

死刑存置論と死刑廃止論

小川賢治

要 旨

近代社会では人権を守ることは最も基本的な重要な事項であり、国家も人権を遵守することが求められる。よって、他人を殺害した人物に対して国家が死刑を適用するなら、国家自体が人権を否定していることになるので、死刑制度を維持することに正当性はない。「公共の福祉」という概念も、その目的は人権を守ることなので、「公共の福祉」を理由にして死刑をおこなうことは人権を否定することであり、自己矛盾となる。

また、多くの人が思い込んでいるのとは異なって、死刑制度に犯罪抑止力はない。

被害者遺族の感情は、死刑について考える際の重要な問題である。が、死刑を執行することに関しては、被害者感情以外に考慮すべきことが多くあるので、被害者感情のみを重視して死刑を当然視することは正しくない。

刑罰の目的は、社会の秩序を維持すること、また将来の同種の犯罪を防止することである。加害者を罰するのは、その目的のためであって、被害者のために敵討ちをすることではない。死刑は、被害者遺族の感情を慰撫することができるかもしれないが、刑罰の最大の目的である社会の秩序の維持と将来の同種の犯罪の防止のためには、死刑は適切とは言えない。

はじめに

凶悪な犯罪に対して死刑判決が出されることは日本では当然のことと考
えられている。特に、殺された人の遺族の感情を考えれば、死刑はあまり
にも当然であると考えられることが普通である。しかし、多面的に考える

ならば、凶悪犯罪だから死刑に処する、という考えにはあまり根拠がないことが分かる。本稿ではその問題について、菊田幸一と井田良の所説を紹介しながら検討を加える。両者とも、問題の多くの側面を多面的に検討すると死刑存置論には根拠がないことが明らかになると述べている。

注：日本における死刑を基本的人権の観点から見ると、基本的人権に関する日本政府の認識を総体的に見て、その中で死刑がいかに位置づけられているかを知る必要がある。そうすることによって、死刑をいかに認識するかについて、より適切な判断ができるものと思われる。筆者の「日本政府の基本的人権に関する認識…国連人権規約委員会による質問への回答から」（『人間文化研究』（京都先端科学大学人間文化学会）第49号，2022年12月）を参照されたい。

補注：本稿を脱稿する直前の2024年1月25日に京都地方裁判所で、京都アニメーション放火殺人事件の判決が出され、被告に死刑判決が下された。この判決について検討する必要があるが、今は時間がないので、他日を期したい。

第 I 部

菊田幸一は、死刑制度を存立させる根拠は存在しないという。以下、菊田の所説を紹介する。

人権と死刑

まず、死刑を人権の概念との関わりで考えることができる。

近代社会では絶対普遍である人間の権利という観点から考えた場合、死刑制度を支持する根拠はない。死刑を行うことは、あらゆる権利の前提となる人間の命を奪うことなので、権利を全否定するものである。犯罪者が他人の権利を否定したとしても、国家が自ら、その上塗りをして、その権利を否定してはならない、と菊田は言う。

「…人間のもつ名誉や尊厳のすべてを完全に払拭した死刑を維持させて

いる。」「国家に許される刑罰は、あくまでも人間の権利のなかで行われるべきであって、凶悪な犯罪者が人間の権利をこえたことを根拠に、その犯罪者よりも品位を落としてまで国家が人を殺すことは、もうやめて欲しい。」(菊田, p.iv)(以下、「菊田」は省略して頁数のみを示す)。

「権利」があらゆる物事の基礎に存在しているのであり、死刑を初めとする刑罰についても、権利を前提に、その範囲の中で考えなければならない、ということである。

人権と公共の福祉

死刑否定派は、死刑の執行に関して、人権の観点からそれを否定するが、それに対して死刑肯定派は、「公共の福祉」が死刑囚の人権を上回ると言う。しかし、「公共の福祉」はそもそも、人権を守るための概念であるので、菊田は、「公共の福祉」によって死刑制度を容認することには根拠がないという。

最高裁は、「…生命に対する国民の権利といえども「公共の福祉」という基本原則に反する場合には、立法上制限ないし剥奪されることを当然予想している」(1948年3月12日, 最高裁大法廷)とした。果たして公共の福祉の名のもとに人間の生命を奪うことが国家に許されるのか。(18)。

そして菊田は、木村亀二の主張を紹介する(『刑法の基本概念』、『死刑論』)。「憲法は国民の生命権を基本的人権として保障し、国民を個人として尊重するとしている。その個人を死刑にすることで尊重するということは、あり得ないのであるから、憲法第13条は、死刑を肯定したものではないことになる。しかし、生命権の保障といっても、それは無制限ではないとすれば、その限界は、第13条の後段をどう解釈するかにかかっている。その後段によれば、公共の福祉に反しない限り国民の生命権は最大限に保障するとある。」「問題なのは、基本的人権としての永久不可侵たる生命権に対し、公共の福祉がいかなる限度で関与し得るかである。」(18)。

「憲法は、その第11条および第97条において、憲法が国民に保障する

「基本的人権は、侵すことのできない永久の権利」であるとして、その剥奪不可能を宣言している。」(19)。「最高裁判決は、いみじくも「一人の生命は全地球よりも重い」との名文句を冠せた…。その基本原理は、一人の生命は多数の幸福のために犠牲になるものではないとする個人主義的世界観を鮮明にしたものである。」(21)と菊田は言う。

「公共の福祉」の前提となる「福祉」は何のために存在する概念であるかという問題に遡って考えると、「公共の福祉」は元来、人権の保障を目的とするものであるので、福祉を理由に人命を奪うことはできないことになる。

「福祉主義にもとづく国家の介入は、「人権の実質的な保障を限度として生まれてきたものであって」(22)、「公共の福祉が介入できる限度は、基本的人権の侵害に対する外的排除までである。」(23)。

注：日本国憲法第13条「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。」

第11条「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与えられる。」

第97条「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であって、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。」

罪刑法定主義と死刑の容認

憲法第31条は、「何人も、法律の定める手続きによらなければ、その生命もしくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない」と規定している。これを反対解釈すれば、法律で規定すれば国家は人の生命を剥奪で

きるととれる。本条文は死刑合憲論のもっとも有力な根拠となっている。」(23)という点が問題となる。

しかし、木村亀二は「第31条は「かりに死刑が認められるとしても、それは法律をもって規定する」という単に罪刑法定主義の原則を表明したものの」(24)であり、死刑が認められない限り、法律で定めたからと言って執行できない、と述べる。

残虐な刑罰と死刑

日本国憲法は第36条で「残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる」と明記しているので、死刑が残虐な刑罰であるかどうかの問題となる。最高裁の主流の意見は、死刑は残虐な刑罰に当たらないというものである(「死刑制度は憲法第36条で禁止された「残虐な刑罰」には該当せず、合憲である」(最高裁(1948年3月12日大法廷判決)。この意見に対して次のような補足意見がある。

「最高裁(1948年3月12日大法廷判決)」の補足意見でも「憲法は、その制定当時における国民感情を反映して右のような規定を設けたにとどまり、死刑を永久に是認したものととは考えられない。」(26)。

また、「1993年9月10日、最高裁第三小法廷の大野正男裁判官は死刑事件の補足意見で、「死刑制度は、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注目しなければならない」とし、国際的な動き、再審無罪の発生、死刑判決の厳格な適用から、なおいっそうの死刑適用の限定的適用に言及した。」

菊田は言う。「なにが残虐な刑罰かについての基準というものはない。」(27)。「死刑は、見せしめとしての残虐な処刑の方法から単純な処刑へと変遷してきた。」(28)。そうであるとする、以前は残虐とは考えられなかった刑罰が、後の時代には残虐と判断されることになりうる。

絞首刑について

死刑が残虐かどうかを考えるに当たって、現在わが国で採用されている

絞首刑という方法について、その方法が残虐であるかどうかを考えることが行われている。

「前記の最高裁判例では「将来も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が制定されたなら、その法律こそ憲法第36条に違反する…」とした。この判決の基本的問題点は、現行の処刑方法が残虐かどうかについては、なんら判断していない」点であると菊田は言う(28)。

「1948年6月30日の最高裁大法廷判決…では、「不必要な精神的・肉体的苦痛を内容とする人道上残虐と認められる刑罰」は避けるべきであるとする…。ところが、「1955年4月6日の大法廷判決(帝銀事件)では、「…現在各国において採用している死刑執行方法は絞殺、惨殺、銃殺、電気殺、ガス殺等であるが、…現在わが国の採用している絞首方法が他の方法と比較してとくに人道上残虐であるとする理由はみとめられない」としている。しかし、これについて菊田は、「その理由についてはなんら触れていない。」とする(29)。

さらに菊田は別の問題を指摘している。絞首刑が残酷かどうかという方法の問題と理解することは正しくなく、別の観点から考える必要性を主張し、「処刑にいたる長い確定死刑囚としての時間の経過自体が残虐そのものである」と述べる。「問題はそのようなところ(絞首という方法が残虐かどうか)にあるのではない。死刑の執行方法のいかんを問わず、受刑者に精神的な苦痛を与えることなく死刑を科すということは物理的にもあり得ない。そこでは、「不必要」とかそうでないという問題はなんの関係もない。処刑そのものもさることながら、処刑にいたる長い確定死刑囚としての時間の経過自体が残虐そのものである。」(30)と言う。

責任主義と死刑

近代の刑法理論は責任主義に基づいており、責任を問えない人による犯

罪は処罰を加えないとしている。責任を問えない人とは精神障害者や未成年者などである。

「現行刑法は、その基本原理の一つを責任主義においている。…精神障害者など責任無能力者には刑を科すことはできない。同時に責任ある犯罪者に科す刑の重さは「責任の量」だとされている。ところが、その責任の有無はともかく責任の量となると立場の相違により、責任そのものをどう考えるかによって、いろいろの意見があり困難な問題がある。」(36)。

菊田は、「死刑という刑罰が責任主義と両立するかどうかについては問題がある。」(37)と言う。「(裁判所の)死刑の宣告に際しては「被告人の罪責の重さは計り知れない」ので、止むを得ず死刑を選択したという表現が使われることがある。」(38)。しかし、死刑の場合「責任の量を「計ることができない者」という断定をしなければならないが、その(死刑適用の)合理的根拠がないのである。」(40)。(この点も含めて、菊田にとっては、死刑の「根拠たるものはすべて虚構である。死刑は虚構と不条理のうえに成り立っているというのが私のかねてからの持論である。」(50)。

執行される死刑囚の選択

死刑囚は大抵の時期に複数いるのが普通である。その複数の死刑囚のうちの誰に刑を執行するのか、その選択は簡単・自明なものではなく、恣意あるいは偶然が作用する。このことは死刑制度を堅持しようとすることに対して疑問を投げかける。

菊田は言う。複数の死刑囚がいる時、死刑を執行されやすいのは家族や支援者がなく孤立無援の者が多い。家族や支援者がいる場合は、彼らへの気を遣うことで死刑の執行を行うことを先延ばししていると思われるでもやむを得ない現実がある。

「(1959年3月26日に三人が死刑を執行されたが、)それでは、どうしてこの三人を選んだかといえば、考えられることは、三人とも家族や救援者との連絡もなく、孤立無援の者だったことである。」(6)。

死刑囚のうち、誰を、どんな順番で死刑を執行するかは運・不運で決定されている(12)。

死刑執行の責任者

死刑の執行には複数の人物が関わるが、そのことによって、彼らの内の誰も責任を感じない、あるいは、自分が死刑にしたのではないと考える傾向がある。そうであるから、死刑に処せられた者としては、誰が自分の命を奪ったのかが分からず、誰か分からない人物のせいで自分は命を奪われた、ということになってしまう。

死刑の執行は法務大臣が執行を許可することで決まる。それが死刑囚のいる拘置所長に伝えられ、彼が執行担当の係官に命じて、彼ら(3人)が刑場で執行のボタンを押す。死刑の執行にはこのような人々が関与しているが、しかし、彼らの誰も、自分が死刑囚を死刑にした当事者だという意識を持っていない(10)。

死刑の執行をするとき、「処刑に対しては、だれも自分だけの判断で処刑するのだとは思っていない。」(10)。「国が人を殺すという死刑の現実に対し、その責任をおっているのは、いったいだれなのか。だれでもない。」(12)。

死刑は犯罪抑止力となるか

一般に、死刑制度の存置に賛成する立場の人たちは、死刑制度には犯罪抑止の機能があることを挙げるが、現実にはそうなのかを考えると、そうではないことが簡単に分かる。

菊田は言う。人を殺すような犯罪を犯す者には2つの類型がある。その時の激情にかられて突発的に人を殺してしまう場合、と、計画的・冷静に行う場合である。が、「いずれの場合も殺人に死刑を科すことがその犯罪の抑止効果に結びつくとの考えは現実的でない。」(後者の理由として菊田は、計画的犯罪では犯罪は発覚しないという前提で行為していることを挙げている)

(52)。

これに対する反論として、「現実に罪を犯してしまった者についてはそうかもしれないが、死刑があるから、こんなに程度の凶悪犯に抑止されているのだという考えがある。」それに対して菊田は、「この反論は間違っている。なぜなら凶悪な犯罪を現に犯していない者は、死刑の存否とは関係なくおかしていないのである」と言う(52)。

医務官として多くの死刑囚と接触した作家の加賀乙彦は述べている。「私は145名の殺人犯について、犯行前あるいは犯行中に自分の殺人が死刑になると考えたかどうかを質問してみた。犯罪前に死刑を念頭に浮かべたものは一人もいなかった。」さらに犯行中に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名が自分の犯行が死刑になると思った、つまり死刑には威嚇力はなく、逃走を助長しただけであったと述べている(加賀『死刑囚の記録』232頁)」(53)。

「拡大自殺」と呼びうる事態が発生しうる。「むしろ死刑の存在が犯罪を誘発する。犯罪学者はこれを「拡大自殺」とよんでいる。世間に反発し、自分だけでは解決できず、自殺もできない者が人を殺すことによって死刑を願望する。」「戦後の大量殺人者として知られている小平義雄、柴田源蔵、大久保清などは、むしろ死刑があるため、連続殺人を犯したことがはっきりしている。一人を殺すよりも複数人を殺した方が裁判に時間がかかり、得をするのだ。」(54)。

「永山則夫もその著『無知の涙』のなかで「死刑というものがなかったら、後の二件は阻止できたはずである」(106頁)と述べている。死刑があるため、そのおそろしさから逃れるため第二、第三の犯罪を犯す。永山もその一人であった。」(55)。

「死刑に犯罪抑止力があるかどうかを科学的に証明しようとする努力が、

これまでも行われてきた。結論からいえば、死刑の存否と凶悪犯罪の増減には直接の因果関係はない。」(55)。アメリカで死刑存置のテキサス州と、死刑のないニューヨーク州を比較しても、凶悪犯罪発生率に差はないことを菊田は指摘している。

また菊田はセリンの研究を紹介している。セリンは、4つの仮説をもとに研究したが、いずれの仮説も論証されなかった。「かれは、アメリカでは死刑の存置州と廃止州があるところから、①他の事情が同じなら、殺人罪の頻度は死刑廃止州の方が存置州よりも高率である、②殺人罪は死刑が廃止されたときは増加し、復活すれば減少する、③死刑の執行ないし宣告された直後は、威嚇力が大きいので殺人率は低下する、④死刑存置州の警察官は廃止州のそれより安全である、とする仮説をもとに研究した結果、これらのいずれの仮説も論証されなかったことを明らかにした。」(55)。「ヨーロッパ諸国でもオランダ、スウェーデンで、死刑の廃止ないし復活の前後で顕著な殺人率の増減のないことが確認されている」(56)。

ファタは『死刑は独特の抑止力をもつか』という論文で述べている。「死刑に抑止力があるかないかという問題のたて方は正しくない、死刑は他のなものにもおき換えることができない抑止力をもつかどうかを問うのが問題のたて方であるとする。もし他の方法でおき換えることができるならば、人間の生命を絶つことは許されないことであるとする。」(57)。

被害者感情

被害者の遺族の感情は、死刑廃止論にとって最も大きな壁となる。菊田もそのことは当然認めている。「被害者感情のことを考えると死刑は止むを得ないとする意見も根強い。」(157)。

しかし、被害者遺族の感情が自明に死刑を支持すると考えてしまうのは単純に過ぎると菊田は言う。「ここで明白なことは、殺した者を殺すことでは、何の解決にもならないどころか、殺された者もうかばれないし、殺

した者も自分が処刑されることで、殺された者とその家族や社会が癒やされると考えるどころか、この世に対する恨みを抱いて不本意ながら処刑されていっているに違いない。」(159)。

この菊田の見解は菊田のもつ価値観から発して、万人に対して説得力を持つものとは言えないかもしれない。しかし、「何の解決にもならない」の部分について言えば、死刑支持派の人が、加害者が死んだことで「解決した」と思っていることに対して、それは「解決」と言えるのかという根本的な疑問を突きつけているところは重要である。「かくして殺した者を処刑することで、われわれは殺された者と殺した者の両者に対しなんの問題も処理していないことに気づかねばならない。」と菊田は言う(159)。

アメリカでは、「被害者感情は客観的に証明できないものであるから死刑判決の理由にするのは憲法修正第八条の『残虐かつ異常な刑罰』の禁止に反する」とされている(171)。

家族を殺された人たちは全てが死刑肯定派であると思われがちだが、必ずしもそうではないことを、菊田は以下のような例を挙げて述べる。

1人目に挙げられている人は、親戚が殺された事件をきっかけに、被害者の立場から死刑廃止運動に参加している杉野詳一氏である。彼は、犯人が捕まらなければ良いのにと考えていた。理由は、これまで持っていた悲しみや苦悩が、犯人が捕まって現れたことで、犯人への恨みに変わるからである。また、当然のことながら、犯人が捕まっても、殺された者が帰ってくるわけではないからである。

加害者の逮捕が遅れていることについて、「私は漠然とできることなら、このまま犯人が出てこなければいいのと思っていた。犯人は捕まり、恨みの対象があらわれることで親のこれまでの悲しみや苦悩は犯人への恨みに変わるだろう、犯人が捕まったところで彼女が帰ってくるわけではない。」(161)からである。

さらに、犯人に死刑判決が出た日に、被害者の家にお祝いの電話がかかってきたことに、かれは大変なショックを受けた。何がめでたいのだろうか。「さらにショックだったのは、死刑判決の出た日に被害者の家や祖母の家にお祝いの電話がたくさんかかってきたことです。わたくしは、いったい電話をかけてきた人は何を祝っているのだろうか、何かめでたいことがあったのだろうか、わが耳を疑いました。」(162)。

また、アメリカの被害者で組織する SOLACE(慰め、苦痛を和らげるの意味)という死刑廃止団体のマリエッタ・イエガー(Marietta Jaeger)もその1人である。彼女は、キャンプ中に一人娘を誘拐、強姦殺人事件で亡くしたが、加害者を死刑で殺すことは、殺された娘のかけがいのない価値をおとしめる行為であるという。娘は殺されて、かけがいのない彼女の価値が失われた。加害者を殺して彼の価値を奪うことは、そんなにも価値のない人物に、愛する娘が殺されたということになるのである。

「報復のために加害者を殺しても、娘はもう帰ってこない、殺すことが公正な報復であるという意見は、娘のかけがいのない価値をおとしめるものです。」(163)。「殺した者を殺せば、殺された者との立場が同等になる。」「殺した者を殺さないで殺された側から死刑廃止を主張することで娘がこの世に生きてきた意味を与えたいというのが、彼女のその後の生きる支えとなった。」(163)。

このように述べる菊田は、しかし、「ここで誤解がないように断っておかなければならないのは、犯人を憎まない被害者はいない。しかし、その感情と犯人にどのような刑罰を科すかは別の問題であるということである。」と念を押している(165)。

死刑賛成者は、犯人を死刑にすることで被害者遺族の被害者感情が満足させられると言うが、現実には、死刑を執行される殺人犯は1000人に1人に満たない。であれば、死刑の制度があっても、大部分の殺人被害者の遺

族は、犯人が死刑にならないので、被害者感情が満たされないままに終わることになり、死刑制度があることで被害者感情を満足させるという考えは現実に合っていないと言える、と菊田は言う。

「年間1000人の殺人事件があるとして、現実に処刑に至るのは一人にもならない。つまり、たとえ処刑したとしても、0.001(ママ)%以下の被害者の家族の満足(?) (ママ)のために死刑を存置する根拠は存在しない。その他の99.99(ママ)%以上の被害者の家族は加害者が処刑されなくとも、じっと悲しみと恨みに耐えている。」「被害者感情を満足させるために死刑があるというのは、明らかに欺瞞である。死刑制度があるということで被害者に泣き寝入りさせる手段としている。」(168)。

死刑囚の家族

菊田は、死刑の当否に関して、いつも被害者遺族の感情が問題にされるが、それに比して取り上げられることのない加害者の側の家族の感情にも目を向けなければならない、と言う。

「つぎにわれわれの考えることは、…「死刑囚の家族」の悲しみはどのようになるのかということである。」(169)。「殺人の場合と違って、死刑囚は、毎日、毎日、いつ殺されるかわからない極度に追いつめられた精神状態が何年もつづいている。…それを毎日見届けている家族の苦しみは、ある意味では殺人の被害者の家族の苦しみ以上に、この世に類のない苦しみである。人間社会での殺人は避けることができないかも知れないが、死刑による殺人は避けることができるものである。」

殺人の被害者は一瞬で命を奪われて苦しみは一瞬だ、という言い方であれば適切ではないが、死刑囚に関して、いつ死刑を執行されるか分からない極度の精神状態にあることを、いつまで、という期限なく見ていなければならない死刑囚の家族の苦しみが尋常のものでないことは確かであろう。

加害者の態度と判決

加害者が殺人を犯した後、被害者の遺族に多額の慰謝料を払ったことで死刑判決が出されなかったとすると、財産のあるなしが死刑になるかならないかを分けることになるが、それは極めて不当なことだと菊田は言う。

「被害者感情が死刑の選択とどのようなかわりがあるかについて検討しなければならない。これには二つの視点からの検討が求められる。第一は、加害者が被害者に対し、どの程度の被害者宥恕を示したかが死刑の選択に、いかなる影響を与えるかである。第二は、被害者の被害者感情が死刑の選択に、いかなる影響を与えるかである」(170)(後者は既に検討されている)。

結論は次のようなものである。加害者・被害者のいずれの立場においても、その後の感情が死刑という生命刑の選択に決定的な役割を果たすことがあってはならない。それが単なる自由刑であれば、刑期の長短に影響を与えるにすぎないが、生命刑においては文字通り生か死の選択であり、その選択の判断要素として決定的な役割を演ずることには問題がある。…1990年3月、東京高裁で一審の死刑が破棄され無期懲役となった例では、不動産売却で得た7000万円を、被害者遺族へ慰謝料として支払うことが減刑事由のひとつとなった。…しかし加害者またはその家族が遺産をもっているかどうかで生と死がわかれることがあってはならない。」(171)。

死刑と無期懲役の選択

死刑を否定した場合、それに代わる刑罰として挙げられることが多いのは無期懲役である。しかし、現実には、死刑と無期懲役のどちらを選択するのが正しいかを判断することは非常に難しい。言い換えると、無期懲役ではなくて死刑を選択することには根拠がないということである。

菊田は言う。死刑と無期懲役は、「もともと境界の可能な問題ではないから基準そのものが設定できるものではない。」(81)。例えば、永山事件について、東京高裁と最高裁で死刑と無期懲役の判断が分かれた。いずれ

の裁判所も「止むを得ないときは死刑は許されるという前提にたっていないが、」「止むを得ない」に該当するかしないかで判断が分かれた。すなわち、「止むを得ない」という基準のあいまいさを示している(87)。

仮にY事件とよぶ事件について。第一審と控訴審のどちらもが「類似事件の量刑例」を検討した結果という言葉を使いながら、結果は死刑と無期に分かれた(91)。「類似事件の量刑例」と言っても、その解釈には幅がある。

「イギリスで1965年に死刑を廃止した真実の要因は、死刑を選択する種類の殺人罪を法文中に確定することが不可能であることがわかったことによる。ヒュー・クレアーは「二通りの殺人罪を分界する境界線は、人為的なものにならざるを得ない」と述べている。」(95)。

国際的視点からみた死刑

死刑について考える際に、他国あるいは国際機関が死刑をどう見ているかを知ることが必要である。国際連合の総会ではいわゆる「死刑廃止条約」が採択されているし、世界の多くの国が死刑を廃止あるいは運用停止している。

「死刑廃止に至る経緯は旧西ドイツのように世界大戦の反省から大戦直後に廃止した国、イギリスのように誤判の発覚が直接の動機となった国、その他、長年月にわたる論議のすえ廃止したフランスやカナダの例など多様であるが、近年においては国連の死刑廃止への働きかけや、特定地域の国際人権準則の採択などによる影響が大きい。」(122)。

アメリカでは、「死刑廃止運動のもっとも大きな原動力は、死刑の適用が人種差別に連動していることにある。また死刑になる者に社会的地位の高い者、高学歴、金持はいない。ここにも死刑適用の決定的な問題点がある。」(96)。

国際的な決定としては、1985年に、「欧州人権条約死刑廃止議定書」

(「死刑廃止に関する人権および基本的自由権のための条約についての第6議定書」)が発効し、死刑の廃止を定めた(「死刑は廃止する。何人もかかる刑罰が宣告され、かかる刑罰が執行されることはない。(第1条)」(126))。

また、1992年に3月12日には「欧州議会死刑に関する決議」が採択された。同決議では、「欧州人権規約や国連人権規約にしたがって加盟国に死刑廃止を要請する」とした。また、「死刑によって罰し得る犯罪で起訴された者の引き渡しの承認を拒否する要請」が「犯罪人引き渡しに関するヨーロッパ条約」(第11条)に規定された。これは、「死刑存置国からの犯罪人の引渡し要求を死刑にしない保障のない限り拒否するもので、死刑存置が単なる、ある国の国内問題に限定されるものではないこと、…に重大な意義がある。」(127)。

この最後に書かれている問題はまさに日本に当てはまるものであり、世界の大多数を占める死刑廃止国から日本がこのような扱いをされていることを知れば、死刑存置を当然と考えることに大きな疑問が持たれる。

ただ、現在は、死刑を廃止した国でも、死刑復活論が力を増している。「ヨーロッパでもイギリスやフランスで死刑復活論が凶悪犯罪の発生とともにさかんになる国内状況があることは見逃してはならない。」「しかし、死刑廃止条約の採択自体が現に死刑廃止に向かっている国々に対する地球的圧力として、その促進に寄与するものであることはいうまでもない。」(133)。

アジア諸国のうちには死刑廃止の議論が進まない国があるが、その理由を菊田は次のように解釈している。「アジア諸国の多くの国において死刑廃止が狙上へのほり難いのは、アジア型の権力主義のなせるものといわれる。わが国もその例外ではない。…権力者側の全体主義思考に巻き込まれた、あしき家族主義があるといえまいか。」(139)。

死刑に代わる制度

死刑を廃止した場合、これまで死刑を適用してきた凶悪犯に対し、どのような罰を与えるか、という問題が発生する。

1987年の刑法改正準備草案の段階で、「死刑存置が決定された後に各小委員会で死刑の言い渡し、ないし執行を減少させるための検討がなされている。」(144)。それには、

- 1, 普通殺人と加重殺人を分け、死刑は後者のみに適用する、という案。しかし、これは、加重殺人の類型が困難として否決された。
- 2, 死刑執行延期制度。判決時に延期を言い渡す、あるいは、死刑執行審査委員会の意見を聞き、依然として死刑を執行する必要があると認める場合を除き、無期刑に変更する。という案も検討されたが、無期刑への変更の基準が困難なので否決となった。
- 3, 死刑に当たる事件に無期刑を言い渡す場合は、20年後でなければ仮釈放しない、という考えも示されたが、これでは、かえって、処遇の強化につながるとして否決された。

これを見ると、死刑を廃止しようという考えがそもそも非常に弱いことがわかる。

これに関し菊田は、死刑廃止に向けて、代替案がないと廃止に賛成できない、というのは正しくないと言う。「即時死刑廃止に消極的な多くの人々は、死刑に代替する方策がたてられれば死刑廃止に賛成する。しかし多くの死刑廃止国では、死刑廃止に先立って特別の方策をとったわけではない。」(153)。

また、死刑の代替案としての終身刑に対し、死刑より過酷だ、まだ死刑の方がまだ、という意見があるが、それに対して菊田は明快に述べる。「文字通りの終身刑は死刑より過酷であり死刑の方がまだという意見は、人の生命を第三者が勝手に比較してのことであり、だれにも、そのような

比較で物事を決定する資格はない。」(155)。

以上を踏まえて菊田は次の試案を提示する(156)。
試案。死刑廃止に先立って現行仮釈放制度一部改正。

- (1) 死刑でなく、無期懲役を言い渡し、最低15年は仮釈放しない旨の付加。
- (2) 15年経過後に審査委員会審査。
- (3) 保護観察で5年間無事に経過すれば刑を修了。
- (4) 条件に違反したら再収容。

第 II 部

井田良は、死刑の存置論と廃止論に関しては、議論がされ尽くしている感があると言っても良い状況であると述べつつ、それでも、依然として、見逃されている点があるので、それらの点について検討すると述べている(井田良『死刑制度と刑罰理論 死刑はなぜ問題なのか』, 2022, 岩波書店)。「(本書の特色は)死刑の存廃をめぐる議論の前提に注意を向け、多くの論者が自明のことと見なし、主張の当然の立脚点としている、その理論の適切さを正面から主題としているところであろう。」(井田, p.v)。

実害対応型刑法理論と規範保護型刑法理論

井田は刑法理論を「実害対応型」と「規範保護型」に区分する。「実害対応型」は、犯罪行為によって実際に被害を与えた場合に、それに対して罰を与える、という考え方で、他方「規範保護型」は、犯罪が行われたとき、社会の何らかの規範を守るために、加害者に罰を与える、という考え方である。死刑に関しては、前者は、犯罪者の行為によって人の命を奪ったという実害に対して、死刑という罰を与える、という考えで、他方、「規範保護型」は、人を殺してはいけないという社会の規範を犯したことを理由に罰を与える、という考え方である。

井田は、「実害対応型の応報刑論」を、死刑存置論は意識的に、また暗黙に前提としてきた。死刑廃止論者の多くも共通である。が、「その刑罰の理解は根本的に誤ったものであると考えている。」「少なくともそれは現行法が基礎に置くべき刑罰理論として首尾一貫した形で主張することのできない不合理な所説である。」(p.v)と述べている。

井田は、規範保護型の応報理論は、行為者の負う責任の程度に応じて罰を科し、犯罪者をただちには極刑に至らせないブレーキの役割を果たす(56)と言う。規範保護型の刑法理論は、また、将来、同種の犯罪が起こるのを防ぐ。

刑罰の意味と目的

刑罰の意味と目的について詳しく紹介する。

その前に最近の刑罰観の傾向について井田は述べている。最近の刑罰観は、被害者保護を強調して、死刑の存置は当然だという考えが強まっている。「ここ三〇年間余りの…死刑存廃をめぐる議論の特色は、被害者保護の思想の高まりと普及とともに、被害者に焦点が当てられ、その結果として、死刑制度を支持する議論が勢いを増してきたことであろう」(46)。しかし、「殺人の被害者(その遺族)への思いが…それがいかなる意味で死刑制度を基礎付け、正当化するのは決して自明のことではない。」(47)と井田は言う。

実害対応型の応報理論が正しくないことは、人を死亡させても、直ちに死刑を科すべきだとは誰も言わないことに明らかである。過失の場合や加害者が判断能力を持っていないと判断される場合は刑は軽いものになる、と井田は指摘する(55)。つまり、刑の重さは、現に生じた実害の重さだけでは決まらないのである(56)。

団藤重光の定義に依れば、刑罰とは「犯罪のゆえにその行為者に加えられる国家的非難の形式」である(団藤重光『刑法綱要総論・第3版』(1990年)、

p.468) (55)。

応報刑としての刑罰の本質は、「生命・自由・財産の剝奪は、それ自体として重要なのではない。それらは、非難を体現する手段ないし方法にすぎない。まさに重要なのは、そこで伝達される「意味」そのものなのである」(58)。

よって、「かりにその「意味」を犯罪行為者に対し強烈に伝達できる手段が他に存在するのであれば、生命・自由・財産の剝奪は、それに置き換えられてかまわない。」また、「非難の告知(有罪判決)は将来の犯人の行動のコントロールのためにも役立つ。」(58)。このことは、死刑にしたら将来の行動のコントロールが出来ないということを意味する。

「刑法は、個人の規範意識(良心)に訴えかけて犯罪を行おうとする動機を抑制し、犯罪に向かう意思決定を回避させることにより、法益を保護し、かつ被害者になるおそれのある人を守り、社会の秩序を維持しようとしている。」(130)。

刑罰を科すことの目的が、将来そのような行為を起こさせないことにあつたことを、井田は、小学校で先生が児童を叱る時にたとえて、明快に述べている。

「刑罰を科すことは、たとえば、小学校のクラスで、担任の先生が、児童Aをいじめた児童Bを叱るときの状況に似ているのである。」教師も感情的に腹を立てることもあるだろうが、「Bを叱るのは、過去の行為をきっかけとしてその先生に生じた現在の怒りの感情を外部に表現して発散・解消する、という個人的な目的のためではないだろう。当該のB、そして将来、同様の行為に出るかも知れないクラスの児童全員…に対し、その行為に対する否定的評価を明らかにし、彼ら・彼女らの(まだまだ未熟な)規範意識に働きかけて、将来のいじめをやめさせるという公的な目的のためである。」(142)。

刑罰は被害者のためにあるのではない

井田は、犯罪者の処罰は被害者のためにおこなわれるのではないと、明確に述べている。「犯罪者の処罰は、犯罪行為によりその法益を害された特定の被害者のために行われるものではなく、また犯人に向けられた(被害者やその遺族、さらには社会の人々がもつ)被害感情を満足させるために行われるものでもない。」(141)。

「殺人行為の被害者となったA男やB子の生命それ自体は法的には私的な利益であり、…。失われた私的利益に、犯人の私的利益である生命を釣り合わせ、これにより被害を帳消しにすることが求められているのではない(…それは私法たる民法の役割である)。犯罪により害された刑法規範の動揺という公益の侵害に注目し、規範の効力という公益の保護のために犯人処罰を行うのが(公法たる)刑法なのである。」(145)。

刑法理解の変化

刑罰制度の基礎には、対立する2つのベクトル、実害の大きさと、犯人の責任があるが(60)、「1980年代までは、不幸な条件の重なりの下で(自分もまた犯したかもしれない)犯罪を犯すに至った犯人に対する、一定程度の理解と同情が共有されていたことが、犯罪に対する比較的軽い処分と量刑全般の寛刑化の傾向の根底にあったと考えることができよう。」(61)。しかし、「1990年代以降、いわゆる重罰化・厳罰化の傾向が強く生じたことの背景には、この頃から自己責任の思想が広がるとともに、被害者の立場にも目を向ける動きが活発化したことがあると見られる。」

被害者感情

量刑を決定するときに被害者の感情を過度に考慮することは避けなければならないと井田は言う。「ここで検討すべきことは、…量刑の際に、そうした被害感情が科刑を駆動するエンジンとして働くことがいかなる意味で・どの程度で理論的に正当化されるかである。」(104)。「…専門家の

間では、具体的な事件において被害者や被害者遺族がもつ被害感情…がそのまま考慮されて刑の重さが左右されてはならない、と考えるのがまったく一般的な見解である。その本質的理由は、被害感情は犯罪に起因して生じる(一つの)結果ではあっても、犯罪そのものの内容ではない…ということとところにある。」(105)。

被害者の遺族のもつ感情は、犯罪そのものを構成するものではなくて、あくまで帰結の一つである、ということだが、この点は見失われやすい。

菊田幸一も論じていたが、被害者に身寄りが無い場合は、被害者遺族感情がないが、だからと言って、刑を軽くしてはいけない(もちろん重くしてもいけないが)。井田も同じことを論じている。

犯罪の結果、被害者の感情に加えて生活への影響が問題になり得る。しかし、「被害者遺族の日常生活に一定の客観的支障が生じたとしても、そのことを理由に刑を相当に重くするとすれば、そのことを処罰の対象とすることに等しい。」(119)。被害者遺族の生活の変化はあくまで犯罪が事後にもたらす影響の一つである。

このように、被害者遺族の被害感情は、刑罰の決定時においては副次的なものだが、近年、そのような感情を考慮すべきだとする考えが強まっている。それは、刑事訴訟法の一部改正によって後押しされたという面がある。「被害者遺族の被害感情を考慮すべきだとする要求は、2000(平成12)年の刑事訴訟法一部改正により、法廷において、被害者遺族が「被害に関する心情その他の被告事件に関する意見の陳述」を行うことができるようになったこと(刑事訴訟法292条の2)、そして、2007(平成19)年の同法一部改正により、一定の重い犯罪については、被害者遺族(または委託を受けた弁護士)が、法廷で証人や被告人に質問したり、事実や法律の適用(そこには、量刑も含まれる)に関する意見を述べることを可能とする「被害者参加」の制度(刑事訴訟法316条の33以下)が導入されたことにより、制度的な支えを

得ることになった」(112)。

責任能力

被害者感情以外に考えるべきものとして、行為者が負う責任の程度がある。日本の刑法では第39条で、心神喪失などを持った加害者は、罰しない、あるいは、刑を軽減する、とされている(114)。「責任能力がないとき(責任無能力の場合)には犯罪にならないこと、そして、その程度が著しく低いとき(限定責任能力の場合)には刑を軽減しなければならない」(115)。

「責任能力制度が必要不可欠とされることの理由・根拠を挙げることは決して難しくない。刑罰の本質は「国家的非難」なのであり、…責任を問えない人に対し、非難としての刑罰を科すことはできない」(117)からである。「精神障害のゆえに将来に向けて犯罪実行の危険を有する者に対応するためには、刑罰制度とは異なった制度が必要になる」(119)。

責任能力が低い例としては年齢が低いことも含まれており、「18歳に満たない者に対しては、死刑をもって処断すべきときは、無期刑を科する。」(少年法51条)と規定されている(120)。「今の刑罰制度の下では、被害者遺族が求めるものは、行為者が負う責任の限度でしか実現されない。」(113)。

犯罪の社会的背景

犯罪に対する社会的処罰の目的が、そのような行為に対する国家的批判であり、さらに、社会の秩序の維持あるいは、将来の同種の犯罪の防止(130)であるならば、その目的を達するために、犯罪を犯した者が犯罪を犯すに至った原因を問うことができるし必要である。「刑法上の判断に当たり、犯罪の背後に何らかの社会的な問題状況が存在して…いることを見極めることは、…、将来の同種の犯罪を防止するためいかなる処罰が適切であるかを科学的に検討するに当たってもきわめて重要である。」(123)。

刑法における責任主義との関連で言えば、「刑法における責任主義の原則とは、社会の側からの法益保護・被害者保護の要請と、犯罪者という一

種の社会的弱者(犯罪者は、国家権力との関係では(とりわけ捜査および立件・処罰の対象とされるとき)弱者の立場に置かれる)の権利保障の要請との間の相互調整を可能とする原則として理解することができる。」(126)。

おわりに

以上、死刑存置論と死刑廃止論に関する菊田幸一と井田良の所説を紹介してきた。

菊田幸一の所説では、近代社会では人権を守ることは最も基本的な重要な原理である。人の命は人権が存在することの前提であるので、人の命を奪うことは人権を守ることに根本的に背いている。そのことは犯罪者においても変わらないので、彼らに国家が死刑を適用することに正当性はない。「公共の福祉」という概念も、その本質的な目的は人権を守ることなので、「公共の福祉」を理由に死刑をおこなうことはできない。

このことが基本であり、これを述べれば他のことを論じる必要はないとも言えるが、幾つかの、重要な点について菊田は論じている。

最高裁判所は、死刑は日本国憲法が禁止する残虐な刑罰に当たらないと言うが、その理由を示していない。そもそも、ある刑罰が残虐であるかどうかを判断する基準は曖昧なものでしかない。残虐かどうかを問題にするならば、死刑の執行と同じ程度に、死刑囚が執行を待たされる時間の経過に味わう精神的な苦痛をも問題にしなければならない。

近代社会の刑罰は犯罪者の責任能力の有無を前提にしているが、どの程度の責任を持っていれば死刑が妥当なのか無期懲役が妥当なのか、その基準を決めることはできない。そのことを考えると、死刑を正当化する理由はない。

また、多くの人が思い込んでいるのとは異なって、死刑制度に犯罪抑止力はない。

被害者(遺族)の感情は重要な問題である。が、死刑を執行することに関

しては被害者の感情以外に考慮すべきことが多くあり、被害者感情のみを重視して死刑を当然視することは正しくない。また、人を殺したので、その加害者を殺す、という考えは、問題の解決になっておらず、解決しないままに、問題を無かったことにしてしまうことである。

井田の所説に関しては、刑法理論は「実害対応型」と「規範保護型」に区分することができるが、現在では後者の立場に立つことが妥当である。刑罰の目的は、社会の秩序を維持すること、また将来の同種の犯罪を防止すること、である。犯罪者に対する罰は、それらの目的のために存在するのであり、犯罪者自身に苦痛を与えること、また、そのことによって被害者の感情を慰撫することではない。刑罰の目的がそのようなものであることは、精神障害者などの責任能力を持たない者には罰を科さないあるいは軽減することにも現れている。

死刑をなくした場合の代替刑として考えられるのは無期懲役だが、無期懲役が妥当な犯罪と死刑が妥当な犯罪を区別する明確な基準はなく、この点からも、死刑を選択する根拠はないと言える。

文献

- 井田良, 2022, 死刑制度と刑罰理論, 岩波書店
加賀乙彦, 1980, 死刑囚の記録, 中央公論社
菊田幸一, 1994, いま, なぜ死刑廃止か, 丸善株式会社
木村亀二, 1948, 刑法の基本概念, 有斐閣
木村亀二, 1949, 死刑論, アテネ文庫
須藤純正, 2022, 死刑を考える, きんざい(金融財政事情研究会)
団藤重光, 1990, 刑法綱要総論・第3版, 創文社
犯罪被害者支援弁護士フォーラム, 2020, 死刑賛成弁護士, 文藝春秋社
平野啓一郎, 2022, 死刑について, 岩波書店
森炎, 2011, なぜ日本人は世界の中で死刑を是とするのか 変わりゆく死刑基準と国民感情, 幻冬舎

Two opposing views on death penalty: one which supports death penalty and one which opposes it

OGAWA Kenji

Abstract

Observing human rights is one of the most important fundamental principles of modern societies and the State itself should comply with them. If the State executes those who killed other people, the State itself violates this fundamental rules. It is therefore not justified for the State to maintain the death penalty.

The purpose of 'public welfare' is to defend human rights, therefore to execute murderers in the name of 'public welfare' has no grounds.

Many people hold the view that maintaining the death penalty reduces atrocious crimes, but it is not the fact.

The family members of murder victims may feel a profound loss. While it is important to take it into account, it is not the only element that should be considered. The death penalty should be examined from many points of view. By doing that, we know that there is no justification for the death penalty.

The purpose of punishment is to maintain social order and to prevent future crimes. To execute murderers may console victims, but it is not adequate for the purpose of punishment by the State.