

不合理な選択としての死刑

——「神々の戦い」の前に

不合理な選択としての死刑

——「神々の戦い」の前に

1 はじめに

死刑については、様々な角度から論じることが可能であるし、また様々な角度から論じられてきている。そして、「今では論点はほぼ出つくし、ありとあらゆる理論的立場も出揃った」¹⁾「死刑論はもはや認識の問題ではなく信仰告白の問題だ」と言われる状況にある。しかし、死刑論が信仰告白の様相を呈しているのは、問題が十分に構造化されていないことによると思われる。本稿においては、死刑のもっとも重要なコストは無実の人間の生命であるが、現行制度のもとではコストに引き合う利得が得られないことを明らかにしたい。

2 隠されたコスト

——誤った有罪判決の問題

誤判の問題は、従来から死刑廃止論の有力な根拠の一つ

されてきた。死刑廃止論者の中はこのことのみによっても刑を廃止する十分な理由になるとする者もある。無実の人間を処刑することがありうること、そしてそれが望ましくないことは、死刑存置論者からも承認されている。このように死刑が生み出す明白に望ましくない事態について合意が成立していながら現行の死刑が不当であるとの結論に至らないことには、二つの理由が考えられる。

第一の理由は、このコストが非常に見えにくいことである。特定の誤った有罪判決について、それが誤っていることを証明することは実際問題として非常に難しい。このため、誤った有罪判決がありうることを抽象的可能性としてのみ承認し事実上無視してしまうことが容易になる。以下においては、このコストを見えやすい形で示すことに努めたい。

現在の技術水準を前提とする限り、刑事裁判の正確さは、

小林 和之

小林 和之

要求される立証の厳格さに依存する。刑事裁判において有罪とされる立証の基準は、「合理的な疑いを超えて」と表現される。従来誤判として念頭におかれてきたのは、免事件などの死刑再審事件のように、「合理的な疑いを超えて」いながらもかわらざる有罪であるという判決が下された場合である。一般論としてこれが避け得ないのはもちろんであるが、裁判官は「合理的な疑いを超えて」いるか否かについてあらゆる場合に正しい判断を下すという不合理な仮定を敢えて行なうとしても誤った有罪判決の問題は解消されない。「正当な裁判による冤罪」すなわち裁判としては正当だが、事実と一致しないという意味で誤りの有罪判決があるからである。「合理的な疑いを超えた」証明があることは、一〇〇%正確であることを意味しない。常に一〇〇%アインス・アルプアでしかないのである。団藤博士はこの差を「一抹の不安」というかたちで表現されるが、これは団藤博士自身が述べておられるとおり主観の心情の問題ではない。われわれは過去の事実を直接に知り得ない。一定の証拠があることをもって事実を推定するのみであり、その正確さには自ずと限界がある。このことは捜査機関が真摯に努力を重ねてすらそうである。実際の裁判においてはその前提すら成立するとは限らない。捜査機関が証拠を捏造する場合もある。又、直接的な物証がなくとも状況証拠のみで有罪になりうることは、無実の者に ついて、彼が犯罪を犯したという合理的な疑いを超えた証明がなされる危険性を高めている。このアインス・アルプアの

の理由は、誤った有罪判決が死刑固有の問題ではないことが適切に扱われていないということである。この点は死刑存置論から指摘される¹⁷⁾が、むしろ現行の死刑の不当性を示すものである。

現状では、死刑制度という独立した制度があるわけではない。死刑は刑事手続において選択される刑罰の一つにすぎない。これが意味するのは、死刑判決が他の刑の有罪判決よりも正確であることの制度上の保障がないということである。死刑のみを念頭において可能な限りの正確さを追求すべき、刑事裁判全体に広がる必要がある。この刑事裁判の正確さの中に、「死刑論議において意識的にか無意識的にか、触れられてこなかた問題がある。それは、刑事裁判全体についてみながら、誤った有罪判決は、消極的に不可避であるというだけでなく積極的に容認すべきものだ、ということである。それどころか必要とさえいえることができる。

誤った有罪判決を積極的に容認しなければならない、という言いは奇を衒ったように聞こえるかもしれない。しかし、もしそうだとしたら、それは刑事裁判に対して何らかの幻想を抱いているからである。一定の割合でエラーが生ずることが消極的に不可避であるというだけでなく、むしろ積極的に容認しなければならないのは、他のシステムにおいてごく普通に認められることである。紙幅の関係上、多くのシステム

中に、どの事件と特定することはできないが、正当な裁判によつて無実の者が有罪とされる場合が含まれている。この「特定できないが、場合としてある」ということは、「実際にある」ということと、事実上同じことである。特定できないものがあると考えことは¹⁸⁾正に慥に怯えているのでも不可知論に陥っているのでもない。そのことを明らかにするために、以下において比喩的に数字を用いて検討することにしよう。

昭和三年以後の日本の死刑執行者数は、五六五人である。無実の者が処刑される率が一〇%ならば約六〇名が無実の罪で死刑を執行されたことになる。一%であらうか。それでも約六名である。○・一八%以下にいたつて初めて期待値は一割を割る。ところが、刑事裁判のような複雑な過程において、無実者処刑率を○・一八%以下に押さえることは実際問題として極めて困難であらう。また、仮にそれ以下に押さえられずとしても、無期限に死刑の執行を続けるならば、無実の者が死刑を執行されることは確実であるといつてよい。四つのアインスを同時にふつたとき、四つとも六の目が出る確率は非常に低い(二九六分の一)。しかし、無期限にアインスをふりつづけるならば、いづれ四つとも六の目が出る¹⁹⁾ときがやつてくる。

誤った有罪判決の存在が死刑の不当性に結びつかない第一

ムとの比較によつて社会における死刑の位置付けを明らかにする作業は別の機会に譲るほかない。工業製品の品質管理との比較がこのことの理解に役立つ。部品の検査基準を厳格にすることなどによつて不良品率を現状より引き下げることがほとんどの場合に可能であらう。しかし、不良品率の極小化が至上目的として追求されることはない。エラー率は、一般にそれを引き下げるコストと欠陥によつて生じるコストとの相関において決定される。刑事裁判においても基本的にこれと別に考える理由はない。刑事裁判において有罪の誤判を防ぐためのコストで重要なものは、誤った無罪判決の増加である。誤った有罪判決を可能な限り小さくしようとするなら、事実認定を厳格に行なわなければならない。そのためには有罪を示す証拠の証拠能力を限定する必要があり、それは誤った無罪判決を増加させることになるだろう。この点も比喩的に数字を用いると理解しやすい。先に見たように、戦後の死刑執行者のうち無実の者が死刑になる期待値を一以下にするためには、九九・八三%以上の正確さが必要である。ここまでの正確さを要求する場合、九九・八二%の正確さで有罪であると立証された場合には、無罪の判決を下すということになる。これは望ましいことだろうか。さらに問題なのは、われわれに九九・八二%と一〇〇%の区別がつくか、ということである。おそらく九九・八二%は一〇〇%に見えるだろう(このことは裁判官・検察官の心理的安全弁になっていると言えるかもしれない)。九〇%まで下がって初めて一〇〇%と区別

がつくとすれば、それがわれわれに保障できる正確さの限界

ということである。

高度な立証の要求は、証拠の種類との関係でも問題となる。実際の誤判事件では、しばしば警察による明白強要を中心とする証拠の捏造が争われてきた。少なくとも迷宮入りしようとする難事件については、警察には証拠捏造の動機がある。

事件の解決は警察の威信にかかわるし、捜査官個人にとって身の栄達の契機となる。ところが、誤った有罪判決の回避を至上目的として警察による証拠の捏造を常に疑うなら、捜査官の証言・捜査官の収集した証拠の証拠能力を限定せざるをえなくなり、結果として誤った無罪判決が増加するだろう。立証の要求の程度の問題は、漁網の網の目の大きさの問題に似ている。網の目を小さくしすぎると、逃がすべき稚魚まで捕らえてしまう。逆に網の目を大きくしすぎると、成魚を捕らえることができなくなってしまう。

以上のように、刑事裁判においては、誤った有罪判決は不可避免のみならず、可能な限り少なくすることすら望ましくない。重要なのは、一定のレベルにコントロールすることである。では、死刑について、一定程度無実の人間を処刑する必要があるといえるだろうか。無実の人間の処刑は非常に大きなコストである。生命が人間にとって特別な価値があることから、無実の者が処刑されることのみをもって死刑を不当であるとするに十分だとする見解もある。法的にも社会的にも、生命には特別の地位が与えられており、他の価値

値と同列に扱うことができないのは、そのとおりである。

しかしながら、現実を見る限り、人間の生命にあらゆる場合に侵害を許さないほどの特別な扱いは行われていない。例

えば、交通システムでは、人命を最優先するように法律が定められているわけではない。道路であれ、鉄道であれ、一定の割合で無辜の人命が失われることを前提としている。この点については次の機会に詳しく論ずることにしたい。ここでは、無実の者の生命がコストとして大きいこと、しかも、先進国で死刑を存置しているのが日本とアメリカのみであることが示すとおり、必ずしも支払う必然性のないコストであること、従ってこれを支払うにはそれに見合う大きな利得が必

要であることを指摘するに留める。

3 死刑の利得

犯罪抑止力

このように死刑を正当化するためには、無実の者の処刑を正当化するという課題に取り組み必要がある。そして、それは不可能ではない。無実の者の生命はかなり高価なコストであるといえるが、それと引き換えにより多くの生命の損失を防止することができるとしたらどうであろうか。すなわち、死刑に一般的犯罪抑止力があるならば、代償として無実の者の生命を支払うことを考慮する余地がある。

死刑の正当化条件として犯罪抑止力の問題を考察するにあたって注意すべき点はいくつかある。まず、死刑によって抑

止しようとしている犯罪が、殺人などの人の生命に対する犯罪であることである。これは、激情に駆られて犯されること多い犯罪類型であり、抑止効果が期待しにくいカテゴリーである。次に、死刑の犯罪抑止力の有無を考える場合、代替刑としての無期刑・終身刑もしくは有期懲役との比較においてなされなければならないことである。駐車違反に死刑を科すことにすれば違法駐車は激減するかもしれないが、これによつて死刑の犯罪抑止力が証明されたことにはならない。無期刑等の代替刑を科した場合と比較してより大きな効果があることが必要である。次に、刑罰以外の手段と比較することもある必要である。死刑の犯罪抑止力が代替刑より顕著に認められたとしても、それだけで無実の者の生命という高価な代償を支払う理由にはならない。他のより安価な政策によつて同等以上の効果が得られるなら取って高価な死刑を選ぶ理由がなくなる。最後に、死刑の犯罪抑止力は、信念の問題ではなく事実の問題であるということである。単に人は本能的に生命に対して最大の執着をもつからそれを奪う刑罰は犯罪に對する最大の威嚇となり、強い犯罪抑止効果をもつ、というだけでは不十分である。事実の問題である以上、立証される必要がある。

以上のことを念頭において、死刑の犯罪抑止力について検討する。刑罰の犯罪抑止力については、統計的手法に基づいて多くの実証研究がなされているが、残念ながら、前述の要請を十分に満たすものはない。死刑の犯罪抑止力を証明する

ものとしてしばしば引証されるトリックの理論も、統計手法の技術的問題のほかに、死刑の犯罪抑止力を考えるにあたっては次のような本質的難点がある。まず、犯罪者を効用最大化者として設定し、コスト計算を行なつて有利な場合に犯罪を犯すとして仮定している。そして、殺人で逮捕・収監されても資産が被害者から加害者に移転するとして犯罪行動関数を定式化している。さらに、抑止力を無期・終身刑との比較において分析していない。また、アトリック理論を仮に正当であるとしても、日本に適用して死刑の犯罪抑止力を否定する研究もある。残念ながら、死刑の犯罪抑止力の有無については決定的な証明がないと言わざるをえないようである。

さて、現状が犯罪抑止力の存否が決定できないと考えた場合に、死刑は正当化されるだろうか。その場合でも死刑を肯定する立場からは次のように論じられる。抑止力がないのにあると誤信して死刑を維持した場合に失われるのは、廃止されない限り死刑になるはずの殺人者の生命である。これに對し、抑止力があるのにないと誤信して死刑を廃止して失われるのは、廃止されなければ抑止されたはずの犯罪の犠牲者の生命である。両者を比較した場合、より尊重されるべきは犯罪の犠牲者の生命であるから、死刑は存置されるべきである。しかし、この議論は失当である。なぜなら、まず死刑を維持して失われる生命の中に無実の者の生命を考慮に入れていない。次に、この議論の前提は、死刑の犯罪抑止力が〇もしくはプラスであることなのだが、これもまた証明されていない。

死刑の犯罪抑止力が「イナスである、すなわち死刑を存置していること」によって殺人が増加している可能性がある。死刑執行が残酷性を刺激することによって殺人が増加することの

実証的研究として、残酷化の理論がある。また、永山事件の永山被告のように、死刑になると考えたために自暴自棄になつて連続殺人に走つたといわれる例もある。

一九六五年にイギリスは、五年の限時法として死刑廃止法を制定した。そしてこの五年間の間に謀殺罪の有意な増加が認められなかったことから一九六九年に永久に死刑を廃止することとした。死刑を廃止したことによって殺人事件が有意に増加することはなかったことは、他の多くの死刑廃止国・アメリカの廃止州においても経験されたことである。これは、死刑に特別な犯罪抑止力がないことを証明するものではないが、死刑の廃止によって少なくとも困難に陥ることとはないこと、そして、仮に抑止力があるとしても顕著なものではないことを示唆する事実であるといえよう。

また、死刑に顕著な犯罪抑止力を仮定としても、それだけで死刑の存続を選択する理由にはならない。刑罰以外の手段によってより大きな効果が得られるならば、無実の者の生命という高価な代償を払う必要がなくなるからである。これについては、アフリックの研究自体において、雇用機会や所得の増大が死刑執行よりも強い抑止効果があるとされている。

以上のように死刑に特有の犯罪抑止効果は証明されていない

のではない。これは、病人の治療法の選択の問題と同じ構造を持つ。あなたの家族が病気がかかたしよ。その病気を持つ。あなたの家族が病気がかかたしよ。その病気を死性のある劇薬である。しかも治療効果を証明する明確な実験データがなく、他の先進国では禁止されている。この病気に、別の安価な治療法があり、これには致死性がない。治療効果の点でも同等であるとして他の先進国で使われている。さらに、Dの有効性を主張する研究自体において、別の外科的治療法の方が効果があることを認めている。ただし、Dという治療法は高価であるだけに、自分たちはできる限りのこととしたという心理的満足が得られる。このような条件のもとでも敢えてDを選択することは可能かもしれない。しかし、それは合理的ではない。

紙幅の関係で、十分に意を尽くさぬ点もあつたが、現行の死刑の不合理性を明らかにできたことを願うものである。では、あらゆる場合に死刑は不合理か、また現状においても合理的な死刑は考えられないか。この問題については、次の機会に論じることにはしたい。

なお、本稿は、死刑の残酷性、人道主義との関係、憲法問題などについて論じる意味を否定するものではない。むしろ、これらの議論の土台を提供することをめざしたものである。

* 紙幅の関係上、詳細な註をつけることは断念せざるをえなかった。

いし、犯罪抑止のためには他により効果的な手段がある。犯罪抑止効果によって死刑を正当化することはできない。

被害者感情・国民感情

日本においては、死刑存置の有力な根拠として、遺族感情・国民感情が挙げられる。その内容についても疑問は残るものの、ここではその検討をする余裕がない。ただ、無実の者が処刑されるということにたいしても感情は考慮されるべきであること指摘するに留めておく。より本質的には、いかに重要で尊重すべき感情であっても無実の者の生命に優先しないということが挙げられる。価値相対主義の立場からは感情と生命とのどちらを優先するかを決定することはできないと主張されるかもしれないが、われわれは価値の真空状態から出発する必要がある。現行法秩序とその最高規範である憲法を前提として議論してよい。ここでは、生命はもつとも価値のあるものとして位置付けられている。自由主義の重要な原理であるハム・アリンシプルにおいても、侵害は自由と不快は明確に区別されている。単なる不快は自由を制約する正当な理由とは考えられないのである。

4 結 論

死刑のもつとも重大なコストは無実の者の生命であり、現状では、死刑によって明確に得られるものは感情的満足のみにあつた。このような条件のもとで死刑を選択することは合理的である。

死刑廃止論については内外に多くの文献があるが、団藤博士、死刑存置論については植松博士の所論を代表的なものとして参考させていただいたことにお断りするとともに深く感謝させていただいた。また、一つ一つ挙げることはできないが、佐伯千例、団藤重光、平場安治編『死刑廃止を求める』所載の諸論文を参考にさせていただいたことを深く感謝したい。

- (1) 田宮裕「犯罪と死刑」(荘子・大塚・平松編『刑罰の理論と現実』(一九七二年)一四三頁。なお、田宮博士の論考は経験的なアプローチをとるものである。
 - (2) ここでいうコストは単に金銭を単位とするものではない。また、その他のコストについては、次の機会に論ずることにはしたい。
 - (3) 敢えて誤判と言わないのは、誤った無罪判決も誤判であり別に問題にする必要があるからである。
 - (4) 団藤重光『死刑廃止論』(第四版)一九九五年、九六―一二〇頁特に九六一―七、一二〇頁、一二二頁註3。又、誤った有罪判決がイギリスの死刑廃止のきっかけとなつたことは有名である。
 - (5) 植松正『再訂刑法概論』(一九六四年)三九七頁、青柳文雄「死刑存置論」(法学研究三七巻一号(一九六四年)五七―五八頁)など、また、刑事補償法第4条は死刑の誤判を前提とした規定である。
 - (6) 死刑の再審無罪事件はその事情をよく示しているといえる。なお、再審無罪事件をもってむしろ刑事裁判の正確さを示すものとする見解もあるが、それは再審事件の現実を無視した形式論にすぎない。再審事件を具体的に検討するならば、明白な誤判の教訓に三〇年以上もの時間を要したものであり、再審の機能不全を示すものであつることが分かるはずである。
 - (7) 鑑定技術の向上などにより、徐々に正確さが底上げされていくことは考えられる。
- ただし、鑑定技術に頼ることは別のタイプの誤判を生み出す原因

ともなることにもなることには注意する必要がある。

(8) 団藤前掲書八、一八二—二〇頁

(9) 植松・前掲書三九六頁

(10) アメリカの死刑存置州では、死刑を科する場合には、有罪の決定の手続の後に、死刑が相当かを決定する手続を置く州が多い。その場合の問題を扱ったものとして、Linda P. Carter, "A Beyond a Reasonable Doubt Standard in Death Penalty Proceedings: A Neglected Element of Fairness", 43 Case W. Res. 参照。なお、この問題については後に論を改めて論じたい。

(11) 若干の実務慣行があることについては田宮前掲論文一五六頁。

なお、本稿は実上の死刑事件のほうが正確であることを必ずしも否定するものではない。この点について、団藤前掲書九一—一〇頁および二三四頁註11。この問題については次の機会に詳しく検討する予定である。

(12) 不良品率を引き上げざる決定を行うことすらある。

(13) これは決して杞憂ではない。日本においては、被疑者は「代用監獄」において過剰な細問的取り調べを受けて自白を強要され裁判ではその自白を重視し物証を無視・軽視して有罪の判決が下される。代用監獄については拷問につながる可能性があるとして国連人権委員会でも問題視されている。(法学セミナーNo.四七〇、二六—二七頁、一九九五年二月一六日付け日本経済新聞記事)同委員会調査は国際人権B規約にもとづいて行われた。なお、日本は拷問等禁止条約を批准していないが、その第一条の定義に照らして考えれば、代用監獄における取り調べは拷問に該当する場合が十分にありうるといえる。

(14) このような言い方は冤罪を助長すると批判を受けるかもしれない。冤罪を一定程度容認すべきであるというところは、現状以上に助長すべきではないことを強調しておきたい。むしろ、私は現状の冤罪率は適正レベルを大きく超えているのではないかと

いう強い疑いを抱いている。

(15) 団藤前掲書二—〇頁

(16) 特別抑止効果の問題については次の機会に論ずる。また、一般抑止効果は長期的効果と短期的効果があるが、ここでは区別して論じない。総合的な結果のみを問題にすることで本稿の目的には十分である。

(17) この点について、John Kaplan, "The Problem of Capital Punishment", 3 Illinois L. Rev. (1983) pp.555-565

(18) 菊田幸一『犯罪学四訂版(一九九二)二四四頁

(19) 植松前掲書四〇—頁

(20) フリークックの理論の詳細な紹介と検討については、松村良之「刑罰による犯罪の抑止—アメリカにおける経済学的研究を中心として(一)(二)(三)」北大法学論集(一、三、六)(一九八二、三)

(21) 松村良之「竹内一雅「死刑は犯罪を抑止するのカーブアップ」の分析の日本への適用の試み」

(22) この論法については、J. Kaplan, op. cit., pp. 559-61

(23) W. J. Bowers, "The Effect of Execution is Prtialization not Deterence", in K.C. Haas and J. Alinari (eds.), *Adjudicating Death* (1989) pp. 49-89

(24) 永山則夫『無知の増補新版』二五〇頁

(25) ロジャート・フッド『世界の死刑』(一九九〇)