

論  
説

死刑存廃論の到達点

——死刑の正当根拠について——

長  
井  
圓

構  
成

一 神奈川大学と死刑論

1 はじめに

2 米田吉盛の建学精神

3 尾後貫莊太郎の見解

4 正木亮の死刑廃止論

5 熊倉武の死刑廃止論

6 岩井宜子の死刑基準

7 内田文昭の死刑思想

8 死刑論への私的端緒

二 死刑存廃論の現状

1 死刑制度の存置理由

2 死刑制度の廃止理由

3 本稿の課題と検討点

三 死刑存置論の基礎

- 1 屈折した死刑論
  - 2 刑法改正と世論
  - 3 死刑制度の運用
  - 4 応報刑の正義観
- 四 死刑存廃を論証する責任
- 1 存廃論証責任の配分
  - 2 存置論者の拳証責任
  - 3 廃止論者の拳証責任
  - 4 死刑の合憲性の争点

## 一 神奈川大学と死刑論

### 1 はじめに

凍てつく夜、炉燵の中で執筆中の手が思わず止まる。北国のトンネル落盤事故その救出現場のテレビ放映であった。落石で埋もれた人々の生死は不明である。それだけに発破を用いて救出する人々にすら生命の危険も伴う必死の救出作業なのであるが、遅々としてはかどらない。ただ傍観するだけに、手が汗ばみ、苛立つ思いである。被害者とその家族・友人は、耐え難く寒く辛いことであろう。

不遜にも考える（生死不明の被害者の中には、知られずに身を隠している殺人犯人がいないと断言しうるであろうか。その全員が凶悪な殺人犯人であると判明したならば、救出作業は中止されるであろうか）。それでも尊い命を救うための命懸けの努力が続けられている。そればかりか事故防止にせよ医療にせよ社会制度のすべての力が、究極的には生命の保護に向けられている。

ただ唯一これと反対に、殆んど逃走・反抗の余地すらなく堅固に囚われた者の命を奪うべく念入りの法的殺人と思われる制度がある。それは死刑である。それが今の日本である。

## 2 米田吉盛の建学精神

横浜専門学校が新制神奈川大学として新たな出発点に立ったのは、昭和二四年である。その時に刊行された『創立二十周年記念論文集』（横浜専門学校商経法学会刊）の「はしがき」において、本学の創立者・米田吉盛は、精神科学・文化科学に関するヂルタイおよびリツケルトの所説を引用しつつ、次のように結んでいる。

「近代生活は、その多様な分化のため、全体の目的が、雲煙模湖の間に蔽ひ隠されんとして居る。従って、それを対象とする文化科学が統一を失ひ、全体を象徴する機能を喪失する危険に曝される。然し我々の生活と専門がどれ程多様化しやうと我々の使命は真に価値ある共同社会の創造と云う線に融化するのである。」

その詞には、敗戦後の理想が高く語られている。「文化科学」の危機を認識しつつ、大学の果すべき役割が提示されている。今日の「民主化」した神奈川大学では、どうであろうか。どの社会にも存在する「責任」と「その集中・転嫁」は、実は「死刑」と同根の問題なのである。それゆえ、死刑存廃論の「混迷」も、実は刑法における「罪責論」・「刑罰論」の錯綜を反映したものである。このような推論が成り立つであろう。

その「真に価値ある共同社会の創造」は、憲法一三条に定める「すべて国民は、個人として尊重される。」すなわち「個人の尊厳」を絶対的価値として基礎にしなければならない。それゆえ、死刑の存廃をめぐる論争も、「個人の尊厳」を基礎にした「真に価値ある共同社会の創造」についての理論と政策の対立に他ならない。しかし、一九八九年に「個人の尊厳」を基礎に成立した国連のいわゆる「死刑廃止条約」<sup>(1)</sup>は、わが国では現在なお批准されてはいな

い。それは、直接には、政府・法務省の方針に由来する。しかし、その背影には、わが国の死刑存廃論が混迷の状態にあり、特に刑法の学説が国民を説得しうるような明確な指針を必ずしも示していない現状がある。このように指摘することができるのではあるまいか。そこには、米田吉盛が既に指摘された「全体を象徴する機能を喪失する危険に曝される」という状況が存在する。これが、本稿の端緒となる「視座」をなしている。

### 3 尾後貫莊太郎の見解

神奈川大学法学部の創設時に刑法を担当された尾後貫莊太郎教授は、「死刑」につき次のように論じている。

「あえて、死刑の問題と云わず、すべて刑罰の問題は、世界観の問題であり、哲学的立場の問題である。だから、ことを死刑廃止を可とするか存置を否とするか、という形式において論じ合うとしても、所詮、はてしがない。」「一般社会の応報観念に根拠を求めようとするのは、国家がみずからを卑しめるものに外ならない。又、他の多くの国々の例に倣うと云うのでは理由にならない。真の文化国家は、みずからの努力においてのみ築かれる。死刑制度を是認するのは、刑事政策の貧困を物語る顕著な証左でしかないのである。」<sup>(2)</sup>

この見解では、死刑が「すべて刑罰の問題」として把握されている。それは、余りにも当然ながら、なお注目に値する。確かに、死刑の問題は、その依拠する「世界観」と「哲学」を明確化して是非を論ずべきである。ここでは「個人の尊厳」との関係が鍵になる。しかし、それは最終的には「刑罰論」その前提となる「責任論」として論じられる必要がある。「死刑論」は「刑罰論の体系」との「整合性」を要求されるとき、その争点が明確に収束しうる。その時には、論争は果てしなきものでなくなるかも知れない。

### 4 正木亮の死刑廃止論

戦後の死刑廃止運動を先鋭的に主導された正木亮博士<sup>(3)</sup>は、次のように論じている。

「従来わが国の死刑廃止論は刑法を中心として行われている。刑法学者の独壇場である。しかし、死刑の問題は『生命は全地球よりも重し』という、あのスマイルスの名言、そして後にわが国の最高裁判所に用いられた全地球よりも重い人間のいのちを刑法学者だけにゆだねたこれまでの誤ちを反省するときがきていることを看過してはならなくなつた。」「昭和二八年四月一日、神奈川大学は、法経学部の中に刑事法講座を設けてわたくしにその担当を委嘱してきた。(中略) 神奈川大学では、わたくしに昼夜二講座をあてられ、おまけにわたくしのためにゼミナールを開いてくれた。わたくしは実践にもとづく刑事政策の講義をつづけ、殊に死刑問題については熱情を傾けた。ゼミナールはほとんど死刑研究のゼミナールと化してしまつた。」<sup>(4)</sup>

正木博士が死刑の問題を刑法学者に委ねたことに反省を迫られ死刑廃止運動に情熱を献けられたのは、なぜであろうか。そこには、前述した尾後貫教授(当時)とは対称的な立場がみられる。「人道的な教育刑論」の実践者として死刑の違憲・違法性を確信していた正木博士は、刑法学と刑事政策学との壁に直面して、解釈論ではなく立法論として死刑廃止を推進すべき必要を痛感されたのであろう。新旧学派の激しい対立を前提として、戦後は旧派が力強く通説化して、新派の教育刑論は力を殺がれていったのである。ただし、ドイツがナチスの「行為者刑法」を反省して「死刑廃止」に踏みきつた動きと対比するとき、憲法の「平和主義」の下で「死刑存置」を続けた戦後のわが国の動きは奇妙ですらある。しかし、旧い体質に新しい衣を装つたという日本の政治経済の「二重構造の柔かな和の社会」の特質は、刑法では「相対的応報刑論」として「死刑温存」を支えた。このような立論が可能であるとすれば、今必要なのは、死刑廃止運動ではなく、刑法の解釈論として死刑の正当根拠を改めて問うことであらう。

##### 5 熊倉武の死刑廃止論

神奈川大学にもいらした熊倉武教授(当時)は、次のように死刑廃止論を展開している。

「たとえ被告人の生命といえども《生命は尊貴である》ことにおいて変りはないはずであるし、またそれが《全球より重い》ことにおいて差異のあるべきいわれはない。なるほど被告人は、彼の犯した犯罪のゆえに、合理的な限界内における妥当な種類の刑罰によって、ある程度の自由を拘束され、あるいは財産的負担をこうむるといふ對抗的制裁をまぬがれることができないことは、いうまでもない。だがしかし、たとえ国家権力の名によつたとしても、被告人の生命を永遠に否定し、被告人の人間性を直接的かつ現実的に剝奪することは、すでに刑罰権の自己抑制という近代的市民国家のおうている歴史的・政治的責務に背反し、刑罰権の妥当性の根拠・刑罰権の合理的限界性を逸脱して、まさに刑罰権を潜称した国家公権力の濫用のみがみられるにすぎない」、「国家は、被告人のためになすべきことを怠つた結果を、被告人の生命の犠牲においてとり返すのではなく、みずから死刑に値いする犯罪を防止するといふ歴史的・政治的責務をこそまっとうすべきである。かくすることによつてのみ、真に被告人をふくめて国民の生命に対する自覚・生命の尊厳に対する認識・生命尊重性への理念がうみだされ、はぐくまれるものである。」<sup>(5)</sup>

この見解は、死刑の是認を刑事政策の貧困という理由に求めた尾後貫教授の見解に根拠を与えている。特に、「生命を永遠に否定しることが、国家公権力の名によつておこなわれるかぎり、合法的であり、適法性をもつものである」といふのであろうか。<sup>(6)</sup> という熊倉教授の指摘は、「法令行為としての死刑」の適法性を再検討すべきことを示唆している。さらに、「刑法は、社会政策が犯罪人のためになすことを怠つた結果を、犯罪人の犠牲においてとり返す」というラートブルッフの見解の引用も、死刑の正当根拠を検討するに当って不可欠な視点を提供している。すなわち、「意思の自由」を基礎とする「責任応報刑論」こそが、死刑を是認する論理なのである。(環境) 決定論ならずとも、殺人の原因を専ら行為者に求め、これを死刑にすることは許され難いのである。

## 6 岩井宜子の死刑基準

本学から金沢大学さらに専修大学に移られた岩井宜子教授は、死刑の選択基準について、次のように論じている。「自由刑において社会復帰を目的とした処遇が重視されるようになるにつれ、応報刑・威嚇としての性格しかもち得ない異質な刑罰としての死刑と無期刑との越えがたき谷はより深まったといえる。」<sup>(8)</sup>

なぜ死刑のみが自由刑・財産刑とは隔絶した「異質な刑罰」として、「社会復帰」の特別予防目的を排斥して成り立ちうるのであろうか。「個人の尊厳」から出発するとき、「社会復帰の機会」を保障しない「死刑」は個人の「国家的淘汰」として違憲の疑いを強める。それゆえ、死刑は「刑罰としての整合性」を備えているか。この点も検討を要することになる。

## 7 内田文昭の死刑思想

前出の見解に反して、内田文昭学長は、「政策的に、死刑を存置させるべきかどうかには疑問を感じる。」としながらも、結局は次のような死刑存置論を主張している。

「わたくしは、理論上、『死刑』は『必要』であるし、『正当』でもありうると考える。いわれもなしに『人』を『殺した』者が自ら『生きる』権利を主張することはできない筈だからである。できるのは、彼を『許す』ことだけなのである。『応報』と『一般予防』の意味も、かなり肯定できると思う。そして『特別予防』が絶望と認めざるをえないときには、死刑は行われてしかるべきことになる。」「しかし、『生命』だけは、誤りによって左右されてはならない『価値』である。このような見地からは、誤判のおそれが絶対にならないといえるほどの強い確信の下に、『人類不滅』の要請上、『二人の生命』を奪わざるをえないといえるかどうかという見地から『特別予防』の絶望と『一般予防』の要請等を総合的に熟考し、『死刑』を宣告しなければならぬ。」<sup>(9)</sup>

重罰極刑の思想が一般に嫌悪されると同時に歓迎もされる（擬似）儒教的な日本の風土にあって、内田教授が敢然

と死刑存置論を展開されたことは、敬服に値する。死刑については、一方で「死刑は野蛮だ。」「二〇世紀の恥辱」だとされ、他方で「それは真の知的認識の帰結であるよりは、廃止論のカッコよさが支配している」、「死刑廃止論者は、むしろ、エリート意識から、国民の世論を無視して死刑廃止を強行することをすすめるのであり、殺される罪もない人たちの『痛み』はその視野に入っていない。」と反論されている。旗幟鮮明な存置論者である植松正博士ですら、「今さら、それを特定の人の論文に反論するような形で繰り返したくない。そんなことで、後腐れを残さない方がよい<sup>(10)</sup>」と述懐している。それゆえ、沈黙を続ける死刑存置論者も少ないと推察される。しかし、沈黙することは、正当根拠の不明な「国家による殺人」の「不作為の共犯」にも類するとすれば、やはり相互に厳しい批判的な論争を今後も重ねなければならぬ。「学派の争い」に「超然」とある内田教授の態度に、<sup>(11)</sup>「超然」とはゆかぬとも学ぶべきものがある。学派・派閥その様々な名称と形態にもかかわらず日本社会に蔓延する特定利益の依存に「和」を装う関係を自ら清算すべきであろう。これと同根の制度が死刑であるならば、これは廃止されねばならない。

内田教授によれば、死刑は特別予防が絶望的な極限の場合にのみ許容されるから、死刑と他の刑罰との統一性は「論理上」担保されている。しかし、そこには「実体法的考察方法」の問題性が示されている。「手続法的考察方法」によれば、判決時において受刑者が将来再犯をすることも絶対に社会復帰しえないとも認定しえないのではなからうか。すなわち、兇悪な殺人犯人といえども刑の執行で初めて悔悟と改悛を示すことがありうる。この点は団藤重光博士によって強調されている<sup>(12)</sup>。執行経過を見ないと、再社会化の効果は判然としないのである。それゆえ、誤判についても「手続的考察方法」によれば、同様の問題が生じる。「合理的な疑いを超えて」有罪とされた死刑事件が「新たな証拠」(評価)により再審無罪となったのである。かくして、内田説は、その前提が崩れるならば、反対の結論(死刑廃止)にしか到達しえないことになる。



内田教授の見解には、より根本的な疑問が加わる。「いわれもなしに『人』を『殺した』者が自ら『生きる』権利を主張することはできない」とする論理は、「同害報復」(タリオ)ないし「絶対的応報刑論」(カント)と同根の思想である。現代刑法は、かかる論理を克服した筈なのである。この死刑を正当化する論理を提示しうることは、その「折衷的刑罰論」(相対的応報刑論)に問題の要因が潜むことを示唆しており、それゆえに、例えばクラウス・ロクシンは応報刑論から訣別すべく「予防的統合説」に立つのである<sup>(13)</sup>。すなわち、身体刑の時代の遺物ともいえる死刑について、古色蒼然たる絶対的応報刑の思想を「玉手箱」のように取り出すことができるのであれば、その「相対的応報刑論」の構造自体が問われるであろう。それとも、「絶対的応報刑論」が依然として克服されてはならず、あるいは克服されるべきでもないのだろうか。この点も、後に検討されるべき課題となる。

#### 8 死刑論への私的端緒

ともあれ、本学の「刑事政策」の講義(昼夜)は、前任の岩井宜子教授に代って私に引き継がれた。当時既に刑事訴訟法の講義(昼夜)を担当していたので、確か一年のみという約束の筈であったが、両者を併せて担当してより今日に至っている。歳月の流れは速いものである。この「法学部設置30周年記念号」に本稿を掲載することは、この間の回想を込めつつ、本学の刑事法の講座を歴任された各先生の「死刑存廢論」についての輝かしい業績から多くを学ぶことを意味する。もしそうであれば、本学の刑事政策の担当者としての責の一端を果すことができるかも知れない。

同時に、本稿は、一九九三年一〇月に中央大学で開催された「死刑問題シンポジウム」において死刑廃止派の一論者として「死刑は、特別予防として生命断絶の必要性を欠き、責任刑としての正当化も困難である。」と主張した論旨をより具体化したものである。

## 注

- (1) 阿部浩己「解説・死刑廃止条約」死刑の現在・法学セミナー増刊総合特集シリーズ46(一九九〇)二〇五頁、同「国際人権法における死刑廃止」法律時報六二巻三号(一九九〇)七八頁参照。
- (2) 尾後貫荘太郎「死刑のゆくえ」横浜専門学校商経法学会・創立二十周年記念論文集(一九四九)一一三頁・一一四頁。
- (3) その時代と運動の概要につき、藤岡一郎「日本行刑史の中の死刑廃止の思想と闘い・小河滋次郎と正木亮」前掲注(1)死刑の現在一九七頁参照。
- (4) 正木亮・現代の恥辱・わたくしの死刑廃止論(一九六八)「はしがき」三頁・三三六頁〜三三七頁。
- (5) ・(6)・(7) 熊倉武「死刑は刑罰か」季刊社会改良一一巻二号(一九六六)一四頁〜一六頁。
- (8) 岩井直子「死刑の適用基準」刑法雑誌三五巻一号(一九九五)九一頁。
- (9) 内田文昭・刑法概要上巻(基礎理論・犯罪論(1))(一九九五)八〇頁。
- (10) 植松正「死刑の存在意義」研修三七六号(一九七九)三頁。
- (11) 内田・前掲注(9)七五頁・七六頁・七九頁参照。
- (12) 団藤重光「今こそ死刑廃止を」法学教室一八六号(一九九六)一三頁。なお、団藤博士は、正木亮と中尾文策が矯正において推進したペスタロッチ的な教育理念について、「あのよき時代の人道主義の溢れるような矯正理念をもう一度再生させたいものです。」と述べている。これを植松・前掲(10)二〇頁は「死刑判決のショック療法的効果」と断ずる。
- (13) Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre*, 2 Auflage (1994), §3 Rn 34, Rn 40-42. また、山中敬一「刑罰の目的と死刑制度・刑罰制度の本質から考える」佐伯千仞・団藤重光・平場安治編著・死刑廃止を求める(一九九四)二五頁〜二七頁によれば、「応報刑論からの訣別」として、「刑法の補充性・第二次性を標榜する現代の刑法理論が、この責任主義の固守という一事をもって、『相対的』という緩和剤をまぶしながらも、『応報刑』主義を保持しているのは奇妙であるといわざるをえないであろう。」「刑法の任務が社会倫理の実現にあるのではなく、国民の自由を守りつつ市民生活の安全を保障することにあるのだとすると、刑罰の『本質』も、同害報復や絶対的正義の実現あるいは素朴な応報感情の満足に

あるのではない。」「責任主義は、犯罪の質と量によって自動的に刑罰を限定する機能を有する不合理な犯罪と刑罰の均衡論ではなく、自由主義社会の合理的刑法と合理的な刑罰制度が要請する刑法原理なのである。」「このような実質的責任論を前提にした場合、たとえ先に例示したような殺人行為者であっても、『死』をもって償うべき責任をその個人一人に負わせることができるのであろうか。その個人のそのような重大な逸脱行動は、彼自身の自由意思の所産でもあるが、社会の構造がそれに影響したことも否定できない。」「個人の基礎となる生命は、その国家も責任の一端を担うべき行為の責任を問うために、国家の行為によって奪われるべきではない。」「この山中教授の見解は、前述した熊倉教授の「死刑廃止論」を支えるものとしても、重要な点で強い賛同に値する。

## 二 死刑存廢論の現状

### 1 死刑制度の存置理由

わが国においては、死刑存置を強硬に主張する学説は少ないが、死刑廃止を確信的に主張する文献は氾濫する程に多い。死刑の存廢をめぐる諸論拠は既に論じ尽くされた。このように論断されてから幾久しい<sup>(14)</sup>。そうであるとしても、それにもかかわらず、わが国では依然として死刑が法定刑としてばかりか宣告刑そして執行刑としても存置されている。その現状から目を外らすことはできない。存置理由は、いかなる点に求められるべきか。それが死刑存置論による「論証の勝利」の成果であるならば、死刑制度には「正当根拠」があることになり、これを法的に容認せざるをえない。しかし、死刑存置が、明治四〇年刑法の単なる遺物でしかなく、旧弊の温存維持にすぎないのであれば、これは法的に由々しき事態である。ことは、「個人の尊嚴」・「生命の尊重」に関わるからである。

### 2 死刑制度の廃止理由

(1) 死刑存廢論の基礎は、死刑が「個人の尊嚴」を前提とする「共存」(共同生活)の保持に必要なかつ有効か否か

にある。確かに死刑を合憲とする最高裁判所大法廷の判例が厳然と存在し、形式上は判例が確立しているものの、それは個人の尊厳も「公共の福祉」による制約の下におかれる、という類の抽象的な論拠に止まっている。<sup>(16)</sup> 實質上も判例の基礎が確立しているものではない。すなわち、判例によって死刑の法的正当性が論証されているとはいえない。また、判例の論拠が学説によって補完され、理論的に存置論が廃止論の根拠なきことを論証しえていとも思えないのである。例えば、「人道論の真義」として、「存置論としては、犯人の生命を奪おうとも、次の犠牲者を出さなくする効果があるならば、立派に人道にかなうものであるとの論証をすれば足りることとなる。」<sup>(17)</sup>と主張されている。しかし、その論証の「前提」自体に疑問があるとすれば、その論証自体の意味が失われるであろう。詳細な検討は後に譲らざるをえないが、例えば、裁判のために勾留中でなくとも「犯人が次の犠牲者を出す」ことは稀有で個別的には予測不能なことなのである。<sup>(18)</sup>

(2) 死刑存廃論にとって無視しえないのが、一九八九年のいわゆる「死刑廃止条約」である。それは、当然に「個人の尊厳」を基礎としたものであるが、その結論的理由を示すのみで、具体的な理論的根拠を直接には示していない。しかし、アムネスティ・インターナショナルが提示した死刑廃止の論拠は、本条約を補完するに足る充分な重みを有しているように思われる。これにつき理解した限りの要点を列挙してみたい。<sup>(19)</sup>

- ① 死刑は、社会の一層の防衛ではなく、一層の非人間性をあらわしている。
- ② 死刑は、生命侵害に対する正当防衛ではなく、国家による計画的殺人である。
- ③ 腕を縛りあげるのが拷問であれば、死ぬまで首を締める死刑は、明らかに残虐であり人権に抵触する。
- ④ 人権の重要さは、社会の防衛に値する価値そのものを侵害する手段を社会防衛のために用いないことを明確にすることにある。

⑤ 死刑が犯罪を防止する独自の能力をもつという明確な証拠はない。

⑥ 生存を許された囚人が実際に重罪を反復するかどうかを確認する方法はなく、無能力にするためには囚人の生命権を侵害する必要もない。

⑦ 応報理論は、しばしば正義の原理の仮面をつけた復讐の欲求に他ならない。

⑧ すべての刑事司法は、差別と過誤の危険にさらされている。

⑨ 死刑廃止のみが、死刑の政治的濫用の防止を保障するものである。

そこには、死刑を廃止すべき主要な論拠がほぼ網羅されているように考えられる。今日の世界では、東西対立構造の基本的消滅により、一方では民族紛争が激化し、またアメリカ合衆国の特殊な事情から一部の州では死刑制度が存置・復活するような例がある<sup>(20)</sup>としても、全体としては各国の法が国境を越えて済一化する方向を辿っており、死刑廃止も国際的な趨勢であり、これに逆行すべき特殊要因がわが国にあるとは思えない。しかし、それゆえに、この趨勢に単に従うという安易さは許されない。この論拠の正当性の吟味がなければ、本条約は国際的な力の政治的結着にすぎないともいえる。

(3) わが国で一九九四年に刊行された『死刑を求め<sup>(21)</sup>』と題する刑事法研究者の意見集は、一見すると死刑廃止論の正当性がほぼ確定して、世論への説得の段階に達したかの観を呈している。しかし、その多数の専門家による廃止意見の重みを考慮しても、それは意見の対立がなお激しいことを前提としており、<sup>(22)</sup>それで今も沈黙する多くの存置論者を説得しえたとは思えないのである。

従来の死刑存廢をめぐる論争は、問題の深さゆえに、その正当性をめぐる対立も激しかったためか、その一方的な価値観に基づく信念の表明<sup>(23)</sup>に終始し、論点も図式化されて、今日なお硬直した混迷の状況から脱していない。その戦

後の論争は、第一期として新憲法の下での死刑制度の再検討に始まったが、廃止論者の中心が木村亀二博士と正木亮博士であって、新派・教育刑論を基調としていたため、その推進は死刑合憲判例の確立と旧派・応報刑論の隆盛により両側から阻まれた。第二期の刑法改正草案と結びついた論議においても、廃止論は主流とはなりえず世論を理由とする存置論によって再び押さえ込まれた。しかし、第三期の死刑確定事件再審無罪の続出から死刑廃止条約の成立に至って、学説の主流は大きく廃止論へ傾きつつあるように思われる。今こそ、死刑存置論の対立点をさらに明確化すると同時に、その対立の原点に立ち返った検討が、要請されているといえよう。

### 3 本稿の課題と検討点

(1) 今日の死刑存置論の「新たな躍動期」を反映して、既に史的な死刑存置論の展開を総括的に叙述・検討した基礎的研究も少なくない。しかし、その労作にもかかわらず、その論者の立場が明確であるために、その検討も「確信の表明」に終る傾向にある。何が存置論の具体的対立点として今後の研究を要するのか。この点を一層と明確化して先鋭化することが、先ず必要になると思われる。

(2) 本稿の「基本的視座」は、既に一に示した。さらに以下では、前述した認識の下に、「戦後」の「死刑存置論の到達点」を明らかにして、「死刑の正当根拠」を検討する。すなわち、第一に「死刑存置論の基礎」を探り、その表層にある「世論を理由とする存置論」、その背後に潜む「応報的正義観念」を抽出し、その後の検討を準備する。第二に、「死刑存置を論証する責任」が存置論のいずれにあるのかを検討し、この論点が存置論の混迷を脱却するのに有用か否かを説明しようと試みる。続稿では、第三に、「世論を理由とする存置論」について、「死刑の改正手続」と「死刑の正当根拠」という二つの指標を区別して、その妥当性を検討する。第四に、「誤判を理由とする廃止論」の限界性を探り、それが基本的には「死刑存置論」を前提としているがゆえに、真正な「死刑廃止論」ではないこと

の論証を試みる。第五に、「個人の尊厳と罪責の本質」が死刑存廢論の核心をなす。ここでは、死刑存置論の「源流」を「絶対的応報刑論」に求め、その意味での「責任応報刑」を受容する限り、「相対的応報刑論」も死刑存置論と結びつく。その前提となる「自由意思」の存在が、所為の全不法を行為者に帰責することによって、死刑を正当化する機能を果している。したがって、「決定論」と「非決定論」との対立が、なお罪責論・刑罰論を左右している。ただし、決定論でも、「固い決定論」（宿命論）は「人工淘汰」を認める「旧社会防衛論」として「死刑存置」と結びつく点で、機能的には「絶対的応報刑論」と同一になるが、「柔かな決定論」は「社会復帰」を重視する「新社会防衛論」として「死刑廃止」に結びつく。このような仮説が検討される。しかし、その決定的な核心は、犯罪予防の手段として犯人の生命を犠牲にすること許されうるかという「個人の尊厳」の問題に帰着する。これらの論点の検討を踏まえて、第六に、「死刑の法令行為と違法性」では、「法令行為」（刑法三五条）とされている「死刑」が違法阻却事由としての「実質的根拠」（衝突する法益の保全の必要性・比例権衡性）を備えているか。その検討により死刑存廢の結論が導きだされる。そして、最後に「死刑廃止と代替刑の要否」が検討されて、本稿・続稿の全体が結ばれる。

ここでの検討課題「死刑の正当根拠をめぐって」は、以上に設定された各論点を検討することで解明に一步でも近づくことを希求するものである。

## 注

(14) 死刑廃置論の立場から、平野龍一「死刑についての試論（上）」警察研究二〇巻七号（一九四九）一八頁によれば、「死刑は今日既に論じつくされた問題である。死刑廃止論の立場から、宮沢浩一訳、アルトゥール・カウフマン「死刑について」法曹時報一七巻七号（一九六五）一一二三頁によれば、「死刑の問題においては、これまで知られていない観点を提供することは非常にむずか

しい。また、上田健二監訳、アルトワール・カウフマン「死刑をめぐる(一九五七年)」転換期の刑法哲学(一九九三)二四四頁参照。

(15) 最大判昭和二三・三・一二刑集二巻三号一九一頁。その判例批評として、市川秀雄「死刑と日本国憲法」法学新報七〇巻五号(一九六三)七五頁参照。

(16) 本判決につき、牧野英一「死刑是非論の昨今」警察研究二〇巻六号(一九四九)七頁以下によれば、最高裁が死刑を肯定する理由は常識的で多元的であるが論理に鮮明透徹を欠き、その一般予防の重視は素朴な社会防衛論であって、個人の立場をしかるべく考慮にいれていない。なお、市川・前掲注(14)八五頁によれば、刑法が犯罪人をも個人として尊重して社会に復帰せしめるところに刑法本来の機能たる社会保全つまり公共の福祉が完うされる。このように、教育刑論では、個人の尊厳と社会復帰の特別予防とが結びつけられて、死刑廃止論に至る。なお、前出一4および後出二2(3)参照。

(17) 植松・前掲注(10)一一頁。

(18) それゆえ、より早く犯人を死刑にしておいたならば、その後の殺人の反復を防止しえたという事例が確かに現存したが、それは「結果論」でしかない。つまり、その事例は、死刑のない国ではなく、死刑のある日本で生じたのである。

(19) 辻本義男訳・アムネスティ・インターナショナル編・死刑と人権 国が殺すとき(一九八九)三頁～三三頁。なお、諸外国の状況につき、辻本義男訳・ロジャー・ワッド・世界の死刑(一九九〇)、辻本義男・辻本衣佐・アジアの死刑(一九九三)参照。

(20) 同国では、個人の対等性を保障するために銃器を所持する権利が認められているため、銃による殺人が多く、犯罪現場からの逃走被疑者の殺害や誤想防衛としての殺害も適法になりうる。死刑廃止を容れるのに困難な状況がある。なお、一九九五年九月のニューヨーク州の死刑復活が知事選挙の際の公約の成果であることについては、菊田幸一「ニューヨーク州の死刑復活」書齋の窓四五一号(一九九六)一八頁参照。

(21) 佐伯千仞・団藤重光・平場安治編著・死刑廃止を求める(一九九四)一〇二頁～一六三頁には「私の死刑廃止論(意見集)」、さらに同書一八六頁～一八九頁には「死刑廃止を求める刑事法研究者のアピール」として二八四名(内匿名一六名)が掲載されている。

(22) 例えば後注(49)における諸見解参照。

(23) 平野・前掲注(14)一八頁によれば、死刑論はもはや認識ではなく信仰告白であるといわれている。また、西原春夫「死刑制度



を考える」法学教室三八号（一九八三）八七頁～八八頁によれば、死刑存廢の最後の論点は、世の中には死をもって償わねばならぬ犯罪があるという法的確信と、誤判の場合に死刑は決定的にとり返しがつかないという法的確信の対立にしばらく留められてくる。さらに、日高義博「死刑存廢論について」警察公論四八巻八号（一九九三）三一頁によれば、死刑存置論の法的確信の主張と死刑廃止論の人道主義の主張は、刑罰のあり方についての価値観の対立であり、論理によっては是非を問う性質のものではなく、何を正義と判断するかは価値選択だけに妥協を許さない。しかし、死刑存廢論を「確信」や「価値観」の対立の問題に解消することは許されないであろう。

(24) 最近の文献として特に、三原憲三・死刑廃止論の系譜（第二版・一九九五）、辻本義男・史料日本の死刑廃止論（一九八三）、斎藤静敬・新版死刑再考論（一九八〇）およびその他の数多い死刑論については前掲書巻末等の引用文献のほか、酒井安行「文献ガイド」死刑を考えるために」前掲注(1)死刑の現在二八二頁参照。

### 三 死刑存置論の基礎

#### 1 屈折した死刑論

死刑制度の存廢を決するのは、「個人の尊厳」に基礎を置いた「刑罰の本質」をめぐる論議でなければならない。それにもかかわらず、今日のわが国における死刑存廢論は、「誤判」あるいは「世論」というように、刑罰論から外れた論点について、論争を重ねる傾向を示している。しかし、「誤判」ないし「世論」に「絡めた死刑論」は、その本来の意図にかかわらず、その「絡め」に自縛される。誤判と結びついた死刑を容認するのは不可能であるがゆえに、かえって死刑の本質は明確化されずに誤判の問題に同化され解消されてしまうことになる。また、死刑の是非が世論の賛否に置き換えられるとき、法は数と力の支配になり、死刑論は単なる現象論ないし現状追認論になってしまうのであろう。それは、死刑存廢論の「ねじれ現象」とでも言うべきものである。その「ねじれ」の原因について、

これを避けて論じることにはできない。

## 2 刑法改正と世論

(1) 死刑存置を支える基本的見解の代表が、刑法改正に関する法制審議会刑事法特別部会の立場についての次の説明である。

「死刑の存廃が刑法だけではなく全法律制度のうちで最も重要な問題の一つであることはいうまでもなく、これまでも洋の東西を問わずあらゆる角度から検討が重ねられてきたものであるが、当部会（法制審議会刑事法特別部会）においても、凶悪な犯罪を犯した者の道義的責任、人命尊重の要請、被害者感情への配慮、死刑の有する教育的効果及び犯罪抑止力、現在の犯罪情勢、死刑に対する国民感情、誤判の可能性、諸外国における立法及び運用のすう勢などの諸点があらためて検討され、死刑の全廃を主張する意見も出されたが（第二次案第三二条、第三四条別案）、凶悪な犯罪がいまなお跡を絶たないだけでなく、昭和四二年に総理府が行った全国世論調査によると、国民の大多数（七〇％）がその存置を希望している現段階において、直ちにこれを全面的に廃止することは適当でないとする意見が強く、死刑は存置することに決定された<sup>(25)</sup>」。

この審議決定について、死刑存置論者の三原憲三教授は、齊藤静敬教授の見解を引用しつつ、「『刑事法部会において委員の多数は、死刑は廃止の方向で考えたいということでは、基本的に一致していた』<sup>(26)</sup>ということは、実質的には死刑廃止への一歩前進であろう<sup>(27)</sup>」と認識している。しかし、これと反対の評価を表明しているのが、死刑存置論者の植松正博士である。すなわち、「さらに重要なことは、高度の専門家の集団で構成された法制審議会刑事法特別部会における『改正刑法草案』の審議において死刑の存廃を議した際、実に圧倒的多数（票数を示すことは遠慮する。）の委員の支持をもって存置が可決されたという事実である。」「これが単なる机上論や流行に追随する公式論ではなく、

犯罪問題の処理に日夜取り組んでいる職務上の実感を踏まえての表決であるということにも、特別の意味がある。<sup>(28)</sup>

この二つの対立する評価は、その前提となる事実につき内容的に矛盾するとは限らない。しかし、同一決議につき存置論と廃止論の立場で正反対の面が強調されている。ここに死刑存廢論の対立の深刻さが表出していることは、疑いない。いずれにせよ、死刑存置の決議が最終的に国民の大多数の意見に配慮したものであることは、確実なのであるが、それゆえに問題が残されたのである。

(2) この点に関して、「改正刑法準備草案」の理由書は次のように説明している。

「死刑存廢については、死刑の廃止は世界的傾向であるから、これを廃止すべしとする意見もあつたが、準備会の多数は、将来国民の法的確信が死刑廃止に傾いた暁には、死刑を廃止すべきことに異論はないが、現実的な立場でかつ現状をもとにして考える限りにおいては、死刑は存続すべきものとせざるを得ない」(理由書二一六頁)。

かくして、国民の世論ないし法的確信を基礎にした「現状容認論」である点で、「改正刑法準備草案」も「改正刑法草案」も基本的に同一の方針を示していたのである。ただし、前者の「将来国民の法的確信が死刑廃止に傾いた暁には、死刑を廃止すべきことに異論はない」とする趣旨は、必ずしも明らかではなく、当然に疑問を生じる。それは、一見すると死刑廃止の方向を示すようでもある。しかし、それが同時に常に国民の世論等に依存従属するのであれば、将来の刑法の在り方を示して国民に問う、という草案の立案者の「基本的な責務」が主体的に果されているとはいえないと思われる。この疑問は、そこにいう「国民の法的確信」とは何かに関わる。それが世論調査の対象者の意見を示すのであれば、国民の多数が死刑廃止に傾くことが近い将来にありうるか疑問となろう。これを前提とする見解であれば、それは「世論を傘にした」徹底的な死刑存置論でもありうる。また、「国民の法的確信」が学者・法曹等の専門家を中心とする国民の意見の基本的な一致を意味するとすれば、その場合には死刑廃止が壁の除去により可

能になるのは当然であるから、それは自明の結論を示したにすぎない。そうすると、いずれにしても、それは意義のある将来の指針とその論拠とを明示したものは考えられないのである。

(3) なお、「改正刑法草案」における刑事法特別部会の「死刑存置」説明には、その冒頭に「凶悪な犯罪を犯した者の道義的責任」とある一方で、「凶悪な犯罪がいまなお跡を絶たない」と強調されている。それゆえ、応報刑論ないし刑罰積極主義と結びつく「道義的責任」を凶悪な犯罪者に負わせるならば、凶悪犯罪が「跡を絶たない」限り死刑は永久に存置されざるをえなくなる。反対に凶悪犯罪がなくなれば死刑は適用の余地を失い事実上の廃止に至ろうが、これは死刑廃止論ではなく死刑存置論の立場に他ならないのである。したがって、その前提となる「道義的責任論」の妥当性自体が検討されねばならなくなる。

ともあれ、世論の支持ないし国民の法的確信を死刑存置の論拠とすることの意義と是非については、さらに続稿で検討に値すべき課題となる。ここでは、その核心点のみに触れておく。「刑法改正」と結びついた死刑存置論は、「法改正」の問題ゆえに「世論」の動向を考慮した「現実論」に依拠することもありうる。しかし、「改正手続」の問題とは別にして、なお「世論」を死刑存置の「実体的根拠」となしうるか。この点こそが問題なのである。

### 3 死刑制度の運用

(1) わが国には、例えば江戸中期、徳川家重の時代には室鳩巢門下の炉東山（蘆野徳林）が刑律の「君主」思想（一種の教育刑論）に由来すると思われる『無刑録』（一四篇一八卷）<sup>(29)</sup>を著しており、慶応四年には神田孝平が西洋の死刑廃止論を紹介し、明治八年の津田真道の「死刑論」に始まる死刑廃止論の長い伝統があるにもかかわらず、なお現行刑法の下でも死刑制度が存置されている。死刑存置を支えたのが、これを合憲とする判例ならびに後期旧派の道義的責任論に立つ学説であると同時に、現行刑法典とその運用であった。

(2) 死刑廃止を実現させた西欧を中心とする国々では、絶対的法定刑として死刑を定めた謀殺罪の規定があったので、謀殺には必ず死刑を科さねばならないという処罰の硬直性を回避するために死刑を廃止すべき法的要請が強かったということが出来る。これに対して、わが国の現行刑法では、絶対的法定刑としての死刑は、外患誘致罪の規定に唯一定められているが、謀殺罪の規定もなく、殺人罪・強盗殺人罪の規定でも実質的に罪責の重い場合に極限して死刑を選択することが可能になる。こうして、わが国の実務では、死刑の適用が現実の問題になる主要な犯罪類型である「謀殺」(いわゆる凶悪な殺人)についても、死刑の選択適用は、近年では年に数件の言い渡しにおさえられている<sup>(31)</sup>。このような刑法の弾力的な規定と謙抑的な運用ゆえに、死刑廃止論の高唱にもかかわらず、諸外国とは異なつて、死刑廃止は現実には差し迫つた不可欠な政治的課題として社会を揺るがすことがなかつたといえる<sup>(32)</sup>。今日でも、わが国の死刑廃止論は、オウム教関連の大量殺人事件の不安と騒ぎに対比すると、死刑廃止条約の「外圧」であるかのような観すら呈している。

(3) 死刑が「政治犯」の弾圧等の手段として濫用されることは、今日では余り考えられない。しかし、社会的に顕在化しない差別(社会的抹殺)の手段に死刑が利用される可能性は、常に「凶悪犯」という名の下に存在することを看過してはなるまい。しかも、謀殺罪に対して死刑を廃止した国々では、財産取得等の利己的目的のためならば人命を平然と無視する強盗殺人や特段の責なき被害者の複数殺人という凶悪な事件の場合でも、死刑はありえなくなったのである。このような国際比較を無視して、なお治安が良いとされる日本において死刑廃止の問題を軽視することは、「個人の尊厳」を否定しない限りは可能ではないといえよう。

#### 4 応報刑の正義観

(1) 「個人の尊厳」を一応は承認するよう見えながらも、なお死刑存置を肯定する思想の底には、一方では応報

刑論の基礎をなす抑え難き素朴な「復讐感情」ないし「応報（補償）的正義観念」、他方では死への恐怖に由来する死刑の「犯罪威嚇力」ないし「一般予防効果」への確信が潜んでいる。この確信が、世論を支える「国民的確信」になると同時に、死刑存置論を支える応報刑論・予防刑論の理論化に結びつく。

例えば、平野龍一博士は、新派刑法理論を排斥し旧派刑法理論を擁護しつつ、法哲学的思想と経験的研究とを融合させて、死刑存置論を基礎づけた。その際に注目すべきは、次のような告白である。

「死刑を論ずる以上、一度は死刑の執行に立会ってみなければならぬと思うけれども、わたくしにはどうしてもその勇気がない。死刑はあってはならない、と心から思う。」「しかし、……惨虐な殺人事件を見るとき、わたくしは深いいきどおりを感じずにはいられない。そうして思う。このようにして人を殺しておきながら、自分が死刑になるのは不当だなどということが許されるのであろうか、と」<sup>(33)</sup>

この限りで古典的な論調は、最近でも表明され続けている。本江威憲検事も、殺人事件で極刑を求める遺族の供述に接した経験から、次のように述べている。

「復讐観念も、歴史的であるというのではなく、やはり本能的な人間感情ではないかと思えます。」「遺族が犯人の死刑を求める感情は正しいと思えます。正義にかなっていると思えます。できることなら思いをかなえてやりたいとさえ思えます」<sup>(34)</sup>

ここには、被害者側に立つ検察官像の一つが示されている。しかし、なぜ「本能的な人間感情」ならば「正義にかなっている」のであろうか。このような素朴な「応報的正義観念」こそが死刑存置論に共通する核心であるように思われる。前述のように、内田文昭教授も、いわれもなしに人を殺した者が自ら生きる権利を主張することはできない<sup>(35)</sup>、として平野博士と同旨を論じている。しかし、この説得的な論理は、正当防衛でなくとも「殺人者は殺してよ

い」というのが法的にも正当であるという（論証を要する）主張に他ならない。この論理は、「同害報復」（タリオ）の承認なしに成り立ちうるものであろうか。なぜ法的には既に一般的に否認された筈のタリオや絶対的応報刑の正義論が、「死刑の正当化」に際してのみ都合よく復活されうるものであろうか。

(2) 刑法は、際限なき私讐を合理的に制限することで公刑罰として確立したのである。

私の乏しい経験からしても、遺族の復讐感情は際限ない。癌にかかった母親が医師の不適切な措置（入院中の傷害事故の看過）によって激しい苦痛を受けた後に癌が主因で死亡した事例であった。その遺族は、その後病院から行方不明になった医師を執念の搜索で偶然発見するまで十年もの長き医療過誤賠償の民事裁判を続けて遂に和解に至ったのであったが、その話によると、一時は同医師と刺し違えて死にたい程に思いつめたそうである。足の悪かった父が道路横断中に高校生の運転するバイクに衝突され重傷を負って一年後に他界した時の私たち家族の心情も、一時は前述した遺族の人々に近いものであった。それは回復不能な喪失のやり場のない怒りの補償を求める感情である。それゆえ、このような応報感情は、凶悪な殺人事件の被害遺族等からでなくとも、耳にすることが少なくない。しかし、その応報感情を単なる応報刑に純化することで死刑等の刑罰が正当化しうるとは到底考えられない。少くとも同害報復の非合理性はアルトゥール・カウフマンの指摘<sup>(37)</sup>を待たずとも自明であろうが、以下には田宮裕教授の論文からの引用を示しておく。

「同害報復を文字通り貫くならば、暴力犯には笞刑を、風俗犯には去勢・断種を、姦通には子宮の摘出手術をといふことが考えられるはずだが、今日だけがこれを刑罰として肯定するだろうか<sup>(38)</sup>」

「車で人を轢き殺した」場合（業過事件）でも同害報復としての応報正義には、疑問と抵抗があろう。しかし、より正確には、同害報復を文字通り実現することは、殺害された者がその犯人を殺害することに明白なように、不可能

なのである。例えば、強姦の被害女性は、加害男性に何をすれば同害報復といえるのであろうか。強姦被害については、「セカンド・レイプ」が問題にされる。しかし、それは強姦に特有の被害ではない。高校生の時に駅の構内でいわれなき理由で殴り倒されて馬乗りされて無抵抗の状態で暴行を受けた親しい知人がいるが、多数の通行人の誰もが助けられなかった屈辱感から、長い間自信喪失と人間不信に陥り、それから立ち直った今でも、その事件の夢にうなされることがあるという。この類いの暴行事件でも、応報刑により被害者の心の傷が癒やされたりはしないのである。

(3) 害悪に害悪で報いる「衡平化」の応報的正義は、人間の感情に根ざした根深い平衡的感性である。それは、被害者の心理の補償にはなりえても、生命・身体・自由・名誉・財産等の物質ないし現実の補償・修復にはなりえず、間主体的には二重の損害を社会に再生産するにすぎない。そこで、同害報復ないし絶対的応報刑のような民刑未分化の正義は、法的制度として社会的に合理(功利)化される必要があった。この意味では、歴史的にも死刑が加害者から贖罪金を支払不能な場合の代替手段でさえあったとすれば、<sup>39)</sup>刑法(公刑罰)は民法(不法行為による損害賠償)を補充すべきものとして発達することで、民刑の機能的分化が進んだといえよう。これが、刑法の「補充性の原則」である。その際に、同害報復における「侵害への侵害による衡平」が損害賠償における「侵害への補償による衡平」に転換されることによって、その補完としての刑罰には「補償」よりも「予防」の機能が強まることになった。このような民刑分化の図式が理念的に妥当であるとすれば、「私的自治」の民事裁判制度による補完に依じて、応報刑論から目的刑論への転換は法律制度全体からして不可避の合理的な発展であったといえる。その意味では、応報刑論への回帰は、刑法の先祖返りになるといえる。

しかし、目的刑から応報的機能を完全に除却することはできない。第一に、犯罪を褒賞・推奨しえないので、教育



刑論に立とうとも、犯罪には害悪苦痛としての刑罰を予定するしかない（ただし、そのラベリング効果を緩和し刑罰を単なる害悪に終わらせないための方策が必要になる）。第二に、個人の尊厳ゆえに際限なき予防・抑止の必要に有効な限定が要請されるので、過去の犯罪を前提としてのみ刑罰の要否と質量（刑種・量刑）が定まる。この機能は、罪刑法定と比例均衡の原則に止揚されうる。しかし、第三に、損害賠償が完全に履行しえない場合には、その補償機能は再び害悪応報で償還されることを求める。特に殺人による生命剥奪は、本来的に回復不能であるため補償不能なのである。それゆえ、殺人の場合に特に刑罰の応報機能が強調されることには、合理的な理由があるといえる。すなわち、遺族の苦痛を鎮静する方策は極めて重要ではあるが、決定的なことは殺害された被害者の生命が本人にとって回復補償しえないことなのである。

それにもかかわらず、殺人につき応報を正当化したとしても、問題は解決されない。

第一に、民事損害賠償は、生命以外の利益侵害の場合にも完全に履行されるとは限らないのである。それゆえ、絶対的応報に回帰するのであれば、それは殺人以外の侵害についても同様になってしまうのである。失われた自由や名誉も厳密には回復不能で賠償不能なのである。第二に、生命が絶対的に回復不能なことは、その補償に代わる応報を求めるとしても、それで失われる生命も回復不能であるから、生命の尊厳（回復不能な価値）を前提とすればこそ応報（二重の侵害）は矛盾をはらむことになる。この矛盾から解放されるためには、犯罪（殺人）者の生命は法的保護に値しない生命と解するしかない。しかも、死刑は、正当防衛のように法益保全に不可欠なものではなく、計画的殺人の一種である。これを一般予防と特別予防の観点から正当化しうるかが可能であるか。この点は、続稿で検討されるべき課題となろう。

注

- (25) 法制審議会刑事法特別部会・改正刑法草案附同説明書(一九七二)一一一頁。なお、同部会の構成員には死刑存置論者が主流を占めていたことにつき、菊田幸一・死刑廃止・日本の証言(一九九三)一〇頁参照。
- (26) 齊藤静敬「死刑存廢の理論と系譜」法律時報四二巻六号(一九六〇)二〇頁。
- (27) 三原憲三「死刑存廢論の法的根拠」創価法学七巻一号(一九七七)一三八頁―一三九頁。
- (28) 植松正・前掲注(10)七頁。
- (29) その刑法思想につき、小野清一郎「刑法の歴史と理論」刑法と法哲学(一九七一)一四五頁によれば、「それは功利主義的な目的刑論、教育刑論ではないが、超經驗的な目的刑論、深い意味の教育刑論であったともいえる」とされている。なお無刑録については、昭和六〇年度文部省科学研究費総合研究(A)「現行刑法典の成立過程」により岩手県東磐井郡天東町渋民の芦東山記念館に出張調査した際に入手した東山研究三集―五集(一九八二―一九八四)等を参照にした。さらに、無刑録についての研究は、本学部の橘川俊忠教授によって現在継続されている。
- (30) 辻本・前掲注(24)六頁以下参照。
- (31) 近年における死刑判決の動向につき、加藤松次「最近における死刑判決言い渡し事案の実情」法律のひろば四三巻八号(一九九〇)三一頁、松本一郎「永山事件以後における死刑判決の動向」八木國之先生古稀祝賀論文集・刑事法学の現代的展開(下巻・刑事政策編・一九九二)一六六頁参照。
- (32) なお、死刑存置論に立つ渥美東洋「日本の現行の死刑制度は廃止されるべきか」刑法雑誌三五巻一号(一九九五)一〇五頁によると、世界で死刑廃止を決定した諸国のほとんど全部が死刑を必要刑と定めていたことは単なる偶然ではなく、個別事情を無視した硬直した死刑量定であるからこそ国民が拒絶反応を示し死刑廃止の結果を招いた、とみることができるとされる。しかし、謀殺罪の規定は故殺罪の規定よりも刑を加重すべき事情を類型化しているから、渥美教授の論理が正しいとすれば、その加重類型の規定方法を個別事情に対応しようとして改正して死刑を維持すべきだったことになるが、そのような途を死刑廃止国は採用しなかったのである。しかも、必要刑(絶対的法定刑)ではなく選択刑(相対的法定刑)としての死刑では、死刑と自由刑(仮出獄の許されうる無期刑)との決定的差異を前提とする限り、そこには通常の連続する量的限界とは異なる截然とした質的限界を画するに足りる量刑基準が必要になる。したがって、その基準の不明確性を理由とする適正手続違反(憲法三二条)の問題が、相

対的法定刑としての死刑につき生じうる。この問題につき、岩井・前掲注(8) 九一頁・一〇一頁参照。

(33) 平野龍一・死刑(法律学体系法学理論篇12・一九五二) 五頁。

(34) 本江威憲「死刑の刑事政策的意義について」刑法雜誌三五卷一号(一九九五) 八五頁。

(35) 内田・前掲注(9) 八〇頁。

(36) その代表的な論者として、植松・前掲注(10) 一六頁―一七頁によれば、「死刑廃止とは、このような者はおろか、この何層倍もの悪質な犯罪——たとえば百万人の虐殺を実行しようとする者に対しても、その犯人の生命だけは保障するという法律を作ることに他ならない。それが正義というものであろうか。それは人道論の感傷というものであるのだろう。猛獣に等しい行為をするこの種の者に対しても、たまたま人類の皮膜をかぶっているがゆえに、猛獣よりもその生命を尊重してやらねばならないものだと根拠を求めるに苦しむざるをえない。猛獣には理性がない。法的には、それは責任無能力者に相当する存在である。これに比べて、発達した理性を保存しながら、なお猛獣のやるような恐るべき残虐行動をあえてする者を目の前にした時、われわれはいったい何を理由として、死刑の選択を躊躇する必要があるのであろうか。」とされている。その論理に示されているように、死刑存置論とは、責任能力の存在を理由にして凶悪な殺人をした者を猛獣と同じく抹殺せよという主張なのである。そこでは、責任能力があるがゆえに、刑罰による規範的動機づけで社会復帰の可能性がある点が、全く無視されている。

(37) カウフマン・前掲注(14) 一〇二五頁―一〇二八頁。

(38) 田宮裕「犯罪と死刑」莊子邦雄ほか編・刑罰の理論と現実(一九七二) 一六九頁。

(39) 平野・前掲注(33) 一〇頁参照。

#### 四 死刑存廢を論証する責任

##### 1 存廢論証責任の配分

死刑の正当根拠は既に証明されている。もしそうであれば、それ以上の論証は不要になり、死刑存廢論は終結すべきことになる。<sup>(40)</sup>しかし、その証明が今日存在しないとすれば、それにもかかわらず、死刑制度を維持し運用すること

が許されるであろうか。いずれにせよ、そもそもその論証・立証の責任は、死刑存廃論のいずれにあるのであろうか。この点を考えてみよう。

第一に、一般論としては、死刑を是認して存置を主張する者は、その主張者として死刑の正当根拠を論証すべきことになる。反対に、死刑を否認して廃止を主張する者は、その主張者として死刑に正当根拠を欠くことを論証すべきことになる。しかし、このような主張者の対等性を前提とする均分的正義に基づく論証責任の配分が、国家の刑罰制度に妥当するであろうか。次のような主張の見解が提示されているのである。

## 2 存置論者の挙証責任

第二に、死刑の正当根拠の論証責任は、一方的に死刑存置論者にあるとする見解が、有力に主張されている。すなわち、アルトゥール・カウフマンは、次のように論じる。<sup>(41)</sup>

死刑は全刑罰の中でも特別な地位を占めている。死刑は、自由刑や財産刑のように犯罪者の部分的利益に干渉するだけでなく、その人の実存全体を抹殺して全利益を人から奪う。死刑は全範囲において回復不能である。このような窮極的な介入が許容されるのは、死刑が国家秩序維持の役割履行に「不可欠な手段」であることが証明される場合に限られる。死刑がなくても済むことを証明するのは死刑反対者の任務であるとの見解に出会うが、そうでは決してない。死刑が断念しえないことを主張する者にこそ挙証責任がある。<sup>(42)</sup>

また、田宮裕教授も、次のように論じる。

死刑をおかなかつたばかりに殺人の被害が続発するとすれば、それは国家法秩序としてたえられないことであるから、威嚇力を否定する側に挙証責任を認めるべきだという立場も理解されなくはない。しかし、誤判の可能性ということにあらわれているように人間の制度に付着する相対的性質に思いをいたすと、死刑のような回復不能の絶対的制

度をとりこむことには十分に慎重でなければならぬと思われる。そこで、「疑わしきは使わず」の原則によって、  
 刑罰制度もやや後退した控え目な態度で考案すべきものなのである。

さらに、ホセ・ヨンパルト教授も、次のように主張する。<sup>(43)</sup>

道徳的にも法律的にも「人を殺す勿れ」とは昔から一般原則として認められているところである。しかし、この原則は他の法原則と同じように無条件に妥当するものではない。正当防衛というような例外もあり得るのである。死刑もその法原則の一つの例外であるが、例外はその存在理由ないし正当性を客観的に証明しない限り認められない。

これらの見解は、死刑の正当根拠を示さない限り生命という回復不能な法益を侵害することは許されない、という点でほぼ一致している。その論拠の重点が、カウフマンでは死刑が秩序維持に不可欠な手段であるか否かという「刑罰の必要性」、田宮教授では「刑罰の謙抑性」、そしてヨンパルト教授では「禁止原則の例外」に各々求められている。しかし、その問題は「死刑」に特有ではなく、「刑罰」に共通すると思われる。すなわち、有限な一回限りの人生において回復不能な利益である限りでは、生命と自由・財産とは等しいがゆえに、いずれの法益の侵害も禁止される。したがって、その侵害を許容する刑罰については、その正当根拠が論証されない限り、法は侵害を一方で禁止しつつ他方で許容するという矛盾をはらむことになる。刑罰が殺人や監禁の犯罪構成要件に該当する以上、それが違法阻却事由として正当化されない限り、国家・司法による殺人・監禁という理由で法的に許容されたりはしない。<sup>(44)</sup> すなわち、死刑を刑罰の一つとして立法化したという形式性のみで、死刑が直ちに「法令行為」(刑法三五条)として正当化されるものとも考え難いのである(この点は、続稿で検討される)。要するに、死刑の刑罰としての必要性・最小手段性が論証されない限り、死刑を法令行為の名の下に温存することは法的に許されない。この意味では、その論証責任は死刑存置論者に負わされ、憲法一三条・三一条の規定によれば国家の側に負わされねばならない。ただし、それ

ゆえに、死刑存置論者があらゆる意味での論証責任から免除・解放されることになるわけではない。

### 3 廃止論者の挙証責任

第三に、死刑を廃止する「法的手続」を進める前提として、死刑が刑罰としての正当性を欠くとする論証の責任は、現実の問題として死刑廃止論者が負わざるをえない。現行法に死刑制度が現存し判例でその合憲性が承認されている現状を出発点とするならば、その違憲性を論証し、死刑に正当根拠を欠くことを説得的に証明しない限り、死刑廃止の法改正に到達しえないことは自明である。この「手続面での論証責任」は、第二で論じた「実体面での論証責任」と区別されねばならない。この両者は、各々機能する場面が異なるのである。前述したカウフマン等の見解では、この両者が区別されていないが、いずれも「実体面での論証責任」の意味で用いられている。そこでは「挙証責任」の語が用いられているものの、それは死刑に「正当根拠」があるかないかの問題であり、その正当根拠が存置論者から示されない限り、その根拠はないということになる、という当然の事理にすぎない。しかし、ある論拠が「正当根拠」であるとして示される限り、廃止論者から反論・批判が行われたとしても、ここには裁判のように「中立公正な判定者」の存在が予定しえない。そうすると、死刑存置論のいずれの陣営の論証が「優越」ないし「合理的な疑いを容れない程度」に到達していたとしても、それは客観的に判断しえない。したがって、「実体面での論証責任」すなわち「法律論争についての挙証責任」を論じること自体が「水かけ論」に終り、「水かけ論」の解決に有効であるとは考えられないのである。

要するに、相互に承認可能な原理・原則に結びつけて共通の基盤の上で論争と説得を重ねることが、ここでも必要なのである。

### 4 死刑の合憲性の争点

(1) 死刑存廃をめぐる論証の責任は、前述のように「実体的論証責任」と「手続的論証責任」とに区別されるべきものと考える。この両者は、その機能する次元を異にするから、相互に排斥する関係には立たず、結局は1に示した一般的な論証責任の分配の問題に近づくともいえよう。

しかし、2に示した死刑廃止論者から主張された「死刑廃止論者の挙証責任」は、「実体的論証責任」の問題であって、その実質は死刑の正当根拠が存置論者によって示されていないという主張に他ならない。すなわち、死刑による「生命剝奪」が法益保全に「必要不可欠」で「適正」な刑罰であるか。あるいは、死刑は争いなく「生命の侵害」であるから、その「違法性」を阻却しうる事由・根拠が明示されねばならない。この点が死刑存置論者によって実質的に論証されない限りは、死刑に正当根拠を欠くことを理由に、死刑廃止の手続を推進することは、十分に可能であろう。<sup>(45)</sup> 殺人者には「個人の尊厳」がないという前提に立つことが憲法的に許されないのであれば、その生命は最大限に尊重されねばならないから、その正当性の疑わしい死刑を存置することは国家に許されないからである。<sup>(46)</sup> この問題は、実質的には、「死刑の刑罰としての整合性」・「死刑の罪責論」・「死刑の違法性」(続稿)について慎重な検討を経なければ、解決しえないのである。

(2) この論証責任の問題は、終局的には、死刑の存廃をめぐる実体的にも手続的にも、相互に承認可能な原理・原則として「憲法」に依拠して展開すべきことになる。そこで、本章を結ぶにあたり、死刑の合憲性の論点に触れておく。

第一に、死刑制度と憲法九条ないし国際平和主義との整合性の問題がある。<sup>(47)</sup> すべての戦争放棄が、国民の生命を保全するための国家的自衛権を否定し、かつ個人の正当防衛権のみを許容する趣旨であると解するならば、正当防衛の要件を欠く(生命保全ないし殺人抑止のための)死刑は憲法九条の趣旨に反するものとして正当根拠を失うことにな

る。しかし、この結論を導く前提（国家的自衛権の否定）自体が争われるであろう。それにしても、憲法九条の精神は、すべての世界市民の共存のために、その生命・自由・名誉・財産等の諸利益を最大限に尊重すべきことを意図している。それゆえに、その精神に死刑制度が沿うものであるかは、極めて疑わしい。

第二に、死刑が憲法一三条に定める個人の尊厳の保障に反しないかという問題がある。死刑は個人の生命を殺害から保護するための制度であるから個人の尊厳に反しない。この死刑存置の論理の妥当性が問われる。この問題は、実質的には「応報刑論」および「予防刑論」の妥当性にも関係する。すなわち、犯罪予防の手段として犯人を抹殺・淘汰することが許されるか。社会復帰の保障なき死刑が刑罰として法的に許容されるか。害悪には害悪をとという応報刑が、個人の共存の原理と調和するか。この点は、憲法二五条の社会的生存権とも深く関わる。

第三に、死刑が憲法三六条で禁止する「残虐な刑」にあたるかという問題がある。死刑制度を公共の福祉に合致するので合憲とする判例によれば、本条では「死刑の執行方法」のみが問題になる。すなわち、「不必要な苦痛」を与えないので「絞首刑」は合憲とされる。しかし、本条が「身体刑」の禁止を意図するものであれば、捕縛が拷問になるのと同じく、処刑を待つ恐怖の持続や絞首刑自体が禁止の対象となるという立論も可能である。<sup>(48)</sup>しかし、それは「死刑の執行方法」の変更に解決されうるともいえる。

これに対して、死刑それ自体ほど残虐な刑はないとする主張は、「残虐」に含まれる意味に依存し、それは「生命の剝奪」が人間の尊厳を否定するから憲法一三条にも反するという理由に支えられている。<sup>(49)</sup>しかし、その理由は、国家による殺人は許されないという結論の先取りないし反復にすぎない。それゆえ、その結論の論証が必要になるが、憲法一三条・三一条と本条とが連動するのであれば、本条の独自の意義は乏しくなる。

本条が、単なる「執行方法」ではなく「刑罰」としての「不必要な害悪」の禁止を意図していると解するのであれ



ば、「死刑」は刑罰として「不可欠」であるかが問われる<sup>(50)</sup>。

最後に、「死刑の合憲性」を憲法三二一条が前提としているかという問題がある<sup>(51)</sup>。本条は、長らく死刑存置論からのみならず死刑廃止論においても死刑合憲の根拠規定と解されてきた。しかし、そのような解釈は、本条において「死刑の存在（可能性）」と「死刑の合憲性」とを区別せずに、両者を混同ないし同一視するという誤りを前提としている。すなわち、本条は国家による「生命剥奪」の可能性を当然に前提とするが、そのことから「死の合憲性」までも前提としているとはおよそ断じえない<sup>(52)</sup>。むしろ、本条は、「生命と自由の不可侵性」を前提として、これを侵害する刑罰等の国家の措置に対して「法的手続の保障」により適正な制限を加える規定であって、これと反対に、死刑を含む刑罰を積極的に是認し正当化する趣旨の規定ではありえない。もしそうでなければ、憲法は本条において「権利章典」の役割を放棄することになる。

仮に本条が死刑を是認した規定であるとするならば、死刑廃止のためには本条を改正して「生命」の文言を削除すべきことになるであろう。しかし、そうすると、法の適正手続が「自由の剥奪」には必要であるが「生命の剥奪」には不要という不合理的な規定になるであろう。それゆえ、死刑存廢の是非にかかわらず、本条に「生命」の文言は不可欠であるといわざるをえない。すなわち、本条において「自由」の前に「生命」が規定されているのは、ただ法律に定めさえすれば「自由」のみならず「生命」までも国家が剥奪してよいとする趣旨ではない。むしろ、すべての基本権の始源となり人間の包括的諸利益の基点となる「生命」については、これを前提とする「自由」とは比較にならない程に、その剥奪については厳正かつ慎重な適正手続を経て「正当根拠」の審査を行うべきとするのが、本条の趣旨である。それゆえに、今日まで刑法に温存された死刑について、この適正審査が存廢論として争われ続けている。

要するに、本条は、死刑であれその他の利益剥奪であれ、もしそれを行うとすれば法定手続の保障が不可欠である

ことを宣言したにすぎず、死刑の合憲性を導く規定ではない。それどころか、本条が、犯罪に対する刑罰の単なる事  
 前の法定のみでは足りず、犯罪規定および刑罰自体の実体的・手続的適正（妥当性・合理性）をも要請する規定であ  
 るとすれば、むしろ死刑についてはその意味での正当根拠が本条において問われることになる。<sup>(53)</sup>

## 注

(40) 死刑の「合憲性」・「妥当性」の推定論に対する批判については、村井敏邦「死刑制度の運用・『三重の残酷性』もつ死刑の現実」  
 前掲注(13) 死刑廃止を求める八一頁参照。

(41) 宮沢訳・カウフマン・前掲注(14) 一〇二四頁～一〇二五頁。

(42) 田宮・前掲注(38) 一八一頁。

(43) ホセ・ヨンパルト「現在廃止されつつある死刑制度は廃止すべきか」上智法学論集二五巻一号(一九八一) 八頁。なお、同論文  
 の結論は、現在の日本社会では、その歴史的事情の変化により死刑制度はもはや合理的に根拠づけられなくなっており存在理由を  
 失った、とするものである。ちなみに、本稿では、日本の歴史的な「生の現状」自体ではなく「法体系の現状・発達段階」からし  
 て、これと死刑制度との整合性を疑うものである。

(44) 「犯罪と刑罰は同じ種類の行為である」とするM・C・ケネディの見解につき、小野坂弘「死刑がある社会」と「死刑がない社  
 会」前掲注(1) 死刑の現在四四頁参照。

(45) 例えば、死刑制度を過渡的にせよ是認する以上、その存在意義を積極的に示すべきと論じるのは、守山正「死刑」澤登俊雄ほか  
 編・刑事政策(一九八五) 一五七頁。この見解は、加藤久雄「刑事政策的視点による死刑廃止への一考察」慶大法学研究六一巻二  
 号(一九八八) 八三頁により、説得力をもつ主張であるとされている。

(46) 吉田敏雄・行刑の理論(一九八七) 二八一頁では、「死刑制度を存置するためには、そうすることの明白な利益と他の最小制限  
 手段のないことの明白な証明が必要に思われる。そして生命は憲法の保障する最も重要な基本的人権であることからすれば、死刑  
 存置論者に死刑存置が必要であることの積極的な証明が期待されることになる。かかる証明がなされない限り、死刑制度は違憲と

解されてもやむをえないだろう。」とされている。

(47) 木村亀二「新憲法と刑罰理念(下)」警察研究一八巻一一号(一九四七)一五頁、同・新憲法と刑事法(一九五〇)一七九頁では、新憲法が一方で平和主義の見地から戦争を放棄しながら他方で死刑を肯定するのも「深刻な矛盾」である、とされる。また、正木亮「死刑存廢論への一考察」法律のひろば九巻五号(一九五六)四頁では、「戦争は憲法第九条で放棄された。しかし、一連のつながりのある権力殺——死刑は存置された。この矛盾が憲法上の矛盾として批判された。」とされる。さらに、櫻田忠美「死刑廃止への道——死刑執行猶予制度の提案——」林頼三郎博士追悼・刑事法学論集(一九六〇)四一九頁、名和鐵郎「人権の歴史と生命権の発展」静岡大学法経研究四二巻二号(一九九四)一六七頁参照。

(48) 例えば、秋葉悦子「死刑執行待ちの苦痛」前掲注(21)一三一頁、さらに前出二(2)③参照。

(49) ①木村・前掲注(47)新憲法と刑事法によると、犯罪人たる国民を「個人として尊重」することは彼を再び善良なる国民の一員に復帰しうる能力を有する者として尊重することであり、新憲法の刑罰が必然的に教育刑でなければならぬことに憲法一三条と二五条が根拠を与えたとされるが(同四七頁)、他方では「人間が人間を殺すこと以上に残酷なことがあるであろうか」として残酷の禁止は当然死刑の禁止を包含するとされている(同二八五頁・一八六頁)。②最判昭和二四・八・一八における長瀬弁護人の違憲論は、「人命は天賦のものである。自然以外の力によって人命を与奪することは出来ない。憲法第三六条はそういう意味で死刑を禁じた」とする(正木亮「死刑廃止論」ジュリスト一三〇号(一九五七)三三三頁参照)。その見解は、「神聖なる生命は神秘なる天則の支配に属し、自然以外、与奪し得べからざるものである。人為の国法は、宇宙自然の天則を破壊するの権利を有たぬ。」「死刑は人の生命を奪ふの刑なり。人道に逆うの刑なり。酷刑である。蛮刑である。」と論じる花井卓蔵「死刑」刑法俗論(大正元年)一五三頁・一五六頁に依拠したものと思われる。③平川宗信「死刑制度と世論・死刑の存廢は世論で決まる問題か」前掲注(21)六三頁では、憲法三六条も憲法三一条の原理を具体化した規定であるから、「残酷な刑罰」とは「実体的適正の原理に反する不当な肉体的・精神的苦痛を与える刑罰」および「適正でない手続によって科せられる刑罰」であるところ、「長期間にわたって死の恐怖を与えたいで首に縄をかけて縊り殺すことは、むしろ人間の尊厳に反する」とされる。④名和・前掲注(47)一八七頁では、「仮に二三条に違反しないと解するとしても、死刑自体が身体への直接的な侵害を手段とする一種の身体刑であるから、身体刑が残酷な刑罰である以上、これは三六条に違反することになる。」とされる。⑤石橋怒篤「人間の尊厳」を否定し、刑罰の目的を超えた残酷な刑罰」前掲注(21)一三一頁では、表題の基準から死刑は「残酷な刑罰」になる。⑥佐藤多美夫「死刑

ほど血なまぐさい刑罰はない」前掲注(21)一三四頁では、死刑は人間が人間の生命を剝奪するので残虐な刑罰になる。⑦平野泰樹「時代とともに変遷する残虐性の基準」前掲注(21)一三頁によると、人道主義の定着しつつあるわが国の社会では、人命を剝奪すること自体が残虐と評価される。⑧松尾建「憐みの情」前掲注(21)一三五頁は、身体刑が残虐である以上、生命を奪う死刑が残虐でないとは納得しえない、とする。⑨吉利用宣「死刑は本当に合憲か」前掲注(21)一三五頁は、個人の尊厳を回復不能にする死刑は憲法一三条・三六条に違反すると論じている。

なお、例えば④の見解では、監禁としての自由刑は「身体への直接的な侵害」でないから残虐な刑罰ではないのであろうか。これに関して、アムネスティ・インターナショナル編・前掲注(19)六頁によると、苦痛を感じるまで腕を縛り上げることが拷問であれば、死ぬまで首を絞めるのも同様になる、とされている。しかし、逮捕が拷問であれば少なくとも長期の拘禁も同様になり、いずれも残虐ゆえ禁止されるべきことになってしまう。それゆえ、「残虐性」を苦痛の質量で画するのは困難であるから、むしろ刑罰の目的・必要性によって画するのが合理的であろう。

(50) この趣旨の学説として、①木村亀二「新憲法と刑罰理念(上)」警察研究一八巻一〇号(一九四七)一二頁では、残虐刑は「苦痛・害悪を本質的要素とする刑罰」を意味するので「応報刑」を否認する、とされる。②市川秀雄・刑法学(一九四九)一七〇頁、同・前掲注(15)八一頁では、「残虐な刑罰」とは「社会保全上、不必要に法益を剝奪する刑罰」をいう、とされる。③田宮・前掲注(38)一七一頁では、特別予防を不要としながらも、「残虐な刑罰」につき「刑罰の目的に於て当該の刑罰が必要かどうかミニマムの基準線をなす」とされる。④福田雅章「死刑を廃止できない日本社会の論理」法学セミナー四二八号(一九九〇)一六頁では、政策目的の實現可能性が立証されていない限り生命の犠牲は許されないので、死刑は刑罰目的の達成に必要な最小限度の人権制約を越える過剰な侵害として「残虐な刑罰」に該当する、とされる。⑤内藤謙「死刑廃止論の現状と課題」前掲注(21)九四頁では、「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」(最大判昭和二三年六月二三日刑集二巻七号七七頁)と解するにせよ、「刑罰の目的からみて不必要な苦痛を与える刑罰」(高橋和之)と解するにせよ、死刑は「残虐な刑罰」にあたり、身体刑が残虐であるならば、絞首によって人の生命を奪う死刑はそれ以上に残虐であると思われる、とされている。

(51) 存置論の立場からの合憲説として、平野・前掲注(33)三四頁。同じく、植松・前掲注(10)四頁では、死刑違憲論に対する実定法上の反証としては憲法三一条を引合に出すだけで十分である、とされる。ちなみに、最大判昭和二三・三・一二刑集二巻三号

一九一頁は、「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。」と判示する。例えば、廃止論に立つ尾後貫・前掲注(2)一一九頁によると、本条を根拠として「憲法は、生命を奪う刑罰それ自体を残酷な刑罰とは考えていないのである。」とされる。しかし、前記判例に従っても、法律の定める「適理の手続」によって初めて死刑による生命剝奪が本条で合憲となりうるのであるが、本条は死刑が「適理」であるとはおよそ明示していないことに留意すべきである。それゆえ、前記判例により死刑が「適理」であることまで論証されているか。この点が当然に問われうるといえよう。

- (52) 既に、木村・前掲注(50)一五頁によれば、「第三条は、単に、仮りに死刑を認めるとしてもそれは法律に依って規定せられねばならぬことを意味するに止まるものと解すべき」である、とされている。結論同旨・名和・前掲注(47)一八七頁、同「生命の尊重と死刑制度・生命の尊重と死刑は両立するか」前掲注(21)三八頁、内藤・前掲注(50)九四頁。
- (53) その検討につき、平川・前掲注(49)六二頁参照。

\* 本稿は、本来は一括掲載の予定ではあったが、対立の根深い死刑存廢論の現状からして、その論拠を簡明に示すのみでは説得力を欠くため、論点を多面・多重的に叙述した結果として予定頁を大幅に超過するに至り、やむをえず急遽分割掲載に変更した。