

# 「終身刑」論と刑法のあり方（2・完）

——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

- 1 無期刑の現状とその問題点
- 2 人権を基礎にした最近の終身拘禁批判論の骨子
- 3 スミトとアップルトンによる総括的考察
- 4 終身刑の特徴的な擁護論とその問題点

### 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
- 2 感覚や感情による厳罰化の問題性
- 3 現にある感情論の根深さとその矛盾 (以上, 391号)

### 第3章 刑法による「被害者の権利」保護について

- 1 「被害者の権利」論とは
- 2 「被害者の権利」と社会侵害性
- 3 ヘーゲルの『法の哲学』に見る犯罪観
- 4 ヘーゲル理論の問題点

### 第4章 何をなすべきか

- 1 普遍的人権による対立の止揚
- 2 ゆがんだ「危険社会」論からの脱却
- 3 国家的統制法の縮減と社会的調整（規整）法の拡充

おわりに (以上, 本号)

---

\* いくた・かつよし 立命館大学名誉教授

### 第3章 刑法による「被害者の権利」保護について

被害者感情への配慮論は、被害者運動によって唱道され多くの賛同を得るに至った「被害者の権利」論と関連している。

#### 1 「被害者の権利」論とは

「被害者の権利」論は、それまでの刑法理論や刑事実務が「加害者の権利」保障に偏っており、「被害者の権利」がなおざりにされてきたとして、被害の過酷さに見合った犯罪の厳罰化と被害者の刑事手続きへの参加を主張してきた。従来は公刑罰とその実現ということで刑事手続は国家機関である捜査・訴追機関・裁判機関とそれらの対象となる被疑者・被告人（およびその弁護人）によって進められてきた。被害者は蚊帳の外に置かれたままで、被害者の痛みを主張する場が保障されていなかった。この刑事手続き面における被害者の当事者性の軽視・無視が折からの被害者感情に配慮すべきだとする世論の高まりを前にして一気に被害者の刑事手続きへの参加拡大と被害者の厳罰感情に応えた刑法での重罰化が進むことになる。

被害者個人の厳罰感情への対応は本来であれば被害者対加害者の私的関係として民事法の管轄となるはずであった。ところが現実には、国家対犯罪者という公的な関係での厳罰化につながるというゆがみをもたらしてしまった。

そのようなゆがみの基本にあったのが、従来多くの刑法観や理論に見られた犯罪観や概念の一面性・狭隘性である。その一面性・狭隘性は、第1に、犯罪を私事化してしまうことに、第2は逆に、犯罪を公的レベルの存在であり被害者とは関係のないものとする理解に、現れた。それらのことが被害者感情に依拠する厳罰化を理論的に許してしまったといつてよい。

そのような刑法理論の弱点を指摘するものに次のものがある。これは上記した第1の弱点に関するものといえるが、これまであまり自覚されてこ

なかった弱点の指摘として重要であろう。

「平成期の重罰化傾向の1つの要因は、被害者に加えられた害をそのまま刑の重さに反映させようという考え方が強まったことであるが、従来の犯罪論・刑罰論は、刑罰が果たす公的秩序維持ないし法益保護の機能という公的次元と、被害者が受けた法益侵害という私的次元の区別を十分にわきまえた理論を構築してこなかった。とりわけ犯罪論・刑罰論における結果無価値の重視は、戦後期における秩序重視の権威主義及びモラリズムに対抗するためのものであったが、他方において、刑罰の公的次元と私的次元の差異を曖昧にするものであり、重罰化への歯止めを提供しうるものではなかった。平成期の刑法学は、実務における重罰化傾向に対し、理論的に無防備なままこれに臨み、これに対抗するための理論的根拠をほとんど提供することができなかったといえよう。……刑法理論の無能<sup>インコンピテンシー</sup>さを証し立てるものだったのである。<sup>54)</sup>」

すなわち、戦後期における犯罪論・刑罰論における結果無価値の重視が刑罰の公的次元と私的次元の差異を曖昧にするものであったことにより、刑罰の公的秩序維持・法益保護機能という公的次元と被害者法益の侵害という私的次元の区別を十分にわきまえた理論を構築してこなかったことが実務の重罰化傾向に対抗する理論的根拠を与え得なかったというのであろう。鍵となるのは、<刑罰の果たすべき公的次元と被害者保護の私的次元の差異>と<それを曖昧にした結果無価値論>であろう。

ところで、公的次元と私的次元の差異を「刑罰」という法的効果のレベルで捉えるのであれば、従来から刑罰は犯罪の一般的予防という公的機能を果たすものであり、被害者の損害を賠償する民事的な私的レベルとは異なるとされてきたのであるから、批判は外的れとなる。「刑罰が果たす公的秩序維持ないし法益保護の機能」というだけでは刑罰の一般的予防機能とあまり変わりはないからである。

公的次元と私的次元の差異は、法的効果よりもむしろその前提となる法律要件である「犯罪」と民事「不法行為」というレベルでの差異として問

---

54) 井田良「平成時代の刑法学説」刑事法ジャーナル No. 61 (2019年) 16頁～17頁。

題にされなければならないのではなからうか。従来、刑法上の犯罪と民法上の不法行為の差異は法的効果である刑罰か損害賠償かというレベルで捉えられることが多かった。その原因は従来の法益論がもつ狭隘さにあったと言すべきであろう<sup>55)</sup>。

従来の法益論からすると、刑法上の殺人罪の保護法益は個々人の生命であり、民法上の不法行為のそれも同じく個々人の生命である。殺人罪は「個人的法益に対する罪」とされ、「社会的法益に対する罪」や「国家的法益に対する罪」と区別される。そのような捉え方だと、殺人や傷害、強姦などのように「個人法益」に対する侵害行為については犯罪と不法行為とはその不法において違いはない。それゆえ、被害者保護を強化すべきだ、つまり個人的法益の保護を強化すべきであるとの主張が高まると、民事的の法益保護と同列・同格に刑事的の法益保護も強化すべきだということになり、区別していたはずの法的効果のレベルでもその区別が結局のところ骨抜きされてしまう。「結果無価値の重視」にいう「結果無価値」が法益侵害・危険を意味するのであれば、たしかに従来の法益論には指摘されるような弱点があったといわざるをえないであろう。

その弱点は、端的に言えば犯罪を私事化してしまったことである。殺人のもつ社会侵害性でなく個人の生命という単なる個人的法益の侵害を犯罪とするのであれば、刑罰は個人の私的な損害を埋め合わせるための制裁になってしまう。刑罰の私事化（プライベートイゼーション Privatization）といってよい。公刑罰は被害者による復讐を公権力が代わって果たすにすぎないものとされてしまう。この点の問題性についてはすでにヘーゲルが『法の哲学』 § 102において次のように指摘していた。「犯罪が『公的犯罪』（*crimina publica*）としてではなく、『私的犯罪』（*crimina privata*）として

---

55) この問題を根本から全面的に検討したものとして生田勝義「違法の質・相対性と法的関係の相対性（序説）——刑法理論の進化と発展のために——」立命館法学2013年第6号（第352号）29頁～58頁参照のこと。この論文が提起した問題・課題の重要性に気づく刑法学者が未だ少ないということにも、刑法学の弱点が今なお続いているということを見て取れよう。

……追及され、かつ処罰されるばあいには、刑罰はすくなくともまだ一部分、復讐の性質を帯びている。<sup>56)</sup>。「復讐は一つの特殊的意志の肯定的な行為であるということによって、復讐は一つの新たな侵害となる。それはこうした矛盾として無限な過程のなかにおちいり、はてしなく代々つたわってゆく。<sup>57)</sup>」。しかし、殺人が被害者個人だけに関係するもの、つまり私事なのであれば、それは民事法の管轄になるはずである。

上記した第2の弱点については節を改めて「2『被害者の権利』と社会侵害性」として述べてみよう。

## 2 「被害者の権利」と社会侵害性

### (1) 一人の生命に対する侵害が同時に社会を侵害

犯罪は単に個人を侵害する行為ではなく、社会侵害行為でなければならない。犯罪にある社会侵害性が犯罪を民事上の不法、つまり私事における不法と区別する。社会侵害行為に対し社会を回復・防衛するための制裁であることにおいて刑罰は、私人間における私的損害につき負担の公平をはかる損害賠償とは異なる。ここにおいて、犯罪と刑罰が「公的次元のもの」であることが明らかになる。また、そのことにより刑罰権が合法的に人を生殺与奪できるという強大な権力まで持ち得てきた理由が明らかになる。さらには、刑罰権力の強大さということからその権力と対峙させられる容疑者などの人権保障の重要性が帰結される。

そのような言明に対して、「被害者の権利」論から、「社会侵害ということと被害者個人の利益は軽視されている」とか「刑法は加害者の人権は擁護するが被害者の人権は軽視している」とかの批判のなされることがある。これは上記した第2の弱点にかかわるものである。

---

56) ヘーゲル著、藤野渉・赤沢正敏訳『法の哲学Ⅰ』§102(中央公論新社、2001年)285頁。Georg Wilhelm Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Herausgegeben u. eingeleitet von Helmut Reichelt, Ullstein Buch, 1972, S. 100.

57) 同上284頁。Ibid. S. 100. なお、以下では、邦訳本のページ表記に止める。

しかし、社会侵害性論は本来、人々が自らの人権を守るために社会をつくりそれを管理するための政府（国家）・法を作ったのだとする社会・国家観に立つものなのである。

このような社会・国家観に対しては古くから、それは社会契約説と同じではないか。社会契約は擬制であるにすぎず、社会契約説は空論であるとする批判がある。

このような批判に対しては同じく古くから次のような反論がなされてきた。すなわち、第1に、歴史的事実としては社会契約説は近代的国家の存在やそれによる統治の正統性を前近代的な王権神授説などに対抗して論証するための理論であった。第2に、生来的な人権を基礎にそれを守るために人々が自らの意思により合意して社会や国家をつくったのだとの論理構成が今日の社会や国家の正統性論拠として必要だという知恵である。つまり、人権や民主主義は今日でも我々人間の生存やその福祉にとり不可欠なものであるとの価値判断であり、歴史と現状を見ると今日でもそれらのさらなる普遍化を追求することは生存や福祉にとり必要であるという認識である。上述した社会や国家の正統性根拠論は人間が幸福になるために汗と涙と血を流しつつ手に入れた知恵なのである。人権と民主主義を支える社会を侵害するものであって初めて強大な暴力である刑罰をもって対処できる犯罪となる。これが社会侵害性論なのである。

また、この社会侵害性論こそ被害者の人権を重視している。なぜ殺人罪が社会侵害行為であるとされるのか。それは、①被害者個人の生命のなかに社会を構成するすべての人と同じ生命という普遍的価値のあることを認めているからであり、また、②一人の生命であってもそれを侵害することは社会を作った意味を台無しにしてしまうことだとするからである<sup>58)</sup>。一人の生命の侵害によって同時に社会が侵害されるということには、それら①と②の両者の意味が含まれている。すなわちそこでは、死刑

---

58) この社会侵害性論については、生田・前掲論文「違法の質・相対性と法的関係の相対性（序説）」51頁～58頁参照のこと。

を合憲とした最高裁昭和23年3月12日大法廷判決と異なり、「個体に対する人道観」が「全体に対する人道観」と統一されているのである。

## (2) 社会侵害性と一般性・普遍性

このようにして社会侵害性とは、社会構成員すべての人権を侵害する性質があるということを意味する。これは、現実の不平等や支配従属を糊塗してしまう抽象化された人格の抽象化された権利でなく、具体的に生存している生身の人間すべてに共通する権利や利益の侵害を意味することになる。このことの重要性は、刑法を被害者対行為者という狭い2項対立でとらえがちな傾向にある最近の「被害者の権利」論に対する反省の中から改めて自覚されるようになってきている。すなわち、法益を侵害ないし危殆化する挙動が「我々すべてにとって重要な」(von Bedeutung für „uns alle“ ist) 場合にのみ当罰的なのだとの理解<sup>59)</sup>である。一部の特権者の利益を侵害するに過ぎない行為は社会侵害性を有しない。

侵害が犯罪とされ刑法によって保護される「社会」はここでは一般性・普遍性、ヘーゲルの言う Das Allgemeine のレベルでとらえられる。注意すべきは、これはまさに、特殊性の中に普遍性があり、普遍性の中に特殊性があるという関係だということである。一般性・普遍性は個別的な特殊性を包摂しているのである。ヘーゲルの『法の哲学』は、近代資本主義法の形式と実体を解剖したものといってよい。この意味でヘーゲルの犯罪観は近代法や近代刑法の犯罪観を体現したものといってよい。日本の現行刑法にもその犯罪観が引き継がれていることはいうまでもない。もっとも、今日の日本の刑法理論にはその法益論の狭隘さに災いされて自覚的に展開できていないという弱点がある。けれども、近代刑法そのものの本質がそれにより変わることはない。

---

59) Kindhäuser, Neumann und Paeffgen (hrsg.), Strafgesetzbuch Band 1, 4. Auflage, NomosKommentar, 2013, S. 104-105.

### 3 ヘーゲルの『法の哲学』に見る犯罪観

先に述べたように、ヘーゲルの『法の哲学』は近代資本主義法の形式と実体を解剖したものである。法の哲学であると聞くと、歴史超越的で普遍的な法のあり方、普遍的な、それゆえ抽象的で思弁的な法的正義を探究したものだと思われがちかもしれない。しかし、ヘーゲルは自身が生きた18世紀末から19世紀初めにかけて眼前に存在した法、当時のドイツで生成中であったブルジョア法（近代市民法）の「概念」を解明し、その限界性を当時において克服する方策を探ったのであるといえよう。このことをまず、ヘーゲル自身の言葉を借りて示してみよう。

「哲学は、理性的なものの根本を究めることであり、それだからこそ、現代的かつ現実的なものを把握することであって、彼岸的なものを打ち立てることではないということである。<sup>60)</sup>」。「存在するところのものを概念において把握するのが、哲学の課題である。……哲学もまた、その時代を思想のうちにとらえたものである。<sup>61)</sup>」。

ヘーゲルは、抽象的人格の自由な意志を基本にして所有、契約などの法的関係を抽象的法において捉え、不法についても民事の「とらわれない不法」、詐欺および「強制・犯罪」とに区別する。それはまさに『法の哲学』第3部「倫理」の第2章「市民社会」（die bürgerliche Gesellschaft）に対応する近代ブルジョア法である。

ヘーゲルは、当然のことであるが、犯罪と民法上の不法の差異をそれらの性質の差異においてとらえていた。今日の形式的で平板な法益論で言われるような、単に法的効果である刑罰か損害賠償かという差異においては、法的効果である刑罰はその法律要件である犯罪に対応するものである。そうであるなら、刑罰を論じるにあたり犯罪とは何かをまず論じておく必要があるはずである。ところが、日本では久しく刑罰論をその前提

---

60) ヘーゲル著、藤野・赤沢訳・前掲書『法の哲学 I』「序文」23頁。

61) 同上「序文」27頁。なお、ヘーゲルの「概念」の意味するところについては、同上「緒論 §1」43頁～44頁参照のこと。

となるべき犯罪論と切り離して論じることが多かった。最近になりやっと、「応報刑論のルネッサンス」といわれる理論状況もあって、刑罰論を犯罪論と関係させて論じるものも現れるに至っている。そのようなものの一例として次のものがある。

今村健一郎「ヘーゲルの刑罰論」<sup>62)</sup>は、『法の哲学』第1部抽象的法第3章不法C強制と犯罪§95<sup>63)</sup>の叙述を受け次のように述べる。

「先のヘーゲルの規定によれば、犯罪はまた『自由な者によって』実行され、『自由の現存在をその具体的な意味において』侵害する行為でもある。つまりそれは自由な存在である犯罪者が同じく自由な存在である他者の自由を具体的な仕方で侵害する行為である。『犯罪者』という特別な種類の人間が存在するのではない。犯罪者もその犯罪の被害者も、共に同じく自由な存在であり、犯罪者はその共同の自由を、犯罪をつうじて具体的な仕方で侵害しているのである。ヘーゲルにおいては自由ないし自由の具体的なあり方こそがレヒトなのだから、自由の侵害はレヒトの侵害とも言い換えられる。犯罪が共同の自由ないしレヒトに対する侵害であるということは、それが被害者だけでなく全ての自由な権利主体に対する侵害であるということを意味する。それはさらに犯罪が自由な権利主体としての犯罪者自身に対する侵害であるということをも意味する。以上を要するに、犯罪とは個別特殊的なレヒトの侵害であるだけでなく、それは同時に共同のレヒトを、つまりレヒトそれ自体を侵害する暴力なのである。<sup>64)</sup>」(下線は生田。)

さらに私が付言したいのは、ヘーゲルは「抽象的法」においてだけでなく、「第3部倫理第2章市民社会(ブルジョア社会)B司法b法律の現存在(在定)」という、より実質的で具体的なものに関しても次のように述べて

---

62) 今村健一郎「ヘーゲルの刑罰論」愛知教育大学研究報告, 人文・社会科学編第66輯(2017年)49頁以下参照。

63) Ibid. G. W. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, S. 92-93.

64) 今村・前掲論文「ヘーゲルの刑罰論」52頁。

いたことである。

「§ 218 所有と人格性は、市民社会では法律上承認されて法律上の妥当性をもっているから、犯罪はもはや、一個の主観的に無限なものの侵害であるだけでなく、一つの内的に堅固で強力な現存在をもって顕現している普遍的なことからの侵害である。したがって行為の社会にとっての危険性という視点が生じる。……社会の一成員に対する侵害が他の全成員に対する侵害であるということは、犯罪の本性を犯罪の概念の面では変えないが、犯罪の外的な顕現の面では、その本性を変える。侵害は今や市民社会の表象と意識にかかわるのであり、直接の被害者の現存在だけにかかわるのではないからである。……市民社会にとっての危険性ということが、犯罪の大きさの一規定でもあるし、また犯罪の質的諸規定の一つでもあるのである。ところがこの質にせよ大きさにせよ、市民社会の状態に応じて変わるものであり、状態いかんによっては、二、三錢の窃盗ないしは一株の蕪<sup>かぶら</sup>の盗みに死刑が科せられることも是認されるし、こうした有価物の百数倍にもなる窃盗に軽い刑が科せられることも是認される。<sup>65)</sup>」

以上のことから、ヘーゲルは犯罪概念において普遍的なものの侵害というだけでなくそこには被害者の自由をも含むものと考えていたことが分かるであろう。ヘーゲルは、欲望の自由な実現には人格の相互承認が必要であるとして、それを保障する法や社会・国家の仕組みはいかなるものかを解明しようとした。「権利ないし法」についてもそれは「まず第一に、自由が直接的な仕方で自分に与えるところの直接的な現存在、すなわち、[a] 自分のものであるところの占有である。……<sup>66)</sup>」とする。そこにおいて普遍的なるものが自由な人格としての個人を包み込んだものであることは論理的にも整合性のあることであろう。このようにして刑法は加害者の権利を保護するだけのものでも、社会全体だけを保護する

---

65) ヘーゲル著、藤野渉・赤沢正敏訳『法の哲学Ⅱ』（中央公論新社、2001年）§ 218、160頁～161頁。

66) ヘーゲル著、藤野・赤沢訳・前掲書『法の哲学Ⅰ』§ 40、149頁。

ものでもない。刑法は「被害者の権利」を他のすべての者の権利と同様に、つまりすべてを平等に保護するものなのである。そのことが、近代刑法をその「概念」において、すなわち「そのものの本質的な特徴において捉える思考形式」において捉えることにより明らかにされている。それを今日における日本の刑法も引き継いでいる。実定法の客観的構造もそのようになっている。刑法理論の中には一時期その法益論のもつ一面的なゆがみによりそのことが十分に理論化されていないものがあつたにしても、実定法の客観的構造に変わりはないのである。

#### 4 ヘーゲル理論の問題点

もっとも、ヘーゲルのいう普遍的なものが何なのか問題になる。彼は、「契約の対象はある個別の外面的な物件である。なぜなら、ただそのような物件だけが、それを外に手放そうとする双方の側のたんなる恣意に従わされているからである。<sup>67)</sup>」とする。社会契約説は「私的所有のもろもろの規定をば、全く別のそしてもっと高い本性をもった圏のなかへもちこんだという誤り……後述の、倫理と国家を見よ。(訳注:258, 278, 294参照のこと。)<sup>68)</sup>」。ベッカーリアの社会契約による死刑否定論に対し、「むしろ国家は、より高いものであって、そのような個人の生命および所有をさえも国家自身の権利として請求し、それを犠牲に供することを個人に要求する。<sup>69)</sup>」。

そこに見られるのは、契約を物件を対象とするものに限定して、人間関係における約束を法的なものとしては認めないこと、さらには、個人の生来的な人権主体としての地位を認めず、それゆえ人権主体による社会契約に国家の正当性を求めようとしないことである<sup>70)</sup>。その上で彼は、国家を

---

67) 同上 § 75, 229頁。

68) 同上 § 75, 230頁。

69) 同上 § 100, 277頁。

70) ヘーゲルにおける人権概念の欠落は19世紀ドイツ憲法が人権を「基本権」としてしか規定しなかった事情と関係しているといえる。この事情については、中村睦夫・佐々木雅寿・寺島壽一編著『世界の人権保障』(三省堂, 2017年)94頁(寺島壽一・齊藤正彰執

それだけで理性的なものとして捉え、国家のより高い価値を認める。すなわち、「国家は倫理的理念の現実性である。<sup>71)</sup>」。「国家は、実体的意思の現実性であり、この現実性を、国家的普遍性にまで高められた特殊的自己意識のうちにもっているから、即時かつ対自的に理性的なものである。この実体的一体性は絶対不動の自己目的であって、この目的において自由はその最高の権利を得るが、他方、この究極目的も個人々人に対して最高の権利をもつから、個人々の最高の義務は国家の成員であることである。<sup>72)</sup>」。

しかしながら、そこにいう理念や普遍性とは具体的にどのようなものなのか。それらが所与の前提とされてはいないか。個人々の人間としての尊厳性が国家の存在より劣位に置かれることになるのではないか。

また、「市民社会にとっての危険性ということが、犯罪の大きさの一規定でもあるし、また犯罪の質的諸規定の一つでもあるのである。ところがこの質にせよ大きさにせよ、市民社会の状態に応じて変わるものであり、状態いかんによっては、二、三銭の窃盗ないしは一株の<sup>かぶら</sup>蕪の盗みに死刑が科せられることも是認されるし、こうした有価物の百数倍にもなる窃盗に軽い刑が科せられることも是認される。」とする点は、時々の社会意識に刑法のあり方を委ねてしまうものであり、普遍的なものにとらえ方としては問題がある。生来的であることにより普遍的なものである人権を基礎にして社会をとらえるべきであろう。

普遍性と個性性を統一するにはむしろ、上述したように、人の生来的権利とされる人権<sup>73)</sup>というものの普遍性から人間関係・社会関係の普遍性を

---

↘筆）参照。なお、阿部輝哉編『比較憲法入門』（有斐閣、1994年）283頁～294頁以下（初宿政則執筆）参照。

71) ヘーゲル著、藤野・赤沢訳・前掲書『法の哲学Ⅱ』§257、216頁。

72) 同上§258、217頁。

73) ヘーゲルは、ユダヤ人問題についてであるが、「人間であるということが認められてはじめて、市民権の承認を通じて市民社会の法的人格と見なされるという自己感情が生じ……」（前掲書『法の哲学Ⅱ』277頁注）としていた。人間と市民社会の法的人格、それゆえ人権と人格の権利、とは区別され、後者については語られるが前者には言及されていない。

も導き出すことが必要なのではないか。すなわち、個々人の人権を守るために社会を作った、その社会を台無しにするのが犯罪だとすることが重要なのではなからうか。

## 第4章 何をなすべきか

### 1 普遍的人権による対立の止揚

現在の荒んだ世相を前にして、一方ではそれに危機意識を抱き寛容と連帯の社会を目指す動きがあるとともに、他方では一部の犯罪被害者運動からの厳罰要求・極刑要求は収まる状況にはない。両者の対立・衝突を揚棄する(aufheben)方向を打ち出せない限り死刑廃止には行きつけないのではないか。本来人権は普遍的なものであるはずだが、現状では加害者の人権と被害者の人権が対立・衝突させられている。残虐刑の禁止もその刑を科される加害者のための人権保障だとの一面的な理解もある。死刑判決にはスーパー・デュー・プロセスが必要だとすることにも同様の受け止めが出てこよう<sup>74)</sup>。しかも、加害者に対するバッシングはその家族にも及び、深刻な被害を生じさせている<sup>75)</sup>。

そのような意識・思想が軽視できないほど残る中での仮釈放のない終身刑論は死刑存置の免罪符になりかねない。加害者、被害者、社会のすべてにとり共通の、すなわち一般性、普遍性をもつ価値や理念を掲げたものでない限り、現状を良い方向に打開していくことはできない。加害者や被害者という立場の違いを超えて、そのような一般性・普遍性を持つのが生命

---

74) 絞首刑の残虐さやスーパー・デュー・プロセスの必要性などによる上告が最高裁により三行半で棄却されてしまうのが現状である。最判平成31年2月12日最高裁判所裁判集刑事325号1頁および同控訴審判決大阪高判平成28年9月14日 LEX/DB【文献番号】25543812参照。

75) 例えば、阿部恭子『「上級国民」大批判のウラで、池袋暴走事故の『加害者家族』に起きていたこと』現代ビジネス10月9日、<https://gendai.ismedia.jp/articles/-/76274>、など参照のこと。

権や人間の尊厳である。両者の対立・矛盾を止揚するには生命権や人間の尊厳を基軸に据える必要があると考える次第である。

古くからの格言に「罪を憎んで人を憎まず。」がある。これは、寛刑思想の一環であるが、近代刑法理論である行為刑法論、すなわち「犯罪は行為である。意思や行為者の危険性を犯罪とするものではない。」に通底する。社会侵害性のある行為が犯罪であり、それゆえ犯罪は社会に敵対する行為であるが、犯罪者は社会の敵ではなく引き続き人間としての尊厳と人権の主体である。犯罪者にも罪刑均衡原則や残虐刑禁止などの人権保障が及ぶ。さらに近代刑法は自由という人権を基礎にして個人行為責任の原則に立っており、前近代の縁座制や連座制を否定している。加害者家族にその犯罪の責任が及ばないのである。近代の公刑罰は私的な復讐や報復のように犯人への憎しみや恨みによってなされてよいものではない。公刑罰はすべての人を含む社会を侵害する行為に対し社会の側から正義の名においてなされる制裁なのである。そのことによって、復讐や報復に付きまとうそれらの連鎖を断ち切ることができる。犯罪者であれ人を憎むことを死刑や終身刑の根拠にすると、世の中には憎んでよい人がおり、その人なら社会から抹殺・排除してよいという思想を許してしまうことになりかねない。

確かに、問題解決には現実的対応も必要である。しかし、羅針盤なしの現実的対応には問題を悪化させる危険もある。たとえば、死刑判決を減らしたいとの善意から、死刑を存置したまま無期刑と死刑の中間刑として終身刑を導入すべきだとする主張があげられる。死刑廃止のために旺盛に論陣を張ってきた著名な刑事法学者や弁護士のなかにもそのように主張するもの<sup>76)</sup>が出るに至っている。羅針盤は綱領とか理念ということもできる。また、現実的対応で妥協が可能になるのはその背後にある理念を少なくとも無視できないということまで行かないと前進的な妥協にはならないの

---

76) たとえば、大阪弁護士会死刑廃止検討プロジェクトチーム編・前掲書『終身刑を考える』で展開されている。

ではなかろうか。死刑廃止への羅針盤は普遍的な人権に求めなければならない。その筆頭に来るのはやはり生命権や人間の尊厳であろう。また普遍性を持つ人権を掲げたいうでの現実的対応でないと、上述した一面的な被害者運動の壁は崩せないであろうし、終身刑先行論に道を譲るだけになってしまう恐れもある。

生命権や人間の尊厳を否定する「生きる価値のない生命」思想は、重度心身障害者や感染症罹患者への差別とか、ヘイト・クライムに示される人種・民族差別とか、の差別思想のバックボーンをなしている。死刑廃止運動はそれらの差別克服運動と連帯できるはずである。生命権や人間の尊厳が世界人権宣言に登場したのは20世紀前半に起きた2度に及ぶ世界大戦の惨禍やファシズムの暴虐への反省にたつてのものだった<sup>77)</sup>。それらの人権に反する死刑を廃止する運動は反戦・平和の運動や民主主義を守る運動と連帯できるはずである。現下日本における死刑廃止運動は蝸壺化していないだろうか。厳罰化世論への付度とスリよりでは一歩前進のつもりが何歩も後退してしまう。蝸壺から出るには、普遍的な人権に依拠する取組みへの脱皮が必要なのではなかろうか。

## 2 ゆがんだ「危険社会」論からの脱却

### (1) 「危険社会」だけでなくネオ・リベラリズムも視野に

「危険社会」論は主として技術の発展と社会的分業の高度化がもたらすリスクを問題とするものなのであり、今日の、被害者感情に支えられた厳罰主義とか政治的治安立法とはレベルが異なることに注意する必要がある。もっとも、「危険社会」論のなかで語られる「個人化」による人間関係の不安定化とそれに伴う不安感の問題は、ネオ・リベラリズムの下準備をし、ネオ・リベラリズムにより激化させられた問題であると言ってよい<sup>78)</sup>。こ

---

77) 生田・前掲論文「死刑と生命権(再論)」110頁～141頁参照。

78) この「個人化」とネオ・リベラリズムとの関係につき同旨なのが、吉田徹『アフター・リベラル』(講談社現代新書、2020年)240頁以下、特に262頁～269頁参照。

の視点からの検討は被害者感情の問題としてすでに検討したところである。

「刑法の活性化」や厳罰主義を肯定する論者の弱点は、それらがネオ・リベラリズム国家政策により形成された「弱肉強食」肯定の社会関係とそれを投影する社会意識、被害者感情論に支えられたものであることから目をそらしていることにある。一般的な現代社会論である危険社会論やあれこれの個別的病理現象に言及はするがネオ・リベラリズムには頼りかたという弱点である。

「平成の刑法」を振り返ってその特徴の一つに刑罰積極主義を挙げる見解にもそれが見られる<sup>79)</sup>。また、それが犯罪化・刑罰化等による自由の制限の拡大を合理化するさいの次のような論理にも同じ問題が見られる。

「刑法が謙抑的であればあるほど、社会における自由の総量は増加するという考え方は誤っている。刑法は、市民の自由を一方的に制限するだけでの存在なのではなく、市民の自由の領域と他の市民の自由の領域との間に境界を設定する存在（したがって、市民の間に自由を分配する存在）である。刑罰権行使による権利制限を最低限のものにしようとして刑法が退却するならば、それだけ法益侵害行為が増加し、一般市民がその被害を受ける可能性が高まるおそれがある。そのことはまた、市民の間における不平等な法益保護という帰結をもたらさう。経済的に豊かでない人は法益侵害のリスクにさらされるが、裕福な市民は、警備会社に依頼したり、よりリスクの少ない生活条件を選択したりして自己防衛を図ることが可能だからである。<sup>80)</sup><sup>81)</sup>」

すなわち、刑罰権行使の謙抑性が特権階層でない一般市民の安全を危うくするというわけである。これは、犯罪は一般庶民により一般庶民に対し

---

79) 例えば井田・前掲論文「平成時代の刑法学説」13頁～14頁参照。

80) 井田・前掲論文「平成時代の刑法学説」15頁～16頁。

81) もっとも、この点については同上論文・注記(14)として「補充性の原則も、今後も放棄できない重要な原則」とであるとされる。ただし、同20頁では、「立法事実の有無につきどちらとも科学的に証明できないときの扱い」につき、「経験的效果が不確実ならば退却するほかない、とする立場をとることはできない。」とする。これでは原則へのせつかくの言及も台無しになってしまうのではなからうか。

て犯されることを理由にして「犯罪にタフ、犯罪原因にタフ」な政策を遂行した英国のブレア政権、ニュー・レイバーの論理と同様<sup>82)</sup>である。けれども、そこでは犯罪を生み出す社会的背景は軽視され、犯罪は加害者対被害者という関係に矮小化されてしまう。犯罪という社会問題の解決はネオ・リベラリズムのもとでは自己責任の問題とされ、「社会のあり方に向かうというよりむしろ個々の親や子供の倫理、つまり個人の意識に向かうことになってしまう。地域社会をはじめとする配慮は、主として個人の意識に向けられ、教育・援助もその意識変革を対象として行われることになる。意識を生み出し支えている物質的条件や社会関係の改革・改善は、単なるセイフティ・ネットの問題とされ、結局のところ軽視されることになる。<sup>83)</sup>」。「社会なんてものはない("no such thing as society")」という言葉が有名である。ネオ・リベラリズムを推進した政治家として有名なイギリス保守党政権のサッチャー首相(在任:1975年~1990年)が1987年に Woman's Own 誌のインタビューで述べた。「『私はホームレスです。政府は私に住処を与えなければならない!』、そのように彼らは自分たちの問題を社会の責任にしているのです。社会って誰なの。そのようなものってないのよ!あるのは個々の男たちと女たちそして家族なの。政府は人々を通して以外になにもできないの。人々はまず自分たちのことを気に掛けるの。」(There are individual men and women and there are families and no government can do anything except through people and people look to themselves first.)」と。

また、「刑法が謙抑的であればあるほど、社会における自由の総量は増加するという考え方は誤っている。……刑法が退却するならば、それだけ法益侵害行為が増加し、一般市民がその被害を受ける可能性が高まるおそ

---

82) 労働党のブレア政権もサッチャー政権が始めたプライベート化や規制緩和を引き続き実行した。ブレア政権による犯罪対策の形成過程とその特徴については、Andrew Rutherford, *An Elephant on the Doorstep: Criminal Policy without Crime in New Labour's Britain*, in: Penny Green & Andrew Rutherford (ed.), *CRIMINAL POLICY IN TRANSITION*, Hart Publishing, 2000, pp. 33-61.

83) 生田・前掲書『行為原理と刑事違法論』30頁。

れがある」との点についても、疑問がある。疑問とする理由は、第1に、犯罪を抑止する効果は刑罰威嚇の密度や強度というよりむしろ実際に行われる取締りの難易度や密度、強度の方に関係するのであって、「刑法の活性化」自体による犯罪抑止効果はわずかなものといわざるをえない<sup>84)</sup>こと。第2は、わずかな犯罪抑止効果しかないにもかかわらず「刑法の活性化」により縮減され剥奪される自由の領分は大きく拡大されるのであるから、やはり社会における自由の総量は縮減されてしまうこと、にある。

## (2) ベック「危険社会」の意味を再確認すること

今日の厳罰化傾向を危険社会論で合理化する言説がかなり見られる。その中には、「危険社会」という言葉をベックの「危険社会」論<sup>85)</sup>とは異なった意味で使用しているものもある。例えば、ベック流の危険社会論と言いながら、「保険級数的」リスクをもって「危険社会」のリスクであると考えるもの<sup>86)</sup>である。これは、次の意味に近い。「日本語の新聞の用例」では、『「リスク」という言葉は経済やビジネス（それも金融、投資、保険等）で使われて、企業や個人の経済面の損害の可能性を意味する場合が圧倒的であり、環境問題ではほとんど用いられていない。<sup>87)</sup>。つまり、C. ラウのいう「産業的＝福祉国家的利益社会における危険」であり、保険によってカバーされうるものである<sup>88)</sup>。それに対し「新しい危険」は保険によつ

---

84) この点は、古くから指摘されてきたところであるが、私が自ら検証したものとして、生田・前掲書『人間の安全と刑法』63頁～83頁参照のこと。

85) ウルリヒ・ベック著、東廉・伊藤美登里訳『危険社会 新しい近代への道』（法政大学出版社、2018年第12刷）参照。

86) 例えば次に見られる叙述はこれに当たるといえよう。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——」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [下巻]』613頁～614頁参照。それと同論文625頁～626頁で紹介されているベックやラウの「危険社会」論との関係、また彼らの「危険社会論」と犯罪学での「刑罰大衆迎合主義」や「再犯の危険性というリスク評価」（同論文627頁～628頁）との関係につき、さらなる説明がほしい。

87) ベック・前掲書『危険社会 新しい近代への道』「訳者あとがき」463頁。

88) ラウは社会との関係で考えられる危険を3つに区分した。「伝統的危険」、「産業・福

てカバーしうるものではない。

そのような例はよく見られるので、改めて原典に当たっておこう。

バックは、『危険社会論』において、まず、環境破壊や原発事故のもたらず新しい危険を「リスク」として捉えた。すなわち、顕在化してきた「危険の生産と分配の『論理』」を展開するが、……そこで中心となるのは、植物、動物、人間の生命に対して不可逆的脅威をもたらす危険とその影響である。このような危険は、十九世紀と二十世紀前半の企業あるいは職業と関連した危険とは違い、地域的に、あるいは特定集団の人々にものみ限定することはできない。それどころか地球規模で広まる傾向を示しており、生産や再生産を阻害し、国境を無視して広がっている。その意味で超国家的で特定の集団に限定されない地球規模の危険が出現し、それに伴って今までになかったような社会的また政治的な原動力が発生する」(同書14頁)。次に、危険社会のもう一つの側面として、「近代化によって人々は産業社会(工業社会と訳されることもある：生田)の生活様式と常識から解放される。……このように解き放たれた衝撃」を挙げる。「産業化された近代の生活が準拠していた座標系——その座標軸は家族と職業であり、科学と進歩への信仰である——は動揺する。……危険社会の輪郭——が出現する。」これは「社会的不平等の個人化——産業社会の生活形態の脱伝統化」といわれるのだが、次のことの帰結でもある。すなわち、「産業社会の構造は、普遍的な近代の概念と産業社会の制度体の実際の機能との間の食い違いに基づいてできている。……その結果、産業社会はそれが実現したことによって不安定なものになった。」と。(同書16頁～17頁)。

「保険級数的リスク＝危険社会のリスク」論は、要するに、犯罪学における厳罰主義は「再犯の危険というリスク評価」を軸にして進められ、その評価を支えるのが「刑罰大衆迎合主義」であるということであろう。しかし、それだけでは「危険社会」論との関係が論理的に十分明らかにされ

---

↘ 社国家的危険」および「新しい危険」である。「危険社会」は「新しい危険」の社会なのである。詳しくは、金尚均『危険社会と刑法』(成文堂、2001年)6頁～12頁参照のこと。

ていないのではなかろうか。厳罰主義が優勢になった理由を「危険社会」論に求めるとすれば、その「社会的不平等の個人化」による不確実性やそこからくる不安感が考えられる。しかし、その不安感がなぜに他人の責任追及という不寛容につながるのか、明らかではない。厳罰主義を支える不寛容を生み出す契機をさらに解明しなければならないのである。この点を解明しようとしたのが本稿第2章（立命館法学2020年第3号）におけるネオ・リベラリズム批判である。

### （3）ベックの「再帰的近代化」論の再評価

ベックのいう個人化には上述したようにネオ・リベラリズムの下準備をしたという面がある。つまりそれは「自己決定・自己責任」論とよく似ている。もっとも、ベックは次のように述べていることにも注意する必要がある。すなわち、

「『個人化』は、アトム化や隔離、孤独、あらゆる種類の社会の終焉、関係の喪失を意味しているわけではないのである。……『個人化』とは、まず、工業社会的生き方の脱埋め込みを、次に、新たな生き方による工業社会的生き方の再埋め込みを意味し、この新たな生き方においては、一人ひとりがみずからの生活歴を自分で創作し、上演し、補修していかなければならないのである。……（それら2つの埋め込みは）一九六〇年代以降の多くの西側工業国で展開していったように、むしろ突然に、しかも先進工業労働社会における福祉国家という一般的条件のもとで生じているのである。<sup>89)</sup>」。

ベックは、再帰的近代化（自己内省的近代化 reflexive modernization）においてサブ政治を論じている。これは新しいリスクを克服する道を示唆するものであろう。「危険社会」論はリスクを生じさせる「もの」に対する刑

---

89) ウルリッヒ・ベック、アンソニー・ギデンズ、スコット・ラッシュュ著、松尾精文・小幡正敏・叶堂隆三訳『再帰的近代化——近現代における政治、伝統、美的原理』（而立書房、2000年）30頁。

事制裁に直結しない。

バックの技術経済の民主化や政治の分化についての言及は、近代・産業社会の民主化が平面的であったことを克服するには職場や地域、家庭の民主化、普遍的な人権の拡大が必要なことを論じているものであり、生田の言う介入法の人権による構成やコミュニティによる相互批判・相互援助の重要性と重なるところがある。バックの危険社会論を引き合いに出して刑罰依存症を合理化する言説が多くみられるがそれは産業社会の論理から免れていないものというべきであろう。

「近代化の半面」しか実現できないままの「産業社会」の論理の延長で「危険刑法」を展開するのか、それともバックの「再帰的近代化」でいわれる新しい法や政治のあり方、つまり産業社会の下では「半面」しか実現されてこなかった人権や民主主義を普遍化する方向で「危険社会」を克服しようとするのか。「危険刑法」推進論者はバックの危険社会論に言及することが多いのだが、バックが結論として主張したかったであろう「再帰的近代化」の問題にまで関心を示す人は少ない。

#### (4) 「危険社会」への民主的対応の追求

「危険社会」から「危険刑法」を導出する見解が多く見られるが、新型コロナ「危機」への対応についての次の提言<sup>90)</sup>は「危険社会」への刑法のあり方を考察する上でも参考になろう。

感染症に対処するには独裁と民主主義のうちどちらの政治体制が望ましいかという問題につき、「長い目で見ると民主主義の方が危機にうまく対応できるでしょう。理由は二つあります。」第一の理由としてあげたのが、「情報を得て自発的に行動できる人間は、警察の取り締まりを受けて動く無知な人間に比べて危機にうまく対処できます。数百万人に手洗いを徹底させたい場合、

---

90) ユヴァル・ノア・ハラリ（ヘブライ大学教授・歴史学者。1976年イスラエル生れ）の「新型コロナ ここが政治の分かれ道 インタビュー」朝日新聞2020年4月15日朝刊大阪本社13版S11面。

人々に信頼できる情報を与えて教育する方が、すべてのトイレに警察官とカメラを配置するより簡単でしょう」と。市民への監視や管理を強める手法については、「新技術を使った監視には反対しないし、感染症との闘いには監視も必要です。重要なのは、監視の権限を警察や軍、治安機関に与えないこと。独立した保健機関を設立して監視を担わせ、感染症対策のためだけにデータを保管することが望ましいでしょう」。国民が不安に駆られ、より強い政府を求める声があることについては、「政府に断固とした行動を求めることは民主主義に反しません。緊急時には民主主義でも素早く決断して動くことができる。政府からの情報を人々がより信頼できるという利点もある。政府が緊急措置をとるために独裁になる必要はありません」。起きているよい変化は、ポピュリスト政治家たちも含め「世界の人々が、専門家の声に耳を傾け始めていることです」。悪い変化としては「心の中にある悪魔です。憎しみ、強欲さ、無知。」「われわれはそれを防ぐことができます。この危機のさなか、憎しみより連帯を示すのです。強欲に金もうけをするのではなく、寛大に人を助ける。陰謀論を信じ込むのではなく、科学や責任あるメディアへの信頼を高める。それが実現できれば、危機を乗り越えられるだけでなく、その後の世界をよりよいものにすることができるでしょう。」。

以上の簡単なインタビュー記事からでもいくつかの重要な研究課題が浮かび上がる。日本におけるコロナ禍という「危機」に対する国民の取組みの特徴を分析し考察するという課題である。欧米諸国やアジアの中国などでは感染防止のために権力的な強制措置として都市のロックダウンが行われた。

それに対し、日本では国や地方公共団体という公権力による自粛要請によるだけで関係住民の8割以上がそれに協力し感染の拡大を抑えるという状況が作り出された<sup>91)</sup>。この事態を日本社会に見られる「同調圧力」によるものであると否定的ないし消極的に評価する言説がかなり見られる。しかし、他方では、自らが自主的に考え納得して自粛したと話す人も多い。「同調圧力」の影響もあるがそれだけではなく自分も納得して自粛したと

---

91) 「GW 主要駅の人出9割減」朝日新聞2020年5月8日朝刊大阪本社14版30面参照。

いう人もかなりいる。同調圧力だけでは説明がつかないのである。それでは、何が多くの人々をして自粛するに至らしめたのであろうか。

当時の状況を観察すると、少なくとも次のことが言えよう。第1に、志村けんさん<sup>92)</sup>など有名人が感染してあつという間に亡くなり、遺族がその遺骨を引き取る際も手渡しでなく玄関先に置かれたものを受け取るという形であったことがマスメディアで大々的に知らされ、感染の重大さが誰の目にも明らかになった。第2は、8割の人が外出を自粛すれば感染の拡大を防ぎ劇的に減少させることができるが、それに満たないばあいには感染拡大が長期に及ぶおそれのあることを政府による政治的発表に飽き足らず専門の科学者がデータを示しつつ真摯に国民に語りかけ、国民の多くがその科学的言明を信用したこと<sup>93)</sup>である。第3に、自粛要請が単なる私人によるものでなく、国や地方公共団体という公的機関によるものであることから、住民全体の意思によるという権威づけ、古い言葉では「お墨付き」が可能となったのではないかということである<sup>94)</sup>。つまり、①人々の事態の重大性についての認識と②取組みの重要性についての確信、③確信獲得への専門家の適切な助言・教示、④公的機関によるそれらの信用性の保証<sup>95)</sup>。これらは、まさにハラルイのいう民主主義の優位性、科学的知見

---

92) 志村さんの急逝が「極めて大きな心理的インパクトとして働いたことによるものである可能性」を指摘するものとしてアジア・パシフィック・イニシアチブ『新型コロナ対応・民間臨時調査会 調査・検証報告書』(ディスカヴァー・トゥエンティワン, 2020年) 75頁参照。

93) 厚生労働省クラスター対策班の西浦博・北海道大学教授が2020年4月3日、爆発的な感染者の急増を防ぐためには人との接触を8割減らす必要があるとの試算を発表し、大きな影響を与えた。前掲書『新型コロナ対応・民間臨時調査会 調査・検証報告書』142頁参照。

94) このような公的機関による権威付けが自粛要請の効果に大きく影響するということは「禁煙ビーチ」づくりに取り組む自主的な住民組織による海浜利用者に対する要請パトロール活動でも見られたところである。生田勝義「刑罰威嚇に頼らない環境保護条例——琴引浜『禁煙ビーチ』の取組み——」立命館法学2012年第5・6号(第345・346号) 58頁～101頁参照のこと。

95) これら4点も上記「琴引浜『禁煙ビーチ』の取組み」の成功要因として見られたところ

尊重の重要性に相応する。

ところが他方では、「自粛警察」といわれる現象も見られた。感染者を異分子のごとく排除したり、その「自己責任」を追及するといった事態が各地各所で見られた。ハラリのいう「心の中の悪魔」による現象である。ハラリは、それに対するに、「連帯を示す」、「寛大に人を助ける」、「科学や責任あるメディアへの信頼を高める」という。

重要なのはそれらをお題目として唱えるだけでなく具体的にいかにして実行するかにある。日本では、新宿・歌舞伎町での「夜の街」クラスタの発生を受け、2020年6月18日夜、新宿区が繁華街事業者等と作った対策連絡会の初会合がもたれた。それを受け地元のホストクラブなどの経営者、繁華街の組合関係者、新宿区幹部や都の福祉保健局職員などが感染症防止のために協力し、風評被害に悩みながらも、関係者全員へのPCR検査などの「新宿モデル」を実施し、まさに「科学を信頼」し「連帯」と「人を助ける」という実践の力で感染拡大を押さえ込んだ。このような関係者を挙げての民主的な取組みからは「危機」への対処法についての貴重な教訓（リーダーの重要性も含め。）を引き出すことができるであろう<sup>96)</sup>。

もっとも、このような自主的な自治的取組みについては自粛の対象が営業にまで及ぶと生業が成り立たず死活問題になるとして従わない人も出てくる。このことへの対策として公的な強制権限や罰則が必要との意見も出てくる。けれども、強制権限を行使できるようになっても、取り締まりをかいくぐる人が出てくるのを防ぐことはできない<sup>97)</sup>。このことは今般ロックダウンを強行した各国の状況を見れば明らかであろう。確かに、感染拡

---

ゝろである（生田・同上論文参照のこと）。

96) 内閣官房新型インフルエンザ等対策有識者会議新型コロナウイルス感染症対策分科会大都市の歓楽街における感染拡大防止対策ワーキンググループ「当面の取組方策に関する報告書（令和2年10月）」およびその資料6～9参照のこと。

97) 例えば、日刊スポーツ2020年11月24日には「米ニューヨークで22日、80人以上が入り乱れる乱交パーティを行っていた風俗店が新型コロナウイルスの規定違反などで摘発された。」とある。<https://www.nikkansports.com/entertainment/news/202011240000307>.

大を防止するために不可欠な感染者の強制隔離・保護や感染場所の強制閉鎖・防疫措置は必要であり、公共の福祉による自由の制限として許される。そのことと他人への危険性が明らかでない一般の人々の行動や営業の自由を漠然とした危惧感だけでもって一律に制限することは大きな違いがある。後者の場合に強制力を一律に行使することは原則として許されない。例外が許されるにはその必要性を様々な観点から具体的に検討した上での措置でなければなるまい。公衆衛生担当の公的機関による自粛要請や自粛勧告、自粛指示など、時々に必要な自粛の強度に合わせた措置。感染源のある特定の地域などに限った行政処分（これらの多様な規制手法は後述する「広範だが緩やかな介入法」に当たる。）。それらの措置や処分に協力する者に対する何らかの補償措置。原則が確立しているからこそ初めて例外措置の必要性を多面的観点から具体的に検討するという作業が行われる。非常時の対策においてこそ、原則論や基礎理論が試されるのである。

「上からの」強制力による都市のロック・ダウンが一時的に感染を押さえ込めたとしても、住民に感染防止の規範意識が醸成できていなければ第2波以降によるより大きな感染拡大を防止することは難しい。規範意識の醸成には本人がその規範の必要性・重要性を納得することが必要なのである。

新型コロナ禍への対処と犯罪への対処は別だと考える人もいるであろう。そのような人でも、「危険刑法論」が「危険社会」ということから種々な方策の検討なしにすぐさま刑罰による危険防止だとするのであれば問題だと思うのではなかろうか。

また、確かに、新型コロナウイルスの拡散は自然現象であるのに対し、犯罪は人間の引き起こす社会現象であるという違いがある。しかし、今次新型コロナのパンデミックは人間が引き起こした環境破壊によって社会に侵入した未知のウイルスがネオ・リベラリズムのグローバリゼーションによってより早くより広くに及んだものといえる。その意味ではベックのいう「新しい危険（リスク）」であり、「危険社会」の現象であるといつてよ

い。「新しい危険」に対し人間が社会的にいかに向き合うか。その際の社会的規制のあり方如何という点で、今次、100年に一度といわれるパンデミックへの対処のあり方には刑法にとっても大いに参考にすべきものがあるというべきであろう。

### 3 国家的統制法の縮減と社会的調整（規整）法の拡充

#### (1) 問題の所在

今日、死刑存置や終身刑導入に賛同する意識は、死刑や終身刑にのみ関係しているのではない。その意識は、犯罪一般やまだ犯罪にされていないが反倫理的な「逸脱行為」とされる多くのものに対する厳罰主義の一環をなすものなのである。そして、そのような厳罰主義は、刑法理論にも大きな影響を及ぼしている。その結果、今日では「戦後におけるリベラルな刑法理論が影を潜め市民の安全や市民の『感覚』にこたえる刑法理論が優勢になっている」との理解を語るものまで現れるに至っている。

しかし、そのような理解は一面的である。むしろ上記した現象は、「理性的で寛容な自治的取組みを重視するリベラルな刑法理論」から、「過敏で非寛容な権力的統治依存を重視する権威主義的刑法理論」への変化である<sup>98)</sup>と言うべきである。この変化を支える法意識がネオ・リベラリズムの「自己決定抑制の自己責任論」に代表される人間観・社会観なのである。これは単なる「危険社会」論なのではない<sup>99)</sup>。

今日の厳罰主義を支える刑法理論が権威主義的なものであるとなると、それは合法的とはいえ刑罰権という「暴力」に頼り権力による抑圧的な社会管理を是とする理論への傾斜を強めることになる。そのような刑法理論は上述したように一面で国民意識の反映であるが、他面において刑法理論はそれが正統化する刑事司法や刑事政策の実践を通じて国民意識に影響す

---

98) 現状をリベラルから権威主義への転回ととらえるものとして吉田・前掲書『アフター・リベラル』95頁以下参照。

99) 生田・前掲書『人間の安全と刑法』33頁～40頁参照。

る。

相互尊重の自治により自主的に任意の相互批判を通して規範を定立し遵守することを基本にする社会か、それとも「お上」に頼りその権力や権威をもって秩序を維持しようとする社会か。後者では「お上」に代わって私的権力・暴力を行使しようとする人(自粛警察)も出てくるであろう。刑法理論には間接的であるがそのようなことに対する影響力もあることに留意すべきであろう。

## (2) 「広範だが穏やかな介入法」と社会的調整(規整)法

刑事法分野のフランクフルト学派の提言を参考にして、20世紀の末頃から私は「核心刑法<sup>100)</sup>と広範だが穏やかな介入法」へのパラダイム転換を主張してきた。もっとも、私見はその学派の見解に加え、介入法を「権威的・警察法的な介入」と「人権・コミュニティベースの介入」とに区別し、後者の拡大を主張するもの<sup>101)</sup>であった。

ところが、この後者の介入法はベックの再帰的近代化論やハラリの民主主義論と共通するところがあると最近になって気づいた。そこで、私のパラダイム転換論は、より大きな枠組ではむしろ「国家的統制(Control)法の縮減と社会的調整(規整)(Regulation)法の拡大」論とでもいうべきもの(これだとダイナミックさも表現できる。)だと考えるにいたった。社会的調整(規整)法には最近有力に主張されるようになったソフト・ローもそれが人権と民主主義を基礎にするものである限りにおいて含まれよう。

従来の刑法理論は「近代」の国家対個人における国家的統制という面における近代化を考察の対象にしてきた。その意味では国家的制裁法の正統化理論であるにすぎなかった。上述したヘーゲルの犯罪論・刑罰論、ベッ

---

100) 核心刑法の内容については、浅田和茂「刑法改正問題の過去・現在・未来」『刑事法の理論と実務②』(成文堂、2020年)21頁～25頁が一例として参考になろう。

101) 生田・前掲書『人間の安全と刑法』10頁～20頁、41頁～46頁、152頁～155頁など、参照のこと。

キャリアの刑法論も同様である。それは近代化が目指した普遍的な理念の半面であるにすぎず、企業や家庭などの社会における近代化はそれらの構成員に任されることにより、実際には前近代的な人間関係が残存してしまった。資本家に対する企業内での労働者・勤労者の人権、親等に対する子供の人権、女性の人権、それらの人権主体による民主主義の実現という近代化の他の半面は20世紀の後半になって初めて現実化・具体化していくようになる。

ベックの「技術経済の民主化」や「政治の分化」についての言及は近代・産業社会の民主化の半面さを克服するには職場や地域、家庭の民主化、普遍的人権の拡大が必要なことを論じているものといえ、生田の言う介入法の人権による構成や、コミュニティによる相互批判・相互援助、そのための交流やコミュニケーションを支える拠点ないし居場所の重要性と重なるところがある。

ハラリは民主主義の優位性につき次のように言う。

「全体主義的な監視政治体制を打ち立てなくても、国民の権利を拡大することによって自らの健康を守り、新型コロナウイルス感染症の流行に終止符を打つ道を選択できる。（韓国や台湾やシンガポールは、）追跡用アプリケーションをある程度使ってはいるものの、広範な検査や、偽りのない報告、十分に情報を提供されている一般大衆の意欲的な協力を、はるかに大きな抛り所としてきた。有益な指針に人々を従わせる方法は、中央集権化されたモニタリングと厳しい処罰だけではない。国民は、科学的な事実を伝えられているとき、そして公的機関がそうした事実を伝えてくれていると信頼しているとき、……正しい行動をとることができる。<sup>102)</sup>」と。

まさに上掲したように「情報を得て自発的に行動できる人間は、警察の取り締まりを受けて動く無知な人間に比べて危機にうまく対処でき」というわけである。

---

102) ユヴァル・ノア・ハラリ著、柴田裕之訳『緊急提言 パンデミック 寄稿とインタビュー』（河出書房新社、2020年）43頁以下。

ハラリが指摘する台湾における「一般大衆の意欲的な協力」として「里長・村長の活躍」が挙げられよう。「里」や「村」は台湾における最も基礎的な行政区割りであり、日本でいえば町内会のイメージだとされる。台湾の隔離政策において選挙で選ばれた里長や村長が地域の「お世話係」として果たした役割は大きかった<sup>103)</sup>といわれている。

それらのことは、人々が社会内において自発的、自主的に行動し社会的生存に必要な相互関係を結びつつ問題や課題に取り組むことの重要性と、そのような関係構築や取組みを支援する法の重要性、を示すものといつてよい。そして、そのような支援法は関係住民各人が相互に人間の尊厳や人権を尊重し合いながら相互批判と相互援助により様々なレベルでの自治を享受できるようにするものでなければなるまい。そのために公費による支援が必要であることは言うまでもない。このような構造を持つ支援法は社会的調整（規整）法と言ってよい<sup>104)</sup>。

### (3) 「統制」の縮減と「調整（規整）」の拡大は可能か

刑法は国家的統制法の最たるものである。もともと、近代刑法は国家権力による国民統治の法的手段であるにとどまらず、法の支配や法治国家原則に裏打ちされた国家権力規制法でもある。この国家権力規制法の側面は第2次世界大戦後における国際人権法の展開により大きく変革されつつある。刑事政策や刑罰制度のあり方についても、人権条約とか国連の基準や規範とかの積み上げにより人権保障にかなりの前進がみられる。ここでは自由権レベルの保障の拡大にとどまらず社会権レベルの保障の登場と進展が特筆すべきであろう。そのことは国家権力による国民統治の手段として

---

103) 詳しくは、野嶋剛『なぜ台湾は新型コロナウイルスを防げたのか』（扶桑社新書、2020年）98頁～103頁参照のこと。併せて、台湾における民主主義の前進についての指摘も参考になろう。

104) この社会的調整（規整）法が最近の「地域共生社会」構想といかに切り結ぶべきかという問題については、大沢光「国家改造と社会保障——『地域共生社会の実現』を目指す法政策を素材に——」法の科学第51号（2020年）24頁～38頁とくに34頁以下参照。

の側面にも影響を与えて行かざるをえないであろう。国家的統制法の縮減への必然性である。

国家刑罰権に関わる領域においては例えば、第8回国連犯罪防止・犯罪者処遇会議（1990年）にて採択された「非拘禁措置に関する国連最低基準規則」（東京ルールズ）がある。それは、刑事司法の運営、特に犯罪者（offenders）の処遇において、社会（community）のさらなる関与を促進するとともに、犯罪者の間で社会に対する責任感を増進させることを目的とし、他の選択肢を用意して拘禁を減少させ、かつ、人権の遵守、社会正義の要求及び犯罪者の社会復帰のニーズを考慮して刑事司法政策を合理的なものとするために、自国の法制度において非拘禁措置を発展させるものとする。ここには社会的調整（規整）法へと展開する可能性が窺える。

もっとも、この実施に当たって、「加盟国は、個々の犯罪者の権利、被害者の権利、公共の安全及び犯罪の防止に対する社会の関心との間の適切なバランスを確保するよう、努めるものとする」ともされていることから、それには新たな統制法へ傾斜する可能性も含まれている<sup>105)</sup>。

最近では、さらに犯罪者処遇のあり方として、「司法福祉」を超えて「司法と福祉の連携」が唱えられ実践されるに至っている。平成21年（2009年）度からは「高齢又は障害のため釈放後直ちに福祉サービスを受ける必要のあるものの釈放後の行き場のない人達」のための「地域生活定着支援事業」が始まり、その実施の中心となる「地域生活定着支援センター」が設置された。ここにも社会的調整（規整）法への展開の可能性とともに、国家的統制法の補完にとどまる可能性との綱引きが見られる<sup>106)</sup>。

終身刑問題について今日特に重要なのは、2015年の「国連被拘禁者処遇最低基準規則（マンデラ・ルール）」であろう。その第1編通則では基本原

---

105) 以上の問題状況については、刑事立法研究会『非拘禁的措置と社会内処遇の課題と展望』（現代人文社、2012年）参照のこと。

106) これについては、刑事立法研究会『「司法と福祉の連携」の展開と課題』（現代人文社、2018年）参照のこと。

則として、①人間の尊厳と価値に対する尊重や品位を傷つける取扱いの禁止、②自由はく奪の刑や処分の目的は犯罪者を社会に再統合することでの犯罪予防であること、③その目的のために教育、職業訓練、作業その他の援助の提供、刑務所生活と自由な生活との差異を最小化することが定められ、ついで④被拘禁者ファイル管理システムについては、自己に関する記録へのアクセスが認められ、また、⑤規則40では自治を基礎とする制度の適切な活用を妨げない、とある。第2編では「受刑者」につき、その処遇は社会からの排除ではなく、社会との継続関係を強調するものでなければならないとされる。それらは、被拘禁者の自由権にとどまらず社会権についても保障を拡大するものであるとともに、刑罰の統制法的な性質を縮減する方向にあるものと言ってよい。

日本では2016年に再犯防止推進法（再犯の防止等の推進に関する法律）が制定された。その基本理念は第3条に次のとおり定められている。

「1 再犯の防止等に関する施策は、犯罪をした者等の多くが安定した職業に就くこと及び住居を確保することができないこと等のために円滑な社会復帰をすることが困難な状況にあることを踏まえ、犯罪をした者等が、社会において孤立することなく、国民の理解と協力を得て再び社会を構成する一員となることを支援することにより、犯罪をした者等が円滑に社会に復帰することができるようにすることを旨として、講ぜられるものとする。

2 再犯の防止等に関する施策は、犯罪をした者等が、その特性に応じ、矯正施設（刑務所、少年刑務所、拘留所、少年院、少年鑑別所及び婦人補導院をいう。以下同じ。）に収容されている間のみならず、社会に復帰した後も途切れることなく、必要な指導及び支援を受けられるよう、矯正施設における適切な収容及び処遇のための施策と職業及び住居の確保に係る支援をはじめとする円滑な社会復帰のための施策との有機的な連携を図りつつ、関係行政機関の相互の密接な連携の下に、総合的に講ぜられるものとする。」。

ここにも、受刑者の社会復帰のためにその社会権を保障したものにできるか、それとも恩恵法に止まるかという綱引きがある。「安定した職業」や「住居」の確保への支援という社会復帰に必要な不可欠な施策とか、民間団体等との連携協力とかの必要性をうたい、それに対する援助（財政上又は税制上の措置等必要な施策）の実施（第23条）についても言及している。この側面を伸ばしていくことができれば、社会的調整（規整）法へと進展する可能性も含まれているといえるであろう。

刑罰や犯罪者処遇のあり方は、当該社会のあり方と無縁ではいられない。社会の中に国家的統制法の縮減と社会的調整（規整）法の拡大を支える状況は存在するのであろうか。厳罰主義を後退させるに足る「空気」は社会に広がりつつあるのだろうか。

イギリスのジョンソン首相は新型コロナ・ウィルスに感染し医療スタッフの献身的看護によって生死の淵から生還して言った。「社会はある」と。そう語らせたのは、新型コロナ・パンデミックがもたらしている社会の現実である。自己責任の生存競争では人間がもたない。人間がもつには社会が必要だ、という認識の広がりがある。感染者を危険視し排除しようとする意識は、いつ何時自分も感染するかもわからないという状況が広がるにつれ、人々が相互に信頼し連帯し包容し合わなければならないという意識に変わらざるをえないであろう。問題はその意識が人間の尊厳の普遍性の認識にまで行きつけるかである。グローバリゼーションの中では、世界的な取組みのもつ影響も大きい。

世界の各国は今、2030年まで15年間の国連開発目標であるSDGs<sup>107)</sup>に取り組んでいる。それは、だれ一人取り残さない「包摂的な社会」の実現を目指している。そのような目標は、近代の産業社会が取り残した近代化の半面の近代化を目指すもの、つまり「再帰的近代化」であるといえよう。ここでもそれを国家的統制法による「社会」の近代化か、社会的調整

---

107) 2015年9月25日第70回国連総会で採択された「我々の世界を変革する：持続可能な開発のための2030アジェンダ」。

(規整)法によるそれなのか、のせめぎあいが生じていくことであろう。それゆえ、曲折はあろう。けれども、時代が大きく社会的調整(規整)法の方にも進まざるを得なくなっていることは確かである。

日本ではたとえば、社会福祉法の定める地域福祉やとりわけ地域づくりの取組みが注目に値する。社会福祉法は「地域共生社会の実現のための社会福祉法等の一部を改正する法律」(令和2年(2020年)3月6日可決・成立)により改正された。この改正法の「地域共生社会」構想<sup>108)</sup>は結局のところ「公助」(国の責任)を後退させた自助(自己責任)推進構想になってしまうのではないかとの批判もある。しかし、「公助」に頼るだけでは官僚主義の弊害は避けられないであろう。「公助」を民主的なものにしていくためには社会を支える住民の取組み、それを可能にする仕組み・制度が不可欠である。その基本に来るのが「住民による地域づくり」である。

基礎的的地方自治体単位から作られている社会福祉協議会などによる小学校校区単位の地域づくりの取組みが進められれば、それは「包摂的な社会」を社会的調整(規整)法の支援を受けつつ実現していくものといえるのではなからうか。鹿児島市の校区公民館活動の経験<sup>109)</sup>が参考にならう。

人権を尊重し合う、民主的な地域づくりは、寛容と連帯の社会関係を生み出し、結果として犯罪を生まなくする。犯罪予防の王道はそこにある。

## おわりに

今日、終身刑論は死刑存廃の是非や可否に関係させられながら展開されている。そこでは、終身刑は死刑に代替するものとして、あるいは死刑を減少させるための手段として、とらえられている。それらに共通するの

---

108) この構想についての批判的検討は、大沢・前掲論文「国家改造と社会保障——『地域共生社会の実現』を目指す法政策を素材に——」24頁～38頁参照のこと。

109) 生田・前掲書『人間の安全と刑法』16頁、神田嘉延「鹿児島市における校区公民館の実態について」鹿児島大学教育学部教育実践研究紀要第2巻(1992年)11頁～21頁、参照のこと。

は、終身刑は死刑より増しだとの評価・価値判断であるといつてよい。

確かに、死刑は人間存在の基盤である生命、至高の価値である生命を直接強制的に剥奪する刑罰であるのに対し、終身刑は生命を直接剥奪するものではない。しかしながら、終身刑が死ぬまで拘禁を強制する、換言すれば死なない限り解放しない刑罰なのであれば、「生きたまま殺す」刑罰だと言われても仕方があるまい。「死刑より増しだ」で済まされる問題ではない。終身刑がなぜ正しい（just）ものとされるのか、正面切って検討される必要がある。以前に比べると最近はそのような検討が弱くなっているのではないか。

死刑や終身刑を論じるには、それらを支持する法意識が今日の厳罰主義の風潮の一環をなしていることを軽視することはできない。そのような風潮を解剖し、それへの対応をも行わなければ事態を打開することはできない。この間の取組みを見ると、そのこと（事態を打開できないこと）は明らかであろう。「戦術」だけでなく「戦略」も必要ということである。

「戦略」にも種々なレベルがある。本稿はネオ・リベラリズムによる厳罰主義とそれがもたらす社会問題から脱却するための基本方向を示すに止まっている。その具体化は別稿に譲らざるをえない。

しかし、本稿で示した方向性を理念として身近にある現実に向き合い思考・検討すれば、そこから様々な具体的方策を導き出すことができるはずである。