

翻 訳

ヨアヒム・ヘルマン

日本における死刑——「不条理な」刑罰——

田 口 守 一

小 川 佳 樹

Joachim Herrmann, Death Penalty in Japan : An “Absurd” Punishment
(*translated by Morikazu Taguchi & Yoshiki Ogawa*)

- I. はじめに
- II. 刑法と死刑
 - A. 日本
 - B. ドイツ
 - C. アメリカ合衆国
- III. 死刑の宣告からその執行まで
 - A. 法務大臣の裁量
 - B. 死刑囚監房での長い待ち時間
 - C. 日本の拘置所における死刑囚監房の苛酷な状況
 - D. 日本の死刑執行を取り巻く秘密主義
- IV. 結語

I. はじめに

フランスの著名な作家にして哲学者、アルベール・カミュの1957年の
 作に「ギロチン」がある。⁽¹⁾死刑廃止論を展開するこのエッセイの冒頭に

いて、カミュは彼の父について聞いたという話を紹介している。カミュは父親に会ったことがなく、その話は彼が父に関して知っている数少ない事柄の1つであるという。以下は、カミュが伝える話の要約である。

第1次世界大戦の少し前のこと、きわめて非道な犯罪を行った1人の男——その男は、農夫の1家族を、親子ともども殺害したのであった——が、アルジェの裁判所で死刑の宣告を受けた。男は農場労働者であり、被害者を殺害したのみならず金品も奪っていたのであるが、動機はその殺人嗜好にあった。この事件によってアルジェは騒然となった。このような怪物に対しては斬首ですらまだ刑が軽過ぎるというのが世論であり、それはまた、カミュの父の意見でもあった。彼は、何よりも子供が殺されたということに憤りを覚えていたのである。それ故、彼は生れてはじめて公開処刑を見にゆくことにした。処刑は早朝に行われ、場所は街の反対側のはずれにあった。彼は、夜中に起き出して刑場に向かう人の群れに加わったのである。

刑場から戻ってきたとき、彼はそこで見たことを誰にも語らなかつた。とても急いで帰ってきた様子で、顔には当惑の表情を浮かべていた。そして、何も言わずにベッドに横になり、突然、嘔吐し始めたのであった。彼は、正義についてのもったいぶった決まり文句の裏に隠されていた現実を知ったのである。虐殺された子供達のことは頭になかつた。彼が思い浮かべることができたのは、首を断ち切られるために厚板の上に押えつけられた体が、ぶるぶると震えている様子だけであつた。

もう1人の偉大な実存主義哲学者、ジャン・ポール・サルトルと同じく、カミュは、その思想をしばしば学術論文ではなく、エッセイや小説といった手法を用いて表現している。彼の哲学の基調をなしていたものの1つが、生の「不条理」である。もっとも、カミュはあらゆる生が「不条理な」ものだとはしていない。彼は、むしろ次のように説明している。すなわち、生においては、或る種の出来事、それを「不条理」と観念することによってはじめて適切に理解することが可能となる、そういった出来事と

いうものが存在する、と。

カミュの父親が遭遇したのは、そのような「不条理な」出来事であった。彼は正義感の強い人物であった。だからこそ、眠る代わりに夜通し歩くことを選んだのである。正義が行われるのを見るために。しかし、それまで正義だと考えていたものに接するや否や、彼はそれに打ちのめされ、吐き気を催したのであった。カミュの父が一言も語らなかつたというのは、いまや無意味で非合理的かつ不可解な、換言すれば「不条理な」ものだけということを知ってしまった刑罰について何も言えることがなかつたためであった。彼は、正義については何ら異存はなかつたが、それがどのように行われるのかを見て衝撃を受けたのであった。

「不条理」とは、カミュにおいては情緒的体験のみを意味するものではない。もしそれが情緒的な体験を意味するに過ぎないのであれば、彼の父親の問題は、犯罪者の処刑を閉ざされたドアの奥で行うならば、それで解決され得ることになる。このような運用は、現在でもなお死刑を維持しているほとんどすべての国において共通のものとなっている。日本における死刑の執行は、さらに独特の秘密主義の下に運用されている。

カミュのいう「不条理」とは、知性に関わる要素をも併せもつものであり、したがって、もっと広い概念である。生において普段あまり問題にされることなく受容されている出来事も、敢えてより近づいてみると、無意味で非合理的かつ不可解な、換言すれば「不条理な」ものとしてあらわれてくるということがあり得る。「不条理」という概念は、それ故、新たな視角を与え、そしてまた、より深い洞察を得ることに資するものである。同時にそれは、新たな答を見出す機会をも提供してくれるかもしれない。

カミュは法律家ではなかつた。したがって、彼は、死刑それ自体だけではなく、その宣告および執行の仕方について定める法も同様に「不条理な」ものといえるのではないか、という問題に関心を向けることはなかつた。しかし、法律家にとっては、カミュよりもさらに1歩進んで、死刑の

宣告・執行の基礎となる法が、非合理的で非理性的、無意味で不可解なものとしてあらわれてくるのか、もしそうだとすれば、それはどれほどのものなのかを問うてみることは、意義深いこととは考えられないだろうか。これは、死刑は他の刑罰と同種のものに過ぎないとは考えないのであれば、有益なアプローチのように思われる。死刑は、むしろ、他の刑罰とは質的に異なり、それ故、特別な法的保護措置を採ることが求められるものなのである。

日本においては、死刑の問題に関して社会的に白熱した議論が行われてきたとはいえない。しかしながら、他の多くの国々と同様、この刑罰については果てしない論争が繰り返されてきている。死刑存置論と廃止論の応酬はしばしばなされてきたので、もはやすべてが語り尽くされた感もあろう。それ故、カミュの「不条理」の概念をとりあげて、いくつかの新たな問いを提起してみることに、意味があるのではないかと思われる。

以上のことは、比較法的アプローチを手掛りにして行われる。日本の刑法および刑事手続法がドイツ法とアメリカ法の影響を強く受けたものであって、日本の研究者もこれら2つの法体系の動向をフォローすることに力を注いできたことに鑑みれば、これらの法体系を評価の基準としてとりあげることがごく自然なことのように思われる。合衆国は、日本と同様、死刑制度を維持している。それ故、比較法的考察はアメリカ法を中心に行われることになる。もっとも、ドイツ法——そこでは、確かに、死刑は廃止されているが——を参照することによっても、いくつかの興味深い問題側面が明らかにされるであろう。

以下では、問題を2つの章に分けて論じる。第1の章では、日本ではどのような場合に死刑が言い渡され得るのか、またそれが実際に言い渡されているのはどのような場合なのかについてみることにする。この日本法をドイツ法——無期刑が最も厳しい刑とされている——と比較することによって、量刑判断の法的構造に関する興味深い相違が明らかにされるであろう。また、合衆国の状況を観察するならば、この相違はいつそう顕著なも

のとなると思われる。合衆国においては38の州が死刑制度を維持しているが、これらの州では新しい法律を制定し、死刑の決定に関する新たな基準を作り出すことが試みられているのである。そして、次に、第2の章では、日本の独特な死刑執行方法について述べたうえで、それをアメリカの実務と比較してみることにする。

II. 刑法と死刑

A. 日 本

日本の刑法典は、17個ほどの罪について死刑を定めている。もっとも、統計によれば、それが実際に言い渡されているのは殺人および強盗殺人事件に限られている。しかし、日本の刑法典は、裁判官がどのような刑を言い渡すかを決定するに際して指針となるような規準を定めてはいない。強盗殺人に対する刑は、死刑または無期徒刑である。殺人事件については、その刑は死刑、無期または3年以上の有期徒刑であり、裁判官の裁量の範囲はさらに広い。また、3年の刑はその執行を猶予され得ることになっている。前田博士は、死刑かそれとも無期徒刑かという選択において、裁判官は、大抵の場合、不文の準則や基準に従っており、それ故、その裁量は厳格に規制されているのだということを実証的研究に基づき明らかにしようとした。⁽²⁾ 宮澤博士の見解は、しかし、これとは異なる。⁽³⁾ 博士によれば、被告人がどのような種類の刑罰を言い渡されるかは、専らその運に係っているということになる。宮澤博士は、それぞれ死刑と自由刑が言い渡された2件の殺人被告事件に関して、或る経験豊かな著名裁判官が博士に語ったという話を伝えている。すなわち、その裁判官の意見によれば、これら2件のうち1件について死刑が科されたのは、専ら、当該裁判所を構成した裁判官が基本的には死刑制度に好意的であったことによる、というのである。この裁判官の考えでは、自由刑の言渡しを受けた被告人が犯した罪の方がより重大なものであったという。

明らかに、前田博士のいう不文の準則や基準といったものは、博士が示そうとしたほど完全に機能はしていない。もっとも、このことは主たる問題ではない。問われるべきなのは、法律の規定ではなく不文の準則や基準といったものに依拠することが、現代の憲法および憲法理論と調和するの
か否か、である。日本の研究者は、日本国憲法 31 条を「法律なければ刑罰なし」の原則の保障を含むものと解釈してきた。団藤博士がその有名な刑法総論の教科書で述べているように、この原則は、「刑罰の種類およびその程度が法律によって定められていること」⁽⁴⁾を要求するものである。

平野博士は、しかし、次のように指摘している。すなわち、日本の刑法典は問題の解決の多くを裁判官や検察官、警察官の判断に委ねており、したがって、それはかなりの程度まで「象徴的機能」を果たしているに過ぎない⁽⁵⁾と。そのうえで、博士は、日本の刑事司法において裁判官や検察官、警察官は概して広範な裁量を行使しているが、その裁量は無制約ではなく、統制され、構造化されたものとなっていると説明している。現代の憲法の下では、このような「象徴的立法」と非法律的な基準や準則を組み合わせることは、さほど重大ではない事件や軽微な事件を処理するためには妥当なメカニズムだと考えられる。もし細かい点まで法律の規定で規制しようとするならば、それらの規定は複雑で分かり難いものになってしまうであろう。

しかしながら、「象徴的立法」を重要な事件を処理する基礎として受容することも許されるというのには、疑問があるように思われる。そして、死刑事件がこのような重要事件の 1 つに分類されるべきだということには、疑いはないであろう。日本国憲法の指導原理でもある「法律なければ刑罰なし」の原則、適正手続、および「法治国家」の観念により、刑事司法の領域における政府の権力は法によって制約され、体系化されることが求められている。法律の規定は民主主義的な基礎をもち、不文の準則や基準といったものと比べて、刑事司法の運営における予測可能性と統一性をより良く保障するものである。これら不文の準則や基準といったものは、

刑事司法の運営のなかで目に見えない慣行によって作り出される。それらは容易に変化し得るものであるし、宮澤博士が指摘されるように、常に依拠されるとは限らないものなのである。

法律の規定とは異なり、不文の準則や基準なるものは、公表されることがないが故に被告人や弁護人には知られないということがしばしばである。このことは、日本の裁判官の死刑に関する判断の指針となる準則についてもあてはまるのではないかと思われる。その結果、被告人や被告人は、日本の公判においてなぜ死刑が言い渡されるべきではないかを論じようとすると、彼らが知らない何かに対して防御を行わなければならないということになる。このことは、スペインの作家セルバンテスの小説に登場する悲劇の騎士、ドン・キホーテの所行にたとえることができよう。ドン・キホーテは、風車のことを自分を攻撃してくる敵だと考え、それに戦いを挑んだのである。

ドン・キホーテの風車との戦いは、まさにカミュがいう生の「不条理」の1つの例と捉えることができよう。そして、これらすべてを考慮すると、次のように問うことが可能であろう。すなわち、「象徴的立法」、日本の裁判官の広範な裁量、実務におけるその行使の態様、そして何よりも、被告人・弁護人は目に見えない準則や規準といったものと戦うことを求められるという点、これらは「不条理な」性質のあらわれではないのか、と。

B. ドイツ

この問題に対する新たな答えを発見しようとするならば、日本から目を転じて、他の法体系において殺人がどのように処罰されているかをみてみるのが有益ではないかと思われる。ドイツは死刑を廃止しているが、それでもなお、その刑法典は詳細な規定において様々なタイプの殺人を区別し、それらについて異なるレベルの刑を定めている。

ドイツ法の下では、故殺は5年以上15年以下の刑で処罰される。謀殺、

すなわち、当該殺人行為について加重事情が存在すると裁判官が認めた場合には、無期刑が言い渡されなければならない。ドイツ刑法典には以下の加重事情が掲げられている。

- 殺人嗜好に基づく殺人
- 性欲を満足させるための殺人
- 金銭的利益を得ることを目的とした殺人
- 卑劣な動機による殺人
- 背信的な殺人
- 残酷な殺人
- 公共の危険を生じさせる方法を用いた殺人
- 他の犯罪行為の遂行を可能にするため、或いはそれを隠蔽するために行われた殺人

行為が憤激に駆られたものであったなど比較的重大ではない故殺の場合については、ドイツ刑法典は 1 年以上 10 年以下の自由刑を法定している⁽⁶⁾。

謀殺について定めるドイツ刑法典の規定のなかには、やや抽象的で漠然としたものもあることは確かである。例えば、何をもって卑劣な動機とするのか、またどのような場合に殺人が背信的とされ得るのであろうか。しかし、ドイツの裁判所は、数多くの事件のなかでこれらの規定の解釈を展開することによって、これらを明確でより具体的なものとしてきた。裁判所は、将来の事件において依拠されるであろう一種の「判例法」を発展させてきたのである。そして、ドイツの裁判所の裁判は、その多くが公刊物に登載されるため、関心のある者は誰でも、現在のところ何が法であるのかを知り、また将来のそれがどのようなものであるかを推測することができるのである。

付け加えるに、他のヨーロッパ諸国の刑法典においても、殺人に関する法は同様のやり方で体系化されている。1994 年のフランスの新刑法典は

その1つの例といえよう。同法典には2つのタイプの殺人が規定されている。すなわち、通常の殺人に対する刑は30年の自由刑である(しかし、この場合、裁判所には、1年以上の刑を言い渡す権限が認められている)。また、殺人について加重事情が存在する場合については、無期刑が法定されている(もっとも、この無期刑は2年以上の有期刑に軽減され得る)。そして、この刑法典には刑の加重事由が明確に定められている。例えば、殺人が行為者の予謀をともなったものである場合、殺人が他の罪を犯す過程で或いはその準備中に行われたものである場合、または殺人の被害者が年少者、行為者の直系尊属、身体・精神に障害を負った者、裁判官、検察官、弁護士若しくは証人である場合、などといったように⁽⁷⁾。また、ドイツにおける実務と同様、フランスの裁判所も、その裁判を通じて、これらの規定をより具体的に実際に適用し易いものとしてきている。

以上は、どのような刑罰を言い渡すかを個々の事例で決定するにおいて、ヨーロッパ諸国の法典の規定は、「判例法」とあいまって、裁判官が容易に答えに到達することを可能にしていると主張しようとするものではない。ただ、日本の刑法典とは異なり、ヨーロッパ諸国の法典および「判例」は、最も厳しい刑罰の適用を、程度の差はあれ、厳密に定義された若干の殺人の事例に制限している。それ故、いわば「道路標識」が立てられており、これによって裁判官の裁量は統制され、体系化されているのである。

C. アメリカ合衆国

死刑が法定された犯罪に関する事件において、裁判官にどの程度の裁量が認められるべきか、という問題は、合衆国においては、死刑の合憲性についてのドラマティックな論争の原因でもあった。1972年、アメリカ合衆国連邦最高裁判所は、ファーマン対ジョージア州事件判決において、死刑事件における無統制・無基準の裁量は修正8条の残虐で異常な刑罰の禁止に違反するという画期的な判断を示した⁽⁸⁾。この判断に加わった裁判官の

うち、2名の裁判官は、死刑は修正8条に絶対的に違反するとした。この2名とともに連邦最高裁の多数派を形成した他の3名の裁判官は、裁量が無統制である場合、死刑は予測が不可能なものとなり、したがって残虐かつ異常な刑罰となるという立場を採った。これらの裁判官は、さらに、死刑は人種や貧困、或いは無知といったものに基づいて科されおり、その言渡しに不統一が生じていると述べている。ここで重要なのは、そのような差別を個々の事件において証明することは要求されなかったという点である。裁判官らは、むしろ、裁量が無統制であるために死刑が恣意的に、或いは差別的に科される危険が創出されることで十分だと考えたのであった。

ファーマン判決により、合衆国の死刑に関する法律はそのすべてが無効となった。なぜなら、これらの法律には裁量行使の指針がまったく定められていなかったからである。しかし、州の多くは、死刑を簡単にあきらめることはなかった。多くの州では、2、3年のあいだに死刑に関する新たな法律が制定されたのである。これらの法律のなかの或るものは、一定の場合について死刑が必要的・自動的に科されるよう規定していた。つまり、裁量が無統制で過度に広範であるという問題を、裁量を全面的に排除することによって解決しようとしたのである。しかし、1976年、連邦最高裁は、このように死刑の言渡しを必要的なものとする法律は犯罪者の人格の尊重を保障した修正8条に違反すると判示した。⁽⁹⁾ これらの法律によれば、同種の犯罪で有罪とされた被告人間で、さらに責任の程度を区別することは禁止されることになる。また、これらは当該被告人の特性或いは前歴を考慮することを不可能とするものであった。

ファーマン判決後に制定された新しい法律の多くは、これとは異なるアプローチを採っている。すなわち、これらは、死刑を科すべきか否かを決定するに際して裁判官或いは陪審によって考慮されるべき加重・軽減事情を規定しておくという手法によって裁量の統制・体系化を図るシステムを採用したのである。合衆国の刑事公判は、陪審の面前で行われる場合と裁

判官の面前で行われる場合とがある。陪審が公判に関与することはまれであるが、死刑事件はその重大性から陪審の面前で審理されることが多い。被告人が有罪と宣告されると、量刑を決定するための独立の審理手続が行われる。伝統的には、この量刑審理手続は裁判官によってなされてきた。しかし、死刑に関する新しい法律の多くにおいては、この量刑審理手続は陪審の前で行われるよう定められている。つまり、これらの法律は、死刑に関する判断を陪審に行わせることによって、被告人に対する特別な手続的保護措置を講じようとしたのである。これら新しい法律のなかで、伝統的な形式に従って陪審を量刑審理から排除しているものは、ごくわずかである。

量刑審理においては、検察官および弁護人は、罪責認定手続では提出されなかった証拠を提出し、弁論を行う。審理が終了した後、陪審または裁判官は、加重・軽減事情に関する審理の結果に基づき、死刑と無期刑のいずれを言い渡すかを決定する。また、仮釈放の可能性についても判断する権限が認められていることもしばしばである。

連邦最高裁は、いくつかの事件において、このような法律を合憲と判示している。恣意的な量刑が行われる可能性を減ずるものであるというのがその理由である。⁽¹⁰⁾ 連邦最高裁は、刑の加重・軽減の規準を活用して量刑判断を体系化すること、および量刑審理手続を分離して独立のものとすることは、被告人の保護のためには不可欠なメカニズムだと考えたのである。このことは特に注目に値する。なぜなら、アメリカの刑事司法の運営は、概して検察官や裁判官、或いは陪審の無限定で抑制のない裁量に支配されたものだからである。すなわち、アメリカの検察官は、死刑が法定された犯罪で訴追するか否か、死刑法定犯罪に関して答弁取引を行うか否かを自由に決めることができる。また、被告人が死刑法定犯罪で訴追されていても、アメリカの陪審や裁判官は、死刑が法定されていない被包含犯罪で有罪宣告を行うことができるのである。

このように、通常の事件においては裁量が広範で抑制されないことが問

題とはされない一方、死刑事件では裁量が制限され体系化されるべきだとされるが、連邦最高裁はこのような両者のあいだの不統一を認識していた。この点についての連邦最高裁の見解は、死刑は他の刑罰とは質的に異なるものであるから、死刑事件においては予測可能性を高めることとならんで特別な手続的保護措置を講じることが不可欠になる、というものであった。連邦最高裁は、死刑に関する或る判決のなかで、次のように論じている。すなわち、「修正 8 条の基礎にある人間性の基本的尊重」は、「死刑を科すプロセスにおける憲法上不可欠の構成要素として、個々の犯罪者の特性や前歴、当該犯罪の情況」を考慮することを要求するものである⁽¹¹⁾と。死刑事件において手続的保護を強化することがなぜ必要とされるのかという理由は、連邦最高裁によれば、「成熟してゆく社会の進歩を示すものとして発展してゆく礼節の基準」に求められる⁽¹²⁾。

比較という観点から興味深いのは、日本国憲法にも同様に残虐な刑罰を禁止する規定が存在するということである。日本国憲法には、他に、生命の保護および個人の尊重に関する規定もある。しかし、確認できる限り、日本の裁判官がこれらの規定を解釈するにあたってアメリカ連邦最高裁によって採用されたアプローチに匹敵するほど動的な手法を採るということは、従来なかった。日本の最高裁判所が 1948 年に下した或る判決において、島裁判官は、残虐というのは可変的な概念であって、国民感情と同じく時代の変化とともに変わり得るものだと述べている⁽¹³⁾。これは、しかし、単なる傍論であり、その後に影響を及ぼすものではなかった。日本の裁判官は、その憲法を解釈するにあたって、もっと静的な手法を採っているように思われる（そのような手法は、日本の伝統的価値観にはより適合的なものなのかもしれないが）。

ファーマン判決以降に制定されたアメリカの死刑に関する法律では、程度の差はあれ、刑の加重事情が細かく規定されている。これらの加重事情のなかには、例えば重罪謀殺化法則のような、コモン・ローにおける伝統的な殺人の区分に類似するものもある。アメリカの法律における典型的な

加重事由は以下のようなものである。

- 謀殺が強盗等の暴力犯罪の遂行中に行われた場合
- 謀殺が適法な逮捕行為を回避するため、または適法な身柄拘束状態から逃れることを可能にするために行われたものである場合
- 謀殺が自由刑の執行を受けている者によるものである場合
- 謀殺者が謀殺または重罪たる何らかの暴力犯罪によって以前にも有罪宣告を受けたことがある場合
- 謀殺者が多数人が死亡する高度の危険を創出し、かつそのことを認識していた場合
- 謀殺が金銭上の利益を得ることを目的として行われた場合
- 謀殺が特に憎むべき、非道・残虐な態様で行われた場合

法律によっては、アメリカ特有の犯罪現象を捕捉するための特殊な規定が設けられていることがある。例えば、薬物に関する共同謀議の遂行においてなされた謀殺や走行中の車両からの発砲による謀殺に関する規定がこれである。

アメリカの新しい法律におけるこれらの規定は、ヨーロッパ諸国の刑法典における刑の加重に関する規準に、或る程度類似したものと見える。殺人が「特に憎むべき、非道・残虐な態様で」行われたとのアメリカの規定は、被告人の行為が「背信的」である、というドイツ刑法典の要件と同様の意味で漠然としているといわなければならない。ドイツの裁判所が「背信的」という概念と取り組んできたのと同様に、アメリカの裁判所も「憎むべき、非道・残虐な」という規定を解釈してこれらにより明確な内容を盛り込んできた⁽¹⁴⁾。これらの場合において、またそれ以外の場合においても、立法府と裁判所は、協力して明確で適用し易い定義を発展させ、それによって十分な指針を提供して裁量を制限してきたのである。

アメリカの量刑審理手続においては、陪審または裁判官が新しい法律に

掲げられた加重事情を1つでも認定したならば、死刑が宣告され得る。しかしながら、陪審や裁判官は死刑を言い渡すよう義務付けられるわけではない。とりわけ、刑の軽減事由が認定された場合はそうである。軽減事由のうち最も重要なものは、新しい法律に掲げられている。一般的には、法律は以下のような規準を定めている。

- 精神能力の低減または情緒障害の存在
- 他の者による強迫または支配の存在
- 犯罪を道徳的に正当化する事情、または犯罪について酌量される事情があると考えたこと
- 現実に殺人を行ったのが被告人ではなく謀殺罪の共犯者である他の者であって、被告人の当該犯罪における役割が相対的に小さいものであったこと
- 犯罪が行われた時点において被告人が若年であったこと
- 重大な犯罪歴の不存在

これらの事由のなかには、被告人の有罪・無罪を認定する際、責任を軽減ないし阻却する抗弁としても機能するものも含まれていることは間違いない。罪責認定手続において提出された証拠が第1級謀殺罪による有罪宣告を阻止するには十分なものではなかった場合でも、被告人はそれらの証拠を量刑審理手続に再度提出することができるのである。

連邦最高裁は、量刑審理手続において考慮され得る刑の軽減事情を法律によって制限することはできないという判断を示している⁽¹⁵⁾。法律に根拠をもたないが被告人によってしばしば主張される軽減事情としては、例えば、子供のころに虐待を受けていた、薬物やアルコールで問題を抱えている、などがある。軽減事情は被告人の刑事責任に関連するものである必要はなく、未決拘禁中の被告人の態度が良好であったなど、有意性をもつと考えられるあらゆる事情が含まれる。もっとも、軽減事由が認定された場合

でも、裁判官や陪審は直ちに死刑を免ずるよう義務付けられるわけではない。むしろ、加重・軽減事情の衡量が行われなければならないのである。この衡量は、例えば3つの軽減事由は1つの加重事由に優越するなどといった数学的公式を適用することによって行われるものではない。諸事情の衡量というものは価値判断の典型であって、裁判官や陪審は刑を加重・軽減するものとして示された事柄を総合的に考慮しなければならないのである。

しかしながら、他のあらゆる事情に優越する軽減事由が1つある。連邦最高裁は、謀殺罪の犯行時15歳であった被告人に対して死刑を科すことは発展してゆく礼節の基準に反するものであるという「社会的コンセンサス」が存在する、と述べている⁽¹⁶⁾。そのような「社会的コンセンサス」が現実に合衆国において存在するといえるのか否かについては、異論の余地もあろう。実際、19の州は、殺人者が15歳である場合について明文で死刑を規定していたのであるから。「社会的コンセンサス」という論拠は、それ故、アメリカの社会的現実を描写したものというよりも、むしろ、連邦最高裁による動的な憲法解釈の1つの例として理解しておくべきであろう。

刑の加重・軽減事情を衡量する際の指針が存在しないことに加えて、軽減事情とされるものの範囲が広いことにより、アメリカの陪審・裁判官にはその決定についてかなりの自由が認められることになる。したがって、この点を捉えて、日本の裁判官が死刑事件において享受している裁量と大差ないのだということも、或いは可能かもしれない。しかし、日本法とアメリカ法では、決定的に異なる点が2つある。その第1は、アメリカの陪審や裁判官が刑の加重事由として考慮することが許されるのは、法律に掲げられたもののみだということである。つまり、死刑がどのような場合に科され得るのかは、立法府によって明確にされていなければならないのである。第2に、合衆国においては、どのような加重・軽減の規準が考慮されるのかは秘密にされてはいない。これらの規準をどのように解釈するの

が妥当なのか、また、どのような事情が法律に定めがなくても刑の軽減事情として量刑審理に提出することが許されるべきなのかについて、広く議論が行われている。確かに、アメリカの新しい法律に掲げられた加重・軽減事情は完璧なものとはいえない。しかし、それらは、死刑に関する判断をより理性的で合理的、かつ明快なものとするために合衆国において真剣な努力が行われているということを証明するものである。

アメリカの死刑制度が存置されている州においては、被告人には、一般に、陪審による量刑審理を受ける権利が認められている。被告人がこの権利を放棄しない限り、陪審は、検察官・弁護人の提出する証拠を検討したうえで、被告人を死刑にするのかそれとも刑務所に送ることにするのかを全員一致の評決に基づいて決定することになる。死刑制度を存置している州の多くにおいては、この陪審の決定は裁判官を拘束するとされるが、州によっては、陪審は単に拘束力をもたない勧告を行うことができるだけだとされることもある。後者である場合、裁判官は、陪審の勧告が死刑であっても自由刑を言い渡すことが許されるが、同時に、陪審が無期刑を勧告している場合に死刑を宣告することもできるということになる。また、死刑か無期かの決定を裁判官に委ね、その判断に陪審がまったく関与しないという州も、わずかではあるが存在している。

連邦最高裁は、陪審が果たす役割を制限すること、或いはそれを完全に排除することを違憲だとはしていない。しかし、或る裁判官は、次のように述べている。すなわち、死刑事件においては、「現在のコミュニティーの価値観と刑罰制度との繋がりを維持するために」陪審によって量刑が行われることが望ましい⁽¹⁷⁾、と。同じ文脈で、この裁判官は「発展してゆく礼節の基準」および「成熟してゆく社会の進歩」にも言及している。これらの発言も、やはり、或る程度までは現代アメリカの法的推論に特有のものである動的な解釈の1つの例であると理解することが可能であろう。同時に、これらの発言は、死刑に関する法をより合理的で明快な、換言すれば、より「不条理」ではないものとしようという努力のあらわれである。

Ⅲ. 死刑の宣告からその執行まで

「不条理」とは、死刑が宣告されそれが執行されるまでの手続を評価する手掛りともなり得る概念である。日本におけるこの手続は、きわめて独特である。すなわち、法務大臣は、死刑の執行を命じるか否かについて、広範で抑制のない裁量を有している。死刑囚は、通例、死刑囚監房において長期にわたり辛く苦しい日々を送らなければならない。死刑囚監房の拘禁状況はきわめて苛酷なものである。また、刑の執行は秘密のベールに包まれている。

A. 法務大臣の裁量

日本の刑事訴訟法 475 条は、死刑は法務大臣の命令に基づき執行されるべきこと、またこの命令は判決の確定後 6 か月以内に発せられるべきことを定めている。同 476 条によれば、死刑の執行は法務大臣の命令が出された後 5 日以内に行われなければならない。これらの規定には、「しなければならない」という文言が用いられている。法律の解釈に関する一般的なルールに従うならば、この文言は当該規定が強行規定であるということの意味することになる。

日本の実務においては、しかし、この 5 日という期間だけが真剣に受けとめられているように思われる。歴代の法務大臣は執行命令を必ずしも 6 か月以内に出してきたわけではない⁽¹⁸⁾。多くの場合、その理由は、死刑囚が再審の請求や恩赦の出願を行うことにある。それらの手続が終了するまでの期間は、この 6 か月という期間に算入されない⁽¹⁹⁾。しかしながら、歴代の法務大臣は、それ以外の場合においても、この 6 か月という制限にこだわる必要はないと考えてきた。その結果、彼らは法律の要求を単なる勧告に変えてしまったのである。法務大臣というものは法に従うよう特に努力することが期待されるのだが。

執行命令の遅延の理由は公式には明らかにされていない。歴代の法務大臣は死刑囚に何らかのチャンスを与えるために執行命令を控えてきたとも考えられるかもしれないが、しかし、このチャンスなるものがどのようなものであり得るのかは、疑問であるように思われる。平沢貞道元死刑囚のケースは、執行命令が出されないのはもっとありふれた理由に基づくのではないかと推測させるものである。平沢氏は、1987年に95歳で病死するまで、32年間を死刑囚監房で過ごした。或る法務大臣経験者は、後にインタビューにおいてなぜ平沢氏の死刑執行命令に署名しなかったのかを尋ねられ、彼以前の歴代の法務大臣がこれまでしてこなかったことをするの⁽²⁰⁾にためらいがあったからだ、と答えている。

日本の統計によれば、死刑を言い渡される犯罪者は、例年、ほんの数人であり、実際に執行がなされる件数もごくわずかである。1999年においては死刑の宣告があったのは8件、執行されたのは「たった」5件であった。2000年については、これらの数字はそれぞれ14件、3件となっている。1990年代のはじめには、3年4か月にわたり死刑が執行されないという時期があった⁽²¹⁾。しかし、このことは、死刑を免ずるという一般的な傾向が始まったということによるものではなかった。すなわち、1993年には、7件の執行命令が出されたのであった⁽²²⁾。

日本の法務大臣は法律家ではないのが普通であり、したがって法的な枠組のなかで物事を考えることには慣れていないということを忘れてはならないであろう。法務大臣が率先して死刑執行命令を出しているようにはみえないこともしばしばである。むしろ、大臣は、同省に所属しているその部下が事件をもってくるのを待っているのである。それ故、生か死かを決めるにおいて最も重要な役割を果たしているのは常に法務大臣だというわけではなく、同省の官僚機構のどこかに所属しているその部下もそのような役割を果たすことがあるといえるのかも⁽²³⁾かもしれない。

そこで、以下のように問うことが許されるのではないかと思われる。すなわち、法に反して死刑執行命令を出さないという運用——それは、広範

で抑制されない裁量に支配されたものである——は、非理性的・非合理的で不可解な性質——すなわち、「不条理」性——を帯びることを免れることができるのであろうか、と。

B. 死刑囚監房での長い待ち時間

他の問題として、死刑囚は、通例、その刑が執行されるまで長期間にわたって死刑囚監房で過ごさなければならないという点がある。彼らは平均でも5年から10年待たなければならないが、それが20年から30年に及ぶという者も相当数に上ると伝えられている。⁽²⁴⁾既に述べたように、平沢元死刑囚は死亡するまで32年間を死刑囚監房で過ごした。免田栄元死刑囚も、同じく釈放されるまで拘置所で32年間にわたって苦しむことになった。周知のように、戦後の日本において死刑確定囚で最終的に無罪を勝ちとったのは免田氏が最初である⁽²⁵⁾(日本においては、多くの場合、手続の遅延は合衆国におけるよりもはるかに長期に及ぶという点は強調しておかなければならないであろう⁽²⁶⁾)。

日本の刑法32条は、死刑の執行について、その時効を30年と定めている。この明確な法律の要求にもかかわらず、平沢氏や免田氏などの死刑囚は、30年という期間が経過しても死刑囚監房から釈放されなかった。平沢氏は釈放を求めたが、法務省がその求めに応じることはなかった。法務省の主張は、刑法32条にいう「執行」とは、絞首それ自体を行うことだけでなく、判決を執行するにおいてとられるあらゆる措置をも含むものと解釈されるべきだというものであった。この解釈によれば、死刑の執行は死刑囚が死刑囚監房で絞首が行われるまでの待機を始めた時点から開始されるということになる。平沢氏は不服を申し立てたが、結局、日本の最高裁は法務省の主張を容れている⁽²⁷⁾。

この種の法的推論は、法典の文言を悪用することによって望ましい結果を得ようとする概念法学の典型例といわなければならない。それは、どのような利益が法規範によって保護されなければならないかを問うことを怠

るものである。他の国々の刑法典における刑の執行を制限する規定は、専ら、人間的な司法によれば果てしない復讐や抑止といったものは否定されるべきだ、という観念に基づくものである。このような観念が日本の刑事司法にとって異質なもののなかのどうか問われなければならないであろう。

最高裁の採る刑法 32 条の解釈は、裁判所が死刑を宣告する場合、公式に 2 つの刑が科されることになるという副作用をとまなうものである。すなわち、まず、30 年以上にも及ぶことがあり得る死刑囚監房への拘禁が、そして次に、絞首が。この種の法的推論が同一の犯罪について重ねて刑を科すことを禁ずることと調和するというのは、疑問であるように思われる。

現実には、日本においては、死刑とともに、第 3 の刑罰が科されている。処刑が果たして行われるのか、行われるならばそれはいつなのかは不明確であり、死刑囚監房における死刑囚の生活はこの不明確性に全面的に支配されているのである。死刑囚の生の本質は、殺されるのを待つことに縮減される。他者によって死を強いられるという不断の恐怖は強烈な心理的拷問であり、情緒面における障害や精神的障害、さらには身体的な障害さえも引き起こすものである。死刑囚は精神に異常をきたし、自殺の衝動に駆られる。このような人間性を剥奪する作用に鑑みると、死刑囚監房への長期の拘禁が不合理で無意味、かつ不可解な——すなわち、「不条理な」——刑罰であることは疑いないように思われる。

死刑囚が長期にわたって死刑囚監房において過ごさなければならないことについては、それはしばしば彼ら自身に責任があるのだと論じること、或いは可能かもしれない。というのも、彼らは、再審の請求や恩赦の出願を繰り返すことによって処刑を遅らせているからである。これは、しかし、シニカルな議論というべきであろう。死刑囚はその権利を行使しているに過ぎないのであるから。そしてまた、再審や恩赦の手續が係属中だからといって、死刑囚監房への長期の拘禁がもつ人間性を剥奪する作用が

和らぐというわけではない。これらの事情を考慮して、いくつかの国においては、裁判所によって、死刑囚監房への拘禁期間の延長は違法ないし違憲であるという判断が示されている。その帰結として、これらの裁判所は死刑を無期刑に変更している⁽²⁹⁾のである。

C. 日本の拘置所における死刑囚監房の苛酷な状況

日本の拘置所の死刑囚監房における生活に関する公式の情報存在しない。しかし、近年、非公式の情報源からではあるが、若干の報告が行われたことにより、この謎めいた領域も或る程度は明らかにされている。伝えられている事実のなかには、それらが真実ではないことを祈るばかりであるものも含まれているが、ここではこれらの報告を簡単にまとめておく⁽³⁰⁾ことにしよう。

日本の死刑囚は独房に拘禁される。その狭い房のなかを動き回することは許されない。また、体を横たえることが認められるのは、夜間か日中短時間の昼寝を摂る場合に限られる。同じ場所に1日中座っていなければならず、壁にもたれることも許されない。何年も、或いは何10年も房で過ごすなければならなくても、他の死刑囚と言葉を交わすことは許されない。お互いの顔を見ることさえ認められないこともしばしばである。死刑囚はきわめて厳格な軍隊的規律に服さなければならず、看守は彼らを名前ではなくその番号で呼ぶ。行うことが許されているのはごく単純な作業だけであって、多くの場合、それは折り紙である。ラジオやテレビ、パソコン、時計やカレンダーを個人で所有することは認められない。ラジオ番組は、当局が選んだものだけを聴くことができる。書籍については一定数までは所持することが許されるが、法律書や政治に関する雑誌は除かれているように思われる。

自殺するおそれのある死刑囚については、特別の房が存在する。そこでは1日中照明がつけられており、死刑囚をビデオカメラで監視することができるようになっている。房の窓は鉄板で塞がれていることがしばしばで

ある。鉄板には小さな穴があげられてはいるが、新鮮な空気を取り入れるのには不十分である。また、自殺を考えてはいないが再審の請求を行っている死刑囚は、この特別な房に拘禁されているとも伝えられている。彼らのなかには、それが数 10 年に及ぶ者もいるという。

日本の死刑囚監房における生活は、さらに、厳格な隔離主義に支配されているように思われる。死刑囚が接触することを許されるのは近親者と弁護士だけである。後者に関しては、それがついていればの話であるが。しかしながら、あらゆるコミュニケーションは、厳しく監督されている。また、メディアや国会議員その他の政治家と接触することは禁止されている。2001 年のはじめに訪日したヨーロッパ審議会の人権委員会のメンバーも、死刑囚との接触は認められなかった。この死刑囚は、その妻を通じて、接触を承諾していたのであるが。⁽³¹⁾

日本の死刑囚監房の状況と合衆国のそれとを比較してみることは興味深いと思われる。合衆国の死刑囚監房は苛酷かつ非人道的で品位を傷つけるものだと批判されてきた。しかし、いくつかの点では、日本の死刑囚監房における死刑囚の宿命は、アメリカの死刑囚のそれよりもさらにひどいものであるように思われる。

合衆国では——他の多くの国々と同様に——死刑囚がメディアとコミュニケーションをとることは自由である。また、メディアは自発的に死刑囚と接触を試みることができる。このような接触は、出版の自由を保障するアメリカ憲法の下、死刑囚の権利であると同時にメディアの権利でもあると解されている。メディアの自由は、それが存在しなければ政府の効率的なコントロールがきわめて困難になるが故に、民主主義にとって不可欠である。出版の自由は日本国憲法でも保障されている。メディアと死刑囚監房における死刑囚の接触を禁止することは、この自由の保障に照らして、どのようにして正当化されるのであろうか。

アメリカの死刑囚は、昼間であれば、家族や友人、弁護士に受信人払いで電話をかけることが許されているのが一般的である。また、死刑囚は定

期的に家族や友人と面会することができる。弁護士にはその必要があればいつでも死刑囚と面会する権利がある。刑事施設のなかにはいわゆる「接触面会」を認めるところもあり、その場合、死刑囚は自由に家族や友人のあいだを動きまわることができる。

日本においては、死刑囚は隔離される必要があると主張される。外部と接触することは精神の平穏および心情の安定を害するというのがその理由である。死刑囚は、ただその死に向かって準備を行い改悛に努めるべきだとされる⁽³²⁾。これらの主張は、精神の平穏・心情の安定がどのようにして確保されるべきかを指図するものであって、きわめて道徳主義的、パターンリスティックで権威主義的な姿勢のあらわれである。家族や友人と接することが死刑囚の情緒面での安定に何ら寄与するものではないという前提には、根拠がない。また、日本の死刑囚監房の劣悪な状況や死刑囚の生活のあらゆるところまで細かく統制している規則が与える苦痛を考えると、精神の平穏・心情の安定が確保される環境を作り出すことは非常に困難なように思われる。そのような非人道的で品位を傷つける状況が何らかの意味で死刑囚に資するものだと信じるのは、「不条理な」ことであろう。

D. 日本の死刑執行を取り巻く秘密主義

日本の死刑執行は秘密主義の下に運用されている。死刑囚は、自分がいつ死ぬことになるのかをその前日ないしは前々日に告知されることがある。しかし、いつもそうであるとは限らない。通常の場合、死刑囚は、看守が房から連れ出しに来た時になってはじめて自分がこれから処刑されるのだということを知るのである。それ故、死刑囚は絶え間ない恐怖のなかで生きることになる。足音が近づいてくるのを聞くたびに、死刑囚はその時が来たのではのではないかと怯えなければなら⁽³³⁾ない。

同様に、親族や弁護人も、死刑の執行については事後に告知される。親族らが死刑囚に手紙を書くとき、その手紙が実際に読まれることがあるのか、彼らにはわからないのである。また、彼らが死刑囚のもとを訪れると

き、それがその死刑囚に会う最後の機会なのかどうかを知ることもない。日本の当局は、死刑囚やその家族のプライバシーを保護するとともに、最後の土壇場での再審請求や感情的な場面を避けるため、処刑は秘密にされる必要があると主張している⁽³⁴⁾。

しかし、これらの議論は、死刑囚監房の運営を支配しているパターンナリスティックで権威主義的な態度のあらわれの1つに過ぎない。弁護人の再審を請求する権利に対する制約は重大である。また、一般国民は死刑がもうすぐ執行されると知らされることはないのであるから、なぜ死刑囚とその家族のプライバシーを理由に絶対的な秘密性が要請されることになるのかは、明らかではない。

合衆国においては、死刑の執行は常に一般国民に知らされる。その結果、死刑執行は、死刑に反対する人々の抗議と、その抗議に反対する人々の抗議をとまなうことになる。また、処刑が行われる施設の周りをメディアが囲んで大騒ぎするといったこともしばしば起こるのである。2001年の春には、ティモシー・マクベイの処刑がテレビで放映されるべきか否かについて公に討論が行われるということさえあった。マクベイは、168人が殺されたオクラホマ・シティー連邦ビルの爆破犯であった。彼は、自分は合衆国の敵であると述べたうえで、この合衆国の敵の処刑を公開で行うよう自ら求めたのである。

カミュの観察を想起するならば、公開処刑を復活させることは間違いなく「不条理な」ことだということができよう。同時に、次のことが問われなければならない。すなわち、それでは、非人道的で品位を傷つける副作用をとまなう秘密主義の下での死刑執行は「不条理な」ものではないのか、と。

IV. 結語

本稿の目的は、死刑の廃止を直接に主張することではない。むしろ、本

稿は、日本における死刑の2つの問題領域を明らかにするという、より限定された目標の達成を試みたものである。日本の刑法199条については、裁判官にほとんど無制限の裁量を与えるものであって、防御に対する制約は重大であるとの異議が唱えられてきた。死刑囚監房において死刑囚が受ける精神的・肉体的苦痛に対しても批判が向けられている。しかしながら、これらの批判が日本における死刑の終わりへの1つのステップとなると期待することもできよう。

もっとも、同時に、このような批判が今後も純粹にアカデミックなものにとどまるおそれも存在する。というのも、日本の世論は死刑に賛成しているだけではなく、死刑囚監房の状況に無関心だといわれているからである。⁽³⁵⁾このことは、日本で定期的に実施されている世論調査でも裏付けられている。⁽³⁶⁾これらの世論調査は、概してかなりの程度重視されているように思われる。

しかし、世論に全面的に依拠してしまうことは理性的な議論を終わらせることだと考えるべきであろう。一般国民というものは目に見えず、また何ら責任を負わない存在であって、その意見について理由を述べるということもない。しかし、現代の民主主義社会においては、社会的に重要な問題について公に議論が行われ、理性的な議論が交わされることが不可欠である。そして、死刑はそのような問題の1つである。

心理学者が述べるところによれば、世論調査の結果は質問の立て方によって容易に左右され得る。従来の日本の世論調査の設問はしばしば偏っており、死刑に賛成という回答に誘導しかねないものであった。⁽³⁷⁾そのような操作を考慮すれば、日本国民の意思なるものに依拠することはいっそう疑問である。

国民が死刑を強く支持しているというのは、合衆国においても一般的な論拠となっている。しかし、流れは変わりつつあるように思われる。1994年の世論調査では約80パーセントが死刑を支持していたのに対し、2001年のはじめには、その数字は65パーセントほどに低下している。⁽³⁸⁾また、

イリノイ州のライアン知事が、死刑囚監房の被収容者に誤って有罪とされた者が含まれていることが明らかになった後、同州におけるすべての死刑の執行を一時停止することを決定した際にも、国民一般からの批判は出なかった。

世論というものは明らかにとらえ所のないものであり、また、それは予想していたよりも急激に変化を遂げることがあり得る。日本において世論が今後どのように展開してゆくかは、まだわからないというべきである。

- (1) Albert Camus, Arthur Koestler, *Réflexions sur la Peine Capitale*, 125 (1957) [邦訳として、アルベール・カミュ (杉捷夫=川村克己訳)『ギロチン』(紀伊国屋書店、1958年)、佐藤朔=高島正明編『カミュ全集 9 尼僧への鎮魂歌・オルメドの騎士・ギロチン』159頁 [山崎庸一郎訳] (新潮社、1973年)] .
- (2) Hirano, *Die Japanisierung des westlichen Rechts im japanischen Strafrecht und Strafprozeßrecht*, in: Coing et al. eds., *Die Japanisierung des westlichen Rechts*, 387, 391 (1988) [邦訳として、平野龍一「刑法および刑事訴訟法における『西欧法の日本化』」警察研究61巻3号3頁 (1990年)]. See also Llompарт, *Die Vollstreckung der Todesstrafe in Japan*, 1 *The Review of Comparative Law* (Lublin, Poland) 155, 158, note 4 (1988).
- (3) Miyazawa, *Die Todesstrafe in Japan*, in: Haft et al. eds., *Strafgerichtigkeit—Festschrift für Arthur Kaufmann*, 729, 737-738 (1993). また、Petra Schmidt, *Die Todesstrafe in Japan*, 483 (1996) ; Llompарт, *La Pena de Muerte en el Japón*, 1992 *Revista de Derecho Penal y Criminología* 349, 354 は、東京の裁判所の方が大阪の裁判所よりも死刑の適用が緩やかであると指摘している。
- (4) Dando, *The Criminal Law of Japan: The General Part*, 23 (1997) [原著、団藤重光『刑法綱要総論 [第3版]』(創文社、1990年)].
- (5) Hirano, *supra* note 2, at 391.
- (6) ドイツ刑法211条-213条。
- (7) フランス刑法221-1条-221-4条、132-18条。
- (8) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972) [本判決の紹介として、例えば、生田典久「米国連邦最高裁の死刑違憲判決」ジュリスト511号116頁 (1972年)、松尾浩也「アメリカにおける死刑」現代法ジャーナル10号2頁 (1972年)、三井誠「米連邦最高裁『死刑違憲判決』の検討——“死刑は残虐かつ異常な刑罰”をめぐって」法律時報44巻12号83頁 (1972年)、鈴木義男「アメリカ法律協会の模範刑法典とニュー・ヨーク州の新刑法 (8・完)」法曹時報25巻12号16頁 (1973年)、浅利祐一「アメリカ合衆国最高裁判所判例における死刑の違憲審査基準 (1)」北大法学論集

- 36巻4号133頁(1986年)参照].
- (9) *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280 (1976); *Roberts v. Louisiana*, 428 U.S. 325 (1976).
- (10) *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *Proffitt v. Florida*, 428 U.S. 242 (1976); *Jurek v. Texas*, 428 U.S. 262 (1976) [これら注(9)および(10)に掲げられた一連の判決の紹介として、例えば、生田典久「米国最高裁の死刑に関する新判決とその背景(上)(下)」*ジュリスト*626号97頁、627号95頁(1976年)、『英米判例百選I公法』166頁〔三井誠〕(1978年)、浅利祐一「アメリカ合衆国最高裁判所判例における死刑の違憲審査基準(2・完)」*北大法学論集*38巻4号279頁(1988年)、藤倉皓一郎ほか編『英米判例百選〔第3版〕』118頁〔金原恭子〕(1996年)参照].
- (11) *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280, 304 (1976).
- (12) *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958).
- (13) Kim, Garcia, *Capital Punishment in the United States and Japan: Constitutionality, Justification and Methods of Infliction*, 11 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal* 253, 261 (1989).
- (14) See, for example, *Maynard v. Cartwright*, 486 U.S. 356 (1988); *Arave v. Creech*, 507 U.S. 463 (1993); *Riley v. State*, 366 So. 2d 19 (Florida 1978); *Lewis v. State*, 398 So. 2d 432 (Florida 1981).
- (15) *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586 (1978) [本判決の紹介として、例えば、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究第1巻』270頁〔新倉修〕(成文堂、1982年)参照].
- (16) *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988) [本判決の紹介として、例えば、山口直也「少年に対する死刑——アメリカにおける最近の動向(2)——」*一橋研究*19巻2号109頁(1994年)参照].
- (17) *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 190 (1976).
- (18) Llompart, *supra* note 2, at 161; Llompart, *supra* note 3, at 356; Foote, “The Door that Never Opens”? : Capital Punishment and Post-Conviction Review of Death Sentences in the United States and Japan, 19 *Brooklyn Journal of International Law* 367, 413 (1993).
- (19) Foote, *supra* note 18, at 413.
- (20) Llompart, *supra* note 3, at 362; *The Japan Times Weekly*, April 20, 1991, 5.
- (21) Foote, *supra* note 18, at 514; Domiková-Hashimoto, *Japan and Capital Punishment*, 6 *Human Affairs* 77 (1996).
- (22) Foote, *supra* note 18, at 515; Domiková-Hashimoto, *supra* note 21, at 77.
- (23) Schmidt, *supra* note 3, at 532.
- (24) Miyazawa, *supra* note 3, at 738; Foote, *supra* note 18, at 412; *International Herald Tribune—The Asahi Shimbun*, May 4, 2001, 2.

- (25) Schmidt, *supra* note 3, at 310 ; The Japan Times Weekly, *supra* note 20, at 3.
- (26) Foote, *supra* note 18, at 412.
- (27) Llopart, *supra* note 2, at 166 ; Schmidt, *supra* note 3, at 278.
- (28) Foote, *supra* note 18, at 412.
- (29) *Vatheeswaran v. State of Tamil Nadu*, AIR 1983 SC 361 (死刑囚監房に 8 年) ; *Javed Ahmed v. State of Maharashtra*, AIR 1985 SC 231 (2 年 9 か月) ; *Madhu Mehta v. Union of India*, (1989) 3 SCR 775 (8 年以上) ; *Catholic Commission for Justice and Peace in Zimbabwe v. Attorney General, Zimbabwe, and Others*, 1993 (4) SA 239 (複数の死刑囚に関し、それぞれ 4 年から 6 年) ; *Pratt v. Attorney General for Jamaica*, 1993 (3), WLR 995 (14年).
- (30) Kikuta, *Capital Punishment in Japan and the International Code*, 7 Meiji Law Journal 1 (2000) ; *International Herald Tribune*, *supra* note 24, at 2.
- (31) *Frankfurter Allgemeine*, February 24, 2001, 11.
- (32) Kikuta, *supra* note 30, at 1 ; *Domiková-Hashimoto*, *supra* note 21, at 81.
- (33) Kim, Garcia, *supra* note 13, at 276 ; The Japan Times Weekly, *supra* note 20, at 4 ; *Frankfurter Allgemeine*, *supra* note 31, at 11.
- (34) Kim, Garcia, *supra* note 13, at 275 ; *Domiková-Hashimoto*, *supra* note 21, at 80 ; *International Herald Tribune*, *supra* note 24, at 2.
- (35) Schmidt, *supra* note 3, at 369 ; Miyazawa, *supra* note 3, at 733 ; Nishihara, *Die Idee des Lebens im japanischen Strafrechtsdenken*, *Augsburger Universitätsreden* vol 32, page 17, 27 (1997) ; The Japan Times Weekly, *supra* note 20, at 5 ; *International Herald Tribune*, *supra* note 24, at 2.
- (36) Schmidt, *supra* note 3, at 621.
- (37) *Domiková-Hashimoto*, *supra* note 21, at 83 ; The Japan Times Weekly, *supra* note 20, at 5.
- (38) Carlson, *Death Row ?*, 2000 *American Bar Association Journal* 41 ; *Time*, European Edition, May 21, 2001, 37 ; see also *The Wall Street Journal*, May 22, 2001, page A1.

〔訳者あとがき〕

ヨアヒム・ヘルマン教授(ドイツ、アウグスブルグ大学)は、2001年7月1日から同月24日まで、日本学術振興会の外国人招へい研究者として来日され、早稲田大学において比較刑事訴訟法の集中セミナーを開催されたが、その機会に関東および関西で講演もされた(近畿大学での講演については、

山本正樹「コロキウム ヨアヒム・ヘルマン教授 警察による被疑者の取調べ——ひとつの権力闘争：ドイツ—アメリカ合衆国—日本」近畿大学法学49巻4号(2002年)1頁以下参照)。日本の死刑制度を論じた本講演は、2001年7月10日に慶応義塾大学で行われた。英文の講演原稿は、慶応義塾大学法学研究に掲載される予定となっている。本稿は、その英文原稿の全訳である。

本講演は、日本の死刑制度に関する数少ない英文・独文等の資料から日本の死刑制度の実際について研究し、これを論評するものであり、「日本通の」外国人研究者の目に、日本の死刑制度がどのように映っているかを知る意味においても貴重な講演である。ヘルマン教授の指摘される日本の死刑執行制度における幅広い裁量の存在や秘密主義が、はたして国際的な理解の得られるシステムなのか、重大な問題が指摘されているといえよう。死刑制度それ自体の是非といった哲学的問題ではなく、その執行方法という生々しくかつ微妙な問題にあえて論及されたヘルマン教授の真摯な問題提起に、われわれとしてどのように応えていくべきか、重い宿題をいただいたという感じである。

なお、ヘルマン教授の死刑論としては、この他に、Joachim Herrmann, Gedanken zur Todesstrafe in Japan. Eine Antwort auf Nishihara, in: Albin Eser (Hrsg.), Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, Nomos Verlagsgesellschaft, S. 401-418がある(日本で出版された『西原春夫先生古稀祝賀論文集第5巻』(1998年、成文堂)394頁以下にも収録されている)。また、その邦訳として、ヨアヒム・ヘルマン(加藤克佳訳)「日本における死刑についての考察——西原春夫教授に答えて——」愛知大学法学部法経論集154号(2000年)1頁以下がある。 [田口守一記]