

死刑は合憲か

——最高裁大法廷判例を改めて憲法13条（生命権）から考える——

生 田 勝 義*

目 次

はじめに

- 1 憲法13条の法的性質と「生命」の位置づけ
 - 2 最大判昭和23年の先進性と限界
 - 3 生命に対する権利（生命権）とは何か
 - 4 最大判昭和23年の「公共の福祉」論は今日でも通用するのか
 - 5 最大判昭和23年の憲法31条「反対解釈論」とそれへの批判
 - 6 死刑により凶悪犯罪を予防できるか
 - 7 応報はどうか
 - 8 憲法36条の禁じる残虐刑とは
 - 9 「現場処刑」論への批判
 - 10 「被害者の権利」論について
- おわりに

はじめに

死刑存廃についての法的議論には(1)法政策のあり方レベルでの議論と(2)合憲か違憲かという憲法レベルの議論がある。それぞれにつき、議論は出尽くしたと言われる。はたしてそうなのだろうか。

死刑を合憲とした最高裁大法廷昭和23年（1948年）3月12日判決の内容が今日も確立した判例とされている。学説の多くがその判例を基本的に追認し、刑事裁判でも憲法36条の残虐刑論を除き主たる争点にはされない

* いくた・かつよし 立命館大学名誉教授

いってよい。しかしながら、最大判昭和23年の法廷意見にある「時代と環境とに
応じ」た「進化」や、補充意見が述べていた「国家の文化」水準は、70年以上も昔のままなのだろうか。改めてこの最高裁判例をその出発点であり基本であった憲法13条(生命権)に立ち返り見直してみたい¹⁾。

1 憲法13条の法的性質と「生命」の位置づけ

(1) この問題における争点

憲法13条は、人権についての①一般的原則を定めた一般的条項か、②個別の人権を定めたものか、という問題がある。

第13条の「生命、自由及び幸福追求に対する権利」は幸福追求に対する権利を保障するものでその中に生命や自由があるのか(幸福追求権説)。つまりその「生命」は単なる法益なのか。それとも、生命に対する権利、自由に対する権利、幸福追求に対する権利という3種の権利を規定するものなのか。

(2) それらの争点についての結論

すでに別稿²⁾にて論証したように、憲法13条を抽象的な包括的権利を定めるとか、人権の一般的原則を定める一般条項だと理解は、①憲法の文理解釈、②論理的・体系的解釈からも、また③比較法的な検討からも、歪んだ独自のものである、といわざるをえない。さらにそこには、④20世紀前半の2度にわたる世界大戦やファシズムによる惨禍や暴虐への反省に立って戦後確立されていく人間の尊厳や生命権といった現代の人権、

1) 本稿は、2022年11月2日長崎県弁護士会死刑問題学習会にて講演した原稿に当日の質疑応答を踏まえ大幅に加筆したものである。

2) 生田勝義「死刑と生命権についての一考察」立命館法学第360号(2015年)1頁-32頁、特に3頁-8頁、同「死刑と生命権(再論)」立命館法学第365号(2016年)110頁-141頁、特に112頁-128頁、同「死刑を克服するための羅針盤」立命館法学第379号(2018年)46頁-80頁、特に53頁-57頁、を参照のこと。なお、本稿はそれらの論考をベースにして発展させたものであるため、あわせお読みいただきたい。

その嚆矢となったのが日本国憲法であることへの認識の弱さが見てとれる。

2 最大判昭和23年の先進性と限界

(1) 先進性

最大判昭和23年は、憲法13条が上述したように新しい戦後的価値・現代的人権に拠って立つものであることを理解できている。たとえば、「尊厳な人間存在」という形で「人間の尊厳」との関係、また「生命がその根元であること」、さらには「個人として尊重せられ」ることと「生命に対する国民の権利」とを結び付けていること、特筆すべきは「生命」を単なる法益とするのではなく「権利」であることを明言し、かつその生命権から論証を始め展開していることである。しかも、「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」とする。まさに「最大の尊重を必要とする」とされているからこそ、憲法13条の公共の福祉は、憲法22条等とは異なり、人権相互の内在的制約原理と解すべきなのである。

これらの点は、生命権を独立した基本的人権の1つとしては認めない戦前からの高名な憲法学者を含む多くの憲法学者の憲法理解に比べるとはるかに優れたものというべきである。今日、それらの点を発展させる理論展開が望まれる。

(2) 限界

その後70有余年にわたり死刑合憲論を支え続けることになる公共の福祉論と憲法31条反対解釈論に今日では時代遅れというべき問題が残された。今日、それらを克服する理論展開が望まれる。

3 生命に対する権利(生命権)とは何か

(1) 生命権の質的な特徴

1) 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。この意味で生命権は現代的人権である。

2) 自由や幸福追求権などの人格権は生命権を土台・基礎にして成り立つものだから、それらを根拠にして生命に対する処分権を主張することは自己矛盾であり、できない。

3) 死刑が誤判の場合に取り返しがつかないのは、それがあらゆる権利・自由の根元にある生命を剥奪するものだからである。自由刑などの誤判とは質の違いがある。

4) 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。本人でも「自由」に放棄できない生命を社会契約によって放棄することはできない。

5) 生命が単なる「法益」であるのと「生命権」であるのとでは大きな違いがある。生命権は、基本的人権であり「立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする」ものであるから、権利や法益の相互衡量において最高に優先されることになる。また、生命権というだけで違憲立法審査の対象となりうる。

(2) 生命権と死刑との緊張関係

1) この緊張関係を条文に明記するのが1966年に作られた国際自由権規約6条(生命に対する権利及び死刑)である。重要なのは同条6項で「この条のいかなる規定も、この規約の締結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。」としている。この規約を日本も批准し、「締約国」になっている。その第6条を受け1989年には死刑廃止条約(「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」)

が採択される(2022年4月現在、署名国は40か国、締約国は90か国。日本は未署名)。戦時特例の存続を例外として認める。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。

2) 1950年の欧州人権条約に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議定書において死刑の全廃を定めるに至る。これは死刑廃止条約を大きく進めたものである。1998年採択の国際刑事裁判所に関するローマ規程は、人道に対する罪などのきわめて重い犯罪に対する刑罰としても最高刑を死刑でなく終身刑としている。補完性の原則があるからではあるが、日本も2007年承認した。

3) 生命権保障のためには死刑廃止が必要だ³⁾との世界的な流れが見てとれる。

4 最大判昭和23年の「公共の福祉」論は今日でも通用するのか

(1) その内容

「もし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。その公共の福祉として挙げられているのが、①威嚇力と一般予防、②犯罪者淘汰による特別予防、③功利目的としての社会防衛、④応報の相当性である。根本的な法的許容根拠としての「社会公共の福祉」は①～④の要件により支えられている。それらの問題性については改めて後述する。

3) 日本国憲法についても憲法13条の「生命」を生命権と捉え、しかも死刑が違憲だと明言するものとして、菊田幸一『新版死刑廃止を考える』(岩波ブックレット、2021年)38頁参照。

(2) 時代による「進化」が「公共の福祉」に影響することを認めているか。

1) 法廷意見には「死刑の制度及びその運用は、……変遷があり、流転があり、進化が遂げられてきた」とあることに加え、「多数の文化国家」と同様であることが公共の福祉に反しないことの1つの理由にされている。多数の文化国家が死刑を廃止すれば死刑存置を許容する理由がひとつなくなるわけである。また、「補充意見」では、死刑が残虐な刑罰かの判断基準を「国民感情」に求めるという重大問題がある⁴⁾のだが、「国家の文化が高度に発達して……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じない時代に達したならば」とあるように「公共の福祉の内容」が時代の進化により変化することを認めるものといえよう。

2) 公共の福祉の内容の捉え方について現に最高裁判例が大きく変化しているものもある。永山事件最高裁昭和58年7月8日判決(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。ここでは、最大判昭和23年にあった特別予防の見地が後景に退いている。抑止刑論(「一般予防の見地」)を前提にするジャスティス・モデル(「罪刑の均衡の見地」)の影響を受けたものといえよう。その後の判例に見られる、行為責任重視の「公平性の確保の観点」もその流れにあるといえる。

4) 「国民感情」問題については、生田勝義・前掲論文「死刑と生命権についての一考察」25頁-32頁、同・前掲論文「死刑と生命権(再論)」134頁-139頁、等を参照のこと。

5 最大判昭和23年の憲法31条「反対解釈論」とそれへの批判

(1) 法廷意見の「反対解釈論」とそれへの批判

法廷意見では、憲法13条の検討から始めて、「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。」とされている。しかしながらそれによつても、死刑が「適理」つまり「適正」でないことになれば、「反対解釈」は成り立たないことになる。なぜなら、死刑が残虐な刑罰であれば当然のこと、そうでなく死刑が残虐な刑罰でなくとも憲法13条の個人の尊厳や生命権に反し適正でないとなれば、死刑は憲法13条および同31条に反し違憲となるからである。法廷意見は、憲法13条の検討から論証を始めることによつてその可能性を論理的に持ち得ていたにも関わらず、その可能性を公共の福祉論によつてつぶしてしまったのである。

ちなみに、国際自由権規約6条(生命に対する権利及び死刑)も、同7条(拷問又は残虐な刑罰の禁止)とは独立したものとして規定されていること、また第2選択議定書であるいわゆる死刑廃止条約もその第6条を「想起」し「留意」しての選択議定書であり、第7条のそれでないことに注意すべきであろう。要するに、死刑は残虐な刑罰か否かにかかわらず、生命権に反するから禁止するというわけである。

国際人権法の流れは人間の尊厳と生命権に死刑廃止の根拠を求めている。ところが、日本では、死刑違憲論の目は残虐な刑罰を禁止する憲法36条に向きがちである。それはなぜなのであろうか。米国追随政治の影響なのであろうか。米国には憲法修正第5条の「正当な法の手続によらなければ生命……を奪われない」や第8条の「残虐で異常な刑罰」の禁止はあるが、それらに加えて「人間の尊厳」や「生命権」を明記する条項がない。

そのことから、国際人権法とは違った道をたどるのもやむを得ない面もある⁵⁾。しかし、日本の憲法は米国と違う構造をとっている。戦後価値である人間の尊厳や生命権について世界に先駆けて明記したのが日本国憲法であることを忘れてはなるまい。

(2) 補充意見の「反対解釈論」とそれへの批判

補充意見では、法廷意見とは異なり死刑は憲法36条(残虐な刑罰の禁止)に反し違憲だとの弁護人上告趣意に直接答える形をとり、「死刑が当然に残虐な刑罰であるとすれば、憲法は他の規定で死刑の存置を認めるわけではない」と断定している。憲法31条が「他の規定」だと同じく断定できるのであれば、そのような憲法31条の反面解釈は妥当しよう。しかしながら、①「憲法31条の反面解釈によると、……刑罰として死刑を科しうることが窺われる」と後退しているのは、死刑が残虐な刑罰でなくとも適正でない場合がありうることを暗に認めているからではないか。②残虐な刑罰に当らない死刑についてもそれが適正な刑罰かの検討は上記したように憲法31条により必要となるのである。裁判官井上登の意見になると、「第三十一条に『生命』と云う字を入れる必要はないのみならず却つてこれを入れてはいけない筈」とまで短絡化・一面化される。憲法31条は死刑を認めていると解しないと意味がないと一方的に結論するのはあまりにも短絡的だといわざるをえないであろう。

(3) 法廷意見・反対意見に共通する批判

両意見とも、国家による生命剥奪の可否が問題になるのは死刑以外にもあることを見逃したものといわざるをえまい。国家による緊急時の行為により人を殺害せざるを得ない場合につきその許容要件を定める法規定が存在すること、それが適正な法律によるものであるかの検証が必要になるこ

5) 「人間の尊厳」についてであるが米国での問題状況を指摘する Dirk van Zyl Smit / Catherine Appleton, *Life Imprisonment; A Global Human Rights Analysis*, Harvard University Press, 2019. pp. 300-301 を紹介する生田勝義「『終身刑』論と刑法のあり方(1)」立命館法学第391号(2020年)126頁参照。

とを明らかに看過したものというべきである。たとえば、警察官職務執行法にある警察官による銃器使用の危害要件が代表例であろう。また、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)第2項にも次のような規定がある。「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えない。

(4) 補論：憲法31条の射程

周知のことであるが、憲法31条の「法律の定める手続き」は、「適正」なものでなければならないこと、また、刑事手続きだけでなく実体刑法や行政法などによる強制処分にも及ぶことに留意する必要がある。

6 死刑により凶悪犯罪を予防できるか

(1) 威嚇力と消極的一般予防

死刑が持つ凶悪犯罪抑止への威嚇力や消極的一般予防力には否定的な研究が多い。死刑を肯定する論拠とするにはそれらの証明責任は死刑存置派にあるというべきである。さらに、この根拠論には「人間を馬や牛と同じに扱う」との批判が古くからある。理論的には決着済みといってよい。少し考えればわかることだが、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、最近では死刑になりたいとか拡大自殺を考える者、に死刑は抑止力たりえない。

(2) 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、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ても過言ではない。しかしながら、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あれば、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すか否かにつき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つも必要なのはなぜか。

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(同胞意識がある)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。人間はそのような類的存在(「共存在」といってもよい。)であるからこそ、種として存続できているわけである。同類(同胞)を殺害することへの忌避感、恐怖感、嫌悪感はそこからくる。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とか敵だとか(人間でない)異物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、他者を悪魔だと信じるような狂信的な確信犯においても同じことがいえる。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はいないか。

上述した、同類を殺害することに対する忌避感等は他方において、殺害者は同類に侵入し同類の存在を危うくする危険な異物であると捉え排除しなければならぬとの意識を生み出すことにもなりうる。加害者バッシングがその家族にまで及ぶこともあるのは、家族も加害者の同類だとする意識があるからであろう。もっとも、敵だと信じていたのに実際に生身の人間を殺してみると、その人も自分と同じ人間であることに気づき吐き気を

催したりトラウマに陥ることも往々にしてある。それはベトナム戦争などの帰還兵の語るところからも明らかであろう。それほど、類的意識は強烈なのである。

次のような死刑肯定論がある。

「死刑は、人間が『共存在』であることを法の力(強制力)をもって想起させる唯一の社会制度にほかならない。殺人者が他人を殺める前に死刑を想起するならば、他人の死が自分の死と重なる。それを知る限り、自分の生が他人の生とともにあることを知ることになる。⁶⁾」と。

しかしながら、人間は何も「死刑を想起」しなくとも、「共存在」であることにおいて自分の中に他人を他人の中に自分を感じ認識するものなのではないか。そのことにおいて他人を殺すことを自分を殺すことと感じ、自己保存欲求と同じ欲求として人を殺せないのではないか。またそれゆえ、自分の命は他人の命でもあるのだから自分の責任を取るために自殺するというのは自分の中にある他人を殺すことになる。だから自殺は許されない。一個人を殺すことはその個人の中にあるそれ以外の共存在する人々をも殺すことになる。それゆえ、凶悪犯人だからといってその人を死刑で殺すことは彼の中にあるその他の人々をも殺すことになる。それゆえ、人間の「共存在」からすると死刑は許されない、というべきなのではなかろうか。

生命侵害を予防するには、死刑というよりむしろ、人々が「人間であること自体」, 「生命主体であること自体」において同類と意識できる人間関係(それは「生命権という人権の普遍性」を認め、意識できる人間関係である。)を確立し、その範囲を広げることこそが肝要なのである。世界人権宣言1条にも「人間は理性と良心を授けられており、互いに同胞の精神をもって行動しなければならない。」とある。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絶対的終身刑を用いることは、社会の中には同類

6) 森炎『死刑肯定論』(ちくま新書, 2015年) 71頁。

(同胞) でない人間がいることを認めることになってしまう。「象徴的死刑」にも同じ問題がある。それゆえそれは、不要なばかりか、かえって有害にもなりうるのである。

上記の死刑肯定論では、人を殺害することが共存存在に反することを知らしめるために死刑が必要だというのであるが、① それでは正義の名においてなされる合法的な死刑の執行になぜ3つもボタンが必要なのであろうか。ここには殺される恐怖にさらされなくとも人間の共存存在であることからくる「共苦」に圧倒される例が見られる。共存存在であることを想起させるのに死刑である必要はない。今日の等価的応報刑論は「殺人は死刑だ」との単純な同害報復を否定する。他の刑罰ではなぜだめなのか。また、② 特異な思想・信条にマインド・コントロールされた確信犯は人間を共存存在だとは考えずに敵とか異物と考えて殺害することが多い。このような確信犯に死刑は馬耳東風であり、死刑の対置(現実には威嚇である。)により共存存在を想起させることは難しい。同じことは、「死刑になりたい」と考えて殺人を犯す者にもいえるのではなかろうか。上述したように死刑に凶悪犯罪の抑止力があるのかという問題もある。死刑で共存存在を想起させるというのは周りの者の自己満足にすぎまい。③ なすべきはマインド・コントロールを解きほぐすことであり、また事前にそのような心的状態に陥らずに済む手立てなのではなかろうか。基本となるのは「同類」、「共存存在」、「同胞」と意識できる社会関係を広げることである。「家族が殺されても死刑に反対なのか」との言説に潜む同胞意識の狭さ。そこには家族と家族以外の人を区別し差別する意識が残っていないか。家族以外だと殺されてもよいのではなく、少なくとも人間だから同胞であり殺されてはならないのだとの意識を多くの人々がもてる社会にするということである。そのためには死刑があってはならないのである。

(3) 特別予防

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難しさ、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

を持ちこみ、「生きる価値のない生命」を認めることにならないか、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は人間を社会防衛の「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。

7 応報はどうか

(1) 応報の内容

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刑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。また、近代刑法原則である罪刑均衡を応報としてとらえることは可能である。

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(⇒「絶対的応報」)でなく等価的応報(⇒「相対的応報」)として捉えるべきである。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。

今日でも死刑存置論からは「死んで償ってくれ。せめて自分の命をもって責任をとってくれ」との遺族の訴えが根拠とされる⁷⁾ことがあるのだが、素朴な同害報復感情だけで公刑罰を論じることが果たしてできるのか疑問がある。また、応報刑論からしても、応報は悪に対する悪反動であることにおいて正とされるものなのであるから、それと被害者の復讐権や報復権とは区別されるべきであろう。ところで、応報がそのようなものとされることから、それは<『生きるに値する』とか『値しない』といった価値判断に基づくものではない>として、死刑は「生きる価値のない生命」

7) 犯罪被害者支援弁護士フォーラム『死刑賛成弁護士』(文春新書、2020年)28頁、30頁など参照。

を認めてしまうものだとする見解⁸⁾を批判するものも見られる。しかしながら、後述するヘーゲルが喝破したように、等価的応報が折々の市民の意識状況により変化することは事実として認めざるをえない。その意識が「価値判断」を含まないというのは事実を無視する空想であるといわざるをえないだろう。「相対的応報」という用語がその価値判断性を見えなくしているのかもしれない。最近では応報刑論にも実は「目的」があるという理解が刑罰理論で進みつつある⁹⁾。

(2) 等価的応報の問題

もっとも等価性の判断規準については、価値判断につきものの不安定さ、時間的空間的な流動性という問題を抱えることにならざるを得ない。応報刑論に立つヘーゲルも

「市民社会にとっての危険性ということが、犯罪の大きさの一規定でもあるし、また犯罪の質的諸規定の一つでもあるのである。ところがこの質にせよ大きさにせよ、市民社会の状態に応じて変わるものであり、状態いかによっては、二、三銭の窃盗ないしは一株の蕪(かぶら)の盗みに死刑が科せられることも是認されるし、こうした有価物の百数倍にもなる窃盗に軽い刑が科せられることも是認される。¹⁰⁾」とする。

したがって、その恣意性を誰の負担でカバーするかという課題が出てくる。

犯罪の社会侵害性に対し社会の側からする刑罰が等価関係に立つことができるには何が必要か。社会の側からする刑罰は、リンチ(私刑)ではなく公刑罰であり、かつ正義でなければならない。そして正義であるためには、少なくとも社会の側に社会の有り様についての公権力としての道徳的

8) 生田勝義・前掲論文「死刑を克服するための羅針盤」50頁-53頁等参照のこと。

9) 中村悠人「犯罪体系と刑罰論の関係から見た不法と責任」犯罪と刑罰(刑法読書会、2021年)108頁-109頁参照。

10) ヘーゲル著/藤野渉・赤沢正敏訳『法の哲学Ⅱ』(中央公論新社、2001年)§218、161頁。

責務が果たされていなければならない。刑罰権力がそのような責務が果たされているかについての自己省察なしに上から目線で犯罪者の自己責任だけを問うことは公平でなく正義でない。

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。けれどもそれでは、「一人の生命は全地球より重い」とか、戦後的な人間の尊厳思想を踏まえた「尊厳な人間存在の根元をなす生命」とかの言明と矛盾するといわざるをえまい。さらに今日的には、常態にある個人を全体のために犠牲にし抹殺してよいとの考えは、憲法13条の「個人として尊重される」に反するものというべき¹¹⁾である。共存であるという社会的事実を「想起させるため」に共存を構成する一個人を抹殺するのも同様であろう。死刑は生命権を制約する公共の福祉を構成する応報の相当性にも欠けるといわざるをえまい。

8 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(火あぶり、磔など)に求めている。

しかし、生命はあらゆる希望や幸福の土台をなす。加えて、生きるようにできているから生きようとするのが人間なのである。自殺を決意した人でもいざとなるとなかなか実行できずためらい傷を残すなどはその例証である。それゆえ、死に対して最大限の抵抗をするのは当然である。それにもかかわらず、死刑は無理やり生命を奪う。「文化国家」の水準からはそのことだけでも「残虐」に当たるといふべきではないか。また、人に対す

11) 同旨、大谷實「巻頭言」『死刑制度論の今——基礎理論と情勢の8つの洞察』(判例時報社、2022年)9頁-10頁参照。法理論としては大きな前進であるが、同論文では、「国民の応報感情と世論」の状況を慮って、違憲とまでは言わず、「あるべき施策」とするにとどまっている(同上・9頁-11頁参照)のは理論と政治は別だということであろうか。

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。今日では、何物にも代えがたい人権である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。

さらに、死刑は激しい苦痛を与えるからという理由で残虐なのではない。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、「罪を悔い改めた真人間」に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はないのか。それとも、これは単に残酷なのであって残虐ではないと強弁するのであろうか。いずれにせよ、それらを等価的応報だとか「共存在を想起させるため」だということで正当化できるのであろうか。少なくとも、生命権を制約する「公共の福祉」の一部をなす「応報の相当性」はない、それ故また適正ではなく憲法31条違反にもなるといわざるをえないのではなかろうか。

9 「現場処刑」論への批判

死刑廃止に反対する論拠に「現場処刑」論がある。すなわち、<死刑を廃止した欧米では現場射殺という形での現場処刑があり、その威嚇力による抑止力や応報感情の満足がある。だから、死刑があるのと同じなのだ。現場処刑のない日本で死刑を廃止すれば凶悪犯罪の抑止や被害・応報感情の癒しができなくなる。>と。果たしてそうなのだろうか。

(1) 緊急行為による殺害と死刑との違い

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。

前者には、生命体生命の衝突が現実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」＝法秩序との常態における衝突である。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。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。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(古くから、『緊急は法を持たない』といわれる)。人権相互の内在的制約原理としての公共の福祉がここでは妥当する。しかし、そのような関係は死刑との間にはない。しかも、死刑の凶悪犯罪抑止力には合理的な疑いがぬぐえない。ありうるのは過去のことへの復讐や報復であろう。しかし、それが公刑罰の根拠たりうるのだろうか。

(2) 「現場射殺」は処刑なのか

「現場射殺」は逮捕時の緊急な行為(たとえば前掲した欧州人権条約(1953年発効)の第2条<生命に対する権利>第2項「生命の剥奪」を見よ。)であり、平常時での計画的な死刑執行とは異なる。「現場射殺」は上述した正当防衛や緊急避難と同様に「緊急は法を持たない」の一例と考えられる。「現場処刑」論はこの点を看過した議論であり、誤りである。

死刑を廃止していない国・地域でも「現場射殺」は行われている。それらは逮捕行為に必要な武器使用の失敗例だともいえようが許されることも多い。日本では、一般的に銃器などの武器に対する規制がかなり厳しい。それに対し、一般人の銃器所持が比較的緩い条件で認められる国(典型は米国)では、銃器使用による危険への対応が緩く認められるといつてよい。米国では、警官だけでなく一般人にも銃器使用が緩く認められている。

10 「被害者の権利」論について

死刑存置論に大きな影響を及ぼしている「被害感情への配慮」論は、被害者運動によって唱道され多くの賛同を得るに至った「被害者の権利」論と関連している¹²⁾。

(1) 「被害者の権利」論の問題性

被害者個人のための厳罰感情への対応は本来であれば社会政策やあるいは被害者対加害者の私的関係として民事法の管轄となるはずであった。ところが現実には、国家刑罰対犯罪者という関係での厳罰化につながるという歪みをもたらしてしまった。

そのような歪みの基本にあったのが、従来多くの刑法観や理論に見られた犯罪観の一面性・狭隘性である。その一面性・狭隘性は、第1に、犯罪を私事化して社会的問題から切り離してしまうことに、第2は逆に、犯罪を公的レベルの存在であり被害者とは関係のないものとする理解に、現れた。それらのことが被害感情に依拠する厳罰化を理論的に許してしまったとあってよい。

刑法理論上の問題としては、その主な原因は従来¹³⁾の法益論がもつ狭隘さにあったというべきであろう。従来¹⁴⁾の法益論からすると、刑法上の殺人罪の保護法益は個々人の生命であり、民法上の不法行為のそれも同じく個々人の生命である。「個人的法益」に対する侵害行為については犯罪と不法行為とでその不法において違いはない。

そこからくる弱点は、端的に言えば犯罪を私事化してしまったことにある。殺人のもつ社会侵害性でなく個人の生命という単なる個人的法益の侵害を犯罪とするのであれば、刑罰は個人の私的な損害を埋め合わせるための制裁になってしまう。刑罰の私事化(Privatization)とあってよい。公

12) この問題についての詳論は生田勝義『『終身刑』論と刑法のあり方(2・完)』立命館法学第392号(2021年)19頁-32頁参照のこと。

刑罰は被害者による復讐(権)を公権力が代わって果たすにすぎないもの(公刑罰による私的復讐権の代行)とされてしまう¹³⁾。この点の問題性についてはつとにヘーゲルが『法の哲学』§102において次のように指摘していた。

「復讐は一つの特殊の意志の肯定的な行為であるということによって、復讐は一つの新たな侵害となる。それはこうした矛盾として無限な過程のなかにおちいり、はてしなく代々つたわってゆく。……犯罪が『公的犯罪』(crimina publica)としてではなく、『私的犯罪』(crimina privata)として……追及され、かつ処罰されるばあいには、刑罰はすくなくともまだ一部分、復讐の性質を帯びている。¹⁴⁾」と。

(2) 「被害者の権利」と社会侵害性

1) 一人の生命に対する侵害が同時に社会を侵害

犯罪は単に個人を侵害する行為なのではなく、社会侵害行為でなければならない。犯罪にある社会侵害性が犯罪を民事上の不法、つまり私事における不法と区別する。社会侵害行為に対し社会を回復・防衛するための制裁であることにおいて刑罰は、私人間における私的損害につき負担の公平をはかる損害賠償とは異なる。ここにおいて、犯罪と刑罰が「公的次元のもの」であることが明らかになる¹⁵⁾。また、刑罰権が合法的に人を生殺与奪できるという強大な権力まで持ち得てきた理由が明らかになる。さらには、刑罰権力の強大さということからその権力と対峙させられる容疑者な

13) 相対的応報刑論をベースにしながら「私的復讐権・報復権の公刑罰による代行」という論理によって死刑を肯定する森炎・前掲書『死刑肯定論』111頁-130頁参照。しかしながら近代法では、私的復讐権は権力により剥奪されたのではなく人権主体同士の約束によって公権力の公的刑罰へと譲渡・放棄されたものであり、公刑罰は復讐や報復でなく約束により作られた社会を守るための新たな公的正義になったのだと解すべきであろう。

14) ヘーゲル著/藤野渉・赤沢正敏訳『法の哲学Ⅰ』(中央公論新社、2001年)284頁-285頁。

15) 最近の論考で犯罪の法的性質につきこのレベルで同旨なものに、井田良『死刑制度と刑罰理論——死刑はなぜ問題なのか』(岩波書店、2022年)166頁参照。

どの人権保障の重要性が帰結される。

そのような言明に対して、「社会侵害ということでは被害者個人の利益は軽視されている」とか「刑法は加害者の人権は擁護するが被害者の人権は軽視している」とかの批判のなされることがある。これは上記した第2の弱点にかかわるものである。

しかし、社会侵害性論は本来、人々が自らの人権を守るために社会をつくりそれを管理するための政府(国家)・法を作ったのだとする社会・国家観に立つものなのである。そこから、この社会侵害性論は被害者の人権を重視しそれを基礎に社会を捉えるものになる。なぜ殺人罪が社会侵害行為であるとされるのか。それは、①被害者個人の生命のなかに社会を構成するすべての人と同じ生命という普遍的価値のあることを認めているからであり、また、②一人の生命であってもそれを侵害することは社会を作った意味を台無しにしてしまうことだとするからである。一人の生命の侵害によって同時に社会が侵害されるということには、それら①と②の両者の意味が含まれている。個々人が享受する生命権は諸人権の根元をなすものであるとともに、生命権にある普遍性はその侵害をして根元的な社会侵害性をもたらすのである。すなわちそこでは、死刑を合憲とした最高裁昭和23年大法廷判決と異なり、「個体に対する人道観」が「全体に対する人道観」と統一されているのである。

2) 社会侵害性と一般性・普遍性・特殊性

このようにして社会侵害性とは、社会構成員すべての人権を侵害する性質があるということの意味する。このことの重要性は、刑法を被害者対行為者という狭い2項対立で捉えがちな傾向にある最近の「被害者の権利」論に対する反省の中から改めて自覚されるようになってきている。侵害が犯罪とされ刑法によって保護される「社会」はここでは一般性・普遍性、ヘーゲルの言う Das Allgemeine のレベルで捉えられる¹⁶⁾。注意すべきは、こ

16) 近代ブルジョア法の本質的構造を解剖して見せたヘーゲルの社会論や犯罪論については生田勝義・前掲論文「『終身刑』論と刑法のあり方(2・完)」24頁-30頁参照のこと。

れはまさに、特殊性の中に普遍性があり、普遍性の中に特殊性があるという関係だということである。一般性・普遍性は個別的な特殊性を包摂しているのである。

おわりに

本稿で重点的に行ったのは、① 最高裁大法廷昭和23年死刑合憲判決の内面的批判によるその先進性と限界の解明、②「憲法31条反対解釈による死刑合憲」論に対する従来の批判の改訂および③ これまでの拙稿で検討できていなかった「共存論による死刑肯定」論の批判的検討、であるが、その他の論点についても適宜補充した。従来の私見をベースにしたものではあるが、憲法13条の生命権から改めて死刑の違憲性を問う論考としてブラッシュアップできたのではないかと思う。

今、死刑問題に必要なのは感情を昇華する理性的な対応である。そのような対応を社会的に可能にするのは相互リスペクト¹⁷⁾による信頼に基づく連帯と包容の人間関係の広がりであろう。人間とチンパンジーとを分かち「想像する力¹⁸⁾」がそれを可能とする。死刑廃止は人間らしい社会の在り方を追求する課題の一環なのである。

17) FIFA・W杯日本代表の森保一監督は語った。「サッカーというスポーツは、ルールがあるなかでお互いを高め合っていきます。対戦相手、審判、観客、サポーターをすべてリスペクトします。そんな姿から、争うのではなく、競い合うことの意義を感じとってほしい。」(朝日新聞(夕刊)大阪本社2022年8月19日4版6面)と。

18) 元京大霊長類研究所の松沢哲郎『想像するちから——チンパンジーが教えてくれた人間の心』(岩波書店、2011年)参照のこと。