

わが国の死刑制度を考える

橋本裕蔵^{*1)}

Must the death penalty of Japan abolish?

Yuzo HASHIMOTO

ABSTRACT

Must the death penalty of Japan abolish? The abolitionists of Japan have made an appeal for abolishment of the capital punishment of Japan.

In practice, on September 20, 1996, the Second Petty Bench of the Supreme Court of Japan vacated the death sentence the Court of Appeals had sentenced the defendant to because of the conspiracy of felony murder, committed on purpose to obtain the illegal gain i.e. the fraud by kidnapping, and then punished the defendant with life sentence.

On May 12, 1997, the Tokyo Court of Appeals vacated the death sentence the Trial Court had sentenced the defendant to because of the first degree murder that was committed in the perpetration of rape and robbery, and also punished the defendant with life sentence.

The practical trend of sentencing of Japan has been becoming less harsh. Is that in justice?

And the international trends toward the abolishment of death penalty are just a factual cause not a legal one to abolish or maintain the death penalty of Japan.

I have heard that the problem of misjudgment is the most decisive one as to whether death penalty should be abolished. The problem of misjudgment is, however, not peculiar to death penalty at all. Any other punishment as well as capital punishment can not be compensated by any means. So the problem of misjudgment is not decisive.

We should take the victimus of serious crimes, i.e. the first degree murder seriously.

In this paper, the issue as to whether death penalty should be abolished will be analysed with scrutinizing the capital cases to appeal maintain the death penalty of Japan. Must the death penalty of Japan abolish?

*1) 放送大学助教授 (社会と経済)

要 旨

死刑廃止論が盛んである。実務では、最高裁判所がいわゆる保険金詐取目的殺人等被告事件に関する平成8年9月20日の第二小法廷判決（白建土木3億円保険金殺人事件上告審判決）で共謀共同正犯として第一審及び控訴審で死刑判決を受けた被告人のうち一名につき死刑判決を破棄し無期懲役刑を言い渡して自判し（判時1581号33頁）、東京高等裁判所は平成9年5月12日、強制猥褻等の非行により初等少年院送致を受け2年間収容され、その後、別罪の有罪判決の執行猶予中に強姦致傷の犯行に及び刑に服した前歴を持つ被告人が、その後犯した2件の強盗強姦、強盗強姦殺人で第一審裁判所において死刑を言い渡された事件においてこの死刑判決を破棄し無期懲役刑を言い渡している（判時1613号150頁）。

わが国の死刑制度は寛刑の傾向にある。しかし、この傾向は、単なる寛刑傾向と評するには無理がある。上記東京高裁の事例は凄惨を極める。

他方、死刑廃止論は世界の「潮流」を背景に盛んにその主張を展開している。しかし、その死刑廃止論は「死刑」それ自体の廃止論であり、わが国の死刑制度を前提としてはいない。だが、死刑存廃の間は主権行使と文化の間に直結する。

わが国の法状況を前提に、現在展開されている死刑廃止論を批判的に検討し、果たして、死刑はわが国において本当に廃止されなければならないのかどうか。この点を検討する。

I 序

わが国の死刑制度は廃止されなければならないのだろうか。死刑廃止論が盛んである¹⁾。しかし、その主張するところは様々であり、必ずしも一様ではない。

しかしながら、一般に、説得的であるとされる主張の主なものを上げれば、やはり、誤判のおそれであろう。前掲団藤重光博士著「死刑廃止論」のその主張を初版から第5版まで一貫してつらぬき支えているのもこの誤判のおそれである。

他方、これとは別に、死刑廃止論を憲法レベルで展開するものもある²⁾。さらには、死刑はそもそも国家による殺人であるから、殺人を禁じる国家が殺人を犯した行為者に死刑の名の下にその生命を奪うことは「国家による殺人」を意味し自己矛盾であり、したがって、死刑は許されないという主張もある³⁾。このような論者は、死刑の執行という表現を使わず、死刑の執行を「処刑」と表現する。つまり、死刑は悪なのである。

さらにまた、若干次元が異なるが、死刑には犯罪抑止力があるとする死刑存置論者に対する反論として、これがないという理由で死刑廃止を求めるものもある。

以下、死刑廃止論の主張をやや詳細に検討しつつ、わが国の死刑制度は本当に廃止されなければならないのかどうかという点を考えることにする。

II 死刑廃止論の検討

1. 誤判のおそれ

団藤博士は、死刑廃止論の決定的論点は誤判のおそれであると主張される。すなわち、「私はよほど以前から死刑廃止論に傾きながらも、なお長いこと慎重に構えていたのですが、最後に断然廃止論に踏み切ることになったきっかけは、最高裁判所にいたときにみず

から痛切に体験した誤判の心配の問題だったのです。(中略)死刑廃止論の理由づけにはいろいろの論点があります。しかし、他の論点については賛否が論者の立場によって岐れてきますが、誤判の問題だけは、違います。少々の誤判があっても構わないという人はいても、誤判の可能性そのものを否定することは誰にもできないはずで、その意味で誤判の問題は死刑廃止論にとってもっとも決定的な論点だともうのです。」と⁴⁾。

誤った裁判の結果被告人の死刑判決が確定しその刑が執行されるという事態が生じればこれ以上の不正義はない。したがって、死刑廃止論者のいう誤判のおそれは確かに死刑廃止を支える重要な柱であるといえなくもない。

しかし、かかる理由付けを支えとして死刑が廃止されたのち、今度は、有罪であることがまぎれもなく明らかである場合で、かつ死刑が廃止される以前であれば、これまた明らかに死刑相当と考えられるような事件が生じた場合いかなる処理がされるのであろうか。かかる、死刑廃止は誤判のおそれを理由に主張されたものなのである。したがって、具体的事件において誤判のおそれが全くない場合には、もはや誤判のおそれを理由とする死刑廃止はその実質の根拠を失っていることになる。しかし、法律というものは、立法または改正趣旨とは無関係に動くことがある。また、解釈で補うことができる範囲は極めて限定的である。いわんや、いったん廃止した死刑を具体的事情に照らして解釈で復活させるなどということはできようはずがない。したがって、誤判のおそれをもって死刑廃止の決定的論点であると言い切るには若干疑問が残ることになる。

もとより、誤判のおそれが絶無であるなどと主張しているのではまったくない。そのようなことを断言できるはずもない。人間が創り出した道具としての裁判制度に誤りがないはずがない。ただ、重要なことは、誤判のおそれの問題は死刑廃止とは直結しないということであることを認識しなければならないということである。端的に言えば、誤判の間は極めて重いものではある。だが、刑事裁判制度の一隅にある個別問題の一つでしかない。「一つでしかない」という表現に誤解を生むおそれがあるので付言するが、誤判のおそれの間は非常に重要ではあるが、他の同様に重要な間と同じく刑事訴訟法という法律の枠内で解決すべき間のひとつであって、これを理由に刑罰としての死刑を廃止すべきであると結論するにはその根拠にとぼしいといわざるをえないということなのである。つまり、死刑存廃の間は、誤判のおそれの間とは次元を異にする価値選択の間なのである。この意味で、死刑存廃の間が憲法問題として現れてくることには理由がある。もっとも、その扱い方によっては別の問題を生むことになる。

誤判のおそれを根拠に死刑廃止を求めるのは刑事裁判における事実認定の困難さを乗り越える努力を回避するもので、問題の本質を見誤るおそれがあるといつてよい。

情状証拠の採否評価は有罪無罪に関する事実の認定と同様、裁判の重要な処理対象事項である。この点の厳格な基準化⁵⁾とその基準の厳守こそが優先されなければならない。死刑相当犯罪につき事実認定にいちまつの不安が残るという理由や、極刑に処すには躊躇を覚えるという理由で死刑にかえて無期懲役刑を言い渡すのは裁判所による事実上の死刑代替刑の創設に他ならず、議会の権限を侵すものである。また、量刑因子の評価の均衡を欠く判断により死刑量刑を回避する行為もまた司法の権限を越えるものであるといわなければならない。もちろん、裁判所は事件の具体的な事実関係を前提に、その事件の解決として、

あるときは死刑を、また、あるときは無期懲役の量刑をするのであって、そのこと自体は司法の権限内の事項であるから、しかるべき基準にかなった処理であれば問題はない。しかし、被告人に有利な事情を過大評価し、その結果、死刑量刑が回避されるという事態が生じればここにまた別の不正義が行なわれることになる。

誤判のおそれを理由に死刑を廃止するのではなく、むしろ、誤判のおそれがある場合に再度その手続きをチェックするシステムを強化すべきなのである⁶⁾。誤判は恒常的に生じる事態ではない。しかし、死刑の廃止は恒常的に動く制度の創設なのである。個別問題の解決のためにそれを含む制度全体を見直すというのは、それ以外にその個別問題の解決策が無いという場合に限定されなければならない。そうでないと、その制度に含まれるその他の効用を失うことになり、結果として、全体としての効用を害することになるからである。

2. わが国の死刑制度に限定した検討の必要性

ところで、死刑という刑罰を知ったのはいつ頃のことであろうか。そのとき、何を思ったであろうか。

とっぴな発問である。しかし、この間を経なければならない事情がある。いま、ここでは、わが国の死刑制度を検討対象においている。このことが重要なのである。人は死刑という刑罰を知り、それが人の死を伴う犯罪⁷⁾が犯されたとき、国家によって科されることがある刑罰だということを知って、間接的に生命の尊さを実感することがある。直接に生命の尊さを知るのは教育である。そうして、わが国において人々は死刑を特別な場合の刑罰であると認識しているはずである。つまり、わが国は死刑を頻繁に科す国ではないのである。現在、わが国で死刑が法定刑として定められている犯罪は、刑法において12、特別法において5である⁸⁾。すなわち、死刑を法定刑として定めている犯罪とは、刑法では第77条第1項第一号（内乱罪〈首謀者は死刑又は無期懲役〉）、第81条（外患誘致罪〈死刑〉）、第82条（外患援助罪〈死刑又は無期若しくは2年以上の懲役〉）、第108条（現住建造物等放火罪〈死刑又は無期若しくは5年以上の懲役〉）、第117条第1項（爆発物破裂罪〈死刑又は無期若しくは5年以上の懲役〉）、第119条（現住建造物等浸害罪〈死刑又は無期若しくは3年以上の懲役〉）、第126条第3項（汽車転覆等致死罪〈死刑又は無期懲役〉）、第127条（往来危険による汽車転覆等致死罪〈死刑又は無期懲役〉）、第146条（水道毒物等混入致死罪〈死刑又は無期若しくは5年以上の懲役〉）、第199条（殺人罪〈死刑又は無期若しくは3年以上の懲役〉）、第240条（強盗致死罪〈死刑又は無期懲役〉）、第241条（強盗強姦致死罪〈死刑又は無期懲役〉）、特別法では、航空機の強取等の処罰に関する法律第2条（航空機強取等致死罪〈死刑又は無期懲役〉）、航空の危険を生じさせる行為等の処罰に関する法律2条3項（航行中航空機墜落致死罪〈死刑又は無期若しくは7年以上の懲役〉）、爆発物取締罰則第1条（爆発物使用罪〈死刑又は無期懲役若しくは7年以上の懲役又は禁錮〉）、人質による強要行為等の処罰に関する法律第4条（人質殺害罪〈死刑又は無期懲役〉）、決闘ニ関スル件（明治22年法律34号）第3条決闘殺人及び致死（死刑準用）である。ここで、確認すべきは、死刑相当犯罪として一般に知られている殺人罪は死刑が科される犯罪の中で最も軽い犯罪であるということである。つまり、殺意をもって人を殺害したときでも、わが国

では有期懲役が選択され、したがって、刑の執行猶予が言い渡される場合があるということなのである。

これに対して、たとえば、ベトナム国会事務局が明らかにした刑法改正案（可決）によれば、第9期第11回国会では、刑法の一部が改正され（改正法そのものは公表されていない。）、汚職防止のため5億ドン（100ドン＝1円）相当以上の横領と5,000万ドン相当以上の収賄には終身刑か死刑を科し、また、ヘロイン100グラム以上かアヘン5キロ以上の取引には終身刑か死刑を科すなどと定めたという⁹⁾。量刑以前に死刑を法定刑と定めるか否かの点において、わが国では強い限定が加えられていることがこれでわかる。死刑存廃の間はこのような状況を前提に検討されなければならない。罪刑の均衡を欠いた刑罰制度を採る国においてはわたくしも死刑廃止を支持する。

3. 死刑廃止の説得責任は死刑廃止論側にある

わが国での死刑存廃の間はわが国の死刑制度を前提に検討されなければならないということが、これまでで確認できたといつてよい。もっとも、死刑は洋の東西を問わず絶対的に許されないと立場においては、死刑存置国においても死刑を存置するにはその積極的理由付けを死刑存置論の側が示さなければならないと主張される場合がある¹⁰⁾。はたして、死刑存廃論の説得責任は死刑存置の側にあるのだろうか。わが国の死刑が極めて限定的な場合に限り法定されていることはすでに述べた。そうして、このような法状況においてわが国は死刑制度を維持してきたのである。したがって、現にある制度を廃止すべきであると主張するのであれば、その理由と必要を示す責任はその主張をする側にあるのではなかろうか。現に存在する制度の維持には、維持を主張する側に説得責任があり、かかる責任を果たすことができなければその制度は廃止すべきであるというのであれば、現存法制度はほとんど全て廃止の危機にひんすることになる。さらに、議会制民主主義自体が崩壊することになるのではなかろうか。したがって、わが国において、わが国に現存する死刑制度を存置するのにその説得責任が存置論側にあるという主張には相当大きな疑問があるといわざるを得ない。

さらに、死刑廃止の説得責任が死刑存置論側にあるということになると、この責任が果たせないと自動的に死刑は廃止されなければならないことになる。つまり、この主張には現存制度を廃止する場合に、その理由と必要を積極的に示すことを要しないという前提が論理的に先行する。死刑はもともと悪であり、間違った制度であったということになる。この理屈にしたがえば、これまでの死刑判決はすべて無効とされ、かつ国家による不法行為が行なわれていたのであるから国家賠償の対象となり、執行、未執行の区別なく全ての確定死刑囚にその損害を賠償しなければならないという結論に至らざるを得ない。

4. 死刑存廃論の間と確定死刑囚の刑の執行とは別論である

死刑がわが国の現存制度であるということからもう一つ確認しておかなければならないことがある。それは確定死刑囚の刑の執行に対する批判¹¹⁾である。すなわち、世界的に死刑廃止の気運が高まっている中で突如として死刑を執行することは世界の潮流に逆行するもので許されないとか、あるいは、複数いる確定死刑囚の中から実際にその刑が執行された

者がどのように選ばれたのか、その基準が公開されていないので許されないなどといった主張がされていることである（なお、わが国では、死刑はその判決が確定した日から6ヶ月以内に執行しなければならないと定められている（刑事訴訟法第475条）。この規定の趣旨は確定死刑囚に過剰な苦痛を与えないためである¹²⁾）。だが、これらの主張には大きな疑問がある。まず、死刑廃止の気運が高まっているのに死刑を執行するのは許されないという主張には、主権国家の主権行使はいかにあるべきかと問わなければならない。わが国の確定死刑囚はわが国の裁判制度にしたがって死刑という刑罰が科されるのであって、これはわが国の主権行為にほかならない。他方、死刑廃止の気運の世界的高まりは事実現象である¹³⁾。事実現象が根拠に主権行使が害されることがあれば国家の独立性は失われたといわざるをえない。当然のことながら事実現象には規範性はない。したがって、この主張はその根拠に相当大きな疑問があるといわざるをえないのである。もっとも、わが国の死刑制度が著しく基本権を侵害しているという状況であるというのであれば、それも主権行為であるなどという理由で外国からの批判を無視ないしは排斥することはできない。この観点こそが死刑存廃論の中核を構成することになるのである。つまり、死刑相当犯罪とは何かということである。この点は後に検討することになる。まずは、確定死刑囚の刑の執行に対する第2の批判についてさきに検討しておくことにする。

第2の批判、すなわち、確定死刑囚の刑の執行順位の決定基準が不明確であるから確定死刑囚の刑の執行は法の下での平等を定めた憲法14条に違反して無効であり許されないという主張がある。これに対しては、憲法14条が定める法の下での平等とは何かと問わなければならない。ここでその詳細を述べることは当を得ていないが、そもそも、同条所定の法の下での平等とは同条列挙の事由を根拠にいわれなき不利益扱いを組織的に行なってはならないという価値選択を宣言しているものである。この価値選択の狙いを確定死刑囚の執行順位の間当てはめると、そもそも言われるところの不利益処分があるのか否かがまず問われなければならない。極論すれば、確定死刑囚の場合不利益処分は死刑判決の確定ということですでに終了しているのである。刑の執行までの期間は、いわば処理上の必要期間なのである。もとより、現行刑事訴訟法は再審請求の準備中など一定の条件下で法律上あるいは事実上刑の執行を行なわないとしている。だが、これは確定死刑囚の刑は必ず執行されるという法律上の事実、これこそがいわば確定死刑囚にとっては不利益処分なのであるが、この事実を前提にしているのである。したがって、この領域で考えるなら、法のもとの平等の主張が機能するのは裁判の場であり執行の場ではないといわざるをえない。確定死刑囚の執行順位からみかかる批判、主張が行なわれると刑の確定後短期日での執行や、最悪の場合には執行順位から生じるとされる「不平等」を回避するため、直近の刑の執行で全確定死刑囚の一括執行という事態を招きかねない。これは極論である。しかし、理論的には、少なくとも想起しうる結論なのである。確定死刑囚の執行順位に平等違反という論者はこの恐るべき論理的帰結を認識しているのであろうか。

5. 代替刑について

死刑廃止論者は死刑に替わる刑罰として仮釈放無しの終身刑の採用を主張する。だが、このような終身刑は刑罰の基本的狙いにそっているといえるであろうか。

刑罰は客観的制裁である。国家が犯罪事実の存在を前提に科す、制度としての制裁である。そこでは道徳的または倫理的悔悟は法律上は求められない（もっとも、自己の行為を悔い、改めようとする態度は量刑上有利に働く。しかし、法はこれを求めてはいない。）。形式こそが重要とされる。形式、すなわち、外部的、客観的に認識され、厳然と存在する国家による制裁こそが重要なのであって、刑罰は行為者が本心から犯罪を悔い、自己の反規範的人格態度を改めることまでは求めていない。これを刑罰に求めれば、国は刑罰の名の下に思想支配を行うことになる。

もとより、量刑に当たり被告人が自己の犯罪行為を深く反省しているという事実は刑を軽くする事情として働くことは確かである。しかし、このことと、終身刑を科すことで死刑相当犯罪を犯した行為者に死ぬまでその犯した犯罪の贖罪を求め、贖いの日々を送ることを強制する思想とは同じものではない。

刑に服することにより犯罪者は「法」的に罪を償ったことになる。本心から、倫理的、道義的に自己の行為を悔い改めることを法は求めてはいない。それを求めるのは「法」の役割ではない。倫理、道徳、宗教の果たすべき役割である。したがって、死刑という国家の制度としての「刑罰」にかえて終身を自己が犯した犯罪の贖いの日々に捧げよと命じる仮釈放無しの終身刑という思想は刑罰の基本的原理に反するといわざるをえない（但し、現行法上、量刑にあたり、死刑を減輕して無期懲役を言い渡す理由中で終身被害者の冥福を祈り、贖いの日々を送るよう被告人に申し渡すことは具体的な法運用の次元であるから全く不都合はない。）。国家は刑罰の名の下に人の思想形成に立ち入るべきではない。

6. 先進諸国では死刑が廃止されているという主張について

「先進国の中で死刑を廃止していないのはアメリカ合衆国と日本だけなのである。」¹⁴⁾「現在、先進諸国の中で死刑を存置しているのは、アメリカ合衆国と日本だけになっているのである（中略）。」¹⁵⁾「特殊事情のあるアメリカを別論とすると、先進諸国のなかで死刑廃止条約を批准していないのは、もはや、わが国だけということになる。」¹⁶⁾などという主張がされている。だが、ここで問われなければならないことが二つある。第1は、ここでいう「先進国」とはいかなる諸国をさしているのかということである。先進工業国という意味か。文化水準が高いという意味なのか。先進国ということばには「発展途上国」という対語がある。「先進国の中で死刑を廃止していないのは」という認識には、「発展途上国」は別論としてという意味合いが含まれているように受け取られる。しかし、いわれるところの生命の重さは、その個人が存在する国家が「先進国」か「発展途上国」かでかわるものではなかろう。第2に、すでに述べたように、人の死を伴わない犯罪に死刑を科す国がある。わたくしにはそのようには理解できないが、その国はいわれるところの「先進国」ではないのかもしれない。そのような国であれば死刑を残しておいてよいということになるのであろうか。そうではあるまい。むしろ、ときに、力による政治が行われるような国においては、なおさら死刑制度の慎重な運用がはかられるべきであり、そうして、死刑相当犯罪の厳選ということが進められなければならない。「先進国の中で死刑を廃止していないのは」という認識にはこのように相当大きな疑問があるといわなければならない。さらに、そのいわゆる「発展途上国」であるとすれば、そうして、価値が多岐に分かれ調和を

とりにくい社会においてこそ死刑は廃止されなければならないのである。圧制の手段として死刑が使われるおそれが残るからである。

III 死刑という刑罰の意味

死刑はあらゆる価値の根源である個人の存在それ自体を否定、抹殺する刑罰である。この認識から真に死刑に相当する犯罪でなければ死刑を科すことはできないという規範が生れる。だが、この規範の具体化は大変困難である。そこで、いきおい死刑廃止論が主張される。人には許すところがある。したがって、死刑相当犯罪を犯した行為者を許してもよい。具体的事情の下では、被害者の遺族は犯人を許す旨の意思表示をして量刑を軽くし刑一等減じて死刑を無期懲役にかえることができる。しかし、どうしても犯人を許すことができないという場合がある(後掲事例参照)。このとき、死刑が科されなければ報復の危険が高まる。顕在化するか否かを問う必要は無い。けだし、顕在化すれば短時間で社会は無法状態となり、潜在化すれば人々の規範意識が低下し、早晚、社会は無法状態となる。犯罪の凶悪化、低年齢化はこの兆候であると見てよい。

死刑は質と量が絶対不可分であり、かつ程度において選択の余地の無い唯一の刑罰である。このことが、その運用を難しくしている。死刑廃止論者は、そうであるから廃止すべきであると主張する。しかし、そのように簡単に結論付けてよいものであろうか。死刑は、たしかに、危険な制度である。だが、危険な制度は他にいくらかもある。ある制度が人がなにかしらの効用を求めてつくりだしたものであるならば、生命への危険を伴う施設や装置とその本質においては変るところはない。危険な制度をやめてしまうのは、その危険を除去するという意味においては最も簡単なやりかたであろう。だが、そのことから生じる不利益を無視することはできない。その不利益が何であるかは後述する。死刑という制度においても、したがって、その適切な運用こそが重要なのである。

IV わが国の死刑

死刑一般を考えることが不適當であることはすでに述べた。そこで、ここではわが国の死刑事件について考えてみたい。

死刑が法定刑とされている犯罪が何かということはすでに示した。これら死刑犯罪のうち実際に死刑が求刑され、死刑判決があり、死刑が確定する犯罪はごく一部のものに限られる。いわゆる凶悪犯罪とされる犯罪のその凶悪性を認識するうえで次の項目を指標にするとよいのではないかとおもう。

現在、死刑が求刑される主な犯罪の罪名は、強盗殺人、強姦殺人、強盗強姦殺人、猥褻目的誘拐強制猥褻殺人、身代金目的誘拐殺人、保険金詐取目的誘拐殺人などである。なお、通常これに死体遺棄罪が随伴する。被害者属性を大別すると、成人男子、成人女子、未成年男子、未成年女子、幼児・児童又は生徒男女となる。さらに、いわゆる連続ピストル射殺事件最高裁判所判決¹⁷⁾の基準を勘案して個別状況を項目化すると、被害者の数、殺害方法、犯行後の情況、遺族感情などをあげることができる¹⁸⁾。

今度は、死刑判決が下された主な事件を上記項目で分類すると、強盗殺人(成人男子・被害者複数)、強盗強姦殺人(成人女性又は未成年女性被害者1名。同種前科有り。)、猥褻目的誘拐強制猥褻殺人(幼児1名)、身代金目的誘拐殺人(幼児1名)、ということになる。

ところで、死刑囚の心情やその家族等の状況を伝え、死刑廃止論の主張に支持を求める動きがある。この種の文献を上げれば枚挙にいとまがないといってもよい。また、死刑執行の様子を伝え、執行官の苦悩を伝える書物もある¹⁹⁾。

ところが、他方、実際におきた、いわゆる、凶悪事件の実態は知られにくい。これは、被害者の、つまり、亡くなられた方のいわゆる死者の名誉を守るため、またご遺族の心痛をはかり伏せられることが多いからである。だが、そのことが凶悪犯罪の実態を不明瞭にしているという事実がある。そのため、素朴な死刑廃止論者は確定死刑囚の心情に同情するのあまり、死刑を執行しても被害者は帰らないというたぐいの理由付に傾きやすいのではなかろうか。

抽象化の程度が同じでないと事実を比較できない。犯行状況、被害遺家族の悲嘆さは抽象化されがちである。とりわけ、被害遺家族の悲嘆さを第三者が実感するのは困難である。しかも、とっさのことで被害遺家族が十分に自己の感情を表現できないときもある。だが、確定死刑囚のこころの動きを伝える著作の多くはプロの手による「作品」である。被害遺家族の心情と確定死刑囚のそれをこれで比較するのは正しいのであろうか。

犯行状況の抽象化の間にもどる。社会への刺激を考慮するという名目で報道機関の多くは犯行状況をかなり高次に抽象化する。赤裸々に表現しているように見える一部報道も犯行状況の現実を克明に伝えてはいない。だが、確定死刑囚のその刑の執行状況は克明かつ詳細に伝えられる。しかも、死刑廃止を主張する側からのアピールを内包するためか臨場感がある。そうしてこの種の伝え文もプロの作家による作品であることが多い。もとより、確定死刑囚のその刑の執行状況を伝えるものが作りものであると言っているのではない。さて、このような素材で犯行状況と確定死刑囚のその刑の執行状況が比較されてよいのであろうか。とりわけ、高次に抽象化された犯行状況から人々が想起する事件状況は千差万別であろう。多くの人は夢想だにできない状況を想起することはできないのであるから事件状況の認識は穏やかなものに収まる。しかし、死刑判決が下りる。そこで死刑廃止論の勢いが増す。現実を直視すべきだとその要求はいよいよ高まらざるを得ない。

死刑判決が下される事件の犯行状況はまことに凄惨を極める。わが国の死刑事件の実際を知る上でも、また、確定死刑囚の側の事情を過大評価しないためにも、さらに、ときとして無視され、あるいは忘れられそうになる被害者の無念さを認識するためにも、ここで、死刑判決、あるいは無期懲役刑が下された判決文から若干その犯行状況を確認しておきたいと思う。

まず、最高裁判所において死刑が確定した事件を概観してみたい。なお、ここでは犯行状況の詳細は割愛する。

【判例1】市原市実父母殺害事件上告審判決(殺人、死体遺棄被告事件)²⁰⁾「本件は、特殊浴場の接客婦であった女性と親密に交際していた被告人が、被告人の将来を案じた両親から同女との交際を断念するよう何度も説得され、これに反発していたところ、父親から露骨な言葉で右女性の職業に触れて同女との交際を非難されたことに憤激し、父親を登山ナ

イフで多数回突き刺して殺害し、さらに、その場に合わせた母親を同様に右ナイフで多数回突き刺して殺害した上、殺害の犯行を隠蔽するため、各死体に重りを付けて海中に投棄したという事案であって、犯行の動機に酌量の余地は乏しく、殺害の態様は残虐かつ執ようであり、結果も重大で悲惨であることなどに照らすと、両親の殺害が計画的な犯行とはいえないこと、被告人にはさしたる前科、前歴がなく、犯行時は22歳で、社会的にも精神的にも未熟であったことなど被告人のために酌むべき事情を考慮しても、なお被告人の罪責は極めて重いというほかなく、原判決の維持した第一審判決の死刑の科刑は、やむを得ないものとして、当裁判所もこれを是認せざるを得ない。」というもの、【判例2】空知連続婦女強姦殺害事件(強姦致傷, 殺人, 強姦致死, 死体遺棄被告事件)²¹⁾「被告人は、約2年の間に3回にわたり、夜間帰宅途中の婦女を襲って強姦するとともに、2名(いずれも当時19歳)を殺害し、そのうち1名の死体を山林に遺棄するなどしたものであって、その刑責は重大であるから、被告人を死刑に処した原判決の科刑は、やむをえないものとして当裁判所もこれを是認せざるを得ない。」というもの、【判例3】早百合さん誘拐殺人事件上告審判決(身代金目的取拐, 拐取者身代金要求, 殺人, 死体遺棄被告事件)²²⁾「本件は、被告人が、愛人との生活や競輪競馬のために生じた借金を返済するため、女子学生を誘拐して殺害するとともに、その家族から高額のみのしろ金を奪取しようと企て、新聞紙上で家庭教師のアルバイト先を求めていた被害者(当時22歳)を家庭教師を依頼する名目で誘い出し、自己の運転する自動車の助手席に乗せた上、あらかじめ準備しておいたロープにより被害者の頸部を絞め付けて殺害し、多数回にわたり被害者の家族に電話をかけて身代金3,000万円を要求する一方、遺体は梱包して木曾川に投棄した事案である。右のとおり、本件は金銭欲に出た誘拐殺人、身代金要求、死体遺棄という罪質、結果ともに極めて重大な犯罪であつて、しかもそれが計画的に敢行されており、動機に酌量の余地はなく、殺害態様も冷酷非情である。以上のほか、遺族の被害感情、社会的影響などに照らすと、被告人が現在では反省していることや、前科としては窃盗罪にかかるものが一件あるのみであることなどを考慮しても、被告人の罪責はまことに重く、原判決が維持した第一審判決の死刑の科刑は、当裁判所もこれを是認せざるを得ない。」というものである。

これら最高裁判所の判例においては、上告審であるということから具体的な犯行状況は原審又は原原審の判決文を参照させるという仕方を探り、最高裁判所の判決文には現れてこない。したがって、具体的状況はぜひ各判例掲載雑誌を参考に確認していただきたい。

さて、ところで、以上は死刑量刑が維持された事例であるが、つぎのような事件はどうであろうか。参考までにやや詳細に事実を示しておこう。

【判例4】強盗強姦、強盗殺人被告事件に関する東京高判昭和63年6月28日判タ670号248頁(控訴棄却・確定)である。

〈事実の概要〉被告人は、スナック「S」に客として出入りするうち、次第に右「S」のママであるA子に恋情を抱くにいたり、じ来ひんぱんに同店に通いつめるようになっていたが、昭和61年11月19日夜も午後11時ころ同僚のCらとともに同店に赴いたところ、他の同僚等とのいさかいから暴れ、同女に対しても暴行を加えたが、同女は、かねてより、被告人の粗暴癖から腫れ物にさわるようにして被告人に接していたものであり、当夜も腹を立てて執拗にからんでくる被告人をなだめるべく、他の客がすべて帰った後も被告人に付

合つて翌20日午前3時30分ころまで同店で被告人の相手をしたところ、被告人はその際、因縁をつけて同女に情交を迫った。だが、同女がとり合おうとはしなかつたことから、このうえは力づくでも同女に情交を迫ろうと考えるにいたり、いきなり同女に無理矢理接吻したところ、同女から下口唇を噛まれたうえ、顔面を平手打ちされたことで、激昂し、逃げようとする同女の襟首を掴んで傍らの雑木林に突き倒し、その際、とつさに、このうえは同女を強姦しかつ、同女の所持する金品を強取したうえ、その犯跡を隠蔽するため同女を殺害しようとの決意をかためるにいたり、転倒した同女を仰向けにして馬乗りになり、絶叫して助けを求め、手足をばたつかせ、被告人の顔を引つかくなどして必死に抵抗する同女に対し、その顔面を手拳で殴打したうえ、両手でその頸部を絞めつけるなどして同女を失神させてその反抗を抑圧し、同女が頸部に装着していたプラチナ製ネックレス1本(時価約5万円相当)を引きちぎつてこれを強取した後、同女の装着していたスカート、スリッパ等の下着類を引き脱がせ、同女の下半身を裸にして強いて同女を姦淫し、その直後同女が息を吹きかえしたのを知るや、やにわに所携のタオルを同女の頸部に一回巻きつけて絞めたうえ、強く固結びにして同女の頸部をさらに絞めつけて同女を窒息死させて殺害し、さらに同女が所持していた現金約17万円等を強取した」というものである。

この事実につき、第一審の横浜地方裁判所は検察官の死刑求刑を排して無期懲役刑を言い渡したのでこれに対して検察官は量刑不当を理由に控訴を申し立てた。

控訴審の東京高等裁判所は右事実を前提に、その量刑に当たり、本件犯行の残虐性、執拗性、結果の重大性等諸般の事情を勘案すれば、極刑が相当であるとして本件控訴に及んだ検察官の措置はあながち苛酷とはいえない、としながらも、要旨次のように判示して、結局、原審判断を維持したのである。すなわち、「しかしながら、なお深考するに、1)被害者に対する本件姦淫、殺害は、事前の計画にもとづき敢行されたものではなく、自らの非により招いたこととはいえ、被害者から唇を噛まれ、顔面を殴打されるなどしたことがきっかけとなつてとつさに敢行された激情犯であつて、偶発的な側面を有していることは否定できない²³⁾。たしかに本件犯行が被告人の強固な犯罪癖の発露に他ならない旨を指摘する限度においては検察官の所論は正当というべきであるが、それでもなお本件が事前の綿密周到な計画にもとづくものではなく、一種の激情犯として敢行されたことは、それはそれなりに被告人のために評価すべきである。2)金品強取の点も、被告人において当初から企図していたものではなく、本件強姦及び殺人に誘発され、これに付随する形で決意、敢行されたものであること、3)被告人の反省の情に真摯なものがあると到底いえないけれども、被告人は、捜査段階から一貫して事実関係の大筋はこれを認めるとともに、自らの非を反省悔悟する旨、被害者の冥福を祈っている旨、死んでお詫びする他はない旨折にふれて供述しており²⁴⁾、これらの供述は必ずしもつばら己れの罪責を軽減せんがためだけに被告人が口にしてのものとは認められず、表現は不器用ではあるが、その吐露するところは真摯であつて、そこにはなお被告人の人間的な情緒性とこれにもとづく本件についての贖罪感が微弱とはいえそれなりに存在していることを窺わせるものがあること、4)被告人は仮出獄後本件犯行にいたるまでの3年余の間、保護観察にも服さず社会生活においてかなり問題のある行動をとつており、また、職場にも十分に適応できていたとは到底いえない状況にあつたとはいえ、曲りなりにも鳶職として稼動し、少くとも仕事の面

では真面目に働いていたことが窺われ、このことは被告人なりに社会に適応して更生しようとして努めていたことの表われとも評しうること、5) 被告人の兄の一人に妻を殺して服役した前科を有する者があり、他の一人の兄が妻とうまく行かず鉄道自殺を遂げていることなどからすると、被告人の生育した家庭環境にも被告人の人格形成に影響を及ぼしたかなりうつ屈した問題があつたのではないかとも思料されるのであり、こうした被告人の生立ち、家庭環境に、必ずしも被告人のみにその責を帰しえない、そして被告人が人間的な情操、社会性を身につけなかつた負因があり、それが本件の遠因の一つともなつていようにも思われること、6) 被告人の現在の年齢からすると、仮に被告人を無期懲役刑に処した場合に被告人が将来社会復帰を許されることがあるとしても、それは被告人が相当の高齢になつてからであると思料され、その点からすると、被告人を無期懲役刑に処して被告人が将来社会復帰をした暁に三たび本件のような兇悪な犯行に及ぶおそれは必ずしも大きくはないと思われることなど、もとより本件犯行の重大性にかんがみるならば、一つ一つは被告人にとってそれほど有利な情状とは到底いえないけれども、なお被告人のためそれなりに考慮してやるべき諸事情も認められることや、「我が国の刑事裁判における兇悪重大事犯に対する量刑の実情を見るとき、戦後の混乱期を別にすれば、死刑の宣告のなされている事案は、少なくとも被害者が単数の場合においては、被告人のために酌むべき事情の全くない、一般予防の見地からしても極刑がやむをえないと認められる極限的な事案に限るといふ、きわめて慎重な運用がなされてきていること（こうした死刑をめぐる量刑の実情は、もとより被害者の遺族の立場、その素朴な応報感情からすれば納得しがたい面がないではないし、とくに無期懲役刑の行刑上の運用がかなり有期懲役刑に近い形でなされており、兇悪非道な重大事犯の犯人でも、相当期間経過後にはかなり容易に社会復帰できる仕組となつていふことは、こうした被害者の遺族の割り切れない気持を一層増幅させていふことも否定しがたいところといふべきではあるが、死刑が法の名において被告人の生存そのものを抹殺するといふところの、無期懲役刑とは質的に全く異なつた極刑であることにかんがみるならば、それはそれなりにそれに処するに万やむを得ないとする高度の倫理的・人道的な法感情に立脚した社会的妥当性、合理性を具えている場合に限られるべきであると解するものである。）」を併せ考えるとき、前述のように本件がまことに極悪非道な、鬼畜にも等しい者の所業であることを十分に考慮したとしても、なおまだ本件につき被告人に対し死刑をもつて臨むことについては強い逡巡、躊躇を禁じえないものがあり、検察官の死刑の求刑を排斥し被告人を無期懲役に処した原判決の量刑は諸般の点からやむをえないところと思料され、これが軽すぎて不当であるとは到底思料されず、むしろ、被告人をして、生あるかぎり、被害者の冥福を祈らせ、その全存在を懸けてその贖罪にあたらせるのが相当である旨の原判決の説示は、当裁判所としても、十分に首肯しうるところといふべきである。」と判示し検察側控訴を棄却し死刑の求刑を排斥して無期懲役を言い渡した原判決を維持したのである²⁵⁾。

つぎに、【判例5】誘拐、殺人被告事件〔勉ちゃん誘拐殺人事件控訴審判決〕に関する大阪高判平成3年9月26日判タ832号229頁（破棄自判・上告）を見てみよう。

第一審の大阪地方裁判所が認定した事実の概要はつぎのようなものである（なお、ここでは、後掲事実に照らし、証拠に支えられ、判決文に要旨として示される事実が、実際の

事実を若干なりとも見えにくくしている点に注意していただきたい。).

すなわち、被告人(大正13年1月6日生れ)は、第1、某日午後零時ころ、近隣公園において、かねて被告人になついていたA(当時7歳)と遊んでいるうち、同児を連れ歩こうと考え、同児に対し、「飯を食いに行こう」などと甘言を用いて誘惑し、同児の両親に無断で前記公園から同児を連れ去り、付近の食堂で食事をさせた上、国鉄〇〇駅から電車に乗車するなどして、同日午後2時ころ、同児を〇〇町<番地略>先松林内まで連行し、もって未成年者である同児を誘拐し 第2、同日午後3時ころ、前記松林内において、同児と遊んでいるうち、同児が帰りたいと言って泣き出し、泣きながら被告人のもとから逃げ出そうとしたことに激昂するとともに、このまま同児を立ち去らせれば右誘拐の事実が発覚し、検挙されるものと考え、所携の切出しナイフ(刃体の長さ約7センチメートル)で、同児の胸部、腹部、背部を10数回突き刺し、よって、そのころその場で、同児を腹部大動脈切破による後腹膜腔内出血により死亡させて殺害したものである。」というものである。このような記述によると事件の状況は見えにくい。そこで、若干、詳細に事実を追うことにする。

被害者Aは、昭和57年3月19日、学校が休みであったため、午前中から近所に遊びに出掛け、昼近くには近隣公園で友達とビー玉遊びをしていた。しかし、同日午後7時ころになっても帰宅しなかったため、母親が自宅付近を捜し始め、N警察署に相談に行き、再度自宅付近を捜すとともに、午後10時50分ころ正式に同署に迷子として届け出た。届出を受けた同署警察官は、直ちに迷子手配の手続を取るとともに、翌3月20日朝、捜索手配のため母親にAの写真の提出させたところ、この写真の1枚にAとともに被告人の姿が写っており、母親がAを連れ出したのは被告人ではないかと言うので、母親を同道して被告人に会い、その後、同日2回にわたって被告人を同警察署に呼んで事情を聴取した。被告人は、事情聴取に際して、3月19日昼ころAを誘ってS公園の近くの食堂に行き、同人に昼食を食べさせてやったが、その後食堂の前で別れ、自分は一人でT公園に行った、と供述したにとどまり、以後Aの行方についてそれ以上確実な手掛かりを得られないまま日時が経過した。ところが、4月5日たまたま死体発見現場松林内で遊んでいた小学生が同所で死体を発見し、最寄りの派出所に届け出たところ、それが行方不明中のAの刺殺死体と確認され、直ちに捜査が開始された。

〈被害死体の状況〉

被害者の死体は、足に靴と靴下をつけただけの全裸、うつ伏せ、左腕は足の方へほぼまっすぐに下げ、右腕はほぼ肩の高さで肘を曲げて前腕を上方(頭の方)に向け、足は右足を外に開いて両足を伸ばした姿勢で発見され、手には左に熊笹の葉一枚と松葉2本、右に熊笹の葉2枚を握りしめていた。うつ伏せになっている死体を仰向けにすると陰部は蛆虫で盛り上がっており、胸部に付着していた熊笹の葉は多量の血液が付着して赤茶色になっていた。死体を引き上げると、死体があった胸部付近地上熊笹の葉には多量の血液が付着していた。また、死体の体側に沿って、折れた松の木が置かれ、その枝の1本が死体の左肩口から背部に乗せられており、この松の折れ口は、死体頭部から約1.73メートル離れた地点の松の立木の折れ口と一致している。

〈殺害状況〉

本件死体解剖に当たった鑑定医の鑑定書によれば、被害者の血液型はA型、死体には、前額部に擦過傷1、右眼裂上下及び眼球結膜部に打撲傷1（右眼裂上下には約4×2センチメートル大の皮内、皮下出血があり、眼球結膜には軽度の出血を伴う。）前頸上部に刺創1、前胸部に刺創6、腹部に刺創5、背部に刺創5、右耳介後部から右側頸部にかけてと下腹部から右大腿部に至る部分（外陰部を含む。）に軟部組織の欠損があり、死因は腹部刺創に基づく腹部大動脈刺切破による後腹膜腔内出血と認められる。この腹部大動脈は、周囲が筋肉と脂肪組織で固められており、刺切破部分からの出血速度は非常に緩徐であること、全体の傷もいわゆる返り血を浴びせるようなものではなく、胸部の刺創はまず胸腔内に、また、腹部の刺創は腹腔内にそれぞれ出血し、創口を通じて漏れるという状況が生じ、衣類を着ている場合はその下を漏れて流れるので、胸腹部の損傷からの血液の噴出ということは考えられないほか、頸部の刺創においても太い血管を切破するに至らない、皮下から甲状軟骨に達する傷であることから、出血はあるものの噴き出すような出血はなかったと認められ（原審第16回公判におけるY鑑定医の証言）、いずれの刺創も心臓を刺通しておらず、被害者は即死ではなく、出血が続いた結果失血により死亡したと考えられ、受傷から死亡まで1、2時間余りは経過しているものと認められる。そして、損傷中、刺創は、刃身の長さ7ないし8センチメートル又はこれより長く、刃幅は刺入部まで最広2.4cm、刃背の厚みがやや薄い（0.1ないし0.2センチメートル位）、先端鋭利な片刃の刃物によるもので、前頸上部の刺創以外はいずれも刃をほぼ真下にして被害者の体表に対してほぼ直角に、それぞれ後ろ又は前方向に刺入されたものと認められる。前頸上部の刺創は、刃を斜め下にして後下方向に刺入している。顔面部の擦過傷及び打撲傷は、用器的特徴に乏しいが、いずれも生活反応顕著で明らかに生前に受傷したものと認められる。また、右打撲傷は、手拳もしくはこれに類する表面の滑らかな鈍体によって形成されたと認められ、被害者がうつ伏せに倒れたときにこれにふさわしいものが地面にあれば発起可能であるが、表皮剝離を伴っていないことから被害者が単に地面に倒れただけでは生じにくい。胸腹部及び背部の各刺創では、腹部刺創群に最も生活反応が強く、次いで胸部、背部の順になっており、この順序で加害されたものと認められる。耳介後部から頸部にかけての軟部組織欠損部には明らかな生活反応はなく、死後野犬等に傷つけられたものとみられ、下腹部から大腿部にかけての軟部組織の欠損部は、その傷自体からは、腐敗性変化が著しく、しかも蛆による蚕蝕などがあって、生前に成傷されたものか死後の損傷か解剖所見からは判定できないとされているものの、その損傷範囲は広く陰茎も欠損しており、同部分も含めてその部位は、うつ伏せになった死体の下部にまで及んでいる。被害者の胃内には、米飯粒、キャベツ、肉片等を含む褐色混濁液汁約250ミリリットルが残留していた。死後の経過期間は解剖時（4月5日）現在、約半月と推定される。

ところで、本件は誘拐殺人死体遺棄事件ということになるが、誘拐罪の法定刑は3年以上5年以下の懲役であり、殺人罪の法定刑は死刑又は無期若しくは3年以上の懲役である。これに死体遺棄罪が加わるが同罪の法定刑は3年以下の懲役である。現行刑法ではこの3つの犯罪は併合罪の関係にあるからそのもっとも重い刑にその半分を加えた刑をもってそのもっとも重い刑ということになる。したがって、死刑以上はないので上限は死刑ということになる。さて量刑である。ここに、やや細かく犯行状況を示したのも、刑の量を決定

する因子に目を向ける必要があるからである。法定刑の程度は行為の違法性の程度で決まる。この違法性を決定する要素において重要となるのは、諸説あるが、結果である。だが、結果は抽象化される。つまり、死は死である。殺害状況及び方法は法文上問題とならない。しかし、量刑においては犯行状況が重要となる。行為者の責任が重要となるからである。ここでは、人倫的非難を無視できない。殺害行為自体が重大な犯罪行為であるのに、さらにその遺体を放置腐乱させる点には前法的非難が向けられてしかるべきである。

さて、上記事実に対する裁判所の判断を見ることにしよう。まず、被告人の身上・経歴などが勘案される。被告人は、16歳のころから窃盗罪等を重ねて検挙され、少年院に収容された後、服役を繰り返すようになり、その犯罪傾向を見てみると、35、6歳ころまでは主に窃盗罪が多かったが、その前後ころから傷害罪等の粗暴犯の傾向が顕著に現れ、その他に、昭和41年、同45年及び同55年にはいずれも幼児又は児童を対象とする略取、誘拐罪を犯して服役している。その中の、昭和45年の前科が後に問題になる当時知り合いのE(当時10歳)及びその妹の略取、誘拐事件である。被告人は昭和46年には喧嘩の上で人を殺害して、同49年3月殺人罪により懲役8年の刑に処せられて、そのまま服役しており、本件までに罰金刑で済んだものも含めると、前科15犯、通算して22年以上懲役刑で服役している。また、前示のとおり、本件の審理中にも法廷の内外で2回傷害事件を起こし、いずれも懲役刑に処せられて服役している。被告人には小児愛的傾向が窺われる一方で、鑑定によると、被告人は爆発的精神病質者と認められ、その性格は、「気分が変り易く、周囲に対し過敏で防衛的、猜疑的、衝動的、爆発的で攻撃的であり、また自己中心的、他罰的で内省を欠く。小児愛的傾向を有するも、同時に衝動的、爆発的性格から、小児が自分に向ける不服従や不機嫌の中に、容易に反抗、裏切り、敵意、軽蔑を感じとり、小児に対する攻撃性として現れる。」などとされている。

そこで、裁判所は以上の諸事実を前提に基づきのよう結論した。以下は量刑理由の概略である。すなわち、本件は、日頃から顔見知りであった被害者の児童を誘拐して(本件)松林まで連れ出し、同所で同児にわいせつ行為までした上、同児の被告人に対する態度に激昂し、とっさに殺意を生じ、所携の切出しナイフで被害者の腹部、胸部、頸部等合計10箇所以上を突き刺したのみでなく、更に背中を数回突き刺して殺害したものであって、残虐非道の犯行というほかない。もとより被害者に何らの落度もなく、犯行の動機に格別酌量すべき事情も見出せない。あまつさえ、被告人は被害者の陰茎をも切断し、さらに、自己の犯跡を隠そうとして、被害者の衣類等を剥ぎこれを近くの池に投棄するなどして罪証隠滅工作までし、被害者の遺体はその場に全裸のまま放置されその間に野犬等に喰い散らされていたものであ(る)。犯行の結果はまことに重大であって、殺害された被害者の両親の悲しみは測りしれないものがある。被告人は、捜査段階では大半自己の罪を認めていたものの、公判に至っては一転して犯行を否認し、不自然な弁解を繰り返す、しかも、原審公判廷で自己に不利益な証言をする証人に対して暴行を加え、傷害を負わせており、反省の情が窺えない。遺族に対して格別慰謝の方法も講じていない(中略)。被告人にはこれまで、窃盗、傷害、殺人等多数の前科があり、服役期間も通算すると相当の年月に達している。特筆すべきは、昭和41年ころから本件に至るまで幼児又は児童を対象とする略取、誘拐罪で3回裁判を受けいずれも実刑に処せられており、その中には前記累犯前科も含まれ

ている。被告人は前記のとおり本裁判中に公判廷で犯した傷害罪でも服役しているほか、一審判決後更に傷害罪を犯して服役しており、被告人の犯罪性は顕著でその更生は極めて困難であり、再犯の恐れも大きい。特にこの種犯罪については一般予防に対する配慮も必要である。そうすると、本件が計画的犯行でなく現場においてとっさに生じた殺意に基づくものであること、被告人の生い立ちには同情すべきものがあること、その他被告人の年齢及び精神的負因（なお、被告人は異常性格の面は認められるが、本件で責任能力に問題はない。）等被告人に若干斟酌すべき事情はあるけれども、これらを考慮しても、本件については被告人を無期懲役に処するのが相当である、というものである。本件が、死刑ではなく無期懲役に止まった決定的理由は被害者の数であると見てよい。前記連続ピストル射殺事件最高裁判所判決以来被害者の数が量刑上の重要因子となり、被害者1名の場合には死刑判決が回避される傾向にある。

さて、そこで、つぎの事件を考えてみたい。【判例6】殺人、殺人未遂被告事件に関する高松高判平成元年11月28日高刑速報平成元年302頁（破棄自判・上告）の事件である。

〈事実の概要〉

本件被告人はその所有する自動車の荷台や畑にごみを捨てた張本人は、本件被害者のうちA男及び同人の内妻B女の両名であると思ひ込んで、いたく立腹し、A男に対してその旨難詰したが、同人に怒鳴り返されたため憤激し、同人及びB女の両名に対する殺害を決意し、狩猟用散弾銃を自宅に取りに戻り、両名に散弾銃を発射させて両名を殺害した上、同犯行直後、付近路上においてC男を見掛けるや、日ごろ同人から自己の亡父が生前に米を窃取したことがある旨からかわれていたことの恨みや、既にA男、B女の両名を殺害していたことから、この際、C男に対しても殺害を決意し、同散弾銃を発射し、C男及び付近において折から農作業中のD女に命中させ、逃げるC男を追い掛けて同人に散弾を発射させ殺害し、D女に対しては加療約2週間を要する腹部裂傷の傷害を負わせたが、殺害するには至らなかったというものである。

〈殺害状況と量刑理由〉

各犯行の態様についてみると、被告人は、病弱又は老齢の上、当時無防備、無抵抗の状態にあったA男、B女及びC男の3名に対し、実験の結果によれば、約70メートルもの遠距離からの発砲でさえ人を殺害し得るほどの威力をもった同散弾銃を、何のためらいもなく至近距離から乱射し、同3名をそれぞれ即死させたものであり、殊にA男、C男の両名に対しては、同人らが当初の被弾により、あるいはその場に仰向けに倒れたのを認めながら、あるいは負傷して必死に逃げ惑うのに追いつき、それぞれとどめを刺すべく更に散弾を発射して同人らを死に至らせており、3名の遺体に見られる損傷も甚だしく、特にB女の顔面は一部を残して砕け飛び、目を覆うばかりの惨状を呈している上、被告人がC男をねらって発射した散弾の一部は全く無関係のD女に命中して同女を負傷させ、付近の民家内にも飛散しており、一步誤れば、より多数の者の生命身体に危害が及ぶおそれがあったことを考えると、被告人の本件犯行は、極めて執拗、残虐、危険なものといわなければならず、また、犯行の結果も殺害された者の数は3名とあまりにも重大であり、被告人の刑責は、この点のみにおいても極めて重いといわなければならず、またD女が巻き添えとなって負傷したことも量刑上軽視することができない。さらに、遺族らの被害感情は峻烈

であり、殊にA男及びC男の近親者らは、被告人の弟らが被害者らの葬儀代の一部にと持参した現金の受領を拒み、当初から被告人に対し極刑を強く求めており、本件犯行に至る経緯、犯行態様等に照らすと、遺族らの被った精神的苦痛の大きさは計り知れず、被告人に対して極刑を望む心情は十分に理解し得る。また、A男の姉が犯行直後、A男方において、その惨状を眼のあたりにした結果、精神錯乱を来し、遂には自殺するに至ったこと他、並びに被告人の再犯の危険性及び矯正可能性については、短絡的思考、易怒性、執着性を持ち、情動の露呈しやすい人格傾向にあるところ、本件各犯行の動機、経緯、犯行状況等からもうかがえるように、各犯行は、被告人のこのように偏った性格に基因するところが大きいと考えられる上、被告人は、これまでも2名の者に自宅をのぞき見られたことから同人らを追い掛け自宅に連れ戻して棒切れで殴打し、傷害を負わせる粗暴な行為に及んだことがあり、かかる被告人の性格及び過去の行状などに照らすと、被告人が中年の域に達する本件時まで、交通事故による罰金刑以外には処せられたことがなく、通常の社会生活を営んできたことを考慮しても、被告人が反社会性を有しており、いったんそのげきりに触れる事態に直面すると、激情の赴くままに本件同様の重大な犯行に至る可能性が十分にあると考えられ、被告人の年齢、性格の特徴からすると、今後これを矯正することは著しく困難であるといわざるを得ない。そうだとすると、死刑が生命そのものを永遠に奪い去る冷厳な極刑であり、誠にやむを得ない場合における窮極の刑罰であって、その適用は慎重に行われなければならないことを考慮し、また被告人が憤激の情を爆発させ、専ら殺害そのものを企図して敢行したものであり、利欲の満足又は他の犯罪の罪証を隠滅する目的などそれ自体でより悪質と認められる動機の下に行われたものとは犯情を異にする上、いずれも計画性はなく、各犯行の発覚を免れるための何らの手段も講じてはいないこと、犯行後逃走を図ってはいるが、いったんは自首しようと考え、実母方に立ち寄り実母にその旨を伝え、自宅から持ち出した蓄えの現金や貯金通帳などを同散弾銃とともに実母に預けたこと、逃走の点についても、警察署に出頭しようとしたが、現場付近に停止中のパトロールカーや警察官の姿を認め、にわかには恐ろしくなり、とっさに逃走しようと考えた被告人の心情は、あながち理解し得ないではないこと、その他原判決が「量刑の理由」において説示する事情等を最大限に斟酌し、さらに犯行の動機、経緯、犯行の態様、殺害された被害者数など犯情の点で本件と同種の各事犯と比較検討してみても、検察官の所論のとおり、原判決の量刑は軽すぎ不当であり破棄を免れない、として無期懲役の原判決を破棄して死刑を言い渡した。本件死刑量刑の決定的因子は、被害者数3名という点であると思われる。

死刑が言い渡された事例、そうでない事例の一部を外観したが、わが国では、現在、死刑がこのように運用されているのである。死刑それ自体が理由なしに絶対的に許されないという主張を別論とすれば、このようなわが国の死刑制度を廃止する必要があるのかどうか、やはり疑わしいといわざるを得ない。

V 死刑存置論

1. 死刑は国家による殺人ではない。しばしば、死刑は国家による殺人であるといわれ

る。もちろん、象徴的な意味であろうがこの表現は冷静な見方を害するおそれがある。殺人とは、理由なく他人の生命を絶つ犯罪である。死刑には理由がある。したがって、スローガンであるにせよこのような表現は、誤りであるから避けるべきではなからうか。殺人は犯罪である。死刑は犯罪ではない。

2. 死刑を廃止するという事は社会が、国家が死刑相当犯罪を原則として許すということである。これは規範の間を生む。現行刑法は死刑を法定刑として定めている。したがって、死刑存廃論もこの事実を前提に出発しなければならない。この点はすでに述べた。道徳的、宗教的価値観や人道的見地から死刑を廃止せよと主張するものは、その主張が法外要素を法律に取り込むことを求めているということをもつて自覚しなければならない。法外要素を法律に取り込むには、かかる法外要素を法的価値にまで高めることに国民の合意を、否少なくとも一定の共通した受容を取り付けなければならないはずである。このとき、ここで確認しておかなければならないことがある。それは、すなわち、法律とは社会規範であって、国家の強制力をもって実現され実行される規範であり、国家の強制力をもって実現されることが期待され、公に認められている価値の具体的な実現手段であるということである。もとより、法を実現するために制定される法律は道徳的色彩が皆無であるとまではいえない。しかし、かかる色彩が色濃く現われることは法律の自己矛盾であり自滅を意味する。これは、法と道徳の峻別が問われるときに当然の帰結として自覚されてきているところであり、いまさら詳論する必要はあるまい。したがって、たしかに、一定の価値基準から死刑に反対する立場があることは当然とってよい。だが、その価値を法の領域に取り込むことが許されるかということが問われなければならない。死刑が廃止されればまさに死刑相当だと思われる犯罪にも死刑は科されない。これでよいのであろうか。

わが国の状況では、単純殺人には死刑が科されていない。しかし、この死刑が科されない単純殺人でも、実は、それは被害者の生命を奪うだけではない。被害者の心を、夢を、人生を奪うものであり、あわせてその遺族の心を、夢を、人生を奪うものである。さらに、社会や共同体に築かれてきた信頼関係を破壊することになる。人の死を伴う犯罪はこの意味でも他の犯罪とは全く異なるものなのである。しかし、これを他の犯罪とあわせて「法律」という抽象化を必須とする制度に盛らなければならない要請がある。ここに、死刑制度の理解を困難なものにする要因がある。死刑を残しておいても死刑を科さない運用はできる。しかし、死刑を廃止すれば死刑を科すことはできない。具体的妥当性を実現できない法律は違憲のおそれがあることはすでに尊属殺重罰規定違憲判決の趣旨からも明らかである²⁶⁾。その判旨は「重きには重く、軽きには軽く」という正義の要請をいうものとみてよい。死刑廃止後の刑法においては尊属殺重罰規定違憲判決が処理したのとちょうど反対の事態が生じることになる。つまり、「重き犯罪には重き刑罰を科す」という正義の要請を実現できなくなるのである。死刑を廃止することは、死刑廃止論者の価値観を死刑相当犯罪の被害者に絶対的に受容させることになるのである。死刑を残しても死刑不相当犯罪には死刑を科さないことができる。具体的妥当性を実現できない法制度は法制度とはいえない。法は倫理規範、道徳規範そのものではないのである。

3. 死刑に犯罪抑止効果があるか否かの問において犯罪行為だけに着目する議論には相

当大きな疑問がある。もとより、犯罪行為時に抑止効が働くとは考えにくい。よしんば、犯罪自体を検討対象にするとしても、「死刑の威嚇力によって死刑相当犯罪を思いとどまった人の数が、名乗りでない限り分からない」²⁷⁾以上いわゆる実証的研究には相当大きな疑問があるといわなければならない。抑止効の有無の問いは死刑存廃の問いとは直結しない。よしんば、死刑相当犯罪に対する死刑の抑止効が議論されるときも、そこでは一般的抑止効と具体的抑止効とを厳格に区別して議論されなければならない。具体的抑止効が期待できないことを理由に一般的抑止効をも内包する死刑の広義の抑止効全体を否定するのは論証なしに結論しているのと同じである。凶悪犯罪を犯し、あるいは激情のあまり死刑相当犯罪を犯す者に死刑の抑止効は働かない。そうではなく、広義の抑止効とは人格形成過程において死刑という犯罪があることを認識するよう教育の場を提供し幼いうちから命を大切にす法意識を育てることで犯罪の抑止が可能となるのである。しかし、これはもはや法律の領域でなすべきことではない。

犯罪を思い止まるか否かの問は刑罰の軽重と関連してはいるが直結しているわけではない。死刑相当犯罪を思い止まる者は死刑が科されるという理由だけで死刑相当犯罪を思い止まるわけではない。この理は他の非死刑相当犯罪にも当てはまる。懲役刑を科されるという理由だけで窃盗罪を思い止まるわけではない。この事実は、刑罰の本質的機能と密接に関連している。刑罰はあまたある犯罪抑止要因のうちのひとつでしかない。したがって、抑止効果に大きな力点をおいて死刑の存廃を論じるのは適当はでない。したがって、死刑に犯罪の抑止効果が無いことを力説しても死刑廃止の論拠にはおよそなりえない。死刑が刑罰の一種である以上、刑罰に必然的に伴う謙抑性の要請が解かれることはないのである。人間は理性的存在である。あたかも、死刑があるから死刑相当犯罪を犯さないと主張しているかのごとく死刑存置論を位置付けこれを論難するのは失当であると言わなければならない。

死刑の犯罪抑止効果を問うならば、広義のそれを論じなければならない。死刑存廃論は規範の問題を対象として扱っているのである。したがって、個別具体的な現象を列挙して、かかる場合に抑止効果が認められなかったということを示して死刑には抑止効果が無いと断じるのには相当大きな疑問があるといわなければならない。ただし、具体的抑止効にはもう一つの意味がある。死刑相当犯罪を犯した行為に関して言えば、当該行為者を死刑にすることで現実的な死刑相当犯罪の抑止効が認められる。端的に表現しよう。死刑相当犯罪を犯し、無期懲役の判決を受け、一定期間服役後、仮釈放等で社会に出てきた者が再度死刑相当犯罪を犯したとしよう。この行為者が、かつて死刑相当犯罪を犯した際に、無期懲役ではなく死刑が言い渡されていれば、この再度の死刑相当犯罪は防ぐことができたはずである。人は、他人の自己実現の手段とされてはならないというのが、歴史が教えた近代の原理である。死刑廃止論の高まりのゆえに死刑相当犯罪の行為者が死刑ではなく無期懲役とされ、再度の死刑相当犯罪を犯したとしたら、死刑廃止論者はこの再度の死刑相当犯罪の被害者に責任があるとみてよい。この再度の死刑相当犯罪の被害者は、いわば死刑廃止論者の被害者とはいえないであろうか。かつての死刑相当犯罪の行為者に死刑を科すことは、この意味で現実的・具体的犯罪抑止効がある。このことを忘れてはならない。

4. むしろ、死刑廃止後の社会にわれわれが責任を持てるのかということが問われなけ

ればならない。この種の制度改革では遅効性という特徴を無視することはできない。

法は文化である、ということは現代での共通認識であろう。法制度は文化遺産である。後世にわれわれが責任を果たせない文化遺産を残すべきではない。いま、死刑を廃止しても、その効果が発生するのはいまではなく将来である。その、将来に死刑廃止論から生じる未知の不幸な結果が生じた場合に今生きるわれわれは責任を持てるのだろうか。何ができるのだろうか。将来のわれわれの子孫は、また、多大のエネルギーを費やして、ときに死刑復活活動を展開しなければならないだろう。重要なことは、他の法改正とやや異なり、死刑存廃にかかわる法改正は、その効果が後世になって初めて現れるということである。未来の社会現象に対して、責任が持てないという宿命を自覚し、今を生きるわれわれは安易な法改正を行うべきではない。

5. 死刑を廃止することで生命の尊さを国みずからが示すべきであるという意見には基本的な誤謬がある。生命は尊い。したがって、かりに凶悪な犯罪を犯した人にも生きる権利があるといわれる。しかし、命の尊さを伝えるのは教育の仕事であり、法律の仕事ではない。死刑相当犯罪の被害者の死を素材にその犯人に、そして社会に命の尊さを教えるというには、被害者の命はあまりにも大きな犠牲である。被害者の命を手段に生命の尊さを伝えるという見方は、人は目的として遇されるべきであって、手段として遇されてはならないというわれわれの共通認識に反する。

命の尊さを教える教育は将来に向かって命の重みを認識し、自覚し、実感として理解できるようにしたかたで命を大切にすることと社会を仕組みとして、制度として作ることに役立つ。しかし、他方、死刑は具体的に生じてきた法益侵害を前提に科されることが予定されている法的制裁である。いわば、命の尊さを伝えるという観点から見れば死刑は生命尊重を願う「制度」を将来に向かって構築する役割をになう立場にはないのではなかろうか。これは、もちろん、「国家が死刑を科さないことで命の尊さを知らしめよ。」という主張に対する反問である。

他方、何の落ち度も無い善良な市民が他の市民に惨殺されたとき、この殺害行為者に死刑を科すことはこの被害者の命の尊さを具体的に伝えることになる。もっとも、この理屈は死刑に向けられる教育効果という枠内の議論に対応するものであり死刑の存在意義を一般的に支えるために展開されるものではない。命の尊さを伝えるという観点からみれば死刑は緊急措置なのである。刑罰は教育ではない。同時に教育は刑罰ではない。この点を再度確認しなければならないのではなかろうか。

6. 死刑廃止の世界的潮流にわが国は反しているという主張についてはすでに触れた。だが、若干補足すべきことがある。

法律問題の国際比較にはその問題の背景事情に国際協力が不可欠であるとの前提があるとするべきである。アメリカ合衆国において死刑廃止州と死刑存置州とが現存しているという事実を重視すべきではなかろうか。死刑存廃の問は極めて土着性が強い問なのである。価値選択の問と国際比較を要する問を峻別することが肝要ではなかろうか。

VI むすびにかえて（残された問）

現在、最高裁判所に量刑不当を理由に複数の死刑相当事件が係属している。その内の一件を紹介して本稿の問題提起を閉じることにする。

被告人は強制猥褻等の非行により初等少年院送致を受け2年間収容され、その後、別罪の有罪判決の執行猶予中に強姦致傷の犯行に及び刑に服した前歴を持つ者であるが、その後犯した2件の強盗強姦、強盗強姦殺人で第一審裁判所において死刑を言い渡されたところ控訴審で原判決が破棄され無期懲役刑が言い渡されたというものである。

本件犯行中、最も重大かつ悲惨なものは35歳の主婦に対する強盗強姦殺人である。事実は概略つぎのようなものである。被告人はたまたま顔見知りとなった被害者に性的欲望を覚え、「近くまで仕事に来たので立寄った」などと口実を構えて被害者方に立ち入り、やにわに、右手で同女の口を塞ぎ、左手でその左腕を押さえて、「騒ぐと殺す。」などと申し向け携帯していたタオル等で被害者に猿ぐつわをし、被害者方にあったネクタイでその両手首を縛り上げた後、まず現金を強取し、ついで被害者の両手首を首の後ろに回して首と一緒に縛り上げるなどした上、みぞおち付近を手拳で3回くらい力一杯殴打し、近隣に被害者の声が聞こえないよう布団をかぶせた上姦淫し、ついで千枚通しで背部を3回位、側胸部を1回、牛刀で頸部と後頭部を各1回それぞれ突き刺し失血により死亡させて殺害したというものである。なお、被害者が発見されたとき凶器の牛刀は後頭部に突き刺さったままであった。

この事実につき、東京高等裁判所刑事11部は、死刑を言い渡した原審判決を破棄し、要旨つぎのように判示し被告人に無期懲役刑を言い渡す旨結論した²⁸⁾。すなわち、「何の落ち度もない家庭の主婦を強姦し、金員を強奪し、残虐な手口で殺害したという凶悪重大事犯であること、被告人には同種前科が存在すること、被告人の犯罪性向が顕著であって矯正が困難であるとみられること、などに徴して、被告人の刑事責任は余りにも重大であり、殊に、右被害者の遺族の心情に思いを致せば、被告人に対して死刑を宣告した原判決の量刑も首肯できないわけではないけれども、死刑は何といても究極の峻厳な刑罰であること、前記のとおり、被告人のために斟酌すべき諸事情があること、そして、最高裁判所が所論指摘のような死刑の適用基準を判示していることなどを併せ考えるとき、被告人に対して、死刑をもって処断することについては、熟慮してもなお躊躇せざるを得ず、この際、被告人を無期懲役に処し、終生、右被害者の冥福を祈らせて贖罪に当たらせることが相当であるとの結論に達した次第である。」というものである。

二点ほど指摘しておかなければならない。第一は、判文指摘の「被告人のために斟酌すべき諸事情」である。その第1は、被害者を殺害した直後、精神錯乱状態に陥り、その後、その良心に叱り責められ、苛まれていた状況にあったこと、第2、これにより、なお、規範的な人間性が僅かに残されていたとみる余地があること、第3、生育状況に汲むべき事情があること、第4、死刑を宣告され命の尊さを思い知らされ、被害者に対する謝罪の心情を赤裸々に綴った手紙を差し出していること、第5、原審において被害者を辱め、その名誉を傷つける虚偽の供述をしたことを控訴審公判において詫びていること、などである。

第二は、「最高裁判所が所論指摘のような死刑の適用基準を判示していること」である。弁護人が挙示する最高裁判所の死刑適用基準とは前掲連続ピストル射殺事件最高裁判所第二小法廷判決である。すでに示したように、同基準とは「死刑制度を存置する現行法制の下では、犯行の罪質、動機、態様ことに殺害の手段方法の執拗性・残虐性、結果の重大性ことに殺害された被害者の数、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等各般の情状を併せ考察したとき、その罪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。」というものである。

第一の点は、連続ピストル射殺事件判決の基準をにらんで挙示されたものであるが、本件犯行の罪質、動機、態様ことに殺害の手段方法の執拗性・残虐性は連続ピストル射殺事件に比較して程度においてこれを悪質であると評価できてもこれに至っていないとおよそいえない。遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等はいずれも連続ピストル射殺事件の状況より悪質である。したがって、連続ピストル射殺事件判決の基準に照らして唯一被告人に有利な事情といえれば被害者の数が1名であるということだけである。しかし、強盗殺人、死体遺棄、恐喝未遂各被告事件である、いわゆる北九州市病院長殺人事件²⁹⁾では被害者1名で死刑判決が維持されている。また、「命の尊さを思い知らされ、被害者に対する謝罪の心情を赤裸々に綴った手紙を差し出している」点も死刑を宣告されたことに起因する心情の変化でしかなく、法律審としてはこの点を重視すべきではない。「原審において被害者を辱め、その名誉を傷つける虚偽の供述をしたことを控訴審公判において詫びていること」もまた同様である。

最高裁判所はいわゆる保険金詐取目的殺人等被告事件に関する平成8年9月20日の第二小法廷判決（白建土木3億円保険金殺人事件上告審判決）で共謀共同正犯として第一審及び控訴審で死刑判決を受けた被告人のうち一名につき死刑判決を破棄し無期懲役刑を言い渡し自判した³⁰⁾。本判決の結論を支えた決定的量刑因子は被害者の数が1名であるということだとみてよい。死刑選択が許される基準を示した前掲連続ピストル射殺事件最高裁判所判決では被害者の数という因子はその他の因子の一つとして掲げられていたのである。だが、本件第二小法廷判決では被害者の数を重視した。動機、目的、犯行態様等が極めて深刻なときでも被害者1名のときにはあたかも死刑が科されないかの如き法運用がされている³¹⁾。

この処理が適当であるか否かはそれ自体深刻な考慮が必要であり軽々に結論することはできない。ただ、この事実には二つの意味があることを指摘しておく必要があると思う。

一つは、かようにわが国の死刑は慎重の上にも慎重に運用されているのであり、この死刑制度を廃止する必要が果たしてあるのかという問を発している点である。

そして、第二は、生命をこのように軽く扱ってよいものかという問題を提起していることである。現行刑法は殺意をもって人を一人殺害しても死刑が科されることを宣言している。本件第二小法廷判決の前提事実は単純殺人ではない。いわば加重殺人である。死刑制度の運用に慎重になるがゆえに過度に寛刑の傾向が進んでいるのではないかと危惧せざるを得ない。問題提起にとどめる。だが、やはり、問いたい。わが国の死刑制度は廃止されなければならないのだろうか。

注

- 1) 死刑廃止論の主なものに、団藤重光著「死刑廃止論」(1991)第5版(1997)(有斐閣)、菊田幸一著「死刑」(1988)(三一書房)がある。その他、死刑廃止を主張する論文等は前掲両書に詳細に掲げられているのでこれらを参照されたい。なお、近時の死刑存廃論の動向については、「年報・死刑廃止'97 死刑一存置と廃止の出会い」(1997)(イザラ書房)(以下「年報'97」という。)を参照されたい。ところで、死刑廃止のアピールが死刑が執行されるたびに出されている。しかし、死刑執行は死刑確定判決の執行である。したがって、死刑廃止または死刑の執行停止を実効性あるように訴えるのであれば、死刑が法定刑に定められている犯罪が発生したときにこそ、そうしてその都度、死刑廃止のアピールを行うべきではなからうか。死刑事件が発生したまさにその時に、社会が共同体が、被害者のご遺族が死刑事件を前にして犯人を憎む気持ち持ちは最も強いこの時に、死刑廃止論者はその主張を展開すべきではなからうか。はたして、その時、死刑廃止論は受け容れられるであろうか。死刑事件を憎む感情が社会的に風化していないこの時期に。
もとより、被害者のご遺族の犯人を憎む気持ちの風化は考え難いのでここでは言及しない。
- 2) たとえば、前掲・菊田159頁以下。平川宗信「死刑論の理論的枠組みについて 憲法的死刑論の試み」・法律時報69巻10号13頁以下。
- 3) 同旨菊田・前掲書252頁。
- 4) 団藤・前掲書第5版144頁。
- 5) この意味で、いわゆる連続ピストル射殺事件判決(最二判昭和58年7月8日刑集37巻6号609頁、判タ506号73頁)において、示された死刑を選択する場合に考慮すべき事項こそが重要となるのである。すなわち、(1)犯行の罪質、(2)動機、(3)態様ことに殺害の手段方法の執拗性・残虐性、(4)結果の重大性ことに殺害された被害者の数、(5)遺族の被害感情、(6)社会的影響、(7)犯人の年齢、前科、犯行後の情状などがそれである。
- 6) 渥美東洋「日本の現行の死刑制度は廃止されるべきか(特集 死刑制度の検討)」・刑法雑誌35巻1号103頁以下参照(1995)。
- 7) なお、内乱罪(刑法77条)は条文上は人の死をその犯罪成立要件とはしていない。だが、同条所定の犯罪遂行中に犯された殺人等については別罪を構成しないと解されていることから考えれば、事実上人の死を伴う犯罪として扱っても不都合はなからう。
- 8) この点を、土本武司教授は、放送大学放送教材「社会科学入門(第9回)法律学における研究」でも指摘されている。
- 9) 1997年5月10日付共同通信。なお、バンコク1988年4月4日付共同通信によれば、「ハノイ放送が四日伝えたところによると、ベトナム南部ミンハイ省の地方人民裁判所はこのほど、大量の米や魚を横流し、国家に10億ドン(約3億3,000万円)の損害を与えたとして地区食糧公社幹部に死刑、共犯の10人に懲役20年から1年の判決を言い渡した。放送によると、この幹部は共産党員で、地区食糧公社責任者の在任期間中、横流しで私腹を肥やし、不正をゴマかすため会計帳簿を粉飾していたという。」また、1997年7月1日付同通信社によれば「ベトナムで過去最大の麻薬密売事件の控訴審判決公判が一日、ハノイの最高人民裁判所で開かれ、密売団のメンバー19人に対し、一審判決通り8人に死刑、6人に終身刑などを言い渡した。5月中旬の一審判決で、密売団のメンバー22人のうち警察官3人を含む8人が死刑、8人が終身刑、残る6人が懲役20年から1年(執行猶予付き)を言い渡され、19人が控訴していた。ベトナム各紙によると、密売団はラオス経由でタイなどからヘロイン141キロ、アヘン数100キロをベトナムに持ち込み密売した。同事件では今年4月までに、警察官12人、国境警備隊員4人を含む40人が逮捕された。」
国情が異なる。したがって、もとより、単純な比較はできない。しかし、死刑相当犯罪の類型

がわが国とかなり異なることは事実である。

- 10) たとえば、団藤・前掲書139頁。
- 11) 団藤・前掲書「第三版のはしがき」14頁以下。確定死刑囚の刑の執行の点について、土本武司「実証的死刑論」(刑事法学の新動向—下村康正先生古稀祝賀(上巻)45頁以下(1995)、同「実証的死刑論」(『研修』552号3頁以下)を参照されたい。
- 12) 渥美東洋「刑事訴訟法(新版)」(1990)492頁。
- 13) 土本・前掲「年報'97」55頁参照。
- 14) 団藤・前掲書第5版「改訂版のはしがき」12頁。
- 15) 団藤・前掲書第5版「第3版のはしがき」16頁。
- 16) 団藤・前掲書第5版「第5版のはしがき」35頁。
- 17) 最二判昭和58年7月8日刑集37巻6号609頁。
- 18) このような手法での死刑判決の動向分析につき、松本一郎「永山事件以後における死刑判決の動向」(刑事法学の現代的展開(下)刑法編・刑事訴訟編—八木國之先生古稀祝賀論文集)(1992)166頁以下参照。
- 19) 主要なものとして、菊田・前掲書85頁以下、99頁以下参照。
- 20) 最一判平成4年1月30日判時1412号145頁(上告棄却)。
- 21) 最一判平成2年9月13日判タ737号84頁、判時1358号150頁(上告棄却)。
- 22) 最一判昭和62年7月9日判時1242号131頁、判タ642号178頁(上告棄却)。
- 23) 検察官は、被告人の少年時からの前科前歴、とくに昭和46年に強姦未遂、殺人、窃盗の各罪で懲役14年に処せられた前科の事案内容を併せ考えると、時と所を得れば安易に女性に肉體關係を迫り、これが拒絶されるや、己れの獸欲の赴くまま相手の女性を殺害してでも同女を姦淫しようとする、兇悪で短絡的な被告人の犯罪癖には強固なものがあることは明らかであり、本件は、被告人のこうした犯罪癖、人格態度からして起るべくして起つたものに他ならないというべく、決して偶発的なものとはいえないと主張する。
- 24) 死んでお詫びをする以外にないなどと供述しながら、他方では己れにとつて都合の悪い質問に対し、「わかりません。」「覚えていません。」「意味ありません。」などと、不真面目で聞き直つたような供述態度に終始しているのであつて、これらの供述及び供述態度からすれば、被告人には本件についての反省改悟の念、被害者に対する哀悼の念、贖罪の念が甚だ稀薄であり、被告人は己れの罪責をいささかでも軽からしめんとするに汲汲としているものというべきである旨検察官は指摘している。
- 25) この他、【判例7】強姦致傷、殺人、死体損壊遺棄、住居侵入、猥褻目的略取、傷害、強姦未遂、強盗、窃盗、猥褻目的略取未遂被告事件に関する名古屋高判平成9年6月5日(確定)判時1610号146頁(女子中学生を拉致、強姦する目的でその後方から自動車で接触し転倒させたものの、思いのほか大きな怪我を負わせてしまったことに動転し、犯跡隠蔽のため同女を更に轢過して殺害した上、その死体を7つに切断して池に投棄したという強姦致傷、殺人、死体損壊遺棄等の事案において、無期懲役を言い渡した原判決の量刑が維持された事例—鈴鹿女子中学生殺害事件等控訴審判決(確定))、【判例8】強姦致傷、殺人、死体遺棄、強盗未遂、強盗強姦被告事件に関する名古屋高判平成8年12月16日(確定)判時1595号38頁(少年ら数名が共謀して犯した強姦致死傷、殺人等の事案につき、犯行時19歳の少年であった主犯格の被告人に対して死刑を言い渡した原判決が破棄され、無期懲役刑が言い渡された事例—いわゆるアベック殺人事件控訴審判決)等をあわせて参照されたい。
- 26) 最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁「(刑法200)条の法定刑は死刑および無期懲役のみであり、普通殺人罪に関する同法199条の法定刑が、死刑、無期懲役刑のほか三年以上の有期懲役刑となつているのと比較して、刑種選択の範囲が極めて重い刑に限られていることは明らかである。もつとも、現行刑法にはいくつかの減軽規定が存し、これによつて法定刑を修正しう

るのであるが、現行法上許される二回の減軽を加えても、尊属殺につき有罪とされた卑属に対して刑を言い渡すべきときには、処断刑の下限は懲役三年六月を下ることがなく、その結果として、いかに酌量すべき情状があろうとも法律上刑の執行を猶予することはできないのであり、普通殺の場合とは著しい対照をなすものといわなければならない。もとより、卑属が、責むべきところのない尊属を故なく殺害するがときは嚴重に処罰すべく、いささかも仮借すべきではないが、かかる場合でも普通殺人罪の規定の適用によつてその目的を達することは不可能ではない。その反面、尊属でありながら卑属に対して非道の行為に出で、ついには卑属をして尊属を殺害する事態に立ち至らしめる事例も見られ、かかる場合、卑属の行為は必ずしも現行法の定める尊属殺の重刑をもつて臨むほどの峻厳な非難には値しないものといふことができる。量刑の実状をみても、尊属殺の罪のみにより法定刑を科せられる事例はほとんどなく、その大部分が減軽を加えられており、なかでも現行法上許される二回の減軽を加えられる例が少なくないのみか、その処断刑の下限である懲役三年六月の刑の宣告される場合も決して稀ではない。このことは、卑属の背倫理性が必ずしも常に大であるとはいえないことを示すとともに、尊属殺の法定刑が極端に重きに失していることをも窺わせるものである。」

- 27) 藤永幸治・前掲「年報'97」86頁。
- 28) 東京高判平成9年5月12日判時1613号150頁。
- 29) 最二判昭和63年4月15日判タ667号103頁。
- 30) 判時1581号33頁。詳細は判文を参照されたい。なお、初校段階で本件評釈として、土本武司「死刑と無期懲役の分水嶺——一、二審の死刑判決が破棄され無期懲役の言い渡された事例」(判例評論468号)(判例時報1621号220頁以下)に接した。あわせて参照されたい。
- 31) 土本・前掲評釈224頁はまさにこの点を指摘している。

〔付記〕著者 e-mail : LEE05203@niftyserve.or.jp〕

(平成9年11月22日受理)