

法科大学院教育と死刑存廃論

— 附・死刑存廃論の要件事実論的考察 —

萩原金美
(本学名誉教授)

目次

本論

- 1 はじめに
- 2 結論——応報刑主義と教育刑主義との段階的発現
- 3 私の主張——その1 被害者本人＝死者の
声がかかれていない
《被害者本人＝死者と被害者遺族との区別》
《なぜ被害者本人＝死者の無限の成長可能性を
顧慮しないのか》
《念のために——被害者遺族の立場の尊重》
《死者の声を聞くとはどういうことか》
- 4 私の主張——その2 復讐感情は否定され
るべきか——応報的正義の実現の必要
- 5 私の主張——その3 戦争の放棄・禁止と
連動しない死刑廃止論の一面性・欺瞞性
- 6 私の主張——その4 冤罪（誤判）の恐れ
と死刑——死刑判決とその執行との分離
《再審の無条件的許容と執行停止》
《死刑廃止は冤罪を増加させる》
《團藤博士の死刑廃止論批判》
- 7 死刑の抑止効果の否定、死刑廃止に向かう
国際世論など——どう考えるべきか（「私の
主張——その5 政治的弾圧を真の理由とする
死刑の禁止」を含む）
《死刑の抑止効果》
《国際世論の趨勢なるもの》
《私の主張——その5 政治的弾圧を真の理由
とする死刑の禁止》
《民意を無視した死刑廃止の礼賛—「目的のた

めには手段を選ばず」で良いのか》

- 8 死刑よりも「裁判なしの死刑の即時執行」
を選ぶのか
- 9 おわりに

補論 死刑存廃論の要件事実論的考察

- 1 はじめに——前提的な問題
- 2 自然法秩序における要件事実論？
- 3 死刑の「国家が人の生命を奪うこと」と
「それは刑罰権の行使として行われるもの」
への二分—死刑の（非）正当性・（不）合理
性に関する主張・証明責任の所在
- 4 死刑を執行された者の遺族の国に対する損
害賠償請求の行方——相殺の抗弁など
- 5 要件事実論的考察の妥当範囲
- 6 結語

本論

1 はじめに

私は73歳で本学の特任教授の任期が満了した後は法学教育の現場から完全に退き、主としてスウェーデン法の研究に没頭してきた。法曹養成（法科大学院教育）を含む司法制度改革の動向を見極めるには少なくとも数年の日時の経過が必要なので、自分に残された人生の時間配分を考えて、それまでの間は余人に委ねることができない（と自分で勝手に思い込んでいる）もう一つの専門分野であるスウェーデン法の仕事をすることにしたのである¹⁻¹⁾。

とはいうものの、やむを得ない様々な事情から法曹養成（法科大学院教育）に直接・間接に関連する問題については若干の論考を発表してきた¹⁻²⁾。本誌前号に掲載された拙稿「司法制度改革と日弁連新会長」もその一篇に属する。

しかし、法曹養成と並ぶもう一つの制度改革の要を成す裁判員裁判については全く言及してこなかった。スウェーデン法の仕事に一区切りをつけ、今改めて司法制度改革の主要課題に取り組むことにしたわけであるが、裁判員裁判について論ずる場合には私にとって鬼門（後述参照）ともいうべき死刑の存廃の問題を正面から考察する必要があるように思われた。これが本稿を草する理由である。

本稿はいずれ司法制度改革とくに法曹養成（法科大学院教育）および裁判員裁判について考察を行う拙著（仮題『司法制度改革論考』）の中に収録する予定であるが、死刑存廃論を従来の論議とはやや異なる視点から取り扱っているのみならず、要件事実論の限界ないし問題点についても論及している（補論）ので、とり急ぎまず今後の司法を担い手になる法科大学院の学生諸子に読んで欲しいと考えて、本誌に掲載させていただくことにした次第である。あるいは羊頭狗肉の誹りを被るかも知れぬことを覚悟しつつあえて「法科大学院教育と死刑存廃論」と題したのは、表題自体でいささかなりとも法科大学院の学生諸子の関心を惹きたかったからであるが、内容的にみて決して全くの羊頭狗肉ではないはずである。

私は本学法学部において長年裁判法の講義を担当してきたが、その講義中死刑存廃の問題について言及する時は、存置論、廃止論双方の論拠の概要とその問題点についてのみ説明し、結論は学生一人一人が自分で考えて欲しい、この種の問題については全ての国民が発言する資格をもっているのだから、と述べて私自身の結論の明示を留保するようにしていた。こういう授業の仕方については今でもそれが正しいと信じているが、同時に後述する私の裁判官としての

過去も微妙に影響していたことを認めざるを得ない。私が死刑存廃の問題について自己の意見を明言するのは本稿が初めてである。

本稿は主としてわが国での死刑存廃の論議を念頭に置き、かつ私の関心事である若干の問題に限定した考察である。内外における死刑存廃論の総合的な検討まで意図するものではない。（このような総合的検討においてとりわけ重要なのはイスラーム法系諸国における死刑の問題（例えば殺人と関わりない背教や性的逸脱を理由とする死刑）の比較法的考察だと思われるが、管見の限りこの面における研究は全く不十分である——少なくともわが国においては²⁾。）

ところで、本稿において私は死刑を科すべき・または死刑を正当化する犯罪を殺人罪および殺人を伴う犯罪（強盗・強姦殺人罪など）に限定して論ずる³⁾。それ以外のわが国の現行法上死刑が規定されている犯罪については、立法論としては死刑を廃止すべきだと考える。このことを前提として以下の論述をお読みいただきたい。

ご存じの方もおられるかも知れないが、私は再審で無罪になった死刑事件の一つである松山事件の第一審の審理・判決に左陪席裁判官として関与した者である。奇しくも被告人の方（すでに物故）は私と同年であり、同事件の有罪判決に関わった裁判官の中で現在も生存しているのは私だけであろう⁴⁾。

かねて私は死刑問題の論議の在りように若干の違和感を覚えていたが、上記のような立場にある者として死刑問題に論及することは慎むべきだと自戒してきた。しかし私もいまや80歳、裁判員裁判の議論において死刑問題が大きなテーマになる以上、裁判法研究者としてはこの問題に関する私見を明らかにせざるを得ないかと思う。

冤罪死刑事件の有罪判決に関わった者が死刑存廃の論議に容喙するなど——しかも私は存置論に与する——「盗人猛々しい」に類するとの

非難もあろう。しかし私は、本稿を書くことが被告人であった方に対するささやかな贖罪のためにも、この事件（強盗殺人・非現住建造物放火被告事件）の被害者の方々＝一家全員（夫婦と子ども2人）の鎮魂のためにも多少の意味がありうるのではないかと思考している。上記のような非難は甘受する覚悟である。

（本稿の内容にかんがみ非法律家の読者の目に触れうる可能性も考慮して小見出しをつけるなど多少でもリーダブルのものにするよう努めた。）

注

1-1) この仕事は、私の晩年におけるスウェーデン法三部作すなわち『スウェーデン法律用語辞典』（2007、中央大学出版部）、『[翻訳] スウェーデン訴訟手続法——民事訴訟法・刑事訴訟法——』（2009、同）、『[翻訳] スウェーデン手続諸法集成』（2011、同）としてまとめられている。

1-2) 「ADR・調停に関するやや反時代的な一考察」小島武司編著『日本法制の改革・立法と実務の最前線』（2007、中央大学出版部）258頁以下、「法学教育に対する司法制度改革のインパクト」日本法哲学会編『法哲学と法学教育——ロースクール時代の中で——』法哲学年報2006（2007）32頁以下、「法の担い手の特殊日本の存在形態」佐々木有司編『法の担い手たち』法文化（歴史・比較・情報）叢書⑦（2009、国際書院）221頁以下、「日弁連新会長と法曹人口問題」神奈川ロージャーナル3号（2010）43頁以下——発表順。

2) 奥田敦教授によれば、「西欧の近代法であれば、『死』をもっておこなわれる刑罰が極刑であり、『死』によって人は事物に対する所有者であることをやめる。（中略）『死』——それが刑罰によってもたらされたものであろうと、自然死によって迎えたものであろうと人は法の支配という舞台から降りることになる。」が、これに対してイスラーム法では「人は自らの死によって、アッラーを立法者とする法の支配という舞台から降りることはできない。」（同「シャリーアの包括性について」真田芳憲編『生と死の法文化』法文化叢書⑨（2010、国際書院）52-53頁）。このことは、イスラーム法における死刑論は西欧法とは全く異なるアプローチを必要とするであろうことを示唆する。なお、團藤重光『死刑廃止論 第六版』（2000、有斐閣）にはイスラーム法に関する若干の言及がみられる（182-183、193-195頁）。同書は全文500頁（英語論文を含む）を超える博引旁証の大著である。

3) 「汝が彼を殺すならば、汝は汝自身を殺すのである。」（吉澤傳三郎＝尾田幸雄訳、カント全集第11巻『人倫の形而上学』（1969、理想社）204頁）。私が死刑存廃論について考えをめぐらす時まず脳

裏を去来するのはカントのこの言葉である。「お前の死刑に関する議論はこの言葉の亡霊に支配されているのではないか」と問われれば、そういう面がありうることを否定するつもりもない。ちなみに廃止論者は、死刑は「人間の尊厳に反する」というけれど、古典的な死刑存置論を展開したカントは人間の尊厳（真の意味における）を最も重んじた哲学者である。

4) この事件と私との関係については、「座談会 萩原金美先生を囲む座談会——法化社会の実現をめざして——」（神奈川大学法学研究所研究年報26（2008）15頁以下）でやや詳しく触れた（自分のことを「先生」と書くのは面映ゆいが、表題なのでご了承を乞う。）

2 結論——応報刑主義と教育刑主義との段階的発現

読者の理解の便宜上結論を先に述べると、私は原則として裁判においては応報刑主義、刑の執行（行刑）においては教育刑主義の理念が支配すべきだと考えるので⁵⁻¹⁾、この立場からは罪責の重大な殺人事件の被告人に対して死刑判決を肯定せざるを得ないことになる⁵⁻²⁾。もっとも、死刑判決については執行段階における教育刑を観念する余地は法律上ないわけであるが、死刑執行までには実際に数年間以上の日時があるのが普通であって、その間の死刑囚の行状等にかんがみ恩赦を行うことが考えられるから、判決確定後における教育刑理念の発現を問題にする余地がありうるといえよう⁶⁾。

ところで、死刑存廃に関する議論はおおむね出尽くした観があり、究極するところ神々の争いに帰着する面が大きいようにも考えられる。とはいうものの、もちろん合理的な論議は可能な限り尽くすべきである。以下では、従前論議がほとんど欠落していたあるいは希薄だったと思われる4つの問題についてまず愚見を提示し（「私の主張——その1ないし4」）、ついで従来の論議について若干の補足的検討を行う（「私の主張——その5」はその中で述べる）ことにする。

注

5-1) 修習生当時に感銘を受けた本の一つに横川敏雄『刑事裁判の実際——とくに新しい公判手続の運用について——増訂版』（1953、朝倉書店）があ

る。私は同書のいわゆる新旧両派に対する批判に瞠目させられると同時に、刑罰は制定、宣告、執行という三つの段階を経て次第に具体化されてゆくもので、その各段階において刑罰の目的や機能の現れ方にニュアンスがあること、それゆえ刑罰の目的や機能は動的発展的に考える必要があることを教えられた。ちなみに、この刑罰の段階的具體化に関する考え方はエム・エ・マイヤー (M.E Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, S.419 ff) に示唆されるところが多いと記してある。(273-278頁) 爾来私は若干の先輩裁判官からの影響もあったが、裁判においては原則として応報刑主義の理念に基づき量刑をすべきだと考えてきた。

なお最近、内田文昭『刑法概要 上巻〔基礎理論・犯罪論(1)〕』(2007, 青林書院)を読んで、刑罰の目的については「統合説」が通説であり、刑罰法規の制定においては「一般予防」が、刑事裁判での刑の宣告においては「行為者の責任によって修正・縮小された応報」すなわち「適正な応報」がとくに強調されるべきであり、刑の執行においては「特別予防」の目的・意味も可能な限り考慮されてしかるべきだとされること、M.E・マイヤーが統合説というよりは区分説ないし配分説と呼ぶほうが適切であるとしていたことを知った(67-68, 70-71頁)。

- 5-2) 横川判事は上記『刑事裁判の実際』の中でこういう。「私はここで殺人罪の刑の量定について一言所感を述べてみたい。それは如何なる事情があるにもせよ、人の生命はかけがえのないもので、如何に重視しても重視し足りないということである。従って私は刑の量定に際しても先ずこの点を念頭におかなければならないと考える。これは余りにも当然なことではあるが、又それだけ看過されやすい点でもある。」(228頁, 傍点原文)そして「私はカントの刑罰論にそのまま賛成するわけではない。」としつつ、カントの死刑論を引用する(228-229頁)。
- 6) 刑事訴訟法475条2項は、法務大臣の死刑執行命令は判決確定の日から6箇月以内にしなければならぬ旨規定するが、これは一つの訓示的性質をもつ職務期間ともいえ、法務大臣において少なくともその間に確定判決について再審等の必要性の有無を確かめ、またとくに死刑確定者に対する恩赦を考慮する余地を検討するなどの趣旨を含むであろうとされている。伊藤栄樹など『注釈刑事訴訟法(新版)第7巻』(2000, 立花書房)289頁(朝倉京一)。

3 私の主張——その1 被害者本人=死者の声が聞かれていない

《被害者本人=死者と被害者遺族との区別》

まず第1に、私が奇異に感ずるのは当の被害者本人すなわち死者の立場に対する顧慮がほとんど全く払われていないという点である。当然ながら、被害者本人=死者とその遺族とを完全に同一視することはできない。財産権について

すら一身専属の権利は遺族、相続人は行使できないのである⁷⁾。まして被害者本人=死者の加害者に対する処罰意思(見)については然りというべきである。もとより、死者の意思(見)を直接的に知ることはできない。ただ、遺族が死刑を望まないからといって、当然に死者もそうだと即断するのは短絡的な思考であることに注意を促したいのである。遺族の中にも加害者が死刑になるのを望まない者がいることは死刑廃止論の論拠の一つとして援用されるところであるが、この問題について遺族が死者の意思(見)を全面的に代弁できるとするのは越権行為の容認というべく、極言すれば死者に対する冒瀆とさえいえるのではあるまいか。

《なぜ被害者本人=死者の無限の成長可能性を顧慮しないのか》

さらに死者に対する顧慮についていえば、死刑廃止論の理由づけや量刑事由として加害者の将来における更生可能性(可塑性)がしばしば援用されるけれど、被害者の将来に対するほとんど無限の成長可能性(とくに年少、若年の死者の場合)が無視、軽視されているのは私には全く納得がいかない。これではまさに「殺され損」である。被害者のこの成長可能性とのバランスを考えると、死刑廃止論の理由づけや量刑の事由として、加害者の更生可能性は無条件に少なくとも過大に考慮に入れるべきではないと考える。「犯人への過度の同情とすでに失われてしまった生命への共感不足⁸⁾」はバランスを欠く思考である。

上述した点について私は、在来の論議に論者は無自覚的なのだろうが「生きている人間の傲慢⁹⁾」を痛感せざるを得ないのである。

《念のために——被害者遺族の立場の尊重》

誤解のないように附言しておくが、私は被害者本人の立場が従前の論議においては無視、軽視されてきたことの問題点を指摘しているのであって、被害者遺族の立場を軽んずる意図は毛頭ない。被害者遺族の立場はそれ自体として最大限に尊重されるべきである。それは多くの場

合に最も良く被害者本人の立場と同一視されるに値するといえよう¹⁰⁾。そもそも幼児その他の意思能力を欠く被害者については遺族の意思(見)を本人のそれと等値するほかない。しかし両者の単純な同一視は危険である。このことを被害者遺族が弁護士である事例について考えてみよう。

周知のように妻(子)が殺人の被害者であるふたりの高名な弁護士が死刑存廃問題について全く対蹠的な態度を示している。ひとり(故磯部常治氏)は従前からの廃止論を堅持し、他のひとり(岡村勲氏)は廃止論から強硬な存置論に転じ、その立場からの運動を精力的に展開している。どちらを是とすべきか? 廃止論者は前者を称賛し、存置論者は後者に心から賛同するだろう。私個人はどちらにも脱帽して敬意を表したい気持である¹¹⁾。いずれにせよ、両氏は被害者本人の思いをそのまま代弁していると考えておられるのだろうか、やはり自分の信念に殉じているのだとみるのが妥当ではあるまいか。親子といえども考え方や生き方が異なるのは当然であり、被害者遺族の意思(見)は死者のそれを推定する最も有力な資料であるにせよ、あくまでも死者のそれとは区別して考えるべきだと思う(夫婦・親子の間でも死刑の存廃に関する意見が異なることもありうる)。

《死者の声を聞くとはどういうことか?》

では、死者の声を聞くとはどういうことか? 死者の処罰意思(見)はどのようにして知ることができるのか? 実は私にも良く分からない。結局(擬制的な)死者の意思(見)なるものを国家が代弁するほかあるまい。これは被害者(遺族)から復讐という一種の報復的正義の権利を取り上げて刑罰権を独占した国家の責務であろう。具体的には判決裁判所が諸般の事情に基づき総合判断して決するほかない。その場合には(たとい遺族が宥恕の意思を示しているからといって必ずしもそれに囚われることなく)無限に近い可能性に満ちた自己の生命を奪われてしまった死者の無念の思いを深く理解しつつ、

現時点での妥当な応報的正義の実現に努めるべきだろうとしか私にはいえない。死者の平均的意思(見)は、おそらくそのような正義が実現されることを天国あるいは泉下で望んでいるのであって、それ以上ではないと考えるべきである¹²⁾。また、それ以上は単純な復讐を禁じた現行法秩序が認めないところである(復讐(報復)については次節4を参照)。そして検察官は論告・求刑においてこの死者の意思(見)を最大限に代弁すべき職責を有すると考える¹³⁾。

注

- 7) 一身専属的権利には帰属上のものと行使上のものがある。死者の処罰意思(見)についてこのような分類は無意味であるが、あえていえば両者を包含するといえよう。
- 8) 加藤松次「最近の裁判例における死刑と無期の限界」(法務研究67集4号)の表現(重松一義『死刑制度必要論』(1995, 信山社)90頁から再引用)。廃止論者は死刑囚の人格形成の無限の可能性を強調する。私もそれに反対しないけれど、論者は逆にその無限の可能性を剝奪されてしまった被害者=死者のことはいったいどう考えているのか。死刑囚の驚異的なまでの精神的成長の事例が報告されているが、被害者の死を踏み台にして得られたものであることを思うならば到底手放して賛美することなどできないはずである。(それを可能ならしめたのは日々死に直面するという恐らくどんな宗教的修行よりも苛酷・切実な生活環境だろう。ということは、恩赦で社会復帰した場合にはそれが元の木阿弥に帰する危険もありうるわけである。)
- 9) 私はこの言葉を鈴木邦男『愛国の昭和——戦争と死の七十年』(2008, 講談社)238頁から借用した。この本は第73回ピースポットの地球一周クルーズ(2011・4・24—7・12)で船上備付けの書棚から「筑紫哲也文庫」というラベルが貼ってあるのに興味を惹かれて借覧したものである。こういう偶然がなければ私が同書を読むことなどなかったかも知れない。(新右翼随一の論客とされるこの著者の本は昔1冊読んだことがあるだけだ。)

なお、岸田秀=三浦雅士『靖国問題の精神分析』(2005, 新書館)には「被害者のことよりもとにかく加害者が気の毒だと。殺されちゃった方は死んだんだからもういい、という発想できちゃったのだが、いま揺り戻しがきているわけですね。」という端々な三浦発言がみられる(57頁)。
- 10) 例えば藤井誠二『少年事件被害者の視点』への展開「筑紫哲也責任編集『ジャーナリズムの条件1 職業としてのジャーナリスト』(2005, 岩波書店)81-82, 85-86頁における被害者の父親の痛切な発言をみよ。
- 11) もう60年も前の話であるが、私は第二東京弁護

士会で弁護士修習をし、生前の磯辺氏からも指導を受けたことがある。当時は氏が熱心な死刑廃止論者であることなど全く知らず、記憶に残っているのは飄々たる感じで修習生相手にきわどい猥談ばかり語っていた氏の面影である。こんなことを書いても別に氏の人格を貶めることにはなるまい。今にして思えば氏は、早晚事件処理において男女間の機微に関わる問題に遭遇することになる修習生たちに自分の流儀で一種の性教育をされていたのではあるまいか。そういえばなんとなく一休禪師のような高僧を思わせる方であったと思う——禪師にはその自由闊達な性的言動に関する逸話が多く残されている。

- 12) 澤田ふじ子「もどれぬ橋」『にたり地藏 公事宿事件書留帳』(2002, 幻冬舎)は、若者同士の出会い頭の衝突に端を発した殴り合いの喧嘩の結果が死を招き、被害者の若者=貞吉の雇い主で跡取りがなくいづれ定吉に店を譲りたいと考えていた九兵衛が出した大枚10両——当時は10両以上の窃盗は死罪——の犯人探しの褒賞金が絡まるストーリーである。(公事宿は旅籠を兼ね弁護士事務所的な役割を果たしており、この連作小説では公事宿の居候で京都東町奉行所同心組頭の異母兄(妾腹の子)の田村菊太郎が活躍する。上記の褒賞金も菊太郎の発案による。法律論文の中にこういう時代小説を引用することに眉を顰める読者もいるかも知れぬが、若い法律家(志望者)に昔の法制について少しは興味をもって欲しい老婆(爺?)心も手伝ってのこと、ご海容を乞いたい。)第3の若者=藤八は貧ゆえの姉の身売り話の際に当時の自分の雇い主茂兵衛が店を抵当に入れて金を作り身売りを止めてくれた恩義に報いるべく、老いて貧しい茂兵衛に藤八の犯行を目撃した証人として名乗り出て褒賞金を得る偽計を承知させ、下手人として逮捕される。が、無実の者が逮捕されたことを知った加害者の若者=友助は良心の呵責に耐えかね奉行所に出頭する。以下はこのような事情が判明した際の吟味方与力組頭伊波又右衛門の言葉である。「友助は自訴してまいった。藤八がお上を欺いたのは不埒(ふち)極まるが、これは忠義の心から。茂兵衛も事情が判明いたせば、深く咎める気にならぬ。……お奉行さまにひたすら慈悲(じひ)を願い、若い二人は遠島、茂兵衛は百叩きぐらいですませたいと、いまわしは思うている。遠島ともうしても期間を短くいたせばよいのよ。死んだ定吉もまたそうであることを意味してくれよう」。(258頁、傍点引用者)

「被害者である死者の声が聞かれる判決」とは別言すれば、(判決裁判所が想定した)「死者が許してくれるような判決」だと思ふ。わが国の国民の大多数が死刑に賛成だということは、被害者である死者の大多数もまたそうであることを意味する。このような死者たちは絶対に死刑のない判決を果たして許してくれるであろうか。

- 13) 論告の重要性については、美達大和『人を殺すとはどういうことか 長期LB級刑務所・殺人犯の告白』(2009, 新潮社)59頁以下参照。著者は二つの殺人の罪で服役中の無期懲役囚である。(注41と同一人の著作)

4 私の主張——その2 復讐感情は否定されるべきか——応報的正義の実現の必要

第2に、死刑廃止論の立場からは、復讐ないし報復(以下、両者を同義的に用いる)はそれ自体が悪のように語られているが¹⁴⁾、果たしてそう断定してよいのか。復讐感情は実は人間が正義という言葉で意味するものの根元に位置しているのだと思う。もっとも、われわれは復讐感情の噴出の危険性についてつとに自覚していたようである。復讐は人間にとって根源的な欲求であるにもかかわらず、その際限なき連鎖は人間を破滅に導きかねないからだ。そこで古来人間はこの復讐感情という巨大なマグマの制御に苦慮を重ねてきた。「目には目を、歯には歯を」というタリオ(同害報復)の法は決して赤裸々な復讐そのものではなく、復讐感情の合理的抑制の一面を有することは周知のところである¹⁵⁾。すなわち正義とは程度の差こそあれ“昇華された復讐”を意味するといつてよい。

古来、人間とその集団は様々な形における“昇華された復讐”を応報的正義の実現として行ってきた。そして今も行っている。「繰り返し囚人のジレンマ」ゲームにおいて「しっぺ返し」戦略が最も有効であることが実証され、実際に米ソ冷戦時代から現在に至るまで核兵器保有国は全て「しっぺ返し」戦略をとっている¹⁶⁾。しっぺ返しとはいいかえれば即時または迅速な報復にほかならない。相手方が核を使用した場合にはこちらも核で報復するということが復讐観念が人間とその集団に確固たる基礎付けを有していることを如実に物語っていよう(それが全面戦争に発展した場合には人類の破滅を招来するわけであるが)。多くの戦争には国家、民族による報復の面がある¹⁷⁾。報復には『「理性」を超えた根源的な人間の本性のようなものが関わっている』¹⁸⁾と思わざるを得ない。

わが国の仇討ちにみられたように、個人による復讐は加害者の力が強大である場合には実行不可能であるなど様々な不合理や弊害を伴う。

国家的刑罰としての死刑には被害者遺族による敵討ちに代わる現代的な合理化された復讐＝応報的正義の実現の役割も期待されていることを率直に認めるべきであろう¹⁹⁾。そうでなければ、時として抑圧された復讐感情の暴走、爆発による新たな殺人などを誘発しかねない恐れがある。死刑廃止論は復讐＝応報という素朴な正義感情の根源にあるものを甘くみ過ぎていてと考えざるを得ない。人間の復讐感情の抹殺は不可能であり、その最大限に賢明な制御こそ望ましいことを知るべきである²⁰⁾。

注

- 14) 例えば、伊藤滋夫「要件事実論の汎用性を示す要件事実論と基礎法学との協働に関する一考察——死刑制度の存廃についての検討試論——」伊藤滋夫編著『要件事実論と基礎法学』（2010、日本評論社）18頁注16参照。なお、この伊藤論文については「補論 死刑存廃論の要件事実論的考察」において改めて検討を行う。
- 15) ハムラビ法典について例えばC.ダグラス・ラミス氏はいう。「この言葉は今日の私たちには残酷で原始的に聞こえるが、確かにそうには違いない。これは正義ではなく、復讐の言葉なのだ。だが、注意深く読めば、この条文を求めているものが復讐ではなくて復讐の制限であることがわかる。歯を失った者は歯以外の物を奪ってはならぬ。目を潰された者は目以外の物を害してはならぬ。」これに続けて氏は「国連多国籍軍がもし、この古代の武骨な言葉に従ってイラク襲撃を行っていたらどれほど多くの命が救われていただろうか。」と述べている（同「イラクで考えたこと」『憲法と戦争』（2000、晶文社）115頁）。
- なお、旧約聖書出エジプト記21章24節における同様の律法について三浦綾子『旧約聖書入門 光と愛を求めて』（1984、光文社文庫）167-169頁参照。
- 16) 高橋昌一郎『理性の限界——不可能性・不確定性・不完全性』（2008、講談社現代新書）とくに84-85、87、98頁。
- 17) 例えば、岸田＝三浦・前掲（注9）『靖国問題の精神分析』275-276頁参照。
- 18) これは囚人のジレンマにおける裏切りと協調の比率についての高橋氏の言葉の借用（ただし、引用文には「かもしれない」が続く）である（同・『東大生の論理——「理性」をめぐる教室』（2010、ちくま新書）91頁）。なお、囚人のジレンマにおける「裏切り」と「協調」について、論理学者スマリヤンと認知科学者ホフスタッターはかつての大学の同僚で親友でもあるが、スマリヤンは前者、ホフスタッターは後者を主張して譲らないとのことである（同頁）。死刑存廃論における報復の問題についても同様の根本的な意見の対立が論者の間

にみられるといえようか。

- 19) 内田・前掲（注5-1）『刑法概要 上巻』は「刑罰に『応報』の意味があることは、決して否定されえない。」「『応報』でない刑罰はありえないのである。」という（66頁）。弁護士兼作家の中嶋博行氏は「他人によって権利を侵害された者は、本来復讐権をもっている。これは人類史上、最も古くから認められてきた固有の権利とっていい。（中略）現代の復讐権は、金銭賠償による資本主義的復讐である。」（234頁）として、死刑を廃止して命脈が尽きるまで民営刑務所で働かせることなどを提案する（同『罪と罰、だが償いはどこに？』（2004、新潮社）190頁その他）。同書は通常の死刑存廃論とは異なるユニークなもので一読に値する。
- 20) 橋田幸子『覚悟 戦場ジャーナリストの夫と生きた日々』（2004、中央公論新社）158-9、174-177頁を読むと、問題の難しさ、問題を本来の被害者の視点からみることの大切さを改めて痛感させられる。著者の夫の信介氏は2004年5月27日イラクのマフムディアで殺害された。

5 私の主張——その3 戦争の放棄・禁止と連動しない死刑廃止論の一面性・欺瞞性

第3に、死刑廃止論は、死刑は国家権力による殺人であるから是認することができないと主張するが、国家権力による殺人として死刑よりもはるかに大規模に現実に行われているのは戦争による殺人行為であるのに、国連もEUもどの死刑廃止国も戦争と死刑との関連について全く口を閉ざしているのは偽善の最たるものではないか（通常の犯罪について死刑を廃止しながら、戦時下の特定の犯罪については死刑を維持する国もかなり存在する^{21), 22)}。たしかに戦争の中には自衛なししは正義のための止むにやまれぬ戦争もあろう。しかし現実にはほとんどの戦争は自衛や正義を口実にしてなされてきたし、そのような正当性があるとされる戦争においても無辜の市民に対する殺害が行われていることは明白な事実である。戦争の放棄はもとより国による武力の行使の暫時的停止さえ現時点では至難であることは認めざるを得ない。（上述したように多くの戦争には国家、民族による報復の面がある²³⁾。それにしても戦争に関する言及を欠如したままで国家権力による殺人である死刑は決して正当化されないという廃止論者の論理は、戦争による殺人の被害者（遺族）

にとってあまりにも一面的すぎる偽善的な主張としか思えないであろう。日本国憲法は戦争を放棄している。しかし、死刑廃止（その執行停止を含む）を主張する国会議員の中には憲法9条を改正し、再軍備すべきことを主張する議員が少なくない。彼らはいったい死刑と戦争との関係をどう考えているのだろうか²⁴⁾。

注

- 21) ヨーロッパの中世や宗教戦争の時代には敵の兵士を殺すことは処罰＝死刑の執行だと考えられていたといわれる（ラミス「正戦論」前掲（注15）『憲法と戦争』207頁）。そしてダグラス・ラミス氏は「交戦権とは兵士が人を殺す権利」であり、「それは兵士個人の権利ではなく、国家の権利である。」という（同『憲法と戦争』、政府に対する命令である。』（2006、平凡社）78-79頁）。また、岸田理論が個人心理と集団心理との仕組みは変わらないと主張している点に注目すべきである（岸田＝三浦・前掲（注9）『靖国問題の精神分析』79-82頁参照）。上記のことは殺人・死刑と戦争との密接な関連性に容易に気付かせるはずである。

なお、河井幹雄『日本の殺人』（2009、ちくま新書）は、「死刑は人を殺すことであり、殺人と別とは考えない。つまり死刑賛成ではない。しかし、死刑廃止にも明確に反対である。」（228頁）というユニークな立場を提示するが、戦争も死刑と同様だとする（235頁以下）。同書は必ずしも賛同できない箇所も散見するにせよ、死刑存廃論のみならず裁判員裁判についても有益な情報と示唆を与える好著である（そのクールでリアリスティックな論述はかなり魅力的である）。

ちなみに、私自身はすでに30年以上前に「西独は死刑を全廃している。だが、刑事裁判の前に戦争という名目で被害者ないし犯人を射殺することが安易に許されるならば、死刑廃止はナンセンスの極みである。」（拙稿「ハイジャック事件への日・独両政府の対応を評する」『裁判法の考え方』（1984、信山社、初出は1977年）35頁）と書いた。もっとも、この文章は死刑を取り扱うものではない。

- 22) さすがに團藤博士は「死刑というのは戦争と同様、そもそもあっちゃいけないんです。」と明確に両者の関連性を指摘している。團藤重光著・伊東乾編『反骨のコツ』（2007、朝日新書）152頁。同・前掲（注2）『死刑廃止論』234頁、241頁注14によれば、丸山真男、家永三郎両氏から著者に戦争放棄と死刑廃止とが不可分だとの所見が寄せられたとのことである。以下における團藤氏の著書からの引用文は、刊行日時がより新しくかつ表現が平明・端的な上記『反骨のコツ』から引く。同書186頁の伊東発言によれば憲法学者の水島朝徳教授も團藤氏と同説のようである。もっとも、憲法解釈論としては死刑を違憲とまで解するのは無理である。佐藤幸治『日本国憲法論』（2011、成

文堂）340-341頁参照。

23) 注17参照。

- 24) 戦争は他国民に対する殺人行為であるのみならず、自国民に対する殺人行為でもある。鈴木・前掲（注9）『愛国の昭和』第7章「果たして特攻は〈神〉だったのか」（169頁以下）は、戦争が国家権力による特攻隊員という若者たちに対する一種の殺人行為であったことの如実な描写として読むことができる。なお、ラミス氏によれば、国家が殺した人の大半は自国民であり、その引用するある研究は、国家は20世紀において1987年現在1億3475万人の自国民を殺害し、6840万人の外国人を殺したという（同「暴力国家」前掲（注15）『憲法と戦争』176頁）。

ちなみに、後藤田正晴氏は内閣官房長官として中曾根内閣当時のベルシャ湾での機雷除去のための自衛隊掃海艇派遣に反対し、法務大臣として死刑の執行命令に署名したが、いずれも彼の護民官意識と現行法尊重の観念に基づくものだ。筑紫哲也氏は解釈している（同「後藤田正晴“護民官”の「筋」と「軸」」『旅の途中 巡り合った人々1959-2005』（2005、朝日新聞社）350-351、353-354頁）。死刑の執行命令については後藤田氏自身が、死刑制度が存在し、裁判所が死刑判決をした以上「行政の長官である法務大臣が、執行命令に判を捺（お）さないということがあり得るのか。それはおかしいというのが僕の考え方です」と語っている（御厨貴『後藤田正治と矢口浩一の統率力』（2010、朝日新聞出版）29頁）。

6 私の主張——その4 冤罪（誤判）の恐れと死刑——死刑判決とその執行との分離

第4に、冤罪の恐れがしばしば死刑廃止論の最大の論拠として主張されるが²⁵⁾、冤罪防止は死刑判決の是非の問題ではなく、死刑の執行について最大限に慎重な手当てを講ずることによって実現可能である。なお、厳密に言えば誤判は冤罪よりも広い概念であるが、以下では両者を同義と解して論を進める。

《再審の無条件的許容と執行停止》

現在の死刑判決に対する再審の要件はあまりにも制限的に過ぎる。死刑は回復不能な刑罰であることにかんがみ、少なくとも死刑囚からの再審請求は無条件に認めることとし、かつ再審請求には自動的に執行停止の効力を付することにすべきである。そうすれば、理由がない再審請求を繰り返す死刑囚は事実上無期懲役刑の執行を受けているのに等しくなるけれど、一方において死刑の恐怖に怯えながら生涯を過ごすわけで、このことは被害者遺族に対して死刑判決

による応報的正義の確認と相まって一応の満足感を与えうるとともに、他方において死刑囚に対して完全な無期懲役刑よりも希望を与える余地があるので（冤罪でない死刑囚さえ再審に一縷の望みを託せる）、脱走を図り刑務官や近隣住民に危害を与えるなど絶対的終身刑に伴う危険・弊害を防止・軽減することができよう^{26), 27)}。

もっとも、冤罪防止と真犯人処罰とは相反する目標であって、死刑事件における冤罪を完全に防止しようとすれば、真犯人処罰という目標の達成がある程度まで犠牲に供されることを覚悟しなければならない²⁸⁾。しかし死刑が回復不能な刑罰であることにかんがみ、社会の側としてはそれを甘受するほかあるまい。冤罪防止と同時に真犯人の必罰を刑事司法に求めるのは万能の神の仕事人間に求めるものである。これはフィクションの世界でしか満たされない願望であり、現実の世界では誤判の根源を成すことを知るべきである。

ちなみに、冤罪防止との関係で私が我慢ならないのは、現在の戦争では誤爆による無辜の市民の殺害が日常茶飯事的に行われている事実である。これはまさに大規模な冤罪による死刑の即時執行にほかならない²⁹⁾。死刑廃止の論拠として冤罪防止を主張する論者は、このような悲惨な事実をどう考えているのか質問したいところである。

《死刑廃止は冤罪を増加させる》

冤罪防止との関係で一考を要するのは、死刑の代替刑として（特別の）無期刑を採用した場合には、事実認定が安易になり冤罪事件が増加する可能性があるのではないかという危惧である。死刑のように絶対的に回復不能な刑罰ではない安堵感と事案の重大さから真犯人処罰の目標を達成したいという願望の圧力ゆえに、事実認定が多少甘くなってしまう恐れは決して否定できない。そんなことはないかと反駁されれば立証困難な危惧であるがゆえに、私は刑事裁判官経験者としてこのことを切言しておきたいので

ある³⁰⁾。この意味でも、死刑制度を維持しつつ事実認定に極度の細心・周到さを求める私見のほうがはるかに優れていると考える——再審の無条件的許容が同様の恐れを生じかねないという一抹の懸念はありうるとしても。

ところで、冤罪概念について伊藤滋夫教授は独自の概念を提示している。すなわち、量刑「判断を誤って死刑と判断すべきでない事件について死刑の判決が言い渡された場合には、それも冤罪のひとつとして考えなければならない。」というのである³¹⁾。しかし、従来量刑の当・不当の問題とされてきた領域にまで冤罪概念の外延を拡張解釈することは、犯罪事実の認定と量刑判断との区別を曖昧化し、事実認定に負の影響をもたらすといわなければならない。とりわけ裁判員裁判のもとでは素人である裁判員の実事認定能力に大きな期待が寄せられるが、量刑判断はより専門的な要素が多いので（これが英米の陪審において原則として陪審は事実認定のみに関与することの主な理由であろう³²⁾）、無用で不適切な冤罪概念の拡大である。

《團藤博士の死刑廃止論批判》

以上のように考えるならば、冤罪の防止を理由とする死刑廃止論はその根拠を失うと思う。高名な刑事法学者である團藤重光博士（元最高裁判事）は冤罪防止をその死刑廃止論の最大の根拠としているが³³⁾、失礼ながらこれは同氏のような碩学の所論としてはいささか浅薄ではないかと愚考する。

團藤氏の死刑廃止論は、その独自の主体性理論から導かれるもので、全て人間が等しく有する主体性、生命を人間の恣意によって奪うのは神、天の意思に反するとされる³⁴⁾。しかし、仮にその主体性論の立場に与するにしても、死刑判決は被告人の犯した他人の主体性、生命の否定、剝奪という行為を理由としてなされるのであるから、人間の恣意によるものでは決してない。同氏の死刑廃止論の論拠として一般に説得力があるのは、死刑という回復不能な刑罰に伴う誤判の防止のみというべきであろう。だが、

これも結局失当なのである。

念のために、死刑存廃論のポイントを衝く同氏の言葉をここに引用・再現する。「死刑の存廃については、かりに百歩を譲って考えれば、両論とも結局、水掛け論だともいえるかもしれない。しかし、少なくとも誤判の問題だけは水掛け論ではない。誤判の可能性は、誰もこれを否定することは絶対にできないのである。あり得るのは、死刑についてたまには誤判があっても仕方がないという——およそ人間性無視の——議論だけである³⁵⁾。」

従来の死刑存廃論と現行の刑事再審制度を前提とする限り私はこの文章に全面的に同意しよう。しかし、死刑存置論の立場から誤判（による死刑執行）を絶対に避ける方策が存在することは上述したとおりである。

ちなみに、同氏は最高裁判事として殺人の被告事件において死刑判決を宣告した下級審判決を確認する上告棄却の判決を言い渡した時、「人殺しー！」と叫ばれたことが死刑廃止を真剣に考える大きな契機になった、と述べている³⁶⁾。氏の率直さには敬意を表するが、裁判官である以上、このようなハプニングがありうることは当然覚悟しておくべきことである。（法学教授としての現役時代の氏は死刑廃止論者ではなかった³⁷⁾。比類を絶する氏の刑事法学は素人の絶叫の一撃にあえなく揺らいでしまったのだろうか。法学者としての氏に限りない尊敬の念を抱きつつ一抹の寂しさ、空しさを感じずることをあえてここに表白しておきたい。）被告人の無辜を確信する家族や支援者としては裁判官を「人殺し」と叫びたい気持も分からないではない。実は私自身も松山事件の第一審死刑判決を宣告して裁判官室に戻った直後（死刑判決の宣告はまず理由の朗読から始めて最後に主文を言い渡し、他事件の審理がない場合には直ちに閉廷するのが慣例である——少なくともその当時は）、被告人の母親が裁判所の中を「お前らは人殺しだ」と怒鳴り回ったことを記憶している³⁸⁾、³⁹⁾。

注

- 25) 五十嵐敬喜ら『国民がつくる憲法』（2007, 自由国民社）は「死刑廃止の理由も感情を抜きにすれば、最も重大な論点は冤罪がなくなる現実である。」と述べる（100-101頁）。
- 26) 死刑廃止論者の多くは死刑に代えて完全な無期刑を提案するが、廃止論者でありながら團藤氏は「一生出られない刑というのは、死刑よりも残酷です。」という（團藤・前掲（注22）『反骨のコツ』114頁）。坂本俊夫『死刑と無期懲役』（2010, ちくま新書）は刑務官の間に無期懲役囚の暴動や集団脱獄の発生を懸念する声があることを指摘する（87頁）。河井・前掲（注21）『日本の殺人』も「テクニカルな問題点はさておいても、私には偽善にしか見えない。」という（229頁）。氏のいうテクニカルな問題点については、同『終身刑の死角』（2009, 洋泉社新書）の第5章（131頁以下）を参照。
なお團藤氏は、死刑を存置するとしても死刑の宣告まではよいとして最小限度において死刑の執行までは認めるべきでないとする（同・前掲（注2）『死刑廃止論』321頁）。私見との差異は外見上極めて小さいともいえるが、実は両者には径庭があるのだろう。また、亀山継夫氏は最高裁判事定年退官直後の新聞の取材に対し、死刑判決について私見に酷似する面がある意見を述べたと伝えられる（山口進＝宮地ゆう『最高裁の暗闇 少数意見が時代を切り開く』（2011, 朝日新書）60-61頁）。
- 27) 私見に似た発想として「死刑の執行延期」や「条件付執行猶予（中国刑法の死刑緩期執行制度）」があるが、いずれにも特有の問題点が存する。現行再審制度の部分的修正である私見がはるかに勝ると考える。重松・前掲（注8）『死刑制度必要論』75-76頁参照。
- 28) 小坂井敏晶『人が人を裁くということ』（2011, 岩波新書）134頁。ついに私はこのことを拙著『裁判とは何か——市民のための裁判法講話——』（2003, 御茶の水書房）34頁以下において自己の誤判経験を省みつつ述べた。
- 29) ラミス氏の以下の指摘を参照。「『都会、町、村の恣意的破壊』は昔からの戦争犯罪であるにもかかわらず、現代国際法では飛行機からの空襲が処罰されないどころか、起訴されることもほとんどないということは不祥事であって忘れてはならない。空襲は国家テロであり、金持ちのテロである。この60年間で、人類の歴史に名を連ねる反政府テロリストよりも、この国家テロの方が、燃やしたり爆発させたりした罪のない人の数が圧倒的に多い。」（同「誰が監視を監視するか」前掲（注15）『憲法と戦争』75頁）。
- 30) しかし、筆者の危惧の念の立証に援用できる若干の文献は存在する。團藤・前掲（注2）『死刑廃止論』26-27頁注11, 195頁注36, 坂本・前掲（注26）『死刑と無期懲役』106-107, 115頁。とくに後者は貴重である。
- 31) 伊藤滋夫・前掲（注14）34頁注44。
- 32) もっとも、米国の陪審裁判ではこと死刑事件に関しては陪審が量刑手続にも関与する（小早川義

則『裁判員裁判と死刑判決』(2010, 成文堂) 13頁)。

- 33) 團藤・前掲(注2)『死刑廃止論』[29](第三版のはしがき), 12, 159頁。
- 34) 團藤・前掲(注22)『反骨のコツ』79-80頁。
- 35) 團藤・前掲(注2)『死刑廃止論』[29]頁(第三版のはしがき)。この個所のみ同書からの引用文。
- 36) 團藤・前掲(注22)『反骨のコツ』87-88頁。なお、これに関連する同書104-105頁の伊東乾教授の発言は的外れだと思う(氏自身そのことを意識しているようであるが)。私の感想はそこで批判されている評論家の意見にやや近い。もっとも、團藤氏の死刑廃止論は少年時代からの陽明学的な「根」にも繋がるという(同書243頁, 團藤・前掲)(注2)『死刑廃止論』291頁参照。
- 37) 教授在職中にはまだ廃止論になっていなかったという(團藤・前掲(注22)102頁)。
- 38) このことについては前掲(注4)の座談会でも触れた(18頁)。
- 39) ただし、裁判員制度が導入された現在、法学者から裁判官に転じられた團藤氏のケースは、死刑宣告事件におけるこのような事態への対処、裁判員の心のケアについて新たに深刻な問題を提示すると思う(團藤・前掲(注22)におけるPTSDに関する伊東発言(155頁)参照)。この問題については裁判員裁判について考察する別稿において取り上げることを予定しているので、ここでは割愛する。

ところで、團藤氏は裁判員制度に対する全面的否定論を展開しているが(同書第4章(131頁以下)), 刑事訴訟法学者かつ最高裁判事経験者として日本の刑事司法の積弊について熟知しているはずの氏は、その克服の方策についてどう考えているのだろうか。裁判員制度にはこういう観点から大きな評価に値する面があるのではないか。——この点に関する外国人研究者の評価としてデイビッド・T・ジョンソン、田鎖麻衣子訳「検察改革を真剣に考える」自由と正義2011年4月号82頁参照。(代用監獄制度、警察官の頭の切り替えなども)「死刑を廃止すれば全部改まってきます。」(同書138頁)というのではあまりにもナイーブで説得力に欠けると思わざるを得ない。

7 死刑の抑止効果の否定, 死刑廃止に向かう国際世論など——どう考えるべきか(「私の主張——その5 政治的弾圧を真の理由とする死刑の禁止」を含む)

最後に、死刑には抑止効果がないとか、世界の趨勢は死刑廃止に向かっており、死刑を存置する日本は国際社会における後進国だという議論など、従来から多くみられる廃止論の論拠に対する私見を一言しておきたい。

《死刑の抑止効果》

抑止効果の有無について経験科学的な立証は

難しいようである。存廃論いずれの立場も自己の有利に援用することが可能だろう。しかし、法制度、法規定の合理性、正当性について十分な経験科学的な立証に基づくことができる事項はことの性質上極めて限られている。学問、理論の世界では永遠に争いを続けることが可能であるが、現実の行為の世界ではある時点で何らかの決断をしなければならない。死刑に抑止効果がないとするならば、その代替刑についても同じだろうし、そもそも刑罰一般の抑止効果が疑問とされることになる。事実、修復的司法における最もラジカルな立場(ピュアリスト)はそう主張しているようである⁴⁰⁾。死刑についてことさら抑止効果のないことが力説されるのは、死刑が絶対に回復不可能な刑罰であることによるのだろう。

それはそれとして、抑止効果について云々する者は統計数字などをあげつらう前に、まず自分自身に対して死刑が抑止効果を有する(した)かどうかを自問してみてもどうか。少なくとも私自身についていえば死刑ひろく刑罰一般が抑止効果を有する(した)ことを認めざるを得ない。あまりドラマチックでないわが人生を顧みても、殺したいほど憎い人間に出会ったことが皆無ではない。だが、「こんな下らぬ奴を殺して死刑になるのは間尺に合わない」と思って我慢したのだ。どこまで本気で殺そうと思っていたのかと反問されるかも知れない。しかし、どんなに微かな殺意の芽生えでも抑止できればそれも立派な抑止効果である。

殺人行為に及ぶ直前の激情的な犯人は死刑のことなど念頭にないはずだから抑止効果がないというのは皮相な見解である。死刑はもちろん刑罰一般は少なくとも私に対して抑止効果があったことは厳然たる事実である。だから、私は抑止効果の存在を信ずる⁴¹⁾。私がとくに異常な人間というわけではあるまい。刑罰と無関係に自分は犯罪を行うことなど一度も思ったことがないという高尚な倫理的人間はあまりいないだろう。いたとしてもそんな人間離れした人に

通常人に対する抑止効果の有無について論ずる資格があるのだろうか⁴²⁾。

ちなみに、神が存在するか否か不明ならば、存在するほうに賭けるのが得だという見解がある(パスカルの賭け)⁴³⁾。それに倣っていえば、死刑の抑止効果の有無が不明ならば抑止効果があるものとして死刑制度を認めるのが人命の保護すなわち人間の尊厳を最大限に尊重すべき国家の責務であろう⁴⁴⁾。

《国際世論の趨勢なるもの》

2008年現在全ての犯罪について死刑を廃止した国は92、通常犯罪のみ廃止した国や事実上の廃止国まで含めれば死刑廃止国の総数は137に達するといわれる⁴⁵⁾。しかし、人口の極めて少ない国家も多く存在する。国の数だけで世界の趨勢を云々するのは選挙について著しく正義に反する違憲の1票の価値の格差を当然視して論議するに等しい謬論である^{46), 47)}。

《私の主張——その5 政治的弾圧を真の理由とする死刑の禁止》

もっとも、国連、EUやアムネスティ・インターナショナルなどが死刑廃止に熱心な理由の一つには、政治的弾圧のために死刑が乱用されてきた(いる)という過去の歴史的経験および現状認識に基づく死刑に対する強い危惧の念があるのではないかと推測する。私もこれを共有する者であって、政治犯(かなり広義に解すべきである)の被告事件における死刑判決を禁止する方策は絶対に必要である。したがって、死刑制度を存置するとしてもこのような被告事件における死刑判決は例外的に禁止しなければならない。通常の殺人=自然犯の外見を装う事案においても被告人の側から広義の政治犯に属する旨の一応の立証(民事訴訟法188条等という「疎明」の程度)がある場合には同様である。さらにこれは職権でも可能とすべきである。私は国際人権法について門外漢であるが、国際人権法の問題としても国際社会において上記のような禁止の合意が速やかに形成されることが望ましく、このほうが一国における規範意識、法

文化と強い摩擦を生じかねない一律の死刑廃止に向かって狂奔するよりもはるかに合理的かつ現実に有効な努力目標ではないかと考える⁴⁸⁾。(死刑廃止が早急に困難な場合にも少なくともその執行の停止を実現すべきである。)これを「私の主張——その5」としたい。幸いにもわが国では現在のところこの種の事件がシリアスな問題として存在しないことはまことに慶賀すべきことである。

《民意を無視した死刑廃止の礼賛——「目的のためには手段を選ばず」で良いのか》

また、「死刑廃止は、民意に依拠してはいつまでたっても実現しないであろう。」「ヨーロッパ各国は……民意に反してまでも、死刑廃止を実現してきたのである。」という意見がある⁴⁹⁾。このような見解は死刑廃止論者の中かなり多く、寡聞にして私は廃止論者でこれに批判的な見解に接したことがない。しかし、これは極めて危険で傲慢な考え方である。目的のためには手段を選ばない論法というほかない。死刑廃止論者はこの点において人権尊重を標榜しながら、実は大衆を愚民と決めつける選民意識に囚われたアンチ民主主義者に自分が変貌してしまっていることに気付かないのだろうか⁵⁰⁾。

注

40) 西原春夫ら編著『修復的司法の総合的研究——刑罰を超え 新たな正義を求めて——』(2006, 風間書房) 64頁(前原宏一)。

41) 経験科学的研究に基づき例えば松原英世教授は、死刑への支持には犯罪を減らしたいという意識があまり関係していないことが窺われ、抑止的な関心は厳罰化に影響を及ぼしていないことが推測されるという。同「厳罰化を求めるものは何か」『市民参加と法』法社会学71号(2009)151頁。ただし、伊藤・前掲(注14)27頁は被調査者(有効票数301)の対象人数が少ない欠点があると考えられる旨指摘する。

また、殺人罪による無期懲役の受刑者が書いた死刑肯定論の著書は「他者の生命は紙屑のように捨て、良心の呵責もない受刑者ですが、自分の命には敏感に反応します。捕まる可能性を考慮する者は、死刑を忌避することから、一定の抑止力はあると言えます。」という(美達大和『死刑絶対否

定論 無期懲役囚の主張』(2010, 新潮新書) 168頁)。(注13と同一人の著作)

- 42) これは私の持論だが、法律家は少しやましいところがあった人のほうが適していると思う(前掲(注4)の座談会発言7頁)。実は河井・前掲(注21)『日本の殺人』157頁で「そもそも、刑罰のせいで殺人を犯さないという計算高い人間観自体が全くの誤りで、普通の人間は、死刑制度どころか刑罰がなくても殺人はしないと私は認識している。」という記述を読んで少々驚いた。私はどうも河井氏から厳しく批判される人間観の持ち主のようだからである。しかし、人間観について誤りかどうかを論じてみても無意味だろう。それはその人間の人生の信条のようなものだから。ちなみに、私は法律家という職業を選んだからこそ何とかこれまで善良な一市民としてやってこられた、法律は人生最大・最強の(広義における)護身術だと実感しているのである。
- 43) 高橋昌一郎『知性の限界 不可測性・不確実性・不可知性』(2010, 講談社現代新書) 244-246頁。
- 44) 厳密には抑止効果とはやや異なる問題かも知れないが、以下のことも書き添えておきたい。私は弱い卑小な人間である。せっかくこの世に生を受けた以上は貴重な生を全うしたい。だから他人に殺されたくない。殺されたくないから他人を殺してはならない。素朴にそう信じている。そして他者の暴力に対する自分の生命の保護を国家権力に託し、応分の税金を納め国法に遵って暮らしている。これが私だけでなく普通の人間の姿だと思う。(ここで私という普通の人間の姿と注42における河井氏が描く普通の人間との異同については読者各位のご判断に委ねたい。なお、これに関連して末木文美士『仏教 vs. 倫理』(2006, ちくま新書) 244頁参照。) 人を殺すが自分は殺されたくない、というのは身勝手に危険極まる考えである。死刑廃止論はそれを教唆・煽動しているようなものではないのか。この「殺されたくないから、殺してはならない」というのは、論理的に詰めてゆけば刑法学者の武田直平教授の死刑存置論の社会契約説的論拠に連なるだろうが、もっと素朴な普通の人間の生への執着・願望に発する規範意識のように思える。武田「立法における死刑」甲南法学1巻1号(斎藤静敬『新版死刑再考論 第二版』(1999, 成文堂) 233頁による)参照。なお中嶋・前掲(注19)『罪と罰、だが償いはどこに?』189頁も参照。
- 廃止論者は「殺されること(への恐怖)」すなわち死の問題を抽象的な死一般として捉えているだけで、具体的な「有史以来起こったことのない『私の死』」(河井隼雄『現代と神話 二世紀の生と死を探る』『日本人』という病』(1999, 潮出版社) 213頁)というシリアスな問題として考えていないのと思う。(同書215頁にいう。『『死』とは何か。これはいろいろな本に書いてあるでしょう。しかし、『私の死』については、これは何とも言えない。とくに科学的なことをやりたい人にとっては、実験できないだけに何とも言えないのです。)」
- 廃止論について團藤氏は「これはもう直観的に、死刑というものが許されないというべきなんです。

これは最後は論理じゃないですね。『死刑廃止』、『汝、殺すなかれ』はもう絶対的な命題』だということけれど(團藤・前掲(注22)『反骨のコツ』111頁)、これに対する同様に断定的な存置論が「殺されたくないから殺してはならない」という立場からもできるだろう。

もう少し、この冗長な注記に関連する記述を続けさせていただきたい。河井・前掲(注21)『日本の殺人』によれば、わが国における殺人率は著しく低いことが分かる(15-16頁など)。しかし、それがわれわれの殺人(者)に対する恐怖の軽減に必ずしも寄与しないのは、いわば三人称の死は「私の死」という一人称の死に直接的に連動しないからである。例えば「ヤクザの場合、脅すのが本分であり本当に殺すことは少な」く、「ヤクザによる殺人既遂事件は年間数十件もないと予想される。」とのことである(同書100頁)。しかし、ヤクザによる脅迫ビジネスが成立・繁栄するのは、彼らが確率は低いにせよ究極的には殺人を行う現実的可能性を保持しているからである。つまり「私の死」の決定権を握っている(と思わせる)からである。(もっとも、脅迫の対象としては二人称の死——家族・恋人等——も含まれることが多いだろう。) しばしば指摘される指数治安と体感治安との差異もこの辺に一つの理由があるのだと思う。

(余談だが、「私の死」という言葉がつとに作家高見順の日記に見えることを知った。彼は「死の淵」でのあえぎの中でこう書く。「昭和40年5月30日 死は私の死である。死は私にとって一般的な事柄ではない……。 (中略) 私の死はこの私の死なのだ。私だけの死なのだ。だれの死でもない。だれその死、ひとの死、一般的な死など、どうでもいい、問題は私の死自身。」(傍点原文)(厳谷大四『近代文学館』の設立と高見順)『懐かしき文士たち 戦後編』(1985, 文春文庫) 173頁による。)

- 45) 伊藤滋夫・前掲(注14) 24頁による。
- 46) 「今日の国連の百何十票というのは非常に滑稽な百何十票であることは疑いもない。」という鈴木治雄編『現代「文明」の研究 普遍的価値の絆を求めて』(1999, 朝日ソノラマ)における桜井修氏の発言(205頁)参照。
- 47) EU諸国などその大部分は人口規模でいえば小国に属する。EU諸国の死刑廃止は本物でないとする河井氏は、「アムネ스티などが発する日本が欧米諸国よりも遅れた国であることを前提にしているかのような発言に、私は、強いエスノセントリズムを感じてしまう。」と批判している(河井・前掲(注21)『日本の殺人』227頁)。
- 48) 本文との関係で片倉もとこ教授の「現在、文明や文化については様々な定義が存在するが、私は文化とは、ローカルな価値を持つものであると考えており、文明は開かれた価値を持つものであると捉えている。」という指摘がとくに重要である(同『『文明の衝突』に対する視点』前掲(注46)『現代文明の研究』207-208頁)。
- 49) 伊藤滋夫・前掲(注14) 22頁注20掲記の横山実論文。
- 50) 「死刑に対する世論は、死刑制度について何らかの意識ある階層の意見が尊重されるべきだ」とす

る意見も同断であろう。論者はそのような階層の意見として刑法・憲法学者、弁護士、国会議員のそれを援用している（伊藤滋夫・前掲（注14）22頁注20掲記の菊田幸一著）。また、死刑に関する世論を批判し、「質の民主主義」とそれを担う専門家の果たすべき役割に大きく期待する意見もこの範疇に属しよう（同注掲記の内田論文）。

しかし私は、少なくとも死刑の存廃その他一般市民の生活に密接に関係する立法問題（夫婦別姓や離婚原因の拡大など）については専門家、有識者と一般市民の意見とは等しく尊重されるべきだと思う。率直に言って一部の廃止論者の論調には往々鼻持ちならないエリート意識を感じることがある。信念は人を盲目にする。たしかに内閣や政党の支持率が容易に変化する浮動性のものであることは事実だが、それと死刑存廃に関する国民世論の傾向とを同日に談ずることはできない。後者はかなり長期にわたる恒常的な傾向なのである（伊藤滋夫・同論文23頁参照）。廃止論者は伊藤氏が戒める「悪しきエリート主義」（同論文7頁注6）の陥穽に陥っているとしか私には思えない。

この点に関連して、ダグラス・ラミス氏の以下の言葉が参照に値する。「みんなでどのような共同生活を選ぶか、という議論を『政治』と呼ぶ。（中略）／どれを選ぶかを考えるとき、専門家の知識が参考になる場合もあるが、最終的にその選択の結果を生かす人びとが決めるしかない。／そういう意味では民主主義は「誰がより頭がいいか、ということではなく、民衆が政治的選択の結果を担うので、その選択に参加する権利がある、という考え方である。」（同・前掲（注21）『憲法は、政府に対する命令である。』117-118頁）。

なお、「私が社会科学を研究しているのは、気の利（き）いた『意見』を言うためではありません。学問とは本来、それぞれの人が自分の意見を持つための「材料」、言（い）い換（か）えれば議論の前提となるものを提供するためにあるのです。それが学問の使命です。」（小室直樹『日本人のための憲法原論』（2006、集英社インターナショナル）15頁）という言葉は、上記のような廃止論者に対する頂門の一針になろう。

8 死刑よりも「裁判なしの死刑の即時執行」を選ぶのか

以下に述べるところは、廃止論の批判自体というよりも存置論擁護の論拠の補強（を通じての廃止論の批判）なので、節を改める。

死刑が廃止された場合、捜査官憲が被疑者の逮捕、犯行抑圧の際にそれに藉口して被疑者を殺害してしまう危険性が增大することは見易い道理である。事実そのように疑われる事例は死刑廃止国において枚挙に遑がない^{51), 52)}。あえて「疑われる」と書いたのはことの性質上これを実証するのが極めて困難な場合も多いと推測

されるからである⁵³⁾。そしてだからこそこの危険性は看過してはならない。われわれは三審制と再審による慎重な死刑と全くの裁判なしの死刑（の即時執行）のいずれを選ぶかの岐路に立たされているという表現は決してオーバーではないのである⁵⁴⁾。

たとい殺害行為を行う捜査官憲個人に正当な合法的理由が存する場合にもそれは国の死刑廃止と矛盾する行為である。この点を死刑存置論の決定的な論拠として主張するのは犯罪学者の坂田仁博士である。氏によれば、「警察官の武器（ピストルその他の銃器）使用の根拠は死刑制度にある」。「どのような残虐な方法で人を殺害しても裁判では絶対に死刑に処することができないのに、警察官はその職務の執行として銃器による犯人の殺害が認められる」というのは矛盾である。「警察官の銃器の使用は国の定めた厳密な使用要領に基づく」のであるから、これは「警察官個人ではなく国が犯人に対して発砲していることを示しているのであって、死刑を一方で廃止していながら、他方では司法手続を経ることなく……行政的裁量で犯人を殺害する（事実上死刑を執行する）ことを認めるという矛盾した状況が生ずることを意味する⁵⁵⁾。」

坂田氏の議論はすこぶる説得的である。そして死刑廃止論が無意識的にせよ司法軽視に強く傾斜する立場であることを鋭く暴露しているといえよう⁵⁶⁾——もっとも、氏はこの点について明言していないけれど。

注

51) 佐々木知子弁護士（元検事、前参議院議員）は警察官による「簡易死刑執行（summary execution）」という。<http://www.sasaki-law.com/memberof/concern7.htm>

52) 河井・前掲（注21）『日本の殺人』は、自称死刑廃止国例えばフランスにおいて、逮捕時に犯人が警察官によって多数射殺されていることを指摘する（227頁）。なお後藤田氏（元警察庁長官）は、日本の警察は逮捕第一で射殺しないが、外国の警察は射殺する、と述べている（御厨・前掲（注24）『後藤田正治と矢口浩一の統率力』35頁）。死刑制度の廃止は、この日本の警察の良き伝統を変

えてしまうかも知れないのである。

- 53) 死刑存置論者の重松一義教授は擬似仮称として「捜査上の死刑」とよび、国の殺し屋（秘密機関）による暗殺などもこの範疇に入れる（重松・前掲（注8）『死刑制度必要論』28頁）。同頁の「殺し屋」という表現には限定がないけれど、文脈から上記のように解すべきだろう。表で死刑を廃止ながら、裏でこのような行為を容認するのは論外なので、本文ではわが国で通常想定される危惧についてのみ言及した。しかし外国にそのような事例が少なくないことは周知の事実に属する。
- 54) 河井・前掲（注21）『日本の殺人』228-229頁参照。
- 55) 同「死刑雑感」『罪と罰』29巻4号（1992）62頁以下。引用は64頁。
- 56) 拙稿・前掲（注21）参照。

9 おわりに

以上、死刑が存置されるべきこと、ただし死刑は回復不能な刑罰であるから絶対に冤罪があってはならず、その防止は再審の無条件的許容とそれに伴う執行停止によって可能であることなどを明らかにしたつもりである。戦争の廃絶が極めて困難でおそらく永遠の課題（全面的な核戦争は人類の自滅を意味するからもはや不可能にせよ）であるように死刑の廃止もそうだろう。人命の殺傷を当然視する戦争が存在し、人を殺す明確な意思・意欲による殺人が存在するにもかかわらず（戦争と殺人こそ人間の原罪なのかも知れない）、刑罰としての死刑だけを廃止するというのはどう考えてもおかしくないか⁵⁷⁾。戦争による国家の殺人を肯定する現在の死刑廃止国は、真の意味での死刑廃止国の名に値しないというべきである。本稿が死刑存廃の論議を深めるためにいささかなりとも寄与しうることを願いつつ稿を閉じる。

注

- 57) 廃止論者の側からは、この地上から戦争を廃絶することの極度の困難さにかんがみ、死刑廃止は戦争を含む国家権力による殺人を廃絶するための第1歩なのだという主張が提起される可能性があるという。私自身はこのような優先順位の決定に同意できないけれども、せめてこういう声を全ての廃止論者から聞きたいと思う。ちなみに、個人の自然権、コナトゥスである正当防衛の権利の総和を成す国家の自衛権（集団的自衛権を含まない）

の行使としての戦争は、憲法9条のような戦争放棄規定（その解釈は多岐にわたるが）の有無に関わりなく存続するというべきであろう——現実をそれを他の戦争と区別することはほとんど不可能だとしても。（このような考え方にに対しては批判がありうる（ラミス・前掲（注21）『憲法は、政府に対する命令である。』82-83頁など）。今この問題については深入りしないが、さしあたり以下の西原春夫博士の見解を参照。「私は刑法研究者だから、個人に正当防衛権があるのと同様に、国にも正当防衛権があると考えている。それに伴い自衛のための最低限の戦力は必要と考えざるを得ない。」（同『日本の進路 アジアの将来——「未来からのシナリオ」』（2006、講談社）175頁。）この個人の正当防衛権と国家の自衛権との関係は、弱者の強者に対する復讐＝応報的正義の実現を死刑制度によって国家が代行するのと似ている面があるといえよう。なお、憲法学における9条の解釈論の展開については佐藤・前掲（注22）『日本国憲法論』92頁以下参照。

補論 死刑存廃論の要件事実論的考察

1 はじめに——前提的な問題

最近、死刑存廃論を要件事実論の立場から考察するユニークな論考が、要件事実論の主唱者である伊藤滋夫教授によって発表された¹⁾。以下ではこの論考に対する批判的考察を行う。

私は、死刑制度の存廃を考えるための前提として、「人間の尊厳の尊重」を根源的価値判断とする伊藤説に同意する。また、「根源的価値判断から従属的（具体的）価値判断を導出すること」にも異存がない。しかし、その導出は良識ある人々の合理的判断によるとして同論文7頁で述べられる論述については賛同できない。すなわち氏は、地球環境に関する「保全の方策を考えるための地球環境の現状及びその改善のための方策については」「専門家の合理的判断」が必要で、「単に多くの人々（たとえそれが圧倒的多数の人々であろうとも）がこのように考えるということだけで決めることはできない。」という。しかし、少なくとも保全のための方策については国家財政その他の多種多様な面からの考量が必要となるし、専門家（その分野の限定も必要）の意見といえども容易に合致しない場合が多いだろう。結局は専門家の多数または一部の意見を参考にしつつ民意を代表するはず

の政府の意思決定で決めざるを得ないことになろう。現状認識についてすら専門家の間で意見の一致をみるのが難しい場合が少なくあるまい。CO₂等の排出量規制問題や今回の東日本大震災による福島第一原発事故などの例にかんがみ、専門家の合理的判断なるものが現実には容易に調達しがたいことを認めざるを得まい²⁾。まして伊藤氏が上記の論理をそのまま死刑廃止という問題にまで援用することについてはいささか強引な感じを否定しえず、廃止論者の伊藤氏は死刑存置という国民の多数意見を否定するために結論の先取りの誤謬を犯しているのではないかとすら疑われる。ここでの氏の議論について行くことができないゆえんである³⁾。

注

- 1) 伊藤滋夫「要件事実論の汎用性を示す要件事実論と基礎法学との協働に関する一考察——死刑制度の存廃についての検討試論——」伊藤滋夫編著『要件事実論と基礎法学』(2010, 日本評論社) 1頁以下。(この論考についてはすでに本論の注記でしばしば引用している。)

この論考は死刑存廃論を扱う刑事法学者や犯罪学者などにとって要件事実論という不慣れた民事法のテーマに関わるものなので、無視・黙殺されてしまう恐れがありうる。自分の専門領域に対する他の分野の研究者からの発言は、あたかもその私有地に対する無断侵入のごとくみなして無視・黙殺してしまうことがタコ壺的な日本の学問風土ではありがちだからである。私は以下に述べるとおり伊藤氏の所説には反対であるけれども、氏の真摯な知的営為に対してはそれにふさわしい敬意を表すべだと考える。そんな思いもこの補論執筆の背景にある。
- 2) 例えば福島第一原発事故について、副島隆彦＝武田邦彦『原発事故、放射能、ケンカ対談』(2011, 幻冬舎)における武田発言を参照。
- 3) 本節の引用文はいずれも同書7頁。なお、以下のダグラス・ラミス氏の言葉は「政治に関する知識」を「死刑存廃論」と言い換えても基本的に妥当と思う。「政治に関する知識は、数学や自然科学の知識のように確実にはならない……。そして、それは政治学が進んでいないからなのではない。政治における知識は自然科学の知識と質的に違うからである。科学的な方法論を利用すればそうでなくなるという問題ではなく、これは『政治』の本質と関係する問題である。」「それは事実を知ることと行動方針を選ぶこととの違いである。」(同『憲法は、政府に対する命令である。』(2006, 平凡社) 115-116頁)。

さらにここに、「人間というものを研究し、人間

というものを相手にする限りは、単なる科学的合理主義ではうまくいかない」という臨床心理学者の河合隼雄氏の言葉も書き添えておきたい(同『現代と神話 21世紀の生と死を探る』『日本人という病』(1999, 潮出版社) 213頁)。本論注44における同書からの引用も参照。死刑存廃論は結局人間そのものに深く関わる問題なのである。

2 自然法秩序における要件事実論?

氏の論考は、「特定の実定法秩序をはなれて、およそ人間社会におけるあり方として、死刑制度の当否を考えようとするものである」⁴⁾、「現行の日本国憲法や刑法などの実定法秩序を前提としたものではなく、一種の仮想の自然法秩序を前提としたもの」⁵⁾だという。しかし要件事実論というのは特定の実定法秩序とくに日本のそれにおける主張・証明(伊藤氏の用語では「立証」)の理論として提唱されているものである。日本法を離れるどころか一種の仮想の自然法秩序にまで要件事実論的思考を妥当させようとするのは無理ではあるまいか。氏は要件事実論を自然法則や論理則のようなものとして理解されているのだろうか。論文の表題に「要件事実論の汎用性」という表現があるのはこのことを示しているのかも知れない。私はすでにこの出発点において伊藤説について行けそうもないのであるが、ともかく氏の論理を辿ってみることにしよう。ちなみに、私は広義における「要件事実的思考」(要件事実論的思考ではないことに要注意!)はおそらく時代と場所を超えて法律家の仕事とくに裁判において大切だと考えるが⁶⁾、このことはもちろん伊藤要件事実論(的思考)の一般的妥当性を意味するわけではない。例えば、私がいささか詳しく知っているスウェーデン法においては日本とは全く異なる主張・証明責任論が行われている⁷⁾。日本法の主張・証明責任論としても氏の要件事実論(裁判規範としての民法説)が通説でないことは氏自身が認めるところである⁸⁾。

注

- 4) 伊藤・前掲(注1)7頁。
- 5) 伊藤・前掲(注1)14頁。
- 6) スウェーデンにおける主張・証明責任論の法理の開拓者というべきK. オリーヴェクルーナ(Olivecrona)は、以下のようにいう。判決の基礎となるべき法律事実として私法上関連を有する事実は、潜在的にはほとんど無限である。しかし当事者はそれを基礎的要件、拡大的要件、反対事実の順に主張・証明して行けば足りる。これを継続的関連性の原則(主張)および継続的証明の原則と称する。この二つの原則は神託裁判のような原始的司法でない限り、全ての裁判運営において必要であり、あらゆる時代の良き法律家は実質的にこの原則を適用してきたのである、と。拙著『訴訟における主張・証明の法理』(2002, 信山社)16-17頁。ちなみに、彼は日本では法哲学者として知られているが、定年までルンド大学の訴訟法担当教授であった。
- 7) スウェーデンの主張・証明責任論については拙著・前掲(注6)第3(127頁以下)およびとくにその最近の状況については、ペーター・ヴェストベリィ、拙訳「処分主義的民事訴訟における訴訟戦術と証明責任」判例タイムズ1170号(2005)58頁以下参照。
- 8) 伊藤・前掲(注1)2頁注2。

3 死刑の「国家が人の生命を奪うこと」と「それは刑罰権の行使として行われるもの」への二分——死刑の(非)正当性・(不)合理性に関する主張・証明責任の所在

氏は、死刑とは「国家が人の生命を奪うこと」と「それは刑罰権の行使として行われるもの」という二つに分けて考察すべきだとし、前者が原則、後者が例外の関係に立つとする。そこから、死刑を執行された者Aの子=唯一の相続人Xが提起する不法行為による1億円の損害賠償請求訴訟の請求原因としては国家が死刑を執行したことのみに主張すれば足り、後者すなわち刑罰権の行使の妥当性は抗弁等として被告=国Yが主張・証明責任を負うという論理が導かれる。

しかし、死刑を上記のように二つに分けてみることは可能であるにしても、法制度としての死刑は両者が不可分一体のものとして成り立っているのではないか。また、死刑制度の正当性、合理性(を否定すること)に関する主張・証明

責任は実定法が死刑制度を採用している以上、それを否定する者すなわち原告の側にあると考えるべきである。したがって、Xの請求は主張自体失当として棄却されることになる。伊藤氏の自然法秩序においてはそもそも実定法が存在しないといわれるかも知れないが、死刑が行われかつこれを理由とする損害賠償請求がなされたということは、死刑も不法行為による損害賠償請求も制度的に承認されていることを意味するわけだから同様に考えるべきである。死刑制度が存在しない国においてこれを創設する場合には、「人間の尊厳の尊重」を根源的価値判断とする立場から主張・証明責任を死刑創設の主張をする側に課することも考えられようが⁹⁾、それと本件の損害賠償請求の場合とを同一視することはできまい。伊藤説にしたがえば、多くの実定法規についてこれを援用する側はその立法理由を主張・証明する責任を負うことになりかねず、收拾のつかない混乱が生ずるだろう。

上記の主張・証明責任の分配に関する私見によれば、かりに二分説にしたがった場合でも、国がAの生命の剝奪は死刑の執行という刑罰権の行使としてなされたものである旨の抗弁を提出すれば、Xは再抗弁として死刑の執行が法的に無効なものであること、すなわち死刑制度の非正当性、不合理性に関する主張・証明をしなければならぬから、Xの請求は再抗弁の段階で理由がないものとして棄却されることになる。国にとってこの抗弁の提出は一挙手一投足の労で足りるので、事態はXの請求が主張自体失当として棄却される場合とほとんど変わりがない。

注

- 9) 伊藤氏が引用する團藤博士の死刑制度に関する拳証責任論(存置論の側にあるとする)も「死刑制度を創設するには……」と述べているので、創設の場合に関する立論と読める(伊藤・前掲(注1)10頁注7, 團藤重光『死刑廃止論 第六版』(2000, 有斐閣)153頁)。そうでなければ不適切な議論というべきである。

4 死刑を執行された者の遺族の国に対する損害賠償請求の行方——相殺の抗弁など

死刑制度の非正当性、不合理性に関する主張・証明責任が原告にあるという立場からは、伊藤氏の抗弁・再抗弁等に関する分析についてとくに論ずる必要はないわけであるが、100歩を譲ってその存在の主張・証明責任が被告＝国にあるとしても、私見によればこの請求は否定され、棄却されてしまう結果になる。その理由は次のとおりである。

被害者＝死者はAに対して殺人という不法行為による損害賠償請求権を有し、その金額は少なくとも1億円を下らないはずである（人の生命は等しく尊重されるべきであるから）。したがって、Aの唯一の相続人の原告Xは、被害者の子（Zとする）に対してこの損害賠償債務を負う。国がXに代わってZにこの債務を弁済すれば、国は代位弁済者としてZがXに対して有する損害賠償請求権を取得する。国はこの反対債権をもってXの本訴請求債権と対当額で相殺する旨の相殺の抗弁を提出できるわけである。

相殺の自動債権の成否については消滅時効、除斥期間の問題もあるが、一種の自然法秩序のもとでの議論としてはこの問題にまで言及する必要はあるまい（第三者の弁済、弁済による代位の効果、相殺の要件・効果については民法と同様の制度の存在を想定しているが）。それにこの結論は国による被害者（遺族）の救済を促進し、かつその支払原資の負担を加害者の側にも帰しうるというメリットがある。そもそも、仮にXの請求が認容され、Xが国からその支払いを受けたとすれば、Xはこれを被害者の霊前に捧げるべき筋合いである（ZからのXに対する損害賠償請求を待つまでもなく）。それが普通の人間のなすべき行為だろう¹⁰⁾。殺人犯の遺族が死刑判決の執行によって巨額の利得をし、他方被害者の遺族は困窮するというような構図はとうてい普通の人間が納得しうるものではないと確信する。なお、Xの国に対す

る損害賠償請求はZからXに対する損害賠償請求を誘発し、Xの請求の認容、棄却に関わりなくXは訴えによる経済的目的を達することはできないという結果に終わるはずである。

いずれにしても、Xの国に対する損害賠償請求はその経済的目的を達することはできないわけであって、多大の時間と費用とエネルギーを使ってなんら自己に経済的利益をもたらさないことを行う愚か者はいないだろうから、この損害賠償請求の事例の想定は無意味ではあるまいか。

注

- 10) 中嶋博行『罪と罰、だが償いはどこに?』（2004、新潮社）190-191頁など参照。

6 要件事実論的考察の妥当範囲

もっとも伊藤氏の主眼とするところは、本件の請求の認容ひいてXの経済的利益の確保ということよりも、要件事実論の適用により神々の争いの観を呈している死刑存廃の議論の生産的な整理を行うことにあるのだと考えられる¹¹⁾。そうすると、問題は要件事実論的考察の妥当範囲いかんということになる。（実は設例の検討に入る前にまずこの問題を取り上げるべきだったかも知れないが、叙述の便宜上最後に残しておいた。）

要件事実論は本来民事訴訟における主張・証明責任の分配に関する理論である。とりわけ伊藤氏のそれは「裁判規範としての民法説」と自身で命名されているように、日本民法を基本として構成されている。それが現行実定法規の大半を占める行政法規等にそのまま妥当するか否か疑問である。また、民法典その他の民商法関係の法規などを除いては立法準備作業の担当者が要件事実論に関する十分な素養を有しているとは思えず、立法準備作業の最終段階を受け持つ内閣法制局の参事官等の職員もごく少数の法曹有資格者以外については同様のことがいえよう。

死刑存廃というのは複雑で多面的な考量が必要な立法（政策）論に属する問題である。そこでの議論の整理に要件事実論がどれほど有効か甚だ疑問である。そもそも何を以て原則とし、何を例外とするかはしばしば大きな対立を招く価値判断の問題であって、妥協的立法も要求されよう。要件事実論の出番は民商法関係以外の立法論の場では極めて限定されたものになろう。

注

- 11) 伊藤・前掲（注1）8-9頁参照。表題の「要件事実論の汎用性……」という表現自体がこのことを示唆する。より具体的には、死刑の問題に関する「議論の展開を、要件事実論を踏まえて明確にする」こと、「議論の明確化とはどの意見とどの意見がどういような対応関係にあるのか、どのような意見がどちらの側が積極的にその正当性を立証すべき性質（も？）のものであるか、争いのある点が事実問題か評価問題かなどといったことが明確になるということである。それによって議論のいたずらな混乱、行き違いを避けることができると考える。」（同論文15頁）と述べている。

なお、以下の論述については注3を参照。

6 結語

以上のほか、死刑の抑止効果、国内世論の問題（国際世論との比較）および誤判（冤罪）の可能性について伊藤氏の述べるところに対する批判は、すでに本論において行っているのでこの補論では言及を省略する。

かねて私は、伊藤氏が精力的かつ野心的に要件事実論の深化とその妥当領域の拡大に精進されているお姿に脱帽し、心からの敬意を覚えている。40年以上前の裁判官在職当時から存じ上げている畏友でほぼ同年齢の氏のご活躍は、法律学の一隅で蝸牛の歩みを続けつつある私にとって何よりの励みである。しかし「君子は和して同ぜず」なので——自らを「君子」に比するのはおこがましいけれど——、残念ながら氏のユニークな死刑存廃論の要件事実論的考察に追従できないゆえんを書き綴ってきた。不敏のためあるいは氏の所論を誤解し妄評を加えた点

も少なくないかも知れぬが、その点についてはご寛恕を乞うほかない。

後記 本稿はわが傘寿の記念を兼ねて行った4回目のピースボート地球一周の船旅（第73回、2011年4月24日—7月12日）のオセアニック号船上で書かれた——帰国後に若干の修正と注記の補充をした以外は、あいにく船旅中風邪をこじらせてしまい、38度5分を超える高熱が出て頭の割れるような激しい頭痛に悩まされ、体調が完全に回復するまでに1月以上を要した。これほどのひどい風邪は生まれて初めての体験である。そんな中で少しずつ這うように仕事を進めて何とか本稿をまとめることができた。外界の情報から遮断された船上は貧しい思索のためにもこよなき場所であったと思う（私は船内ではインターネットも携帯電話も使用しない）。

2011年7月20日

前号（3号）49頁 補記の追加

「司法制度改革と日弁連新会長」萩原金美 43-49頁中49頁の補記に以下の文章を追加致します。

補記 その2 校正終了後に遅ればせながら注1の記述は正しくないことを知った。昨日（2010年9月22日）、久しぶりに所属事務所に行き、山のような郵便物などを整理しているうち（緊急を要する文書は事務局から自宅に送られてくるが、それ以外は自分で整理することにして）、本年1月初めに「市民のための司法と日弁連をつくる会」（代表世話人 宇都宮健児）から送られてきた「市民のための司法と日弁連をつくる会 政策要綱 日弁連に新しい風を」という文書などが届いているのを見落としていたことに気付いたのである。お詫びしてこの注記を削除する。

2010年9月23日