

日本の死刑制度について考える懇話会
(第3回)
議事録

1 日 時 2024年4月22日(月) 16時00分～18時30分

2 場 所 弁護士会館2階講堂クレオA

3 出席者

(委員)

井田 良 座長、笹倉 香奈 座長代行、井田 香奈子 委員、上田 勇 委員、岡野 貞彦 委員、
片山 徒有 委員、金高 雅仁 委員、神津 里季生 委員、坂上 香 委員 (Zoom)、
佐藤 大介 委員、中本 和洋 委員、西村 智奈美 委員 (Zoom)、林 眞琴 委員、
平沢 勝栄 委員、藤本 哲也 委員

(事務局)

川村 百合 事務局長、大槻 展子 事務局員、船澤 弘行 事務局員

4 議 題

(1) 死刑存廃に関する刑事法学者からの意見

- ① 松原芳博早稲田大学法学学術院教授からの意見
- ② 椎橋隆幸中央大学名誉教授からの意見

(2) 刑罰の目的と存在理由について

- 井田良座長からの報告

(3) 意見交換

(4) 法務省矯正局との交渉経過について

(5) その他

5 議 事

次のとおり。

議 事

●川村事務局長 お待たせいたしました。定刻になりました。皆様、本日もお忙しい中、お集まりいただきましてありがとうございます。開会に先立ちまして、事務局より少しお時間を頂戴いたしたく存じます。4月になりまして、この懇話会の事務局を務めております日弁連の会長が新しく就任いたしました。淵上玲子会長から一言ご挨拶をさせていただきたく存じます。では、会長、よろしく願いいたします。

●淵上日本弁護士連合会会長 この4月1日から、日本弁護士連合会の会長に就任いたしました淵上玲子でございます。一言ご挨拶をさせていただきます。

日本の死刑制度について考える懇話会、今回で第3回を迎えていただきまして、毎回充実した議論をしていただいているということで、本当にありがとうございます。日本弁護士連合会は、死刑制度の廃止とともに例外的に減刑制度を認める代替刑として終身拘禁刑を設けることなどの提言を行っております。また、廃止に向けた取組を続けているところでございます。前任の小林会長が2月のご挨拶のときに申し上げました政府の世論調査におきましては、国民の8割が死刑制度の存置もやむを得ないと回答しているとされてはおりますが、その中には状況が変われば将来的に死刑を廃止してもよいという回答をいただいています。私も死刑制度について、もっと国民的な議論が行われるべきものと考えております。

この懇話会には各界各分野から本当に様々なご見識、そしてお考えをお持ちの委員にお集まりいただいているところであり、本日も含めまして様々なたくさんの方にヒアリングを実施されているとお聞きしております。この懇話会に対する報道もなされておまして、国民の注目も集まっているものと思っております。

日弁連は、この懇話会の議論について、さらに広く国民の皆様を知っていただくことが大変重要だと考えておまして、この懇話会の事務局として引き続きできる限りのバックアップをさせていただければと考えております。懇話会の委員の皆様におかれましては、十分な情報を基に様々な観点から忌憚なく活発な議論を行っていただくとともに、死刑制度のあるべき方向性につきまして提言をしていただけることを期待しております。

簡単ではございますが、以上をもちまして私からのご挨拶とさせていただきます。どうもありがとうございました。

●川村事務局長 ありがとうございます。では、本日の委員の皆様の出席状況についてお知らせいたします。本日は特にご欠席のご連絡をいただいている方はいらっしゃいませんが、戸松委員と平沢委員は、現在まだご到着ではありません。後ほどいらっしゃると思います。それから、坂上委員と西村委員は、オンラインでつながっております。

では、本日の配布資料の確認だけさせていただきたいと思います。資料は、1から3までが議題に直接関係するものです。資料1-1、1-2、資料2-1、2-2、資料3、そして資料4です。青色の紙は、委員限りということで配布してあります。皆さん、大丈夫でしょうか。

では、ここから座長をお願いします。

(1) 死刑存廃に関する刑事法学者からの意見

●井田座長 皆さんこんにちは。それでは、日本の死刑制度について考える懇話会第3回目の会

議を開始いたします。本日も委員の皆様には、お忙しい中、ご出席くださり誠にありがとうございます。

それでは、議事に入ります。お手元の議事次第を見ていただきますと、本日はまず、刑事法を専攻する先生お二人から死刑制度の存廃についてのそれぞれのご意見を伺います。

その後、私のほうから論点を整理させていただき、今後この懇話会で更に深めるべきポイントについて、一つの提言をさせていただきたいと思います。もちろん、それについてご異論もあろうかと思いますが、後半の1時間ほどは、委員の皆様から忌憚のないご意見をお聞かせいただき、全体で議論することができましたら幸いです。

最後に、法務省矯正局との交渉経過についてのご報告もありますけれども、次回、そして次々回の会議、さらにその後の会議につきましてご相談させていただき、またご意見を頂戴いたしたく存じます。よろしくお願いいたします。

① 松原芳博早稲田大学法学学術院教授からの意見

●井田座長 それでは、早速、死刑制度の存廃をめぐるお二人の専門家の意見をお伺いしたいと思います。今の刑法学界を見渡したときに、死刑制度に関するそれぞれのお立場からのご意見をお伺いするとすれば、まずはこのお二人であろうという論客をお迎えすることができました。時間のないところで、突然にご依頼を差し上げ、快くそれに応じてくださいましたことにつき、松原先生、椎橋先生には心より御礼を申し上げます。

進め方ですが、まずは松原先生に30分以内でまとめていただき、その後10分程度を質疑応答の時間に充てたいと思います。椎橋先生についても同様の形で進めたいと思います。その後、両先生にはご退席いただいて、委員のみで意見交換をしてみたいと思います。両先生がいらっしゃると、自由にご発言できないということがあるかもしれませんので、大変失礼で恐縮ですが、その時点でご退席をお願いしたいと思っております。

では、まず早稲田大学の松原芳博先生にお話しいただきます。お手元の資料に略歴のページがございますので、あわせてご覧いただければ幸いです。先生は早稲田大学をご卒業後、早稲田大学で博士の学位を取得し、現在は、早稲田大学の大学院法務研究科、つまり法科大学院の教授でいらっしゃいます。分厚い刑法総論の体系書をはじめ、刑法学の全般にわたってたくさんの業績があり、司法試験考査委員も長くお務めになられ、現在は、日本刑法学会の常務理事かつ理事長代行を務められています。では、先生、よろしくお願いいたします。

●松原教授 紹介いただきました、早稲田大学で刑法を担当しております松原と申します。本日はこのような機会をいただき光栄に存じます。

さて、本日は「刑罰としての死刑」と題してお話をさせていただきます。と申しますのも、死刑は、拘禁刑や罰金と並ぶ法制度としての刑罰の一つであるはずであるのに、死刑の話になりますと、法的な性格の話にならず、個人の信念や政治的な性格の話になってしまうからです。死刑については、あくまで法制度である刑罰の一つとして正当化し得るかどうか問われなければなりません。

刑罰の正当化根拠については、まず、功利的な正当化根拠として一般予防ならびに特別予防があげられます。一般予防とは、国民一般の意識に働きかけて人々が犯罪に出るのを防止するというところに、刑罰の存在理由と正当化根拠を求めるものです。これは、苦痛・害悪の予告による威

嚇という消極的一般予防と、規範意識・法益尊重意識の維持・覚醒という積極的一般予防とに細分化されます。

特別予防とは、犯人の再犯を防止するということに、刑罰の存在理由と正当化根拠を求めるものです。これには、犯人の隔離・排除という消極的特別予防と犯人の教育・改善という積極的特別予防とが含まれます。

一方、刑罰の道徳的な正当化根拠としては、応報という観点が挙げられます。これは、犯人に自ら犯した罪の責任を取らせるということに刑罰の存在理由と正当化根拠を求めるものです。

私は、功利的正当化と道徳的正当化の双方を必要とすると考えています。刑罰は、国民の利益に奉仕すべき国家の一制度ですから、国民の役に立たなければなりません。この点で刑罰は一般予防および特別予防による犯罪抑制効果による正当化を要します。一方、処罰される個人は、自由や財産の剥奪という負担を強いられます。この負担は、税金などの社会的コストの公平な分担を超えた特別の負担です。この特別の負担の甘受を彼に求め得るのは、彼が自らの責任で罪を犯したからにはほかなりません。この意味で、個人に対する刑罰は、犯罪に対する応報という観点からの正当化を要します。

それでは、死刑はこれらの正当化の根拠を満たすでしょうか。

まず、改善更生による積極的特別予防が死刑と相容れないのは明らかです。古くから教育刑の論者は死刑の廃止を唱えてきました。これに対して、犯人の排除による再犯防止効果は死刑にもあります。しかし、排除による再犯防止は終身刑でも達成可能です。目的達成のための犠牲は最小限のものでなければなりません。

次に、消極的一般予防について見ますと、死刑の威嚇力に終身刑を上回るような特別の一般予防効果があるかについては、犯罪学において否定的ないし消極的な所見が一般的です。殺人事件、特に死刑の対象となるような異常な事件の犯人にとって、死刑が心理的抑制になるかは疑問です。死刑になりたくて殺人を犯すという「拡大自殺」の例では死刑が殺人の促進要因になっています。

規範意識の維持・覚醒による積極的一般予防においては、刑罰の害悪性・苦痛性と予防効果との因果関係は、より間接的なものになります。ここでは、犯罪を放置することによる国民一般の規範意識の劣化を防ぐということが刑罰の機能ということになりましょう。殺人犯を死刑ではなく終身刑とすることが、国民の規範意識を有意に劣化させるとは考え難いように思われます。また、国が犯人の生命を剥奪する死刑の存在は、国民の生命尊重意識の内面化にとって逆効果であるという指摘も見られるところです。

以上のように、死刑の功利的正当化については、少なくとも積極的な所見を見出すのは困難なのが現状です。

それでは、応報の観点によって死刑を正当化することは可能でしょうか。

刑法学で承認されている応報とは、自らの意思で選択した犯罪行為の責任を行為者に清算させるというものであり、責任応報と呼ばれています。

これは、同害報復（タリオ）とは異なります。人の腕を折った犯人の腕を折ることは、国の刑罰としては認められません。現金5万円を盗んだ者は5万円の罰金でよいとも言えません。人を2日間監禁した犯人を2日の拘禁刑に処するのが妥当だとも思われません。「殺人犯は人の命を奪ったのだから死刑で当然である」と言われますが、そうだとしますと死亡事故を起こした年間2,600人ほどの自動車運転者も皆死刑ということになるでしょう。

責任応報はまた、被害者遺族の感情の満足とも異なるものです。応報は、私的なものではなく

公的なものです。応報は、被害者側の視点のみならず犯人側の視点をも含んだものです。そして、応報とは、感情的なものではなく理性的なものです。

今日の死刑の存置論は、「あなたの娘が殺されても死刑に反対と言えますか」との問いかけがなされるなど、遺族感情の満足を最大の論拠としています。しかし、遺族とは誰でしょうか。配偶者や親、子は愛情のいかにかわららず遺族なのでしょう。一方、不倫相手はいくら愛情が深くて遺族ではないのでしょうか。また、犯人の死刑を望んでいた遺族が後に死刑の回避を嘆願した例がありますように、遺族の感情は変化していきます。遺族感情により死刑を正当化する場合、誰のどの時点の感情によるのでしょうか。

殺人事件においては、被害者がすでに死亡していることから、被害者遺族が被害者と同視されることがありますが、そもそも殺人の被害者に家族がいない場合もありますし、家族全員から被害者が疎まれていることもあります。殺人事件の過半数を占める家族間の殺人では、犯人は同時に遺族でもあります。遺族と被害者を同視すると、家族間殺人は自殺ということになってしまうほか、殺人が生命に対する罪ではなく感情に対する罪であるかのような印象を与え、真の被害者が霞んでしまうおそれがあります。

遺族がいない場合や家族間殺人においても、犯人の処罰が必要であるとすれば、殺人犯人の処罰の根拠を遺族感情の満足を求めることはできません。

刑罰を正当化する応報とは、前述のように責任応報というものです。

責任応報は、「責任を取る」「責任を果たす」「責任を清算する」といった言葉に示されるように、責任の主体を想定しています。犯人が責任を取り、犯人が責任を果たし、犯人が責任を清算するのは、その意味で責任応報は、犯人が罪を償うこと、つまり贖罪に通じる観念です。そうだとしますと、国が一方的に犯人の命を絶ち、犯人に悔い改め罪を償う機会すら奪う死刑は、応報の観念から最も遠い刑罰ではないでしょうか。拘禁刑や罰金の場合も、犯人は国によって強制的に利益を剥奪されます。しかし、責任の主体はこの世に残っていて、主体的な贖罪の機会は確保されています。また、拘禁刑や罰金は、犯人に悔い改めてもらうためのメッセージという意味を持っており、強制的な処分であるとはいえ、犯人に語り掛けることを諦めていません。これに対して、死刑は、犯人への語り掛けを完全に放棄するものであって、国のほうから犯人の贖罪の可能性を閉ざすものにほかなりません。贖罪の可能性の遮断は、被害者遺族や国民一般の視点から見ても望ましいものでないように思われます。被害者遺族の中で犯人に死刑を望まない人がいるのも、犯人への語り掛けを諦めたくないからではないのでしょうか。犯人に「語り掛ける」という国の姿勢は、国民の規範意識の喚起という積極的一般予防の基盤をなすものとも言えましょう。

以上のように、刑罰の正当化根拠について現在承認されているいかなる立場も、死刑の存在を正当化するものではないように思われます。

そもそも法とは、単なる強制装置ではありません。法は、主体性のある個々の社会構成員の間のコミュニケーションを基礎とし、主体性を持った各構成員に語り掛けることを通じた社会統制手段です。それゆえ、犯人への語り掛けを断念し、犯人の存在自体を消滅させる死刑は、法の世界には居場所がないように思われます。冒頭で申し上げた、死刑をめぐる議論が法的な話にならないことの原因は、このような死刑の非法的性格にあるように思われます。世界の多くの国々で死刑は廃止されています。それは、人道主義の到達点であると言われるそうですが、同時に、法というものの到達点であると言えるのではないのでしょうか。死刑の存在は、法システムを単なる物理的強制装置にしてしまわないか、という懸念があります。死刑の廃止は、人類が長年にわたって練

り上げてきた個人の主体性・自律性を前提としたコミュニケーションによる社会統制方法である法システムの要請であるように思うのです。

ここで、死刑の刑罰としての特異性を際立たせるものとして、誤判の問題と死刑の選択基準の問題を指摘しておきたいと思います。

死刑廃止論者は、しばしば、その最大の論拠として誤判の場合の回復不可能性を挙げています。これに対する死刑存置論者の反論は、誤判のおそれは拘禁刑や罰金など全ての刑罰で共通だとするものです。しかし、もし死刑執行後に誤判の事実が判明したとすれば、国民は大きなショックを受け、外国の例にもあったように、世論は一気に死刑廃止に傾くのではないのでしょうか。このような誤判のインパクトは、死刑と他の刑罰との間に決定的な断絶があるのではないかと、また、死刑が国家制度としての限界を超えているのではないかと、という疑念を喚起します。刑事裁判は、誤ることは許されない建前です。しかし、他方で、裁判は不完全な人間が行うものであって、誤判が存在しないという確約はできません。刑罰一般ですら必要悪なのに、また、真犯人に対する死刑でさえ前述のような疑問が残るのに、無実の者、すなわちいかなる刑罰の甘受義務もない者の生命を奪う可能性を有し、いかなる事後的救済も原理的に不可能な刑罰が、国の制度として維持可能なのが問われるのです。

ちなみに、死刑求刑事件は異常な殺人が多いため、責任能力が争点になることも少なくありません。責任能力の判断は、裁判員にとってかなり困難です。それゆえ、犯人性に関する誤判に加え、責任能力に関する誤判を含めれば、誤判による死刑のリスクは十分現実的なものであるように思います。

死刑求刑事件では、その選択基準についても裁判員・裁判官を大いに悩ませているものと思います。もともと、量刑というものは、犯罪自体に関わる事情と犯人を取り巻く諸般の事情とを総合的に考慮した裁量的行為です。それゆえ、裁判ごとに、一定の振れ幅があることは当然の前提です。ところが、死刑にするか否かについては、裁判ごとに異なってよいと割り切れる人はほとんどいないでしょう。被告人からしても、たまたま死刑に積極的な裁判員に当たったから死刑になったというのでは納得がいかないでしょう。裁判員にとっても、自分の裁量で目の前にいる被告人の生死を決するという重圧にどこまで耐えられるのでしょうか。

永山事件判決の死刑の選択基準は、考え得るほとんど全ての考慮事情を列挙し、それらに基づく総合考慮をも求めるものであって、そこから個別の事件で被告人を死刑とすべきかの判断の基準は到底導けません。そうすると、裁判員にとっての唯一の救いは過去の裁判の量刑をデータ化した量刑傾向です。事件には全て個性がありますから、この量刑傾向から一義的に死刑とすべきか否かが確定するわけではないのですが、しかし裁判員は少なくとも類似事件で死刑が言い渡されているということに自己の判断の正当性を求めることになります。しかし、そうなると裁判員は死刑判決を過去の量刑傾向の責任にすることができ、責任の所在が不明になってしまいます。

同様のことは、上訴との関係でも生じます。被告人に死刑を言い渡した裁判員裁判で裁判長が被告人に控訴を勧めた例があったように、第一審の裁判官・裁判員は、上訴があることに救いを求めます。他方で、控訴審・上告審の裁判官は、裁判員による第一審の判断を尊重するという事で責任を免れることができます。ここで死刑に関する判断の公正さ・客観性と判断に対する責任との間にジレンマが生ずることになります。このジレンマは、形式的には拘禁刑でも生じます。しかし、死刑事件では、このジレンマは特に深刻に感じられます。それは、死刑の刑罰としての特異性、そして死刑の法制度としての限界を示唆するものと言えるのではないのでしょうか。

なお、死刑と無期刑の間の決定的な断絶に鑑みますと、量刑誤判も深刻な問題です。首謀者か否か、計画的犯行かどうか、被害者からの挑発があったのかどうか、過剰防衛でなかったのかどうかなど、死刑か無期かを分ける事実についての誤判も、取り返しのつかないことです。このような量刑誤判が過去の裁判で存在しなかったと断言できるのでしょうか。被告人および裁判員・裁判官は、日々、量刑誤判のリスクにさらされ続けているように思います。

ところで、死刑をめぐる議論では、感情というものが大きな役割を果たしてきました。一つは、先に述べた被害者遺族の感情です。もう一つは、国民一般の感情です。政府が国連人権理事会による死刑の廃止・停止の勧告を拒否する理由は「国民世論」に求められています。この国民世論の実体は、被害者遺族の感情に対する共感により形成された国民感情であると言えます。メディアで伝えられるのは、被害者遺族の中で最も感情を露わにしている人の最も感情的になっている瞬間です。死刑に消極的な被害者遺族の声はあまり取り上げられません。人々は、自分たちの望む偶像としての被害者遺族に感情移入をしているという面があるのではないのでしょうか。犯人の死刑を望まない被害者遺族が人々からの非難を浴びることがあるというのも、被害者遺族への共感が国民一般の側の欲求に基づくことを示しています。社会における個人の孤立化が強まり、人々の共感願望が強まっている中で、国民一般は被害者遺族に共感することによって、人との繋がりを実感するとともに、被害者に寄り添う、優しく正義感の強い自分という自己確認・自己演出をしているのかもしれない。

そもそも、「感情」と「意見」は異なるものです。意見は、言語化による自己レビューを経た自覚的・主体的な選択です。これに対して、感情は、理性のスクリーニングと自己レビューを経ていません。また、意見は、理由を伴っていますが、感情には理由が要りません。さらに、意見は、一定の責任を伴いますが、感情は責任を伴いません。このように見ると、死刑をめぐる国民の感情を国民の意見と同視することは危険なのではないのでしょうか。国民一般も、死刑について語るときには自らの感情を吐露しているだけで、それを責任ある政策決定においてそのまま使われることは望んでいないように思われます。

「感情」は、また「正義」とも別物です。感情は、常に一方の視点からのものです。二人の人間に同時に感情移入することは、人格分裂に陥りますから原理的に不可能です。これに対して、正義は、反対当事者の視点も視野に入れた複眼的なものです。勧善懲悪的な意味での「正義」は、倫理学や法学にいう正義とは正反対のもののように思います。

さらに、「感情」は「価値」ないし「価値観」とも異なります。価値ないし価値観は、普遍性を志向するものです。これに対して、感情は、共感を求めることはあっても、その性質上、属人的なものであって、普遍性を志向していません。また、価値ないし価値観は、体系化されたもので、他の価値との整合性のチェックや当該価値を具体化した場合の帰結の精査を経たものでなければなりません。これに対して、感情は体系性・整合性とは無縁です。

感情の復権、感情の時代と言われる現在だからこそ、感情による「気づき」を大事にしつつも、感情と意見、感情と正義、感情と価値観とを区別し、理性によるスクリーニング、複眼性、普遍性などに意を払って、冷静かつ内実のある言葉で熟議を尽くすことが求められるのではないのでしょうか。

以上で私の報告を終わらせていただきます。何かご参考になりましたら幸いです。

●井田座長 先生、ありがとうございました。20分強の時間の中で、死刑をめぐるほとんど全ての論点についてまさに網羅的に言及され、簡潔かつ説得的なお答えも示された、大変緻密な内容

を持った報告であったと感じました。ありがとうございました。

先生には、10分程度、質疑応答の時間を持っていただくことをお認めいただいておりますので、委員の皆様の中に、ご報告に関するご質問、あるいはまた別のテーマについてどうお考えになるかということでも構いませんけれども、どうぞ遠慮なくご質問していただければと思います。井田香奈子委員、どうぞ。

●井田香奈子委員 松原先生、本日は大変ありがとうございます。有期刑・無期刑と死刑との間には、決定的な断絶があるというところ、本当にそうだなと感じました。と言いますのも、有期なり無期なりの懲役刑の場合だと、贖罪を、反省をせよと刑務官も働きかける。そういうアプローチが今刑事施設でされていると思います。それが、死刑になると突然、もう反省しなくていいということになる。死刑は命を絶つこと自体が刑だから、死刑囚の身分でいる間も贖罪も求められないという、そういう処遇で来ているというところに矛盾を感じます。

それで、ここからが質問なんですけれども、来年の6月に拘禁刑を導入する改正刑法が施行されて、より懲らしめの刑ではなくて、教育刑の要素が強くなってくると思うんですけれども、そうなったときに、本日先生がお話になった断絶というのは、どのように正当化されていくのでしょうか。

●松原教授 ありがとうございます。本日の報告は、特に断りなく拘禁刑という言葉を使って、懲役・禁固という言葉を使いませんでした。それはご質問の点については、大きな変化はないという認識に基づくものでした。けれども、今、井田委員のご質問を伺って改めて考えますと、立ち直りに対する働きかけを強めた今回の改正の趣旨からすると、この改正によって断絶はより大きくなったように思います。つまり、今回の自由刑の一本化にはいくつかの理由がありますけれども、最大の理由はやはり立ち直りのための働きかけということですので、今回の立法趣旨と死刑というのは、ますます乖離が大きくなるという印象でございます。

●井田香奈子委員 ありがとうございます。

●井田座長 よろしいですか。では、中本委員、お願いします。

●中本委員 ありがとうございます。私、2点ほど質問があるんですが、一つは、量刑誤判ということがあって先生おっしゃいましたけれども、この量刑誤判については、現在死刑に相当する裁判は裁判員制度で行われていますけれども、この裁判員制度になってこの量刑誤判というのがどうなっているのだろうか。むしろ職業裁判官が判断するのと比べて、どのような違いがあるのだろうか。

それから、基準として永山判決の基準が言われていますけれども、こういう永山判決の基準というものが、この中でどのように使われているのか、それが基準になっているのかどうか、これが一つです。

もう一つは、よく死刑廃止国において、いわゆる即決処刑と言いますか、現場射殺、即決処刑が行われている国が多いと。要するに死刑を廃止している国であっても、人権を尊重していないのではないだろうか、こういう批判的な意見があるのですが、この現場射殺、即決処刑と死刑廃止というものが、どのような関連をなすのか。

●井田座長 今、二つのご質問があったのですが、前のほうの量刑誤判についてのお尋ねについては、ひょっとすると松原先生にはお答えになりにくいかもしれません。次回の5月13日の懇話会では、元刑事裁判官であり、裁判員裁判の経験も豊富に持っていらっしゃる稗田雅洋早稲田大学教授が来られてプレゼンをなさいますので、稗田先生にお伺いしたほうがよいテーマであると

も考えられます。もし松原先生に何かアイデアがありましたら、お教えいただければ幸いです。

●松原教授 量刑誤判の実態は、井田先生がおっしゃったように、私は把握はしていません。ただ一つ申し上げたいのは、広い意味での量刑誤判については、二つのものを区別しなければならないということです。量刑の裁量の行使、評価について不適切だという場合と、量刑の前提となる事実の誤認がある場合です。どちらも問題なのですが、私が本日強調したかったのは後者です。本当は主犯ではないのに主犯とされてしまった、あるいは本当は計画的でなかったのに計画的とされてしまった場合です。

それから、第2の現場射殺の問題ですけれども、これはあくまでも正当防衛として行われる限りで正当化されるもので、罰として行われるのだったら、これは許されるはずのないものです。

したがって、この現場射殺があるよりいいだろうという指摘は、正当防衛と刑罰を取り違えています。つまり、正当防衛であれば、撃たなければ被害者が殺されるというバーター関係になっていて、その場合には、殺すことによらなければ助からないわけです。これと罰として殺すというものを意図的に並列化することには疑問があります。

もちろん、諸外国で事実上その正当防衛が同時に罰としての機能を果たしているということがあるのかなのかについて、十分な実態把握はしていません。少なくとも法的には、現場射殺は正当防衛、またはせいぜい緊急避難であって、殺されなければ別の人が死ぬことを前提としているので、同列に扱うことはできないと思っています。

●井田座長 もう少し時間があるかと思えますので何かございますか。神津委員、どうぞお願いします。

●神津委員 本日はありがとうございます。実は、私はこの懇話会の委員にならせていただいて、正直言って初めて死刑制度について真剣に考え始めたということで、言ってみれば世論調査の8割の人間と実は似たり寄ったりだったなと思っています。そういう立場、そういう人間の質問として聞いていただければと思います。二つありまして、まず一つは、今日のお話は、刑罰の正当化根拠ということで、いくつかの項目があって、その一つ一つについて、死刑制度というものは、そういう正当化根拠を持たないというお話だったと思うんです。

それで、私も話をお聞きして、そうだなと思うんですけれども、一方で実際に死刑を廃止している国がかなり多い中で、その廃止を判断したときに、そういう今ご説明にあったようなことというのは、どの程度認識されて廃止に至っているものかなと。それは国によって背景事情が様々でしょうから、あまり一概には言えないかもしれませんが、その辺りというのはどういふふうに見ておけばいいのかというのが一つです。

それと二つ目は、いろいろな切り口があって、それら一つ一つが、死刑制度の根拠にはならないというお話だったと思います。普通の国民が物事を考えていくときには、それらの要素に考えを巡らすということ自体は大事だと思うのですが、一方で、それぞれごとの性格も十分に踏まえておかなければいけないということがあるのかなと思っています。

お聞きしたいのは、言ってみれば、ものを考える幹のところの、一番何が大事な要素ということかなという、その辺りの捉え方と言いますか、その辺がもしありましたら、教えていただければと思います。

●松原教授 まず、廃止に至る決定が諸外国でどうかという点は私の専門ではないので細かい事実は言えないのですが、政治的決断であるのは確かだと思います。しかし、その背後で、刑罰の本質論や哲学といった形で刑法学ないし哲学が寄与していたというのも間違いのないのだら

うと思います。それから先ほど申し上げた誤判が一つの引き金になったという国もあると思います。ただし、このあたりの歴史研究は、申し訳ありませんが、十分な回答をできる立場にはありません。

次に、死刑存廃論の柱は何か、なのですけれども、誤判のおそれとか、被害者感情、外国との関係など、諸々ある中で、私はやはり刑罰の正当化根拠論が中心であるべきと思っています。

もちろん、多角的な検討が重要なのは確かですが、刑罰として説明不能ならば、やはり国家はこれを維持してはいけないのだろーと思ひます。そうしないと、刑法が法としての刑法ではなくて、戦争の法になってしまうのではないかと考えた次第です。

刑罰の正当化根拠の中でどれを重視するかというのは、各論者それぞれだろーと思ひますが、私はどちらか一方でも説明不能なら正当化できない、両方揃って初めて刑罰は正当化できると思ひています。

国民レベルでどうかということですが、応報、一般予防、特別予防ということは、普通の人でも言語化はしていないけれども、言えば分かる話だろーと思ひます。そうすると、これはただ言語化されていないだけであって、言語化すれば国民にも通じるし、また言語化することで初めて見えてくることもある。なぜかという自己レビューができるからです。自分の単なる感情論が言語になることで、自己レビューが可能になり、国民各自において、こういった刑罰の正当化根拠論について考えることも十分可能になるのではないかと考えている次第です。

●井田座長 ありがとうございます。林委員、どうぞ。

●林委員 刑罰の正当化根拠のところ、消極的一般予防についても満たさない。それから、積極的一般予防についても満たさない。この点についての二つ質問なんですけれども、まずは、消極的一般予防について、これはもともと科学的な証明ができない事項であって、もともとこれを正当化根拠としている相対的応報刑論にしたって、おそらく何らかの予防効果のある、確からしさがあるということぐらいを正当化根拠にしていると言われていたのですけれども、その点について、先生どのお考えになるかということが1点です。

二つ目の質問は、積極的一般予防のところ、先生はご著書で、積極的一般予防について言えば、殺人に対する忌避の心情は人々の心に深く根付いているものであって、死刑の廃止によって、これが揺らぐとは考え難いと、このように書いておられるのですけれども、一方で、この部分については、例えば今、日本の国民の大多数が死刑存続ということを行っています、そうした大多数の国民の意見は、犯罪の被害を受けた人、あるいはその遺族のことを考えて、死刑という制度について期待を持っているということだと思ひます。こういう現状の下で死刑を廃止して、どんな凶悪犯罪でも死刑にはならないと制度が変化したときに、国民の刑法、法規範に対する信頼というものが本当に揺らがないのかな、という疑問を私は持っています。

その点について、この死刑を廃止したからといって、国民に対する法の信頼が揺らぐとは考え難いと、先生がこう言われるところの理由をもう少し伺いたい。

●松原教授 まず、前者の抑止効果の立証可能性ですが、私も科学的立証は無理であり、確からしさのレベルで論じるしかないと考えております。

ただ、本日申し上げたのは、終身刑と死刑に有意な差があることが確からしいかどうかということです。死刑自体に何らかの抑止効果はあると思うのですが、それが終身刑を有意に上回っているということが確からしいのかを考えると、そこは疑問であるという意見です。

後者のご質問については、積極的一般予防が、語り掛けということを通じて維持されていくも

のだといたしますと、国が語り掛けを放棄するという姿勢を示すのが良いことなのかは疑問です。

もちろん、人々が被害者に共感するというところに何らかの意味はあると思うのですが、死刑を廃止したからといって、それによって国民の遵法精神が劣化するということが確からしいと言えるかという点、そこに疑問があるという点を申し上げた次第です。

●井田座長 議論が佳境に入ってきたところでございますけれど、何しろ時間が限られておりますので、急かしてしまい、大変申し訳ございませんでした。簡単にまとめていただいて助かりました。

松原先生、本日は大変ありがとうございました。

② 椎橋隆幸中央大学名誉教授からの意見

●井田座長 それでは、次に椎橋隆幸先生にご登壇をお願いしたいと思います。椎橋先生につきましても、お手元の資料に略歴等書かれたものがございますが、簡単にご紹介させていただきますと、中央大学をご卒業後、中央大学で博士学位を取得され、中央大学の法学部、そして法科大学院の教授をお務めになり、その間、中央大学の理事、副学長、法科大学院の院長などをお務めになられました。刑事訴訟法、そして被害者支援の分野で数多くの業績がございます。

学外では、警察政策学会会長、日本被害者学会理事長等を歴任され、現在は、中央大学名誉教授であり、公益社団法人・全国被害者支援ネットワーク理事長等の要職にあられます。先生、よろしく願いいたします。

●椎橋教授 ただ今ご紹介賜りました中央大学名誉教授の椎橋でございます。本日は、こういう機会を与えていただきまして大変ありがとうございます。

私も死刑について、私見を本日述べさせていただきたいと思っております。まず、死刑についてですが、世界の動向ということでとりあえず、順番としては、死刑に関わる典型的な論点について、ひと当たり私見を述べさせていただきまして、そして最後にもし時間があつたらということになりますけれども、最近、アメリカのスーパー・デュー・プロセスという考え方があって、それは、アメリカでは死刑は特別なものであるということで、それには、通常の犯罪の捜査とか審理とかに比べて、より手厚い保護をしなければいけないということで、それについて、私もよく調べてみましたら制度が違うので、なかなか比較も難しいなと思いつつ、しかし調べていくうちに、確かにアメリカのスーパー・デュー・プロセスというのは、死刑の認定・執行を慎重にするということで賢明な考え方と思いましたが、日本も同じように慎重なやり方をしているのではないかという結論になりました。

そこまで言っていていいかどうか分かりませんが、手続きを全体として見てみると日本のほうがより慎重なやり方をしているのではないかと、そして結果を見てもそれが分かるのではないかと、ということで、少し結論を先に言い過ぎたかもしれませんが、そういう順序でお話しさせていただきたいと思っております。

まず、世界の動向でありますけれども、死刑廃止は世界の潮流だとこの会の設立趣旨の中でも述べられておりますし、また、死刑廃止論者の方は、そのようにおっしゃいます。

確かに死刑廃止国は増加しております。しかし、死刑廃止に至った理由は、国によって異なります。例えば、かつてのドイツでは、死刑対象犯罪が殺人や国家犯罪、反逆罪のみならず、それより軽い犯罪についても死刑が多用されたということがあります。

また、特定の民族に対する理由のない偏見に基づく大量殺戮があったということ、さらに執行も多様な方法で行われた。考えられるいろいろな執行方法で行われたということと、それと誤判があったということですね。誤判事件があった。これが死刑廃止の大きな理由になったと言えます。誤判があったということ、また、多くの罪種について死刑が多用されたということについては、イギリスとかフランスにおいても、かなり共通する点があったわけであります。

さらに、中南米のように政情が不安定で、死刑が政敵を倒すために悪用されるという国々においては、権力者が次は自分が死刑の対象になるかもしれないという恐れから、死刑を廃止するということがありました。

それから、これはかなり事情が違いますけれども、人口が少なく、治安が極めて安定しているという国では、死刑を廃止しても社会の安全を保っていけるということで、死刑廃止をすることには抵抗が少なかったということがあると思います。

それぞれの廃止国が死刑を廃止したことについて、理由があるわけです。それらの国々の死刑廃止の決定は尊重されるべきであると私も考えます。要するに、言いたいことは死刑の存廃というのは、各国の文化的、宗教的背景、それから国民の法感情、犯罪情勢、政治状況等様々な要因を背景に各国民が主体的に決定するものだと思います。

死刑廃止が世界の潮流だという理由で、死刑廃止が全ての国がとるべき正しいあり方だと言えるかどうか、ということについては、私は疑問に思っております。

続きまして、死刑の抑止力という問題について、簡単に述べます。死刑に殺人等の凶悪犯罪を抑止する効果があるかについては、肯定論と否定論とが対立しております。これは、松原教授も言われていたとおり、結論的には学問上は決着がつかないという現状だと言っていると思います。

そういう意味では、私はこれはその言葉が適切かどうか分かりませんが、経験的な感想と言いますか、信念と言いますか、そういったところについて、若干お話しさせていただきます。

これは、刑罰一般については、抑止力があるということはどうも認めることであります。窃盗とか、あるいは傷害とか、強制性交等とか、そういうような犯罪を犯したという場合に、それに対して何も対応しない、あるいは民事で対応すればよいというようなことでは犯罪を抑止することはできない。だから、それらには刑罰で対応していかなければいけないというので、刑罰に抑止力があるというのは、皆さん認めておられることであります。

ただ、殺人について、抑止力があるかどうかということなのですが、これについては、犯罪を抑止する力というのは、様々な要因によってそういう力が生まれてきていると思いますが、言ってみれば、死刑は刑罰というピラミッドの体系ということを考えると、その頂点にあるものでありまして、それは刑罰の中でも最も威嚇力、感銘力のあるものであります。

ですから、その一番威嚇力、感銘力のあるものを除いた刑罰体系というものになった場合に、果たしてそれが揺らいでいかないと、揺るがないというように断言できるのか、ということについては私は非常に危惧するところであります。

これは、相当時間をかけてみないと分かりません。また、ただ犯罪抑止できるかだけの問題だけではなくて、他の方法で、先程言及がありましたけれども、欧米の国々において生じている現場射殺の問題とかいろいろ他のやり方をしなければ治安が保てないとか、そういうようなことになっていくおそれもあるということなのであります。

また、組織犯罪の場合は、これは非常に計算して犯罪を実行しますから、そういった計算をす

る中で、手下の者をコマのように使うというような事案については、それは計算するものについては、計算の中でこれはこういうところまではやめておこうというような効果があるのではないかとこのように考えるわけです。

さらに、特別予防の観点について申しますと、これは一度、殺人を犯して無期懲役になった者が、仮釈放になってまた殺人を犯すということが実際にはあるわけでありまして。そのときに、死刑を廃止ということになると、もしその当時の死刑の制度、基準から言えば間違いなく死刑に処せられていたという者についても、仮釈放されて、そしてまた再度殺人を犯すということになるので、死ななくてもよかった被害者がさらに出てしまうこととなります。ですから、特別予防の効果については、これはあると言わざるを得ないのではないかと思います。

それから、次に誤判の可能性、これは先ほど松原教授の話にも出てきましたけれども、この誤判については、これはどの刑罰、どの犯罪どの刑罰についても、誤判というものはなくしていかなければいけないと思います。

その誤判のおそれを理由とする死刑廃止論というのはかなり有力で、実際に誤判事件があつて、死刑を執行して、そして後で無実だと分かった場合の社会の反応、一般の人の反応というのも大きいことは確かで、先ほど申しましたように、アメリカ、ヨーロッパでもいろいろそういうような誤判の事件がきっかけになって、それが大きな力になって死刑廃止になったということがありますので、これは非常に実質的には大きな問題だと思います。

しかし、これは誤判のおそれを理由とする死刑廃止、この誤判の問題と死刑廃止とは私は違うレベルの問題だと考えます。ですから、死刑を廃止することによって、確かに取り返しがつかなくなったというような事態がなくなるのかもしれませんが、しかし、それでは、終身刑の場合には取り返しがつくのかという問題もありますし、それから何よりもやはり全ての場合に、事件において誤判はなくさなければいけないと、それがやはり正攻法だと思います。そういう努力は常に続けなければならず、続けられております。

最近では、DNA鑑定を含むいろいろな鑑定の精度も上がってきている。捜査段階を含む弁護態勢の強化、これは弁護士の先生方が日々努力されておられ、敬意を表しておりますが、また、国選弁護の範囲も広がってきております。さらに、証拠開示も広がっているということで、誤判防止につながる手続的な方策が整備されてきているということで、これは継続的に実践されるべきことであると考えます。

それから、是非申し上げたいのは、犯行が現行犯で本人も事実を認めているというような場合が典型的ですが、誤判の可能性はこういう場合はないわけですね。その場合は、誤判を理由とする死刑廃止の論拠は成り立たないと思います。いずれにしても、これはどうしても相対的な論拠にならざるを得ないのご指摘されておりますけれども、そういう場合はどうするのかということについて、私もこの点については納得のいく答えを聞いたことがないので、問題提起をさせていただきたいと思っております。

それから、次は死刑と世論ということになります。これについては、日本では8割以上の国民が死刑存置に賛成しているということでありまして。廃止論者は、フランスの政治家に代表されるように、政治家は世論に反しても正しい政策、死刑廃止を実現しなければいけないと言っておられて、そういう強力なリーダーシップのもとにフランスでは死刑廃止が実現したと思っておりますけれども、しかし、私は最終的にはやはり、その国の法とか制度とかが、国民の大多数の者によって支持されなければならない。そうでなければ持続するような制度とはなり得ないと思っております。

ですから、何を正義とするかというのは、国民の価値選択、ひいては法的確信にかかってくることだと思いますので、その意味で国民の意思を確認するということは、政治的価値決定を行う上では欠かせない作業だと思いますので、そういう意味で世論調査の結果は尊重されるべきではないかと思います。

それから、もう一つは正当化根拠、これが最も大事な問題だと思います。これは極端な、最近では少し減ってきたと思うのですが、死刑は国家による殺人であるから許されないと。ドイツとかヨーロッパの方々の主張にも、人間の生きる権利があるとか、人間の尊厳に反するとか、死刑を持っているのはその国の恥辱だというような考え方に連なっていると思うのですが、それは、確かに人の命を奪うという意味では殺人と共通している。けれど、それは物理的に共通しているということであって両者の持つ法的意味は全く違うと思います。外部的、物理的な共通性で考えるということはおかしいのです。

もし、そういうことが正しいのであれば、拘禁刑という自由剥奪刑を考えてみると、それは国家による誘拐とか、国家による逮捕監禁とかになりかねませんが、そういうことは言われる方はいないと思うのです。罰金というのも、お金を強制的に奪うので、国家による強盗と言うかという、それも言われぬ。つまり、殺人とか強盗といったものは、違法・不正な犯罪です。これに対して刑罰としての死刑とか自由刑というものは、違法な行為に対する正当な刑罰という点で全く違うものだと言えらると思います。

以上が、従来言われてきた死刑の存廃についての典型的な論点についての私の考え方です。

そして、一番最初に言ったことに戻りますけれども、アメリカではスーパー・デュー・プロセスという考え方を採っていることに関係する問題です。アメリカはヨーロッパとは違って、どちらかというと実務的、プラクティカルに死刑の存廃の問題についても考えていると思います。

ですから、その死刑認定の恣意性とか、あるいは罪刑均衡原則に反するとか、そういったようなことが理由として死刑廃止論者も論を立てている方が多いと思います。

そこで、日本の論者も、ここに座長代行がおられますけれども、スーパー・デュー・プロセスという考え方を支持されて、そしてアメリカでは死刑は特別であるという考え方から、死刑の認定・量刑・執行の各段階で、非死刑事件よりも手厚い保障がなされている。

けれど、我が国は、死刑が特別であるという認識がない。結論として非死刑事件よりも、手厚い手続が保障されていないということで、アメリカのスーパー・デュー・プロセスというのは、内容としては死刑を科する犯罪類型と犯罪者類型の限定、それから罪責認定手続と量刑手続との分離、これは手続二分論ですね。また陪審の全員一致の賛成がなければ死刑は認定できない。それから、陪審に一定の指針に基づく裁量権の行使が求められると。

それから、これも重要なのですが、実務上は加重事由の存在と、それが証明された後に減軽事由を広く認めた上で両者を総合的に判断して、前者が後者を上回ることが求められる。それから自動的上訴制度、それから他の事件との均衡審査、こういうのがあるのですが、この制度に似た日本の制度を考えてみると、非常に私は、この部分については事務局長の川村先生が委員の皆様方には私の論文をお配りして下さることなので、それを参照にいただければ幸いですけれども、いろいろな今言った論点それぞれについて、日本は、非常に慎重な恣意性の入らない、予断や偏見を抱かないような形での審理を行って、それから審理をして判決が出た後もいろいろな理由があって、前は再審請求があると、事実上はもう執行はしないと

いう、最近変わりましたけれども、そういうこととか、あるいは検察官がもう一度資料を徹底的に洗い直して法務大臣に具申するというようなこととか、様々な手続の段階でそういった慎重な手続をとっている、誤判が起きないようにする、恣意性が入らないようにするというような形をとってきているので、私はそういった慎重な姿勢をとっている日本の死刑制度は、維持してしかるべきではないかという考え方を持っている次第でございます。

最後は要約的な話となりましたが、これで私の報告は終わらせていただきたいと思います。ご清聴ありがとうございました。

●井田座長 椎橋先生、ありがとうございました。先生の死刑存置論を、改めて説得力を持ってまとめてくださったと感じました。では、10分程度、質疑応答の時間をもちたいと思います。ご質問いただけますか。片山委員、どうぞ。

●片山委員 先生は、被害者支援、あるいは被害者学会にも知見が深いということでお尋ねをしたいと思うんですけれども、先ほど松原先生のほうから、被害者感情と遺族感情は違うんだというご説明があって、すごく考え方がふっと胸に入ってきたところでございます。先生は、その点についてどうお考えでしょうか。お尋ねをしたいと思います。被害者感情と死刑についてのお考えについて、改めてちょっと伺いたいと思います。

●椎橋教授 ありがとうございます。私は、被害者支援の団体に関わっているということもあって、被害者の感情というのは大事にするべきだと考えています。被害者になった側には、当然に持つ人間的な感情というのはあると思います。

そして、単に被害者の感情というだけではなくて、その被害者の感情に共鳴する国民の大多数のシンパシーですね。これが一体となって、何というかそれを大事にするような制度というものが必要だと。

先ほども少し出てきましたけれど、自分の家族を殺された場合には、相手を殺してやりたい、犯人には極刑を科すべきだという考えを持つ被害者というのは多いと思います。それは当然の感情だと私は思っております。

ただ、それが直接に法制度に反映されるか、あるいは死刑量刑に反映されるかということ、そうではなくて、やはり一定の範囲の中でその被害者感情が尊重されて、裁判制度の中に活かされているというのが現状だと言えます。

ですから、その被害者の方から見れば悔しい思いを抱かれることですが、実際には相当多くの場合に、家族が殺害されても被害者1人の場合は、余程凶悪な犯行でないで死刑にはなりません。裁判所の報告書にも出ておりますけれども、今は正確な数字は言えませんけれども、ともかくそういうような形で被害者の思いは直接そのまま反映されてはいない。

私、その被害者の処罰感情が強くて、それがあまりにも大きな影響を与えていると言われる論者は多いと思うんですけれども、井田先生もそうかもしれません、私はそれはやや誇張だと思っているんですね。被害者の感情を国民の多くの方が共鳴するという範囲で、それを刑罰制度の中に反映することは、これは正しい。そうでないと大多数の人が法に対する信頼をなくしてしまうという結果になると思うんですね。あまりにも、こんな酷い犯罪を犯したのに、こんな軽い刑しか科してくれないのかということになると、これは信頼が失われていくということになると私は思います。

ですから、私は、先程出てきた現場射殺の問題は、死刑と現場射殺を理論的に結びつけるというのは難しいところあるのですけれども、いかなる法制度が適切なのかという観点からでは相当の

関連性はあると考えます。つまり、私は法制度を国民の納得のいくような形で作って運用していくということをしなないと国民から信用されないと思っておりますので、例えばフランスの場合でしたら死刑は廃止して、この前、死刑廃止 40 周年を祝ってございましたけれども、しかし、それに対する不満を持っている人がいて、3割ぐらいは死刑を復活すべきという考え方の人がいるというふうにも聞いております。そういうところからすると、あまりにも軽い刑罰で済まされる。こんなひどいことやって死刑にならないのかという感情がいろんなところにあって、それでそれがいろんな司法制度のいろんなところに影響が出てきますから、したがって、それが現場射殺という形で治安を守らざるを得ない。

そして、その結果について、現場射殺は許されないという批判が、すごい大きなうねりになっているかという、それはそうでもないみたいなのですね。ですから、現場射殺がある程度あっても仕方ないなという気持ちになってしまう。それは、私は現場射殺の問題は、裁判をやってその人が有罪だとしても、死刑に値しないということのほうが圧倒的に多いと思うのです。それなのに、死刑と同じように命を奪われてしまうということになると、これは大問題だということでしょう。日本の場合は、警察は浅間山荘事件で2名の警察官の殉職者を出しましたがけれども、犯人については5名、生きたまま逮捕した。そのことに象徴されるように、その後も警察は変わらず、ずっとそういう慎重な法執行をとっているということが言えると思うのですね。

●井田座長 他にございますでしょうか。複数の委員の手が上がっていますが、まずは笹倉委員、どうぞ。

●笹倉委員 椎橋先生のご論稿もちろん拝読しているんですけども、先生が日本の現在の死刑制度に手続的な問題がないとおっしゃるのは、結局のところ、日本では慎重な運用を行っている、だから、アメリカよりもむしろ適正な手続が運用上保障されているんだ。したがって、死刑判決には基本的には間違いがないということなのかなというふうに理解しております。しかし、第1に、これまでも、日本にも死刑冤罪事件があったということは明らかです。最近の事件でも、先生がおっしゃるように、確かに科学技術は発達していますが、逆に、だからこそ冤罪事件が発生しているというようなケースもあります。

また、量刑誤判については、再審請求は法律上認められていません。しかし、例えば上訴審で破棄されている事件がかなりあるというようなことも含めると、例えば破棄されなかった事件というものもあるわけで、その中に量刑誤判の事例が含まれていないとも限らないわけです。ですので、この点について、どうお考えなのかという点が1点目。

もう一つ、運用に任せるのでは、適正な手続というのは保障されないんだ。だから、法で縛るべきなんだというのがアメリカの考え方だと思います。先生がおっしゃるように、日本の運用がうまくいっているから良いというだけではなく、制度化していく。法の条文上に適正な手続を保障していくということもあるべきなのではないかなと、思うのですが、先生のお考えはいかがでしょうか。

●井田座長 恐縮ですが、簡単にまとめていただけますか。時間の関係もあり、ご質問なさりたい委員がまだまだ行列をなしていますので。

●椎橋教授 最初の問題については、量刑誤判とおっしゃいましたけれど、私は、先程松原教授が言われたのですけれど、事実認定に誤りがあるという場合と、量刑不当の判断が間違っているのではないかという場合とは違う問題だと。刑訴法上にもはっきりと事実認定の誤りを争うものと、量刑の判断を争う場合、違いますからね。それを何か量刑誤判というのは、言葉として学問

的にはおかしいのではないかなと思います。

で、先生、早口だから、頭に入っていなかったんですけど、何だったのかな。

●**笹倉委員** 単に運用に任せるのではなくて、それを法律上保障していくということが必要だと思うんですけど、いかがでしょうか。

●**椎橋教授** ですから、その点については、刑事司法制度の中でいろいろな各手続の段階で慎重な運用をしていると申しました。慎重な法的根拠と仕組みを設けて運用しているということが一番大事なことだと思います。ですから、例えば1980年代の四つの事件の死刑確定者の無罪判決がありましたよね。あれは大きな教訓にしなければいけないと思いますけれども、その後の中では、そういう教訓を受け止めたような形で裁判官は裁判に臨んでいるのではないかと思っております。

現在、再審で争われている事件については、私は実際に証拠を見てないものですから、これはもう裁判長の判断を見て、それを尊重して、場合によっては批判もするかもしれませんが、裁判官に適切な判断をしてもらいたいと思っています。

●**井田座長** 佐藤委員、どうぞ。

●**佐藤委員** 今日はどうもありがとうございます。時間の関係もあるので、一つのテーマだけ、世論調査のことについて、つまり8割以上の世論が死刑を支持しているという点について、お聞きしたいのですが、もちろんこれは事実ですし、それをもとに死刑というのが一つ制度として担保されているというところがあると思うのですが、一方で、最近の世論調査をよく見ると、将来的に死刑を廃止してもいいかどうかという問いと、終身刑的なものが導入された場合に、これは死刑を廃止していいかどうかというようなところの問いを加味していくと、必ずしも8割にはならないんじゃないかと。絶対的にこの8割がガチガチなものじゃないんじゃないかという、そういうところも加味すべきなんじゃないかなと思うところが一つと、もう1個は、8割支持しているとは言っても、法務省がほぼ死刑に関する情報を出さない中で、国民が死刑に対してどこまで正確な知識などを持って判断しているかというところに大きな疑問を感じているんですね。だから、そういう意味でこの8割というのは、どこまで信頼性があるかというところに疑問があるんですけども、そこについては先生、いかがでしょう。

●**椎橋教授** 確かに世論調査をするときに、質問の仕方によって数字は動き得る。実際にそういうふうにはやっておられる方がいるので、それはそのとおりだと思うんですね。ただ、政府が行っている世論調査については、私は現実の今の死刑制度の運用というものを考えると、あのような質問の仕方では無理はないと思っていますけれどね。簡単に言えばそうです。

情報をどのぐらい提供するかということですけども、これは、先生などはどのような情報は出すべきだというふうにお考えなのでしょう。私は死刑というのは、特に刑場の模様を見せるとかそういうことを千葉大臣のときにやったことがありますけれども、死刑は本当に皆で深刻に受け止めなければいけない問題なので、それを自分の意見に賛成してもらうための戦略としてやるというのは、あまり好ましくないなと。例えば死刑反対運動を活発にしようと思って、残酷なシーンを、様子をもっと出しなさいというようなことを狙っているのでしたら、それにはあまり私は賛成できないですね。

●**井田座長** また情報公開の問題はいつかこの場で検討する機会もあるかと思えます。井田香奈子委員、お願いします。

●**井田香奈子委員** 椎橋先生ありがとうございました。先生が提出された資料でアメリカのスーパー・デュー・プロセスのことを勉強して、私は日本のほうが慎重って言えるのかな、慎重さが

足りないのではないのかなとかえって心配になってしまったものですから、二つ質問させていただきます。資料で言うと2-1の(2)の④のところにアイウエと4項目ありますけれども、このイのところの死刑の量刑手続のところですが、日本の場合は、裁判員制度をとってから、9人の合議体の特別多数決で死刑も決められるということになっていて、9人のうちの裁判官を含めた5人が揃えば、実際はもっと多くのところで決まっているような気がしますけれども、死刑を決めることができます。確か、裁判員制度の制度設計を議論しているときには、死刑事件についてはこの評決ルールをもっと厳しくするべきではないかという意見もあったような気がするんですけども、他の事件と同じ扱いになっているという、ここはアメリカの陪審の全員一致の賛成が必要というところと比べると、かなり緩いのではないのかという気がしたのが一つ目。

それから、エのところの自動的上訴なんですけれども、日本の刑事訴訟法では死刑判決に対する上訴は放棄できませんが、その後、取下げはいつでもできます。先日も特定少年で初めて死刑求刑された被告人に一番で死刑判決が出て、弁護人が上訴しましたがけれども、本人が取り下げてしまって確定したということがありました。そうしますと、この上訴放棄の制限があっても元も子もないというか、実際の目的とされているところが実現されていないこともあるという意味で、ここも慎重さが足りないような気がしてしましまして、その辺りについて、先生のお考えをいただければと思います。

●**椎橋教授** 全員一致の問題は、私はできるだけ慎重にするという姿勢は重要だと思うのですが、一番致命的なとかいうか、こういうことがあったら困るなとかいうのは、もし仮に裁判に参加する裁判員が強固な死刑廃止論者で、証拠等に基づいて、これは死刑相当であるという判断がされた場合にも、実は自分の信念に基づいて死刑は不相当だとした場合には、その人に拒否権を与えるということになってしまいますので、これは法と証拠と良心に基づいて判断をするという法の基本原理に反するので、そういうことを恐れたためだと思います。裁判員制度を作った背景にはそのような理由があったと思います。

そして、実際にはこれは公開されないし、そこまで話してはいけないということになっていきますから、分かりませんが、事実上はほぼ全員一致の賛成で死刑判断をしているのではないかと思いますね。

それから、取下げの問題については、日本はもちろん上訴放棄はできない。しかし、取下げは自由です。取下げをする場合に、資料2-1の4(1)⑤に書いてあるように、不服があるのにも関わらず、死刑判決の宣告の衝撃及び公判審理の重圧に伴う精神的苦痛によって拘禁反応等の精神障害を生じ、その影響下において、その苦痛から免れることを目的として上訴を取り下げた場合には、その上訴取下げは無効と解するのが相当であるということで、ここで縛りがかかっているんで、ここで取下げは無効だと判断している。むしろ、論者は、これは相当厳しいねという評価のほうが多いのではないかと、私が読んだ限りではそう思いました。ですから、これも相当厳しくしていると思います。

●**井田座長** ありがとうございます。時間が超過いたしましたので、まだまだご意見をお聞きになりたい委員がいらっしゃるようでございますけれども、大変申し訳ございません。これで、椎橋先生のプレゼンと、質疑応答を終わりたいと思います。改めまして、松原先生、椎橋先生、両先生には突然に大変ご無理なお願いを申し上げ、短い時間内にプレゼンのご準備をいただき、本日、大変示唆に富むお話をしてくださりありがとうございます。今後の懇話会での議論のために、間違いなくたくさんの重要なヒントを与えてくださったものと考えております。ありがと

ございました。

●椎橋教授 どうもありがとうございました。

(2) 刑罰の目的と存在理由について

●井田座長 本日これまで、死刑を維持すべしとする立場、廃止すべしとする立場、それぞれのご主張を伺ったわけですが、お二人のお話を前提として、少し論点整理も必要かと考えます。また、先生方が必ずしも触れられなかったことの中にも、非常に重要なポイントもあるような気がいたしますので、私個人の見解ですので、ご異論があるかもしれませんが、論点の整理を試み、そしてまた、こういう問題も意識すべきではないかというお話を、15分程度の時間をいただいて、してみたいと思います。

死刑制度をめぐる議論のおおもとにあるのは、そもそも刑罰制度は何のためにあるのかについての基本的な見解の相違であると考えられます。そうであるとすれば、死刑制度について検討を行おうとするとき、議論の前提ないし基盤となっているこの問題、つまり刑罰制度の目的と存在理由に関し、ある程度の合意がないとすれば、お互いの主張はかみ合わず、すれ違いに終わらざるをえないということにもなります。この懇話会の目指すところは、死刑制度に関する熟議であるとするならば、まずは私どもそれぞれが立脚する刑罰理論上の前提ないし基盤を明確化し、自覚する必要があると考えられるのです。

また、ヨーロッパの国のほとんどが死刑制度を廃止していることも、そこには特有の事情と背景があると思われまますが、その理論的基盤を見ると、私の目からすると共通した刑罰に対するイメージが持たれています。それはどういう見方であるのかについても、私どもは知っておく必要があると考えています。

まず、日本では実務においても、学界においても、また一般世論においても、応報刑論が支配的です。応報刑論は、実行された犯罪の重さに見合った反作用として犯人に加えられる不利益な制裁として刑罰を理解します。もし、犯罪という害が放置され、その犯人に対しそれに見合った害が与えられずにいるとすれば、それは耐え難い不正義であるとされます。このように、犯罪と刑罰、すなわち罪・刑の均衡ないしバランスを求め、それが実現されないときに不正義だと感じる、われわれ誰しもが持つ共通感覚を基盤とするのが応報刑論ということになります。

こうした考え方に立脚するならば、何の理由もなく意図的に人を殺したとき、被害者の死という実害に対応する刑としては、まずは死刑が候補に上ることになりますし、ましてや複数の人を意図的に殺害したケースになりますと、死刑以外の刑がその犯罪に対応する刑であると考えことは困難ということになってきます。被害者の人生が無念にもいきなり断ち切られる一方で、それを自分勝手な理由で意図的に招来した犯人がそのまま生きて人生を享受することができる、それはバランスを欠くだろうという形の死刑存置論は、一般世論において広く強固に支持されており、法律家の中にも、本日お話くださった椎橋先生のように、これを支持する方は決して少なくないと考えられます。しかも、こうした考え方は、特に1990年頃以降、被害者保護の思想が広がるに伴い、それと結びついて有力化して、いわゆる厳罰化・重罰化傾向の背景にあって、その原動力になっていると言えると思います。

このように、今の死刑存置論、現代の死刑存置論の背後には、我々誰しもが素朴に持っている感覚に立脚した応報刑論という基本思想があること、そしてその思想は、死刑の問題に限らず、

特に平成期に入ってから日本の刑事司法のあり方を大きく規定してきた、きわめて影響力の大きな思想であったということに注意すべきだと考えています。それは私どもが生半可な気持ちで対抗しようとするれば、簡単に跳ね返されてしまうような、きわめて強力な時代思潮だと言って過言ではありません。

いまお話ししたような応報刑論は、いわばピュアな、素朴な応報刑論なのですけども、実害に応じた、実害に見合った反動を加えようとする見解ですので、私は「実害対応型の応報刑論」と呼ぶことにしています。これに立脚する死刑制度維持論に対しては、いろんな批判があり、本日の松原教授も極めてうまくまとめてくださったところです。ただ、以下では、私の目から見て本質的だと思うものについて三つにまとめて要約したいと思います。

第1点は、こうした考え方は、日本の将来の刑事司法にとってプラスになるのかどうか疑問であるということです。それによれば、刑罰制度の運用は、被害者とその遺族の立場に思いを致すか、それとも犯人の立場に思いを致すかという、調停不可能な二者対立、二項対立によって支配されることとなります。刑事裁判では、敵味方思考に支配されたゼロサムゲームの様相を呈することとなります。被告人が自己の立場から率直な主張をすれば、反省していないという批判を受け、刑事弁護人の仕事は悪に加担する仕事と見なされることとなります。裁判所が、被告人の側に見出された有利な事情を考慮して刑を軽くするとすれば、被害者遺族の側は失われた命が軽く扱われたと感じて不平・不満を抱くこととなります。責任主義の原則、責任能力制度に示されていますけれども、そういう責任主義の原則とか、「疑わしきは被告人の利益に」の原則とか、国際的にも承認された、さまざまな人権保障原則は、被害感情の充足を阻害するものとして被害者が求めようとするもの前に立ちふさがる障害物のようにイメージされることにもなりかねません。この点は実務家の先生方に教えていただきたいのですが、遠く研究室から実務のことを観察しておりますと、日本の刑事司法は、そういう不均衡な方向にますます向かっているように感じられるわけです。椎橋先生は誇張だとおっしゃいましたけれども、私にはそのように感じられてなりません。

第2点として、被害感情がダイレクトに重罰化の主張につながられるとき、法にとっても、また社会にとっても望ましくない事態をもたらすのでないか、という心配があります。被害感情の充足を追求していくならば、より多くの被害者遺族を満足させるために、死刑判決を今よりも相当に増加させることにならざるを得ないと思います。法律家がそれにブレーキをかけるとすれば、被害者遺族、そしてその立場に共感する一般市民の不満は高まります。このように、実害対応型の応報刑論は、法律家と、被害者らの間に対立を生じさせ、それを深め、相互理解を阻害する刑罰理論だということができます。法律家が犯罪の社会的原因に目を向け、それに対応する刑を科そうするとき、また、国際的にも承認された人権保障原則を守ろうとするとき、まさにそのことが被害者側に失望をもたらし、法と法制度、そして法律家に対する批判と不満を生じさせ、そしてそれに共感する社会の側も、同じ思いを募らせるということが起こってきます。

第3点は、処罰にあたり、被害感情の充足がとても重要な意味を持つこととなって、犯罪の背景や社会的原因などへの関心が失われ、刑罰が行為者の将来において持つ効果などは度外視されることになりかねないということです。犯罪者処罰にあたり、犯罪の背景や要因にも、また刑罰の効果のことを念頭におかない、矯正や保護の段階のことも度外視して、ただ感情に従ってこれを行う、というようなことで本当に良いのかどうか、ということでもあります。

以上、問題点を三つにまとめました。作家の平野啓一郎さんは、死刑の存廃の問題は今後日本

の国と社会をどういうものにしていくのかの問題だと述べています。私は政治家でもジャーナリストでも作家でもなく一介の法律の研究者に過ぎませんのでそこまで大きな視野から論じることはできませんけれども、平野さんの響みにならって言えば、死刑の存廃の問題は、今後、日本の刑事司法をどういうものにしていくか、次の世代にどういう刑事司法制度を受け渡していくのか、の問題です。実害対応型の応報刑論に基づく死刑制度は、これまで致し方ない形で残存してきたものとは言えても、将来の日本の刑事司法にとりプラスになるもの、私どもが次の世代に自信を持ってバトンタッチしていくことのできるものであるかについては真剣に検討する必要があると考える次第です。

それでは今、ヨーロッパではどういう刑罰イメージが持たれているのか。そこでは一つの統一見解がとられているわけでもなく、応報、つまり罪刑の均衡と、将来の犯罪予防との間でどちらにどの程度ウェイトを置くかについて見解の対立があるところですが、ただ一つ合意があるのは、たとえ応報刑論がとられるときでも、上に見たような実害対応型の応報刑論を拒否するという点であります。

たとえばドイツでとられている応報刑論とは、犯罪が生じさせる「害」というのは、刑法の規範、つまり人を殺してはならない、他人の物を盗ってはならないというルールを動揺させるという、不可視的な・目に見えない害のことであり、この不可視的な害に見合った害としての刑罰を科して、動揺した規範の効力を回復・維持する、ここに刑罰の存在理由がある、としています。刑法は刑法規範の違反に対し、反動としての罰を加えて規範の効力が失われないようにするための存在であるということでもあります。この社会は我々を縛るルールが効力を失えばもはや存立することはできません。刑法は、規範にしたがって意思決定できる能力、すなわち責任能力を持つ人に対して規範を差し向けて、その違反に制裁を科すことにより、規範の効力が失われないようにすることを通じて、社会の秩序を維持するために存在しています。責任能力制度は、刑法の目的の実現を邪魔する障害物なのではなくて、刑罰が機能するための不可欠の前提です。もし犯人の生育環境に大きな問題があって、遵法意識に歪みがあった犯人については、刑法の規範による訴えかけがそのぶん十分に機能しません。またそうした生育環境の問題はもともと社会環境を改善して解決するべきであったからこそその問題であって、刑罰のいわば役割ではありません。刑罰はそのぶん軽くなければならないと考えます。人権保障のために軽くなるというのではなく、責任を問えない限りは、刑法は機能しない、また刑法の役割ではないと考えられるからこそ刑が軽くなるわけであります。世界の歴史を見ると、処罰感情を根拠に、動物や昆虫まで処罰していた時期もありました。実害対応型の応報刑論は、同じレベルの不合理な考え方であるとヨーロッパの刑法学者たちは考えるわけであります。

いま申し上げたような規範保護型の応報刑論は、社会的ルールの保護による社会秩序維持という社会システムの全体の中に刑法を位置づけようとする考え方です。この見解によると刑法が保護しようとするものは、直接には刑法規範の効力という公益であって、刑罰制度の本質は公共の利益であるところの刑法規範の効力の維持のために個人の重要な利益を剝奪する制度として把握されることとなります。そうだとすると、死刑においては、被害者の生命と犯人の生命が天秤にかけられるのではなく、将来の凶悪犯罪による潜在的な被害者の生命と犯人の生命とが天秤にかけられるのでもありません。個人の生命と個人の生命とが天秤にかけられるのは現場における正当防衛とか、警察官の銃器使用の場面です。これに対して事後的な処罰のための刑罰制度においては、規範の効力という公益のために個人そのものを毀滅することはできない、個人の生命を公

共の利益のために犠牲にしてこれを奪うことは許されない、それは現代の憲法に違反する、人権理論に違反する、ヨーロッパの国々ではこんなふうを考えています。

まとめとして申し上げたいと思います。刑罰の目的と存在理由についてどう考えるかは、たいへん難しい問題であって、簡単に結論を出すことのできる問題ではありませんが、しかし、これを避けて通るわけにはいきません。死刑制度の問題は、松原教授がおっしゃったように、そもそも現行法における刑罰制度のあり方の問題でもあるからです。

以上の私の検討から引き出されるのは三つのことです。まず一つ目に、応報刑論に立脚するとしても、実害対応型の応報刑論は決して唯一のものではありません。それは日本の将来の刑事司法の発展にとりプラスにならず、法律家として自信を持って次の世代に受け継いでいけるものではなく、また国際的にも大きな疑問符が付されている、ということが言えるかと思えます。そこで第2に、実害対応型の応報刑論を当然の共通理解として前提に置くことができないとすれば、被害者支援とか被害者感情の考慮ということから、死刑制度を正当化することはできないということになります。死刑制度を根拠づけるためには、被害感情以外の根拠を持ち出さない限り、少なくとも国際的に通用する、国際的に説得力のある議論にはならないと思われます。そして第3に、ヨーロッパの国々が死刑を廃止していることは、実害対応型の応報刑論を拒否するとともに、公益のために、言い換えれば社会の必要のために個人を毀滅することが今の国家観・憲法観・人権思想に合致しないと考えることを理由とするものであるからということでもあります。

(3) 意見交換

●井田座長 以上が死刑存廃論についての私のまとめであり、少し私の考えるところも付加させていただきました。別にこれに対してご意見をいただく必要もありませんが、そういう見方もできるということを述べさせていただきました。ここからは是非この死刑の存廃に関する論点について、委員全体で議論をしていければと考えております。何でも結構ですのでご意見をいただければと思います。いかがでしょうか。

ここからは意見交換したいと思います。中本委員、どうぞ。

●中本委員 意見交換というよりも、私は椎橋先生に質問をしようと思っていたんですが、あまりにも回答が長すぎたので、質問する機会が失われました。質問を兼ねて私の意見を言わせていただきたいと思います。

まず、椎橋先生が死刑の抑止力について、これを肯定的に今、著作の中でも書かれているんですが、これについて、私非常に疑問を持ってまして、例えば死刑の抑止力について、廃止国の例から廃止後に凶悪な犯罪が増えたことが報告されてないと報告があります。

私の資料として提供した資料の番号で18番ですが、近弁連のシンポジウムの報告書で、この中に32ページに死刑の犯罪抑止力という項目がありまして、これは非常に具体的な数字を挙げて、死刑を廃止しても犯罪が発生していないということを数字で、いろいろな国の例を挙げながらこれを報告していますので、まずこれを見ていただきたいと思うわけです。

それから、椎橋先生は、テロとか計画的な犯罪は、これは計算づくだから抑止力はあるとおっしゃったのですが、これはむしろ反対で、そういう確信犯については、死刑という抑止力はないということを使う学者、特に松原先生の論文の中にはこういうことを明確に言っていますし、他の方もそういうことを言うておられるので、そういう計画的な犯罪をする人は確信的だから死刑

があるからと言って抑止することはないと。さらには、激情犯もその場で激情してするとき死刑があるからやめておこうということはないということをおっしゃっておられて、この点についても、私は、死刑の抑止力はないのではないかと、こういうふうに思っていました。それを質問しようと思っていたのですが、残念ながらできませんでした。

それから、もう一つ質問したかったのですが、やはり誤判について、椎橋先生は、特に死刑についての誤判だけではないと。特にそれを強調する必要はないというような論を張られたのですが、私はこれは違うと、致命的に違うと。死刑にしてしまうと誤判を後で再審とかで訂正することがもうできない。これをやはり重要視してしまっていて、この点について、本当に他の刑罰とはちよつと違う、死刑という罰は違うんだということはどうなんでしょうかと聞いたかったわけです。

椎橋先生は、おそらく誤判はもうこれは避けられるんだと、いろいろな制度によってどんどん避けられるので、そういう訴訟制度とか、あるいは証拠開示であるとか、弁護人の立会いとか、いろいろなものによってどんどん今改善されているので、誤判はなくす方向で行くべきだと、こういうふうにおっしゃっているのですが、私はやはり誤判は避けられないと、現にいくつか死刑判決が確定してから再審で無罪になっている例もあるし、現に今も袴田事件という非常に重要な事件がそういう例に挙がっているわけです。こういう例は、おそらくもう避けられないのだろうと。だからその死刑と誤判というものをあまり一般の誤判と同列に論じるべきではないということをおっしゃったのですが、残念ながら言えませんでしたね。私の意見として言わせていただきます。

●井田座長 ありがとうございます。ご指摘いただいた、前半部分の抑止力の問題につきまして、専門家の方、この問題について詳しく研究されている方をお呼びして、専門的な知見を伺うべきではないかと考えております。実はそのための準備と言いますか、調査をしているところであり、うまく専門家が見つければ、7月か8月にこの懇話会にお呼びして詳しくお話聞くことができるかと思っております。

何か他にございますか。金高委員、どうぞ。

●金高委員 井田先生の整理に対して一つ質問なのですが、その前に中本先生のおっしゃったことに関連して、私が思っていることを少し言わせていただきたいと思います。一つは、逆上型は止まらない、抑止力がないと思われると思うのですが、よく考えてみると、止まらずに発生に至ったのは、企図した殺人のどのぐらいなんだろうかというのは誰も分からないわけですよ。

我々は、国家の意思として、殺人全てではないですが、非常に非人間的な殺しについては死刑があるとみんな思っていて育ってきているわけですね。だから、その段階でやめるといふか、凶悪な人殺しを犯さないということが染みついている部分もあると思うのです。それで止まっているものもある。逆上型でもそこに至る前に止まっているのも、私はあると思います。それがどのぐらい潜在化しているのかが分からないだけで、ないとは言えないと思っています。

井田先生のペーパー、これには特別異論はないのですが、最後から2番目のところの刑法規範の効力の維持・回復のためにその害に応じた刑罰を科すものと記載されていますけれども、この刑罰には死刑は入らないということでしょうか。どういう犯罪に対しても。

●井田座長 ありがとうございます。私の考えは、刑法が守ろうとしている規範の効力というのは、公の利益です。例えば殺人の場合だと、人を殺すなという、殺人を禁止する規範の効力の維持ということが問題となっています。現実には殺人行為が行われれば、その規範の効力は疑われ、動揺することになる。規範の効力を維持し、回復するために刑罰が必要になるということです。

死刑を科すということは、その規範を守るために、その人間の命を奪うという話になります。言い換えれば、公益のために、つまり社会の必要のためにその人の命まで奪うということです。

規範の効力という公益のために刑務所に入れて自由を奪うことまでは十分理解できますし、規範の効力を維持するという社会の必要のために罰金を払わせるというのも理解できる。公益のために自由をある程度拘束される、それから財産を提供させられるというのは、バランスとして理解できるのですが、全体主義国家とか、戦前の日本とは異なり、社会の必要のために個人の命を犠牲にするというところまで認められない。それは人権、憲法思想の問題ではないかと思うのです。今の憲法の下では、それはできないのではないかというのが私の基本的な考え方です。死刑は刑罰として最初から失格であるというのではなくて、今の憲法・人権思想の下では、自由や財産は奪うことができても、社会の必要のために命を奪うということはできないのではないかと。

そういう理由が根本にあるのでヨーロッパは死刑をやめているというのが私の理解なんです。ここにいる皆さんの誰しもが納得できる理屈かどうか、私には分かりません。少なくともヨーロッパ人はそういう感覚でいるというのは、私が長年、彼らと話をできて理解したところなのです。

●**金高委員** それでヨーロッパの価値観と言いますか、人生観と言うか、国家観と言いますか、死刑を廃止した経緯をそれぞれの国が持っていますよね。ですから、数ではなくて、何でその国が死刑をやめたのかということをよく見るべきだと思うのですけれども、例えば、西ヨーロッパの国は、キリスト教的な宗教観というのがかなりあったと思いますし、さっき椎橋先生もおっしゃっていましたけれど、中南米では、政権交代で死刑が濫用され、アメリカも人種差別だとか、冤罪の多発とかが背景にあったと思うのですね。

私は、そういう国と日本の今の状態は違うと思っています。ここに国際的に通用する議論にはならないと先生はおっしゃっていますが、それは先生方の刑法の学者の世界ではそうかもしれない。だけど、西ヨーロッパの考え方にあわせるのが正しい議論なのかと。若干、疑問を持つところがあるのですけれど。

●**井田座長** 私のみがこうやってお話しするよりは、もっと委員の先生方にもご自身のご意見をおっしゃっていただいていたと思うのですけれど、今の金高委員のご指摘について一言申し上げます。確かに、日本が死刑を廃止することがもしあるとすると、それは理屈でそのような方向に動くというのではなく、無辜の人に対して死刑を執行してしまったことが明るみに出るとかのことが直接的なきっかけになり、世論や政治が動くということのほうが想定しやすいのは事実です。

ただ、政治的なきっかけがどのようなものであるにしても、大きな改革を行うときには理論的バックボーンがなければならないと思うのです。単に不幸な出来事が起こったからというだけでなく、刑罰の目的と存在理由からしてこういう刑罰は維持することができないという理屈を持ち出すことが必要となると思うのです。政治的な動機に基づく改革であっても理論的な根拠づけは必要であると考えているのです。

そもそも理屈というのはそういうものであって、実際の政治を動かす力になれば素晴らしいですが、仮にそうならなくても、無意味だということにならないという意味で、政治的背景と理論的な根拠は区別していい問題ではないかなと思っています。林委員、どうぞ。

●**林委員** 井田座長の今の話について、私自身は非常に興味深いなと思っています、このように考えることの一番のメリットとして、被害感情というものから、むき出しの被害感情からこの死刑制度をつなげて考えるというのをなくすというところは、非常に私は共鳴するところなんです。

そこで一つの質問です。ヨーロッパにおいては実害対応型の応報刑はとれないと言われました。それでおそらく井田先生の規範保護型の応報刑論ということですが、それはある意味、非常にドイツ的な考えで、例えばヘーゲルが法に対する否定に対して、それをまたひっくり返すんだと、それで法を回復するんだと、これは非常にドイツ的な考えだけど、ヨーロッパと言われていますが、ドイツ以外のヨーロッパ、フランスなどはどうなんだろうな、と私思ってしまうていて、これはヨーロッパと言っていいのかどうか、これが一つ目の質問です。

その上で、井田先生は、この規範保護型の応報刑論は公益を守るための制度である、だから、公益のために私益を、個人の生命を犠牲にするような制度は許されない、これがヨーロッパのスタンダードである、とそういうところに論を展開して死刑廃止に繋げておられるんだけど、公益と位置付ければ直ちに死刑廃止につながるのかな、という疑問が残っています。というのは、井田先生が言われるように、規範に対する国民の信頼、これを維持して規範の力を保つこと、これが刑罰の公益であると言ったときに、果たして、被害者にシンパシーを覚えている大多数の国民の観点から、本当に死刑を廃止しても刑法規範への信頼を保てると言えるだろうかという疑問があるからです。この疑問に対して、それは保てるんだという考えもあれば、そうではないかもしれないという考えもあって、この点についての考え方は、二つに分かれると思うんです。だから、刑法は規範を保護するもので公益だからと言うことが直ちに死刑廃止に結びつくかな、という疑問があります。

●井田座長 ありがとうございます。ご指摘の通りなのですが、私自身の基本的な問題意識は、やはり刑罰をダイレクトに被害感情に結びつけないということにあります。被害者のために処罰するという考え方を自明視すべきではなく、刑罰と被害者を切り離したいというのが一番大きなモチーフなのです。

言い換えますと、被害者の生命が片方にあり、犯人の生命と天秤にかけられるということになると、死刑廃止の道筋というのは描けない、まずそこを切り離すべきだというのが一つです。そして、ヨーロッパでも、規範保護型の応報刑論をとるかどうかは別にして、実害対応型の応報刑論をとらないという点では見解が一致していると見ています。

後半について申し上げますと、先生がおっしゃったような、死刑の存在が国民の規範への信頼を保護する効果を持ちうる、ということは確かに十分に想定可能だと思っています。ただ、私は、仮にもし死刑を維持することで皆の規範意識がある程度、それは廃止した場合よりも更に研ぎ澄まされてより強化され、殺人が減ることが想定されるとしても、それでもやはり個人を社会の必要性のために犠牲にすることは正当化されないのではないかと考えています。

はっきり言ってしまうと、効果の有無にかかわらず、仮に死刑に多少の効果があるとしても、やはり置いておいてはいけない刑罰なのではないかということなのです。戦前のような体制であつたら、日本の国のためにお前死んでこいと言えたかもしれない。しかし、社会のためにお前死んでこいというのが死刑であるとすれば、今の日本国憲法の価値観の下ではできないんじゃないかというのが、私の基本的な考え方です。

●片山委員 被害者のためにというのはありがたいものですが、被害者も回復をしていかなければなりません。行きすぎた応報論というのは被害者自身も苦しめることになります。ですから死刑制度というのは慎重にならなければいけないことは常々考えております。私は回復論というのは是非ご検討いただきたいなと思っております。先ほど椎橋先生のお話の中で、無期懲役の人が仮釈になって、再び犯罪を犯して重罰になったという例を挙げられましたけれど

も、おそらくかなり昔の話で、最近のように被害者の視点を取り入れた教育を受けた人の再犯は、おそらく著しく少なくなっているのではないかと、私は信じます。「再犯の防止等の推進に関する法律」が制定されましてその中のテーマの一つに規範意識というものを彼らに私は教えているわけですが、一定程度なかなか抵抗感を示す受刑者さんもいる中で、彼らの幸せのためにこれは守っていかなければいけないんだという言葉は響いているように手応えを感じます。ですから、死刑制度はやはり慎重に考えてほしいなということは常々考えているところで、先生とも意見が一致するのではないかと考えております。

●井田座長 ありがとうございます。では、岡野委員、どうぞお願いします。

●岡野委員 経済同友会の岡野と申します。このテーマは全く門外漢で、今回勉強を始めたばかりなので、頭の整理をするために伺いたいののですが、今の井田先生の整理の中で社会規範の維持・回復のためにその概念を入れた刑罰を科すとか、公共の利益のために個人の私益を犠牲にするという観点から言うと、例えばですけど、大量虐殺をした人に対しては、極刑があるという事態が抑止的に必要なのではないかと。ですから、先ほどの松原先生の話で考えると、応報と抑止を区別されて議論されているのですが、今のお話を聞くと、単純に抑止として必要なのではないのかと思ってしまうのですが、そのあたりはどう頭の整理をすればよいのか教えていただければと思うのですが、どうでしょうか。

●井田座長 問題は大量殺人やテロリストについて、果たして死刑がどれだけ抑止力を持つかわかるが、私自身は抑止力はあるともないとも言えない、特に終身刑と比べてどうか、というのは答えるのが難しい問題ではないかと思っています。その科学的証明はできないし、私刑罰制度については確からしさの度合いが基準だと思うんですけども、果たして確からしいかどうかについても自信を持って答えることができないと思っています。したがってまた、その答えに基づいて死刑存廃のどちらかの結論を出すというのも大変難しいという気がしています。

●岡野委員 刑罰と抑止力というのはあまり論理的には理論としては成立しづらいという理解でよろしいのでしょうか。

●井田座長 これも私の考え方なのですが、たとえば、罰金刑が本当に抑止力を持ちますかと問うとすれば、科学的な証明は難しいと思うんですね。罰金を取られることは苦痛だから、みんなきつと嫌と思うに違いないと我々想定するから、罰金はある程度抑止力を持つだろうと想定する。拘禁刑でも5年の拘禁刑と10年の拘禁刑を比べて、10年のほうがより抑止力があることは、科学的な証明はできないと思うのです。でも長ければ長い自由刑であればあるほど、そのぶん、抑止力は高いはずだと想定できる。このように、今の刑罰制度全体がそういう経験的な想定と申しますか、確からしさについての我々の推測の上に来上がっていると考えられるのです。ですから私は、死刑は抑止力がないから廃止すべきだという意見に対しては、他の刑罰は抑止力あるとお考えですか、と聞きたくなるんです。抑止力があることが証明されていないという点では、おそらく刑罰制度って全部、生命刑も自由刑も罰金刑も同じなんじゃないか。だからせいぜい確からしさのレベルでしか論じられない問題であり、これをその有無を決定的な論拠にすることはできないと考えているのです。

坂上先生、どうぞ、お願いします。

●坂上委員 今日は申し訳ないですが、オンラインでの参加です。抑止力の件なんですけれど、今まで二十数年間、大学で死刑に関する授業を人間の尊厳とか人権の観点から教えたりもしているんですけど、必ず出てくる論点なんですよ。例えばこの間、笹倉香奈先生が多分紹介

してくださったと思うんですけど、アメリカの死刑情報センター(Death Penalty Information Center)でも、アメリカの犯罪学者の88%ぐらいでしたか、9割近くの方たちが死刑には抑止力はないというデータもありますし、世論調査を見ても、6割の市民が死刑には抑止力がないと答えています。今までいろいろアメリカの取材もしてきたんですけど、アメリカでは死刑に賛成している人ですら抑止力を根拠にする人に私はあまり会ったことがなく、抑止力というものには根拠がないと、そこはアメリカ社会において共通認識としてあるという実感を私は持っているんですよ。

ところが、日本では、死刑が抑止力になるという科学的な根拠を証明した論文は存在していないし、抑止力説には根拠がない、と伝えても、いや、根拠があるはずだというふうに、そこに拘りたがる方が多い。日本では、エビデンスいかんではなく、盲目的に信じるという反応が多いなという感触を個人的には持っています。

それと、交通事犯や窃盗レベルの犯罪で見られる抑止力は、死刑が対象とする殺人などの重罪レベルにはあてはまらない。犯罪の質が違うからだという説も結構読んだことがあります。むしろ死刑については、抑止どころか促進してしまうのではないかという説もあります。先ほどもどなたかが触れておられましたけれども、拡大自殺としての自殺、死刑になりたいから人を殺す、巻き添え殺人みたいなものが日本でも結構報道されていると思うんですけども、アメリカなどでもありますし、死刑の制度のある国ではかなり顕著になっていると思いますし、研究なども日本などと比べると進んでいるので、そこら辺もう少し、私も勉強不足なので、私たちの中で共有できていったらいいなと思いました。ありがとうございます。

●井田座長 ありがとうございます。まず、中本委員、お願いします。そして次に藤本委員の順序でよろしいでしょうか。

●中本委員 関連する問題は、いわゆる大量殺人事件ですよ。これは国民から見ても、この犯人は決して許せないという感情を持つのは当然だと思うんですけど。しかし、もしこの犯人を、もちろん責任能力あるとして死刑にしたときに、その背景だとか何とかというものが忘れ去られて、それでジ・エンドになるのではないかと。なぜ、こういうことになったのかという背景事情がやはりずっと生きていく限りは、その人との対話が、コミュニケーションができるわけで、そういうものは非常に私は重要ではないかと思っています。それと、大体そういう大量殺人事件を起こす人は、むしろ死刑制度があるから、死刑になりたいからとやるケースが非常に多いんです。第1回で提出した資料18番で、39ページに死刑になりたかった旨を被告人は述べたとされる事件の一覧というのがあるんです、近弁連の。これを見ると、もう2001年から2022年まで十数件こういうのがあって、非常に著名な事件が死刑になりたかったと。だからやっただと。動機が死刑になりたいという動機でやっているわけで、むしろ死刑があることによって犯罪を犯しているという面があるので、やはり抑止力はないにもかかわらず、さらに犯罪を犯す動機付けになっているというのが、非常に私は問題だと思っています。

●井田座長 藤本先生、どうぞ。

●藤本委員 いまだに抑止力が問題になっているようですが、アメリカでは古くからセリン(T. Sellin)が死刑の抑止力の研究をしまして、ある州での死刑存置と死刑廃止前後の凶悪犯罪の発生件数を比べてみるとそれほど変わらない。言い換えれば死刑には抑止力はないんだという研究結果を発表しています。同時に、死刑を廃止した州と廃止しない州を比べたら、これもほとんど変わらない。つまり、死刑には抑止力はないんだという説もありますし、あるいは抑止力が

あるという説もありますから、抑止力は死刑制度に伴う大きな問題の一つだと思います。

それはともかく、本日の第一報告の松原先生が刑法学の立場から死刑問題を分析されました。多分応報刑論の立場だと思うのですが、松原先生の「刑罰の正当化根拠と死刑の関係」からの検討の中で、刑法上は一般的に認められている「死刑と特別予防」とか、「死刑と一般予防」とか、「死刑と応報」とか、あるいは「死刑と国民感情」という視点からの分析がなされた後で、加害者の処罰で被害者の遺族は救われない。遺族感情の充足は刑罰の主要な目的とは言えないと指摘されました。これは井田先生の考えにも直結してくるのだらうと思うのですが、その他にももう一つ、特に「誤判及び死刑の選択の問題」について述べられまして、一人の人間の命を奪うことを内容とする死刑という刑罰の特徴を際立たせるものが誤判なんだという意見を表明されました。

第二報告の椎橋先生は、時間がなくて中途半端に終わってしまったと思うのですが、もともと椎橋先生はアメリカの判例の研究をしていますので、どうも「スーパー・デュー・プロセス」という言葉、笹倉先生が使っている言葉に抵抗を示されたようでして、しかも今日は詳しくは述べられませんでした。死刑存置論の立場から椎橋先生は、アメリカの死刑は特別であるという認識から、死刑事件の事実認定・量刑は慎重な手続の下に行われているのに対して、我が国は特別に慎重な手続を採用していないとの見解は適切とは言えないと、これも笹倉先生の考え方を少し批判されていると思うのですが、これは多分アメリカ判例研究がかなり古くから中央大学で研究されていて、その中から出てきた流れであって、笹倉先生のような新しい提案であるスーパー・デュー・プロセスについては、やはりまだまだ研究がされていないと思うので、そのあたり見解の相違があったと思うのですが、椎橋先生は、昔から我が国の死刑制度の運用のほうが事実認定・量刑の両面において慎重であると評価してよいと結論づけているようですから、そのあたりの相違点が出てきたのだと思います。

ただ、今日の井田座長の話聞きまして、実害対応型の刑法理論ではなくて、先生は規範保護型の応報刑論という言葉を使いませんでしたけれども、ヨーロッパ諸国の死刑廃止の理論的基盤であるとしたこの規範保護型応報刑論に視点を当てれば、被害者の感情による死刑の正当性を排除できて、加害者と被害者の対立構造というものが払拭できる。そして、その中に新しい法益保護のために人命を犠牲にする制度である死刑の廃止というものが視野に入ってくるから、そういったヨーロッパ諸国がとっているような新しい応報刑のほうがいいのではないかという意見を提示されました。

そうした3人の先生方の難しい理屈もよく分かるのですが、私はそうした難しい議論はともかくとしても、犯罪という刑法その他の刑罰法規に違反する行為に対して、罰金刑や拘禁刑という刑罰を科すことは、これは社会的正義の実現という見地からは当然は認められるんだと思います。ところが、刑罰の目的が犯罪者の改善教育にあって、社会復帰を促進し、再犯を防止することにあると考える私の教育刑論の立場からすれば、今のような難しい用語を用いて理論を展開しなくても、死刑はこの刑罰目的を達することが不可能であるという点で、たとえそれが社会的正義を実現するという観点からだったとしても、結局、刑罰目的を実現できない「刑罰としての死刑制度」というものは問題であるというふうに結論づけたほうが簡単だと、今日のディスカッションを聞いておましてそう思いましたので、一言付け加えたいと思います。

●井田座長 ありがとうございます。他にございますか。どうぞ、林委員。

●林委員 意見ではございません。今日の議論の抑止力の部分は、やはり消極的一般予防としての抑止力と規範的積極的一般予防としての規範力を強化するという抑止力と、このことはこれか

らよく分けて議論した方がよいと思います。皆さん、どちらの抑止力を念頭に置いて議論するかというのは、なかなか刑法を専門にやっておられないと分からないと思うからです。これは、今後の議論の仕方として一つの提案でございます。

●井田座長 いつか、抑止力について本格的な検討をするときに、その点も明確にして議論したいと思います。

●中本委員 その前に、死刑があるのと仮釈放のない終身刑があるのとで、そういう積極的な一般予防に顕著な違いが出てくるのでしょうか。

●井田座長 ありがとうございます。そこはまた議論の対象になるところだと思います。そこを含めていつか論点にしたいと思います。どうぞお願いします、金高委員。

●金高委員 一般的な規範力については、おそらく死刑があるから殺人が止まるというその効果は限定的だと思います。というのは、一般に人を普通に殺しても死刑にはならないからです。要するにブレーキ機能が弱いんだと思うのですよ。ただ、ものすごい殺人、いろんながありますよね。例えばテロもあれば、日本には暴力団もいます。世界にはマフィアもいます。私は以前イタリアにいましたけれど、何人殺しても死なないわけですよ。当時あった事件で、24年間逃亡していたコレオーネ一家の首領が捕まったのですけれども、この男は200人の殺人で手配されていて、26回終身刑を受けました。捕まってから30年間獄中にいて病死しましたけれども、その間、かなり組織をコントロールしていたと言われていました。脱獄をしようとして看守を殺しても刑は変わらないんです。何をしてもその状況は変わらないわけですよ。

私は死刑があるのとないのとでは違うと思いますし、これ今係争中の事件なので、なかなか論評が難しいのですけれども、今、日本の暴力団も、首領に対する死刑判決によって、全国の親分が見ていますから、一般市民に対する銃撃事件、襲撃事件というのは極端に減りました。ですから、そういう極端な事件に対する効果は探せばいくらかでもあると思います。

●井田座長 ありがとうございます。今日の議論の中で、今後のこの懇話会における検討の中で、死刑の抑止力ないし一般予防効果の問題が一つの大きな争点となることは確認できたように思います。時間がもうあと5分ほどしかございませんので、議論はこのぐらいにすることにして、議事次第にあります、法務省矯正局との交渉経過について、川村事務局長のほうから、ご説明をいただけますか。

(4) 法務省矯正局との交渉経過について

●川村事務局長 事務局のほうから法務省矯正局との交渉経過について、ご説明いたします。

懇話会委員の何人かの先生方から、現場視察を含めた情報開示を法務省に要請するべきだというご意見をいただきました。この点、藤本委員のほうから、法務省矯正局にお話しして下さったということを伺いまして、第2回懇話会の翌日3月12日に、日弁連の死刑制度廃止本部本部長代行の加毛弁護士と私の2人で法務省矯正局長と企画官のお二人に面談して要請をしてまいりました。

これに対して、3月22日にお返事がありました。このお返事の内容については、懇話会委員の先生方にご紹介してもよいということでしたので、概要をご紹介します。口頭でのお返事でしたので、一字一句正確ということではなく、要旨をお伝えするということでご了解いただければと思います。

「刑場は、死刑という最も重い刑を執行する厳粛な場であり、その性質上、本来公開になじまない場所である上、死刑確定者やその家族の名誉や心情に対する配慮等を考慮すれば、一般に公開することは相当でないと考えています」と。「これまでも衆参両院の議員調査権の発動でなければ視察もできないという対応をしてきました。懇話会の委員でもいらっしゃる平沢勝栄先生の議連からの申し入れに対しても今のような趣旨でお断りをしました。懇話会は日弁連が事務局をしているということは承知していますが、委員の皆さんはあくまでの民間の方たちなので、視察に応じることはできません。仮に公開ではなくて、非公開で何人かの委員の方だけが、非公開で見に来るといような形であったとしても、同様のお答えになります」と。

これを踏まえて、では、刑場視察は無理だとしても、執行に立ち会った経験のある現職の職員の方からヒアリングをすることはできないだろうかというふうにお尋ねしましたところ、「執行に立ち会って見聞きしたことは、守秘義務に属することであり、現場職員がヒアリングでお話することは難しい」と。では、現場職員は難しくても、最近の運用についてご存知のOBの方をご紹介いただくことはできないかと重ねてお尋ねをしたら、「職員個人にはいろいろな考えの人がいると思うけれども、法務省からの紹介ということだと、法務省の見解以外のことはお話しできなくなるということになって、目的を達することはできないのではないか」と。

そうであれば、紹介という形ではなく、当方の伝手で応じてもらえる人を探して話してもらうことは構わないですかというふうにお尋ねしましたら、「それは個人個人の判断で行うことであって、法務省としてそれを妨げるものではありません」というお答えがありました。

ですので、現時点において、法務省の正式のルートで刑場視察とか、あるいは職員のヒアリングを行うということはできないというふうに事務局としては判断をいたしまして、最後の法務省として妨げるものではないというところを頼りに個人的な伝手の中でヒアリングに応じてくれそうな元職員の方々を探すということをしましたけれども、実際に執行の経験のある、執行に立ち会った経験のある方々は、「忘れたい記憶であって、もう思い出したくもない」と。「とてもつらい経験であって、お話をすることは難しい」といようなお答えの方しか、今のところ見つかっておりませんで、引き続きどなたをお呼びするかということを検討中という状況になります。以上です。

(5) その他

●井田座長 次回以降の懇話会の予定についてご相談させていただきます。次回5月13日ですが、今のところ、ドイツ大使のフォン・ゲツェさんがいらっしゃる、1時間弱の時間を割いてくださる予定です。その中でプレゼンをしてくださり、また質疑応答に応じてくださるとのことです。また、5月13日には、前回、神津委員から、裁判官が裁判員に対して量刑に關しどういう説明をしているのか、というご質問がございましたので、元刑事裁判官であり、裁判員裁判の経験も豊富な、早稲田大学の稗田教授にご依頼したところ、ご快諾くださいました。その点についてのお話を伺えるものと期待しております。

さらに、5月13日には、被害者支援問題の第一人者でいらっしゃる慶応義塾大学の太田達也教授に来ていただき、被害者支援と死刑制度というテーマでお話をさせていただきます。

次々回の6月17日は、一つのテーマとして、憲法と死刑制度ないし人権思想と死刑制度という重要問題を取り上げ、これについては、著名な憲法学者である早稲田大学の長谷部恭男教授が来

てくださってお話しくださる予定です。同じ日には、さらに外国における被害者支援ということで、一つはドイツにおける被害者支援、これは中央大学の滝沢誠教授が、そして北欧における被害者支援については、琉球大学の矢野恵美教授が来てくださりプレゼンをしてくださいます。その後の予定につきましても、準備を進めておりますけれども、テーマについても講演者についても未定の状況であります。以上です。

それでは、予定の時間を少し過ぎてしまいましたけれども、本日の懇話会、これで終わりにしたいと思います。次回もよろしく願いいたします。ありがとうございました。

(第3回終了)