

## 死刑と生命権についての一考察

生 田 勝 義\*

### 目 次

- 1 はじめに
- 2 生命権の位置づけ
- 3 生命権と「公共の福祉による制限」論
- 4 死刑で凶悪犯罪を予防できるか
- 5 憲法36条の禁じる残虐刑とは
- 6 憲法31条と生命権
- 7 国民感情と死刑
- 8 おわりに

### 1 はじめに

死刑の存廃については日本でも議論が出尽くし、理論的には死刑廃止し  
かないと思われた。理論的には死刑廃止論の優位は確たるものであり、90  
年代の半ばにはいよいよ実践に移すべき段階に来たと思われたのであ  
る<sup>1)</sup>。日本政府は依然として死刑存続の立場だが、その主要論拠は死刑存  
続を支持しているという国民世論の動向であるにすぎない。死刑存置の理  
論的検証なしに国民世論を持ち出すのは悪しきポピュリズム（大衆誘導迎  
合主義）だと言わざるを得まい。

ところが、その後強まった厳罰主義の流れ<sup>2)</sup>に阻まれ、死刑廃止に向け

---

\* いくた・かつよし 立命館大学名誉教授

1) たとえば佐伯千似・団藤重光・平場安治編著『死刑廃止を求める』（日本評論社、1994  
年12月）からはそのような想いが汲み取れるといえよう。

2) この流れや厳罰ポピュリズムの動き、それらと新自由主義との関係については、生田勝  
義『人間の安全と刑法』（法律文化社、2010年）1～9頁、34頁など参照。

た動きも新たな打開策を模索するようになる。まず、死刑の代替刑としての終身刑論が登場した。次に、死刑を少しでも減らすことができればとの思いからであろうが、死刑と無期懲役の中間刑としての終身刑論や死刑事件にはスーパー・デュープロセスが必要だという見解が主張されるようになる。このような実践的な政策論に影響されてか、最近における日本の法律家による論考にも、論証に変な歪みが見られるようになってきている。ここでは、公務員による残虐な刑罰を禁止する憲法36条違反、誤判の取り返しづかぬさ、現行絞首刑の法的根拠のあいまいさや残虐さ、終身刑、死刑判決手続きの厳格化、犯罪人引渡し上の障害などが語られる。ところが、死刑が憲法13条の生命権保障に反するとの議論は正面切って展開<sup>3)</sup>されることはない。さらに刑事法学関係では、死刑判決をいかに限定するかに関心が集中し、死刑違憲論だけでなく死刑廃止論まで棚上げされているかのような観すらある。

しかしながら、刑事法学関係においてこそ、死刑憲法13条違反論が正面切って展開されるべきなのではなかろうか。現下日本における死刑批判論が憲法13条違反を主張することに及び腰となっている最大の理由は、憲法13条自身が定める「公共の福祉による生命権制限」に有効に対峙できていないことにあるからだといってよい。この公共の福祉論をまとまった形で展開し、今日に至るも正面切って否定されたことのないのが、最高裁大法院判決昭和23年3月12日（最高裁判所刑事判例集2巻3号191頁）の示した論証である。その論証で示された「公共の福祉」の中身は、死刑の一般予防・特別予防の効果、死刑の刑罰としての正当化根拠という、まさに刑罰論として検討されなければならないものであった。生命権保障が死刑に及ばない理由とされる公共の福祉による制限論を打破する論証は、刑事法学によって行われる必要がある。しかも、その後における刑罰に関する実証的研究や社会哲学的研究は、そのような論証を可能とするだけの理論的な

---

3) たとえば前掲・佐伯等編著『死刑廃止を求める』31頁以下には名和鐵郎「生命の尊重と死刑は両立するか」が収められ、生命権と死刑との関係が正面切って検討されていた。

蓄積と発展を遂げてきているように思えるのである。

本稿は、そのような蓄積と発展を踏まえた研究が前途洋々たる若手研究者によって展開されることを願い、そのきっかけとなればと思ひまとめたものである。

## 2 生命権の位置づけ

### (1) 生命権とは……人間にとっての生命の価値

生命は人間存在の土台・基礎である。あらゆる人権は生命があってこそ享有できる。このように生命は、人間の尊厳をはじめとして自由や権利、つまり人権の土台・基礎でもある。昔から「命あっての物種」といわれる。まさに、「何事も命があっての上のこと。死んではおしまい。」（広辞苑第6版）なのである。

そのような生命を享受できる権利、生命に対する権利が、生命権である。それを保障するために人々は社会や国家・法を作る。しかも、近代的人権宣言の典型といえる1776年のヴァージニア権利章典第1条では、生命権などの固有の権利は社会状態に入るに当たってその子孫からいかなる契約によっても奪うことのできないものとされた。同年のアメリカの独立宣言にも生命権がうたわれる<sup>4)</sup>。もっとも、フランスの市民革命期の人権宣言には生命権はそれとしては明記されなかった<sup>5)</sup>。その後の米国憲法にも生命権がそれとして明記されなかった。

生命権が人権として世界的に宣言されるにいたるのは、人類が2度にわ

---

4) ところが、アメリカ合衆国憲法の修正条項には生命権保障の明文はなく、単に法の適正手続によらなければ「生命、自由又は財産を奪われない」とされた（修正5条。なお、同条では大陪審によらなければ死刑または破廉恥罪の責めを負われないとか、同一の犯罪について重ねて生命身体は危険に臨ましめられることはないとか、されている。および修正14条。）。ヴァージニア権利章典、米国独立宣言、米国憲法修正条項の日本語訳については、高木八尺・末延三次・宮沢俊義編『人権宣言集』（岩波文庫、昭和38年）108頁以下（斎藤真・訳）参照。

5) 「安全」という人権には包摂されていたといえよう。

たる世界大戦の惨禍への反省やナチズム・ファシズムによる暴虐からの教訓を踏まえ1948年に国際連合総会でなされた世界人権宣言においてである。その第3条は「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。」と規定する。ドイツでは1949年に制定されたボン基本法2条2項が生命権を明記するに至る。現在の日本国憲法はそれらに先駆けて1946年に制定されたのであるが、その13条には生命権がすでに明記されていた。これは上記したヴァージニア権利章典や独立宣言の影響を受けたものといってよい。生命権という人権は、18世紀後半に産声を上げながら市民権を得るには20世紀半ばを待たねばならなかった。この意味では生命権は現代的人権でもある。日本国憲法13条は、近代的人権であった生命権を現代的人権にまで高めた嚆矢なのである。

そのようにして確立された生命権には、至高の人権というにとどまらず、他の人権に較べての質的な特殊性がある。この質的な特殊性については次のことが重要である。

第1に、「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ものであるから、それらを根拠にして生命についての自己決定権を導き出すことはできない。自由や幸福追求権を根拠にしてそれらが拠って立つ生命権を否定することは自己矛盾だといわざるを得まい。生命は物と違って処分することのできない存在なのである。フランスの1793年ジロンド憲法草案における権利宣言20条では、「すべての人は、その奉仕、その時間の拘束を契約することができる。しかしながら自己を売却することはできない。その一身は、譲渡し得る所有物ではない。<sup>6)</sup>」とされた。人の一身は物ではないとされたわけである。この見解は、自己決定論の古典とされる J. S. ミルの『自由論』(“On Liberty”)にも引き継がれた<sup>7)</sup>。ミル自身が自殺を許されないことと考えていたかは明記されてい

---

6) 前掲・高木他編『人権宣言集』138頁(山本佳一・訳)。

7) ミルの自由論と奴隷契約の否定などとの関係については生田勝義『行為原理と刑事違法論』(信山社, 2002年)188頁~193頁参照のこと。

ないが、その論理からすると生命への自己決定権否定へとつながるはずである<sup>8)</sup>。

第2に、死刑は、誤判の場合、取り返しがつかないということである。死刑存置論者は、「誤判の取り返しなさは自由刑においても同じである。失われた青春は返らない。」という。この主張は、自由に対する生命の質的特殊性を看過したものであるといわざるをえない。

第3に、この質的特殊性は、社会契約による死刑存置の論証をも制約する。上記「第1に」で明らかにしたように、本人でも放棄できない生命を契約によって放棄することは論理的にできないはずだからである。

## (2) 生命権は実定法上の権利

日本の刑法学は生命権が憲法で保障された権利、基本的人権であることにあまり注意を払ってこなかった、ように思われる。第二次世界大戦以前の日本や日本に大きな影響を与えたドイツの憲法には人権である生命を権利として保障する規定はなかった。そこで生命は権利としてではなく「法益」の一種として論じられた。権利としては財産権や人身の自由などの自由権が念頭に置かれるにとどまった。名著である末川博の『権利侵害論』にもそれが見られる<sup>9)</sup>。そのような戦前に確立された法益論が戦後に引き継がれたわけだが、刑法学ではさらに、人権は国家に対して保障されるものであって保護されるものでないから、保護法益と人権は区別されるべきだと考えるものまで出てくる。

しかし、上述したように、生命についての法状況は第二次大戦後大きく

---

8) 生命と自己決定論との関係については、前掲・生田『行為原理と刑事違法論』204頁～205頁および210頁～214頁参照のこと。

9) これは戦後になって、末川博『権利侵害と権利濫用』（岩波書店、1970年）263頁以下にも収録された。同書501頁には「少なくとも、各種の物権や債権と同じような意味で生命権、……という如き権利を認めることはできぬと思う。」とある。もっとも、それに続き、「否、生命……の如きは、いわば権利以上の存在であって、……寧ろ権利の発する根源でありまた権利の帰する幹流であると観なければならぬ。」とされていたことにも注意する必要がある。

変化した。日本国憲法も世界に先駆けその13条において「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求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。」として生命権を明記するに至る。「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」ことには国家による侵害からの保障とともに国家による保護の必要性も含まれていると解することができる。保護の必要性まで含ませることには依然として疑問を呈する向きもあろう。けれども、生命権が国家により人権として保障されること、それゆえ国家による生命権侵害である死刑が生命権保障と緊張関係に立つことに疑問を挟むことはできないであろう。もっとも、この段階では、生命権保障と死刑が緊張関係に立つことまで条文として明記されなかった。

生命権保障と死刑が緊張関係に立つことを条文に明記するのが、世界人権宣言3条を受け1966年に作られた「市民的及び政治的権利に関する国際規約」(自由権規約)第6条〔生命に対する権利及び死刑〕である。そこでは第1項で「すべて人間は、生命に対する固有の権利を有する。……何人も、恣意的にその生命を奪われない。」と原則を規定したうえで、第2項から第5項には過渡的な例外として死刑を認めるがそれを制限する規定が置かれている。重要なのはその第6項である。「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。」とある。この規約は日本も批准し、「締約国」となっているものである。自由権規約は国内法的効力を有するというのが通説である。日本でも生命権と死刑は緊張関係に立つということ、しかも生命権保障は死刑廃止に向かうものであるべきだということが、人権保障に関する基本法において明記されるに至っているのである。死刑廃止論は単に刑事政策論にとどまるものではない。また、残虐刑禁止憲法規定の解釈論にとどまるものでもない。生命権を保障する憲法や自由権規約という現行法の解釈論としても展開することができるし、それが人権の世界史的・人類史的発展に沿う道でもあるというべきなのである。

### (3) その他の国際法の動向

生命権という人権と死刑との法的考察にとって重要な参考資料となるのが次のものである。

イ、死刑廃止条約（「死刑の廃止を目指す市民的及び政治的権利に関する国際規約・第二選択議定書」（1989年12月15日）

この選択議定書を日本は調印していないが、国際法の動きとして重要である。その基本的な考え方は、「人間の尊厳」と「生命権」を保障するためには死刑廃止を必要としているということにある。重要なので関係箇所をそのまま引用（日本語訳は、死刑廃止キリスト者連絡会ホームページより。）しておこう。

「本議定書の締約国は、

死刑の廃止が人間の尊厳の高揚と人権の一層の増進に寄与すると堅く信じ、

1948年12月10日に採択された世界人権宣言第三条および1966年12月16日に採択された市民的および政治的権利に関する国際規約第六条を思い起こし、

市民的および政治的権利に関する国際規約第六条が、死刑の廃止が望ましいことを強力に勧めて死刑廃止に言及していることに留意し、

死刑廃止のためのあらゆる措置は、生命に対する権利の享受の進展であると考えられるべきであると確信し、

ここに死刑廃止にむけての国際的な誓約を行うことを求め、

次の通り協定した。

第一条 1 本選択議定書の締約国の管轄下にある者は、何人も処刑されることはない。

2 各締約国は、その管轄下において死刑廃止のためのあらゆる必要な措置を講じなければならない。

第二条 1 批准または加入の際になされた、戦時に犯された軍

事的性格を有する極めて重大な罪に対する有罪判決に従い、戦時に死刑を適用する規定に関する留保を除き、本選択議定書に対しいかなる留保も付することも許されない。……」(下線は生田。)

#### ロ、欧州人権条約第13議定書

1950年の欧州人権条約では生命権が明記されたものの死刑廃止には至っていなかったのだが、2002年の第13議定書において、戦時を含むすべての状況における死刑の全廃を規定するに至った。

#### ハ、国際刑事裁判所に関するローマ規程

これは、1998年7月にローマで採択され、2002年に効力が発生した。

このローマ規程による刑事裁判については、人道に対する罪など極めて重大な犯罪に対する刑罰としても最高刑は終身刑となっている(同77条1項)。死刑は排除されているわけである。

これは日本においても、2007年4月に国会承認、同年7月に公布・告示(条約第6号および外務省告示第418号)そして同年10月1日に効力が発生した。ローマ規程には補完性の原則があるとはいえ、少なくとも日本の国家意思として重大犯罪に対しても死刑でなくてよいとの意思が示されたことの意味は大きい。

#### (4) その他の法律による生命権の保護・保障

第1に、私人による侵害に対して、刑法で殺人罪などとして、また民法で不法行為や債務不履行として、保護されている。

第2に、法律の定める適正手続など適正な法律によらなければ生命を奪われない(憲法31条参照)。たとえば警察官による武器使用に関する危害要件(警察官職務執行法第7条)は、次の生命権侵害の許される場合にも関係するが、生命権保護・保障にも関係することに注意する必要がある。この点は、憲法31条の射程、すなわち同条にいう「生命を奪われない」とは死



刑により奪われないということしか意味しないのか、それとも他にもあるのかということに関係するからである。死刑のほかにもあるとすれば、憲法31条を根拠にする死刑存置論は説得的でなくなるわけである。

第3に、生命権を守るための緊急行為（正当防衛や緊急避難）が認められている。

#### (5) 生命権の侵害が許される場合はあるのか

第1に、緊急行為（正当防衛や緊急避難）として認められることがある。

第2に、適正な法律の定める危害要件を満たした公権力行使による殺害<sup>10)</sup>

第3に、自衛のための国家権力の発動たる武力行使（ないし戦争）による殺害

第4が、本稿が問題にしている、法律による死刑の執行である。死刑も国家が個人の生命権を剥奪し侵害するものであることに変わりはない。

第5が、安楽死や尊厳死である。しかし、これらについては死刑を論じるのが目的の本稿では別途の検討に委ねざるを得ない。

### 3 生命権と「公共の福祉による制限」論

#### (1) 最高裁判所判例理論の形成

最大判昭和23年3月12日（刑集2巻3号191頁）は、残虐刑を禁止する憲法36条違反との弁護人上告趣意に対し<sup>11)</sup>、憲法13条にも言及したものであった。この点ではその憲法13条に関する言明は傍論だといえる。しか

---

10) 欧州人権条約（1950年調印、1953年発効）の第2条（生命に対する権利）の第2項には次の規定がある。「2 生命の剥奪は、それが次の各号において絶対に必要な実力の行使の結果であるときは、本条に違反してなされたものとみなされない。(a) 不法な暴力から人を防衛するにおいて (b) 合法的な逮捕を行い又は合法的に拘禁した者の逃亡を防ぐために (c) 暴動又は反乱を鎮圧する目的のために合法的にとられた行動において」

11) 弁護人西村真人上告趣意第一点：「原判決は法令の解釈を誤りて適用した違法な判決」

し、その後、憲法13条違反との上告趣意に対し最大判昭和23年を引用して同13条違反を否定する累次の最高裁判決が出される。たとえば、最判昭和23年11月9日（最高裁判所裁判集刑事5号179頁）、最判昭和24年3月29日（最高裁判所裁判集刑事8号409頁）、最判昭和24年6月4日（最高裁判所裁判集刑事11号57頁）、最判昭和24年8月18日（刑集3巻9号1478頁）（ここには憲法36条違反との弁護士上告趣意に対し13条についても詳しく見解が示されている。）。さらに最高裁大法廷判決昭和26年4月18日（刑集5巻5号923頁）は憲法9条違反との論旨はとるをえないとしたうえ、憲法13条、36条違反との論旨についても「そのとるをえないことは当裁判所昭和二二年（れ）第一一九号同二三年三月一二日大法廷判例（判例集二巻三号一九一頁）の示すとおりである。」とした。

死刑が憲法13条に反しないとする論拠については、昭和23年3月12日最高裁大法廷判決が引き継がれてきたといえよう。

## (2) 最高裁大法廷判決昭和23年3月12日の内容

この内容を生命権に係る範囲で段落ごとに整理すると次のようになる。 (なお、文中の下線は生田)。

### 1) 生命および死刑の基本的位置づけ

「生命は尊貴である。一人の生命は、全地球よりも重い。死刑は、まさにあらゆる刑罰のうちで最も冷厳な刑罰であり、またまことにやむを得ざるに出ざる窮極の刑罰である。それは言うまでもなく、尊厳な人間存在の

▼である即ち原判決は被告人に対し刑法第百九十九条同第二百条を適用して死刑の言渡をしたがこれは憲法違反である何となれば新憲法第三十六条は『公務員による拷問及び残虐な刑罰は絶対にこれを禁ずる』と規定している而して死刑こそは最も残虐な刑罰であるから新憲法によつて刑法第百九十九条同第二百条等に於ける死刑に関する規定は当然廃除されたものと解すべきである然るに原判決は被告人に対し新憲法によつて絶対に禁止され従つて又当然失効した刑法第百九十九条同第二百条に於ける死刑の規定を適用して被告人に死刑を言渡したのであるから法令の解釈を誤りて適用した違法な判決として当然破毀を免れざるものと信ず」に対するものだった。

根元である生命そのものを永遠に奪い去るものだからである。」

## 2) 死刑の法定と2つの観点

「現代国家は一般に統治権の作用として刑罰権を行使するにあたり、刑罰の種類として死刑を認めるかどうか、いかなる罪質に対して死刑を科するか、またいかなる方法手続をもつて死刑を執行するかを法定している。そして、刑事裁判においては、具体的事件に対して被告人に死刑を科するか他の刑罰を科するかを審判する。かくてなされた死刑の判決は法定の方法手続に従つて現実に執行せられることとなる。これら一連の関係において、死刑制度は常に、国家刑事政策の面と人道上の面との双方から深き批判と考慮が払われている。」

## 3) 死刑制度の歴史性

「されば、各国の刑罰史を顧みれば、死刑の制度及びその運用は、総て他のものと同様に、常に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ということが窺い知られる。わが国の最近において、治安維持法、国防保安法、陸軍刑法、海軍刑法、軍機保護法及び戦時犯罪処罰特例法等の廃止による各死刑制の消滅のごときは、その顕著な例証を示すものである。」

## 4) 現行憲法における生命権と死刑

「そこで新憲法は一般的概括的に死刑そのものの存否についていかなる態度をとつているのであるか。弁護人の主張するように果して刑法死刑の規定は、憲法違反として効力を有しないものであろうか。まず、憲法第十三条においては、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。そしてさらに、憲法第三十一条によれば、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つて、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。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、死刑の威嚇力によつて一般予防をなし、死刑の執行によつて特殊な社会悪の根元を絶ち、これをもつ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のである。]

以上から明らかなように、上記「4) 現行憲法と死刑」における論証が直接の憲法判断であるが、その適否は、後述するように、それ以外の箇所  
の言明ともあわせて判断されるべきであろう。

### (3) その後の展開

永山事件最高裁判決昭和58年7月8日(刑集37巻6号609頁)は、「各般の情状を併せ考察したとき、その罪責が誠に重大であつて、罪刑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。」とした。光市母子殺害事件最判平成18年6月20日(最高裁判所裁判集刑事289号383頁)では、「……場合には、死刑の選択をするほかないものといわなければならない。」と若干変化する。

いずれにせよ、それらでは特別予防の見地が後景に退いていることに注意すべきであろう。この変化につき、特別予防の必要のないナチス犯罪者の処罰を肯定できるようにするための理論に影響されたのではないかとの見解もあるが、むしろ当時米国等で有力になっていた、抑止刑論を前提にするジャスティス・モデルの影響を受けたものように思われる。「一般予防の見地」が「抑止刑論」。「罪刑の均衡の見地」が「ジャスティス・モデル

ル」。それぞれが対応しているように思われるということである。

このように整理すると、平成27年2月3日の最高裁判所第2小法廷による2つの決定（裁判所時報1621号1頁と同号4頁）にみられる行為責任重視の「公平性の確保の観点」もその流れにあるものと解することができよう。

#### (4) 判例理論の問題点……「公共の福祉」により死刑を是認することができるか。

判例理論には残虐刑か否かは死刑の執行方法により判断するという問題もあるが、それについては憲法13条と関係する範囲で検討するにとどめたい。また、ここではまず問題点を概観することに重点をおき、重要論点については別途節を改めて検討することにした。

##### (1) 死刑により凶悪犯罪やテロを予防できるか

###### 1) 一般予防はどうか

一般人に向けた死刑の威嚇により潜在的犯罪者による重大犯罪を予防するという意味での消極的一般予防については、それに否定的な研究が多くあり、すでに理論的には決着済みの問題であるといっていよい。

###### 2) 特別予防はどうか

社会にとり危険な人間を死刑の執行によって抹殺・淘汰し、そのことにより社会を防衛するというのが、死刑についての特別予防論である。

これについては、①更生不可能な危険な人間であることの証明のむつかしき、②人間の中に殺してもよい存在を認めることは人の生命に質の違いを持ちこむことにならないか、③「尊厳な人間存在の根元である生命そのもの」を社会防衛のために剥奪するということが人間を社会防衛の「単なる手段として使用」することにならないか、などの疑問がある。

最後の「単なる手段として使用する」ことの問題性はつとにカントが実践命法として指摘していたものである。カントは次のように述べていた。

「君自身の人格ならびに他のすべての人の人格に例外なく存するところの人間性を、いつでもまたいかなる場合にも同時に目的として使用し、決して単なる手段として使用してはならない<sup>12)</sup>」

ここでは、人格 (Person) と人間性 (Menschheit) が区別されていることに注意する必要がある。さらに、次の言明も重要である。すなわち、自殺が目的それ自体としての人間性という Idee と共存できるかを問い、「人間 (Mensch) は物 (Sache) ではない……。……それゆえ、私は、私の人格の中にある人間をなんら意のままに処分することはできない……。……」とする点である。

参考までに、それぞれについてのドイツ語での現代語表記を掲げておく。

Der praktische Imperativ: “Handle so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest.”

“Der Mensch aber ist keine Sache. ---Also kann ich über den Menschen in meiner Person nichts disponiern, ihn zu verstümmeln, zu verderben, oder zu töten.”<sup>13)</sup>

カントの実践命法にいう自己目的としての人間性、人間は物でないということが人間の尊厳であると解すれば、カントにおいては、人格の尊厳だけでなく、人間の尊厳が念頭にあったというべきであろう。そして、この意味での「人間の尊厳」が死刑廃止条約にも理念として採り入れられたと解すべきだと思うのである。

---

12) カント『道徳形而上学原論』(篠田英雄訳)(岩波文庫、改訳1976年)103頁。

13) いずれも、Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Zweite Auflage, 1786, in: Kant, Immanuel [Sammlung] *Werkausgabe*/hrsg. von Wilhelm Weischedel. - Frankfurt am Main: Suhrkamp. Bd. 7. *Kritik der praktischen Vernunft. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. 1. Aufl. - 1974. (Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft; 56), S. 61.

(2) 被害者感情や国民感情は死刑を正当化できるか

凶悪犯罪に対する近親等の被害者感情や国民感情には厳しいものがあり、生身の人間にとりそれは当然のことである。しかし、事は国家刑罰としての死刑に関する問題である。一般的にも、国家が感情で人の命を奪ってよいのだろうかという問題がある。また、殺される側からすると、感情に反論することは難しい。そのような感情による死刑には適正手続上の問題もでてこよう。やはり、生命に関係する死刑についてはとりわけ、感情だけでなく理性的対応が必要である。

被害感情には復讐心や報復感情が含まれがちである。しかし、復讐や報復には歯止めなく連鎖せざるを得ないという問題がある。刑罰は、私人による復讐を禁じ、国家が代わって復讐するものだとの見解もあるが、その論理では復讐の連鎖を止められない。国家権力が力の優位を利用して抑え込むことができるにすぎないからである。力による抑圧は力による反撃を許さざるを得なくなる。やはり刑罰は復讐や報復でなく、正義でなければならぬのである。

(3) 応報はどうか

上述したカントの「自己目的としての人間性」や人間の尊厳ということから、それに反する消極的一般予防刑論ではなく積極的一般予防論ないし応報刑論に拠るべきだとの見解が有力になっている。近代刑法原則である罪刑均衡は、他害行為責任に対応し均衡する刑罰という形で捉えられる。この罪刑均衡を応報としてとらえることは可能である。凶悪犯罪に対し死刑も応報としてありえよう。

しかし、問題は応報の中身である。応報の中身については、「物々交換」的な「同害報復」（目には目、歯には歯。）か、近代的な「等価交換」的な「等価的応報」か、という問題がある。今日では、同害報復でなく等価的応報として捉えるべきである。また、実際の刑事司法においても、そうになっている。死刑存置国でも一般に、凶悪犯罪に対してもその一部にしか

死刑は執行されていない。日本では毎年1000件程度の殺人事件が認知されてきた。そのうちの過半数が殺人既遂。そのすべてを死刑にするようでは死刑国家になってしまうのではなかろうか。実際の死刑判決確定数は一けた台にとどまっている。

かつて、「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」(前掲・最大判昭和23年、下線は生田)と言われた。しかし、今日、死刑廃止条約などにみられるように「多数の文化国家」では重大犯罪に対しても死刑は等価的でなくなっている。日本も、「現代多数の文化国家におけると同様に」死刑を廃止すべきであろう。

死刑を合憲とする最高裁の判例理論には、「個人に対する人道観のうえに全体に対する人道観を優位せしめ」との言明があった。こうすれば罪刑均衡も認められるということであろうが、それでは、「一人の生命は全地球より重い」との言明と矛盾するといわざるをえない。

#### (4) 正当防衛や緊急避難との違い

死刑による人の殺害と正当防衛等の緊急行為による殺害との現象面における違いは、1つの生命を守るために緊急にする他の1つの生命の侵害(1つの生命喪失)か、それとも、生命を奪ってしまったことを理由とする常態における新たな別の生命侵害(2つの生命喪失)か、ということにある。緊急避難には「正対正」の関係であるということからする法的性質を巡る厄介な問題があるので、ここでは「正対不正」の関係における正当化事由という点で争いのない正当防衛に重点をおいて検討する。

憲法13条の「公共の福祉」は、憲法22条や29条にわざわざ改めて明記された「公共の福祉」と異なり、人権相互の内在的制約原理である、と解すべきである。正当防衛による生命権侵害が正当化されるのは、急迫不正の侵害をなした者の生命権が人権相互の内在的制約原理としての「公共の福祉」により制限されるからである。他人の生命を不正に侵害せんとする行為は生命保全という社会をつくった最大の意味を台無しにする、その意味



で社会侵害的な行為である。そのような行為をする者の法益は急迫不正の侵害にさらされる者の生命より法的保護が後退する。それゆえ、正当防衛は正当化事由なのである。このような理解が個人主義に立つ日本国憲法下の正当防衛論にふさわしい<sup>14)</sup>。ここには、生命体生命の衝突が現実には差し迫って存在する。それに対し、死刑にあるのは、死刑囚の生命と法秩序の衝突、すなわち、「個人に対する人道観」＝死刑囚の生命と「全体に対する人道観」＝法秩序との常態的な衝突である。正当防衛は緊急行為であり、事前の殺害予告・計画性はない。それに対し、死刑による殺害は、常態において殺害予告と計画性をもって行われる。

生命権を「生きる権利」と解し、死刑を公共の福祉による生命権の制限と解すると、常態において「生きること」が「公共の福祉」に反するとはどういうことが問題となる<sup>15)</sup>。一人の人間が常態において「生きること」がなぜに公共の福祉に反することになるのかということである。正当防衛による殺人が許されるのは、その他害行為を防止するにはその人を殺害せざるをえないからである。人権相互の内在的制約原理としての公共の福祉がそこでは妥当する。しかし、そのような関係は死刑との間にはない。

## 4 死刑で凶悪犯罪を予防できるか

### (1) 死刑の威嚇力

死刑の威嚇力によって凶悪犯罪を防止できるのではないかの想いが、最近の世論調査でも存置意識の大きな支柱のひとつになっている。

---

14) なお、正当防衛の正当化根拠として「法確証の原理」が持ち出されることがある。これはドイツの刑法理論に影響されたものであるが、その「法」を法秩序という意味で捉えるのであれば、個人主義というより共同体主義的な発想であるといわざるを得ない。その「法」はむしろ「権利」に近いものとして理解すべきであろう。ドイツ語では、法も権利もどちらも“Recht”である。

15) 名和鐵郎「人権の歴史と生命権の発展」静岡大学政経研究42巻2号（1994年2月）186頁参照。この指摘は鋭いものだというべきだろう。

一般人を威嚇して犯罪を抑止するという消極的一般予防が死刑により可能だという証明はない。とりわけ凶悪犯罪を死刑で抑止できるとの証明はない。むしろ死刑とは関係がないとのデータの方が多い<sup>16)</sup>。

日本では1989(平成元)年11月10日死刑執行の後、1993年3月26日に再開されるまで約3年4か月死刑が執行されなかった。当時の後藤田正晴法務大臣が死刑執行を再開した折、それがマスメディアで大々的に取り上げられた。それでも松本サリン事件が1994年6月27日夜に、さらには地下鉄サリン事件が1995年3月20日朝に起こされたのである。また、『平成11年版犯罪白書』第1編第1章第2節1によると「殺人の認知件数、検挙件数及び検挙人員は、平成元年以降3年まではいずれも減少傾向にあったが、4年以降は8年を除いていずれも増加しており、10年は、前年と比べ、認知件数は106件(8.3%)、検挙件数は131件(10.7%)、検挙人員は81人(6.3%)の増加となっている。10年における殺人の発生率は、1.1である。」この数字からは少なくとも、死刑の執行が殺人の抑止に影響を与えとはいえない。

さらに、死刑に凶悪犯罪の抑止を期待できないことは、少し考えてみるだけでも分かる。死刑があっても、凶悪犯罪は起こりうる。すでに何度も指摘されてきたように、確信犯、激情犯、完全犯罪を狙う者、あるいは見つからないと思う者にとり死刑の抑止力はきわめて限られたものといわざるをえない。

## (2) 死刑と積極的一般予防

死刑による一般予防が可能かという点では、今日、積極的一般予防が可能かという問題だけが残っているといっても過言ではない。積極的一般予防とは、犯罪を処罰することによって犯罪は悪いことであり行ってはなら

---

16) 刑罰の犯罪抑止力は死刑にとどまらず一般に大きく限られたものであるとの指摘が実証的研究を踏まえてなされるようになってきている。たとえば、ヴォルフガング・フリッシュ、浅田和茂、岡上雅美編著『日独シンポジウム量刑法の基本問題——量刑理論と量刑実務との対話——』(成文堂、2011年11月)45頁以下のフランツ・シュトレング、訳高山佳奈子「量刑の経験的基礎」48-51頁参照。私が検証したものとして、前掲・生田『人間の安全と刑法』63頁～83頁参照。

ないことだという善良な市民ないし一般人の規範意識を満足させ維持することにより犯罪を予防するというものである。既存の規範意識に応えるというのであれば応報刑論と同じではないかとの指摘もある。

しかし、善良な市民の規範意識を満足させ維持するというだけでは、少なくとも生命侵害については善良な市民の規範意識は死刑の存否に左右されるようなものではないというべきである。善良な市民が人を殺さないのはなぜか。裁判員裁判で死刑判決を言い渡さざるを得なくなった裁判員が苦悩するのはなぜか。法に基づく正義の職務執行であるはずの死刑執行にボタンが3つ必要なのはなぜか。それは、他人の生命の中に自分の生命と同じものを見ているからである。人を殺さないのは同類の中に自分自身を見ているからである。殺すことをためらう、殺人を見て怖いと感じるのはそのためである。人間はそのような存在であるからこそ、種として存続できているわけである。

人は同類・同種の生命に自らの生命と同じものを感じとっている。自らを殺害することと同じものを感じとる。同類意識を形成可能な存在だからこそ人は社会的存在として幾世代にもわたり生存を維持できた。同類を殺害することへの忌避感、恐怖感、嫌悪感はそのからくる。多くの人は通常の生活で人を殺さないようにできているのである。もっとも同じ人間でも同類でない敵だと意識される場合にはこの規範意識は働かない。敵は自分たちの生存を危うくする存在なので、それを殺害することはむしろ英雄だと意識される。戦争における殺人がその典型だが、政治的でない狂信的な確信犯においても同じことが言える。同様に、死刑存置意識にも、凶悪犯罪者は敵であり同類でないから殺してよいとする意識が混入していないか。生命侵害を予防するには、死刑というよりむしろ、人々が同類と意識できる人間関係、その範囲を広げることこそが肝要なのである。

凶悪犯罪を積極的一般予防するために侵害性の大きい死刑や終身刑を用いることは、不要なばかりか、かえって有害になることもあるといわざるを得ない。

## 5 憲法36条の禁じる残虐刑とは

判例理論は、残虐な刑罰を刑の執行方法の残虐さに求めている。すなわち、「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。ただ死刑といえども、他の刑罰の場合におけると同様に、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、まさに憲法第三十六条に違反するものというべきである。」と。

しかし、今日では、何物にも代えがたい生命を殺害宣告したうえで計画的・強制的に奪うこと自体が残虐なのだ。古代に行われた人身御供をそれが葉草により意識を失わせたいうえで執行するものであったとしても現代人が残虐だと考えるのはその故であって、殺す方法が残虐だからではない。罪や穢れを除き神の怒りを鎮めるための人身御供も、それにより共同体を救うために行われる点では死刑と同様である。また、死刑は激しい苦痛を与えるからというだけで残虐なのではない。絞首刑は激しい苦痛を与えるから残虐だとする見解もあるが、それによると、あまり苦痛のない殺し方なら残虐でないこととなり、苦痛のない薬物注射による死刑なら残虐でなくなってしまう。オランダなどで安楽死に用いられている薬物注射と同じものを導入すれば死刑であっても残虐ではなくなるのであろうか。薬物注射による強制的安楽死が殺人罪に当たるように、計画的・強制的に死なせることが重大なのだ。しかも、その事前予告をして恐怖にさらしたうえで執行するとなると残虐そのものだというべきであろう<sup>17)</sup>。それは人間の

---

17) なお、正当防衛による殺害については、緊急の行為であることから事前の殺害宣告がなぐ計画的でないことが許される事情の1つであるといえよう。

尊厳や生命権を侵害するからなのだ。同じく故意による殺人であっても、故殺より謀殺の方がはるかに重大な犯罪とされているのはそのためである。計画的に殺すことの重大性は死刑かどうかを決める重要な考慮事項とするのが最高裁判例<sup>18)</sup>でもあるといえよう。

死刑が残虐刑に当たるとの論証から迫って憲法13条の公共の福祉論を克服するとの見解もある。しかし、上述したように、死刑は生命権や人間の尊厳を害するから残虐なのだという言説も可能である。

さらに、むち打ち刑などの身体刑は個人や人間の尊厳に反し残虐だと考えられている。身体刑には、むち打ちのように肉体に苦痛を与えることを主とするもの、入れ墨のように肉体に烙印を押すもの、鼻や耳をそぐような身体に欠損を生じさせるものがある。いずれも人を動物や物と同じように処分の対象にするものである。今日では、そのような扱いは動物にたいしても虐待にあたる残虐なものと言われることが多い。今日では動物に対する安楽死についても批判がある。人に対する死刑は最大・究極の身体刑なのに人間の尊厳に反するとも残虐だとも言えないのであろうか。

---

18) 最決平成27年2月3日裁判所時報1621号1頁「しかしながら、本件は、被害者方への侵入時に殺意があったとまでは確定できない事案であり、殺害について事前に計画し、又は当初から殺害の決意をもって犯行に臨んだ事案とは区別せざるを得ない。早い段階から被害者の死亡を意欲して殺害を計画し、これに沿って準備を整えて実行した場合には、生命侵害の危険性がより高いとともに生命軽視の度合いがより大きく、行為に対する非難が高まるといえるのに対し、かかる計画性があったといえなければ、これらの観点からの非難が一定程度弱まるといわざるを得ないからである。」および同日決定裁判所時報1621号4頁「松戸事件が被害女性の殺害を計画的に実行したとは認められず、殺害態様の悪質性を重くみることに限界がある事案であるのに、松戸事件以外の事件の悪質性や危険性、被告人の前科、反社会的な性格傾向等を強調して死刑を言い渡した第1審判決は、本件において、死刑の選択をやむを得ないと認めた判断の具体的、説得的な根拠を示したものとはいえない。」

## 6 憲法31条と生命権

### (1) 反対解釈論とその問題点

憲法31条を法律（の定める手続き）によりさえすれば生命を強制的にでも奪うことができるという風に反対解釈することによって、死刑は憲法13条にも同36条にも違反しないと解するのが最高裁の見解である。

しかし、そのような反対解釈は成り立たない。その理由の第1は、単に法律というにとどまらず「適正な」法律に拠らなければならないということだから、死刑についてもそれが適正かの検討がなければならない。また、生命や自由は基本的人権として憲法により保障されているのだから、生命や自由を奪うことが許されないのが原則である。だが特別の必要がある場合に例外的に法律によれば可能になることがあるということとどまる。憲法13条の生命権に対する公共の福祉による制限が死刑を例外的に許容するまでに及ぶのか。この問題が憲法31条の前提問題であり、憲法13条の公共の福祉で死刑の合憲性を根拠づけることができなくなれば、31条は死刑の根拠とはなりえない。最高裁大法廷昭和23年判決の論理展開も13条から31条へと展開している。もっとも、井上裁判官の「意見」<sup>19)</sup>ではより強調されて示されるのだが、「公共の福祉」の内容は憲法31条解釈と整合的になるように解されている。しかしながら後の「第3の理由」で述べるように、両者を整合的に解釈しても死刑は憲法13条に反するといわざるを得ない。

---

19) 「そこで憲法第十三条は『すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求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。』と規定し同第三十一条は『何人も、法律の定める手続き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。』と規定して居る。これ等を総合するとその裏面解釈として憲法は公共の福祉の爲めには法律の定められた手続によれば刑罰によつて人の生命も奪はれ得ることを認容して居るものと見なければならぬ。』

理由の第2は、「公共の福祉」の中身とされるものに適正さが見られないということである。上述したように、等価的応報の恣意性、死刑に一般予防効果がないこと、特別予防のための死刑が人間の尊厳に反するものであること。死刑そのものが残虐であること。それらからすれば死刑が例外的な適正さを持つとは言えない。

第3の理由は、適正な法律によれば生命を侵害することも許されるのか問題となる例は死刑以外にも存在するということである。憲法31条の生命条項が必要なのは、正当防衛や危害防止のための公権力行使による殺害がどのような要件を満たせば許されるのかという問題が存在するからである。正当防衛も法律に適法となる要件が明記されていなければなるまい。また、たとえば警察官による武器使用に関する危害要件は警察官職務執行法第7条に規定されているがそれは適正なものでなければならないのである。生命権を公共の福祉により制限できるのはそのような正当行為においてである。このことが問題になるのは日本だけではない。前述したが、欧州人権条約（1950年調印、1953年発効）の第2条（生命に対する権利）の第2項にも次のような規定がある。「2 生命の剥奪は、それが次の各号において絶対に必要な実力の行使の結果であるときは、本条に違反して行われたものとみなされない。(a)不法な暴力から人を防衛するにおいて (b)合法的な逮捕を行い又は合法的に拘禁した者の逃亡を防ぐために (c)暴動又は反乱を鎮圧する目的のために合法的にとられた行動において」。参考にすべきだろう。憲法31条の生命条項は死刑がなくとも必要なのである。それゆえ、その生命条項を根拠に死刑を合憲とすることは論理の飛躍、すり替えといわざるを得ない。

## (2) 憲法31条の射程

上記「第3の理由」に対しては、憲法31条の法文を根拠にしてそれは刑事手続きに関するものであるから、実体刑法や行政執行には妥当しないとの反論がなされることもある。しかし、次に述べるようにその反論は成り

立たない。憲法31条については、まず第1に、「法律の定める手続」となっており「適正な手続」が入っていないから“Due Process of Law”の影響を受けたものでないとの見解があったが、それは現在では克服されたといってよい。第2は、「手続」となっているから実体法は除かれているのかという問題だが、これも実体法も含むということで克服されている。第3は、「その他の刑罰」となっているから、憲法31条は刑事法だけに關する規定であるのかという問題である。マッカーサー草案と現行憲法英文を較べると nor shall any criminal penalty be imposed, から nor shall any other criminal penalty be imposed, へと変わっている。また、憲法31条は刑事手続きに関する人権保障規定の最初に位置していることを理由にするものもある。けれども、後者については、憲法31条に続く憲法32条の規定する裁判を受ける権利は刑事にとどまらず民事事件や行政事件をも含むものとなっていること、また、憲法36条のいう「公務員による拷問」は刑事手続きにおけるものに限られていない（英文では Article 36. The infliction of torture by any public officer and cruel punishments are absolutely forbidden.）ことから、31条がその条文の位置からして刑事に限るとは言えないはずである。前者については、「生命もしくは自由を奪われ、又は」となっているので、刑事法に限定すると解する余地しかないということにはなるまい。それゆえ、憲法31条は、刑事手続きに限らず、刑事実体法にも、また、刑事法に限らず行政法にも適用ないし準用することが可能なものというべきなのである。これらの結論は最高裁大法廷判決を含む累次の最高裁判決（福岡県青少年保護育成条例違反被告事件最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁（3裁判官の反対意見あり）、工作物等使用禁止命令取消等請求事件最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁、広島市暴走族追放条例違反被告事件最判平成19年9月18日刑集61巻6号602頁、国家公務員法違反被告事件最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁、など。）によっても認められているものといえる。実体刑法については法規の「明確性」や「過度の広汎性による無効」が適正に關する基準として判例としても確立しているところ、この「過度の広汎



性」はいわゆる実体的デュープロセス（適正手続き）の一内容をなすものといえる。実体的デュープロセスについては侵害行為原理や責任原理、罪刑均衡原則が挙げられてきた。侵害原理を法規の適正基準として認めたものと解されているのが、憲法22条に関するものではあるが無熱高周波療法事件に対する最大判昭和35年1月27日刑集14巻1号33頁である。このような次第で、生命を奪うことを認める法規定が適正かどうか実体的デュープロセスの問題となる。警職法の危害要件や正当防衛に関する刑法規定が憲法31条の対象となるように、死刑を認める刑法規定も憲法31条の対象になる。死刑は憲法31条によって聖域とされているのではない。

なお、正当防衛について前述したが、緊急避難についても同様である。緊急避難に関する刑法37条が生命に対する現在の危難を避けるため他人の生命を犠牲にすることまで「罰しない」とし、通説・判例はその場合まで違法阻却としているのだが、その規定や通説・判例が「適正」かどうかは憲法31条の問題になりうるのである。

以上のことから、死刑を「公共の福祉」による生命権の制限によって合憲とし正当化する見解は今日では妥当しないというべきなのである。

## 7 国民感情と死刑

### (1) 日本における世論調査の内容

調査時期が2009年11月26日～12月6日であった内閣府の「基本的法制度に関する世論調査」（2009年12月）を見ると、「場合によっては死刑もやむを得ない」が71・6%に達するにいたった。存置の理由で一番多いのが「死刑を廃止すれば、被害を受けた人やその家族の気持ちがおさまらない」で54・1%。第2が「凶悪な犯罪は命をもって償うべきだ」で53・2%である。また、当時、殺人罪の公訴時効期間が25年に引き上げられて間もなくのことであったが、それでは短いとするのが併せて54・9%。それらに共通するのは、被害感情への配慮であり、強い応報感情（報復感情

とも重なっているといえる。)である。

2014年11月13日～11月23日に行われた「基本的法制度に関する世論調査」でも、死刑廃止反対が80.3%と若干減少したが、そのような形での厳罰意識は引き続いているといわざるをえない。

それらの理由のうち被害者の気持ち、つまり被害感情への配慮が1989年と99年に大きく増加し、2009年以降はそれが最大の理由になり続けている。この変化が折からの新自由主義的思潮、その「自己決定・自己責任論」の影響によるものであることについては、つとに指摘した<sup>20)</sup>ところである。

#### 死刑廃止反対意見の割合とその理由

調査年	割合	応報感情	被害者の気持ち	凶悪な犯罪が増える	再犯の危険
1967年	70.5	24.4	7.3	43.4	20.8
1980年	62.3	36.9	10.0	46.2	23.4
1989年	66.5	56.0	39.7	53.1	37.9
1994年	73.8	51.2	40.4	48.2	33.9
1999年	79.3	49.3	48.6	48.2	45.0
2004年	81.4	54.7	50.7	53.3	45.0
2009年	85.6	53.2	54.1	51.5	41.7
2014年	80.3	52.9	53.4	47.2	47.4

刑事立法でも、被害者運動からの要請におされるという形で、2010年4月27日には死刑該当犯罪の公訴時効を廃止するなどの法改正がなされ、しかも即日公布・施行で遡及適用まで認めることになった（平成22年4月27日法律26号）。

ところで、上記した内閣府による2014年11月調査では、次のような新し

20) 前掲・生田『人間の安全と刑法』7頁～9頁、34頁～40頁参照。

い質問項目が加えられた。すなわち、【資料】として無期懲役と終身刑との違いを説明する文章を示したうえで、「もし、仮釈放のない『終身刑』が新たに導入されたならば、死刑を廃止する方がよいと思いますか、それとも、終身刑が導入されても、死刑を廃止しない方がよいと思いますか。」というものである。これへの回答は、「死刑を廃止する方がよい。」が37.7%、「死刑を廃止しない方がよい。」が51.5%、「分からない・一概には言えない。」が10.8%となった。死刑廃止反対が、51.5%にまで減っている。ここから窺えることは、世論調査における①正確な情報提供と②判断の対象となる選択肢を豊かにすること、の重要性である。必要な情報が公開されないままでの世論はいまだ民主的な世論ではないというべきだろう。

## (2) 国民感情への公権力の対応

日本政府は、死刑存置の国民世論を理由に死刑廃止はおろか死刑執行のモラトリアムにも乗り出そうとしない。民主主義において世論は重要である。重要だからこそ情報が公開され公衆に共有される必要がある。世論は適切に情報提供されて初めて正確なものになりうるし、それにより民主主義も実質的なものになる。

ところが、日本では、国民の感情や感覚を所与のものとしてそれらの正しさを理性的に考察することを軽視する傾向がある。

この傾向は厳密に理性的たるべき裁判所にも見られる。たとえば、古くは前述した昭和23年最高裁大法廷判決の補充意見、最近では裁判員裁判合憲平成23年最高裁大法廷判決などである。昭和23年最大判における裁判官島保、同藤田八郎、同岩松三郎、同河村又介の各意見では次のように述べられていた。「ある刑罰が残虐であるかどうかの判断は国民感情によつて定まる問題である。而して国民感情は、時代とともに変遷することを免がれないのであるから、ある時代に残虐な刑罰でないとされたものが、後の時代に反対に判断されることも在りうることである。したがって国家の文

化が高度に発達して正義と秩序を基調とする平和的社会が実現し、公共の福祉のために死刑の威嚇による犯罪の防止を必要と感ぜない時代に達したならば、死刑もまた残虐な刑罰として国民感情により否定されるにちがいない。」と。ここでは、国民感情の正否は結局のところ棚上げされ、現存する国民感情への追従がなされている。

国民感情論は、永山事件最高裁判決昭和58年7月8日(刑集37卷6号609頁)において死刑判断要素に「被害感情<sup>21)</sup>」や「社会的影響」という形で組み入れられた。最近の判例理論でも国民の感覚論という形も取り入れながら大きな影響力を維持している。永山事件最高裁昭和58年判決が示した「量刑因子」については、「ほぼ刑法改正草案が一般的な量刑上の基本原則として規定するところと基調を同じくする」として同草案48条1項にとどまらず2項をも引用するもの<sup>22)</sup>がある。しかし、同条2項の量刑因子に「社会的影響」はあっても「被害感情」は規定されていなかった。「被害感情」をそれとして含めないのが比較法的に見ても「多数の文化国家」の基準なのではなかろうか。感情への配慮は必要であるが死刑はとりわけ理性的に判断すべきものである。好き嫌いの感情まで刑法で保護すべきだとの思潮が有力になりつつあり、それを正当化するために不快原理を持ち出す法理論も有力になっている。しかしながら、不快原理を根拠にする犯罪は認められるとしても軽いものに限られるべきであろう。感情を根拠に重罰を正当化することはできない。

### (3) 裁判員裁判に見る傾向

裁判員裁判の位置づけにもその傾向が現れている。(引用文中の下線は生

---

21) 被害感情を量刑事情とすることには問題が多い。タチアナ・ヘアンカレ、訳葛原力三「量刑上重要な犯行事情」前掲・フリッシュ、浅田、岡上編著『日独シンポジウム量刑法の基本問題——量刑理論と量刑実務との対話——』121頁～123頁、葛原力三「量刑上重要な犯行事情」同上139～40頁、など参照。

22) 『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和58年度)』(稲田輝明)(法曹会、昭和62年)167頁および171頁参照。

田。)

最初の段階すなわち、司法制度改革審議会の「中間報告」（平成12年11月20日）では次のように述べられていた。「『論点整理』が、司法を国民により身近で開かれたものとし、また司法に国民の多元的な価値観や専門知識を取り入れるべく、陪審・参審制度などについて導入の当否を検討すべきであるとしているのは、このような趣旨によるものである。……したがって、訴訟手続への国民参加を考えるに当たっては、裁判の過程がより国民に開かれたものとなり、裁判内容に国民の健全な社会常識が反映されることによって、国民の司法に対する理解・支持が深まるようにするためにはどのような制度が望ましいかという観点が重要となる。」

また、司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法制度——」（平成13年6月12日）は次のように述べていた。「一般の国民が、裁判の過程に参加し、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されるようになることによって、国民の司法に対する理解・支持が深まり、司法はより強固な国民的基盤を得ることができるようになる。……裁判員が関与する意義は、裁判官と裁判員が責任を分担しつつ、法律専門家である裁判官と非法律家である裁判員とが相互のコミュニケーションを通じてそれぞれの知識・経験を共有し、その成果を裁判内容に反映させるという点にある。このような意義は、犯罪事実の認定ないし有罪・無罪の判定の場面にとどまらず、それと同様に国民の関心が高い刑の量定の場面にも妥当するので、いずれにも、裁判員が関与し、健全な社会常識を反映させることとすべきである。また、裁判官と裁判員との相互コミュニケーションによる知識・経験の共有というプロセスに意義があるのであるから、裁判官と裁判員は、共に評議し、有罪・無罪の決定及び刑の量定を行うこととすべきである。」

ところがその後、国民の感覚論が登場する。平成21年度司法研究を収録した司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』（法曹会・平成24年）では、「(2) 国民の視点、感覚、健全な社会常識などの反

映の在り方」(同10頁)「裁判員が性犯罪事件で重い量刑意見を述べる背景には、性的自由という保護法益を重視する姿勢があるように思われるが、こうした感覚が量刑に反映されることは、裁判員制度導入の趣旨の現れとすることができよう。」(同11頁)と。

次いで、最高裁判所大法廷平成23年11月16日判決(刑集65巻8号1285頁)は、裁判員裁判について次のように述べるに至る。

「裁判員が、様々な視点や感覚を反映させつつ、裁判官との協議を通じて良識ある結論に達すること」「法曹のみによって実現される高度の専門性は、時に国民の理解を困難にし、その感覚から乖離したものにもなりかねない側面を持つ。刑事裁判のように、国民の日常生活と密接に関連し、国民の理解と支持が不可欠とされる領域においては、この点に対する配慮は特に重要である。裁判員制度は、司法の国民的基盤の強化を目的とするものであるが、それは、国民の視点や感覚と法曹の専門性とが常に交流することによって、相互の理解を深め、それぞれの長所が生かされるような刑事裁判の実現を目指すものということができる。」と。

そこでは、「国民の健全な社会常識」とか「裁判官と裁判員との相互コミュニケーションによる知識・経験の共有」とかではなく、国民には「視点や感覚」が、裁判官には「専門性」が期待されるにとどまることになっている。国民は理性的存在としては期待されていないのである。感覚と交流することで専門性も中身が感覚化しがちになることは目に見えている。

このような傾向は社会的な思潮となる。裁判員裁判は、国民の感覚を反映せる場であるとの認識・意識が、その問題性が自覚されることのないまま、裁判員やマスコミ、さらには国会での議員質問や刑事法学者の間にまで広がっていく。

しかし、感情や感覚に頼るのでは法的安定性ばかりか正義の実現にも支障が出てくるのは明らかである。感情や感覚への傾斜への反省がその後最高裁レベルでも示されるようになる。公平性や具体的説得性の要請である。

寝屋川事件に対する最判平成26年7月24日刑集68巻6号925頁は「感覚」を削り「視点」だけにするに至る。すなわち、「量刑が裁判の判断としては認められるためには、量刑要素が客観的に適切に評価され、結果が公平性を損なわないものであることが求められるが、これまでの量刑傾向を視野に入れて判断がされることは、当該量刑判断のプロセスが適切なものであったことを担保する重要な要素になると考えられるからである。この点は、裁判員裁判においても等しく妥当するところである。裁判員制度は、刑事裁判に国民の視点を入れるために導入された。したがって、量刑に関しても、裁判員裁判導入前の先例の集積結果に相応の変容を与えることがあり得ることは当然に想定されていたといえることができる。その意味では、裁判員裁判において、それが導入される前の量刑傾向を厳密に調査・分析することは求められていないし、ましてや、これに従うことまで求められているわけではない。しかし、裁判員裁判といえども、他の裁判の結果との公平性が保持された適正なものでなければならないことはいうまでもなく、評議に当たっては、これまでのおおまかな量刑の傾向を裁判体の共通認識とした上で、これを出発点として当該事案にふさわしい評議を深めていくことが求められているというべきである。」。

この変化の持つ意味は、裁判官白木勇の補足意見を見るとよくわかるであろう。「量刑は裁判体の健全な裁量によって決せられるものであるが、裁判体の直感によって決めればよいのではなく、客観的な合理性を有するものでなければならない。このことは、裁判員裁判であろうとなかろうと変わるところはない。……そうした過程を経て、裁判体が量刑の傾向と異なった判断をし、そうした裁判例が蓄積されて量刑の傾向が変わっていくのであれば、それこそ国民の感覚を反映した量刑判断であり、裁判員裁判の健全な運用というべきであろう。」と。

さらに、死刑判決には公平性や具体的説得性が重要であるとして死刑の言渡しは相当でないとした最高裁平成27年2月3日決定における千葉補足意見では「国民の良識を反映」という形に修正されている。感情や感覚と

「良識」との間にある差は大きい。良識は理性的なものである。

感情論の最大の問題は、感情で国家が人を殺してよいのか。死刑による生命権の侵害を感情で正当化できるのか。感情論は生命権をどうとらえるのかにも関係している。死刑と生命権との関係について理性的な良識による検討が行われることに期待したい。

## 8 おわりに

死刑については、感情論の理性による克服が不可欠である。そのためには、生命権と死刑の問題を正面切って考察することが重要になっている。また、殺人の年間認知件数が1000件を下回るほど、日本の治安は良くなっている。理性的になれる客観的条件はある。そして理性的に考察すれば、死刑は憲法13条にも反するという結論に至ることになる。これが本稿の結論である。

死刑問題については国内外に豊富な研究の蓄積がある。本稿もそれに負うところ大である。それにもかかわらず、先行研究の文献引用が大幅に割愛されている。記してお詫びしておく。