

# 刑事法学における死刑論議

——團藤重光を中心に——

君 塚 正 臣

## はじめに

以前、憲法の教科書の刑事手続条項の記述は、緊急逮捕と死刑をミニマムとするようになってきたと述べた<sup>1)</sup>。両者に対する憲法論を整理し、自らの立場を示すことが、日本国憲法の刑事手続条項の解釈一般を語る上でもミニマムなことになろう。そこで、まず、緊急逮捕について論及したところである<sup>2)</sup>。このため、次に論じるべきは、死刑の合憲性について解釈を示していくことである<sup>3)</sup>。

しかし、法哲学的論点、刑事政策的論点、憲法的論点、デュー・プロセスの論点の何れをとっても、その回答は容易ではなく<sup>4)</sup>、言うまでもなく、問題はあるいは「地球よりも重い」<sup>5)</sup>。生命は「地球よりも重い」と述べた1948年の最高裁判決は死刑を合憲とした<sup>6)</sup>。憲法31条などの文言からして「死刑を少なくとも『一般に直ちに』『残虐な刑罰』に該当するものとはいえないし、死刑違憲論はなかなかむずかしい」<sup>7)</sup>ので、法政策的問題もしくは哲学的問題として論じられてきている側面もある。また、曰く、「死刑廃止の問題は、単なる頭の問題ではなく本質的に心の問題である。」<sup>8)</sup>このため、本論点に直進する前に、まずは、この問題と直接向き合ってきた刑事法学者の死刑観を主として検討し、思想もしくは法政策としての死刑存置論・死刑廃止論を検討しておくことにしたいと思う。なお、必要に応じて、刑事法以外

の見解にも言及することとする。

本稿は、このような観点から、憲法論に向けて、死刑制度の是非に関する議論を直截に整理することが目的である。

## 1 團藤重光

まず、本テーマに触れるとき、間違いなく触れなければならないのは、團藤重光の主張である。1913年11月生まれの團藤は、戦後の刑事法の第一人者にして、最高裁判事でもあった。退任後は熱心な死刑廃止論者となった。『死刑廃止論』(有斐閣)は1991年から2000年までに6版を重ねた。そこで何が主張され、何を理由としているのかに触れない議論はまずあり得ない。本稿も同書を中心に、力点を置く。同書は講演録・資料集という性格も有しているため、その掲載順に必ずしも従わず、團藤の主張を整理したいと思う<sup>9)</sup>。

團藤は、東京大学教授時代は、1957年初版の『刑法要綱総論』(創文社)でも「死刑廃止に傾く」と述べている<sup>10)</sup>など、「死刑制度に強い疑問を持って」いた<sup>11)</sup>ようではあるが、死刑廃止論者そのものではなく、死刑制度を前提とする解説を繰り返していたと言えよう。「実際には、死刑の存廃はその国の政治的・社会的条件と結びつく」<sup>12)</sup>面、言わば限界があることが理由であろうか。全体として、「道義的責任論・人格形成責任論・相対的応報刑論に立つ刑法理論、行為を『行為者人格の主体的現実化』

としてとらえる主体的行為論、行為責任と人格形成責任を合一的にとらえる人格責任論を展開し、それを広く犯罪論・刑罰論に浸透させ、いわば『主体性刑法学』の理論体系を構築<sup>13)</sup>して、憲法31条を根拠に、「死刑の可能性を予想しているものとみるほかないとおもう」と述べていた<sup>14)</sup>が、他方で、共同被告人の判決が確定するまでは本人の死刑判決が覆る可能性があるのでは執行までの期間に算入しないことを説明するのに、「要するに人の生命を尊重する趣旨にほかならない(憲13条参照)」として憲法13条を根拠にする<sup>15)</sup>など、「慎重な、微温的な態度をとって」<sup>16)</sup>おり、改正刑法草案を審議した法制審議会総会においても、刑事訴訟法の改正にあたり、死刑の言渡しは裁判官全員一致を必要とするなど、慎重な手続が望ましいとする付帯決議を提案していた<sup>17)</sup>。その「存廃は実際の政策的な問題」であり、「理論だけで廃止すべきだということまでは明確に言い切れなかった」<sup>18)</sup>のであり、消極的存置論者だったと言えよう。

團藤は1974年に、半年間の慶應義塾大学教授を経て、最高裁判事となり<sup>19)</sup>、1983年に退任すると、2012年6月の逝去までの30年近くを明確な死刑廃止論者として過ごした。その第一声は1985年11月15日の上智大学法学部での講演「死刑についての二、三の省察」<sup>20)</sup>である。「死刑廃止は遺言のつもりで言っている。自分が生きている間に実現することは無理だろうが、君たちの世代にはぜひ実現してほしい」<sup>21)</sup>と語ったとされるように、團藤の言葉は鋭く、厳しい。「従来の議論は現行法に死刑制度が存在することを前提として、それをそのまま『存置』すべきか、それとも『廃止』すべきか、という形になっているのですが、そうすると特に廃止の理由がないかぎり現在どおり存置すべきだということになってしまいます。本当はそれではいけないのでありまして、原点に立ち返って、これから死刑制度を設けるべきかどうか、すなわち、死刑制度の肯定かどうか、とい

う議論の立て方をしなければならない」<sup>22)</sup>と、死刑はない段階を基礎にすべきだと訴えた。それは、「死刑制度は人間の根源的な価値、『人間の尊厳』から由来するところの『生命権』を制限するものなので、死刑制度を創設するには、よほど決定的な積極的根拠がなければならないのは、当然」だからとするのである<sup>23)</sup>。但し、死刑違憲論には立たず、教科書の中でも「漸進的な——しかし着実な」廃止論に立った<sup>24)</sup>。

そして、「アメリカはベトナム戦争の後遺症ともいべき犯罪や非行の激増に対して、本来ならばその原因を追求して福祉政策や労働政策をもって対処しなければならないのに、いきなり国家権力による『法と秩序』政策をもって臨んだ」<sup>25)</sup>のだと述べてアメリカを非難し、「日本は合衆国と違って世界でももっとも治安状態のよい国である。死刑存廃について日本が合衆国に追随する理由はどこにもない」<sup>26)</sup>と断じた。後藤田正晴は右傾化しがちな中曽根康弘政権の官房長官でありブレーキ役であったが、その後藤田が法相(宮沢喜一内閣)として1993年に3年4カ月ぶりの3名の死刑執行を行うと、「官僚的な感覚によるスタティック(静的・固定的・形式的)な対応」だと批判した<sup>27)</sup>。それに続いて、細川護熙内閣で東京大学の元同僚である三ヶ月章法相が4名執行したことについても、「希望は無残にも打ち砕かれ」た<sup>28)</sup>と痛罵した。1992年に渡辺美智雄外相が死刑廃止条約(死刑廃止を目指す市民的及び政治的権利に関する国際規約第2議定書)の批准を「真剣に研究します」と答弁し、それが政治日程に登っている中で、「一部の人について執行してしまったならば、その前後において、いかなる不公平、いかなる不正義が起こるか。これはどうてい許されるべきことではありません」<sup>29)</sup>、「その国際的センス、人権感覚を疑う」<sup>30)</sup>と非難したのである。これは1993年12月、刑事法研究者279名の賛同による「死刑廃止を求める刑事法研究者のアピール」<sup>31)</sup>に繋がった。

はっきり廃止論者となった最大の理由は、裁

判官として事案に立ち向かったとき、「今まではいわば理論の問題として頭で考えていたことを、実際の生の事件について身をもって心で痛切に感じ」た、「事実認定の重さにうちひしがれる思い」<sup>32)</sup> からだと言えよう。信念は固く、死刑廃止に全力を傾けるようになり<sup>33)</sup>、2000年の少年法改正に対する「こういう改正は世紀の恥辱である」などの発言に見られるように、團藤の「言葉もやはり過激になって」いった<sup>34)</sup>。

團藤は、「応報観念は現代の法や裁判の上で軽視することはできません」と述べつつ、「その現代的な意味の一つは、刑罰が重くなり過ぎないように、その限界をきめる点にあ」と指摘し、「罪刑の均衡」を要求する<sup>35)</sup>。トマス・モアを引用しつつ、窃盗罪への死刑などは、宗教上も刑事政策上も当然の如く論外とする<sup>36)</sup>ので、基本的な問題は殺人罪である。「よく、人を殺した者は自分も殺されるのが当たり前で、『自分が殺されないで人を殺す権利』をもつというのはおかしい、という議論がありますが、ここには思考の混線があります。死刑を廃止すればもちろん『殺されない権利』ができるわけですが、それはどこまでも『殺されない権利』にとどまるのであって、『殺されないで人を殺す権利』などでは絶対にありません」<sup>37)</sup>と述べる。「国家ないしは法が殺人犯人を死刑にするというのは、規範面のこと」であり、「刑罰を科するという規範面は合理性の世界、正の世界でなくてはなりません。不正に対するに正をもってするのが刑罰でなければならぬ」ところ、「犯人が人を殺したのだから法はその犯人を殺す、死刑にするのだ、という議論は、法を墮落させる」とも述べる<sup>38)</sup>。確かに、事案の中には「同情の余地のない」ものもあり、「被害者や遺族の立場を抜きにして判断」できないとしつつも、「死刑判決の場合は〈いま新しく被告人の生命を法の名において奪うこと〉という根本的な疑問が湧いて来る」。「国民に対して生命の尊重を求めながら、法がみずから人の生命を奪うのを認めるということでは、世の中に

対する示しが見つからない」と言う<sup>39)</sup>。ドストエフスキーの小説『白痴』（1868年）を引用し、「死刑の執行を『魂の侮辱』だと」する立場を紹介しながら、「個々の事件について死刑が相当かどうかという問題と、死刑制度そのものの存廃の問題とは、次元が違う」とする<sup>40)</sup>。復讐するは我にあり<sup>41)</sup>。まさに、復讐は、キリスト教でも仏教<sup>42)</sup>でも神の問題であるとも指摘する<sup>43)</sup>。イスラムでも、「もし被害者側が報復を棄権して、『血の値（ディア）』によって赦したときは」「犯人は死刑にならない」<sup>44)</sup>ことであるとか、「儒教は王道を根本として、霸道を排斥」し、「王道は徳をもって治めるのですから、本来、死刑を否定するところまで行ってもおかしくない」として、「アジア諸国は本来、死刑廃止のほうに行くべき素地をむしろ強くもっていると考えていいのではないか」とさえ主張するのである<sup>45)</sup>。加えて、犯人の縁者が「どれだけ惨めな目にあっているかわからない」ほか、オウム真理教事件のように「加害者と被害者との区別がつかない人たちがいる」ことも指摘し<sup>46)</sup>、単なる剥き出しの被害者感情に警鐘を鳴らした。

團藤は、殺人罪のほか、内乱罪などにも死刑が用意されていることを見逃していない。これらは「法自身を殺すような行為」<sup>47)</sup>と見做され、性質が異なると述べる。「内乱で犯人の誰かが誰かを殺したとしても、直接に手を下したのはたいてい下っ端のものであって、首謀者が自分で人を殺すことは、むしろ少ない」のであるから、「内乱罪を処罰するのは、人を殺すところに重点があるのではなくて、国の基本組織を破壊するということにポイントがあるわけです。ついでに言いますと、内乱の暴動によって殺人などが行われたとしても、それらの行為はすべて内乱罪の中に包括されてしまうので、殺人罪などが別個に成立するものではないと解されている」と述べている<sup>48)</sup>。そして、明治初期にボアソナードが刑法草案の内乱罪に死刑を置かなかった理由を挙げ、「政治犯は個人の犯罪ではないから、首謀者を死刑に処することに

よって他の者の犯行を抑圧することができるどころか、むしろこれを刺激し激発すること」, 「政治犯を通常犯罪と同じ扱いにするのは不正義であり、政治犯について死刑を廃止するのが衡平に合致する」こと, 「政治犯は既遂にならなかった場合にしか罰せられない」ので必ず「未遂」犯であり, 「未遂が」旧刑法では「当然に刑を減刑されるべきものであるとすれば、それに死刑を科するのは非論理的である」ことを挙げていた<sup>49)</sup>。 「内乱は内戦であって、一種の交戦団体相互のような関係になること」にも触れている<sup>50)</sup>。 戦争における報復の連鎖を断つべきことを主張している。 團藤は、ここから、日本国憲法9条に言及し, 「日本国憲法の精神として、死刑をも否定するところまで本来行くべきであろう」と主張する<sup>51)</sup>。 外患罪についても「政治犯であることは同じ」だとし, 「よりよい人類社会を目指してこの罪を犯すということはある得」, 「内乱罪の死刑を廃止して、外患罪の死刑は残しておくというのは、筋が通らない」と断じた<sup>52)</sup>。 加えて、麻薬に対する死刑が、アジア諸国などを中心に広く残っていることにも懸念を示し, 「その防止については別途いろいろな方策がありうるのではないかと述べている<sup>53)</sup>。

「死刑と無期刑との限界はきわめて微妙で、けっして明確な基準があるとはいえず、」被害者の主観によって左右される」ことなどがあると「かえって大きな不正義を招くことにさえもなる」ことを指摘する<sup>54)</sup>。 「明治、大正、昭和、それも戦前と戦後というように、時代が移るにしたがって、死刑の言渡しの基準が大きく動いて来ている」<sup>55)</sup> とも言えるとする。 犯人を、死刑廃止後の極刑である「無期刑にすることによって、被害者の復讐的な気持ちもかなり満足されるはず」だと述べている<sup>56)</sup>。 また、「被害者救済の制度が整備されていない以上、死刑廃止の条件はそろっていないのではないかと、という議論がある」<sup>57)</sup> ところ、「死刑廃止によって一種の社会連帯の観念が生まれてくるのではないかと、その意味で死刑廃止が先で、同時に被

害者救済がそれにとまなうという考えに立つべきだ」<sup>58)</sup> と主張している。

死刑廃止論者が一般に切り札にするのは、誤判の問題である。 確かに誤判は全ての刑事事件内在の問題ではあるが、「生命はすべての利益の帰属する主体の存在そのもの」であり、「死刑は」それ「を滅却するのですから、同じ取り返しが見つからないと言っても、本質的にまったく違う」<sup>59)</sup> と言える。 團藤も「司法殺人(Justizmord)」<sup>60)</sup> たる用語まで用いて、やはりこのことに言及する。 自らが第1小法廷で審理した免田事件<sup>61)</sup>、財田川事件<sup>62)</sup>のように、「無理な認定だという感じをいだかざるを得」ない事件でも、やはり自らが下した白鳥決定<sup>63)</sup> までは「再審の門をなかなか通れなかった」ことを指摘する。「従来、再審が通った事件は非常に稀有で、それまでの間に明治以降、無実のまま死刑が確定し、かつそれを執行された事件は、かなりの数にのぼるのではないかと推測されます」と懸念を示す<sup>64)</sup>。 免田、財田川両事件のほか、松山事件<sup>65)</sup>、島田事件<sup>66)</sup>を併せ、死刑事件再審無罪の4件は、「新刑事訴訟法になってから当分の間は戦後の混乱期で、捜査陣も裁判所の陣容も、人的・物的ともに非常に不備でしたし、新刑訴の勝手もわからず運用にも不慣れ」で、「戦争直後には、犯罪が非常に激増し、これに対応することがなかなかできなかった時期」で、「この時期に疎漏な判決が出たことも、当時の情勢から見て、ある程度やむを得なかった」<sup>67)</sup> という事情があり、今後改善はあるにせよ、「人間である以上、絶対に間違いがないと言い切ることはできない」<sup>68)</sup>、「少々の誤判があっても構わないという人はいても、誤判の可能性そのものを否定することは誰にもできない」<sup>69)</sup> と述べる。 團藤自身も、事実認定が難しい上告棄却を裁判長が言い渡した際に、「人殺しっ」という罵声が飛んで「心をえぐられるような痛烈な打撃を受けた」と語り<sup>70)</sup>、「死刑制度がある以上は、何とも抜け道のない立場に立たされる」<sup>71)</sup> と実感するのである。 團藤は、正義論の見地か

ら、被害者の感情、応報観念、仏教的な因果応報の点を検討するが、結局のところ、もし「無実の者であったとすれば、いったい、こんなに不正義なことがあるでしょうか」<sup>72)</sup>と述べており、冤罪の問題に戻ってその不正義を訴えた。

團藤はアメリカの例を引き、陪審裁判には誤審が多いとして、それに不信感を抱いている<sup>73)</sup>。また、科学的鑑定が進歩しても、その基礎がその後揺らぐことはあり、処刑後に「解剖してみても、初めて脳そのものに器質的な病変があったとわかった」場合、「責任無能力者を」処刑してしまったことになるというような特殊な場合もあることを指摘する<sup>74)</sup>。現行刑事訴訟法の当事者主義構造から、「検察庁の手に証拠が全部残って」おり、「もし検察官が、検察側にとって有利な証拠ではないということ伏せておきますと、法廷に出ないで終わってしまう」<sup>75)</sup>という問題も、誤審の一因だと指摘する。そして、「証拠間の矛盾を、具体的に鋭く」することができるかというような「弁護人の良し悪し」というものが、判決の結論に非常に大きく影響し、それが「死刑になるかどうかが岐かれるようなことさえも」ある<sup>76)</sup>と指摘し、適切な弁護人（有名事件で支援団体があるのでなければ、殆どは国選）に出会うかという運不運に左右されていることを指摘する。「死刑の廃止による凶悪犯罪の増加ということがある程度実証されたと仮定しても、」<sup>77)</sup>「かりそめにも無実の者の処刑」「という人道上絶対に許すことのできないような大きな不正義の犠牲において、刑事政策を優先させることは、とうてい認めるわけには行きません」<sup>77)</sup>、「死刑は、真犯人を前提にしてさえこのように残酷なものです。まして、死刑制度には、誤判によって無実の者を処刑してしまう可能性が必然的に内在しているのですから、それはこの上なく非人道的であり残酷なものであります」<sup>78)</sup>と述べているので、その主張の重要な核はやはり冤罪による処刑の絶対的阻止にある。無論、「刑事補償が遺族に出されたところで、」そして、「法律を改正してその

金額をいくら引き上げても、そんなことで解決できるものではない」<sup>79)</sup>としているのは当然のことと言えよう。「誤判のおそれは裁判の実践では不可避だが、それは実務の運用で解決すればよいだけのことで、理論とは無関係だという立場は、」<sup>80)</sup>「絶対にとらない」<sup>80)</sup>とする。

世論調査結果はこれまで、圧倒的に死刑存置論優位である<sup>81)</sup>。ただ、團藤は「どうもアンケートの出し方そのものが非常に悪い」と指摘しており、「万一にも無実の者が処刑されるかも知れない可能性があっても仕方がないから、殺人を犯したとされる者には、死刑を残しておいた方がよいと思いませんか」などと聞くべきだと指摘する<sup>82)</sup>。1989年の国連総会でも、日本は、世論の死刑廃止反対を理由に死刑廃止条約採択反対に回った<sup>83)</sup>。團藤はこれに「世論が消極的」なことについて、「政府が死刑囚のことを極秘にしているのも、世論操作の意図を勘ぐらないわけにはいきません」と憤り<sup>84)</sup>、フランス・ミッテラン政権バダテンテール法相の1981年の決断のような、62%が死刑廃止反対と答えた世論とは逆の死刑廃止の判断<sup>85)</sup>もあったと指摘する。「民主主義は世論に追従することではありません。市民の意思を尊重すること」だという明快な答えがあると<sup>86)</sup>し、「ナイーヴな庶民感覚を生のまま取り入れることについて、深い疑問をいだかざるを得ない」<sup>87)</sup>と述べていた。1994年の朝日新聞のアンケートで、衆議院議員の47.1%が死刑廃止、終身刑で代替もしくは執行停止に賛成した<sup>88)</sup>ことも挙げ、国会主導の死刑廃止も可能であることを示唆した。政治的・社会的条件として、世論や社会倫理「の考慮との並行性を指摘することができ」よう<sup>89)</sup>か。

刑事政策的にも、死刑廃止で凶悪犯が増えるという観方に團藤は懐疑的である。アメリカの死刑廃止州と存置州で、「他の点で社会的条件の近似しているものを取り上げて、両者の殺人罪の数を比較した結果、有意的な差異が認められなかった」という研究成果があることを示し、加えて、「常識的に考えても、殺人犯人が死刑

が怖いから殺人をするのを止めるということは、ほとんど有り得ない」とする<sup>90)</sup>。分解すると、「激情犯的な殺人の場合はむろんのことですが、計画的な謀殺の場合でも、第一、自分は絶対に捕まらないつもりで犯行に出ることが多いのです。怨恨による殺人の場合などには、たとい自分が死刑になろうとも犯行に出るでしょう。全然別の方面で、思想犯的・確信犯的・政治犯的な殺人の場合などにおいても、やはり同じことが言えると思」うとする<sup>91)</sup>。他方、これとは逆の研究結果もあるが、それについては、「死刑の効果については、種々の社会的なサブカルチャー、銃器や薬物の問題のような計量経済学的手法になじまない種々の要因がある」として、抑制的に捉えている<sup>92)</sup>。日本だけを考えても、一審での死刑の言渡しは、大正元年からの5年間では平均50.2人、昭和元年からの5年間では平均25.6人であったのと比べ、昭和末期・平成冒頭の1985年から89年の5年間では平均6人強しかなく、「この程度の人数ならば、いま死刑を廃止したからといって、それによって社会秩序が乱れるなどということは、想像でき」ず、「死刑廃止の条件は十分に整っている」と述べるのである<sup>93)</sup>。1988年の10万人あたりの殺人罪の発生件数は、アメリカは8.4件なのに対し、日本は僅か1.2件である<sup>94)</sup>。それでもなお、その後の1989年11月からの死刑執行停止の3年4カ月の間、殺人事件の数はその前後よりも少なく、オウム真理教の2つのサリン事件も死刑執行復活後のことであり、死刑の抑止力は信じられないとも指摘する<sup>95)</sup>。ベッカーア『犯罪と刑罰について』(1764年)の言、「人間の精神に最も大きな効果を及ぼすのは、刑罰の強さ(intensione)ではなくて、その長さ(estensione)である」を引き<sup>96)</sup>、生命刑より自由刑の方が一般予防的効果が高いことを示唆した。「犯罪によってどんなに大きな利益が得られようとも、その代わり、それには必然的に無期刑が結び付いている。いったい、無期刑を選ぶような人間がいるのだろうか」と指摘

し、無期刑で「予防は十分だ」とも述べた<sup>97)</sup>。

團藤は、死刑が「残虐な刑罰」であることも訴える。死刑の予防的効果、特に「執行による威嚇」力は「昔はことに」信じられ、「為政者は、いかにすれば民衆に少しでも余計の恐怖感を植え付けることができるか苦心」し<sup>98)</sup>、「火刑、車裂刑、鋸引き、石打ち、等々、洋の東西を問わず、人知の限りを尽くしたかと思われる位、残虐な死刑の例が無数にあ」ったのである<sup>99)</sup>。現在、それを「いかに苦痛の少ない人道的なもの」「にするかということで、ガス死刑だとか電気椅子だとか、注射による死刑だとか、いろいろ工夫」が出ている<sup>100)</sup>ものの、描写を避けたいほど「残酷なもの」である<sup>101)</sup>。日本の絞首刑についても、「ロープで首が締められて窒息死する前に下に落ちた瞬間に脛骨が折れて、意識は途端に無くなるのだらうと思いますが、体の痙攣が暫く残る。完全に死亡するまでには普通、10分あまりかかる」もので、「自分で立ち会ったことはありませんが、これは普通の人の神経にはとうてい耐えられないもの」だと述べた<sup>102)</sup>。死刑制度が違憲とは言い難いとしても、「現行法の絞首刑が合憲だという結論は出てこない」とも指摘する<sup>103)</sup>。憲法31条と36条の関係から、死刑一般を「『残虐』とまでは言えなくても、少なくとも『残酷』な刑罰である<sup>104)</sup>とする。「死刑の執行」「の模様さえをも一般に知らせないようにしているのは、おそらく、受刑者の名誉などのためというよりも、それによって公序良俗を害する」、「生々しく報道されれば、社会的にショックを与えるに違」ないからだ」と指摘する<sup>105)</sup>。しかも、「死刑囚が執行を待つ間に経験する一種の極限状態は、執行じたいにもまさる残酷なもの」だと指摘し<sup>106)</sup>、1963年の法務省通達により、死刑確定者の接見及び信書の発受を概ね認めないようになり、日本の「死刑の執行は、非人間的ともいべき厳格な密行主義になってしまった」と非難するのである<sup>107)</sup>。

逆に、「死刑囚の中には最後には安心立命の澄み切った境地になる人がいるようですが、そ

ういう人に対して死刑の執行をすることは、これまた、どんなに虚しいことでしょうか」とも指摘する<sup>108)</sup>。犯罪者自身が自力、もしくは宗教家やボランティアの助力で、更生する可能性がある<sup>109)</sup>。よって、「私の人格責任論の立場から言いますと、人格形成というものは人間の一生のあいだ人生の最後まで続くのであって、本人がよくなるという希望は最後まで捨てることは許されないのです。ですから、私の立場からいえば、仮釈放を認めない絶対的無期刑（終身刑）というものは、本来、承認できない」が、「恩赦の可能性は最後まで残る」ならば、「死刑を廃止するために」「便宜上、終身刑を認めることは、やぶさかでない」と譲歩する<sup>110)</sup>。ただ、人格形成責任論は応報主義であり<sup>111)</sup>、死刑存置論に傾き易いのではないかとの疑問もある<sup>112)</sup>が、もし、自分が牧野英一<sup>113)</sup>のような新派の立場に立てば、刑罰は教育刑であって、「死刑は絶対に是認できないはず」だとも述べている<sup>114)</sup>。

このほか、ベッカリアを引きつつ、「死刑執行人も本来は善良な市民なのに、」「皆から憎まれる」のであり、原因が「個人の利益と公共の利益とが結び付かないような法律、理性ないしは人間性に反するような法律」にあるからだ」と指摘した<sup>115)</sup>。日本でも、平安時代、「死刑の執行にたずさわることを忌避する思想」があったことは注目できるなどとする<sup>116)</sup>。

團藤は、「憲法13条、36条などに見られる憲法の精神、さらには右の憲法31条の解釈上認められる『実体的デュープロセス』の趣旨を援用することによって、死刑廃止論を推進するのが本筋だ」<sup>117)</sup>、前文にあるように「『国際社会における名誉ある地位』を占めるべく、死刑の廃止に向かって、死刑廃止条約の批准を目指して、積極的に前進するべき」だ<sup>118)</sup>とする。人間の尊厳の概念はそもそも死刑制度と矛盾していると言う<sup>119)</sup>。少なくとも、永山事件<sup>120)</sup>で最高裁が示したいわゆる永山基準の「精神で行けば、もっともっと死刑判決が減ってもいいはず」だと主張する<sup>121)</sup>。存置論者とされる小野清

一郎<sup>122)</sup>の言、「なかんづく我が日本の政治理想は仁慈を旨とする。（中略）国家的秩序と人倫的文化とを維持するため絶対に必要である場合の外、死刑は之を廃さなければならぬ」<sup>123)</sup>を引用し、「先生がもしご存命で、こういう現在の日本の国内的・国際的状况を見られましたならば、」「むしろ強い死刑廃止論者になられたのではないのでしょうか」とまで踏み込んでいる<sup>124)</sup>。

團藤は、殆ど全てが死刑を廃止した先進国からの遅れも問題としており、ベルギーとギリシャがヨーロッパの国際世論から迫られて死刑を廃止したなど、「人権のような全人類的な問題については、われわれも絶対に先進国の仲間入りをして、世界に恥ずかしくない法制を整える必要がある」ことも訴えている<sup>125)</sup>。実際、死刑廃止国（スウェーデン）からは、いかに国際刑事警察機構（ICPO）を通じて国際指名手配した容疑者（イラン人）であっても、日本が死刑存置国であることを理由に身柄の引渡しを拒否された例を示している<sup>126)</sup>。現在、日本の死刑制度は、国際刑事協力の壁、即ち、日本で凶悪犯罪を犯して海外に逃亡した者を日本に連れ戻して裁判を受けさせることを困難にしまっており、その指摘は流石に先見の明ありと言えよう。

團藤の主張は、その「主体性の理論、それから派生する人格責任論、さらには動的刑罰理論」<sup>127)</sup>、それは「何よりもまず、個々の人間について人格の至上性すなわち人格の尊厳をみとめることから出発する」とするところからすると、「法哲学者のコーイングが書いていますように、『死刑は犯罪者じたいを否定するものである。しかし、国家はそのような権利をもつものではない。なぜならば、それは一人の人間を国家の目的に捧げることになるからである。だから、死刑は法の理念に反する』ものと言うべき」<sup>128)</sup>というところに集約されるだろうか。「犯罪の故にその行為者に加えられる国家的非難」が「過去における犯罪の故に科されるものですが、刑罰を受けるのは現在の行為者で」あ

る<sup>129)</sup>というところ、「すっかり改悛して、死刑の執行に臨んで安心立命の境地にある死刑囚に接して、それでもぜひとも死刑を執行せよという気持ちになる人も少ない」、「死刑囚自身の心境の変化はその人格形成の問題として責任論の延長線上にあ」る<sup>130)</sup>とする。團藤の死刑廃止論の屋台骨は「やはり誤判の恐れ」だとする分析<sup>131)</sup>もあるが、少なくとも「後期の廃止論については端的に」『人間の主体性』、『主体性の理論』に死刑廃止の根拠を認めて」と指摘されており<sup>132)</sup>、単なる誤判を避けられない点に留まるものではなくっていった。それはまた、「博士の死刑廃止論の最大の意義」が、法曹界や法学界に留まらず、「市民レベルでの主体的な『実践の法理と法理の実践』であったことにあるように思われ」た<sup>133)</sup>。

## 2 死刑廃止論側の擁護

以上のように、刑事法学界の巨人、團藤が強烈な死刑廃止論者となったことは法学界などでは大変なインパクトではあった。だが、それでも庶民レベル、世論は大きく動かなかったと言える。とは言え、時代が下ると、死刑のハードルは徐々に高まり、総じて宣告数も減っていると思え<sup>134)</sup>、加えて、「『死刑は望ましくない制度』であり、その適用を可能な限り減らし、執行を回避しようとする動きは、おそらく裁判所を含め、すべての関係者の一致した意見となってきた」<sup>135)</sup>との実感もある。各種団体では、日本弁護士連合会(日弁連)のほか、キリスト教諸教団に加え、真宗大谷派、天台宗などが死刑執行の停止を求める声明を出している<sup>136)</sup>。一般的にも、死刑をグロテスクなものと思える感情は一般化してきているとも思える<sup>137)</sup>。しかし、團藤の期待通り、いずれは日本も廃止に向けて世論が動くかどうかは疑問である<sup>138)</sup>。政府の世論調査は誘導的で、海外の状況などの情報が与えられておらず、事の重大さの割に質問が簡単であるという難点が指摘されている<sup>139)</sup>。極めて専門性の高い、一般国民が日頃深く考え

ていない問題に、突然「どう思いますか」と問う mismatch も指摘できよう<sup>140)</sup>。また、国際情勢などの情報提供により、回答が大きく様変わりすることも報告されている<sup>141)</sup>。

そのような日本という国で、團藤以外の刑事法研究者の主張はどうであろうか。

西洋で死刑廃止論が現実に思想家を動かした始めたのは18世紀半ば頃だと言え、ベッカーリアは、死刑は社会契約の本来の趣旨に反するとして、少なくとも国家の正常な状態において、死刑は廃止すべきだと主張していた<sup>142)</sup>。戦後、著名な刑事法学者では、瀧川幸辰、佐伯千仞、木村亀二、瀧川春雄、中義勝、熊倉武、松尾浩也、宮澤浩一、竹内正、辻本義男、藤本哲也、前野育三などが廃止論に立った<sup>143)</sup>。

戦後長く死刑廃止論をリードしてきた元検事で弁護士の正木亮(晩年、大学教授)は、「殺人、強盗殺人」犯の死刑囚が「臆然と悔い改めて語り、落ち着くところは人の生命の貴重である」ところであったという体験から、「生命の貴さということの教育が徹底しなかったことに犯罪の原因があった」と指摘する<sup>144)</sup>。また、多数の死刑確定囚があるのを見ながら凶悪犯罪が続いていることは、「人類は死刑の威力をむしろ過大に評価しつづけている」と批判する<sup>145)</sup>。そして、39人処刑した1955年や1961年の翌年の執行数がそれぞれ7人、6人となるなど波があるのは、ときの法務大臣の思想の相違の現れであり<sup>146)</sup>、重大な問題が気紛れに委ねられている感があると見た。

死刑を宣告され、悔悟の念を抱いて処刑された例も多い。正木は、おせんころがし事件<sup>147)</sup>の栗田源蔵の例を引き、それでもなお処刑することに対して疑問を呈す<sup>148)</sup>。人口に膾炙するところでは、貧窮に育ち、多くの病を抱え、精薄と蔑まれ苛められ、遂に2児の母の生命を奪った「獄窓の歌人」中村覚(鳥秋人)の処刑前最後の祈り<sup>149)</sup>にも感じるものがある。

三鷹事件では、一審が無期懲役としながら、二審は、情状面での判断を違え、被告人を一度



も法廷に呼ぶことなく死刑を宣告し、最高裁大法廷も、その判断を是認した<sup>150</sup> ことについて、正木は、手続的慎重さを欠くものだと強く非難している<sup>151</sup>。刑法126条の解釈問題もあって、大法廷の意見は大きく割れた<sup>152</sup>。死刑判決は8対7で決したのである（その後獄死）。三鷹事件への批判を契機に、最高裁は死刑事件では弁論を行うのが慣行となった<sup>153</sup>。

死刑と無期懲役を分かち永山基準は曖昧で、「基準」に値しないという指摘も多い<sup>154</sup>。両者の仕分けの問題は、刑法理論では團藤と対立した平野龍一が早くから指摘した点である。1951年、戦後のそれまでの数年間の凶悪事件を見ると、偶発的であっても被害者が1名であっても警察官や刑務官が殺害されたケースでは死刑判決に至っており、親族殺害の場合、2名以上を殺害しても、心神耗弱や少年によるものでなくても無期懲役となった事例があると指摘する<sup>155</sup>。親族内殺人は同情され易く、遺族も寛大な刑を求め易い。また、強盗殺人の場合、素人による初犯では、凶器を準備して発見されるとそれを振り回し、被害者が死に至れば現場は凄惨に見えるので、残虐さが強調され、かえって死刑になり易いなどの問題があると指摘する<sup>156</sup>。如是、死刑と無期懲役の境界は微妙で、ほんの僅かな価値評価によって決定的な結論の違いを導いていることが解る。計量研究によると被害者数、動機、仮釈放中かどうかなどの要因で死刑か無期懲役かがある程度読めるとする指摘もあるが、判決文から理由が窺い知れない場合もあろう<sup>157</sup>。そもそも、判決文の順番を逆にして逆接の接続詞で繋げば、結論は変わる。時代が下れば、年長少年であったことは死刑回避の要因として、計画性は死刑選択の要因として浮上してきたという<sup>158</sup>。平野は、「これはどうしても死刑にしなければならぬと思われるものは、必らずしも多くない。今少し社会の平穩がつづくならば、死刑ははるかに減少し、その廃止も不可能ではないと思われる」と結んでいる<sup>159</sup>。永山事件のように、「一審で死

刑、二審で無期懲役と生への希望を繋ぎ、犯した罪に対する反省のうえに立って被害者の冥福を祈り、彼の生涯を贖罪に捧げようと決意した被告人に、再び死刑を言い渡すの「は、あまりにも過酷」<sup>160</sup>にも思え、三審の裁判官で意見が割れるものを死刑とするべきでないのかもしれない<sup>161</sup>。このほか、アメリカで指摘されているように、人種などによる偏見は死刑の判断に影響され易い<sup>162</sup>。マイノリティに偏った死刑求刑<sup>163</sup>はより慎重に回避されなければならない。偏見は誰にでもある<sup>164</sup>。

遺族がいるかいないか、遺族の心情表明がどうであるかで死刑か無期懲役かが割れるのは、不公平ではないかとの疑問も示されている<sup>165</sup>。被害者参加制度の下、遺族などが、事実認定が始まっていない段階で、延々と被告人を死刑にすべきだと述べるケースもある<sup>166</sup>。絞首刑は「残虐な刑罰」だとする弁護側の主張を厚顔無恥だと激しく非難したケースもある<sup>167</sup>。「日本の殺人事件の裁判は非常に感情的であり<sup>168</sup>、裁判員の判断は遺族に同調しがちである。存置論の一部は、民族的・法的「確信」を強調するが、その「確信」が測定不可能であるという疑問がある。これらと国民感情が同置される危険もあるが、犯罪報道の在り方と密接に関わっている<sup>169</sup>。日本では、死刑事件は、政府の指揮がなくとも人民裁判化し易い<sup>170</sup>。

また、主に少年による犯行である場合を念頭に、精神的成熟度が少なくとも18歳を相当程度下回っている場合は、死刑を回避すべきだとの議論もある<sup>171</sup>。実際、確定死刑囚を見ると、精神障害、精神遅滞の者や自閉症、覚醒剤常用者が多数あるのである<sup>172</sup>。ある刑務官に言わせれば、死刑を免れる術を持ち合わせなかった、貧困、知的に劣っている、正直者が多いという<sup>173</sup>。本当の悪は寸止めのできる傷害犯であり、初めて犯罪に手を染めた気が弱い者が複数人を殺して死刑になってしまう、という話もある。アメリカでは、「最悪の罪を犯したからではなく、最悪の弁護士を割り当てられるという

不運を引き当てたから」死刑になったのだとする批判<sup>174)</sup>もあるくらいである。かつ、心神喪失の状態にありながら死刑が執行された疑いの指摘は、後を絶たない<sup>175)</sup>。再審請求を繰り返せば延命の可能性は高まり、それを知らない者から処刑される。しかし、だから再審請求や恩赦の出願をしている者でも処刑してよいとなると、冤罪による処刑の危険を高める。国際人権規約自由権規約6条4項の解釈から、そのような対応は認められていないのであり<sup>176)</sup>、日本政府はその批准した「確立された国際法規」を誠実に遵守していない疑いもある。

アメリカでは、1794年のペンシルベニア州以来、死刑を、事前熟慮の悪意 (malice aforethought)、予謀により計画的に行われた殺人である第一級謀殺罪に限っている<sup>177)</sup>。これと比較すると、日本法は、殺人罪に区別がなく、法定刑も死刑から懲役5年までと裁判官と裁判員にほぼ白地委任にしたに近い構成になっており、被害者1名の計画的殺人は死刑を免れる確率が高いが、発作的に多数を殺害すると死刑となる確率が高いと思えるほか、予測が難しいという性格を有している。威力力は絶大だが、罪刑法定主義の観点からすると疑問も残る立法となっている。予防的意味も曖昧である。

日本の凶悪犯罪は減少している。殺人の認知件数は1954年をピークとしてほぼ一貫して減少している<sup>178)</sup>。検事として死刑執行にも立ち会ったことのある向江璋悦は、「これらの経験の教えるところは、死刑という刑罰の無力さであり、国家には何も役に立たない一種のマスターベーションであることを痛感した」と述べている<sup>179)</sup>。死刑となった強盗殺人犯は、「用意周到の決して完全無欠のものではないのであって、千慮の一失ともいふべき不用意の点を残している」のが普通であり、「必ずその犯人は逮捕しうるにきまっている」にも拘らず「万に一つ位迷宮入りの事件がある」方に賭ける「非常識」、「常識欠乏症」だと述べ、このような者に威力力があるとは立証できないと断ずる<sup>180)</sup>。ド

イツにおける1912年から32年までのデータによっても、死刑の執行が減ったからといって謀殺の数が増えたということはなく、寧ろ逆の結果であった<sup>181)</sup>。死刑が乱発されたナチス時代を経て戦後になって、殺人の比率は上っていない<sup>182)</sup>。浮浪者も多く、彼らが死以外を恐れない状況とは異なり、経済発展により民衆が豊かになれば、自由の剥奪は痛切な打撃となり、自由刑こそが一般的となり、一般的には犯罪の抑止にはそれで十分有効な筈なのである<sup>183)</sup>。

1976年に国際人権規約が発効した。その6条1項は「生命に対する固有の権利」を謳い、同2項は死刑存置国も「権限のある裁判所が言い渡した確定判決によって」それを「最も重大な犯罪についてのみ科することができる」とし、5項は18歳未満の犯罪に対する執行を禁じている。そして、その要請を超えて、死刑そのものを廃止する国は増えている。1962年の国連の刊行物によると、全廃国25(州によって事情の異なるアメリカを除く)、事実上の廃止国・準廃止国7に過ぎなかった<sup>184)</sup>が、團藤の指摘(アムネスティ・インターナショナル調べ)によると、1989年1月時点で、全廃国35、通常犯罪についての廃止国18、事実上の廃止国(10年以上執行がない国)27の合計80であり、1990年に東欧など数カ国がここに加わった<sup>185)</sup>。いわゆる先進国の中で死刑を廃止していないのはアメリカと日本だけ、全国的に死刑制度を維持しているのは日本だけという状況となった。しかも、英米法学者の勝田卓也の指摘によると、2006年から2015年のデータで比較すると、「驚くべきことに、殺人の被害者数を基礎とした場合、日本ではアメリカの倍以上の死刑判決が宣告されている」状況にある<sup>186)</sup>。1999年4月には、全廃国68、通常犯罪についての廃止国14、事実上の廃止国23の合計105である<sup>187)</sup>。その後、フィリピンが2006年、ルワンダなどが2007年、ウズベキスタンとアンゴラが2008年に廃止するなどし、2011年では全廃国・通常犯罪・事実上の廃止国の合計は139となった<sup>188)</sup>。ギニアとモ

ンゴルが2017年に全ての犯罪に対して死刑を廃止するなど、死刑廃止国の拡大は続き<sup>189)</sup>、2019年末現在、全廃国106、通常犯罪についての廃止国8、事実上の廃止国28の計142に対し、存置国は、アメリカ（州による）、キューバ、ジャマイカ、ガイアナ、ベラルーシ、中国、台湾、日本、北朝鮮、ベトナム、タイ、マレーシア、シンガポール、インド、バングラデシュ、パキスタン、サウジアラビア、イラン、イラク、クウェート、カタール、シリア、ヨルダン、エジプト、エチオピア、スーダン、南スーダン、ソマリア、チャド、ジンバブエなど56カ国となり<sup>190)</sup>、国の数では明らかに逆転した。ドイツなど、西洋ほか幾つかの国々では、死刑廃止は憲法の明文規定となっている<sup>191)</sup>。死刑廃止条約も署名国39、締約国88である<sup>192)</sup>。存置国には独裁国家・専制国家と思しき国——團藤と深い関係にあったホセ・ヨンパルトに言わせれば、「弱い国家」<sup>193)</sup>——も散見される。死刑の殆どは、中国、北朝鮮、サウジアラビア、イラン、イラクで行われているものとされる<sup>194)</sup>。国際情勢は、「アジア、イスラム、アフリカ諸国においては、死刑廃止国はむしろ例外的」だという「地域的な偏在」もあった<sup>195)</sup>が、今や廃止論に有利な情勢である。第二次世界大戦前にファシズム・軍国主義体制であった国では、その終了に合わせて死刑を廃しており、死刑を存置しているのは日本だけである<sup>196)</sup>。これには、戦後の国民感情と共に、占領軍がそれを望んだからだとの説明がある<sup>197)</sup>。いわゆる先進国中では、日本以外では唯一死刑を存置する地域（州）もあるアメリカでも、死刑の宣告はテキサス州の3つの郡が突出し、執行は少数の州に限られており<sup>198)</sup>、1994年には死刑制度支持が80%あったのに2018年には56%まで落ちているというデータもあり<sup>199)</sup>、様々な突発的事態の組合せによっては、死刑廃止に至る可能性もあると思える。特に、死刑宣告が人種差別的であることへの追及は現実的になってきている。国際的には、日本は何故、これら存置国の

側にいるのかが疑問に見える。確かに、日本の死刑は殺人事件で執行されており、国家反逆罪や麻薬運搬などで汎用されておらず、そういった国々と一緒にされるべきでないとの反論はあるだろうが、捕鯨問題同様、国際的には無力になってきている気がしないでもない。

日本では、810年から1156年の間、平将門や平忠常が遺体を「梟首」されたなど、僅かな例外を除いて死刑を実施しなかったという実績がある<sup>200)</sup>。このことは、西洋で初めて、1786年にイタリア・トスカナ王国が死刑を廃止した<sup>201)</sup>ことから相当遡る。そもそも、それ以前、日本での死刑は、遣隋使以来、中国の律令の影響を受けたものであるが、中国では処刑方法が数多あったところ、桓武天皇は「絞」と「斬」の2つに限ったのであり<sup>202)</sup>、古代王朝の「寛恕」を示すものとも言えた<sup>203)</sup>。長い平和と、仏教の繁栄による慈悲と寛大さによるものと言われる<sup>204)</sup>。だが、保元の乱の際の信西の進言以来<sup>205)</sup>、武家政治の時代になると死刑は復活し<sup>206)</sup>、特に中世末期頃には農村の余剰人口が下層階級を作り出し、それらが職業犯罪人化し、統治者側に適切な社会政策がなかったため<sup>207)</sup>、100以上の犯罪に多様な処刑方法が用意されるようになり<sup>208)</sup>、獄門が普通のこととなった<sup>209)</sup>。死刑は、古代が盛んで時代が下がると一直線に減るものでもなく、暗黒の中世に猛威を奮ったというべきであろう。

明治政府は次第に斬刑と絞首刑に限った。1873（明治6）年の太政官布告65号で絞首刑の方法が定められ、1882（明治15）年施行の旧刑法により、死刑に当たる罪は20余に集約された。処刑方法は絞首に限られ、密行主義となり、その後、軍法会議では銃殺もあったがそれは廃され、今日まで続くのである<sup>210)</sup>。明治初期には1876-1880年の5年間で1005名の処刑が行われるなど、死刑は乱発された。封建的感覚を引き摺り、新政府の安定と治安維持が優先されたものと思われる。戦前はその後、多い年で94名（1915年）、少ない年で5名（1914年）、

総じて毎年20-30名が処刑されていた<sup>211)</sup>。戦後昭和の中頃でも39名処刑した年があったのを踏まえると、「外見的立憲主義」国家と言われる割には意外と少ないというべきか。1928年に治安維持法の最高刑が死刑となった<sup>212)</sup>が、戦後、廃されている。1908年には新刑法が施行され、死刑の対象の多くは絶対法定主義から選択刑主義となった<sup>213)</sup>。しかし、戦前では特別刑法を加えれば112種の犯罪で死刑があり、33種の絶対的死刑が定められた<sup>214)</sup>。明治期から小河滋二郎、花井卓蔵、勝本勘三郎などの死刑廃止論はあった<sup>215)</sup>。1900年には、審議未了ながら、衆議院に死刑を廃止する議員立法提案がなされている<sup>216)</sup>。1907年の監獄協会が死刑廃止を掲げ、特に、実際に執行に携わる刑務官による死刑廃止論が多かった<sup>217)</sup>。

戦後、死刑犯罪は大幅に縮小したが、死刑制度そのものは残った。1983年には、「死刑をなくす女の会」から死刑制度廃止の請願書が衆参両院議長宛に提出されたほか、2000年には自民党ほか与党が、終身刑を代替刑とする刑法改正を検討するプロジェクトチームを設けることで合意したこともある<sup>218)</sup>。他方、2009年には「海賊行為の処罰及び海賊行為への対処に関する法律」の制定により、結果的加重犯の一部に死刑を科すこととなり、死刑対象犯罪が増えてしまった<sup>219)</sup>。だが、日本の殺人率はアメリカの10分の1、ヨーロッパよりも低く<sup>220)</sup>、刑罰の保安目的は懲役刑によって十分達せられる<sup>221)</sup>。平和な時代に死刑はそぐわないのであり、伝統的にも日本ができない理由はないことになろうか。それでもなお、保守政権にとって、憲法が戦争放棄条項を有する国で、「統治の道具としての死刑に、強い力点を置くようになった」<sup>222)</sup>とする論評もある。

「未熟者の人類め」<sup>223)</sup>。人類社会は間違いを重ねる。誤判の問題には、(虚偽)自白に頼った密室での取調べと代用監獄の問題がなお横たわっている<sup>224)</sup>。取調べの録音録画はなお不十分と思われる<sup>225)</sup>。「戦後の混乱期」であると

「捜査の未熟な地方警察によるものだったから」という意見もあるが、「誤判は、わが国の刑事裁判及び捜査等刑事司法のあり方に深く根ざしている」との指摘<sup>226)</sup>が根強い。4つの再審無罪死刑事件がなかったとしても、誤審での処刑がないと断ずることは難しく、「『死人に口なし』のたとえ、殺してしまっておいて、あとで一人も誤判がなかったというような論法はきわめて暴論と言わなければならない」<sup>227)</sup>。戦前でも、宇田川祐太郎が1904年に二審で無罪となった事件を筆頭に、処刑されなかった冤罪事件は数多ある<sup>228)</sup>。1947年に発生した福岡事件<sup>229)</sup>では、強盗殺人の主犯とされた西武雄が1975年6月17日に無実を訴え続けながら処刑された。1992年発生の飯塚事件<sup>230)</sup>では、DNA型が一致したとして、誘拐殺人犯とされた久間三千年が冤罪を訴え続けながら2008年10月28日に処刑されている。名張毒ぶどう酒事件<sup>231)</sup>のように、冤罪を訴え続けた死刑囚が再審を果たせず獄死した事案もある。八海事件<sup>232)</sup>の例が典型であろう<sup>233)</sup>が、複数犯だとの見込み捜査の上に、無実の自白をする者はおるまいという精密司法下の裁判官の思い込みが重なり、長期裁判の末、実行犯以外が漸く全員無罪となったケースもある。強盗殺人で被害者複数の中、死刑を免れるため、実行犯が警察の誘導通り共犯者ありと自白するのは、後で思えば当然であった。袴田事件<sup>234)</sup>のように、死刑囚の再審請求により釈放が認められた事案が生じた。このほか、多くの方が再審無罪事件で認識したような、真犯人かどうかという問題のほかに、犯罪がないのに列車妨害の犯人が作られ、最高裁が差し戻し、起訴から15年、高裁で漸く被告の無罪が確定した、青梅事件<sup>235)</sup>のような例もある<sup>236)</sup>。誤判の問題は、近年でも多発しており、選挙違反をでっち上げられた志布志事件<sup>237)</sup>、厚生省の村木厚子局長(当時)の虚偽有印文書作成・行使無罪事件<sup>238)</sup>などもある。このような事案ですら、その間の取調べや有罪の危険性、その後の人生を考えると、恐怖は大きい。無罪

となっても、その期間は非常に長い<sup>239)</sup>。ましてや判決が死刑であれば、誤判はおよそ許されまい。そして、事実関係の誤認や「責任能力等があったのかどうかという刑事責任の有無判断の場面における誤判のほか、犯行における役割の大きさの評価の誤りとか、被告人に有利な量刑事情の見落としとかに起因する誤った死刑の言渡しも考えられよう。」<sup>240)</sup> 1911年の大逆事件のように、疑わしい事案に間髪を入れずに大量処刑で臨んだ例もあり<sup>241)</sup>、政治的に利用される危険は完全に否定することはできない。これは、1936年には罪刑法定主義が放棄されたナチス・ドイツ<sup>242)</sup>や、ソ連・スターリン時代などはおろか、アメリカでも1920年に起きたサッコ・ヴァンゼッチ事件、1950年のローゼンバーグ夫妻事件など、政治的に処刑されたと思われる事件が生じている<sup>243)</sup>。他国でも同じである<sup>244)</sup>。存置論者の萩原金美ですら、政治犯の処刑を「禁止する方策が絶対に必要である」と述べている<sup>245)</sup>。

アメリカでも、1990年代以降、DNA鑑定などをやり直し、20件の死刑事件が覆ったとされ、それ以外の方法によるものも含めれば165件の死刑事件が覆ったとされる。冤罪は止めるのが難しく、特に死刑事件ではスーパー・デュー・プロセスと呼ばれる、特に適正かつ慎重な手続保障が求められているのである<sup>246)</sup>。日本の場合、裁判員裁判で5対4でも死刑が決まる可能性があることは、この点で疑問がある<sup>247)</sup>。三鷹事件のように、最高裁でも1票差で決まる。被告が公判での視線に耐えきれずに控訴・上告を断念することが多いが、他の死刑事件と比べて不均衡ではないかを上級審が必ず慎重に判断する制度的保障に欠けるということも言える<sup>248)</sup>。「良識派の裁判官たちは、本当に孤立無援」になっている<sup>249)</sup>。無論、死刑事件にかかるコストは莫大なものとなる<sup>250)</sup>。日本の精密司法は、こういった問題に向きあってきたかが問われている。ホセ・ヨンパルトは、「正当な人間を殺すためには、100パーセントの正

当な理由がなければ、それは絶対に許されてはならない」と述べる<sup>251)</sup>。これを頑なに守れば、間違いが付き纏う人間の社会では、死刑は廃止するしかないであろう。免田事件で死の淵から帰還した免田栄は、自分たちは天皇から拝命された警察官だと繰り返す警察官に詰問され、自白をしてしまった経験から、現在でも、日本から「『お上主義』をなくしたい。人権を国民そのものが否定しているのはどうか。今の自民党（政権）では、血を流すことになるかもしれない」と94歳になっても語っている<sup>252)</sup>。あえて意識すれば、立憲主義的な適正手続の徹底要求ということであろうか。

なお、自殺や処刑を願望とする者が殺人に向かう例も稀にある<sup>253)</sup>。こういった犯人には、死刑制度は逆に犯罪の呼び水になってしまう。アメリカで死刑が復活した1977年に処刑第1号となった死刑囚は、「男らしく、1日も早く死にたい」と訴え続け、銃殺された<sup>254)</sup>。日本でも、土浦や池袋で現実となった。

現行憲法下の日本の唯一の処刑方法となった絞首という方法が残虐でないのか。前述の1948年の最高裁判決は、「火あぶり、はりつけ、さらし首、釜ゆでの刑のごとき」方法でなく、「その時代と環境において人道上の見地から一般に残虐性を有するもの」は憲法36条違反だとしたのであるが、1882年にニューヨーク州がそれに代えて電気処刑を導入したのは、より残虐でない刑を模索したからであり、1933年にナチス・ドイツが死刑執行方法で、銃殺、斬首より絞首を重い刑としたのは、それが最も残虐度が重いと考えられたからであろう<sup>255)</sup>。人間がトラップから落ちて7分から15分意識があるとされ、絶命時間からするとガス処刑に明らかに劣るとの報告もある<sup>256)</sup>。そもそも、明治初期に定められた処刑方法がほぼ維持されていること自体、より人道的な処刑方法と言うべきものを検討した形跡がないことを示すものであろう。不必要に死体を損傷する危険性があり、吊り下げられた姿が人道上見るに忍び得る

かなども含め、「残虐」だと指摘する意見<sup>257)</sup>がある。終戦直後、團藤重光と高田卓爾は、「文明国民により通常採用されている、絞首、銃殺、電気殺のような執行方法による死刑は、残虐でも異常でもない」<sup>258)</sup>と主張したが、團藤の転向は明らかで、現在、絞首は文明国の採用する手段ではなくなった。絞首が「現代の法制度として適切かどうかは疑問である。本人の苦痛や恐怖が想像を絶するというこのみならず、執行する側にも大きな負担がかかる。執行の失敗という可能性も皆無ではない」と指摘されている<sup>259)</sup>。アメリカの報告であるが、絞首では運悪く頭部離断が生じることがあるのである<sup>260)</sup>。オーストリアの法医学者のヴォルダー・ラブルは首が切断される危険がある、元最高検検事の土本武司も「正視に堪えられず、むごたらしい」と証言している<sup>261)</sup>。絞首は、医学的に見て、それ以外の死因として、頸動脈圧迫による脳の酸素不足、咽頭閉鎖による窒息、延髄の損傷を伴う椎骨の骨折、迷走神経損傷による急性心停止があるとされるが、苦痛はそれぞれ異なり、どうなるかは運次第という側面があり、苦痛のない方法だという点には疑問符が付され始めている<sup>262)</sup>。絞首刑は、どこの国でも、一定数失敗すると言われており<sup>263)</sup>、刑務官の「絞め技」で完結したという話もある<sup>264)</sup>。太田達也は代替手段として薬物注射<sup>265)</sup>を挙げるが、最初にチオペンタールナトリウムが適切に投与されないと、死刑囚に深刻な苦痛を与えるという問題もある<sup>266)</sup>。また、死刑囚の血管を探り当てて注射針を刺すのだが、暴れると薬物が動脈や筋肉に入り、一層苦痛を与えることになるほか、薬物依存者の中には血管に損傷があり、適切な静脈の場所を探せない者もあるという<sup>267)</sup>。薬物注射による処刑が一般化しても、その問題性を訴える主張が生じることは見えている<sup>268)</sup>。更に、自社の薬剤が死刑執行に用いられていることを知った製薬会社が製造や供給を制限することで、死刑の執行が遅延するなどの事態も生じている<sup>269)</sup>。EUからは当該薬物の輸出規制

を受ける可能性がある<sup>270)</sup>。医療関係者による、医の倫理に反するという抵抗も生じている<sup>271)</sup>。毒薬自殺を認めるべきだとする意見が刑事法学者の間にはあるが、国家倫理の問題から実現されていない<sup>272)</sup>。

しかも、現行の処刑方法の根拠は戦前の太政官布告であり、具体的に規定した「法律」がない。「絞首」とあるからと言って、死刑執行人が手拭で首を絞め殺したら違法な筈であるが、この種の厳格な法定手続が規定されておらず、憲法の要請を満たしていないとの批判<sup>273)</sup>がある。法医学者の古畑種基の鑑定意見書も、現行の方法は「一部分は絞首であり（索状の走り方からみて）、一部分が縊首である（懸垂して体重で頸部をしめるという点からみて）」と認めている<sup>274)</sup>。補足すれば、文字通りの「絞首」はより残虐性が高いと思われる<sup>275)</sup>。

処刑方法に拘らず、そもそも死刑が残虐でなくて何なのか、という指摘も多い。死刑の告知は当日の朝に突如なされ、平日は全神経を研ぎ澄まし、「靴音が多数であったり、すこしでも変な音が感じられると」「生きたこちはない」ことになる<sup>276)</sup>。その日は、1990年代の判決確定事案では、それから2500日から3000日後というのが大半であったが、2005年から5年間の事案では、平均1230.9日後と縮小している<sup>277)</sup>。「血の気が引き、目は見開いたままで、何が何だか一瞬わからず、ただぼうぜんとし」て「多くの場合失神」し、「刑務官に両脇をしっかりと固められ、あるいは支えられて特別警備隊が警護する間を」「引き立てられて行く」<sup>278)</sup>という。最期に家族に会うこともできず、事後の通知もなされないと言われる<sup>279)</sup>。自らも死刑寸前でシベリア流刑の経験をもつドストエフスキーは、『白痴』の中で、「強盗に斬り殺される人は必ず最後まで救いの望みを持ってい」るが、死刑では「宣告を読みあげる、すると金輪際通れっこないと思う。そこに恐ろしい苦痛がある」というセリフをマイシユキンに言わせている<sup>280)</sup>。日本の場合、「自殺の恐れ」を理由に、通風性

や採光性が乏しい特殊房に入れられる場合がある上、面会・通信はごく限られた近親者にしか認められていない<sup>281)</sup>。これらは、死刑確定者の「心情の安定」のためであると説明されるが、「肉体的な死の前に社会的に殺すことにより、実際には『円滑な』死刑執行」をするため、「生きる気力を削ぐ<sup>282)</sup>」ために見える。そもそも、裁判も「熱心に弁護することはまれ」な国選弁護人の弁護に留まり、恩赦の可能性も現在ではほぼない<sup>283)</sup>。事件の調査報道も、主要紙を見る限り、少ない<sup>284)</sup>。

平川宗信は、憲法的刑法学の構想を打ち上げ、「刑罰権の存在の根拠は社会にあるが、『正統な刑罰権』の根拠は憲法にあり、実体的刑罰権のあり方は権力正統化原理たる憲法上の原理・原則とそれを具体化した憲法規定によって基本的に規整されると考えるのが適切<sup>285)</sup>」だとし、「刑罰権の発動が憲法上許容されるのは、それが他の国民に人権の平等の保障を確保するための『必要最小限度の規制』である場合に限られる<sup>286)</sup>。そして、「刑法の謙抑性の原則から」、刑罰のあり方についても、『個人の尊重』(13条)、『残虐刑の禁止』(36条)、『奴隷的拘束の禁止』(18条)から、刑罰の人道化や受刑者の人権尊重の要求が憲法上認められ、31条の内容になると考えられる<sup>287)</sup>とする。すると、「実体的適正の原理は、『刑罰は、生命・自由・幸福追求という個人利益の保護のためのものでなければならない』という『個人利益保護主義』を含むものと解されなければならない<sup>288)</sup>。そして、死刑についても、「憲法的死刑論」でなければならない<sup>289)</sup>。そして、死刑合憲判決などは、「憲法の諸規定の相互関係を明らかにすることなしに、死刑を合憲とする結論を導き出している」として批判し、「憲法36条は13条・31条に優越し、36条は死刑を禁止していると解しようとすれば、結論は逆になるはず<sup>290)</sup>」だと訴える<sup>290)</sup>。適正手続・実体的適正の原理に反する刑罰はもともと許されない<sup>291)</sup>。これを外れるのは、独裁政権・権

威主義体制の手法であるとも言う<sup>292)</sup>。「たとえ31条に死刑を容認するような文言があっても、」特別法的位置にある「36条が死刑を禁止していると解される場合には、その文言は意味を持たず、死刑は違憲と解されることになる。その意味で、36条の解釈が31条の解釈を規定するのであり、その逆ではない。36条を措いて31条の反対解釈から死刑を合憲と解するのは、31条と36条の関係をとらえ間違えている」と合憲論を非難する<sup>293)</sup>。また、その13条解釈も、「社会防衛」という「全体の利益」を「公共の福祉」と捉える外在的制約論は妥当ではない<sup>294)</sup>。こういったことを踏まえ、誤判が生じていることで「残虐な刑罰」に当たると指摘し<sup>295)</sup>、最大限に手続的適正が保たれていなければ違憲であるとも述べる<sup>296)</sup>。

平川は、「死刑の『公共の福祉』適合性を認める論理として考えるのは、『殺人の予防のための必要性』のみではないかと思う。すなわち、その者を死刑にしないと将来他の誰かが命を奪われるので、その生命を守るために死刑を行うという論理」だけだと主張する<sup>297)</sup>。そして、この場合の司法審査基準については、「少数者の生命権に関わるものであるから、」厳格な基準が当然用いられるべきだとする<sup>298)</sup>。だが、そのような抑止力があるという説得的データが示されておらず、死刑の正当化は不可能だと述べるのである<sup>299)</sup>。「憲法的見地からは死刑は廃止されるべき刑罰と断じなければならない」とするのである<sup>300)</sup>。以上のことは、無論、罪刑の均衡<sup>301)</sup>は当然の前提であると思える。生田勝義は、「死刑にあるのは、死刑囚の生命と法秩序の衝突、すなわち、『個人に対する人道観』＝死刑囚の生命と『全体に対する人道観』＝法秩序の常態的な衝突」であって、死刑が「常態において殺害予告と計画性をもって行われる」と指摘する<sup>302)</sup>。井田良も、「応報を科刑原理とするとしても、将来に向けて犯罪予防上の必要性が認められることを刑罰の正当化原理としており、『応報のための応報』のみで刑罰権行

使が正当化されるとは考えない (いいかえれば、絶対的応報刑論を斥けて、相対的応報刑論をとっている)」と述べている<sup>303)</sup>。人格的非難の上に死刑を原則とするような刑罰観は、日本国憲法に適合的でない。

このほか、日本国憲法が戦争放棄し、「人間の生命の重いことを理解し合わなければならぬ」とすれば、同様に死刑も廃止せねばならないという議論もある<sup>304)</sup>。別物ではないかとも思えるが、対外的には戦争を放棄しつつ対内的には刑罰権を放棄しない意味の熟考は必要に思える<sup>305)</sup>。死刑廃止国の侵略責任者を処刑できないが、彼らが、それに抵抗した日本国民を日本法を用いて処刑する恐れは残る<sup>306)</sup>。事は一部凶悪犯の問題でもない。

なお、代替刑としては終身刑を予定する論者が多い<sup>307)</sup>。絶対的終身刑は残虐であるという考えもあるが、死刑よりはまだよい、ということである<sup>308)</sup>。中国で行われている死刑執行猶予制度、執行猶予付き死刑判決については賛否があり、強い主張にはなっていない<sup>309)</sup>。斎藤静敬は、刑期15年経過後には仮釈放・保護観察の途を残した終身拘禁を提唱している<sup>310)</sup>。ただ、現在の無期懲役の運用では、これは異例の軽い代替刑の主張である。北欧の一部の国とは異なり、多くの人々は、最悪の凶悪犯が事実上有期懲役で終わるといふ体系には納得しない。そこで、絶対的終身刑が死刑の対案となる。そこでしばしば、反論として終身刑の経費が語られるが、それは、あっさりした手続で死刑判決を下し、残虐性よりも費用優先の処刑方法を選択しているからとも言えなくはない。前述のように、アメリカでは死刑事案について、スーパー・デュー・プロセスによる厳密な手続が要求されている。そうであれば、「法と経済学」的評価ですら一変する。18歳から80歳まで刑務所で拘禁する費用は150万ドルだが、同じ事件で憲法問題を争った場合の死刑判決に要する費用は400万ドルだとされる<sup>311)</sup>。適正手続の要請に適合した死刑執行は経済的ではない可能

性がある。日本でも同様ではなからうか。

### 3 死刑存置論側の批判

廃止論が現在多くの刑事法学者によって主張されてはいる<sup>312)</sup>が、そもそも死刑は人類社会の各部で自然発生的に登場してきており、ある意味、その復讐心に根差した本能的なもの<sup>313)</sup>だと言える。中世のスコラ哲学者、トマス・アクィナスも、国家的秩序の防衛、社会防衛のために、死刑は有用かつ正当だと主張していた<sup>314)</sup>。ルターも、社会契約論に立ちつつも、祖国の一員であることをやめ、祖国に戦いを挑んだ者は滅びなければならないなどとして、死刑を正当化した<sup>315)</sup>。応報刑論が優位する日本の刑事法学界では、元々死刑存置論者が優位であり、1960年頃にはその中心に小野清一郎がいた<sup>316)</sup>。青柳文雄、植松正、斎藤金作、平野龍一、井上正治、福田平、香川達夫、藤木英雄、荘子邦雄、内田文昭、渥美東洋など、著名な刑事法学者の名が連なる<sup>317)</sup>。ただ、特に近年、存置論者の主張が纏った書はあまり見当たらない。これは、存置派からすれば、世論調査で存置派が圧倒的で現行法上も存置されている以上、よほど廃止論が強くならなければ、反撃は必要ないということのように思われる。結果、自然と量的には少な目である。以下、近年の主張から纏ったものを取り上げる。

萩原金美は、松山事件の第一審の左陪席の裁判官で、退職し、弁護士や大学教授などを務めた人物であるが、「私は原則として裁判においては応報刑主義、刑の執行(行刑)においては教育刑の理念が支配すべきだと考えるので、この立場からは罪責の重大な殺人事件の被告人に対して死刑判決を肯定せざるを得ない」と明言する<sup>318)</sup>。後に誤審とされた裁判に関わっても死刑存置論を貫くものであり、必ずしも経験は立場を規定しない<sup>319)</sup>。「殺したいほど憎い人間に出会ったことが皆無ではない。だが、『こんな下らぬ奴を殺して死刑になるのは真尺に合わない』と語って我慢した」<sup>320)</sup>と語る萩原は、自



らの合理的計算を根拠に、死刑の威嚇力の肯定に傾く。確かに、死刑の犯罪抑止力は、そのような犯罪を犯す特定集団にのみ対するものだというより、国民一般に対する幼少期からの教育の賜物という面はある<sup>321)</sup>。ただ、国民全員が悪しき法律家・政治家・官僚か打算的な経営者か無慈悲な組長であるかのよう（著しい性悪説）でもある。廃止論者の平川が主張する「刑罰の効果について厳密な科学的証明を要求することは、現在の段階では『無い物ねだり』であり、ひいては現行の刑罰制度そのものを否定することにもなりかねない」<sup>322)</sup>と批判する。また、アメリカで劇的な犯罪増加が生じたのについて、社会経済学的潮流で説明する仮説、ケネディ暗殺後の社会的衝撃によるとする仮説は成り立たず、死刑廃止もしくは執行停止によるとするものが有力な説明だとする主張もある<sup>323)</sup>。

ロンブローゾ流の、有害な犯罪者のDNAは絶ってしまえというような主張<sup>324)</sup>はほぼなくなったが、社会の側の問題性が犯罪現象となって現れているとする社会学理論は、犯人を甘やかす、その責任を不当に低く見積もることであり、被害者への配慮を欠くとの反応が生じてきた<sup>325)</sup>。2005年に有期懲役の最長が20年、併合罪では30年と法改正されるなど、厳罰化は世の流れとなった<sup>326)</sup>。民主的立法である。光市母子殺害事件で2006年の最高裁判決<sup>327)</sup>は、永山基準を前提としつつも<sup>328)</sup>、計画性のなさは死刑回避の理由にならないとし、悪質な殺人事件については例外的事情がなければ「原則的に死刑」というべき基準を採用して<sup>329)</sup>、犯行時18歳1カ月の被告に無期懲役を言い渡した原審判断を破棄したのであった<sup>330)</sup>。

一般であれ特別であれ、予防という観点からすれば、「強盗やハイジャック」から被害者「を救うため、警察官がやむをえず犯人を射殺する」ような事案「の延長線上にあるといえよう。」<sup>331)</sup>死刑を廃すれば、現場射殺(summary execution)が横行する危険もある<sup>332)</sup>。暴力団の組長は、誰某を殺してこい、殺さなければお

前を殺す、と言ひ、合理的な計算をした組員は誰某を殺すということにもなる<sup>333)</sup>。「抑圧された復讐感情の暴走、爆発による新たな殺人などを誘発しかねない恐れがあ」り、「死刑廃止論は復讐=応報という素朴な正義感情の根元にあるものを甘くみすぎている」<sup>334)</sup>とも言えなくはない。確かに綺麗事では済まない。椎橋隆幸は、死刑に関する、誤判の危険性や、社会的弱者に偏った宣告・執行、政治的弾圧の道具にされるという問題は、死刑を廃止することではなく、「刑事司法制度の在り方と運用を改革するのが正しい対処の仕方である」とも述べる<sup>335)</sup>。萩原も、「最大限に慎重な手当てを講ずること」でよいと述べている<sup>336)</sup>。

死刑存置の根拠の最たるものは応報刑思想であろう。犯罪と刑罰の均衡原則(proportionality principle)についても、「多数説・裁判実務は犯罪の重さに見合った刑(応報刑、責任刑)を基本として、一定の幅の中で特別予防と一般予防の必要を考慮して調整・決定するという考え方に立っている」のであり、「犯人が」「何十人殺害しても死刑にならない」というのは「犯罪と刑罰のスケールが不均衡となる」と非難する<sup>337)</sup>。

存置論者は、誤判の危険を理由とする廃止論に対して、それは死刑に限った問題ではなく、せいぜい「通常の事件の審理手続よりも慎重な手続を必要とすべきである、という」<sup>338)</sup>ほか、これのみ「を死刑廃止の理由とする見解」が「現行犯で犯人性が明らかで、本人も事実を認めているような、およそ誤判の可能性が考えられない事実の場合は死刑廃止の理由は成り立たないと思われるのに、この場合でも死刑廃止を主張し続けるのは不思議としか思えない」と批判する<sup>339)</sup>。はっきりした誤判処刑例は日本ではまだないことも主張される。

日本における死刑執行は、判決の確定から長時間経過してのことが多い。このことは、被害者遺族が見届けられない、法や正義の要請に適っているとは思えない、との批判<sup>340)</sup>も強い。再審請求者は長期で、自ら控訴を取り下げ

た者は短い傾向がある<sup>341)</sup>。「しかし、そうなる  
と、真に罪を悔いている者ばかりが早期に執行  
され、反省もせず、ただ命を存えるために再審  
請求等を繰り返している者が執行を長期に亘っ  
て免れるという不公平かつ不公正な結果にもな  
りかねない」のである<sup>342)</sup>。存置論者は、だか  
らこそ早期執行を、と論を展開する。

團藤が決して共感を示さなかった裁判員制度  
が導入されると、死刑の問題は一審においては  
裁判員裁判、つまりは、裁判官と共にではある  
が、一般市民も判断する問題となった<sup>343)</sup>。こ  
のため、職業裁判官による個々の価値判断を排  
除し、3人以上殺害で94%、2人殺害で金銭目  
的があれば81%、なければ52%、1人殺害では  
0.2%だけが死刑などとなる<sup>344)</sup>という一元的な  
死刑の基準が求められてきたところから、「価値  
判断としての死刑の決断」へと移行<sup>345)</sup>しつ  
つあると言えよう。オウム真理教事件などを  
きっかけに、厳罰化傾向が強まっていよう。そ  
れはそのまま逆に、「量刑判断に対する職業裁  
判官の免罪符として利用される」<sup>346)</sup>危険を有し  
ている。死刑求刑事件は、年間900件程度の  
殺人事件(未遂も含む)の中でも特異なもので、  
死刑存置論・廃止論の争いは、日本では現実的  
には、既遂の「極悪殺人事件を強いて死刑か無  
期懲役に振り分ける」<sup>347)</sup>問題なのである。補足  
すれば、日本では、殺人事件の多くが親族間で  
行われており<sup>348)</sup>、そのような事案では死刑は  
回避され易い。そして、裁判員制度の下では、  
被害者が1人でも、「侵入型の強盗殺人は死刑  
しかないというところまで死刑を拡張する方向  
性を宿している」<sup>349)</sup>。

他方、裁判員裁判による死刑判断に対し、控  
訴審が量刑不当として死刑を破棄することも多  
数生じている。井田良は、「長年にわたり裁判  
官が判断を積み重ねてきた、その結果にほかな  
らない」ものであり、「然り」だと評価する<sup>350)</sup>。  
それは、刑事裁判一般についてもそうである  
が、特に死刑の判断については、死刑適用基準  
があること、無期懲役との「質的・飛躍的な区

別」があること、「とりわけ公正性・平等性の  
要請に意を払うべきであること」が理由である  
とする<sup>351)</sup>。原田國男も同じ姿勢である<sup>352)</sup>。他方、  
裁判員の民主的な決定の軽視を非難する声は多  
い。ただ、裁判員制度を刑事裁判の「民主化」  
と片付けたことには疑問もある。

多くの論者は、1959年当時の植松正のよう  
に、絞首刑は「諸外国もまた採用するところの  
ものであって、現在の文化段階から見るときは、  
他の執行方法に比し受刑者に対して、特に必要  
な苦痛を与えるものとはいえない」<sup>353)</sup>などとす  
るが、現在でもそうかは議論の余地があろう。  
特に、当該死刑囚の犯した事実の残虐性と比す  
れば絞首刑は残虐ではない、という類の議論<sup>354)</sup>  
は、極めて残忍な犯行であればより残虐な刑罰  
が相応しい勢いとなるが、それは憲法36条の  
常識的解釈と不適合な点には注意を要する。

死刑廃止国が増えたのは、第二次世界大戦へ  
の反省や、当該政府やその死刑の運用に不信感  
が拭えない、人権重視という政治的配慮を欠く  
ような国も多く、政権を追われれば自分が死刑  
にされる恐れがある政情不安な国が多いことの  
裏返しともとれる<sup>355)</sup>。戦後日本は、政権交代  
は不十分ながら——ポリアーキーではなかつた  
かもしれないが——全体主義などではない。また、  
存置国には中国やインド、アメリカ(州によ  
る)があり、死刑廃止国の人口を総計しても  
世界の過半数には達していない上、事実上の廃  
止国はいつ執行を再開するか解らない<sup>356)</sup>。廃  
止国がヨーロッパ、その旧植民地、キリスト教  
国に偏っている側面もある<sup>357)</sup>。また、前述の  
ように、戦争禁止と死刑廃止と連動すべきだ  
とは死刑廃止論者は言うが、多くの死刑廃止国  
は戦争を放棄せず、「無辜の市民に対する殺害が  
行われている」のは「偽善の最たるもの」だ  
との反論<sup>358)</sup>もある。

刑事法学者の存置論は実は以上の程度であ  
る。刑事法学者では、廃止論の圧力の方が現時  
点では強いと感じられる。このため、議論を衡  
平に進めるため、論者の範囲をやや広げて存置

論と思しきものを取り上げる。

元裁判官で弁護士の森炎は、「人命を奪うだけではなく、」被害者や遺族が「極限的に」「『心を殺される』状態」にする「犯罪があるとすれば、」仮に被害者が1人でも「最終解決は終身刑ではなく死刑ではないか。そうでなければ市民社会の価値自体が希薄化していく」と訴える<sup>359</sup>。死者となった被害者本人の声は聞かれていないのであり、遺族が死刑を望んでいないと言っても不十分だという意見もある<sup>360</sup>。森は、「終身刑受刑者には制限があるにせよ基本的人権が認められている。言い換えれば、市民の資格が一部にせよ認められている」のであって、「それでは最終解決にならない」とする<sup>361</sup>。ところが、無差別大量殺人事件については、「多かれ少なかれ、それまでの社会の安定性や自明性に疑問を投げかけるものである。時には、それは社会の安定性や自明性に対するカウンタームーブメントであり（秋葉原事件など）、場合によっては、それまでの日常生活世界の了解事項に抗い、それを破壊しようとするものである（オウム真理教事件など）」ところから、「それなりの問題提起を含む。必然的に、社会の側にもそれなりの問題解決が求められる」として、識者の多くが「おしなべて、秋葉原事件を死刑で切って捨てることには、どこか抵抗感を覚えるよう」だと指摘する<sup>362</sup>。

実際、世論調査において死刑存置論が圧倒的多数であるのは、このような感情の集積のためであろう<sup>363</sup>。井田が述べるように、犯罪被害者の遺族が、刑の軽さに不満をもち、刑事司法に批判を加え、マスメディアもこれに連動したことがあるが、それを世論が支えたのは、多分に欧米とは異なる、犯罪者に法的制裁以外の社会的制裁を加え、親族らも非難され、個人責任を超える不利益が生じても仕方がないと解するような、「日本人の基本的な考え方」「集団主義」だと思われる<sup>364</sup>。「死んでお詫びをする」という死生観があることが、死刑が日本で受容されている理由であるとの主張<sup>365</sup>もなされている<sup>366</sup>。

しばしば、遺族感情が死刑存置の根拠に挙げられるが、しかしながら、遺族にも死刑を望む場合とそうでない場合があり、犯罪被害者支援弁護士フォーラムは、殆どの遺族が「死んで償ってくれ。せめて自分の命をもって責任をとってくれ」と訴えていると主張する<sup>367</sup>が、死刑執行によって遺族が必ず満足するとは言えず、凶悪犯の「死刑によって満足しているのは、むしろ、事件とは無関係な一般の人々ではないだろうか」<sup>368</sup>との指摘<sup>369</sup>が鋭い。

また、重罪反復、無期囚の仮釈放後の殺人については「抜きがたい犯罪性向」<sup>370</sup>として、「事件内容に情状酌量の余地があっても関係がな」<sup>371</sup>、ほぼ例外なく死刑を宣告する<sup>372</sup>現在の司法の在り方について、「重罪反復に無期懲役の反復で終わったのでは、すべてが同じことのくりかえし」だという「直感的な忌避感情があった」のだと指摘し<sup>373</sup>、「社会復帰した場合にまた殺人を犯す可能性を断つ」ため、「新たな被害者を出さないため」「には、終身刑でじゅうぶん」な筈だと疑問を挟む<sup>374</sup>。他方、現在、家庭内・親族間の犯罪については死刑を忌避する傾向が司法にはあると言う。一家心中で生き残った犯人を死刑にすることは「一家を無理心中させることになってしまう」<sup>375</sup>ほか、そうでない場合でも、他の親族の「被害感情は、『死刑にしないでほしい』あるいは『死刑を望まない』となるのがほとんど」だという事情がある<sup>376</sup>。親子間などにある「道徳のために人命を犠牲にするというのは、近代国家においては、いかにも採用しがたい考え方である」<sup>377</sup>という点も見落とせない。

身代金目的誘拐殺人で殺人の計画性は、被害者が1名であっても、死刑か無期懲役かを分かち根拠となっているように見えるが、森は、「そこに本質的な意味があるのだろうか。そういうことをやればやるほど、逆に『罪と罰』の本質から離れてしまうのではないかという疑念も生じる」と指摘した<sup>378</sup>。「金銭目的」と「計画性」により「ある種の特異な冷酷性を補足すること

ができる」<sup>379)</sup> という思考が強かったのであろうとする。

「恵まれない家庭環境で育った」というのは、自由意思に基づく応報刑論からは理由にならない筈であるが、犯罪統計で見ても、高度経済成長を経て強盗殺人は著しく減少しており、人間は階級や階層、周辺環境から自由であるわけでもない<sup>380)</sup>。但し、「恵まれない家庭環境で育った」ということは、婦女暴行殺人のような場面では顧みられない<sup>381)</sup>。責任能力に問題がある場合、死刑は回避してきたところ、近年、「市民社会の規範を逸脱する者から社会を防衛しようとする市民の要求である」「社会防衛が死刑判断の核心とな」り<sup>382)</sup>、死刑判断に傾く例が多くなっている<sup>383)</sup>。少年の場合も、更生可能性の比重が低まっている<sup>384)</sup>。1997年の神戸児童連続殺傷事件などをきっかけに、2000年の少年法による刑事処分可能年齢は16歳から14歳に引き下げられた。だが、「発達障害が犯罪行為に結びついてしまったような事件や事例は、明らかに治療や教育の失敗が原因である」と断言する者もある<sup>385)</sup>。そうすると、加害者に全責任を負わずのに躊躇する。そうだとすれば旧派刑法学からの解離である。

終身刑については、このような者を社会から隔離する公費の無駄という感覚があるとも指摘する<sup>386)</sup>が、特別予防の観点で言えば、事実上の終身刑で足り、犯人の抹殺は必要ない状況に至っている<sup>387)</sup>。ただ、終身刑受刑者は、脱獄時に看守を殺しても同じだとして脅迫できるのであり、死刑がある場合と刑務所管理の効果が違うのである<sup>388)</sup>。それでも、「生まれ変わって死んでいくことこそが最高の償いだ」というのが矯正関係者の観方であると言ってよい<sup>389)</sup>。死刑があるからこそ悔い改めることができるのであって、無期懲役などではこの効果を期待できないという<sup>390)</sup>。「『反省して「良い人」になった罪人を死刑にすることはない』などと言われることがしばしばある。けれども、そう単純に行かないことは、これまで見たところから明ら

かだ」と森は述べる<sup>391)</sup>。

また、生命権を理由に死刑廃止を訴える者もあるが、存置論の側からは、「生命権を保障するためには、むしろ死刑が必要だ」ということが言われる<sup>392)</sup>が、「生命権を言えば言うだけ、」「溝は深まる」と言う<sup>393)</sup>。そして、森は「死刑廃止論を真理とみなすことはできない」と断言する<sup>394)</sup>。それ以外の権利<sup>395)</sup>を持ち出すならば、話は更に難しくなる<sup>396)</sup>。存置論は直線的ではない。2018年の新幹線内の無差別殺人事件では、1人を殺害し、2人を負傷させた被告人は、「3人殺すと死刑になるので、2人までにしようと思った」などと供述したようであり、死刑が存置されることでそれ以上の犠牲者が出ることを抑止したとも言える<sup>397)</sup>。2人を殺した前科は軽く扱われ、新たな殺人でも無期懲役に留まった事案もある<sup>398)</sup>。ほか、そもそも「前科なし」は「長年にわたって同様の犯行を繰り返していたけれど、単に捕まらなかった、それだけ手口が狡猾であり、泣き寝入りした被害者がたくさんいた」恐れもある<sup>399)</sup>との指摘もある。

無期囚の美達大和(ペンネーム、本名等不詳)は、重罪犯人の多くが「他者への共感力」の「欠如」者で<sup>400)</sup>、服役中の殺人犯、特に窃盗のつもりが強盗殺人犯となった者が「あんな所にいるからだ」などと被害者に責任転嫁する発言を繰り返し、反省しないものだと指摘し<sup>401)</sup>、窃盗を繰り返す者にはそれは「社会で生活する上での基本動作(仕事)」<sup>402)</sup>で罪悪感がなく、窃盗、放火、強姦は「習慣性が強く、自身でさえ『病気ですから』という者が散見され」と言う<sup>403)</sup>。「殺人犯らしくない穏やかな人が主」<sup>404)</sup>で、「一つのきっかけさえあれば、普段は大人しい、気の小さい者でも人を殺すの」である<sup>405)</sup>。長期受刑者にとって、10年程度の刑期は短く感じられているという<sup>406)</sup>。しかも、一度殺人を犯した者は、「2回目の時は、初めての時に比べ、その抵抗が著しく低くなっている」ものだとも言う<sup>407)</sup>。そして、刑務所の側も、刑が長期で再犯者や犯罪傾向の進んでいる者を収容す

る「LB級施設だから」といって「矯正するようなプログラムやシステムもなく、野放しという表現がぴったり」な状況であり<sup>408)</sup>、「人権派」は、「受刑者という種族が、いかに自分の利益しか考えていないか、楽をする為に狡猾に振る舞うか、物事を都合良く解釈するか、理解していません<sup>409)</sup>、「懲役という以上、再び刑務所には入りたくないと感じさせなければ意味がない<sup>410)</sup>と指摘する。殺人犯は、裁判で「被害者が死亡していることをいいことに、自分に都合の良い虚偽の弁解を述べ、少しでも刑を軽くすることに全精力を注ぎ」、「被害者は栄誉や尊厳が無視され、二度目の死を与えられたような」状況となるのである<sup>411)</sup>。こういった状況で、美達は、「殺人事件に対する量刑はあまりにも軽すぎる」と主張するに至る<sup>412)</sup>。

美達は、そして、殺人犯には「厳罰をのぞむようになり<sup>413)</sup>、更生可能性などで薄めず、「行為に対する非難に応じた刑を科すべきである<sup>414)</sup>と主張する。長期刑務所を見るにつけ、「刑罰の効果のなさに失望する<sup>415)</sup>。刑の減輕も、「更生意欲のない者には、全く関係がない」とも述べる<sup>416)</sup>。無期囚で「反省や悔悟の念を持って暮らしている者は、指を折っても数えられる程しかい」ないという<sup>417)</sup>。要は、「過失のない被害者の命を無残に奪ったものに対する懲罰としては、その命を以て償って貰うのが、刑の均衡からしても妥当」だと言う<sup>418)</sup>。同種の事犯について、ある事犯は死刑になり、片や無期懲役刑になることは、公正な法の裁きでは「ない」と言う<sup>419)</sup>。これを解消するには（罪刑法定主義に反するように思えるのだが、）「不定期刑と執行猶予付きの死刑という考えが有効」であるとまで主張する<sup>420)</sup>。無期懲役囚が仮釈放されることは稀になり、その平均服役期間は30年前後である。仮出獄が唯一の目的となり、「反省や悔悟の念が消える者」までであると言う<sup>421)</sup>。求刑が死刑だった者も「自分の所業を一顧だにし」ない<sup>422)</sup>と言う。ではと、終身刑を導入しようとするれば、仮釈放のな

い絶対的終身刑の受刑者は「反省や改悔の情を促したとしても全く反応しないことは明らか」だと言う<sup>423)</sup>。受刑者は死に向かいあっていないからだと主張する<sup>424)</sup>。相当の凶悪犯が絶対的終身刑となり、「正義が行われないことを不信に感じる」ほか、「犠牲者を増やす可能性が大」であり<sup>425)</sup>、「どれだけ罪を重ねても死刑にはならず、状態が変わることも」ない「受刑者を管理する職員にとって、それが精神的にも肉体的にもどれだけ過重な労働になるのか<sup>426)</sup>を考えると、絶対的「終身刑は司法と行政の思考停止を加速させるだけ」だと訴える<sup>427)</sup>。

こういったことから、美達は、死刑制度は「絶対に必要だと確信するようになった<sup>428)</sup>。「我が国と欧米では犯罪や犯罪者に対する世間の感情も異なることに加え、宗教を背景とした死生観にも差異があり、単純に世界の潮流ということで、」死刑「廃止ということには甚だ疑問」だとする<sup>429)</sup>。「絞首刑による死亡は、これまでの鑑定や定説の通り、他の執行法に比べて苦痛が少ない」とも主張する<sup>430)</sup>。また、「不意に劇情にかられて殺人を犯している場合には、抑止力は」ないものの、「衝動でやりました、夢中でやり、気付いたら死んでいました、殺す気はなかったです、等と陳述する9割は嘘」だと指摘し<sup>431)</sup>、「捕まる可能性を考慮する者は、死刑を忌避することから、一定の抑止力はある」と主張する<sup>432)</sup>。そして、多くの死刑犯罪の態様は酷いものであり<sup>433)</sup>、大半の遺族は、死刑が執行されて「心に一区切りがついた」と語ると指摘する<sup>434)</sup>。死刑制度を廃止し無期刑を最高刑にすると、事実認定が甘くなり、かえって冤罪が増える恐れがあるとも指摘する<sup>435)</sup>。死刑はまた、因果応報であるということであろうか。要は、これまでの官僚裁判官の判決は殺人犯に甘いのであり、裁判員裁判では、更生可能性という未知数のものを斟酌せず、反省がないことは多くの被告人が上訴することで明らかなので、犯罪者に責任を取らせる態度を貫くべきだと結ぶのである<sup>436)</sup>。

美達（ペンネームであるため実在の人物かの確認ができず、この点は出版社を信じるにせよ）は、自身が死刑囚ではなく、それを逃れた者である。この点は差し引く必要がある。また、冤罪の問題にあまり言及していない。無期懲役囚が反省しないことに論の中心があるが、もしこれを隔離できるのであれば、犯罪予防は果たされており、反省の有無は、心情的不快さを捨象すれば無関係である。このほか、現行の絞首刑の残虐性についても実感は伴っていないように見える。

### おわりに

殺人事件は、未遂も含め、年間約900件で近年推移している。殺人事件での死者は年300人前後である。死刑問題とは、実は、その中のごく一部の凶悪な事案の問題に絞られる。死刑問題は、殺人事件中著しく非難されることとして選ばれた事件一点にかかる問題なのである。

日本は、長らく殺人罪の法定刑の下限が懲役3年で執行猶予が付けられた国であった。それでも治安を維持し、凶悪犯罪は減少している。そのような中で、生命を奪った者に相応しい刑は死刑しかあり得ない、特に利得や性欲のための犯罪であれば死刑が当然<sup>437)</sup>という考えで突き進めば、一律に殺人犯は死刑にすればよいことに進み、寛容さはなくなり、明治初期か前近代に戻る事となる。存置論が平等論を取り込めば、誰も望まないグロテスクな結末を招きかねない。

もし、平等を語るならば、貧富、学歴、人種など、生来もしくは成熟前に決定される要因により、死刑になり易いカテゴリーが一見明らかに偏ることを見逃すのはフェアではない。そして、この場面で誰もアフーマティヴ・アクションを言い出さないのが、死刑犯罪は圧倒的に男性によって引き起こされている<sup>438)</sup>。この街は戦場だからと言わんばかりに、男性として生まれることは死刑になり易いことである（殺人の被害者は男性の方が現在はやや少ない<sup>439)</sup>）。

人格的自律を語っても、旧派刑法学を貫徹しても、死刑台を前にそれは無力に感じないでもない。そこで、この点を突いて、命の価値の平等を被告人が権利として言うのであれば、死刑にならない殺人犯がある以上、一部の殺人犯に死刑を執行することはできないのではないかと、この疑問もないではない。被害者の人数が同じでも、そうなのである。これを徹底すれば、殆どの殺人事案は死刑判決に至れないこととなる。ただ、それで本当に凶悪で計画的な犯罪者を止めることができるのかを、近代以降の日本人は誰も知らない。

同じ事象を認識しながら、評価が正反対となることがある。それが、死刑を巡る議論の突出した特徴と言えよう。存置論と廃止論は、理由付けが、一方の「Aという面もあるが、やはりBである」を「Bという面もあるが、やはりAである」で組み換えれば成り立つ関係にあることが多く、「A(B)は大した理由ではない」などとも互いに述べることも多く、端的に言って「水掛け論」「すれ違い論」<sup>440)</sup>になり易い<sup>441)</sup>。仮に、日本で殺人犯が年1人となっても、存置論者は、殺人はほぼ全員が善良な社会での憎むべき犯罪だと言うであろうし、逆に年10万人となっても、廃止論者は、社会と環境が悪いと言うであろう。存置論者は犯人の反省をおよそ信じず<sup>442)</sup>、廃止論者は性善説的に社会復帰を信じる。死刑の威嚇力に至っては、「教式やデータの違いで、効果があるという結果が出たり、ないという結果が出たりする」<sup>443)</sup>状況である。「死刑存廃に関する議論はおおむね出尽くした観があり、究極するところ神々の争いに帰着する面が大きいようにも考えられる」<sup>444)</sup>という評価も首肯できる面もある。このほか、外患誘致罪のような絶対的死刑規定は違憲だとすると、強盗殺人の場合のように無期懲役なども選択肢に加えた規定にすればよいことになるが、今度は、死刑となる事案とそうでない事案の区別が微妙で、基準が曖昧だという問題が生ずる。「死刑に一般的予防がないと主張する人

は、長期の自由刑には（より刑期の短い自由刑と比べて、より大きな）一般的予防効果があると考えないのであろうか<sup>445)</sup>という疑問を受け、特に厳密な科学的根拠など不要で死刑を維持すべきとする見解と、絶対的終身刑のようなものも疑わしいと進む見解を生むことであろう。区別を慎重に明確に行えば、一般人に解りにくく、かつ、その一方が絶対的死刑事案となってしまう。問題は永遠に解決しない。譲歩が相手方の決め球になりかねない。ありふれた感想ながら、議論は尽きないと思わざるを得ない。

見れば、刑事法学の第一人者で最高裁判事であった人が廃止論、誤審による死刑判決に関わった元裁判官が存置論、冤罪で一旦は死刑判決を受けた人が廃止論、殺人犯として無期懲役で服役中の者が存置論、被害者遺族にも両論あるところからすると、この問題は立場以上に主張者の哲学の問題、踏み込んで言えば宗教観・人生観の問題であることが如実である。冤罪の危険を徹底的に語れば、最後はおよそ刑事罰の否定に至ろう。被害者感情一辺倒の議論は、心情的に傾き易く、ある種の正義ではあっても、不平等で不適正かつグロテスクな結論を導いてしまおう<sup>446)</sup>。また、治安が悪化すれば、犯罪集団が闊歩することも忘れられないが、政情が悪化すれば、陰謀により処刑される危険を忘れるわけにはいかない。「死刑の是非に関する態度表明は、論者の人格（パーソナリティ）の発露のように受け取られ、それによって周囲の人から一定のラベリングをされるおそれがある」<sup>447)</sup>のである。事態は、理論的解決というより、「考えること、語ることをやめるのは、惰性で死刑の執行を続けることを意味する」<sup>448)</sup>のであるから、このままだと、世論<sup>449)</sup>即ち『『中の下』の反乱』<sup>450)</sup>に支えられた右派政権が続けば死刑は存続し、「中の下」の経済的不満と「中の上」の立憲主義的欲求が結びついてリベラル左派を中心とする政権が選択されれば死刑は停止される<sup>451)</sup>ということを繰り返し、もし、後者が長期化すれば死刑の事実上の廃止が日本でも現実

化するのかもしれないということであろう。このことは、日本が、それを恐れるならばであるが、国際的に、北朝鮮などの人権侵害を「偽善者」と呼ばれずに批判できる途でもある<sup>452)</sup>。だが、逆であれば逆である。つまり素朴に政治的（民主的）に決定されるだけでも思える。「死刑廃止に反対する『世論』の背景に伏在するのは、いうまでもなく、新自由主義の下で『敗者』だけではなく『勝者』をも悩ます『不安感』である」<sup>453)</sup>。死刑廃止は、「中の下」に属する大衆が死刑の恐怖に慄いた時代などがなければ、民主的プロセスでは成就し難い。現実はそのではない。アンダークラスに転落したくない「中の下」は、接することの多いアンダークラスを虐げ、その犯罪を厳格に処罰することを要求することで、自らの保全を図ろうとするであろう。それとも、「ある死刑確定者の死刑執行後に、それが明白な誤判であったことが判明」し、「死刑制度を維持することはできない」となるという「死刑廃止に至るシナリオとしては最悪のもの」<sup>454)</sup>を待つことになるのだろうか。あるいは、一足先にアメリカが死刑を全廃し、先進国最後の死刑存置国として決断を迫られる図式に追い込まれるのだろうか<sup>455)</sup>。何れにせよ、この国の、個人主義が軽く<sup>456)</sup>民主主義という名の集団主義が重い気圧に押され、冒頭から紹介した團藤重光の力説が無力な結末となることを恐れずにはいられない。

だが、この問題の解決方法はただの政治的決定なのであろうか。平川宗信が刑法の謙抑性と「公共の福祉」原理による国家刑罰権の発動を語り、井田良が、刑罰の抑止効果は正確に測れるものでない旨を述べているのを両立させ、それを憲法化すれば、少なくとも、より厳密に目的・手段を判断せよ、厳密な手続を踏まえよということになろう。あらゆる実定法の議論は、一旦、憲法化される必要がある。本論に関しては特に、生命権、適正手続、残虐刑の絶対禁止などが憲法的価値・原則である以上、死刑の評価は、全部又は一部（適用や運用）が、最終的

に憲法問題とならざるを得ない。議論はほぼ尽くされたのであれば、議論は死刑の憲法的評価に進むのが必然となったようである。それを論じるのが、筆者の次の課題であろう。

## 注

- 1) 君塚正臣「憲法学界における刑事訴訟法の取扱い—或いは、憲法学説は時代や系列などから自由であり得たのかに関する歴史的的手法による一考察」横浜国際社会科学研究所 24 巻 2 号 1 頁, 24 頁 (2019)。
- 2) 君塚正臣「緊急逮捕の合憲性—刑事手続に厳格な審査を施す意味」横浜国際社会科学研究所 24 巻 3 号 1 頁 (2020)。
- 3) 川岸令和ほか『憲法』〔第4版〕223 頁 (青林書院, 2016) [君塚正臣] の示すように、「死刑は、憲法 13・31 条反対解釈により違憲ではないというのが通説的見解である。」
- 4) 森本益之ほか『刑事政策講義』73 頁 (有斐閣, 1988) [上田寛]。
- 5) 筆者は 2002 年 10 月に横浜国立大学に、法科大学院要員として着任したのであるが、2004 年 3 月までの所属は経済学部であった。着任直前の 9 月に、当時の金澤史男学部長にご挨拶したのであるが、その際に頂いた、(裁判員制度導入前には)「法学部と医学部だけが人に死を宣告できる」という言葉の重さは、先生が 2009 年、授業終了直後に若くして殉職されたこともあって、改めて噛み締めている。ご存命であれば随分違っていたのかもしれない。
- 6) 最大判昭和 23 年 3 月 12 日刑集 2 巻 3 号 191 頁。本判決の評釈には、團藤重光=高田卓爾「判批」判例研究 2 巻 2 号 55 頁 (1948)、木村亀二「判批」法律のひろば 2 巻 1 号 24 頁 (1949)、莊子邦雄「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』97 頁 (1963)、同「判批」平野龍一=松尾浩也編『刑法判例百選 I』〔第 2 版〕206 頁 (1984)、所和彦「判批」我妻栄編『判例百選』〔第 2 版〕160 頁 (1965)、中山勲「判批」阪大法学 61 号 1 頁 (1967)、神奈正義「判批」判例時報 546 号 3 頁 (1969)、阿部純二「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選 I』〔第 2 版〕222 頁 (1988)、小林孝輔「判批」同編『判例教室憲法』〔新版〕340 頁 (法学書院, 1989)、根本博愛「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕218 頁 (法律文化社, 1994)、日笠完治「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法 II』187 頁 (三省堂, 2000)、押久保倫夫「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選 II』〔第 5 版〕266 頁 (2007)、永田憲史「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法 II』165 頁 (悠々社, 2010)、中村英「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選 II』〔第 6 版〕260 頁 (2013)、清水晴生「判批」白鷗大学法科大学院紀要 7 号 204 頁 (2013)、中島宏「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選 II』〔第 7 版〕254 頁 (2019) などがある。作間忠雄「幸福追求権」ジュリスト 638 号 264 頁, 265 頁以下 (1977) など参照。
- 7) 團藤重光『死刑廃止論』〔第 6 版〕17 頁 (有斐閣, 2000)。
- 8) 同上 [9] 頁の 1991 年刊行の「初版のはしがき」。
- 9) 法学説を探究するのに、法学者の生い立ちなどに深く立ち入る文学的研究方法はあまり適切ではないと思えるが、テーマがテーマで、対象が團藤重光となれば、例外と思えるので、併せて、團藤重光 (第 1 部の聞き手・井上正仁)『我が心の旅路』〔追補〕 (有斐閣, 1993) にも言及する。曲がったことが嫌いでシーメンス事件をきっかけに司法官を辞職した父に厳しく育てられ、「法律家は情に流されるは絶対にいけません、人情味のない法律というのは死んだ法律だと思っんです」 (20 頁) などの実感に繋がっているように思える。「法学というものは広い教養が基礎にならなければならない」 (22 頁) などの言は耳が痛い人も多いのではないか。末広厳太郎の労働法講義で警察のやり方などを学んだ (50 頁) というあたりも興味深い。なお、團藤の大学時代の刑法の成績は良 (可ではないが) で、「多くの読者は、それを聞いて安心するでしょうね」という井上の言葉がある (48 頁) が、現役で高等試験行政科試験と司法科試験に合格し (54-55 頁)、東大首席 (59 頁) で語学の秀才 (239 頁以下参照) というのを見てがっかりする仕組みである。團藤の受講ノートは残っており、「錚々たる教授陣に相対して極めて熱心に法学の勉強に取り組む」姿が見取れる。」畠山亮「法学教育史から見る法制史についての一考察」福島至編『團藤重光研究—法思想・立法論、最高裁判事時代』10 頁, 18 頁 (日本評論社, 2020)。若いときに「詰め込み時代」(「NHK あの人に会いたい」刊行委員会編『あの人に会いたい』377 頁 (新潮社, 2008) [柳家小さん]) が必要なのは、落語家も法学者も同じなのかもしれない。
- 10) 松尾浩也ほか「座談会・團藤重光先生を偲んで」論究ジュリスト 4 号 4 頁, 19 頁 (2013) [平川宗信] による。
- 11) 岩井宜子ほか「座談会・團藤重光先生の業績と思い出」刑事法ジャーナル 34 号 11 頁, 30 頁 (2012) [平川宗信]。
- 12) 團藤重光『刑法』176 頁\* (弘文堂, 1954)。
- 13) 平川宗信『憲法的刑法学の見解—仏教思想



- を基盤として』6頁(有斐閣, 2014)。続けて、團藤の刑事訴訟法の教科書には「当事者主義を被告人の主体的地位から基礎づける論理は見当たらない」とも指摘する。曾根威彦「團藤刑法理論の意義」刑事法ジャーナル34号35頁, 37頁(2012)は、團藤の刑法理論は、「人格は具体的行為において現実に露呈されることから第一次的には行為意思責任が問題とされるべきで、これを裏づける人格形成責任は第二次的に問題とされる、として根本のところまで道義的責任論に立ち返る」ものだと説明し、人格形成責任を過度に強調する團藤評価を牽制する。
- 14) 團藤重光『刑法綱要総論』〔第3版〕469頁(創文社, 1990)。
- 15) 團藤重光『新刑事訴訟法綱要』〔第7版〕582頁(創文社, 1967)。
- 16) 團藤前掲註7)書4頁。
- 17) 團藤前掲註14)書488頁。
- 18) 松尾ほか前掲註10)文献20頁[平川宗信]。
- 19) この際、「自分はこれまでに学者として、様々な発言をしてきたが、これからは裁判官として判断しなければならない。そこでは、学者としての良心ではなく、裁判官としての良心を持って判断しなければならないので、これまでとは少し違った見解を述べることになるかもしれない」という趣旨の発言をしたとされる。村井敏邦「学者としての良心と裁判官としての良心」福島編前掲註9)書229頁。学者で完結した人と雖も、論文著述者、判例研究者、講義者、共著教科書執筆者、高校以下の文科省検定教科書の執筆者、入試の出題者などの幾つも顔があり、同じ態度、特に、自説を唯一の正義として振り回せばよいのではない。
- 20) 團藤重光『この一筋につながる』262頁(岩波書店, 1986)。同前掲註7)書383頁以下に再録。
- 21) 松尾ほか前掲註10)文献20頁[平川宗信]。背景には、「法務省や裁判所にいる多くは教える子ですから、自分が死刑廃止を言えばかなりの人が聞いてくれて、廃止を実現できるのではないかというふうを考えておられた節がある」が、「なかなかそうはいかないということで、かなり残念に思っておられた」ということがあるようである。岩井ほか前掲註11)文献30-31頁[平川宗信]。
- 22) 團藤前掲註14)書153頁。
- 23) 同上154頁。
- 24) 同上487頁。
- 25) 團藤前掲註7)書〔38〕頁「第6版のはしがき」。
- 26) 同上〔12〕頁の1992年刊行の「改訂版のはしがき」。
- 27) 同上〔15-16〕頁の1993年刊行の「第3版のはしがき」。
- 28) 同上48-49頁。「完全にその期待を裏切られました」とも。同書63頁。これは、首相の会派に関係ないもので、1994年12月の死刑執行について、「村山」富市「内閣の態度は甚だしい失望を禁じ得ない」と断罪した。同書97頁注34。
- 29) 同上51頁。
- 30) 同上66頁。
- 31) 佐伯千仞=團藤重光=平場安治編『死刑廃止を求める』(日本評論社, 1994)。
- 32) 團藤前掲註7)書5頁。
- 33) このため、『新刑事訴訟法綱要』〔第7版〕となる筈の改訂は、木谷明、高木俊夫、龍岡資晃の協力をもってしても実現しなかった。木谷明「最高裁判事としての團藤重光先生」刑事法ジャーナル34号64頁, 70頁(2012)参照。
- 34) 岩井ほか前掲註11)文献28頁[岩瀬徹]。團藤重光=黒田泰三「対談・芭蕉と仙厓」学士会会報84号55頁, 70頁(2004)で、「学問でも芸術でも,」「安住してしまつたらおしまいです」と発言していた團藤は、團藤重光(聞き手・井口洋夫)『先学訪問04—團藤重光編』58頁(学士会, 2006)において、「いまの若い法学、法曹関係者の若い方たち、後輩たち」に向けての言葉として、「とにかく“頑張れ”と言いたい。意気地なしばかりですよ。昔はもっと気骨のある連中が多かった。私自身だって若い時分には、ずいぶん反骨精神を持っていました。いまはその反骨精神がないですからね。みんなご無理ごもつともで」と厳しく断じた(君塚正臣「刑事法学界における憲法の取扱い」横浜国際社会科学研究所23巻4号1頁, 31頁注262(2019)より再録)。野球界でも、「今は処世術の時代,」「ゴマすり男ばかりで、いい子ぶりっ子の時代だよ。そういうのがほとんどだ。それは自信のない証拠だ」そうである。野村克也『ヤクルトスワローズ論』63-64頁(MdNコーポレーション, 2020)。
- 35) 團藤前掲註7)書200頁。
- 36) キリスト教では自殺が許されず、長く「自殺罪」も存在した。また、トマス・モアは、窃盗犯を死刑となれば、犯人はいっそのことと人殺しに走ることも問題だとしているほか、長く「奴隸刑」にした方が国家によっても有益であるとしている。同上246-247頁参照。
- 37) 同上203頁。
- 38) 同上同頁。
- 39) 同上5頁。
- 40) 同上6頁。
- 41) 1963-64年の5人殺害の西口彰事件をモデルとした佐木隆三の小説を原作とする今村昌平監督の同名の映画(松竹, 1979)もあるが、旧約聖書『申命記』32章35節の主のことばである。

- 同上 198 頁参照。
- 42) 團藤前掲註9) 書 35 頁によると、「小野」清一郎「先生の教えの影響がずいぶんあり、仏教のことを先生からいろいろ教えていただいて、道元や親鸞のものや、経典などもずいぶん読みました」ということである。また、團藤には幼年期・少年期に受けた陽明学の影響も見受けられるという。平川宗信「團藤重光博士の主体性の理論と死刑廃止論」論究ジュリスト4号50頁, 54頁 (2013)。
- 43) Shigemitsu Dando, *Toward the Abolition of the Death Penalty*, 72 IND. L. J. 7, 11 (1996).
- 44) 團藤前掲註7) 書 372 頁。
- 45) 同上 373 頁。なお、團藤には、戦中にインド刑法研究の履歴がある。小石川裕介「法学の研究動員と團藤重光」福島編前掲註9) 書 80 頁以下参照。
- 46) 團藤同上 115-116 頁。
- 47) 同上 224 頁。
- 48) 同上 223-224 頁。
- 49) 同上 226 頁。
- 50) 同上 233 頁。
- 51) 同上同頁。
- 52) 同上 237 頁。
- 53) 同上 376 頁。
- 54) 同上 121 頁。
- 55) 同上 329 頁。
- 56) 同上 122 頁。
- 57) 同上同頁。
- 58) 同上 123 頁。
- 59) 同上 160 頁。
- 60) 同上 271 頁。
- 61) 最決昭和55年12月11日刑集34巻7号562頁。本件評釈には、稲田輝明「判批」ジュリスト734号82頁(1981), 同「判批」法曹時報35巻2号241頁(1983), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和55年度』381頁(法曹会, 1985), 長沼範良「判批」警察研究53巻11号70頁(1982)などがある。このほか、小田中聡樹「誤判事件と法律家の責任(1-6・完)」法学セミナー313号12頁, 314号83頁, 315号44頁, 316号110頁, 317号87頁, 318号124頁(1981), 小中陽太郎「免田事件—死と向きあった34年の恐怖」法学セミナー336号12頁(1983)などもある。
- 62) 最決昭和51年10月12日刑集30巻9号1673頁。本件評釈には、横山晃一郎「判批」ジュリスト臨時増刊642号『昭和51年重要判例解説』186頁(1977), 福井厚「判批」法律時報49巻3号43頁(1977), 川崎英明「判批」法律時報51巻11号40頁(1979), 磯辺衛「判批」法曹時報32巻1号193頁(1980), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和51年度』284頁(法曹会, 1980), 大出良知「判批」警察研究52巻11号53頁(1981), 加藤克佳「判批」季刊刑事弁護34号20頁(2003), 「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕259頁(2017)などがある。このほか、福井厚「最近の刑事再審判例の動向—財田川事件と加藤翁事件を中心に」ジュリスト627号89頁(1976), 川崎英明「再審で問われるもの(短期集中連載 白鳥・財田川決定の20年—再審の扉は開かれたのか(1))」法学セミナー496号21頁(1996), 光藤景皎「証拠の総合評価再論—間接事実による認定と再審(短期集中連載—白鳥・財田川決定の20年—再審の扉は開かれたのか(3・完))」法学セミナー498号9頁(1996)などもある。
- 63) 最決昭和50年5月20日刑集29巻5号177頁。本件評釈には、能勢弘之「判批」判例タイムズ325号97頁(1975), 田中輝和「判批」判例評論204号34頁(1976), 田崎文夫「判批」法曹時報28巻7号, 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和50年度』82頁(法曹会, 1979), 松尾浩也「判批」警察研究53巻3号60頁(1982), 高田昭正「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第5版〕260頁(1986), 飼手義彦「判批」研修452号113頁(1986), 小田中聡樹「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第6版〕214頁(1992), 加藤克佳「判批」季刊刑事弁護34号20頁(2003), 「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕259頁(2017)などがある。このほか、光藤景皎「再審証拠の明白性の意義と『疑わしき被告人の利益に』の原則」法学セミナー246号141頁(1975), 白井滋夫「白鳥決定の軌跡と展開」判例タイムズ489号28頁(1983), 佐々木光明「刑事裁判と再審—誰のための再審か」法学セミナー496号17頁(1996), 川崎英明「再審で問われるもの」同21頁, 佐野洋=上田誠吉=村井敏邦「鼎談・白鳥決定が生み出したもの」法学セミナー497号19頁(1996), 岡部保男ほか「シンポジウム・白鳥決定をどう継承するか」法学セミナー498号14頁(1996)などもある。また、川岸令和ほか『憲法』〔第4版〕232-233頁(青林書院, 2016)〔君塚正臣〕など参照。
- 64) 團藤前掲註7) 書 165 頁。
- 65) 仙台高決昭和58年1月31日判時1067号3頁。本件については、田中輝和「松山事件再審開始決定—その意義と若干の問題点」ジュリスト710号108頁(1980), 青木正芳「松山事件—検察官の正義とは何か」法と民主主義454号25頁(2010)などがある。
- 66) 東京高決昭和62年3月25日判時1227号3頁。本件評釈には、田口守一「判批」法学セ

- ナー 392号103頁(1987)などがある。このほか、大出良知「島田事件東京高裁（再審開始支持）決定の意義」法学セミナー390号20頁(1987)などもある。
- 67) 團藤前掲註7) 書165頁。  
68) 同上8頁。  
69) 同上159頁。  
70) 同上9頁。  
71) 同上10頁。  
72) 同上11頁。  
73) 同上168-169頁参照。直後に、「日本の裁判官は、世界のどこの裁判官と比べても、優秀さにおいて引けを取らない」（が、それでも誤審は避けられない）と述べているのと対照的である。  
74) 同上174-175頁参照。  
75) 同上176頁。  
76) 同上179頁。  
77) 同上15頁。  
78) 同上17頁。  
79) 同上161頁。  
80) 江田五月「追悼文—團藤先生との思い出—團藤先生のおしえを守って」論究ジュリスト4号68頁、69頁(2013)。江田は、法務大臣時代に死刑執行を1人も命じなかった。  
81) 内閣府の「基本法制度に関する世論調査」で「場合によっては死刑もやむを得ない」と答えた者の割合は、1994年に79.3%、1999年に79.3%、2004年に81.4%、2009年に85.6%と増えていた。内田幸隆「日本の死刑適用における世論の影響について」明治大学法科大学院論集13号257頁、258頁(2013)より。2014年では「死刑は廃止すべきである」「死刑もやむを得ない」の2択で質問し、後者が80.3%となっている。<https://survey.gov-online.go.jp/h26/h26-houseido/2-2.html> 2019年では、後者が80.8%となっている。<https://survey.gov-online.go.jp/r01/r01-houseido/2-2.html>  
82) 團藤前掲註7) 書13頁。  
83) 同上42頁参照。本庄武「死刑制度論のいま—基礎理論と情勢の多角的思考(6)—死刑制度論における世論の意義」判例時報2441号107頁、111頁(2020)も、日本政府が世論の8割が死刑廃止反対であることを死刑存置の根拠とすることに疑問を投げ掛ける。  
84) 團藤同上22頁。  
85) 同上41頁参照。その後、2007年2月、フランスは死刑廃止を憲法に明文で記載することとなった。詳細は、鈴木尊紘「フランスにおける死刑廃止—フランス第5共和国憲法の死刑廃止規定をめぐって」外国の立法234号245頁(2007)など参照。  
86) 團藤同上43頁参照。  
87) 同上44-45頁。  
88) 同上75-76頁参照。この中で、明治生まれの100%が存置論者だが、大正生まれは41.3%、昭和生まれではその数字が下がり、30年以降の生まれでは24.4%となっていることの紹介もある。君塚前掲註1) 論文が紹介したように、憲法の教科書の中でも、死刑に懐疑的なものは、最近の生まれた著者になるほど多くなっており、世代間格差はあるのであろう。  
89) 高山佳奈子「團藤先生の死刑廃止論」刑事法ジャーナル34号58頁、61頁(2012)。同論文同頁は、團藤が、「それと同時に、裁判官は責任を判断するにあたってその『直観』、つまり科学的検証からは独立の自己の倫理観を基準とすべきだとされているように見える」と述べる。他方、同論文61-62頁は、團藤がボルノに関して当初の自由化「絶対反対」を最高裁判事としても刑法の教科書としても放棄していることは、「刑罰制度のあり方は、社会情勢の変化や世論に合っていなければならない」としたことの表れであると指摘する。  
90) 團藤前掲註7) 書14頁。同書110頁は、南部の一部の州が死刑を復活させたが、それによって犯罪が減ったということはない、と指摘する。同書112頁は、アメリカの「刑事政策における戦争説も」「犯罪の防止・鎮圧に役立たないばかりか、むしろ、社会を殺伐にすることによって、犯罪の土壌を悪化させるだけ」と批判する。斎藤静敬『新版死刑再考論』〔第2版〕9頁(成文堂、1999)は、殺人の比率は存置州の方が「はるかに」「高い」のであり、「極端な経済的・社会的環境の差異、伝統・地域性、人口の構成、教育適度などの諸事情」「が原因」であって、「死刑制度の有無よりはるかに重要なもの」だと断じている。  
91) 團藤同上205頁。  
92) 同上15頁。  
93) 同上21頁。  
94) 同上46頁参照。同書377-378頁は、総じて、インド、スリランカ、タイなどを除くアジア諸国は犯罪率が低く、「死刑を置いておかなければならないという理由がどこにあるのでしょうか」とする。  
95) Dando, *supra* note 43, at. 18.  
96) 團藤前掲註7) 書257頁。  
97) 同上259頁。  
98) 同上206頁。  
99) 同上207頁。  
100) 同上同頁。  
101) 同上208頁参照。  
102) 同上16頁。  
103) 同上18頁。  
104) 同上213頁。

- 105) 同上 209 頁。
- 106) 同上 16 頁。なお、同書 424 頁は、なぜ刑事訴訟法 475 条が、死刑は確定後 6 カ月以内に執行せよと法定したかについて興味深い記述をしており、「戦前から戦時中にかけて、右翼で死刑の宣告を受けた人たちが、恩赦か何かでいつの間にやら釈放されて中国大陸あたりで活躍しているというような話を耳にしたことがあるのですが、GHQ はそういうことには敏感でしたから、そういったことが二度とくりかえされないようにするために執行の期間を切ったのではないか」と述べている。
- 107) 同上 19 頁。なお、これについて、萩原金美『検証・司法制度改革Ⅱ—裁判員裁判・関連して死刑存廃論を中心に』228 頁(中央大学出版部、2016)は、「文化の差異」、「ことは医師の患者に対するガンの告知に類する」ことだと批判する。
- 108) 團藤同上 16-17 頁。
- 109) Dando, *supra* note 43, at. 16-17.
- 110) 團藤前掲註 7) 書 86-87 頁。同書 324 頁は、終身刑を一旦認めると言う「私見は死刑存置論との対決の場では、あえて強くは持ち出さないつもりです」と述べている。なお、岩井ほか前掲註 11) 文献 21 頁[平川宗信]での、「團藤先生ご自身が『人格形成責任論もあの時点ではあれで良かった。もし今の時点であれと同じことを言う人がいたら馬鹿だ』と言われたことがあるんですね。ですから、重要なことは、團藤先生がそのような理論を作られたその根底にあるもの、それを継承していくことだろうと思うんです」という平川発言もある。
- 111) 堀内捷三「團藤先生と人格形成責任論」論究ジュリスト 4 号 24 頁, 29 頁 (2013)。
- 112) 高山前掲註 89) 論文 58 頁も、「博士が支持される応報刑論の立場は、死刑廃止論を論理的に導くものではない」とされる。
- 113) 團藤前掲註 9) 書 46 頁によると、牧野の講義は「興が乗るに従って大河が流れるような調子で滔々と論じ来たり論じ去って行かれる」「本当に名講義」だったようで、「だから私は、牧野先生の書かれたものはずいぶん勉強しました」とのことである。
- 114) 團藤前掲註 7) 書 269 頁。
- 115) 同上 263-264 頁。
- 116) 同上 286 頁。
- 117) 同上 19 頁。
- 118) 同上 20 頁。
- 119) Dando, *supra* note 43, at. 16.
- 120) 最二判昭和 58 年 7 月 8 日刑集 37 卷 6 号 609 頁。本件評釈には、はやし・しうぞう「判批」時の法令 1191 号 56 頁 (1983)、稲田輝明「判批」ジュリスト 805 号 134 頁 (1984)、同「判批」法曹時報 38 卷 2 号 177 頁 (1986)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 58 年度』156 頁 (法曹会、1987)、墨谷葵「判批」ジュリスト臨時増刊 815 号『昭和 58 年度重要判例解説』152 頁 (1984)、松尾浩也「判批」平野龍一=松尾浩也編『刑法判例百選 I』〔第 2 版〕210 頁 (1984)、夏目文雄「判批」判例評論 305 号 42 頁 (1984)、三原憲三「判批」創価法学 14 卷 1 号 115 頁 (1984)、三枝有「判批」中京法学 21 卷 2 号 139 頁 (1987)、平川宗信「判批」法学教室 350 号 8 頁 (2009) などがある。このほか、大谷實=宮澤浩一「対談・永山事件最高裁判決と死刑制度—死刑存廃論の行方を考える (現代の視点)」法学セミナー 345 号 16 頁 (1983)、永田憲史「永山基準の定立に向けた道程—最高裁において昭和 50 年代に確定した死刑判決の動向」関西大学法学論集 64 卷 3=4 号 159 頁 (2014) などもある。
- 121) 團藤前掲註 7) 書 21 頁。
- 122) 團藤の師である。1935 年に大学を卒業して、「刑法学界の様様といえば、」[かたや近代派では牧野先生と宮本英脩先生、かたや古典派では小野先生と瀧川幸辰先生、この超大家ががっぷり四つに組んでおられたわけですよ。そのほかにも木村亀二さんとか不破武夫さんとか]「みんな大家で、そこに若造が入っていったら何ができるだろうか」と思ったそうで、世の中のファッション化もあり、「そういう世界観的な根本問題に関することは自分の中で蓄積しておき、当面はそういうものに触れないで学問をしていこうというふうにしたのです。そういうこともあって刑事訴訟法を担当していらした小野先生にお願いした」という。團藤前掲註 9) 書 67-68 頁。
- 123) 小野清一郎『新訂 刑法講義・総論』229-230 頁 (有斐閣、1948)。
- 124) 團藤前掲註 7) 書 53-54 頁。
- 125) 同上 47-48 頁。
- 126) 同上 68-69 頁。
- 127) 同上 315 頁。「段々に『主体性』ということを中心にするように考えようになり、やがて東大の停年退職直前に『法学入門』を書いたころには、これを法学の全分野にまで推し及ぼしてみようという野心をもつようになってきたんです。」團藤前掲註 9) 書 142 頁。
- 128) 團藤前掲註 7) 書 316 頁。
- 129) 同上 317 頁。
- 130) 同上 320 頁。
- 131) 岩井ほか前掲註 11) 文献 30 頁 [岩井徹]。
- 132) 平川前掲註 13) 書 17 頁。
- 133) 同上 17-18 頁。
- 134) 死刑を宣告された事案については、永田憲史「最高裁において第二次世界大戦後に犯行当

- 時少年の被告人に対して確定した死刑判決一覧」関西大学法学論集 59 卷 2 号 144 頁 (2009), 同「最高裁において昭和 40 年代に確定した死刑判決一覧」同 62 卷 3 号 28 頁 (2012), 同「最高裁において昭和 40 年代に確定した死刑判決の動向」同 4=5 号 35 頁 (2013), 同「最高裁において永山事件第 1 次上告審判決以前の昭和 50 年代に確定した死刑判決一覧」同 64 卷 2 号 24 頁 (2014), 同「最高裁において永山事件第 1 次上告審判決以前の昭和 50 年代に確定した死刑判決の動向」同 3=4 号 159 頁 (2014) 同「最高裁において永山事件第 1 次上告審判決以前の昭和 20 年代中葉に確定した死刑判決一覧」同 65 卷 5 号 15 頁 (2016), 同「最高裁において永山事件第 1 次上告審判決以降平成 27 年末までに確定した死刑判決一覧」同 67 卷 1 号 288 頁 (2017), 同「最高裁において昭和 33 年至同 39 年に確定した死刑判決一覧」同 6 号 302 頁 (2018) など参照。1955 年前後を除いて網羅されており, 最高裁判決に関しては比較可能である。
- 135) 大谷實「死刑制度論のいま—基礎理論と情勢の多角的再考 (1) —巻頭言」判例時報 2426 号 136 頁, 137 頁 (2020)。
- 136) 菊田幸一『死刑廃止に向けて—代替刑の提唱』265 頁 (明石書店, 2005) 参照。本庄前掲註 83) 論文 110 頁も, 「世論は前提となる死刑に関する状況にあまりにも無知なのではないか」と述べる。
- 137) 最近な例であるが, 以前は, ザ・ドリフターズ, コント 55 号, コント赤信号などにも死刑コントがあったが, 今ではテレビ番組で見られない。バカボンのパパもこまわり君も現在ではコンプライアンスに触れるのかもしれない。他方, ちょっと美人を自慢する人の横に有名美人女優が登場するような行為を「公開処刑」と呼ぶ, デリカシーのない近時の用法もある。
- 138) なお, 君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社, 1996) は, 様々な違憲論・違憲の疑いを提示した。このうち, 民法の再婚禁止期間は不十分ながら 100 日超は違憲とされ法改正され, 民法 900 条 4 号但書の非嫡子相続分差別規定は違憲となって削除され, 当時およそ極論と言われた強姦罪違憲論も法改正に至った。ところが, 男系男子天皇制 (女性天皇の排除) は兎も角, 国立男女別学が未だに解消されていないのは驚きである。地方伝統校での OB そして OG の抵抗がいかに強固か, である。
- 139) 馬橋憲男『「世論が……」が問われる日本の死刑制度—大学生の意識調査と国連勧告から考える』フェリス女学院大国際交流研究 (国際交流学部紀要) 17 号 109 頁, 112 頁 (2015)。
- 140) 同上 116 頁。
- 141) 同上 112-116 頁参照。
- 142) 三原憲三『誤判と死刑廃止論』78 頁 (成文堂, 2011) 参照。
- 143) 同上 110 頁参照。
- 144) 正木亮『死刑—消えゆく最後の野蛮』はしがき 2 頁 (日本評論社, 1964)。
- 145) 同上はしがき 3 頁。
- 146) 同上 165-166 頁。ホセ・ヨンパルト「死刑廃止論の論争点について—死刑廃止論と存置論の立場から」現代刑事法 25 号 6 頁, 10 頁 (2001) によれば, 1967 年の執行数 23 の翌年は 0 であるし, 1979 年から 84 年までは毎年 1 であり, 不自然である。
- 147) 千葉地判昭和 27 年 8 月 13 日判例集未登載。別件の宇都宮地判昭和 28 年 12 月 21 日判例集未登載でも死刑判決。再審請求は東京高決昭和 32 年 3 月 12 日判タ 69 号 86 頁で抗告棄却。
- 148) 正木前掲註 144) 書 262 頁。
- 149) 眞田芳憲『法華経と死刑制度』立正佼成会中央学術研究所紀要 39 号 2 頁, 12 頁 (2010)。
- 150) 最大判昭和 30 年 6 月 22 日刑集 9 卷 8 号 1189 頁。本件評釈には, 小野清一郎「判批」法律時報 27 卷 9 号 49 頁 (1955), 高田卓爾「判批」我妻栄編『判例百選』〔第 2 版〕190 頁 (1965), 城富次「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 30 年度』475 頁 (法曹会, 1957), 鈴木茂嗣「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 3 版〕240 頁 (1976), 所一彦「判批」平野龍一=松尾浩也編『刑法判例百選Ⅱ』〔第 2 版〕156 頁 (1984), 山火正則「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅱ』〔第 4 版〕158 頁 (1997), 萩原滋「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅱ』〔第 5 版〕170 頁 (2003), 吉田宣之「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅱ』〔第 6 版〕182 頁 (2008), 「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 10 版〕256 頁 (2017) などがある。このほか, 高見澤昭治「三鷹事件—謀略事件に加担する檢察」法と民主主義 454 号 19 頁 (2010) などもある。
- 151) 正木前掲註 144) 書 149 頁。
- 152) 刑法 126 条の汽車電車転覆致死罪に問うには, 「人ノ現在スル汽車又ハ電車」を覆致させねばならなかった。事案は無人電車を暴走させ, 三鷹駅南口改札付近にいた人に死者が発生しているものである。8 対 7 での死刑判決であった。山本祐司『最高裁物語上』173 頁以下 (日本評論社, 1994) 参照。
- 153) 永田憲史『死刑選択基準の研究』8 頁 (関西大学出版部, 2010)。また, 反対意見も付されないのが常態化した。
- 154) 例えば, デイビッド・T・ジョンソン (笹倉香奈訳)『アメリカ人のみた日本の死刑』37

- 頁 (岩波書店, 2019).
- 155) 平野龍一『死刑』49頁以下 (日本評論社, 1951) 参照.
- 156) 同上 70-71頁.
- 157) 永田前掲註 153) 書 18頁.
- 158) 同上 92頁.
- 159) 平野前掲註 155) 書 73頁.
- 160) 三原憲三『死刑廃止の研究』〔第6版〕612頁 (成文堂, 2010).
- 161) ジョンソン (笹倉訳) 前掲註 154) 書 43頁は, 無期懲役判決に対し, 検察官が量刑不当などの趣旨での上訴ができることを問題視する. 但し, この点を強調すると, 一度, 不均衡に寛容な無期懲役の判決を下された事案では, 上級審が死刑を宣告できないこととなり, 他の事案との平等・均衡が保てなくなるという矛盾がある.
- 162) アメリカにおける 1930-76年の36年間で, 婦女暴行の場合, 死刑を宣告されたのは白人が10.6%で黒人が89.0%と大差があり, 加害者が黒人で被害者が白人の場合は更に死刑となる確率が高まるという. 鶴飼信成「死刑と憲法」専修法学論集 27号1頁, 11頁 (1978).
- 163) 菊田前掲註 136) 書 114頁参照.
- 164) 君塚正臣「心のうちにひそむ差別—E.T.」野田進=松井茂記編『新・シネマで法学』89頁 (有斐閣, 2014) など参照.
- 165) 原田國男「わが国の死刑適用基準について」井田良=太田達也編『いま死刑制度を考える』61頁, 68頁 (慶應義塾大学出版会, 2014) 参照.
- 166) ジョンソン (笹倉訳) 前掲註 154) 書 36頁参照.
- 167) 同上 76頁.
- 168) 同上 127頁.
- 169) 三原前掲註 142) 書 38頁.
- 170) この点, 日本では, 冤罪の防止と共に, 民主主義の価値から裁判への市民参加が議論されてきたとの主張がある. 勝田卓也「裁判員制度と殺人罪・死刑判決—日米刑事司法比較研究の試み (1)」大阪市立大学法学雑誌 66巻 1=2号 211頁, 221-222頁 (2020). しかし, 手続の適正を図るのに国王などの意を受けた裁判官に任せられないが, 立法府や行政府がそのチェックに入れないという事情から, 有権者団 (選挙民団) にそれを求めたということであろう. そうであれば, 民主主義よりは権力分立や法の支配の要請に思える.
- 171) 原田前掲註 165) 論文 70頁参照.
- 172) 菊田前掲註 136) 書 153頁参照. 補足すれば, 152頁表の42名のうち, 社長を除く1人はブルーカラー, かなりの者は小・中学卒が最終学歴で大卒以上はなく, そして全員男である.
- 173) 坂本敏夫「死刑執行と死刑囚の処遇—その実態と問題点」法律時報 69巻 10号 18頁, 21頁 (1997). 法廷闘争はある程度の知力と体力・気力が必要なようである. 中島貞夫監督の映画『さらば, わが友—実録大物死刑囚たち』 (東映, 1980) は, 1954年のカービン銃事件と会社社長殺害事件などで一審で死刑判決を受けつつ, 知略を尽くした法廷闘争の結果, 無期懲役が確定, 1978年頃に仮釈放となった大津健一 (K.O.) の実話を原作とする.
- 174) スティーブン・ブライトの言葉. 指宿信「誤判と死刑—米国イノセンス・プロジェクトからの示唆」法律時報 82巻 7号 43頁, 45頁 (2010) より引用.
- 175) 田鎖麻衣子「精神障がい者・知的障がい者と死刑確定後の手続」法律時報 91巻 9号 150頁, 152頁 (2019).
- 176) 福島至「死刑制度論のいま—基礎理論と情勢の多角的再考 (4)—死刑執行と自由権規約6条4項の保障」判例時報 2433号 140頁, 144頁 (2020).
- 177) 斎藤前掲註 90) 書 2頁.
- 178) 井田良「いま死刑制度とそのあり方を考える」井田=太田編前掲註 165) 書 1頁, 11-14頁参照.
- 179) 向江璋悦『死刑廃止論の研究』はしがき 1頁 (法学書院, 1960). この後, イギリスは 1964年 8月 13日を最後に, 死刑を執行していない. 斎藤前掲註 90) 書 18頁.
- 180) 向江同上 48-49頁. 関連して, 森大輔「日本の死刑の抑止効果—3つの先行研究の計量分析の再検討」熊本法学 148号 344頁 (2020) なども参照.
- 181) フレンツ・シュツレング (小名木明宏訳)「死刑制度—ドイツの視点からの考察」井田=太田編前掲註 165) 書 87頁, 97頁参照.
- 182) 向江前掲註 179) 書 61頁.
- 183) 平野前掲註 155) 書 11-12頁参照.
- 184) 正木前掲註 144) 書 240-243頁参照.
- 185) 團藤前掲註 7) 書 20頁参照.
- 186) 勝田前掲註 170) 論文 334頁.
- 187) 團藤前掲註 7) 書 451頁参照.
- 188) 椎橋隆幸「日本の死刑制度について考える」井田=太田編前掲註 165) 書 41頁, 45頁参照.
- 189) アムネスティのwebページ [https://www.amnesty.or.jp/human-rights/topic/pdf/DP\\_2019\\_history.pdf](https://www.amnesty.or.jp/human-rights/topic/pdf/DP_2019_history.pdf) による.
- 190) アムネスティのwebページ [https://www.amnesty.or.jp/human-rights/topic/pdf/DP\\_2019\\_country\\_list.pdf](https://www.amnesty.or.jp/human-rights/topic/pdf/DP_2019_country_list.pdf) による.
- 191) 鈴木前掲註 85) 論文 256頁付表など参照. 死刑廃止に憲法的価値を与えた国は, 2007年 2月段階で46に上るそうである. 林瑞枝「海外法律情報 フランス—死刑廃止と憲法改正」ジュリスト 1338号 153頁 (2007).

- 192) 国連の web ページ [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-12&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-12&chapter=4&lang=en) による。
- 193) ヨンパルト前掲註 146) 論文 7 頁。
- 194) ジョンソン（笹倉訳）前掲註 154) 書 5 頁。
- 195) 井上宏「判批」法律のひろば 47 巻 2 号 38 頁, 42 頁 (1994)。
- 196) ジョンソン（笹倉訳）前掲註 154) 書 7 頁。犯罪被害者支援弁護士フォーラム『死刑賛成弁護士』137 頁（文藝春秋, 2020）[松坂大輔] は、日本人は「みんな飛び込んだから自分も飛び込む」ことで廃止論に傾くことを懸念し、そのようなエスニックジョークにされる状態を非難するが、寧ろ、現実、そう言われながら日本の世論調査では圧倒的に死刑存置論が強い理由を考えるべき状況にある。大谷實「死刑と人権」同志社法学 72 巻 1 号 163 頁, 166 頁 (2020) は、「1946 年の日本国憲法の制定の際に、『人間の生命』を奪う死刑制度は、当然に廃止すべきだった」と述べる。
- 197) アフレッド・C・オプラー（内藤頼博監訳）『日本占領と法制改革』106 頁（日本評論社, 1990）。櫻井悟史「死刑制度合憲判決の『時代と環境』—1948 年の『残虐』観」犯罪社会学研究 42 号 91 頁, 100 頁 (2017) より引用。
- 198) ジョンソン（笹倉訳）前掲註 154) 書 5 頁。それでもテキサス州の死刑判決は減少している。笹倉香奈「死刑事件と適正手続（ワークショップ）」刑法雑誌 58 巻 3 号 536 頁, 537 頁 (2020) [西田理英]。
- 199) 笹倉香奈「死刑事件と適正手続—アメリカにおける議論の現状」法律時報 91 巻 5 号 129 頁, 130 頁 (2019) 参照。
- 200) 團藤前掲註 7) 書 20 頁参照。死刑は天皇の承認が必要で、多くは遠流としていた。Dando, *supra* note 43, at 7. 但し、「わが国の流刑は死刑に近かった。それは、わが国の流刑が権力者の政略的な放逐に端を発していたからである。小石房子『江戸の流刑』16 頁（平凡社, 2005）。ただ、1062 年、前九年の役（合戦）において、源頼義は、藤原北家の末裔で俵藤太の子孫とされる藤原経清を鋸引きで処刑している。平安期でも、「南北の軸に眼を転じると、」「蝦夷・アイヌ・琉球といった、少なからず種族＝文化的な断層を孕んで対峙する相手との、いわば植民地支配のための戦争」では「儀礼的な予定調和はかけらも見られ」ず、「血なまぐさい異種格闘技戦に近接」する（赤坂憲雄『東西/南北考—いくつもの日本へ』vii 頁（岩波書店, 2000））ことを忘れてはならない。
- 201) 三原前掲註 160) 書 5 頁。
- 202) 773 年には放火と盗賊には「捨殺」（打殺）が加わる。同上 36 頁参照。なお、西欧では、貴族の処刑は斧による斬首、名誉ある処刑方法と考えられていた。正木前掲註 144) 書 175 頁。フランス革命時に、身分の差がないのだから、平民でも絞首刑ではない方法で確実に死ぬ方法を、と編み出されたのがギロチンである。その事情は、安達正勝『物語 フランス革命—バスチーユ陥落からナポレオン戴冠まで』（中央公論新社, 2008）などに詳しい。
- 203) 正木同上 4 頁。
- 204) Dando, *supra* note 43, at 8.
- 205) 保元の乱の際、後白河天皇は減刑命令を発しなかった。Id., at 7. 1156 年 7 月 28 日に平忠正が、30 日に源為義、平家弘らが斬首となった。
- 206) なお、團藤前掲註 7) 書 290 頁は、享保期に尾張藩主徳川宗春が、誤判があれば「天理に背き国持の大恥」だとして 10 年近く死刑を行わなかったそうであるが、例外的。
- 207) 斎藤前掲註 90) 書 79 頁参照。
- 208) 補足すれば、西洋でも、様々な残虐な処刑方法が使用されたのは、中世末期から絶対王政の頃の特異な現象とされる。平野前掲註 155) 書 7 頁。イギリスでもヘンリー 5 世治世 (1509–1547 年) では、窃盗犯約 7 万 2000 人が処刑されている。同書 8 頁。処刑数が多くなると、執行方法に格差を設けるため、残虐化が進むのである。同書 9 頁。1780 年には 1 カ月に 200 件以上の死刑が執行されており、1833 年には絵具を盗んだ 9 歳の少年が処刑されている。斎藤前掲註 90) 書 14 頁参照。
- 209) 三原前掲註 160) 書 67 頁参照。
- 210) 軍人にとっては、囚人服で絞首刑を受けるより、軍服のまま銃殺刑を受ける方が名誉だったようである。武士にとっての切腹に近い。
- 211) 平野前掲註 155) 書 43 頁第 1 表参照。
- 212) 死刑が執行された例はないようだが、この法の下で、小林多喜二らが拷問死させられ、特高警察はこれを吹聴して威圧した。中澤俊輔『治安維持法』134 頁（中央公論新社, 2012）。
- 213) 以上、正木前掲註 144) 書 10–30 頁参照。
- 214) 向江前掲註 179) 書 36–37 頁参照。同書 37 頁は、「自衛隊が軍隊に昇格すれば当然軍刑法が復活される」と牽制している。戦前の陸軍刑法では 39 種、海軍刑法では 43 種の犯罪に死刑が用意され、それぞれ 13 種、14 種は絶対的死刑であった。
- 215) 同上 331 頁、平野前掲註 155) 書 28–29 頁など参照。
- 216) 向江同上 244 頁以下参照。
- 217) 正木前掲註 144) 書 65–71 頁参照。
- 218) 三原前掲註 160) 書 342 頁参照。
- 219) 高山佳奈子「死刑制度をめぐる問題」法律時報 84 巻 5 号 36 頁, 37 頁 (2012) 参照。
- 220) ジョンソン（笹倉訳）前掲註 154) 書 8 頁。

- 221) 日沖憲郎「死刑をめぐる議会議論争—ドイツ連邦議会の場合」ジュリスト83号2頁, 4頁(1955).
- 222) ジョンソン(笹倉訳)前掲註154)書156頁.
- 223) 野田=松井編前掲註164)書57頁[君塚正臣].
- 224) 三原前掲註142)書423-425頁参照. ジョンソン(笹倉訳)前掲註154)書99頁以下も参照.
- 225) ジョンソン(笹倉訳)同上99頁.
- 226) 三原前掲註160)書584頁.
- 227) 向江前掲註179)書54頁.
- 228) 三原前掲註142)書218頁以下参照. しかし, 犯罪被害者支援弁護士フォーラム前掲註196)書75頁[川上賢正]は, 「死刑が執行されたあとに冤罪で再審無罪となった案件は, 戦後には一件もありません」と断言し, 「取り返しのつかない事態は存在しない」と主張する.
- 229) 最判昭和31年4月17日集刑113号81頁.
- 230) 最判平成18年9月8日集刑290号209頁.
- 231) 最決平成9年9月28日判集51巻1号1頁. 本件評釈には, 川崎英明「判批」法学セミナー510号7頁(1997), 同「判批」法学62巻6号66頁(1999), 中谷雄二郎「判批」ジュリスト1111号204頁(1997), 同「判批」法曹時報51巻5号172頁(1999), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇平成9年度』1頁(法曹会, 2000), 同「判批」ジュリスト増刊『最高裁判所の判例4 刑事法編』253頁(2004), 多田辰也「判批」ジュリストト臨時増刊1135号『平成9年度重要判例解説』192頁(1998), 佐藤博史「判批」ジュリスト1145号114頁(1998), 河上和雄「判批」判例評論472号179頁(1998), 加藤克佳「判批」現代刑事法1巻3号71頁(1999), 小田中聰樹「判批」法律時報75巻3号85頁(2003)などがある. このほか, 鳥毛美範「再審における『明白性』判断と最高裁・名張決定(上, 下)」法律時報71巻4号84頁, 6号53頁(1999), 小田中聰樹「最高裁名張決定に関する批判的検討」『光藤景皎先生古稀祝賀論文集下』775頁(成文堂, 2001)などもある.
- 232) 最判昭和43年10月25日刑集22巻11号961頁. 本件評釈等については, 君塚正臣「裁判官の独立—『司法権・憲法訴訟論』補遺(2)」横浜国際社会科学研究所23巻1号19頁, 45頁注103(2018)参照.
- 233) 青木英五郎『日本の刑事裁判—冤罪を生む構造』62頁以下(岩波書店, 1979)参照.
- 234) 袴田事件第2次再審請求審=静岡地決平成26年3月27日判時2235号113頁. 本件評釈には, 守屋克彦「判批」法律時報86巻6号1頁(2014), 小川秀世「判批」季刊刑事弁護79号92頁(2014), 戸館圭之「判批」同80号117頁(2014), 指宿信「判批」新・判例解説Watch15号181頁(2014), 葛野尋之「判批」刑事司法改革と刑事弁護126頁(2016)などがある.
- 235) 最判昭和41年3月24日判時439号19頁. 本件評釈には, 石田穰一「判批」ジュリスト346号38頁(1966)などがある.
- 236) 後藤昌次郎『冤罪』64頁以下(岩波書店, 1979)参照.
- 237) 鹿児島地判平成19年2月23日判タ1313号285頁. 本件評釈には, 正木祐史「判批」法学セミナー630号118頁(2007), 中島宏「判批」同631号6頁(2007), 同「判批」季刊刑事弁護52号138頁(2007), 本木順也「判批」季刊刑事弁護52号81頁(2007), 指宿信「判批」法学セミナー増刊『速報判例解説』2号209頁(2008)などがある. このほか, 藤吉和史「鹿児島志布志事件と適正な取調べ」志学館法学10号1頁(2009), 梶山天「志布志公選法違反事件—むき出しの権力犯罪」法と民主主義454号48頁(2010), 下野太志「志布志事件を通じて」月報司法書士457号2頁(2010), 武田佐俊「志布志事件と大崎事件」部落解放658号164頁(2012), 木村朗「志布志事件とは何であったのか—“冤罪”構図とメディアの功罪を問う」鹿児島大学法学論集45巻2号45頁(2011), 二牟礼正博「特集『志布志事件』に学ぶもの—事件をめぐる経過と県議会での取組」自治研かごしま112号15(2016)などもある.
- 238) 大阪地判平成22年9月10日判タ1397号309頁. 本件評釈には, 吉井匡「判批」法律時報84巻1号126頁(2012), 正木祐史「判批」法学セミナー690号146頁(2012), 指宿信「判批」刑事法ジャーナル35号158頁(2013)などがある. このほか, 今西憲之=週刊朝日取材班『私は無実です』(朝日新聞出版, 2010), 江川紹子「厚労省・郵便不正事件の裁判で何が起きているか—追いつめられる特捜検察」世界806号170頁(2010), 林誠子「村木裁判を傍聴し, 今思うこと」ヒューマンライツ272号2頁(2010), 弘中惇一郎「村木事件の教訓と刑事訴訟法学への課題」法律時報83巻9=10号12頁(2011), 川崎英明「検察官の役割と倫理」同25頁, 同ほか「特集・厚労省元局長無罪事件を検証する」自由と正義62巻10号8頁(2011), 郷原信郎ほか「特別企画・郵便不正事件を検証する」季刊刑事弁護65号96頁(2011), 村木厚子『私は負けない—「郵便不正事件」はこうして作られた』(中央公論新社, 2013), 同「冤罪防止へ運用見守る—村木厚子さんインタビュー」読売新聞2016年5月25日, 小宮英美「取材ノートから(26)—どうなる取り調べの可視化—半数が虚偽証言に追い込まれた郵便不正事件」週刊社会保障68巻2775号45頁(2014)



- などもある。
- 239) 加藤事件 62 年, 吉田巖窟王事件 49 年, 榎井村事件 48 年, 布川事件 43 年 など. 木佐茂男ほか『現代の司法』75 頁表 4 (日本評論社, 2015) [水谷規男] 参照.
- 240) 井田前掲註 178) 論文 20-21 頁.
- 241) その 2 条は, 「法が可罰的なものとして規定した行為, または刑罰法規の基本思想および健全な国民感情により処罰に値する行為をなした者は, これを処罰する. もし, 行為について直接に規定する刑罰法規がないときは, 基本思想がもっともよく適合する法規によって処罰する」とされた. 三井誠=町野朔=中森喜彦『刑法学のあゆみ』61 頁 (有斐閣, 1978) より.
- 242) 正木前掲註 144) 書 72-73 頁参照.
- 243) 同上 219-228 頁参照.
- 244) 三原前掲註 142) 書 394 頁以下参照.
- 245) 萩原前掲註 107) 書 120 頁.
- 246) 笹倉前掲註 199) 論文 131-132 頁参照. 併せて, 小早川義則『死刑判決と日米最高裁』155 頁以下 (成文堂, 2017) 参照.
- 247) 村井敏邦「裁判と憲法—裁判員制度・死刑制度を考える」法学館憲法研究所報 8 号 32 頁, 40 頁 (2013).
- 248) ジョンソン (笹倉訳) 前掲註 154) 書 29 頁 同旨.
- 249) 瀬木比呂志『ニッポンの裁判』273 頁 (講談社, 2015).
- 250) 笹倉前掲註 199) 論文 131 頁.
- 251) ヨンバルト前掲註 146) 論文 6 頁.
- 252) 浅野健一「元死刑囚・免田栄さんの死刑廃止論」進歩と改革 817 号 25 頁, 27 頁 (2020) より.
- 253) 向江前掲註 179) 書 82 頁.
- 254) 斎藤前掲註 90) 書 209 頁.
- 255) 正木前掲註 144) 書 89-90 頁.
- 256) 同上 90-91 頁参照.
- 257) 向江前掲註 179) 書 380-381 頁.
- 258) 團藤重光=高田卓爾「死刑と日本国憲法」判例研究 2 巻 2 号 55 頁, 58-59 頁 (1949).
- 259) 太田達也「被害者支援と死刑」井田=太田編前掲註 165) 書 164 頁.
- 260) 永田憲史解題・監訳「1888 年アバーデア死刑委員会報告書」関大ノモス 39 号 153 頁, 154 頁 (2016).
- 261) 小早川前掲註 246) 書 15 頁参照.
- 262) 正木幸博「絞首刑は残虐な刑罰か」龍谷法学 47 巻 4 号 109 頁, 111 頁以下 (2015).
- 263) アメリカの研究では, 2.7% から 4.5% が失敗すると言われている. ジョンソン (笹倉訳) 前掲註 154) 書 70 頁.
- 264) 同上 62 頁.
- 265) 本方法は, 1977 年 9 月からアメリカ・テキサス州が導入したのが最初のものである. 斎藤前掲註 90) 書 3-6 頁参照.
- 266) 太田前掲註 259) 論文 168 頁.
- 267) 斎藤前掲註 90) 書 221 頁.
- 268) 内田前掲註 81) 論文 260 頁.
- 269) 太田前掲註 259) 論文 169 頁参照. 現に, 2020 年 7 月 14 日, アメリカで連邦による死刑執行が 17 年ぶりになされたが, 一部薬物の入手困難により 1 種類の薬物による処刑が行われた. 朝日新聞 2020 年 7 月 15 日朝刊 5 面など.
- 270) 内田前掲註 81) 論文 260-261 頁.
- 271) 斎藤前掲註 90) 書 222-223 頁.
- 272) 向江前掲註 179) 書 416 頁.
- 273) 同上 370-371 頁.
- 274) 同上 527 頁参照.
- 275) 千種達夫「絞首刑」判例時報 242 号 2 頁, 4 頁 (1960) は, 旧満州で, 「ぶ厚い板の一方に棒を立ててあり, 「棒を背にして受刑者を板の上に坐らせる. 輪にした縄で, 首と棒をつなぎ, 縄の中に棒切れをつつ込んで, ぐるぐると廻らすに従つて, 首がしめられることになる. これこそ刑法にいうほんとうの『絞首』であろうが, その残虐さは」縊首「の比ではない」と述べる.
- 276) 斎藤前掲註 90) 書 139 頁.
- 277) 村松幹二「日本における死刑の近年の動向」駒沢経済学論集 47 巻 3 号 47 頁, 55 頁図表 4 (2016) によると, 1990-94 年に確定した 26 件で執行は 16 件, 2501-3000 日で執行に至ったケースが 11 件で, 平均 3181.9 日であるのに対し, 2005-10 年 6 月に確定した 36 件では執行が 28 件と多い上, 501-1000 日での執行が 12 件, 1001-1500 日での執行が 9 件, 1501-2000 日での執行が 6 件と, 確定から執行までの日数が明らかに短縮されている. 執行命令のときには司法チェックが入るべきだと, 笹倉前掲註 198) 文献 541 頁 [田鎖麻衣子] は述べる.
- 278) 斎藤前掲註 90) 書 140-141 頁.
- 279) 菊田前掲註 136) 書 38 頁.
- 280) 同上 30-31 頁.
- 281) 斎藤前掲註 90) 書 235-236 頁参照. こういった状況を示す, 確定死刑囚に対する 1998 年 5 月の「死刑廃止フォーラム」によるアンケート結果について, 菊田前掲註 136) 書 179 頁以下参照.
- 282) ジョンソン (笹倉訳) 前掲註 154) 書 55 頁.
- 283) 菊田前掲註 136) 書 57-58 頁. 同上 41 頁も, 弁護人が死刑や絞首刑という方法の合憲性すら活発な弁論をしていないと指摘する. そもそも, 「弁護人の数にも保障がない」. 笹倉前掲註 198) 文献 539 頁 [堀和幸].
- 284) ジョンソン (笹倉訳) 前掲註 154) 書 94-95 頁.
- 285) 平川前掲註 13) 書 76 頁.
- 286) 同上 86 頁.



- 法医学を勉強すると、完全犯罪は無理ということも学ぶということだろうか。
- 321) 犯罪被害者支援弁護士フォーラム前掲註196) 書150頁 [川上瑞紀] は、日本では、子どもの頃から「さるかに合戦」や「かちかち山」を読み、「命を奪った者は、自らの命を以て償う」という「前提」が存在していると指摘する。これらを含む数多くのお伽話は情操教育の見地から今では残酷な結末が書き換えられているが、そのことが犯罪抑止や死刑に関する世論にいかなる影響を与えるだろうかも考えたい。落語の「たがや」の下げで、殿様の首が飛ばない（たがやを胴上げする）林家たい平などの演出もある。
- 322) 井田良「刑罰という名の殺人—デッドマン・ウォーキング」野田＝松井編前掲註164) 書223頁、228頁。
- 323) 小田晋「人間行動論の見地からみた死刑廃止論の批判的検証」現代刑事法25号21頁、23-24頁(2001)。
- 324) 三井ほか前掲註241) 書26頁など参照。
- 325) 井田前掲註178) 論文14-15頁。
- 326) このことは、無期懲役の仮釈放の最短年限が延びることを誘導する。村松前掲註275) 論文49頁。その実質的終身刑化を招いている。
- 327) 最判平成18年6月20日判時1941号38頁。本件評釈には、城下裕二「判批」法学セミナー624号4頁(2006)、平川宗信「判批」ジュリスト臨時増刊1332号『平成18年度重要判例解説』161頁(2007)、本庄武「判批」法学セミナー増刊『速報判例解説』1号209頁(2007)、甲斐行夫＝森田恵実「判批」研修704号15頁(2007)、村岡啓一「判批」季刊刑事弁護50号66頁(2007)、谷直之「判批」受験新報671号24頁(2007)、諏訪雅頭「判批」信州大学法学論集8号141頁(2007)、川崎一夫「判批」創価法学37巻1号275頁(2007)、武内謙治「判批」法学セミナー646号4頁(2008)、原田國男「判批」慶応法学17号137頁(2010)などがある。このほか、安田好弘「講演・光市事件裁判について—弁護人の立場から事件の再発防止を考える」東京経済大現代法学16号83頁(2008)、天白郁也「少年事件における死刑選択基準の一考察—光市母子殺害事件第1次上告審判決を通じて」早稲田社会科学総合研究別冊2012年度学生論文集29頁(2013)、永田前掲註153) 書105-133頁などもある。
- 328) 永田前掲註153) 書16頁は、永山事件以後、「死刑言渡し人員がすぐさま大幅に増加したわけではないことからすると、依然限定的な効果にとどまってい」たとする。
- 329) 高橋則夫「死刑存置論における一つの視点—応報的正義 (Retributive Justice) から修復的正義 (Restorative Justice) へ」井田＝太田編前掲註165) 書31頁、34頁。
- 330) なお、その第2次上告審判決＝最判平成24年2月20日判時2167号118頁では、宮川光治判事による、死刑判決では異例の反対意見が付いた。本件評釈には、土本武司「判批」捜査研究61巻4号127頁(2012)、足立修一「判批」法と民主主義467号67頁(2012)、辻本衣佐「判批」季刊教育法173号90頁(2012)、本庄武「判批」刑事法ジャーナル34号105頁(2012)などがある。このほか、本庄武「光市事件第2次上告審判決—死刑の理由は説明されたのか」世界830号160頁(2012)などもある。差戻審が、検察の提出した証拠と支離滅裂な供述から被告人の反省のなさを指摘したことも指摘できる。
- 331) 井田前掲註322) 文献226-227頁。
- 332) 椎橋前掲註188) 論文44頁、萩原前掲註107) 書121-122頁、犯罪被害者支援弁護士フォーラム前掲註196) 書21頁 [上谷さくら] 同旨。同135頁 [松坂大輔] によれば、2018年にはフランスで警察・憲兵に15人(うち8人は非武装)が、ドイツでは11人が射殺されたという。ただ、同145頁 [山田廣] は「犯人の生命権を奪うのは、死刑執行も現場射殺も変わりありません」とするが、急迫不正の場合と国家刑罰権の発動の場面は同じではない。
- 333) 小田前掲註323) 論文24-25頁参照。
- 334) 萩原前掲註107) 書112頁。
- 335) 椎橋前掲註188) 論文49頁。
- 336) 萩原前掲註107) 書113頁。
- 337) 椎橋前掲註188) 論文53頁。
- 338) 椎橋隆幸「日本の死刑制度について」現代刑事法25号16頁、18頁(2001)。
- 339) 椎橋前掲註188) 論文55-56頁。
- 340) 太田前掲註259) 論文175頁。
- 341) 村松前掲註277) 論文54頁図表3によると、地裁判決時点が2005年からの5年間の事案で、地裁判決から高裁判決までの期間は平均521.1日、高裁判決から最高裁判決までの期間は平均1217.0日だそうであるから、控訴を取り下げると、ほぼ1700日以上執行を早める計算になる。1995年からの5年間では2800日程度早める計算になる。
- 342) 太田前掲註259) 論文177頁。
- 343) 併せて、君塚正臣『司法権・憲法訴訟論』第6章(法律文化社、2018)に示したように、憲法裁判所なき司法裁判所による付随的違憲審査制の下で参審制を導入すると、市民が憲法判断に参加できることにも留意せねばならない。
- 344) 1999-2008年のデータによる。森炎「死刑と正義」21-22頁(講談社、2012)。
- 345) 同上14-15頁。
- 346) 丸田隆『裁判員制度』161頁(平凡社、2004)。

- 347) 森前掲註344) 書28頁。
- 348) 田鎖麻衣子「日本の死刑—その運用の一端を契機として」法学館憲法研究所報16号31頁, 32頁(2017)。
- 349) 森前掲註344) 書72頁。
- 350) 井田前掲註178) 論文18頁。なお、萩原前掲註107) 書196頁は、「これでは裁判員裁判制度導入の趣旨は大きく損なわれてしまう」として、井田の主張に反対する。
- 351) 井田同上19頁。
- 352) 原田前掲註165) 論文83頁参照。
- 353) 植松正「死刑は憲法違反ではない」綜合法学2巻3号62頁, 63頁(1959)。
- 354) 犯罪被害者支援弁護士フォーラム前掲註196) 書80頁以下〔川上賢正〕など。
- 355) 椎橋前掲註188) 論文46頁。
- 356) 同上47頁。
- 357) 犯罪被害者支援弁護士フォーラム前掲註196) 書129頁以下〔松坂大輔〕。
- 358) 萩原前掲註107) 書112-113頁。
- 359) 森前掲註344) 書60頁。なお、犯罪被害者支援弁護士フォーラム前掲註196) 書20頁〔上谷さくら〕は、闇サイト殺人の被害者遺族が「犯人の1人に死刑が執行された翌日から、その犯人のことを考えなくてすむようになった」と語ったことを紹介し、「死刑によって、遺族に心の平穏が訪れるというのはとても重要なことです」と述べている。
- 360) 萩原前掲註107) 書108頁。
- 361) 森前掲註344) 書81頁。
- 362) 同上80頁。
- 363) 同上63-64頁。
- 364) 井田前掲註178) 論文23-24頁。
- 365) 同上25-26頁。大概憲二「死刑廃止運動の批判」精神分析14巻4号28頁, 29頁(1956)は、「封建時代の人々は、近親者が殺され、ば非常な犠牲を払って『仇討ち』に出掛けたものだ。これはタリオン法に関する限り、当然な道徳的行為であつた」と言う。犯罪被害者支援弁護士フォーラム前掲註196) 書28頁〔高橋正人〕は、仇討ちの代替物が「近代国家」であり、「究極の代行システムが死刑制度」だと主張するなど、被害者遺族の強い思いの実現に傾斜する。
- 366) これに対しては、鎌田慧=森達也「対談・死刑廃止への路—国家・メディアによる暴力への抵抗」部落解放604号12頁, 19頁(2008)〔森〕は、それは「一部の武士階級だけが保持していた規範です。敵討ちや仇討ちもそうですよね。日本の普遍的な文化だと言うのなら、とんでもない勘違い」だと述べる。
- 367) 犯罪被害者支援弁護士フォーラム前掲註196) 書30頁〔高橋正人〕。なお、2018年に解散した全国犯罪被害者の会(明日の会)は、日本弁護士会の死刑廃止宣言に強く抗議していた。大谷實前掲註196) 文献163頁。
- 368) 松原芳博「死刑制度論のいま—基礎理論と情勢の多角的再考(3)—刑罰の正当化根拠と死刑」判例時報2430号155頁, 158頁(2020)。
- 369) 生田前掲註300) 論文26頁の、総理府・内閣府の「基本的法制度に関する世論調査」の「死刑廃止反対意見の割合とその理由」によると、「被害者の気持」が1967年の7.3%から1989年には39.7%に急増し、2009年には54.1%、2014年は53.4%と、最大の理由になっている。「被害者の気持」を世論が死刑存置の理由にしていることが解る。
- 370) 森前掲註344) 書102頁。
- 371) 同上107頁。
- 372) 小石前掲註200) 書120頁以下によると、江戸時代、島抜けは死罪であり、その他、再犯にも死刑を含む重い刑罰が用意されていた。本土で捕まれば獄門であった。同書127頁。流人船が難破した際に「行方をくらませた者は島破りと同様、死罪」であった。同書86頁。
- 373) 森前掲註344) 書107頁。
- 374) 同上109頁。
- 375) 同上121頁。
- 376) 同上131頁。
- 377) 同上134頁。
- 378) 同上151頁。
- 379) 同上154頁。
- 380) 同上165-166頁。
- 381) 同上169-170頁。
- 382) 同上188頁。
- 383) 同上184-187頁参照。
- 384) 同上200-206頁参照。
- 385) 田淵俊彦=NNNドキュメント取材班『発達障害と少年犯罪』35頁(新潮社, 2018)。
- 386) 森前掲註344) 書116-118頁参照。
- 387) 同上227頁。2018年4月には刑務所の外の造船作業場(模範囚であったため)から、8月には警察署の面会室から逃走した者があった。それでも、何れも重罪犯人の刑務所・拘置所からの脱獄ではない。
- 388) 小田前掲註233) 論文26頁。犯罪被害者支援弁護士フォーラム前掲註196) 書69-70頁〔山崎勇人〕同旨。
- 389) 森前掲註344) 書231頁参照。
- 390) 同上231頁参照。
- 391) 同上235頁参照。
- 392) 同上236頁参照。
- 393) 同上237頁。
- 394) 同上238頁。
- 395) チャールズ・チャップリン監督の映画『殺人狂時代』(ユナイテッド・アーティストズ, 1947)のテーマは、岩崎昶『チャーリー・チャップリン』

- プリン] 159 頁（講談社, 1973）によれば、「この非人間的に組織された社会によって不当に抑圧された生存の危機にさらされている人間は、個人としての全存在を賭けて社会に復讐する権利がある」というものである。
- 396) 問題は生命権対生命権ではない。一般的自由権を最大限広げた「人を殺す権利」を、国家が、潜在的被害者の生命という利益を持って制限することである。逮捕されたり起訴されたりすれば、適正手続を受ける権利と国家刑罰権の戦いとなる。国民Aと国民Bの生命権（人権）同士が衝突するわけではない。
- 397) 犯罪被害者支援弁護士フォーラム 前掲註 196) 書 21-22 頁 [上谷さくら] 参照。
- 398) いわゆる東京南青山強盗殺人事件＝最判平成 27 年 2 月 3 日刑集 69 卷 1 号 1 頁について、同上 77-79 頁 [川上賢正] 参照。前科は無理心中による妻子殺害。本件評釈には、石田寿一「判批」ジュリスト 1481 号 68 頁 (2015)、同「判批」法曹時報 69 卷 3 号 273 頁 (2017)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇平成 27 年度』1 頁 (法曹会, 2017)、同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例 9 平成 27-29 年』452 頁 (2019)、加藤俊治「判批」研修 804 号 15 頁 (2015)、前田雅英「判批」捜査研究 64 卷 5 号 69 頁 (2015)、角田正紀「判批」刑事法ジャーナル 46 号 134 頁 (2015)、小池信太郎「判批」ジュリスト臨時増刊 1492 号『平成 27 年度重要判例解説』180 頁 (2016)、柑本美和「判批」法学教室 425 別冊付録『判例セレクト 2015-1』30 頁 (2016)、村井敏邦「判批」法学セミナー増刊『速報判例解説』18 号 151 頁 (2016)、伊藤博路「判批」名城ロースクール・レビュー 35 号 117 頁 (2016)、河村有教「判批」海保大研究報告法文学系 63 卷 1 号 1 頁 (2018) などがある。
- 399) 犯罪被害者支援弁護士フォーラム 前掲註 196) 書 97 頁 [上谷さくら]。
- 400) 美達大和『死刑絶対肯定論—無期懲役囚の主張』40 頁 (新潮社, 2010)。
- 401) 同上 15-16 頁。
- 402) 同上 34 頁。
- 403) 同上 20 頁。
- 404) 同上 125 頁。
- 405) 同上 33 頁。
- 406) 同上 73 頁。
- 407) 同上 94 頁。
- 408) 同上 46 頁。関連して、清田浩司『堀の中の事情—刑務所で何が起きているか』(平凡社, 2020) など参照。
- 409) 美達同上 51-52 頁。
- 410) 同上 52 頁。
- 411) 同上 77 頁。
- 412) 同上 74 頁。
- 413) 同上 82 頁。
- 414) 同上 83 頁。
- 415) 同上同頁。
- 416) 同上 92 頁。
- 417) 同上 87 頁。
- 418) 同上同頁。
- 419) 同上 88 頁。
- 420) 同上 97 頁。
- 421) 同上 131 頁。
- 422) 同上 161 頁。
- 423) 同上 142 頁。
- 424) 同上 143-144 頁。
- 425) 同上 145 頁。
- 426) 同上 146 頁。
- 427) 同上 149 頁。
- 428) 同上 162 頁。
- 429) 同上 163 頁。
- 430) 同上 165 頁。
- 431) 同上 166 頁。
- 432) 同上 168 頁。
- 433) 同上 171 頁以下参照。
- 434) 同上 177 頁。
- 435) 萩原前掲註 107) 書 115 頁。
- 436) 美達前掲註 400) 書 182-197 頁参照。
- 437) 同上 86 頁。
- 438) 本論点に直接回答するものではないが、ジェンダー法学は、男性が男性であることで不利益に扱われていることを問題にすべきである。高井裕之＝君塚正臣「男性によつてのジェンダー法」犬伏由子＝井上匡子＝君塚編『レクチャージェンダー法』237 頁以下 (法律文化社, 2012) (同書は 2021 年に第 2 版刊行予定) など参照。なお、大学 (入試・教員採用) におけるアファーマティヴ・アクション、特に定員を定めたクォータは性別であれ「帰国子女」であれ、大概失敗しないか。再考すべきである。
- 439) 令和元年度犯罪者白書 194 頁によると、2017 年の殺人の被害者のうち死者は 290 人、うち女性は 160 人、強盗殺人罪は 9 人、うち女性は 4 人である。 [https://www.npa.go.jp/hanzaihigai/whitepaper/w-2019/pdf/zenbun/pdf/hkiso4\\_11.pdf](https://www.npa.go.jp/hanzaihigai/whitepaper/w-2019/pdf/zenbun/pdf/hkiso4_11.pdf)。令和 2 年度犯罪者白書 205 頁によると、2018 年の殺人の被害者のうち死者は 308 人、うち女性は 163 人、強盗殺人罪は 9 人、うち女性は 3 人である。 [https://www.npa.go.jp/hanzaihigai/whitepaper/w-2020/pdf/zenbun/pdf/kiso4\\_11.pdf](https://www.npa.go.jp/hanzaihigai/whitepaper/w-2020/pdf/zenbun/pdf/kiso4_11.pdf)。
- 440) 平川前掲註 13) 書 190 頁。渡邊一弘「死刑制度論のいま—基礎理論と情勢の多角的再考 (5)—エビデンスに基づく死刑制度論の模索」判例時報 2434 号 146 頁 (2020) も、「論者が扱って立つ国家観や刑罰観の相違により、初めから

- 議論がかみ合わない空中戦に陥ってしまうくらいがある」と述べる。大谷實前掲註196) 文献172頁も、「甲論乙駁の『水掛け論』に終始してきたというのが、私の率直な感想」だと述べている。
- 441) このため、死刑存廃論は学生討論や大学入試小論文などのテーマになり易い。前者の例として、浅川千尋「憲法と死刑制度—大学での授業で見えてくる『世論』との若干の乖離」天理大総合教育研究センター紀要10号65頁(2011)、鄭裕静「あなたは死刑についてどう思われますか。『法学(日本国憲法を含む)の教育実践報告から』青山スタンダード論集13号31頁(2018)などがある。但し、浅川論文の対象の非常勤先がどこか、学部がどこか(少なくとも法学部か否か)は不明。
- 442) 犯罪被害者支援弁護士フォーラム前掲註196) 書30-31頁[高橋正人]は、「被害者の分まで、長生きして罪を償っていきたいです」という被告人の声を、「そこには、自分が殺した被害者への反省の意は微塵も感じられません」と断罪する。
- 443) 所一彦「犯罪の抑止と死刑」法律時報69巻10号8頁, 10頁(1997)。
- 444) 萩原前掲註107) 書107頁。
- 445) 井田前掲註303) 論文152頁。
- 446) この末が、犯罪被害者支援弁護士フォーラム前掲註196) 書53頁[大澤寿道]の、「まず、私の個人的見解としては、落ち度のない被害者の命と比べて、利己的に他人の命を奪った犯罪者の命は尊重すべき価値が低いと考えても構わない」という見解であろうか。無実の被告人もあるのであるが。
- 447) 松原前掲註368) 論文155頁。
- 448) 同上同頁。
- 449) 但し、内田前掲註81) 論文261頁は、2009年の内閣府世論調査でも、「将来も死刑を廃止しない」が60.8%だが、「状況が変われば、将来的には、死刑を廃止してもよい」が34.2%で、「死刑が本来ならば望ましくない刑罰であって、抑制的に適用されるべきと考えているとも推測できる」とする。
- 450) 井出英策「中の下の反乱 食い止めよ」朝日新聞2016年12月22日朝刊15面。2016年のイギリスの国民投票、アメリカ大統領選挙の結果の原因を、所得階層「中の下」の反乱と分析し、「財源が限られ、給付に所得制限が付き、財政が低所得層の利益で固められている。だからこそ、中間層の不満が沈積し、中の下層に『移民や貧困層があなたたちの暮らしを悪くする』と訴え、下流への転落の恐怖をおおるポピュリズムが威力を発揮する」点は日本にも共通するとし、この階層がその上以上に下の階層に対して反発していることを指摘した。
- 451) しかし、民主党政権は40カ月の間に9人に死刑を執行している。ジョンソン(笹倉訳)前掲註154) 書11頁。渡邊前掲註440) 論文151頁は、「まずは死刑を維持しながら、死刑の刑罰機能と刑罰効果を担いする死刑の代替刑を導入することが、死刑廃止に向けた現実的な歩みだしとなろう」と述べる。
- 452) ジョンソン(笹倉訳) 同上164頁。
- 453) 内田博文「刑法学は、なぜ、刑務所を語らなくなったか」犯罪社会学研究37号24頁, 30頁(2012)。そして、「格差社会を肯定し、ホームレスは自業自得だと考える人は死刑を支持している」とも語る。
- 454) 井田前掲註322) 文献237頁。
- 455) ジョンソン(笹倉訳) 前掲註154) 書159頁はそう予測する。
- 456) 大谷實前掲註196) 文献174頁は、「個人主義の立場」から、「極悪非道とされる凶悪犯であっても、一人の人間として尊重されなければならない」ことを強調する。

## 付 記

本号には、当初、別のテーマでの論考の掲載を予定していたが、COVID-19の蔓延での緊急事態宣言による困難な事情のため、本題に切り替えた。本学附属図書館の皆さんには大きな手助けを頂いた。感謝致します。本稿は、平成30年度-令和4年度日本学術振興会科学研究費基盤研究(C)一般「憲法訴訟論の適正手続・身体的自由への発展・展開」(課題番号18K01243)による研究成果の一部である。また、令和2年度横浜国立大学国際社会科学研究院法律系サバティカル中の成果である。本稿では、原則として敬称は略させていただきます。

[きみづか まさおみ 横浜国立大学大学院国際社会科学研究院教授]