

刑法学からみた 「死刑」の正統性について

目次

1、はじめに：	
現代日本の刑法学における死刑存廃論の位相と本稿の視座 ……	2
2、非難と応報：	
刑事責任の根拠 ……	3
3、予防と共生	
— 「刑」の目的と機能 ……	4
4、おわりに	
— 「死刑」の無い刑法 ……	6

(プロフィール)

伊東 研祐

1976年東京大学法学部卒業。慶應義塾大学大学院法務研究科（法科大学院）教授。1995年から2004年、司法試験考査委員（刑法）、1997年から2018年、日本刑法学会理事を務める。2009年から2011年は、慶應義塾大学法務研究科（法科大学院）委員長。著書に『法益概念史研究』（成文堂 1984年）、『アメリカ環境法の理論的諸相』（成文堂 1989年）、『徹底討論 刑法理論の展望』（共著、成文堂 2000年）、『現代社会と刑法各論 [第2版]』（成文堂 2002年）、『環境刑法研究序説』（成文堂 2003年）、『はじめての刑法』（編著、日本評論社 2004年）、『刑法講義 総論』（日本評論社 2010年）、『刑法講義 各論』（日本評論社 2011年）、『組織体刑事責任論』（成文堂 2012年）、『会社法罰則の検証』（共編著、日本評論社 2015年）、『リーディングス刑法』（共編著、法律文化社 2015年）等がある。

1、はじめに：現代日本の刑法学における死刑存廃論の位相と本稿の視座

社会の構成員が（何等かの規準に拠って定まる）「罪」を犯したことに因って生じた葛藤状態に対して、国家権力ないし統治者が（内容・程度等に差はあるにせよ）一定の手続きに従い「生命の剥奪」という方法を以て対処する制度を広く「死刑」と呼ぶとすれば、その歴史は古くに遡り、目的や理念・性格・態様・運用方法等にも様々なものが含まれ得ることとなって、それらの正統性また正当性を巡る存廃論の議論の拡がり・混迷は止まるところを知らないことになろう。そして、そのような議論が続く限りにおいて、あるいは逆に、議論が実質的に為されなくなる限りにおいて、既に今在る「死刑」と呼ばれる制度は存続することになる。存廃論における立証責任は事実として廃止論側に有り、存置論側にとって議論へのインセンティブは少ない。

もちろん、「罪」「刑」「法定」主義の採られている現在の日本において、「死刑」とは、まずは、刑法（明治40年法律第45号）がその第1編総則中に置かれた第9条〔刑の種類〕に規定する「主刑」の一種であり、同法第11条〔死刑〕第1項に従って「刑事施設内において、絞首して執行する」とされ、同法第199条〔殺人罪〕を始めとして特別法上のものを含む20種余りの重大な「罪」に対して科され得る効果として予定されているものである（但し、刑法第81条〔外患誘致罪〕は法定刑が死刑のみであり、必要的である）。そして、更なる「法定」が要求される、執行（絞首）の為の設備の概要については、絞罪器械図式（明治6年太政官布告第65号）が、また、執行の手続の詳細については、刑事訴訟法（昭和23年法律131号）第471条以下や刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律（平成17年法律第50号）第178条以下等が定めている。すなわち、「死刑」とは、1945年（昭和20年）の敗戦を経て成立した日本国憲法（1946年（昭和21年）11月3日公布、翌1947年（昭和22年）5月3日施行）の規定するところに抵触しないものとして、累次の最高裁判所大法廷判決によっても憲法施行後間もない頃から、概括的ないし包括的に適法性・合憲性が認められ、維持・運営されてきている前憲法秩序時代（あるいは、更にその前の時代）からの制度である。そこには、70年前に採択されたときの、また、最高裁判所が大法廷判決を下したときどきの、そして、現在における日本国憲法の諸規定（また、それらの一般理論的解釈）には抵触しないものの、それら各時点の憲法価値秩序全体から見れば論理的ないし刑法理論的に適合性・妥当性に乏しい「刑」したがって「死刑」の根拠づけ・目的等の議論が含まれている可能性がある。本稿は、現時点における憲法価値秩序に現行の「死刑」が論理的ないし刑法理論的に適合するよう構成し得るか否かを検討しようとするものである。より具体的にいえば、以下に些か長きにわたって引用する最高裁判所大法廷1948年（昭和23年）3月12日判決（刑集2巻3号191頁）等に代表されるような形式的論理を引き継ぐ現在の刑法理論（犯罪論と刑罰論）は、たとえそれ自体は成立し得なくはないとしても、現在の刑法理論の実体的な議論の予定する憲法価値秩序とは相容れず、「死刑」存置論を支え得ないものであることを示そうとするものである。

* * *

最高裁判所大法廷1948年（昭和23年）3月12日判決（刑集2巻3号191頁）法廷意見は言う（傍点及び脚注番号・条文引用は筆者による）。

「生命は尊貴である。一人の生命は、全地球より重い。……〈中略〉……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つているのであるか。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¹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で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、公共の福祉に反しない限りという厳格な枠をはめているから、もし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

¹ 日本国憲法第十三条 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。

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²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。」「弁護人は、憲法第三十六条³が残虐な刑罰を絶対に禁ずる旨を定めているのを根拠として、刑法死刑の規定は憲法違反だと主張するのである。しかし死刑は、冒頭にも述べたようにまさに窮極の刑罰であり、また冷厳な刑罰ではあるが、刑罰としての死刑そのものが、一般に直ちに同条にいわゆる残虐な刑罰に該当するとは考えられない。ただ死刑といえども、他の刑罰の場合におけると同様に、その執行の方法等がその時代と環境とにおいて人道上の見地から一般に残虐性を有するものと認められる場合には、勿論これを残虐な刑罰といわねばならぬから、将来若し死刑について火あぶり、はりつけ、さらし首、釜ゆでの刑のごとき残虐な執行方法を定める法律が制定されたとするならば、その法律こそは、まさに憲法第三十六条に違反するものというべきである。」

* * *

現在の憲法価値秩序（を踏まえた犯罪論と刑罰論）は、死刑制度を「当然予想」され、「明かに定められ」、「一般に直ちに……残虐な刑罰に該当するとは考えられない」ものとして正統化また正当化し得るのであろうか？

2、非難と応報：刑事責任の根拠

1 現行の刑法は、責任主義、就中、消極的責任主義を採る。すなわち、「罪」を犯した者に対して（「死刑」を含む）「刑」が科されるのは、その者に「責任」が認められるからであり、かつまた、その限度においてのみであるが、「責任」が認められる限りは必ず「刑」を科すべきであるという訳ではない。ここにいる「責任」とは、歴史的には様々な理論的捉え方があり得るが、自己の行おうとする行為が「罪」に該ること（社会的ないし法的に許されないこと）を認識ないし理解し、その認識に基づいて当該行為を差し控えることが可能であったが故に差し控えるべきであったにも拘わらず、敢えて当該行為を行うことを自分の意思で選んだことに対する「非難」ないし否定的評価として一般的に措定されているといい得る。「刑」は、「罪」を有意的に犯したことに対する「非難」に基づいて科される制裁・利益剥奪、敢えていえば「罰」による「応報」であることになる。特定の犯罪に対する社会ないし国家による否定的評価の、制裁・利益剥奪による公示が刑罰であり、そのような非難・否定的評価の程度、従ってまた制裁・利益剥奪の程度は、剥奪される利益（すなわち、加えられる害）の種類ないし性質と量とにより範疇的に示されることになる。もっとも、そこでは、何故にそのような剥奪される利益（加えられる害）の種類ないし性質と量（による応報）なのか、ということについては、なお不分明ないわば哲学的問題として残されている。

2 責任主義を採る刑法（責任刑法）の観点からするとき、「死刑」も、非難・否定的評価の制裁・利益剥奪による公示という点においては、最も峻烈な非難内容を示す表示というべきであって、「刑」の一種たり続け得ることは否定できないであろう。換言すれば、「死刑」も、上述の意味における応報としての刑罰としては、少なくとも部分的には正統化され得るようにも思われる。しかしながら、そのような公示は、それ自体では十分な合理性を有し得ないことも、また明らかである。最も峻厳な非難・否定的評価を表示する為に何故に「生命の剥奪」という種類ないし性質と量の制裁が採られるのか、何故に「死刑」こそが相応しいのか、という問題は答えられていないからである。それを「罪」と「罰」との対応性の問題と捉えるなら

² 日本国憲法第三十一条 何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。

³ 日本国憲法第三十六条 公務員による拷問及び残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる。

ば、上に引用した判例がいうように、生命は尊貴であって全地球より重いものであるが故に、生命の侵害に該る特定の「罪」に対しては生命の剥奪である「死刑」を科すことによって、相応しい極めて重い非難・否定的評価が示されると構成することができるであろうが、それは人の生命を剥奪する「死刑」がそのような特殊性を有するものであることを既に前提としているからに過ぎない。最終的には、生命の剥奪に対しては生命の剥奪が求められる、という意味における「同害応報の原理」に帰着するものであると思われるが、その原理の妥当性は、応報の意義や刑罰の目的・機能を問うようになっている現在の刑法理論において、一般的に受け入れられているものとは思われない⁴。応報としての「死刑」は、「刑」の一種たり続け得る理論的根拠付けを欠いているというべきである。

3、予防と共生：「刑」の目的と機能

1 現行の刑法は、「罪」を有意的に犯したことに對する非難・否定的評価の公示に基づく制裁としての「刑」についても、純粋ないし単純な応報・懲罰という説明（構成）を超えて、その効果や目的・機能等を考えることによって、その正統化また正当化を実行・確保している。現在の憲法価値秩序内において理論的に正統性また正当性の認められる効果や目的・機能等を有する「刑」は如何なるものか、ということが問題である。

「刑」の効果や目的・機能等は、様々な視座からの捉え方が可能であるが、将来的に「罪」が行われなくなるということを目的（犯罪予防目的）とする制度として⁵、「罪」を犯した者自体との関係（対犯罪者の関係）と「罪」を犯した者以外との関係（対一般社会構成員の関係）とに分けて、機能・効果の正統性また正当性を検証することが一般的であるといえよう。前者の対犯罪者の関係における諸々の機能・効果を、通常、「特別予防」機能ないし効果と総称し、後者の対一般社会構成員の関係における諸々の機能・効果を「一般予防」機能ないし効果と総称するが、近時では、それぞれを更に、対象である犯罪者や一般社会構成員への作用の仕方・性質・態様等により、「消極的」特別／一般予防機能ないし効果と「積極的」特別／一般予防機能ないし効果とに区別することが行われている⁶。例えば、犯罪者に対する自由刑の執行は、施設に収容・隔離されている間は犯罪を行い難いという即物的で「消極的な」特別予防機能・効果（いわゆる無力化効果）を有すると同時に、更生・社会復帰に向けた教育や職業訓練等の機会付与により「積極的な」特別予防機能・効果（いわゆる教育的効果あるいは再社会化効果）をも有すると捉えられる。以下では、それぞれの範疇に属する機能・効果のいずれが正統性また正当性を有するかを検討していく。

2 特別予防機能・効果は、罪を犯したことが裁判により確定された人（犯罪者）自身に対して再犯の予防を目的として向けられるものであり、施設への収容・隔離等による社会からの排除等の手段により一定期間の再犯を事実的に不可能化する（いわゆる無力化効果等の）消極的特別予防と、各種の処遇等により社会

⁴ 実定刑法においても、法定刑として選択肢のない必要な「死刑」を定めているのは、人の「生命」以外の法益を保護する外患誘致罪（刑81条）である。また、「死刑」に代わるいわゆる終身刑（仮釈放なしの無期自由刑）の制度の創設に関する議論に鑑みれば、賛成派にせよ反対派にせよ、「生命の剥奪」と同等の、あるいは、より重い非難・否定的評価を示す「刑」もあり得ると考える見解も少なくないと思われる。それらでは、命には命を、という「同害」応報の原理自体が否定されていることになる。

⁵ 将来的な犯罪の「予防」という観念は、歴史的には、犯罪を犯したことに對する回顧的な「責任」「非難」ないし「応報」という観念の対立概念として登場してきたという側面を有するものである。いわゆる旧派（古典派）刑法学ないし客観主義刑法学が、本文中に述べたように、刑罰を「罪」に該る行為を犯したことに對する「責任」「非難」ないし「応報」の観点から根拠づけたのに対し、いわゆる主観主義刑法学ないし新派刑法学が、刑法（刑罰）を犯罪行為者の（性格等の）危険性から社会を守る為の手段（社会防衛手段）として根拠づけ、「責任」等から切り離して捉えよう（保安処分等として構成しよう）としたものであるが、現在の刑罰論においては、両者は二者択一ないし相容れない次元にあるものとしては扱われていない。

⁶ これらの観念は既に我が国刑法学のものと思われているが、念の為、原語をあげておけば、「特別予防」はSpezialprävention: special prevention、「一般予防」はGeneralprävention: general prevention、「消極的」／「積極的」はnegativ: negative / positiv: positiveから来たものである。ドイツ刑法学の影響が大であることは勿論であるが、それを經由して、あるいは直接に、犯罪学ないし刑事政策的な色彩の強いアメリカ刑法学の議論も影響していることに留意すべきであろう。

生活適合的な価値基準・行動能力等を養成・回復させることを通じて再犯を予防しようとする（いわゆる教育的効果あるいは再社会化効果等の）積極的特別予防とに区別される。「犯罪者」を対象とする「刑」の機能・効果ではあるが、いずれの場合においても、犯罪者も一つの「人」ないし「人格」として扱われなければならないのは当然であって、それは、いかなる奴隷的な拘束をも禁止し、刑罰の場合以外には意に反する苦役に服させられないとする憲法⁷の命ずるところでもある。消極的特別予防は、犯罪者を危険な「物」的に捉えて取り扱うものとして、正統性また正当性を認め難いものといわざるを得ない。これに対し、積極的特別予防は、社会生活適合的な価値基準・行動能力等を養成・回復させようとするものであるから、犯罪者を正に社会的存在たる「人」ないし「人格」として捉えて取り扱うものであって、正統また正当である。そのような個人の内面形成に国家が介入することは、既に一度「罪」を犯した者の再犯予防という目的の限度で為される場合であっても、思想・信条の自由の侵害に当たる虞がないとは言い切れないが⁸、一般社会構成員と謂わば対等の立場に再び着くことを助けようとする努力・共働（あるいは義務の履行）であって、一概に不当なものとして否定する根拠にはできないであろう。

3 「死刑」には、しかしながら、元来的に犯罪者の社会への復帰・再社会化等を通じた再犯の予防という目的が割り当てられていない以上、積極的特別予防機能ないし効果を論じることは意味をなさない。刑罰の積極的特別予防機能ないし効果は、「死刑」を正統化また正統化し得ない。そして、「死刑」は、犯罪者の生命の剥奪・存在の抹消という、最も即物的な（無効化ないし無力化という）消極的特別予防機能ないし効果を専ら果たすものであるが、それは、犯罪者を「人」ないし「人格」としてではなく「物」的に捉えて扱うものであり、憲法的な価値秩序からすれば正統性また正当性を認め難いものである。上に引用した判例のいう“社会公共の福祉のため”という根拠が、犯罪者を「物」的に捉えて扱うことを正統化また正当化できないことは明らかであろう。

「死刑」は、特別予防の観点からは正統性また正当性を認め難い。

4 一般予防機能・効果とは、罪を犯したことが裁判により確定された人（犯罪者）に対する「刑」の負科・処罰という事実また関連各種情報が、犯罪予防との関連において一般社会構成員に対して有し得る作用・影響等を捕捉して構成されるものであり、これも、特別予防機能・効果の場合と類似の観点から、消極的一般予防と積極的一般予防とに区別されるが、それぞれが内実的に些か異なる複数のものを含んで捉えられている。すなわち、基本的な捉え方でいえば、消極的一般予防は、犯罪者の処罰の事実・情報を一般社会構成員に伝えて認識させることにより、自らも犯罪者と同様な刑罰（不利益・苦痛）を科されたくないのであれば、罪を犯すな、という「威嚇」を与えること実体とするが、端的にそのような脅しで犯罪予防を達成しようとする威嚇機能ないし効果と、犯罪を行うことから得られるであろう便益と処罰されることによる不利益・費用負担との比較考量を通じた心理的障害の創出により犯罪抑止を達成しようとする機会形成機能ないし効果とを含んでいる。積極的一般予防は、罪を犯した者は（適正に）処罰されるという事実・情報の伝達を通じて、一般社会構成員の法ないし法秩序（の妥当）への信頼を形成・維持し、その法規範適合的な価値基準・行動能力等を養成する機能ないし効果と、これを、犯罪を（社会倫理的に好ましくないが故に）選ばないという選択の基準の観点から捉えて構成した選好形成機能ないし効果とを含んでいる。

消極的一般予防は、威嚇機能ないし効果にせよ、機会形成機能ないし効果にせよ、従前の刑法理論にとって馴染みのものではあるが、一方で、処罰される「人」である「犯罪者」を謂わば「見せしめ」の為の客体として「物」的に捉えて扱うものであり、他方で、「罪」を未だ犯していない一般社会構成員を「潜在的な犯罪者」と捉えて「威嚇」・脅しの対象とするという、これまた疑問な「人」の捉え方をするものであり、現在の憲法的価値秩序内において理論的に正統性また正当性を認め得るものとはいえない。また、刑罰の威

⁷ 日本国憲法第十八条 何人も、いかなる奴隷的拘束も受けない。又、犯罪に因る処罰の場合を除いては、その意に反する苦役に服させられない。

⁸ 日本国憲法第十九条 思想及び良心の自由は、これを侵してはならない。

嚇力ないし犯罪抑止効果については、周知のとおり、その存否が事実的にも争われ得ると思われるが、それ以前に、例えば、一般社会構成員側における自己が逮捕・処罰される蓋然性についての判断の影響の織り込み等、その現実的な機序を理論的に適切に説明し得ているかも疑問である。これに対し、積極的一般予防は、比較的近時の刑法理論において（再び）主張されているものであり、些か思弁的な嫌いはあるが、上述のような消極的一般予防の問題点は回避し得ている。もちろん、法ないし法秩序（の妥当）への信頼が形成・維持されている社会とは、その構成員が安心して暮らせる好ましい社会のことであり、そこで要求される規範適合的な価値基準・行動能力等を習得させる、また、習得したところに従った適法行為の選択・犯罪の忌避が行われるようにするということは、積極的特別予防の場合と同様、国家が一般社会構成員の内面形成に介入することである。しかし、それは間接的で非強制的なものに止まる限り、これまた積極的特別予防の場合と同様、一概に不当なものとして否定する根拠にはできないであろう。

5 現行制度の「死刑」は、しかしながら、その執行についていわゆる秘密主義を採ることもあり、積極的一般予防機能ないし効果を果たすことはその目的とされていない。従って、それを論じることは意味をなさない。現在の憲法的価値秩序内において「死刑」の正統性また正当性を認め得るだけの積極的一般予防機能ないし効果も、我々の経験からして、確認できないと思われる。「威嚇」を実体とする消極的一般予防機能ないし効果が、犯罪者と一般社会構成員のいずれの捉え方においても、現在の憲法的価値秩序内において理論的に正統性また正当性を認め得るものとはいえないことは既に明らかであり、それは「死刑」に関して例外ではない。例外として特別扱いはできない。未だ「罪」を犯していない一般社会構成員を国家が潜在的犯罪者として措置し生命の剥奪を以て脅すというような制度は、余りに異様で悲惨な趣旨のものといわなければならない。

「死刑」は、一般予防の観点からも正統性また正当性を認め難い。

6 かくして、現在の憲法的価値秩序内においては、「死刑」を予防の観点から理論的に正統化また正当化することはでき（てい）ないように思われる。予防としての「死刑」は、「刑」の一種たり続け得る理論的根拠付けを欠いているというべきである。

おわりに：「死刑」の無い刑法

応報としての「死刑」も、予防としての「死刑」も、いずれも「死刑」が「刑」の一種たり続け得る理論的根拠付けを提出できない以上、現時点においては、「死刑」は廃止すべしということになる。これに対しては、従前のような、威嚇力の不存在による凶悪犯罪の増加・法秩序の破綻を防ぐ為の「死刑」の必要性というような反論は最早提出されないにせよ、犯罪被害者及びその遺族の（心情の尊重・被害回復等による）保護の為の「死刑」必要性や、犯罪被害者及びその遺族の保護の不十分性に起因する一般社会構成員の法への信頼の喪失・不満による混乱を防ぐ為の「死刑」の必要性というような反論が提起され得るであろうが、いずれも謂わば事実的な必要性をいうものであって、刑法理論（学）的な正統性ないし正当性の積極的に検証されたものではない。犯罪被害者の遺族の保護の為に「死刑」が憲法的価値秩序内で果たし得べき正統また正当な機能ないし効果は如何なるものであろうか。

現在の日本という社会の構成員にとって、「死刑」は所与のものであり、事実として疑いなく受け入れてきたのが多数といい得るであろう。「死刑」が無い刑法は未知のものであって、不安でもある。本稿が、その「死刑」の刑法理論的根拠付けに憲法的価値秩序から見た正統性および正当性が欠けることを明らかにし、不安を取り除く為の一助となることを祈るばかりである。