



Title	生命権と死刑制度
Author(s)	山内, 敏弘
Citation	一橋法学, 1(1): 21-48
Issue Date	2002-03-20
Type	Departmental Bulletin Paper
Text Version	publisher
URL	http://hdl.handle.net/10086/8824
Right	

生命権と死刑制度

山 内 敏 弘*

- I 問題の所在
- II 死刑廃止の国際的動向
- III 日本における学説の状況
- IV 死刑の違憲性
- V 結びに代えて

I 問題の所在

1995年6月6日、南アフリカの憲法裁判所は、死刑が南アフリカ暫定憲法に違反するという判決を下した¹⁾。南アフリカ暫定憲法第9条は「何人も、生命への権利を有する」と規定し、また同憲法第10条は「すべての人間はその尊厳を尊重され、かつ保護される権利を有する」と規定し、さらに同憲法第11条2項は、「何人も残虐で、非人道的で品位を貶める取扱い又は刑罰を受けることはない」と規定していたが、憲法裁判所の11名の裁判官は、全員一致で死刑はこれらの憲法規定に違反すると判示したのである。ちなみに、11名の内、10名の裁判官は死刑は同憲法第11条2項に違反すると判示し、8名の裁判官は同憲法第9条に違反すると判示し、4名の裁判官は、同憲法第10条に違反すると判示した。例えばChaskalson長官は、結論的に以下のように述べた。「死刑の執行は、憲法第9条の下で留保なしに保障されている生命を抹殺することになるし、それは、第10条の下で保障されている人間の尊厳を踏みにじるものであり、また、その執行に関しては恣意性の要素が現存し、それは回復不可能である。これらの要素を考慮に入れば、……また憲法第11条2項に広義の意味を持たせれば、私は、憲法の文脈において死刑は残酷で、非人道的で、品位を貶める刑罰であると確信してい

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第1巻第1号2002年3月 ISSN 1347-0388

1) Human Rights Law Journal, vol.16 No.4-6 (1995) p.154. なお、同判決を紹介した文献として、see, W.A.Shabas, South Africa's New Constitutional Court Abolishes the Death Penalty, Human Rights Law Journal Vol.16 No.4-6 (1995) p.133.

る」²⁾。また、Sachs 裁判官は、以下のように述べた。「私は、死刑の分析の出発点は生命への権利であると考えている。……（憲法第9条の）無条件で、無限定の文言は国家を拘束し、その文面上、死刑を違法とするものである。憲法第33条は、基本権の制限を認めているが、しかし、私の見解によれば、人を処刑するということは、その人間の権利を制限するのではなく、その人間の権利を抹殺することになる」³⁾。

南アフリカの憲法裁判所が、このような違憲判決を下したのは、もちろん、1990年代に入ってからの死刑制度に関する国際的な動向と無関係ではない。同裁判所は、一方ではかつての南アフリカにおける死刑制度の乱用に対する反省を踏まえつつも、他方では、とりわけ1990年代に入ってからの死刑廃止の国際的な動向をも踏まえながら、このような違憲判決を下したのである。

これに対して、日本の裁判所の死刑制度に対する対応は、どうであろうか。基本的には、1948年に最高裁判所が合憲判決を下して以来、異なるところはないといってよいであろう。承知のように、最高裁は、1948年の判決で、「生命は尊貴である。一人の生命は、全地球よりも重い」といいながら、要旨以下のような理由で、死刑を合憲としたのである⁴⁾。①憲法第13条はすべて国民は個人として尊重され、生命に対する国民の権利については、立法その他国政の上で最大の尊重を必要とする旨規定しているが、しかし、同時に、同条では公共の福祉に反する場合には生命に対する国民の権利といえども立法上制限ないし剥奪されることを当然予想している。②憲法第31条によれば、国民の生命といえども、法律の定める適理の手続きによれば、これを奪う刑罰を科することが定められている。その趣旨は、死刑の威力力によって一般予防をなし、死刑の執行によって特殊な社会悪の根元を絶ち、これをもって社会を防衛せんとするところにある。③刑罰としての死刑そのものが、一般に直ちに憲法36条にいわゆる残虐な刑罰に該当するとは考えられない。

最高裁のこのような判決は、その後、半世紀以上の間、基本的にはなんら変更

2) Ibid.,p.169.

3) Ibid.,p.204.

4) 最大判昭和23年3月12日刑集2巻3号191頁。

されることなく維持されて今日に及んでいる⁵⁾。もっとも、この間、最高裁判決の中にも、注目に値する判決がないわけではなかった。それは、1993年9月21日の判決の中での大野正男判事の補足意見である⁶⁾。同補足意見は、1948年最高裁判決の補足意見を引用しながら、「裁判所としては、死刑を適用するときは、常にその時代と社会の状況及び犯罪と刑罰との均衡に関する国民の意識の変化に注目して、死刑が残虐と評価される余地がないかを検討すべきである」と述べた上で、「この45年間にその基礎にある立法的事実に重大な変化が生じていることに着目しなければならない」として、具体的に立法事実の変化について検討を加えたのである。そして、大野補足意見は、国際社会が死刑廃止の方向に動いていることや、この間、4名の死刑確定者が再審で無罪となった事例などに注意を喚起し、「この45年間における死刑に関するこのような新しい事象の発生をみると、死刑が残虐な刑罰に当たると評価される余地は著しく増大したといえることができる」としたのである。このような大野補足意見は、従来の最高裁判決から一步踏み出したものであっただけに、積極的に評価できるものといえることができる。ただ、それにもかかわらず、同補足意見も、結論的には、従来の最高裁の合憲判決を変更しようとするものではなかった。国民の一般的世論はなお死刑存置を支持していることを主たる理由としてである。

しかし、国民の多数がなお死刑存置を支持しているとしても、問題は、そのことを理由として死刑の合憲性についての憲法判断を下してよいのかどうかである。また、国際的にみても、死刑制度についてはむしろ廃止の動向が顕著になってきており、また、裁判所の判決においても上記の南アフリカの憲法裁判所のような違憲判決が出てきている状況の下で、最高裁の合憲判決を今日でもなお維持することが、はたして日本国憲法の趣旨にかなうものであるのかどうかである。この

5) 例えば、最大判昭和30年4月6日刑集9巻4号663頁、最判昭和58年7月8日刑集37巻6号609頁、最判昭和62年3月24日判時1228号22頁など。なお、主要な死刑判決については、井上薫『裁判資料 死刑の理由』(作品社、1999年)参照。

6) 最高裁裁判集刑事262号421頁。なお、大野補足意見については、団藤重光『死刑廃止論』(第6版)(有斐閣、2000年)77頁、佐々木光明=前田朗=宮本弘典「死刑合憲の論理を検証する」佐伯千因=団藤重光=平場安治編『死刑廃止を求める』(日本評論社、1994年)172頁、井上宏「死刑の合憲性を認めた法廷意見にのみならず立法的施策を提言した最高裁判決の補足意見について」法律のひろば1994年2月号38頁、平川宗信「大野補足意見と死刑廃止論」法学教室160号(1994年)114頁参照。

点、私には、根本的な疑問が存するのである。そこで、以下には、まず、死刑廃止に関する国際的な動向をごく簡単に概観した上で、日本国憲法の下で死刑が制度それ自体についても、また実際の運用に照らしても憲法上の疑義があることを、私なりの視点から検討してみることにする。

II 死刑廃止の国際的動向

1 第二次大戦以前の動向

死刑廃止の主張が、すでに18世紀においてベッカリア『犯罪と刑罰』（1764年）によってなされていたことはあまりにも有名であるが、一九世紀になると、いくつかの国あるいは州において、実際に死刑を廃止する事例が見られることになった。例えば、ヨーロッパでは、オランダ（1870）、スイス（1874）、ポルトガル（1867）、イタリア（1889）などが、中南米ではベネズエラ（1863）、コスタリカ（1877）、ブラジル（1880）などが、そしてアメリカ合衆国ではミシガン州（1846）、ウイソコンシン州（1853）、ロード・アイランド州（1852）などが死刑を廃止した。これらの国あるいは州では、その後また死刑が復活した（さらに再廃止した）ところも少なくないが、しかし、いずれにしても、19世紀の段階から死刑廃止に向けての動きがこのように実際にあったことは確認しておいてよいであろう⁷⁾。

ドイツでも、1849年のフランクフルト憲法第139条は、「死刑は、軍事法によって規定される場合を除いて、……廃止される」と規定した。この背景にあったのは、ベッカリアの思想であるが、死刑廃止を憲法に規定することになったのは、「人間の根本的、本源的権利は生命に関する権利であり、従って死刑の廃止は基本法草案に入るものである」という考え方であった⁸⁾。フランクフルト憲法は、革命の挫折によって実施されることなく終わったが、その後も、死刑廃止の主張

7) 団藤重光・前掲書441頁以下参照。

8) 宮沢浩一「死刑廃止の歴史—西ドイツ連邦共和国を中心として—(1)」法学研究29巻10号51頁。なお、ドイツの死刑廃止の歴史については、see, B. Düsing, Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland, 1952; M. Mohrenschlager, The Abolition of Capital Punishment in the Federal Republic of Germany - German Experience, Revue Internationale de Droit Penal, vol.58(1987)p.511.

は社会民主党などを中心として展開されることになった。ちなみに、日本でも、明治期の自由民権運動の中で、植木枝盛の「日本国国憲案」(第45条)が「日本人民ハ何等ノ罪アリト雖モ生命ヲ奪ハレザルヘシ」と、死刑廃止を規定していたことは、有名である⁹⁾。

20世紀になると、死刑を廃止する国あるいは州はさらにひろがった。ヨーロッパでは、ノルエー(1905)、スウェーデン(1920)、スペイン(1932)などが通常犯罪について死刑を廃止したし、中南米では、パナマ(1903)、ウルガイ(1907)、アルゼンチン(1921)、メキシコ(1929)などが死刑を廃止した。また、アメリカ合衆国では、カンサス州(1907)、ミネソタ州(1911)、ワシントン州(1913)などが死刑を廃止した¹⁰⁾。

ドイツでは、第一次大戦後、社会民主党がワイマール憲法に死刑廃止規定を導入しようとしたが、その試みは実現することなく終わった。ワイマール時代において死刑廃止論を説いた有名な法学者は、司法長官にもなったラードブルフであった。ラードブルフは、その著書『法哲学』でも死刑廃止論を説いたが¹¹⁾、死刑廃止の主張は、その後、1929年のライヒ議会の法律委員会で死刑廃止を採択するまでに至ったが、しかし、結局、連邦レベルでは、結局実現を見ることなく終わった。ただ、ラントのレベルでは、ハンブルグが1917年から1929年までの間、ザクセン州が1920年から1927年までの間、そしてヘッセン州とバーデン州が1925年から1929年までの間、死刑を執行しなかったことは留意されてよいであろう¹²⁾。

しかし、このような状況はナチスの体制になってから一変した。ナチス体制の下で、死刑は「民族及び国家の保護のための命令」等によって多くの犯罪に拡大適用され、また裁判所によっても死刑が乱用されることになった。第二次大戦中に、通常の刑事裁判所によって死刑判決が下された事例は16,000件以上に及び、また軍法会議で死刑が宣告されたのも、やはり16,000件ほどに及ぶと言われている¹³⁾、このような死刑の乱用の下で、死刑廃止論も影を潜めることになった。

9) 家永三郎ほか編『明治前期の憲法構想』(福村出版)242頁。

10) 団藤重光・前掲書416頁以下による。

11) ラードブルフ『法哲学入門』(田中耕太郎訳)(東京大学出版会、1961年)345頁以下。

12) Mohrenschlager, supra, note(8) p511.

13) Ibid, p.511. なお、宮沢浩一「ナチスと死刑」『法学セミナー増刊・死刑の現在』(1990年)178頁

2 第二次大戦後の動向

死刑廃止に向けた動きが国際社会で大きく注目されるようになったのは、第二次大戦後になってからである。その背景には、第二次大戦期における夥しい数の生命の損失と、とりわけファシズム諸国における死刑の乱用という歴史的体験があったといえることができる。

例えばイタリアは、1947年の憲法第27条で「死刑は、戦時軍法に定められる場合を除くほか、許されない」と定めて、通常犯罪について死刑を廃止したし、また西ドイツは、1949年のボン基本法第102条で「死刑は廃止されたものとする」と定めて死刑制度を全廃したが、その背景にあったのは基本的には上記のような苦い歴史的体験であった。

西ドイツに関していえば、ボン基本法の制定過程において（たとえば1949年2月10日の Hauptausschuss で）、SPD のワグナー議員は「死刑は廃止されるものとする」という提案を行ったが、その根拠として援用したのは「生命への権利」であり、またナチス時代の体験についての明確な懺悔から出発することの必要性であった¹⁴⁾。同議員は、要旨以下のように述べた。ドイツ国民は、生命への権利をかくも高く尊重するが故に、国家もまた（国家が与えたものではない）生命を剥奪することは許されないということを示さなければならない。死刑存続のための理由は根拠がない。第三帝国の大量虐殺に加わった者を処罰するためにも死刑は廃止できないという理由も、根拠がない。犯罪は国家の処刑——それは形式的にはたしかに犯罪者の行為とは異なるが、しかし実質的には犯罪者の行為と同じである——によっては除去することができない。国家は、死刑を執行することによって、国家が断罪したのと同じ野蛮行為（Barbarei）を行うこととなる。殺人は、個人が行おうが、国家が「法的な形式に従って」行おうが、野蛮行為であることには変わりがない。

もちろん、このような議論に対しては、ナチスが死刑を乱用したからといって、

以下も参照。

14) ボン基本法第102条の制定過程については、vgl. JöRn.F.Bd.1(1951),S.739ff.; A. Azzola, Art.102, in: Alternativ Kommentar, Bd.2(2 Aufg.,1989)S.1184. 邦語文献としては、宮沢浩一「死刑廃止の歴史—西ドイツの連邦共和国を中心として—(2)」法学研究29巻11号57頁以下、田口精一『基本権の理論』（信山社、1996年）53頁以下参照。

正規の手続きに基づいて死刑を科することとは区別されなければならないと、また、死刑を憲法で廃止することには慎重でなければならないといった意見が、Süsterhenn (CDU) 議員によって出されたし、また、de Chapeaurouge (CDU) 議員からは、この問題はむしろ通常の立法の制定に委ねられるべきであるといった意見も強く出された。しかし、最終的には、ワーグナー議員のような主張が通って、1949年5月6日の本会議で死刑廃止の憲法条項(第102条)の導入が採択されたのである。このような制定経緯からすれば、この規定が、ボン基本法第2条2項の「各人は生命への権利及び身体を害されない権利を有する」という規定と密接な関連をもつものと捉えられたことは当然であった。例えば連邦憲法裁判所は、「第2条2項1文と第102条は同じ精神的基盤に基づいている。双方ともナチス支配時代へのリアクションを示している」と述べている¹⁵⁾、Kunigは、「第102条は、第2条2項に対して特別法の関係にある」としている¹⁶⁾。いずれにしても、死刑廃止条項が刑法典ではなく、ボン基本法に規定されることによって、これは通常の立法権をも拘束する強度の法的規範力をもつことになった。学説上は、死刑制度の復活は憲法改正によっても不可能であるという見解も少なからず唱えられているが¹⁷⁾、少なくとも憲法改正によるのでなければ死刑制度の復活はドイツでは不可能となったのである。

このような国家レベルでの死刑廃止の動向と並んで、国際機関のレベルでの死刑廃止の動きも、第二次大戦後において本格化する¹⁸⁾。まず、留意されるべきは、1948年の世界人権宣言が第3条で「すべて人は、生命、自由及び身体の安全に対する権利を有する」と規定し、国際的な文書では初めて「生命に対する権利」を保障するとともに、第5条では「何人も、拷問又は残虐な、非人道的な若しくは屈辱的な取り扱い若しくは刑罰を受けることはない」と規定して残虐な刑罰などの禁止をうたったことである。もっとも、世界人権宣言は、承知のように、「す

15) BVerfGE39,1(36f).

16) P.Kunig, Art.102, in: l.v. Münch(hrg.), Grundgesetz Kommentar Bd.3(1983)S.655.

17) この点に関するドイツの学説については、vgl. Azzola, supra, note(14), S.1198f.

18) 第二次大戦後における死刑廃止に向けての国際的な動向については、see, W.A.Schabas, The Abolition of the Death Penalty in International Law (1993). なお、青木人志「死刑存廃論議への比較法的接近」一橋論叢115巻4号(1996年)16頁以下参照。

すべての人民とすべての国とが達成すべき共通の基準」とされたが、国際的にみて条約のような法的拘束力を持たなかったので、これに法的拘束力をもたせるべく取り結ばれたのが、1966年の二つの国際人権規約である。

その内の一つである「市民的及び政治的権利に関する国際規約」(A規約)では、世界人権宣言よりも詳しく、第6条1項で「すべての人間は生命に対する権利を有する。この権利は、法律によって保護される。何人も、恣意的にその生命を奪われない」と規定するとともに、同条2項以下で、死刑についての具体的な規定を設けた。すなわち、まず同条2項では、「死刑を廃止していない国においては」重大犯罪についてのみ、犯罪が行われた時に効力を有している法律により科することができるし、この刑罰は、権限のある裁判所が言い渡した確定判決によってのみ執行することができる」と規定するとともに、同条4項では、死刑を言い渡されたいかなる者も特赦又は減刑を求める権利を有する旨を規定し、さらに同条5項では、死刑は18才未満の者が行った犯罪については科してはならず、また妊娠中の女子に対しては執行してはならないと規定した。その上で、同条6項は、「この条のいかなる規定も、この規約の締約国により死刑の廃止を遅らせ又は妨げるために援用されてはならない」と定めて、第6条の規定が死刑制度の存続のための口実にされることのないように注意を喚起する規定を特に置いた。

A規約第6条の以上のような規定は、当時の国際社会における死刑廃止論と死刑存続論のいわば妥協の産物であったが、ただ、そこには、規約締結者の死刑廃止へ向けた意向をくみ取ることも不可能ではなかった。それは、同条2項の「死刑を廃止していない国においては……」といった表現や同条6項の上記規定にも示されている¹⁹⁾。かくして、その後も、国際機関のレベルや地域レベルで、死刑廃止に向けた努力が展開されることになる。例えば、1981年には、西ドイツ、オーストリア、コスタリカ、イタリア、ポルトガル、スウェーデンが提案国となって、死刑廃止条約案が「市民的及び政治的権利に関する国際規約の第2選択議定書」という形で国連に提案され、審議に付されることになった²⁰⁾。また、国連総会は、1984年には「死刑に直面した者の権利保護のための保障規程」を採択して、

19) Ibid,p104.

20) K.W.Platz,Deutsche VN-Initiative gegen die Todesstrafe,ZaöRV 1981,41/2.S.345ff.

死刑をなお廃止していない国でも、死刑はもっとも重大な犯罪 (the most serious crimes) についてのみ科されるべきこと、18才未満の少年、妊婦等に対する死刑の執行は停止されるべきことなどを採択した。さらに、ヨーロッパ地域では、1985年にヨーロッパ人権条約第2条 (「各人の生命への権利は法によって保護される。その刑罰が法によって規定されている犯罪のかどで有罪とした裁判所の判決の執行による場合を除いては、何人も恣意的にその生命を奪われない」) をさらに発展させる形でヨーロッパ人権条約死刑廃止議定書が採択されて、戦時下の犯罪を除いては、死刑は廃止されることが取り決められた²¹⁾。

そして、ヨーロッパ諸国を中心として展開されたこのような死刑廃止に向けた運動は、ついに1989年になって「死刑の廃止を目的とする『市民的及び政治的権利に関する国際規約』の第2選択議定書 (Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights Aiming at the Abolition of the Death Penalty)」(いわゆる死刑廃止条約) の採択となって結実したのである。死刑廃止条約は、前文において「死刑の廃止が人間の尊厳の向上と人権の斬新的発展に寄与することを信じ、……死刑の廃止のあらゆる措置が生命に対する権利の享受における前進と考えられるべきであることを確信し」てこの議定書を協定するとその趣旨を述べた上で、第1条で「1 何人も、この選択議定書の締約国の管轄内にある者は、死刑を執行されない。2 各締約国は、その管轄内において死刑を廃止するためのあらゆる必要な措置をとらなければならない。」と明記したのである²²⁾。

このような国際的な動向は、当然のことながら、各国の動向にも反映されることになった²³⁾。例えば、ヨーロッパ地域では、アイルランド (1990)、ハンガリー (1990)、スイス (1992)、イタリア (1994)、スペイン (1995) など、あらゆる犯罪について死刑が廃止されたし、2000年にニースで調印された EU 基本権憲章 (Charter of Fundamental Rights of the European Union) では、

21) Schabas, supra, note(18) p238.

22) Ibid. p162. 団藤重光・前掲書345頁、阿部浩己「解説・死刑廃止条約」『法学セミナー増刊・死刑の現在』(前掲) 205頁参照。

23) 各国の動向については、see, R.Hood, The Death Penalty - A World-Wide Perspective (1996); W.A.Schabas, The Death Penalty as Cruel Treatment and Torture (1996).

第2条「生命権」で「1 すべての人間は生命権を有する。2 すべての人間は、死刑判決を受けたり、執行されてはならない。」と規定して、生命権の実効的保障の観点から死刑の廃止をうたった²⁴⁾。また、アフリカ・アジア地域においても、ナミビア(1990)、モザンビーク(1990)、ネパール(1990、但し通常犯罪についてのみ)などで死刑が廃止された。かくして、すでに死刑廃止条約以前にすでに廃止されていた国を含めると、2001年現在で、死刑全面廃止国は75カ国、通常犯罪についての廃止国は14カ国となり、さらには過去10年間以上死刑を執行していない事実上の死刑廃止国が20カ国を数えるに至ったのである²⁵⁾。いわゆる主要国の中で死刑を廃止あるいは停止していないのは、アメリカ合衆国と日本、そして中国だけとなったのである。

ちなみに、アメリカ合衆国についていえば、州のレベルでは前述したようにミシガン州、ウイスコンシン州、メイン州などはすでに19世紀以来死刑を廃止してきたし、連邦最高裁も、1972年に有名は *Furman v. Georgia* 判決²⁶⁾で、死刑の適用が残虐、異常な刑罰を禁止する合衆国憲法修正8条に違反するという画期的な判決を下した。ただ、同判決の多数意見は、死刑そのものを違憲としたもので

24) EU基本憲章については、Council of the EU, Charter of Fundamental Rights of the European Union(2001) p11. なお、同憲章2条が、ヨーロッパ人権条約死刑廃止議定書を参考にしたことについては、vgl., *Europäische Grundrechte*(2000) 27Jg. Heft 17-19, S. 554ff.

25) アムネスティ・インターナショナルの2001年現在の情報による。なお、現在、韓国では死刑廃止法案が国会に提案されており、その行方が注目されている(死刑廃止国際条約の批准を求めるFORUM90 Vol.63, 2001年参照)。その他に見逃すことができないのは、1998年にローマで採択された国際刑事裁判所規程が、戦争犯罪や人道に反する罪等を犯した者に対して最高刑として無期拘禁を科するのみで、死刑を科することを規定しなかった点である(第77条)。同規程の規定過程において論議された争点の一つであったが、いずれにしても、同規程が戦争犯罪や人道に反する罪など国際法上最も重大な犯罪に関してもこのように死刑を廃止したことは、死刑廃止の国際的潮流がどのようなものであるかを示すものとして重要であろう。同規程の死刑廃止については、小和田恒・芝原邦爾「<対談>ローマ会議を振り返って」*ジュリスト*(1998年)9頁以下参照。See. also, R.S.Lee(ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*(1999)p.339; O.Triffler(ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*(1999)p.985.

26) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238(1972)。アメリカの同判例などについての邦語文献としては、三井誠「米国連邦最高裁の『死刑違憲判決』の検討」*法律時報*44巻12号(1972年)83頁、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(1972年)116頁、松尾浩也「アメリカにおける死刑一連邦最高裁判決によせて」*現代法ジャーナル*6号(1972年)2頁、鶴飼信成「死刑と憲法」*専修法学論集*27号(1978年)1頁、浅野祐一「アメリカ合衆国連邦最高裁判決における死刑の違憲審査基準(1)(2)」*北大法学論集*36巻4号(1985年)133頁、38巻4号(1988年)279頁(1985年)、ウイリアム・j・ブレナン jr(金原恭子訳)「合衆国最高裁からみた憲法裁判と死刑」*アメリカ法*1988年1号1頁、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」*和田英夫教授古稀記念論文集(法律論叢*61巻4・5合併号、1989年)125頁等参照。

はなく、その適用の仕方を違憲としたものであったので、その後各州で死刑の運用を変更したことを踏まえて出された1976年の *Gregg v. Georgia* 判決²⁷⁾では、連邦最高裁は死刑を合憲とする判決を出した。それ以来、連邦最高裁の多数意見は合憲の立場を維持してきているが、ただ、少数意見としては、その後も Brennan 判事や Marshall 判事などによって死刑そのものを違憲とする見解が出されているし²⁸⁾、現在でも13の州では死刑が廃止されており、このような点は留意されてよいであろう²⁹⁾。

Ⅲ 日本における学説の状況

死刑制度の合憲性をめぐる日本の学説は、大きく①合憲説、②違憲説、それに③折衷説に分けることができよう³⁰⁾。ここにおいて、折衷説とは、団藤重光などによって唱えられているもので、死刑制度は明白に憲法違反ということはできないとしても、しかし、明白に合憲というわけでもなく、憲法の本質なり趣旨にはむしろそぐわないので廃止すべきであるという見解である³¹⁾。これらの学説の中で、通説的な地位を占めるのは、従来から合憲説であるが、折衷説も近時は有力

27) *Gregg v. Georgia*, 423 U.S.153(1976). もっとも、連邦最高裁は、その後 *Coker v. Georgia*, 433 U.S.584(1977)で、単純強姦罪に死刑を科していたジョージア州法を、強姦被害者の被った損害よりも死刑による加害者の生命の剥奪をより重大視して違憲判決を下したことは留意されてよいであろう。

28) アメリカの判例の動向については、see, L. Epstein/J.F. Kobylika, *The Supreme Court and Legal Change*(1992); M. Mello, *Against the Death Penalty—The Relentless Dissents of Justices Brennan and Marshall*(1996).

29) アメリカの死刑制度をめぐる論議については、see, W.S. White, *The Death Penalty in the Nineties*(1991); H.A. Bedau, *The Death Penalty in America*(1997); J. Jackson, Sr./J. Jackson, Jr./B. Shapiro, *Legal Lynching*(2001)p.131. 邦語文献としては、宮本倫好『死刑の大国アメリカ』(亜紀書房、1998年)参照。

30) 杉原泰雄「刑罰権の実体的限界」芦部信喜編『憲法Ⅲ人権(2)』(有斐閣、1981年)271頁以下は、死刑が残虐刑に該当するかどうかをめぐる学説を、否定説、条件付き否定説、肯定説に分けている。ここで、条件付き否定説とは、原則として否定説に立ちながら、死刑が残虐刑に該当するかどうかは国民感情によって相対的に決まるので、将来においては死刑が違憲とみなされることもありうるとする説で、1948年の最高裁判決の補足意見(島、藤田、岩松、河村裁判官)が採用した見解である。ただ、本稿では、本文で述べたような理由で、学説の分類を合憲説、違憲説、折衷説と分けることにした。

31) 折衷説に立つ学説としては、団藤重光・前掲書212頁、294頁、平川宗信「死刑制度と憲法理念(上・下)」*ジュリスト*1100号63頁、1101号73頁(1996)、同「死刑存廃論の法的枠組みについて—憲法的死刑論の展開—」*現代刑事法*25号(2001年)11頁。平川・現代刑事法論文14頁は、「憲法解釈論としては、31条が「生命の剥奪」に言及しているので、死刑を違憲と断ずるのは難しいかもしれない。しかし、立法政策の問題としては、死刑が憲法理念から否定的に評価されることは明かである」とする。

になってきているので、あえて折衷説として分類する所以である。そこで、以下には、これら学説について、その内容を簡単に紹介するとともに、若干の検討を加えることにしたい。

1 合憲説

まず、合憲説³²⁾の根拠は、上引した1948年の最高裁判決と基本的には同様である。すなわち、憲法第31条は、「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」と規定しているが、この規定は、法律の定める手続によれば、生命を奪う刑罰を科してもよいことを含意しているので、死刑制度は、憲法第31条によって合憲とされることになる。また、憲法第13条は「生命に対する国民の権利」を規定しているが、これも「公共の福祉に反しない限り」最大の尊重を必要とすると規定されており、反対解釈をすれば、「公共の福祉」に反する場合には、「生命に対する国民の権利」についても制限剥奪してもよいと解釈することができる。犯罪者に刑罰を科することは「公共の福祉」に該当するといえることができるので、死刑によって「生命に対する国民の権利」を剥奪しても、違憲とはいえない。

例えば、佐藤功は、最高裁判決が死刑そのものを容認すべき憲法上の根拠として第13条や第31条を援用したことは正当であるとして、以下のようにいう。「これらの規定における文字からいえば、その根拠は「公共の福祉」に求められることとなる。この場合に、すべての国民の生命を尊重することこそ「公共の福祉」であり、したがってたとえ悪虐非道の一人の人間であってもその生命を奪う死刑の存在理由を「公共の福祉」に求めることは許されないという見解もありえよう。このような見解に対しては、すべての国民の生命の尊重こそが「公共の福祉」である以上は、殺人行為によって一人の生命の尊貴を奪った者が逆にその「公共の

32) 合憲説に立つ学説としては、『註解日本国憲法（上巻）』（有斐閣、1953年）636頁、宮沢俊義・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』（日本評論社、1978年）311頁、佐藤功『憲法（上）』（新版）（有斐閣、1983年）512、568頁、小林直樹『＜新版＞憲法講義』（上）（東京大学出版会、1980年）486頁、佐藤幸治『憲法36条』樋口陽一ほか『注解憲法Ⅱ』（青林書院、1997年）337頁、奥平康弘『憲法3』（有斐閣、1993年）376頁、大隅義和「憲法規範の緊張関係―『個人の尊厳』と死刑制度」法政研究61巻3／4合併号（1995年）431頁など。

福祉」の故に責任を免かれ得るうることとなるのは背理であるといえよう。]³³⁾

合憲説は、このような憲法第31条、第13条解釈を踏まえて、「残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる」と規定した憲法第36条を解釈し、ここで禁止されている「残虐な刑罰」とは、刑罰の執行方法が残虐で非人道的な刑罰、あるいは罪刑の均衡を著しく損なうような刑罰を意味するのであって、死刑がそれ自体においてただちに残虐な刑罰に該当するわけではないと結論づける。

例えば、奥平康弘は、死刑廃止論の立場に立ちつつも、それと死刑違憲論とは異なり、後者の立場をとることは憲法解釈としてはできないとして、以下のよう
にいう。「日本の違憲論は、既存事実であり伝統的な制度であるところの死刑そのものに、即刻後退を迫るようなパンチ力に欠けている。憲法の基本理念たる平和主義、あるいは平和的生存権による議論、憲法13条の個人の尊厳による議論、憲法18条の奴隷的拘束及び苦役からの自由にもとづく議論などは、核心からは遠すぎる抽象論であったり、反論をひき起こす余地の多い論拠に満足している議論であったりするにとどま」り、「いまのところ有効な違憲論を見出せないでいる」]³⁴⁾。

2 違憲説

これに対して、違憲説³⁵⁾は、つとに木村亀二などによって唱えられてきたが、その根拠は、要旨つぎの通りである³⁶⁾。憲法第31条の罪刑法定主義の原則は特定の種類の刑罰を規定することを命じたものでもなければ、是認したのものでもない。

33) 佐藤功・前掲書569頁。

34) 奥平康弘・前掲書376頁。

35) 違憲説の立場にたつ学説としては、木村亀二『新憲法と刑事法』（法文社、1950年）163頁以下、小林孝輔『憲法』（日本評論社、1986年）109頁以下、菊田幸一『死刑（新版）』（明石書店、1999年）167頁以下、中山勲『死刑合憲論批判』阪大法学61号（1967年）1頁以下、阿部純二『死刑と残虐な刑罰』憲法百選<第三版>143頁、根森健「最高裁と死刑の憲法解釈」高柳信一先生古稀記念論集『現代憲法の諸相』（専修大学出版局、1994年）111頁以下、篠原廣「第36条」憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』（日本評論社、1997年）351頁、押久保倫夫「死刑と残虐な刑罰」憲法判例百選Ⅱ（第4版）（2000年）262頁。なお、その他、明確に違憲論の立場を述べているわけではないが、従来合憲論については「再考を要しよう」、「再検討すべきであろう」とするのが、戸波江二『憲法（新版）』（ぎょうせい、1998年）332頁、及び辻村みよ子『憲法』（日本評論社、2000年）304頁である。

36) 木村亀二・前掲書163頁以下による。なお、木村亀二の死刑違憲論を論評した文献として、初宿正典「木村亀二の死刑《違憲》論について」『法の理論5』（成文堂、1985年）65頁以下参照。

それは単に、いやしくも刑罰を科する場合にはその刑罰は法律の定める手続きによって規定されるべきことを宣言したにとどまる。死刑が合憲的であるか否かはさらに実質的な憲法上の根拠が求められなければならない。また、憲法第13条の「公共の福祉」は国民多数の利益というように功利主義的に解すべきではない。「最後の一人、その最後の一人がたとえ殺人犯人であるとしても、その者の生命をもまた尊重することを意味する理想主義的な共同利益の原則を意味するのであって、従って、第13条によって、一人の人間の生命を剥奪することを内容とする死刑を正当化せんとするのは全然誤りである」。憲法第36条に関して言えば、同条は単に刑罰の執行方法のみならず、刑罰そのものにおいて残虐なものをすべて絶対的に禁止している。ところで、「人間が人間を殺すこと以上に残虐なことがあるであろうか。死刑が残虐刑でないというのであれば、残虐刑などというものはありえない。憲法第36条の残虐刑の禁止は当然に死刑の禁止を包含することになる。「憲法第31条の規定は残虐刑の絶対禁止を宣言した第36条の規定によって制限を受けなければならない。第36条により、実質的には第31条にもかかわらず、死刑は憲法違反と解すべきである」。さらに、憲法第9条は戦争の放棄を規定しているが、戦争を否定することは個人的価値の優位を認め国家の絶対性を否認することである。他方で、死刑を肯定することは超個人的価値としての国家の絶対性を肯定することである。日本国憲法の根本原理は戦争否定の平和主義である以上は、その当然の帰結として、日本国憲法は国家的価値の絶対性の上のみ可能な死刑を否定するものと見なければならない。憲法31条は、このような憲法の大精神からいって、死刑を憲法上正当化する根拠とはならない。

また、小林孝輔は以下のようにいう。「(憲法36条にいう)残虐な刑罰とはなにをいうかについてはむずかしいが、生命を奪うことよりも残虐なことはないであろう。すべて人は、ひとしく人権を保障され、生きる権利を有する(11条、25条)。したがって、犯罪による刑罰のためといえども、許されるのは「苦役」までであって、「奴隷的拘束」は許されないのである(18条)。奴隷的拘束すら禁じられているのに死刑がみとめられるはずがない。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。すなわち以上の理由から、

死刑制度は31条の適法性をも欠いているといわなくてはならない。」³⁷⁾。

3 折衷説

以上のような違憲説に対して、折衷説は、団藤重光などによって唱えられているものである。例えば、団藤重光は、従来、憲法第31条の規定は「死刑の可能性を予想しているものとみるほかない」のであり、「憲法じたいが違憲の制度を予想する規定を置いていると考えるのは、無理である」³⁸⁾としてきたが、最高裁判事を経た後では、死刑廃止論を積極的に説くに至り、憲法論としても、以下のように述べるに至っている。「死刑は『残虐』とまで言えなくても、少なくとも『残酷』な刑罰です。それは、違憲とまでは言えないとしても、憲法の前文や13条その他の規定の趣旨ないしは精神から考えて、憲法上望ましい刑罰だなどは絶対に言えないことは明らかではないでしょうか。反対に、それは憲法上、決して望ましくない制度だというべきだと私は信じます。人間の尊厳ということと死刑とは、いかなる意味においても両立しないと思うのです」。「(憲法) 13条、36条をはじめ平和主義・戦争放棄(前文・9条)など多くの点から見て、死刑が憲法上望ましくない刑罰であることを明らかにするのが、憲法論としては重要だ」³⁹⁾。

この団藤重光の見解をさらに発展させたのが、平川宗信の「憲法的死刑論」である。平川宗信は、「憲法的死刑論は、刑罰権との関係における生命権の限界に関する人権論として、また憲法の関連諸規定の理論的・体系的理解に基づく総合的・統一的理論として構築されなければならない」とした上で、要旨以下のような議論を展開する⁴⁰⁾。「(憲法) 31条と36条とは、一般規定・特別規定の関係に立つことになる。一般規定と特別規定とでは、当然に特別規定が優先する。したがって、たとえ31条が死刑を容認するような文言であっても、36条が死刑を禁止していると解される場合には、その文言は意味をもたず、死刑は違憲と解さ

37) 小林孝輔・前掲書109頁以下。

38) 団藤重光『刑法綱要総論』(改訂版・増補)(創文社、1988) 441, 443頁。

39) 団藤重光・『死刑廃止論』(前掲) 213頁。

40) 平川宗信・前掲ジュリスト1100号論文64頁以下参照。

れることになる」。問題は、死刑が憲法第36条の「残虐な刑罰」に該当するか否かであるが、その判断基準となるのは「適正手続」及び「実体的適正」の原理である。「もし死刑が理論的に見て適正手続・実体的適正の原理に反すると解されるならば、死刑の合憲・違憲にかかわらず、死刑は憲法上きわめて望ましくない刑罰であり、廃止されるべき刑罰であることが論証されることになる。」

そこで、まず死刑と適正手続原理との関係であるが、平川宗信によれば、誤判の可能性のある手続で死刑を科することは適正手続原理に合致しないし、また、死刑の適用基準も曖昧である。さらに死刑の執行手続も法務当局の恣意に委ねられていて、適正手続との関係で憲法上重大な疑義がある。また、実体的適正原理との関係では、死刑は憲法が保障している生命権に対する「公共の福祉」のためのやむを得ない制約といえるかどうかであるが、最も重要な人権である生命権の内在的限界を認めるための対抗的人権（矛盾・衝突する人権）は、同じ生命権に限られよう。かくして、死刑を『公共の福祉』の見地から正当化できるかどうかは、「死刑は殺人予防のために必要・不可欠」であると言えるかどうかで決まることになる。しかし、これまでの調査・研究からすれば、そのような必要・不可欠性は論証することができない。それ故、「死刑を『公共の福祉』によるやむをえない生命権の制約として正当化することは、不可能と言うほかはない。

IV 死刑の違憲性

死刑の合憲性をめぐる以上のような学説に関して私見を結論を先取りして述べれば、まず、死刑を定めた現行刑法199条などは法律規定それ自体が違憲と思われるし（法令違憲性）、またその現実の運用においても違憲性を免れえないと思われる（運用違憲性）。以下、その理由を簡単に述べることにしよう。

1 死刑の法令違憲性

まず、死刑を合憲とする根拠としてあげられるのは憲法第31条であるが、しかし、この規定を死刑を積極的に認めた規定と解釈することには無理があると思われる。なぜならば、この規定は、かりに刑罰が科せられるとするならば、それは法律の定める適正な手続きによらなければならないと定めたものであって、生命

に対する刑罰＝死刑を当然に承認したものと必ずしも読み得ないからである⁴¹⁾。この規定は、「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」と規定しているのであって、「法律の定める手続により、その生命若しくは自由を奪い、又はその他の刑罰を科することができる」とは定めていないからである。

しかも、この規定は、刑罰を科する場合には「適正な手続」によることを含意している。ここで含意される「適正手続」にはいろいろなものが含まれているが、この点については、平川宗信の指摘が示唆に富むように思われる。すなわち、平川によれば、誤判を究極的に阻止することができず、しかもその誤判を事後的にであれ救済する道を閉ざされることになる死刑は「適正手続」の要件をクリアしたものとみなすことは困難であるというものである⁴²⁾。私も、第31条の「適正手続」の趣旨をこのように解釈する立場を支持したい。もちろん、誤判や冤罪は死刑以外の刑罰にあっても根絶することはできないが、死刑以外の刑罰の場合には、誤判や冤罪であるということが判明した段階で、受刑者の身柄を釈放して、しかるべき刑事補償を行うことができる。しかし、死刑を処せられた者については、もはや生き返る可能性は閉ざされているのである。しかも、死刑判決においても誤判がありうることは、免田事件や財田川事件など過去のいくつかの冤罪事件で示されている。免田事件や財田川事件ではたまたま再審で冤罪であることが判明して被告人は処刑されないですんだが、実際に処刑された人間で実は冤罪であった事例がこれまでも絶対には言い切れないのである。このように誤判や冤罪を事後的に救済する道が閉ざされている死刑は、それ自体が制度として欠陥をもったものであり、「適正手続」を欠いたものといわざるをえないように思われる。このような点からすれば、憲法第31条はむしろ死刑に対しては否定的な規

41) 阿部純二・前掲論文223頁、長井圓「死刑存廃論の到達点—死刑の正当化根拠について—」神奈川法学31巻1号(1996年)219頁も同旨。なお、アメリカ合衆国憲法修正5条は「何人も大陪審の告発または起訴によるのでなければ、死刑または破廉恥の責を負わされない」と規定しているが、この規定について、ブレナン判事は「それは単に、死刑が刑罰として可能ならば、そして可能な場合には、被告人に対して大陪審による正式起訴やもちろんデュー・プロセスのような一定の手続上の保護を与えなければならない、と要求しているだけである」と述べている(前掲アメリカ法論文16頁、see, *Furman v. Georgia*, 408 US at 283)。日本国憲法第31条についての本文で述べた解釈方法と同様のものといえよう。

42) 平川宗信・前掲1101号論文73頁以下。

定と解することができるのであって、少なくとも死刑を積極的に承認した規定と解することはできないと思われる。

つぎに問題となるのは、憲法第36条の残虐な刑罰の禁止規定であるが、最高裁判決は、同条で禁止している残虐な刑罰とは「不必要な精神的・肉体的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」⁴³⁾をいうのであって、死刑それ自体は必ずしも残虐な刑罰には当たらないとしている。学説上も、例えば「残虐とは反文化的・反人道的なものであって、通常的人間の感情をもっている者に衝撃を与える種類のもの」⁴⁴⁾といった定義の下に、判例の立場を基本的に支持する見解が多数を占めているといってよい。しかし、かりに「残虐」についてのこのような定義が可能だとしても、なにか「人道上残酷と認められる刑罰」であるかは一概には判断できず、死刑こそが「人道上残酷と認められる刑罰」の最たるものであるというのとらえ方も、決して不可能ではないと思われる。最高裁や学説の多数説は、憲法第31条（や憲法第13条）で死刑が認められているという前提の下に憲法第36条を解釈して、死刑は「残虐な刑罰」には当たらないとしているが、しかし、憲法第31条（や憲法第13条）からそのような解釈を導き出すことが必ずしもできないとすれば、「残虐な刑罰」の意味についても、死刑をあらかじめ除外して解釈しなければならない理由は存在しないといわなければならない。しかも、このような見解は、憲法第31条と憲法第36条が一般法と特別法の関係にあり、特別法たる第36条を優先して解釈すべきことからしても⁴⁵⁾、支持することができないといわなければならない。そうであるとすれば、死刑こそが人間の生命を抹殺し、その限りで人間の尊厳をも損なうという点で「人道上残酷と認められる刑罰」であり、「残虐な刑罰」に該当するととらえることは決して不自然ではないのみならず、むしろそのようなとらえることが妥当な解釈といえるのである⁴⁶⁾。

43) 最大判昭和23年6月30日刑集2巻7号777頁。なお、アメリカの連邦最高裁は、*Trop v. Dulles* (356 U.S.86,1958)以来、日本国憲法36条のモデルとなった合衆国憲法修正8条に言う「残虐で異常な刑罰」の意味を「進展する品位の基準 (the evolving standards of decency)」によってとらえる解釈を確立した。ただ、この基準を具体的にどう理解するかはアメリカでも議論のあるところである。この点については、see, W.A.Schabas, supra, note(23)p57.

44) 『註解日本国憲法』(前掲)636頁。

45) この点については、平川宗信・前掲ジュリスト論文(上)68頁。

46) 村井敏邦「三重の残虐性」をもつ死刑の現実」佐伯千因ほか編『死刑廃止を求める』(日本評論社、1994年)81頁など参照。

なお、「残虐な刑罰」の意味については、憲法における刑罰の一般目的に照らして不必要な苦痛を伴う刑罰と解する見解⁴⁷⁾もある。この見解に照らせば、死刑が残虐な刑罰に該当するかどうかは、死刑がそもそもいかなる目的に基づいて刑法などに規定されているのか、その目的との関連で刑罰が不必要な苦痛を伴うものでないかどうかという観点から判断されることになる。そして、このような見解からすれば、死刑の威嚇力による犯罪抑止効果がどこまであるのかが問題となってくると思われる。この点に関しては、周知のように学説上も争いがあるが、死刑には犯罪を一般的に抑止する効果があるとはいえないとするのが、今日の多数説であるといつてよい⁴⁸⁾。そうであるとすれば、死刑は犯罪抑止効果が必ずしも立証されていないにもかかわらず、人間にとって根元的な生命を剥奪することとなり、その意味で、刑罰の一般目的との関係で不必要な苦痛を与える刑罰ととらえることも可能となってくると思われる⁴⁹⁾。

さらに、この点とも関連して検討されるべきは憲法第13条である。合憲説は、前引したように、憲法第13条後段が「生命……については、公共の福祉に反しない限り、……最大の尊重を必要とする」と定めていることを反対解釈して、「公共の福祉」に照らして必要であれば、生命を剥奪することも許され、従って、殺人者などに死刑を科することも憲法第13条に照らして許されるとする。しかし、この点に関してまず指摘しておくべきは、憲法第13条は人権保障についての総則的規定であって、この規定を根拠としてすべての人権が「公共の福祉」によって制限剥奪されうるとする解釈を導き出すことは決して正当とはいえないということである。人権を「公共の福祉」によって制限できるかどうかは個別具体的な人権規定の内容や性格に照らして判断することが必要であり、また人権を制限する

47) 杉原泰雄・前掲論文269頁、野中俊彦ほか『憲法I (第3版)』(有斐閣、2001年)(高橋和之執筆)402頁など。

48) 例えば、団藤重光・前掲書205頁、石川正興「死刑の犯罪抑止力」現代刑事法25号(2001年)33頁、所一彦「犯罪の抑止と死刑」法律時報69巻10号11頁など参照。これに対して、小田普「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(2001年)21頁は死刑に一定の抑止効果があると主張している。しかし、この点について争いがあるということ自体が、死刑の犯罪抑止効果についての明確な実証がなされていないことを物語っているように思われる。なお、R.Hood, supra, note (23) pp180-212も、死刑の抑止力についての各国の議論を詳しく検討した上で、死刑の抑止効果は証明されていないとする。

49) 福田雅章「死刑を廃止できない日本社会の論理」法学セミナー428号(1990年)16頁参照。

場合にも、その根拠となる「公共の福祉」の具体的な内容がいかなるものであるかは、抽象的にではなく、具体的に検証されなければならないのである。たとえば、憲法第36条は「公務員による拷問」を「絶対に」禁止しており、「公共の福祉」によって拷問を正当化することは絶対にできないのであり、このことは学説上も一般に承認されているところである⁵⁰⁾。

これとほぼ同じことは、生命権についても基本的に当てはまるといってよいと思われる。憲法第13条が保障している生命権は、もろもろの基本的人権の中でも最も基本的な人権であり、その剥奪は他のすべての人権の剥奪をもたらすものである⁵¹⁾。その意味では、生命権はもろもろの人権の中でも最優位にある人権であり、他の人権保護とか抽象的な公益保護を理由として生命権を剥奪することは許されないというべきである。ある人間の生命権を侵害することが許されるのは、唯ひとつ、その人間の生命を侵害することが他の人間の生命の保護のために緊急やむを得ない場合だけであるといつてよいと思われる。

このような観点から、死刑を考えた場合には、死刑は他の人間の生命を保護するために緊急やむを得ない刑罰ということではできないように思われる。たしかに死刑は日本にあってはほとんどの場合殺人罪に対して科されるが⁵²⁾、しかし、死刑を科することによってすでに殺された人間の生命は返ってくることはないし、また、他の人々の生命の保護が確実に図られるかといえば、それも必ずしもできないように思われる。前述したように、死刑の犯罪抑止効果は現状においては必ずしも立証されていないからである。かりに死刑にある種の抑止効果が認められ得たとしても、死刑によって失われる生命と救われる生命との因果関係は抽象漠然としている。後藤昭がいうように、「そのような抽象的な効果は、眼前の具体的な命の犠牲を正当化しない」⁵³⁾のである。

50) この点については、学説はほぼ異論がないといつてよい。例えば佐藤功・前掲書573頁、杉原泰雄・前掲論文183頁など参照。

51) 拙稿「基本的人権としての生命権の再構成」杉原泰雄先生古稀記念論文集『二一世紀の立憲主義—現代憲法の歴史と課題—』(勁草書房、2000年) 325頁参照。

52) 刑法は、内乱罪(77条)や外患誘致罪(81条)などにも死刑を科しているが、かりに百歩譲って重大殺人罪に死刑を科することが違憲ではないとしても、生命の侵害を直接意味するわけではないこれら犯罪に死刑を科することは、本稿の観点からすれば当然に違憲とならざるをえない。なお、団藤重光・前掲書223頁以下に死刑と内乱罪についての示唆に富む記述がある。

53) 後藤昭「抑止効果は死刑を正当化するか?」法学セミナー466号(1993年)42頁。

もちろん、死刑の正当化根拠として従来指摘されてきたのは、死刑の犯罪抑止効果だけではない。例えば、渥美東洋は、「刑罰の質と量は、犯された犯罪の重大性に対応し、比例していなければならない」し、また刑罰の基礎にある正義は「害された人間の尊厳の価値の再確認とそのできるかぎりの現状回復」を要請するとして、以下のようにいう。「社会における、個人の自己表現の中核である生命への尊厳を再確認する『儀式』として『死刑』という極刑が正当化される」⁵⁴⁾。しかし、このような議論は、「生命への尊厳を再確認する」ために何故に死刑という極刑が必要とされるのかについて具体的な論証に成功しえていないように思われる。「生命への尊厳を再確認する」ための「儀式」としては、むしろ死刑を否認し、殺人者の生命をも尊重することを国家が示す方がより適切ともいえるからである。このような議論の根底にあるのは、つまるところは抽象的な応報刑論であり、生命権の尊重を基調とする憲法論ではないように思われる⁵⁵⁾。

以上のようなことがいいうるとすれば、結局のところ、死刑を「公共の福祉」によって正当化することはできず、死刑は憲法第13条後段の保障する生命権を正当な理由なく侵害する刑罰として違憲性を免れ難いといえるのである⁵⁶⁾。

なお、この点とも関連して留意されるべきは、憲法第13条前段が「すべて国民は、個人として尊重される」と規定して個人の尊重（尊厳）を保障していることである。この規定は「すべて」の国民が「個人として尊重される」と規定している。たしかに、「個人として尊重される」ことの意味については、さまざまな理解の仕方があるが⁵⁷⁾、しかし、いずれにしても、その大前提は、人間存在そのものを、つまりは人間の生命権を認めるということではなければならないであろう。人間存在を抹殺しておいて、なおその人間を「個人として尊重する」ということ

54) 渥美東洋「日本の現行の死刑制度は廃止されるべきか」刑法雑誌35巻1号（1995年）103頁以下。椎橋隆幸「日本の死刑制度について」現代刑事法（前掲）16頁以下も同旨。なお、死刑の正当化根拠についての批判的研究としては、長井圓・前掲註（41）187頁以下参照。

55) 同様に、被害者感情や世論も死刑を正当化する憲法上の根拠とはなりえないとする点については、所一彦・前掲論文8頁及び平川宗信「死刑論の理論的枠組みについて」法律時報69巻10号（1997年）15頁参照。もちろん、被害者の遺族に対して犯罪被害者等給付金支給法に基づいて現在支給されている給付金額は不十分であり、大幅な増額が必要であろう。

56) 死刑の違憲性をとりわけ生命権との関連で説いた論文としては、名和鉄郎「人権の歴史と生命権の発展－死刑廃止に関する序論的考察」静岡大学法経研究42巻2号（1994年）157頁参照。

57) この点については、ホセ・ヨンバルト『人間の尊厳と国家の権力』（成文堂、1990年）57頁以下、青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』（尚学社、1996年）5頁など参照。

にはならないからである。あるいは、殺人を犯したものは、もはや人間としての扱いを受けず、「個人として尊重される」ことがないのであろうか。第13条前段は無条件に「すべて国民は」と規定していることからすれば、この規定からそのような趣旨を読みとることはできないであろう⁵⁸⁾。そうであるとすれば、人間の生命を剥奪する死刑は、憲法第13条前段の「個人の尊重」規定にも違反することにならざるをえないと思われる⁵⁹⁾。

最後に、その他に検討されるべき憲法規定に、憲法第9条の非武装平和主義の規定がある。前引したように、木村亀二や小林孝輔はその死刑違憲論の根拠の一つに憲法第9条をあげたが、これに対しては判例上はもちろんのこと⁶⁰⁾、学説上も例えば奥平康弘などから批判が出されているところである。たしかに、憲法第9条は戦争放棄と戦力の不保持を定めた規定であって、死刑を明示的に禁止するような規定とはなっていない。その意味では、死刑が憲法第9条に明示的に違反するということはできないであろう。しかし、憲法第9条の戦争放棄と戦力不保持の規定の趣旨は、あらためて指摘するまでもなく、一切の戦争を放棄し、戦争のために用いられる戦力の保持を一切禁止することを通して「全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利」を享受できるようにすることにある⁶¹⁾。このような非武装平和主義の根底には、人間の生命の権利をなによりも尊重するが故に、日本国が他国に対して武力攻撃を加え、他国の国

58) この点に関連して社会契約論による死刑正当化論が問題となるが、しかし、社会契約の文書としてまさに憲法13条は、殺人者をも含めて「すべての国民」を個人として尊重することを規定したと捉えるべきであろう。遠藤比呂通「刑事裁判と適正手続」ジュリスト1089号（1996年）267頁も、「憲法典という社会契約の信託文書には、市民の生命を刑罰として奪うことは記されていない」とする。なお、ルソー的な社会契約論による死刑正当化論が妥当しない点については、団藤重光・前掲書155頁参照。

59) 大隈義和・前掲論文881頁以下は、「個人の尊厳」と生命の剥奪との関係について、「基本的には生命の維持そのものが尊厳の成立のための条件として問題とされてよい」としつつも、結局は憲法第31条などの解釈からすれば、「日本国憲法は一方で「個人の尊重」即ち「個人の尊厳」を規定しつつ、他方、なおその下で死刑制度存置の可能性をも許容するものとして位置づけられる」と述べている。しかし、本文で述べたように憲法第31条が明示的に死刑を規定したものと捉えられない以上は、「個人の尊重」は生命の尊重＝死刑の否認をその核心的要素として内包すると解すべきであろう。

60) 例えば最大判昭和26年4月18日刑集5巻5号923頁、最判昭和33年6月27日刑集12巻10号2332頁、最判平成2年4月17日判時1348号15頁等参照。

61) この点については、とりあえずは、深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』（岩波書店、1987年）185頁以下、山内敏弘＝太田一男『現代憲法大系2巻・憲法と平和主義』（法律文化社、1998年）6頁以下参照。

民を殺戮することを禁止することはもちろんのこと、かりに日本国家に対する外部からの侵略があったとしても、その侵略者の生命を戦争や武力行使によって抹殺することは、これを拒否するという思想があるということができよう。いいかえれば、憲法前文と第9条は日本国に対して「汝、殺すなかれ」と命じているのである。このような生命権尊重の考え方からすれば、国内において殺人などの重大犯罪を犯した人間についてであれ、死刑という形でその生命を抹殺することは、憲法前文及び第9条の趣旨にはそぐわないということができよう。外部からの侵略者と国内における殺人犯とで区別する合理的な理由は存在しないからである。

2 死刑の運用違憲性

死刑を定めた刑法第199条などは、上述したように、憲法が保障する生命権を正当な理由なくして侵害するものとして、規定それ自体が違憲と思われるが、かりにその点はしばらくおくとしても、死刑制度の現実の運用実態は、憲法の上記諸規定の趣旨に照らして違憲性を免れ得ないものと思われる⁶²⁾。その理由を簡単に述べれば、以下ようになる。

まず第一に、殺人などの犯罪を犯した人間に対して死刑判決が下される場合と無期懲役刑が下される場合との区別が明確ではなく、死刑が少なからず裁判官の主観的な判断に基づいて選択されているということである⁶³⁾。死刑判決と無期懲役刑判決とでは、判決を受ける被告人の立場からすれば、文字通り生死を分ける違いがある。にもかかわらず、いかなる殺人を犯した場合には死刑になり、いかなる殺人を犯した場合には無期懲役刑に留まるかについて、被告人はもちろんのこと、一般国民にも判るような明確な基準がなく、その運用が裁判官の主観的な判断に委ねられているということは、罪刑法定主義や適法手続の原則、さらには

62) 運用違憲は、周知のように、公安条例に関するいわゆる寺尾判決（東京地判昭和42年5月10日下刑集9巻5号638頁）で用いられた手法であるが、これについては、例えば戸松秀典『憲法訴訟』（有斐閣、2000年）342頁のような批判がある。たしかに、具体的な事件との関連では、運用違憲の手法を用いるよりはむしろ適用違憲の手法を用いることがより適当だと思われるが、本稿では死刑の運用実態の違憲性を一般的に指摘する意味で運用違憲という言い方をすることにした。ちなみに、前述の *Furman v. Georgia*, 408 US 238 (239) 判決の法廷意見は、「当裁判所は、これら事件において死刑を科し、かつ執行することは、残虐で異常な刑罰を構成し、修正8条及び14条を侵害することになる」と判示しており、適用違憲の判決ということができる。

63) この点については、菊田幸一・前掲書196頁以下参照。

法の下での平等に照らして違憲の疑いを免れ得ないように思われる。たしかに、最高裁は、周知のように「連続ピストル射殺事件」判決において死刑の判断基準について以下のように判示し、これがほぼその後の裁判所の判断基準とされている。「犯行の罪質、動機、態様ことに殺害の手段方法の執拗性・残虐性、結果の重大性ことに殺害された被害者の数、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等各般の情状を併せ考察したとき、その罪質が誠に重大であって、罪質の均衡の見地からも一般予防の見地からも極刑がやむをえないと認められる場合には、死刑の選択も許されるものといわなければならない」⁶⁴⁾。

しかし、このような基準が一般国民にとって、さらには殺人を犯そうとする者にとってどれほど明確なものであるのかといえば、その抽象性・漠然性は免れがたいように思われる。現に、「連続ピストル射殺事件」でも、第一審判決（東京地裁）は死刑、控訴審判決（東京高裁）は無期懲役、そして最高裁は破棄差戻の判決というように⁶⁵⁾、判断が分かれているのである。たしかに、死刑の適用基準を明確化しようとする試みは学説上もなされているが⁶⁶⁾、しかし、その試みはなお成功しているようには思われぬのである。

第二に、裁判所の死刑判決が確定した場合、死刑囚に対していつの時点で死刑が執行されるかは法務大臣の裁量に完全に委ねられている。たしかに、刑事訴訟法第475条2項は「判決確定の日から6カ月以内にこれを執行しなければならない」と規定しているが、実際には死刑判決が確定してからまもなく執行される場合、確定判決後何年かを経てから執行される場合、さらには獄死に至るまで執行されない場合などさまざまであることは周知の通りである。しかも、これら三つの場合のいずれの場合が適用されるかについての客観的な基準はまったくなく、法務大臣の完全な裁量に委ねられているのである。これでは、ホセ・ヨンバルト

64) 最判昭和58年7月8日刑集37巻6号609頁。

65) 東京地裁昭和54年7月10日刑集37巻6号690頁、東京高判昭和56年8月21日判時1019号2頁。これら判決が最高裁の本文引用の基準が出される以前のものであることはいうまでもないが、しかし、そのことは、裁判所によって死刑の適用基準が異なるとらえられていることを否認することにはならないのである。

66) 例えば岩井宣子「死刑の適用基準」刑法雑誌35巻1号（1996年）91頁以下、城下祐二「最近の判例における死刑と無期懲役の限界」ジュリスト1176号（2000年）66頁、日高義博「死刑の適用基準について」現代刑事法25号（2001年）35頁など参照。

が指摘するように、「死刑囚の生命は「法の支配」の下に置かれておらず、法務大臣又は法務省の支配下に置かれている」⁶⁷⁾ といわざるを得ないのである。

このような運用実態の下で、死刑囚は、いつ死刑が執行されるかをその直前に至るまで知らされることなく、日々刻々を死刑執行の恐怖におののきながら獄中で過ごすことを強られる。このような状態は、それ自身が「残虐な刑罰」に該当するといえるとも⁶⁸⁾、人間の尊厳をも損なうことになると思われる。この点では、イギリスの枢密院司法委員会 (Judicial Committee of Privy Council) が1993年に、死刑囚をいつ処刑されるとも知れない恐怖の状態に置くことは「非人道的または品位を墮しめる取扱いあるいは刑罰」を禁止したジャマイカ憲法第7条に違反すると判示した⁶⁹⁾ことが参考にされるべきであろう。

第三に、死刑の執行方法については、現在刑法第11条及び監獄法第71条が絞首刑によることを定めているが、しかし、絞首刑の具体的な執行方法について定めた法律規定は存在していない。唯一の根拠とされているのは、「太政官布告65号」(1873年)のみである。最高裁は、これによる絞首刑の執行も合憲であると判示しているが⁷⁰⁾、しかし、そもそも絞首刑そのものが「残虐な刑罰」に該当しないかどうか少なからず疑問があるのみならず⁷¹⁾、現行の絞首刑の執行方法は必ずしも「太政官布告」にも完全には依拠していないことなどをも踏まえるならば、「法律の定める手続」の要件をも満たしているかどうかは疑問があるように思われる。

最後に、以上の点とも関連して問題というべきは、死刑の執行に際しては死刑囚の家族や弁護士に対して事前の告知が一切行われず、従ってこれらの者が執行の現場に立ち会うことも一切認められない点である。家族などの気持ちや名誉などを考えての措置とのことであるが⁷²⁾、しかし、これは、憲法が保障する適正手

67) ホセ・ヨンバルト・前掲書270頁。

68) 加賀乙彦『死刑囚の記録』(中公新書、1980年)は精神医学者として死刑囚の診療にあたった体験を踏まえて、死刑囚が日々死刑の執行の恐怖にさいなまれる状態がいかに「残虐な刑罰」であるかを説得的に詳述している。

69) Human Rights Law Journal, Vol14, No.9-10, p338.

70) 最大判昭和36年7月19日刑集15巻7号1106頁。

71) 菊田幸一・前掲書103頁以下参照。大沢秀介『憲法入門』(成文堂、1998年)174頁も、「現在の絞首刑という執行方法が残虐性を有しないといえるかどうかは疑問である」としている。

72) ホセ・ヨンバルト・前掲書271頁による。

続の趣旨には合致しない措置というべきであろう。憲法が保障する適正手続の趣旨に従えば、死刑囚についてもその防御権は死刑の執行の最後の段階まで保障されるべきであり、そのためには、家族や弁護士への事前告知と死刑執行への立ち会いは、不可欠と思われるのである。知る権利の観点からも、問題とされるべきであろう⁷³⁾。

V 結びに代えて

以上において、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旨を述べてきた。このよう死刑制度及び運用実態については、最高裁としてもすみやかに違憲の判断を下すべきであり、そうすることが「憲法の番人」の名にふさわしいものといえよう。かりに最高裁が違憲判断を下すことをためらうとしても、国権の最高機関たる国会が死刑廃止のための立法措置を講ずるべきであろう。現に自由権規約人権委員会も、近年の「最終見解」でつぎのような勧告を日本に対して行っていることは周知のところである。「委員会は、規約の文言は死刑の廃止を指向しており、死刑を未だ廃止していない締約国はもっとも重大な犯罪に対してだけ適用しなければならないと規定していることを、再度想起する。委員会は、日本が死刑の廃止をめざした措置をとり、その間は、規約6条2項に従って、死刑の適用はもっとも重大な犯罪に限定されるべきことを勧告する」⁷⁴⁾。また、欧州評議会も、昨2001年の議員会議決議1253号で、オブザーバー資格で参加する日本とアメリカに対して「遅滞なく、死刑執行のモラトリアムを実施すること、そして死刑の廃止に向けた措置をとること」を要請している。⁷⁵⁾

たしかに、現在の国民世論の動向に照らせば、日本における死刑の早期の廃止は必ずしも容易ではないかもしれない。しかし、日本には、平安朝時代において350年間もの長きにわたって死刑を執行してこなかったという誇るべき歴史がある⁷⁶⁾。近代以降においても、死刑廃止の思想や運動は存在していたし、第二次大

73) 『年報・死刑廃止99 死刑と情報公開』(インパクト出版会、1999年)26頁以下参照。

74) 日本弁護士連合会編『日本の人権 21世紀への課題』(現代人文社、1999年)256頁。

75) <http://www.dpdworks.com/js/yamano/res1522j.html>。

76) 団藤重光・前掲書281頁。

戦後にも死刑廃止の運動や提案は行われてきた⁷⁷⁾。このような歴史を踏まえれば、日本でも死刑廃止を実現することは決して不可能ではないであろう。ドイツやフランスのように立法者の英断が望まれるが、現在の日本では、それを期待することも簡単ではないということであれば、せめて死刑の執行を一定期間停止する措置を講ずるということも、次善の策としては十分に検討に値する方法であろう。すでに日本でもその種の提案が研究者などによってなされているし⁷⁸⁾、またアメリカでも、2001年に連邦議会に死刑を停止するモラトリアム法案が提案されている⁷⁹⁾。そのような段階的な措置を講ずることで、死刑がなくなっても犯罪が激増することがないことが日本でも実証されれば、恒久的な死刑廃止への着実なステップとなることであろう。

なお、死刑を廃止するに際しては、死刑の代替刑をあらかじめ検討しておくことも、もちろん必要であろう。ただ、この問題については、死刑を廃止した外国の事例をも参考にした形での研究が刑事法研究者を中心としてすでに行われているので、ここではそれらの研究の参照を請うにとどめることにする⁸⁰⁾。

最後に一言付け加えたい。死刑は、生命権という人権の中でもっとも基本的な人権を剥奪する刑罰であるので、最重要の人権問題の一つであるはずである。ところが、憲法学界においては従来生命権についての十分な議論が行われてこなかったこととも関連して⁸¹⁾、死刑の問題についても、必ずしも十分な議論が行われてこなかったように思われる。自らへの反省の意味をも込めて書いた本稿が憲法学界に対してもなにかの問題提起になれば、幸いである。

77) 辻本義男『史料 日本の死刑廃止論』(成文堂、1983年)、三原憲三『死刑存廃論の系譜』(成文堂、1991年)など参照。ちなみに、第二次大戦後、新憲法の制定の際にも、日本社会党の「新憲法要綱」は「司法」の項で「死刑は之を廃止す」と規定していたし、また日本共産党の「日本人民共和国憲法草案」も第16条で「死刑はこれを廃止する」と規定していた(田上穂治編『体系憲法事典』(青林書院新社、1968年)840頁以下参照)。

78) 菊田幸一『<改訂版>死刑廃止を考える』(岩波ブックレット、1993年)54頁、福田雅章「法務大臣に死刑執行の義務はあるか」刑法雑誌35巻1号112頁など参照。

79) J.Jackson.Sr./J.Jackson.Jr./B.Shapiro.supra.note(29)p.131.

80) 村井敏邦「死刑廃止の具体策について—死刑の代替刑論に対して」庭山英雄先生古希記念論文集『民衆司法と刑事法学』(現代人文社、1999年)407頁、加藤久雄「死刑代替案について」法学研究69巻2号(1996年)123頁、同「死刑の代替刑について」現代刑事法(前掲)48頁、菊田幸一『いま、なぜ死刑廃止か』(丸善、1994年)141頁、インパクト出版会『年報・死刑廃止2000—2001終身刑を考える』(2001年)など参照。

81) 拙稿・前掲註(51)論文325頁以下参照。