

死刑制度をめぐる思索： あるいは死刑制度を廃止すべき理由

江 藤 隆 之

- I 問題の所在あるいは問題の不存在について
- II 若干の検討
 - i) コスト
 - 1) 性質について
 - 2) 冤罪について
 - 3) 真相について
 - 4) 論理性について
 - 5) 非難メッセージの伝達について
 - 6) 歴史について
 - 7) 経済的コストについて
 - 8) 執行者規定および執行方法規定の不存在について
 - 9) 密行性について
 - 10) 国際コストについて
 - 11) 手段としての殺人について
 - ii) ベネフィット
 - 1) 予防効果について
 - 2) 代替的な現場殺について
 - 3) 被害者について
 - 4) 国民世論について
 - 5) 処罰感情について
 - 6) 教育効果について
 - 7) 社会契約論について
- III むすび

キーワード：死刑制度，死刑存廃論，刑罰論

I 問題の所在あるいは問題の不存在について

はたして死刑制度存廃論というものが有効に存在しているのだろうか。私は、刑事法研究者として、常にそのような疑問を抱いてきた。

刑罰は、国家が税金と公務員を使用して提供する公共サービスである。公共サービスは、何らかの目的のために提供され、それはコスト・パフォーマンスの最大化を志向する。たとえば、あるバイパスの設置が、幹線道路の渋滞を緩和するための施策として計画されるとき、少なくともそのバイパスは幹線道路の渋滞を十分な程度に緩和する効果を発揮するものでなくてはならず、設置および維持にかかるコストは合理的な範囲で低く抑えられるものでなくてはならない。渋滞の緩和効果のないバイパスの設置は正当化されないし、将来の交通量を考慮に入れても片側2車線で十分なのに片側4車線の大規模道路を建設して大幅にコストを増加させることも正当化されない。公共サービスは、コストとパフォーマンスを意識したものでなくてはならない。

刑罰制度は公共サービスのひとつだが、死刑はそのうちのひとつのコンポーネントにすぎない。そのコンポーネントのみを取り出して、死刑はあるべきだ、いや廃止すべきだという議論が有効なものとして成立するとは思われない。ある公園にジェットコースターを置くべきかという議論は、ジェットコースターが良いものであるか否かの議論からは始められない。それが住宅街の一角にある小さな児童公園であればジェットコースターなど到底置くことができないし、城下町にある入場料数百円ほどの長閑な景観を売りにする日本庭園であってもジェットコースターを設置すべきではない。そうではなくて、その公園が入場料を数千円とる若者をターゲットとしたテーマパークなのであれば、ジェットコースターは目玉アトラクションとして置いた方がいいということになるだろう。つまり、ある公園にジェットコースターを置くか否かは、ジェットコースターそれ自体の良し悪しより先に、その公園の敷地面積や予算、ターゲットとなる来園者等

の公園の全体像が決定されなくてはならない。公園のコンセプトが決まればおのずとジェットコースター設置の可否が決まる。死刑の存廃もまた、死刑そのものの良し悪しより先に、刑罰制度は何を目的としたものであり、国家は刑罰にどれほど予算や人員を割くことができるのかを議論しなくてはならない。そして、その議論がひととおり終われば、おのずと死刑があるべきなのか否かが決まってくる⁽¹⁾。すなわち、死刑の存廃は、それ自体が独立した議論の対象なのではなく、刑罰制度全体をめぐる議論の結論であるように思われるのである。このようにして、私は死刑制度そのものについて議論することに躊躇をおぼえてきた。

さらに、死刑をめぐる議論は、研究者、実務家、ジャーナリスト等によるこれまでの研究成果をすべてあわせるときわめて膨大なものになっており、先行する議論を網羅して整理しその上に何かを付け加えるのが困難であるのも、私が自らの死刑論を発表するのに及び腰になる理由となってきた。

しかし、死刑について何かを述べておかなければならないという気持ちは日に日に高まってきている。それは、袴田事件の再審⁽⁴⁾や死刑に関する議論が動きそうだという報道を目にし、ここで何かを述べておかなければこの究極の刑罰に対して何も述べないままに刑事法研究者としての人生を終えそうな予感がしているからである。膨大な先行研究を目の前にして、知的誠実さから沈黙を守るのも研究者としての在り方かもしれないが、自らが研究対象としている分野における究極の現実を見つめているのならば、自分なりにその問題に対する意見表明をしておくこともまた社会に生きる研究者の役割であるようにも思えてきた。

そこで、本稿を、先行研究をすべては検討しきれないという点では至らない点があることを認めながら、それでも刑事法研究者としての死刑をめぐる一定の思索を表明するものとして発表することにした。

その結論をあらかじめ書いておくと、刑罰は憲法秩序の枠内で、犯罪予防効果を発揮するものうち、コストが抑えられる内容の刑罰を採用すべきだが、死刑は予防効果が十分であるとはいえず、効果があるとしてもそれ

は無期自由刑によっても同様に発揮されるものであり、死刑はコストが高い割に利点がほとんどなく、それゆえ日本の刑罰制度においては正当化されない、というものである。

なお、本稿での「ベネフィット」と「コスト」は、単に「制度を運用することによって得られる利益／かかる負担」という程度の意味であって、経済的意味に限定されているわけではない。また、章分けも厳密ではない。廃止論の論拠に用いられると思われるものをコストの項で、存置論の根拠に用いられると思われるものをベネフィットの項で検討したものである。

II 若干の検討

i) コスト

1) 性質について

死刑は、死の刑ではなく、殺す刑である。「人が死ぬ」と「人を殺す」には質的な違いがある。したがって、死刑という名はミスリーディングである。本来であれば、この刑は「殺刑」と呼ばれるべきものである。それを死刑と呼ぶことで、あるものが巧妙に隠蔽されてしまっている。それは、その主体すなわち責任者である。

「人が死ぬ」という自動詞が使われるとき、主体は死者であり、それゆえ他者の関与を必要としない自然死や病死も含む。これに対して、「人を殺す」という他動詞が使われるとき、そこには必ず生命を剥奪する主体と剥奪される客体がいる。「死刑」という言い方では、受刑者の死は含意されているが、そこに主体がいることは明示されていない。深く考えなければ、一般国民は死刑を「凶悪犯が死ぬ刑」として理解し、その是非を論じてしまいがちになる。しかし、この刑を「殺刑」と正しく呼ぶならば、おのずと「誰が受刑者犯を殺すのか」という問題が立ち現れてくる。このような、殺す刑としての性質をまず見つめなければならない。

死刑（本稿では、すでに一般にも専門家にも受け入れられている専門用語である「死刑」を使うが、その本質は「殺刑」であるという点は常に念

頭に置いておく。)の主体は民主国家においては国民である。したがって、死刑は、本質的に全国民を殺しの主体とする刑だが、そのような刑に参加したくない者も強制的に殺しの主体とさせられるという意味において、一定の精神的・倫理的コストがかかっている。もちろん、自由刑は国民を強制的に監禁の主体とする刑だが、ここでのポイントは、監禁の刑に比して殺す刑の方が精神的・倫理的コストの総量が大きい点である。人の殺害に関与させられるのと人の監禁に関与させられるので、どちらの方が精神的苦痛が大きいかは人によって違いがありうる。ただし、一般的に前者の方により苦痛を感じる人が多いだろうことは、経験的に明らかである。したがって、生命刑と自由刑とでは、個々には殺すよりも監禁の方に抵抗を感じる人がいるとしても、国民の負担する精神的コストの総量は生命刑の方がより大きい。もちろん、倫理的コストは殺害と監禁では殺害の方が重い。

そのため、犯罪者の監禁によって得られる社会的利益と犯罪者の殺害によって得られる社会的利益とが等しい場合には、生命刑よりも自由刑を使用した方が良いことになる。また、仮に生命刑使用によって得られる社会的利益が自由刑使用のそれと比べて大きいとしても、それはコスト差を埋め合わせる程度に大きくなければならない。

2) 冤罪について

冤罪の問題については、様々な先行研究が述べているので、ここであえて触れる必要はなさそうである。具体的には、各年度の『冤罪白書』や西愛礼の『冤罪学』⁽⁸⁾や様々なドキュメンタリー・ルポタージュなどで冤罪の現実を知った後に団藤重光の『死刑廃止論』⁽¹⁰⁾や三原憲三の『誤判と死刑廃止論』⁽¹¹⁾などに触れればよいだろう。本稿ではただひとつ、冤罪は死刑の問題ではなく刑罰制度全体の問題だ、⁽¹²⁾という主張に対してのみ応答を行っておくことにする。

冤罪はすべての刑罰に起こりうるものであり、その意味で刑罰制度全体の問題である。したがって、冤罪の問題を死刑の問題に数えるのはおかし

いという議論には理がありそうに思われる。しかし、そうではない。すべての製品に欠陥があり、すべての薬品に副作用があるとして、それをどこまで許容して提供できるかという不良品コントロールの問題を考えなくてはならないからである。

たとえば、一般的な風邪薬は、風邪そのものを治療するのではなく、風邪の諸症状の緩和をするものである。その一般的な風邪薬に服用者がそれなりの確率で死亡する副作用があるならば、薬としては正当化できない。もしそうではなく、便が緩くなる程度の副作用が一定確率で発現するのであれば、副作用を明記の上で販売が正当化できるだろう。乳幼児向けのおもちゃについての場合も同様である。すべての製品に危険性があるとしても、その発現する危険が乳幼児の死亡を一定確率で惹起するような重大なものであれば販売は回避されるべきである。すべての薬品には副作用があるのだから、すべてのおもちゃには欠陥があるのだから、といって軽い副作用と重篤な副作用とを同列に扱って1か0かの判断をすることはできない。究極的には総論的に欠陥品の発生率を抑えるべきであるとしても、それでもなお、個別に当該製品・制度にどのような利益が期待可能で、それに対してどの程度の欠陥が想定されるかを検討し、その比較衡量により提供の可否が決定されるべきである。したがって、「冤罪はすべての刑罰にあるから刑罰各論の問題ではない」だけでは片づけられない、「この刑の冤罪はどうか、この刑の冤罪はどうか」という問い方はなお有効に発せられる。

ここでもちろん、自由刑の冤罪であれば取り返しがつくという主張をするつもりはない。自由刑でも罰金刑でも冤罪はその被害者に対して取り返しのつかないダメージを与える。人生の大切な時間を奪われたり、職場を失ったり、友人が離れてしまったり、心に大きな傷を負ったりする。したがって、死刑廃止論者がしばしば「死刑の冤罪は取り返しがつかない」というのは、「死刑の冤罪“は”」が強調されているとすれば誤解を生みやすい表現である。⁽¹³⁾先ほどのたとえであれば、薬品の副作用はどれも苦しいものであるし、乳幼児のおもちゃで乳幼児が死亡しなかったら怪我をしても

良いということにはならない。しかし、それでも、ある製品を社会に提供するときは、得られる利益に対する欠陥の取り返しのつかなさ⁽¹⁴⁾を問題にせざるをえない。

特に、刑罰は、人に対して強制的に適用される制度である点に着目しなければならない。薬品やおもちゃはその効用が明白であり、個人（や乳幼児の監護者）が自由意思で選択して購入するものである。薬品やおもちゃを使用しないことも、別の会社の薬品やおもちゃを選択することもできる。違和感があれば途中でその使用をやめることもできる。しかし、刑罰はそうではない。適正使用者（受刑者）に対してですら現にどのような効用があるのかは必ずしも一義的かつ具体的に明らかでなく、冤罪の被害者にとっては百害あって一利なしである刑罰が、死という苛烈な副作用をとまなうのであれば、より副作用の小さく同等のベネフィットが得られる刑罰での代替可能性が検討されなければならない。そして、後に検討するように、死刑の究極のベネフィットは、当該受刑者の再犯可能性をゼロにするというものであり、それは無期自由刑で代替可能な⁽¹⁵⁾のだから、制度設計者の観点からは死刑の提供を中止し、無期刑に置き換える方に舵を切るしかないと思われる。その取り返しのつかなさは、冤罪被害者に対するものにプラスして、上記1)で検討したように、国民の精神的コストの総量としても差が出てこざるをえないだろう。

3) 真相について

死刑は最も真相を知っている者の存在を消す。共犯者の裁判が確定するまで死刑は執行されない運用がなされているが、それはこの真相の埋没に配慮したものである。だが、裁判所の認定は刑事訴訟法的に真相となりえても、社会的意味としての真相にはなりえない。この事件はなぜ起きたのか、どうすれば防げたのか、事件後の行為者の心境の変化はどのようなものなのか、など刑事裁判には表れない真相がある。これらは個人的な語りにとどまらず、現に何が起きたのかという社会的な記録として、また類似の犯罪を防止する方策を練るための資料として社会的に価値があるものに

なりうる。松本サリン事件で妻を亡くし、自身も冤罪の被害者となった河野義行さんは、オウム真理教幹部らの死刑執行を受けて「事件の真相はその人に聞かないと分からない。本当の真実はなくなった」⁽¹⁶⁾と述べている。

真相を消し去るの⁽¹⁷⁾は、コストであると評しうる。

4) 論理性について

身体刑は禁止されている。つまり、ロープで受刑者の首を絞めて死ぬ前にはどくことは禁止されている。ところが、ロープで首を絞めて殺すことが許されているのは論理的に矛盾している。論理的に説明不可能な刑を置くことは、国家制度が論理矛盾を内包していても良いということを帰結し、それは国家制度の論理的整合性を一般的に害するコストである。

5) 非難メッセージの伝達について

刑罰は罪を犯した者に対する苦痛に乗せた国家的非難メッセージの伝達形式である。自由刑であれば、執行中から執行後にかけて受刑者の非難の受け取り方を検証する可能性が開かれているが、死刑はその執行にとまなうメッセージ伝達の有無や規範的效果が——事実上再犯が不可能になったという終身にわたりうる拘禁刑でも実現可能な事実的效果以外——検証できない。効果検証が原理的に不可能である事実は、公共サービスとしては欠点として数えるしかないだろう。

6) 歴史について

日本はかつて長期にわたる事実上の死刑廃止国であった。822(弘仁13)年、別勅により死刑を免ぜられた場合には徒役期間を15年までと定め、これ以降、死刑判決が下された場合には天皇の別勅により罪を減じて遠流とするのが慣例となった。朝廷の関与する正規の手続による死刑は保元の乱まで⁽¹⁸⁾300年以上にわたって停止された。また、古代だけでなく、現行刑法制定時にも帝国議会で死刑廃止論が活発に主張されていた。⁽¹⁹⁾

この歴史的事実は、単独で死刑廃止に向かわせるものではないが、仮に

「死刑は日本の伝統・文化に沿っている」という主張が死刑存置の方向でなされる場合には、それを打ち消す要因として働さう。

7) 経済的コストについて

死刑は経済的にも高コストである。たとえば、アメリカのインディアナ州は、2003年に州知事が設けた委員会の調査結果として、死刑は終身刑の1.3倍のコストがかかると結論づけた。⁽²¹⁾ また、カリフォルニア州での1978年死刑再導入以来、かかったコストは40億ドルであり、死刑執行されたのは13名なので、一人当たり3億ドル強かかっているという。⁽²²⁾ もちろんこれらアメリカの研究は、そのまま日本に当てはまるわけではない。アメリカでは死刑には通常の手続よりも厳密で高コストなスーパーデュープロセスが適用されることになっており、アメリカにおける死刑の経済的コストは日本におけるそれよりも高くなるものと思われる。

とはいえ、日本においてもアメリカ同様に死刑が無期拘禁刑に比して経済的に高コストであるということが出来る。たしかに、日本での死刑にかかるコストを終身拘禁刑にかかるコストと正確に比較した資料はなさそうである。しかし、次のように推察できる。すなわち、拘禁刑はほとんどの場合において集団処遇であり、空きのある刑務所の共同室に数名の新規拘禁刑受刑者が増えたとしても、その処遇費用が大きく跳ね上がることはない。ところが、死刑囚は拘置所における単独処遇であり、死刑を受けるために拘禁されている者1名の処遇にかかる経済的コストは、その携わる者の人件費をあわせ考えても、拘禁刑受刑者にかかるそれよりもはるかに大きいものになる。さらに、死刑がなければ必要のない死刑専用の設備の維持および管理も経済的コストとして計上しなければならない。死刑執行が1件もない年であっても、死刑専用の設備は日々維持・管理されている。したがって、もし死刑を廃止し、死刑囚をすべて無期拘禁刑受刑者にしたならば、死刑囚のための特別な対応も施設の維持も不要になり、経済的メリットがあるといえる。

なお、経済的コストを減らすために直ちに死刑を執行せよという言説は、

グロテスクであるという点を除けばありうる主張だが、そうすると冤罪コストが跳ね上がるという弱点を指摘せざるをえない。即時の死刑執行を求める主張は、再審無罪となった4件の死刑冤罪事件や袴田事件に対しても死刑の執行を求める主張だが、そのような見解を正当化する余地はない。⁽²³⁾

8) 執行者規定および執行方法規定の不存在について

死刑には適法な執行者および執行方法が存在しないという問題がある。このことを指摘する重要な書籍として櫻井悟史の『死刑執行人の日本史』⁽²⁴⁾がある。日本には死刑を誰が執行するか具体的に定めた法律は存在しない。刑事訴訟法475条1項が「死刑の執行は、法務大臣の命令による。」、同447条1項が「死刑は、検察官、検察事務官及び刑事施設の長又はその代理人の立ち合いの上、これを執行しなければならない。」と定め、刑事収容施設法78条1項が「死刑は、刑事施設内の刑場において執行する。」と定めるのみである。明治42年に制定されたかつての「看守職務規程」には、「看守上官ノ指揮ヲ承ケ死刑ノ執行ニ従事スヘシ」という条項があったが、現行の「刑務官職務規程」には刑務官が死刑に従事すべきであるという文言がない。しかも、そもそもこの「規程」は法務省訓令であって、法律ではない。人事院規則9-30の第10条は、刑務所又は拘留所に所属する副看守長以下の階級にある職員が死刑執行に関する作業に従事したときには手当を支給する旨定めているが、これはそれらの者が死刑の執行を担当するという職務分掌の規定ではなく、一般職の刑務官が死刑執行に関与した場合の手当を定めているにすぎない。つまり、刑務官が死刑を執行すべきことを明文で定めた法令は現行法には存在しない。それでもあえて法律上の根拠を探すとすれば、国家公務員法98条1項の「職員は、その職務を遂行するについて、法令に従い、且つ、上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない。」という一般的規定に求めるしかない。すなわち、刑事訴訟法475条1項に基づいて法務大臣から発せられ、幹部職員を通じて下りてくる命令に、部下の職員たる現場の刑務官が従わなくてはならないと解するのである。しかし、国家公務員法98条1項は、「その職務を遂行す

るについて」と書いており、死刑執行が刑務官の職務ではないとすれば、刑務官がこれに従う法的根拠はやはり存在しないというほかない。

刑務官が負う精神的負担は非常に重いものである⁽²⁵⁾。刑務官は報道で見た最近起きた凶悪犯の死刑を執行するのではない。死刑の確定判決を受け、十年から何十年も拘置所で生活しているいわば「かつて凶悪犯であった知人」を殺害する。担当刑務官は死刑囚と毎日のように交流を続けているであろうし、仮に執行当日にしか死刑囚に触れない刑務官であっても、その死刑の執行の際には、死刑囚の息遣いや体温を感じ、言葉を聞く。その目の前の人を殺害するのである。このような事情を考えると、明治時代の少なくない刑務官たちが死刑廃止を訴え、戦後も刑務官が死刑に反対する意見を出版したり参議院法務委員会公聴会で述べたりしたことは驚くべきことではない⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾。

このような見解に対しては、死刑の執行が辛いなら刑務官にならなければいい、職を辞すればいいではないかという反論がありうるが、その反論は正しくない。死刑の執行は刑務官の本来の業務ではないのだから、刑務官を辞めればいいということにはならない。死刑執行にかかる刑務官の負担は、警察官が現場で凶暴な犯人に立ち向かうことや消防士が消火活動に従事することなど本来の業務にともなう重い負担とは本質的に異なる。現に、法務省の刑務官の採用情報ページにおける仕事紹介では死刑執行業務に触れていない。むしろ「罪を犯した者を更生に導く」、「刑務官は被収容者にとって、いつしか社会人としての模範となり、彼らを更生に導く役割」、「人が変わっていく姿を実感でき、自らも成長していけることは、他の職業にはない刑務官の仕事の大きな魅力」と書かれており、受刑者の更生可能性を信じる者たちが働きたくなるような採用活動をしている。「罪を犯した人であっても立ち直れる」という信念を持つ人を主たる対象としてリクルートし、その業務内容に死刑があることも——非公式には周知の事実となっているにしても——公にせず、採用後に死刑執行命令を下すという⁽²⁹⁾のは問題であろう⁽³⁰⁾。

また、死刑執行方法の規定も存在しない。現在の絞首刑は、「絞首」を

定めた刑法 11 条 1 項を前提に、詳細は明治 6 年の太政官布告に拠っているといわれているが、実際には様々な面で太政官布告との齟齬を来している。このことは、絞首刑を合憲であるとする裁判所も認めるほどである。大阪高等裁判所平成 25 年 7 月 31 日判決⁽³¹⁾は、「現行の絞首刑の執行方法と明治 6 年太政官布告が規定した死刑の執行方法は、基本的事項では合致するものの、細部は多くの点で食い違いが生じている。また、弁護人が原審及び当審で立証するように、死刑制度や執行方法などに関して、諸外国では検討が進められ、様々な法整備もなされていることが認められる。そのような情勢などにも照らすと、生命を奪う究極の刑である死刑の執行方法について、今もなお、140 年も前の明治 6 年に太政官布告として制定され、執行の現状とも細部とはいえ数多くの点で食い違いが生じている明治 6 年太政官布告に依拠し、新たな法整備をしないまま放置し続けていることは、上記昭和 36 年最高裁判決が、死刑の執行方法は法律事項であると判示した趣旨にも鑑みると、立法政策として決して望ましいものではない」としている。

このように、日本においては究極の刑罰である死刑について、その執行者も執行方法も法令で厳密に定められないまま行われている。この事実は、「違法」と評することすらできる現行死刑制度の致命的欠陥である。この事実を前提とすれば、死刑存置論はもはや「存置」論ではいられない。法令上執行者も執行方法も存在しないのだから、今後も死刑執行を続けたいのであれば、死刑存置論は死刑執行の職掌を定める条文や絞首の方法を実態どおりに詳細に規定する法律の制定を主張する死刑創設論でなくてはならない。

なお、絞首刑を合憲であるとし、後の多くの判例に引用される最高裁昭和 23 年 3 月 12 日大法廷判決⁽³²⁾の有効性についても若干の付言をする。同判決は、連合軍占領下の日本で戦争指導者たちを処罰するための極東軍事裁判が行われていたまさにそのときに出されたものである。極東軍事裁判は 1946 (昭和 21) 年に始まり、1948 (昭和 23) 年の 11 月 12 日に絞首刑を含む判決を言い渡し終えている。つまり、最高裁昭和 23 年 3 月 12 日大

法廷判決は、連合国が日本の戦争指導者に対して絞首刑判決を出そうとするときの判断である。その状態で、日本の最高裁が「絞首刑は合憲である」と述べたことが、⁽³³⁾今なお何の批判もなく引用され続けることには疑問を呈しておきたい。⁽³⁴⁾

9) 密行性について

日本の死刑制度はほとんどが秘密のベールに覆われている。一般的な国民は死刑制度についてほとんど何も知らない。たとえば、死刑はどのような順番でいつ執行されるのか、絞首刑の具体的な執行手順はどのようなものか、死刑囚は即死するのかもしれないのか、執行直前の死刑囚の様子はどのようなものだったか、答えられる国民は多くない。専門の研究者ですらこのような情報にアクセスすることは不可能またはほとんど不可能である。いつ誰が死刑執行されるのかわからないし、現場での執行方法が適切であるかの第三者による監視・監督もない。つまり、死刑存置論は、「実態の詳細は不明であり、適切さもチェックもできないけれども、国が人を殺すことに賛同する」というものである。この不誠実な態度の原因となっている死刑の密行性は、民主制国家における死刑制度にとって正当化困難な欠点である。死刑に賛同するというのであれば、民主的な議論およびコントロールが可能な程度までにその公開をまず要求しなければならない。

後の国民世論の項でも触れるが、佐藤舞の報告によれば、⁽³⁵⁾国民が死刑についてよく知っているわけではないこと、死刑について学んだ後には意見が変化しうることが示唆されている。

ここで、ジョンソンによる恐ろしい記述を紹介しておく。「日本でも一部の死刑執行は確実に失敗していると思われる。執行が失敗して、刑務官のひとりが柔道の絞め技によって事を終わらせたということを刑務所当局の人間から聞いたことがあると、ある元検察官が筆者に語った。日本において執行方法に関する議論が見られないことは、おそらく死刑の密行性による。『優しく殺す』のではなく、『秘密裏に殺す』ことが、日本の正当化のための戦術なのである」。⁽³⁶⁾ここで語られているエピソードの真否は明ら

かでないが、そもそもこのエピソードの真否が確かめられないこと自体が死刑制度の密行性の問題を赤裸々に物語っている。

10) 国際コストについて

アムネスティ・インターナショナルによる『2022年の死刑判決と死刑執行⁽³⁷⁾』の報告書によれば、世界において法律上・事実上の死刑廃止国が144ヶ国、存置国が55ヶ国である。そのうち2022年に現に施行を執行した国は20ヶ国で、具体的には、アムネスティ報告書記載を執行数が付記されているそのまま引用すれば、「アフガニスタン〔+〕、バングラデシュ〔4〕、ベラルーシ〔1〕、中国〔+〕、エジプト〔24〕、イラン〔576+〕、イラク〔11+〕、日本〔1〕、クウェート〔7〕、ミャンマー〔4〕、北朝鮮〔+〕、パレスチナ国〔5〕、サウジアラビア〔196〕、シンガポール〔11〕、ソマリア〔6+〕、南スーダン〔5+〕、シリア〔+〕、米国〔18〕、ベトナム〔+〕、イエメン〔4+〕」である。

現在、いわゆる先進国と呼ばれる国で死刑を使用しているのは日本とアメリカしかない。アメリカは州ごとに死刑存置州と廃止州があるが、死刑廃止の方向が優勢になってきているようである。⁽³⁸⁾ バイデン大統領は死刑に消極的であり、連邦での死刑執行を停止している。ただし、アメリカでの流れは死刑に賛成するトランプ前大統領が、再び大統領となればまた違ったものになるだろう。本稿執筆時点（2024年5月）では、バイデンとトランプのいずれが次期大統領になるのかはわからない。

国連は、1991年死刑廃止条約を皮切りに、2007年の国連死刑モラトリアム決議（同決議は、2008、2010、2012、2014、2016にそれぞれ再確認決議がされている。）など死刑廃止の方向を強く推し進めている。また、欧州連合も日本が死刑を執行するたびにそれを非難する声明を発している。民主的な自由主義国としての地位を確立しようとする日本にとって、無視できない流れである。

このような状況に対して、世界の潮流を理由に日本も死刑を廃止すべきであるという主張は「日本人の『右に倣え』という国民性を表す」として、⁽³⁹⁾

異を唱える見解もある。また、日本は主権国家なのだから、日本の法制度は日本国民が日本の事情を勘案して決すべきであるという声にも一定の説得力がある。

だが本稿は、国際的な死刑廃止の潮流は、仮にそれがヨーロッパ主導のものであり、原理的には日本の法制度は日本が決定すべきものであるとしても、実利として無視することができないコストであることを指摘する。

たとえば、2021年12月6日の産経新聞1面記事は「日本政府は円滑化協定について豪州と平成26年に締結交渉開始で一致し、昨年11月に大枠合意したが、日本の刑法の最高刑が死刑なのに対し、豪州は死刑を廃止しているため、豪州が死刑の適用除外を求めて交渉は難航している。」と伝えている。この記事は、日本の死刑制度の存在が安全保障上の協定締結の妨げとなることを示している。仮に死刑廃止の潮流が欧州やオセアニア諸国を中心としたものにとどまるとしても、国際的プレゼンスが圧倒的に高いアメリカは別論、これからその国際的地位が急速に低下していくと予想される日本が、年間数件の執行を維持するために、米国や近隣諸国に次いで（あるいは並んで）友好関係を築くべき欧州・オセアニア諸国との摩擦原因を保有し続けるという選択は、国民主権的にはありうるとしても、コスト・ベネフィット計算においては、コストとして計上するほかない。日本が、「ヨーロッパに従う必要はない」とヨーロッパの要求を突っぱねて良いのはそのとおりであるとして、その「突っぱね」を続けられるだけの現実的な国力が、日本にこれから何十年後も存在し続けているのかは問われなければならない。⁽⁴¹⁾

以上、原理については譲った上で、現実的なコストについて検討したが、私は、原理においても欧州と歩調を合わせるべきであると考えている。日本は、明治時代に大陸ヨーロッパの法制度を採り入れ、欧州式の法による国家運営を宣言することで当時の欧州列強中心の国際社会で一定の信頼を得ることに成功した。現在の国民が望むと望まざるとにかかわらず、日本刑法は法典も理論も欧州の刑法を継受したものである。もちろん、だからといってすべて欧州に従う必要はなく、日本が「我々は独自の法理論で行

くのだ」と宣言することも可能ではあるが、歴史的な流れを踏まえれば、実体刑法の議論に「欧州は無関係だ」というのは無理がある。欧州由来の法理念を廃棄すべきだというのならば、どのような基礎理論、どのような体系に基づいて日本の刑法を制定・運用していくことができるのかを対案として明らかにしなければならない。

11) 手段としての殺人について

殺人そのものが楽しいという快樂殺人犯を除けば、殺人犯にとって殺人は、たとえば財物を奪うための、たとえば保険金を得るための、たとえば恋愛関係のもつれを断ち切るための、人間関係リセットのための「手段」である。つまり、殺人犯は「殺人によって何かを解決しよう」としたのである。そのような殺人犯の動機はもちろん肯定することができない。ところが死刑は殺人犯と同じ動機づけによって行われている。死刑制度は「殺人犯は許せないから、あるいは社会の邪魔者であるから、あるいは犯罪抑止のために、罪を犯したから償いのために、殺す」という制度である。それは殺人犯の動機を肯定することに他ならない。「ある目的達成のためには人を殺してよい」ということになるからである。あるいは「人を殺して一件落着」という思考を肯定している。この「手段としての殺人」をどうしても肯定してしまう点⁽⁴²⁾は、死刑存置のデメリットである。

ii) ベネフィット

1) 予防効果について

死刑制度に維持すべき便益があるかを議論するとき、まず犯罪予防効果が議論の俎上に載るだろう。仮に死刑が他の刑罰よりもより効果的に犯罪を減らすのならば、死刑を存置するメリットとして数えられることになる。

ところが、死刑の予防効果は証明されておらず、むしろ死刑の長期拘禁刑を超える予防効果⁽⁴³⁾については否定的な見解が支配的である。アメリカには死刑存置州と死刑廃止州があるが、一貫して死刑廃止州の方が殺人事件の発生率が低い⁽⁴⁴⁾ことが報告されている。死刑を廃止した国々においても、

死刑廃止によって犯罪が増えていないことが統計によって示されてきた。⁽⁴⁵⁾

死刑が犯罪を抑止するに違いないという考えは、人間が自己の行動を合理的に選択するという人間観と人は皆自己の生命に最大限の価値を置きそれを天秤に乗せて行動するという素朴な信念によって支えられている。⁽⁴⁶⁾しかし、我々は、凶悪事件に限らずともそうではない現実を日々観察している。たとえば、バイクのヘルメット非着用（ノーヘル）運転は低くない確率で自己の死亡結果を惹起すると思われるが、実際にバイクのノーヘル運転をする者は後を絶たない。このとき、「そのようなことをしたらあなたの命が失われる可能性がある」という事実は、ヘルメットをかぶらない理由（髪型なのか、開放感なのか、カッコつけているだけなのかは不明）を抑え込むことすらできていない。シートベルトを着用しないで高速道路を高速度で運転する者や飲み会で一気に飲みをする者には、「その行動をとると一定の確率で訪れる自己の死」がブレーキとなっていない。

死刑に一般予防効果があると期待する者は、殺人犯が合理的な判断をする生命尊重者であると想定しているのだが、その想定は残念ながら正しくない。これは何も一定の人々を特殊であるとして一般人との間に溝を掘って排除しようとしているのではない。殺人者は常日頃からおかしな人であると決めつけて、極端な決定論や生来犯罪人説を述べているのでもない。人は誰もがときに不合理な行動を取る。それは、本人にある程度の選択の自由がありつつも、その時点の様々な状況に影響を受けているからである。それが、強い興奮状態を引き起こす逸脱行動であるならばなおさらである。死刑の予告はおそらく逸脱行動をしない状態にある者（理性が十分に働く状態にある者）には一定の行動制御効果をもたらすが、そのような者は死刑の予告がなくても人を殺したりはしないのであり、今まさに人を殺そうという心理状況になっている者には、死刑の予告は行動制御のきっかけとして届くことはない。むしろ、生命をかけたゲーム、あるいは他者を巻き込む拡大自殺のような殺人のアクセルとして意識されることすらありうる。⁽⁴⁷⁾実際、一気に飲みやスピード超過運転は死の危険があるからこそ「カッコつけられる・イキれる」のであって、それがアクセルになっている。飲

み会での健康サラダのゆっくり食べや道路上での安全運転に感情を揺さぶられて「我も我も」と自制心を失ってしまう人はおそらくいない。

以上が、行為者を含んだ死刑の事前の威嚇効果についての検討である。おそらくそれは存在しない。これに対して、再犯の防止という意味における事後の特別予防は、死刑には完全に備わっている。その意味で、死刑の再犯防止効果は絶対的である。しかしそれは、倫理的にも経済的にも国際的にもよりコストの低い終身に至りうる拘禁刑の運用によって代替可能な効果である。

したがって、死刑の犯罪予防効果を死刑の便益として計上することはできない。

2) 代替的な現場殺について

死刑廃止国において現場殺が行われていることを指摘して、死刑廃止論の欺瞞性を主張する見解がある⁽⁴⁸⁾。もし仮に、死刑を廃止したらその代替処分として現場で行為者を殺害することになるのであれば、それは死刑廃止のデメリットであり、ひるがえって死刑存置のメリットであるといえる。人権保護の観点からも真実発見の立場からも、何の弁明もなくその場で行為者を殺害するよりも、刑事手続を履践してから処罰の方が好ましいからである。

しかし、このような現場殺と刑罰としての死刑との間には関係がない。したがって、この主張には論拠がない。

現場での行為者の殺害は、現に被害者の生命が危険にさらされていることが前提であり、その行為は被害者の生命を救うものである。この行為は警察官のみに許されているわけではなく、刑法36条の正当防衛によって、法定の要件が揃えば誰の行為であっても正当化される。警察官が行えば、さらに警察官職務執行法7条に基づくことを前提に刑法35条の法令行為としても正当化の対象となりうる。繰り返すが、これは被害者の生命を救う行為だから正当化されるのである。現に、日本でも、アメリカの死刑存置州でも、その他の死刑存置国でも、人質をとった犯人を射殺することが

ある。

これに対して死刑は、すでに制圧され無力化され、身柄を拘束されている者の生命を奪う刑罰であり、これを執行しても誰の生命を守ることにもならず、執行しなくても誰かの生命を危険にさらすことになるわけでもない。今まさに攻撃があるときに攻撃者に対して緊急行為として防衛力を行使するのと、攻撃終了後に無力化された元攻撃者に対して報復的攻撃を加えるのとは性質がまったく異なる。

警察官が街中で犯罪者に対処するとき、犯罪者が銃や爆弾を所持しているなど重武装であればあるほど現場で殺害する可能性が高くなり、軽武装であればあるほどその可能性は低くなる。日本と欧州で犯人の武装度が異なれば、現場殺率が異なるのは当然の帰結である。

なお、たしかに、日本の警察官が銃器使用に慎重であるという側面はあるのかもしれない。だがそれは、日本の警察官の生命尊重の態度が素晴らしい⁽⁴⁹⁾といえるものではあっても、死刑存廃制度とは関係がない。日本で死刑が廃止されれば日本の警察官が現場で犯人を射殺するようになるわけではないからである。

3) 被害者について

もし死刑の存在が犯罪被害者の保護につながるのであれば、死刑を存置する便益に数えることができる。それどころか、もし死刑制度がすべての被害者の回復にとって有効だということが立証されるのであれば、それだけで死刑制度を維持する十分な理由になりうると思われるほどである。

しかし、当然のことながら、現実の被害者には様々な人がいる。犯罪被害者支援弁護士フォーラムが『死刑賛成弁護士』⁽⁵¹⁾の中で紹介するように、犯罪者に対して激しい憤りを感じている被害者が多数派であろう。しかし、そのように憤り、殺人者の死刑を求める被害者にも田鎖麻衣子が「死刑は被害者のため」⁽⁵²⁾なのか」で紹介するように、感情の変化が訪れることもある。死刑囚の執行を望んでいたが、死刑の執行が行われても心が晴れなかったという遺族もいる⁽⁵³⁾。また、この議論の際にしばしば登場する原田正

治さん⁽⁵⁴⁾のように、死刑の執行を求めない遺族もいる。佐藤大介は『死刑に直面する人たち』⁽⁵⁵⁾で、全国犯罪被害者の会の高橋正人弁護士と弟を殺された原田正治さんの主張がともに被害者の立場に立ったものでありながら対立する内容であったことを指摘している。また、佐藤は同書で厳罰化を求める世論や死刑制度に対して疑問を抱いている原田さん以外の犯罪被害者も紹介している⁽⁵⁶⁾。さらに、河野義行さんも、自身の妻の命を奪ったオウム真理教幹部の死刑の執行に際して「何の解決にもならない」、「(執行は)残念」とのコメント⁽⁵⁷⁾を寄せ、死刑制度については「人は間違ふ。それでも制度を維持するのは命の軽視」と指摘した⁽⁵⁸⁾。このように、すべての被害者がその回復のために死刑を必要としているわけではない。それどころか、死刑の執行を残念に思う被害者もいるのである。

犯罪被害者を保護し、その回復を支援することは、国家、社会、コミュニティの重要な任務である。それは、具体的な被害者の声に耳を傾けながら、心理・経済を含めた長期に亘る包括的な支援制度を確立するものでなければならない。ところが、激しいインパクトを有する死刑の存在は、具体的支援の目くらましになりかねない。凶悪犯罪が起きたとき「死刑にすればいい」といいさえすれば被害者の味方をしたかのような錯覚を起こしてしまう。そのことを、被害者の回復を支援する立場から刑事法を考察してきた高橋則夫は次のように表現している。すなわち「応報感情の充足の前に、回復感情の充足という課題に取り組むべきであり、その点にこそ、被害者保護の実質的課題があるにもかかわらず、死刑こそ被害者保護になるという短絡的思考が流布しているように思える。この思考によれば、死刑によって被害者保護は完全に充足されることになるが、それは幻想である。死刑制度は、適切な被害者保護施策の実現を阻むものといえるだろう⁽⁵⁹⁾」と。一般市民が犯罪報道に接したとき、最初の問いは「被害者をどのように支援できるだろうか。自分が被害者のためにできることは何であろうか」であるべきところ、怒りの感情の高ぶりとともに「この犯罪者を死刑にしろ。死刑にすればいいんだ。それが被害者のためなんだ」で終わってしまうとすれば、それは高橋則夫の指摘のとおり、死刑制度が被害者保

護の施策の実現を阻んでいるといえるだろう。

また、松原芳博が指摘するように「殺人の被害者に家族がいない場合もある。家族全員が殺された場合も、遺族は存在しない。被害者が家族全員から疎まれていた場合もあろう。親子間や夫婦間の殺人では、加害者が同時に被害者遺族でもある。これらの場合にも、殺人犯人の処罰が必要であることはいうまでもない。このことは、遺族感情の充足が刑罰の主要な目的となりえないことを示している。また、遺族が強く厳罰を求めている場合と前記の場合とで、刑の重さに大きな違い（特に死刑と無期刑の違い）が生ずるとすれば、それは被告人にとって納得し難いことであるのみならず、命の価値に差をつけるものであって、人命の尊貴さを損なう⁽⁶⁰⁾」といえよう。

井田もまた、「すべての被害者遺族が犯人に極刑が科されることを望むとは限らない」が「死刑を望む被害者遺族はいる」ということを認めつつ、その解決の方向は、「法制度の合理性が失われない範囲内⁽⁶¹⁾でできる限りのケアとサポートを提供する」という態度を堅持するほかない⁽⁶¹⁾（傍点原文ママ）と結論づける。

私なりにまとめれば以下のとおりになる。被害者のケアは現実の被害者の具体的ニーズに可能な限り対応するものでなくてはならないが、刑罰制度は私的感情を排した一律の公正な制度設計が目指されており、そこに十分な具体的被害者保護の役割を担わせることは困難である。刑罰は、国家が新たな害を創出して受刑者に加えるものではあっても、被害者や社会に回復をもたらすものでない以上、仮にその望みどおりに死刑判決が下され執行されたとしても結局被害者を満足させることはできない。それどころか、故意の殺人でも死刑判決が下されるのは1～2%程度であり、そもそも死刑判決を得ること自体が困難である⁽⁶²⁾。一般市民は、凶悪犯罪に対する処罰感情の高ぶりと死刑の持つインパクトによって事件をもっぱら「死刑か否か」の観点から見ることになり、実際の被害者が置き去りになってしまう。刑事裁判は、国家が行為者に対して刑罰を加えるか否かを認定し、刑罰の質と量を決定する手続だが、そこで行われているのは国家と被告人

の攻防である。その攻防への参加は、被害者をときに傷つけることになりかねない。被害者には、意見を述べたり情報を得たりする権利があり、被害者が自ら行為者に対する処罰感情を表明したいと願うのは当然だが、周囲が被害者に戦いへの参加を強要したり、被害者本人ではなく自己の中にある抽象的な被害者象を基準に議論することは間違っている。国家が被害者に提供すべきなのは、戦いへの参加切符ではなく、回復支援である⁽⁶³⁾。そして、マスコミには、被害者を追い詰めるような取材をしないという、節度ある態度が求められている⁽⁶⁴⁾。

さらに、被害者が望んだから死刑にしたという表現を肯定するならば、それは国家が刑罰を下すという責任を放棄して、被害者にかぶせていることになり不当である。事件が冤罪であったときのことを考えればなおさらであろう。また、行為者の死刑を望んだ被害者自身も、「被害者が望んだから死刑」という議論に違和感を表明していることも忘れてはならない。光市母子殺害事件の被害者遺族で行為者に対して死刑を求めてきた本村洋さん⁽⁶⁶⁾も、一般国民が思い浮かべる抽象的被害者像のように、自分が死刑を求めてきたから行為者が死刑になってよかった、などという短絡的な議論をしていない。むしろ本村さんの言葉を丁寧に読めば、まったく別の考えを示していることがわかる。本村さんは自身の妻と子の命を奪った行為者の死刑判決に対して「悩み続けた13年間だった。遺族としては満足だが、決して喜びの感情はない。判決に勝者はいない」とコメントした。さらに、「悩んで下した判決だったと受け止めたい」、「反省の情があれば死刑は下らなかった。残念だ。生きてやり直すことは司法が許さなかった」と述べている。このコメントには、自分が死刑を求めたから死刑なのではなく、判決は司法が責任をもって宣告するものであり、遺族は判決内在的ではなく、判決を受け止める側であるという前提が表れている。また、「反省の情があれば死刑は下らなかった。残念だ」という言葉からは、本当に欲しかったのは死刑判決よりも、真摯な反省の情であったことも読み取れる。また、本村さんが「3人の命を無駄にしないよう、死刑のような判決が出る事件がない社会を実現するにはどうすべきか、考えるきっかけになれば」

と訴えたことも重い。本村さんは、「命」に被害者となった妻と長女だけでなく行為者も含め、その現実的な犯罪抑制の議論を望むことを表明している。このような被害者の思いを真摯に受け止めるならば、「被害者が死刑を望んでいるから死刑だ」、「被害者は犯罪者の死を願っている。他の可能性は一切ない」という短絡的な主張には至りえないだろう。

以上の考察からすると、被害者感情の慰撫を死刑を存置すべき一般的な根拠として数えることはできない。

4) 国民世論について

民主国家として、国民が刑罰制度を支持している必要はある。しかし、その具体的な刑罰各論については、国民の賛否を参照すべきだとしても、それは決定的な要素とはなり得ない。たとえば、国民の過半数が鞭打ち刑や入れ墨刑を望んだとしても導入すべきでない。また、国民の多くが懲罰のために刑務所内の処遇状況を悪化させ、受刑者の人権を剥奪すべきだと考えているとしても、そうすべきでない。これは刑罰についてのみいえることではない。ある地域に国道を通す場合、その重要性や地権者の立ち退き等についての具体的な理解は必要でも、どの交差点に右折レーンを置くか、どの区間にどのような速度制限を設定するか等の議論は地域住民の要望を参考にしつつも、統計的事実を基礎に専門家・担当者が検討すべきことである。また、公的医療保険制度について国民の意思がその議論に大枠として反映されるべきであるとしても、個別の薬品への保険適用の可否の決定権を世論が持つべきではない。このように、刑罰制度には国民の一般意志（それは、憲法の範囲内で適切な刑罰制度を構築・運用してほしい、犯罪をできる限り減らしてほしい、公正な裁判を行ってほしい、冤罪をなくしてほしい、予算の無駄遣いはやめてほしい、などであろう）の反映が必要であるのは当然としても、それに反するような特殊意志（憲法を踏み越えてでも報復してほしい、犯罪が減らなくてもいいから復讐したい、この事件は自分の思うとおりに裁いてほしい、冤罪でもいいから重い刑に処してほしい、モヤモヤした気分をスカッとさせてほしい、など）がもし出

てくるのだとしたら、それらについては参考にするべきでない。

その意味においては、死刑のみに焦点を当てた世論調査にはほとんど意味がない。国民には、法的に認められる範囲内で犯罪予防効果が期待できる刑罰セットのうちコスト・パフォーマンスが最大の適正なものを望むという意思表示が求められるが、個別の刑罰に賛否を示す必要はない。⁽⁶⁷⁾したがって、国民が死刑を望んでいるということは死刑制度維持の理由にはカウントできない。

とはいえ、多くの研究は国民世論を死刑論の参考にしているので、本稿でも簡単に触れておく。

佐藤舞は、内閣府世論調査における「国民の80%が死刑存置を支持している」というデータにおける「存置派」の本当の意味を探るためにミラー調査を行った。その結果、死刑について「絶対にあつた方が良い」と考える熱心な存置派は、存置派80%のうち27%の少数派であった。佐藤はさらに審議型意識調査のデータを分析する。これは、死刑制度について学ぶために2日間集まって小グループでお互い審議・意見交換をした後に、追跡面接を受ける調査である。そこには死刑廃止派、存置派の双方、被害者遺族、被害者遺族のために活動する弁護士、日弁連の代表者も参加した。つまり、死刑についての知識がない状態での意見だけではなく、死刑について賛否の知識・意見に触れた後の意見も調査したのである。すると、一定の参加者に意見の変化が見られた。⁽⁶⁸⁾

以上のことからすれば、人の生命を剥奪する究極の刑罰について、正確な知識のない状態の国民の意見を聞いても意味がないように思われる。現に、死刑を廃止した諸外国でも、国民世論に反して政治家主導で死刑が廃止されたところが多い。そのような国にあつても、死刑廃止後は、国民が死刑廃止に理解を示すに至っている。

なお、佐藤の調査では、「死刑制度の将来を誰が決定すべきか」に対して「内閣府世論調査」と答えたのが40%で「専門家と国家機関」と答えたのも40%である。⁽⁶⁹⁾国民の支持は、刑罰制度全体に対しては当然必要だが、その個別の刑については専門的に決定すればよいという私の立場は、国民

によっても一定の支持を得ているといえるのではないだろうか。

5) 処罰感情について

凶悪な犯罪行為者に対する処罰感情は、たしかに存在する。それは、上記3)で検討した被害者にも、上記4)で検討した国民にも存在する。もちろん、国民でない日本在住者・滞在者にも、それどころか事件とも日本ともまったく無関係の者にも存在するだろう。たとえば、インターネットで日本のニュースに触れた外国在住の外国人が、事件に対して怒り、悲しみ、行為者への処罰感情を募らせることも考えられる。処罰感情は、人間の根源的な感情のひとつであり、それを否定し去ることはできない。

だが、ここで問われなければならないのは、処罰感情の有無ではなく、処罰感情によって刑罰制度を構築すべきなのか、処罰感情が刑罰の内容を決定づけるか否かである。

もちろん、その答えは否である。刑罰制度は、特定の処罰感情によって決定されるものではないからである。⁽⁷⁰⁾

現在の日本にはおよそ1億3000万の正義感がある。しかし刑罰制度は1つである。刑罰制度はおよそ1億3000万の正義感に目をそむけてはいけませんが、個別の正義感に引きずられることがあってもならない。刑罰制度はある特定の正義感の実現ではなく、ときに激しく対立する正義感間の冷静かつ公正な調整を目指すものである。

6) 教育効果について

死刑には、死をもって償うべき罪があることを知らせるといいう教育効果があるという見解もあるが、なぜそのような教育効果を死刑によって達成しなければならないのか、なぜ無期の拘禁刑ではいけないのか、冤罪があっても死刑があるべきだといふのは教育効果としては逆効果なのではないかなどの疑問がある。⁽⁷²⁾

7) 社会契約論について

社会契約論から「自分が人を殺したときには自分の命を差し出す」という自戒的契約を導き出そうとする議論もある⁽⁷³⁾。むしろ、このような議論がかつての死刑存廃論の古典的な議論であったともいえる。たとえば、ルソーは「刺客の犠牲にならないためにこそ、われわれは刺客になった場合には死刑になることを承諾しているのだ⁽⁷⁴⁾」と述べ、ロックは政治権力に死刑を制定する権利を認めている⁽⁷⁵⁾。しかし、社会契約という現実の具体的な契約や法律とは異なる抽象思想的な想定から刑罰制度における個別の刑罰の具体的な正当化を試みようとする事自体に無理がある。国家の成り立ちを理論的抽象的に説明するのならばともかく、具体的な制度を社会契約論から説明することが許されれば、それは巨大なブラックボックスとなろう。現にベッカー⁽⁷⁶⁾は社会契約論をとりながら死刑を否定したのである。

さらに、私の立場からひとつ付け加えておく。国家が自然状態における各人の自然的な権利を持ち寄って作られたものであるとすれば、死刑存置論は「人には人を殺す権利がある」というところから出発しているといわざるをえない。人には人を殺す権利がないのだとしたら、それらの者がいくら集まって「社会契約」をしても「殺刑」制度は帰結されない。「自分が人を殺したときには自分の命を差し出す」という自戒的契約が社会契約論から導かれるとすれば、それはせいぜい凶悪犯の自発的な自死の制度までであろう。社会契約論をもって死刑を肯定する立場は、本稿の最初に検討した死刑の本質である「殺刑」性を見失っていると思われる。

Ⅲ むすび

ここまで、死刑制度のコストとベネフィットについて検討してきた。その結果、以下のことがいえる。

検討前、死刑存廃問題は、多くの人にとって、「凶悪な人が死にます。すると別の凶悪な人の出現を防げます。被害者もみんな死刑を望んでいます。さあ、賛成ですか、反対ですか」というものに見えていたかもしれな

い。ところが、検討をしてみると、それは「凶悪な人（その中には無実の人が含まれる可能性があります）が、法律で明確に定まっていない方法によって、本来の職務内容ではない公務員の手で殺害されます。その具体的な内容は国民には公開しません。他の凶悪な人の出現を防ぐこともできません。同等の効果が得られる他の手段よりも税金がかかります。国際関係においてもマイナスに働く可能性があります。被害者を癒すこともできません。さあ、賛成ですか、反対ですか」というものとして立ち現れる。そうであれば、感情や正義論⁽⁷⁷⁾をどうこういう前に、税金と公務員を利用した国家公共サービスとして、死刑制度は適切でないというほかないように思われるのである。

もちろん、本稿で見落とした検討すべき課題はなお残されているだろう。
(了)

注

- (1) 私の刑罰論は、再社会化の意味での特別予防を対行為者原則、規範的一般予防を対一般原則とし、刑罰は現に犯罪を減らすために正当化されるというものである。その大まかな構想は、江藤隆之「規範理論に基づく二層の体系」『高橋則夫先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2022）51頁以下、特に63頁以下に書いてある。私の構想からは、行為者との関係において再社会化を試みないことは許されないため、死刑制度は否定されることになる。
- (2) 井田良『死刑制度と刑罰理論』（岩波書店、2022）は、刑罰理論から死刑制度にアプローチしようとする最近の著作である。
- (3) 宮崎産業経営大学法学会が編集（実質的には責任編集者である安形静男が編集）した『死刑問題文献目録』（2007年）には数えきれないほどの死刑に関する文献がリストアップされている。ページ数からその数を概算すると論文等をリスト化した第1部のみでおよそ4000本の文献が挙げられている。さらに2008年には200近い文献が安形により追補されている。また、前田朗『500冊の死刑』（インパクト出版会、2020）は、死刑に関する書籍を数多く紹介している。このように死刑研究には膨大な先行研究が存在しており、このすべてを踏まえて議論することはひとりの人間の能力を超えるものとなっている。

- (4) 袴田さんに対する静岡地裁の再審の場において検察官が死刑を求刑したというニュース(2024年5月22日各社報道)に触れたのが、執筆を始めた直接のきっかけである。不正義を目の当たりにしながら、「先行研究が膨大で、まとめるのが困難なので自分の意見を表明することは控えます」という態度があまりにも不誠実なものに思えてきた。
- (5) 日本の死刑制度について考える懇話会の発足など。同懇話会については以下のURL参照。<https://www.shikeikonwakai.net/>(2024年5月25日閲覧)
- (6) 本稿の思索は数多くの先行研究の積み重ねの上に誕生したものであり、その名をすべて挙げられないけれども、すべての先行研究群に敬意を払うものである。もちろん、直接的に参照したものについては、本文に注を打ち明確に示す。
- (7) 冤罪白書編集委員会編『冤罪白書』(燦燈出版, 2019~)。
- (8) 西愛礼『冤罪学』(日本評論社, 2023)。
- (9) 死刑事件に限らず、冤罪の問題を扱った書籍は数多く出版されている。すべての名を挙げることはできないが、必ずしも冤罪の専門家ではない私の書斎の書架を振り返って目に入ったものだけで、菅野良司『冤罪の戦後史』(岩波書店, 2015), 前田裕司・奥村回『えん罪・氷見事件を深読みする』(現代人文社, 2016), 秋田真志・古川原明子・笹倉香奈『赤ちゃんの虐待えん罪』(現代人文社, 2023), 小田中聰樹『冤罪はこうして作られる』(講談社現代新書, 1993), 今村核『冤罪と裁判』(講談社現代新書, 2012), 下野新聞社編集局『冤罪足利事件』(下野新聞社, 2010), 尾崎美代子『日本の冤罪』(鹿砦社, 2023), 山岸忍『負けへんで!』(文藝春秋, 2023), 小石勝朗『袴田事件それでも死刑なのか』(現代人文社, 2018), 尾形誠規『袴田事件を裁いた男』(朝日文庫, 2014), 佐々木健一『雪ぐ人』(新潮社, 2021), 桜井昌司『俺の上には空がある広い空が』(マガジンハウス, 2021), 中日新聞編集局『冤罪をほどく』(風媒社, 2021), 井上安正『冤罪の軌跡』(新潮新書, 2011), 内田博文・八尋光秀・鴨志田祐美編著『転落自白』(日本評論社, 2012), 浜田寿美男『袴田事件の謎』(岩波書店, 2020)などがある。また、DVDとしても日本弁護士連合会「つくられる自白——志布志の悲劇——」がライティングデスクのすぐ横に置いてある。以上は、冤罪の専門家ではない私が書架を一瞥しただけで目に入ったものであり、私が所有している冤罪関連の書籍だけでその数倍にのぼるであろうし、出版されているものといえはその数はさらに何十倍にも膨らむだろう。また、最近は大川原化工機事件や

湖東記念病院事件に関する報道も多く、日本に冤罪があり、いまだ解決されていないことは明らかである。

- (10) 団藤重光『死刑廃止論』第6版（有斐閣，2000）。
- (11) 三原憲三『誤判と死刑廃止論』（成文堂，2011）。
- (12) 椎橋隆幸「日本の死刑制度について考える」井田良・太田達也『いま死刑制度を考える』（慶應義塾大学出版会，2014）55頁以下。なお、椎橋は、同書にて「現行犯で犯人性が明らかで、本人も事実を認めているような、およそ誤判の可能性が考えられない事案の場合は死刑廃止の理由は成り立たない」というが、そのような場合でも、故意認定のミス（傷害致死を殺人であるとしてしまう）や正犯・共犯関係の認定ミス（従犯を共同正犯としてしまう）、防衛・避難状況の認定ミス（過剰防衛の成立を見落としてしまう）、責任能力の認定ミス（心神耗弱を見落としてしまう）、証拠獲得のミス（現行犯であるということ自体の誤りや、不実な自白の獲得など）がありうるため、誤判の可能性がないとはいえない。いわゆる痴漢冤罪事件が現行犯の形式で起きていることにも注目されたい。
- (13) 川上賢正「冤罪の可能性に死刑賛成派はどう答えるか」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）74頁以下の指摘も参照。
- (14) 井田・前掲注（2）206頁以下。また、アルトゥール・カウフマン〔上田健二訳〕「死刑について」上田健二監訳『転換期の刑法哲学』（成文堂，1993）257頁以下も参照。
- (15) 袴田事件は国民に少なからず精神的インパクトを与えているが、それは袴田事件が死刑事件だからという面もありえよう。本来は、もちろん無期自由刑の冤罪事件も同様の不正義であるが、「冤罪で死刑判決」によるインパクトは国民への精神的コストになっている。さらに、現行法下では、死刑冤罪は裁判員裁判によるものとなる。そのインパクトはより一層大きい。
- (16) 2018年7月27日毎日新聞朝刊27頁社会面。
- (17) オウム真理教によって殺害された坂本堤弁護士の同僚であった小島周一弁護士も「なぜ、これだけの凶悪事件にまじめな若者たちが巻き込まれたのか。死刑の執行よりも事件の核心を追究してほしい」と述べた。2018年7月7日日本経済新聞朝刊17頁社会面
- (18) 浅古弘・伊藤孝夫・植田信廣・神保文夫編『日本法制史』（青林書院，2010）81頁以下〔梅田康夫執筆部分〕、菊田幸一『死刑と日本人』（作品社，2022）37頁以下。

- (19) 明治35年刑法改正案委員中調査委員会, 明治40年第23回衆議院など。明治時代の死刑廃止論について菊田・前掲注(18)111頁以下参照。
- (20) 井田・前掲注(2)199頁は, 死刑制度をめぐる重要論点のひとつに「日本人の死生観・刑罰観との関係」を挙げる。なお, 私は生命という人権の根本に関する法制度が文化によって影響されるべきでないと考えている。どのような人生観・文化観がその国に根付いていようとも, 人権思想を受け入れるならば, 奴隷制度が正当化される余地がないのと同様である。
- (21) スコット・トゥロー〔指宿信・岩川直子訳〕『極刑』(岩波書店, 2005)76頁。
- (22) ヘルムート・オルトナー〔須藤正美訳〕『国家が人を殺すとき』(日本評論社, 2019)33頁。
- (23) 死刑冤罪事件が4件の再審事件と袴田事件だけであるとは限らない。私には個別事件が冤罪であるか否かの確定的な判断はできないが, 冤罪事件は他にも複数あると思われる。死刑4再審後の死刑再審事件について, 鴨志田祐美「死刑事件と再審法改正」季刊刑事弁護116(現代人文社, 2023)74頁以下参照。
- (24) 櫻井悟史『死刑執行人の日本史』(青弓社, 2011)。
- (25) この苦悩の重さは時代や洋の東西を問わない。たとえば, オノレ・ド・バルザック〔安達正勝訳〕『サンソン回想録』(国書刊行会, 2020)や安達正勝『死刑執行人サンソン』(集英社新書, 2003)を参照。
- (26) 櫻井・前掲注(24)140頁以下参照。
- (27) 櫻井・前掲注(24)147頁以下参照。
- (28) 死刑制度の適用者・執行者が「司法的殺人」への加担により負う倫理的な傷を問題視するものに, 井上達夫『生ける世界の法と哲学』(信山社, 2020)189頁がある。
- (29) https://www.moj.go.jp/kyouseil/kyousei_kyousei13.html#2 (2024年5月25日閲覧)
- (30) 本稿が刑務官採用サイトを閲覧したのは, 櫻井・前掲注(24)18頁以下の方法に倣ったものである。
- (31) 判タ1417号174頁。
- (32) 刑集2巻3号191頁。
- (33) たとえば, 大阪地判令和6年4月15日LEX/DB25599034, 神戸地裁姫路支判令和6年2月15日LEX/DB25597995など, 令和6年でも引用されている。

- (34) 菊田・前掲注(18) 124頁も同様の指摘をしている。
- (35) 佐藤舞「世論という神話」世界2016年3月号 No.879 (岩波書店, 2016) 183頁以下。
- (36) デイビッド・T・ジョンソン〔笹倉香奈〕『アメリカ人のみた日本の死刑』(岩波新書, 2019) 62頁。
- (37) https://www.amnesty.or.jp/library/report/pdf/statistics_DP_2022.pdf (2024年5月25日閲覧)
- (38) 小倉孝保『ゆれる死刑』(岩波書店, 2011) 217頁以下, 年報死刑廃止編集委員会『アメリカは死刑廃止に向かうか 年報死刑廃止2021』(インパクト出版会, 2021) 参照。
- (39) 松坂大輔「『世界の潮流』に乗って死刑制度を廃止すべきか?」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) 127頁。
- (40) 松坂・前掲注(39) 133頁。
- (41) たいへん残念な想定だが, もしアメリカが死刑を廃止して日本に死刑廃止を迫れば, 日本政府はおそらく死刑廃止へと歩を進めるだろう。反対に, アメリカが死刑執行を活発化させ, 日本に対して公式・非公式に死刑を存続するよう求めれば, 日本での死刑廃止の実現は困難なままであろう。
- (42) 反対からいえば, 死刑廃止論は「殺人犯は許せない。だから, 殺人犯と同じことはしない。殺人犯を生かしておくことで彼らの行為を否定する」という見解である。
- (43) 松原芳博「刑罰の正当化根拠と死刑」大谷實ほか著『死刑制度論のいま』(判例時報社, 2022) 38頁。ただし, 死刑の抑止効研究は再び進展が認められる状況にあるようである。渡邊一弘「エビデンスに基づく死刑制度論の模索」大谷實ほか著『死刑制度論のいま』(判例時報社, 2022) 85頁。
- (44) トゥロー・前掲注(21) 72頁。および同頁以下の専門家たちの死刑の抑止効に対する見解の紹介も参照。
- (45) Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 10.ed., 2016, Barcelona, p.705.
- (46) トゥロー・前掲注(21) 74頁以下の記述参照。
- (47) たとえば, 読売新聞水戸支局取材班『死刑のための殺人』(新潮文庫, 2016)を参照。また, 菊田・前掲注(18) 138頁以下, 萱野稔人『死刑その哲学的考察』(ちくま新書, 2017) 42頁以下, 京王線刺傷事件公判で「死刑になりたい」と被告人が動機を語った事案(2023年7月19日朝日新聞26頁社会面)などを参照。なお, 森達也『死刑』(朝日出版社,

2008) 123 頁は、「死刑にならないから人を殺した」という供述をあまり額面どおりに受け取らない方がいいと指摘する。たしかに、声に耳を傾けるのが重要であるとしても、それをそのまま信じるというわけにはいかない。とはいえ、拡大自殺型やスリル型の凶悪犯罪が存在しないわけではないであろう。

- (48) 山田廣「現場射殺——日本と世界の比較」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）138 頁以下。
- (49) 柔道や剣道の訓練をしている日本の警察官の制圧力，被疑者を無傷で無力化する技術は高く，日本の警察官の優れた点であるということができらるだろう。
- (50) ここでは，殺人事件の遺族も犯罪被害者に含んでいる。なお，その範囲についてはあえて限定しない。また，加害者家族も犯罪によって生活を変えられてしまった者に含まれるが，本稿の論述においては，加害者家族を被害者に含めるか含めないかを明らかにする必要がないため明らかにしない。加害者家族については，阿部恭子による一連の著作（『加害者家族支援の理論と実践』（草場裕之監修），『交通事故加害者家族の現状と支援』（草場裕之監修），『性犯罪加害者家族のケアと人権』，『加害者家族の子どもたちの現状と支援』，『少年加害者家族支援の理論と実践』（現代人文社，2015，2016，2017，2019，2020）や鈴木元伸「「加害者家族」という問題」指宿信，木谷明，後藤昭，佐藤博史，浜井浩一，浜田寿美男編『犯罪被害者と刑事司法』（岩波書店，2017）276 頁以下などを参照。また，原田正治・松本麗華『被害者家族と加害者家族 死刑をめぐる対話』（岩波ブックレット，2023）も参照。
- (51) 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）。
- (52) 田鎖麻衣子「“死刑は被害者のため”なのか」菊田幸一監訳「「被害者問題」からみた死刑」（日本評論社，2017）32 頁以下。
- (53) 西日本新聞社会部『ルポ・罪と更生』（法律文化社，2014）183 頁以下。
- (54) 田鎖・前掲注（52）32 頁以下，読売新聞社会部『死刑』（中央公論新社，2009）115 頁以下。
- (55) 佐藤大介『死刑に直面する人たち』（岩波書店，2016）116 頁以下。
- (56) 佐藤・前掲注（55）130 頁。
- (57) 2018 年 8 月 25 日朝日新聞朝刊 38 頁社会面。
- (58) 2018 年 7 月 27 日毎日新聞朝刊 27 頁社会面。
- (59) 高橋則夫『刑法総論』第 5 版（成文堂，2022）582 頁。高橋則夫『刑

の重さは何で決まるのか』(ちくまプリマー新書, 2024) 164 頁以下も参照。松原・前掲注 (43) 43 頁も、「死刑に満足することで、被害者遺族に対する人々の関心は薄れていくように思われる。加害者の処罰では被害者遺族は救われないという認識こそ、被害者遺族救済のための出発点ではないだろうか」という。

- (60) 松原・前掲注 (43) 42 頁以下。
- (61) 井田・前掲注 (2) 175 頁。
- (62) 松原・前掲注 (43) 42 頁。
- (63) 被害者の経験、心情および被害者を取り巻く問題点を指摘する著作として、きわめて重要なのが、酒井肇・酒井智恵・池埜聡・倉石哲也『犯罪被害者支援とは何か』(ミネルヴァ書房, 2004) である。
- (64) 被害者の感情を傷つける大きな要因として、マスコミによる配慮のない取材、不必要なプライバシーの暴露があることも指摘しておかなければならない。マスコミの非常識な行為によって被害者がさらに傷つき、その反射効として行為者に対してより重い刑罰が求められるのであれば、まず批判されるべきは被害者の立ち直りに配慮しないマスコミの行動である。大阪教育大学附属池田小事件における「報道被害」とその対応リーフレットの作成を伝えるものとして、2024 年 5 月 28 日毎日新聞 21 頁社会面参照。また、高橋シヅエ・河原理子編『〈犯罪被害者〉が報道を変える』(岩波書店, 2005) も参照。
- (65) 地下鉄サリン事件被害者の会代表世話人で死刑に賛成している高橋シヅエさんは「現在の議論で違和感を感じるのは『遺族が望んでいるから死刑にすべきだ』という声です。事件は一つ一つ違うし、遺族の思いも同列に語ることは出来ません」と述べている (2018 年 9 月 16 日朝日新聞 7 頁オピニオン欄)。
- (66) 2012 年 2 月 21 日毎日新聞 31 頁社会面 (西部朝刊)。
- (67) 専門家主導の死刑廃止の例として、伊藤公雄・木下誠編『こうすればできる死刑廃止フランスの教訓』(インパクト出版会, 1992) 参照。
- (68) 佐藤・前掲注 (35) 183 頁以下。
- (69) 佐藤・前掲注 (35) 187 頁。
- (70) 井田・前掲注 (2) 197 頁以下。人間には報復感情があるが、その本能に流されるのではなく、それを制御することこそ国家のあるべき姿である旨を主張する、亀井静香『死刑廃止論』(花伝社, 2002) 8 頁以下も参照。
- (71) 井田・前掲注 (2) 188 頁以下が紹介している本江威憲の見解を参照。
- (72) 「人を殺してはいけない」と道徳との関係について考察したものとし

て、萱野・前掲注(47)116頁以下。

- (73) 竹田直平「立法における死刑」甲南法学1巻1号39頁以下。
- (74) ジャン・ジャック・ルソー〔桑原武夫・前川貞次郎訳〕『社会契約論』(岩波文庫, 1954) 54頁。
- (75) ジョン・ロック〔鶴飼信成訳〕『市民政府論』(岩波文庫, 1968) 9頁。
- (76) チェーザレ・ベッカリーア〔小谷眞男訳〕『犯罪と刑罰』(東京大学出版会, 2011) 90頁以下。
- (77) 感情や正義論をもって抽象的な議論を展開することが許されるなら、私の主張は以下のとおりにまとめられる。これまで死刑存置論は、「殺人犯が死ぬことは正義に適いうる」ことを主張してきた。なるほど、それは私も心情面においては賛同しうる。他人の命を奪った者が生き延びるということに不条理を感じるものである。被害者は死に、加害者は生きているということに、きわめて強い不快感を抱くものである。しかし、「殺人犯であると裁判所が認定した者を殺すことは正義に適いうる」という主張となれば、疑問が湧きあがってこざるをえない。この主張は国民主権国家においてはどうしても「ときおり無実の者も含まれる殺人犯であると裁判所が認定した者を国民が殺すことは正義に適いうる」という主張にしかならないが、本当に国民が——たとえば私や私の講義を聴いている学生たちやテレビでよく見かける芸能人たちや道ですれ違う幸せそうな家族連れが——そのような人を殺すことが、それもかなり無責任に司法や行政に判断と執行を丸投げする形で殺すことが正義に適うのであろうか、と。