

死刑合憲性論の再考

——憲法 14・31・36 条適用違憲の可能性——

君 塚 正 臣

はじめに

「死刑の特殊性は、懲役刑の刑期のように数量的な連続性がない、いわば質的な問題である」¹⁾点にある。そして、「人間尊重を旗印とした近代革命の生み出したものは、刑の種類についても、裁判の手續についても、そうしてまた言い渡された刑の執行についても、最大限度に、被疑者、被告人、そうして受刑者の人権を尊重する制度なのであるが、しかしその目標の実現には、数多くの問題があり、改革の歩みは遅々として捗らない」²⁾点にある。

以上に述べたように、現在、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ことが暗黙の了解となっている³⁾。こうしたことから、死刑制度について、憲法学者の言説は多い。小林孝輔は、「憲法 9 条は戦争を放棄する。戦争とは公権力による殺人である。死刑もまた公権力による殺人にほかならない。とすれば、9 条の趣旨を推しても死刑は許されない」と主張した⁴⁾。しかし、このように死刑を端的に憲法違反とする見解は稀少である。芦部信喜も 1948 年死刑合憲判決⁵⁾を判例として淡々と紹介し⁶⁾、佐藤幸治も、憲法 31 条と 36 条の関係から、死刑そのものを「残虐な刑罰」とする「理解は、憲法解釈論としていささか無理」とする⁷⁾など、合憲とするのが憲法の教科書における「当然の結論」⁸⁾となってきた。現在でもなお、死刑を予定する条項を全

て「法令違憲であると説得的に論じるのは容易で」⁹⁾状況は続いていると思われる。

だが、死刑制度が違憲ではないということは、死刑制度をどのように運用しても憲法上何ら問題ないことを意味しない。鵜飼信成が早くから、「死刑は憲法上当然許されているという見解は安易に過ぎて賛成し難い」と述べていた¹⁰⁾ように、単純な合憲論に与することには躊躇がある。また、死刑存置は憲法上、日本国の義務ではなく、法改正による廃止は可能であって¹¹⁾、その指摘も多い¹²⁾。そして、近年、死刑懐疑論や廃止論の記述が長くなる傾向がある。例えば、戸松秀典は、死刑は「直ちに廃止すべきであり、それは多数決原理になじむものではな」¹³⁾とし¹⁴⁾、渋谷秀樹も、「誤判の可能性を現実には根絶できないこと、被告人の生命を法の名において奪うことの矛盾、生命の尊重をいいながら、他方で死刑の存置を簡単に認める矛盾、死刑廃止条約の批准の進行に伴う死刑廃止国の増加などからすると、死刑の存置を単純に政策論と割り切ることはできない」¹⁵⁾とする。辻村みよ子も、「法秩序を維持し犯罪を抑止するための威嚇の必要（犯罪抑止論・一般予防論）」も含め、「存置論の論拠」「も科学的に証明されていないことから、国際的には、おもに」「死刑の威嚇力・犯罪抑止効果の否定」や「誤判の際の回復不可能性」「を論拠として死刑制度を廃止する傾向にある」と記述している¹⁶⁾。これらは、死刑が、最早、近代立憲主義のエートスと相容

れぬものであると思いつつ、明快に違憲とは言えない焦った状態を表していよう。

しかし、多くの学説が、1948年死刑合憲判決を是認した結果、その後、憲法論ではなく、「立法政策乃至刑事政策的立場に立つ死刑存廃論」¹⁷⁾を展開することになってしまい、ある種の普遍的「人権」論の末に、主張が政策論もしくは私見となったようにも見える。多数派の形成に期待しても、国民は「その後の死刑執行にそれほど関心を持っていない」¹⁸⁾上、「一般国民の刑事司法に対する信頼」は裁判所にとって重要であるため、これを著しく損なうことはできず¹⁹⁾、結果、国民的非難の大きい事件には重い刑が言い渡され易い。「民主主義」は不適切な死刑の歯止めとしては頼りない²⁰⁾。他方、近代立憲主義、特に「基本的人権の尊重」の要請は規範として重い。適正手続などの憲法上の要請は強く²¹⁾、死刑においては、そのことが特段に強くあるべきであろう。このため、死刑廃止論者側からすれば、「日本国民の多数派を納得させる死刑廃止論を組み立てるよりも、最高裁判所を説得できる死刑違憲論を組み立てる方が、まだ楽なの」かもしれない²²⁾ということになる²³⁾。「死刑そのものが、直ちに憲法36条にいう『残虐な刑罰』に該当しないとしても、そこで思考停止してはならない」²⁴⁾のであり、憲法学者が、政策論は勿論、多分に全面違憲論でもない「憲法論」を立て直す意義がそこにあるのである。その観点から、本稿は死刑の、言わば部分的違憲の可能性を探り、死刑存廃問題に対する憲法学としての一回答を示すことを目的とする。

1 生命刑と憲法31条

死刑の合憲性についての古典的憲法学説は、憲法31条の文言が、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」とあることからこれを反対解釈し、「法律の定める手続」さえあれば「生命」が「奪はれ」ることは予定されており、その場面は刑罰以外には

ないなどとして、死刑を合憲とするものである²⁵⁾。その上で、36条の「残虐な刑罰」に当たらない執行方法であればよい²⁶⁾、また、罪刑の均衡が充たされていればよい²⁷⁾のであろう。

だが、これに異論がなかったわけではない。そもそも、「或る人の生命の存在それ自体が、社会公共の利益に反するということがありうるであろうか」²⁸⁾という根本疑問がそこにはある²⁹⁾。中山勲は、憲法13条には「『生きたい』という一の基本的欲求に従って意思活動しうることの保障が含まれ」³⁰⁾、そこから31条は「死刑を予定した規定でもない」³¹⁾として「死刑は違憲と云わざるを得ない」³²⁾とする。山内敏弘も、生命権を憲法上の人権とする憲法論が必ずしも活発ではなかった³³⁾と指摘した上で、「憲法13条の文言を素直に読めば、生命権は、幸福追求権とは別個独立の人権として規定されていることは明らか」³⁴⁾であって、「『生命権』こそが、『切り札』としての人権というべき」であり、「真に優越的地位をもつのは、生命権であるというべき」だと主張し、「すべて国民は国家によって生命を奪われ」ることなく、逆に「国家にはその保護をする義務(保護義務)がある」³⁵⁾とし、死刑の犯罪抑止効果が否定された現在、「死刑による生命権の剥奪を正当化する『公共の福祉』は基本的に存在しない」と主張するのである³⁶⁾。山内は、更に、憲法9条から「平和的生存権」を引き出し、「外部の敵に対して殺戮をしないことを決意した国家が、内部の敵(殺人者)に対しては殺戮(死刑)をすることは整合性をもちません」³⁷⁾と憤慨する³⁸⁾。丹羽巖も、「一般予防的効果が、死刑に期待できないとすると、憲法第13条の規定は死刑制度を全く予定していなかったと考える方が妥当である」と主張していた³⁹⁾。

筆者は先に刑事法学界を中心とする死刑論議を整理して検討してきた⁴⁰⁾が、以上のような憲法論に踏み込んだ主張は、刑事法学界からもある。小野坂弘は、憲法13条を頂点とする「道義的審級」からして、31条反対解釈による死

刑合憲論を誤りだとする⁴¹⁾。生田勝義も、『『自由』や『幸福追求権』などという人格権は生命権を土台・基礎にして成り立つ』⁴²⁾点や「本人でも放棄できない生命を」社会「契約によって放棄することは論理的にできないはずだ」⁴³⁾として違憲論を展開し、憲法学説を見ても「憲法13条から死刑との関係に言及するものはほとんどない」⁴⁴⁾状況を嘆く。刑法学者らしく、死刑が、緊急避難や正当防衛と異なり、「常態において殺害予告と計画性をもって行われる」ことも指摘する⁴⁵⁾。平川宗信は、憲法31条の「実体的適正」の要求も刑罰法規の「権力正統化原理による憲法的規整」を具体化するものとした⁴⁶⁾上で、「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」だと訴える⁴⁷⁾。そして、「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」と論じる⁴⁸⁾。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した⁴⁹⁾上で、結局、「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⁵⁰⁾。憲法学者の高作正博も「死刑の執行方法についてはより一層厳格な『罪刑法定主義』（憲法31条）ないし『法治主義』（法律による行政の原理）が要請される」⁵¹⁾とするように、刑罰であり、ましてや生命刑であることから、厳格な司法審査が求められるとの意見は強い。

しかし、刑事手続に関する総則は憲法31条であり、32条以下が各論という構成である⁵²⁾と考えれば、「法律の定める」適正な「手続によれば」「その生命」「を奪はれ」場合があるが、但し、36条の要請である「残虐な刑罰」の禁止などの制約がある、と読むのが通常であり、日本国憲法は、憲法の何かの条項に抵触しない限り、死刑そのものを禁じてはいないという従来の憲法学説に軍配が上がりそうである。まし

て、13条は包括的人権であり、解釈上、個別の人権条項が優先される。「特別法は一般法に優位する（*Lex specialis derogat legi generali*）」⁵³⁾。以下の人権カタログがより具体的に規定している場合には、その条項の解釈を優先するのが法律学の基本中の基本であるとも思われる。

加えて、もし、日本国憲法が当初から死刑廃止を命じているのであれば、何故、ドイツ基本法102条⁵⁴⁾と同様に「死刑はこれを廃止する」などの一文を、制憲議会が、かなり長い刑事手続条項の一部に組み込まなかったのか、疑問が残る⁵⁵⁾。立憲当時、死刑の廃止は一般的に想像されていなかったであろうから、そうであれば、原意主義や極端な文言解釈に加担しなくとも、少なくとも、憲法制定時点での死刑の合憲性は否定し難いとは言えるように思える。

このような通説的解釈に対しては、そもそも、死刑が「個人の尊厳」と矛盾する、ここに「憲法典義の出発点を置かなくてはならない」という批判がある⁵⁶⁾。憲法前文や13条は「基本的な人間観、世界観の表明と見ることができる」⁵⁷⁾とする見解もある。また、それらを前提に、「憲法は、現代多数の文化国家におけると同様に、刑罰として死刑の存置を想定しているとは言えないし、就中、これを是認したのとは解せない」⁵⁸⁾という評価もある。それらは、「個人の尊厳」に解釈指針としての、例えば憲法36条を超越する地位を与えようとする解釈観であろう。だが、日本国憲法13条を支える文言は「人間の尊厳」とするドイツ基本法1条の場合と異なり、「個人の尊重」であり、個人主義の尊重に傾斜している⁵⁹⁾。この理念が直接死刑を排除していると読むのは難しい。このため、「通説および判例によれば、日本国憲法13条や31条は死刑を想定していると理解できる」⁶⁰⁾。人権の総則規定に全てを預け、各論規定の意味を捨象するような解釈は、法解釈として適切でない。それに孤高の地位を与え、13条の生命権から直截的に死刑を違憲とするのはやはり難しい⁶¹⁾と思われる。

逆に、死刑囚の生命権ばかりでなく、被害者もしくは潜在的被害者にも生命権があるのだから、これを守るために死刑は断固として執行すべきだという主張⁶²⁾もあるが、それは議論を更に複雑にする。死刑の場面で対峙しているのは、死刑囚の生命と国家刑罰権である。潜在的には兎も角、被害者の生命権が対峙しているわけではない。特に、そうする国家保護義務⁶³⁾があるとして死刑の永遠の存続が日本国憲法上の日本国の義務であるとは読み難い⁶⁴⁾。この議論には、新派刑法学を超えて、潜在的殺人者と名指しされれば予防的に抹殺される危険すら感じる。憲法31条は、「行政機関が現実に行う執行活動を行う場合の手續規定にすぎず、国家に人の生命を剥奪する機能を与える根拠とはなりえない」ことは慎重に確認されるべきである⁶⁵⁾。

別の角度から考える。2020-21年、COVID-19感染症が蔓延している。生命を守る「絶対」の即物的手段は、日本国内に住む者全員を数週間移動禁止にすることであった。だが、そのことが憲法上の移動の自由、幸福追求権などの侵害になることは^{さてお}扨措き、経済活動がままならないことを起点とする自殺の多発を招くであろうことは明らかであった。陰鬱な気分を蔓延させ、同じく自殺の多発を招く危険性もある。この例を考えてみれば、生命権が最も尊重に値する人権であることは誰も否定しないが、「絶対」と語ることは無理があることが解ろう。

本論に戻せば、死刑に関しても、もし仮に、殺人者1人を処刑すれば8人の善良な市民の生命を救えるとするアメリカの古い学説⁶⁶⁾が本当であるのであれば、生命は明らかに平等であるべきなのであるから、合憲論を補強する可能性が高い。但し、この研究には、対象期間が短いなど、統計学的な不正確さが指摘されており、^{にわか}俄には信じ難い。また、同じ死亡でも死刑に伴う不名誉と、正当防衛などとも異なるその計画性を考えれば、議論は感染症対策と同じではない。冤罪の問題も考慮されていない。懲役の年数を減らしても窃盗は増えるか⁶⁷⁾、という命題

は、自由と財産の取引であり難問も多い⁶⁸⁾が、死刑と殺人の問題は生命対生命の問題に見えるので、規制する側、つまり国に厳格度の高い立証を要求し易い⁶⁹⁾。それを経て、潜在的被害者の生命を守るため、死刑は今後も存置せねばならないという政策判断はあり得る⁷⁰⁾と思われるが、その意味がなければ、死刑は廃止しても違憲ではない。死刑の存置が日本国憲法の要請であるという議論もまた、誤りと言ってよい。1948年最高裁判決でも、補足意見は既に、「死刑を永久に是認したものととは考えられない」と述べているのである。

なお、国際情勢を理由とする廃止提言も近年増えている⁷¹⁾。しかし、なお、念のために述べれば、国際的に死刑廃止国が増加していることは直接国内法的効力に影響しない⁷²⁾。即ち、このことが日本国憲法の意味を直接変えることはない。日本は死刑廃止条約に加入しておらず、その限りでは死刑執行は国際法違反を生じない。確かに、解釈によっては、国際人権規約自由権規約違反の恐れはあるが、それでも、国際法違反の問題である。「1979年に国際人権B規約が発効した段階では、それと憲法13条との論理・体系解釈からして憲法13条の生命権保障はB規約と同じ内容のものとなったというべきであろう」⁷³⁾などの主張には無理があろう。

結局、死刑そのものは憲法違反ではない、但し、廃止しても違憲ではない、と考えざるを得ないものである。

2 法律の委任

だが、以上のことはあらゆる死刑を合憲とするものではない。法令違憲ではないとして、適用違憲などに議論を進めず、憲法論を終わらせるのは、憲法裁判所然とした、或いはそれをディフォルメし過ぎた悪しき論法であろう⁷⁴⁾。

まず、執行方法について、法律は、刑法11条が「刑事施設内において、絞首して執行する」などとし、刑事訴訟法475条がその「執行は、法務大臣の命令による」などとするのみで

ある点には、憲法上の疑義がある。具体的な方法が法律によって定められていないのである。根拠法令とされるのは、専ら、明治初期、1873年の太政官布告65号を引き継ぐ、太政官布告206号改定律例であり、これが1947年の「日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律」1条が、「旧憲法下で命令（法律より下位の法規、勅令など）として帝国議会の審議を経ずに制定されたもののうち、新憲法施行の時点で現に有効な（廃止されていない）もので、かつ新憲法下の法体系では法律で制定すべきレベルに相当するものは、新憲法下にあつては原則として1947年12月31日まで法律としての効力を有する」と定めたことで、法律の効力を有することになったものである。しかし、本条を見れば、その措置は1947年末までの暫定的なものであり、ならば、死刑の執行方法についての法律、もしくは法律の委任を受けた命令は存在しないということである⁷⁵⁾。

「委任立法とは、国会以外の機関が、法律の特別の委任を受けて、その機関に認められている法形式において、法規を定立すること」⁷⁶⁾とされる⁷⁷⁾。このことは「形式的には、明確な三権分立主義から」⁷⁸⁾、「実質的には、」「国民主義と人権尊重主義から定められ」た⁷⁹⁾ものと言えよう。このため、死刑の具体的な執行方法を示すのは法務省令などであることが本来であろう。しかも、「かかる権限の委任をなし得るものは、国の唯一の立法機関たる国会であり、国会に限る。そのもつ立法権の一部を国会以外の特定の機関に委任するのである。委任の形式は、法律をもってする。個々の法律において、何々の事項については何々の定めるところによる、又は、何々の事項は何々規則をもって定める、というように、定める」⁸⁰⁾べきものである。また、必要なものは執行命令であり、憲法学はこれを「法律上確定された内容の施行細則であるということ暗黙の前提にして、法律による具体的委任は必要でない」と解してきた⁸¹⁾節がある。「しかし、その実態は何であったかが問

題で、近時、いわゆる執行命令を限定的に捉え、法的統制を広く及ぼそうとする行政法学の動向が注目される」との指摘がある⁸²⁾。この立場は、「『行政規則』の中にも国民生活に大きく影響を及ぼすものがあり、こういった「執行命令も一般的授權による委任立法の一種と捉える」ものであると説明する⁸³⁾。死刑の執行方法を具体的に定めるのは、文字通り執行命令なのかもしれないが、こうした議論の方向からすれば、具体的な内容を有する命令が存在することが必要だということとなろう。

ところが、実務は太政官布告65号を絞首刑の執行方法に関する根拠法規と考えており⁸⁴⁾、この場面では学説一般と乖離が激しい。旧刑法は絞首刑を維持し、その方法を定める太政官布告65号は法規としての効力を維持していたのであり、旧刑法は廃止されても死刑の方法として絞首刑を維持している現行刑法の下でも、それはやはり維持されるという論法である⁸⁵⁾。しかも、太政官布告65号を見ると、執行は、死刑囚にいわゆる「十三階段」を登らせて、2人ずつ行う地上絞架式の図が示されており⁸⁶⁾、現在の地下掘割式とは異なるので、同法令は根拠とされていないという反論もあり得る⁸⁷⁾。「古色蒼然たる太政官布告に準拠しているとは誠に奇異の感がしてなら」ず、「現代に即応した立法が速やかになされる」べきことが早くから指摘されていた⁸⁸⁾が、それを超えて、委任立法としても無効で、違憲の疑いもある⁸⁹⁾。これについて、最高裁は1961年に、布告65号は「法律と同一の効力を有する」と判示しており⁹⁰⁾、依然としてこれが判例である。弁護団がこれを争点とした、いわゆる此花区パチンコ店放火殺人事件の二審判決⁹¹⁾も、「確かに、現行の絞首刑の執行方法と明治6年太政官布告が規定した死刑の執行方法は、基本的事項では合致するものの、細部は多くの点で食い違いが生じている」ほか、「死刑制度や執行方法などに関して、諸外国では検討が進められ、様々な法整備もなされていることが認められる。そのような情勢な

どもにも照らすと、生命を奪う究極の刑である死刑の執行方法について、今もなお、140年も前の明治6年に太政官布告として制定され、執行の現状とも細部とはいえ数多くの点で食い違いが生じている明治6年太政官布告に依拠し、新たな法整備をしないまま放置し続けていることは「立法政策として決して望ましいものではない。とはいえ、現在の絞首刑も、その基本的事項は、法律と同一の効力を有する明治6年太政官布告に従った方法に則って執行されていることからすると、我が国において死刑の在り方やその執行方法の在り方に関する検討が未だ十分には進んでおらず、しかも、死刑の執行自体は前にみたように安定的な運用が行われている現時点においては、未だこのような立法の不作為が憲法上の要請に反しているとはまではいえない」などと判示し、合憲の判断に行き着いている。だが、百年以上昔に制定された太政官布告を準則として、地球より重いとさえ言われる人間の生命を絶つことについては、一抹の不安を感じざるを得ない。また、戦前のこの種の法規が「天皇が統治権の総覧者であった」憲法以前のもので、当然に「法律に根拠のない命令すなわち独立命令による法規範の定立も可能であった」⁹²⁾時代の産物であることは黙殺できない。殊に、「地上絞架式が地下絞架式に改められた時期、経緯すら判然としないことを思えば、なおさらである」⁹³⁾との論評や、法律の留保の要請に反しているとの批判⁹⁴⁾もあり、ならばこのまま死刑を執行することは立法の不作為で違憲⁹⁵⁾とも思われ、法的正統性は微妙である。

更には、「死刑については、厳格な法律手続が規定されねばならないのであり、単に刑法及び監獄法所定の現行法規だけでは、憲法の要請する法律手続なりと云うことは出来」ず⁹⁶⁾、これが繰り返されても、「慣習法は刑法の淵源にならない」⁹⁷⁾との批判もある。現状は、慣習法による死刑執行が行われているということである。或いは、刑事法分野で許されぬ筈の類推解釈が、究極の場面で続いてきたということであ

る。この点でも違憲の疑いは濃い。憲法上、死刑の具体的方法については、まずは法務省令で定める必要があるように思われてならない。

3 刑罰の均衡

罪刑の均衡⁹⁸⁾の憲法上の根拠が、憲法31条であるか36条の「残虐刑」の禁止に抵触する⁹⁹⁾とするかなどは争いがあるにせよ¹⁰⁰⁾、犯罪に比べ過剰に重い死刑は適正手続違反であって¹⁰¹⁾、罪刑の均衡が憲法上の保障であることに異論があるとは思えない。当該行為者をその侵害法益の範囲内で処罰することが、個別的な限度であると言えよう。「犯罪との均衡を著しく欠くような刑罰は、平等権の侵害」だとする説¹⁰²⁾もあるが、特に刑罰について厳密な均衡を要求するのであれば、根拠条文は31条か36条とするのが妥当であろう¹⁰³⁾。憲法14条の主務は1項後段列举事由の差別の除去にあるとするのが、近時の準通説の姿勢でもある¹⁰⁴⁾。日本において、強盗や「強制性向等」、単純な麻薬密輸・密造に死刑を科すことは考え難い¹⁰⁵⁾。かつ、そうであれば、ならばと証拠隠滅などの目的で殺人に突き進む誘引となり、法政策的にも適切ではない。対象は、殺人と、広げて、その犯罪から多くの人の生命が失われる蓋然性ある内乱の主導者程度に限られよう¹⁰⁶⁾。これ以外では死刑は予定されるべきではない¹⁰⁷⁾。これが、生命の保護を法益として生命刑を維持する限度であり、「あるべき刑罰論に悖る刑罰は違法で、憲法違反ともなり得る」¹⁰⁸⁾であろう。

團藤重光は、「憲法13条、36条などに見られる憲法精神、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」¹⁰⁹⁾と述べる。まずは、死刑を科すほどの犯罪ではないものに死刑を科すことは、憲法31条違反(あるいは36条違反)であることを確認したい。アメリカでは、故意の殺人ではない、レイプだけでの死刑¹¹⁰⁾は1977年に、共犯者が殺人に至った事案のそれ以外の

強盗犯への死刑¹¹¹⁾も1982年に、精神遅滞者への死刑¹¹²⁾も2002年に、18歳未満の犯罪への死刑¹¹³⁾も2005年にそれぞれ違憲とされた。均衡を欠く死刑は違憲とされてきている。ただ、日本では、罪刑均衡の点で現行の死刑を予定する刑罰条項を違憲とするのは難しいとする見解¹¹⁴⁾が示されており、現在の適用状況を踏まえれば、それが多数説であろう。現在の死刑適用可能な罰条はこの点で合憲だと信じられている。しかし、それは現行刑事法の各罰条が合憲の範囲にあるからであり、これを逸脱する新規法条は違憲となるであろうし、法令に問題がなくとも、均衡を欠く死刑の適用に踏み込めば、「憲法31条ないし13条に違反するとみるべきであろう」¹¹⁵⁾。殺人にも軽重があり、事情に拘らず全ての殺人犯を死刑にするようなことは多分に憲法違反、少なくとも特定の事例については適用違憲の疑いがある。戦後昭和の中頃でも39名執行した年があったように、戦前並みが長く続いたことは日本国憲法下では違和感がある。

牧野英一は、戦後早くから「刑罰の改善機能」を重視すべきだ¹¹⁶⁾と、威嚇力——現在の用語としては、一般予防——に傾斜した刑罰理論を主張していた。刑罰の本質を一般予防と捉えた場合、或いは、犯罪者でない誰かを犯人だとして「公衆の面前で殺してしまえば」「正当化できる」という懸念もある¹¹⁷⁾。特に、死刑の威嚇力を絶大と捉える議論が漠然とした「公共の福祉」論と結び付いたとき、そのようなグロテスクな結論を導く危険がある。無論、それは、厳密な適正手続の下、犯罪者を特定しなければ、「刑罰」というものは執行できないという憲法31条以下の要請、財産権規制の場面などとは異質な特別の要請と激しく衝突する。また、死刑の威嚇力が強く期待された時代、その執行は公開されることになっていたが、これが近代においては、その有する非人道的性格と直接加害的性格などから排斥されたことも言うまでもない¹¹⁸⁾。「刑罰の一般予防効果にとって意味があ

るのは、刑罰が実際に加える苦痛より刑罰から人々が想像する苦痛」¹¹⁹⁾だとも言えるが、そうであれば、人々が想像できる程度の残虐性が必要という矛盾を抱える。残虐刑の禁止と一般予防の要請という、難しい憲法的制約を帯びることになる。だが、また、戦後、憲法で死刑を廃止した(西)ドイツの議論においても、刑罰の保安目的は懲役刑によっても十分に達せられると論じられる¹²⁰⁾。死刑を存置せずとも殺人を抑止できるのであれば、死刑は過剰な刑罰であることになる可能性があることになろう。

そして、憲法学界でも、そもそも死刑に抑止力があるのか、正当化事由があるのか、検証すべきだ、とする主張も幾つか見られる¹²¹⁾。これらを敷衍して言えば、もし、死刑を執行し続けても殺人が減らないとすれば、「公共の福祉」による人権制約の手段として、死刑執行は違憲の疑いがある。刑法理論として応報刑論も語られるが、憲法論としては、「社会感情であっても、感情で人を殺してはならない」¹²²⁾のであり、人権の制限は、他の人権を擁護する限りで許容されるという「内在的制約論」が建前であるから、「他の人の生命を守るために死刑で1人の生命を奪うことが必要である」と言えなければならない¹²³⁾。刑事法学の立場からも、平川宗信は、「刑事罰が憲法上『人権の内在的制約』の範囲内でしか認められない以上、少なくとも原理的には裁判所の違憲立法審査権は刑罰法規の『必要最小限』性に及ぶはずのものであり、実際上も、保護法益の重要性、侵害態様の重要性、他の規制手段の可能性、刑事規制の弊害の程度などを刑事学の知見を応用して分析すれば、その判定は不可能ではないと考えられる」と述べている¹²⁴⁾。そして、「刑罰の謙抑性の原則からすれば、科される刑罰の程度も、侵害行為に見合った必要最小限のものに止めるべきことになる」ので、「この意味で、一般的に認められているように、『罪刑均衡の原則』が実体的適正の要求の内容として認められることとな」と言う¹²⁵⁾。死刑についてはそのよう

な判断がまさに妥当しよう。そして、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¹²⁶⁾。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¹²⁷⁾。結果、「死刑以外にはこれを防止しうる刑罰が存在しないと判断される場合に限り、死刑の『必要性』を認めるのが妥当」¹²⁸⁾ということに、総じてなるであろう。ホセ・ヨンパルトも、当該「犯罪者を死刑にしないと、または死刑囚の死刑を執行しないと、日本における『公共の福祉』が危ぶまれ、または無視されていると言える」かが問われると、このことを裏打ちしている¹²⁹⁾。また、死刑制度を前提にするときには、被害者の数を死刑選択の主要素としていることは首肯できよう。

そして既に、死刑の威嚇力を証明できないのであれば、「死刑は違憲であることになる」とする主張がある¹³⁰⁾。今や生命の剥奪であれば、手段の厳格度の高い合理性の立証責任は国側、合憲を主張する側にあるということが正当性を持つようになってきた。戦後(西)ドイツで、死刑を廃止しても殺人犯はかえって減少した¹³¹⁾ことなどはそれを一定程度裏付ける。ヨーロッパでは、「死刑は効果のない刑罰であるという認識が育ってきた」¹³²⁾。他方、法社会学者の森大輔は、3つの統計学的な先行研究¹³³⁾を分析した上で、死刑言渡し率は殺人発生率に有意な影響を与えないが、死刑執行率は有意な影響を与えるのではないかと述べている¹³⁴⁾。そうであれば、一般市民の生命を守るために凶悪犯の死刑執行を継続することは意味があることになる。この点は、まずは立証の問題であろう。ただ、日本では死刑執行の可視性が低かったことは明らかで、それでもなお、執行率こそが犯罪抑止に役立っているという点は不可思議であ

る¹³⁵⁾。虚偽であっても「執行した」という発表があればよいのかという疑問もある。また、何れの統計も死刑制度の存続を前提としており、廃止や停止の場合の予測には限界がある¹³⁶⁾。

議論は複雑である。罪刑の均衡を主張し、一般予防の見地から死刑は必要であるとする主張に対し、そう主張したジョン・ロックが、自然法だとして引用した聖書の創世記について一部を無視しているのであり、その部分では「殺人者に対する殺人を明確に禁止する、自然法が記されていた」との指摘もある¹³⁷⁾。ベッカーリアは、「差し出すべき権利に生命は含まれない。したがって、生命を奪うことは国家にはできない」と主張したという¹³⁸⁾。このほか、自殺の手段として死刑を考える犯罪者にとって、死刑は寧ろ犯罪誘発の要因となるほか、衝動的犯罪や、組織的に隠蔽をし尽くす犯罪には、死刑は抑止的に働かない恐れがある¹³⁹⁾。どうせ死刑になると思い、自暴自棄に連続殺人に走ったとされる例もある¹⁴⁰⁾。そもそも、殺人は「激情に駆られて犯されることの多い犯罪類型であり、抑止効果が期待しにくい」ものでもある¹⁴¹⁾。他方、幼年から死刑というものを知り、「相当の驚きと恐怖をもって」人生でそれに近づかないようにしようとするという意味での犯罪抑止力はあるとの主張もある¹⁴²⁾。そして、新自由主義の「自己責任論」の伸張で死刑存置派が増えたとも言われる¹⁴³⁾が、永山事件¹⁴⁴⁾に象徴されるように、貧乏になれば犯罪は増え、また、貧乏に生まれることは自己責任と言いがたい、特に、少年や若年者に関しては言い難い点を衡平、実質的平等に扱うとき、どう考えるべきかという問題もあろう。これは、現代憲法の平等観は実質的平等である¹⁴⁵⁾とされる点とも密接に関わる。これらを踏まえてなお、個別の死刑執行が必要で合憲なのかの立証が必要となる。

また、刑罰の謙抑性も考えねばならない。刑罰は最終手段である筈であるが、このことは、より重い刑罰は、そうでないものでは犯罪を抑止できない場合に限られる、換言すれば、刑罰

の存在理由 (raison d'être) は、「その苦痛よりも大きな苦痛を避けるために必要だという以外にない」¹⁴⁶⁾ ということを導こう。確かに、「平和的な社会の到来に伴って国民の法確信も変化し、それに応じて、死刑が謙抑的に運用されてきた」¹⁴⁷⁾ と言えよう。このことは、民主的多数決によって死刑の存続を委ねることに「民主主義の精神に適った」¹⁴⁸⁾ として、つい正当性を認めてしまうが、もし、生命刑を人権問題として捉えるなら、適切とは言い難い¹⁴⁹⁾。「死刑制度の正当化を『国民』世論に依存するという論法は妥当なのか再検討すべきかもしれない」のである¹⁵⁰⁾。「死刑に対する期待感」に委ねる性質のものでもない¹⁵¹⁾。死刑への欲求は大衆の中に消えていないとして畏怖すべきである。

更に、刑事施設からの凶悪犯の脱獄がほぼ皆無となった日本の現在においては、死刑に関しては特別予防を主張することは困難である。それは、凶悪犯を「刑務所に入れておくだけでできる」¹⁵²⁾ ようになったのである。そして実際、「いまや無期刑は事実上の『終身刑』になっている」¹⁵³⁾ のであるから、最凶悪犯についても、「終身刑」を新設し、それを科すのが、身体的自由の必要最小限の制約となる。

そして、素朴な応報刑論は今や旗色が悪い。椎橋隆幸は、「何人殺しても死刑にできないという理屈は、犯人を死刑にしておけば助かった可能性のある被害者の生命をあまりにも軽視するもの」だ¹⁵⁴⁾ と指摘しており、これがまさにその典型であるが、憲法論としては有効打にならない。応報刑論は憲法の「公共の福祉」による制約として説明できるのか、疑わしい面がある。特に「犯罪の実態におよそ関心をもたない絶対的応報刑論」¹⁵⁵⁾ は、憲法とは相容れないように思われるし、憲法 12 条が自由や権利の濫用を禁じ、「等しく人本来の生存が保障される状態を意図したもの」であるとすれば、「公共の福祉を侵害する者に対し、危害を防止する意味で、何らかの処置を講ずべき義務を国家は負う」が、「その者の生命を奪う機能までも与え

られる、とはいえない」¹⁵⁶⁾ 可能性もある。

1993 年の最高裁判決¹⁵⁷⁾ には、大野正男裁判官補足意見が付いた。大野は、1948 年判決補充意見の、「憲法は、その制定当時における国民感情を反映して右のような規定を設けたにとどまり、死刑を永久に是認したものとは考えられない。ある刑罰が残虐であるかどうかの判断は国民感情によって定まる問題である」、更には、「時代と環境とに応じて変遷があり、流転があり、進化がとげられてきた」ものであるという部分などを引用し、死刑廃止国の増加、4 件の死刑再審無罪事件の存在、治安の好転と永山基準などに伴う死刑宣告の減少などを引き合いに、現在でもなおお憲なのかを問い掛けた。他方で、死刑存置論が多数であることも踏まえ、「なお死刑が罪刑の均衡を失し、不必要な苦痛を与える残虐な刑罰であるといえるためには、他人の生命を凶悪な手段で奪った者に対しても、国家が更生の余地を与えることなく、その生命を権力によってはく奪することは過剰な応報であると意識されることが必要であろう。死刑が国民の道徳感情に基礎を置く刑事政策の一方策である以上、現実の国民の意識のみによって決せられるものでないにしても、それを度外視して、過剰な応報であるとするのは適当でない」などとして、「裁判所としては、『死刑を厳格な基準の下に、誠にやむを得ない場合にのみ限定的に適用していくのが適当であると考え』としたのであった。これは、なお一判事の補足意見ではあるが、死刑判決が、厳格な基準を満たした事案にのみ下されることを、今や確定的方向にしたように思われる。

ところで、日本では、外患誘致罪 (刑法 81 条) は死刑を唯一の法定刑としている。このようなものをアメリカでは命令的死刑宣告法 (mandatory death penalty statute) と呼ぶ場合がある¹⁵⁸⁾。但し、日本の刑法では酌量減輕と法律上の減輕とがあり、廃止前の刑法 200 条が無期懲役から盛んに減輕されていたように、81 条でも宣告刑が常に死刑となるものとは限らな

い。アメリカでは、警察官殺害、終身刑受刑者による謀殺¹⁵⁹⁾、死刑犯罪の前科者による謀殺、爆発物の使用による謀殺などが例として存在したが、このようなものは1976年判決で違憲とされた¹⁶⁰⁾。犯罪状況や特定犯罪者の過去の生活や慣習を考慮しないことは、欠陥を有するというのである。死刑かどうか、裁判所の選択の余地があるものは、アメリカでは裁量的死刑宣告法 (discretionary death penalty statute) と呼ばれている。日本では殆どがこちらである。日本でも、命令的死刑宣告法や、ある条件を備えた場合は必ず死刑となる規定は違憲の疑いがある。例えば、身代金目的誘拐殺人は実質的にはほぼそう思える¹⁶¹⁾が、法令がそうになっておらず、法令違憲の例とは言い難い。

ところが、日本では、この選択の余地が問題を抱えている。それは、殊に死刑の「量刑は公平かつ公平になされなければならない。それゆえ、死刑選択基準は、安定的に運用されなければならない。死刑選択基準が不安定になれば、死刑選択が『ギャンプル化』又は『籤引き化』してしまうこととなる」¹⁶²⁾からである。或いは、「死刑が科される合理的な根拠が示されなければ、死刑を科される者は、死刑の威嚇力を維持し、一般人の応報欲求を満足させるための生贄とみなさざるを得ない」¹⁶³⁾からである。威嚇力を抑えても求められる、刑罰法規の明確性の要請が、死刑を前にしてはある筈である。だが、「種々の情状要素の評価において、死刑事件と無期刑事件の情状はやはり連続的であらざるを得ず、生と死の越えがたき谷を超える合理的な明確な基準を見出す事は困難」¹⁶⁴⁾なところに、問題の本質があるのであろう。そして、適切でない振分けがなされた場合、個別の死刑判決が適用違憲となる可能性がある¹⁶⁵⁾。かつて、アメリカ連邦最高裁のプレナン判事が批判したように、死刑選択基準がなく、死刑対象犯罪の一部にしか適用されないものは、運次第で死刑になるような懸念があるほか、犯罪抑止効果も薄い¹⁶⁶⁾。日本の殺人罪規定は、第一級謀殺、

第二級故殺のような区別がなく、広汎な量刑裁量を付与するオープンな規定になっている¹⁶⁷⁾。この中で最高裁によって提示された永山基準は、「明確であるとは到底言えない」¹⁶⁸⁾ものであり、「『死刑を適用されてもやむを得ない事件』を立法者に対して絞り込んで示す機能を果たしていない」ばかりか、「憲法上要請される個別考慮を妨げる危険がある」¹⁶⁹⁾。また、その基準は、「独立司法委員会」のようなものが策定したガイドラインでもなく¹⁷⁰⁾、無論、「法律」でもない。判例であれば拘束力があるべきところ、光市母子殺害事件最高裁判決以降、原則と例外が逆転し¹⁷¹⁾、凶悪事件では原則死刑に変わったとの指摘もある¹⁷²⁾。基準が立法されず、判例の確立したものが曖昧で、基準として機能していない。死刑を宣告するのに十分な明確性を刑法199条が有していない疑いが濃い。

ところで、1972年、アメリカ連邦最高裁は、3つの事案を審理して、死刑を違憲とする判決を下したのであるが、うち2つは加害者が黒人で被害者が白人の強姦による死刑についてのものであり、陪審が酌量の勧告をしなければ死刑宣告が義務的であった州法のものである¹⁷³⁾。少数者 (minority) ——アメリカにおいては黒人や精神障害を有する人々——に不利な判断が下され、端的に言って死刑になり易いことが指摘され、そうであれば、重大な不平等が否定できないことが言われている¹⁷⁴⁾。アメリカでは修正14条、日本では憲法14条1項違反の問題である。生来の属性が生死を分けるとすれば、極めて深刻な問題である。そして、このようなことは、裁判員裁判でも発生しないか、懸念される。どうしても少数者は同情を得にくく、スケープ・ゴートにされ易い。日本に、これを排除する手続的仕組みが十分だとは思えない。この種の公正で中立な裁判員・裁判官の構成を担保する手続保障が存在しないことは、合憲性を危ういものにして思われる。

このほかの点でも、公平で平等な裁判は、死刑事件である以上、特に必要である。被害者が

全員死亡したり、身内に殺されたりした「声なき被害者」の事件との間の公平性の問題もある¹⁷⁵⁾。家庭内殺人の場合、被害者が複数でも、遺族が死刑を望まないため、刑が比較的寛大になり易い¹⁷⁶⁾。それ以外でも、何らかの理由で「遺族が宥恕している場合には、一定の減軽因子とな」とされる¹⁷⁷⁾。また、暴力団抗争に関連した事件では、被害者にも落ち度があったとされ、死刑になる事例が極めて少ない¹⁷⁸⁾。反面、被害者感情や一般大衆の報復感情を重視すれば、公刑罰が「リンチ」へ後退する危険があり、被害者補償制度の充実で対応すべき問題であることが指摘されている¹⁷⁹⁾。身代金目的、保険金目的となると死刑になり易く、性的目的の場合、拳銃強奪が目的の場合も以前より死刑になり易いとされる¹⁸⁰⁾。ほぼ、ではあるが、判例法上の命令的死刑宣告法になっていると言ってよい。しかし、信頼していた親族に殺されることを思えば、これらが一律に刑を軽くされること、逆に言えば、そうでない事案では相対的に刑が重くなることには、不平等の疑いがある。凶悪事件の場合、共犯や追従した者も死刑になり易い。フランスで死刑を廃止したバダンテール法相は、弁護士として弁護した事件の被告が、共犯で殺人に手を下していないにも拘らずギロチンで処刑されたことをきっかけに死刑廃止運動に身を投じたという¹⁸¹⁾。刑の選択は、果たして公平中立なのか、微妙である。現行犯逮捕された絶対に犯人である凶悪犯は誤判の危険性がないと言われるが、巧妙に犯罪を隠蔽した者が死刑を逃れるとすれば、公平ではなくなる。かと言って冤罪は避けねばならないジレンマがある¹⁸²⁾。このため、死刑選択基準は明確であることが求められるが、あらゆる犯罪を想定して個別の事情を考慮した基準を事前に作成することはほぼ無理であるから、明確性はその分薄れることになる¹⁸³⁾。だが、明確にすればするほど、ある個別の事情は死刑選択の要求を強める¹⁸⁴⁾。ため、命令的死刑宣告法に接近する矛盾がある。以上の要請を受け止めて死刑を宣告す

ることは著しく難しいように思われる。

4 適正手続

「31条は、仮に死刑を認めるとしても、その場合にも、法の適正手続が(特に厳格に)履踐されなければならない、という趣旨に解釈されるべき」¹⁸⁵⁾である。生命刑の絶対性を思えば、適正手続の厳格度は最高水準であるべきであろう。死刑の場合、誤判の結果は取り戻せず、誤判は許されない¹⁸⁶⁾。その意味で、「失われた青春を返せ」ということがあるのは承知していても、自由刑などとは次元が異なろう。日本は精密司法であり、誤判は殆どないという主張もあるが、逆に、そうであれば、誤って起訴されれば「有罪の推定」が裁判官や裁判員、時には最も頼るべき弁護人の心証として浮かび、絶望的であるということであり、「人の無謬性をここまで信じられるのだろうか」¹⁸⁷⁾という疑問となって返ってこよう。議論が混乱する一因は誤判のコストが非常に見えにくいところにある¹⁸⁸⁾。そしてゼロではない¹⁸⁹⁾。現状が、死刑存置で得るものが遺族の感情的満足で、失うものが無実の者の命であるとすれば、「死刑を選択することは合理的ではない」¹⁹⁰⁾。

事実認定の全くの誤りというのが誤判の典型であるが、それ以外にも、共犯事件で主犯か否か、一般情状に関わるもの、広く法的評価に関するものなど、いろいろある¹⁹¹⁾。原因としても、違法な取調べや虚偽自白、科学鑑定の変誤、証拠の不開示、警察官や検察官の予断と偏見、弁護過誤などがあり、それが複合的にあると言ってよい¹⁹²⁾。特に、自白に頼った密室での取調べと代用監獄の問題が重い¹⁹³⁾。「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」¹⁹⁴⁾と言えよう。そして、死刑冤罪事件は、強引な取調べによる自白追及が蔓延していた特定の時代にのみ発生していたものとは言い難い¹⁹⁵⁾。このため、死刑冤罪事件は4件だったが、まず、無実の罪で処刑されてしまった人がいるほか、それ以外に、適正な

手続を経れば、量刑が異なったのではないかと
思われる事案をかなり抱えているのではないかと
疑うべきであろう¹⁹⁶。死刑存置論者が、誤判
は「裁判そのものに伴う危険」であり、「なる
だけ誤判を防ぐことが出来るように手続を慎重
にすればよい」¹⁹⁷と力説するのであれば、事が
生命刑の場合、最大限の慎重さをもってそう主
張すべきであろう。

特に少数者は、刑事手続の中で不利な立場に
置かれている、前述のように、裁判員に最初から
睨まれ、時として弁護人も助けにならない孤立
無援となる危険がある。つまりは、自分で自
分の生命を防御する実質的機會が与えられてい
ないのである¹⁹⁸。精神障害のある者が、その
意味も十分に理解しないまま、上訴を取り下げ
てしまうのであれば、適正手続が守られている
とは言えない。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¹⁹⁹というのでは、公平とは言えない。しか
も、それは、裁判官にも一般大衆にも理解され
難いものである。「適正手続」とは、民事訴訟
の場合には、理解不十分な者が不利益を被って
も、それが私的自治を前提にする民事裁判とい
うゲームのルールであるということに甘受せね
ばならない面もあろうが、刑事訴訟においては、
無罪の推定を受け、国家権力の代表である検察
官と対峙せねばならない被告人に形式的な手続
的権利が付与されていれば十分だということに
はならない。まして、問題は生命刑なのである。
こういった問題が実質的に発生しないような、
最大限に適正な手続が保障される必要がある。

つまり、死刑が究極の刑罰であれば、手続は
最も慎重、端的に言えば、ある意味、死刑を前
提にしたとしても、誰が見ても死刑が相当でな
ければならないことになるであろう。しかし、
日本では、まず、「死刑事件」というものはなく、
検察が死刑を求刑するであろう事件があるば
かりで、弁護側はそれに見合う準備ができず、
その後の手続は同じである²⁰⁰。無論、死刑を求
刑しない事件で、突如、裁判官が死刑を宣告す

ることは論外だが、いわゆる永山基準が示され
ていること、最高裁も死刑事件では口頭弁論を
必ず開くという運用があることがせいぜいであ
る²⁰¹。事実審理開始の段階から有罪を認めて
いる被告人と、無罪を主張する被告人が同じ手
続で扱われ、後者の事実認定を特に慎重に行う
ものでもない²⁰²。アメリカでは、死刑事件では、
被告人側には、他の事件に比して手厚い資金補
助が行われている²⁰³。また、州の一審、二審、
最高裁、連邦最高裁への裁量上告、新証拠が発
見されたなどの場合は州の人身保護請求、その
上訴、連邦最高裁への裁量上告、連邦の人身保
護請求、その連邦巡回区控訴裁判所への控訴、
連邦最高裁への裁量上告という「9段階」の審
理がなされるとされる²⁰⁴。このほか、日本で
は死刑判決を得られなかった検察側は上訴でき
る。日本国憲法39条は、一事不再理を定めた
ものと解釈され、アメリカ流の二重の危険も禁
止まで要求するとする説は少ない²⁰⁵。このた
め、せいぜい「第一審で無罪とされた場合の検
察官上訴にはきわめて重い判断が求められる」²⁰⁶
と留意させるのが限度となる。

一審の裁判員裁判²⁰⁷に向けて、争点の単純
化と「緻密でない審理」が見られ、そもそも死
刑事件だからという裁判員選任のための厳密で
慎重で特別な手続もない。実際、死刑廃止論者
は最初から排除される運用がなされている²⁰⁸。
多分に、死刑の選択を慎重に行うべきとする者
もそう思われる。そうであれば、裁判員の構成
は最初から偏りがあることになり、そうでな
ければ、死刑廃止論者と慎重論者の区別の説明に
難渋しよう。法律についての決定的に重要な説
示は別室ではなされるが、公開の法廷ではなさ
れない。裁判員裁判における量刑評決も、他の
事案と同じ加重された多数決によるものであ
って、要件が更に加重されたものや、ましてや全
会一致ではない²⁰⁹。死刑か否かも原則として多
数決で決まる。これらの点で、日本では死刑事
件に厳密な手続が保障されていないとの批判²¹⁰
がある。本人が取り下げれば一審限りで死刑判

決が簡単に確定するのは、死刑の重大さに比して適正手続ではない。事の重大さより、公開の法廷に晒されることを嫌がる者が、弁護士の手続きも聞かず、上級審の点検機会もないままに、死刑を確定させてしまう。このような事案では、誤りが是正される割合が低くなる²¹¹。1993年から2016年までに死刑を執行された者のうち、約3分の1は最高裁判決を経ずに死刑を確定させている。かつ、多くは、再審や恩赦の出願もしないため、早々に執行され易いのである²¹²。加えて、死刑事件の弁護人は、他の事件と同様の単なる国選弁護人でよいことにもなるまい。また、こうなれば、死刑事件は第1回口頭弁論前に確定する必要がある、検察官は事前に死刑求刑の意思を宣言する必要が生じよう。死刑存置論者の椎橋隆幸ですら、「刑事裁判には誤判の可能性があるので、可能な限り誤判の可能性を避ける手続的な方策を用意しなければならない、特に死刑の場合は、通常の事件の審理手続よりも慎重な特別な手続を必要とすべきである」²¹³と述べており、刑事法学におけるこの問題の合意点だと思われる。

問題は、その慎重な手続がどのようなものであれば憲法の水準に達しているかである。椎橋は、永山基準が大きすぎれなく適用されていること、再審や恩赦の機会があること²¹⁴、執行には法務大臣の命令が必要であることなどをもって慎重な手続が日本にも存在すると主張している²¹⁵のであるが、以上は、ほぼ、通常の刑事手続の中での手続保障に過ぎず、生命刑相当の慎重さは相当の乖離があると言わざるを得ない。日本には独立した死刑「制度」はなく、死刑は刑事裁判全体の中で選択される刑罰の一つに過ぎないため、特別の正確さ、誤判回避の手続は予定されていないのである²¹⁶。だが、死刑を維持するのであれば、主に誤判を避けるため、連邦国家であり、陪審制度であり、歴史的経緯も異なるアメリカと全く同じであるとまでは言えないものの、死刑事件でより慎重な手続を備えることは日本国憲法31条以下の要請

であると考えらるべきではあるまいか。

端的に言えば、アメリカでは、日本のこういった状況は論外であり、不可逆という「質的相違」²¹⁷のある死刑事件では特別な手続「スーパー・デュー・プロセス」が求められるようになっているのである。死刑事件では、事実認定及び量刑双方について恣意的な判断が行われてはならず、個別事件の諸事情や被告人の特殊性を尊重した判断が求められ、これらに反すれば修正8条違反と評価される²¹⁸。事実認定審理と量刑審理は分離され、何れの審理にも陪審員が関与する。陪審員には、死刑か否かの裁量権があるが、量刑には一定のガイドラインがある。生死を決する減軽事情については、行為及び行為者に関連性がある全ての証拠の提出が認められ、それを陪審員は実質的に考慮しなければならない。減軽事情の調査は弁護人の義務でもある。多くの州では、被告人の意思と関係なく、死刑判決は自動的に上訴が行われる。その後も、連邦最高裁への裁量上告、州の裁判所への人身保護請求に始まる手続などがなされ、これらを経ても死刑である場合だけが死刑なのである²¹⁹。特に、弁護人による減軽事情の調査こそが重要であり、精神疾患、知的障害、子どもの頃の虐待、貧困、行為時に若年であったこと、将来的な危険度まで、調査する²²⁰。「量刑の誤判も絶対にあってはならない」ものである²²¹。多くの死刑存置州では、他の類似事件と被告の性格、犯罪の状況などを比較して死刑宣告が過度に不均衡であるか否かが審査される²²²。法定の考慮事由が広汎、漠然などの違憲の疑いがある場合には、裁判所が当該規定を限定解釈する限界解釈機能がある²²³。こういったスーパー・デュー・プロセス論からすれば、日本の状況は明らかに憲法違反と言えよう²²⁴。例えば、二重の危険の解釈も異なるが、日本では、一審・二審が死刑を回避しても、最高裁の差戻しを経て死刑が確定する場合、即ち、複数の裁判所のそれぞれ過半数の裁判官や裁判員が死刑の適用を回避した場合でも、死刑になり得るこ

とは、慎重な手続というものとは乖離がある。また、日本では心神喪失者に対する死刑執行がなされているとの疑いが消えない²²⁵⁾が、そうであれば、憲法36条違反の疑いがある²²⁶⁾。

土本武司は、存置を前提にする場合、「死刑判決がより慎重な手続によって言い渡され」るために、「事実認定、量刑事情とも複数の弁護人により多様な角度から検討」すること、「裁判官全員一致の場合のみ言い渡せるものとする」こと（現在では裁判員を含めてということになる）、「死刑判決については、被告人の意思にかかわらず全審級の審理を受けるものとする」ことを提言した²²⁷⁾。予想されない基準変更の問題もある。誤判防止対策は重要である。アメリカで誤判の原因として挙げられたものには、犯人識別供述、虚偽自白、法科学鑑定、警察・検察の不正、同房者証言、弁護過誤が挙げられるが、死刑事件において特に指摘されるのは弁護過誤であるという²²⁸⁾。光市母子殺害事件の弁護人は、一審・二審で無期懲役が限度だと考え、また事実そうだったため、「情状に不利になるような証拠に同意してしまっている。精神鑑定も生半可だし、出しておくべきであった証拠はいっぱいある」²²⁹⁾ということになるのである。無論、無期刑であれば冤罪でもよい、という意味ではない²³⁰⁾。だが、アメリカなどと比べて死刑の執行数が少なく、多くの人は冤罪の危険性を低く見積もり、自分がましてやそうなる可能性が低いと考えているため、民意が改革の動機付けにはなっていない面がある²³¹⁾。

証明の水準としても、刑事訴訟であれば、「合理的な疑いをいれない証明 (proof beyond reasonable doubt)」が要求される筈であり、「死刑は自由刑に比して特段に重大な不利益であるからさらに高度の証明水準を要求しなければならない、という考え方も論理的には十分に成り立つ。そして、人命が取り返しのつかないものであることからすると、その証明の確実性は100%でなければならない、という帰結は、むしろ至極当然のようにさえ思える」²³²⁾し、「死

刑事件の誤判を『許された危険』または『社会的コスト』と見ることには、とうてい賛成できない²³³⁾というのが本筋である。だとすれば、現在の状況が憲法31条以下の要請を満たしているかは、甚だ疑問であろう。各審級で、過半数ではなく、4分の3などの特別多数決であることが要請され、全ての審級で死刑と判断されたものが死刑と解されるべきではなかろうか。憲法37条1項は「迅速な公開裁判」を求めるが、不当に長期の拘束の下、証拠の散逸した不正確な裁判を抑止する趣旨であって、拙速な死刑判決を促進する条項ではない。無論、これに、再審や人身保護請求が含まれる。

刑の確定後も問題がある。死刑存置国では「誰が、いつ、どこで処刑されるかということは、前もって公表されている」のが普通であるが、「それを秘密にする唯一の国」である日本²³⁴⁾では、執行日が事前に告げられないため、差し迫らなければならない訴訟や異議申立てができないという問題がある²³⁵⁾。人身保護法が活用されていないという問題点もあろう²³⁶⁾。そして、弁護人依頼権が薄く、判決までは国選弁護人が通常事件と同様に付くばかりであり、死刑確定後は付かないことが多く、かつ、確定者自身が「弁護人と会うことを望んでいない」という理由で拘留所が弁護人との面会を断ることがあるなどの問題がある²³⁷⁾。再審請求中であっても執行されるという問題まである²³⁸⁾。適正手続が保障されているとは言い難く、判決確定後も、個々の対応が次々と違憲の訴えを提起できそうな状況にあると言えよう。

5 残虐刑の禁止

憲法36条は残虐刑を禁じるが、日本において「身体的呵責を与える」身体刑は「前近代」で終わり²³⁹⁾、「戦争まで放棄した」憲法において、これが「死刑を指しておることに疑はない」²⁴⁰⁾と言えよう²⁴¹⁾。「絶対にこれを禁じる」もので、例外は許されない。「公共の福祉」による制約や、相対的にそれが許される場合があ

るとする学説は皆無といってよい²⁴²⁾。犯罪被害者の一部の声である、なるべく苦しめて殺して欲しいという主張は、心情としては理解できるが、憲法論としては棄却せざるを得まい。残虐であることが知られれば威嚇力が増すという矛盾もあるが、だからと言って残虐刑が許されるものではない。方法によって、死刑は残虐な刑罰になり得る²⁴³⁾。「野蛮」とも評価される²⁴⁴⁾。一般にその中でも「通常の人間の感覚をもつ者にとって異常の衝戟をあたえる種類の刑」²⁴⁵⁾が憲法の禁ずる残虐刑に該当するというのが、これまでの常識であったように思われる。それは、特定の執行方法の残虐さを論じることに傾斜しがちであったということでもある²⁴⁶⁾。なお、本条は立法だけでなく、行政や司法も拘束する²⁴⁷⁾ので、個別に残虐となる執行は憲法違反、適用違憲であるとの留意が必要であろう。

これに対し、木村草太は、「目をつぶしたり、腕を切り落としたりする刑罰が『残虐な刑罰』なのだとなれば、「命を奪うことは合憲だ」という結論もかなり奇妙だ」として、死刑全体の合憲性を疑う²⁴⁸⁾が、多くの学説は、身体刑は自由刑に代替され、代替できない生命刑が残虐でないとの条件で残っていると考えると思われる。極東国際軍事裁判判決直前の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、「その時代と環境とにおいて人道上の見地から一般に残虐性を有するもの」を憲法36条違反だとした²⁴⁹⁾。これは、「残虐」の判断が、究極的には「社会通念に帰する」²⁵⁰⁾ものであることを示唆していた。そして、盛秀雄が、「刑罰の種類としての死刑そのものについて、それが、残虐なものでない、と言っていると思わざるを得ない」²⁵¹⁾と述べるように、判決には、死刑そのものは残虐とは言えないという考えが前面に出ている。この例示は、刑の執行の公開²⁵²⁾を前提としたものであり、近代以降、死刑が非公開で「効率性」重視の方法に移行していることと符合する²⁵³⁾。また、この判決は、絞首刑が過去の処刑方法

より身体破損の程度が低く、「はた目のうける残虐感もたしかに少い」²⁵⁴⁾などが言えるに過ぎず、よく読むと、判示した方法が残虐だとは述べているが、特定の、例えば絞首という方法が残虐ではないということを論証した形にはなっていない点で問題があるように思える²⁵⁵⁾。いかにも残虐な処刑方法を挙げ、その残像があるうちに、絞首刑はまだましであると言ったに過ぎない²⁵⁶⁾。憲法36条は公開処刑でなければよい、という意味ではない。残虐か否かの境界線を引く議論は不足してきたと言えよう²⁵⁷⁾。

その後、最高裁は1955年に、各種執行方法を比較した上で、「わが国の採用している絞首方法が他の方法と比して特に人道上残虐であるとする理由は認められない」と繰り返している²⁵⁸⁾。1948年死刑合憲判決もこの判決も、憲法36条が「残虐」という解釈に開かれた語を選択したことと適合的でない。残虐かどうかは、「人人がそれを残虐だと考えるようになった時こそ死刑は残虐だといえる」²⁵⁹⁾面がある。逆に、いつまでも野蛮な国民感情が支配していれば、死刑の執行方法はそのままよいことになるということは懸念される²⁶⁰⁾。逆行することすらあり²⁶¹⁾、残虐とは何かの観念は流動する。とは言え、アメリカ合衆国憲法修正8条の「残酷で異常な刑罰」の解釈同様、究極的には「社会が変化すれば、死刑そのものも『発展的節度基準』に反して違憲となりうること」²⁶²⁾を示唆する。或いは、特定の執行方法が違憲と評価されることを示唆する。この基準 (evolving standards of decency) はアメリカ連邦最高裁の解釈指針となっている²⁶³⁾。明らかに、日本国憲法36条はアメリカ合衆国憲法修正8条由来と思える²⁶⁴⁾ので、解釈上も参考になろう。だが、それでも日本は、アメリカの「類似の」死刑「規制を行う法を発展させてきていない」²⁶⁵⁾。なお、カナダ1982年憲法律12条は「すべての人は、残虐で異常な取扱いのない刑罰に服させられない権利を有する」と定めているが、既に1962年以降死刑は執行されず、1976年に廃止され

ている²⁶⁶⁾。但し、死刑がこの12条によって禁止されたものなのかについて、カナダ最高裁は判断していない²⁶⁷⁾。

植松正は、「残虐な刑罰」の意味について、「単に生命を奪うだけでなく、不必要な苦痛を与えるような刑罰をさす」と述べた²⁶⁸⁾。そして、「ギロチン、銃殺、電気殺、瓦斯殺及び絞殺の中最も時間が長くかかり、屍姿の無残等より客観的に絞殺が最も残虐である」²⁶⁹⁾という評価からすれば、日本が、より残虐でない執行方法を選択していない恐れもあろう。明治初期から基本的に変化がないことが、そのことを疑わせる。1922年には司法省の行刑制度調査委員会が「被刑者ノ苦痛ヲ減少シ且ノ刹那ニ於ケル惨状ノ見ヘサル様執行方法ノ改善ヲ希望スルコト」を勧告した²⁷⁰⁾ことは、戦前に絞首刑の残虐さについて司法関係者に認識があったということである。團藤重光も、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²⁷¹⁾とし、「現行法の絞首刑が合憲だという結論は出てこない」と指摘していた²⁷²⁾。

だが、大阪地裁の裁判員裁判は、いわゆる此花区パチンコ店放火殺人事件一審判決²⁷³⁾において、現行の絞首刑が受刑者に苦痛を与えることを認めながら、憲法の禁ずる「残虐な刑罰」ではないと認定した。曰く、「死刑は、そもそも受刑者の意に反して、その生命を奪うことによって罪を償わせる制度である。受刑者に精神的・肉体的苦痛を与え、ある程度のむごたらしさを伴うことは避けがたい。憲法も、死刑制度の存置を許容する以上、これらを不可避のやむを得ないものと考えていることは明らかである。そうすると、死刑の執行方法が、憲法36条で禁止する『残虐な刑罰』に当たるのは、考え得る執行方法の中でも、それが特にむごたらしい場合ということになる。殊更に受刑者に無用な苦痛を与え、その名誉を害し、辱めるような執行方法が許されないことは当然としても、

医療のように対象者の精神的・肉体的苦痛を極限まで和らげ、それを必要最小限のものにとどめることまで要求されないことは明らかである。自殺する場合に比べて、安楽に死を迎えられるということになれば、弊害も考えられる。特にむごたらしいか否かといった評価は、歴史や宗教的背景、価値観の相違などによって、国や民族によっても異なり得るし、人によっても異なり得るものである。死刑の執行方法が残虐と評価されるのは、それが非人間的・非人道的で、通常の人間的感情を有する者に衝撃を与える場合に限られるものというべきである。そのようなものでない限り、どのような方法を選択するかは立法裁量の問題」だとし、「死刑に処せられる者は、それに値する罪を犯した者である。執行に伴う多少の精神的・肉体的苦痛は当然甘受すべきである」とするのである。興味深いのは、死刑が、自殺や医療の場合より「意図的」でない²⁷⁴⁾肉体的苦痛を伴うことはやむを得ないし、またそうでなくては刑罰の意味がないと考えていると推察されること、かつ、より残虐ではない方法があるかどうかは関係なく、通常、残虐とは思われない幾つかの執行方法の中から選択されていれば憲法違反ではない、犯した罪からすれば若干の残虐性は甘受されるべきだという整理ができる点にある。しかし、動物に対する安楽死すら大いなる議論がある²⁷⁵⁾今日、それ以上の苦痛が合憲であるとも思えない²⁷⁶⁾。死刑そのものは合憲でも、或いは、「絞首」を指定する刑法11条すら合憲であっても、その執行方法を定める「下位法規が法律による」合憲的な「授權の範囲にあるといえ」²⁷⁷⁾ない状況なのかもしれない。

此花区パチンコ店放火殺人事件では、元最高検検事の土本武司が2011年10月12日、「1つ目には、医学的見地から見て、死刑囚本人に不必要な苦痛を与えるものであるかどうか、こういう観点からの検討。第2に、不必要な身体の損傷を生ずるかどうか、第3に、一般人の心情において惨たらしさがあるかどうか、これが先

ほど来いう、外観からの判断材料ということになるわけですが、私としては、最高裁の精神をくんで、この3点からのアプローチが残虐性判断の要素として適当ではないか」などと証言した²⁷⁸。「正視に堪えられず、むごたらしい」とも証言した²⁷⁹とされる。このほか、その姿が「人道上見るに忍え得るものか」という点も残虐性の要件に加える意見もある²⁸⁰。この観点は「定義」ではないが、「日米の判例に比べて格段に分かりやすく実務的に使いやすい」と評価できよう²⁸¹。「目隠しをされて後ろ手に縛られ、首に縄が巻き付けられる。次の瞬間、足元の鉄板が開いて、囚人は空中に吊り下げられる。首を絞められてから数分から十数分、心臓は動いている。医官が脈をとって心臓の停止を確かめる。なお数分、慎重に死を確かめてから囚人は下ろされる。吊るされた瞬間、脱糞が起こり、全身に痙攣が走る」²⁸² そうである。死因としても、「頸動静脈の圧迫によって起こる、脳に酸素が行かなくなる状態」、「咽頭が閉まることによって起こる、息ができなくなる状態」、「頭部離断」、「延髄の損傷を伴う椎骨の骨折」、「迷走神経損傷によって起こる急性心停止」²⁸³ のどれが起こるか、「誰にも予測することはできない」²⁸⁴。結果、「死刑囚に苦痛を与えることがない絞首は、きわめて稀にしか起こらない」のだそうである²⁸⁵。そうして、絞首刑が「人類の歴史の暗黒時代から採用されてきた」ものであり、今日、「死刑を存置する国でも、絞首刑は急速に姿を消しつつある」²⁸⁶ ことも、それが「残虐な刑罰」であることの一つの根拠となり得よう。

加えて、現状では、現在のアメリカ死刑存置州で一般的に行われている薬物注射²⁸⁷ が「適切に執行されれば受刑者は全く苦痛を感じない執行方法である」²⁸⁸ とされるため、日本国憲法36条の解釈としても、死刑を前提とする限り、これが「残虐刑」ではない死刑執行方法に思える。それ以外の方法をわざわざ選択することは、より苦痛を与えられることを承知しての執行で

あり、だとすれば、現行の絞首刑は今や「残虐刑」であるように思われる²⁸⁹。代替する方法として、これ以外を検討する余地はなさそうである。銃殺は、多数の執行吏を必要とし、即死でなければ苦痛を与える²⁹⁰。電気殺は、見た者に必ずやショックを与えるほか、肉体的に苦痛を与える²⁹¹。ガス殺は肉体を傷つけないが、苦痛を与える²⁹²。また、その後の対応に最大限留意しないと、執行官が巻き添えを食う危険もある。死刑執行方法は、医学的、生物学的研究の成果によって、より残虐でない執行方法が発見される余地があり²⁹³、そうなれば、旧来の方法は残虐と評価されるため、幾つかの残虐でない方法が許容されるのではなく、憲法の許容する方法はほぼ唯一となると思われる。よって、仮に薬物注射以上に苦痛を与えない方法が発見された場合は、現在の薬物注射すら「残虐刑」となり得るものである²⁹⁴。結果、「死刑の方法が洗練されればされるほど、死刑制度の正当性/正統性が高まり、死刑廃止から遠ざかってしまうという逆説的な状況」もある²⁹⁵。他方、薬物注射は失敗するとかえって苦痛を招いてしまうことや、当該製品の入手が困難となると刑を執行できないか相当なコストとなるなどの問題点も指摘される²⁹⁶。製薬会社が、死刑に用いられることを嫌って販売・納品を拒否することや、薬剤師や医師が調剤や立会いを拒否することも十分に考えられる²⁹⁷。そして、アメリカでは、このようなことから電気殺などに戻ろうとしているのであるが、それはまた一旦残虐な執行方法と認定したものを復活させることであり、問題を生じさせている²⁹⁸。

なお、残虐性の判断について、判例は執行中のそれを主に判断したと思われるが、執行前から執行後に至るまで考えなくてはなるまい²⁹⁹。刑事訴訟法479条1項が「死刑の言渡を受けた者が心神喪失の状態に在るときは、法務大臣の命令によって執行を停止する」としているということは、死刑囚が死を意識し、自覚することを要求することである。「死刑の宣告をうけた

瞬間から死刑の恐怖におそわれる」³⁰⁰⁾ことを忘れるわけにはいかないものであり、死刑は、それを待つ間も残虐性を抱えているということである³⁰¹⁾。昼夜を問わず続く死の恐怖や緊張は一般的に「残虐さ」を構成しよう³⁰²⁾。「過半数の人々が、刑の執行の前にノイローゼになって、つまり、理性を麻痺させて、動物的な状態に退化して、やっと苦痛からのがれられるような極限状態に追い込まれる」³⁰³⁾。「死刑の残虐は、死の恐怖に晒されている長い年月にある」³⁰⁴⁾と言える。そうであれば、「如何ほど人道的な方法 (most humane method) が案出されても死刑は死刑である」³⁰⁵⁾ということになり、あらゆる死刑は残虐刑だとする主張に繋がる³⁰⁶⁾。しかし、最高裁は1985年、長期30年以上身柄を拘束されてから死刑を執行することも「刑法11条2項所定の拘置は、死刑の執行行為に必然的に付随する前置手続であつて、死刑の執行に至るまで継続すべきものとして法定されている。したがつて、所論のような拘置ののちに死刑の執行をすることは、当裁判所大法廷の」1948年判例と1955年4月判例³⁰⁷⁾「の趣旨に徴すれば、憲法36条にいう残虐な刑罰に当たらないことが明らかであるというべきである」と判示した³⁰⁸⁾。今や、この論理では、残虐でない死刑執行が全過程で担保するのは難しくなっているのではないか、との疑念は払拭されていない。

おわりに

全体を通じて言えることは、確かに死刑制度そのものは違憲ではないが、①根拠法令が明確で適切な委任がなされて存在し、②死刑の科される犯罪が明確に広汎でなく限定され、③生命を奪うに相応しい明確で高度な適正手続に従い、検察官の死刑宣告から最高度の適正手続に入るなど、要は実体・手続とも適正なものである必要があるということを満たさねば違憲となるということである。その要件の中には個々の執行が平等で、人権制限の手段として必要最小限のものであり、執行方法が残虐ではない方法

でなければならないということが含まれる。執行方法は、現時点で残虐と評価されず、また、より残虐ではない方法がない方法——それをLRAと言うべきか否かはさておき³⁰⁹⁾——でなければならない筈である。適切な執行方法を再考し、これを法務省令で定め、しかも執行方法を改めるべく刑法11条の改正が必要である。刑法199条のような包括的な規定は改正しなければならぬ。手続的にも、裁判官・裁判員の、全員一致までは必須ではないと思われるが、特別多数決で死刑は判決され、明らかな事実誤認などの差戻しを別として、何れの審級でもそれが確認されることを原則とし、国選弁護人は適任者が選ばれ、死刑を回避する理由が適切に弁論され、かつ、上訴は必須であろう。単に、真犯人でないものを処刑してはならないのに留まらず、当該犯罪行為を誤って死刑相当と評価しないことも含まれている。憲法32条の「裁判を受ける権利」は、間違っても私的自治を前提とする民事訴訟の場合と同様に読まれてはならない。刑事手続の適正を定める31条の第一の鉄則である。再審や人身保護の手続保障が必要である。貧困や精神病、ましてや人種・信条・民族・国籍・性別・門地などが実質的な死刑選択の理由ではないことを明確に排除せねばならぬ。刑事実体法や刑事手続法の解釈は厳格でなければならず、そのような法令による人権制限の合憲性は厳格審査か、あるとすれば、それに準じる司法審査基準で審査されねばならないことになる。果たして、当該死刑判決や執行が、必要最小限で、他と比べて公平で、犯罪の抑止のためにやむにやまれぬものであることを検察が証明し、それを審査する極めて慎重な手続がなされなければならず、誤判がないよう、最も慎重な手続が踏まえられねばならず、これを踏まえなければ違憲となることになる。

死刑は合憲であるが、それは、このような条件をクリアした場合に限る、というのが本稿の帰結である。現行犯逮捕などで犯人性が明らかで、極悪な凶悪犯という者はあるであろうが、

果たして、そのケースは極少で、このための司法・検察等の負担は相当なものになるのではないか、との懸念もある。それでもなお、類似の死刑・無期懲役事件相互間の公平性の問題は残る。そうでない判決は適用違憲と評価される。かつ、非常に厳格なテストをクリアせねばなるまい。以上の憲法上の制約があり、国際的な非難も高まっている中で法政策的判断として、死刑を維持するか、なのである³¹⁰。ここまで考え詰めてくると、合憲的執行は一般に相当に難しい。戦後、早々に、「新憲法の精神からいえば、刑法は死刑に代えて無期刑を科すべき」³¹¹だとする憲法「感覚」には一理あったように思われる。だからこそ、多くの憲法学説が、「先進文明諸国では殆んど例をみない程の厳しい死刑制度」³¹²を違憲とまでは言わないが、今日、日本国憲法下で密行される明治以来の絞首刑に違和感を覚え出し、ある意味「非立憲」³¹³的であることを感じ取ってきたのだと思われる。憲法論としてはここまでであるが、残る、『「死刑を存置すべきか、廃止すべきか』という立法政策論」としての「憲法的死刑論」³¹⁴としては、死刑制度存続を憲法論としてはあまり推奨できない、少なくとも一旦停止、軍事犯罪や組織犯罪などを除く通常犯罪については停止、というのが「立憲的」判断なのではないか、ということになるのが穏当なところだと思われるが、如何であろうか。無論、これらと他との画定は新たな難問となる。これには、死刑執行停止法があっても、司法判断を事後の立法機関の判断が否定することから、権力分立に反するとの異論³¹⁵もあろうが、仮に最高裁による違憲判決が下る前に尊属殺重罰規定を廃止しても権力分立違反なのかということをおぼえれば、やや強弁である。また、本稿は憲法判断を守備範囲として徹してきたが、国際人権規約自由権規約は日本も批准しており、誤った死刑執行を避けるべく再審、人身保護手続、恩赦が機能していなければ、国際法違反であり、再審請求中の死刑執行はまさにそうであるということも指摘しておきたい³¹⁶。

死刑を巡る法政策的余地は以上である。絶対に違憲というものではないが、様々な憲法条項の規制をクリアせねばならない。「共生社会」を願いつつ、国家が死刑を維持する意味は何か³¹⁷。確かに、今後、治安の乱れが最大級になった場合、死刑制度なくして多くの人命は守れない、と感じる事態が生じないとも限らない³¹⁸。このことは、1948年の死刑合憲判決が戦後の混乱期や極東国際軍事裁判などを意識せざるを得ない時代状況に縛られていることも示すものである³¹⁹。団塊の世代は高度経済成長に救われたのかもしれない。しかし、今日、以上の憲法的条件を全てクリアして死刑を存続させねばならない理由は、被害者感情や国民感情以上に存在するのか、冷静に考えて見る必要がある。現在、先進国であると胸を張るには、一人当たりの高いGDPばかりか、福祉国家体制、立憲的・民主的な政治体制（多分に、結社の自由を支えられた複数政党制、政権批判の自由、政権交代の実質的可能性、違憲審査制、司法権の独立などを含む）と基本的人権の保障——勿論、原発に積極的、世界報道自由度ランキングの順位があまりにも低いとか、日本学術会議の人事への政治介入³²⁰などもなく——が必要である。これに今や、相対的軽武装と死刑廃止が加わりそうな勢いである。逆に、そうであれば、現在の日本であれば、文明国・先進国ではない、という非難を回避するためにも、死刑は廃止する判断はあるとも思える。死刑は高コストでもある。以上がとても難題であれば、年平均数件の死刑廃止は有力な選択肢となる。内閣は、まず、国民世論（というよりも、独裁が記憶になく、「悪い奴はぶっ殺してしまえ」という大衆の感情）と国際世論の調整の機能を期待されることになるであろう³²¹。

注

- 1) 司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』106頁（法曹会、2012）。
- 2) 鶴飼信成「死刑と憲法」専修法学論集27号1

- 頁, 3頁 (1978).
- 3) 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 (2019).
 - 4) 小林孝輔『憲法』〔新版〕107頁 (日本評論社, 1998).
 - 5) 最大判昭和23年3月12日刑集2巻3号191頁. 本件評釈については、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, 27頁注162 (2019) 参照.
 - 6) 芦部信喜『憲法』〔新版補訂版〕(岩波書店, 2000) 参照.
 - 7) 佐藤幸治『日本国憲法論』〔第2版〕377頁 (成文堂, 2020). 井上宏「判批」法律のひろば47巻2号38頁, 40頁 (1994) など同旨.
 - 8) 千種達夫「絞首刑」判例時報242号2頁 (1960).
 - 9) 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, 261頁 (2013).
 - 10) 鶴飼信成『要説憲法』100頁 (弘文堂, 1960).
 - 11) 佐藤前掲註7) 書377頁も、「憲法規範上死刑を設けなければならないわけではなく、政策論・立法論として死刑を廃止することは十分ありえる」とする.
 - 12) 伊藤公一『憲法概要』〔改訂版〕88頁 (法律文化社, 1983), 榎原猛『憲法—体系と争点』206頁 (法律文化社, 1986), 川又伸彦『マスター憲法』167頁 (立花書房, 2009), 辻村みよ子編『基本憲法』194-195頁 (悠々社, 2009) [河北洋介], 赤坂正浩『憲法講義 (人権)』194-195頁 (信山社, 2011), 本秀紀編『憲法講義』〔第2版〕467頁 (日本評論社, 2018) [愛敬浩二], 佐藤同上377頁など.
 - 13) 戸松秀典『憲法』314頁* (弘文堂, 2015).
 - 14) 学部学生による, 憲法 (根本) ゼミナール「死刑制度の合憲性」静岡大法政論集7号18頁, 28頁 (2004) も, 学内アンケートでも死刑存置派・合憲論が強いことを認めつつ, 「死刑廃止」を結論とする.
 - 15) 渋谷秀樹『憲法』〔第3版〕262頁 (有斐閣, 2017).
 - 16) 辻村みよ子『憲法』〔第6版〕271-272頁 (日本評論社, 2018).
 - 17) 中山勲「死刑合憲論批判—最高裁判例を中心として」阪大法学61号1頁, 2頁 (1967).
 - 18) 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, 268頁 (2013).
 - 19) 同上265頁.
 - 20) 「民主主義」やパンとサーカス (剣闘士奴隷の猛獣との決闘) を望む「大衆の声」は、『殺す側の論理』(本多勝一, 朝日新聞社, 1984) である.
 - 21) 当然のこのようであるが, あらゆる法律, 命令, 規則, 条例などは憲法の下位法令であって, 憲法に適合するものでなければならず, また, 適合するように解釈されなくてはならない. 高田敏「序説 法治国家の再編成と憲法具体化法としての行政法」法学セミナー277号6頁 (1978) や, 同編『行政法—法治主義具体化法としての』〔新版〕(有斐閣, 2009) に代表されるように, 行政法については憲法具体化法という意識が強かったが, それ以外の諸法では若干その意識が希薄だったのではないかと思われる. また, 行政法だけが憲法具体化法なのでもないし, 憲法に反しない限りでの行政法の独自性は当然にあると考える方が自然である. その意味では, 片山智彦『裁判を受ける権利と司法制度』(大阪大学出版会, 2007) は民事訴訟分野でそれを問いかけるものであった. 補足すれば, 君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社, 1996) も分量的に半分程度は, 多分に家族法領域でのそうした試みであったと言えようか.
 - 22) 木村草太「死刑違憲論を考える—『存在してはならない生』の概念」世界912号50頁, 51頁 (2018).
 - 23) 内田前掲註18) 論文260-261頁は, 「仮に日本において執行方法が絞首から薬物注射に変わったとしても,」そして「情報公開が十分になされても, 一般国民の死刑制度に対する確信がある限り, その多数が死刑廃止を支持することはないであろう」と述べる.
 - 24) 横大道聡「憲法から死刑を考える」法学セミナー729号28頁, 29頁 (2015).
 - 25) 清宮四郎『憲法要論』97頁 (法文社, 1952), 小林直樹『憲法講義上』373頁* (東京大学出版会, 1967), 覚道豊治『憲法』〔改訂版〕243頁 (ミネルヴァ書房, 1973), 和田英夫『新版憲法大系』195頁 (勁草書房, 1982), 戸波江二ほか『憲法(2)—人権』222頁 (有斐閣, 1992) [安念潤司], 堀内健志『憲法』〔新版〕160頁 (信山社, 2000), 松井茂記『日本国憲法』〔第3版〕542-543頁 (有斐閣, 2007), 伊藤前掲註12) 書88頁など.
 - 26) 鈴木安蔵『憲法学原論』364頁 (勁草書房, 1956), 清宮四郎=佐藤功編『憲法講座2』259頁 (有斐閣, 1963) [大野盛直], 大西芳雄『憲法要論』101頁 (有斐閣, 1964), 宮澤俊義『憲法Ⅱ』〔新版〕420頁 (有斐閣, 1971), 橋本公巨『日本国憲法』314頁 (有斐閣, 1980), 手島孝『憲法解釈二十講』92頁 (有斐閣, 1980), 佐藤幸治編『憲法Ⅱ』372頁 (成文堂, 1988) [高橋正俊], 阿部照哉『憲法』〔改訂〕146頁 (青林書院, 1991), 伊藤正己『憲法』〔第3版〕344頁 (弘文堂, 1995), 佐藤功『日本国憲法概

- 説』〔全訂第5版〕261頁(学陽書房, 1996), 初宿正典『憲法2』〔第3版〕391頁(成文堂, 2010), 長谷部恭男『憲法』〔第7版〕274頁(新世社, 2018)など。
- 27) 市川正人『基本講義憲法』209頁(新世社, 2014), 橋本同上314頁, 阿部同上147頁, 伊藤同上344頁など。
- 28) 小堀久男「死刑は合憲か」追手門経済論集23巻1号127頁, 138頁(1988)。
- 29) 関連して, カナダ最高裁は, 死刑の可能性のある国への犯罪人引渡しについて, 1982年憲法法律7条に抵触することとして, これを認めなかったことがある。United States v. Burns, [2001] 1 S.C.R. 283. 同条は, 「すべての人は, 生命, 自由及び身体の安全性並びにそれらを基本的な正義の諸原則に合致した形でなければ剥奪されないという権利を有する」と謳う。同12条の残虐刑の禁止が適用条文ではなかったところが興味深い。松井茂記『カナダの憲法』271-272頁(岩波書店, 2012) 参照。
- 30) 中山前掲註17) 論文17頁。
- 31) 同上18頁。
- 32) 同上20頁。
- 33) 「学説上も生命権が憲法上の人権としては必ずしも重視されてこなかった」と語る, 山内敏弘「生命権と死刑制度についての再論」龍谷法学49巻4号217頁(2017)も同旨か。
- 34) 同上237頁。
- 35) 同上238頁。
- 36) 同上240頁。
- 37) 丹羽巖「日本国憲法と死刑」中部大交際関係学部紀要23号1頁, 4頁(1999)。
- 38) 正木亮『死刑—消えゆく最後の野蛮』258頁(日本評論社, 1964) 同旨。
- 39) 山内前掲註33) 論文250頁。
- 40) 君塚正臣「刑事法学における死刑論議—團藤重光を中心に」横浜国際社会科学研究所25巻2号1頁(2020)。
- 41) 小野坂弘「死刑と憲法秩序」刑法雑誌35巻1号71頁, 76-77頁(1995)。
- 42) 生田勝義「死刑と生命権についての一考察」立命館法学360号1頁, 4頁(2015)。
- 43) 同上5頁。この種の違憲論は, 山内敏弘「生命権と死刑制度」一橋法学1巻1号21頁(2002), 山内前掲註33) 論文などにも見られる。
- 44) 生田勝義「死刑と生命権(再論)」立命館法学365号110頁, 127頁(2016)。
- 45) 生田前掲註42) 論文17頁。
- 46) 平川宗信『憲法的刑法学の見解—仏教思想を基盤として』81頁(有斐閣, 2014)。
- 47) 同上201頁。
- 48) 同上206頁。
- 49) 同上214頁。
- 50) 同上219頁。
- 51) 高作正博「死刑の執行方法と立法不作為の憲法論」関西大学法学論集64巻3=4号69頁, 73頁(2014)。
- 52) 君塚正臣『司法権・憲法訴訟論』第5章(法律文化社, 2018) 参照。通説は, 憲法32条を, 民事・行政裁判を提起する請求権的権利と, 刑事裁判を受けずして刑罰を受けないという自由権的権利の両面あるものとして読んできたが, 同書は, ここではそのうち後者だけが主たる権利であると読む。前者は, 76条の司法権の定義から当然に生じるものであり, 裁判の中で十分な手続なしに不利益な判決を受けないことが, 32条の準用として考え得る程度だと思える。このことにより, 32-40条を刑事手続上の権利として一貫して読める利点がある。
- 53) 團藤重光『法学入門』78頁(筑摩書房, 1973)。
- 54) 「死刑は廃止されているものとする」。なお, ボード・ピエートロ=ベルンハルト・シュリンク(永田秀樹ほか訳)『ドイツ基本権』134頁(法律文化社, 2001)によれば, 「ナチス期において国家的に組織された殺人として実戦された安楽死もまた, 生命に対する介入に数えられる」そうである。
- 55) 大隈義和「憲法規範の緊張関係—『個人の尊厳』と死刑制度」九大法政研究61巻3=4号下431頁, 451頁(1995) 同旨。
- 56) 遠藤比呂通「刑事裁判と適正手続—死刑について考える」ジュリスト1089号267頁, 270頁(1996)。
- 57) 平川前掲註46) 書33-34頁。
- 58) 秋葉忠利「最高裁の死刑についての判決再考—憲法は死刑を禁止している」数学教室64巻10号67頁, 69頁(2018)。
- 59) 君塚正臣編『大学生のための憲法』73頁「コラム」(法律文化社, 2018) [君塚] 参照。
- 60) 榎透「アメリカ合衆国連邦最高裁判所における死刑をめぐる憲法判断: 裁判例の展開」専修法学論集120号165頁, 166頁(2014)。
- 61) 戸波江二ほか「第1部会討論要旨」公法研究58号114頁, 129頁(1996) [土井真一] など。
- 62) 犯罪被害者支援弁護士フォーラム『死刑賛成弁護士』30頁(文藝春秋, 2020) [高橋正人] 参照。
- 63) 民意に従い極悪人は次々と死刑にせよ, という風潮になった場合, 国家保護義務論はそれを助長することになるであろう。国家権力の立憲的統制に逆行する理論であると危惧する。芦部信喜『宗教・人権・憲法学』230頁(有斐閣, 1999)は, 「国の基本権保護義務論が, ドイツの支配的学説のような価値秩序, 客観的原理に大きく比重を置く人権論と結びついて, すべての基本権について説かれる形になるのは, 日本

- 国憲法の解釈理論として適切かどうか問題があるのではなかろうか」と述べており、佐藤前掲註7) 書188頁も、「確かに国家の保護義務を強調しなければならない局面があることは否定できないが、一般的に広く国家の保護義務を憲法理解の根底に据えることは、個人の自由を核とする人格的自律権の発想と相容れない契機を孕んでいるように思えてならない」と述べている。両大家の警告を聞くべきである。無論、憲法の私人間効力論にこれを持ち出すことにも反対である。君塚正臣『憲法の私人間効力論』205-206頁(悠々社, 2008)。
- 64) 戸波江二『憲法』(新版)332頁(ぎょうせい, 1998)、渡辺康行ほか『憲法I基本権』300頁(日本評論社, 2016)[松本和彦]、新井誠ほか『憲法II』216頁(日本評論社, 2016)[曾我部真裕]など。
- 65) 中山前掲註17) 論文16頁。まるで、憲法7条が内閣に自由な衆議院解散権限を付与したわけではないのと同様に。
- 66) Isaac Ehrlich, *The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death*, 65 AM. ECON. REV. 397 (1975). 小堀前掲註28) 論文133頁より引用。
- 67) なお、日本では、「刑事裁判実務における量刑の『相場』は」道路交通法違反などを除き、「法定刑の低いところに偏りがちであり、諸外国に比して特異であるとされ」ていた。森本益之ほか『刑事政策講義』67頁(有斐閣, 1988)[上田寛]。
- 68) 「法と経済」学の立場から、犯罪も市場取引の対象とする分析をするものに、ゲーリ・ベーカー(増田辰良訳)「犯罪と刑罰—経済学的アプローチ」北海学園大学法学研究41巻3号176頁(2005)などがある。
- 69) 但し、アメリカ連邦最高裁は、長年、当該刑罰の違憲を主張する側に重い立証責任を負わせてきたとされる。主な理由は、対抗するものが国民代表の判断であるからということに集約されよう。他方、死刑となると、ブレン南判事のように州に立証責任を負わせるべきだとする判示を行うこともあり、学説にはこれを明快に主張する者も多いという。浅利祐一「アメリカ合衆国連邦最高裁判所判例における死刑の違憲審査基準(2・完)」北大法学論集38巻4号279頁, 284-285頁(1988)。
- 70) 戸波ほか前掲註61) 文献130頁[土井真一]は、質問に答え、「他者の人格を人格として承認しなかった行為としての殺人行為があるわけで、相互に人格を承認しあうべき者の一方が、それを無視した場合に、共同体としてどういう秩序を維持するかという問題が出てくる。その時、犯罪者の生命も尊厳あるものだからという点から議論を進めるのか、生命を大事にできる共同体を共同体として維持していく上で、そういう犯罪行為が行なわれた場合に共同体内の緊張をどう調整するかということを十分に考慮に入れるべきだと考えるのかという問題だと思う。私自身は、一定程度考慮されてもやむを得ない場合があると考ええる。それは全体として生命を維持できる秩序を構築するためには、他者の生命を奪ったというような行為、それも多数にわたって極めて残酷な形で奪った行為を看過することが許されないのだという考え方も成り立ち得るところだと考える」と述べ、死刑は「現段階では違憲とは考えられない」とした。
- 71) 戸波江二『憲法』(新版)332頁(ぎょうせい, 1998)、渡辺康行ほか『憲法I基本権』300頁(日本評論社, 2016)[松本和彦]、新井誠ほか『憲法II』216頁(日本評論社, 2016)[曾我部真裕]など。
- 72) その意味では、山内前掲註43) 論文46頁が、「死刑廃止の国際的な動向を踏まえつつ、死刑は制度それ自体においても、またその運用実態に照らしても違憲性を免れ得ない」とするのは、論理的に曖昧である。山元一『「国憲的思惟」vs『トランスナショナル人権法源論』』ジェンダーと法13号23頁, 31頁(2016)は、「国内裁判所が人権問題を解決するために依拠する法的規準=法源は国境を超えたトランスナショナルな存在を包含しており、そのことによって憲法と国際人権規範や外国人権判例が重層化することが想定される。このような見地からすれば、従来の日本における人権解釈論が、いわば〈方法論的ナショナリズム〉に足を掴まれ、人権概念が普遍的だといいいながら、自己統治モデルに固執する態度から、自らを解放することが求められている」、「『国憲的思惟』の思考する如くドグマティックな憲法の次元に人権問題を萎縮させてしまうことは望ましくない。これまで以上に憲法・国際人権法・比較法の連携・協働作業の必要性・重要性が強調されなければならない」などと述べるが、外国の国内法が日本の国内法の法源になるという究極的理解は、通常の方法学における理解を相当超越しており、およそ首肯できるものではない。
- 73) 生田前掲註44) 論文132頁。
- 74) 君塚正臣『司法権・憲法訴訟論下』第27章(法律文化社, 2018)が示すように、日本の裁判所の憲法判断の原則は適用違憲である。
- 75) 栗田正「死刑(絞首刑)の宣告は憲法31条に違反するか—明治6年太政官布告65号絞罪器械図式の効力」ジュリスト232号50頁(1961)参照。
- 76) 磯崎辰五郎「国法の体系」清宮四郎=佐藤功編『憲法講座4』145頁, 169頁(有斐閣, 1959)。

- 77) 委任立法に関しては、斎藤敏「委任立法論」日本法学 18 卷 5 号 531 頁 (1953)、田村浩一「委任立法の限界に関する一考察」大阪市立法学雑誌 2 巻 2 号 53 頁 (1955)、杉村敏正「委任立法」公法研究 14 号 1 頁 (1956)、佐藤功「わが国における委任立法」同 27 頁、水野豊志『委任立法の研究』(有斐閣、1960)、成田頼明「問題点はらむ委任立法 (1-5・完)」時の法令 346 号 54 頁、347 号 54 頁、348 号 52 頁、349 号 32 頁、350 号 35 頁 (1960)、渡辺良二「委任立法」法学セミナー増刊総合特集シリーズ 9「内閣と官僚」254 頁 (1979)、吉田善明「委任立法」ジュリスト 805 号 188 頁 (1984)、阿部泰隆「許可認可等臨時措置法の効力・再論—桜田・山内説への反論を含めた委任立法論」判例タイムズ 513 号 39 頁 (1984)、上村貞美「委任立法と統制」公法研究 47 号 5 頁 (1985)、同「議会による委任立法の統制」香川法学 5 巻 2 号 57 頁 (1985)、村田尚紀『委任立法の研究—フランス現代憲法における授権法』(日本評論社、1990)、堀内健志「委任立法・新考—もう 1 つの限界論を契機に」弘前大文化紀要 38 号 1 頁 (1993)、田中祥貴『委任立法と議会』(日本評論社、2012)、同「議会政の Resurrection—議会による委任立法の監督・統制」憲法問題 26 号 22 頁 (2015)、同「細部に宿る悪魔—委任立法統制の規範的構造論」桃山法学 32 号 125 頁 (2020)、川崎政司「『唯一の立法機関』の法的な意味・射程—意味することとしないことの再考」慶大法學研究 87 巻 2 号 283 頁 (2014)、山田亮介「委任立法および立法過程にみる『政治』と『行政』の関連性」国士舘大学政治研究 7 号 227 頁 (2016)、武蔵勝宏「委任立法に対する国会の統制」同志社政策科学研究 19 巻 2 号 33 頁 (2018) など参照。
- 78) 磯崎前掲註 76) 論文 174 頁。
 79) 同上 175 頁。
 80) 同上 170 頁。
 81) 佐藤前掲註 7) 書 476 頁。
 82) 同上同頁。
 83) 同上同頁注 10 参照。
 84) 栗田前掲註 75) 論文 51 頁。
 85) 同上 53 頁。
 86) 同上 52 頁図。
 87) 同上 54 頁参照。
 88) 同上 55 頁。
 89) 緒方あゆみ = 奥田健介 = 横尾日出雄「わが国の絞首による死刑と残虐性に関する一試論」CHUKYO LAWYER 32 号 1 頁、2 頁 (2020) 参照。
 90) 最大判昭和 36 年 7 月 19 日刑集 15 巻 7 号 1106 頁。本件評釈には、栗田正「判批」ジュリスト 232 号 50 頁 (1961)、同「判批」法曹時報 13 巻 9 号 135 頁 (1961)、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 36 年度』189 頁 (法曹会、1961)、正木亮「判批」法学セミナー 66 号 54 頁 (1961)、伊藤栄樹「判批」警察研究 32 巻 9 号 3 頁 (1961)、S・H・E「判批」時の法令 401 号 44 頁 (1961)、今村成和「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』245 頁 (1963)、所一彦「判批」警察研究 34 巻 4 号 89 頁 (1963)、同「判批」平野龍一 = 松尾浩也編『刑法判例百選 I』〔第 2 版〕208 頁 (1984)、新井隆一「判批」法学セミナー 180 号 138 頁 (1971)、遠藤博也「判批」芦部信喜 = 高橋和之編『憲法判例百選 II』〔第 2 版〕420 頁 (1988)、堀内健志「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選 II』〔第 5 版〕472 頁 (2007)、西村裕一「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選 II』〔第 7 版〕382 頁 (2019) などがある。
- 91) 大阪高判平成 25 年 7 月 31 日判タ 1417 号 174 頁。本件評釈には、渡邊一弘「判批」刑事法ジャーナル 49 号 158 頁 (2016) などがある。
 92) 渋谷前掲註 15) 書 545 頁。
 93) 伊藤前掲註 90) 評釈 13 頁。
 94) 高作前掲註 51) 論文 71 頁。
 95) 同上 89 頁。
 96) 向江璋悦「絞首刑違憲論 (2)」法律のひろば 11 巻 3 号 38 頁、40 頁 (1958)。
 97) 同上 44 頁。
 98) 駒村圭吾「刑事手続上の人権、その立憲主義的課題」判例時報 2344 号臨時増刊『法曹実務にとつての近代立憲主義』137 頁、147 頁 (判例時報社、2017) など参照。
 99) 芦部信喜編『憲法 III』274 頁 (有斐閣、1981) [杉原泰雄、藤井俊夫「憲法と人権 II」296 頁 (成文堂、2008)、佐藤前掲註 7) 書 377 頁など。
 100) アメリカでは、犯罪と刑罰の均衡性の要請は連邦憲法修正 8 条の要請であると考えられている。See, *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 367 (1910)。本件評釈には、小早川義則「米判批」『デュー・プロセスと合衆国最高裁 I—残虐で異常な刑罰、公平な陪審裁判』43 頁 (成文堂、2006) などがある。このほか、浅利祐一「アメリカ合衆国連邦最高裁判所判例における死刑の違憲審査基準 (1)」北大法学論集 36 巻 4 号 133 頁、153 頁以下 (1986) 参照。或いは、このことが日本でも罪刑の均衡の憲法上の根拠を憲法 36 条とすることに繋がっているのかもしれない。
 101) 杉原泰雄『基本的人権と刑事手続』77 頁 (学陽書房、1980)、芦部前掲註 6) 書 219 頁** など。
 102) 松井前掲註 25) 書 542 頁。田中英夫『デュー・プロセス』307 頁 (東京大学出版会、1987) 同旨。
 103) このことは、憲法 31 条から 40 条までを刑事手続に関する特則と、一貫して読むべきだ、ということと繋がる。前註 52) 参照。詳しくは、君塚前掲註 52) 書第 5 章参照。

- 104) 君塚正臣「憲法14条『信条』による差別・再考—自由であるべきとされる『思想及び良心』との峻別は可能か」横浜法学27巻3号111頁(2019), 同前掲註21) 書123頁以下, 佐藤前掲註7) 書226頁, 戸松前掲註13) 書122頁など参照.
- 105) 無論, 日本では, 薬物の単純所持などで死刑はあり得ない. 一般的には被害者なき犯罪に分類されよう. その結果, 薬物濫用対策としては「国民に対する啓発活動」, 「厳正な取締りと処分」, 「濫用者に対する徹底した医療等の措置」が三本柱となる. 森本ほか前掲註67) 書191頁[森本益之].
- 106) 但し, 團藤重光『死刑廃止論』〔第6版〕233頁(有斐閣, 2000)は否定的である.
- 107) 水谷規男「裁判員裁判から死刑を問い直す—一本特集の趣旨」法律時報82巻7号4頁, 6頁(2010)は, 中国での日本人の麻薬密輸犯が処刑されたが, 日本政府が遺憾の意を表明するに留まったことを取り上げる. 思考が「死刑存置国」という纏まりになってしまっているということなのかもしれない.
- 108) 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, 34頁(2012).
- 109) 團藤前掲註106) 書19頁.
- 110) Coker v. Georgia, 433 U.S. 584 (1977). 本件評釈には, 小早川義則「米判批」『デュー・プロセスと合衆国最高裁I—残虐で異常な刑罰, 公平な陪審裁判』135頁(成文堂, 2006)などがある.
- 111) Enmund v. Florida, 458 U.S. 782 (1982). 本件評釈には, 上野芳久「米判批」鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究第2巻』118頁(成文堂, 1986), 小早川義則「米判批」『デュー・プロセスと合衆国最高裁I—残虐で異常な刑罰, 公平な陪審裁判』143頁(成文堂, 2006)などがある.
- 112) Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002). 本件評釈には, 岩田太「米判批」ジュリスト1237号233頁(2003), 本件評釈には, 小早川義則「判批」『デュー・プロセスと合衆国最高裁I—残虐で異常な刑罰, 公平な陪審裁判』171頁(成文堂, 2006), 中野目善則「米判批」椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向V』299頁(中央大学出版部, 2016)などがある. このほか, 小城涼一「言語的弱者の司法手続上の権利保障—Atkins v. Virginia 判決を出発点として」中央大学大学院研究年報37号421頁(2007)などもある.
- 113) Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005). 本件評釈には, 岩田太「米判批」アメリカ法[2005]368頁本件評釈には, 小早川義則「判批」『デュー・プロセスと合衆国最高裁I—残虐で異常な刑罰, 公平な陪審裁判』180頁(成文堂, 2006), 成田秀樹「米判批」椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向V』274頁(中央大学出版部, 2016), 杉本一敏「米判批」田中利彦編『アメリカの刑事判例1』103頁(成文堂, 2017)などがある. このほか, 勝田卓也「死刑をめぐる憲法判断における外国法参照の意義」比較法研究71号112頁(2009)などもある.
- 114) 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, 255頁(2019).
- 115) 佐藤前掲註7) 書377頁.
- 116) 牧野英一「新憲法下におけるわが国の死刑論」季刊刑政2巻3号22頁, 23頁(1954).
- 117) 長谷部恭男「interactive憲法 第8回—死刑制度」法学教室290号40頁, 41頁(2004).
- 118) 原田清司「憲法における死刑論への一考察」横浜市大横浜大学論叢5巻5-6号24頁, 27頁(1954).
- 119) 長谷部前掲註26) 書274頁.
- 120) 日沖憲郎「死刑をめぐる議会議論—ドイツ連邦議会の場合」ジュリスト83号2頁, 4頁(1955).
- 121) 岩間昭道『憲法綱要』72頁** (尚学社, 2011), 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』〔第4版〕297頁(有斐閣, 2017), 芦部編前掲註99) 書272頁[杉原泰雄]など.
- 122) 木村前掲註22) 論文55頁.
- 123) 平川宗信「死刑論の理論的枠組みについて—憲法的死刑論の試み」法律時報69巻10号13頁, 15頁(1997).
- 124) 平川前掲註46) 書87頁.
- 125) 同上87頁.
- 126) 同上213頁.
- 127) 同上214頁.
- 128) 同上214-215頁.
- 129) ホセ・ヨンバルト「死刑存廃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(2001).
- 130) 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, 267頁(2007).
- 131) 日沖憲郎「死刑の将来」時の法令315号36頁, 37頁(1959).
- 132) メイヴ・コリンズ「欧州連合の死刑廃止への道」龍谷法学47巻4号154頁, 155頁(2015). 筆者は駐日欧州連合代表部所属(当時).
- 133) 1つは英語論文である. David Merriman, *Homicide and Deterrence: The Japanese Case*, 32 INT. L. J. OF OFFENDER THER. COMP. CRIMINOL. 1, 1 (1988). 残りは邦語文献である. 松村良之=竹内一雅「死刑は犯罪を抑止するの—アーリックの分析の日本への適用の試み」ジュリスト959号103頁(1990), 秋葉弘哉『犯罪の経済学』(多賀出版, 1993).

- 134) 森大輔「日本の死刑の抑止効果」熊本法学 148号1頁, 55-56頁(2020).
- 135) 同上56頁.
- 136) 同上57頁.
- 137) 遠藤前掲註56) 論文269頁.
- 138) 村井敏邦「死刑の是非」時の法令2035号49頁(2017).
- 139) 押久保前掲註130) 評釈267頁.
- 140) 小林和之「不合理な選択としての死刑—『神々の戦い』の前に」法哲学年報1994年171頁, 176頁(1995) 参照.
- 141) 同上175頁.
- 142) 本江威憲「死刑の刑事政策的意義」刑法雑誌35巻1号80頁, 87頁(1995).
- 143) 杉村昌昭「死刑賛成派の背景にあるもの罫線死刑廃止運動への提言」部落解放604号55頁, 58頁(2008) 参照.
- 144) 最判昭和58年7月8日刑集37巻6号609頁. 本件評釈などについては, 君塚前掲註40) 論文28頁注120参照. 本件二審は無期懲役の判決であった. 東京高判昭和56年8月21日判時1019号20頁. 本件評釈には, 森研「判批」判例タイムズ446号33頁(1981), 斎藤静敬「判批」ジュリスト758号99頁(1982), 平川宗信「判批」法学教室350号8頁(2009) などがある.
- 145) 君塚正臣編『ベーシックテキスト憲法』〔第3版〕13頁(法律文化社, 2017) [君塚].
- 146) 所一彦「犯罪の抑止と死刑」法律時報69巻10号8頁(1997).
- 147) 大谷實「シンポジウム『死刑制度のゆくえ』」法律時報69巻10号6頁, 7頁(1997).
- 148) ヨンパルト前掲註129) 論文7頁参照.
- 149) 関連して, 鳩山邦夫法務大臣が7カ月で13人に死刑執行を命じた頃, 福田内閣の支持率が若干上昇したという. 保坂展人「鳩山前法務大臣と死刑大量執行時代は何を生み出したか」部落解放604号31頁, 35頁(2008).
- 150) 山崎友也「刑事手続と『国民』」佐々木弘通=宍戸常寿編『現代社会と憲法学』121頁, 131頁(弘文堂, 2015).
- 151) 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, 14頁(2008) [鎌田] 同旨.
- 152) 所前掲註146) 論文9頁.
- 153) 石塚伸一「大量死刑時代の終焉?—厳罰主義の後始末」法律時報82巻7号8頁, 9頁(2010).
- 154) 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).
- 155) 井田良「死刑制度論のいま—基礎理論と情勢の多角的再考(2)—死刑制度の存廃をめぐる—議論の質を高めるために」判例時報2428号151頁, 156頁(2020) 参照.
- 156) 中山前掲註17) 論文8頁.
- 157) 最判平成5年9月21日集刑262号421頁. 本補足意見については, 井上前掲註7) 評釈など参照. 井上は, 死刑廃止国の地域的偏在を指摘したが, 現在ではそれも解消されてきている.
- 158) 浅利前掲註69) 論文301頁.
- 159) *Sumner v. Shuman*, 483 U.S. 66 (1987). 本件評釈には, 小早川義則「米判批」『デュー・プロセスと合衆国最高裁I—残虐で異常な刑罰, 公平な陪審裁判』130頁(成文堂, 2006) などがある.
- 160) *See, Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976). 本件評釈には, 小早川義則「米判批」『デュー・プロセスと合衆国最高裁I—残虐で異常な刑罰, 公平な陪審裁判』115頁(成文堂, 2006), 同「米判批」『デュー・プロセスと合衆国最高裁III—弁護人依頼権, スーパー・デュー・プロセス』293頁(成文堂, 2013) などがある. このほか, 浅利前掲註69) 論文301頁なども参照.
- 161) 君塚前掲註40) 論文19頁参照.
- 162) 永田憲史「死刑選択基準—最高裁は死刑の正統性を亡きものにしたのか」龍谷法学47巻4号126頁, 131頁(2015).
- 163) 岩井宜子「死刑の適用基準」刑法雑誌35巻1号91頁(1995).
- 164) 同上101頁.
- 165) 山内前掲註43) 論文43頁は「運用違憲」とするが, この概念には疑問がある. 君塚前掲註74) 書第28章参照.
- 166) 西田理英「死刑制度に関する憲法論を再考する意味—政策論から法律論へ」法律時報91巻8号104頁, 107頁(2019) 参照.
- 167) 同上108頁. 同様の指摘は, 石塚伸一ほか「座談会・裁判員裁判の下で死刑の縮減・廃止を展望できるか」法律時報82巻7号15頁, 20-21頁(2010) [石塚] も行う.
- 168) 山内前掲註33) 論文244頁.
- 169) 西田前掲註166) 論文108頁.
- 170) 量刑改革法の下, 7名の身分保障された委員を上院の承認を経て大統領が選ぶとしていた連邦量刑委員会が量刑ガイドラインを策定し, これに裁判官が拘束されることの合憲性が争われた事件で, アメリカ連邦最高裁はこの独立「司法」委員会とでも言うべき存在を合憲と判決した. *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989). 本件評釈には, 大林文敏「米判批」憲法訴訟研究会=芦部信喜編『アメリカ憲法判例』407頁(有斐閣, 1998) などがある. このほか, 駒村圭吾「アメリカ合衆国における『立法権委任法理』の展開(2・完)—合衆国最高裁判例の動向と法理の実態が意味するもの」慶大法学研究67巻4号35頁, 39頁以下(1994) なども参照. 以上, 君塚正臣「日本における憲法院的機

- 関の憲法上の可能性—内閣法制局・再考—『司法権・憲法訴訟論』補遺(1)』横浜法学26巻3号1頁, 33頁(2018)参照。
- 171) 永田憲史「死刑選択基準は変化したのか—光市事件を素材に」関西大学法学論集58巻6号73頁, 96頁(2009)は, 光市母子殺害事件最高裁判決が小法廷によるものであり, 刑集にも掲載されなかったことなどから, 「あるいは、例外的な判断に押し留めたいのではないかとの推測するのが合理的である」と述べている。
- 172) 小田幸児「思考停止の最高裁判所—死刑をめぐる憲法判断を回避」部落解放604号39頁, 45頁(2008)。
- 173) Jackson v. Georgia; Branch v. Texas, 408 U.S. 238 (1972). 生田典久「米国連邦最高裁の死刑違憲判決」ジュリスト511号116頁(1972)より, 主判例はFurman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972)である。本件評釈には, 小早川義則「米判批」『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅰ—残虐で異常な刑罰, 公平な陪審裁判』59頁(成文堂, 2006), 小早川義則「米判批」『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅲ—弁護人依頼権, スーパー・デュー・プロセス』283頁(成文堂, 2013)などがある。併せて, 三井誠「米連邦最高裁『死刑違憲判決』の検討—“死刑は残虐かつ異常な刑罰”をめぐる」法律時報44巻12号83頁(1972), 塚本重頼「死刑の違憲性〔アメリカ〕」判例時報686号13頁(1973), 浅利前掲註69)論文, 同前掲註100)論文なども参照。
- 174) 遠藤前掲註56)論文271頁。鶴飼前掲註2)論文11頁以下も参照。
- 175) 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, 40頁(2012)。
- 176) 森炎『死刑と正義』131頁(講談社, 2012)参照。
- 177) 永田憲史「死刑選択基準の動向の問題点」犯罪と刑罰15号143頁, 1451頁(2002)。
- 178) 同上150頁。
- 179) 森本ほか前掲註67)書70-71頁[上田寛]。
- 180) 永田前掲註177)論文149-150頁。
- 181) 国末憲人「いま世界で 死刑はいかに廃止されたか—フランスの経験, 元法相が語る」婦人之友103巻1号30頁(2009)参照。関連して, 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る」外国の立法234号245頁(2007)も参照。
- 182) 冤罪事件は数多い。無罪までの期間では, 甲山事件21年, 辰野事件・メーデー事件20年などが目立つ。再審無罪事件では, 起訴からそれまで, 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年と更に長い列がある。木佐茂男ほか『テキストブック現代司法』〔第6版〕74-75頁表3・4参照[水谷規男]。
- 183) 表現規制以外の刑事法令について, 明確性の原則は文面違憲を導かない。適用違憲となる可能性もある。この点, 憲法21条と31条では効果が異なる。君塚前掲註74)書第32章参照。
- 184) 浅利前掲註69)論文320頁。
- 185) 遠藤前掲註56)論文267頁。
- 186) 山内敏弘編『新現代憲法入門』99頁(法律文化社, 2004)99頁[山内]など。
- 187) 鎌田=森前掲註151)文献26頁[森]。
- 188) 小林前掲註140)論文171頁。
- 189) 同上172頁。
- 190) 同上176-177頁。小林は, 死刑を「高価な」「致死性のある劇薬」で「治療効果を証明する明確なデータがなく, 他の先進国では禁止されている」ものに例えている。同論文177頁。
- 191) 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, 141頁(2020)。
- 192) 同上同頁。
- 193) 三原憲三『誤判と死刑廃止論』423-425頁(成文堂, 2011)参照。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』99頁以下(岩波書店, 2019)も参照。
- 194) 三原憲三『死刑廃止の研究』〔第6版〕584頁(成文堂, 2010)。なお, 石橋恕篤「書評」富士大学紀要24巻2号119頁(1992)は本書初版(1990)の, 大矢武史「書評」朝日大学大学院法学研究論集7号71頁(2007)は第5版(2006)の書評である。
- 195) 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(2020)。
- 196) 福島前掲註191)論文141頁。
- 197) 中山前掲註17)論文2頁参照。
- 198) 遠藤前掲註56)論文271頁。
- 199) 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)。
- 200) 笹倉香奈「死刑と適正手続」龍谷法学47巻4号148頁(2015)。
- 201) 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, 134頁(2019)。
- 202) 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, 246頁(2020)。
- 203) 笹倉前掲註200)論文150-151頁。
- 204) 笹倉香奈「死刑事件の手続」法学セミナー732号46頁, 48-49頁(2016)参照。見ると, 「10段階」にも見えるが, 最初の一審の後の「9段階」という説明であるのかもしれない。デイビッド・T・ジョンソン(岩佐政憲訳)「死刑は特別か?

- ーアメリカの失敗から得られる教訓」世界 823 号 280 頁, 282 頁以下 (2011) なども参照。
- 205) 芦部前掲註 6) 書 228-229 頁, 佐藤前掲註 7) 書 387-388 頁など参照。
- 206) 佐藤同上 388 頁。
- 207) 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, 51 頁 (2013) [浦部法穂] は, 死刑制度下での「裁判員制度」というのは問題があるし, 場合によっては憲法 18 条違反」だと主張する。ただし, 裁判員制度を奴隷的拘束と考えるのであれば, 宣告が無期懲役の事例でも同じと言わねばならないのではないだろうか。
- 208) アメリカでは, 死刑に反対する陪審員が排除されている事例で, 連邦最高裁がこれを違憲とした例がある。Witherspoon v. Illinois, 391 U.S. 510 (1968); Davis v. Georgia, 429 U.S. 122 (1976)。前者の判決の評釈には, 小早川義則「米判批」『デュー・プロセスと合衆国最高裁 I—残虐で異常な刑罰, 公平な陪審裁判』290 頁 (成文堂, 2006) などがある。一般的に, 浅利前掲註 69) 論文 339-340 頁参照。
- 209) 笹倉前掲註 201) 論文 134 頁。イギリスの陪審裁判では, 有罪の評決は 10 対 2 以上が必要である。村井前掲註 207) 文献 41 頁。
- 210) ジョンソン (岩佐訳) 前掲註 204) 論文 283-287 頁参照。
- 211) 福島前掲註 191) 論文 141 頁。
- 212) 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, 39-40 頁 (2017) 参照。
- 213) 椎橋前掲註 154) 論文 18 頁。
- 214) 無論, 再審の機会があっても, 裁判所が最初の誤った判断を覆す勇気がなければ意味がない。免田事件では第 3 次再審請求で熊本地裁八代支部 (西辻孝吉裁判長) が, 免田氏のアリバイを認め, 再審開始決定を出している (熊本地八代支決昭和 31 年 8 月 10 日著名再審事件未公判裁判例集第 1 集 12 頁) が, 福岡高裁はこれを取り消した (福岡高決昭和 34 年 4 月 15 日著名再審事件未公判裁判例集第 1 集 52 頁)。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, 32 頁 (2020)。
- 215) 椎橋前掲註 154) 論文 18 頁。
- 216) 小林前掲註 140) 論文 173 頁同旨。
- 217) 小早川義則「米判批」『デュー・プロセスと合衆国最高裁 III—弁護人依頼権, スーパー・デュー・プロセス』281 頁 (成文堂, 2013)。
- 218) See, Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586 (1978)。本件評釈には, 小早川義則「米判批」『デュー・プロセスと合衆国最高裁 III—弁護人依頼権, スーパー・デュー・プロセス』329 頁 (成文堂, 2013) などがある。
- 219) 以上, 笹倉前掲註 201) 論文 132-133 頁。
- 220) 同上 133 頁。
- 221) 同上同旨。
- 222) 浅利前掲註 69) 論文 360 頁。
- 223) 同上 360-361 頁。
- 224) 福島前掲註 191) 論文 141 頁。
- 225) では何故, 心神喪失者への死刑執行はできないのかについては日本では深い考察が不足している。この点, 横藤田誠「心神喪失者の死刑執行をめぐる法的議論—アメリカの憲法判例を中心に」精神神経学雑誌 107 巻 7 号 681 頁参照。
- 226) 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, 155 頁 (2019)。
- 227) 土本武司「存廃論の合意点を探る」法律時報 69 巻 10 号 23 頁, 27 頁 (1997)。このほか, 「参審制度」を挙げていたが, その後, 裁判員制度として実現しているのだから, 省略する。
- 228) 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)。
- 229) 石塚ほか前掲註 167) 文献 24 頁 [石塚]。
- 230) 高井裕之「死刑と憲法—裁判員制度の実施に際しての一視点」法律時報 82 巻 7 号 53 頁, 56 頁 (2010) は注意を喚起する。
- 231) 田鎖前掲註 212) 論文 45 頁。
- 232) 高井前掲註 230) 論文 55 頁。
- 233) 彭聖斐 (鈴木敬夫訳)「死刑の存廃について—死刑存置論と死刑廃止論の論争を中心として (1997)」札幌学院法学 19 巻 2 号 404 頁, 429 頁 (2003) (「東アジアにおける死刑廃止論考」同 83 頁の一部)。原著者は台湾・苗栗地方法院検事 (当時)。
- 234) ヨンバルト前掲註 129) 論文 9 頁。
- 235) キャロル・S・スタインカー=ジョーダン・M・スタインカー (笹倉香奈訳)「死刑と憲法的規制—アメリカと日本の比較」法律時報 91 巻 4 号 96 頁, 99-100 頁 (2019)。
- 236) この点については, 君塚正臣「米判批」横浜法学 28 巻 2 号 259 頁, 276-279 頁 (2019) なども参照。
- 237) スタインカー=スタインカー (笹倉訳) 前掲註 235) 論文 101 頁。
- 238) 笹倉前掲註 201) 論文 129 頁。
- 239) 森本ほか前掲註 67) 書 71 頁 [上田寛]。例えば, ビザンツ帝国 (東ローマ帝国) では, しばしば目を潰す刑が執行されていた。中谷功治『ビザンツ帝国—千年の興亡と皇帝たち』(中央公論新社, 2020) 参照。
- 240) 正木亮「死刑廃止論」ジュリスト 130 号 31 頁, 32 頁 (1957)。
- 241) アメリカでは, 連邦憲法修正 8 条は「残酷で異常な刑罰」を禁ずるが, 「残酷」と「異常」

- は一体のものとして捉えられている。菊田幸一「アメリカにおける死刑に関する司法判断と日本国憲法—いわゆる『残虐な刑罰』を中心として」明大法律論叢 60 巻 4=5 号 125 頁, 149 頁 (1989)。
- 242) 犯行が凶悪であれば、その分刑が残虐であっても許容されるということはない、あくまでも、死刑そのものを切り取って残虐かどうかの問題である。そうであれば、罪に比して過剰に重い刑罰が憲法上許されない問題を 36 条から導くと、36 条の意味は鶴的なものになるのではないか。よって、こちらの問題は 31 条から導き出されるとする芦部説に賛成したい。
- 243) 奥平康弘『憲法Ⅲ』374 頁 (有斐閣, 1993), 樋口陽一ほか『注解法律学全集 2—憲法Ⅱ』338 頁 (青林書院, 1997) [佐藤幸治], 大沢秀介『憲法入門』〔第 3 版〕195 頁 (成文堂, 2003), 戸松前掲註 13) 書 313 頁* など。
- 244) 浦部法徳『憲法学教室』〔第 3 版〕300 頁 (日本評論社, 2016)。
- 245) 石橋恕篤「死刑と憲法」富士大学紀要 14 巻 1 号 1 頁, 22 頁 (1981)。
- 246) 阪口正二郎「死刑における手続保障の重要性—比較憲法の観点から」法律時報 91 巻 6 号 98 頁, 101 頁 (2019)。
- 247) 石橋恕篤「死刑と憲法 (続完)」富士大学紀要 14 巻 2 号 109 頁, 127 頁 (1982)。
- 248) 木村前掲註 22) 論文 52 頁。
- 249) 古いアメリカ連邦最高裁判決も類似であり、生き埋め、斬首、八つ裂き、火あぶりなどが例示されている。Wilkerson v. Utah, 99 U.S. 130 (1879). See, *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890). 本件評釈には、小早川義則「米判批」『デュー・プロセスと合衆国最高裁 I—残虐で異常な刑罰, 公平な陪審裁判』33 頁及び 35 頁 (成文堂, 2006) などがある。浅利前掲註 100) 論文 139 頁参照。拷問類似のものでなければよい、ということである。同論文 140 頁。
- 250) 法学協会編『注解日本国憲法上』636 頁 (有斐閣, 1953)。
- 251) 盛秀雄「判批」立命大法と経済 106=107 号 82 頁, 85 頁 (1949)。
- 252) 前註 249) の 1879 年の Wilkerson 判決は公開銃殺刑を結論として合憲としたものである。ユタ州法は、銃殺、絞首、斬首から被処刑者が選べる仕組みになっていた。小早川前掲註 249) 書 35 頁。
- 253) 秋葉忠利「『残虐な刑罰』とは—死刑が合憲だとしても国には説明責任がある」数学教室 64 巻 12 号 67 頁, 68 頁 (2018)。
- 254) 中山前掲註 17) 論文 12 頁参照。
- 255) 秋葉忠利「憲法は死刑を禁止している—最高裁の昭和 23 年判決は死刑についての根拠なき独断だ」数学教室 64 巻 11 号 67 頁 (2018)。
- 256) 庄幹正「憲法と死刑」関西外国語大学研究論集 22 号 275 頁, 281 頁 (1975) 同旨。
- 257) 秋葉前掲註 255) 文献 69 頁。
- 258) 最大判昭和 30 年 6 月 22 日刑集 9 巻 8 号 1189 頁。本件評釈については、君塚前掲註 40) 論文 29 頁注 150 参照。
- 259) 正木前掲註 240) 論文 34 頁。
- 260) 押久保前掲註 130) 評釈 267 頁など。
- 261) 更に時代が下がれば、残虐と評価されていたものが残虐でないとして評価され直されることも、以上の議論は実は含んでいる。否、死刑廃止は世界的潮流であり、「歴史の発展法則」であるという反論はあるのかもしれないが。
- 262) 浅利前掲註 100) 論文 161 頁。
- 263) 小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁 I—残虐で異常な刑罰, 公平な陪審裁判』25 頁 (成文堂, 2006)。
- 264) 浅利祐一「死刑の合憲性」大石眞=石川健治編『憲法の争点』166 頁 (有斐閣, 2008)。
- 265) スタインカー=スタインカー (笹倉記) 前掲註 235) 論文 99 頁。
- 266) 松井前掲註 29) 書 270-271 頁。
- 267) 同上 271 頁。
- 268) 植松正「死刑は憲法違反ではない」綜合法学 2 巻 3 号 222 頁 (1959)。
- 269) 行刑制度調査委員会『行刑制度調査委員会總會日誌』(1923)。正木幸博「絞首刑は残酷な刑罰か」龍谷法学 47 巻 4 号 109 頁, 123 頁 (2015) より引用。
- 270) 正木前掲註 240) 論文 33 頁。
- 271) 團藤前掲註 106) 書 213 頁。
- 272) 同上 18 頁。
- 273) 大阪地判平成 23 年 10 月 31 日判タ 14397 号 104 頁。本件評釈には、三宅裕一郎「判批」法学セミナー 688 号 130 頁 (2012), 村井敏邦「判批」新・判例解説 Watch11 号 143 頁 (2012) などがある。
- 274) 横大道前掲註 24) 論文 30 頁。
- 275) 生田前掲註 42) 論文 21 頁。
- 276) 筆者は、2015 年 4 月から 3 年間、横浜国立大学内において、動物実験専門委員会委員 (同規則 3 条 4 号における「その他学識経験を有する者で学長が指名した者」) を、事実上、法律系長ほかの特段の御指名によりほぼ唯一の全学委員として勤めていた。この際、よくわかったことは、脊椎動物 (特に爬虫類以上の高等生物) については実験が終われば、指定の方法で安楽死させねばならないことが常識になりつつあるというである。脊椎脱臼による中枢破壊が主な方法である。また、イカは自己認識 (self-awareness) ができることが証明され、知能が高いことなどから、それ以外の動物についても

- 適用の拡張が模索されつつある。「特集 動物の麻酔・安楽死」Labio 21 66号5頁（2016）など参照。これらのガイドライン、倫理規程を守らなければ、大学の研究室で動物実験ができなくなっており、世の中は多くの法学者の知らないところで進化しているのである。
- 277) 戸松前掲註13) 書399頁。
278) http://deathpenalty-trial.jp/shiryou/tsuchimoto_shogen/ 正木幸博「執行方法からみた死刑の残虐性」法学セミナー732号40頁、42頁（2016）より引用。
279) 小早川義則『死刑判決と日米最高裁』15頁（成文堂、2017）参照。
280) 向江前掲註96) 論文43頁。
281) 正木前掲註278) 論文42頁。
282) 加賀乙彦「いま日本で死刑制度に想うこと—死刑囚との長いかわりの中で」婦人之友103巻7号30頁、32頁（2009）。
283) 正木前掲註269) 論文111-116頁。
284) 同上116頁。
285) 同上117頁。関連して、1888年のイギリスのいわゆるアバーデア委員会報告書は、落下式の絞首刑において426.7cmを超える落下でも、182.9cm未滿の落下でも、被執行者の頭部離断が発生していたとする。永田憲史解題・監訳、後藤貞人監訳、青巖英秋訳「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）。更に関連して、永田憲史解題・監訳、後藤貞人ほか監訳「ニューヨーク州死刑委員会報告書」関西大学法学論集65巻3号227頁（2015）も参照。
286) 大阪弁護士会「DVD・絞首刑を考える」（<https://www.osakaben.or.jp/02-introduce/movie/hang/index.php>）参照。正木前掲註278) 論文43-44頁より引用。
287) 方法については、緒方ほか前掲註89) 論文5頁以下など参照。
288) 横大道前掲註24) 論文30頁。
289) 井田前掲註155) 論文156頁同旨。同論文は、自殺補助が合法的な国で、その方法は薬物であって「首つり」でないことも根拠としている。但し、横大道前掲註24) 論文30頁が指摘するように、製薬会社の抵抗、医師の確保困難性、これらに起因する執行時の不手際が生じる恐れがある。君塚前掲註40) 論文14頁も参照。
290) 浅利前掲註100) 論文141頁。
291) 同上141-142頁。
292) 同上142頁。
293) 同上143頁。
294) この点、「薬物によっても大きな苦痛がある場合が見つけれ、現在は、この方法についても残虐性が問題になってい」る。村井前掲註138) 文献51頁。
295) 永田憲史「米判批」アメリカ法 [2016] 184頁、188頁。
296) 緒方ほか前掲註89) 論文6-7頁。
297) 同上8-9頁。
298) 同上7頁。
299) 小堀前掲註28) 論文151頁。
300) 中山前掲註17) 論文13頁。
301) 佐々木光明「死刑、考えるための素材を！」法学セミナー510号72頁、74頁（1997）。
302) 奥平前掲註243) 書378頁参照。
303) 加賀前掲註282) 論文31頁。
304) 同上33頁。
305) 原田前掲註118) 論文33頁。
306) 山内前掲註43) 論文38頁、渡辺ほか前掲註71) 書300頁 [松本和彦] など。とは言え、アブリオリに死刑そのものを全て憲法36条違反とするのは、憲法13条・31条・36条という構造からすると疑問である。立法論や個人的意見なら兎も角、憲法論としては、残虐でない死刑は違憲ではない、或いは、残虐でない執行方法がおよそ思い付かなくなったので停止すべき、というのがせいぜいに思われる。
307) 帝銀事件＝最大判昭和30年4月6日刑集9巻4号663頁。本件評釈には、高田義文「判批」法曹時報7巻6号89頁（1955）、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30年度』104頁（法曹会、1957）、谷口正孝「判批」平野龍一編『刑事訴訟法判例百選』〔第2版〕52頁（1971）、遠藤誠「判批」法学セミナー358号112頁（1984）などがある。このほか、藤野英一「憲法36条（残虐刑の禁止）の違反という意味について」判例タイムズ61号26頁（1956）などもある。
308) 帝銀事件人身保護請求特別抗告審＝最終昭和60年7月19日判時1158号28頁となる。本件評釈には、瀧賢太郎「判批」研修447号55頁（1985）、同「判批」警察学論集38巻10号41頁（1985）、大谷實「判批」法律のひろば38巻11号65頁（1985）、同「判批」法学セミナー379号121頁（1986）、初宿正典「判批」ジュリスト臨時増刊862号『昭和60年度重要判例解説』25頁（1986）、宮澤浩一「判批」同154頁（1986）、浅田和茂「判批」法学セミナー375号60頁（1986）、今上益雄「判批」東洋法学29巻1号97頁（1986）、大沼洋一「判批」行政判例研究会編『行政関係判例解説昭和60年』521頁（ぎょうせい、1987）、島倉隆「判批」中大法学新報93巻6=7=8号177頁（1987）などがある。高田昭正「合衆国の人身保護令状—刑事訴訟における法的救済として（1）」岡山大学法学会雑誌38巻4号1頁、3頁（1989）も、本決定だけが「受刑者による請求のケースとして記憶に新しい程度にとどまる」と指摘するほ

- ど、日本では人身保護請求が用いられることは稀である。
- 309) これについては、君塚前掲註74) 書第29章参照。この概念を拡張的に用いるべきではない。
- 310) 韓国は死刑を停止しているが、憲法裁判所は2010年に死刑を合憲とする決定を下している。山岸秀「韓国における死刑をめぐる状況・論議—憲法裁判所の決定を契機に」JCCD 109号33頁(2012)。そして、このことから、死刑廃止国から犯罪人引渡しを拒否され得るという状況は続いている。同論文39頁。日本で死刑を「停止」しても、同様の問題は残るであろう。
- 311) 市川秀雄「判批」中大法学新報58巻2号75頁, 85頁(1951)。
- 312) 庄前掲註256) 論文275頁。
- 313) 佐藤幸治『世界史の中の日本国憲法—立憲主義の指摘展開を踏まえて』12頁(左右社, 2015)は、佐々木惣一『立憲非立憲』89頁(弘文堂書房, 1918)を引き、「同書にいう『非立憲』とは、違憲とまでもいっていないくとも『立憲主義の精神に違反する』場合を含み、政治家たる者は『其の行動の、嘗に違憲たらざるのみならず、非立憲ならざるやうにせねばならぬ』と説いている」とする。
- 314) 平川前掲註123) 論文13頁。平川宗信「死刑存廃論の法的理論枠組みについて—憲法的死刑論の展開」現代刑事法25号11頁, 13頁(2001)によれば、「憲法的死刑論は、死刑の合憲・違憲論と密接に関連はするが、理論的には別のものである」と述べている。
- 315) 「死刑廃止を推進する議員連盟」の協力要請を受けた、衆議院法制局による1995年のもの。新谷桂「死刑執行停止法とその憲法適合性」季刊刑事弁護50号110頁, 111頁(2007)参照。
- 316) 福島前掲註191) 論文142-143頁参照。
- 317) 眞田芳憲「法華経と死刑制度」中央学術研究所紀要39号2頁, 3頁(2010)。
- 318) 蘇俊雄(鈴木敬夫訳)「死刑制度と理性的批判」札幌学院法学19巻2号83頁, 84頁(2003)。「東アジアにおける死刑廃止論考」同83頁の一部)は、台湾では、「乱世を治めるには厳格な法律を使用する」(治乱世用重典)という言葉があり、長く、死刑が多く執行されてきたと語る。2020年4月1日、蔡英文政権で2度目の死刑執行(銃殺)がなされるなど、台湾での死刑執行は継続している。
- 319) 中村前掲註9) 評釈261頁。
- 320) 日本学術会議は3年毎半数改選105名の会員を推薦したが、10月1日、うち6名が任命されなかった。推薦候補が任命されなかったこ

- とは初めてである。任命されなかった教授らは、安保法制や共謀罪に反対の立場を採ってきた。加藤勝信官房長官は、記者会見で、任命権は首相にあると述べた。朝日新聞10月1日夕刊1面。海外からも、まさにノーベル賞ウィークに、日本政府の学問の自由軽視の姿勢に驚きの声が上がった。その後の顛末はご存知の通り。
- 321) 樋口陽一『比較憲法』[全訂第3版]500頁(青林書院, 1992)は、「二元主義型議院内閣制」の下でのみ「抑制と均衡」が「あてはまる」と述べているが、内閣も大統領も、「行政」もしくは「執行」「執政」を担う機関は、国際法と国内法、国際情勢と国内政治の調整を余儀なくされよう。民主制一元主義型議院内閣制に該当する日本の内閣も例外ではあるまい。

付記

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頂いた。脱稿後、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(2・完)」大阪市立大学法学雑誌66巻3=4号1頁(2020)に触れた。裁判員裁判開始後、殺人罪の起訴率が目立って減少しているというのが注目できる。同論文9頁。2020年大統領選挙で、1980年頃から共和党の牙城であったテキサスが「接戦州」になったことは、ニューヨークやカリフォルニアなどからのリベラル派の流入とヒスパニックの増加のためだと言われているが、更に、近いうちに同州がブルー・ステイトとなり、4年後以降の大統領選出を民主党有利にするとの報道がある。併せて、最大の死刑執行を繰り返してきた同州で近未来に死刑が停止になり、全米に、そして日本に衝撃を与える可能性も示唆している。

なお、本誌24巻2号(2019)の拙稿註329)において、長谷部恭男『憲法』[第7版]274頁(新世社, 2018)の刊行年を2011年としておりましたが、2018年の誤りです。お詫びして訂正致します。

[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]