自殺できないので他人に殺してもらいたいと思うのであれば、死刑によらなくとも、闇サイトで自己の殺人を依頼するとか、あるいは複数の人質を取って立てこもりその一部に危害を加えることで警察の狙撃チームに射殺してもらい「自殺・射殺願望」なども考えられる。さらに、警官を襲って射殺してもらおうと考える者もいる²⁰⁾。逆に、「一生刑務所にいたい」と考えて無差別殺傷事件を起こすこともありうる²¹⁾。これは、終身刑によっても威嚇による抑止は期待できない事例がありうるということである。いずれにせよ、厳罰による抑止はほとんど期待できないばかりか、「人間を物あつかいする」ことで人間の尊厳にも反するものというべきであろう。

萱野は政治哲学者だが、かれの死刑廃止論には2度の世界大戦による惨禍の反省に立ってなされた政治倫理の大転換が投影されていないように思われる。人間の尊厳やその土台をなす生命権が国政の上で最大の尊重を必要とすることになったこと、戦後における国際人権法における展開・前進への認識が必要なのではなかろうか。

取り返しのつかない誤判を回避するには死刑を廃止する必要があるのだ

19) 萱野稔人『死刑 その哲学的考察』（ちくま新書、2017年）282頁～316頁参照。

20) 川崎市多摩区生田交番包丁持ち込み事件（朝日新聞2018年9月20日夕刊大阪本社3版13面参照）。同月19日午後9時25分頃、22歳のアルバイト男性が生田交番に包丁を持ち込んだ事件につき、「昨日、仙台の交番襲撃のニュースを見た。警察官を包丁で脅して、拳銃で撃ってもらって死にたかったが、警察官を見た瞬間『かなうはずがない』と包丁をおいと話しているという」。

21) 新幹線殺傷事件初公判で「検察側は冒頭陳述で、小島被告が退職や家出の末、『一生刑務所にいられる重大な罪を犯そうと考えた。新幹線での無差別殺人を計画した。』と主張した。」（朝日新聞2019年11月29日朝刊大阪本社14版30面）。

が、厳しい処罰感情のある現状の中では死刑よりも過酷な終身刑に代え
ると提案することでないと現状を変えることはできないという。過酷な終身
刑が人間の尊厳に反するとされるなかでのこの提言はどう評価されるべき
か。

それには次のような問題がある。

第1に、それは刑罰全体を社会復帰理念に基づき改良しようとする基本
構想と齟齬し、全体の足を引っ張ることになる。

第2に、日本の現状では終身刑は死刑より執行コストが高くなりすぎだ
との批判を招き、安上がりな死刑を活用した方がよいとの議論につながり
かねない。この点は、死刑には特別に慎重な手続きであるスーパー・
デュープロセスを適用して莫大な手間とコストをかける米国とはかなり異
なる²²⁾のではないか。いずれにせよ、厳罰主義を基礎にする死刑存置論を
正面から掘り崩す取組みなくして死刑は克服できない。死刑をなくすため
の過渡的措置として終身刑を導入するとの主張についても同じことが言え
る。

(3) 死刑と無期懲役のどちらに当たるか判断の難しい事案への対応とし
て、死刑と無期懲役との中間に終身刑を置くことで死刑にされることを防
ぎたいとの見解がある。

しかし、そのような見解には次のような問題がある。

第1に、これだと、無期懲役にされていたものが終身刑にされることも
認めることになる。

第2に、この問題を防ぐために弁護活動を強化することであるが、
個別事件毎の対応にならざるをえないことから、関係する弁護団によって
は限界が出てくるのではなからうか。

第3に、死刑と終身刑のどちらに当るか判断の難しい事案が新たに出て

22) 布施勇如「テキサスにおける死刑と終身刑(テキサス調査報告)」大阪弁護士会死刑廃
止検討プロジェクトチーム編『終身刑を考える』(日本評論社、2014年)79頁および84頁
参照。

くることが予想できるが、この問題を解決するにはやはり次に述べる量刑における「疑わしきは被告人の利益に」原則の確立が必要であろう。

むしろ今なすべきは次のことではないか。すなわち、

弁護活動を強化するのであれば、死刑か無期につき判断の難しいときは「疑わしきは被告人の利益に」原則により無期にする、すなわち、その原則は事実認定にとどまらず量刑事情の判定・評価においても妥当するとの主張を多くの死刑求刑事件において一斉に展開するべきではないか。もちろん、そのための理論武装にも取り組む必要がある。すでに裁判例においても、刑が重過ぎるとの判断から「被告人に利益原則」を顧慮して、成立する犯罪や罪数につき操作してきた²³⁾のではないか。

(4) 仮釈放のない終身刑を導入するのであれば、死刑を存置しなくてもよいとするものが増え、他方で死刑存置派が減ることを示す公的な世論調査の結果が明らかになったので、それを生かすべきだとの主張がある。

内閣府による「基本的法制度に関する世論調査」2014年11月調査では、次のような新しい質問項目が加えられた。すなわち、【資料】として無期懲役と終身刑との違いを説明する文章を示したうえで、「もし、仮釈放のない『終身刑』が新たに導入されたならば、死刑を廃止する方がよいと思いますか、それとも、終身刑が導入されても、死刑を廃止しない方がよいと思いますか。」というものである。これへの回答は、「死刑を廃止する方がよい。」が37.7%（19年調査では35.1%）、「死刑を廃止しない方がよい。」が51.5%（19年調査では52.0%）、「分からない・一概には言えない。」が10.8%（19年調査では12.8%）となった。死刑廃止反対が、51.5%（19年調査では52.0%）にまで減っている。（なお、米国の調査²⁴⁾でも、また日本の調査94

23) 例えば、事後強盗致傷罪か、傷害罪と事後強盗罪との併合罪かとか、傷害罪と事後強盗罪の併合罪か、混合的包括一罪かとか、が問題となった裁判例を参照のこと。

24) 同様の結果を示すカリフォルニアでの世論調査を紹介しているのが前掲した C. J. Ogletree, Jr., and A. Sarat (ed.), *Life without Parole, America's New Death Penalty?*, p. 3. それによると、カリフォルニアでは70%の人が死刑に賛成なのであるが、代替として仮釈放のない終身刑が提供されるとすれば第1級殺人への死刑に賛成する人は41%にす

年のNHK世論調査や96年の衆議院選挙当選者対象アンケート²⁵⁾でもすでに同様の結果が出ていた。)

ここから窺えることは、世論調査における①正確な情報提供と②判断の対象となる選択肢を豊かにすること、の重要性である。必要な情報が公開されないままでの世論はいまだ民主的な世論ではないというべきだろう。

ところが、そのような事態を手がかりに、死刑の代替刑とするためとか、死刑判決を少しでも減らすとかするために、仮釈放のない終身刑導入を積極的に進めようとする主張や動きが強まっている。

しかしながら、そのような調査結果についての評価は、複眼的になされなければなるまい。

まず、仮釈放のない終身刑の方が死刑よりも受刑者にとり酷なので凶悪犯罪の抑止力になるとか応報感情を満足させるという²⁶⁾のであれば、そのような終身刑は人権ベースの刑事制裁のあり方に反するものであり、あってはならない刑罰となる。また、最近の意識調査には、終身刑導入の如何に関わらず死刑は存置すべきとする割合が70.5%もあったというものもある²⁷⁾。また、LWOPでも「ダイナミック・トリートメント²⁸⁾」を行うことで被収容者に改善意欲を持たせ施設職員もモチベーションを上げることができるようにすることができるといふ構想²⁹⁾もあるが、「死刑存置に肯

ゞぎなくなるのとことである。

25) 菊田幸一が前掲論文「長期受刑者の諸問題」法律論叢第73巻第4・5号(2001年)22頁にて紹介していた。

26) このような意見を持つ人が一定数存在することは佐藤舞ほかによる死刑制度に関する審判型意識調査でも示されていた(大阪弁護士会死刑廃止検討プロジェクトチーム編『終身刑を考える』52頁の「資料36 審議後の変化」参照)。また同様の結果を示す最近の貴重な意識調査がある。大谷彬矩・山崎優子「〈研究ノート〉死刑および終身刑に対する市民意識」龍谷法学第53巻第1号(2020年)273頁以下、特に280頁～283頁参照。

27) 大谷・山崎・前掲「研究ノート」288頁参照。

28) これについては、石塚・前掲論文「長期・不定期拘禁における行刑の社会化について——危険社会におけるリスク評価と社会復帰の支援——」632頁～635頁参照。

29) 大阪弁護士会シンポジウム「死刑廃止を考える日」(2019年9月28日開催)での石塚伸一発言(OBA Monthly Journal 2019.10)46頁参照。

定的な人ほど終身受刑者に対するケアを拒否する傾向が強いことが認められた」とする意識調査結果³⁰⁾もある。終身刑導入で死刑廃止にまでいけるのか、また終身刑を「ケア」に配慮したものにできるのか。さらなる検討が必要であろう。

次に、厳罰意識の強い中でも国家が無理矢理犯罪者のいのちを奪うことへのためらい・抵抗感が国民の中に相当数存在することを明らかにしたものである、と理解することもできる。死刑存置層のうち、「将来も死刑存置か」との質問に対し、「将来も死刑を廃止しない」が平成6年（1994年）以降令和元年（2019年）の間、平成16年（2004年）の61.7%を最高に平成26年（2014年）には57.5%、令和元年には54%台に減少し、逆に「状況が変われば、将来的には、死刑を廃止してもよい」とするものが平成16年の31.8%を最低に、平成26年に40.5%となり令和元年でも39.9%となっている。厳罰意識が続く中でも堅固な死刑存置論者は5割強に減少し、将来は廃止してよいとする柔軟な存置論者が4割に増えている。

また、その後の治安に関する内閣府の意識調査を見ると国民の犯罪への不安感が和らぎつつあるのではないかと思わせる意識傾向がうかがわれる。内閣府による「治安に関する世論調査³¹⁾」によると、「日本は安全・安心な国か」につき「そう思う」が、平成16年7月調査では42.4%、平成24年7月調査では59.7%、平成29年9月調査では80.3%と増加し、「そう思わない」がそれぞれ54.7%、39.4%、18.9%と減少している。「最近の治安に関する認識」については、「よくなったと思う」が平成16年7月調査では7.1%、平成24年7月調査では15.8%、平成29年9月調査では35.3%と増加し、「悪くなったと思う」がそれぞれ86.6%、81.1%、61%と減少している。平成16年と平成24年の調査で「悪くなったと思う」人に「治安が悪くなったと思う原因」を問うと、「地域社会の連帯意識が希薄と

30) 大谷・山崎・前掲「研究ノート」290頁。

31) 調査時期平成29年9月14日～9月24日についての内閣府政府広報室「『治安に関する世論調査』の概要」参照。

なったから」が43.8%から54.9%へ、「景気が悪くなったから」が38.6%から47.4%へ、「国民の規範意識が低下したから」が31.9%から42.8%へとそれぞれ約10%増加しているが、「犯罪に対する刑罰が軽いから」は29.8%、29.1%とほとんど変わらず、しかも、その比重も軽い。犯罪統計を見ると、周知のように、平成16年から平成29年にかけて一貫して犯罪は減少している。それにもかかわらず、一般の人々の認識ではなお治安が悪くなったと思う人が6割程度存在する。意識が必ずしも現実を反映しないでマス・メディアなどのセンセーショナルな情報に影響されているせいだと言わざるを得ないが、刑罰の軽さに原因を求める割合の少ないことは注目に値しよう。

さらに、個別の出来事と関係する意識状況にも注目すべきものがある。2019年7月18日に起こった京都アニメ放火殺人事件の被害者遺族などから犯人への報復とか極刑という発言が出てきていない(被害者家族に対するインタビュー記事が代表取材形式であることにも拠るのか。)とか、日本において2019年秋に開催されたラグビー世界大会(ラグビーワールドカップ2019)で示されたノー・サイド精神への共感や賛嘆の広がりとか、の動きなどがあげられよう。これらからは、人々の意識は人々の間でコミュニケーションされる情報の質やその社会的広がり大きく影響されるということがうかがえるのではなからうか。社会心理学にはそのような社会現象の内的関連に迫る巨視的な研究にも取り組んでもらいたいものである。

生命権の普遍性を尊重することが社会内の各人の安全・安心に結びつくということへの人々の認識・理解が進むような取組みこそが重要なのではないか。しかも、終身刑導入には詰めるべき課題が多々あり、また、いったん導入されるとその廃止も困難である。拙速は許されない。そうすると、生命権や人間の尊厳への理解を進める取組みとともに、死刑を少しでも減らす他の取組みを先行させることの方が望ましく、かつ実効性もあるのではなからうか。

(5) 死刑は正義であり得ないことを今日の実態から示すことが重要であ

る。

今日、刑罰は犯罪に釣り合わなければならないという原則がある。均衡原則はカントの普遍的道徳の格率でもある。今日、罪刑の均衡は等価的均衡である。カントが考えた「目には目を。歯には歯を。」ではない。等価かどうかの規準は社会の状況、とりわけその意識状況により影響される³²⁾。等価の規準は絶対的なものではなく相対的なものにならざるをえない。しかも、日本の死刑や無期刑の言渡し状況を見ると、罪刑の等価性が規準になっているというより、時々国による行刑態勢の都合が大きく影響してきていると言わざるを得ないのではないか。そのことは例えば、死刑の執行待ち人数が増えるとその言渡し数も減少していることから推測できる。至高の存在である生命の剥奪をそのようにいい加減な規準で決めてよいのか。きわめて重大な犯罪に限るといっても、重大なものときわめて重大なものとの間の線引きが困難なことに変わりはない。不公平は残らざるをえない。自由刑や罰金刑でも不公平さの問題は存在するが至高の存在である生命については質の違いがあり、それを許すことはできないのではないか。

(6) 仮釈放のない終身刑で恩赦による減刑や復権を可能にするという案もあるが、今次天皇の代替わりに当って法務省は被害者感情をおもんばかって政令恩赦の対象を罰金刑の復権に止めるなどとの発表を行った³³⁾。ここにも見られるように、被害者感情論を克服することなく過酷でない終身刑を立法することは難しい。

32) これはすでに19世の前半にヘーゲルが『法の哲学』§218で指摘していたところである。

33) 法務省「『復権令』及び『即位の礼に当たり行方特別恩赦基準』について」（令和元年10月25日）参照。そこでは、「その恩赦の内容は、国民感情、特に犯罪被害者やその御遺族の心情等に配慮し、(1)政令恩赦として、罰金刑を受け終わった者であって、かつ、3年間再び処罰されていないものについて、刑に処せられたため生じた資格の制限をなくす『復権』を行い、併せて、(2)特別基準恩赦として、一定の基準を定め、これに該当する者について、犯情、本人の性格及び行状、犯罪後の状況、社会の感情等を個別に審査して行う『刑の執行の免除』及び『復権』を実施する」とされた。

(7) スミト等の定義・分類によると日本はすでに「仮釈放のある公式の終身刑」採用国³⁴⁾なのだが、100年以上の歴史を持つ日本の「無期刑」の再評価が必要ではないか。

死刑より軽い有期刑より重い、しかも死ぬまで刑の言渡しは効力を持ち続ける(仮釈放されても同じ。)との位置づけにふさわしいきわめて重大な犯罪に無期刑を科し、その範囲内で予防効果を考慮する。希望への権利(Right to Hope)を保障する仕組みを残しつつ、問題の多い保安処分は不要である。終身拘禁への関心が世界的に高まる中、周回遅れの「無期刑」の再評価である。

死刑を廃止するときは、仮釈放に必要な期間を有期刑の上限に対応させ20年にする「重無期刑」を新設³⁵⁾することも考える。その期間を死刑・無期刑を軽減して有期にするときの長期(あるいは有期刑加重の上限30年)にあわせ30年とする案もあるが、再社会化の保障という点から考えると長すぎる。スミトとアップルトンが言うように15年でもよい³⁶⁾ぐらいだ。仮釈放に必要な期間の問題は、量刑基準における刑罰の行為責任との均衡とか刑罰の特別予防や一般予防の作用などの考慮とかにも関係する。その点の理論的整理も必要³⁷⁾なのであるが、その際人権ベースの刑罰論からすると行為責任をもって刑罰の上限を画するものとしつつ予防目的はその枠内で考慮されるべきものと位置づけることが最低限必要であろう。そのうえ

34) 上記したように、Dirk van Zyl Smit / Catherine Appleton, *Life Imprisonment: A Global Human Rights Analysis*, p. xi-xii は、終身拘禁を公式と非公式に区別し、さらに前者を仮釈放のあるものとないものに区別し、後者を事実上のものと刑執行後不定期拘禁するものに区別する。

35) 20年から30年経過後とするものとして椎橋隆幸「最近の終身刑の論議をめぐって」研修729号(2009年)10頁~11頁参照、「特別無期自由刑」として提唱するのが加藤久雄「『死刑存廃論』の人的刑事政策論的再検討——代替刑による廃止か世論重視の存置か——」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集(成文堂, 2000年)57頁~58頁参照。

36) *Ibid.* p. 320.

37) このような必要性を指摘するものとして城下裕二『責任と刑罰の現在』(成文堂, 2019年)336頁~356頁参照のこと。

で、仮釈放許可法定必要期間については努力すれば社会での生活をやり直せるという希望をもつことが一般的にできるかという基準を他より重視して定める必要がある。処遇の人間の尊厳に合わせる改善は定期刑・無期刑を通して必要なものである。さらに、現行の無期刑は仮釈放されても無期受刑者という身分は死ぬまで継続するという問題を抱えている。死ぬまで生涯にわたり罪人として罪を償わせるために無期受刑者という烙印を背負わせるものになっている³⁸⁾。刑の免除は自分の努力だけではどうにもならない恩赦に頼ることになる。そうでなく、努力すればそのような烙印から逃れることができる希望を保障する必要がある。

人権上の問題を指摘されながら依然として保安監置を残すドイツでは人権裁判で示された刑罰との懸隔命令（Abstandsgebot）に合わそうとすれば保安監置の処遇内容のノーマライゼーションを進めざるをえないだろう。その中で多数の高齢被収容者の介護が必要になると「司法執行施設や国民の負担がどれほど大きいものになるかと心配になる³⁹⁾」との指摘もある。イギリスの予防拘禁についても「可能ならば純粹に予防的な拘禁と非刑罰的拘禁とは、刑事施設の一部ではない、別個の場所で行われなければならない」とする A. Ashworth と L. Zender の主張を妥当とするもの⁴⁰⁾もある。

危険な犯罪者を社会から隔離して自らの安全を確保しようとする情緒的な市民意識。それに支えられた市民の安全感への配慮が生み出している刑事政策や社会政策の歪みを正すにはどうすればよいのか。そこにこそ学問の考えるべき課題がある。

38) 「この点を捉えるならば、無期刑は不定期刑というよりも終身刑ということになる」村井敏邦「死刑廃止の具体策について：死刑の代替刑論に対して」『国際的視点から見た終身刑——死刑代替刑としての終身刑をめぐる諸問題』（成文堂、2003年）154頁。

39) 石塚・前掲論文「長期・不定期拘禁における行刑の社会化について」622頁。

40) 川本哲郎「予防拘禁について」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、2016年）652頁参照。

第2章 被害者感情論の問題

1 被害者感情配慮世論の厳罰化への影響

被害者感情配慮世論が厳罰化に及ぼした影響がいかに大きいものであったか。それは極刑である死刑の存置に関する世論調査を見ると明らかである。

調査時期が2009年11月26日～12月6日であった内閣府の「基本的法制度に関する世論調査」(2009年12月)を見ると、「場合によっては死刑もやむを得ない」がついに85.6%に達するにいたった。存置の理由で一番多いのが「死刑を廃止すれば、被害を受けた人やその家族の気持ちがおさまらない」で54.1%。第2が「凶悪な犯罪は命をもって償うべきだ」で53.2%である。また、当時、殺人罪の公訴時効期間が25年に引き上げられて間もなくのことであったが、それでは短いとするのが併せて54.9%。それらに共通するのは、被害者感情への配慮であり、強い応報感情(報復感情とも重なっているといえる。)である。

2014年11月13日～11月23日に行われた「基本的法制度に関する世論調査」では、死刑廃止反対が80.3%と若干減少し、2019年11月7日～11月17日の同調査でも80.8%となっているのだが、そのような形での厳罰意識は引き続けているといわざるをえない。

それらの理由のうち被害者の気持ち、つまり被害者感情への配慮が1980年調査では10.0%であったものが、1989年調査では39.7%、99年調査では48.6%へと大きく増加し、2009年以降はそれが最大の理由になり続け、2019年調査では56.6%に達している。応報感情によるものも、1980年が36.9%であったものが1989年には56%に跳ね上がり、その後若干の上下を繰り返しつつ2019年には53.6%を維持している。

死刑廃止反対意見の割合とその理由

| 調査年 | 割合 | 応報感情 | 被害者の気持 | 凶悪な犯罪が増える | 再犯の危険 |
|-------|------|------|--------|-----------|-------|
| 1967年 | 70.5 | 24.4 | 7.3 | 43.4 | 20.8 |
| 1980年 | 62.3 | 36.9 | 10.0 | 46.2 | 23.4 |
| 1989年 | 66.5 | 56.0 | 39.7 | 53.1 | 37.9 |
| 1994年 | 73.8 | 51.2 | 40.4 | 48.2 | 33.9 |
| 1999年 | 79.3 | 49.3 | 48.6 | 48.2 | 45.0 |
| 2004年 | 81.4 | 54.7 | 50.7 | 53.3 | 45.0 |
| 2009年 | 85.6 | 53.2 | 54.1 | 51.5 | 41.7 |
| 2014年 | 80.3 | 52.9 | 53.4 | 47.2 | 47.4 |
| 2019年 | 80.8 | 53.6 | 56.6 | 46.3 | 47.4 |

この変化が、折からのネオ・リベラリズム（新自由主義的思潮）、とりわけその「自己決定・自己責任」論の影響によるものであることは、その構造に内在する論理的関連性を分析すれば明らかとなる。そのことはつとに指摘した⁴¹⁾ところである。

最近、その構造に内在する関連性を「厳罰傾向と自由意志信念の関連——非難と応報主義の媒介効果——」として検証したアンケート調査⁴²⁾に接することができた。それによると、

「これまで、厳罰傾向と自由意志信念の正の関連は示されてきたが、……この関連の詳細なメカニズムの検証は部分的なものに止まっていた。」「そこで本研究では、自由意志信念が犯罪者に対する非難を媒介して応報主義を強め、このようにして強められた応報主義および非難が厳罰傾向（刑罰の厳罰化、早期拡大化、死刑への支持）を強めるとの仮説モデルを立て、検証し、「分析の結果、モデルは妥当であることが示された。」「個別のパスを見ると、自由意志信念から非難へのパス、非難から応報主義へのパス、応報主義から厳

41) 生田勝義『人間の安全と刑法』（法律文化社、2010年）7頁～9頁、32頁～40頁参照。

42) 法と心理学会第21回大会（Web開催）2020年10月24日～10月25日の「ポスター報告2 題目 厳罰傾向と自由意志信念の関連——非難と応報主義の媒介効果——」（報告 湯山祥、貞村真宏、松木祐馬、向井智哉）参照。この成果の公刊が待たれる。

罰傾向へのパスはすべて有意であり、これらに関する仮説は支持された。くわえて、非難を媒介した自由意志信念から応報主義への間接効果を検証した結果、間接効果は有意であり、自由意志信念と応報主義の関連は非難によって媒介されることが示された。「また、非難と刑罰の厳罰化および死刑の支持に正の関連が示されたことから、……厳罰化と死刑が、犯罪者に対するより厳しい態度という類似点に起因し、自由意志信念、非難および応報主義との関連では同様の知見を示すことが示唆された。」とされる。

そこに言われる「自由意志信念」はネオ・リベラリズムにおける「(虚実を問わないで)自己決定したとみなす意識」であり、「応報主義」は「自己決定」に対する「自己責任」を問う意識であり、上記した内閣府調査での「応報感情」が死刑存置を支持するかなり大きな理由となっていたことに対応する。「自由意志信念と応報主義の関連は非難によって媒介される」ということにおいて言われる「非難」とは何か。本件調査では明示されていないが、それは内閣府調査での「被害者感情への配慮」に随伴し「犯人の厳罰を切望する被害者感情の厳しさ」を受け止めた「厳しい非難」であると言ってよい。その「厳しい非難」が厳しい「応報感情」につながるわけである。ここでも、ネオ・リベラリズムの「自己決定・自己責任」論が「被害者感情への配慮」意識と応報感情を媒介にして死刑存置意識、厳罰主義に関連することが示されているのである。

もっとも、ネオ・リベラリズムによる「自己決定・自己責任」意識と厳罰主義を媒介する意識には上記した非難の意識や応報感情に加え、他に異分子排除や犯罪抑止期待などの意識もある。

ネオ・リベラリズムの「自己決定・自己責任」論が異分子排除意識、排外主義意識を醸成しかねないことについてもすでに指摘した⁴³⁾ところであるが、本内閣府調査からもそれがうかがえるように思われる。死刑存置に

43) 生田・前掲書『人間の安全と刑法』34頁～40頁、特に38頁、生田勝義「死刑を克服するための羅針盤」立命館法学2018年第3号(第379号)76頁、参照。なお、本稿の第2章「3」も参照のこと。

つき再犯のおそれを理由とするものが1994年まで30%台を超えなかったのが、1999年調査以降、2009年の41.7%をのぞき45%～47%台を占めていることも危険分子排除意識の現れか検討する必要があるだろう。

また、「基本的法制度に関する世論調査（令和元年11月調査）」に関する内閣府「調査結果の概要」には、犯罪抑止期待の厳罰意識が理性的な検討にたって形成されたものと言うより時代状況への感覚的な反応によりもたらされたものであることをうかがわせるデータも見られる。死刑の犯罪抑止力についての調査項目と結果に見られるものである。すなわち、「死刑がなくなった場合、凶悪な犯罪が増えるという意見と増えないという意見があるが、どのように考えるか聞いたところ、『増える』と答えた者の割合が58.3%、『増えない』と答えた者の割合が13.7%となっている。なお、『わからない・一概には言えない』と答えた者の割合が27.9%となっている。」。また、1994年以降50%強～60%強で推移している（同「表7—参考1 死刑の犯罪抑止力」参照。）ことは、科学的な知見と社会意識とのズレの問題として重大である。とりわけ、死刑廃止層からは、「増える20.4%、増えない40.1%」となっているのに対し、死刑存置やむなし層では、「増える64.7%、増えない11%」となり逆転している（同「表7 死刑の犯罪抑止力」参照。）ことに注意する必要があるだろう。客観的な事実としての安全というよりも、人々の主観的な不安感、その裏返しとしての安心感が厳罰化を支えているわけである。

人間は本来的に社会的存在であるはずである。ところが、ネオ・リベラリズムの「自己決定・自己責任」論には、人間の社会性を分解し、個々人を孤立させ、激しい生存競争を自助により勝ち抜かせるといった人間観がある。その生存競争の勝ち負けには偶然性や不確実性がつきまとう。科学的な法則を利用する思考つまり理性でなく、一か八かの投機的な感覚が重視される。不安感が拡大再生産されると同時に感情や情緒的判断の価値が高まる。個々人の感覚的な好き嫌いの選好が前面に出てくる。この人間観からすると、犯罪は犯罪行為者と被害者との対立関係でのみ捉えられ、犯罪

と社会との関係は無視され棚上げされることになる。しかも、①被害者の感情を重視したり、②不安感からくる自分とは異なる者への不信感や拒否感、③仲間との連帯による問題解決つまり社会内での問題解決でなく国家の権力的規制への待望感が出てくる。最近のアンケート調査にいう「自由意志信念」は、以上のような社会的脈絡との関係においても捉えられなければなるまい。

刑事立法でも、被害者運動からの要請におされるという形で、厳罰化立法が進む。2004年、殺人罪の法定刑の下限が懲役3年から懲役5年に、また有期刑の上限が15年から20年に引き上げられ、さらに2010年には死刑該当犯罪の公訴時効を廃止するなどの法改正がなされ、しかも即日公布・施行で遡及適用まで認めることになった(平成22年4月27日法律26号)。

日本の刑法学や犯罪学ではこの間の厳罰化現象を Penal Populism によるものとするものは多いが、さらにその基礎にはネオ・リベラリズム政策により形成された社会関係があることにまで言及するものは極めて少ない⁴⁴⁾。ポピュリズムは社会的意識現象の一つである。ポピュリズムを生み出し支えている物質的な社会構造や社会関係を解明しその変革をはかるのでない限り、ポピュリズムがもたらしているとされる現実を変えることはできまい。そうでなければ、単に意識を変えよという説教にとどまってしまうのではなかろうか。意識は現実の生活体験を通じて醸成されるものである。

2 感覚や感情による厳罰化の問題性

厳罰化する理由を「市民感覚」や「国民感情」に求める見解がある。それをどのように考えれば良いのだろうか。

44) 『年報・死刑廃止2017年』(インパクト出版会, 2017年)の「ポピュリズムと死刑」という特集もその一例である。もっとも、そこで組まれた対談において鶴岡哲は「新自由主義と死刑との関係」も考える必要があるとか(同書18頁)、「新自由主義的な同じ論理で切り捨てられがちな他の諸問題との隣接性をどう発見するか。」「他の運動との諸関係」(同25頁)とかに言及する。重要な指摘である。

厳罰化には伝統的な犯罪につきその刑罰を加重するものと、新しく犯罪化するものがある。

後者に当たるものとして個人や公衆の感情を刑法の保護法益とし犯罪にする動きがある。そのような感情をどの程度刑法で保護するべきかという問題は古くから議論されてきたのだが、最近ではハラスメント規制のあり方をめぐり新しい局面を迎えている。政策レベルにとどまらず原理論レベルでも危害原理に加え不快原理が唱えられるに至っている。また、ベックの言う「新しい危険（リスク）」の登場した「危険（リスク）社会」における人々の不安感・安心感への対応策を刑罰に求める「危険（リスク）刑法」も環境保護などの分野で広がっている。いずれの動きについてもそれらの実効性についての検証が必要であるのだが、犯罪統計でそれらの推移を見ればわかるように刑事規制を導入したからといってハラスメントの増加は治まらず⁴⁵⁾、周知のようにリスクへの対応は象徴的なものにとどまっているというのが実情であろう。この点はかなり前から指摘されているところなのだが、依然として十分な検証なしに同様のことが行われている。

終身刑を検討対象とする本稿で取り上げるべきなのは、前者の刑加重による厳罰化である。これにおいては人の生命や身体の安全や自由に対する犯罪、つまり人身犯罪に対する刑の引き上げが中心となっている。人間の生存に直結する犯罪である。それゆえ、以前からそれらの犯罪は重大なものとしてされてきた。今日の特徴は、その生存に人間の尊厳という価値が加わることによって侵害の重大性が高まるとされるところにある。人間の尊厳についてはいくつかの捉え方があるが、人格の自律性説⁴⁶⁾と人間を物件と同様な処分可能な存在としないとする説とに大別できよう。それらのうち人格の自律性説からは精神的な自己決定という価値が重視される結果、主

45) 例えばストーカー事案につき『警察白書平成30年版』27頁、『警察白書令和元年版』88頁、参照。

46) この問題性については生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）32頁～33頁、同・前掲書『人間の安全と刑法』39頁～40頁参照。

観的な選好や感情までが刑罰による保護に値するものとされ易くなる。主観的な感情が犯罪化においても重罰化においてもそれらの根拠とされるようになるというわけである。

そのことの問題性はすでに死刑存廃に関する論文にて指摘した⁴⁷⁾ところである。その際、マーサ・C・ヌスバウムの見解⁴⁸⁾に言及していなかったもので、本稿にて補足しておきたい。

ヌスバウムは、刑法における感情の重要性を指摘し、同情、悲嘆、恐怖、怒りといった感情は行為を違法とする根拠になるとする。つまり、それらの感情は厳罰化立法の根拠になりうると言うことである。その同情との関係では被害者感情への配慮が、また恐怖との関係では凶悪犯罪者の再犯や一般的な犯罪の増加への恐れが、さらには怒りとの関係では応報感情が、それぞれ対応するといえよう。ヌスバウムでは上述した厳罰化世論による厳罰化は当然のこととなろう。

もっとも、ヌスバウム説においても、非合理的な感情としての嫌悪感と恥辱については、刑法への取り上げは慎重でなければならないとされる。また、主観的感情そのものでなく「常識人の感情」が立法の根拠になるとされ、また、感情は一定の信念や思考と結びつけられている。すなわち、それらのことに照らすと、主観的感情がそのまま厳罰化立法の根拠になるとはされていないといってよい。けれども、常識人の思考や信念が客観的な理性によるスクリーニングに対応するものであるかは定かではない。感情の重視という主張は、実際には結局のところ感情を根拠にする厳罰化立法を許してしまうことになってしまうのではなかろうか。

47) 生田勝義「死刑と生命権についての一考察」立命館法学2015年第2号(第360号)15頁、27頁～32頁参照および生田「死刑と生命権(再論)」立命館法学2016年第1号(第365号)138頁参照。

48) マーサ・C・ヌスバウム著、河野哲也監訳『感情と法』(慶應義塾出版会、2010年)参照。これを紹介したものに内海朋子「マーサ・ヌスバウム『感情と法——現代アメリカ社会の政治的リベラリズム』(2010年)を読む」横浜法学第22巻第2号(2013年)127頁～146頁。

刑法の適用過程においてはどうか。処罰阻却や刑の減輕の根拠として主観的感情を持ち出すことは許されても、処罰や刑の加重の根拠に感情を主観的な感情のまま持ち出すことは罪刑法定主義に照らし許されまい。なぜなら、感情は個人により多様であり、また特定個人においても流動的である。さらに、そのような情緒的な主観的事情についての立証は、本人の供述に頼らざるを得ず、客観的な信用性を確保することの困難な場合もある。主観的な感情の重視が前提になると、どうしても客観的証拠を軽視したり、事実の推測に無理が生じたりしやすくなる。無罪の推定や「疑わしきは被告人の利益に」の原則がゆがめられる恐れがあるといわざるを得ない。

やはり、刑事立法や処罰は理性による営みでなければならないという原則は堅持する必要がある。

3 現にある感情論の根深さとその矛盾

(1) この感情論が大きな影響力を持つことができるのは今日の客観的な社会状況と関係しているからである。それゆえ、それには根深いところがあり、軽視することはできない。このように根深い感情論が影響力を持っているところで問題を打開するには、戦術的な技術論によるだけでは無理なのではなかろうか。このことはすでに論じたところ⁴⁹⁾であるが、今日においても依然として状況に変わりはないことから、重要なので再掲しておく。

〈その客観的な社会状況との関係は次のようにまとめられよう。第1に、新自由主義のように『成長』を牽引できる企業や産業を市場が持つ弱肉強食の力を借りて見い出そうとする政治経済の下では、投機的雰囲気や優勢になり、理性より直観、さらには連帯や寛容より自助努力と自己責任を重視する考え方が広がる。第2に、激動期には社会に関する旧来型の知識が

49) 生田・前掲論文「死刑と生命権（再論）」135頁～138頁。

陳腐化するのだが、そのことと投機的雰囲気相まって、社会科学やその専門家はあまり信頼されなくなる。「不確実性の時代」といわれ、理性的判断より直観が重視される。このような状況の中で、商業マスコミは科学の知見や理性的判断を経てあるべき方向を提起するというより、むしろ視聴者や購読者の情緒的欲求を満足させる報道を追求するようになる。特に犯罪や刑罰については視聴者や読者が素朴に抱く応報感情が、市民感覚や常識という名のもとに煽情的に報道されがちだ。しかもそれによって「世論」が測られることになる。あるべき社会の方向を示すことのできない政治家は、選挙民の歓心を買うことで政治生命を維持しようとする。ポピュリズムの弊害である。しかしながら、そのようなことを基礎にして展開される刑法は、犯罪を生み出している社会病理を解決できないばかりか、人権保障を危うくし、社会を衰退させてしまいかねないのである。そのようなことを「世紀転換期のイデオロギー」としてかつて分析した⁵⁰⁾ところである。

もっとも、そのような弱肉強食は極めて少数の富者と大多数の貧者という格差や、社会の不安定をもたらすことは目に見えていた。そしてそれは今日現実のものになっている。上から組織される過酷な競争は人間関係や社会関係に非人間的なひずみを生じさせる。このひずみは一方において、相互不信による偏狭な「異分子排除ないし憎悪」意識や非合理的な権威主義ないし排外主義の思潮に支えられた動きを生み出すとともに、他方では人間らしさを取り返そうとする相互信頼の連帯と包容の意識、思想に支えられた動きを広げさせる。非人間的な状況への感覚的で感情的な反発は現実認識の深まりや広がりとともに理性的な運動となる。変革を求めて情緒的な動きと理性的な動きのせめぎあいが始まる。理性的な動きでは、具体的な個人にある「人間の尊厳」や「生きる権利」も人間であること自体において享受できる、つまり全ての人に共通の普遍的な、人権として意識

50) 生田・前掲書『行為原理と刑事違法論』17頁～18頁参照。

され共有されるようになる。そのような例として、「戦争法廃止」を求める市民運動の中から生まれ多くの人に感動を与えるに至ったスローガンがある。（自分の子供に止まらず、「誰の子供も殺させない。」である。）。

(2) 日本においてネオ・リベラリズムは上記したような否定的現象をヨーロッパの先進資本主義国に比べてもあらわな形で生じさせた。その基礎には日本における近代的な自由という人権の未確立という問題があったというべきであろう。この点はすでに一般的行為の自由権の未確立の問題として指摘したところ⁵¹⁾であるが、最近、そのことに関係する重要な特集記事に出会った。朝日新聞の「耕論」；「新型コロナ 感染者を責める私たち」にある2人の学者へのインタビュー記事⁵²⁾である。

まず、社会心理学者の三浦麻子は言う。日本は他国に比べ、この「責める」意識が強いという結果が出た。日米英中伊5カ国約2千人にした調査で「感染した人は自業自得か」に「そう思う」と応えた人は、欧米3カ国で1～2.5%、中国4.8%に対し、日本では11.5%であった。その傾向は「日本におけるコミュニティのあり方が密接に関係しているとも言えると思います。」と。三浦は、同調査結果につき別途次のようにも述べている。「少し表現がマイルドな『本人のせいだと思う』という項目では、イタリアや中国でやや比率が増えましたが、やはり日本が15.3%で最大でした。逆に『本人のせいだとまったく思わない』を選んだ人は、英国で60.7%、米国で54.8%、イタリアで44.7%いるのに対し、日本は24.5%と、かなり少なかった⁵³⁾」。

以上のことは、上述した日本における否定的現象のあらわさに関係する。すなわち、「責める」のは、「(虚実を問わないで)自己決定したと見な

51) 生田勝義「一般的行為の自由権と侵害行為原理——実体的アュー・プロセス論による共謀罪法批判序説」立命館法学2018年第5・6号（第381・382号）70頁～105頁、特に73頁～95頁参照のこと。

52) 朝日新聞2020年10月9日朝刊大阪本社14版11面オピニオン13版S参照。

53) 「【三浦麻子】『差別はだめ』だけでは差別はきえない 過剰な防衛反応防ぐ道は」<https://globe.asahi.com/article/13532957>

す意識」つまり「自由意志信念」による「非難」とそれに基づく「応報感情」があるからといえる。厳罰化に通じるのと同様の意識構造が見られるのである。

次に、歴史学者の與那覇潤は言う。

「日本では、同調圧力を恐れず、自分の意見を堂々と唱えるといった、ポジティブな意味での個人主義は乏しいですね。しかしそうした『正の個人主義』が弱い裏面で、実は『負の個人主義』は猛烈に強いです。『俺はおまえとは別の存在だから、触るな、不快な思いをさせるな』というのが負の個人主義です。自分と相手を包む『われわれ』の意識がない。『自己』が指す範囲を、個体ごとに分割し、『混じるな』と間に線を引く。」歴史的に見ると、「近代的な個人概念に出会う前、つまり江戸時代までの日本人は垣根が低かった。宿場や飯屋では初対面の人と一緒に食事して楽しむし、……他者への遠慮を知らない子供のような、イノセントな状態があったわけです。ところが近代化の過程で、日本人は『過学習』をしてしまい、心の垣根をゼロからマックスまで上げちゃったんですね。直近の契機として重視すべきは、僕の観点では、戦後の高度経済成長に伴う都市化、そして平成のIT化です。」と。

以上で言われる「正の個人主義」の弱さは、日本において「一般的行為の自由権」、すなわち「他人を害しないすべてを行うことができる」という積極的な自由権が未確立であることと表裏をなしている。日本では近代以降、「自由」は、「国家権力からの自由」という形式的で消極的なレベルで捉えられ、実質的で積極的なレベルでは人格の自律性という内面的なものとして捉えられてきたといってよい。自律性は「自己決定・自己責任」であり、これがネオ・リベラリズムに絡め取られやすいことはこの間われわれが眼前にしたところである。「負の個人主義」にある「触るな、不快な思いをさせるな」との思い・感情は、ネオ・リベラリズムに絡め取られると、国家的干渉から保障されるというに止まらず国家により積極的に保護されるべきだということになり、厳罰主義につながっていく。與那覇は、自身のうつ状態に苦しむなか患者同士で話し合ったときの経験を踏ま

えそれを理論化して、「迷惑を減らすのではなく、『迷惑をかけあえる関係』を築くことの先に、初めて正の個人主義が見えてくる。」と言う。これは上記した三浦の「コミュニティーのあり方」にも関係する至言である。「迷惑をかける」ぐらいであれば積極的自由権の限界である「他害性」にはあたらない。御互い様としてコミュニティ内の任意の関係で解決すればよい。それが積極的自由権に支えられた友愛や連帯なのである。

日本における今日の厳罰意識の問題はここで論じた社会関係の問題と関係している。厳罰意識の克服は社会関係の問題を克服する取組みと連動するものでなければ功を奏することはできないだろう。第4章で後述するように、少なくとも生命権や人間の尊厳という普遍的人権の拡充を求める取組みや諸運動と連帯できるようにすることが社会関係性に近づくために必要なのである。