

講演

死刑に反対する理由，そして死刑の 代替刑としての終身刑について

Argumente gegen die Todesstrafe und Alternativen zur Todesstrafe bei
schweren Straftaten - die lebenslange Freiheitsstrafe

アルント・ジン*
訳 井 田 良**

訳者はしがき

以下に訳出するのは、2023（令和5）年6月17日に中央大学駿河台キャンパスにおいて日本比較法研究所主催の講演会として行われた、ドイツ・オスナブリュック大学のアルント・ジン（Arndt Sinn）教授の講演（原題は、Argumente gegen die Todesstrafe und Alternativen zur Todesstrafe bei schweren Straftaten - die lebenslange Freiheitsstrafe）の原稿である。ジン教授は、2023年6月6日から7月1日まで、日本比較法研究所の招聘により客員教授として中央大学に滞在し、4回の講義・講演を（それに加えて、関西大学および慶應義塾大学でも講演を）行った。

ここで、ジン教授について簡単に紹介しておきたい。ライプツィヒ大学で法律学を学び、2回の国家試験を経て法曹資格を取得した後、強要罪に関する論文で博士号を取得し（2000年）、権力論を用いて刑法解釈論の問題を論じた論文で教授資格を取得した（2006年）。フランクフルト・ア

* オスナブリュック大学法学部教授

Arndt SINN

Prof. Dr. Prof. h.c., School of Law at Osnabrueck University

** 所員・中央大学法科大学院教授

ン・デア・オーダー大学教授を経て、2007年以降、オスナブリュック大学法学部正教授として、刑法・刑事訴訟法講座を継承している。欧州・国際刑事法センター（ZEIS）の創設者・現所長でもあり、台湾高雄大学の名誉教授の称号も有する。多数の著書・論文があるが、とりわけ現代型の犯罪への対策、サイバー犯罪・組織犯罪・テロ犯罪の研究の第一人者として多方面で活躍している。

第1部 死刑に反対する理由

1. はじめに

死刑の問題とその代替刑については、社会においても、また刑法学においても、すでに過去、数百年の間、議論されてきた。18世紀以降のヨーロッパでは、死刑の合法性に対し疑念が抱かれることとなり、すでにいくつかの国ではこれを廃止した。最初の国は、レオポルト二世治世下のトスカーナ大公国（北イタリア）であり、それは1786年のことであった。オーストリア・ハプスブルク帝国では、1787年、皇帝ヨーゼフ二世の下で死刑を廃止した。フランスでも、1795年に、死刑廃止の要求がクローズアップされるということがあった。そして第二次世界大戦後になると、ついに多くの国々で死刑制度が除かれることになったのである。

ドイツの憲法であるドイツ基本法の最も短い条項は第102条である。〔ドイツ語の〕4つの言葉で書かれたこの規定は、「死刑はこれを廃止する」というものであり、1949年5月24日、施行の日を迎えた。ただ、この規定に至る道のりは、ドイツにおいても決して平坦なものではなかった。野蛮の限りを尽くしたナチス支配の強い印象が残っていたことから、当時の国民の間には、報復感情と応報への要求が当然のことながら存在していた。しかしながら、基本法を起草した人々は、まさにナチス支配下の時代にあまりにも多数の死刑判決が下された（1933年から1945年の間に16,500件）ということがあり、そのためはっきりと死刑廃止の立場をとった。死刑を再導入すべきだとする最後の改正案は、1952年10月2日にドイツの連邦議

死刑に反対する理由、そして死刑の代替刑としての終身刑について

会に上程された。この提案は真剣に取り上げられたが、しかし一致して死刑に賛成する議員会派は存在しなかった。もちろん、死刑制度を支持する議員たちは、刑罰による応報の思想と、その威嚇力を何度も強調した。ある議員は、まさに少年犯罪者に対しては「刑罰による威嚇がきわめて効果的である」と声を強めたのであった。

今振り返ると、死刑に反対する最も印象的な演説を行ったのは、自由民主党（FDP）のトーマス・デーラー（Thomas Dehler）博士であった。デーラーは当時、司法大臣であり、当時の野党であった社会民主党（SPD）の議員たちから普段はひどく批判されたが、そのときの演説では、途中で何度も社会民主党の議員たちから賛成の拍手を浴びたのであった。デーラーは述べた。

「議会在国民の信じることをそのまま行うところと考えるのであれば、それは民主主義の本質を誤解するものと考えます。代議制民主主義の本質はそれとは違ったものであると思うのです。それは議会による貴族制（parlamentarische Aristokratie）なのです。議員たちは、一個人ができるよりもより広い理解・より優れた知識に基づき行動する義務があり、またその可能性があるのです。」

国民の信じることは——そのようにデーラーは続けるのだが——その時々々の雰囲気と刺激的な事件に余りにも強くとらわれてしまう傾向があるとする。私がそれに付言することが許されるならば、メディアによる事件報道にも強く影響されてしまうのである。

この死刑再導入の改正提案は、1952年10月30日に斥けられ、それ以降は、ドイツの連邦議会において死刑の再導入がテーマとされたことはない。

II. ドイツ国民の死刑についての考え方

今日では、国民の大多数は、死刑を再導入して凶悪犯罪を重く処罰する

ことに対し、拒否的な態度をとっている。アレンスバッハ研究所の2016年の調査の結果がそのことを示している。死刑に賛成する意見を述べたのは17パーセントに過ぎない。これに対し、1949年には、西ドイツ側の住民の74パーセントが死刑に賛成していたのであった。過去、この数十年の間に、ドイツ国民の死刑に対する態度はますます批判的なものになっていった。現在のドイツの国民は、死刑を再導入したとしても、そこから目立った予防効果が生じるなどとは考えることができないのである。

Ⅲ. 19世紀の議論を振り返る

そこで、もう一度、19世紀にもどってみよう。当時の政治状況に対応して、多くの学者たちが死刑とその廃止について盛んに議論を展開していたからである。1912年の第31回ドイツ法曹大会開催の際に、リープマン（Moritz Liepmann）という刑法学者が、「将来のドイツとオーストリアの刑法典において死刑は維持されるべきか」というテーマについて大部の意見書を作成した。この意見書を読むと、死刑の存廃をめぐる当時の激しい議論について、相当に詳しく知ることができる。そこに展開された考察は、100年以上前のものであるが、今日でも変わらない意味をもつ。死刑は、死刑の正当化根拠という問題の検討とともに、われわれに対し、リベラルな刑法の基礎について反省を迫り、かつ社会が凶悪犯罪および潜在的に危険な犯人にどう対応していくかという問題の検討を迫るものだからである。

リープマンが当時行った考察には、刑法学についての深い検討が含まれるとともに、それは非常にリベラルな国家理解を特色とするものであった。国家が刑罰を科す必要が少なければ少ないほど、また、厳しい刑罰を科す必要が少なければ少ないほど、その国家の構造はしなやかで強く、かつ生命力があるといえる。死刑はそういう国家観の対極にある刑罰である。それは毀滅し、破壊し、古い、何千年も前からある国民の本能であり感情であるものを満足させ、復讐と応報に向けた根源的な要求に応じようとする。そうした根源的な要求に、五官の作用で認識可能な強制の手段、

死刑に反対する理由、そして死刑の代替刑としての終身刑について

つまり身体的な毀滅により応じようとするものなのである。ただ、死刑は害悪賦課という刑罰のシステムの中で大きな亀裂を生じさせるものである。なぜなら、自由刑や罰金刑が犯罪行為者を人として扱い、法主体として尊重し、その生命に対する権利を顧慮しようとするのに対し、死刑はまさにそれを奪うものだからである。

そこでは、人は毀滅の単なる客体となる。その生命は、法の要求の前に犠牲にされることになる。分割不能な、また不可逆的な害悪を加えるのが死刑である。死刑は、責任に応じた刑であるとはいえない。それはあまりにドラスティックな刑罰であり、行為者の責任の微妙なニュアンスを表現するのに適していない。こうした欠陥を甘受して、死刑を適用しようというのであれば、立法者がそれ以外の手段ではどうしても、最も価値のある法益と利益を保護することができない、という場合でなければならないであろう。それゆえ、そもそも死刑という反作用を不可欠とする犯罪が存在するのかどうかという問いを提起しなければならない。あらゆる刑罰は、法的利益の実現のために科せられる、不法に対する反作用である。そこで、刑罰がどのようなものであるべきかを決めるためには、犯罪行為の特性、そして犯罪行為により生じ、法的手段により充足されるべき反作用に向けての必要性がいかなるものかを検討しなければならない。

あらゆる犯罪は、法によりそれが否定されることを要求する。なぜなら、それは、①一定の侵害的な、法敵対的な作用を生じさせるからであり、②一定の法的利益および法秩序にとり危険な作用を示すもの、すなわち法敵対的な諸要因を白日の下に晒すものだからである。国家が法的意思の妥当性を保持するため、刑罰において正義を実現しなければならないことについて異論はない。被害者が応報の欲求をもつこともまた異論の余地のないところである。だからといって、ここで応報刑論に従い、カントによる島の事例を持ち出して議論することは早計である〔カントは、市民社会が、そのすべての構成員の合意によって解散するとき、たとえば、ある島に住む国民が別れ別れになって、世界中に分散することを決めるような場合でさえも、刑務所にいる殺人犯人は、それ以前に処刑されなければな

らない、とした。その行いに値するものが各人に与えられ、処罰をあえてしなかった国民に殺人の罪がついてまわることがないように、というのである。というのは、応報を認めること、したがって、犯罪行為者の意思が妥当しないことを認めたとしても、そうだからといって、その行為者が死ななければならないということにはならないからである。刑事手続を通じて法の回復を行い、責任に応じた刑罰という害を科すことは、死刑とは異なった方法と態様でこれを行うことが可能である。死刑を廃止したとき、被害者や、さらには報復を求める暴徒がリンチ司法に走るであろうとするのは証明されざる事実にとどまる。それは、国家が自らの権力を余りにも過小評価するものといえよう。それは、こうした結果が生じないように歯止めをかけるためさまざまな可能性があるのに、それを用いないということの意味するであろう。

死刑に代替するもの、たとえば、啓発活動、情報提供、責任相当の害の賦課は、復讐感情を誘導して手続の中で解消させることを問題なく可能とするものである。そればかりでなく、復讐感情が著しく生じるのは、犯罪直後に限られるのである。すでにフランク帝国時代には、被害者の属する部族が血讐の代わりに贖罪金を得ることで解決することが可能であった。こうしたことを踏まえて考えると、今日、殺人の場合の死刑は被害者の親族の応報感情に基づいて要求され、国家はそれをただ受容するしかない、という主張は今ではもう説得力をもたないであろう。国家は、リンチ本能を抑圧するだけの力をもっている。国家の機関がきちんと機能しており、暴徒の本能的欲求を抑えることができ、そうした欲求にただ従うほかはないなどと考えるのでない限り、国家はリンチ本能を抑圧する力をもっているはずなのである。

再犯のおそれの心配も、死刑を正当化するものではない。たしかに、死刑によりその犯罪者がいなくなれば、その人が新たな犯罪を行う可能性もなくなるというのはその通りである。しかし、たとえそうだとしても、同時に、それを見た他人が恐怖感を抱いて、凶悪な犯罪を行うことを思いとどまるはずだ、とするのは証明されていない事実である。リープマンは、

死刑に反対する理由、そして死刑の代替刑としての終身刑について

すでに1912年の時点でこれに対して見事な形で反論していた。たとえば殺人といった凶悪な犯罪であっても、強い興奮とそこに作用する病理的な過程の影響で行われることが少なくない。そこで、そのような状況に陥った人が、死刑のことを考えてその興奮状態の中で威嚇され犯罪を思いとどまる、というのは証明されざる主張であり、そのことは今日でも変わらないのである。

ここで確認しよう。死刑はたしかに犯罪者を除去するものである。しかし、現代の社会にとり、犯罪者をこのような方法で社会にとり無害化しなければならない必然性はない。それに加えて、犯罪行為者をただ毀滅したとしても、凶悪犯罪が発生する一般的な・危険な萌芽が摘み取られるものではない。すでに1912年の時点で、死刑のもつ「治療効果」への信仰は、過去と現在の経験により否定された迷信に過ぎない、とされていた。死刑はまた、潜在的な犯罪者への威嚇の手段としても有効ではない。

たしかに、刑罰は、リベラルな刑法思想においても、一定の行動制御の側面をもつことはたしかに否定されるべきではない。しかし、凶悪犯罪を見てみると、威嚇が機能するとすれば、次のような要件が充たされることが必要であろう。たとえば、殺人行為者がその決意を形成するときに、または少なくともその実行の前に、自分に科される死刑を意識すること、そして、その結果を甘受しつつ行為に向けてのハードルを乗り越えること、という要件である。そればかりでなく、その威嚇効果は、殺人を思いとどまらせるためには、犯罪を行おうとする犯人の感情の強さよりもさらに強力なものでなければならない。しかし、刑罰の威嚇のみでは、科されるかもしれない刑という害が犯人にとり動機抑制的に作用するのに到底十分ではない。もし犯人が犯罪行為の前に一定の計算を行うことがそもそもあるとすれば、犯人は自分に限ってつかまらないであろうと想定するであろうし、自分に科される刑のことなど考えることはないだろう。科されるかもしれない刑の重さや、自分の生命を奪うかもしれない死刑を科されるリスクなど、心の中で抑圧され、意思決定の過程において単にわずかな意味しかもたないであろう。もし威嚇効果が生じるとすれば、国が犯罪に対し迅

速に対応し、害としての刑罰をすぐに科すときに限られよう。犯罪が発覚し、犯人がつかまり、刑罰が科されることが威嚇効果をもつとすれば、それはただ刑罰が条文に規定されているということだけでそのような効果を生じさせるのではなく、国家の対応の全体があってこそ、犯人に対し犯罪行為を行わないように抑制する効果が生じるのである。

ここにおいて明らかなことは、死刑に代替するものは、まさにこの機能を——犯人の命を奪うことなしに——発揮する。フォイエエルバッハの心理強制説は、もう今日では論駁済みといてよいであろう。刑罰の威嚇効果は刑の重さに従って増大すると考えることは正しくない。刑罰の重さがいくら重くとしても、そこから場合によって科せられるかもしれない刑罰のことが犯罪行為者の意識にそれだけ特に強く意識されるとは限らない。刑法と刑の法定の動機づけの力は、犯罪者が犯行発覚の蓋然性をその計算の中に入れるときのみにそこから生じるのである。

はたして法秩序は死刑なしに維持できるかは確実なことではないと考えるかもしれないが、しかし確実なことは、法秩序は死刑を科すときに誤判を犯しうるということであり、そうであるとすれば、法秩序にとり、生かすか殺すかの判断をする権利などはないはずなのである。

正義は、等しいものに対し等しいものをもって報いること、「目には目を、歯には歯を」を求めるものではない。正義はただ、刑罰という形で、侵害された法益の価値を適切に表現することを求める。軽い犯罪と重い犯罪があるように、軽い刑罰と厳しい刑罰が存在する。刑罰は犯罪を過小評価するものであってはならないが、だからといって行為者を毀滅するものであってはならない。なぜならそのとき刑罰は不正なものとなり、闇雲な復讐となってしまふからである。〔ノルウェー連続テロ事件で77人を殺害した〕アンネシュ・ブレイビク（Anders Breivik）のような大量殺人犯人であっても、正義を実現するために死刑に処すことは許されず、正義のためには、ノルウェー法では法定刑の最上限である21年の刑と、ドイツ法によっても可能である、それに続く保安監置でもって十分とすべきなのである。

第2部 重い犯罪の場合の死刑に代わる代替刑——終身自由刑

I. はじめに

死刑をめぐるさまざまな論拠については，第1部において十分に議論したつもりである。読者には，死刑に反対する論拠はすべておなじみのことであろう。また，死刑存置論者の挙げる論拠についてもよく知られているところであろう。それら存置論の論拠も真剣に受け取るべきものである。死刑廃止論者は，ただただ犯人を守り，その犯罪の重大さを否定しようとするものではない。同様に，死刑存置論者も，人を殺すことを第一義とするものではない，と私は確信する。両陣営にとり何が真の関心事なのかについて考えてみると，それは核心部分においては，被害者の利益と社会の安全の利益を考慮しつつ，正しい刑罰を科すことであろう。私は，このことが両陣営に共通する基本思想なのであり，この共通の出発点を起点として，新しい質をもった議論に到達することができるのではないかと考えるのである。

犯罪は，法による反作用を必要とする。国家が，刑罰により正義を実現しなければならないことについて異論はない。被害者が応報の欲求をもつこと，また社会に安全の利益があることもまた異論の余地がない。そうであるとすれば，被害者の応報要求と，社会の安全の利益との両方を，死刑とは別の方法と態様で満足させることができるのであれば，死刑に固執する理由はもはや存在しないであろう。人は死刑に代わる代替モデルを展開し，それを政治的・社会的論議において議論の対象とする意思をもたなければならない。——そして死刑に代わる代替刑とは，終身自由刑のことなのである。

II. ドイツにおける終身自由刑の賦課

1. 終身自由刑における刑期

ドイツにおいて終身自由刑は，特に重い犯罪に対して科される。それは

各刑罰法規においてははっきりと定められていなければならない。そこでは、義務的に終身自由刑のみが法定されている犯罪構成要件(たとえば、謀殺〔加重殺人〕=刑法211条、民族謀殺=国際刑法典6条1項)と、それが法定刑の上限において定められているものとが区別される。後者には、たとえば、性的強要および強姦致死罪(刑法178条)や、強盗致死罪(同251条)、放火致死罪(同306条c)がある。多くの犯罪においては、終身自由刑は、「特に重い事例」(それは「原則的加重事例」として具体化されている)が認められる場合にこれを科すことが可能である。たとえば、叛逆罪(同94条2項)や平和を害する対外関係の罪(同100条2項)のような、国家保護犯罪の場合にそれが見られる。

ドイツでは、2022年3月末の時点で、1776人が終身自由刑を言い渡され、行刑施設に収容されている。

終身自由刑の最低限の執行年数は、刑法57条a第1項第1号に規定されており、それは15年となっている。ということは、残刑の執行猶予〔=仮釈放〕が可能とされているということである。もちろん、15年経過後に自動的に仮釈放になる、というようなことはない。判決において特に責任が重いとされなくても、しばしば15年以上の執行が行われることがある。実際の執行刑期は、15年から20年の間である。

ただし、判決において、あるいは後の〔裁判所による〕決定において「有罪判決を受けた者の責任が特に重いこと(besondere Schwere der Schuld des Verurteilten)」が確定されると、15年をさらに超える執行が行われ、そのときの刑期については法律にはっきりとした定めはない。他方で、残刑の執行猶予(=仮釈放)のためには、その他の要件、特に「有利な危険予測」の充足が必要となる。

2. 特に重い責任が確認されたときの終身自由刑の刑期

最低限の執行期間(すなわち、15年)を過ぎたととしても、有罪判決を受けた者の責任の特別の重大性が執行の継続を要請するときは、終身自由刑についての残刑の執行猶予〔=仮釈放〕は認められない(刑法57条a第1項第2号)。この「責任重大性条項(Schuldsschwereklausele)」は、終身自

死刑に反対する理由、そして死刑の代替刑としての終身刑について

由刑が科せられるケースの中でも、行為者の責任の重さには実にさまざまなものがあることから、終身自由刑を言い渡されたすべての者についてその責任の重さに関わりなく一律に釈放の時点を決めてしまうことは実態に即したものではない、という考え方によるものである。

事実審裁判官は、特別の責任の重大さが認められるかどうかの問いに答えるにあたっては、何らかの抽象的な基準に拘束されることなく、犯罪行為と行為者人格を総合的に評価するという方法で判断を行うものとされている¹⁾。責任の特別な重大性の確定にあたっては、犯罪行為の全体像が行為者人格を含めて見たときに、経験上通常に行われる謀殺〔加重殺人〕の事例から大きく外れており、かりに良好な将来の予測が可能な場合でも、15年後に釈放するのは不相当だと考えられることが要件となる²⁾。とりわけ重要な意味をもつ事情としては、たとえば、実行態様または動機が特別に非難されるべきものであること、一度の機会に複数の被害者を殺害したこと、複数の謀殺行為をくり返し実行したこと、謀殺行為との関連で、またはそれとは関係なく、他に重い犯罪を実行したことなどがある。

連邦憲法裁判所の判例は、終身自由刑が、責任の特別の重大性のレベルをさらに上回り、ついには死亡するまで執行されることがありうることも否定していない³⁾。それは、残刑の執行猶予〔=仮釈放〕の判断において「一般社会の安全の利益」が考慮されなければならないことから導かれる。刑法典の条文では、そのことが刑法第57条 a 第1項第1文第3号および第57条第1項第1文第2号において表現されているところである。

3. 危険性の予測

終身自由刑が15年という最低限の執行刑期が過ぎたときでも、「一般社会の安全の利益」を考慮した場合に、釈放に責任をもちうる、といえるときでなければ、残刑の執行猶予〔=仮釈放〕は認められない（刑法第57条

1) BGHSt 40, 360 (370); 42, 226 (227); BGH NSTZ 2005, 88.

2) BGH NSTZ 2009, 260 = NSTZ-RR 2009, 103 mwN.

3) BVerfG, Beschlüsse vom 28. Juni 1983 – 2 BvR 539/80 u.a. (= BVerfGE 64, 261 <272>) und 8. November 2006 – 2 BvR 578/02 u.a. (= BVerfGE 117, 71).

a 第1項第1文第3号および第57条第1項第1文第2号)。その者がなお危険であるときは、終身自由刑はさらに執行され続ける。その者についてもはや何の危険もないことが明らかになったときにはじめて残刑の執行猶予〔＝仮釈放〕が認められることになる。

場合によっては終身の間、その者の自由を奪うことになれば、ドイツの憲法である基本法により保障された自由権に対する深刻な制約となる。しかし、第三者の優越的な保護利益がそうした制約を要請するのであれば、それは基本権の本質的内容の保障の原則〔基本法第19条第2項「いかなる場合にも、基本権の本質的内容が侵害されてはならない。」〕に反するものとはならない⁴⁾。

裁判所は、憲法の自由権保障を考慮するとき、可能な限り広い範囲で事実を収集し、また、結論のために重要な諸観点について詳細に説明することを求められる。裁判所は、予測判断に関する、最新の、かつ科学的な基礎をもつ鑑定に基づいてその結論を導かなくてはならない。というのは、危険予測は、法律の規定による時、釈放の判断にとり中心的な観点なのであり、そこで、釈放の判断を行おうとするとき、通常の場合、十分に信頼できる鑑定に基づいてでなければ、そういう結論を出すことはできないからなのである⁵⁾。鑑定の内容は、平易かつ明快なものでなければならぬ。鑑定者は、関連する事実や所見としての事実をクリアにかつ漏れなく説明し、調査方法を解説し、その仮説を仮説として率直に明らかにしなければならない。もし事前評価（Vorbegutachtung）があるときにはそれをきちんと検討しなければならない。そうした基礎の上に、鑑定者は、対象者が将来、法にかなった行動をとりうるかについての蓋然性評価を行い、それにより、裁判所が法的問題に対し自己の責任で解答を与えることを可能としなければならないのである⁶⁾。

4) BVerfG NJW 2007, 1933 Rn. 86. なお、Röhl, Über die lebenslange Freiheitsstrafe, 1969, 181 f. も参照。

5) BVerfG NJW 2007, 1933 Rn. 108; OLG Celle NSZ-RR 2012.

6) OLG Karlsruhe NSZ-RR 2014, 22. 予測鑑定書が充足すべき最低限の要件につ

死刑に反対する理由、そして死刑の代替刑としての終身刑について

謀殺〔加重殺人〕のように終身自由刑が法定刑に含まれている犯罪の場合には、一般社会の安全の必要性に大きな意味が認められることは当然である。もし予測に失敗したときに危惧される犯罪の性質に鑑みると、残刑の執行猶予〔＝仮釈放〕は、厳しい要件の下でのみ認められるべきことになろう。対象者が新たな重い犯罪を犯すかもしれないという具体的な手がかりが認められるときは、釈放は否定されなければならない⁷⁾。

4. 予測のためのツールの実際的使用

1. 過去35年の間、予測のためのツールの需要は高まっている。1983年までは、リスクの評価はまだ「おまじない」のように見られていたが、その後、さまざまな研究者のチームが諸基準のリストを作成し、評価し、これを公表するようになった。サイコパシー・コンセプトとサイコパシー・チェックリスト (PCL-R) の北アメリカ地域にとどまらない採用と、暴力リスク・アセスメント・ツール (HCR-20) の採用により、予測ツールは、ヨーロッパでも広範囲で導入されるに至り、ますます広く適用されている。この間に、さまざまな問題やさまざまな人的グループについての多数のツール、チェックリスト、目録が作られている。顕著に明らかになったことは、これらのツールを専門的知見に合致するように適用することで、リスク評価が向上し、犯罪行為者を精神病院から退院させたときの再犯率が低下し、リスクマネジメントの理解可能性は改善しているということである。ただし、その際、「専門的知見に合致するように適用」するときには、というところを強調しなければならない。

2. 予測のツールを正しく適用するためには、適切なツールを選択するというだけでなく、こうしたツールを適用するにあたっての教育・研修も必要であり、そうしたツールについての最近の文献の正確な知識も必

いては、Boetticher/Kröber/Müller-Isberner/Böhm/Müller-Metz/Wolf NStZ 2006, 537, これを補足するものとして、Boetticher/Dittmann/Nedopil/Nowara/Wolf NStZ 2009, 478がある。

7) BVerfG NJW 2007, 1933 Rn. 89 (v. Heintschel-Heinegg JA 2007, 745による)。全体について批判的なのは、Kinzig JR 2007, 165 (167)。

要であるし、さらに、経験的データを解釈する能力や、それぞれのツールのもつ限界についての知識も必要である。

3. 鑑定は、一定の最低限の要求を満足させるものでなければならない。以下の質問に答えることを求められる。

- ・対象者が再び犯罪行為を犯す蓋然性はどのくらい大きいのか？
- ・その犯罪行為はどのような種類のものであり、どのくらい頻繁に行われ、どのくらいの重さをもつものであるか？
- ・どのような措置をとれば、将来の犯罪のリスクは制御でき、また減少させることができるか？
- ・どういう事情があれば、犯罪行為のリスクは高まるか？

このように、単に経験的に根拠づけられた再犯の蓋然性のみが問われるのではなく、過去についての個別的な分析や、さまざまなリスク状況を想定した上で、現在の延長線上で考えられる将来の個別的な予測もまた行われなければならない。

もしこうした個別的な検討が行われないならば、予測判断の鑑定は不十分なものとされる。同様に、そうした鑑定に基づく判決や決定もまた不十分なものと評価されることになるのである。

このようにして、死刑の代替策を考えるときには、仮釈放の判断を行為者の危険性に関する予測的判断に基づかせるための法的要件を整備するだけでは十分でない。それに加えて、司法関係の臨床科学に携わる専門家の教育を奨励し、これを強化することもまた行われなければならない。それは、大学において、司法臨床精神医学の基礎を教育することにより、これを行うことが可能である。それに加えて、鑑定作成者の仕事を、医師育成のための教育課程の中に取り込むことも考えられるであろう。さらに、専門的なセンターで知識を教えることを可能とし、そこで資格を取得できるようにすることも考えられる。

第3部 結 び

ドイツにおける終身自由刑についての法規制を概観して明らかになったことは、それは死刑の代替刑となっており、そこにおいては、社会の安全の利益が十分に考慮されているということである。安全考慮の目的は、終身自由刑が裁量的な残刑の執行猶予〔＝仮釈放〕の可能性と結びつけられており、それが危険性の予測を要件としていることにより達成可能となっている。というのは、将来に向けて危険性がないという予測が下されたときにのみ、残刑の執行猶予〔＝仮釈放〕は可能となるからである。

特に重い犯罪行為の場合と、責任が特別に重大な場合は、最低限必要な執行刑期がそれだけ長期になり、釈放はその分、遅くなる。これにより、責任主義の原則が考慮されると同時に、犯罪により被害を受けた人の利益もまた考慮されることになる。しかし、そのときにもまた、危険性の予測が良好な結果となったときにのみ、仮釈放が認められることになる。

留意すべきことは、終身自由刑のほかに、さらに処分としての保安監置または留保されていた保安監置を命じることができるので、これにより危険な犯罪行為者からの一般社会の安全の保護がさらに補強されているということである。保安監置施設からの釈放は、良好な予測が行われたときにのみ行われる。それがなければ、その執行は実際上、終身ということになる。保安監置の制度については、時間の関係で、別の講演に委ねたいと思う。

こうした死刑に代替するモデルを考案しようとするとき、法的制度の整備と並んで、司法関係の科学の専門家の養成が特別に重要な意味をもつ。大学における教育、医師の養成、資格を与えるセンターなどが、そのための適切な道具立てとなるであろう。ここではAIの利用なども議論されてよいかもしれない。

ただ、裁判官および専門家が予測判断の際に負わなければならない責任の大きさは、死刑の言渡しの場合のそれに勝るとも劣らないといえよう。

というのは、ここにおいても、人の生命を軽々しく刑執行者の手に委ねないこと、そして、その判断の際の誤りを回避することが問題だからである。

死刑の代替策が社会に受容されるかどうかは、それにより社会の安全の利益が満足させられるかどうかにかかっている。予測判断により、危険な犯罪者が社会の安全を脅かすことが妨げられるのであれば、安全の要請は十分に考慮されたことになる。その人たちを殺さなければいけない理由は、もはや存在しないことになるのである。

また、そのように社会啓発を行うならば、一般市民は死刑がなくても、それで安全を脅かされるとは考えなくなり、それを死刑に代わるモデルとして受容するようになる、という目的も達成できるであろう。教育、啓発、社会正義こそが、死刑廃止が受容されるための保証となる。さまざまな研究はそのことを明らかにしている。

ドイツを参考とした死刑代替モデルは、一方では応報の要求、他方では社会の安全の利益という両方を考慮するものである。それにより、目的は達成されたことになる。その論理的帰結として導かれるものは、死刑制度の廃止である。目的が別の方法で達成できるのであれば、死刑は必要なくなる。そのとき、死刑廃止は、新たな刑法システムに向けての改正の象徴となるであろう。新たな刑法システムとは、グスタフ・ラートブルフの言葉を借りれば、「血の匂い」と「復讐の精神」から解放された刑法システムなのである⁸⁾。

8) Gustav Radbruch, bearb. von Wasserman, Gesamtausgabe, 1992, Bd. 9, S. 321.