

死刑は合憲か

小堀久男

はじめに

昭和63年5月20日の最高裁判決により、今年に入って4件5人目の死刑が確定した¹⁾。およそ刑罰は基本的人権の制限ないし剥奪を意味するものであるから、その根拠は必ず憲法に求められねばならない。国権の最高機関である国会（憲法41条）といえども、その根拠を憲法に求めることができず、あるいは憲法の禁止する刑罰を創出することはできない。死刑は、基本的人権の中核となる最も重要な生命に対する権利を剥奪し、一人の人間を人為的に地球上から永遠に消し去るものであるから、あらゆる刑罰の中で、極めて特殊な刑罰といわねばならない。

「個人の尊厳」を基本的価値基準とする日本国憲法（憲法13条前段）下において、死刑は厳然として存在する。本稿においては、憲法の死刑関連条項及びこれに対する最高裁の解釈態度、ならびに死刑判決文中の死刑支持の主たる理由を概観し、アメリカ合衆国においては、1972年のファーマン判決により、連邦最高裁が全米における既存の死刑制度を、恣意的差別的である点において違憲無効であると判示して以来、南西部諸州では死刑復活を目指し激しく議論が沸騰したこともあるので、わが国の死刑論議と共通事項については、それを参考にしつつ考察を進め、死刑制度が憲法解釈として、矛盾するところなく成立しうるものなのかどうかを検討する。したがって死刑存廃論において必ず議論される誤判問題については、ここで

1) 朝日新聞昭和63年5月20日夕刊。

死刑は合憲か

は特に取り上げない。

1 憲法の死刑関連条文と最高裁の解釈態度

憲法上の死刑関連条文として次の3ヶ条が挙げられる。すなわち13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命………に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする。」と規定し、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……を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」と定め、36条は、「公務員による……残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる。」と規定する。

死刑肯定のための解釈のリーディングケースとなったのが、「生命は尊貴である。一人の生命は、全地球よりも重い。……」という名文句で始まる昭和23年の有名な尊属殺人死体遺棄被告事件最高裁判決である。この判決で最高裁は、憲法の死刑関連条文についてその解釈態度を明らかにしている。先ず13条については、「すべて国民は個人として尊重せられ、生命に対する国民の権利については、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする旨を規定している。しかし同時に同条においては、公共の福祉という基本的原則に反する場合には、生命に対する国民の権利といえども立法上制限乃至剥奪されることを当然予想しているものといわねばならぬ。」として、13条の反面解釈の態度を明らかにしている。換言すれば、公共の福祉に反しない限りにおいて、国民の基本的な人権を国政上最大限に尊重しなければならない義務を国家に課しているのであって、公共の福祉に反する限りにおいて国民の基本的な人権を最大限に尊重する義務はないということである。31条も同じく反面解釈により、「国民個人の生命の尊貴といえども、法律の定める適理の手続によって、これを奪う刑罰を科せられるこ

2) 最高裁昭和23年3月12日大法廷判決刑集2巻3号191頁。

死刑は合憲か

とが明らかに定められている。」とする。

ここ迄の最高裁の見解の中で問題として慎重な検討を要する点は、或る人の生命が公共の福祉を害する場合があるというところである。これは重要な問題であると思われるので、後で再び論じることにして、最高裁の態度を今暫く追ってみることにする。判決は次のようにいて死刑の目的とその必要性を説いている。すなわち、「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、これを是認したものと解すべきである。言葉をかえれば、死刑の威嚇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したものであり、また個体に対する人道観の上に全体に対する人道観を優位せしめ、結局社会公共の福祉のために死刑制度の存続の必要性を承認したものと解せられる」という。

この最高裁の判決文は、わが国が死刑制度によっていかなる価値実現を計ろうとしているのか、つまり死刑存置の意義について、先ず第一に死刑の威嚇力による一般予防を挙げ、第二に、死刑執行による特殊な社会悪の根元を絶つことを挙げ、第三に、全体に対する人道観を個体に対する人道観に優越させるという3点を挙げている。

最後に、36条の残虐刑の禁止に関しては、「刑罰としての死刑そのものが、一般に直ちに同条にいわゆる残虐な刑罰に該当するとは考えられない。」として死刑そのものの残虐性を否定し、「その執行の方法等が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と認められる場合には、勿論これを残虐な刑罰といわねばならぬから、将来若し死刑について火あぶり、はりつけ、さらし首、釜ゆでの刑のごとき残虐な執行方法を定める法律が制定されたとするならば、その法律こそは、まさに憲法第36条に違反するものというべきである。」とする。

最高裁は、13条、31条の反面解釈から先ず死刑に対する肯定的立場に立ち、その上で36条の残虐刑の判断をしているため、死刑そのものの残虐性

死刑は合憲か

について深く論じるところがなく、現代は勿論のこと将来にわたって考えられもしない豊臣・徳川時代の古い残虐刑を引き合いに出すことは納得しかねるところである。

結局、最高裁がこの判決により明らかにしたのは次の2点に集約される。すなわち、1. 死刑は憲法に違反しない。2. 死刑の目的は、その威力による一般予防と特殊な社会悪の根絶にある。このような態度はその後の最高裁判決にも踏襲され今日にいたっている。

2 死刑に抑止効果があるか

死刑問題を論じる場合に、大いに議論されるのが最高裁も取り上げている威力ないしは抑止力の問題である。死刑存置論者は死刑の威力ないし抑止力を積極的に肯定し、廃止論者は概して否定的態度である。この抑止効果については二つの問題領域があるとされる。一つは、死刑は一般予防効果から正当化されるかという規範的側面であり、他の一つは、死刑は実際に抑止効果を有するかという事実的側面である³⁾。しかし規範的側面は結局は事実的側面によって支えられる。そこで登場してくるのが、死刑の抑止効果に関する実証的研究である。

近年アメリカ合衆国の経済学者の間においてこの種の問題を、死刑執行数と殺人事件発生件数とを関数として計量的計算で解決しようとする研究が、例えば、“The deterrence effect of capital punishment.”あるいは“*The deterrent effect of death penalty.*”という命題の下で行われている。以下アメリカにおける主な論述を参考にしつつ死刑の抑止効果について検討を加えることにする。

アメリカ合衆国では、20世紀に入って間もなく死刑の抑止効果についての研究が始まっている⁴⁾。しかし乏しいデータに加えて限られた計算能力の

3) 松尾浩也『「連続射殺事件」最高裁判決をめぐって』ジュリスト798号16頁。

4) William C. Bailey, Murder and Death Penalty, The Journal of Criminal

死刑は合憲か

ために、計量的実証的結果はなかなか得られなかった。1959年に入ると Thorsten Sellin によって進んだ実証的研究が行われることとなった。彼は当時既存の死刑廃止州とそれに隣接する死刑存置州とにおける殺人事件発生率を比較検討した結果、他の学者にもよく引用される “the inevitable conclusion”⁵⁾ として、死刑執行には明確な形の抑止効果なしと結論した。

Sellin と同様の手法で興味ある研究結果を提示する者に Bailey がある。⁶⁾ 次頁の表に示すように1967年と1968年において、隣接する死刑存置州と死刑廃止州8グループでの殺人事件発生率を比較検討することにより、死刑の抑止力を確かめようとした。彼の説明によれば、1967年度の死刑存置州と廃止州⁷⁾とにおける1級謀殺事件発生件数の比較においては、全州の67%の比率で死刑存置州の方が廃止州よりも事件発生率が高く、廃止州の方が高率を示すのは20%だけで、13%は両方の州が同率である。1968年度では上記と同様の計算で、それぞれ、64%、29%、7%という数値を示し、基本的なところでは、兩年度にわたって大差は認められない。このことは、2級謀殺、謀殺全体、殺人等についても同様にあてはまる。⁸⁾ 要するに Bailey の調査の範囲内ではあるが、死刑存置州の方が廃止州よりも凶悪犯罪に対する抑止力があるとはいえないということが明らかにされた点において、極めて有意義なものである。Sellin によって代表される一連の研究も Bailey も共に死刑の抑止力を否定するものであったから、伝統的に死刑制度を支えてきた要素の一つが崩れ去るかのようであった。

1865年にアメリカ合衆国憲法の第8修正条項として、「……，残虐に

Law & Criminology, vol. 65, No. 3, p. 417 (1974). 松尾浩也前掲論文。

5) Sellin, T., *The Death Penalty*, Philadelphia: American Law Institute (1959).

6) Bailey, W., *supra* note 4.

7) アメリカ合衆国においては各法域により謀殺罪を、その重大性により2～3に類別しており、第1級というのは一番重く、職務中の警察官や監獄の職員殺しか、強盗や強姦に伴う謀殺、報酬を貰ってする謀殺などである(井上正仁「アメリカにおける死刑制度の現況—その概観」前掲ジュリスト<註3>40頁)。

8) Bailey, *supra* note 4, pp. 420-421.

死刑は合憲か

THE DEATH PENALTY

RATES OF FIRST AND SECOND DEGREE MURDER, TOTAL MURDER AND
HOMICIDE FOR EIGHT GROUPINGS OF CONTIGUOUS DEATH PENALTY
AND ABOLITION STATES, 1967 AND 1968

State	First Degree Murder		Second Degree Murder		Total Murder		Homicide ^b	
	1967	1968	1967	1968	1967	1968	1967	1968
Maine*	.50	.40	.30	.50	.80	.90	.4	3.0
Vermont*	.00	.50	.75	.00	.75	.50	3.1	2.6
New Hampshire	.14	.14	.00	.43	.14	.57	2.0	1.4
Rhode Island*	.00	.00	.11	.67	.11	.67	2.2	2.4
Connecticut	.28	.23	1.21	1.10	1.49	1.33	2.4	2.5
Massachsetts	.09	.28	.20	.54	.29	.82	2.8	3.5
Michigan*	.34	.44	.76	.78	1.11	1.22	6.2	7.3
Indiana	.16	.29	.32	.35	.48	.64	3.7	4.7
Ohio	.43	.55	.66	.71	1.09	1.26	5.2	5.3
Minnesota*	.08	.05	.14	.19	.22	.24	1.6	2.2
Wisconsin*	.26	.29	.21	.60	.47	.89	1.9	2.2
Iowa*	.07	.04	.21	.21	.28	.25	1.5	1.7
Illinois	.63	.96	1.17	1.46	1.80	2.42	7.3	8.1
North Dakota*	.00	.00	.00	.00	.00	.00	0.2	1.1
South Dakots	.00	.29	2.00	1.29	2.00	1.58	3.7	3.8
Montana	.00	.00	.14	.43	.14	.43	2.4	3.3
Washington	.09	.06	.44	.36	.53	.42	3.1	3.6
Oregon	.30	.15	.45	.50	.75	.65	3.1	3.2
Idaho	.57	1.00	.43	1.14	1.00	2.14	4.3	2.3
West Virginia*	.33	.33	.61	.67	.94	1.00	4.6	5.5
Virginia	1.02	.72	1.31	1.37	2.33	2.09	7.3	8.3
New York*	.14	^c	.11	^c	.25	^c	5.4	6.5
New Jersey	.24	.27	.74	.66	.96	.93	3.9	5.1

* Abolition states.

^a Offense rates are computed per 100,000 population.

^b Source: Federal Bureau of Investigation, Uniform Crime Reports, 1968 (Washington, D. C.: 60-65).

^c Murder I and II statistics were not available for New York for 1968.
(Bailey W. C. の Murder and the Death Penalty, p 421 より転載)

死刑は合憲か

して異常な刑罰 (cruel and unusual punishment) を科してはならない。」と規定されて以来、死刑の是非について果てしない論議が続けられ、その主な争点は死刑の威力の有無にあった。19世紀の中葉から20世紀中葉にかけて、メイン、ミシガン、ウィスコンシン、ミネソタ、アイオワ、ウェストヴァージニア、アラスカ、ハワイの諸州は既に死刑を廃止していたし、さらに1972年のファーマン判決が、⁹⁾ 9人の裁判官の中の5:4というきわどい多数決による判決ながら、既存の死刑制度は、恣意的差別的である点において合衆国憲法修正8条（以下修正8条という）に反し違憲であると判示し、¹⁰⁾ 当時全米で執行待の死刑囚約600人が死刑を免れたこともあって、¹¹⁾ 俄に死刑論議が高まった。

このような時に、統計学的手法を用いて死刑の抑止力を強力に支持する衝撃的主張を展開したのが Isaac Ehrlich¹²⁾ である。彼は1933年から1967年における合衆国全土の死刑執行数と殺人の犠牲者数とを元に、統計学上の重回帰分析 (multipleregression analysis) 手法を用いて計算し、結論として、「年間死刑の執行1件に対し、殺人の被害者にならなくてすむ人の数は8人である」、いいかえれば「1人死刑に処することにより、8人の命が救われる」といういわば1:8論とでもいえる強力な抑止論を展開した。¹³⁾

Ehrlich 程明確な数字を示してはいないが、D. P. Phillips は、1858年から1921年の間でのロンドンにおいて公表された22人の死刑執行前後の殺人事件発生件数を根拠に、死刑執行の前後2週間を通じて、殺人事件発生件数が通常の週の発生件数の35.7%の低下、つまり死刑執行の抑止効果が

9) Furman v. Georgia, 408 U.S. 238.

10) Lockhart W. B., Kamisar Y., Choper J. H., Shiffrin S. H., Constitutional Rights and Liberties, 6ed., p. 227 (1986).

11) Ibid

12) Ehrlich I, The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death, the American Economic Review, Vol. 65 No. 3 (1975).

13) Id p. 398.

死刑は合憲か

認められるが、それ以上長期では抑止効果が認められないという報告をしている。Phillips によれば、死刑執行の抑止力を肯定する立場に立つとしても、短期 2 週間程度に限られ、それ以上の期間では抑止効果の有無は不明¹⁴⁾ということである。したがって彼によれば、統計学的研究においても 1 年を通じての統計的数字を元にした研究では、正しい結論を得ることはできないと指摘している¹⁵⁾。このような Phillips の主張と同一線上の研究報告が King によってもなされている。彼は 1950 年から 1962 年の間のサウス・キャロライナ州について研究し、死刑執行の新聞報道のあった翌月において、殺人事件発生件数に著しい変化は見られないとする¹⁶⁾。

このような研究報告に対して、長期においても抑止効果が見られると主張するのが Lester である。彼は 1955 年から 1965 年における全米の状況を調査し、1962 年 1 年をとってみても、死刑執行を行った州の方が行わなかった州よりも、殺人事件発生件数が減少していることを挙げ、調査対象とした 11 年のうち 7 年間に抑止効果がみられたと報告している¹⁷⁾。同じく抑止効果肯定論者であっても、その根拠を死刑執行に求めることに同意しない者に Lempert がある。彼は凶悪犯罪に対する抑止効果というものは、死刑の執行自体にあるのではなくて、強固な道徳的確信によって支えられるものであり、Ehrlich のいわゆる 1 : 8 論に対しては、死刑が生命を救うことはありえないと反論している¹⁸⁾。

また、死刑による凶悪犯罪抑止効果について疑問をもつ者として

14) Phillips D. P., The Deterrent Effect of Capital Punishment: New Evidence on an Old Controversy, American Journal of Sociology, Vol. 86 No. 1, p. 139 (1980).

15) Id. p. 146

16) Lester D., Homicide and the Death Penalty, Journal of Amr. Med. Ass. Vol. 225 p. 313 (1973).

17) Lester, The Death Penalty : Issues and Answers, p. 54 (1987).

18) Lempert, Desert and Deterrence: An Assessment of the Model Bases for Capital Panishment, 69 Mich. L. Rev. 1177, 1207 (1981).

Wasserman が挙げられる。彼は研究対象年数35年間のうちの80%に相当する年つまり28年間に、少くとも毎年1人の死刑執行を行う州を高率の執行率とし、研究対象年数35年間の28%に相当する年数つまり9.8年間に、少くとも1人の死刑執行を行う州を低率の執行率として、単純に高執行率、低執行率という基準で各州を区分した結果、全体として低執行率の州において、殺人率の低下が見られたと報告している。¹⁹⁾

さらに Ehrlich の大胆な主張を真向から否定したのは、エール大学の Bowers, W., と Pirce, G. の2人である。彼等は“The Illusion of Deterrence in Isaac Ehrlich’s Reserch on Capital Punishment”と題する論文を発表した。²⁰⁾ その中で Ehrlich の分析には先ず方法論上の欠陥があることを指摘するとともに、Ehrlich が採用したデータには、黒人差別問題に端を発する犯罪多発時代という1964年以降の異常な数年間を含めていることが問題であるとし、もし彼の分析が異常な年代を除外した適切な時代を対象としてなされていたなら、死刑は殺人を抑止するという仮説は成立しなかった筈であると結論している。²¹⁾

その他、Ehrlich に対する批判は、Peter Passell,²²⁾ Passell, P., & Taylor,²³⁾ Baldus, D., & Cole, P. W. Lewis²⁴⁾ 等多数に上る。

19) Wasserman, I., Non-deterrent effect of executions on homicide rates, Psychol. Rep. Vol. 58, pp.137-138 (1981).

20) Bowers W. J., Pierce G. L., The Illusion of Deterrence in Isaac Ehrlich’s Reserch on Capital Punishment, Yale Law Rev. Vol. 85, pp.187-208 (1975).

21) Id. p. 206.

22) Passell P., The Deterrent Effect of the Death Penalty: A stastical Test, Stantford Law Rev. Vol. 28 pp.61-80 (1975).

23) Passell, P., & Taylor, J., The deterrent Effect of Capital Punishment, Amer. Econ. Rev., Vol. 67, pp.445-451, (1977).

24) Baldus, D., & Cole, J., A Comparison of the Work of Thorsten Sellin and Isaac Ehrlich on the Deterrent Effect of Capital Punishment, Yale Law J., Vol. 85, pp.170-186 (1975),.

Lewis, P. W., Killing the Killers: A Post-Furman Profile of Florida’s Condemned A Personal Account, Crime & Delinquency, pp.200-218 (1979).

死刑は合憲か

しかし他方では前掲の Lempert のように Ehrlich のいわゆる 1 : 8 論には反撥しながらも、道徳的確信に根拠を置く抑止論者や、Ehrlich の主張に全面的に賛意を表しこれを支持する、合衆国における代表的死刑支持者である Ernst van den Haag²⁵⁾ 等もいる。いずれの主張に、より合理性が認められるかは、果てしない問題を内在する解決困難な事柄である。

アメリカ合衆国における死刑の抑止力の実証的研究を概観してみていることは、決定的態度で、死刑に抑止力ありとは明言できないということである。理論上は刑罰全体が犯罪に対する抑止力を有しているといえるかも知れないが、数字上の実証に耐えうる程の抑止力があるか否かについては、大いに疑問とするところである。アメリカ合衆国の死刑廃止州と存置州との比較検討においても、却って存置州の方が高率の殺人率を示していることとも考え合わせれば、わが国の最高裁のいうように、明確に死刑存置の根拠として揭示しうる程の威嚇力があるか否かは問題である。

東大医学部を出て若くして東京拘置所の精神科医務官を勤めたことのある作家の加賀乙彦氏は、死刑の威嚇力について、医務官の頃に行った145名の殺人犯の面接調査の結果をふまえて、次のように述べている。「犯行前あるいは犯行中に、自分の殺人が死刑となると考えたかどうかを質問してみた。犯行前に死刑を念頭に浮べた者はただの1人もいなかった。犯行中に4名が、死刑のことを思った。殺人行為による興奮がさめたあとでは、29名が自分の犯罪が死刑になると思った。つまり、死刑には威嚇力がほとんどなく、逃走を助長しただけだったのである。殺人の防止には、刑罰を重くするだけでは駄目なことは、私が多くの殺人犯に会ってみた結果、知りえた事実である²⁶⁾」と。死刑の威嚇力ないし抑止力論は、精神科医の目から見ても根拠に乏しいことなのである。

25) Van den Haag & Conrad, The Death Penalty: A Debate, pp. 298-299 (1983).

26) 加賀乙彦・死刑囚の記録232頁。

死刑は合憲か

さらに、人の生命を犯罪抑止の手段とすることには、二つの大きな問題が含まれている。第一に、地球上における至高の価値、法益である生命を犯罪抑止の手段として剥奪することの基本的誤りであり、第二に、生命を手段として用いることは、必然的に生命軽視につながるということである。

生命に対する脅威を威嚇力とする犯罪抑止論は、核兵器による脅威を威嚇力とする戦争抑止論と軌を一にする。戦争は人類の蛮行である。人類の蛮行を抑止することを口実に、さらに恐るべき蛮行の道具である核兵器を正当化しようとすることのナンセンスは、多言を要しない。しかし簡単明瞭なこの道理が、さまざまな世俗的利害に妨げられて、天下の公道を活歩し難いのが現実である。たとえば、長崎原爆のプルトニウムを生産し、今も核施設に経済をゆだねる町アメリカ西海岸のリッチモンド市民の多くは、戦争を早く終結させる原動力となったことを理由に、日本への原爆投下を支持し、原爆きのこ雲を高校の校章にし、誇りにさえ思い、同市には、熱烈な核政策推進団体すらあるという。²⁷⁾核爆弾の残虐性、非人道性よりも、戦争抑止力の方を高く評価し、人類社会にとって有益であるという間違った価値観に基づく根本的誤謬が見られる。そこには、個人の尊厳、生命尊重という人類社会の価値実現のための根本理念は存在しない。死刑の犯罪抑止論や核兵器の戦争抑止論には、残虐性、非人道性、人命軽視という共通の欠陥がある。

3 最高裁の憲法解釈批判

(1) 生命の存在が公共の福祉に反するということがありうるか

最高裁は昭和23年の大法廷判決（以後最高裁という場合は、この判決を指す）で、13条の解釈として、凶悪犯罪人の生命を絶つことが、「死刑の威

27) 朝日新聞昭和63年6月28日夕刊3頁。

死刑は合憲か

嚇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、……また個体に対する人道観の上に全体に対する人道観を優越せしめ、結局社会公共の福祉のために」²⁸⁾ 役立つと考え、時には高裁の無期懲役判決が軽すぎるとしてこれを破棄差戻しをすることにより、²⁹⁾ 原審に死刑判決を要求することすらある。

初めにみたように、憲法13条の反面解釈として、生命に対する国民の権利も公共の福祉に反する限り、国政上最大の尊重を必要としないと解釈されているわけであるが、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のであろうか、大いに疑問とするところである。心術の規範である宗教等と異なり、法は行為の規範である。つまり人の行為を規律する規範である。生命ある人や人の集団の行為を規律しこそすれ、人の生命そのものに価値判断を加え、有害無害の判定をすることは、法の能力を超えた行為である。勿論、生命ある人の一定の行為が公共の福祉に有害である場合には、その者の権利を制限することにより、侵害された公共の福祉を回復し維持することは必要である。権利の制限を受けた者は、仮出獄なしの無期懲役以外、やがて制限が解かれて権利は回復するのであり、そこでは生命に対する有害無害の価値判断は一切行われていない。ところが死刑という生命剥奪刑は、生命の存在自体が公共の福祉を害するものであるとして、生命に対する敵意を示す性格を有する点、極めて異常な刑罰である。アメリカの修正8条にいうまさに *unusual punishment* に相当する。

こう考えてくると、憲法13条の条文の文言自体、生命に対する権利が公共の福祉に反するという点において、現実には不可能な、生命に対する有害無害の価値判断を国家に要求し、国家は無批判的にこれを受容し、裁判官をして、「死刑の執行によって特殊な社会悪の根元を絶ち」、社会公共の

28) 前掲最高裁判決(註2)憲法判例百選(別冊ジュリスト No. 95, 1988) 222頁。

29) 松尾浩也前掲論文(註3) 12頁。

死刑は合憲か

福祉を実現すると言わしめているのである。裁判官によれば死刑囚の生命は「特殊な社会悪の根元」、いかえれば「悪の根元」なのである。人為的法規範を踏み外したからといって、当該行為者の生命を「悪の根元」と断定することが、果して正しい憲法解釈であろうか。

先に挙げた（註28）最高裁の判決では、犯行態様の残虐性や被害者数（この場合は4人殺害）に加えて、被害者の遺族の被害感情にもふれて、これを重要視している。これは被告人が、獄中で書いた数冊の手記の出版印税を、被害者の遺族に被害弁償しようとしたところ、遺族等はこれを固く拒絶し、どのような理由があっても被告人を許す気はないと述べていたこと³⁰⁾によるものと思われる。このような遺族の報復感情は、他の殺人事件においても、テレビのニュース等でよく見かけるところである。時には被告人が無期懲役になったりでもすると、何故死刑にしてくれないのかと憤る場面に遭遇することも稀ではない。これは被害者の遺族として当然の感情である。個人としては、どのような激しい感情の吐露も許されよう。しかし国家は常に理性的存在でなければならない筈である。国家が感情のおもむくところに左右され易い個人と同様な存在であったなら、われわれは国家を信頼することができず、社会は殺伐たるものになるに違いない。われわれが国家の内に安心して暮せるのは、時には道を誤る国家であっても、総体としては理性的存在として認められるからであろう。

木村亀二博士は、生命と公共の福祉との関係について次のように主張している。「もし公共の福祉ということが単に多数の利益ではなく、すべての国民に共同の全体の利益であると解するならば、……たとえ愚虐非道の一人の人間といえども、その最後の一人の生命をも尊重することが公共の福祉の原則を真に徹底するものといわねばならぬから、一人の人間の生命を剥奪することが公共の福祉上必要ということもあり得ないし、一人の人

30) 同14頁。

間を生かして置くことが公共の福祉に反するということもあり得ない³¹⁾」
と、まさに至言である。

(2) 罪刑法定主義(31条)の解釈について

最高裁は31条のいわゆる罪刑法定主義の解釈について、「国民個人の生命の尊貴といえども、法律の定める適理の手續によって、これを奪う刑罰を科せられることが、明かに定められている³²⁾。」とする。このような最高裁の解釈に対して木村博士は、次のように主張している。「こ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、是認したものでもない。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續によって規定せらるべきことを宣言したにとどまる³³⁾。」と。

憲法の規定がその反面解釈により、死刑をも包含する可能性のある規定であるということが、ただちに死刑の必然性を指示するものではない。最高裁の多数裁判官の一貫した態度として見受けられるのは、13条においても31条においても、そこに生命という文言が見られるからといって、憲法が積極的に死刑制度を支持しているかのように考えている点である。13条の場合に、国民の基本的人権を制限しうるのは、公共の福祉を理由とするときに限るとしているのを受けて、具体的に罪と刑罰を定める場合には、公共の福祉を理由に、国民を直接に代表する国会で法律によって（つまり国民の納得の下に）定めなければならないというのが、31条の法意である。

13条にしろ、31条にしろ、文理上単純な反面解釈をすれば、死刑制度の可能性を引き出せるかも知れないが、規定自体に大きな問題が内在しているのである。至高の価値・法益である生命と、自由、幸福追求、その他

31) 憲法判例百選（註28）222頁。

32) 同上。

33) 同上。

死刑は合憲か

の刑罰などを、すべて等価値的なものとして同一線上に並べて規定しているところに、死刑という生命剥奪刑を、他の権利制限的刑罰と同列化してしまう誤りをおこさせる原因がある。阿部教授は次のようにいう。「生命は、個人尊重の立場に立つわが憲法において至高の法益であるから、その剥奪を許すには自由刑、財産刑とはちがった特別の正当化が必要である。その点で、死刑を必要とする『公共の福祉』の内実が問われねばならぬ³⁴⁾」。と、このような解釈態度は、死刑制度の存在を前提とした場合には恐らく出て来ないと考える。死刑制度を前提とした先入観があれば、生命の重みも自由や幸福追求の重みも、全く同じ重みのものとして書いてある憲法の規定に、なんら疑問を感じないとしても至極当然のことである。したがって、死刑判決を下すすべての裁判官によって踏襲されている昭和23年3月12日の最高裁大法廷判決のいうように、「生命は尊貴である。1人の生命は、全地球よりも重い。」とっておきながら、阿部教授が指摘するように、自由刑、財産刑とちがった、死刑を必要とする特別の「公共の福祉」の内実を問うこともなく、「法律の定める適理の手続」により、生命を剥奪してしまうのである。

われわれは、憲法13条、31条を安易に反面解釈する前に、生命の尊重を源泉とする憲法前文の平和主義、9条の戦争放棄の精神の延長線上でこの2ヶ条を見、そして36条残虐刑の禁止条文を読み、13条、31条を安易に反面解釈することの不合理性を問題としなければならない。

(3) 残虐刑の禁止(36条)の解釈について

最高裁は、死刑に関連する憲法解釈を行うに際して、条文の条数に従い13条と31条の安易な反面解釈から先ず死刑の合憲性を引き出し、それを前提として36条の残虐性の解釈に及んでいる。既に死刑制度を合憲とする立

34) 同上222頁—223頁。

死刑は合憲か

場から、果して残虐性に関する正しい判断ができるものか頗る疑問とするところである。

この解釈態度を改め、先ず、死刑が残虐刑に該当するのか否かを判断し13条、31条へと進むなら、決して現在のような安易な反面解釈は生れてこない筈である。最高裁は残虐性の判断について、死刑という刑罰そのものは残虐ではないとした上で、「執行の方法等が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と認められる場合には、勿論これを残虐な刑罰といわねばならぬ」として、引き合いに、さらし首、釜ゆで等を持ち出し、現在の絞首刑は残虐ではないと、いとも簡単に残虐性を否定している。

残虐とは、「反文化的・反人道的で、通常の間人感情をもっている者に衝撃をあたえる種類のもの」³⁵⁾、「人に過度に苦痛を与え、非人間的な方法によって行われる刑罰」³⁶⁾、「そこない、しいたげること、むごたらしくいじめること」³⁷⁾などと定義づけられている。

死刑の残虐性について最高裁は、死刑そのものは残虐ではないと簡単に片付け、その執行方法が問題であるとする。死刑そのものが残虐でないという判断が、何を根拠にしているのか最高裁は一切ふれず、執行方法の如何により残虐性の有無が判断されるとする。果して残虐性の判断は死刑の執行方法だけに限定していえることであろうか。前示残虐の定義のうち、最初の団藤教授の定義は、死刑執行だけに限定していないが、後の佐藤功教授の定義は、死刑を前提としているように読みとれる点、若干不満足を感じるし、最後の広辞苑の定義はどちらとも読みとれる。

死刑という刑罰の異状な点は、刑の執行は瞬時といえる程に短時間で終了するのに対し、執行待の期間がそれに比較して現実には相当に長いとい

35) 団藤重光・刑法綱要<改定版>441頁。

36) 佐藤功・日本国憲法概説<全訂新版>191頁。

37) 広辞苑(岩波書店)882頁。

死刑は合憲か

う点にある。法律上は、死刑判決が確定してから6ヶ月以内に執行することになっているが、その間に、非常上告、再審請求、恩赦の出願、上訴権回復等いろいろな申し出がなされ、法定の期限内に執行される場合は、本人が執行を希望するような例外を除いて、稀なようである。

死刑判決の確定から死刑執行の前後について、法律は次のように定めている。死刑の執行は法務大臣の命令による（刑事訴訟法475条1項）。そして原則としてこの命令は死刑判決確定の日から6ヶ月以内にしなければならない（同法476条）。しかし多くの場合、前述のようにいろいろな申し出がなされるので、加賀乙彦氏の調査によれば、刑の執行は死刑判決確定後平均2年4ヶ月を経ているという³⁸⁾。死刑の執行は監獄内の刑場において絞首により検察官、検察事務官及び監獄の長又はその代理者等立会の上で行い、検察官または監獄の長の許可を受けた者以外は刑場に入れない（刑法11条1項、監獄法71条1項、刑事訴訟法477条1項、2項）。執行後は死相を検し、さらに5分を経なければ解縄できない（監獄法72条）。死刑の執行に立ち会った検察事務官は、死刑執行の前後を通じて執行始末書を作り、検察官及び監獄の長又はその代理者とともにこれに署名押印する（刑訴478条）。遺体の処置については、必要と認めるときは火葬にした後仮葬し2年を経て合葬する（監獄法73条2項3項）。しかし、親族故旧が遺体や遺骨を請求すれば、遺体の場合は直ちに、遺骨の場合は合葬前であればこれを交付することになっている（監獄法74条）が、現実には請求は少ないようである³⁹⁾。遺体の引き取り手がない場合は、命令により、解剖のために病院学校またはその他の公務所に送付することができる（監獄法75条）。戸籍上の処理として、監獄の長は、死刑執行のあったことを監獄所在地の市町村長に死亡報告しなければならない（戸籍法90条1項）。かくして1人の人間が事実上も法制度上も永

38) 加賀乙彦前掲書（註26）219頁。

39) 合田士郎・そして死刑は執行された（恒友出版）18頁。

死刑は合憲か

遠に消されるのである。例外的に執行を停止する場合がある。それは、本人が心神喪失の状態にあるとか、女子死刑囚の場合妊娠しているときには、法務大臣の命令により執行を停止し、心神喪失の状態が回復した後または出産の後に再度法務大臣の命令によって執行する（刑訴479条1項、2項、3項）。

1年365日のうちで死刑を執行しない日は、法律と慣習により次のようになっている。大祭祝日、1月1日と2日、12月31日は死刑を執行しない（監獄法71条2項）、また従来慣習として、日曜日には死刑を執行しないことになっている。したがって、ただひたすらに死刑の執行を待つ死刑囚の生活で、最長の時間は、12月31日から1月2日までの3日間つまり72時間で、たまに連休の48時間があるとしても、その他の毎日24時間刻みの生活を送っているのである。2年あるいは数年間死刑執行を告げられなくても、明日は突如死刑執行を告げられるかも知れない。加賀氏はこのような死刑囚の時間を「濃縮された時間」と呼び次のようにいっている、「多くの死刑囚は、短歌、俳句、執筆、読書、おしゃべりと忙しく日々をすごしている。ぼんやりとして無為に日を送る者はわずかである。彼らは、残りすくない人生を、大急ぎで有効に使用しようと精出しているかのようである。躁状態にあって溢れるような連想と多弁で動きまわる者は、言わば、“濃縮された時間”を生きているのだ。それは生のエネルギーがごく短い時間に（むろん空間のうえでもごく狭い空間に）圧縮されている状態である。⁴⁰⁾」と、島秋人^{しまあきと}というペンネームで毎日歌壇賞を受賞した死刑囚の次の歌は、このことを如実に物語っている。

刑場の露と果つべき身を惜しみ
虫になりても 生きたしと思う
うす赤き 冬の夕日が壁をはふ

40) 加賀乙彦前掲書（註26）220頁。

死刑は合憲か

死刑に耐えて 1日生きたり
ふき上る さびしさありて助からぬ
命と思えば1日の
小さなよろこび大切にせむ
温もりの 残れるセーターたたむ夜
ひと日の命双掌に惜しむ⁴¹⁾

これらの歌の一首一首は、恐らく辞世の歌として詠んだのであろう。この作者は、死刑判決確定後7年間生かされ、ある日突如として法務大臣の執行命令が下り、昭和42年11月2日に33歳の人生を閉じることとなった。

加賀氏は精神科医の目から見て、死刑は残虐であると結論する。氏は最高裁の例の大法廷判決が、その残虐性判断の基準として絞首の方法だけにしか注目していないことの不当性を指摘し、昭和34年に行われた絞首刑に対する古畑種基鑑定は、頸をしめられたとき直ちに意識を失っていると思われるので苦痛を感じないと推定しているが、これは苦痛がない以上、残虐な刑罰ではないという論旨へと発展する結論であったが、死刑が残虐であるか否かの判断は、処刑時についてのみいえるものではないとし、「死刑の苦痛の最たるものは、刑執行前に独房の中で感じるものなのである。死刑囚の過半数が、動物の状態に自分を退行させる拘禁ノイローゼにかかっている。彼等は拘禁ノイローゼになってやっと耐えるほどのひどい恐怖と精神の苦痛を強いられている。これが、残虐な刑罰でなくて何である⁴²⁾う。」と主張している。死刑囚が死の恐怖に怯えながら24時間ないし48時間刻みの生活を送っている間に、過半数の者が精神に異常をきたす刑罰は、先に挙げた三つの残虐の定義に十分該当するのではないだろうか。死刑は

41) 島秋人・遺愛集（東京美術）。

42) 加賀乙彦前掲書（註27）231頁。同様の主張はアメリカ合衆国においてもなされている。Johnson R., *Condemned to Die: life under Sentence of Death*, Elsevier Books, New York: Oxford, 1981, in Amnesty International, *United States of America, The Death Penalty*, pp.108-109 (1987)。

死刑は合憲か

まさに執行前において既に残虐な刑罰なのである。

4 死刑執行の実態について

裁判は公開の法廷で行われ死刑判決にいたる。しかし死刑執行は、法律の定める限られた公務員の立会いの下で行われ、その他の公務員や一般国民の目に触れることはない。われわれは、死刑囚達が24時間ないし48時間刻みの生活を、どのようにして送っているのか、そして絞首刑はどのようにして行われ、絶命する迄にいか程の時を要し、その間の死刑囚の様子はどうかについては、なんら経験的知識をもたないままに、ただ理論上、死刑の残虐性の有無や憲法適合性等について論じているのが現実である。事物の内容を、知る可能性の限界を追求することなく、当該事物に対する判断を下す態度は、極めて非科学的態度である。したがって人の生命を公然と奪う死刑の残虐性について論じる場合、執行の状況は勿論のこと、執行そのもののだけでなく、その前後の状況も、可能な限り知っておくことが最小限必要であろう。

ところが、裁判は公開でも、刑の執行は一般国民に公告することなく秘密裡に行われ、死刑執行の一部始終を記していると思われる死刑執行始末書を入手することも不可能である。したがって、死刑執行の様子およびその前後の死刑囚の状況について信頼できる公開された公的記録は皆無である。職務上日々死刑囚に接し、死刑執行にも立会った人がなにか記録を残しておれば、それを死刑の残虐性判断の重要な資料としなければならない。さいわいにして加賀乙彦氏は、自身の経験を元にして「宣告」という小説を書いている。氏はこのような小説を書くにいたった動機を「死刑囚の記録」(前掲註26)のあとがきの中で次のように述べている。「現在の日本で、死刑囚がどのような生活をおくっているかという事実を報告しておく義務をおぼえた。私が見たありのままの死刑囚たちをドキュメントして報告し、人びとに知ってもらうことは、死刑の問題を考える資料としても役立つだ

死刑は合憲か

ろうと思った。……刑場の構造は、いわゆる“地下絞架式”であって、死刑囚を刑壇の上に立たせ、絞縄を首にかけ、ハンドルをひくと、刑壇が落下し、身体が垂れさがる仕掛けになっている。つまり死刑囚は、穴から床の下に落下しながら首を絞められて殺されるわけである。実際の死刑の模様を私は自分の小説のなかに忠実に描いておいた。」と。

これは小説の中に書かれてはいるが、絞首刑の状況を医師の目から見て忠実に描かれている点において、極めて重要な資料であると考えるので、文意を損わない範囲で、残虐性の判断にとって重要と思われる執行場面だけに限ってここに転載することにする。「装置は東北のS拘置所で見たと全く同じである。部屋の中央に1メートルと1メートル半角の刑壇がある。真上の滑車から白麻のロープが垂れている。1人の看守がロープのたるみを小脇にかかえ、もう1人がロープ端の輪を鉄環のところで支えている。ロープの長さは、死刑囚の身長と体重によって微妙に調節されてある。落下したとき、足先が地面より30センチ上に来ようになくしては、処刑は成功しない。車の手動ブレーキに似た把手二つを2人の看守が一つずつ握っていた。二つのうちのどちらかが刑壇の止め金に連動している筈だ。……グワンと鉄槌で建物を打ち殴すような大音響がした。

……むこうには銀のロープに吊りさげられた人間の姿があった。、

それが会話をしたばかりの人間とは到底思えない。くびれた頸の上では死んだ頭が重たげに垂れ、下では躯幹と四肢がまだ生きていて苦しげに身をくねらせていた。それは、釣り上げられた魚がピンピン跳ねるのに似ていた。

落下の加速度を得たロープで頸骨が砕かれ、意識はすぐ失われるけれども、体はなおも生きようとして全力を尽す。胸郭は脹れてはしほみ、呼吸を続けようと空しくあがく、腕は何かを掴もうとまさぐり、脚は大地をもとめて伸縮する。おそらく落下と同時にしたのだろうが、手錠と靴が取り除かれていたため、手足の動きは一層なまなましく見えた。

死刑は合憲か

やがて筋肉の荒い動きがおさまリ、四肢は軀幹と平行に垂れ、ぐっぐと細かい痙攣をはじめた。前後左右に激しく揺れていたロープが1本の棒となって静止すると、^{よじ}縋りを戻しながらじわじわと回転しだす。顔がこちらを向いた。汗に濡れた蒼白い肌だ。目が潰れたように引き^ひ攣り、開いた口から固い舌先がのぞいている。流涎の幾条かが顎に、切創からはみでた脂肪のように光っていた。そこには精神によって保たれていた表情の気品がかけらも無い。肉体の苦悶が、そのまま正直に、凝固しているだけだ。

……脈搏と血圧の測定が何度もおこなわれた。……ついに脈が触れなくなったらしい。すばやく胸をはだけ、聴診器を押しつける。……『9時49分20秒、おわりました。所要時間14分15秒』と声高に報告した。⁴³⁾」

以上が加賀氏自身の経験によるわが国の絞首刑についての描写である。絞首された瞬間に即死するのではなく、数分以上にわたって身をくねらせ手足をバタつかせもがき苦しむ。職務上とはいえその姿を多数の人間がじっと凝視している様子は、まさに異常でありこの世の地獄である。

現在世界の死刑執行方法は、およそアメリカ合衆国における各州の執行方法に代表されよう。すなわち、絞首、電気殺、ガス殺、毒物注射、銃殺などがある。銃殺は主として社会主義国に多く採用され、アメリカ合衆国ではユタ州とアイダホ州だけで、アイダホ州は代替執行方法として毒物注射を採用しているので、銃殺だけはユタ州一州のみである。銃殺は複数の執行官により一斉射撃の形式で行われるのであるから、絞首刑のときのように刑執行中にもがき苦しむことはないと思われ勝ちであるが、記録によれば、急所を外れた場合、激痛に苦しむことがあり、そのような場合には、止むをえず頭部を撃ち死にいたらしめるようである。加えて多数の銃弾により遺体はかなり毀損され相当量の出血を見ることであろう。その他の刑も、資料によればこれといって苦しまずに殺せるものはない。ガスの場合、

43) 加賀乙彦・宣告下巻612頁—615頁。

死刑は合憲か

脳や心臓から酸素を奪って窒息させるので時間がかかり苦痛を伴うということであるし、電気処刑の方も十数分以上の間に1900ボルト以上の電気を2～3度かけないとなかなか絶命しないし、その間かなりの苦痛を伴うことが報告されている。⁴⁴⁾ アメリカの場合、わが国程秘密主義ではなく報道関係者等も死刑執行を見ることができ、執行状況を紙面を通じて報道したり、時にはフィルムやテープへの収録も許される場合があるので、⁴⁵⁾ 死刑に関する考え方も、わが国の場合と異なり、単に理論上だけでなく、かなり現実に根ざしたものとなることが推測される。わが国の裁判官がもし実際に死刑執行に立ち会った後であったなら、簡単に現行の絞首による死刑制度は残虐ではないと片付けることができるであろうか、いやしくも至高の法益である人の生命を、法の名の下に剥奪するという解釈が可能か否かの判断をするにあたって、死刑執行場面を直接的にも間接的にも実際に見ることもなく、最も重要な部分に対する認識が欠落したままで、人の生命剥奪を可と判断し続ける裁判官達の無責任ともいえる態度に、裁判に対する信頼の念の動揺すら覚えかねない、といえは過言であろうか。

おわりに

日本国憲法13条は、文言上生命の存在それ自体が、社会公共の現実の幸福と利益を害する場合があるという、本来ありえないことを内容とする規定であるから、その部分にかぎり解釈不可能である筈のところ、最高裁はじめ死刑存置論者は死刑制度の先入観念をもって解釈しようとするから、生命それ自身に法的価値判断を加え、殺人者の生命を、「特殊な社会悪の根源」と評価して平然とする。カミュはいう、「一人の人間が絶対的に悪いという理由で、絶対的に社会から取り除かれなければならぬと認めるからには、社会は絶対に善であるということになる。とても信じられること

44) Amnesty International, *supra* note 42, pp.114-119.

45) Ibid.

死刑は合憲か

ではない。」と、まさに彼のいう通りである。何時の世の社会も、法の名の下に、人の生命を剥奪することができる程に絶対の善でありえただろうか。答は否である。

死刑を合憲とするリーディングケースとなった最高裁判決が、「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、これを是認したものと解すべきである。」⁴⁶⁾ といってから40年、多数の文化国家は既に死刑を廃止し、事情は著しく変化した。

1987年8月現在、アムネスティ・インターナショナルの調査によれば、⁴⁷⁾ 西ヨーロッパ諸国の死刑存廃状況は次の通りである。

1 すべての犯罪につき死刑を廃止している国 (13ヶ国)

西ドイツ、フランス、オーストリア、デンマーク、フィンランド、ルクセンブルク、バチカン市国、アイスランド、リヒテンシュタイン、オランダ、ノルウェー、ポルトガル、スウェーデン

2 軍法、戦時犯罪を除外し通常犯罪につき廃止している国 (8ヶ国)

イタリア、スペイン、スイス、イギリス、キプロス、マルタ、モナコ、サンマリノ

3 事実上の廃止国 (3ヶ国)

ベルギー、ギリシャ、アイルランド

4 死刑存置国 (1ヶ国)

トルコ

以上のように、トルコ1ヶ国を残して、西ヨーロッパからおおよそ死刑は姿を消したといえる。アメリカにおいても末尾に示す地図のように、⁴⁸⁾ 全50州のうち、南西部諸州を除き北東・北中部の諸州及びアラスカ、ハワイ合

46) アルベール・カミュ著杉捷夫、川村克己共訳ギロチン (紀屋伊国書店) 65頁。

47) Amnesty International (supra note 42, p. vi. IV) 編辻本義男訳「西ヨーロッパにおける死刑の現況」19頁。

48) Amnesty International, supra note 42, p. vi.

死刑は合憲か

計14州が既に死刑を廃止している。わが国の最高裁が死刑のよりどころとした文明諸国の多くは、既に死刑を捨て去り、あるいは捨てようとしている現在、最高裁は、死刑を合憲とするための事実上の根拠を既に一つ失っていることを認識しなければならない。

かくして、死刑を合憲とするため最高裁により示された数かずの主張は、その論拠の基盤を失うのである。すなわち、1) 生命の存在それ自身が、公共の福祉に反することはありえない。2) 現代、多数の文化国家におけると同様に、わが国も死刑を存置するというが、文化諸国は、既に死刑を捨て去りあるいは捨てようとしている。3) 死刑の威嚇力については、実証的研究に基づいて大きな疑問が提示されている。4) 特定の人を生命を特殊な社会悪の根元と断定して、その生命を絶つことができる程に、この社会は絶対の善ではありえない。5) 個体に対する人道観の上に、全体に対する人道観を優越させるということを建前に、人の生命を剥奪するのは、個人の尊厳を謳い、個人主義原理を最高の価値基準とする憲法の本質と矛盾する。6) 残虐性の判断に際しては、執行方法、執行前、執行中、執行後等についての慎重な科学的、人道的、社会的検討が必要であるにも拘らず、単に執行方法だけを取り上げている点において、極めて不完全な判断しかなしえていない。以上により、憲法解釈として、死刑の憲法適合性を肯認することはできない。

(昭和63年6月30日受理)

死刑は合憲か

