

# 死刑制度における問題点と今後の展望

景山 弘・河野 正 英\*

岡山理科大学理学部

\*吉備国際大学社会学部

(1994年9月30日 受理)

## 1. 序 論

わが国では、1989年11月から1993年2月までの3年4カ月もの間、死刑執行が見送られてきたにもかかわらず、ここ2年ほどの間に7名の、さらに94年12月には、1年ぶりに2名の死刑執行者を出したり<sup>1)</sup>ことが知られている。一時的にせよ死刑の執行が見送られてきた直接の理由は、これまでの歴代法相が死刑執行命令を忌避していたことによるが、この問題の背景には、単に執行命令の有無だけでは説明できない鋭い議論が隠されているのである。

この問題を巡る議論には、大きく分けて3つのアプローチが掲げられる。まず、①そもそも死刑という刑罰は、人道上許されない刑罰ではないのかという点からのアプローチ、次に、②日本国憲法に残虐な刑罰の禁止規定(36条)があり、死刑は残虐な刑罰である以上、現憲法下では廃止されなければならないという点からのアプローチ、最後に、③たとえ死刑という刑罰自体は容認できるとしても、これを制度化しておくには合理的な理由がない以上、現時点では維持すべき制度ではないであろうとする点からのアプローチである。

①は、死刑に対する倫理的、宗教的な側面から見た是非論へと凝縮されて行くのであり、本稿の意図する法的な検討とは若干異なるので、ここでは触れないことにする。②は、まさに今日における「残虐」の解釈の問題であり、本稿でも詳細な検討を加えることにする。③をより具体的な論点に分けると、(ア)誤判の問題、(イ)死刑の抑止力の問題、(ウ)事件被害者ないしは遺族の感情の問題へと分かれる。特に、(ア)(イ)は法技術的な問題を多く含んでおり、詳細かつ正確な検討が要求されている。これらのアプローチおよび論点を検討するに当たり、本稿ではまず、死刑および死刑制度に関する世界的な動向とわが国の現状とをまとめておくことにしたい。

## 2. 世界の動向

1948年第3回国連総会で採択された世界人権宣言は「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」(第3条)、「何人も、拷問又は残虐な、非人道的な若しくは屈辱的な取扱若しくは刑罰を受けることはない」(第5条)と規定した。しかし、この宣言

は法的な拘束力をもつものではなく、すべての国民および国家が達成すべき共通の理念・規準に過ぎない。そこで人権の法的保障を強化しその実行を確実なものとするため、66年の第21回国連総会で採択され、76年に発効した国際人権規約(「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」=国際人権A規約と「市民的及び政治的権利に関する国際規約」=国際人権B規約、並びに「市民的及び政治的権利に関する国際規約の選択議定書」から成っている)のB規約第6条は、世界人権宣言第3条の条項をうけて「すべての人間は、生命に対する固有の権利を有する。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」とし、「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」と規定された。わが国は78年5月30日にA・B両規約を批准し、79年9月21日発効しているが、選択議定書には署名していない。

この規約が成立したことによって、死刑廃止が世界的な潮流であることが鮮明化してきた<sup>2)</sup>が、さらに国連は、77年に「国連総会は……死刑を廃止することを望ましいものとして、死刑相当犯罪の数を暫時制限するものであることを再度確認する」との国連総会決議とともに、80年には世界各地で起こった恣意的処刑や即決処刑について警告を発し、慎重な法手続による保護のための再検討を促す勧告などを行ってきた。そして、89年3月19日にジュネーブで開かれた国連人権委員会で、死刑廃止の合意からなる国際人権B規約の第2選択議定書(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=いわゆる死刑廃止条約)を国連総会に送付することが決定され、89年12月15日の国連総会で賛成59カ国、反対26カ国、棄権48カ国の賛成多数で採択された<sup>3)</sup>。この死刑廃止条約は、まず前文で「この議定書の締約国は、死刑の廃止が人間の尊厳の向上と人権の漸進的發展に寄与すると信じ、世界人権宣言第3条ならびに『国際人権B規約』第6条を想起し、同条が死刑の廃止が望ましいことを強く示唆する文言で死刑の廃止に言及していることに留意し、あらゆる死刑廃止措置が、生命に対する権利を享受するにあたって前進と考えられるべきことを確信し、ここに死刑を廃止するための国際的な公約を行うことを望む」と宣言して協定を行った。そして第1条に、「この選択議定書の締約国の管轄内にある何人も、死刑を執行されない。各締約国は、その管轄内において死刑を廃止するために必要なあらゆる措置を講じる」と規定している。ただし、第2条で「批准または加入の際に行われた留保であって、戦時中に犯された軍事的性格を有するきわめて重大な犯罪に対する有罪判決に従い戦時に死刑を適用することを定めるものについては、この限りでない」としている。つまり、批准された後はこの留保は適用されないから、実質的には留保なしの絶対的な死刑廃止条約と言えよう。この議定書は、10カ国が批准または加入書を寄託した日から3カ月後の1991年7月11日に発効(第8条)している。

ところで、この死刑廃止条約の採決に際し、わが国は、アメリカ合衆国などとともに反対したが、その主な理由は、国民世論の大多数が死刑の存置を望んでおり、死刑の廃止は

時期尚早であるというところにあった。確かに、わが国における各種の世論調査の結果を見る限りでは、死刑を支持する人が60～70%を占めている<sup>4)</sup>が、この世論調査については、後述するように調査時期、誘導的な質問設定など多くの問題があることが指摘されている<sup>5)</sup>。また、死刑廃止当時には、世論調査での死刑存置派が多かったにもかかわらず、結局、死刑を廃止して今日に至っているフランスの例などがある<sup>6)</sup>ことから、世論調査の結果を過度に重視したことは、説得力に欠ける理由づけであると言えよう。

### 3. わが国の現状

わが国における死刑確定者数と執行者数の推移を年を追って見れば、1945年から60年代にかけては、57年、60年の各39人を最高に毎年20～30人前後の執行が続いた。77年以降は毎年4人以下に減り、89年に1人が執行されて以降は90～92年の3年間、執行はゼロだった。それだけに昨年の7人は数字的に見れば突出した形となっている。現在(94年1月末)、死刑が確定しているにもかかわらず、実際には執行されていない者は57人とされている<sup>7)</sup>。死刑執行命令について、後藤田法相は、一般論として「三権分立で、裁判官に死刑判決を下すという重い役割を担わせておきながら、法相が判決を執行しないということで、国の秩序はもつのか。法秩序そのもの、国家の基本を揺るがすのではないかという考えをもっている。私のとるところではない」さらに「個人的思想、信条、宗教観でやらないというのであれば、初めから法相に就任すべきでなく、最初は分からなかったのであれば、分かった時点で職を辞すべきだ」と、また、三ヶ月法相は死刑執行直後に「法の執行と制度の存置は別問題」とそれぞれ述べた<sup>8)</sup>が、このようなスジ論だけでは説明できない大きな問題を含んだ事態であろう。

死刑は人の生命を国家の手で奪い去り、そのすべての存在を未来永劫に消去することを目的とする刑罰であり、したがって、死刑制度はいつの時代においてもその存在意義が問われてきた。それは「人は殺すなかれ」という規範と対立し、そして人道主義と対立してきたのである。すなわち、死刑制度は常にこの対立を超えるものであるべきであるという運命を背負わされ、その対立を乗り越えて、その存続を強力に維持しなければならないものであったのである。死刑という刑罰に対する市民の意識や国家権力の限界と人権保障という憲法上の問題(合・違憲性の判断)など、解決すべき複雑な問題が絡み合っているとされる。また、本来、死刑制度をめぐる問題の解決には、個人の倫理観、宗教観に関する議論が重要な論点となる<sup>9)</sup>だろうが、本稿では、倫理観、宗教観の問題にはなるべく触れず、もっぱら法理論的問題点を指摘するにとどめておく。

ところで、死刑制度に関する議論は、一部の研究者・実務家だけにまかせておいてよいものではなく、一般市民を含めたいわば「非専門家」による議論を活発にすることが必要であるということに注意しておかなければならない。なぜなら、先にも述べたごとく世界的な流れとして、死刑制度が廃止されつつある今日において、わが国で、なお死刑制度が

維持されているのは、この制度に対する「世論の支持」が大きな根拠となっていると説明されることが多いからである。

わが国の政府が、国際人権B規約第40条1項(b)に基づき作成した報告書（第3回報告）によれば、わが国では、①「死刑の適用は、極めて厳格かつ慎重に行われ」ており、②「死刑の存置は国民世論の大多数の意見であり、これは世論調査で裏づけられている」。また、③「死刑確定者は、おおむね未決拘禁者に準じた扱いを受けている」とされている。

①については、それほど疑問はないが、93年11月25日現在、死刑判決確定者が59人いる<sup>10)</sup>が、このうち事実認定の誤りを主張し、再審請求している者、あるいはこれの準備中の者が少なからずあることに注意しなければならない<sup>11)</sup>。

②については、世論調査に関して、死刑廃止グループなどから多くの批判が提起されている。しばしば批判される点のうち、重要なものとして、(ア)質問項目が誘導的であり、死刑存置の意見が集まりやすくなっていること、(イ)死刑執行の実態について、その残虐さなどが報道されていないため、実態の理解に欠けたまま調査が実施されていることが挙げられる。

③については、監獄法の規定によって法制度上は刑事被告人に準ずる処遇が認められているとはいうものの、実際は63年の通達（昭38・3・15 矯正局長依命通達矯正甲96）により、家族、弁護士を除いた者との信書の発受・面会は「社会に不安を抱かせる」とか「心情の安定を害する」といった理由でほとんど認められず、新聞・雑誌記者との面会も禁止されている。この結果、死刑確定者本人にとっては、再審請求など自らが採りうる手段について知らされる機会が少なくなり、また、外部の者にとっては、死刑囚の実際の処遇について知る機会が少なくなっているのである<sup>12)</sup>。

政府報告書に記述されているように、法務当局は世論動向などを背景に「死刑制度廃止を検討する時期にはきていない」との姿勢を崩していない。しかし、戦後5回行われた死刑制度についての世論調査が、現在では前回調査時点から既に5年を経過していること、3年4カ月の間死刑執行の人数が0人であったものが、93年には7人にも達したこと、93年9月および12月には、最高裁第3小法廷判決で、大野正男裁判官が、「国民の多くが死刑制度の存置を希望していることと、死刑廃止に向う国際的動向との隔たりを埋めるためには、死刑執行を一定期間法律で停止し、犯罪が増えるかどうかをみるなどの立法政策が考えられる」との問題提起を行い、さらに「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」旨を判示した<sup>13)</sup>ことや、93年11月5日には、国連・規約人権委員会が国際的な死刑制度廃止の流れを受け、日本政府に死刑制度の廃止を勧告するなど、内外の情勢は大きく変化してきた。しかしながら、94年9月、5年ぶりに実施した死刑制度に関する世論調査では「場合によっては死刑もやむを得ない」との容認派が過去最高の73.8%にのぼっていると報ぜられた<sup>14)</sup>。

このように死刑制度を取り巻く内外の情勢は変貌してきており、法務関係者は「何がな

んでも死刑制度を残すことは考えていない」とか「法の執行と制度の存置は別問題。制度の改正は国民の世論や世界の動向を見ながら、法と現実の調整を考えるのは立法者として当然だ」とする旨を述べ<sup>15)</sup>、世論や国際的な動向に十分に注意を払っていく考えを表明せざるを得ない段階にきていると思われる。

次の章以下では、まずアメリカ合衆国および日本の憲法規定について検討したい。なぜなら、両国とも死刑廃止条約に加入しておらず、また刑罰に歯止めをかけるための憲法規定としては類似の規定をもっていることから、両者を比較することが重要な意味をもつと思われるからである。

例えば、合衆国憲法には、「残虐(cruel)で異常な刑罰を科してはならない」(修正8条)<sup>16)</sup>や「いかなる州も、正当な法の手続によらないで、何人からも生命……を奪ってはならない」(修正14条)<sup>17)</sup>といった規定がある。一方、日本国憲法には、残虐な刑罰の禁止規定(36条)<sup>18)</sup>および法定手続規定(31条)<sup>19)</sup>がある。したがって、両国とも、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は否定されている。したがって、両国の憲法における“cruel”ないしは「残虐」な刑罰の限界をどこに見出すかが必要となってくるのである。もし、死刑が“cruel”ないしは「残虐」な刑罰の範疇に入るのであれば、これは憲法上、禁止されるべき刑罰ということになる。

#### 4. 死刑に関する憲法の規定

##### A. アメリカ合衆国憲法

アメリカ合衆国は、これまで世界の死刑存廃論議の方向性を指し示してきた国の一つと言ってよいであろう。当初、死刑に関する裁判では死刑それ自体の是非というよりも、憲法修正8条が禁ずる「残虐で異常な刑罰」(cruel and unusual punishments)に当たるか否か、その執行方法に内在する異常な残虐性をめぐって、その違憲性が争われたのである。ときには死刑自体の合憲性についても争われたが、連邦最高裁によって違憲性が認められたケースはなかった<sup>20)</sup>。逆に、トロップ事件(Trop v. Dulles)では、「残虐で異常」の内容が時代とともに変化することを認めながらも、傍論では違憲性は否定された<sup>21)</sup>。

その後、1965年のニューヨーク州における死刑廃止法の可決など各州の死刑廃止立法の動向、死刑の犯罪に対する抑止力を疑問視する研究の発表や死刑廃止の市民運動の活発化など社会情勢に変化が生じてきた。そして、死刑執行件数も、1930年代をピークとして年々減少し、68年からは死刑執行が1件もないという、いわゆる「モラトリアム」状態となり、そのような状態が76年まで10年間続いた。その間、州レベルではあったが、カリフォルニア州最高裁によって、死刑の非人道性を理由に違憲判決<sup>22)</sup>が出された。

このような状況下で、連邦最高裁は72年6月、ファーマン判決<sup>23)</sup>において、裁判史上初の憲法修正8条、14条の規定に反するとする、死刑に関しての違憲判決を下したのである。もっともこの判決は、他の3件の事件を併せ「現在運用されている死刑は憲法に違反する

残虐かつ異常な刑罰である」と判示したのである。

このファーマン判決は画期的なものであったが、判決は5対4という僅差で下されたうえ、異例にも全員がそれぞれ別個の意見を述べており、特に多数意見は違憲の根拠自体が裁判官によって異なっていたので、この判決の解釈は人によって多様に分かれた。この多数意見を大別すれば、次の2つに集約されるであろう。

その1は、死刑は憲法修正8条が求める人間の尊厳性に悖っており、過当あるいは不必要な刑罰で、国民にとって道義上到底認容できない刑罰であるから、違憲だとする見解（絶対違憲論）である。

その2は、死刑の宣告機関（陪審・裁判官）が専断的・恣意的に科するおそれのある制度の下では、死刑の規定は違憲であるとする見解（運用違憲論）である。

この判決に対する各州の反応は分かれた。すなわち、いくつかの州では、全体的な判決の趣旨を読み取って、絶対違憲論から死刑制度を廃止する方法を選んだが、多くの州では、運用違憲論から死刑に当たる罪を限定化しつつ、宣告機関に恣意・裁量を許さない科刑手続を制度化すれば、死刑規定も違憲とはならないとの解釈から、新しい法律を制定するという方法を採用した。この新立法には、大きく分けて2つのタイプがある。第1のタイプは、宣告機関の裁量範囲を縮減化する方法で、法定された加重事由のある場合にのみ死刑を科しうるとする州（フロリダ州、イリノイ州等）と、加重事由と軽減事由を法定化した上で、それらを衡量して死刑を科すかどうかを決める州（ジョージア州、テキサス州等）とに分かれる。この場合、大部分の州が同時に、事実認定と刑の宣告とに手続を2分し、かつ、2分化された手続がそれぞれ適正かつ妥当な審査が行われたか否か再度上級審の審査を義務づける自動上訴制度を取り入れるのが一般的である。第2のタイプは、犯罪類型を限定して、それらの類型の犯罪には死刑を科する絶対的法定刑とする方法であり、これを採用する州としては、ノース・カロライナ、ルイジアナ等である。

いずれにせよ、このファーマン判決は死刑執行のいわゆる「モラトリアム」状態で固定化するとともに、各州の死刑規定の全面的な見直しを要請したのである。しかし、死刑自体が合衆国憲法修正8条の禁止する「残虐で異常な刑罰」に当たるのか否か、当たらないとした場合において、宣告機関の裁量をどのように制限すれば合憲と判断されるのかという問題は先送りされた。さらに、ファーマン判決後の新立法で規定された死刑の絶対的法定刑は、宣告機関に裁量を許さないような方法を講じているが、その合憲性が新たな問題点として浮かび上がったのである。これらの点に対しては、グREG判決<sup>24)</sup>ほか4つの判決が答えることになった。

グREG判決は、死刑問題に関する連邦最高裁の重要な判断であって、以後の判決および立法に与えた影響は大なるものがある。その判断の要点は、謀殺(murder)罪に対する死刑規定は、それ自体残虐で異常な刑罰を禁ずる合衆国憲法修正8条および修正14条に違反するものではない。さらに、死刑の適用が専断的または恣意的に行われないような事実認

定と刑の宣告手続の二分化、死刑宣告の決定に際しての適切な指針の付与、効果的な上訴審査制度の設置があれば、その手続に基づいてなされた死刑宣告は違憲ではない、という2点にあった。この判決と同日付でほかに4件の判決が下されたが、うち2件では7対2で、グREG判決と同趣旨の内容の判決が出された<sup>25)</sup>。他の2件では、謀殺罪の広範な類型に対して、絶対的死刑を定める法律（自由刑の選択を許さず、死刑のみを法定する制度）は、合衆国憲法修正8条および14条に違反すると判断した<sup>26)</sup>。

ファーマン判決は、死刑執行の停止状態を固定化するとともに、各州の死刑規定について全面的な反省を与える契機となった。しかし、科刑手続に焦点を当てたため、その後、多くの死刑立法が行われた。続くグREG判決を含む5判決は、専断的裁量を防止する方策が適切であれば違憲でないことを明示したのである。ただし、広範な謀殺罪の死刑を絶対法定刑とする規定は違憲とした。この判決によって1977年1月には、約10年ぶりにユタ州で死刑が執行された。さらに各州で死刑規定の整備または新設が積極的に図られつつある。この動きはアメリカ合衆国の兇悪犯罪の激増、治安の悪化の現実と必ずしも無関係であるとは言えない。

これらの判決後の死刑制度の動向については、いずれも1977年に判示された次の2判決に注目しなければならない。まず、Coker v. Georgia 判決<sup>27)</sup>である。この判決で連邦最高裁は、強姦に対する死刑を罪刑不均衡等の理由で違憲とした。したがって、死刑規定は存続するとしても、死刑に当たる犯罪類型は、ファーマン判決前に比べると大幅に制限される可能性があり、今後は死を伴わない誘拐罪や反逆罪等に対する死刑の合憲性が問われることになるであろう。次に Roberts v. Louisiana 判決<sup>28)</sup>である。前判決と同年同月に下されたこの判決で、連邦最高裁は、公務執行中の警察官の謀殺に対する絶対的死刑を違憲であると判示した。したがって、絶対的死刑規定は違憲であると判断される可能性も生じたわけであるが、ただし、絶対的死刑の規定自体が常に違憲と判断されるか否かについては明らかにされていない。

ファーマン判決が提起した問題のうち、多数意見は死刑の差別的適用の存在を指摘していた。この点を真正面から取り上げた判決が1987年のマクレスキー判決<sup>29)</sup>である。結果的には、5対4の僅差で、黒人マクレスキーを意図して差別したと推論させるには不十分であるとして請求は棄却されたが、死刑の適用において人種差別の生じる可能性があることを公式に認めるに至った判決である<sup>30)</sup>。

このように、連邦最高裁では、一貫して死刑制度自体の違憲性は認めていないが、死刑適用の範囲について、あるいは死刑制度の運用面から、さまざまな制限を加える方向に進んできていると言える。

## B. 日本国憲法

### (1) 死刑の合・違憲論

日本国憲法のもとでは、死刑が違憲だとする主張も少なからず見受けられる。それはい

ずれも死刑廃止論に連動するものではあるが、主張は2つに分かれる。すなわち、①死刑は残虐な刑罰に当たるので、憲法36条の規定に反し、違憲である。これに対し、②死刑規定の存在は、36条等の具体的な条文に反しているのではなく、憲法の目的とする理想と相容れない、具体的には、憲法13条の個人の尊重、生命の尊重の規定や、同25条の生存権保障の原則に反する規定であるから違憲とされるべきであるとの主張である。学説における通説的見解は、現在の死刑制度が、必ずしも、直ちに憲法には反しない旨で一致するが、憲法の目的からして、将来的には現行憲法とは調和しない規定であることが強く示唆されている<sup>31)</sup>。すなわち、死刑を端的に違憲とするのは憲法31条の文理上どうしても無理がある。なぜなら、憲法31条が「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命……を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない。」と規定するのは、まさに死刑の可能性を予想しているからであると言えよう。むしろ、憲法9条および前文が目的とする平和主義、あるいは憲法11条の規定する基本的人権の享有など多くの点から見て、死刑が憲法上きわめて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なのである<sup>32)</sup>。

一方、判例の見解は、憲法36条にいう「残虐な刑罰」については、「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」<sup>33)</sup>を言うのであり、死刑はこの残虐な刑罰に当たらない、と判示されてきた。死刑に論及した多くの判例のうちで、死刑に対する認識をよく表わしており、かつ今日でもリーディング・ケースとされているのは、最高裁が昭和23年3月12日に下した判決<sup>34)</sup>である。ここでは、「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ずる窮極の刑罰である」との書き出しに始まり、憲法13条の個人の尊重、生命権は、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする旨の規定について、「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、さらに31条について「国民個人の生命の尊貴と言えども、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とが、明ら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、刑罰としての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、……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」。そして、死刑そのものは違憲ではないが、「死刑といえども、他の刑罰の場合におけると同様に、その執行方法がその時代の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36条に違反するものというべきである」と判示した<sup>35)</sup>。



この考え方は、憲法13条は何人でも自他ともに生命に対する国民の権利を尊重すべきことを要求したものと解し、したがって「他人の生命を尊重せずして故意にこれを侵害した者は、その自己の所為につき、自己の生命をも失うべき刑罰に処せられる責任を負担するものといわざるを得ない」<sup>36)</sup>、「裁判所は能う限り死刑は避くべきであると思う。しかしそれと共に他人の生命を軽んじてこれを奪う者は最悪の場合、自らの生命をもってこれをつぐなわなければならないのもまた当然である」<sup>37)</sup>にも同趣旨の応報刑的な思考が多分に取り入れられていると考えられる。

次いで、憲法9条で掲げる戦争放棄の精神は、およそ殺人を否定することにより、人命を最大限に尊重することであるから、この9条の精神と死刑の規定とが抵触するか否かが問題となる。また、憲法25条では「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」をうたっているが、この条文と死刑の規定とが抵触するか否かということも問題となり得る。しかし、判例では、このいずれの主張も退ける見解を示している<sup>38)</sup>。

## (2) 死刑の執行方法

死刑の執行方法に関して、憲法上、次の2つの問題点がある。現在、死刑執行の方法たる絞首は、絞架の踏み板上において首に縄をかけ、踏み板を開落させる方法で、その根拠規定は明治6年太政官布告65号である。そこで、第1に、このような執行方法による死刑が残虐な刑罰と言えないかどうか、第2に、そのような執行方法を法律で定めていないことが憲法31条の法定手続の保障に違反していないかどうかである。判例は、第1の点について「現在わが国の採用している絞首の方法が、他の方法に比して特に人道上残虐であるとする理由は認められない」<sup>39)</sup>とし、第2の点については、当該太政官布告は旧憲法下でも法としての効力をもっていたから、「日本国憲法施行の際現に効力をも有する命令の規定の効力等に関する法律」(昭和22法72)の規定によって失効しておらず、現在も法としての効力をもっている。刑法11条、監獄法71条1項、72条、刑訴475条～478条等とあいまって、当該太政官布告が有効に存在する以上、憲法31条の法定手続には違反しない<sup>40)</sup>とする。

## (3) わが国における死刑の科刑手続をめぐって

自由刑たる懲役刑と生命刑たる死刑との違いを端的に述べれば、今日では、自由刑が将来の社会生活への復帰を目指した改善刑・教育刑的側面が強いのに対し、死刑制度は、これが執行されると犯罪人の命が失われる制度であり、もっぱら「罪に対する報い」(いわゆる応報刑論)という発想を中心にすえた刑罰であるといえよう<sup>41)</sup>。すなわち、死刑には将来性がない点で両者はまったく性質の異なる刑罰であるといえる。

法律上死刑についての規定があるのは、例えば、内乱首魁(刑法77条1項1号)、外患援助(刑法82条)、現住建造物等放火(刑法108条)、激発物破裂(刑法117条1項)、水道毒物混入(刑法146条)、殺人(刑法199条)、強盗致死(刑法240条)、強盗強姦致死(刑法241条)等であり、多くの犯罪行為にその適用が認められていることになる。しかし、今日では、実際に死刑宣告がなされるのは、複数人を残酷な方法でもって殺害する場合など、ごく僅

かの場合に限られている。例えば、殺人事件を犯す犯人のうちで、実際に死刑が執行される確率は1%にも満たないことが指摘されている<sup>42)</sup>。その理由は、死刑が取り返しのつかない刑罰であるために、審理には念には念を入れて慎重な調査・検討が行われているからであると理解することができる。この慎重な姿勢を最大限に強めた判決例として有名なのが、連続ピストル射殺事件における、いわゆる船田判決<sup>43)</sup>であるということができよう。この判決は「ある被告事件について、死刑を選択すべきか否かの判断に際し、これを審理する裁判所の如何によって結論を異にすることは、判決を受ける被告人にとって耐えがたい……すなわち、ある被告事件につき死刑を選択する場合があるとすれば、その事件については如何なる裁判所が（審理を行ったとしても）死刑を選択したであろう程度の情状がある場合に限定せらるべきものとする<sup>44)</sup>」（傍点およびカッコ内は引用者）との有名な文言を示し、本件における被告人の同情すべき事情等を考慮すると、被告人に対し現在においてもなお死刑を維持することは酷に過ぎる旨が述べられた。すなわち、死刑制度自体は存続させつつも、運用の仕方による事実上の死刑制度廃止にもって行く方向を示唆していたのである。しかしながら、最高裁第2小法廷は、「東京高裁が、犯行の結果の重大性、遺族らの被害感情の深刻さ、社会的影響の大きさ、被告人の第一審公判における行動の異常さ等の不利な情状を総合考慮すれば、第一審判決の量刑は首肯できないではない」としながらも、死刑制度の運用を慎重に行うべきことを説いて「結局、死刑制度を存置する現行法制の下では、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、特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、その罪質がまことに重大であって、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得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<sup>45)</sup>」と説いて破棄差し戻したため、第二次控訴審判決において、結局、死刑が宣告されることになったのである<sup>46)</sup>。こうして船田判決自体は、先例として生きたものとはならなかったが、上告審において、船田判決の精神まで否定されたとは言えない。船田判決およびその上告審判決の評価については、必ずしも決着がついたとは言えないのである<sup>47)</sup>。

### C. ま と め

アメリカ合衆国においても、死刑廃止運動が高まり、1960年代には最高潮に達した。前述したように連邦最高裁は、1972年にファーマン判決において、既存の死刑制度は合衆国の憲法修正8条の「残酷で異常な刑罰」の禁止事項に違反し、無効であるとされたのである。この点がわが国の死刑は憲法36条の「残虐な刑罰」にあらず、合憲であるとされたことと異なる。もっとも、ファーマン判決は、死刑それ自体の性質が「残酷で異常」であるというよりは、既存の制度下では死刑を科すかどうかの判断が、陪審ないし裁判官の裁量に全面的に委ねられているために、その適用ないし科刑手続が、恣意的・差別的なものとなっているから違憲であるとするものとも解し得るものであった。いずれにせよ、この

判決以後、全米の死刑言渡し件数は減少し、死刑確定被拘置者数も急減した。ところが、その後全米各地で凶悪犯罪が激増した。そこで、死刑の存置を求める世論が高まり、多くの州では死刑復活の立法化が図られることになったが、その際、判決で指摘された恣意的・差別的な適用の余地を排除しようとしたのである。その第1の類型は、一定の犯罪に対しては、死刑のみを絶対的に法定刑として規定しようとするものであった。第2の類型は、死刑の決定をするにあたり基準とするべき事由を法律上明示することにより、その裁量の行使を規制しようとするものであった。その後連邦最高裁は、ファーマン判決は死刑の適用を「まったく無基準の(unguided)」裁量に委ねるような死刑制度を違憲としたものであって、裁量の余地をいっさい否定したものではないとした。むしろ、裁量の余地をまったく残さない死刑の絶対的法定は、修正8条の基本趣旨に反する結果となると説いたのである。そして、死刑言渡し数はファーマン判決以前よりもむしろ多くなっている。もっとも、死刑執行数は激減しており、反対に死刑確定被拘置者数が激増していると言われている。

わが国の判例においては、前述したように、東京高裁判決で死刑適用の慎重さを求めた判決が破棄され差し戻された例があるが、これとは反対に、裁判所が、検事の求刑より重い刑(死刑ではないが)を言い渡した事例もある。ここでは、刑の量定が適正でなく、被告人に苦痛を与える非人道的残虐な刑罰であるとの主張がなされたが、憲法36条、38条1項に反しないとして退けられた<sup>48)</sup>。一般的に見ると、アメリカ合衆国に比べ、わが国では、裁判官の裁量の余地が広範なように思われる。

次に、絶対的死刑を定める犯罪についてであるが、わが国の場合は刑法81条(外患誘致罪)があるのみで、該当する事例は今のところ起きてはいないし、合衆国のような人種差別に基づく死刑宣告も見当たらない。このように見えてくると、アメリカには、凶悪犯罪の多さ・人種や価値観の多様さ、銃社会に伴う殺人事件の発生等、わが国やヨーロッパ諸国にはみられないさまざまな特殊事情がある。したがって将来死刑が廃止されることがあるにしても、わが国などよりは遠い将来となるのではないかとも思われる<sup>49)</sup>。

## 5. 死刑制度をめぐる論点の整理

### A. 犯罪抑止力の有無について

死刑制度の存廃論議において、常に重要な論点となるのは、この制度が犯罪に対する抑止力、威嚇力をもつのか否かである。しかし、少なくとも殺人犯に関する限りでは大きな疑問である。ある精神医の長年にわたる調査によれば、「死刑には私たちの社会を殺人犯の暴力から守るための威嚇力はない……というのも、犯行前に彼らは死刑の存在を知っていたにもかかわらず、その衝動性と現在にしか生きられない無能さゆえに、死刑を予想して(犯行を)自制することはできなかった(であろうから)<sup>50)</sup>」(カッコ内は引用者)と指摘できるのである。アメリカ合衆国においては、1960年代の後半以降、刑罰の犯罪抑止力に関して、指標犯罪についてのFBIの報告書(「統一犯罪報告書」)などの統計的データを用

いた多くの研究がなされてきた。社会学者の統計学的抑止研究は、その後、アーリックによって犯罪の経済学の立場に立ち、計量経済学的手法を用いて死刑の犯罪抑止力を問題にした。そして、その論文の中で1件の死刑が8件の潜在的被害者の命を救うという主張をし、その当時アメリカ合衆国で問題となっていた死刑の合憲性の論議に大きな波紋を投げかけることとなった。その後、アーリックの手法の検証を行った多くの研究がなされてきた。例えば、1967年に「死刑——1961年から1965年の動向」と題する研究では、「殺人事件に対する死刑廃止の影響について……殺人発生率が上昇しているところで、死刑廃止はその上昇を加速しているようには見受けられない。殺人発生率が下降しているところで、死刑の廃止はその下降を阻害しているようには見受けられない。殺人発生率が一定しているところで、死刑の有無はその状態に影響を与えているようには見受けられない。」との報告<sup>51)</sup>もある。

わが国においても、アーリックの示した経済学的手法を用いて、死刑の犯罪抑止力を検討した例がある<sup>52)</sup>が、今のところ、死刑が殺人の抑止力をもつという結論は出ていないようである。現在のところ、もともと犯罪の増減は刑罰の軽重だけに支配されるものではなく、もっと影響力の大きい種々の原因要素(例えば、経済的、社会的、精神的、倫理的な要素)の影響によって増減する<sup>53)</sup>との分析・評価が説得力をもっているのではないだろうか。

死刑の抑止力については、これまでも鋭い議論がなされてきたが、その論点を要約すると、抑止力を肯定する立場からは、「死刑の存在は罪を犯そうとするものにとっては大きな心理的抑制をもつ。長期にわたって、死刑の存在が人間の本能そのものを抑制する。社会的心理的コンプレックスを形成するのである」<sup>54)</sup>と主張される。反対に、抑止力を否定する立場からは、「第1に殺人犯には精神病者が非常に多く、死刑をもって威嚇したとしても殺人行為を阻止する反対動機にはならない。第2に生命一般の否定者に対して死刑に処すといっても威嚇にはならない。第3に激情犯にあっては、その感情は死よりも強い。第4に犯罪者は発覚しないと信じて行為する。」<sup>55)</sup>とも主張される。さらに、犯罪の発生を威嚇するのは刑罰の軽重とは関係なく、犯罪の発覚を確実にすること、犯罪者にとって発覚の危険性の大きさと刑事訴追の確実性、それに対する処罰が迅速であることの威嚇力がより大きいとの指摘もある<sup>56)</sup>。

ここで大切なのは、必ずしも死刑が犯罪抑止力をもっているという結論には達していないということである。すなわち、その効果に疑問のある犯罪抑止力を根拠にして、死刑制度の存置を主張できないということになる。

## B. 誤判の可能性について

倫理的な面からすれば刑罰たる死刑自体は容認できる<sup>57)</sup>という前提に立ったとしても、実際問題としては、裁判における誤判の問題を完全に否定することはできず、誤判による執行が行われた場合、死刑の場合には取り返しがつかなくなる点で他の刑罰とはまったく異なる。言うまでもなく「誤判」の問題はすべての裁判にあってはならない重大な問題であ

り、死刑をめぐる論争の場合にのみ提起され得る問題ではない。しかし、死刑という刑罰のもつ結果重大性を考慮すれば、死刑をめぐる議論の場合には、誤判の問題を最重要課題として扱うべきであろう<sup>58)</sup>。誤判が起こるのはごく少数の例に過ぎないことは予想できるが、免田事件（最一決昭和55年12月11日刑集34巻7号562頁）、財田川事件（最一決昭和51年10月12日刑集30巻9号1673頁）など報告されている例<sup>59)</sup>を見ただけでも、必ずしも無視できるほど少数だとは言えない。

「誤判がなぜ死刑廃止の理由であり、根拠であるかといえば、第一には、それによって正義の実現をめざす法の手続を通して、人の生命という基本的な権利を奪うという違法かつ不正義な結果が実現せられるからであり、第二に、誤判が事後に発見せられた場合には、犠牲者はすでに死亡しており、加えられた違法かつ不正義な結果は、もはや回復することが不可能となるからである」との主張<sup>60)</sup>があるが、これに対し、「死刑の誤判が回復できないのは事実だが、しかし、誤判の回復しえないのはひとり死刑に限るものではない……現行制度上からみると、他の刑におけるよりもむしろ死刑においては、誤判ははるかに起こりがたい<sup>61)</sup>」（傍点引用者）との反論がある。

誤判があってはならないのか、それとも誤判は起こりがたいのであるから無視してよいのかの問題は、刑罰をめぐる法制度には必然的に生ずるであろう論点であるから、死刑制度に特有の問題でないことは言うまでもない。しかし、死刑制度と他の刑罰制度との差異が、まさにこの誤判の問題をめぐる明瞭化していることに気づくべきであろう。

## 6. 死刑制度にかわる刑罰

戦後、刑法中一部改正法律案の審議の過程において死刑廃止法案が国会に上程された経緯もあるが、その骨子は、(ア)死刑廃止を目途とし、5年間死刑の執行を差し止める。(イ)国会は5年内に死刑廃止にともなう法令の改正を用意すること。(ウ)刑訴法475条(死刑の執行)、479条(死刑執行の停止)は、その期間その効力を停止する、というものである。そこでは死刑に代替すべき刑罰について、特に提案はされていない。

今やかなりの数の国が死刑を廃止しており<sup>62)</sup>、一部の国で死刑復活の動きが見られたものの、さしたる支障もない現状から、もはや死刑が欠くことのできない刑罰であるとは考えられない。したがって、死刑の存否は世論などを超えた国民的決断の問題であると言えよう。この国民的レベルにおいて死刑廃止が時期尚早だということであれば、漸進的廃止の方向として死刑適用の極小化に向かう方途を取らざるを得ないだろう。その方法としては、①絶対的法定刑（例えば、刑法81条の外患誘致罪）として死刑だけを定める犯罪をできるだけ少なくし、かつ、これらの犯罪についても死刑と他の刑を選択できるようにする。②死刑の適用を慎重にするための方法を講じる（例えば、死刑判決は裁判官の全員一致を要するなど）。③死刑の無期刑への転換を可能にする。それは死刑言渡の時にあって、また死刑の執行を延期して、その後の情状を見て行うやり方などが考えられよう。なお、昭和49

年5月、法制審議会総会決定の改正刑法草案は、死刑を廃止して死刑にあたる罪を減らすなどした上、48条3項には「死刑の適用は、特に慎重でなければならない」と規定した。また、死刑廃止論と関連して、死刑の執行延期の制度が考慮されたが、採用されるに至らなかった経緯がある。

そこで、死刑を廃止してすむのなら、死刑は無いのに勝るものはない。だが他方、死刑の相当する犯罪によって害を被った者、さらには被害者の遺族の心情などを無視せよとは決して言えないであろう。したがって、(ア)死刑を存置するにしても現在のままでよいのか、(イ)廃止するにしてもその代替刑をどうするかが考慮されなければならないであろう。

(ア)については、死刑が存置されているのであるから、死刑の宣告はするが、直ちに執行するのではなく、しばらく死刑の執行を猶予し、一定の猶予期間においてその間の改悛状況を審査し直した上で、改めて死刑を執行するかどうかを判断する、という案が考えられる。これは、死刑の執行猶予制と呼ばれており、わが国でもこの制度の新設が検討されたことは既に述べた。この制度の典型を1980年の中国刑法に見ると、中国の死刑執行は、即時執行と死刑執行猶予2年（死刑緩期執行2年）という2つがある。執行猶予2年は、死刑判決と同時に2年間の執行猶予を宣告し、その猶予期間中に労働改造を実施し、その態度如何によって、死刑執行するか減刑するかを決める。執行猶予付きの死刑判決を下す条件としては、①法定刑が絶対的死刑でない場合、②被告人がすすんで罪を認めたり、功績のあることを示したりした場合、③被告人の平常の素行が良く、犯罪動機が凶悪でない場合、④被害者にも一部過失があり、犯罪の責任がすべて被告人にあるとは言えない場合で、いずれも改悛の見込みが高く、即時執行の必要がないと思われるからである。労働改造中に確かに改悛した場合は、2年間の期間満了後に無期懲役に減刑され、さらに功績があれば、2年間の期間満了後に15年以上20年以下の有期懲役に減刑される。この制度の問題点としては、「改造を拒み情状が悪質」の判定基準、その決定時期の不明確、恣意的な適用、宣告を受けても絶えずつきまとう非人道的な死刑執行への不安などが挙げられる<sup>63)</sup>。

(イ)については、死刑を廃止して、その代わりに、生涯飼いや殺しの無期徒刑ないし終身の自由刑を認めるときは、終身刑務所に拘禁するために、国家の費用を無益に浪費するという批判に対してどう対処するかという問題が生ずる。また、終身の自由刑を採用するときは、生涯自由を回復する望みを断って自暴自棄となり、死刑に科せられることのない拘禁者によって、常に施設内の規則を無視した攻撃にさらされ、刑務所内は無法地帯になりかねない危険があるといった問題が生ずるであろう。さらに、仮釈放などのない完全な終身刑は、本人にまったく希望を失わせ、むしろ死刑以上に残酷なものとなるため、死刑に代わるべき最重刑は現行法の規定するような無期の懲役・禁固以外にはないと主張<sup>64)</sup>や、死刑に代わる無期徒刑によって一方の家族を救い、刑務作業による収入をもって被害者の損害賠償に充てるべきだとする主張<sup>65)</sup>などがある。いずれにせよ、死刑に代替する制度については、終身刑ないし無期徒刑、被害者補償制度などの問題点がこれまで十分に議論され、検討

されてきたとは考えられないので、今後の死刑廃止論のプロセスにおいて、慎重かつ具体的な代替制度案が提示される必要があると思われる<sup>66)</sup>。

さらに、死刑制度を論ずる上で重要な鍵となるのが「被害者および被害者遺族の立場」の問題である。表3に見られるごとく、国内の各種世論調査は、なお死刑を支持する傾向を示し、遺族からは「罪を償ってもらうには死刑以外にない」とする声がある一方で、「犯人を処刑にしない限りは被害者あるいはその家族の権利と感情を尊重することにならないし多くの被害者も同じように感じているという仮説があります。しかし、……（これまでの研究によれば）……犯人を死刑にすべきだと叫んだ被害者の家族は、依然としてその後も心の安らぎを感じてはいません」<sup>67)</sup>（カッコ内は引用者）との指摘を否定することはできないと思われる。いずれにせよ、被害者および被害者遺族の感情・利益を考慮するためには、「加害者の死」（＝死刑）によるしかない、とする短絡的な発想ではなく、加害者が死刑になることで、被害者および被害者遺族がどの程度の満足度を得られるのか、遺族への補償問題、犯罪者への制裁をめぐる市民感情の充足等、死刑にかわる措置を採った場合のメリットとデメリットを冷静に分析する必要があるのではないだろうか。

## 7. 結 語

上記の検討を通じて、筆者が素朴な疑問として思うことは、死刑制度が「罪に対する報復」を与える意図であるとしても、「被害者および遺族の感情」を和らげるためであるとしても、また「犯罪に対する抑止効果」を得る目的にあるとしても、「誤判」というリスクを犯してまで、なぜこれらの問題に対する答えとして「死刑」のみが主張されなければならないのであろうか<sup>68)</sup>。おそらく死刑存置論の基礎には「殺人者には死刑が最もふさわしいという固定観念がある<sup>69)</sup>」のであろうし、これを法的な次元で言いかえれば、「現在の民族的・法律観念、すなわち死刑を必要と認める国民大多数の法的確信<sup>70)</sup>」と説明するしかないのではないだろうか<sup>71)</sup>。

表1に示した通り先進国の多くは死刑廃止国である。死刑存置の世論にもかかわらず、廃止に持ち込んだフランス、イギリスについては既述した。また、国連でも廃止に向けた動きが活発化している。例えば、いわゆる「死刑廃止条約」（「死刑廃止をめざす市民的および政治的権利に関する国際規約第2選択議定書」）<sup>72)</sup>の採択などを挙げることができ、世界は徐々に死刑全廃に向けて動いていると言うことができる<sup>73)</sup>。

これに対し、我が国の世論は死刑存続の方向を示していると言えよう<sup>74)</sup>。ただし、世論をどこまで尊重すべきか、については議論があり、また場合によっては、世論を必ずしも尊重すべきでないときがある。少なくとも、世論を尊重すべき場合の条件として、「一般国民は死刑に関する十分かつ正確な情報を与えられている」との前提を掲げることができよう。しかし我が国では、凶悪犯人の犯行については、新聞・TV等で「いや」というほど見聞きできるが、死刑に関する事実については、驚くほど情報が少ない<sup>75)</sup>。その結果、我が国で

は、国民が死刑についてそれほど多くの情報をもっているとは言えないのに、その国民が死刑制度存続を願う、という皮肉な結果となっているのである。今後は、死刑および死刑制度についての当局による積極的な情報の開示が必要となる。情報のないところに正確な議論は生まれないからである。

死刑存廃論議の基礎には「そもそも人の生命を剥奪する権利を国が持っているのか」という大きな問題があるが、現在のところ、これに対する確固たる結論は見い出せない。本稿でもこの点については検討していない。なぜならこれを検討するためには、理論的考察以外に、個人の倫理観、宗教観等の問題に立ち入らざるを得ないからである。よって、本稿では死刑存廃論議に対する結論は述べず、次のような表現に止めておきたい。すなわち、刑罰としての「死刑」自体を必ずしも当然に否定する訳ではないが、これを現在の社会における「制度」として維持することには疑問が残る。その理由は、死刑制度というのはリスクが高い割には得るものが少ない制度である、と指摘できるからである<sup>76)</sup>。

アムネスティ・インターナショナルの活動や死刑廃止条約などによって、死刑廃止論は最近大きく盛り上がっている。既に見てきたように、わが国では、一挙に死刑廃止に持ち込むことは難しいと思われる。しかし、死刑についての情報が公開されるようになり、この問題についての専門家であると非専門家（一般市民も含む）であるとを問わず議論が積み重ねられた後には、この制度のマイナス面が理解され、死刑制度が廃止される可能性が生じるであろうと思われる。

## 参考文献

- 1) 表2を参照。
- 2) 死刑廃止国と死刑存置国の数を比べると存置国の方が多いが、先進国の多くは廃止国であり(表1を参照)、かつ毎年平均1カ国が死刑の廃止にいたっているとの指摘あり。アムネスティ・インターナショナル『日本の死刑廃止と被拘禁者の人権保障 [日本政府に対する勧告]』(日本評論社、1991年)82頁。
- 3) 総合特集シリーズ「死刑の現在」法学セミナー増刊46号(1992年)206-233頁。(以下、「死刑の現在」とする。)
- 4) 表3を参照。
- 5) 菊田幸一『死刑廃止を考える』(岩波ブックレット、1993年)14-20頁。
- 6) 前掲(註3)「死刑の現在」13頁。  
フランスでは、死刑廃止直前の調査で、死刑廃止に反対が62%、賛成派が33%であったが、81年10月死刑廃止の法律が成立した。(朝日新聞1992年12月4日[朝刊]5頁。)当時の法相ロベール・バダンテールは、来日の際に「死刑廃止というのは国民の賛同を得られるようなものではないので、非常な政治的勇気がある」と述べている。(朝日新聞1993年3月28日[朝刊]2頁。)
- イギリスでは、ときのキャラハン内相は「議会はときとして世論に先行して行動し、それを指導しなければならないときがある」とし、過半数を占めていた死刑制度に賛成する世論(存置85%)に背いて死刑廃止を断行したとの報告がある。(前掲(註3)「死刑の現在」13頁。)
- 7) 詳しくは表2を参照。
- 8) 朝日新聞1992年12月13日[朝刊]30頁、同1993年11月27日[夕刊]10頁、同1993年11月30日[夕刊]11頁。刑事訴訟法475条1項では、「死刑の執行は、法務大臣の命令による」と定められている。



- 9) 「所詮、死刑存廃の論議は何を正義と考え何を人道と思うかの感情論の相違に帰する面を強く持っている。」植松 正「死刑廃止論の感傷を嫌う」法律のひろば43巻8号(1990年)11—12頁。
- 10) 朝日新聞1993年11月27日〔夕刊〕1頁。
- 11) 再審請求については、村野 薫『日本の死刑』(柘植書房, 1992年)133頁。
- 12) 菊田幸一「死刑条項へのカウンター・レポート」ジュリスト1007号(1992年)3頁。「死刑の現在」246頁。
- 13) 毎日新聞1994年1月27日〔朝刊〕3頁。
- 14) 読売新聞1994年11月27日〔朝刊〕1頁。
- 15) 読売新聞1994年5月3日〔朝刊〕2頁。
- 16) “...nor cruel and unusual punishments inflicted”
- 17) “...nor shall any State deprive any person of life...without due process of law”
- 18) 「……残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる。」
- 19) 「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命……を奪われ……ない。」
- 20) *See In re Kemmler* 136 U. S. 436 (1890).
- 21) *Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86 (1958).
- 22) *People v. Anderson*, 6 Cal. 3d 628 (1972).
- 23) *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238 (1972).
- 24) *Gregg v. Georgia*, U. S. 153 (1976).
- 25) *See Proffitt v. Florida*, U. S. 242 (1976); *Jurek v. Texas*, 428 U. S. 262 (1976).
- 26) *See Woodson v. North Carolina*, 428 U. S. 280 (1976); *Roberts v. Louisiana*, 428 U. S. 325 (1976).
- 27) *Coker v. Georgia*, 97 S.Ct. 2861 (1977).
- 28) *Roberts v. Louisiana*, 97 S.Ct. 1993 (1977).
- 29) *McCleskey v. Kemp*, 107 S.Ct. 1756 (1987).
- 30) 前掲(註3)「死刑の現在」188頁以下 井上 大「黒人差別から死刑制度の存廃を問う」。三井 誠「死刑の合憲性」別冊ジュリスト59号(1978年)166頁。
- 31) 学説の立場については、例えば、佐藤幸治『憲法(新版)』(青林書院, 1989年)522頁。芦部信喜『憲法』(岩波書店, 1993年)191頁。木村亀二『刑法』(青林書院, 1960年)261頁。板倉 宏『刑法』(有斐閣, 1988年)31頁。藤木英雄『刑法講義(総論)』(弘文堂, 1984年)316頁。アムネスティ・インターナショナル編「死刑と人権(憲法と死刑問題)」(1989年)366頁以下。阿部純二「死刑と残虐な刑罰」別冊ジュリスト95号(1988年)222頁。上田勝美「帝銀事件」法学教室121号(1990年)40頁。木村亀二・阿部純二編「新版刑法」別冊法学セミナー27号(1976年)23頁を参照。
- 32) 団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社, 1992年)469頁。
- 33) 最判昭和23年6月30日刑集2巻7号777頁。
- 34) 最判昭和23年3月12日刑集2巻3号191頁。
- 35) 同上・192頁以下。(ただし、原文は旧漢字。)
- 36) 最判昭和24年8月18日刑集3巻9号1478頁。
- 37) 東京地判昭和30年4月15日判例時報50号1331頁。
- 38) 前者については、最大判昭和26年4月18日刑集12巻5号923頁を、後者については、最判昭和33年4月10日刑集12巻5号839頁を参照のこと。
- 39) 最大判昭和30年4月6日刑集9巻4号663頁。
- 40) 最判昭和36年7月1日刑集15巻7号1106頁。
- 41) ただし、「死刑の存置は単に応酬や報復の思想の表明なのではない。……良民の生命に対する保護(こそが中心的な目的である。)」(カッコ内引用者)との主張がある。前掲(註9)「死刑廃止論の感傷を嫌う」11頁。
- 42) 竹内 正「死刑廃止についての一考察」松山大学論集2巻5号(1990年)932頁。
- 43) 船田判決については、東京高判昭和56年8月21日刑集37巻6号733頁以下を参照。

- 44) 同上・787頁以下。
- 45) 最判昭和58年7月8日刑集37巻6号609頁。
- 46) 岡藤重光『死刑廃止論(第3版)』(有斐閣, 1993年)246—251頁。アムネスティ・インターナショナル・前掲(註31)「死刑と人権」368—369頁。
- 47) 詳しくは、前掲(註46)『死刑廃止論』268頁を参照。
- 48) 最判昭和25年7月14日刑集4巻8号1388頁。
- 49) 「先進国のうちで日本ほど犯罪の少ない国はないことは外国でもよく知られている。ホセ・ヨンバルト『刑法の七不思議』(成文堂, 1989年)219頁。
- 50) 小木貞孝『死刑囚と無期囚の心理』(金剛出版, 1991年)72頁。
- 51) 前掲(註3)「死刑の現在」206頁。
- 52) 松村良之・竹内一雅「死刑は犯罪を抑止するのか——アーリックの分析の日本への適用の試み——」ジュリスト959号(1990年)103頁。
- 53) 前掲(註9)「死刑廃止論の感傷を嫌う」13頁。
- 54) 小野清一郎『新訂刑法講義(総論)』(有斐閣, 1950年)229頁。
- 55) 木村亀二『死刑論』(弘文堂, 1950年)47頁。
- 56) 前掲(註3)「死刑の現在」206頁以下。
- 57) 例えば、「(死刑廃止論者は凶悪犯人といえども生命だけは保障すべきであると主張するが,)凶悪犯人の生命を保障して、(その結果)良民の生命に対する保護の怠慢を看過する(ことになれば、不合理ではないか。)(カッコ内引用者)(前掲(註9)「死刑廃止論の感傷を嫌う」12頁)との主張には共感を覚えるが、これが成り立つためには、「凶悪犯人」と「良民」との区別が正確にできていなければならない。すなわち「凶悪犯人」が間違いなく「凶悪犯人」でなければならないのである。「凶悪犯人」と目された者が「良民のうちの一」である可能性があれば、法によって保護されるはずの良民の生命が法によって奪われるという皮肉な結果に終わることになる。
- 58) 誤判をめぐる主張として、「各種の刑罰中もっとも顕著な回復不能が死刑に随伴することは論ずるまでもないけれども、自由刑などでも、誤判による人生の喪失は極めて重大であって、回復不能である。……誤判を前提とする死刑廃止論は子供だましである」(植松 正「死刑存廃論議の論理」法令ニュース25巻6号[1990年]14頁, 15頁)を掲げることができる。この主張は「人生の喪失」と「生命の喪失」を同じ次元でとらえているように思われるが、このわずかな(?)差異が大切なのではあるまいか。
- 59) 村野 薫『日本の死刑』(柘植書房, 1992年)132頁以下が日本の事例に詳しい。また、外国における誤判の事例としては、前掲(註46)61頁以下も参照。
- 60) 木村亀二『死刑の問題』日本学士院紀要27巻1号28頁。
- 61) 植松 正『全訂刑法概論I』(勁草書房, 1974年)343頁。
- 62) 表1を参照。
- 63) 前掲(註3)「死刑の現在」270頁。
- 64) 前掲(註46)『死刑廃止論』188頁。
- 65) 正木 亮『現代の恥辱・わたしの死刑廃止論』(刑罰と社会改良の会, 1968年)114頁。
- 66) アムネスティ・インターナショナル・前掲(註31)「死刑と人権」360—363頁。大塚 仁「死刑廃止論」ジュリスト300号(1964年)310頁。水木 浩他『テキストブック法学』(有斐閣, 1980年)192—193頁。前掲(註3)「死刑の現在」270頁を参照。
- 67) JCCD 編集部「アメリカにおける死刑反対者の意見——A Punishment In Search Of A Crime——by Ian Gray and Moria Stanley」JCCD 57号(1991年)16頁, 19頁。
- 68) 池田浩士「凶悪犯に重刑を! ——死刑と世論——」インパクション66号(1990年)129頁, 136頁も同様の指摘をしている。
- 69) 宮沢浩一「刑事政策演習講座(24)死刑(その二)」警察学論集44巻4号(1991年)137頁, 144頁。
- 70) 前掲(註42)「死刑廃止についての一考察」932頁。
- 71) 前掲(註9)「死刑廃止論の感傷を嫌う」12頁では、「(死刑廃止論者は凶悪犯人といえども生命だけは

保障すべきであると主張するが、) 凶悪犯人の生命を保障して、(その結果) 良民の生命に対する保護の怠慢を看過する(ことになれば、不合理ではないか。)(カッコ内引用者) その主張には共感を覚えるが、これが成り立つためには、前掲(註57)で述べたと同様な見方が主張できる。誤判をめぐる主張として、(前掲(註58)「死刑存廃論議の論理」15頁)を掲げることができ、そこで述べたと同様な見方が主張できる。

- 72) ロジャー・フッド(辻本義男訳)『世界の死刑』(成文堂、1990年)188—192頁。また、菊田幸一「国連の死刑廃止条約が発効——死刑廃止へ国民的論議を——」JCCD 58号(1991年)25頁も併せて参照のこと。なお、日本はこの条約を批准していない。
- 73) 大塚 仁『刑法概説(総論)(改訂増補版)』(有斐閣、1993年)457頁は、「やがて一般的に死刑の制度の消滅すべきことも予想される」と述べている。
- 74) 表3を参照。
- 75) 例えば、死刑執行があったという事実、執行された者の氏名、そのときの様子など当局は公表しないことが多く、また、刑場についての公開もされていない。
- 76) アムネスティ・インターナショナル日本支部調べ(1993年6月現在)によれば、全面的に死刑を廃止した国は52カ国、戦時犯罪など例外的な犯罪を除き廃止したのは16カ国、過去10年以上執行がなく、事実上廃止した国は19カ国の合計87カ国であり、死刑を存置しているのは103カ国という。76年以降、平均して年2カ国が廃止しており、同支部は「廃止はもはや世界的なながれ」と指摘する。(具体的に国名については、表1を参照。)
- 大谷 實『刑法講義総論(第3版)』(成文堂、1993年)510頁は、国民感情を重視し、「わが国の国民感情が変化し、死刑が……残虐性を感じさせるに至った時に死刑は廃止されるべきである」と主張する。
- 平野竜一「戦後刑事司法改革の回顧と展望」ジュリスト1000号(1992年)235頁。

## 資 料

表1 死刑存廃国の数

死刑廃止国(下記①～③に分けられる)	合計85カ国
①死刑を全面的に廃止した国 オーストラリア、オーストリア、カンボジア、コロンビア、フランス、ドイツ、オランダ、ニュージーランド、ノルウェー、スウェーデンほか計43カ国	
②通常犯罪についてのみ死刑を廃止した国 ブラジル、カナダ、イスラエル、イタリア、メキシコ、スペイン、スイス、イギリスほか計17カ国	
③事実上、死刑を廃止した国 ベルギー、ボリビア、ギリシャ、スリランカほか計25カ国	
死刑存置国	合計93カ国
ブルガリア、チリ、中国、キューバ、ギニア、インド、イラン、イラク、日本、ヨルダン、韓国、北朝鮮、クウェート、リビア、モロッコ、ミャンマー、サウジアラビア、ソマリア、南アフリカ、タイほか	

※表1は、アムネスティ・インターナショナルの調査報告(1990年10月現在)を元に作成したものである。アムネスティ・インターナショナル「日本の死刑廃止と被拘禁者の人権保障[日本政府に対する勧告]」(日本評論社 1991年)82-85頁。ところで、死刑存置国の中にはイスラム教国が多く含まれるが、これらの国では、教義上の理由により死刑廃止が難しいと言われている。団藤重光『死刑廃止論(第3版)』(有斐閣 1993年)235頁脚注(1)を参照。

表2 それぞれ過去30年間の(ア)第一審で死刑を言い渡された被告人の人数  
(イ)死刑の確定者数  
(ウ)死刑執行された人数

年次	(ア)	(イ)	(ウ)	年次	(ア)	(イ)	(ウ)
1964年(昭和39年)	12	9	0	1980年(昭和55年)	9	7	1
1965年(昭和40年)	16	7	4	1981年(昭和56年)	2	3	1
1966年(昭和41年)	14	13	4	1982年(昭和57年)	11	1	1
1967年(昭和42年)	7	14	23	1983年(昭和58年)	5	1	1
1968年(昭和43年)	15	11	0	1984年(昭和59年)	6	3	1
1969年(昭和44年)	9	10	18	1985年(昭和60年)	9	2	3
1970年(昭和45年)	9	14	26	1986年(昭和61年)	5	0	2
1971年(昭和46年)	4	7	17	1987年(昭和62年)	6	8	2
1972年(昭和47年)	4	7	7	1988年(昭和63年)	10	11	2
1973年(昭和48年)	4	5	3	1989年(平成元年)	2	5	1
1974年(昭和49年)	6	2	4	1990年(平成2年)	2	5	0
1975年(昭和50年)	5	3	17	1991年(平成3年)	3	6	0
1976年(昭和51年)	4	1	12	1992年(平成4年)	1	5	0
1977年(昭和52年)	9	3	4	1993年(平成5年)	—	—	7
1978年(昭和53年)	6	4	3	1994年(平成6年)	—	—	2
1979年(昭和54年)	7	4	1				

※—は不明。

※本表作成に当たっては、団藤重光『死刑廃止論(第3版)』(有斐閣 1993年)300-305頁掲載の表をもとに、朝日新聞1993年3月27日〔夕刊〕1頁、同1993年11月27日〔夕刊〕1頁、同1993年11月30日〔夕刊〕11頁、読売新聞1994年12月3日〔朝刊〕29頁を参考にして作成した。本年(1994年)については、12月1日に2名の死刑執行者が出たことが報じられた。

表3 過去10年間にわたって行われた死刑存廃に関する世論調査結果

実施年	実施機関	対象	存置	廃止	その他
1985年	JCCD	国会議員	63.4%	35.9%	0.7%
1987年	西南学院大	学生	44.3%	22.5%	33.2%
1989年	総理府	一般市民	66.5%	15.7%	17.8%
1989年	明治大学菊田研究室	法律家、法学部生	50.8%	43.6%	6.5%
1993年	読売新聞	一般市民	64.0%	28.0%	7.8%
1994年	総理府	一般市民	73.8%	13.6%	12.6%

※表3の作成に当たっては、アムネスティ・インターナショナル「日本の死刑廃止と被拘禁者の人権保障 [日本政府に対する勧告]」(日本評論社 1991年)37頁掲載の表、菊田幸・「死刑制度に関する意識階層の意見 — 本研究は辻本義男兼任講師との共同研究によるものである —」法律論叢62巻4・6号(1990年)17頁、26頁の表\*・1および67頁掲載の表、さらに読売新聞1993年6月1日〔朝刊〕2頁及び同新聞1994年11月27日〔朝刊〕1頁掲載の世論調査報告を参考にした。なお、質問の仕方によっては回答が誘導されることがあり、信憑性に疑問が残る報告もあることが指摘されている(菊田・同上25頁)ので注意が必要である。

## Issues on the Death Penalty and Its Perspectives

Hiroshi KAGEYAMA · Masahide KONO\*

*Faculty of Science,*

*Okayama University of Science,*

*Ridai-cho 1-1, Okayama 700, Japan*

*\*Faculty of Sociology,*

*Kibi International University,*

*Iga-machi 8 Takahashi-Shi, Okayama 716, Japan*

(Received September 30, 1994)

Japan is one of rare advanced countries which keep an unusual institution ,i.e., the “death penalty”. This article attempts to indicate some issues which the penalty has, including problems of “error” and “deterrent effect”. Though the public opinion in Japan supports the penalty positive, such a penalty should be abolished because of its potential risks; it is too late after execution. The authors think that it is the key for solving this dispute to disclose ‘information’ about death penalty and capital punishment as much as possible.