

死刑を克服するための羅針盤

——軽視されてきた生命権から考える——

生 田 勝 義*

目 次

はじめに……課題の提起

- 1 「生きる価値のない生命」論と死刑
 - 2 生命権の位置づけ
 - 3 生命権と「公共の福祉による制限」論
 - 4 判例理論の問題点……「公共の福祉」により死刑を是認できるか
 - 5 憲法31条と生命権
 - 6 正当防衛や緊急避難との違い
 - 7 憲法36条の禁じる残虐刑とは
 - 8 被害感情や国民感情は死刑を正当化できるか
 - 9 生命権という普遍の人権による対立の止揚
- おわりに……温もりのある社会と死刑

はじめに……課題の提起¹⁾

1) 1990年代初めには刑事司法において全体として寛刑化への傾向があ

* いくた・かつよし 立命館大学名誉教授

1) 本稿は、2018年8月22日大阪弁護士会にて行われた「死刑制度に関する勉強会」で配布した報告原稿に大幅に加筆したものである。その報告原稿は、生田勝義「死刑と生命権についての一考察」立命館法学第360号（2015年第2号）所収を土台にしつつ新たにそれを「死刑克服に向けた理論的な課題提起」という観点が明確になるよう補正しつつ構成し直したものだ。その際、続稿である生田勝義「死刑と生命権（再論）」立命館法学第365号（2016年第1号）所収からも一部補充した。本稿は前2論文と部分的に重複しつつも全体として独自の論考である。

り、また死刑廃止について学界でも前向きな議論が有力になりつつあった。1994年には超党派の死刑廃止推進議員連盟も発足した。

2) ところが、90年代後半になると、被害者運動からの厳罰化要求がマスコミでも取り上げられるようになり、とりわけ1999年4月の光市母子殺害事件、同11月の東名高速飲酒トラック幼児致死事故などを契機とする厳罰化要求被害者運動が2000年代に入ると社会問題として取り上げられるようになる。

今日では、重大事件には死刑も当然との風潮が社会的に強まっている。日本の刑法学界でも死刑制度を（当面）存置した上で部分的改良により対応するという主張²⁾が広がりつつある。

3) もっとも、死刑存置を支持する風潮に対してはそれが死刑に関する事実の正確な認識に立ったものなのかという点について批判のあるところであり、また、死刑存置論者でも多くは、両手を挙げて死刑賛成というわけではなく、世論の動向に照らし死刑廃止に及び腰になっているにすぎないという点に注意しておく必要がある。

4) 今日の死刑存置世論に係る支配的思潮は、非寛容の厳罰主義である。その主な支柱には ① 自己決定を擬制した「自己責任」論からする応報刑論と ② 被害者の気持ち、つまり被害「感情」尊重論がある。さらにその背景には、「自由に対する安全の専制」とか「理性に対する感情の専制」とかいわれる状況がある。前者の「安全」は「安全感」だとすると結局は後者の問題であるということが出来る。また応報刑論が一般人の常識としては応報感情として現象すると考えると、今日の死刑存置支持意識は全体として「感情」を根拠にして成り立っていると言ってもよい。そのような感情の中で今日厳罰化の推進に重要な積極的役割を果たしているのが

2) たとえば川端博・浅田和茂・山口厚・井田良編『理論刑法学の探究⑨』（成文堂、2016年）には死刑に関する3論文が収録されているが、死刑の当面存置はやむなしとしたうえで部分的改良に重点を置くものになっているといえよう。将来の廃止を語るだけでは70年前の最高裁大法廷昭和23年3月12日判決とあまり変わらないのではなかろうか。

「被害感情」である。

死刑廃止反対意見の割合とその理由は80年代後半以降における新自由主義政策の展開と絡みながら変化してきたと言ってよい。それは次に<参考>として掲げる表からも読み取れよう³⁾。

<参考>死刑廃止反対意見の割合とその理由

調査年	割合	応報感情	被害者の気持	凶悪な犯罪が増える	再犯の危険
1967年	70.5	24.4	7.3	43.4	20.8
1980年	62.3	36.9	10.0	46.2	23.4
1989年	<u>66.5</u>	<u>56.0</u>	<u>39.7</u>	53.1	<u>37.9</u>
1994年	73.8	51.2	40.4	48.2	33.9
1999年	<u>79.3</u>	49.3	<u>48.6</u>	48.2	<u>45.0</u>
2004年	81.4	54.7	50.7	53.3	45.0
2009年	85.6	53.2	<u>54.1</u>	51.5	41.7
2014年	80.3	52.9	53.4	47.2	47.4

(数字に付した下線は、生田。)

5) 死刑廃止への動きが阻まれているのはそのような時代思潮が支配的だからであるが、法理論の問題としては、被害感情に基礎を置く死刑存置論に死刑廃止論の側が有効に反論できてこなかったということが挙げられよう。被害感情論への配慮と受け入れはあったがその一面性に対する批判はほとんどなかった。これは従来の廃止論にも実は一面性があったことの裏返しであるが。

6) 当然のことながらそのような支配的思潮に対抗する寛容と連帯、人権の相互尊重(人権の普遍性の承認)といった思潮、さらに最近ではイギリスのEU離脱国民投票や米国大統領選のトランプ現象に見られた「事実より感情的な思い込みを重視するというポスト・トゥルース(Post-truth)」状況に対する批判も有力に存在する。これらは死刑廃止を支える基盤整備

3) 生田・前掲論文「一考察」26頁および生田勝義『人間の安全と刑法』(法律文化社、2010年)7頁～9頁、34頁～40頁参照。

への主要動因になろう。

今日の情勢下で死刑を克服していくためには、基本的には、そのような対抗思潮を強めることのできる取組みが重要であろう。

7) この間の法曹界における死刑廃止に向けた動きとして注目すべきは、日本弁護士連合会が「死刑制度の廃止を含む刑罰制度全体の改革を求める宣言」(2016年10月7日採択)を出し、会としてシンポジウムを開催したり広報パンフレットを発行するなど活発に情報発信していることである。死刑は最も基本的な人権である生命を国家が奪うものであることから、理性的たるべき国家権力の行使として死刑が正義といえるのかが今日世界的に疑われるに至っている。人権擁護と社会正義の実現を使命とする弁護士の自治組織である弁護士会が死刑廃止に向けた行動に取り組むのは理にかなっている。その宣言が死刑廃止の理由として国際人権(自由権)規約第6条の生命権を挙げていることは大きな前進であるが、全体として当時における死刑廃止論の一般的内容を丁寧にまとめたものになっている。全員加盟制の弁護士会の宣言であることからそれが当然ともいえようが、そのことにより当時の死刑廃止論が抱えていた上記した問題点も引き継いでしまったように思われる。

8) しかし、現状を変えるにはそのような理論的枠組みや取組みに加え、従来型の存置論か廃止論かといった2極対立を止揚(Aufheben)することのできる理論構築や取組みが必要になっているのではなかろうか。

その第1が、「被害者の人権」と「加害者の人権」とを対立させ人々を分断するといった状況を両者に共通する普遍的人権、例えば「人間の尊厳」や「生命権」を軸に打開する取組みである。また、「自由と安全(感)の対立」、「感情と理性の対立」を克服する道を示すことも必要である。人間は感性と理性の相互作用により高度の感情である情操までも抱くことのできる存在である。このことに依拠してそれらの対立を止揚する道を探求すべきであろう。死刑の廃止は死刑囚への単なる憐憫の情による慈善活動ではない。それは私たち個々人にとっても「人間らしい生活」を実現していく、いわば「人間に光あれ」とかの私たちすべての発達に関わる取組み

である。このことも明らかにする必要があるろう。

第2が、死刑を支える支配的思潮がかえって個々人の自由や権利、安全を危うくし、社会を不安定にしてしまうことを明らかにできるような取組み、理論活動である。「国家による合法的殺人」を認めなければ自分たちの安全を守れないと思いつめている人々に対し、それではかえって自分たちの安全を守れないのだと説得的に語れること。今日、これなしに死刑克服の道を拓くことはできないであろう。

9) 支配的思潮や死刑存置がかえって自分たちの安全を危うくすることを示す例として、「生きる価値のない生命」問題を挙げることができる。

この問題は、高齢や事故による心身の重度障害は誰もが迎える、ないし遭遇しかねないものであることから、社会的に一般性を持つことのみならず、やすい問題である。またこれは、公権力が「生産性」などの社会的効用で人の価値を決めることの問題とも関連する。

1 「生きる価値のない生命」論と死刑

(1) 「生きる価値のない生命」論が問題になった事例

最近の事件で深刻な問題を提起したのが、2016年7月26日未明、相模原市にある「津久井やまゆり園」という重度障害者支援施設でその元職員であった男により19名が殺害され27名が傷害を負った殺傷事件である。

この事件は、死傷者が多数であることに加え、加害者の動機が重度障害者は生きていてもしょうがないという障害者差別にあったことから、社会に大きな衝撃を与えた。加害者は事件前から同僚職員に「障がい者は生きていても意味がない」、「税金の無駄」、「安楽死させた方がいい」等の言動をし、園長等による指導を受けても「自分の考えは間違っていない」と言って即日退職するとかしたという⁴⁾。事件後もそのような考えに変わり

4) 「津久井やまゆり園事件検証報告書」(平成28年11月25日 津久井やまゆり園事件検証委員会) 参照。

はないとされる。

この事件がもつ社会的な意味と課題の広がりをも端的に示しているのが平成28年8月15日付神奈川県特別支援学校長会「声明文」であろう。そこには次のように記されている。

「報道によれば、容疑者は、障害者に対して、人としての存在を否定するような発言をしていたということです。しかし、私たちの実感はこれと全く違います。私たちは学校で、障害のある子どもたちと、日々喜びを感じながら過ごしています。……（改行）私たちは、障害のある人たちがひたむきに何かに取り組む姿や、他の人たちに接するときの優しさや思いやりを目にするとき、そこに人間としての魅力が満ちあふれていることを感じます。障害のあるなしで人を区別する前に、人は障害者である前に一人の人間であり一つの人格である、ということ深く心に刻むべきです。（改行）障害者は、人に頼ることが多い人たち、と思われているのかもしれませんが。しかし、人の手を借りずに何でも一人でできる人間などいない、……。 （改行）……障害者のことをよく知り、障害についての理解を深め、支援の輪を広げていきましょう。そのことは、障害者のためだけでなく、社会に生きる全ての人々の幸せにつながっています。誰もが支えあって生きる共生社会をつくっていきましょう。社会のみんなのために、そして自分自身のために。」

その他、看護師による重症患者殺害事件にも同様の問題の見られることがある。

（2）死刑との関係

子供の自殺が問題になるたびに「生命の大切さを分かってほしい」という言葉が繰り返される。生命の大切さは自殺だけでなく殺人に対しても言われ、殺人は極めて重大な犯罪だとされる。

それでは死刑に対してはどうか。死刑も人を殺すことに変わりはないはずだが、死刑は構わないという。悪いことをした者の生命は大切でないのか。

人の生命には殺して良いものとそうでないものがあるのだろうか。もしそうであるのなら、人によりその生命に質の違いがあるということになら

ないか。

質の違いを肯定し、殺してよい生命の存在を認めると、「生きる価値のない生命」という概念を認めてしまうことにもなる。これを認めてしまうと、ナチスによる暴虐(精神障害者などへの強制的安楽死)を持ち出すまでもなく、人道に反する行為の引き金になる恐れがある。ナチスは「生きる価値のない生命」の毀滅を人の常態的な社会的効用との衡量(社会に有用な存在と社会に負担ばかりかける存在との衡量)によって正当化した。死刑存置論が常態的な社会的効用との衡量(更生不能な社会に負担をかける存在とか、社会を防衛するためには隔離して監視しないとイケない、やっかいな存在)に抛り死刑を肯定するのであれば、それはかつての「生きる価値のない生命」論ともつながっていくことになる⁵⁾。

死刑の存廃を巡る議論は、死刑そのものをどうするかという問題にとどまらず、人間にとり至高の存在である生命を人間社会がどのように扱うかという問題の一環である。

死刑についてはとりわけ、①正当防衛などの緊急行為による殺人と死刑による殺人との異同、すなわち前者が許容されるのに後者が許容されないのであればその違いはどこにあるのか、また②「生きる価値のない生命」論と死刑との論理関係如何という問題をも丁寧に分析していくことが必要であろう。そのような検討を導く紅い糸となるのが、「人間の尊厳」とその土台となる「生命権」なのである。

(3) 「殺人鬼は、生きる価値がない。」論と死刑

重度障害者は無辜の人であるのに対し、殺人鬼は罪を犯した者という違いがある。それゆえ、この考えの論理は、社会的効用論に加え、応報刑論とも関係する。応報刑論には、同害報復論と等価的応報論がある。後者が一般的である今日、犯罪と死刑が等価的であるとの価値評価が可能なのか

5) 生田・前掲論文「(再論)」111頁参照。

疑問がある。何も加害行為をしようとしていない拘禁中の人の、「人間の尊厳」を担う生命の毀滅が「過去の犯罪による社会侵害」と等価的でありうるのかという問題である。この点はさらに後述する。

2 生命権の位置づけ

(1) 生命権とは……人間にとっての生命の価値

生命は人間存在の土台・基礎である。あらゆる人権は生命があってこそ享有できる。このように生命は、人間の尊厳をはじめとして自由や権利、つまり人権の土台・基礎でもある。昔から「命あっての物種」といわれる。まさに、「何事も命があっての上のこと。死んではおしまい。」（広辞苑第6版）なのである。

そのような生命を享受できる権利、生命に対する権利が、生命権である。それを保障するために人々は社会や国家・法を作る。しかも、近代的人権宣言の典型といえる1776年のヴァージニア権利章典第1条では、生命権などの固有の権利は社会状態に入るに当たってその子孫からいかなる契約に因っても奪うことのできないものとされた。同年のアメリカの独立宣言にも生命権がうたわれる。

もっとも、フランスの市民革命期の人権宣言（1789年宣言など）には生命権はそれとしては明記されなかった。その後の米国憲法にも生命権がそれとして明記されなかった（その修正条項では単に、法の適正手続によらなければ「生命、自由又は財産を奪われない」（修正5条）とされるのみ）。

生命権が人権として世界的に宣言されるにいたるのは、人類が①2度にわたる世界大戦の惨禍への反省や②ナチズム・ファシズムによる暴虐からの教訓を踏まえ1948年に国際連合総会でなされた世界人権宣言においてである。その第3条は「すべて人は、生命、自由及び身体の安全に対する権利を有する。」と規定する。ドイツでは1949年に制定されたボン基本法2条2項が生命権を明記するに至る。現在の日本国憲法はそれらに先駆

けて1946年に制定されたのであるが、その13条には生命権がすでに明記されていた。これは上記したヴァージニア権利章典や独立宣言の影響をも受けたものといってよい。

生命権という人権は、18世紀後半に産声を上げながら市民権を得るには20世紀半ばを待たねばならなかった。この意味では生命権は現代的人権でもある。日本国憲法13条は、近代的人権であった生命権を現代的人権にまで高めた嚆矢なのである。

これは人類史の画期をなす出来事⁶⁾である。後述するように最高裁大法院はすでに昭和23年にそれに気づいていたといってよい。それにもかかわらず、日本の憲法学にはいまだもってそのことを十分に認識できていないのではないかという問題が残されている。

そのようにして確立された生命権には、至高の人権というにとどまらず、他の人権に較べての質的な特殊性がある。この質的な特殊性については前稿⁷⁾に譲りたい。

(2) 生命権は実定法上の権利

日本の刑法学は生命権が憲法で保障された権利、基本的人権であることにあまり注意を払ってこなかった。

第二次世界大戦以前の日本の憲法や日本に大きな影響を与えたドイツの憲法には人権である生命を権利として保障する規定はなかった。そこで生命は権利としてではなく「法益」の一種として論じられた。権利としては財産権や人身の自由などの自由権が念頭に置かれるにとどまった。名著である末川博の『権利侵害論』にもそれが見られる⁸⁾。

6) これは戦前に対する戦後政治的価値の質的發展でもある。萱野稔人『死刑 その哲学的考察』（ちくま新書、2017年）は死刑存廃については道徳の問題としてだけでなく政治哲学による考察も必要であるとの重要な指摘をなしているのであるが、そのような質的發展の政治哲学における位置づけに言及されていないのは残念である。

7) 生田・前掲論文「一考察」4頁～5頁参照のこと。

8) これは戦後になって、末川博『権利侵害と権利濫用』（岩波書店、1970年）263頁以下

そのような戦前に確立された法益論が戦後に引き継がれたわけだが、刑法学ではさらに、人権は国家に対して保障されるものであって保護されるものでないから、保護法益と人権は区別されるべきだと考えるものまで出てくる。その結果、生命は保護法益とされることから生命主体たる人は保護客体の主体だが人権主体とはされず保護の「客体」扱いされる。その延長線上で生命などの主体であるにも関わらず保護客体であるにすぎない人（およびその関係者）は刑事手続きにおいても何等の主体性も認められず、蚊帳の外におかれる。このように保護法益を人権から切り離すという弱点が後に、被害者運動の側からする「刑法は被害者の人権を保護していない」との批判を呼んでしまうことになる。

しかし、上述したように、生命についての法状況は第二次大戦後大きく変化した。日本国憲法も世界に先駆けその13条において「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」として生命権を明記するに至る。

ところが、日本の憲法学（刑法学も同じ。）はこの変化を捉えきれず、憲法13条を長らく人権保障の抽象的な一般規定とか包括的な幸福追求権に関する規定であるとか解してきた。憲法13条が生命権についても裁判規範性をもつ具体的な人権規定であるとの解釈が有力になったのは最近のこと⁹⁾である。

条文を虚心坦懐に見れば、生命権等が「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」ことから、生命権が国家により人権として保障されまた保護されること、それゆえ国家による生命権侵害である死刑が生命

↘にも収録された。同書501頁には「少なくとも、各種の物権や債権と同じような意味で生命権、……という如き権利を認めることはできぬと思う。」とある。もっとも、それに続き、「否、生命……の如きは、いわば権利以上の存在であって、……寧ろ権利の発する根源でありまた権利の帰する幹流であると観なければならぬ。」とされていたことにも注意する必要がある。

9) この点については、生田・前掲論文「(再論)」114頁～115頁参照のこと。

権保障と緊張関係に立つことに疑問を挟むことはできないであろう。もっとも、制定の段階では、生命権保障と死刑が緊張関係に立つことまで条文として明記されなかった。

生命権保障と死刑が緊張関係に立つことを条文に明記するのが、世界人権宣言3条を受け1966年に作られた「市民的及び政治的権利に関する国際規約」(自由権規約)第6条〔生命に対する権利及び死刑〕である。そこでは第1項で「すべて人間は、生命に対する固有の権利を有する。……何人も、恣意的にその生命を奪われない。」と原則を規定したうえで、第2項から第5項には過渡的な例外として死刑を認めるがそれを制限する規定が置かれている。重要なのはその第6項である。「この条のいかなる規定も、この規約の締約国により死刑の廃止を遅らせ又は妨げるために援用されてはならない。」とある。

この自由権規約は日本も批准し、「締約国」となっているものである。自由権規約は国内法的効力を有するというのが通説である。日本でも生命権と死刑は緊張関係に立つということ、しかも生命権保障は死刑廃止に向かうものであるべきだということが、人権保障に関する基本法において明記されるに至っているのである。死刑廃止論は単に刑事政策論にとどまるものではない。また、残虐刑禁止憲法規定の解釈論にとどまるものでもない。生命権を保障する憲法や自由権規約という現行法の「体系的解釈」論としても展開することができるし、またそれが人権の世界史的・人類史的発展に沿う道でもあるというべきなのである。

(3) その他の国際法の動向

イ、死刑廃止条約(「死刑の廃止を目指す市民的及び政治的権利に関する国際規約・第二選択議定書」)(1989年12月15日)

この選択議定書を日本は調印していないが、国際法の動きとして重要である。その基本的な考え方は、「人間の尊厳」と「生命権」を保障するためには死刑廃止を必要としているということにある。人間の尊厳の土台は

生命権にあるということであろう。

ロ、欧州人権条約第13議定書

1950年の欧州人権条約では生命権が明記されたものの死刑廃止には至っていなかったのだが、2002年の第13議定書において、戦時を含むすべての状況における死刑の全廃を規定するに至った。この条約をもつ欧州評議会には日本もオブザーバー参加の資格を認められており、その資格に関係して死刑存置につき改善要請を受けている。

ハ、国際刑事裁判所に関するローマ規程

これは、1998年7月にローマで採択され、2002年に効力が発生した。このローマ規程による刑事裁判については、人道に対する罪など極めて重大な犯罪に対する刑罰としても最高刑は終身刑となっている(同77条1項)。死刑は排除されているわけである。

これは日本においても、2007年4月に国会承認、同年10月1日に効力が発生した。ローマ規程には補完性の原則や「各国の国内法に定める刑罰の適用を妨げるものではなく」と定める第80条があるとはいえ、少なくとも日本の国家意思として重大犯罪に対しても死刑でなくてよいとの意思が示されたことの意味は大きい。

ニ、法解釈方法論の一つである体系的法解釈

法解釈の対象につき客観説に立ち、法解釈の手法として体系的(論理的)法解釈によると、以上の諸条約は憲法13条の解釈にも大きな影響を与えることになる。

3 生命権と「公共の福祉による制限」論

(1) 最高裁判所判例理論の形成

最高裁大法廷昭和23年3月12日判決(刑集2巻3号191頁)は、残虐刑を禁止する憲法36条違反との弁護人上告趣意に対し、憲法13条にも言及したものであった。この点ではその憲法13条に関する言明は傍論だといえる。し

かし、その後、憲法13条違反との上告趣意に対し最大判昭和23年を引用して同13条違反論を否定する累次の最高裁判決が出される。死刑が憲法13条に反しないとする論拠については、上記最大判昭和23年が引き継がれてきたといえよう。

(2) 最高裁大法廷判決昭和23年3月12日の内容

生命権に関する内容のうち、重視すべき点は次のようになる(なお、文中の下線は生田)。

1) 生命および死刑の基本的位置づけ

「生命は尊貴である。一人の生命は、全地球よりも重い。死刑は、まさにあらゆる刑罰のうちで最も冷厳な刑罰であり、またまことにやむを得ざるに及ぶ窮極の刑罰である。それは言うまでもなく、尊厳な人間存在の根元である生命そのものを永遠に奪い去るものだからである。」と。

従来あまり評価されてこなかったのだが、ここには「尊厳な人間存在」との表現で戦後の人権である「人間の尊厳」が語られ、しかも「生命」をその「根元」であるとの位置づけが見られる。まさにここには、世界人権宣言の人の尊厳に関する前文と第1条、生命権に関する第3条、ドイツ基本法1条および2条や日本国憲法13条に示され、戦後新たに登場した現代的人権やその相互関係までが示されているように思われる。戦後最高裁判所の初代判事たちは日本の有力な憲法学者よりも戦後価値の変化を認識できていたということになる¹⁰⁾。

2) 死刑制度の歴史性

「常に時代と環境とに応じて変遷があり、流転があり、進化がとげられてきたということが窺い知られる。」

10) なお、同判決に関与した裁判官河村又介も関わった憲法普及会編『新しい憲法 明るい生活』(昭和22年月5月3日)5頁～6頁には「人はだれでもみんな生れながらに「人としての尊さ」をもっている。……そして私たちの生命や自由を守り、幸福な生活ができるように、……約束されている。」とある。これに対し、文部省『あたらしい憲法のはなし』にそのような叙述はない。

3) 現行憲法における生命権と公共の福祉による死刑承認

「そこで新憲法は一般的概括的に死刑そのものの存否についていかなる態度をとっているのであるか。弁護人の主張するように果して刑法死刑の規定は、憲法違反として効力を有しないものであろうか。まず、憲法第十三条においては、すべて国民は個人として尊重せられ、生命に対する国民の権利については、立法その他の国政の上最大の尊重を必要とする旨を規定している。しかし、同時に同条においては、公共の福祉という基本的原則に反する場合には、生命に対する国民の権利といえども立法上制限乃至剥奪されることを当然予想しているものといわねばならぬ。そしてさらに、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つて、これを奪う刑罰を科せられることが、明かに定められている。すなわち憲法は現代多数の文化国家におけると同様に、刑罰として死刑の存置を想定し、これを是認したものと解すべきである。言葉をかえれば、死刑の威嚇力によつて一般予防をなし、死刑の執行によつて特殊な社会悪の根元を絶ち、これをもつて社会を防衛せんとしたものであり、また個体に対する人道観の上に全体に対する人道観を優位せしめ、結局社会公共の福祉のために死刑制度の存続の必要性を承認したものと解せられるのである。」

(3) その後の展開

永山事件最高裁判決昭和58年7月8日（刑集37巻6号609頁）は、「各般の情状を併せ考察したとき、その罪責が誠に重大であつて、罪刑の均衡の見地からも一般予防の見地からも極刑がやむをえないと認められる場合には、死刑の選択も許されるものといわなければならない。」とした。光市母子殺害事件最判平成18年6月20日（最高裁判所裁判集刑事289号383頁）では、「……場合には、死刑の選択をするほかないものといわなければならない。」と若干変化する。

いずれにせよ、それらでは特別予防の見地が後景に退いていることに注意すべきであろう。矯正（改善）可能性があつても死刑にできるということである。光市母子殺害事件最判はこのことを明確に再確認した。この変化は、当時米国等で有力になっていた、抑止刑論を前提にするジャスティ

ス・モデルの影響を受けたもののように思われる。「一般予防の見地」が「抑止刑論」。「罪刑の均衡の見地」が「ジャスティス・モデル」。それぞれが対応しているように思われるということである。

このように整理すると、平成27年2月3日の最高裁判所第2小法廷による2つの決定(裁判所時報1621号1頁と同号4頁)にみられる行為責任重視の「公平性の確保の観点」もその流れにあるものと解することができよう。

4 判例理論の問題点……「公共の福祉」により死刑を是認できるか

判例理論には残虐刑か否かは死刑の執行方法により判断するという問題もあるが、ここでは憲法13条と関係する範囲で検討するにとどめたい。また、ここではまず問題点を概観することに重点をおき、重要論点については別途節を改めて検討することにした。

(1) 憲法13条の「公共の福祉」の意味

憲法13条の「公共の福祉」は、憲法22条や29条にわざわざ改めて明記された「公共の福祉」と異なり、抽象的な一般規定であることから人権相互の内在的制約原理である、と解されてきた。

しかし、人権の抽象的一般原理を定めるのは憲法11条と12条であり、13条はドイツ基本法¹¹⁾や自由権規約等との比較からも明らかなように個別的

11) ドイツ基本法の「第1章 基本権」には次の規定がある。

「第1条 人間の尊厳は不可侵である。それを尊重し保護することはすべての国家的権力の義務である。

3項 次に掲げる諸基本権は直接に妥当する法として立法、執行権および司法を拘束する。

第2条 各人は、他人の権利を侵害せず、憲法適合的な秩序若しくは道徳律に反しないかぎり、その人格の自由な展開に対する権利を有する。

2項 各人は、生命および身体的な無傷さに対する権利を有する。人身の自由は不可侵である。これらの権利に対しては法律に基づいてのみ介入してよい。」 ↗

人権を具体的に規定した条項なのである¹²⁾。13条の「公共の福祉」を人権相互の内在的制約原理と解すべきなのは「生命」等の権利が憲法22条等と異なり「最大の尊重を必要とする」とされているからである。

(2) 死刑により凶悪犯罪やテロを予防できるか

1) 消極的一般予防はどうか

一般人に向けた死刑の威嚇により潜在的犯罪者による重大犯罪を予防するというのが消極的一般予防である。これについてはまず、威嚇による抑止力が必ずしも実証されていないという犯罪学上の問題がある。また法理論的にも、威嚇による抑止という考えは人間を動物扱いするものであり、人間の尊厳を無視するものであるとの批判がなされている。いずれにせよ、一般予防論に否定的な研究が多くあり、すでに理論的には決着済みの問題であるといつてよい。

ところが、最近の最高裁判例は上述したように一般予防論（抑止刑論）を前提にする行為責任論になっている。そこには消極的一般予防論について上述したのと同じ問題があることに注意すべきであろう。

2) 積極的一般予防

死刑による一般予防が可能かという点では、今日、積極的一般予防が可能かという問題だけが残っているといつても過言ではない。積極的一般予

ゝ 続いて、第3条が「法の前の平等」を規定している。

すなわち、ドイツ基本法1条1項の「人間の尊厳」が日本国憲法13条1項前段の「個人として尊重」に、ドイツ基本法2条1項の「人格の自由な展開に対する権利」と2項の「生命および身体は無傷さに対する権利」や「人身の自由」が日本国憲法13条後段の「生命、自由及び幸福追求に対する権利」に、対応するといえるのである。

12) さらにこの点については、憲法12条における「自由及び権利」の「自由」と憲法13条の「自由に対する権利」とを比較すると、形式的な法文の論理的解釈からも前者が憲法19条の「思想・信条の自由」、同20条の「信教の自由」や同21条の「表現の自由」などの個々の「自由」を指し、後者が個別の人権としての一般的自由権を規定するものであることが明らかになる。このことから、12条は人権についての抽象的な規定、13条は個別的人権を具体的に規定したものであることが分かる。従来日本の憲法学はそのことにほとんど言及してこなかった。日本語を素直に読めば明らかな事柄であるためだろうか。

防とは、犯罪を処罰することによって犯罪は悪いことであり行つてはならないことだという善良な市民ないし一般人の規範意識を満足させ維持することにより犯罪を予防するというものである。既存の規範意識に込えるというのであれば応報刑論と同じではないかとの指摘もある。

しかし、善良な市民の規範意識を満足させ維持するというだけであれば、少なくとも生命侵害については善良な市民の規範意識は死刑の存否に左右されるようなものではないというべきである。

善良な市民が人を殺さないのはなぜか。裁判員裁判で死刑判決を言い渡さざるを得なくなった裁判員が苦悩するのはなぜか。法に基づく正義の職務執行であるはずの死刑執行にボタンが3つ必要なのはなぜか。

それは、他人の生命の中に自分の生命と同じものを見ているからである。人を殺さないのは同類の中に自分自身を見ているからである。殺すことをためらう、殺人を見て怖いと感じる、さらには嫌悪感を抱くのはそのためである。人間はそのような存在であるからこそ、種として存続できているわけである。

人は同類・同種の生命に自らの生命と同じものを感じとっている。自らを殺害することと同じものを感じとる。同類意識を形成可能な存在だからこそ人は社会的存在として幾世代にもわたり生存を維持できた。同類を殺害することへの忌避感、恐怖感、嫌悪感はそのからくる。多くの人は通常の生活で人を殺さないようにできているのである。

もっとも同じ人間でも同類でない「敵」だと意識される場合にはこの規範意識は働かない。敵は自分たちの生存を危うくする存在なので、それを殺害することはむしろ英雄だと意識される。戦争における殺人がその典型だが、政治的でない狂信的な確信犯においても同じことが言える。自分の不遇を社会のせいであると考え社会に仕返しをする。そこには社会に対する敵視がある。同様に、死刑存置意識にも、凶悪犯罪者は敵であり同類でないから殺してよいとする意識が混入していないか。

生命侵害を予防するには、死刑というよりむしろ、人々が同類と意識で

きる人間関係、その範囲を広げることこそが肝要なのである。専制と戦争の惨禍の反省に立ってなされた世界人権宣言1条にも「人間は、理性と良心とを授けられており、互いに同胞の精神を持って行動しなければならない。」とある。

凶悪犯罪を積極的一般予防するために侵害性の大きい死刑やそれよりも加害性の大きいとも言われる終身刑を用いることは、不要なばかりか、かえって有害になることもあるといえるのではないか。

3) 特別予防はどうか

社会にとり危険な人間を死刑の執行によって抹殺・淘汰し、そのことにより社会を防衛するというのが、死刑についての特別予防論である。上述したように、最高裁判例ではこの論拠は後退したといえるが、世論調査では依然として死刑存置の有力論拠（「再犯の危険」として。）となっている（ここには今日の判例と世論とのずれが見られる。）。

これについては、①更生不可能な危険な人間であることの証明のむづかしさ、②人間の中に殺してもよい存在を認めることは人の生命に質の違いを持ちこむことにならないか、③「尊厳な人間存在の根元である生命そのもの」を社会防衛のために剥奪するということが人間を社会防衛の「単なる手段として使用」することにならないか、などの疑問がある。

最後の「単なる手段として使用する」ことの問題性はつとにカントが実践命法として指摘していたものである。カントは次のように述べていた。

「君自身の人格ならびに他のすべての人の人格に例外なく存するところの人間性を、いつでもまたいかなる場合にも同時に目的として使用し、決して単なる手段として使用してはならない」（カント『道徳形而上学原論』（篠田英雄訳）（岩波文庫、改訳1976年）103頁）。

そこでは、人格（Person）と人間性（Menschheit）が区別されていることに注意する必要がある。さらに、次の言明も重要である。すなわち、自殺が目的それ自体としての人間性という Idee と共存できるかを問い、「人間（Mensch）は物（Sache）ではない……。……。それゆえ、私は、私の人格

の中にある人間をなんら意のままに処分することはできない……」とする点である。これに対し現在、「人間の尊厳」を人間の自律性に求める見解もあるが、狭く限定しすぎているというべきであろう。

カントの実践命法にいう自己目的としての人間性、人間は物でないということが人間の尊厳であると解すれば、カントにおいては、人格の尊厳だけでなく、人間の尊厳が念頭にあったというべきであろう。そして、この意味での「人間の尊厳」が死刑廃止条約にも理念として採り入れられたと解すべきだと思うのである。

なお、現行憲法13条に影響を与えたマッカーサー草案12条「一切ノ日本人ハ其ノ人類タルコトニ依リ個人トシテ尊敬セラルヘシ」も同じ考えによるものと言える。

「殺人鬼に人権はない。処刑だ。」との主張は人間の尊厳を認めない、人間の物化（物視）に支えられている。

(3) 応報はどうか

上述したカントの「自己目的としての人間性」や人間の尊厳ということから、それに反する消極的一般予防論ではなく積極的一般予防論ないし応報刑論に拠るべきだとの見解が有力になっている。近代刑法原則である罪刑均衡は、他害行為責任に対応し均衡する刑罰という形で捉えられる。この罪刑均衡を応報としてとらえることは可能である。凶悪犯罪に対しては死刑も応報としてありうるのか。

問題は応報の中身である。応報の中身については、「物々交換」的な「同害報復」（目には目、歯には歯。）か、近代的な「等価交換」的な「等価的応報」か、という問題がある。今日では、同害報復でなく等価的応報として捉えるべきである。

実際の刑事司法においても、そうなっている。人の目を潰した者の目を潰す刑罰は許されないと価値基準は今日では普遍的な文化基準であろう。また、死刑存置国でも一般に、凶悪犯罪に対してもその一部にしか死

刑は執行されていない。日本では毎年1000件程度の殺人事件が認知されてきた。そのうちの過半数が殺人既遂。そのすべてを死刑にするようでは死刑国家になってしまうのではなからうか。厳罰主義の支配下でも2012年～2017年における死刑判決確定数は一けた台にとどまっている。

もっとも等価性の判断規準については、価値判断につきものの不安定さ、時間的空間的な流動性という問題を抱えることにならざるを得ない。したがって、その恣意性を誰の負担でカバーするかという課題が出てくる。

犯罪の社会侵害性に対し社会の側からする刑罰が等価関係に立つことができるには何が必要か。社会の側からする刑罰は、リンチ（私刑）ではなく公刑罰であり、かつ正義でなければならない。そして正義であるためには、少なくとも社会の側に社会の有り様についての公権力としての道徳的責務が果たされていなければならない。刑罰権力がそのような責務が果たされているかについての自己省察なしに上から目線で犯罪者の自己責任だけを問うことは公平でなく正義でない。

さらに次のような疑問もある。公刑罰は正義でなければならないのに正義の名のもとに公権力が至高の価値である生命を計画的に予告して奪う。これほど不正義なことがあるだろうか。人間らしい感覚の持ち主なら不正義と疑わざるを得ないから死刑執行にボタンが3つも必要なのであろう。

かつて、「現代多数の文化国家におけると同様に、刑罰として死刑の存置を想定し」（前掲・最大判昭和23年、下線は生田）と言われた。しかし、今日、死刑廃止条約などにみられるように「多数の文化国家」では重大犯罪に対しても死刑は等価的でなくなっている。日本も締約国になっている自由権規約第6条第6項（「この条のいかなる規定も、この規約の締約国により死刑の廃止を遅らせ又は妨げるために援用されてはならない。」）は、死刑を存置する理由として重大犯罪に対し死刑が等価的だと評価することを許していないというべきである。「現代多数の文化国家におけると同様に」死刑は廃

止すべきものなのである。

なお、死刑を合憲とする最高裁大法廷判決には、「個人に対する人道観のうえに全体に対する人道観を優位せしめ」との言明があった。こうすれば罪刑均衡も認められるということであろうが、それでは、「一人の生命は全地球より重い」との言明と矛盾する。昭和23年当時の「文化国家」の水準ではその矛盾もやむを得ないとされたのであろうが、最高裁判例の立場からもその後70年間の「進化」により今日では許されない矛盾になったというべきなのである。

5 憲法31条と生命権

(1) 反対解釈論とその問題点

日本の法学界には憲法13条が生命権を保障し、それが死刑と少なくとも緊張関係に立つことを眼中に置こうとさえしない風潮が残っている。その大きな要因は憲法31条の反対解釈であるといっても過言ではない。

憲法31条を法律（の定める手続き）によりさえすれば生命を強制的にでも奪うことができるという風に反対解釈することによって、死刑は憲法13条にも同36条にも違反しないと解するのが最高裁の見解である。

このような反対解釈に対してはそれ以外の解釈もありうるとの批判が可能である。たとえば、「法律の定める手続きによらなければ生命を奪われない」とは生命を奪うには法律の定める手続きによらなければならないというだけであって、生命を奪わない刑罰を作ってはならないとまでは述べていないとの解釈である。

文理解釈としてはどちらもありうるように思われる。

しかし、論理的（体系的）解釈によると、判例のような反対解釈は成り立たないというべきである。

その理由の第1は、単に法律というにとどまらず「適正な」法律に拠らなければならないというべきだから、死刑についてもそれが適正かの検討

がなければならない。また、生命や自由は基本的人権として憲法により保障されているのだから、生命や自由を奪うことが許されないのが原則である。だが特別の必要がある場合に例外的に法律によれば可能になることがあるというにとどまる。憲法13条の生命権に対する公共の福祉による制限が死刑を例外的に許容するまでに及ぶのか。この問題が憲法31条の前提問題であり、憲法13条の公共の福祉で死刑の合憲性を根拠づけることができなくなれば、31条は死刑の根拠とはなりえない。最高裁大法廷昭和23年判決の論理展開も13条から31条へと展開している¹³⁾。

理由の第2は、「公共の福祉」の中身とされるものに適正さが見られないということである。上述したように、等価的応報の恣意性、死刑に一般予防効果がないこと、一般予防や特別予防のための死刑が人間の尊厳に反するものであること。さらに付言すれば、後述するように死刑そのものが残虐であること。それらからすれば死刑が例外的な適正さを持つと言えないことは明らかであろう。

第3の理由は、適正な法律によれば生命を侵害することも許されるのか問題となる例は死刑以外にも存在するということである。憲法31条の生命条項が必要なのは、正当防衛や危害防止のための公権力行使による殺害がどのような要件を満たせば許されるのかという問題が存在するからである。正当防衛も法律に適法となる要件が明記されていなければなるまい。また、たとえば警察官による武器使用に関する危害要件は警察官職務執行法第7条に規定されているがそれは適正なものでなければならないのである。生命権を公共の福祉により制限できるのはそのような緊急のための行為においてである。

このことが問題になるのは日本だけではない。欧州人権条約（1950年調

13) もっとも、井上裁判官の「意見」ではより強調されて示されるのだが、「公共の福祉」の内容は憲法31条解釈と整合的になるように解されている。しかし後の「第2」および「第3」の理由で述べるように、両者を整合的に解釈しても死刑は憲法13条に反するといわざるを得ないのである。

印、1953年発効)の第2条(生命に対する権利)の第2項にも次のような規定がある。「2 生命の剥奪は、それが次の各号において絶対に必要な実力の行使の結果であるときは、本条に違反して行われたものとみなされない。(a)不法な暴力から人を防衛するにおいて(b)合法的な逮捕を行い又は合法的に拘禁した者の逃亡を防ぐために(c)暴動又は反乱を鎮圧する目的のために合法的にとられた行動において」。参考にすべきだろう。

憲法31条の生命条項は死刑がなくとも必要なのである。それゆえ、その生命条項を根拠に死刑を合憲とすることは論理の飛躍、すり替えといわざるを得ない。

(2) 憲法31条の射程

上記「第3の理由」に対しては、憲法31条の法文を根拠にしてそれは刑事手続きに関するものであるから、実体刑法や行政執行には妥当しないとの反論がなされることもある。しかし、次に述べるようにその反論は成り立たない。

憲法31条については、まず第1に、「法律の定める手続」となっており「適正な手続」が入っていないから“Due Process of Law”の影響を受けたものでないとの見解があったが、それは現在では克服されたといつてよい。

第2は、「手続」となっているから実体法は除かれているのかという問題だが、これも実体法も含むということで克服されている。

第3は、「その他の刑罰」となっているから、憲法31条は刑事法だけに關する規定であるのかという問題である。① マッカーサー草案と現行憲法英文を較べると nor shall any criminal penalty be imposed, から nor shall any other criminal penalty be imposed, へと変わっていることを補強理由にすることが考えられる。また、② 憲法31条は刑事手続きに関する人権保障規定の最初に位置していることを理由にするものもある。けれども、後者②については、憲法31条に続く憲法32条の規定する裁判を受け

る権利は刑事にとどまらず民事事件や行政事件をも含むものとなっていること、また、憲法36条のいう「公務員による拷問」は刑事手続きにおけるものに限られていない(英文では Article 36. The infliction of torture by any public officer and cruel punishments are absolutely forbidden.)ことから、31条がその条文の位置からして刑事に限るとは言えないはずである。前者①については、「生命もしくは自由を奪われ、又は」となっているので、刑事法に限定すると解する余地しかないということにはなるまい。それゆえ、憲法31条は、刑事手続きに限らず、刑事実体法にも、また、刑事法に限らず行政法にも適用ないし準用することが可能なものというべきなのである。これらの結論は最高裁大法廷判決を含む累次の最高裁判例によっても認められているものといえる。

実体刑法については法規の「明確性」や「過度の広汎性による無効」が適正に関する基準として判例としても確立しているところ、この「過度の広汎性」はいわゆる実体的デュープロセス(適正手続き)の一内容をなすものといえる。実体的デュープロセスについては侵害行為原理や責任原理、罪刑均衡原則が挙げられてきた。侵害原理を法規の適正基準として認めたものと解されているのが、憲法22条に関するものではあるが無熱高周波療法事件に対する最大判昭和35年1月27日刑集14巻1号33頁である。このような次第で、生命を奪うことを認める法規定が適正かどうかとも実体的デュープロセスの問題となる。警職法の危害要件や正当防衛に関する刑法規定が憲法31条の対象となるように、死刑を認める刑法規定も憲法31条の対象になる。死刑は憲法31条によって聖域とされているのではない。

なお、正当防衛について前述したが、緊急避難についても同様である。緊急避難に関する刑法37条が生命に対する現在の危難を避けるため他人の生命を犠牲にすることまで「罰しない」とし、通説・判例はその場合まで違法阻却としているのだが、その規定や通説・判例が「適正」かどうかは憲法31条の問題になりうるのである。

以上のことから、死刑を「公共の福祉」による生命権の制限によって合憲とし正当化する見解は今日では妥当しないというべきなのである。

6 正当防衛や緊急避難との違い

死刑による人の殺害と正当防衛等の緊急行為による殺害との現象面における違いは、1つの生命を守るために緊急にする他の1つの生命の侵害(1つの生命の喪失)か、それとも、生命を奪ってしまったことを理由とする常態における新たな別の生命侵害(2つの生命の喪失)か、ということにある。息子家族を殺された母親が言った。「犯人を死刑にすればさらにもう一つの命を奪うことになってしまう。」と。緊急避難には「正対正」の関係であるということからする法的性質を巡る厄介な問題があるので、ここでは「正対不正」の関係における正当化事由という点で争いのない正当防衛に重点をおいて検討する。

正当防衛による生命権侵害が正当化されるのは、急迫不正の侵害をなした者の生命権が人権相互の内在的制約原理としての「公共の福祉」により制限されるからである。他人の生命を不正に侵害せんとする行為は生命保全という社会をつくった最大の意味を台無しにする、その意味で社会侵害的な行為である。そのような行為をする者の法益は急迫不正の侵害にさらされる者の生命より法的保護が後退する。それゆえ、正当防衛は正当化事由なのである。このような理解が個人主義に立つ日本国憲法下の正当防衛論にふさわしい¹⁴⁾。ここでは、生命対生命の衝突が現実差し迫って存在する。それに対し、死刑にあるのは、死刑囚の生命と法秩序の衝突、すなわち、「個人に対する人道観」＝死刑囚の生命と「全体に対する人道観」

14) なお、正当防衛の正当化根拠として「法確証の原理」が持ち出されることがある。これはドイツの刑法理論に影響されたものであるが、その「法」を法秩序という意味で捉えるのであれば、個人主義というより共同体主義的な発想であるといわざるを得ない。その「法」はむしろ「権利」に近いものとして理解すべきであろう。ドイツ語では、法も権利もどちらも“Recht”である。

=法秩序との常態的な衝突である。しかも正当防衛は緊急行為であり、事前の殺害予告・計画性はない。それに対し、死刑による殺害は、常態において殺害予告と計画性をもって行われる。

生命権を「生きる権利」と解し、死刑を公共の福祉による生命権の制限と解すると、常態において「生きること」が「公共の福祉」に反するとはどういうことが問題となる¹⁵⁾。一人の人間が常態において「生きること」がなぜ公共の福祉に反することになるのかということである。正当防衛による殺人が許されるのは、その他害行為を防止するにはその人を殺害せざるをえないからである。人権相互の内在的制約原理としての公共の福祉がそこでは妥当する。しかし、そのような関係は死刑との間にはない。

同様のことは、緊急の場合に危害防止のための公権力による武器使用にも言える。＜欧州では死刑が廃止されているが現場での犯人射殺が簡単に行われる。これは現場処刑だから日本よりたちが悪い。＞といった死刑存置論がある。しかしこの主張に対しては、「これは危害を防止するため、無抵抗の人を殺しているわけではない。」との批判が妥当しよう。

7 憲法36条の禁じる残虐刑とは

判例理論は、残虐な刑罰を刑の執行方法の残虐さに求めている。

しかし今日では、何物にも代えがたい生命を殺害宣告したうえて計画的・強制的に奪うこと自体が残虐なのである。古代に行われた人身御供をそれが薬草により意識を失わせたうえて執行するものであったとしても現代人が残虐だと考えるのはその故であって、殺す方法が残虐だからではない。罪や穢れを除き神の怒りを鎮めるための人身御供も、それにより共同体を救うために行われる点では死刑と同様である。また、死刑は激しい苦

15) 名和鐵郎「人権の歴史と生命権の発展」静岡大学政経研究42巻2号(1994年2月)186頁参照。この指摘は鋭いものだというべきだろう。

痛を与えるからというだけで残虐なのではない。絞首刑は激しい苦痛を与えるから残虐だとする見解もあるが、それによると、あまり苦痛のない殺し方なら残虐でないこととなり、苦痛のない薬物注射による死刑なら残虐でなくなってしまう。オランダなどで安楽死に用いられている薬物注射と同じものを導入すれば死刑であっても残虐ではなくなるのであろうか¹⁶⁾。薬物注射による強制的安楽死が殺人罪に当たるように、計画的・強制的に死なせることが重大なのだ。しかも、その事前予告をして恐怖にさらしたうえで執行するとなると残虐そのものだというべきであらう¹⁷⁾。

また、おなじく故意での殺人であっても、故殺より謀殺の方がはるかに重大な犯罪とされているのは行為態様の残虐性も考慮されるからであろう。計画的に殺すことの重大性は死刑かどうかを決める重要な考慮事項とするのが最高裁判例¹⁸⁾でもあるといえよう。

生命はあらゆる希望や幸福の土台をなす。加えて、生きようとしていてから生きようとするのが人間なのであるから死に対して最大限の抵抗をするのは当然である。それにもかかわらず、死刑は無理やり生命を奪う。「文化国家」の水準からはそのことだけでも「残虐」に当たるという

16) 米国では、薬物注射による死刑執行に使用される薬物の提供を製薬会社が拒み、問題となっている。そこには「残虐」に関する文化水準の変化が見て取れるように思われる。

17) なお、正当防衛による殺害については、緊急の行為であることから事前の殺害宣告がなく計画的でないことが許される事情の1つであるといえよう。

18) 最決平成27年2月3日裁判所時報1621号1頁「しかしながら、本件は、被害者方への侵入時に殺意があったとまでは確定できない事案であり、殺害について事前に計画し、又は当初から殺害の決意をもって犯行に臨んだ事案とは区別せざるを得ない。早い段階から被害者の死亡を意欲して殺害を計画し、これに沿って準備を整えて実行した場合には、生命侵害の危険性がより高いとともに生命軽視の度合いがより大きく、行為に対する非難が高まるといえるのに対し、かかる計画性があったといえなければ、これらの観点からの非難が一定程度弱まるといわざるを得ないからである。」および同日決定裁判所時報1621号4頁「松戸事件が被害女性の殺害を計画的に実行したとは認められず、殺害態様の悪質性を重くみることに限界がある事案であるのに、松戸事件以外の事件の悪質性や危険性、被告人の前科、反社会的な性格傾向等を強調して死刑を言い渡した第1審判決は、本件において、死刑の選択をやむを得ないと認めた判断の具体的、説得的な根拠を示したものとはいえない。」(下線は生田。)

べきではなかろうか。

死刑が残虐刑に当たるとの論証から迫って憲法13条の公共の福祉論を克服するとの見解もある。しかし、上述したように死刑は生命権や人間の尊厳を害するから残虐なのだという言説も可能である。

さらに、むち打ち刑などの身体刑は個人や人間の尊厳に反し残虐だと考えられている。身体刑には、むち打ちのように肉体に苦痛を与えることを主とするもの、入れ墨のように肉体に烙印を押すもの、鼻や耳をそぐような身体に欠損を生じさせるものがある。いずれも人を動物や物と同じように処分の対象にするものである。今日では、そのような扱いは動物にたいしても虐待にあたる残虐なものといわれることが多い。今日では動物に対する安楽死についても批判がある。人に対する死刑は最大・究極の身体刑なのに人間の尊厳に反するとも残虐なものだとも言えないのであろうか。

8 被害感情や国民感情は死刑を正当化できるか

これが今日の最大の問題であるといつてよい。

凶悪犯罪に対する近親等の被害感情や国民感情には厳しいものがある。生身の人間にとりそれは当然のことである。

しかし、事は国家刑罰としての死刑に関する問題である。一般的にも、国家が感情で人の命を奪ってよいのだろうかという問題がある。また、殺される側からすると、感情に反論することは難しい。そのような感情で死刑に処せられることには抵抗もあろう。やはり、生命に係る死刑についてはとりわけ、感情だけでなく理性的対応が必要である。

日本の刑事裁判は、死刑の量刑因子に「被害感情」を平然と取り入れてきた。全体としても国民の「感情」や「感覚」への配慮を重視する傾向が見られてきた。しかし、それでは「情に棹させば流される」と言われるように、公平性や具体的説得性に問題が出てきてしまう。寝屋川事件最高裁判平成26年7月26日判決や最高裁判平成27年2月3日決定によって死刑判決に

はそれらが重要であるとして修正がなされるに至ったのは当然である¹⁹⁾。

(1) 復讐や報復は連鎖する

被害感情には復讐心や報復感情が含まれがちである。しかし、復讐や報復には歯止めなく連鎖せざるを得ないという問題がある。刑罰は、私人による復讐を禁じ、国家が代わって復讐するものだとの見解もあるが、その論理では復讐の連鎖を止められない。国家権力が力の優位を利用して抑え込むことができるにすぎないからである。力による抑圧は力による反撃を許さざるを得なくなる。「やられたからやり返す」という復讐や報復の連鎖を断ち切らなければならない。やはり刑罰は復讐や報復でなく、正義でなければならないのである。

(2) 一人の生命に対する侵害が同時に社会を侵害

被害感情による刑罰は刑罰の私事化（プリバタゼイション Privatization）といえる。その前提が犯罪の私事化である。殺人の社会侵害性でなく個人の生命という単なる個人法益の侵害を犯罪とする見解である。しかし、殺人が私事なのであればそれは民事法の管轄になるはずである。

犯罪は社会侵害行為でなければならない。これに対して被害者の人権論から、「社会侵害ということで被害者個人の利益は軽視されている」とか「刑法は加害者の人権は擁護するが被害者の人権は軽視している」とかの批判がなされることがある。しかし、社会侵害性論は本来、人々が自らの人権を守るために社会と国家・刑法を作ったのだとする社会・国家観に立つものなのである。この社会侵害性論こそ被害者の人権を重視している。なぜ殺人罪が社会侵害行為であるとされるのか。それは、被害者個人の生命のなかに社会を構成するすべての人と同じ生命という普遍的価値のあることを認めているからであり、また、一人の生命であってもそれを侵害す

19) さらに生田・前掲論文「一考察」30頁～32頁参照のこと。

ることは社会を作った意味を台無しにするからである²⁰⁾。一人の生命の侵害によって同時に社会が侵害される。上記した最高裁昭和23年大法廷判決と異なり「個体に対する人道観」が「全体に対する人道観」と統一されているのである。

(3) 感情論の根深さと克服の必然性

感情論が大きな影響力を持つことができるのは今日の客観的な社会状況と関係しているからである。それゆえ、それには根深いところがあり、軽視することはできない。このように根深い感情論が影響力を持っているところで問題を打開するには、戦術的な技術論によるだけでは無理なのではなかろうか。

その客観的な社会状況との関係は次のようにまとめられよう。

第1に、新自由主義のように「成長」を牽引できる企業や産業を市場が持つ弱肉強食の力を借りて見出させようとする政治経済の下では、投機的雰囲気や優勢になり、理性より直観、さらには連帯や寛容より自助努力と自己責任を重視する考え方が広がる。

第2に、激動期には社会に関する旧来型の知識が陳腐化するのだが、そのことと投機的雰囲気が相まって、社会科学やその専門家はあまり信頼されなくなる。「不確実性の時代」といわれ、理性的判断より直観が重視される。このような状況の中で、商業マスコミは科学の知見や理性の判断を経てあるべき方向を提起するというより、むしろ視聴者や購読者の情緒的欲求を満足させる報道を追求するようになる。特に犯罪や刑罰については視聴者や読者が素朴に抱く応報感情が、市民感覚や常識という名のもとに煽情的に報道されがちだ。しかもそれによって「世論」が測られることになる。あるべき社会の方向を示すことのできない政治家は、選挙民の歓心

20) この社会侵害性論については、生田勝義「違法の質・相対性と法的関係の相対性（序説）——刑法理論の進化と発展のために——」立命館法学第352号（2013年第6号）51頁～58頁参照のこと。

を買うことで政治生命を維持しようとする。ポピュリズムの弊害である。そのようなことを基礎にして展開される刑法は、犯罪を生み出している社会病理を解決できないばかりか、人権保障を危うくし、社会を衰退させてしまいかねないのである。

以上のことは「世紀転換期のイデオロギー」としてかつて分析した²¹⁾ところである。

もっとも、そのような弱肉強食は極めて少数の富者と大多数の貧者という格差や、社会の不安定をもたらすことは目に見えていた。そしてそれは今日現実のものになっている。上から組織される過酷な競争は人間関係や社会関係に非人間的なひずみを生じさせる。このひずみは一方において、相互不信による偏狭な「異分子排除ないし憎悪」意識や非合理的な権威主義ないし排外主義の思潮に支えられた動きを生み出すとともに、他方では人間らしさを取り返そうとする相互信頼の連帯と包容の意識、思想に支えられた動きを広げさせる。非人間的な状況への感覚的で感情的な反発は現実認識の深まりや広がりとともに理性的な運動となる。変革を求めて情緒的な動きと理性的な動きのせめぎあいが始まる。理性的な動きでは、具体的な個人にある「人間の尊厳」や「生きる権利」も人間であること自体において享受できる、つまり全ての人に共通の普遍的な、人権として意識され共有されるようになる。

例を挙げて考えてみよう。

死刑存置論者が廃止論者に対して向ける批判として次のものがある。「愛しい人や家族が殺された場合でも死刑を廃止すると言えるのか。」と。たしかに、殺人などの凶悪犯罪は人々に激しい嫌悪感や恐怖心呼び起こす。しかも身近な愛しい人であればあるほどそのような感情は激しくなることが多い。嫌悪感や恐怖心のレベルにとどまると、それへの対応も感情的になりやすい。けれども、このレベルにとどまるのであれば、そこには

21) 生田・前掲書『行為原理と刑事違法論』17頁～18頁参照。この分析に対し、2002年の段階ですでに今日の「ポスト・トゥルース」状況を予言していたとの評価もある。

身近な人の生命とそうでない人の生命とで差別化する意識を窺うことができるのではないか。

それに対し、「戦争法廃止」を求める市民運動の中から生まれ多くの人に感動を与えるに至ったスローガンがある。「誰の子供も殺させない。」である。これは、「自分の子供は殺させたくない」という多くの親が抱く率直な感情から始まり、「同胞の子供」を通り抜け、「他国の子供」や「全世界の子供」を殺させない、という高次の想いにまで到達したものではなからうか。生命の尊さが家族や民族を超えた普遍性のあるものとの認識に支えられた想いの表明。これは「情操」レベルに達した理性的な意思の表明であるというべきだろう。人々が人権実現のために連帯しコミュニケーションするなかで人権の普遍性を体感していく。「感情と理性との両立ないし統一」が可能なことを示す一例であろう。

9 生命権という普遍的人権による対立の止揚

現在の荒んだ世相を前にして、一方ではそれに危機意識を抱き寛容と連帯の社会を目指す動きがあるとともに、他方では一部の犯罪被害者運動からの厳罰要求・極刑要求は高まりこそすれ収まる状況にはない。両者の対立・衝突を止揚する方向を打ち出せない限り死刑廃止には行きつけないのではないか。

本来人権は普遍的なものであるはずだが、現状では加害者の人権と被害者の人権が対立・衝突させられている。残虐刑の禁止もその刑を科される加害者のための人権保障だとの一面的な理解がある。そのような意識・思想が軽視できないほど残る中での終身刑論は死刑存置の免罪符になりかねない。厳罰主義下では終身刑に対し死刑よりコストが高くつくとの批判がなされることもある。

加害者、被害者、社会のすべてにとり共通の、すなわち一般性、普遍性をもつ価値や理念を掲げたものでない限り、現状を良い方向に打開してい

くことはできないのではないか。加害者や被害者という立場の違いを超えて、そのような一般性・普遍性を持つのが人間の尊厳とその土台をなす生命権である。

被害者の生命であれ加害者の生命であれ、両者の生命に変わりはない。被害者の生命が大切なら加害者の生命も大切なのである。被害者が人間なら加害者も人間である。人間であることにおいて享受できるのが人権であるが、あらゆる人権の土台をなすのが生命権である。そのような生命権が人間である限りすべての人の享受できるものであることに疑いはない。両者の対立・矛盾を止揚するにはそのような生命権を基軸に据える必要があると考える次第である。

生命権はすべての人権の土台・基礎をなす最も基本的な人権である。人間の尊厳を支える生命権の保障や保護をすべての人に広げていく取組みは、その他の人権の保障や保護をすべての人に広げていくとりくみと連動する。すべての人権の基礎・土台をなし人間としての存在に不可欠な生命を公権力が正義の名のもとに計画的に平然と奪うことが死刑である。今日このような不正義は人間にふさわしくない。死刑を廃止することはまさに、「人間に輝きあれ」なのである。

おわりに……温もりのある社会と死刑

古くからの格言に「罪を憎んで人を憎まず。」がある。

これは、寛刑思想の一環であるが、近代刑法理論である行為刑法論、すなわち「犯罪は行為である。意思や行為者の危険性を犯罪とするものではない。」に通底する。社会侵害性のある行為が犯罪であり、それゆえ犯罪は社会に敵対する行為であるが、犯罪者は社会の敵ではなく引き続き人間としての尊厳と人権の主体である。犯罪者にも罪刑均衡原則や残虐刑禁止などの人権保障が及ぶ。近代の公刑罰は私的な復讐や報復のように犯人への憎しみや恨みによってなされてよいものではない。公刑罰は社会侵害行

為に対し社会の側から正義の名においてなされる制裁なのである。そのことによって、復讐や報復に付きまとうそれらの連鎖を断ち切ることができる。また、犯罪者であれ人を憎むことを死刑の根拠にすると、世の中には憎んでよい人がおり、その人なら殺してよいという思想を許してしまうことになりかねない。

確かに、問題解決には現実的対応も必要である。しかし、羅針盤なしの現実的対応には問題を悪化させる危険もある。羅針盤は綱領とか理念ということもできる。また、現実的対応で妥協が可能になるのはその背後にある理念を少なくとも無視できないというところまで行かないと前進的な妥協にはならないであろう。死刑廃止への羅針盤は普遍的人権に求めなければならない。その筆頭に来るのはやはり人間の尊厳の土台をなす生命権であろう。また普遍性を持つそのような生命権を掲げたうえで現実的対応でないと、上述した被害者運動からの批判を乗り越えることもできないであろう。

専門家に限らず死刑廃止を主張する人の論証を見ると、生命の至高性への「想い」がその出発点であり基礎になっていることが見て取れる。誤判のおそれや残虐さ、抑止力のなさなどを問題にするのは生命の至高性への想いがあるからなのである。誤判問題や残虐さは死刑廃止を考える契機、切っ掛けになってもそれだけでは廃止に至ることはない。生命の至高性についての理解に行き着いて最終決着がつくのではなからうか²²⁾。

犯罪は不法な暴力である。刑罰は合法的な暴力である。暴力は多くの人を傷つける。刑法でこの傷を癒やすことはできない。それをできるのは、社会的な福祉施策であり、相互信頼に基づく連帯と包容のコミュニティの力である²³⁾。いま死刑問題に必要なのは感情を昇華する理性的な対応である。そのような対応を社会的に可能にするのは相互信頼に基づく連帯と包容の人間関係の広がりであろう。死刑廃止は人間らしい社会の在り方を追求する課題の一環でもある。

22) この論証については、生田・前掲論文「(再論)」128頁参照のこと。

23) この点については、生田・前掲書『人間の安全と刑法』42頁～44頁参照のこと。

旅人のマントを脱がすのは北風か太陽か。温もりのある社会に死刑は似合わない、のではなかろうか。