

博 士 学 位 申 請 論 文

日米の死刑執行を巡る透明性に関する一考察
—絞首刑の残虐性を中心に—

2013 年 11 月 29 日

龍谷大学大学院 法学研究科

研究生

布 施 勇 如

J13R501

目次

日米の死刑執行を巡る透明性に関する一考察

—絞首刑の残虐性を中心に—

序章 本稿における問題設定

一 研究の動機.....	1
二 仮説.....	4
三 考察の方法と用語の定義.....	5
四 各章における考察.....	6

第一章 絞首刑への単一化

はじめに.....	8
第一節 見せしめとしての死刑の改廃	
一 明治初期の死刑.....	8
二 梟示の廃止.....	14
第二節 ボアソナード主導の旧刑法起草	
一 絞首刑と密行の選択.....	16
二 透明性の確保.....	26
第三節 小括.....	28

第二章 絞首刑の存廃と第三者の存在—米・ニューヨーク州との比較

はじめに.....	30
第一節 司法省行刑制度調査委員会	
一 設置目的.....	30
二 答申.....	31
第二節 典獄野口謹造の調査報告書	
一 調査手法と当時の国際状況.....	34
二 他の死刑執行方法との比較.....	35
三 絞首を「可」とする理由.....	37
四 独善的「苦痛」観.....	39
五 絞首の問題点と対応.....	39
六 「知らせない」死刑執行の雛形.....	41

第三節 米・ニューヨーク州死刑調査委員会

- 一 設置目的..... 42
- 二 調査手法と提言..... 43
- 三 他の死刑執行方法との比較..... 44
- 四 絞首の弊害..... 46
- 五 「苦痛」と「残虐・異常」の考察..... 48

第四節 小括..... 49

第三章 新聞報道にみる死刑執行の透明性

第一節 1908年通牒と第三者の排除

- 一 小河滋次郎の述懐..... 52
- 二 民刑局長監獄局長通牒..... 53

第二節 死刑執行報道の分析

- 一 密行の中で実態を知る手掛かり..... 55
- 二 分析..... 60

第三節 小括..... 71

第四章 戦後の死刑密行完成と日米における法治主義

第一節 新憲法制定後の密行の深化

- 一 官報掲載の廃止..... 73
- 二 報道統制と執行の告知..... 74
- 三 二重の密行..... 76
- 四 民主的コントロール..... 77
- 五 情報公開法..... 79
- 六 密行の正当化..... 80

第二節 法治主義の実態に関するアメリカとの比較

- 一 日本における法治主義の実態..... 84
- 二 日本の最高裁判所と死刑の「残虐」..... 88
- 三 アメリカ諸州における法治主義の実態..... 98
- 四 連邦最高裁判所と死刑の「残虐」..... 103

第三節 小括..... 110

終章 考察

第一節	本研究でわかったこと.....	113
第二節	おわりに.....	121

序章 本稿における問題設定

一 研究の動機

死刑制度はなぜ必要とされ、あるいは逆に、制度を廃止すべきいかなる問題があるのか。死刑制度の是非に自分なりの答えを見いだそうと、筆者は、アメリカ・オクラホマ州に留学した 2002 年から 2004 年にかけて、修士課程の研究とジャーナリストとしての取材を兼ねて、冤罪の元死刑確定者、弁護人、犯罪被害者の遺族、89 人の死刑執行に立ち会った元刑務所長らにインタビューを行った¹。

死刑執行総数がアメリカで最多のテキサス州では、執行予定日が遅くともその 60 日前には死刑確定者に告知され、ミズーリ州の元死刑確定者は 4 度にわたって執行日が設定されたのち、州最高裁に対する人身保護令状（habeas corpus）の申し立てが認められて死刑を免れたということを知った。日本と異なり、死刑確定者の防御権が確立されていることに驚きを感じた。

オクラホマ州はテキサス州と同様、死刑執行の予定を矯正局のホームページ上で公開し、ジャーナリストが執行に立ち会うことを認めており、筆者は州矯正局長に立ち会いを申請し、許可された。人が殺されるとわかっている場に赴くという行為が非人間的であることを自覚し、「街なかで行われていた公開処刑を、興味本位や怖いもの見たさで見に行った大衆と変わりがないのではないか」と自問した。その場面を直視すれば、心的外傷を引きずるのではないかと逡巡した。これに対し、日本では外部者を刑場から排除したうえでの死刑執行が当然のこととされ、今後も当局者以外の立ち会いが実現するとは想像できず、死刑制度について考え続けていくうえで、まずは死刑執行というものを見なければならぬと決断した。

¹ 取材と研究をまとめ、『アメリカで、死刑をみた』（現代人文社、2008 年）を刊行した。以下の見聞記は主に同書からの引用である。

2004年6月8日の死刑執行当日、オクラホマ州の刑務所では、記者向けに大部の資料が用意されていた。執行される男性死刑確定者に関する有罪の証拠、訴訟の経過、経歴が詳しく記載されており、別の資料には、致死注射で用いられる薬物の種類と手順、州において1915年以降に死刑を執行された全員の氏名、執行年月日、年齢、人種および罪名のリスト、州の死刑執行の歴史が書かれていた。死刑確定者の要望に沿って提供される「最後の食事」の献立表まで配布された。これに対し、日本の法務省は死刑執行の予定を事前に公表せず、当時は死刑を執行した当日にその人数を公表するだけで、対象者の氏名さえ明らかにしていなかった。過去に執行された死刑についても、日本では被執行者の氏名はもちろん、年ごとの執行者数などの統計を入手することすら容易ではなく、情報提供と説明責任に対する当局の姿勢の違いに驚かされた。

当日の死刑執行は、死刑確定者が連邦最高裁判所に死刑判決の執行停止を申し立てたため、予定時刻を過ぎたが、結局、申し立ては退けられた。記者たちは刑場の立会人席後列に案内され、やがて、死刑確定者の妹とその夫、弁護士、友人2人、牧師の計6人が入ってきた。州矯正局長が受話器を通じて州知事の最終的な指令を受け、刑務所長に執行開始を命じた。死刑執行室のブラインドが上がり、ガラス越しのベッドには横たわった死刑確定者が縛られていた。ガラスと反対方向に顔を背け、ほぼ横向きになり、肩から下にシーツが掛けられていた。枕元付近の壁に、穴が2つ開いていて、薬物注入用の管が出ていた。死刑確定者の最後の言葉がスピーカーから流れた後、刑務所長が「執行を始めさせていただきます」と宣言した。1分が経ち、2分を過ぎても、死刑確定者は微動だにせず、3分後、聴診器を当てた医師が完了時刻を告げると、ブラインドが音を立てて下りた。この間、別室では被害者の遺族12人が、死刑確定者の側からはその姿が見えないよう、マジックミラーを通して執行を見守っていたのだった。

「3分間の映画を見ているようだった」というのが、執行直後における筆者の所感であった。あまりにあっけない出来事で、現実感がなく、目の前で人の命が奪われた哀しみや

むごさに対する怒り、あるいは人の命を奪った死刑確定者に対する報復が完遂された満足感などを覚えることはなく、何も感じなかったのである。

しかし、死刑執行に立ち会ってから約1週間後、刑場において無感覚となった原因を悟った気がした。要するに、「政府の勝ち」なのだと思った。

致死注射という死刑執行方法は、オクラホマ州議会が電気椅子に替わるより人道的な死刑を求めた結果、1977年、オクラホマ州が全米で初めて採用を決めた。2004年6月8日の死刑執行に立ち会ったAP通信の記者は「薬物が注入される間、(被執行者の)胸は何度か、上がり下がりしていた」と記事に書き、州矯正局長は後日、「最期に『プー』って、いびきのような音を立てたのは覚えているけど」と語った。立会人たちが見聞きした身体的反応はせいぜいその程度であり、筆者が執行を目の当たりにしながら、臨場している実感もやましさも抱かずに済んだのは、そのためだったのである。刑場で展開された光景は静謐そのもので、少なくとも外見上はおぞましさを伴ってはいなかった。だからこそ、州は、執行を指揮する者や直接担当する者以外の第三者を刑場に招き入れることができ、執行に関する情報を公にすることができる。いや、そうではなく、第三者が直視するに堪えない方式では、死刑制度を存置させることはできないという社会的合意があり、電気椅子から致死注射への移行も死刑が生き残るための方策だったのではないかということに思い至った。

これに対し、日本における死刑執行はどうか。

刑事訴訟法477条1項は「死刑は、検察官、検察事務官及び刑事施設の長又はその代理者の立会いの上、これを執行しなければならない」、2項は「検察官又は刑事施設の長の許可を受けた者でなければ、刑場に入ることはできない」としており、許可さえ受ければ第三者が立ち会える規定となっているにもかかわらず、法務省は死刑執行の予定を事前に公表していないため、許可の申請は不可能である。情報公開法に基づく行政文書開示請求によっても、刑事施設の長が法務省矯正局長および矯正管区長に対して行う緊急報告(「死刑執行速報」)は、「執行状況」「本人の刑に対する心情、遺言等」「遺体の処置、引取人の住

所、氏名」のいずれもが墨塗りされる。絞首という死刑執行方法が直視に堪える方式であるのか否かについて、国民は窺い知ることすらできないのである。

日本国憲法は36条で残虐な刑罰を禁止し、アメリカの連邦憲法もオクラホマ州憲法も、残虐で異常な刑罰を禁じている。死刑が残虐な刑罰かどうかは、決して観念的な問題ではなく、実際の執行態様からも判断すべき問題であり、オクラホマ州では第三者の立会人が監視する役割を果たしていると考えられる。一方、日本においては、職務として執行に立ち会ういわば内部者の検察官と刑事施設の長が、明治時代から続く絞首という死刑執行方法の合憲性を自身で判断し、お墨付きを与えているに等しい。

オクラホマ州で死刑執行に立ち会った体験を契機に、筆者の関心は、死刑制度の是非から、「なぜ日本では第三者の立ち会いが認められないのか」という問題に転換した。オクラホマ州は、第三者の監視に堪える執行方法への改良に成功したから、立会人としてむごさを感じずに済んだのだという推測が成り立つ。これに対し、日本の絞首刑は第三者に見せることができない執行方法であり、むごさを感じさせてしまうから、というのが答えとなるはずである。しかし、日本政府が死刑執行を「見せない、知らせない」という方針を堅持している以上、絞首刑が直視に堪えないむごい方法であるのかどうかを評価するのは困難である。したがって、本稿では、日本政府が考えるむごい死刑執行とはどんな方法を指すのか、絞首刑がむごいとの認識はあるのか、そうした認識があるとするれば、方法の改良以外のいかなる対処によって死刑制度を存置させてきたのかを歴史的に検証し、あるいはアメリカの存置州との比較を通じて明らかにすることが課題となる。

二 仮説

本稿においては、以下の2つの仮説を立てて検証していく。

①日本政府は、絞首という死刑執行方法に単一化した時点において、またはその後のある時点において、この方法に伴うむごさを認識し、方法改良以外の何らかの対処を取った

②日本国憲法で残虐刑の禁止が規定された戦後は、戦前に行った対処を強化し、または新たな対処を取った

三 考察の方法と用語の定義

本稿の最終的な目標は、上述した2つの仮説を検証することにより、「日本において第三者の立ち会いが認められないのは、絞首という死刑執行方法のむごさを日本政府が認識しているからである」という、死刑執行立会人としての体験に基づく直感の正否を確かめることにある。既に述べた通り、オクラホマ州において死刑執行に立ち会ったのは、死刑制度の是非を考える契機にしたいとの思いがあったからだが、日本の死刑執行の実態を知らない現段階では是非についての結論は出しておらず、考察に当たっては死刑制度の存置・廃止のいずれの立場にも立たない。ただし、設定したテーマと仮説は、日本における死刑制度の存置と、刑事訴訟法が「検察官又は刑事施設の長の許可」を要件に、第三者の死刑執行への立ち会いを認めているとの解釈を前提としている。

絞首刑のむごさまたは残虐性が主要な検討対象であることから、考察は、日本における死刑執行が絞首を含む複数の方法から、絞首に単一化されていく明治時代以降を対象に行う。明治初期は、死刑が刑事施設内でのみ執行されるようになる移行期でもあり、アメリカの死刑存置州においても同様に移行段階に当たることから、比較の起点としても適切である。戦前のいわゆる外地や陸軍の死刑執行、戦後の戦争犯罪人に対する死刑執行、また、アメリカにおける連邦政府と軍の死刑執行については、執行の方式が特殊であることから、考察の対象としない。

本稿でしばしば用いることになる特定の言葉は、次のように定義する。

「当局」とは、死刑執行の職務に携わる機関をいい、当局者とは死刑執行を指揮する検察官、指揮を受ける刑事施設の長、執行を担当する刑務官、執行始末書の作成に当たる検察事務官など、死刑執行に携わる公職者を指す。

「第三者」とは、当局者以外の部外者をいう。

「公衆」は、一般社会の人々との意味で用い、国家の所属員としての国民、州の所属員としての州民を含む。「市民」は **citizen** の訳語として使う。

「立会人」は、法律や行政規則などに基づき、死刑執行に臨場する者をいう。本稿では、当局者を除く第三者の臨場者を単に立会人とすることもある。

「告知」は当事者にあらかじめ通知すること、「公表」は自己の媒体またはメディアを通じて事柄を公にすること、「開示」は、請求に応じて事柄の内容を明らかにすることを指すものとする。ただし、死刑執行の「事前告知」という場合には、執行までに一定期間を確保して告知することを指すものとする。

死刑執行の「公開」とは、執行状況を不特定の第三者・公衆が見られる状態をいう。ただし、死刑を執行した後に身体またはその一部を晒す刑は、これに含めることとする。死刑の「密行」とは、立会人を当局者または特定の第三者に限定し、刑事施設内で死刑を執行することを指す。

死刑執行の「透明性」とは、死刑執行に第三者の立会人を臨場させ、執行を事前告知し、執行の具体的状況に関する情報を公表または開示することなどにより、当局者以外の者が死刑執行の内容について知り得る性質や程度をいう。

四 各章における考察

本稿は4つの章と終章からなり、第四章までで考察したのは次のとおりである。

第一章では、1882年に施行された日本の旧刑法において、死刑執行方法が絞首に単一化された経緯について、史料を基に、仔細に検証した。結果として明らかになったのは、旧刑法草案の起草を主導したフランスの法学者ボアソナードと司法省官員が、「苛虐」ではない死刑執行とは何かを検討するに当たり、刑場に立ち会う者の目と感覚を通じて認識される苛虐さを全く考慮に入れていなかったという事実であった。

第二章では、日本において旧刑法施行以降初めて、1920年代前半に死刑執行方法の検討を行い、絞首の継続を答申した司法省の行刑制度調査委員会と、1880年代後半、絞首による死刑執行をアメリカで最初に廃止し、電気椅子に切り替えたニューヨーク州における死刑調査委員会について、調査内容を詳細に分析した。比較・考察した結果、双方とも、絞首にはむごさが伴うと認識している点では共通するものの、誰に対するむごさを考慮したのかが決定的に異なり、それが絞首の継続、廃止という結論の分かれ目になったことを明らかにした。

第三章では、旧刑法施行以降の新聞報道を量的・質的に分析することにより、日本における死刑執行の密行性が実証された。すなわち、執行中の具体的状況を記述したケースは少数であり、このうち、執行の失敗や残忍さを窺わせる報道はほぼ皆無であった。戦前は、被執行者の最期の言葉や様子が一定の割合で報道されていたが、戦後は死刑執行に関する報道自体がほとんど行われなくなった。

第四章では、戦後、日本において新憲法が制定され、アメリカ合衆国憲法に由来するとされる残虐刑の禁止が36条に規定されたことで、日本政府が死刑執行を巡る不透明性を強め、これには「残虐」に対する最高裁判所の判断が影響していることを指摘した。加えて、日本型の死刑密行が実質的法治主義に反し、死刑確定者の基本的人権を侵害するおそれがあることをアメリカ諸州と対比させて論じた*。

* 以下、本稿の脚注に示す引用文献および参考文献は、筆者が所属する日本犯罪社会学会の機関誌『犯罪社会学研究』の投稿規程に準じて記載することとする。同規程による記載例は、次のとおりである。

Becker, Howard S., 1963, *Outsiders*, Free Press. (=1978, 村上直之訳『アウトサイダーズ』新泉社.)

———, 1967, "Whose Side Are We On?" *Social Problems* 14 (3) :239-247.

大庭絵里・中根光敏, 1991, 「社会問題の社会学の構築をめざして」『ソシオロジ』36 (2) :71-86.

第一章 絞首刑への単一化

はじめに

本章では、明治初期における死刑執行方法の改廃と、密行による絞首刑に単一化された旧刑法の制定に至る経過をたどる。その目的は、政府、立法機関および旧刑法草案起草の担当者らの「残忍」観、すなわち、彼らが、誰の目から見たどんな死刑をむごたらしいと考えていたのかを探求し、日本の死刑執行を巡る不透明性の源流を明らかにすることにある。

第一節 見せしめとしての死刑の改廃

一 明治初期の死刑

1 御定書百ヶ條の踏襲

日本における刑法典は、明治時代（1868年以降）に入っても当面は「是迄ノ通り」、1742年に制定された公事方御定書（御定書百ヶ條）が踏襲されることとなった²。御定書百ヶ條では、死刑として鋸挽、磔、獄門、火罪、斬罪、死罪、下手人、晒が規定され、犯罪の内容や被執行者の階級に応じて適用された³。以下では、本稿の目的に合わせ、明治初期における死刑執行方法の改廃について確認する。

鋸挽とは、死刑の被執行者を引き廻した上、広場に晒し、両肩に切り傷を加え、竹鋸にその血を付けて傍に立て、挽きたい者があれば挽かせるというもので、最後は刑場で磔に

² 1867（慶応3）年10月22日指令。内閣記録局編，1890，『法規分類大全』刑法門一（＝1980，石井良助・林修三監修『法規分類大全・第54巻』原書房覆刻）：14。瀧川政次郎，1961，『日本行刑史』青蛙房：190。

³ 刑務協会編，1943，『日本近世行刑史稿・上』（＝1974，矯正協会復刻）：653-654。司法省，1945，『日本近代刑事法令集 上』司法省秘書課：128-129。

される⁴。しかし、後には鋸で挽こうという希望者もなく、全く形式だけとなり⁵、実際は磔と同一であったと考えられる。なお、引廻しとは、死刑の執行に先駆けて、被執行者を馬上に縛り、罪状を記した幟を掲げ、市中または被執行者の住所、犯罪が行われた場所などで引き廻して衆人に示す付加刑をいう⁶。

磔は、罪木に縛り付け、槍で脇腹から肩へと繰り返し突く。罪の重い者には引廻しや3日間の晒が付加された⁷。獄門は、「梟首」とも呼ばれ、牢内で斬首し、刑場に運んで晒し首とした。運搬の行列には、罪状を略記した「捨札」を持つ者がおり、引廻しが行われることもあった⁸。火罪は、引廻しの上、罪木に縛って火あぶりにし、捨札を立てたり晒を加えたりする場合もあった⁹。

斬罪、死罪、下手人はいずれも斬首刑であり、斬罪と死罪は引廻しを伴うことがあった¹⁰。

以上を要約すれば、御定書百ヶ條に規定された死刑の刑種を執行方法によって分類した場合、磔、火あぶり、斬首の3つに大別することができる。明治に入る前後の時期に、これらが衆人環視の状況において執行されていたのかどうかは明確でないものの¹¹、少なくとも獄門、晒、引廻しといった見せしめの形で死刑は公衆に示された¹²。

⁴ 司法省・上掲書：129。刑務協会編・上掲書：739。

⁵ 前掲註3『日本近世行刑史稿・上』：739。

⁶ 上掲書：676。

⁷ 前掲註3『日本近世行刑史稿・上』：719-720。前掲註3『日本近代刑事法令集 上』：128。

⁸ 刑務協会編・上掲書：685-686。司法省・上掲書：128-129。

⁹ 刑務協会編・上掲書：705-707。司法省・上掲書：129。

¹⁰ 死罪、下手人は庶民に対する刑である。死罪は十両以上の盗賊など、財産犯中罪質の特に悪いケースに適用され、被執行者の遺体は様斬に供された。下手人は喧嘩口論に起因して致死させた者などに適用され、遺体は様斬に供されなかった。斬罪は、御家人以上の武士が火付・盗賊・殺人などの重罪を犯した場合に宣告された。刑務協会編・上掲書：655-656, 746。石井良助, 1964, 『江戸の刑罰』中央公論社：28-44。

¹¹ イギリスの外交官アーネスト・サトウは、1864年12月16日、日本人男性2人の斬首刑執行に臨場した当時の状況を具体的に描写し、冒頭部分で「日本の牢獄の外囲いの中で執行された。外国人や、日本人の見物が大勢集まっていた。」と記している（アーネスト・サトウ（坂田精一訳）、1960, 『一外交官の見た明治維新（上）』岩波書店：168-169.）。これに対し、石井良助は「死罪の処刑を一般人が見物したように書いてあるが、死罪は牢屋敷の中で行なわれるのであるから、これは誤解であろう。」と述べ、衆人環視の状況下で執行されたことに否定的見解を示す（石井・上掲書：37-38.）。

¹² 石井良助は、獄門、火罪、磔、引廻し、晒、捨札などが、一般に対する威嚇の効果を狙った「見懲的」目的を有していたとする（石井・上掲書10-13.）。ダニエル・ボツマンは、江戸幕府が磔と火罪以外の死刑執行のほぼ全てを公開ではなく、牢屋敷内で行っていたとし、執行の現場を隠し、執行後に捨札を立て、あるいは晒し首にすることで結果のみを公衆に示す手法が、近代ヨーロッパの公開処刑とは異なる幕府の統治術であったと指摘する。すなわち、死刑執行によって被執行者の基本的権利が侵害されていると観衆が感じた場合でも、権力者に向けられる怒りが避けられ、同時に、社会秩序に関するメッセージを発信し、

明治新政府の成立後、1868（明治元）年10月晦日の行政官布達でも、「新律御布令迄ハ故幕府へ御委任之刑律ニ仍リ」とされたが、御定書百ヶ條の死刑に関する規定のうち、磔は主君や父を殺害する大逆に限るとし、その他の重罪および焚刑（火罪）は梟首に換える
とされた¹³。

2 仮刑律

明治政府は、並行して刑法典の編纂を進め、まず「假刑律」（以下「仮刑律」という。）を作った。同律の頭書きに「假律ハ刑法官ノ假定ニシテ天下ニ布告セシ者ニアラス」¹⁴とあるように、暫定的な刑律と位置付けられたため、公布されることもなかった。成立時期も明確ではなく、1868年2月から閏4月に原案が完成したとする説¹⁵、同年閏4月から8月の間とする説¹⁶、同年末とする説¹⁷がある。

仮刑律における死刑の規定には、「刎斬」という記述と、「付箋」¹⁸における「絞首 刎首 梟首」という記述がある¹⁹。「刎法」は「身首處ヲ異ニス」、「斬法」は「袈裟斬」とされ、両者の違いが記されている。一方、「磔焚」は「刎斬之外極刑ナリ情罪重大常刑ニ容ラレサルモノヲ待唯焚ハ放火情重キモノ此刑ニ處ス」とされ、付箋には「非常ノ極刑ナリ君父ヲ弑スル大逆罪ノモノヲ刑ス 此故ニ省ク」とある。梟首は「一死法ヲ盡スニ足ラサルモノ梟シテ衆ニ示ス日數ハ定刑之時論定」とされている。つまり、刎と斬が通常の死刑で、磔と焚は極刑とし、梟首は、刎・斬より重いことを公衆に示す刑種とされていた²⁰。

補強することができるというのである。Botsman, Daniel V., 2005, *Punishment and Power in the Making of Modern Japan*, Princeton University Press:18-19. (=2009, 小林朋則訳『血塗られた慈悲、笞打つ帝国。』インターシフト:32-35.)

¹³ 前掲註2『法規分類大全』刑法門一:14.

¹⁴ 上掲書刑法門二:55 頭註.

¹⁵ 手塚豊, 1984, 『明治刑法史の研究(上)』慶應通信:3-17.

¹⁶ 前掲註2『日本行刑史』:191.

¹⁷ 前掲註10『江戸の刑罰』:17.

¹⁸ 仮刑律成立後、新政府の司法機関である刑法官の時代にたえず行われた修正作業の実際を伝える証拠とされる。石井紫郎・水林彪校注, 1992, 『法と秩序 日本近代思想大系7』岩波書店:554.

¹⁹ 布施弥平治は、刎、斬の2等とするか、絞首、刎首、梟首の3等とするかは決定を見ないうちに仮刑律が用いられなくなったと解釈する。布施弥平治, 1983, 『修訂 日本死刑史』巖南堂書店:565.

²⁰ 前掲註2『法規分類大全』刑法門二 56-57. 前掲註18『法と秩序』:2-3, 52.

なお、1868年11月13日の達は、死刑に梟首、刎首および絞首を設定している。「火刑ハ永廢止之事」とされたが、「殺君父ノ大逆罪ハ臨期勅裁之上可處磔刑事 其他磔罪廢止之」とあり、磔は大逆罪に対する例外的な刑として存置された²¹。

1869（明治2）年7月8日、刑法官は東京府の問い合わせに対し、「晒」「引廻し」および「鋸引」の廃止を明示した²²。同年8月5日、刑部省の届によって、「磔」は「磔罪」に、「梟首」は「梟示」に、「刎首」は「斬罪」に、それぞれ刑名が改められた²³。

この時期以降も続く死刑執行方法の改廃を含め、最終的に絞首へと単一化される経過を示したのが、次の表である。

1868年 明治政府成立当初 御定書百ヶ条	鋸挽	磔	獄門	火罪	斬罪 (死罪、 下手人)	晒	引廻し		
1868年 仮刑律			梟首	焚	斬(首)			刎(首)	絞首
1868年10月 行政官布達		大逆に 限る		梟首に 換える					
1868年11月 達		大逆罪は 勅裁の上	梟首	廃止				刎首	絞首
1869年7月 刑法官指令	廃止					廃止	廃止		
1869年8月 刑部省届		磔罪	梟示		斬罪 < ———	———	斬罪		
1870年12月 新律綱領		廃止	梟示		斬				絞
1879年1月 太政官布告			廃止						
1880年7月 旧刑法公布 (1882年1月施行)					廃止				絞首

3 新律綱領

1870（明治3）年12月20日には「新律綱領」が上諭され、頒布された²⁴。死刑は「絞」および「斬」の2種を原則とし、梟示が残り、磔罪が消えた。絞首については「凡絞ハ。

²¹ 上掲書『法規分類大全』刑法門二：115-116.

²² 上掲書刑法門二：117.

²³ 上掲書刑法門二：117.

其首ヲ絞リ。其命ヲ畢ルニ止メ。猶ホ其體ヲ全クス」として、絶命のための最小限の手段であり、頭部と胴体が分断されない点を強調した表現となっているのに対し、斬首は「凡斬ハ。其首ヲ斬ル」とのみ記している。梟示については「其首ヲ斬リ。刑場ニ梟示シ。看守人(バンニン)ヲ置キ。犯由牌(ステフダ)ニ罪状ヲ書シ。其側。及ビ各所ニ立テ。三日ヲ經テ除毀ス。兇殘ノ甚シキ者ヲ。待ツ所以ナリ。」とし、犯罪の残忍性が高い被執行者を対象とした刑であることを明らかにしている²⁵。

このように、明治に入って3年の間に、死刑の被執行者の身体を広場に晒す鋸引(鋸挽)、罪木に縛って掲げる磔・火あぶりとともに、付加刑としての晒、引廻しが廃止され、執行の結末を公衆に示す見せしめとしての死刑は、梟示のみとなった。フランス革命以降のヨーロッパに起きた博愛主義の影響であり²⁶、この時代を死刑の近代化＝人道化の初期段階と位置づけることができる。

4 監獄則と改定律例

1872(明治5)年11月の監獄則は、残虐に及んではならないとする西欧型の行刑を模範とし²⁷、「處刑」の条文において、「刑場ハ監獄場ノ一隅ニ設ク周圍其垣牆ヲ高クシ其門扉ヲ嚴ニス」と規定した²⁸。刑場の周囲にめぐらす垣牆(垣根)を高くし、門扉を厳重にするとあるのは、執行の状況を外部から見えないようにし、当局者以外の入場を阻んで秘密裏に執行しようという密行主義の萌芽と解することができる²⁹。

²⁴ 上掲書刑法門二：129.

²⁵ 上掲書刑法門二：146.

²⁶ 前掲註2『日本行刑史』：187.

²⁷ 監獄則は、頒布翌年の1873(明治6)年4月、大蔵省の反対により、施行が中止された。監獄建設などに巨額の経費を要するとの理由であり、その後、予算的措置を要しないものは監獄則によるとの指示が改めて出された。小野義秀，2009，『監獄(刑務所)運営一二〇年の歴史—明治・大正・昭和の行刑—』矯正協会：32-35.

²⁸ 内閣記録局編，1891，『法規分類大全』治罪門三(=1980，石井良助・林修三監修『法規分類大全・第57巻』原書房覆刻)：74.

²⁹ 重松一義，1979，『近代監獄則の推移と解説』北樹出版：100. なお，1881(明治14)年に改定された監獄則41条は、「死刑場ハ監獄ノ一隅ニ設ケ牆壁ヲ以テ外見ヲ防クヘシ」として、牆壁の目的を明確にしている(上掲書・治罪門三：168.)。

1873（明治6）6月13日に布告された「改定律例」の7条では、梟示については従来通り、犯由牌に罪状を書き、梟場および各所に掲示すると定めたほか、斬・絞についても犯由牌を通衢1箇所に掲示するものとし、梟・斬・絞いずれも、懲役5年以上の者と同様に、罪状を紙牌に記して3日間、被執行者の本籍の掲榜場に掲示するとした³⁰。新律綱領では梟示の場合に限られていた犯罪事実の公示が、斬・絞についても行われることとなった。しかも、市中の大通りや本籍地にまで貼り出すことによって、いっそう広い範囲に周知しようという狙いが込められていた。司法省は、1874（明治7）年5月5日、「處刑之者犯由掲示」に関する布達を発し、裁判所を置く府県と置いていない県がそれぞれ掲示の際の雛形を司法卿大木喬任名で頒布した³¹。こうして、「見せる」死刑から「見せない」死刑への移行と同時に、「知らせる」死刑への転換が着々と図られていった。

5 当局者による「苦痛」観

1870年の新律綱領には、「絞罪器械」（絞柱）を用いた絞首の執行方法が図示され、執行方法が詳細に記述されていた³²。この刑具および執行方法について、当局者からは「苦痛」を感じさせるものだとして異議が相次ぎ、改廃が要求された。

鹿児島縣は司法省への伺の中で「綱領諸圖ヲ讀ムニ刑具圖内絞罪具式アリ其器械形状畧磔具ノ十字架ト相似タリ又臨刑ノ狀ヲ聞クニ囚人空ニ懸ラレ命未タ絶セサル際腹肚起張血耳鼻ヨリ出テ其苦痛言フ可ラス其刑斬ノ下ニ處ルト雖モ其苦却テ斬ノ上ニ出ツト然ラハ器械ノ具苦痛ノ狀皆磔刑ト畧齊シケレハ此具ヲ廢シ（後略）」と述べ、絞柱の廃止を訴えた³³。この伺には、当局者の目から見た、絞首刑に対する極めて繊細な感覚、嫌悪感が示されている。すなわち、①絞柱の形状が、新律綱領によって廃止された磔の十字架を連想させる

³⁰ 前掲註2『法規分類大全』刑法門二：273。

³¹ 太政官，1874，「第九号処刑ノ者犯由掲示ノ雛形」（公文録・明治七年・第二百十二卷・明治七年五月・司法省伺（二・布達））。国立公文書館デジタルアーカイブ <http://www.digital.archives.go.jp/DAS/meta/MetSearch.cgi>（2013年6月16日検索）。

³² 前掲註2『法規分類大全』刑法門二：141・143。

³³ 司法省編，1982，『司法省日誌 第一卷 明治六年第一号～明治六年第三九号』橘書院：481・482。

②絞首刑の執行中、まだ絶命に至っていない被執行者の腹部が膨張し、耳や鼻から出血する事態は「苦痛」であり、その苦痛は斬首以上で、かつ磔と同等だとするものである。

また、司法省も 1872 年 8 月、正院に対し、「新律綱領獄具圖式中絞罪器械ノ儀ハ實用ニ於テ絶命ニ至ル迄ノ時限モ掛リ從テ罪人ノ苦痛モ有之候ニ付（後略）」として、英国式の「西洋器械」の採用を具申し³⁴、1873（明治 6）年 2 月、太政官布告 65 号により、新たな絞架式の器械が導入された³⁵。

鹿児島県および司法省の問題意識は、死刑執行に伴う「苦痛」を推し量る当局者の尺度を明確に示しており、重要である。すなわち、その尺度とは、刑場に立ち会う者の目に映る出血や膨張といった被執行者の身体状況および絶命に至るまでの所要時間であった。

二 梟示の廃止

1 絞・斬の軽重論

1875（明治 8）年に立法機関として設置された元老院は、翌 1876（明治 9）年 7 月、「死刑ヲ絞ニ止ムルノ意見書」を全会一致で可決、上奏した³⁶。布告案は、改定律例の名例律五刑條例に「凡斬梟ノ刑ヲ廢シ其罪死ニ該ル者ハ一體ニ絞ニ處ス」との条文を置くもので、意見書ではその理由を具体的に述べている。すなわち、「斬」は「身首處ヲ異ニシ鮮血刑場ニ逆ル所謂刑ノ酷ナル者ナリ」とし、一方、「絞」は「支體ヲ完全ニシ敢テ鮮血ノ慘然タルヲ視ス」として、「斬ニ比スルニ稍寛ナリト謂フ可シ」というのである³⁷。このように元老院は、頭部と胴体が分断されることと、身体から鮮血が流れ出るという 2 点を「酷」または「慘然」な死刑の尺度としており、極めて明快である。

³⁴ 前掲註 2『法規分類大全』刑法門二：206。

³⁵ 上掲書刑法門二：204-206。手塚豊，1956、『明治初期刑法史の研究』慶應義塾大學法學研究會：255-261。

³⁶ 上掲書刑法門二：320-321。

³⁷ 明治法制經濟史研究所，1968、『元老院會議筆記 前期第三卷』元老院會議筆記刊行會：155-156。

意見書は、梟示に関し、「惨ノ又惨ナルヲ以テ觀ル者ヲシテ其罪犯ノ憎ム可キヲ忘テ却テ之ヲ憫ムノ心ヲ興起セシムルニ至ル」³⁸として、胴体と分断された頭部をさらに見せしめとして晒すことは惨酷極まりなく、公衆に憐憫の情を起こさせる負の効果しかない指摘した。

ところで、元老院では、意見書で示された惨忍性の判断基準に対して疑義も表明された。津田眞道議官による「斬」「絞」の軽重論である。絞首について、津田は「斷命ノ際苦楚萬狀其慘看ルニ忍ヒサル者アルヲ聞ク」と述べ、様々な苦しみがあつて惨状は見るに堪えないという説を挙げた。斬首は「一撃斷頭シテ其痛痒ヲ知ラサルカ如キ」であるから、「寧ろ支体ヲ全フセサルモ斷命ノ苦楚ヲ輕減」するという公論もあり得ると問題を提起した³⁹。津田の軽重論においては、まず、死刑の被執行者が感じる「苦痛」が想定され、残虐か否かは、苦痛の発露に見る者が堪えられるかどうかによって判断され、一方、苦痛は死に至る時間が短ければそれだけ軽減されるという、重要な視座がある。元老院の意見書は、ひたすら見る者の立場から惨忍性を捉えているのに対し、津田の軽重論は、被執行者と見る者のいずれを主体に据えるかにより残虐の軽重は逆転するというものである。しかし、元老院において、津田の説が重視されることはなかった。

2 元老院意見書の採用

元老院の「絞ニ止ムルノ意見書意見書」は、結局、明治政府になおざりにされ、斬首、梟示ともに継続された。そこで、元老院では 1878（明治 11）年 5 月、斬首を廃止の対象から外し、いわば妥協案として「梟示ノ刑ヲ廢スルノ意見書」が提案された。梟示は 1877 年に 10 人、1878 年もこの時点で既に 12 人に及んでいた⁴⁰。速やかに廃止すべき理由として「公然之ヲ路頭ニ掲ケ數日ノ間之ヲ衆ニ示シ其慘狀觀ルニ忍ヒサルヲ以テ人ヲシテ其罪犯ヲ愍ミ而シテ其刑ノ酷ナルニ酸鼻セシムルニ至ル」と述べ、1876 年の「死刑ヲ絞ニ止ム

³⁸ 上掲書：159.

³⁹ 上掲書：157-158.

⁴⁰ 明治法制経済史研究所，1969，『元老院會議筆記 前期第五卷』元老院會議筆記刊行会：457-458.

ルノ意見書」と同様の内容を引用していた⁴¹。今回の意見書は 1878 年 6 月 14 日に全会一致で可決された⁴²。改定律例の五刑條例に「凡梟示ノ刑ヲ廢シ其罪梟示ニ該ル者ハ一體ニ斬ニ處ス」との条文を入れる布告案は、1879（明治 12）年 1 月 4 日の太政官布告で採用され、梟示の廃止が実現した⁴³。

1878 年の元老院會議では、主に意見書の字句の修正が話し合われるだけで、死刑執行方法の惨忍性に関する議論は行われなかった⁴⁴。1876 年の「絞ニ止ムルノ意見書」では、斬首について、頭部と身体に二分され、刑場に鮮血が迸ることを理由に惨酷だとしたが、1878 年の意見書では、「陰所ニ於テ之ヲ爲スヲ以テ之ヲ廢スル猶緩フス可キ者ノ如シ」⁴⁵と述べ、斬首は密行されるのだから惨状が目に触れることはなく、梟示と同様の弊害は免れるとして認容した。

たとえ死刑の執行方法が惨酷であっても、必ずしも改廃する必要はなく、公衆に見せない限りは温存してよいという考えを立法機関が示唆していると解することができる。その意味では、日本の死刑史上、梟示の廃止を促したこと以上に重要な分岐点となった、とみることができる。

第二節 ボアソナード主導の旧刑法起草

一 絞首刑と密行の選択

1 編纂の経過と記録

⁴¹ 上掲書：459-465.

⁴² 上掲書：464.

⁴³ 前掲註 2『法規分類大全』刑法門二：319-320. 元老院における議論を紹介した論文として、新井勉，2009，「明治日本における絞首刑の選択」『日本法學』75(2)：6-9.

⁴⁴ 前掲註 40『元老院會議筆記 前期第五卷』：457-465.

⁴⁵ 上掲書：464.

第一節でみたように、火罪、鋸引、晒、引廻し、磔といった見せしめとしての死刑は次第に改廃され、遂に、1879年1月に梟示が廃止されたことで、日本では公開による死刑執行が全て廃止された。死刑執行の方法としては絞首と斬首が残り、1880（明治13）年に公布、1882（明治15）年に施行された旧刑法では、斬首も廃止したから、日本の死刑執行方法は絞首に単一化されたといえる。

旧刑法の編纂は、司法省の編纂作業、刑法草案審査局の審査修正および元老院の審議の3つの段階を経て実現した⁴⁶。

司法省の編纂作業では、1875（明治8）年、司法卿大木喬任が日本人11人を刑法草案取調掛に任命し、纂集長の四等出仕鶴田皓が中心となって、法学教育に関する雇用契約を結んでいたフランス人法学者ボアソナードの講義や助言を受けつつ、草案の作業を進めた。1876（明治9）年4月に「日本帝国刑法初案」（以下「初案」という。）が司法省から正院に上程され、「改正刑法名例案」として元老院に付されたが、不完全だとして未審議のまま返還された。そこで、編纂作業はボアソナードが主導することとなり、同年12月、「日本刑法草案第一稿」（以下「第一稿」という。）が正院に上程され、1877（明治10）年6月には「日本刑法草案第二稿」（以下「第二稿」という。）が起草された。その後、修正を経て確定稿の「日本刑法草案」（以下「草案」という。）が同年11月、鶴田から司法卿大木に、続いて司法卿から太政官に上程された⁴⁷。

太政官の附属機関として設置された刑法草案審査局は1878（明治11）年、「刑法審査修正案」を太政大臣に上進し、1881（明治14）年2月には「刑法附則」の草案を上進した。刑法審査修正案は1880（明治13）年3月、元老院議長に転じた大木喬任宛に付された。元老院の修正案は同年4月に上奏され、7月17日に刑法が公布された⁴⁸。

⁴⁶ 早稲田大学鶴田文書研究会・早稲田大学編、1976、『日本刑法草案会議筆記 第Ⅰ分冊』早稲田大学出版部：＜解題＞8. 吉井蒼生夫・藤田正・新倉修編著、1992、『旧刑法別冊（1） 刑法草按注解 上 日本立法資料全集8』信山社出版：第一部4.

⁴⁷ 上掲書『日本刑法草案会議筆記 第Ⅰ分冊』：＜解題＞10-11. 上掲書『刑法草按注解 上』：第一部4-7.

⁴⁸ 上掲書『日本刑法草案会議筆記 第Ⅰ分冊』：＜解題＞11-12. 上掲書『刑法草按注解 上』：第一部7-10.

司法省の編纂作業の記録としては、初案の編纂過程を綴った『刑法草按編纂日誌抜鈔』⁴⁹ および『刑法編集日誌』⁵⁰のほか、ボアソナード主導で1876年5月から1877年11月まで行われた編纂会議の記録であり、第一稿、第二稿から刑法草案確定の過程を示す『日本刑法草案会議筆記』⁵¹がある⁵²。

また、ボアソナードによる口述の記録として、初案を編纂していた司法省官員向けに1875年9月から1876年5月まで続けられた講義の『仏国刑法講義』、編纂中の刑法草案について1876年7月から元老院議員に対して始めた講義の『刑法草案講義筆記』があり、ボアソナードの著述の邦訳としては、第一稿の草案となった『日本帝国刑法草案』（以下「ボアソナード草案」という。）、刑法草案審査局向けの注釈書『刑法草按注解』、旧刑法改正のために執筆した『刑法草案註釈』がある⁵³。

このように、旧刑法は、「初案」「ボアソナード草案」「第一稿」「第二稿」「草案」そして成案という過程を経て制定された。

2 「苛虐」な死刑の否定

それでは、ボアソナードは、旧刑法において、なぜ、死刑執行方法を絞首に単一化したのであろうか。死刑執行方法に関するボアソナードの基本理念は、当時の「文明国」一般の死刑に対する考え方と一致している。

彼は、『刑法草按注解』において「本案編纂者ハ夙ク刑ノ苛虐ナル者ヲ廢除ス可キヲニ疑ハサリシ」「今日文明ノ國ニテハ死刑トハ『生命ヲ剝奪ス』ト云フニ在リ人ヲ苦ムルノ具ト

⁴⁹ 早稲田大学鶴田文書研究会・早稲田大学編、1977、『日本刑法草案会議筆記 第IV分冊』早稲田大学出版部に所収されている。

⁵⁰ 早稲田大学鶴田文書研究会・早稲田大学編、1976、『刑法編集日誌 日本帝国刑法草案<日本刑法草案会議筆記別冊>』早稲田大学出版部に所収されている。

⁵¹ 早稲田大学図書館蔵本では26巻および目録1巻の全27冊で、外題は『日本刑法草案筆記』『刑法草案（按）会議筆記』『日本刑法会議筆記』などとなっているが、復刻資料の題名に合わせて本稿では『日本刑法草案会議筆記』とした。

⁵² 前掲註46『日本刑法草案会議筆記 第I分冊』：＜解題＞7-8, 13, 21. 前掲註46『刑法草按注解 上』：第一部i, 6.

⁵³ 上掲書『刑法草按注解 上』：第一部6, 13, 14, 35. 上掲書『日本刑法草案会議筆記 第I分冊』：＜解題＞13, 23.

爲サハルヲ云フ」「故ニ之ヲ殺死スルニ最モ速ニシテ且最モ苦痛輕キ方法ヲ求メンヲ務メタリ」と述べている⁵⁴。

したがって、死刑の刑罰内容は、単に生命を剥奪することであり、その執行手段は、最速で、かつ苦痛が最も軽い執行方法を求めることが基本理念とされていた。

3 斬首か絞首か

旧刑法の編纂においてボアソナードと司法省の官員は当初、死刑執行の方法として斬首を想定していた。初案では「死刑ハ斬首ス」⁵⁵とされており、ボアソナード草案も「死刑ハ刀ヲ以テ刎首ス」⁵⁶とし、第一稿でも「死刑ハ斬首ス」⁵⁷となっていた。ところが、第二稿で、突然、「死刑ハ絞首ス」⁵⁸と替わり、草案で絞首に確定し⁵⁹、そのまま公布・施行された。

梟示については、1878年6月になってようやく廃止の意見書を可決した元老院とは異なり、司法省の旧刑法編纂においては、当初から議論の対象外だった⁶⁰。

ボアソナードは、欧州の例を挙げて、「英米ニ於テハ絞シ佛國其他歐洲諸國多クハ斬ヲ行フ」して、斬・絞の2種のみを検討の対象とした⁶¹。その上で、斬と絞それぞれの長所と短所を論じている。ただし、その評価は時期によって揺れ動いた。

初案を編纂していた司法省官員向けに1875年9月30日に行った講義においては、「斬首ヲ以テ良法ト爲スナリ」とし、「絞罪ハ絶命ノ際ニ方テ苦痛ヲ爲シ斬首ハ其苦痛ヲ爲サス」

⁵⁴ 上掲書『刑法草按注解 上』: 93-94. ボアソナードは、『刑法草案註釈』においても、フランスが1791年刑法2条において「死刑ハ單ニ生命ヲ剥奪スルニ在リ決シテ受刑者ニ對シ何等ノ苛虐ナル處置ヲモ行フヲ得ス」と規定したことを紹介している。傑・博散復（ボアソナード）著、1886、『刑法草案註釋 上』（森順正・中村純九郎 訳）司法省: 171. 同書については、国立国会図書館デジタル化資料を引用した。<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/793731>（2013年6月18日検索）。

⁵⁵ 前掲註46『日本刑法草案會議筆記 第I分冊』: 15.

⁵⁶ 前掲註50『日本帝国刑法草案』: 33.

⁵⁷ 前掲註49『日本刑法草案會議筆記 第IV分冊』: 2945.

⁵⁸ 上掲書: 3028.

⁵⁹ 上掲書: 3104.

⁶⁰ 纂集長の鶴田はボアソナードとの問答において、冒頭に「梟スル等ノヲハ最早此刑添ニ於テハ採用スヘカラサルニ付其事ノ議論ハ要セス」と述べている。前掲註46『日本刑法草案會議筆記 第I分冊』: 75.

⁶¹ 前掲註46『刑法草按注解 上』: 95.

として、斬首には苦痛が伴わないという点を最大の理由に挙げていた。また、「生命ヲ失フノ慄ムヘキ而已ナラス尚其苦痛ヲ爲サシムルハ最其慄ムヘキニ耐ヘサルコトナリ」と述べ、生命を奪うだけでなく苦痛を与えることは憐れむべきことこの上なく、こうした「情理」から斬首がよいと主張した。もっとも、近來の研究によれば、斬首で身首を両断しても数分間は絶命せず、その間は苦痛が伴うはずだとの説もあると付言していた⁶²。

また、1876年7月から元老院議官に対して講義を始めたボアソナードは、「日本ニ於テ古来沿用スル所ノ斬首ヲ採用スルヲ良ナリトス」と述べていた⁶³。自身が起草を主導した第一稿で斬首を死刑執行の方法に選んだ理由について、「一刀ニ其生息ヲ絶ツヲ以テ其苦痛ナシ」と説明した⁶⁴。

ところが、第二稿以降で絞首に転じ、その理由として、以下のように、全く新たな論理を持ち出している。

第1に、絞首と斬首の「一得一失」を改めて比較する。欧州各国において、絞首は「天然ノ身体ヲ具備シ置クヲ以テ斬首ノ身首所ヲ異ニスルニ勝レリ」、斬首は「其犯人ノ一身ニ取り速ニ生ヲ断チ其苦痛ヲ覚ヘサルヲ以テ絞首ノ苦痛ヲ覚ユル如キモノニ勝レリ」というのがそれぞれの主意だとする⁶⁵。

続いて、かねてより死刑執行方法に関する重要な基準としていた被執行者の「苦痛」に関し、「然シ其真ニ苦痛ヲ覚ユルト否トハ受刑ノ本人ニアラサレハ他人知り得ヘキニアラス」と述べ、他者には判断不能であるから、執行方法として選択する際の尺度にはなりえないという考えを示す⁶⁶。

⁶² ボアソナード述（名村泰蔵訳），1881，『司法省蔵版 佛國刑法講義』弘令社：21．国立国会図書館デジタル化資料 <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/794204>（2013年6月20日検索）。

⁶³ Boissonade, Gustave Emile（ボアソナード）講義，発行年不詳，『刑法講義筆記 自第一回至第十一回』：第五回．国立国会図書館デジタル化資料 <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/2937898>（2013年6月18日検索）。

⁶⁴ 前掲註46『日本刑法草案会議筆記 第I分冊』：77．

⁶⁵ 上掲書：77．

⁶⁶ 上掲書：77．

ここで重要なのは、被執行者の苦痛は、執行に立ち会う者の目と感覚によって認識し得るという観点がボアソナードには欠落していたという事実である。

既にみたように、鹿児島縣は、新律綱領に沿った絞首によって被執行者の腹部が張り、耳や鼻から出血し、その苦痛は斬首以上であるとして改善を求めていた。元老院は、絞首への単一化を求める意見書を可決した際、斬首によって鮮血が刑場に迸ることは酷刑に当たると指摘した。いずれも、死刑執行方法の苛虐さは、執行に臨場する者の目と感覚から判断し得るという重要な示唆を与えていたにもかかわらず、ボアソナードはいとも簡単に、被執行者の苦痛を評価する基準の設定を放棄したのである。

最終的にボアソナードは、被執行者本位に死刑執行中の苦痛＝「苛虐」を論じることをやめ、親族の目から見た死刑執行後の状態を論拠とするに至った。すなわち、「死屍ヲ親屬ヘ下付スルコトニ付テモ身体ヲ具備シ置ケハ其親屬ニテ其死屍ヲ見タリトモ別ニ慘酷ノ刑ヲ受ケタリトノ怨ヲ生スルコト薄キノ便利アラントス」として、絞首を採用して身体が分裂しない天然の状態で遺体を引き渡せば、遺族の恨みも少なく「便利」だという功利的な説明を最大の理由に据えた⁶⁷。

被執行者の苦痛と並び、死刑執行方法の重要な論点に挙げた「最速」については、絞首・斬首の「二種ノ刑ノ内何レカ最モ速ニ人ヲ死ス可キヤノ事ハ生理學家ノ論未タ全ク一定ナルニ至ラス」と前置きし、斬首は刎首から数分間生命と保つという説がある一方、絞首も通常の絞縊であれば絶命に数分かかるとする。しかし、絞首は「絞縊ノ方法絞罪人ノ足ノ踏ム所ノ板ヲ引き下ケテ身ヲ落下スルカ如キ類ニテハ其絞スルノ際震動ヲ生スルヲ以テ其際項椎ヲ切斷スルヲ以テ即時生ヲ絶スヘシ又其兩脚ニ數斤ノ重リヲ附スレハ其死スル更ニ早カルヘシ」として、懸錘併用の踏板式により、絶命の時間を速めると強調した⁶⁸。

⁶⁷ 上掲書：77.

⁶⁸ 前掲註 46『刑法草按注解 上』：94-95.

ボアソナードは「自分ハ何レニテモ異論ナシ」と述べているように⁶⁹、絞首か斬首かの選択に関してはさほどこだわりはなく、旧刑法の草案が第二稿以降、絞首に傾いたのは、鶴田が「元老院ニテモ絞罪ニ処スルヲ可トスルノ議論アリト聞ケリ」と述べたように⁷⁰、絞首にとどめる意見書を既に可決・上奏していた元老院の意向に配慮したからだと考えられる⁷¹。もちろん、絞首について「支體ヲ完全ニシ（中略）斬ニ比スルニ稍寛ナリト謂フ可シ」とした元老院の意見書は、ボアソナードが絞首を推した理由とも重なる。しかし、仮に被執行者の「苦痛」にこだわり続けたなら、欧州の大勢に倣って斬首を選択した可能性もあり、実際、ボアソナードは「苦痛スルト否ルトノ主意ニテ之ヲ立ツル時ハ果シテ道理ニ適當シタルモノトハ云ヒ難シ」と認めている⁷²。

さらに、「越歴力ノ微妙ナルカアル又ハ化學上ノ藥物一喫シテ動脈ヲ止ムルモノアルヘク又瓦斯類ニシテ瞬間ニ生息ヲ絶ツ可キモノアルヘシ」と付言し、将来において電気、薬物、ガスといった新たな死刑執行の方法が発明されれば「是等ノ物或ハ斬絞ノ二種ニ勝ルヲアルヘシ」⁷³と述べている。

ボアソナードは、旧刑法が施行された後も、「一層迅速、確的（原文ママ）ニシテ且ツ痛苦ノ輕少ナル他ノ誅戮ノ方法ヲ發明スルヲ得ヘキヲ是ナリ」⁷⁴として、できる限り迅速かつ苦痛の少ない死刑執行方法が理想的であるとしている。

4 公開か密行か

ボアソナードは、死刑を公開で執行するか否かというテーマもまた、死刑の執行方法と並んで重大な問題であるとし、司法省の鶴田も、十分な議論を尽くすべき課題であると考えていた⁷⁵。

⁶⁹ 前掲註 46『日本刑法草案会議筆記 第Ⅰ分冊』：78.

⁷⁰ 上掲書：77.

⁷¹ 同旨、新井・前掲註 43「明治日本における絞首刑の選択」：9-14.

⁷² 前掲註 46『日本刑法草案会議筆記 第Ⅰ分冊』：78.

⁷³ 前掲註 46『刑法草案注解 上』：96-97.

⁷⁴ 前掲註 54『刑法草案註釋 上』：173.

死刑執行の公開問題に関して、旧刑法の「初案」「ボアソナード草案」「第一稿」「第二稿」「草案」、そして公布・施行された実際の「旧刑法」の各条項は、以下のとおり変遷した。

「初案」7条は、「尊属ノ親ニ對シ罪ヲ犯シテ死刑ニ該ル者ハ顯所ニ於テ刑ヲ行フ」⁷⁶とし、尊属殺人については、例外的に「顯所」において執行する公開刑を規定していた。「ボアソナード草案」16条但し書きは、「第十七条ニ記シタル死刑ノ執行ヲ除クノ外通常ノ死刑ハ特別ノ規則ニ特示シタルモノ立會シテ獄内ニ於テ執行ス」として、非公開を原則とした。17条は「弑親ノ重罪並ニ法律ヲ以テ弑親ノ重罪ト同視スヘキ罪ニヨリ死刑ニ処セラレタル者ハ其処刑ノ言渡書ニ示シタル顯所ニ於テ之ヲ執行ス」として、尊属殺人は例外的に公開刑とし、但し書きで「執行スル場所ハ其重罪ヲ犯シタル地又ハ之ヲ裁判シタル地ニ於テノミ之ヲ執行スルモノトス」⁷⁷として、犯罪地または裁判所の所在地で執行するとしていた。

「第一稿」⁷⁸「第二稿」⁷⁹および「草稿」⁸⁰のそれぞれ17条ならび「旧刑法」⁸¹12条は、いずれも「規則ニ定ムル所ノ官吏臨檢シ獄内ニ於テ之ヲ行フ」とし、非公開を原則とした。

刑法草案取調掛の司法省官員たちは当初、死刑の方法は斬首とすることで意見が一致したが、父母を殺害した者に対しても斬首にとどめるべきか、他の方法を用いるべきかが議論となった。鶴田は「死ハ刑ノ極メニシテ死ヨリ加フ可キ刑ナケレハ」として、たとえ君父に対する逆罪であっても斬首にとどめ、ただし通常の死刑は獄舎において執行するところ、この罪は他に場を設けて顕戮（公開による死刑執行）とするなり、死刑の執行後に犯

⁷⁵ 前掲註46『日本刑法草案会議筆記 第I分冊』:75. 前掲註46『刑法草案注解 上』:93. 上掲書『刑法草案註釋 上』:170-171.

⁷⁶ 上掲書『日本刑法草案会議筆記 第I分冊』:15.

⁷⁷ 著者・発行年不詳、『ボアソナード氏 日本帝国刑法草案 完』, 出版社不詳による. 同書は表紙に「司法省記録文庫」と記されている. 国立国会図書館デジタル化資料 <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367854> (2013年6月18日検索). なお、前掲註50『日本帝国刑法草案』には公開刑に関する例外規定がない. これは、上記両書の執筆時期のずれによるものと考えられ、起草の過程におけるボアソナードの迷いが窺える.

⁷⁸ 前掲註49『日本刑法草案会議筆記 第IV分冊』:2945.

⁷⁹ 上掲書:3028.

⁸⁰ 上掲書:3104.

⁸¹ 内閣官報局編, 1890, 『法令全書 明治十三年ノ1』(=1976, 『法令全書第十三卷-1』原書房復刻):108.

由牌を立てて通常の死刑と区別するなりしてはどうかと提案した⁸²。結局、初案では顕戮が選択された。

ボアソナードは、「ボアソナード草案」において、尊属殺人またはそれと同等の罪に対しては、犯罪地または裁判所の所在地で死刑を公開で執行するという、取調掛の総意に沿う条文を盛り込んだが、その後は、一貫して死刑の密行を主張した。その理由は、公開刑の弊害が大きいと考えたからである。すわなち、その弊害とは以下のように要約することができ、相互に関連している。

第1は、「惨酷行為の手本」⁸³を与える弊害である。

ボアソナードは、「人ヲ殺スハ元来猛悪ノ極度ナリ其猛悪ノ処置ヲ人民ノ目ニ馴レシムルハ甚タ宜シカラス」「佛國ニテモ死刑ヲ見馴レタル者ハ其斬首ノ有様ヲ見テ少シモ惨然ノ情ヲ発セス大笑スルモノ往々アリ」⁸⁴と、フランスの例を引き合いにしつつ、民衆が死刑執行を見馴れないようにするのが密行の趣旨だと述べる。「佛國ニテハ（中略）群聚中ニハ性質悪人ニアラサル者モ其猛悪ノ所為ヲ見馴レタルカ為メニ自然人ヲ殺スヲモ何トモ思ハサルニ至ルモノアリ故ニ其惨酷ノ所置ヲ見慣レタルモノハ人ヲ打チ血ヲ見ルト雖モ少シモ之ニ驚カス反テ勢ニ乗シテ遂ニ殺スニ至ルモノナリ」「元来顕戮ト為スハ一人ヲ殺シテ衆人ヲ懲戒スルノ主意ナリ然ルニ之ヲ懲戒セントシテ却テ猛悪ノ所業ヲ勧誘スルノ理ニ陷ルモノナリ」⁸⁵として、公開による死刑執行は一罰百戒が目的であるはずなのに、見慣れることにより、別の殺人行為を誘発する逆効果を引き起こし、本末転倒であるとの論を展開する。

「亜米利加其外各國ニテモ屡死刑ヲ行フヲ見慣レテ悪事ヲ為スモノ多シ」⁸⁶「歐洲諸國多クハ死刑ヲ公行スルノ法ヲ廢シタリ」⁸⁷と述べ、死刑執行の公開によるこうした弊害はアメリカなどでも起きている現象であり、公開の廃止がヨーロッパの潮流であるとした。

⁸² 前掲註 50『刑法編集日誌』：9.

⁸³ ベッカリーア（風早八十二・五十嵐二葉訳），1938，『犯罪と刑罰』岩波書店：98. 団藤重光，2000，『死刑廃止論〔第6版〕』有斐閣：209.

⁸⁴ 前掲註 46『日本刑法草案会議筆記 第I分冊』：75-76.

⁸⁵ 上掲書：76.

⁸⁶ 上掲書：76.

⁸⁷ 前掲註 46『刑法草按注解 上』：100.

第2に、死刑公行によって被執行者が英雄視されるおそれを懸念した。「刑場ニ臨ミテ衆人ヲシテ感激セシメ又ハ愛憐ノ心ヲ起サシメンヲ務メテ刑ヲ以テ却テ譽レヲ得ルヲアリ」とし、このような状況に至れば「甚タ刑ノ目的ヲ失フト云フヘシ」と述べ、死刑による犯罪抑止の目的が著しく損なわれかねないと指摘した⁸⁸。

第3に、死刑の公開が執行の厳粛さを損なうことを危惧した。「衆人ノ群集スル者劇場ニ在ルカ如ク甚シキハ幼童ヲ携フル者アリ」「或ハ嗤笑シ或ハ嘲罵シ甚シキニ至テハ刑人ト相争フアルニ至ル其醜狀刑場ヲ見ルヨリモ甚シキヲアリ」⁸⁹として、刑場を取り巻く空間が娯楽の場となり、あるいは喧騒と騒動の場と化した状況を「醜狀」と形容した。また、ボアソナードは、『刑法草案註釈』の中で「嗤笑シ或ハ嘲罵」する群衆を「鄙野粗暴ニシテ喧囂ヲ好ム所ノ賤民」と記している⁹⁰。「醜狀」「賤民」という言葉には、のちに考察するように、死刑執行の儀礼性を保ちつつ、信頼が置ける立場の限られた立会人を選定して密行すべきであるとの考えが象徴的に表れている。

加えてボアソナードは、「日本國人ノ温和ノ氣質アルヤ斯克ノ如キ慘狀ヲ目撃セシムヘカラス」と、温厚な国民性を持つ日本人には刑場の惨たらしさを見せてはならないというパターナリスティックな配慮ものぞかせている⁹¹。

以上の理由から、ボアソナードは鶴田との問答において、最終的に「頭戮ノ法ヲ全ク廃スルナレハ最モ可ナリ」と持論を述べ、鶴田は「法律ハ追々開明ニ進ムヘキモノニ付」として、弑親の罪も含めて「頭戮ヲ用ヒス矢張獄内ニテ執行スルコト、為サン」と合意するに至った。

⁸⁸ 上掲書：98.

⁸⁹ 上掲書：98.

⁹⁰ 前掲註 54 『刑法草案註釋 上』：174.

⁹¹ 前掲註 63 『刑法講義筆記 自第一回至第十一回』：第五回.

二 透明性の確保

1 公告

ボアソナードは「日本ニテハ死刑ハ獄内ニテ絞首シ顯戮セサル故ニ必ス揭示シテ公告セサル可カラサルナリ」として、死刑執行そのものを公衆に見せない代わりに、公告することが不可欠であると説いた⁹²。しかし、その目的は、死刑執行の公正性と透明性の確保にあったのではない。フランスにおいては公判の傍聴許可と並んで榜示公告が懲戒の一つであり、死刑を密行にしても「衆人ヲ懲戒スルニハ十分足レリト為ス」と考えたのである⁹³。この場合、懲戒とは「見懲的意味」⁹⁴であり、鶴田は日本における梟首を引き合いに、「畢竟其惡事ヲ為シタル犯人ナルコトヲ公ケニ示シ衆人ヲ懲戒スヘキ為ナレハ」と述べ、見せしめのために行う公告に理解を示した⁹⁵。

死刑執行時の公告は、旧刑法においてではなく、旧刑法附則 8 条において「死刑ヲ執行シタル時ハ犯人ノ屬籍氏名年齢職業住所及ヒ其罪狀刑名ヲ記載シテ左ノ各所ニ榜示公告ス可シ」と規定され、刑を宣告した裁判所の門前、犯罪地および犯人の住居地に公告されることとなった⁹⁶。これを受け、司法省は重罪裁判所の宣告書全文を 3 日間公告するよう、雛形付きの達で通知した⁹⁷。

2 第三者の立ち会い

ボアソナードは「死刑ヲ獄内ニ於テ行フ國ニ於テハ之ヲ行フトキハ必ス法律ニ定ムル或ル官吏ノ面前ニ於テスルヲ要スルナリ」⁹⁸と述べ、そうすることで「名ハ秘密ト云フト雖

⁹² 前掲註 46『日本刑法草案会議筆記 第 I 分冊』: 154.

⁹³ 上掲書: 76.

⁹⁴ 石井・前掲註 10『江戸の刑罰』: 10-13.

⁹⁵ 前掲註 46『日本刑法草案会議筆記 第 I 分冊』: 73.

⁹⁶ 内閣官報局編, 1890,『法令全書 明治十四年』(=1976,『法令全書第十四卷』原書房復刻): 48.

⁹⁷ 内閣官報局編, 1890,『法令全書 明治十五年』(=1976,『法令全書第十五卷』原書房復刻): 849-850.

⁹⁸ 前掲註 46『刑法草案注解 上』: 100-101.

トモ其实ハ則チ然ラス」⁹⁹として、官吏の立ち会いを規定すれば実際上は密行には当たらないという見解を示した。その理由について、「若シ之ヲ示サル時ハ獄内ニテ内密ニ執行スル而已ニテ何人モ真ニ之ヲ死刑ニ処シタルヤ否ヲ知ルモノナキ様ニ見ユルノ恐レアリ」¹⁰⁰とし、閉ざされた刑場においても死刑の執行を見届ける証人を存在させるべきであると説いた。

ここで重要なのは、「官吏」をいわゆる公職者に限定せず、「立會スルモノ十二人以上アリ即チ區撰・議員二名及ヒ書記醫師僧侶官各一名其他裁判ニ關係セル官吏等」¹⁰¹、あるいは「監獄書記官及長官民生證書官吏各一員公衆ノ代人タル國民二人及醫師一人」¹⁰²として、外国の例を挙げていることである。裁判に関係のない議員等を立ち会わせる理由を元老院において問われると、ボアソナードは「議員ハ固ヨリ罪人ノ居住スル區ノ總代タリ」と答え、刑場から締め出される公衆の代理人としての役割を地元議員が担っているとの認識を示した¹⁰³。

しかし、ボアソナードは、立会人については必ずしも法律で規定する必要はなく、「規則」において別途定めてもよいとし、立ち会いの「官吏」についても「悉ク立會セサルモ書記檢事及ヒ獄舎ノ長官等ハ必要ナリトス」¹⁰⁴と述べた。その通り、規定は旧刑法ではなく、旧刑法附則において「檢察官書記及ヒ典獄刑場ニ立會」とするだけで、その他は「立會官吏ノ許可」が要件となった。

ボアソナードが第三者による立ち会いを規定することにさほど積極的でなかったことは、死刑執行方法を絞首に単一化した理由と関連させると、理解しやすい。すなわち、絞首を選んだのは、被執行者の遺体が引き取る家族の目にとってむごたらしくないという利点

⁹⁹ 前掲註 63『刑法講義筆記 自第一回至第十一回』第五回。

¹⁰⁰ 前掲註 46『日本刑法草案會議筆記 第 I 分冊』: 77.

¹⁰¹ 前掲註 63『刑法講義筆記 自第一回至第十一回』第五回。

¹⁰² 前掲註 46『刑法草按注解 上』: 101.

¹⁰³ 前掲註 63『刑法講義筆記 自第一回至第十一回』第五回。

¹⁰⁴ 上掲書。

が決め手になったのであり、執行中の生々しい様子が傍観者の目にどう映るかは、惨忍かどうかの基準とはなりえなかったからである。

第三節 小括

第一章では、1882年に施行された日本の旧刑法において、死刑執行方法が絞首に単一化された経緯について、史料を基に、仔細に検証した。結果として明らかになったのは、旧刑法草案の起草を主導したボアソナードと司法省官員が、「苛虐」ではない死刑執行とは何かを検討するに当たり、刑場に立ち会う者の目と感覚を通じて認識される苛虐さを全く考慮に入れていなかったという事実であった。

明治政府は当初、江戸時代の御定書百ヶ條を受け継ぎ、被執行者を槍で身体を突く磔、火あぶりにする火罪という、いずれも罪木に縛り付けての死刑執行方法に加え、斬首後に晒し首とする獄門（梟首）、被執行者の姿を公衆に見せる晒、馬上に乗せ、罪状を記した幟や捨札を掲げながら市中を回らせる引廻しといった見せしめの死刑を温存した。

公開性の強いこれらの死刑執行は、公衆に対する威嚇的效果を図り、犯罪の抑止を目的とするものであったが、その後はヨーロッパにおける人道主義の影響を受け、見せしめの刑の改廃が徐々に進み、1870年に頒布した新律綱領に規定した死刑の刑種は、絞首と斬首の2種と、残忍な犯罪者に対して特別に科する梟示のみとなった。

死刑の執行自体または執行後の遺体の一部を「見せる」という方法に代わり、公衆に対する威嚇の方法として登場したのは、死刑の対象者の犯罪事実を記し、死刑が執行された事実とともに「知らせる」という方法であった。1873年に布告された改定律例では、それまで梟示の被執行者に限っていた公告を、絞と斬にも適用し、市中の大通りや本籍地に貼り出すと規定して、公衆に対する周知の範囲を拡張した。

この間、1872年にはヨーロッパの近代的な監獄制度を取り入れた監獄則が作られ、死刑密行の原則が条文に盛り込まれた。1879年には梟示が廃止され、日本における公開の死刑

が全て消えた。旧刑法の起草に当たっては、尊属殺人またはこれと同等の罪に限って死刑執行を公開することも検討されたが、公開は惨酷行為の手本になるとして見送られ、「見せない」死刑への方向付けが決まった。

旧刑法の死刑執行方法として、絞首が採用された理由は、頭部と胴体が分離されないまま被執行者の遺体を親族に引き渡せば、惨酷な刑を受けたという怨みを買うことも少ないであろうという功利的なものであった。ボアソナードは元来、死刑とは単に生命を剥奪する刑で、人を苦しめる手段とすることも苛虐な処置を行うことも許されず、死に至らしめるのに最も速く最も苦痛の軽い執行方法を求めるべきであるとの基本理念を示していた。しかし、絞首か斬首かの二者択一に迷った末、どちらの方法がより速く絶命に至るかについては両論があり、苦痛については被執行者本人しか知り得ないとの理由から、自らが掲げた基本理念を最終的に放棄する格好となったのである。

だが、苦痛に関して本人以外が判断し得るヒントは、新律綱領の施行以降、当時の死刑執行方法に対し、地方の行政担当者および立法機関から提起された問題意識の中に潜んでいた。鹿児島縣は、絞首によって被執行者の腹部が張り、耳や鼻から出血し、その苦痛は斬首以上であるとして改善を求めた。元老院は、絞首への単一化を求める意見書を可決した際、斬首によって鮮血が刑場に進むことは酷刑に当たると指摘した。いずれも、死刑執行方法の苛虐さは、執行に臨場する者の目と感覚から判断し得るという重要な示唆を与えていたにもかかわらず、ボアソナードと司法省官員にはこうした観点が欠落していた。

もっとも、ボアソナードは、公衆の代理人たる国民による立ち会いが外国の通例だとし、立会人の規則を別途定めるべきだと述べたが、旧刑法と同時に施行された旧刑法附則は、当局者以外の立ち会いを原則として許さず、官吏の許可を要件として認めるという不明確な制限規定が置かれた。死刑執行の苛虐さに関し、ボアソナードが立会人の観点を重視しなかったことからしても、立会人の規定が空疎な内容となったのは当然の帰結といえる。

第二章 絞首刑の存廃と第三者の存在―米・ニューヨーク州との比較

はじめに

本章では、旧刑法施行以降初めて、日本の絞首刑という死刑執行方法の可否について討議し、絞首を温存すべきであるとの結論を出した司法省の行刑制度調査委員会と、アメリカにおいて最初に絞首刑を廃止し、電気椅子による死刑執行へと移行させたニューヨーク州の調査委員会における調査内容を対比する。これにより、日米両国の死刑執行を巡る透明性の分水嶺を探る。

第一節 司法省行刑制度調査委員会

一 設置目的

司法省が行刑制度調査委員会（以下「行刑調査委」という。）を設置したのは1922（大正11）年4月で、その目的は「行刑ニ関スル制度ヲ調査審議スル為メ」であった¹⁰⁵。第1回総会における大木前法相の訓示によれば、当時の行刑制度は、犯罪に対して応報をなすことを科刑の基礎とする観念に基づいて成立したもので、保護の方法を加味することが甚だ薄く、第一次世界大戦後における思想の変遷からも、行刑制度に適切な改良を加える必要があるとの認識に立っていた。従来の制度は欧米を模範としているが、日本に特有の「人情風習」を充分に参酌し、行刑制度の「完美」を期し、受刑者の「改過遷善」を図って「再び良民に伍せしむる途を講ずること」および「受刑後釈放せられた者を保護し累犯を防遏し因て社會の安寧秩序を保持する」ことが行刑調査委設置の趣旨であった¹⁰⁶。

¹⁰⁵ 小幡尚，2009，「一九二〇年代における行刑制度改革構想と監獄法改正事業」『人文科学研究』15：3。

¹⁰⁶ 監獄協會，1922，「行刑調査委員會」『監獄協會雜誌』35（6）：86-87。

政府が行刑調査委に諮問を求めた事項は 15 項目に及んだが、その中には矯正・保護に限定しない広範な事項も含んでおり、「死刑ノ執行方法」もその一つであった¹⁰⁷。

行刑調査委の委員・幹事に任命・嘱託されたのは、司法次官、司法省の刑事局長、民事局長、監獄局長、技師、参事官、書記官、事務官、監獄衛生官のほか、判事、検事、典獄¹⁰⁸で、いずれも司法大臣の監督・指揮・管理下にあった¹⁰⁹。死刑執行方法に関する調査は第一部会（部長は牧野菊之助判事）の担当で、調査・報告は、行刑調査委の委員の 1 人で東京監獄の典獄を務めた野口謹造が「主査委員」¹¹⁰として主導した。

二 答申

1923 年 12 月下旬から 24 年初頭にかけて作成された¹¹¹「行刑制度調査答申書（壱）」には、死刑執行方法に関し、以下の 4 項目の答申（以下「行刑調査委答申」という。）が含まれている¹¹²。

死刑ノ執行

- 一 死刑ノ方法ハ絞殺ヲ可トス尚ホ現行執行方法ノ改善ヲ希望ス
- 二 死刑ノ執行ハ著手ノ際本人ニ對シ之ヲ告知スルヲ要スルコト
- 三 死刑執行ノ方法及其ノ狀況ハ秘密ニ付スルコト

勸善懲惡ノ爲受刑者ノ犯罪事實ノ要旨及執行ノ事實ハ適宜之ヲ公ニスル
コトヲ希望ス

- 四 死刑ノ執行ハ判決確定後可成速ニ之ヲ爲スコト

¹⁰⁷ 前掲註 105 : 4.

¹⁰⁸ 司法省編, 1939, 『司法沿革誌』(1979 覆刻) 原書房 : 353.

¹⁰⁹ 司法省監獄局編, 1901, 『監獄法令類纂』東京書院 : 7. 国立国会図書館デジタル化資料を引用.
<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/795926> (2013 年 7 月 27 日検索).

¹¹⁰ 法務省法務図書館編, 2007, 『法務図書館所蔵 山岡萬之助関係文書目録』法務省法務図書館 : 119.

¹¹¹ 前掲註 105 : 10.

¹¹² 行刑制度調査委員会, 発行年不詳, 『行刑制度調査答申書（壱）』: 31 (矯正図書館正本文庫所蔵).

すなわち、行刑調査委は、死刑執行方法として絞首を継続するのが望ましいとの結論に達し、ただし、方法を改善することを希望したのであった。

この答申の基となったのは、1923 年 4 月 20 日の第 3 回行刑制度調査委員会において、第一部会部長の牧野が「議事ノ経過竝我邦及欧米諸国ニ於テ行ハルヽ絞殺、斬殺、銃殺、及電気殺ノ長短得失ニ付調査ノ結果」として報告した次の 4 項目の提言（以下「第一部会提言」という。）であった¹¹³。

- 一 死刑ノ執行ハ結局絞殺ヲ可トスルコト竝ニ被刑者ノ苦痛ヲ減少シ且死ノ刹那ニ於ケル惨状ノ見ヘサル様執行方法ノ改善ヲ希望スルコト
- 二 死刑執行ノ際之ヲ本人ニ告知スヘキ旧刑法ノ附則ハ廃止セラレタルモ従前通り之ヲ告知スルコト
- 三 死刑執行ノ状況ハ素ヨリ秘密ニ付スヘキモ犯罪ノ概要及執行ノ事実ハ勸善懲惡ノ為之ヲ公ニスルモ可ナリトセルコト
- 四 死刑ノ執行ヲ何日迄モ延ハスコトハ徒ラニ本人ニ対シ精神上ノ痛苦ヲ與フルニ過キサ
ルカ故ニ可成速ニ執行スルノ可ナリトセリ

第一部会提言「二」は、1908 年に廃止された旧刑法附則で規定されていたとおり¹¹⁴、死刑執行について被執行者本人に対し、執行直前に告知してから開始することを指しているに過ぎず、告知から執行までに相当な期間を確保するという趣旨ではない。このため牧

¹¹³ 行刑制度調査委員会，1923，『行刑制度調査委員会總會日誌』行刑制度調査委員会（矯正図書館正本文庫所蔵）。

¹¹⁴ 旧刑法附則 1 条「死刑ハ其執行ヲ爲ス裁判所ノ檢察官書記及ヒ典獄刑場ニ立會典獄ヨリ囚人ニ死刑ヲ執行ス可キヲ告示シタル後押丁ヲシテ之ヲ決行セシム但其時限ハ午前十時前トス」。内閣官報局編，1890，『法令全書 明治十四年』（＝1976，『法令全書第十四卷』原書房復刻）：46・47。

野は、第3回行刑調査委の席上、告知の法令上の根拠を調査した以外は「部会ニ於テ何等深キ調査ヲ為サス」¹¹⁵と述べている。

第一部会提言「四」は、死刑確定後、執行をいつまでも引き延ばすことは死刑確定者に「痛苦」を与えるとして、可能な限り早期に執行すべきであるとするものである。

本稿のテーマとの関連において重要なのは、第一部会提言「一」において、司法省に属する公職者で構成された行刑調査委が、絞首に「苦痛」と「惨状」が伴うことを公式に認め、苦痛を減少し、かつ死の瞬間における惨状が見えないように執行方法を改良することを提言したという事実である。

さらに重要なのは、①絞首に伴う苦痛と惨状を明確に認識しているにもかかわらず、他の執行方法への移行を提言せず、単に惨状が「見えない」ようにすればよいとしたのはなぜか②苦痛と惨状に対する認識は、行刑調査委答申「三」における「死刑執行ノ方法及其ノ状況ハ秘密ニ付スルコト」という答申とどのように関連するのかを明らかにすることである。

行刑調査委では、死刑執行の方法に関し、まず、第一部会の野口謹造主査委員が調査報告書『死刑執行ノ方法ニ就テ』¹¹⁶（以下「野口報告」という。）を執筆し、第一部会は野口報告を基に、第3回委員会において4項目の提言を行って可決され¹¹⁷、行刑調査委は最終的に、この提言を簡略にした4項目の答申を行った。

したがって、以下において野口報告を分析し、上述した2点の疑問を解明する。

¹¹⁵ 前掲註 113『行刑制度調査委員会總會日誌』。

¹¹⁶ 「山岡萬之助関係文書」E-214 および E-215（いずれも同内容）として法務図書館に所蔵。全15ページであり、「一 緒言」「二 電気（又ハ瓦斯）死刑ノ可否」「三 毒藥ヲ以テスル死刑ノ可否」「四 絞首刑ヲ適當トスル理由」の4章からなる。

¹¹⁷ 前掲註 113『行刑制度調査委員会總會日誌』。

第二節 典獄野口謹造の調査報告書

一 調査手法と当時の国際状況

野口報告は、世界各国の死刑執行方法を概観したのち、主に、アメリカのニューヨーク州で採用された電気による死刑執行¹¹⁸およびネブラスカ州議会で「建議」されたとするガスによる死刑執行¹¹⁹の特色と、日本の絞首を比較した。しかし、いずれの執行方法についても典拠が示されておらず、多くは伝聞か、東京監獄の典獄である自身の経験または私見に基づくものと推測される。

「一 緒言」では冒頭、現今世界各国で行われている死刑執行の方法について系統的に大別し、まず密行主義と公開主義に分け、さらに絞殺、斬殺、銃殺、電殺の4つに分類する。続いて、世界の大勢が公開主義から密行主義に移行した動機について、「往昔死刑ノ執行ハ報復及ヒ威嚇ヲ目的トシタルヲ以テ概ネ公開主義ヲ採リ其ノ態様多岐ニ亘リ且ツ著シク残忍性ヲ帯フルモノ多カリシモ世運ノ進歩ト刑罰主義ノ變遷ニ伴ヒ漸次密行主義ニ移リ」と説明し、「文明諸國」において公開主義を支持しているのは、フランス、デンマーク、南米の一部にとどまるとする¹²⁰。

絞殺は、日本を始め、イギリス、オーストリア、スペイン、北米合衆国の大部分、カナダ、支那（中国）等で行われているとし、日本においては大化5（649）年3月、蘇我臣の事件に連座して9人が絞首刑になったと日本書紀に記されているのが嚆矢であると述べる。斬殺は、フランスを始め、スイス、ドイツ、ロシア等で行われており、銃殺は比較的

¹¹⁸ ニューヨーク州は1888年、アメリカで初めて絞首刑を廃止し、電気椅子による死刑執行の導入を決めた。Gerry, Elbridge, T., Southwick, Alfred, P., & Hale, Matthew, 1888, *Report of the Commission to Investigate and Report the Most Humane and Practical Method of Carrying into Effect the Sentence of Death in Capital Cases*, Troy Press. 以下、The Cornell University Library Digital Collectionsの復刻本を参照する。

¹¹⁹ ネブラスカ州では死刑執行方法として1895年から1912年まで絞首、1913年からは電気椅子が採用されていた。アメリカにおいてガスを最初に導入したのは、1921年のネバダ州であった。Denno, Deborah, W., 1997, “Getting to Death: Are Executions Constitutional?” *Iowa Law Review*. 82: 407, 452.

¹²⁰ 前掲註116『死刑執行ノ方法ニ就テ』: 1-2.

新しい方法であって、ドイツおよび日本においては軍人に適用し、南米のチリ、ペルー、モンテネグロ、コロンビアその他の「小邦」においては多くが公開の場所で執行したと説明する¹²¹。

二 他の死刑執行方法との比較

野口は、電殺が最も新しい方法であり、ニューヨーク州は 1889 年 1 月から執行するようになったと紹介する。一方、1901 年に合衆国刑法草案を起草した委員会はこの新方法の価値を排斥し、「電殺ハ餘リニ實用的ニ原因ヲ置キタレハ永續セラルヘキ性質ノモノニ非ス」というのが理由であったとしている¹²²。

ニューヨーク州において電気による死刑執行が考案された理由について、「目下世界文明国ノ大多數ニ行ハルル死刑執行ノ方法タル絞殺ハ死因カ死相ヲ醜クシ且ツ苦痛ヲ與フル時間長シト云フニ在リシ」と説明する。当初、州がシンシン監獄内で電気椅子による死刑を試行したところ、「高壓電流ヲ受ケタル死刑囚ハ容易ニ絶息セサル」状況であり、「絶息マテニ十二分間ヲ要シタリ、十二分間ト云ヘハ絞殺ノ苦痛ト大差ナキ長時間ナリトテ電氣死刑ノ失敗ヲ鳴ラシ絞殺ヨリモ却テ惨酷ナリトノ非難米國人道主義者ノ間ニ起リ」として、導入期の失敗について詳しく述べる。「其ノ後更ニ研究ヲ積ミテ電氣死刑ノ方法ニ改良ヲ加ヘ今日ニ於テハ死刑囚ハ電流ヲ受ケタル瞬間ニ早クモ心臓ノ鼓動ヲ止メ長クモ二分間ニテ絶息スルコトヲ確メタリト云フ」として、導入から 30 年余りの間に改良を重ね、絶命に至る時間が大幅に短縮したことには言及しつつ、「何事ニテモ新規ヲ好ム米國ニ於テハ電氣死刑ヲ以テ未タ理想ノ域ニ達シタルモノト認メス」として、なおも評価を保留し¹²³、最終的には、「餘リニ實用的ニシテ人間味ニ乏シク執行ノ状況ヲ想像スルニ人ヲ生キナカラ火葬

¹²¹ 上掲資料：2-3.

¹²² 上掲資料：4.

¹²³ 上掲資料：4-6.

ニ付スルノ感アリ」と所感を述べ、生命を奪う手段としては機械的で血が通っていないことを理由に排斥する¹²⁴。

費用面の負担も電気の欠点として挙げ、ニューヨーク州が電気死刑の研究に約 100 万円を費やしたとし、仮に日本において電気による死刑を試みる場合、1 監獄の設備費に 5000 円、電力供給料金に月 20 円内外の支払いが必要であり、監獄において発電機や蓄電機を装置すればさらに多額の設備費・人件費を要すると述べた¹²⁵。

続いて、ガスによる死刑執行の検討に移る際、野口は、「死刑囚カ其ノ執行ノ言渡ヲ受ケタル時ヨリ處刑ニ至ル迄ノ間ニ於ケル煩悶ハ處刑ノ苦痛ニモ勝ルモノアラン」と前置きして、執行の告知から着手に至るまでの煩悶が、執行自体による苦痛を上回る点もあるだろうとの見方を提示する。そのうえで、ネブラスカ州議会でガス採用の建議がなされたのは、「死刑囚ヲ特設ノ密室ニ監禁シ執行ノ期到ラハ其ノ言渡ヲ為サシテ睡眠中多量ノ瓦斯ヲ密室ニ注入シ窒息死ニ至ラシム」というのが「主眼」だとする。だが、特設の密室に監禁すること自体、早晚到来する死の不安を覚知させることになるから、執行時の言い渡しをしなくとも煩悶を免れず、他の執行方法と大差はないとし、「斯カル闇打ニ均シキ處刑ハ少クトモ我カ國民性ノ要求ニ悖ルモノトス」と、日本の「国民性の要求」を根拠に、ガスを選択肢から排除する¹²⁶。

「毒薬」¹²⁷の可否を検討するに際し、野口は「苦痛ナク短時間ニ死シ死後ノ姿ヲ損セス其ノ執行方法ノ簡便ニシテ安全ナルコト」が世間の希望であると述べる。しかし、希望に沿う研究業績はなく、絶命時の苦悶を免れず、速死または即死の場合でも「最近實驗者ノ言ニ據レハ」惨状を呈し、死に至る時間・症状は個人によって大差があり、確実に死に至

¹²⁴ 上掲資料：5-6.

¹²⁵ 上記資料：12.

¹²⁶ 上掲資料：6-7.

¹²⁷ アメリカにおいて薬物注射の導入を決めたのは 1977 年のオクラホマ州が最初であり、死刑執行への実用化にはなお半世紀以上待たねばならない時代であった。Denno, Deborah, W., 2009, *For Execution Methods Challenges, The Road to Abolition is Paved with Paradox*:188. In Ogletree, Charles, J. Jr. and Sarat, Austin (Eds.), *The Road to Abolition?: The Future of Capital Punishment in the United States*, New York University Press.

らないこともあると断じる。結局、ガスも毒薬も「取扱上甚タ不安全」だとして、死刑執行に使用するには適さないとの結論を出す¹²⁸。

以上のように、野口は、死刑執行方法が惨酷かどうかの基準として、苦痛、所要時間、死後の姿、簡便さといった点を挙げ、電気については最長 2 分で絶命するとしながらも、人間味に乏しいという理由でその利点を打ち消す。薬物については、惨状という基準を示してはいるが、死刑執行方法への実用化には程遠い段階でもあり、誰の目から見たどんな惨状を指すのかは具体的に想定していない。

三 絞首を「可」とする理由

野口報告は、あまりに実用的で人間味に乏しい電気による死刑執行と対比させ、日本においてそもそも斬首を廃止し、絞首を執行方法に選んだのは『切メテハ人ラシキ者ノ手ニ罹リテ死ナバヤ』トハ古武士ノ述懐ニテ斬殺ニ代フルニ絞殺ヲ以テセシハ情アル刑罰法タルヲ信ス」という、被執行者への温情からであったとする¹²⁹。これは、行刑調査委発足時、司法省の前法相が説いた「日本特有の人情風習」を斟酌する姿勢を示したものとみることできる。野口は、死刑の存置が「國民的精神ノ抑ヘ難キ要求」である限り、「其ノ執行方法ニ於テモ亦國民性ノ要求ヲ省ミルヲ正當ト為スヘシ」と、絞首が国民性の要求であることを強調する¹³⁰。フランスにおいて「ギロチン」が、アメリカにおいて黒人の奴隷に対する「リンチ」（私刑）が存置されているのも「是皆國民性ノ要求」だと付け加えて、自説を普遍化しようとする¹³¹。

野口は、フランスの斬首、アメリカの「数州」における電殺を除き、「他ノ文明國ハ事實上又ハ法律上絞首刑ヲ施行シツツアルハ特ニ注目スヘキ點トス」として、絞首刑が文明国

¹²⁸ 前掲註 116『死刑執行ノ方法ニ就テ』：9-11.

¹²⁹ 上掲資料：7.

¹³⁰ 上掲資料：8.

¹³¹ 上掲資料：9.

における主流であると強調する¹³²。しかし、この主張は正確ではなく、1923 年時点において、アメリカではニューヨークに続いて 17 州が絞首から電気椅子への移行を決めていた¹³³。

さらに、「要スルニ絞殺ハ他ノ死刑執行法ニ比シ最モ簡易ニシテ苦痛少ク執行ニ安全ナルノミナラス之ヲ立法例ニ照シ又ハ歴史上ノ沿革ニ考ヘ将来ニ維持スルノ理由ヲ認ムルモ之ヲ排斥スルノ理由ヲ發見セス」とし、絞首最適説を展開する。第 1 の理由に、医学上の見地では「縊首」であり、頸部に索条を巻き、身体を懸垂することで気道を圧迫して呼吸を止め、窒息させる作用であると同時に、頸動脈その他頸部神経の圧迫によって血行を途絶させるから、「直ニ強度ノ脳貧血ヲ起シ人事不省ニ陥キルノ状態ニ在リ」と、速やかに意識不明に陥ることを挙げる。そのうえで、「縊首ノ如何ニ容易ナルカハ論ヨリ證據之ヲ自殺者ニ徴シテ明白ナリ」とする。自殺を覚悟した者が死の前に苦痛に堪えかね、投身者は対岸まで泳ぎ着き、鉄路に横たわった者が逃げ出すこともあるが、「縊死ヲ企テ、之ヲ中止シタル例アルヲ聞カサルナリ」というのが「容易」の根拠だと説く¹³⁴。

最後に野口は、典獄としての実際の経験から、絞首刑の利点を強調する。着手から終了までの所要時間は 12 分ないし 15、16 分間であるが、これは脈拍が完全に停止するに至る時間であり、「死刑囚ノ立テル足下ノ床板カ落下シ絞索ニ首ヲ支ヘラレタル身體カ宙釣リニナルト殆ト同時ニ人事不省ニ陥ルカ故ニ何等苦痛ノ自覺無カルヘシ」として、執行に伴う苦痛の自覚が全くないはずだと断言するのである¹³⁵。

¹³² 上掲資料：11.

¹³³ 前掲註 119“Getting to Death”：407.

¹³⁴ 前掲註 116『死刑執行ノ方法ニ就テ』：13-14.

¹³⁵ 上掲資料：14.

四 独善的「苦痛」観

絞首による執行に苦痛が伴わないとする野口の見解は、むしろ、刑事施設の長としての願望を色濃く表している。それは、「死刑囚ヲシテ心霊上大悟徹底セシムル所アラシメンカ彼等ヲシテ従容死ニ就クノ覺悟ヲ為サシムルコトヲ得ヘシ、此ノ場合ニ於テハ死ノ苦痛ノ如キハ蓋シ小ナル問題トナルヘシ」と述べる部分に象徴される¹³⁶。死刑確定者が完全な悟りを開くよう内面に働きかけ、落ち着いた精神状態で執行に臨ませることができれば、執行自体に伴う苦痛は取るに足りないという精神論である。戦後長らく死刑確定者に対する外部交通の権利制限根拠とされてきた「心情の安定」にも通じ、こうしたパターンリスティックで独善的な当局者の思想は、日本の行刑に特有ともいえる。

五 絞首の問題点と対応

第一部会提言で示された「被刑者ノ苦痛」かつ「死ノ刹那ニ於ケル惨状」について、野口は、「絞殺ノ缺點トシテ非難スル所ハ其ノ執行セラレタル状態即チ首ノ吊リ下リタル恰好カ醜クシト云フ位ニシテ世俗ニ傳フルカ如キ身體ノ局部ニ汚辱ノ有様ヲ呈スルモノニ非ス」「唯客觀的ニ悲哀ヲ催スハ身體ノ一部ニ暫時痙攣ヲ目撃スルコトナリ」と記し、首が吊り下がった姿が醜く、身体の部分的な痙攣を「目撃」することが「客觀的に」悲哀を誘うとした¹³⁷。

当時の旧旧刑事訴訟法 318 条 2 項は、死刑執行の立会人として検事および裁判所書記を定め、その他の者は、検事または監獄の長の許可がなければ刑場への立ち入りができないと規定していた¹³⁸。1922 年 5 月に公布され、1924 年 1 月に施行となる旧刑事訴訟法の 541

¹³⁶ 上掲資料：7-8.

¹³⁷ 上掲資料：13-15.

¹³⁸ 内閣官報局編，1989，《明治年間法令全書 明治四十一年—2》（『法令全書第四十一卷・2』）原書房：「法律」55.

条にも、同じ内容が規定された¹³⁹。すなわち、絞首に伴う醜状・惨状を「客観的に」「目撃」するのは、ほかならぬ野口ら立会人として規定された公職者であり、仮に第三者や公衆が惨状を見聞きした場合、どのように感じるかという観点は想定されていない。そして、野口は、こうした惨状を改めるため、絞首という死刑執行方法を廃止するのではなく、「此ノ状態ヲ目撃セシメサル為ニ刑場正面床下ニ黒幕ヲ引キ幕ノ内部ニ身體ノ落下スル様多少其ノ装置ヲ改ムレハ可ナリ」と提言した。これが、「尚ホ現行執行方法ノ改善ヲ希望ス」とうたった行刑調査委答申の内容だったのである。

「黒幕」を引くという答申は、少なくとも一部の刑事施設において実行に移されたことは確かである。戦後、東京拘置所の刑場では実際にそのような構造となっており、死刑の執行中は、被執行者が踏板の上に立つ執行室、踏板が開いて落下する階下の空間ともにカーテンで覆われ、落下後に初めてカーテンが開かれるという状況であることが近年、明らかになった¹⁴⁰。法律で規定している立会人の公職者でさえ、死刑執行の一部始終を監視する必要はないというのが、日本の当局の一貫した見解であるといえることができる。

以上のことは、死刑執行に対する日本の当局の「惨酷」観を如実に表している。すなわち、たとえ執行方法がむごたらしく、直視に堪えないものであっても、見せなければ、知らせなければ惨酷というには当たらないという考えである。

行刑調査委は最終答申において、絞首に伴う「苦痛」と「惨状」に言及していない。惨酷さを認識していながら、外部に漏れずに済んだのは、調査委の構成メンバーが全員、司法省の関係者であり、第三者が存在していなかったからである。

その一方で、答申には「死刑執行ノ方法及其ノ状況ハ秘密ニ付スルコト 勸善懲惡ノ爲受刑者ノ犯罪事實ノ要旨及執行ノ事實ハ適宜之ヲ公ニスルコトヲ希望ス」との提言が盛り込まれた。最後にこの提言の意味を考察しておかなければならない。

¹³⁹ 最高裁判所事務局刑事部編，1948，『刑事裁判資料第十一號 新刑事訴訟法・刑事訴訟規則・舊刑事訴訟法對照條文』最高裁判所事務局刑事部：287。

¹⁴⁰ 2007年11月29日参議院法務委員会、同年12月07日衆議院法務委員会、同年12月11日参議院法務委員会における法務省の答弁。

六 「知らせない」死刑執行の雛形

1923年4月の第3回行刑制度調査委員会において、提言中に記された「犯罪ノ概要及執行ノ事実ハ勸善懲惡ノ為之ヲ公ニスルモ可ナリ」の趣旨について、第一部会部長の牧野は席上、「別段深キ意味ナシ新聞位ニ出スモ差支ナカラント云フ趣旨ナリ」と説明した¹⁴¹。

死刑執行時の榜示公告は旧刑法附則8条で規定されていたが、1908年10月の刑法施行に伴って既に廃止されていたことから、行刑調査委員長の平沼騏一郎は、公告を復活するという意図か、あるいは「行政官ノ手心デ新聞ナリ官報ナリニ出シ別ニ形式ヲ定メタル趣旨ナリヤ」と問いかけた。牧野は「部会デハ之ヲ復活セル迄ノコトハ議セス只新聞ナリ官報ナリニ出スハ差支ナシト言フ趣旨ナリ但シ執行ノ状況例ヘハ絞首後何分テ絶命シタトカ刑場ノ模様等ノ詳シイコトハ素ヨリ発表セサル考ナリ」と答えた¹⁴²。立会人に対してさえ暗幕で覆わなければならない惨状であるから、公衆に対して報道させてはならないとする考えは、牧野の立場からは当然のことといえる。執行の所要時間は、野口が惨酷か否かの基準としたものであり、執行の時間が長ければ、その分、絞首という方法の惨酷さを公衆に想像させることになる。ただし、犯罪事実の概要および死刑執行の事実に限って公表することは、犯罪の一般予防に効果が期待できる。

以上を総合するに、野口報告、第一部会提言および行刑調査委答申は、日本において維持すべき不透明な死刑執行の雛形を提示したのであった。

¹⁴¹ 前掲註113『行刑制度調査委員会總會日誌』。

¹⁴² 上掲資料。

第三節 米・ニューヨーク州死刑調査委員会

一 設置目的

ニューヨーク州が絞首刑の廃止を前提に、死刑執行方法に関する本格的な調査を行うことになったきっかけは、1881年、歯科医師である Alfred Southwick が、酒に酔った男性が発電機の電極に触れ、即死したのを目撃したことだった¹⁴³。ニューヨーク州知事は、Southwick の知人である州議会上院議員を通じてこの目撃談を聞き、1885年1月、州議会に向け、「絞首によって死刑を執行する現在の方式は、暗黒時代以来のものであり、現在の科学によって、死刑囚の生命を奪うのに残忍さの少ない手段を講じることができないかどうか」が問われて然るべきであろう。この提言は議会の検討に委ねる」と述べた。州議会はこれを受け、1886年、「近代科学の知見に照らし、最も人道的で実用的な死刑執行方法を早期に調査・報告するために」委員会（以下「ニューヨーク州死刑調査委」という。）を発足させた¹⁴⁴。弁護士である Elbridge Gerry が委員長となって3人の委員が任命され、Southwick もその1人であった¹⁴⁵。

1888年1月、ニューヨーク州死刑調査委は95ページに及ぶ“Report of the Commission to Investigate and Report the Most Humane and Practical Method of Carrying into Effect the Sentence of Death in Capital Cases（最も人道的で実用的な死刑執行方法の調査・報告を目的とする委員会報告書）”を州議会に提出した¹⁴⁶。

¹⁴³ Penrose, James, F., 1994, “Inventing electrocution,” *Invention & Technology*, Spring 1994:36.

¹⁴⁴ *In re Kemmler*, 136 U.S.436, 444(1890).

¹⁴⁵ 前掲註 143 “Inventing electrocution”:36. このほか、Columbia University Libraries による “Elbridge T. Gerry papers” を参照した。http://clio.columbia.edu/catalog/4078804（2013年7月17日検索）。

¹⁴⁶ 前掲註 118 *Report of the Commission to Investigate and Report the Most Humane and Practical Method of Carrying into Effect the Sentence of Death in Capital Cases*.

二 調査手法と提言

ニューヨーク州死刑調査委が採用した調査手法の特色は、専門家や司法関係者の意見を幅広く求めたことにある。

調査委立ち会いで行われた電気による動物実験を監視した科学者は、意見書を提出し、神経伝導速度が毎秒 100 ないし 200 フィートであるのに対し、電流は毎秒 200,000 フィートで約 1000 倍速いとして、電気による死刑執行が被執行者に全く苦痛を与えないであろうと述べ、「利用可能な手段のうち、十分な強さの電流による死は、最も迅速で人道的である」「身体と脳機能の中枢にそうした電気を流した後は、蘇生は起こりえない」と結論付けた¹⁴⁷。Thomas Edison も、電気を用いることで最も短時間に、かつ与える苦痛も最も少なく即死させることができると主張した¹⁴⁸。

調査委は、現行の絞首刑に対する賛否、絞首刑よりも人道的で実用的な方法の提言および代替手段としての①電気②青酸または他の毒物③ギロチン④鉄環絞首に関する見解など、5 項目の質問票を州内の最高裁判事、郡裁判官、検事正、保安官および医学界の関係者に配布した。その結果、約 80 人が現行の方法が好ましいと答え、電気が好ましいと明確に答えた者と、改善するとしたら電気が好ましいと答えた者が合わせて 87 人にのぼった¹⁴⁹。一方、報告書では、「絞首刑は適切に執行されればいっそう速く意識を喪失させ、他のいかなる方法よりも効果的に蘇生を避けられる。我々が反対するのは絞首刑の失敗に対してであり、その方法自体ではない」といった最高裁判事の反対意見なども紹介した¹⁵⁰。

以上のような賛否双方の意見を検討したうえで、ニューヨーク州死刑調査委は、絞首刑の廃止と電気による死刑の導入を提言した。その理由として、被執行者が即死に至り、担

¹⁴⁷ 上掲書:79-80.

¹⁴⁸ 上掲書:76-77.

¹⁴⁹ 上掲書:81-82.

¹⁵⁰ 上掲書:83.

当官吏の感情を少しも傷つけることがなく、密室で執行することができ、しかも確実性は疑いようがないことを挙げた¹⁵¹。

三 他の死刑執行方法との比較

ニューヨーク州死刑調査委は、イギリスの死刑委員会 (the Capital Punishment Commission) が 1866 年に国会へ提出した報告を基に、「文明諸国」が採用している死刑執行の方法について、ギロチン (10 法域)、刀剣 (19 法域)、絞首台 (3 法域)、小銃 (2 法域)、斧 (1 法域)、絞縄 (1 法域) に分類され、執行を公開している法域が 29、密行の法域が 7 であると要約した¹⁵²。続いて、ギロチン、鉄環による絞首、銃殺のそれぞれについて反対の理由を述べる¹⁵³が、最も峻烈に批判したのがギロチンであり、それは大量の流血を伴い、他の方法と比して著しく血なまぐさい (bloody) 方法であるからだと強調する¹⁵⁴。アメリカ合衆国憲法修正 8 条が禁じる「残虐で異常な」(cruel and unusual) 刑罰の cruel の語源¹⁵⁵を辿っても「流血」＝「残虐」との認識は自然だといえる。

さらに、調査委は、ギロチンのこうした特質から、「たとえ死刑が嚴重な密室で執行されたとしても、必要な立会人に無用な衝撃を与えるのは必至であり、公衆が執行の細部を目にすることを許可された場合は、人道的な感情を傷つける (injury to humane feelings) のは疑いようがなく、いかなる利点によっても相殺されない」とする¹⁵⁶。残虐とは何よりもまず傍観者の視覚で判断されるものであり、密行によっても義務的立会人の視線まで排

¹⁵¹ 上掲書:75.

¹⁵² 上掲書:48.

¹⁵³ 上掲書:49-51.

¹⁵⁴ 上掲書:49.

¹⁵⁵ ラテン語の *crūdēlis* に由来し、これは *crūdus* というラテン語と同義である。*crūdus* (英語の *crude*) は、“raw (生の)” “bloody” “bleeding (流血)” を意味する。Stein, Jess., ed., 1973, *The Random House Dictionary of the English Language*, Random House:349. Klein, Ernest, 1971, *A Comprehensive Etymological Dictionary of the English Language*, Elsevier Publishing: 178.

¹⁵⁶ 前掲註 118 *Report of the Commission to Investigate and Report the Most Humane and Practical Method of Carrying into Effect the Sentence of Death in Capital Cases*:49.

除することはできず、人間の生理的感覚を害する流血の光景は、致命的な欠陥だという考
えに立っている。

反面、ギロチンの利点とは「迅速で、それゆえに苦痛がなく、确实すなわち蘇生の可能性がない」ことであるとした¹⁵⁷。その意味においては残虐の程度が少ないということができ、調査委も、血なまぐさを単に死刑執行の現場の問題として捉えるなら、厳重な密室で確実に執行することにより、そうした悪影響は相当程度抑えることが可能だと認める。しかし、公衆がギロチンによる死刑執行に対する想念（idea）を週刊誌や通常の会話によってかき立てられるのは不可避であり、そうした想念が「フランス革命の血なまぐさい場面とも結びつき、結局、アメリカの思想とは全く相容れないであろう」と指摘する¹⁵⁸。すなわち、ギロチンという執行方法は、現場の視覚的・生理的感覚だけでなく、現場に立ち会うことのないアメリカ国民一般にとっても観念的に残虐であるということになり、「ギロチンという代替案は、否、いかなる方式であれ斬首という案は、全面的に躊躇なく排除した」と結んでいる¹⁵⁹。

鉄環による絞首については、迅速さと确实性という、通常の絞首には欠ける利点があるものの、想像をまざまざと喚起された場合、惨たらしさはギロチンにほとんど劣らないとする。また、文明化された法域で死刑の方法として採用しているのは、スペインとその植民地のみであり、用いられて 100 年以上になるにもかかわらず改良されていないといった点を理由に、代替の方法としては望ましくないと述べる¹⁶⁰。

銃殺については實際上、軍の死刑執行に限られており、必要な手段が身近にあり、技量のある死刑執行人が控えているという理由からすっかり定着していると指摘する。しかし、市民生活において銃による死刑が執行される場合、その特性および影響という点で血なまぐさく、執行人の手際という面で迅速さと确实性に欠け、無教養の大衆が人命を奪う銃器

¹⁵⁷ 上掲書:49.

¹⁵⁸ 上掲書:49-50.

¹⁵⁹ 上掲書:50.

¹⁶⁰ 上掲書:50.

の使用を軽く考えてしまいがちになるため、とりわけ秩序を乱しやすいとして異議があるだろうと、その導入に反対する見解を示した¹⁶¹。

四 絞首の弊害

ニューヨーク州死刑調査委は、絞首刑という方式に必然的に付随して生起する衝撃的な場面が、繊細な人々の感情を傷つけ、残忍な人々を混乱させるとする。その原因として①被執行者の抵抗と苦痛②絞首刑執行人の技量不足とむき出しの無神経さ③見物人の不適切な行動④被執行者の高齢または他の個人的状況による見物人の憐憫⑤複数同時執行に必然的に伴うと考えられる、執行過程における困難な状況という 5 つを挙げ¹⁶²、ジャーナリストらによって各種出版物に記録された多くの事例の中から、主に 1800 年代におけるイギリスやアメリカ国内の 30 数例を選んで例証する。以下は、引用された記述の一部である。

——「落下後、彼（筆者注：被執行者）は 2 度ぶら下がったまま回転しつつ、何度もひどい苦痛の表情を見せた。これは、彼が耐えている発作的な煩悶の苛烈さによるものであった」¹⁶³

——「1、2 秒の間、身体は静止したままぶら下がった。ところが、Bousfield（筆者注：被執行者）は、立ち会い官吏たちを仰天させる力強さでゆっくりとよじ登り、絞首台の右側に足を載せた。刑務官の 1 人が慌てて近寄り、引きずりおろした。哀れな Bousfield は再び足場をうまく確保し、今度は絞首台の左側に足を載せた。法執行官たちは驚いて絞首刑執行人を探し、教誨師が何とか力づくで Bousfield を元に戻し、哀れな彼を再び落下させた。彼は 4 度目にしてまたもよじ登り、足場を確保した。再び落下させられると、

¹⁶¹ 上掲書:50-51.

¹⁶² 上掲書:55.

¹⁶³ 上掲書:56.

執行人が吊るされた身体に身を預け、全身の力でついに窒息死させた。やがて群衆は大いに興奮した。絞首台の周囲は恐ろしいほどの喧騒に包まれ、叫び声と痛罵が沸き起こった。「ひどい」「ひどい」「人殺し」「人殺し」という絶叫がイギリス司法の代表たちの耳に飛び込んだ。こうした場面を獄内に移し、公衆の目から隠すべきだと主張する人々がいるのも無理はない。

Bousfield に対する死刑執行のように、世評に与える衝撃は大きく、(死刑の公開) 制度はもはや存続不能となった」¹⁶⁴

——「彼(筆者注：被執行者)の顔全体は黒い帽子で覆われ、踏板が 12 時 16 分に開いた。落下距離が約 5 フィートと長過ぎたため、彼の首はロープでちぎれ、その光景に、現場にいた人々の多くは顔を背けた。15 分後、遺体は下ろされ、棺に収容された」¹⁶⁵

——「Fischer(筆者注：被執行者)は数秒間、ぐったりした状態で吊るされ、続いて発作的で微弱な振動が、顔を覆った白い帽子を部分的に乱した。その無政府主義者の口元から瞬間的に垣間見えたのは、おぞましい光景だった。舌が伸びて歯の間から突き出していた。紫の影が顔の下半分を覆い、窒息で死ぬ苦しみの恐怖が明らかに見て取れた」¹⁶⁶

絞首刑の執行場面に関するこれらの記録は、被執行者の苦痛、執行の失敗、見物人の反応が、現場にいた当局者以外の観察者によって描かれていることに特徴がある。すなわち、調査委は、複数の観察者が長年にわたって描写し、蓄積した記録を基に、被執行者自身が苦痛を感じるかどうかはさておき、少なくとも記録者や見物人によって苦痛が感知された状況を明らかにした。こうして、絞首刑がギロチンと同様、公衆に無用な衝撃を与え、人道的な感情を傷つけるがゆえに反対であるとの結論を導いたのである。

¹⁶⁴ 上掲書:58.

¹⁶⁵ 上掲書:60.

¹⁶⁶ 上掲書:63.

五 「苦痛」と「残虐・異常」の考察

ニューヨーク州死刑調査委は絞首刑を廃止し、新たな死刑執行方法（電気椅子）を提言する前に、死刑執行を巡る「苦痛」と「残虐・異常」について改めて考察した。

第1に、単に生命を奪うだけでなく、死に付随して苦痛を増大させる方法、または死刑執行をさらに恐ろしいものにする方法による加重が正当化されるのは、犯罪抑止効果の論拠が示された場合のみであるが、そうした効果は過去、実証されていないとする¹⁶⁷。換言すれば、死刑の執行は単に命を奪う手段であるべきで、いっそうの苦痛を与えることは許されないというのである。

続いて、これまで行われてきた絞首による死刑執行の合憲性を確認した。ニューヨーク州および合衆国憲法が禁じるのは「異常でかつ残虐な (both unusual and cruel)」刑罰であると¹⁶⁸、絞首刑は確かにある意味において残虐だが、異常ではなく、他の死刑執行方法の中には異常だが残虐ではないものもあるとする¹⁶⁹。そのうえで調査委は、当代の人々は死刑執行における復讐の精神のようなものに反対しており、犯罪者に激しい身体的苦痛を付加して死の恐怖を加重することは、この時代の人道にもとるだけでなく、残虐かつ異常な刑罰を禁じた法の趣旨自体にも背くとした¹⁷⁰。

さらに、調査委は、犯罪者を確実に有効な方法によって死なせることができれば、あたかも身体的拷問を長引かせて死の恐怖を高めるように、法の目的が達せられると強調する

¹⁶⁷ 上掲書 73-74.

¹⁶⁸ 上掲書:74. 合衆国憲法修正 14 条が批准された 1868 年当時、州憲法で残虐「かつ」異常な刑罰を禁じていたのは 17 州、残虐「または」異常な刑罰を禁じていたのは 14 州で、4 州では単に「残虐な」刑罰を禁じ、「異常な」という用語に言及していなかった。現在では 22 州が「かつ」、19 州が「または」で、6 州は「残虐な」刑罰のみを禁じている。Bessler, John, D., 2012, *Cruel and Unusual: the American Death Penalty and the Founders' Eighth Amendment*, Northeastern University Press:181.

¹⁶⁹ ニューヨーク州死刑調査委は報告書において「異常な」刑罰の定義に言及していないが、usual の語源（後期ラテン語の *usualis* で、ラテン語の *usus*=use に由来し、custom の意。前掲註 155 A *Comprehensive Etymological Dictionary of the English Language*:798. 寺澤芳雄編, 1997, 『英語語源辞典』研究社:1510.）から、「異常ではない」=「日常見られる、または習慣化した用法」と理解すれば、絞首は死刑執行の方法として古くから用いられ、また、自死などの手段としても珍しくないという意味において異常ではないと考えることができよう。

¹⁷⁰ 前掲註 118 *Report of the Commission to Investigate and Report the Most Humane and Practical Method of Carrying into Effect the Sentence of Death in Capital Cases*:74.

171。死刑を失敗させずに確実に遂行できれば死の恐怖を植え付けられ、これにより犯罪の一般予防は可能となる、との趣旨であろう。

最後に、調査委は、確実な死刑執行の方法として進言された中から、「青酸のように猛烈で急激な影響を及ぼす毒物を皮下注射器で死刑囚の身体に注入すること」に言及した。これは、アメリカにおいて現在主流となっている致死注射による死刑執行方法であり、「人の苦痛を緩和する合法的手段として、注射器の使用を医学的実践に関連付けるものだといった強い反発を招きやすい」と述べ、医学界がほとんどこぞって反対するのに抗して注射の採用を主張するのは賢明だとは考えにくいとした¹⁷²。

第四節 小括

本章では、日本において旧刑法施行以降初めて、1920年代前半に死刑執行方法の検討を行った結果、絞首の継続を答申した司法省の行刑制度調査委員会と、1880年代後半、絞首による死刑執行をアメリカで最初に廃止し、電気椅子に切り替えたニューヨーク州における死刑調査委員会について、調査内容を詳細に分析した。比較・考察した結果、双方とも、絞首にはむごさが伴うと認識している点では共通するものの、誰に対するむごさを考慮したのかが決定的に異なり、それが絞首の継続、廃止という結論の分かれ目になったことが明らかとなった。

日本の調査委員会のメンバーは、司法次官を含め、いずれも司法大臣の監督・指揮・管理下にある公職者であり、調査の記録から、被執行者の「苦痛」と死の瞬間における「惨状」を問題点として認識していることが裏付けられた。それでも、絞首という執行方法は可とし、苦痛を減少させ、かつ、惨状が見えないよう改善することを提案した。調査の実務を担った刑事施設の長は、吊り下がった格好が醜く、被執行者の身体の一部に痙攣を目

¹⁷¹ 上掲書:74.

¹⁷² 上掲書:75.

撃することがあり、この状況が「悲哀」を催すとの認識を示したが、解決策としては、立会人に目撃させないよう刑場に黒幕を引き、幕の内部に身体が落下する装置に改めればよいと提案した。外部の第三者を刑場から排除するだけでなく、自身ら公職者の立会人に対しても執行状況の一部を遮蔽する道を選んだのである。答申書では、死刑執行方法およびその状況は秘密とし、ただし、勧善懲悪のため、被執行者の犯罪事実の要旨および執行の事実は適宜公表することを希望するとした。これにより、死刑執行に伴うむごさは、隠すことによってむごさではなくなるという司法省内部の合意が形成され、当局者に対してであろうと、公衆に対してであろうと、死刑制度の存置のために執行状況を見せないこと、知らせないことが公認されたのである。

死刑執行の理想として、調査の実務担当者は、苦痛がなく、短時間に死に至り、死後の姿が損壊せず、方法が簡便・安全であることを挙げ、電気、ガス、毒薬という他の執行方法との比較を通して、絞首が最適であると結論付けたが、その根拠は具体性に欠ける。むしろ、死刑確定者の苦痛に関し、当局者が独善的な考えに凝り固まっていたことは重要な事実として指摘しなければならない。すなわち、死刑確定者を執行まで拘置する間、精神的に悟りの境地に至らせ、泰然と刑場に臨む覚悟をさせることが大切であり、そうすれば死の苦痛は些末な問題となるという精神論である。過剰なパターンリズムに立脚するこうした見地は、死刑執行に伴う身体的苦痛の問題を矮小化させ、従来の執行方法に根本的な改善の余地を認めなかった一因であったと考えられる。

これに対し、ニューヨーク州では「近代科学の知見に照らし、最も人道的で実用的な死刑執行方法」を求め、調査委員会が国内外における絞首の執行状況を記録によって例証した。その結果、絞首の廃止を提言した理由は、被執行者の煩悶の苛烈さ、吊るされた状況のおぞましさ、首がちぎれた光景、繰り返される執行の失敗と群衆の痛罵など、絞首の執行には衝撃的な場面が必然的に付随し、繊細な公衆の感情を傷つけるというものであった。死刑執行方法の残虐さは、執行の現場における立会人や見物人の視覚的・生理的感觉によって、あるいは、媒体を通して執行の場面を思い浮かべる公衆の想念によって判断すべき

であるという姿勢が、調査の基本に据えられていた。ニューヨーク州では、12 人の市民を含む第三者が死刑執行に立ち会うことが法律で規定されていた¹⁷³が、絞首の継続を決めた日本との最大の違いは、立会人に関する規定の内容ではなく、死刑執行方法の人道性を判断するに際し、立会人を含めた公衆が感知するむごさを重視した点にあった。

ニューヨーク州における調査・提言が民主的な手続に則って行われたことも、日本との顕著な差異として特筆しておく必要がある。死刑執行における残虐性の除去に関心を抱いていた一州民の働きかけが発端となり、知事が議会に検討を委ね、議会は民間人を委員に任命して調査委員会を発足させた。絞首の廃止および電気椅子の採用は、多数の科学者や司法関係者から幅広く意見を聴取し、電気を用いた実験にも立ち会った末の結論であった。刑事施設の長 1 人の私見に依拠した日本の調査・提言に比べ、中立性・信頼性が十分に保たれていたと評価することができる。

¹⁷³ 上掲書:93.

第三章 新聞報道にみる死刑執行の透明性

第一節 1908 年通牒と第三者の排除

一 小河滋次郎の述懐

1882（明治 15）年、旧刑法と同時に施行された旧刑法附則は、死刑執行に関し、その 1 条で「死刑ハ其執行ヲ爲ス裁判所ノ檢察官書記及ヒ典獄刑場ニ立會」を定め、2 条で「死刑ヲ行フ時ハ刑場ノ警戒ヲ嚴ニシ執行ニ關スル者ノ外刑場ニ入ルヲ許サス但立會官吏ノ許可ヲ得タル者ハ此限ニ在ラス」としていた¹⁷⁴。死刑密行の原則をうたい、檢察官、書記および典獄（刑事施設の長）を立会人としつつ、これら公職者の許可を得れば、それ以外の者も刑場に臨場することができるとする規定である。それでは、実際、許可を得て死刑執行に立ち会った第三者は存在したのだろうか。

1886 年に内務省に入り、神奈川県典獄などを経て、1908（明治 41）年に施行される監獄法の起草委員を務めた小河滋次郎¹⁷⁵は、司法省監獄事務官であった 1903 年に刊行された『刑法改正案ノ二眼目』（再版）の中で、医師、教誨師等のほか、種々の事由の下に、立ち会い官吏の許可を得て刑場に入る者が少なくないとし、職務上もしくは研究上何の必要もなく、怖いもの見たさの好奇心に駆られて許可を得ようとする者もいると記している¹⁷⁶。小河は当時、「濫許」に傾く弊害はないのかと人々が疑念を持つ場合もあり、名目は密行で

¹⁷⁴ 内閣官報局編，1890，『法令全書 明治十四年』（＝1976，『法令全書第十四卷』原書房復刻）：46-47。

¹⁷⁵ 刑事立法研究会，1988，『日本行刑史の人々』（『監獄の現在』（法学セミナー増刊・総合特集シリーズ 41）所収）日本評論社：193-194（水谷規男執筆）。

¹⁷⁶ 小河滋次郎，1903，『刑法改正案ノ二眼目——死刑及刑ノ執行猶豫』（再版）明法堂：101-103（小野坂弘監修・解説，1989，『小河滋次郎監獄学集成 第 4 卷 獄夢要書・監獄作業論 刑法改正案ノ二眼目・監獄夢物語』五山堂書店所収。）．小河は典獄として在職したおよそ 2 年間に、3 回の死刑執行に立ち会ったという（同書：102）。

あっても、実態は範囲の限られた公開の死刑執行に過ぎず、密行主義の励行を称する欧米諸国の実情も同様であると述べた¹⁷⁷。

死刑執行が立会人に及ぼす影響について、小河は、典獄、医師、教誨師および戒護に当たる官吏のように「職務」として立ち会う者は、概して、執行に対する観念が冷淡であるが、初めて執行を傍観する者は、受刑者に対して惻隠同情の感に堪えない余り、法律の苛厳、法官の無情を疑い、甚だしい場合は執行担当官吏の冷酷を憎しみ、職務に従う心中を賤しむ気持ちを起こすに至る者が多数であるとして、弊害を強調した¹⁷⁸。また、新聞紙上に死刑執行の記事が掲載された場合、事実を誇大にかつ面白おかしく潤色して公衆に愛読させることの弊害は禁圧できないから、死刑密行の弊害はむしろ、執行を公開していた当時よりも勝る、との懸念を示した¹⁷⁹。

二 民刑局長監獄局長通牒

旧刑法附則の8条は、死刑執行時、被執行者の属籍、氏名、年齢、職業、住所およびその罪状刑名を記載し、刑を宣告した裁判所の門前、犯罪地および被執行者の住居地に榜示公告することを義務付けていた¹⁸⁰。1882年2月の司法省達は、公告への死刑宣告書の全文掲載を指示した¹⁸¹。1904（明治37）年4月の司法省令第9号は、1882年の司法省達に替わって、旧刑法附則8条の事項のほか、「死刑ニ處セラレタル犯罪事實ノ要領」と「何年何月何日何裁判所ニ於テ死刑ヲ言渡サレ其判決確定シタルヲ以テ何年何月何日何監獄ニ於テ之ヲ執行シタリ」と記した公告書を、従来の3か所に少なくとも3日間掲示するよう

¹⁷⁷ 上掲書 101.

¹⁷⁸ 上掲書 102.

¹⁷⁹ 上掲書 98-99. もっとも、死刑廃止論を唱える小河の主旨は、死刑執行を直接見るか記事で間接的に読むかを問わず、公衆の残忍な気質を挑発するおそれがあり、国家は風教維持の観点から進んで死刑を廃止するよう努めるべきだという点にあった（上掲書：103）。

¹⁸⁰ 内閣官報局編，1890，『法令全書 明治十四年』（＝1976，『法令全書第十四巻』原書房復刻）：48.

¹⁸¹ 内閣官報局編，1890，『法令全書 明治十五年』（＝1976，『法令全書第十五巻』原書房復刻）：849-850.

指示した¹⁸²。しかし、旧刑法附則は、1908（明治 41）年 10 月、現行刑法の施行に伴って廃止され¹⁸³、榜示公告は以後、行われなくなった。これにより、公衆は死刑執行の事実を知る重要な 1 つの手段を奪われた。

これに対し、旧刑法附則 1 条および 2 条による死刑執行の立ち会いに関する規定は、従来の内容のまま、「死刑ノ執行ハ検事及ヒ裁判所書記ノ立會ニテ之ヲ爲ス可シ 死刑ノ執行ニ關スル者ノ外刑場ニ入ルコトヲ得ス但検事又ハ監獄ノ長ノ許可ヲ得タル者ハ此限ニ在ラス」という 1 つの条文にして、旧旧刑事訴訟法 318 条 2 項として加えられた¹⁸⁴。

ところが、司法省は 1908 年 7 月、「死刑執行場取締方ノ件」と題した民刑局長監獄局長通牒（民刑秘第 134 号。以下「1908 年通牒」という。）を発出した。その全文は「死刑執行ノ際其刑場ニ入ルコトノ許否ニ關シテハ其取締ヲ嚴密ニス可キハ勿論ナルニ付専ラ刑事ニ關スル學術ノ研究又ハ其實務ニ従事スル者其參考ニ資セントスル場合ニ於テ之ヲ許可スルヲ至當ノ措置ト被思考候處近來新聞記者又ハ學生等ニ入場ヲ許可シタル向モ有之趣此ノ如キハ死刑執行ノ狀況ヲ公衆ノ耳目ニ觸レシメサル刑法ノ趣旨ニモ相背キ甚タ穩當ナラサル次第ニ付爾後入場ノ許否ニ付テハ嚴密取締相成候様致度依命此段及通牒候也」というものであった（傍点筆者）¹⁸⁵。

旧刑法 12 条の「死刑ハ絞首ス但規則ニ定ムル所ノ官吏臨檢シ獄内ニ於テ之ヲ行フ」とする死刑密行の規定は、1907（明治 40）年 4 月に公布された現行刑法の 11 条において、「死刑ハ監獄内ニ於テ絞首シテ之ヲ執行ス」とされ、密行を強化する内容とはなっておらず、逆に「官吏臨檢」の文言が省かれている。ところが、1908 年通牒は、死刑執行への第三者による立ち会いについて、近來、新聞記者や学生らに許可していることが執行を公衆の耳目に触れさせない刑法の趣旨に背き、穩当ではないとして取り締まるよう命じた。す

¹⁸² 内閣官報局編，1986，『明治年間法令全書 明治三十七年一3』（『法令全書第三十七卷・3』）原書房：「省令」128-129。

¹⁸³ 1908 年 3 月 27 日公布の刑法施行法附則。内閣官報局編，1989，『明治年間法令全書 明治四十一年一2』（『法令全書第四十一卷・2』）原書房：「法律」45，58。

¹⁸⁴ 1908 年 3 月 27 日公布の刑法施行法 48 条。上掲書：55。

¹⁸⁵ 監獄協会編，2003，『監獄法令類纂 全〔下〕 日本立法資料全集 別巻 281』信山社出版：2193。

なわち、個々の刑事施設における検察官および刑事施設の長の許可権限を制約し、全国一律に、第三者の立会人を刑事分野の研究者と実務従事者に限定しようとするものであり、日本における死刑はこの通牒を機に、いっそう密行の度合を強めていったといえよう。

第二節 死刑執行報道の分析

一 密行の中で実態を知る手掛かり

1 目的

本節では、日本における死刑密行の実態を知る手掛かりとして、旧刑法施行以降の新聞記事を収集し、全体的な状況を把握したうえで分析を行う。

新聞記者を刑場から排除すべしとの 1908 年通牒は、司法省の報道統制に向けた強固な意思の表明であった。その後、1920 年代前半の司法省行刑制度調査委員会は、第二章でみたように、死刑執行の方法および状況は秘密とし、ただし、勧善懲悪のため、犯罪事実の要旨および執行の事実は適宜公表するよう希望するとの答申を行った¹⁸⁶。これについては 1923（大正 12）年 4 月 20 日の第 3 回行刑制度調査委員会において、死刑執行に関して新聞や官報に公表するのは差し支えないが、絶命までの所要時間や刑場の模様などの詳しい執行状況は発表しないとの趣旨であると説明された¹⁸⁷。

以上のことからすれば、司法省は 2 段階に分けて、死刑執行に関する報道統制を試みたことになる。すなわち、明治末期の 1908 年通牒は、新聞記者に対し、執行を「見せない」とするものであり、大正末期の行刑制度調査委員会答申は、執行の方法や具体的状況を「知らせない」とするものである。

¹⁸⁶ 前掲註 112『行刑制度調査答申書（壹）』：31.

¹⁸⁷ 前掲註 113『行刑制度調査委員会總會日誌』。

本章では、日本の当局が死刑執行に関し、新聞記者に見せなかった、あるいは知らせなかった事柄が何であったのかを特定することを目的とする。分析に当たっては、①新聞記者は1908年通牒以前、頻繁に死刑執行に立ち会い、当局にとって「穩當」ではない記事を報道してきたのか②1908年通牒および行刑制度調査委の答申は、報道の統制に実効をもたらしたのかという2点に特に留意する。

2 不穩當な記事とは

当局にとっての不穩當な記事とは、①死刑執行の具体的な方法と状況、②絶命に至った所要時間、あるいは③刑場における執行直前の被執行者を英雄視し、または悲劇的に記述した内容を含むものとする。

①および②は、行刑制度調査委員会の担当部会による説明（本節一・1参照）に基づくものである。①のうち、刑場内の様子が詳細に描かれ、あるいは死刑執行が残忍であると読者に感じさせ、または円滑に進行せず「失敗」と判断されうる記述は、当局にとってとりわけ好ましくないといえる。②について、行刑制度調査委が公表すべきではないと考えた理由は、所要時間が長時間に及んだ場合、執行のむごさを公衆に印象づけることを懸念したためであると推測される。③の根拠は、1891（明治24）年7月27日の内務省令第11号3条の「刑死者ノ寫眞其他肖像ヲ公然陳列シ又ハ販賣スルコトヲ得ス 其他總テ刑死者ヲ賞揚哀悼スルコトヲ得ス」という規定である¹⁸⁸。この規定は、旧刑法の草案起草過程においてボアソナードが死刑執行の公開に反対する理由として、被執行者が恥辱を受けるよりもむしろ、刑場において公衆を感激させ、または哀憐の情を起こさせることで誉を得る場合があり、そうなれば一般予防という死刑の目的を損ないかねないと説いた¹⁸⁹こととも通底する。

¹⁸⁸ 内閣官報局編，1979，『明治年間法令全書 明治二十四年—2』（『法令全書第二十四卷・2』）原書房：「省令」291-292。

¹⁸⁹ 前掲註46『刑法草按注解 上』：98。

3 方法

朝日新聞（以下「朝日」という。）の記事データベース「聞蔵Ⅱビジュアル」、読売新聞（以下「読売」という。）の同「ヨミダス歴史館」を活用して「死刑 AND 執行」のキーワードで検索し、1882 年以降の記事を収集する。一部の死刑執行については、両紙以外の新聞記事も参照する。戦後は、1993（平成 5）年 3 月 26 日、3 年 4 か月ぶりに死刑が執行された以後は、ほぼ執行のたびに報道がなされるようになっており、歴史的な掘り起こしという本章の目的に合わせ、1989 年までを検索対象期間とする。戦前のいわゆる外地や陸軍の死刑執行、戦後の戦争犯罪人に対する死刑執行は、いずれも記事収集の対象としない。

検索によって得られた記事の内容は、第 1 段階として、次の 13 項目で整理する。

- ①被執行者の氏名
- ②執行日
- ③執行があった刑事施設（都道府県名）
- ④犯罪事実（約 100 字以上の詳細な記述か、100 字未満の簡略な記述または罪名のみか）
- ⑤当該死刑執行の予定の事前報道（その当否も）
- ⑥死刑判決を言い渡した裁判所名、上訴から確定までの経過、死刑執行命令など、執行に至るまでの刑事手続
- ⑦検察官、刑事施設の長などの立会人（人名を記している場合に限る）
- ⑧立会人以外の見物人
- ⑨執行開始・終了いずれか、または両方の時刻
- ⑩執行所要時間（または⑨の執行開始・終了時刻から計算可能な場合）
- ⑪執行直前の被執行者の状況（遺言、態度など）
- ⑫執行中の被執行者または刑場の状況
- ⑬執行の予定

対象期間は、民刑局長監獄局長通牒が出された 1908 年 7 月、第 3 回行刑制度調査委員会が開かれた 1923 年 4 月および終戦時を区切りに、1882 年 1 月から 1908 年 7 月までを戦前第 1 期、1908 年 8 月から 1923 年 4 月までを戦前第 2 期、1923 年 5 月から 1945 年 8 月までを戦前第 3 期、1945 年 9 月から 1989 年 12 月までを戦後として 4 期に区分する。

4 全体状況

1882 年から 1989 年までの対象期間において、死刑執行の記事を収集できた被執行者の人数は、朝日から 241 人、読売からは 211 人であった。いずれの被執行者も氏名のほか、多くは住所、職業、年齢などが記されており、このうち 99 人は、執行日などから判断して同一人物と推定できる。

両紙のデータベースとも、死刑が執行された刑事施設は東京が中心であったが、大阪で創刊された朝日では、1888 年までの記事の大半が大阪の「中之島監獄分署」または「堀川監獄」であった。刑事施設を都道府県別でみると、朝日では、東京 148 人、大阪 44 人、神奈川 9 人、宮城および埼玉各 6 人、愛知および長崎各 5 人、京都および兵庫各 4 人、奈良および愛媛各 2 人、岩手、栃木および沖縄各 1 人、不明 3 人となる。読売は、東京 172 人、宮城 8 人、神奈川 6 人、埼玉 5 人、大阪および長崎各 4 人、愛知および広島各 3 人、北海道、秋田、茨城、奈良および福岡各 1 人、不明 1 人であった。

『刑事統計年報』『行刑統計年報』『検察統計年報』および『矯正統計年報』に基づく集計¹⁹⁰によれば、1882 年から 1989 年にかけて死刑を執行された人数は 3033 人にのぼる。これを戦前第 1 期から第 3 期および戦後の各期に分け、朝日と読売で確認できた被執行者数と対照すると、次頁表 1 のようになる。すなわち、対象期間全体の死刑執行数に対し、両紙が記事を掲載した割合（掲載率）は 7～8%に過ぎない。しかし、戦前においては、取材・報道体制が現在ほど充実してはいなかったと考えられること、特に戦前第 3 期の終盤

¹⁹⁰ 団藤重光，2000，『死刑廃止論』（第六版）有斐閣：463-464。

は国内外の戦況に関する報道に重点が置かれたことなどからしても、掲載率の低さがそのまま当局の報道機関に対する敬遠ぶりを反映していると即断することはできない。

これに対して、戦後は、死刑執行の事実を非公表としたことを法務省が国会でも認めており¹⁹¹、わずか1%台という掲載率は、死刑執行を巡る不透明性を象徴する数字であるといえる。戦後の執行に関して確認できた記事は、朝日、読売両紙とも、1974年でいったん途絶え、わずかに1985年に最後の記事が掲載された。中には、明らかに当局以外が情報源であると思われるケースを含んでおり、本章の目的に沿って分析するには、記事の件数、内容ともに不十分である。よって、以下の分析は戦前に対象を絞って行うこととする。

表 1

期間	被執行者数 (年平均)	朝日掲載の被執行者数 【掲載率】 (年平均)	読売掲載の被執行者数 【掲載率】 (年平均)
1882年～1908年	1432人 (53.0人)	147人 【10.3%】 (5.4人)	102人 【7.1%】 (3.8人)
1909年～1923年	623人 (41.5人)	57人 【9.1%】 (3.8人)	76人 【12.2%】 (5.1人)
1924年～1945年	402人 (18.3人)	29人 【7.2%】 (1.3人)	22人 【5.5%】 (1.0人)
1946年～1989年	576人 (13.1人)	8人 【1.4%】 (0.2人)	11人 【1.9%】 (0.3人)
合計	3033人 (28.1人)	241人 【7.9%】 (2.2人)	211人 【7.0%】 (2.0人)

注：1～12月の単位で集計したため、朝日、読売各欄の人数は、のちに掲げる人数と一致しない。

¹⁹¹ 1993年3月29日参議院法務委員会における法務大臣および刑事局長の答弁。

二 分析

1 分類と集計

収集した記事を第1段階として13項目に分けて整理した結果、本章の目的に合わせて分析するのに特に有意義であると判断したのは、犯罪事実、刑事手続、立会人、開始・終了時刻および執行所要時間、執行直前の被執行者の状況、執行中の被執行者または刑場の状況、執行予定の7項目である。

続いて、戦前各期の報道傾向および推移を把握するため、必要に応じて項目別に掲載率を計算し、その増減を各期で比較する量的分析を行った。執行所要時間を例にとると、朝日では戦前第1期に144人の死刑執行が確認でき、このうち17人については所要時間が記載され、または算出することができた。この場合、掲載率は11.8%となる。

以下の表2は朝日の記事、表3は読売の記事についての分類と集計である。いずれも、枠内の数字は各項目が記載されていた被執行者の数、カッコ内は掲載率である。ただし、第2期においては、1911（明治44）年1月、大逆事件の死刑確定者12人の死刑が集中的に執行され、このケースでは12人を一体と捉えた記述が中心となっているため、12人＝1件と数えることとし、その他の被執行者数との合計数を【】内に示した。

表2

朝日新聞記事集計										
	執行人数	犯罪事実 (詳細)	犯罪事実 (簡略)	刑事手続	立会人	所要時間	開始・終了 時刻	執行前状況	執行状況	執行予定
戦前第1期	144	69(47.9%)	67(46.5%)	101(70.1%)	71(49.3%)	17(11.8%)	102(70.8%)	40(27.8%)	3(2.1%)	3(2.1%)
戦前第2期	59【48】	17(28.8%)	【30】(62.5%)	【31】(64.6%)	【35】(72.9%)	27(45.8%)	【38】(79.2%)	14(23.7%)	1(1.7%)	1(1.7%)
戦前第3期	30	1(3.3%)	27(90.0%)	20(66.7%)	7(23.3%)	6(20.0%)	26(86.7%)	7(23.3%)	0(0%)	1(3.3%)
戦後	8	2	6	5	2	0	4	3	0	0
合計	241【230】	89	【130】	【157】	【115】	50	【170】	64	4	5

表 3

読売新聞記事集計										
	執行人数	犯罪事実 (詳細)	犯罪事実 (簡略)	刑事手続	立会人	所要時間	開始・終了 時刻	執行前状況	執行状況	執行予定
戦前第1期	99	39(39.4%)	55(55.6%)	74(74.7%)	50(50.5%)	11(11.1%)	59(59.6%)	17(17.2%)	6(6.1%)	6(6.1%)
戦前第2期	78【67】	18(23.1%)	48(61.5%)	【39】(58.2%)	【30】(44.8%)	36(46.2%)	【45】(67.2%)	17(21.8%)	0(0%)	1(1.3%)
戦前第3期	23	3(13.0%)	19(82.6%)	18(78.3%)	4(17.4%)	7(30.4%)	18(78.3%)	5(21.7%)	2(8.7%)	1(4.3%)
戦後	11	4	6	6	2	2	4	3	0	0
合計	211【200】	64	128	【137】	【86】	56	【126】	42	8	8

上記の集計を基に、各項目の特色と推移を分析する。

2 項目別特徴

(1) 犯罪事実

死刑判決が確定した犯罪事実については、おおむね 100 字以上の比較的詳細な記述であるか、それとも 100 字未満の簡略な記述または罪名のみの記述であるかによって分けた。

この結果、朝日、読売両紙とも、第 1 期においては、全記事の約 4～5 割で犯罪事実が詳述され、1 件の死刑執行を報じる記事の大半が犯罪事実で占められている事例も珍しくない。この時期はおおむね、判決確定から死刑執行までの期間が比較的短かったと考えられる。したがって、犯罪事実に重点を置いた報道形式は、まだ読者の記憶に新しい判決がきちんと執行されたことを印象づける効果があり、死刑の執行自体ではなく、判決の執行による犯罪の一般予防に資するものといえよう。

ただし、1880（明治 13）年 7 月に公布、1882（明治 15）年 1 月に施行された治罪法の 263 条では、死刑など重罪事件について裁判の公開が規定されており¹⁹²、犯罪事実は、記者が裁判を傍聴・取材することにより、独自に報道することが可能であったと考えられる。

¹⁹² 「重罪輕罪違警罪ノ訊問辯論及ヒ裁判言渡ハ之ヲ公行ス否ラサル時ハ其言渡ノ効ナカル可シ」。内閣官報局編，1890，『法令全書 明治十三年ノ 1』（＝1976，『法令全書第十三卷・1』原書房復刻）：205-206。

したがって、犯罪事実が詳細に掲載されていることは、死刑執行に際し、当局が記者に対して懇切な説明を行ったことを必ずしも意味しない。

第2期においては、両紙とも、犯罪事実記載の簡略化が進む。さらに、第3期に入ると、死刑執行の記事自体の分量が次第に減り、これに伴って犯罪事実の簡略化はいっそう顕著となった。

(2) 刑事手続

刑事手続として分類した要素の大半は、地方裁判所が死刑判決を言い渡したという事実に関する記事であり、両紙ともに各期を通じて比較的高めの掲載率であるが、死刑執行との関係では特筆に値しない。このほか、上訴の経過に触れた記事が散見されるほか、特に著名なごく一部の事件においては、司法大臣による死刑執行命令がなされたことが例外的に記述されていた。

(3) 立会人

1882年施行の旧刑法附則以降、現行の刑事訴訟法に至るまで、日本の死刑執行においては検察官および書記（検察事務官）、あるいは刑事施設の長の立ち会いが規定されている。しかし、これら公職者の職名だけでなく、具体的な人名が新聞紙上に記載されている場合には、当局が進んで、あるいは記者の照会に応じて人名を明らかにしたものと推測することができ、これは説明責任の達成度を窺い知る指標となる。

そこで、死刑執行に立ち会った公職者名が掲載されている記事を集計した結果、朝日の掲載率は第1期で約5割、第2期は約7割であり、読売は第1期および2期とも約半数の記事に掲載されていた。中には、医師や教誨師ら、当局の要請を受けたと思われる公職者以外の氏名が書かれている場合もあった。しかし、第3期になると、両紙ともに掲載率は約2割に低下した。

（４）執行開始・終了時刻と所要時間

死刑執行の開始時刻は、旧刑法附則 1 条で「午前 10 時前」と規定されていた¹⁹³。しかし、執行の準備状況によって前後し得る事項であり、その終了時刻ともども、当局者または刑場に立ち会った者でなければ知り得ない事項である。

開始と終了のいずれか一方、またはその両方の掲載率は、朝日では第 1 期が約 7 割、第 2 期が約 8 割で、第 3 期には 8 割を超え、時代を追うごとに上昇した。掲載率の漸増は読売も同様で、第 1 期の約 6 割から第 3 期は 8 割弱に高まった。本節における分析対象中、全期を通じてこれほど高い掲載率を保った項目はない。

しかし、死刑執行方法の惨忍性との関連において重要なのは、執行に要した時間である。記事中に所要時間が明記された事例と、開始・終了時刻から算出できる事例¹⁹⁴を合計し、その掲載率を調べたところ、朝日、読売ともに、第 1 期の 11% 台から、第 2 期には約 46% と跳ね上がった。その原因としては、新聞記者の刑場からの排除を徹底させた 1908 年通牒がきっかけとなり、当局が死刑執行に臨場させない代わりに、記者の関心が高い所要時間または開始・終了時刻については説明に応じるケースが増えたという可能性も考えられる。

行刑制度調査委員会委員を務めた東京監獄典獄の野口謹造によれば、絞首による死刑執行の着手から終了に至る時間は「十二分乃至十五六分間」とされている¹⁹⁵。第 2 期の報道においては、両紙とも、死刑執行に 19 分を要した 1 事例を「前例なき長時間」とし、同日に執行された 2 人にそれぞれ 16 分、17 分かかったケースでは、兩人とも「強健」であったためと書いている。前例の有無および長時間を要した理由は、当局者の説明に依ったものと考えられる。さらに、第 2 期の所要時間をみると、15 分以上を要したケースは、朝

¹⁹³ 内閣官報局編、1890、『法令全書 明治十四年』（＝1976、『法令全書第十四巻』原書房復刻）：46-47。

¹⁹⁴ 開始時刻については、「絞首台」に上らせた時刻を指している記事が多い。実際に当局がどの時点をもって執行の開始としているのかは明確ではなく、このため、筆者が算出した所要時間は、単に所要時間を記した記事と基準が異なっている可能性もある。

¹⁹⁵ 前掲註 116『死刑執行ノ方法ニ就テ』：14。

日が 27 人中 12 人、読売では 36 人中 16 人¹⁹⁶であった。つまり、執行が比較的長時間に及び、読者に状況のむごさを想像させかねないケースについても、当局者は必ずしも説明を拒まなかったということになる。

続く第 3 期になると、所要時間の掲載率は朝日が 20%、読売が 30%に下がった。これについては、所要時間は公表すべきでないとした行刑制度調査委員会の意向が影響したためではないかと考えられる。

(5) 執行直前の被執行者の状況

死刑執行に臨む直前の被執行者の状況は、掲載率が低く、全期を通じて朝日は 23～28%、読売は 17～22%とほぼ一定している。

戦前の記事に書かれた態度や文言について、特に印象的な記述を選んで内容別に分けると、朝日は「遺書・辞世」14 人、「家族・友人宛ての言葉」10 人、「悔悟・殊勝」および「泰然・従容」各 9 人、「動乱・未練」6 人、「不敵・悪態」5 人、「遺体の処理・献金等」4 人、「遺言はない」3 人、「その他」（「喪心の体」）1 人となった。読売は「泰然・従容」9 人、「遺書・辞世」7 人、「悔悟・殊勝」および「遺言はない」各 5 人、「動乱・未練」および「遺体の処理・献金等」各 4 人、「家族・友人宛ての言葉」および「服装」各 2 人、「不敵・悪態」1 人であった。

これらのうち、被執行者を英雄視したり悲劇的にとらえたりする傾向があるのは、「不敵・悪態」および「悔悟・殊勝」である。第 1 期の記事を例にとると、次の通りである¹⁹⁷。

朝日（計 10 人）

「少許も怖ぢたる模様なく死を惜むといふ意味の一言を述了りて死に就きぬ」（1886 年 2 月 16 日）

¹⁹⁶ 読売はこのほか、東京監獄において同日に執行された 6 人について、「それぞれ十分乃至十五分位」と記述している。

¹⁹⁷ カッコ内の日付は記事の掲載日を示す。

「刑場に至る途中にても随分粗暴の舉動をなし」(1886年10月8日)

「絞首臺に上りても尚奎八を殺せしハ自分にあらず全く證人の爲めに陥いられしなり
と云ひ續け居りしといふ」(1902年5月22日)

「執行せらるゝまで犯人は自分にあらずして他にある旨主張せしといふ」(1904年8月
25日)(以上、「不敵・悪態」)

「各自に一禮を述べ徐に刑に就たりと」(1888年5月17日)

「執行言渡を受けし際默然として一語をも發し得ず深く悔ゆるの色ありしと」(1898年
11月9日)

「自分ハ是まで世上に害毒を流したるハ實以て耻入りたる次第なり云々として決して大罪
ハ犯すまじき旨を述べ」(1900年2月18日)

「此世に思ひ残す事なきも只日露戦争の終局を見ずして死に就くは如何にも残念なりと
陳述せし由なり」(1904年8月13日)

「藤澤典獄に向ひ是迄の厚意を深謝し左の辭世外一首を認め」(1904年8月21日)

「『難有う(原文ママ)』の一言を漏らし續いて『妾は死は覺悟の前ですが家の事が……』
と微聲を發したるを此の世の最後として執行は始まり」(1905年8月26日)(以上、「悔
悟・殊勝」)

読売(計4人)

「最後に執行を受けたる澄藏ハ頻りに八王子警察署に對し惡言を放ちたりとぞ」(1903
年5月27日)(「不敵・悪態」)

「微笑を含み素より大罪を犯したる身の遺言とてもなけれど只永々諸君方の御厄介にな
りしお禮を申しますとて殊勝に死に就きたりといふ」(1894年7月23日)

「余ハ罪といふ罪、惡事といふあらゆる惡事を犯せり、父母の大病の際も曾て其家に近
きしことさへなく兄弟にも親戚にも曾て人道を盡せし事なく常に彼等を苦しめし事あるの
み余ハ殺人罪の大惡人なり死ハ元より當然のみ余ハ畏れ多くも 天皇陛下の大命に依つて

宣告施行せらるゝ此極刑に對して怨言を發すべき理由を有せず、余が如き大惡人の一人を殺すハ他の平和なる四千餘萬人の生命財産を保全する爲にして其死に當するハ元より當然のみ何人も怨む所なし余ハ實に余の惡罪の世人を迷惑せしめし事を自ら感じて懺悔の情に堪へず云々」(1896年9月15日。根室監獄支署において同年9月3日死刑執行)

「苦役中市谷の死刑場新築に従事し其の刑場にて自分が死刑を受けるとハ自業自得とて本人も大に懺悔し係り官に對ひて其旨を申立たりと」(1903年1月8日)(以上、「悔悟・殊勝」)

読売が掲載した上記の根室監獄支署における事例は、「検事の認許を得たる參觀者三十名許來集す」という状況での死刑執行であり、記事では刑場の器械について詳述しているほか、入場から執行に至るまでの被執行者の様子を生々しく描写しており、記者自身も執行に立ち会って報道したことはほぼ間違いない。しかし、こうした例外を除けば、執行直前の状況に関する報道は全般的に、その内容および掲載率から判断して、当局にとって不穩当であつたととらえることはできない。

戦後の1948年7月から1951年3月にかけて、宮城、大阪、福岡、名古屋および札幌の各刑事施設で死刑を執行された合計46人に関する「死刑執行始末書」¹⁹⁸の「特記事項」を基に、被執行者の最期の言葉を内容別にみると、「悔悟」17人、「感謝」7人、「何もなし」4人、「辞世」2人、「泰然」および「未練」が各1人と分類できる。

こうした特記事項と、朝日、読売両紙の記事において「遺書・辞世」「悔悟・殊勝」および「泰然・従容」が多かったことを合わせて考えると、戦前の当局者は、最期を迎える被執行者についてそれぞれが在るべき理想像を描き、それに合致する態度や文言を強調して記者に伝えていたのではないかとの疑念もぬぐえない。

¹⁹⁸ 永田憲史，2013，『GHQ文書が語る日本の死刑執行—公文書から迫る絞首刑の実態』現代人文社：40-131。なお、死刑執行始末書は日本の法務省が非公開としている情報であり、永田はGHQ（連合国最高司令官総司令部）が収集し、米国立公文書館が保管する資料の複写を日本の国立国会図書館において入手した（同書6頁）。

（６）執行中の状況

死刑が執行されている最中の模様、絞首の詳細な方法、執行終了直後における遺体の状態を「執行状況」として分類すると、戦前の全期を通じ、報道が確認できたのは朝日でわずかに４人、読売で８人のみであり、当局が死刑執行の具体的状況を明らかにしない日本の密行主義の実態が証明された。当局が公式に執行中の状況を説明したり、執行の失敗を認めたりしたケースは１件もなかった。付言すれば、戦後においては執行状況に関する報道は皆無である。

朝日は1886年3月20日に中之島監獄分署で執行された死刑に関し、「死刑死に抵らず」との見出しで、以下の記事を3月23日に掲載した。

「刑場に上げて頸に綱を引掛け踏板をはづし定式に従ひ二分間を経過して後絶脉せしや否やを醫師が診断したるに如何なる矩合にてか（中略）顔色依然として更に異状のあらざるより再び之を絞臺にかけしに又もや前の通にて死に抵らざれば又々絞臺にかけ都合三回にして始めて絶脉したる由なり（後略）」

しかし、翌3月24日の紙面で「正誤」として「事實相違の旨監獄本署并控訴裁判所検事局より照會ありしに付取消す」との記事を載せ、報道を撤回した。「照會」が抗議を指すのかどうかは判然としないが、以後、朝日では死刑執行の明らかな失敗事例が報道されることはなかった。

大逆事件の幸徳傳次郎について、朝日は、執行翌日の1911年1月25日、「死刑執行を為す旨を告げたるに同人は肅然として命を領し毫も悪びれたる體なく導かるゝまゝに絞首臺上に登りたり合圖と共に幸徳の體はパタリと空に懸り縛せられたるまゝ僅に手足を動かせしも暫時にして静止し」と報じた。翌々日の1月26日には、「臺下には看守初太郎待受け合圖あるやツト體下の板を引けば幸徳の體は下に落ちて木材に皮を嵌めたる桎梏にて首を締め數分時にて絶命せり」と記している。しかし、同じ紙面では、幸徳を含む12人に関し、「執行の順序、絶命の時間、執行前の死刑囚動作、辭世まで一も確聞するを得ず、典

獄に就て聞くも『二十四日十二名を悉く死刑執行せり』¹⁹⁹とのみにて詳細の世間に知れ渡るを厭ふものゝ如し」と書いており、幸徳の執行状況に関する記事の信憑性は疑わしい。

読売は1883年7月6日に執行された小野澤おとわに関し、「刑臺の踏板を外すと均しくおとわの体は首を縊りて一丈餘の高き處よりズドンと釣り下がりし處同人は肥滿にて身體の重かりし故か釣り下る機會に首が半分ほど引き切れたれば血潮が四方へ迸しり五分間ほどにて全く絶命したれば（後略）」と、生々しく記述している。小野澤については、東京繪入新聞が「肥滿質にて重量のありし故にや絞縄がふかく咽喉に喰込みしと見え鼻口咽喉より鮮血迸しり忽地にして死に就たるはいとあさましき」²⁰⁰と書き、朝野新聞も「絞罪に處せられしが咽喉にても破れたるものか痛く出血して死せしとのこと」²⁰¹と伝聞形式で報じている。「首」か「咽喉」かの違いはあっても、出血したとの状況は3紙に共通しており、一定の信憑性がある。

読売がその後、死刑執行の失敗例として記述したのは1893年7月27日の死刑執行で、「如何しけん絞罪機の一度ならず二度までも外れて罪人地上に落ちたるはいまだ例なき」と書いている。

読売は、第3期初期の1925年10月9日、死刑執行直後の宮本うたの遺体に関する記事を掲載し、「絶命のタイムは十五分間、屍となつたうたの形相は二目とは見られぬ凄さで立會ひの人々が身ぶるひをしたといふ」と述べている。しかし、「形相」の「凄さ」についての具体性に乏しく、当局にとって不穏当な内容であるとは考えにくい。

以上のように、旧刑法施行以降、死刑執行の具体的状況を報じた記事はほとんどなく、絞首という執行方法によるむごさや失敗を伝えたケースはさらに限定的である。この事実

¹⁹⁹ 1911年1月25日の読売新聞も、12人に対する死刑が1月24日に執行されたと報じたが、同年1月26日の紙面では、24日に11人、25日に1人を執行し、この1人は管野スガであると検事総長が発表したことを伝えている。同年1月26日の官報においても検事総長発表と同様に記載されている。大蔵省印刷局編、1911、「○彙報○官廳事項 司法、警察及監獄○死刑執行」『官報』8277号：493。

²⁰⁰ 1883年7月7日東京繪入新聞。

²⁰¹ 1883年7月7日朝野新聞。

は、日本においては通例、死刑執行に記者が立ち会うことはなく、当局による執行状況の説明は、非公式にも行われてこなかったという仮説事実を裏付けるものといえる。

（7）1908 年 7 月 2 日の死刑執行

新聞記者の刑場からの排除を命じた 1908 年 7 月の民刑局長監獄局長通牒が、正確に何日であったかは不明である。しかし、1908 年 7 月 2 日の東京・市ヶ谷における死刑執行は、翌 7 月 3 日の読売新聞などによって詳報されていることから、通牒発出との関連について、萬朝報および東京日日新聞も参照しつつ検討する。

死刑を執行されたのは、当初、「臀肉事件」の加害者とされ、世の耳目を引いた野口（武林）男三郎であった。1902（明治 35）年、当時 11 歳の少年が臀部を切り取られて殺害された事件で、男三郎はその後、薬店主および詩人も殺害したとして²⁰²起訴されたが、このうち、薬店主に対する殺害のみが有罪とされ、死刑が確定した²⁰³。

男三郎の死刑執行を報じた記事の最大の特徴は、執行直前の言葉に加え、服装および典獄が与えたという弁当の中身までが仔細に記されていることである。読売と萬朝報は、男三郎が薩摩下駄を履いて刑場に赴いたとし、五つ紋の浅黄色（萬朝報は「空色」）の帷子、白足袋姿であったと記している。弁当について、読売は「鰯と烏賊の煮付けに香の物が添へてある」とし、萬朝報と東京日日新聞は鰯、烏賊などを口にしたうえ、牛乳 1 合を飲んだと書いている。

しかし、死刑執行の状況については、読売、朝日および東京日日新聞が午前 9 時 37 分に開始し、9 時 53 分に絶命した（萬朝報は「十七分間」）とする程度で、具体的な描写はない。読売には、「死刑臺は市谷監獄の廣場の眞中に穴があつて其穴に自由に回轉する仕掛の蓋がある而して上からは首に掛る様な繩が下げてあつて囚人がその臺の上に立つて繩に

²⁰² 『かわら版・新聞—江戸・明治三百事件Ⅳ』、1978、平凡社：83。

²⁰³ 1907 年 7 月 24 日朝日新聞。1908 年 7 月 3 日東京日日新聞。

首を掛けた時に足下の蓋を轉回して落とす機に當人の体力で縊り殺して仕舞ふのである」とあるものの、絞首の器械に関する一般的な仕組みを説明しているに過ぎない。

萬朝報は、執行終了後、当局者である「第一部長」が「普通の死刑囚は刑場へ行く時腰に力無くフラフラするものですが男三郎の歩き方ハ確なるものでした」と述べた談話を掲載し、読売および東京日日新聞とともに、執行直前に面会した弁護士の話も伝えている。

以上の記事内容からすれば、新聞記者が構内への入場を許され、男三郎が刑場へ向かう時点までの様子を目撃したか、当局者や弁護士に対する取材を基に、執行前の様子を再現したことは推測できるが、執行に立ち会ったとまでは考え難い。したがって、記者が刑場に入ることを禁じる趣旨の1908年通牒が、男三郎の死刑執行を直接の契機として発出されたとみることはできない。

（8）執行予定

執行の予定が事前に漏れて報道されることは、密行主義を掲げる当局にとって不測の事態である。朝日が執行予定の見通しを事前に報じたケースは1886年（2人同日執行）、1906年、1921年および1924年の計4件（計5人）しかなく、いずれも報道の通りに執行された。読売は1885年に2件、1886年（3人同日執行）、1900年、1921年および1924年に各1件の計6件（計8人）のみで、このうち1900年の執行日を除く4件の事前報道は正しかった。

1924年のケースは、大逆罪によって11月13日に大審院大法廷で死刑判決を受けた「虎ノ門事件」の難波大助に対する死刑執行である。朝日、読売とも、法相が判決翌日に「死刑執行命令書」を検事総長宛に送り、検事総長から市ヶ谷刑務所長に文書が送られて、11月15日午前9時、執行に着手することになったと執行当日の朝刊で報じた。刑場に立ち会う検事の名も事前に掲載されており、大逆罪という事件の性質上、法務・検察当局が報道機関に対し、事前に予定を伝えた特殊な事例であったと推測される。

第三節 小括

本章では、旧刑法施行以降の新聞報道を量的・質的に分析することにより、日本における死刑執行の密行性が実証された。すなわち、それぞれ 200 人を超える被執行者について執行の事実を報じた朝日新聞および読売新聞の記事で、執行中の具体的状況を記述したケースは各 10 人に満たず、このうち、執行の失敗や残忍さを窺わせる報道はほぼ皆無であった。司法省は 1908 年の民刑局長監獄局長通牒によって、新聞記者を刑場から締め出す方針を明確にしたが、両紙の報道からは、通牒発出の前にもその後にも、記者が刑場内に入り、死刑執行に立ち会うことが頻繁に許可されていたという確証は得られなかった。日本の特質である第三者に見せない死刑は、旧刑法の施行以来一貫し、完璧なまでに実践されてきたといえる。死刑執行の見通しを伝える記事も数例しかなく、事前の情報管理が徹底していたことが確認できた。

戦前において、当局は、死刑執行を見せない代わりに、執行直前の状況を知らせていた。被執行者の最期の言葉や様子がほぼ 5 人に 1 人の割合で報じられてきたが、その典型例は、悔悟を表し、殊勝な態度を見せ、あるいは泰然・従容として死に就くといった、当局にとって望ましい姿であった。被執行者を英雄視したり、悲劇的にとらえたりする記事はほとんどなく、この点においても当局の報道統制は成功を収めていたといえる。

その一方で、1908 年通牒以降の約 15 年間は、死刑執行に要した時間がかなりの頻度で掲載されるようになり、朝日、読売両紙とも掲載の割合は約 5 割にのぼった。所要時間が長ければ、その分、被執行者の苦しみや執行のむごさを読者に連想させることとなるが、平均的な所要時間を超えるとみられる事例も散見され、一定程度、当局にとって不都合と思われるような情報を、記者に説明していたことが判る。しかし、1923 年、司法省の行刑制度調査委員会において、死刑執行に関して公表する事項を限定すべきだとの意思が表明され、その後は、所要時間の掲載率も低下することになった。

戦前は、死刑執行の開始・終了の時刻がたびたび掲載され、執行に立ち会った公職者の名前も、大正期まではかなりの頻度で記されていた。現在、こうした情報は、情報公開請求によっても不開示の事項である。その意味では、現在の当局よりも、戦前の方が説明責任を果たしていたと評価することもできる。

戦後は、1989年までの死刑執行のうち、朝日および読売両紙に掲載されたのは1%台であり、1975年以降では1人の執行しか確認することができない。このことは、戦後において当局が異常なまでに死刑情報を秘匿する姿勢、すなわち、「密行主義」を際立たせている。

第四章 戦後の死刑密行完成と日米における法治主義

第一節 新憲法制定後の密行の深化

前章までにみたとおり、旧刑法制定によって単一化された絞首という死刑執行方法について、日本の当局は人道上の惨酷さを認識していた。しかし、1946年に公布、1947年に施行された日本国憲法の36条に残虐な刑罰の禁止が規定されたことで、絞首刑の実態が国民・裁判所に伝わった場合、その惨酷さは「残虐」＝違憲と判断されかねず、日本政府は戦前と同じく死刑執行方法を温存したまま、実態を徹底的に秘匿する道を選んだのであった。本節では、戦前の司法省が示した「見せない・知らせない」死刑の雛形が、戦後の法務省によって完成していく経過を確認する。

一 官報掲載の廃止

明治政府が1883（明治16）年に官報を創刊した目的の一つは、近代の国民国家形成過程において、中央から地方へと法令の周知徹底を図り、法の支配を画一化・標準化し、法および国家の権威を保つことにあった²⁰⁴。死刑執行が官報に掲載されるようになったのは、1886（明治19）年10月5日の980号からで、最初に掲載された被執行者6人はいずれも「加波山事件」の国事犯であった²⁰⁵。当初は、刑を宣告した裁判所の門前、犯罪地、犯人の住居地に榜示公告すると規定した旧刑法附則と同様、官報には住所・族称・職業・氏名・年齢・罪状に加え、死刑を宣告した裁判所名と死刑執行が命令された日付が記載されていた。1887（明治20）年5月30日の1173号からは死刑執行の命令日ではなく、死刑が執行された日付が記載された。

²⁰⁴ 鈴木栄樹，1996，『官報』創刊過程の史的分析——日本における近代国家の形成と法・情報——（山本四郎編，『日本近代国家の形成と展開』所収）吉川弘文館：124.

²⁰⁵ 寺崎修，1988，「〔資料〕加波山事件大審院判決書」『法学論集』37：71・126.

官報の購読を太政官達で義務付けられたのは、組織では省・院・庁・府県・裁判所・警察署・参謀本部・監軍本部・官立学校など、個人では上長官以上の武官・奏任以上の文官および郡区長であった²⁰⁶ことからしても、官報の記載事項が国民一般に周知されたとはいえない。とはいえ、官報は日本の公衆にとって、死刑執行に関して唯一入手可能な公文書であった。

ところが、死刑執行の官報掲載は 1946 年 3 月 13 日の 5747 号が最後となった。その理由は不明であるが、同年 3 月 15 日に連合国最高司令官総司令部（GHQ）が日本政府に対し、官報の英語版を提出するよう指令したことから、翻訳の負担軽減のため、各省は掲載事項を整理・省略することになり、司法省は死亡・改姓の公示、公証人の任免とともに死刑執行を対象に挙げた。同年 3 月 28 日付の内閣書記官長通牒では、「彙報」中 7 事項が省略の対象となり、死刑執行も含まれたが、GHQ は不満を示し、彙報で省略するのは褒章、学位授与の 2 事項にとどめるよう希望した。これを受け、関係各省が協議した結果、内閣書記官長による同年 4 月 25 日付の改訂通牒において、死刑執行は彙報中の省略対象から除外されたものの、通牒では新たに「官報によって一般に周知、公布乃至公示の必要なしと認められるもの」を省略するとし、同年 5 月 1 日発行の官報から実施すると決定した²⁰⁷。こうして日本政府は、占領期の混乱の中、GHQ に密かに抵抗する形で死刑執行を「一般に周知の必要なし」とみなし、官報掲載を打ち切ったのである。

二 報道統制と執行の告知

1922年に司法省が設置した行刑制度調査委員会は、答申書において、勸善懲悪のために死刑執行の事実を適宜公表することを希望し、公表とは、新聞や官報に掲載することは差

206 内閣官報局編，1890，《法令全書 明治十六年ノ1》（＝1976，《法令全書第十六卷・1》原書房復刻）：316-317。鈴木・前掲註204：129。

207 内閣, 1946, 「官報掲載事項の整理に関する件」『公文類聚・第七十編・昭和二十一年・第九巻・政綱九・統計調査四・雑載』。国立公文書館デジタルアーカイブシステムで検索した。
<http://www.digital.archives.go.jp/DAS/meta/listPhoto?KEYWORD=&LANG=default&BID=F000000000000000008132&ID=M00000000000001777740&TYPE=&NO=>。(2009年8月19日検索)

し支えないという趣旨であると説明していた（本稿第二章）。しかし、戦後、死刑執行の新聞報道はほとんど行われなくなり、1946年から1989年の間に死刑を執行された576人のうち、読売新聞のデータベースで執行が確認できるのはわずか11人、朝日新聞では8人で、特に1975年から10年間は、両紙とも全く確認できない（本稿第三章）。日本政府は死刑執行の事実を官報に掲載しなくなっただけではなく、報道機関を通じて公表する戦前の慣習も廃止したのである²⁰⁸。

死刑確定者に対する死刑執行の告知については、朝日、読売両紙の記事分析などによれば、戦前・戦後を通じ、当日の朝に行うのがあくまで原則であり、前日以前に告知するのは刑事施設の長の裁量による例外的な措置であったと考えられる²⁰⁹。元検察官の土本武司によれば、1971年当時の東京拘置所では執行の24時間前に告知し、遺書や手紙を書かせたり、近親者と最後の面会をさせたりしていたが、その後自殺者が出たことから前日の告知は廃止されたという²¹⁰。冤罪の死刑確定者として長年、福岡拘置支所（現・福岡拘置所）に収容されていた免田栄によると、福岡でも一時、執行前日に告知していたが、死刑確定者が1975年頃に自殺したのを機に、前日の告知が行われなくなったという²¹¹。東京拘置所では1975年9月に、福岡拘置支所でも同年10月に死刑確定者が自殺した事例が報じられており²¹²、前日までの告知が全国的に廃止されたのは、この年であったと推定できる。

²⁰⁸ 報道機関は、市民団体などから死刑執行の情報を得た場合に、刑事施設や検察、法務省関係者に対し、非公式に確認を求めるという取材方法を余儀なくされた。「司法人権セミナー：死刑廃止 全記録」刊行会編、2002、「欧州評議会議員会議／死刑廃止を推進する議員連盟 司法人権セミナー：死刑廃止 全記録」「司法人権セミナー：死刑廃止 全記録」刊行会：32。なお、1989年以来3年4か月ぶりの死刑執行となった1993年3月のケース以降は、その都度報道されるようになり、1998年11月からは法務省が執行の事実と人数に限って公表を始めた。

²⁰⁹ かつて東京拘置所の医官を務め、国内の他の刑事施設においても「死刑囚」の調査を行った作家の加賀乙彦によれば、多くの刑事施設は執行当日か前日に告知していたが、大阪拘置所では、所長を務めた玉井策郎が創始した独特の処遇法により、2、3日前に告知し、当日には死刑囚全員が参集してお別れの会が開かれていた（玉井策郎、1992、『死と壁——死刑はかくして執行される』彌生書房：1・2.）。玉井が大阪拘置所長だった1955年当時、執行の告知が2日前に行われた事例があったことは、同拘置所で録音されたテープを基に書かれた新聞記事（澤田東洋男、1985、『囚獄の門—ドキュメント・司法記者（PART II）』現代評論社：71-87.）によっても裏付けられるが、玉井は「規則として私の口から、その日時を知らずことは、執行当日、刑場でないと出来ないのだ」と述べている（玉井・上掲書：140.）。

²¹⁰ 土本武司、2001、『正義への執念』NHK出版：115。堀川恵子、2011、『裁かれた命 死刑囚から届いた手紙』講談社：308-314。

²¹¹ 恒友出版編、1989、『そして、死刑は執行された 3 元死刑囚たちの証言』恒友出版：95-97。

²¹² 朝日新聞1975年9月5日夕刊。同1975年10月26日朝刊。

その後は通常、死刑執行の 1、2 時間前に死刑確定者に告知され²¹³、弁護人や家族に事前連絡はなく、一般にも公表されないまま死刑が執行される。

三 二重の密行

1963 年から 1971 年にかけて、旧刑法の全面改正を審議した法制審議会刑事法特別部会において、死刑執行方法は主要な議題とはならなかった。議論の内容は「被執行者にとってはもとより執行者にとっても苦痛の少ないものが望ましいという考え方から、電気殺、ガス殺、毒殺、銃殺等が話題に上がったが、現在の執行方法である絞首に積極的に反対する意見はみられなかった」²¹⁴という程度であり、結論において、絞首を可とした大正期の行刑調査委の答申と変わりがなかった。

行刑調査委が絞首刑執行に伴う惨状の対策として提言したのは、刑場に「黒幕」を引いて惨状を見えないようにすることだった（本稿第二章）。戦後、少なくとも東京拘置所の刑場は実際にそのような構造となっており、執行中は、被執行者が踏板の上に立つ執行室、踏板が開いて落下する階下の空間ともにカーテンで覆われ、落下後に初めてカーテンが開かれるという状況が明らかになった²¹⁵。こうした方法について、法務省は、かなり以前から続いているとし、執行担当職員の心理的負担の軽減や被執行者の名誉感情への配慮を理由に挙げ、刑事訴訟法の死刑執行立ち会い（477 条 1 項）の規定は、死刑が執行されたことを確認する制度的な要件であるから、踏板が開く場面を見なくとも問題はないとの認識を示した²¹⁶。

²¹³ 1998 年 12 月 3 日参議院法務委員会における法務省矯正局長答弁。

²¹⁴ 法制審議会，1964，「法制審議会刑事法特別部会第二小委員会議事要録（一）」法務省：6-7。

²¹⁵ 2007 年 11 月 29 日参議院法務委員会、同年 12 月 07 日衆議院法務委員会、同年 12 月 11 日参議院法務委員会における法務省の答弁および 2011 年 10 月 12 日の大阪地裁における証人土本武司の証言。

²¹⁶ 2007 年 11 月 29 日参議院法務委員会および同年 12 月 07 日衆議院法務委員会における法務省の答弁。

刑事訴訟法 475 条 1 項の規定により法務大臣から死刑執行の命令があったとき、検察官は、死刑執行指揮書により刑事施設の長に対し死刑の執行を指揮し²¹⁷、死刑の執行に立ち会った検察事務官は死刑執行始末書を作成する（刑訴法 478 条）。刑訴法は、死刑執行に携わる立場にあるこれらの公職者に立会人を限定し（刑訴法 477 条 1、2 項）、しかも、実務においては、立会人が執行状況を直視しないという「二重の密行」が許容されてきたのである。中立で公正な立会人を置かないまま執行される死刑は、その過程で「残虐な刑罰」に当たるおそれがある状況が生じても、執行を中断させたり、事後において客観的な検証を行ったりすることを困難にさせるものといえる²¹⁸。

四 民主的コントロール

アメリカ諸州は死刑の執行に際し、立会人を公職者に限定せず、州民の代表や報道関係者、死刑の被執行者・被害者の家族らの立ち会いを認めている²¹⁹。1880 年代後半のニューヨーク州調査委員会は、公職者以外の立会人を「陪審（jury）」とも呼んだ²²⁰。犯罪が起きた郡または裁判が開かれる郡から選ばれる陪審員による審理は、英米刑法におけるコモン・ロー上の伝統であり²²¹、死刑を存置するアメリカの州のうち大半は、死刑相当事件に関し、有罪か無罪かだけでなく、死刑か否かについても陪審が評決し、または裁判官に勧

²¹⁷ 2008 年 6 月 1 日施行「執行事務規程」（法務省訓令）10 条 1 項。

²¹⁸ 植松正は、死刑執行に立ち会い、事故発生後も刑事施設の長の命令で続行された経験を次のように回顧する。「（前略）踏板をはずして受刑者が垂下した瞬間に、縄が切れて身体が地下のコンクリートの床に落ちたのだった。四肢は激しい痙攣を起しているし、顔は紅潮し幾分紫色を帯びている。看守たちは意外の出来事にあわてて為すところを知らぬ有様であつたが、老巧な典獄はたゞちに命じて、その姿勢のまゝで再び縄を吊り上げさせたので、そのまゝ執行を終つたのであつた。死ぬまでやるのが死刑なのだから、勿論、この処置でいゝわけである。」。植松正，1953，「死刑とその執行」『時の法令』112：57。

²¹⁹ Denno, Deborah, W., 2002, When Legislatures Delegate Death: The Troubling Paradox Behind State Uses of Electrocution and Lethal Injection and What it Says About Us, *Ohio State Law Journal* 63: TABLE 18.

²²⁰ 前掲註 118 *Report of the Commission to Investigate and Report the Most Humane and Practical Method of Carrying into Effect the Sentence of Death in Capital Cases*:94.

²²¹ Abramson, Jeffrey, 1994, *We, the Jury*, BasicBooks: 22-36.

告している²²²。アメリカ諸州においては、裁判官と検察官の選任の一部に公選制が採用されていることに加え、死刑という制度に関しては、市民が評決し、かつ刑が適正に執行されるかどうかを立会人として見届けるという、科刑と執行の民主的コントロールが一体的に機能している。

日本においては、2004年5月に「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」(裁判員法)が成立し、2009年5月から裁判員制度が始まったばかりで、科刑にも執行にも、公衆が関与する制度は根付いていない。1928年に導入された陪審制度は、1943年に停止され²²³、復活することはなかった。戦後、占領軍によって検察官公選制と大陪審の採用が提案されたが、日本政府の強い反発で実現せず、検察制度は中央集権的な官僚機構として温存され、1948年に制定された検察審査会法も審査会の議決に拘束力を与えないなど、検察に対する国民的コントロールの制度は実質的に機能しなかった²²⁴。

刑事訴訟法における裁判の執行規定の中でも、死刑の執行に関しては特別に、法務大臣の執行命令(475条1項)を検察官の執行指揮の前提としている。これは、生命刑という回復不可能な刑罰の重大性に鑑み、執行に慎重を期すためであるとされる²²⁵。刑訴法477条2項は、検察官または刑事施設の長の許可を要件として立ち会いが可能だとする規定であり、刑訴法475条1項の趣旨に照らしても、回復不能な刑罰が慎重かつ適正に執行されたことの保証として第三者の立ち会いを認めるべきであるのに、死刑執行の予定が事前に公表されない現状では、そもそも許可を申請することすらできない。こうして、日本にお

²²² Death Penalty Information Center, “Which states employ judge sentencing?” Death Penalty Information Center ホームページで検索した。

<http://www.deathpenaltyinfo.org/us-supreme-court-ring-v-arizona#JudgeSentChart> (2013年9月25日検索)。

²²³ 法務省ホームページ。 http://www.moj.go.jp/keiji1/saibanin_koho_gallery02.html (2013年11月28日検索)。

²²⁴ 小田中聡樹, 1977, 『現代刑事訴訟法論』 勁草書房: 350. 川崎英明, 1997, 『現代検察官論』 日本評論社: 12. 検察審査会法については2004年に改正(2009年施行)され、検察審査会が2度にわたって起訴相当および起訴をすべき旨の議決をした場合は裁判所が指定した弁護士が強制起訴することとなり、権限が強化された。

²²⁵ 小田中聡樹ほか編, 1998, 『刑事弁護コンメンタール1 刑事訴訟法』 現代人文社: 434-435 (福島至執筆). 伊藤栄樹ほか編, 2000, 『新版註釈刑事訴訟法』 (第七巻) 立花書房: 288-289 (朝倉京一執筆)。

いては、死刑という特別な刑の執行に対する民主的コントロールが機能しない仕組みとなっている。

五 情報公開法

死刑執行の事実について法務省は、1998年11月から、死刑を執行した日に、執行の事実と人数のみを、2007年12月からは執行した者の氏名、犯罪事実、執行した刑事施設名を公表するようになった。しかし、戦前は新聞報道を通じて伝えていた死刑確定者の遺言や死刑執行の具体的な状況などは戦後、一切明らかにしていない。

刑訴法 478 条に規定されている死刑の執行始末書は、執行に立ち会った検察事務官が作成する文書で、死刑確定者、確定裁判、執行日、執行場所、執行の具体的経過、執行立会人等が記録されている²²⁶。矯正緊急報告規程（法務省訓令）に基づく「死刑執行速報」は、死刑確定者を収容している施設の長が、刑執行時の状況を矯正局長および管轄矯正管区長宛に報告する文書で、執行年月日、死刑確定者、執行開始時分秒・執行終了時分秒、執行立会人、執行状況（死刑確定者の絶命を確認した時刻等を含む執行状況の詳細）、死刑確定者の刑に対する心情・遺言、遺体の処置、引取人、執行に関する参考事項（死刑執行の直前・直後の状況等）等が記録されている²²⁷。

国民が死刑執行に立ち会うことが實際上認められていない日本において、執行始末書と死刑執行速報は、断片的ではあっても死刑執行の具体的な状況を知り得る行政文書であり、行政機関の保有する情報の公開に関する法律（情報公開法）²²⁸が 2001 年 4 月に施行され

²²⁶ 行政文書不開示処分取消請求事件（平成 17 年（行ウ）第 421 号、422 号）の 2008 年 3 月 28 日東京地裁判決（判例集未掲載）。情報公開・個人情報保護審査会ホームページ「情報公開・個人情報保護関係答申・判決データベース」で検索した。<http://koukai-hogo-db.soumu.go.jp/judgeBody/141>（2013 年 10 月 9 日検索）。この訴訟では原告の請求が棄却され、2008 年 12 月 17 日の東京高裁判決を経て、2009 年 12 月 8 日の最高裁による上告棄却決定で確定している。

²²⁷ 上掲 226・2008 年 3 月 28 日東京地裁判決。

²²⁸ 1 条は「この法律は、国民主権の理念にのっとり、行政文書の開示を請求する権利につき定めること等により、行政機関の保有する情報の一層の公開を図り、もって政府の有するその諸活動を国民に説明す

て以降、開示請求が幾度か行われてきたが、執行の状況に関する情報はことごとく不開示となっている²²⁹。

六 密行の正当化

明治政府は旧刑法制定時、遺体を引き取る家族の目から見て惨忍ではないとの理由から、斬首を廃止して絞首に一本化した。公衆一般の視点から見て惨忍かどうかという基準は設定されず、刑法と監獄法が施行された 1908 年には、新聞記者らを刑場から排除する民刑局長監獄局長通牒が出され、さらに大正期の行刑制度調査委員会では、執行中の残忍な状況が立会人にさえ見えないよう、刑場に暗幕を引くという提言がなされ、死刑執行の密行化が進んでいった。

そして、戦後は日本国憲法の制定により、「残虐な刑罰」が明確に禁止された。しかし、国は「残虐」か否かを一般人の感覚から判断するという選択をせず、むしろ、死刑にまつわる一切の情報を秘匿するという道を選ぶこととなった。その理由の一つには、1948 年 3 月 12 日最高裁判所大法廷判決および 1955 年 4 月 6 日最高裁判所大法廷判決²³⁰が、時代の進展により、あるいは死刑執行方法によって、将来、死刑が違憲とされる可能性があるとの見解を示したことが挙げられるだろう。

法務省は戦後、死刑確定者に対し執行を直前まで告知しないことおよび死刑執行の事実や具体的状況を公表しないことについて、主に 2 つの理由を挙げて正当化してきた²³¹。

る責務が全うされるようにするとともに、国民の的確な理解と批判の下にある公正で民主的な行政の推進に資することを目的とする」とうたっている。

²²⁹ 2005 年 3 月 16 日情報公開審査会答申書（平成 16 年度（行情）答申第 633 号）、2010 年 12 月 20 日情報公開審査会答申書（平成 22 年度（行情）答申第 443 号）、2011 年 2 月 25 日情報公開審査会答申書（平成 22 年度（行情）答申第 554 号）など。

²³⁰ 最大判昭和 23 年 3 月 12 日刑集 2 巻 3 号 191 頁。最大判昭和 30 年 4 月 6 日刑集 9 巻 4 号 663 頁。これらの最高裁大法廷判決については、本章後半で検討する。

²³¹ 1982 年 3 月 23 日参議院法務委員会、1988 年 4 月 26 日参議院法務委員会、1993 年 3 月 29 日参議院法務委員会、1994 年 11 月 9 日衆議院法務委員会、1997 年 11 月 13 日参議院法務委員会、1998 年 3 月 13 日衆議院法務委員会および 1998 年 12 月 3 日参議院法務委員会における答弁。

第1は、被執行者と他の死刑確定者の「心情の安定」である。心情の安定は、「死刑確定者の接見及び信書の発受について」と題した1963年3月15日付の矯正局長通達（法務省矯正甲第96号）以来、外部交通の権利制限の根拠とされ²³²、国会では「自分の犯した罪について贖罪意識が十分になり、そして自分が自分の死というものを冷静に受けとめることができるような状態」と説明された²³³。これは「死刑確定者が、できる限り、その罪の自覚の上に、精神的な安静を得て刑の執行に至り、あるいは、少なくとも、激しい精神的動揺を脱し、心情の安定した状態において刑の執行を受けるべきことは、我が国刑政上当然の要請」²³⁴という日本の行刑に特有のパターナリズムに基づくものであり、監獄法を全面改正して2007年に施行された刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律（刑事被収容者処遇法）では、心情の安定が死刑確定者に対する処遇の原則と規定された（32条）。

さらに、法務省は、死刑確定者を一様に「やがて来るべき自己の死を待つという特殊な状況に置かれ、日常、極めて大きい精神的動揺と苦悩のうちにあり」²³⁵存在とみなし、それゆえに「その身柄の確保特に自殺の防止等、保安上特別の注意が要求される」という「刑執行確保のための拘禁を行う刑事施設の第一義的任務」から、心情の安定についての配慮が重要だとする²³⁶。死刑執行の具体的状況に関する情報公開請求に対し、法務省と矯正管区が不開示とする理由も同様で、「死刑確定者は、来るべき自己の死を待つという極限的な状況に置かれており、ささいなことでも精神的動揺と苦悩に陥りやすいものと推測される」ところ、個別具体的な死刑執行に関する状況等の記述部分が公にされた場合、他の死刑確定者が大きな精神的動揺と苦悩に陥ることによって、絶望感から自殺を試みたり、あるいは、生命・身体を賭して逃亡を試みるなどの不測の事態が生じる結果を招くおそれがある」

²³² 「本人の心情の安定を害するおそれのある場合」には、死刑確定者の接見および信書の発受に「概ね許可を与えないことが相当」とした。

²³³ 1988年4月26日の参議院法務委員会における矯正局長答弁。

²³⁴ 法務省矯正局，1978，『続 資料・監獄法改正』矯正協会：107。

²³⁵ 林眞琴ほか，2013，『逐条解説 刑事施設収容法 改訂版』有斐閣：20。

²³⁶ 前掲註234『続 資料・監獄法改正』：107。

とし、情報公開法 5 条 4 号の不開示情報²³⁷に当たると主張して、情報公開審査会の答申や裁判所の判決もこの主張を認めている²³⁸。

第 2 に、法務省は「国家の刑罰権の作用」が及ぶ範囲を限定することによって、死刑執行の事実や状況について公表しないことを正当化してきた。「国家の刑罰権の作用は、本来、刑の執行そのものに限られるのであって、それを超えて、国家機関が刑の執行に関する事実を公表することは、刑の執行を受けた者やその関係者に不利益や精神的苦痛を与える」と主張し、また、「他の死刑確定者の心情の安定を損なう」とするものである²³⁹。この主張は、1997 年の国会において当時の刑事局長が用いた「刑の執行の純化」という言葉に置き換えることができる。明治以前は公開処刑が行われ、見せしめによって一般国民に対する予防効果が図られ、その後、裁判所の門前などに高札を立てて死刑執行の事実を公示した時代もあったが、執行の状況を明らかにすることは、追い打ちをかけて被執行者をさらしたり、関係者にさまざまな影響を及ぼしたりすることから慎重になされてきた。それが刑の執行の純化の過程だとした²⁴⁰。

公職者以外を立ち会わせない死刑執行自体の密行については、これまで国会において議論されたこともなく、したがって法務省が直接的に正当化したこともなかった。しかし、法務省の主張に沿うならば、死刑執行に第三者が立ち会い、執行に関する状況が公表された場合もやはり、他の死刑確定者が精神的動揺から自殺を図ったり、被執行者や関係者に不利益や精神的苦痛を与えたりするおそれが生じるということになるから、「心情の安定」と「刑の執行の純化」は、死刑の密行を正当化する際にも用いられるはずである。

²³⁷ 公にすることにより、犯罪の予防、鎮圧又は捜査、公訴の維持、刑の執行その他の公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報をいう。

²³⁸ 前掲註 226・2008 年 3 月 28 日東京地裁判決など。

²³⁹ 1998 年 3 月 13 日衆議院法務委員会、1998 年 12 月 3 日参議院法務委員会、2005 年 3 月 16 日情報公開審査会答申書、2010 年 12 月 20 日情報公開審査会答申書および 2011 年 2 月 25 日情報公開審査会答申書など。

²⁴⁰ 1997 年 11 月 13 日参議院法務委員会。死刑による一般予防については、死刑判決が確定した者は執行されるということが法律で明記されており、それが「抑止的效果」であるとの認識を刑事局長が国会で示したことがある（1994 年 11 月 9 日衆議院法務委員会）。

心情の安定と刑の執行の純化を理由とした死刑の密行、死刑確定者に執行直前まで告知しないことおよび死刑執行後に状況を公表しないことは、法務省の正当化とは裏腹に、死刑確定者に憲法で保障された権利を侵害しかねない。これについて、引き続き考察する。

第二節 法治主義の実態に関するアメリカとの比較

日本政府が死刑執行における公職者以外の第三者の立ち会いを實際上認めず、死刑確定者に対する執行の事前告知および執行に関する情報公開に消極的で、こうした不透明性が許容・増長されてきた要因は、アメリカ諸州に比べ、日本において死刑確定者の基本的人権がいまだ十分に保障されていないことにある。この点に関する日米の差異について、①形式的法治主義②実質的法治主義③司法による救済という3つの観点から考察することとする²⁴¹。

形式的法治主義とは「法律の留保」の原則をいい、国民の権利・自由に対する制限は、行政権の恣意によらず、立法権（法律）に留保されるべきだとするものである。「法律による行政」の原理が確立する一方、法律の実質、内容については規制がなく、法律に基づく限り権利・自由の侵害は許容される。戦前の1890年に施行された大日本帝国憲法は、この形式的法治主義にとどまった²⁴²。実質的法治主義は、基本的人権の保障を目的とし、行政は法律によって授權・羈束されるだけでなく、憲法原則に適合していなければならない、国民の権利・自由は明示的・具体的な法律の根拠なしに制限されない。戦後の日本国憲法

²⁴¹ ドイツの刑法学者・フロイデンタールは、国家と受刑者の関係を法律的に規律し、受刑者の法律的地位を確認するため、①受刑者の権利制限は、形式的に法律またはそれに基づく法規命令によらなければならない②実質的にも、行刑を国家と受刑の間の権利義務の関係として組織し、明白な規定をもたなければならない③形式的小および実質的な法律化を担保するための司法による救済制度が確立されなければならないという3点が重要だとしており（朝倉京一，1963，『矯正法講話』法律研究社：124-132. 牧野英一，1931，『刑法に於ける法治國思想の展開』有斐閣：513-521.）、本稿の比較の観点もこれを参考とした。

²⁴² 芦部信喜，2011，『憲法 第五版』岩波書店：19-20. 室井力，1968，『特別権力関係論』勁草書房：335-336. 高田敏，2009，『新版 行政法』有斐閣：19-20，42. フロイデンタール，1909，「フロイデンタール・囚人の国法上の地位」（＝1973，小川太郎訳，『重細重法学』8(1)：126-128.）。

は、形式的法治主義を否定し、実質的法治主義へと転換した²⁴³。司法による救済は、行政権が違法に国民の権利・自由を侵害する場合には裁判所に救済を求めることができるという法治主義の原理であり、基本的人権の保障という実質的法治主義の目的を実現する手段でもある²⁴⁴。

一 日本における法治主義の実態

1 形式的法治主義

日本国憲法で死刑確定者に保障されるべき基本的人権として、特に重要なのは 31 条の適正手続の保障（「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」）と 36 条の残虐刑の禁止（「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」）である。

31 条は、適正な法の手続（due process of law）を規定したアメリカ合衆国憲法修正 5 条（「何人も、適正な法の手続によらずに、生命、自由または財産を奪われることはない」）および修正 14 条（「いかなる州も、適正な法の手続によらずに、何人からもその生命、自由または財産を奪ってはならない」）の影響を受けて成立し、「法律の定める手続」は「適正な法の手続」と同趣旨であり、科刑の手続・実体要件ともに法定されかつ内容が適正でなければならないとする見解が通説である²⁴⁵。さらに、団藤重光は、科刑の手続とは刑事手続であるから、裁判手続だけでなく刑の執行の手続を包含し、司法権・行政権・立法権のいずれに対する関係でも、31 条の保障が適用されるとする²⁴⁶。適正手続の重要な要請としては告知と聴聞の保障が挙げられ、公権力が国民に刑罰その他の不利益を科す場合には、当事者にあらかじめその内容を告知し、当事者に弁解と防御の機会が与えられなければな

²⁴³ 室井・上掲書：374. 高田・上掲書：20-22, 41-43.

²⁴⁴ 室井力編，2005，『新現代行政法入門（1）〔補訂版〕』法律文化社：20-22（紙野健二執筆）. 田中二郎，1957，『法律学全集 6 行政法総論』有斐閣：190-191.

²⁴⁵ 法學協會，1954，『註解日本國憲法 上巻』有斐閣：586. 宮澤俊義・芦部信喜，1978，『全訂 日本国憲法』日本評論社：295. 樋口陽一ほか，1988，『注釈 日本国憲法 下巻』青林書院：700-701（佐藤幸治執筆）.

²⁴⁶ 団藤重光，1953，『法律実務講座 刑事編 第一巻 総則（1）』有斐閣：34.

らない²⁴⁷。これは、刑の執行を指揮する検察官の権力に対抗し、対等の地位を保障する防御権として、憲法 34 条（「何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない」）、37 条 3 項（「刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる」）の弁護人依頼権によっても保障されているといえよう²⁴⁸。

日本国憲法 36 条は、残虐で異常な刑罰（cruel and unusual punishments）の禁止を定めたアメリカ合衆国憲法修正 8 条に由来するとされ²⁴⁹、アメリカ諸州の憲法にも同趣旨の規定がある。死刑は、執行方法の態様によっては「残虐な刑罰」となる²⁵⁰。

以上のことを前提とすれば、死刑執行の対象となる死刑確定者に対しては、直前に執行を告知して防御の機会を突然に奪うことは許されず、告知から執行までに一定の期間を確保し、弁護人依頼権を執行直前まで保障することが適正手続の観点から要請される。また、死刑が「残虐」でない状態で執行されたかどうかは、公正な立会人によって判断されなければならない。さらに、将来の死刑執行のために拘置されている死刑確定者には、絞首という執行方法が残虐でないことを確認できる具体的な情報が与えられるべきである。

しかし、刑事訴訟法 475 条 2 項は、死刑執行の命令は判決確定の日から 6 箇月以内に法務大臣がしなければならないと規定し²⁵¹、476 条は法務大臣が死刑の執行を命じたときは、5 日以内に執行しなければならないとしており、これらによれば、死刑をいつ執行しても、死刑確定者の権利・自由を侵害することにはならない。死刑執行の立会人については、刑事訴訟法 477 条 1 項で検察官、検察事務官および刑事施設の長またはその代理者を立ち合わせるとし、個別の死刑執行に関する情報収集権は、情報公開法 3 条で行政文書の開示請求権を、5 条で行政機関の長の開示義務および不開示情報としての要件を定めている。したが

²⁴⁷ 前掲註 245『注釈 日本国憲法 下巻』: 703. 団藤・上掲書: 36. 前掲註 242『憲法 第五版』: 236.

²⁴⁸ 佐藤功, 1983, 『ポケット註釈全書 憲法 (上) 新版』有斐閣: 543.

²⁴⁹ 前掲註 245『注釈 日本国憲法 下巻』: 763.

²⁵⁰ 最大判昭和 23 年 3 月 12 日刑集 2 巻 3 号 191 頁〔194 頁〕. 前掲註 245『註解日本國憲法上巻』: 636.

²⁵¹ ただし、上訴権回復請求、再審請求、恩赦の出願もしくは申出などがなされれば 6 箇月の期間に参入しない。

って、日本においても、死刑執行の透明性を巡る形式的法治主義は満たされているといわなければならない。

2 実質的法治主義

旧刑法の制定以来、一貫して日本において行われている絞首という死刑の執行手段が「残虐な刑罰」に当たるかどうかは、1948年3月12日の最高裁大法廷判決がいうように、「その時代と環境とにおいて人道上の見地から」判断すべきであり、これは、アメリカ連邦最高裁が「残虐で異常な刑罰」の基準として定立した「成熟していく社会の進歩を示す、節度という進化的基準（the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society）」²⁵²と同趣旨であると解することができる。時代と環境に即した基準は動的に変遷するものであるから²⁵³こそ、その時代を生きる公衆（国民・州民）の視点・感覚による評価が重要かつ不可欠であり²⁵⁴、政府に対し、公衆が死刑執行に立ち会う機会および執行の具体的状況を知り得る情報の提供を必然的に要請する。公衆による執行の監視と情報の収集という手段により、個々の執行が適正に行われたかだけでなく、特定の執行方法を用いた死刑制度が残虐な刑罰に当たるかどうかの評価をなしうるのである²⁵⁵。

日本においては、刑法11条1項が「死刑は、刑事施設内において、絞首して執行する」とし、この規定が密行の趣旨を含むと解釈されている²⁵⁶。旧刑法附則と刑事訴訟法は、執

²⁵² *Trop v. Dulles*, 356 U.S.86, 101.本節の後半部で論じる。

²⁵³ 最大判昭和23年3月12日刑集2巻3号191頁〔196頁〕。裁判官島保、同藤田八郎、同岩松三郎、同河村又介の各補足意見は「ある刑罰が残虐であるかどうかの判断は国民感情によつて定まる問題である。而して国民感情は、時代とともに変遷することを免かれないのであるから、ある時代に残虐な刑罰でないとされたものが、後の時代に反対に判断されることも在りうることであり」とする。

²⁵⁴ 正木亮は、1948年3月12日最高裁判決が認める「残虐」とは「大衆が見て残虐受感を抱く場合を指すものと認められる」と解釈する。正木亮、1964、『死刑——消えゆく最後の野蛮』日本評論社：87-89。

²⁵⁵ Besslerは「死刑執行に立ち会う権利を公衆に与えることは、連邦最高裁が「成熟していく社会の進歩を示す、節度という進化的基準」を適切に評価する唯一の手段かもしれない。つまり、進化的基準の主要な「客観的指標」(objective indicia)として、選挙で選ばれた代表が用いられるべきであるなら、そうした代表は全員一さらに重要なのは、代表を選ぶ人民は死刑に関する情報を見聞きする十全な権利を持っていて当然だ」と主張する。Bessler, John, D., 1993, “Televised Executions and the Constitution: Recognizing a First Amendment Right of Access to State Executions,” *Federal Communications Law Journal* 45: 423-424.

²⁵⁶ 小野清一郎・朝倉京一、1972、『ポケット註釈全書 改訂 監獄法』有斐閣：466。

行の立会人として検察官、書記（検察事務官）および刑事施設の長を規定し、死刑執行の職務に関係のない者が立ち会うには、検察官または刑事施設の長の「許可」を要するとしてきた（刑訴法 477 条 2 項）が、許可または不許可の要件は明示されていない。それにもかかわらず、1908 年には、新聞記者や学生等に刑場への入場を許可していることが刑法の趣旨に背くとして、厳密な取り締まりを命じる通牒が民刑局長・監獄局長名で発出された²⁵⁷ように、法律の規定を超えた行政による恣意的な制限が行われてきた。

法務省が死刑確定者に死刑執行を直前まで告知しないことと、死刑執行の具体的状況の情報を開示しないことの理由としてきた「心情の安定」は、2007 年に施行された刑事被収容者処遇法において初めて法律上に明示され、死刑確定者の処遇原則となった。同法 32 条の「心情の安定を得られるようにすることに留意するものとする」という規定の趣旨について、法務省の立案担当者は、1963 年矯正局長通達以来、「心情の安定」を死刑確定者に対する外部交通の制限根拠としてきた従来の考え方を改めた、とする。すなわち、心情の安定とは、死刑確定者が犯罪の責任を自覚し、死刑という刑罰の執行による自己の死を安んじて受け容れる状態にあることを意味するものではなく、個々人の主観に関わる内心の問題であり、心情の安定を図ることを理由に、保障されるべき権利を制約するのは適当ではなく、権利の制約にわたらない限りで心情の安定に配慮すべきであると説明する²⁵⁸。

しかし、日本政府は 1963 年の矯正局長通達で用いられた「心情の安定」を理由として、死刑執行を巡る透明性の実現を妨げ、死刑確定者に対する適正手続の保障を阻み、死刑の残虐性を国民が評価することを不能としてきた。こうして、日本においては、死刑執行における実質的法治主義が今日まで実現に至っていないのである。

²⁵⁷ 1908 年 7 月民刑局長監獄局長通牒（民刑秘第 134 号）「死刑執行場取締方ノ件」。監獄協会編，2003，『監獄法令類纂 全〔下〕 日本立法資料全集 別巻 281』信山社出版：2193。

²⁵⁸ 前掲註 235『逐条解説 刑事施設収容法 改訂版』：100。

3 司法による救済

死刑確定者を含む日本の刑事施設の被収容者は、国の営造物の利用者として、国家との収容関係においては「特別権力関係」にあると考えられていた。ドイツ法の流れをくむ特別権力関係論は、「公法上の特別の原因に基き、公法上の特定の目的に必要な限度において、包括的に一方が他方を支配し、他方がこれに服従すべきことを内容とする関係」をいい、法治主義の原理の適用が排除される²⁵⁹。つまり、個別的・具体的な法律根拠に基づかなくとも、一方的に命令・強制を行うことができるとされる²⁶⁰。

死刑確定者が通信の発受や新聞の閲読などに対する権利制限の無効確認を求めた行政訴訟で、1958年8月20日の大阪地裁判決は、収容関係が特別権力関係にあるとしつつ、現行憲法下においては具体的な法律の根拠なしに基本的人権を制限することは許されず、法律による制限も拘禁の目的に照らして必要最小限度の合理的制限のほかは認められるべきでないとし、基本的人権を侵害する場合には司法救済を求めることができるとの判断を示した²⁶¹。この判決は被収容者の収容関係に関する具体的な議論の契機となり²⁶²、現在では、収容関係において特別権力関係論を採用する学説はほとんどなく、法治主義が全面的に妥当するとされる²⁶³。

二 日本の最高裁判所と死刑の「残虐」

1 死刑制度の憲法適合性

基本的人権の保障という法治主義の目的を実現する重要・不可欠な手段に、違憲審査制がある²⁶⁴。死刑確定者に対し、適正手続の保障および残虐な刑罰の禁止という基本的人権

²⁵⁹ 前掲註 244『行政法総論』: 224.

²⁶⁰ 室井力, 1970, 「特別権力関係論」『法学セミナー』170: 35.

²⁶¹ 大阪地判昭和 33 年 8 月 20 日行集 9 卷 8 号 1662 頁.

²⁶² 前掲註 242『特別権力関係論』: 410.

²⁶³ 前掲註 244『新現代行政法入門(1)〔補訂版〕』: 58-61(神長勲執筆). 前掲註 242『憲法 第五版』: 106.

²⁶⁴ 高田敏, 2013, 『法治国家観の展開——法治主義の普遍化的近代化と現代化』有斐閣: 613.

を保障するため、司法が救済機能を果たすには、死刑における「残虐」とは何かについて、的確な判断基準を最高裁判所が確立しなければならない。

日本において、死刑が残虐か否かを明らかにしたのは、1948年3月12日の最高裁大法廷判決が最初であった²⁶⁵。判決は、日本国憲法がその13条および31条により「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」とし、「刑罰としての死刑そのものが、一般に直ちに同条（憲法36条）にいわゆる残虐な刑罰に該当するとは考えられない」と結論付けた。

同判決は、「各国の刑罰史を顧みれば、死刑の制度及びその運用は、総ての他のものと同様に、常に時代と環境とに応じて変遷があり、流転があり、進化がとげられてきたということが窺い知られる」と述べ、「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」として、死刑執行方法の残虐性は「時代と環境」に応じて判断されるべきであるとの見解を示した。その主旨は、木に縛り付けてやりで何度も突き刺したり、首を斬り落とした後、公衆の前にさらしたりといった方法は、明治時代の初期までは法律で認められていたが、時代に逆行してそうした方法を復活させるとすればそれは残虐で、憲法違反だということである。

しかし、こうした見解には、時代の進展に合わせて死刑執行方法を改良するという理念が欠落しており、木村亀二が「日本文化の将来が火あぶり、はりつけ、さらし首、釜ゆでの刑を認めるやうな野蠻な、封建的な、否、封建以前の原始的な状態に向つて逆行することとはあり得ない」と指摘するとおり²⁶⁶、残虐性の判断基準としてはほとんど意味を持たな

²⁶⁵ 正木亮，1964，『死刑——消えゆく最後の野蛮』日本評論社：88.

²⁶⁶ 木村亀二，1949，『死刑論』弘文堂：63.

い。この判決は結局、残虐な刑罰について抽象的な標準を掲げただけであり²⁶⁷、同語反復に終わっている²⁶⁸。

2 「残虐な刑罰」の定義

最高裁大法廷は 1948 年 6 月 23 日、公職選挙法違反事件の判決²⁶⁹において、憲法 36 条が禁ずる「残虐な刑罰」とは、「不必要な精神的、肉體的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰を意味するのである」とし、続けて「事実審の裁判官が、普通の刑を法律において許された範囲内で量定した場合において、それが被告人の側から観て過重の刑であるとしても、これをもって直ちに所論のごとく憲法にいわゆる「残虐な刑罰」と呼ぶことはできない」と述べた。

この判決は、直接的には量刑における「残虐」に関する内容であるが、死刑の執行方法に当てはめ、「過重」を「過酷」と読み替えた場合、執行方法が被執行者にとって過酷であっても、直ちに残虐な刑罰とはいえないということになる。それでは、誰にとって「苦痛」と認められれば残虐な刑罰なのか、さらに、「不必要」な苦痛と必要な苦痛は、何を標準に判断するのかという点も不明確である²⁷⁰。

3 憲法 36 条と絞首刑

絞首刑という死刑執行方法について、最高裁大法廷は 1955 年 4 月 6 日の判決で、「現在各国において採用している死刑執行方法は、絞殺、斬殺、銃殺、電気殺、瓦斯殺等であるが、これらの比較考量において一長一短の批判があるけれども、現在わが国の採用している絞首方法が他の方法に比して特に人道上残虐であるとする理由は認められない。従つて

²⁶⁷ 向江瑋悦, 1960, 『死刑廃止論の研究』法学書院: 379. 前掲註 265 『死刑』: 88.

²⁶⁸ 木村亀二, 1966, 『法学・いかに学ぶか』法文社: 148.

²⁶⁹ 最大判昭和 23 年 6 月 23 日刑集 2 卷 7 号 777 頁.

²⁷⁰ 前掲註 268 『法学・いかに学ぶか』: 149.

絞首刑は憲法三六条に違反するとの論旨は理由がない」とし、死刑執行方法の残虐性の判断基準として、他の方法との比較考量を挙げている²⁷¹。

しかし、この判決では、列举した 5 つの死刑執行方法の「一長一短」は言及されず、どのような観点から比較考量した結果、日本の絞首方法が他の方法に比べて残虐ではないと判断したのか不明である²⁷²。

4 憲法 31 条と絞首刑

絞首刑の執行方法に関する基本的事項は、1873（明治 6）年太政官布告 65 号で規定され、絞首のための絞架器具を地上に組み立て、被執行者は階段を上って絞架に至り、そこで執行を受けて落下する「地上（屋上）絞架式」が絞罪器械図式に定められている。しかし、実際の絞首刑は、絞架器具が地上に用意され、被執行者は掘割った地下に落下する「地下絞架（掘割）式」で執行されている²⁷³。太政官布告 65 号は、憲法 31 条でいう「法律の定める手続」の「法律」に当たるのか。法律と認められるとしても、同布告の規定とは異なる方式による死刑執行は、法定の手続といえるのか。適正手続の保障が争点となった結果、合憲とする判例となったのが、1961 年 7 月 19 日の最高裁大法廷判決である²⁷⁴。

判決は①死刑のような重大な刑の執行方法に関する基本的事項は、旧憲法下においても新憲法下においても、法律で規定することを要する法律事項に該当する。太政官布告 65 号は、死刑執行方法の重要な基本的事項を定めており、旧憲法下において法律として遵由の効力を有していた②同布告は制定後、今日に至るまで廃止されまたは失効したと認めるべき法的根拠は存在せず、新憲法下においても、法律と同一の効力を有するものとして存

²⁷¹ 最大判昭和 30 年 4 月 6 日刑集 9 卷 4 号 663 頁。

²⁷² 木村は「比較されるのは何か、例えば執行に要する時間の長短か、苦痛の大小か、それとも、その両者か、等が不明」とであると批判する。前掲註 268『法学・いかに学ぶか』：150・151。

²⁷³ 東京地判昭和 35 年 9 月 28 日民集 15 卷 11 号 2673 頁〔2677 頁〕。前掲註 256『ポケット註釈全書 改訂 監獄法』：464。

²⁷⁴ 最大判昭和 36 年 7 月 19 日刑集 15 卷 7 号 1106 頁。

続している²⁷⁵③現在の執行方法が同布告の規定どおりに行われていない点があるとしても、同布告規定の基本的事項に反しているものとは認められず、憲法 31 条に違反するとはいえないと判断した。

地上絞架式から地下絞架式に転換した時期や経緯は明らかではない²⁷⁶が、国は、平地を歩むことにより、被執行者の「苦痛をより和らげ且つ刑執行の密行主義への推移にかなうもの」²⁷⁷と説明する。

法医学者の古畑種基は、東京地裁で審理された「死刑受執行義務不存在確認請求事件」（行政訴訟）において、1959 年 11 月 25 日、鑑定書を提出し、地下絞架式では被執行者が地下に落ち、周囲の人からは直接見えないから、最後の様相を他人に見られないという利点があると指摘した²⁷⁸。このことは、地下絞架式により、刑事訴訟法で規定された立会人が執行の一部始終を監視することが不能であることを裏付けている。

正木亮は、①絞首方法にはいろいろ種類があり、どれが国民の眼にまたは感じに残虐に映るかは、憲法 36 条に反するか否かの分け目で、それを決めるのは主権者である国民の総意である②太政官布告 65 号の規定通り、地上に高い絞首台を設け、人間をぶら下げて殺す方法をとっていれば、今日の人は残虐と見るだろう③地下絞架式はその残虐をゆるやかにしたものではあるが、旧憲法下の行刑当局の恣意に基づいたもので、同布告は新憲法の精神とは異なっており、地下絞架式は法的根拠を失っていると主張する²⁷⁹。

²⁷⁵ 手塚豊は、太政官布告 65 号が 1873（明治 6）年司法省布達 21 号により、1872（明治 5）年監獄則の附録「監獄図式」に編入され、それ自体の効力を失い、同布告所定の「絞架」図式は監獄図式中に存在するようになり、さらに 1881（明治 14）年新監獄則の施行で一切の監獄図式は削除されたとの説を唱え、1961 年大法院判決を批判する。手塚豊、1964、「明治六年太政官布告六十五号の効力——最高裁判所判決に対する一異見——」『法學研究』37（1）：3-37。

²⁷⁶ 伊藤榮樹、1982、『刑事法解釈の現代的課題』立花書房：23。

²⁷⁷ 前掲註 273 判決・東京地判昭和 35 年 9 月 28 日民集 15 卷 11 号 2673 頁〔2677 頁〕、「本案についての被告の答弁」参照。

²⁷⁸ 前掲註 267『死刑廃止論の研究』：517-529。

²⁷⁹ 正木亮、1961、「蘇った太政官布告」『法学セミナー』66：54-56。正木の主張のうち、②は、大正期の司法省行刑制度調査委員会において委員が「首ノ吊り下リタル恰好カ醜クシ」と指摘した問題点と共通する。

2013 年 7 月 31 日大阪高裁判決²⁸⁰も、「生命を奪う究極の刑である死刑の執行方法について、今もなお、140 年も前の明治 6 年に太政官布告として制定され、執行の現状とも細部とはいえ数多くの点で食い違いが生じている明治 6 年太政官布告に依拠し、新たな法整備をしないまま放置し続けていることは、上記 1961 年最高裁判決が、死刑の執行方法は法律事項であると判示した趣旨にも鑑みると、立法政策として決して望ましいものではない」とした²⁸¹。

明治時代に入り、当初は磔、梟首、火あぶり、晒など、一部は公開で執行されていた死刑は、1870 年に絞、斬、梟の 3 種となり、1872 年監獄則では刑場の周囲に高い垣根を巡らせることが規定された。太政官布告 65 号制定から 4 か月後の 1873 年 6 月には、被執行者の犯罪事実を市中の大通りや本籍地に公示することが改定律例で規定されるなど、見せる死刑から見せない死刑、部分的に知らせる死刑へと移行した。密行主義の導入は、刑の執行に関する政府の理念の重大な転換であり、地上絞架式から地下絞架式への転換は、その具現の一つであった。

以上を総合すれば、地下絞架式による死刑執行は、1961 年最高裁判決で少数意見が述べたような、法定を必要としない「細目」²⁸²どころか、死刑執行方法の「重要な基本的事項」であり、正規の法律の定める手続が当然要請されるというべきであろう。

5 下級審への影響

最高裁大法廷判例は、明治初期から続く絞首刑の有名無実な法的根拠を追認し、残虐な死刑の定義については「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」「死刑について火あぶり、はりつけ、さらし首、

²⁸⁰ 平成 23 年（う）第 1649 号，判例集未登載。LEX/DB インターネット文献番号 25501589。

²⁸¹ 1961 年の大法廷判決当時、最高裁調査官や元検事総長も、判例解説において、太政官布告に準拠することに「奇異」「矛盾」の感があったとした。栗田正，1961，「死刑（絞首刑）の宣告は憲法三一条に違反するか——明治六年太政官布告六五号 絞罪器械図式の効力」『ジュリスト』232：55。伊藤・前掲註 276：23。

²⁸² 死刑の執行方法については、現行の刑法、刑訴法、監獄法等における諸規定をもって、憲法 31 条の要請は充たされており、それ以上の細目は法律によって定めることを必要としないとする裁判官河村又介の少数意見。最大判昭和 36 年 7 月 19 日刑集 15 巻 7 号 1106 頁〔1121 頁〕。

釜ゆでの刑のごとき残虐な執行方法」「不必要な精神的、肉体的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」「他の方法に比して特に人道上残酷である」場合であるとして、いずれも抽象的な内容にとどまっている。このことは、下級審の判断にも影響を及ぼす。

大阪市此花区のパチンコ店に放火し、5人を殺害、10人に重軽傷を負わせたとする現住建造物等放火・殺人・殺人未遂被告事件（いわゆる「此花パチンコ店放火事件」）の裁判員裁判において、大阪地裁 2011 年 10 月 31 日判決²⁸³は「絞首刑は憲法に違反するものではない」とし、弁護側の違憲主張を退けた²⁸⁴。

判決は、「残虐な」死刑執行方法について、憲法 36 条の「残虐」に関する定説的見解²⁸⁵を引用し、「死刑の執行方法が残虐と評価されるのは、それが非人間的・非人道的で、通常の人間的感情を有する者に衝撃を与える場合に限られる」とした。1948 年 3 月 12 日の最高裁判例は、「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」と明言しており、「一般に」とは「一般人の感覚からして」という意味であると解することもできるから、大阪地裁判決が「通常の人間的感情」を残虐性の判断基準としたのは判例にも合致する。判決は裁判員の意見を聴いた上、弁護人の主張を検討した²⁸⁶と前置きしており、裁判官が一般人の感覚という基準を判決にどう反映させるかも焦点の一つであった。

この裁判では、東京高裁において古畑種基らが鑑定人となった東京高裁の強盗殺人被告事件（1955 年 12 月 19 日判決）²⁸⁷以来、約 60 年ぶりに絞首刑の違憲性が本格的に争われ

²⁸³ 前掲註 280 判決の原審。判例集未登載。裁判所ホームページ「裁判例情報」

<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120119153129.pdf>

²⁸⁴ 以下で行う本判決に関する考察は、布施勇如、2012、「絞首刑をめぐる迷信—死刑の是非を論じる前に—」（石塚伸一・堀川恵子・布施勇如「死刑は残虐である—「此花パチンコ店放火事件」傍聴記」所収）『龍谷法学』45（1）：198-214 を基にしている。

²⁸⁵ 「「残虐」とは刑罰が非人間的・非文化的で通常の人間的感情を有する者に衝撃を与える種類のものをいう」（前掲註 248『ポケット註釈全書 憲法（上）新版』：568.）および「残虐とは反文化的・反人道的なものであって、通常の人間的感情をもっている者に衝撃を與える種類のものをいう」（前掲註 245『註解日本國憲法 上巻』：636.）。

²⁸⁶ 裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（裁判員法）6 条 2 項は、法令の解釈に係る裁判所の判断は構成裁判官の合議によると規定するが、68 条 3 項により、その判断について「裁判員の意見を聴くことができる」とする。

²⁸⁷ 東京高判昭和 30 年 12 月 19 日東高時報（刑事）6 卷 12 号 452 頁。

た。弁護側の証人申請で採用されたオーストリア・インスブルック医科大学法医学研究所の法医学者ヴァルター・ラブルが行った証言の多くが採用され、上記東京高裁事件において「絞首の場合は、死刑執行の直後に意識を消失し、本人は何等苦痛を感じない」とした古畑種基の鑑定²⁸⁸が実質的に否定された。

判決は、絞首刑で死亡する際の典型的な経過として、①頸動静脈の圧迫により脳への血流が遮断されて酸欠状態となり、脳細胞が死滅して心臓停止により死亡する②咽頭が圧迫されて気道閉塞のため酸欠状態に陥り、同様の経過で死亡する、という2つのパターンを挙げた。古畑鑑定は①に近いパターンのみに言及しており、「左右頸動脈と両椎骨動脈を完全に圧塞することができ体重が頸部に作用した瞬間に人事不省に陥り全く意識を失う」としたが²⁸⁹、大阪地裁判決は①の場合、脳に酸素が残る5ないし8秒間、②では体に酸素が残る1、2分間は意識があり、この間、頸部圧迫による苦しみや、絞縄によって生じる頸部の傷を伴う痛みを感じるとした。

続いて、縄のかかり方によっては、意識のある時間がより長くなって、痛みや苦しみもより大きくなること、加わる力が大きすぎるときは頭部の内部組織の一部離断も考えられること、落下距離を短くすれば締め方が緩慢になり、被執行者の苦痛が増すことを認めた。これら「心身に及ぼす影響」に加え、死亡するまでの経過が完全には予測できないことを絞首刑の「問題点」とであると認定した。ただし、頭部離断は、例外的に事故として生じるものであり、多くの場合は頸部内部組織の離断にとどまるとした。

また、検察官として絞首刑執行に立ち会った経験のある証人土本武司による証言のうち、「執行後、首を基点に揺れる様子は、正視に耐えないむごたらしいものだった」と述べた部分も引用した。

これらの証拠を検討したうえで、判決は「受刑者に精神的・肉体的苦痛を与え、ある程度のむごたらしさを伴うことは避けがたい。憲法も、死刑制度の存置を許容する以上、こ

²⁸⁸ 前掲註 267『死刑廃止論の研究』：433.

²⁸⁹ 前掲註 267『死刑廃止論の研究』：429.

れらを不可避のやむを得ないものと考えていることは明らかである」と、独自の見解を述べた。ここでいうむごたらしさとは、証人土本のいう「正視に耐えない」むごたらしさ、すなわち立会人の視感による惨忍さを指すのか、あるいは、1948年6月23日の最高裁判例が「残虐な刑罰」を「不必要な精神的、肉体的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」と定義したように、違憲な「残虐」に含まれる可能性のある「残酷さ」を指すのかは判然としない。

憲法が「ある程度のむごたらしさ」をやむを得ないものと考えているのは自明、とする根拠も不明であるが、判決は続いて「死刑の執行方法が憲法36条で禁止する「残虐な刑罰」に当たるのは、考え得る執行方法の中でも、それが特にむごたらしい場合ということになる」と、独自の憲法解釈を展開する。むごたらしさの程度が他の執行方法との比較において甚だしい場合のみ、「残虐」で違憲になるという解釈である²⁹⁰。

したがって、日本で行われている絞首刑による「苦痛」と「むごたらしさ」の程度をどう評価するのが、憲法適合性判断の分かれ目となるはずであった。しかし、裁判所が戦後から現在までの死刑執行に関する記録を照会したのに対し、法務省は応じず、裁判員が一般人の感覚から残虐性を判断できるだけの具体的証拠は提示されなかった。

判決は結局、特にむごたらしいか否かといった評価は、歴史や宗教的背景、価値観の相違、国や民族、人によっても異なり得るとして評価を回避し、「死刑に処せられる者は、それに値する罪を犯した者である。執行に伴う多少の精神的・肉体的苦痛は当然甘受すべきである」として、婉曲的に、絞首に伴う苦痛が「多少」であるとの認識を示した。

多少の苦痛なら「当然甘受すべきである」という考えも、「医療のように対象者の精神的・肉体的苦痛を極限まで和らげ、それを必要最小限のものにとどめることまで要求されないことは明らかである」という見解も、近代的な刑罰論に合致しない。旧刑法草案の起草段階において、ボアソナードが「今日文明ノ國ニテハ死刑トハ『生命ヲ剥奪ス』ト云フニ在

²⁹⁰ 村井敏邦は、「むごたらしい」という言葉は「残虐」と同義であり、憲法は「残虐な刑罰」一般を禁止しているとして、むごたらしさの程度による区別に異議を唱える。村井敏邦, 2012, 「絞首刑の合憲性」『法学セミナー増刊速報判例解説』11: 145.

リ人ヲ苦ムルノ具ト爲サ、ルヲ云フ故ニ之ヲ殺死スルニ最モ速ニシテ且最モ苦痛輕キ方法ヲ求メンヲ務メタリ」と指摘したことを振り返れば明らかであろう²⁹¹。

大阪地裁判決の最も特徴的な点は、「絞首刑が死刑の執行方法の中で最善のものといえるかは議論のあるところであろう」「確かに、絞首刑には、前近代的なところがあり」と認めながら、「しかし、だからといって、残虐な刑罰に当たるとはいえず、憲法 36 条に反するものではない」とした結論部分である。弁護人が絞首刑の予見不能性と頭部離断の可能性の立証に重点を置いたこともあり、判決は、他の執行方法について、絞首刑と比較した残虐性の考量や国際的潮流の考慮はせず、「他の執行方法を採用したとしても、予想しえない事態は生じ得る」という経験則を憲法適合性の根拠とした。

絞首という執行方法が最善とはいえず、前近代的な側面があっても、憲法 36 条には違反しないとの消極的判断は、一般人の感覚とはかけ離れたものであろう。こうした下級審判決を生み出す原因は、1948 年の最高裁判決が、執行方法の憲法適合性に関し、「時代と環境」という基準を示しながらも、既に廃止された執行方法に逆戻りしない限り、残虐とはいえないと解釈できる曖昧さを含ませ、60 年以上もそのまま判例として生きてきたことにある。

²⁹¹ 電気椅子による死刑の再執行を 5 対 4 で認めた連邦最高裁の *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber* 判決（1947 年）において、反対意見を書いた Burton 判事は「極めて重要な問題は、死刑ができるだけ死に純化された刑となる（punishment shall be reduced, as nearly as possible, to no more than that of death itself）よう、死刑を即座に執行し、実質的に苦痛がないようにすることである」と述べた（329 U.S. 459, 474）。Madow は、19 世紀のニューヨーク州における死刑執行の近代化の特徴として、非公開化（privatization）、儀礼性と宗教性からの脱却を意味する合理化（rationalization）と並び、絞首刑に替わって電気椅子という新しい科学技術を採用することにより、死刑執行を無痛化する「医療化（medicalization）」を挙げている。Madow, Michael, 1995, “Forbidden Spectacle: Executions, the Public and the Press in Nineteenth Century New York,” *Buffalo Law Review* 43: 476-490.

三 アメリカ諸州における法治主義の実態²⁹²

アメリカ諸州における死刑執行の公開廃止と密行化は、1833年（ロードアイランド州）から1937年（ミズーリ州）に至るまで、約100年にわたって実現し²⁹³、日本において公開廃止が実現した1879（明治12）年は、この期間のほぼ中間点に当たる。

1834年にペンシルヴェニア州、1835年にニューヨーク州において成立した公開処刑禁止法は、刑事施設内で執行される死刑に保安官が立ち会い、死刑確定者の要求に応じて聖職者と近親者の立ち会いを許可し、12人の名望ある市民（reputable citizens）に加え、ペンシルヴェニア州は州司法長官または副長官、ニューヨーク州は裁判官および検事正を招待するものとするとして規定していた²⁹⁴。アーカンソー州の現行規定が、6人以上12人以下の名望ある市民の存在について「法の要請する方式の下で死刑が執行されたことを確認するために必要である」²⁹⁵と述べているように、アメリカ諸州の執行立会人は、適正な法の手続および残虐で異常な刑罰の禁止という死刑確定者に保障された人権の監視人として、伝統的に刑場への臨場を要請されてきたといえる。

現在、アメリカで死刑制度を存置している32州²⁹⁶のうち、アイダホ州を除く31州は、作成した表（100頁）のとおり、州法で死刑執行の立会人を規定している²⁹⁷。

²⁹² アメリカにおける憲法の基本原理は「法の支配」であるが、ここでは日米の比較のため、法治主義という概念で論じる。

²⁹³ Linders, Annulla, 2002, “The Execution Spectacle and State Legitimacy: The Changing Nature of the American Execution Audience, 1833-1937” *Law and Society Review* 36:616.

²⁹⁴ Pennsylvania, 1834, *Laws of the General Assembly of the State of Pennsylvania, Passed at the Session 1833-34*, Harrisburg: 234-235. New York, 1835, *Laws of the State of New-York, Passed at the Fifty-Eighth Session of the Legislature*, Albany: 299.

²⁹⁵ A.C.A. § 16-90-502(2013).

²⁹⁶ Death Penalty Information Center, “Facts about the Death Penalty.” <http://www.deathpenaltyinfo.org/documents/FactSheet.pdf> (2013年10月27日検索)。

²⁹⁷ 各州の法律は、LexisNexisのデータベースで検索した。Code of Ala. § 15-18-83(2013), A.R.S. § 13-758(2013), A.C.A. § 16-90-502(2013), Cal Pen Code § 3605(2013), C.R.S. 18-1.3-1206(2013), 11 Del. C. § 4209(2013), Fla. Stat. § 922.11(2013), O.C.G.A. § 17-10-41(2013), Idaho Code § 19-2705(2013), Burns Ind. Code Ann. § 35-38-6-6(2013), K.S.A. § 22-4003(2012), KRS § 431.250(2013), La. R.S. 15:570(2013), Miss. Code Ann. § 99-19-55(2013), § 546.740 R.S.Mo.(2013), Mont. Code Anno., § 46-19-103(2012), R.R.S. Neb. § 83-970(2012), Nev. Rev. Stat. Ann. § 176.355, § 176.357(2013), RSA 630:6(2013), N.C. Gen. Stat. § 15-190(2013), ORC Ann. 2949.25(2013), 22 Okl. St. § 1015(2013), ORS § 137.473(2013), 61 Pa.C.S. § 4305(2013), S.C. Code Ann. § 24-3-550(2012), S.D. Codified Laws § 23A-27A-34(2013), Tenn. Code Ann. § 40-23-116(2013), Tex. Code Crim. Proc. art. 43.20(2013), Utah

州法の規定に関し、複数の州に共通する原則は、死刑の密行を掲げていること²⁹⁸、州矯正局長や刑事施設の長に執行への立ち会いを義務付けていること、矯正局長や刑事施設の長に第三者の立ち会いを許可する権限を与えていることなどで、これらは日本の刑法、刑事訴訟法の規定にも通ずる。

しかし、アメリカの諸州が日本と決定的に異なるのは、①立会人とすべきまたはすることが対象②立ち会いを許可する要件、手続および不許可とすべき事由③執行に関して非開示とすべき情報および開示が認められる要件を法律で明示していることである。

立会人の対象として規定されているのは主として、矯正局長、刑事施設の長、医師のほか、死刑確定者の要求によるその親族・友人、弁護士および聖職者・精神的助言者並びに犯罪被害者の近親者、記者および市民²⁹⁹であり、死刑判決が言い渡された郡の保安官や検事正、判決を言い渡した裁判官および州司法長官らへの立ち会い要請を義務付けている州もある。

立会人については各州とも、立ち会いを要求するまたは許可する「ものとする」対象³⁰⁰と、立ち会いを要求するまたは認めることが「できる」対象³⁰¹を明確にしている。制限規定としては、立会人の対象別または合計の人数、年齢（たとえば18歳未満は不許可）などが一般的である。裁判所の関与を規定する州もあり、デラウェア州では、第1審裁判所が判決の中に死刑執行の日取りなどの条件を盛り込むことになっており、10人を超えない

Code Ann. § 77-19-11 (2013), Va. Code Ann. § 53.1-234 (2013), Rev. Code Wash. (ARCW) § 10.95.185 (2013), Wyo. Stat. § 7-13-908 (2013). 隅田陽介, 2013, 「犯罪被害者の死刑執行への立会いに関する一考察」『東京国際大学論叢経済学部編』48: 49-74 を参考とした。アイダホ州の刑法では、§ 19-2716 「死刑の執行」で「死刑執行で採用すべき手続は、アイダホ州矯正局長が決定するものとする」との規定があるのみで、執行に関する具体的な手続は、州の刑法、アメリカ合衆国憲法および州憲法に則って矯正局が作成した「標準運用手続」(Standard Operating Procedure) に定め、この文書は一般に公開されている。その他の州でも、州法のほか、州法に基づく行政規則やマニュアルなどに沿って死刑を執行している。

²⁹⁸ たとえばモンタナ州は「州立刑事施設の塀の内側で、公衆の目に触れないよう囲いがされ、死刑を執行するのに適切で効率的な部屋または場所を用意するものとする」としている。Mont. Code. Anno., § 46-19-103(2012).

²⁹⁹ 「名望ある」(“reputable” または “respectable”) 市民とする州も多い。

³⁰⁰ “shall invite,” “there shall be”などと表現される。

³⁰¹ “may be present,” “permit”のほか、死刑確定者を主体に“may request the presence of”などと表現される。

範囲で立会人の人数を決め、被害者の近親者は成人 1 人の立ち会いを認めるものとしている³⁰²。

(表) アメリカ死刑存置州の州法に規定された死刑執行の立会人 (◎は義務、○は許可によることを示す。LexisNexis のデータベースによる 2013 年 10 月 27 日時点の規定を基に作成)

州	死刑確定者の 親族・友人等	犯罪被害者の 近親者等	記者	(名望ある) 市民	弁護士	聖職者・精神的 助言者	施設側 教諭師	州司法長官	検事正 ・検事	裁判官	保安官	その他	合計人数
アラバマ	○6人以下	○8人以下	○			○	○						
アリゾナ	◎5人以下			◎12人以上		◎2人以下		◎				○治安官	
アーカンソー		○5人以下		◎6~12人	○	○						○	30人以下
カリフォルニア	◎5人以下	◎		◎12人以上		◎2人以下		◎				○治安官	
コロラド													18人以下
デラウェア		◎1人											10人以下
フロリダ			○	◎12人	○	○							
ジョージア	○				○	○						◎	
アイダホ													
インディアナ	○5人以下	○8人以下				○	○						
カンザス	○3人以下	◎考慮すべし				○						○10人以下	
ケンタッキー	○3人	○3人	○9人			○	○				○		
ルイジアナ		○2人以下				◎						◎5~7人	
ミシシッピ	○2人	○2人	◎8人以下	○2人(知事)		◎2人以下					◎		
ミズーリ	◎5人以下			◎8人以上		◎2人以下		◎				○治安官	
モンタナ	◎3人	◎3人	◎3人									◎3人	12人以下
ネブラスカ	○3人以下	○3人以下	○2人以上			○						○6人以下	
ネヴァダ		◎		◎6人以上									上限は矯正局長が決定
ニューハンプシャー	○			○12人以下	○	○		◎	◎		◎	◎裁判所書記官	
ノースカロライナ	○	○2人		○4人	○	○							
オハイオ	○3人以下	○3人以下	○3人以上			○					○		
オクラホマ	◎5人以下	◎	○			◎2人以下			◎	◎	◎	◎	
オレゴン	○5人以下		◎			◎2人以下		◎			◎	○治安官	
ペンシルヴェニア		◎4人以下	◎6人以下	◎6人		◎							
サウスカロライナ	○(2人以下)	○3人	○3人以下		○	○						○法務官・法執行官の代表	
サウスダコタ		◎	◎1人以上	◎				◎	◎	◎	◎		
テネシー	○	○	○7人		○	○		○			○	○	
テキサス	○5人以下					○	○			○	○		
ユタ	○	○5人以下	◎			○		○	○			○	
ヴァージニア				◎6人以上	○	○							
ワシントン	○	○	○5人以上		○				○	○		○	17人以下
ワイオミシ	○10人以下					○	○				○		

³⁰² 11 Del.C. § 4209(2013).

(注) 矯正局長、刑事施設の長、医師、検視官は表から除外している。アーカンソー州では、犯罪被害者の近親者等はモニターで視聴。ジョージア州では、死刑確定者が要求できる親族・友人等、弁護士、聖職者の総数を矯正局長が決定。オクラホマ州では表記載の立会人のほか、警察署長、法執行官の代表および州安全・警備局長官の招待を義務付けている。ユタ州では、死刑確定者が要求できる親族・友人等および聖職者は合計 5 人以下。ユタ州およびワシントン州の「その他」は、2 人以下の法執行者。

死刑執行の立ち会いに関する州法の中でも、ワシントン州は許可の要件と手続を 31 州中で最も厳密に規定している。以下は Rev. Code Wash § 10.95.185 (2013) Witnesses (立会人) の引用である。すなわち、

まず、死刑執行予定日から 20 日以上前に、司法関係者 (judicial officers)³⁰³、法執行官の代表、メディアの代表、犯罪被害者家族の代表および死刑執行への立ち会いを希望する死刑確定者の家族の代表は、刑事施設の長に対し、申請書を提出しなければならない。申請書には死刑確定者との関係および臨場を希望する理由を明示しなければならない。

死刑執行予定日から遅くとも 15 日前までに、刑事施設の長は執行への立ち会いを許可される個人の総数を明示し、メディアの代表 (5 人以上)、司法関係者、犯罪被害者家族の代表、死刑確定者の家族の代表および法執行官 (2 人以下) のそれぞれの区分ごとに許可される人数を明示するものとする。

死刑執行予定日から 10 日以前に、刑事施設の長は、死刑判決および死刑執行令状が出された上位裁判所 (the superior court) に対して立会人候補者リストを提出し、死刑執行に臨場する立会人の身元を確認する終局命令としてこのリストを認証するよう、命令を申し立てる。裁判所の終局命令は、申立てから 5 日を経たのちに発出するものとする。

³⁰³ 死刑執行令状に署名した判決裁判所の裁判官、終局判決と死刑執行令状が出された郡の検察官または代理の検察官および死刑確定者を弁護した記録上直近の弁護士と規定している。

刑事施設の長が申立てを行ってから 5 日以内に理由開示 (show cause) 命令の申立てがなされない限り、刑事施設の長のリストは、判決裁判所の命令によって最終的なものとなり、いかなる当事者もその適切性に異議申立てを行う訴えの利益を有しない。

刑事施設の長および判決裁判所は、要請された職員を除き、いかなる場合も、17 人を超える個人に死刑執行への立ち会いを認めてはならない。

死刑判決および死刑執行令状が出された上位裁判所は、死刑執行に立ち会う特権のための司法手続を求める専属裁判所である。

ノースカロライナ州は、立会人および死刑執行担当者の氏名、住所など個人を特定できる情報を秘密とし、いかなる手続においても証拠開示または証拠保全の対象とはならないと規定する一方、上位裁判所で先任権を持つ裁判官は、適正な司法運営のために開示が必要であるとの結論を支持する認定がなされたのち、秘密とされる氏名の開示を命令することができると規定している³⁰⁴。

以上のように、アメリカ諸州では概して、死刑執行の立ち会いに関する死刑確定者と州民の権利を州法に定め、制限根拠を明示しており、実質的法治主義が確立していると解することができる。

なお、刑事施設の被収容者に対する司法救済に関しては、アメリカにおいても、司法が行刑領域の問題に介入しない「ハンズ・オフ (hands-off)」の原則が特別権力関係論と同様の機能を果たしていたが、被収容者 (受刑者) にも公民権法が適用されるとして宗教に関する出版物購入の権利を認めた 1964 年の連邦最高裁判決³⁰⁵を機に、被収容者が多くの法的地位を確立していった³⁰⁶。

³⁰⁴ N.C.Gen.Stat. §15-190(2013).

³⁰⁵ Cooper v. Pate, 378 U.S. 546 (1964).

³⁰⁶ 福田雅章, 1974, 「行刑問題に対する裁判所の関与——アメリカにおけるハンズ・オフ・ドクトリン (不干渉主義の崩壊) ——」『一橋論叢』71 (1): 51-73. Palmer, John, W., 1997, *Constitutional Rights of Prisoners*, Fifth Edition, Anderson: 211. Call, Jack, E., 1995, "The Supreme Court and Prisoners' Rights," *Federal Probation*, 59(1): 36-46.

四 連邦最高裁判所と死刑の「残虐」

アメリカの連邦最高裁判所も、日本の最高裁判所と同様、特定の死刑執行方法について違憲と判断したことはない。執行方法が「残虐で異常な刑罰」に当たるかどうかの判断基準にも共通点がみられるが、日本の最高裁判例に比べればやや明示的である。何より、「残虐で異常」の意味は社会の進歩を示す「節度」という進化的基準から引き出さなければならない、との指標を示したことは、諸州に対し、絞首、電気椅子または致死ガスという旧来の執行方法から、より人道的とされる致死注射への移行を促したばかりでなく、今世紀に入り、電気椅子による執行を違憲とした 2 州の最高裁判決を支える根拠ともなった。日本の最高裁判例や下級審判決、本稿第一章および第二章で考察した立法担当者および当局者の認識を照らし合わせつつ、連邦最高裁と州最高裁の判例について概観する。

1 Wilkerson v. Utah (1878 年)³⁰⁷

ユタ準州における銃殺による死刑執行の憲法適合性が争われたケースである。法廷意見は、特に凶悪な犯罪に対する死刑執行においてはかつて、被執行者に恐怖、苦痛、恥辱が附加され、反逆罪には刑場までの引廻し、大逆罪には生きたままでの腸の取り出し、斬首、四つ裂き、殺人罪には公開の解剖、女性の反逆罪には火あぶりが行われたことを例に挙げ、このような「拷問」(torture)の刑罰ならびにこれと同列の「不必要な残虐さ」(unnecessary cruelty)は、合衆国憲法修正 8 条で禁じられているとした³⁰⁸。既に廃止された死刑の執行方法を残虐性判断の基準としている点は、日本の 1948 年 3 月 12 日最高裁判決と同じであり、「不必要」について具体的に述べていない点では、同年 6 月 23 日の最高裁判決と共通する。

³⁰⁷ Wilkerson v. Utah, 99 U.S. 130 (1878).

³⁰⁸ 99 U.S. 130, 135-136.

2 In re Kemmler (1890 年) ³⁰⁹

ニューヨーク州で 1888 年に法改正され、1889 年に施行された電気による死刑執行の憲法適合性が争われたケースである。法廷意見は、火あぶり、磔、車裂きの刑などのように、明白に残虐で異常な刑罰であれば、憲法が禁じる刑罰であると判断するのは裁判所の義務であると述べた。そのうえで、刑罰に拷問 (torture) または死の遅延 (lingering death) を伴う場合は残虐であるが、憲法で用いられている「残虐」という文言が意味する限りにおいて、死刑 (the punishment of death) は残虐ではなく、残虐とは、非人間的で野蛮な (inhuman and barbarous) ものであり、単に生命を絶つにとどまらない (more than the mere extinguishment of life) ものを意味するとした³¹⁰。

生命を絶つ以上の刑罰を残虐とした点に関しては、ボアソナードが言及したフランスの 1791 年刑法と同じく (本稿第一章第二節参照)、文明国の基本理念を示したものといえる。これに対し、「死刑に処せられる者は、それに値する罪を犯した者である。執行に伴う多少の精神的・肉体的苦痛は当然甘受すべきである」とした 2011 年大阪地裁判決は、単に生命を剥奪する以上の苦痛の加重を容認していると捉えることもでき、時代錯誤な側面が浮かび上がる。

3 Louisiana ex rel. Francis v. Resweber (1947 年) ³¹¹

ルイジアナ州において電気椅子による死刑執行を受けたが死に至らず、再び執行令状を発行されたケースである。法廷意見は、有罪判決を受けた者が憲法によって保護される残虐性とは、刑罰の方法に固有の (inherent) 残虐性であり、人道的に生命を絶つために採用された方法であれば必然的に伴う苦痛 (necessary suffering) ではないと述べた。予見不能な事故により死刑の執行を速やかに完遂できなかったという事実は、その後の執行に

³⁰⁹ In re Kemmler, 136 U.S. 436 (1890).

³¹⁰ 136 U.S. 436, 446-447.

³¹¹ Louisiana ex rel. Francis v. Resweber, 329 U.S. 459 (1947).

残虐性の要素を付加するものではありえないであろうし、執行のやり直しには不必要な苦痛を付与する意図も、執行に伴う不必要な苦痛もないとした³¹²。

この判例は、大正期の行刑制度調査委員会において示された絞首に伴う認識、すなわち軽減すべき「苦痛」と、見えないようにすべき「惨状」について再考する上で示唆に富む。1961年7月19日の最高裁判決は、日本における絞首の方法が明治初期以降、基本的事項において変わっていないとするものである。したがって、苦痛も惨状も、現在に至るまで根本的には改良されておらず、むしろ、絞首には改良し得ない「固有の残虐性」が存在するのではないかという推認が成り立つ。

4 Trop v. Dulles (1958 年) ³¹³

軍から脱走した罪に対する国籍剥奪が合衆国憲法修正 8 条に違反するとしたケースで、「残虐で異常な刑罰」に関し、連邦最高裁の Warren 長官は法廷意見で「残虐で異常」という憲法の文言の正確な射程はこれまで、当裁判所によって詳らかにされてこなかった。しかし、この文言に反映されている基本的な理念 (policy) は、英米の伝統的な刑事司法において確立されている。合衆国憲法の文言は、1688 年のイギリスにおける権利宣言から直接採用され、そこに述べられている原理はマグナ・カルタに遡ることができる。修正 8 条の根本をなす基本概念は、人間の尊厳にほかならない」と述べた。さらに、連邦最高裁が *Weems v. United States* (1910) ³¹⁴において、修正 8 条の文言は明確ではなく、文言の射程も静的 (static) ではないとの認識を示した³¹⁵ことに触れ、「修正 8 条の意味は、成熟していく社会の進歩を示す、節度という進化的基準から引き出さなければならない」

(The Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society.) とした³¹⁶。

³¹² 329 U.S. 459, 463-464.

³¹³ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958).

³¹⁴ *Weems v. United States*, 217 U.S. 349(1910).

³¹⁵ 217 U.S. 349,378.

³¹⁶ 356 U.S. 86, 99-101.

Gregg v. Georgia (1976) 判決³¹⁷の法廷意見において修正 8 条の歴史を検討した Stewart 判事が、「連邦最高裁は修正 8 条に表現された禁止条項について、18 世紀に一般的に違法とされた「野蛮な」(死刑執行) 方法に限定してきたのではない。修正 8 条は柔軟かつ動的な流儀で解釈されてきた」と述べた³¹⁸ように、Trop 判決は、連邦最高裁の役割を確認し、「進化的基準」という尺度によって、従来の柔軟で動的な姿勢を継続する決意を表明したものとみることができる。

Trop 判決以降、連邦最高裁は、少年や知的障害者に対する死刑が残虐で異常な刑罰に当たるかが問われたケースにおいて、この進化的基準から答えを引き出そうとした。その際、国内諸州の法律制定の動向や陪審の判断、国際的潮流などを進化的基準の客観的な指標とし³¹⁹、ケースによって合憲、違憲の判断が分かれている³²⁰。

連邦最高裁の進化的基準と、日本の最高裁が 1948 年に示した「時代と環境」の基準は、同旨であると理解できる。しかし、連邦最高裁がその後、死刑制度に関する残虐性を柔軟かつ動的に判断してきたのに対し、日本の裁判所は、絞首刑の違憲性が主張されたケースにおいて、時代と環境の変化には目を向けず、1948 年および 1955 年の最高裁判例を機械的に引用してきた。こうした姿勢の違いが象徴的に表れたのが 2011 年の大阪地裁判決であり、絞首が死刑の執行方法として最善でなくとも、前近代的なところがあっても、日本の裁判所は拱手傍観してきた。日本政府は絞首刑の惨酷性を認識しつつも、司法のお墨付きを盾に、また、死刑執行の実態を公衆に明らかにしないことにより、今日まで温存させてきたのである。

³¹⁷ Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976).

³¹⁸ 428 U.S. 153, 171.

³¹⁹ Stinneford, John, F., 2008, "The Original Meaning of "Unusual": The Eighth Amendment As a Bar to Cruel Innovation," *Northwestern University Law Review* 102(4): 1751-1757. Stinneford は進化的基準に関し、「誰が決めるのか」という点と、連邦最高裁による「操作可能性 (manipulability)」を問題視する。

³²⁰ 少年に対する死刑については、Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815 (1988) (犯行時 16 歳未満) および Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005) (犯行時 18 歳未満) が違憲、Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989) (犯行時 16 歳または 17 歳) が合憲。知的障害者に対する死刑については、Penry v. Lynaugh, 492 U.S. 302 (1989) が合憲、Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002) が違憲。

5 Baze v. Rees (2008 年) ³²¹

ケンタッキー州の薬物注射による死刑執行が、合衆国憲法修正 8 条に違反するかどうか
が争われたケースである。連邦最高裁の **Roberts** 長官は法廷意見で、死刑執行方法の憲法
適合性を認めた連邦最高裁の判例に言及したうえで、「ケンタッキー州が 3 種類の薬物に
よる手順を定め、継続的に使用してきたことは、他州においても 1 種類の薬物による方法
を採用していないことや、1 種類の薬物による方法が同様に効果的であることを示す研究
を上訴人が提示していないことからして、「客観的に耐えがたい危険 ("objectively
intolerable risk")」を負わせるものと見なすことはできない」と判断した。死刑執行の停
止は「致死注射による州の手順が激しい苦痛という証明された危険を生みだすことを死刑
確定者が立証しない限り、認められない」「周知で利用可能な代替手段と比べ、そうした危
険が実質的 (substantial) であることを立証しなければならない」とし、ケンタッキー州
の手順が、修正 8 条が禁じる理不尽な苦痛の付与を証明するものと見なすことはできない
と結論付けた³²²。

この法廷意見は、進化的基準に直接依拠していないが、「ケンタッキー州は、利用可能な
死刑執行方法のうち最も人道的と信じられている方法を採用し、他の 35 州も共有してい
る」と、進化的基準の客観的指標として連邦最高裁が再々用いる諸州の動向を勘案してい
る。「銃、絞首、電気椅子、ガスは各々、順次、より人道的な方法に替わり、ついに、致死
注射という今日的合意に達した」「修正 8 条の広い枠組みは、より人道的な死刑執行方法
に向けたこうした進歩を促進し、かつ、過去において連邦最高裁が特定の方法を是認した
ことは、議会が新たな発展に照らし、人道的な死刑を保障するために適切だと考える手段
を講じることを妨げるものではなかった」と述べた³²³のは、連邦最高裁が **Trop** 判決で提
示した進化的基準という「広い枠組み」がその後半世紀間、死刑執行方法の進歩に寄与し

³²¹ Baze v. Rees, 553 U.S. 35 (2008).

³²² 553 U.S. 35, 62.

³²³ 553 U.S. 35, 62.

たとの自負を表すとともに、致死注射という方法が必然的に進化的基準に適合しているとの考えを暗に示したものと言える。

6 ジョージア州最高裁判決（2001 年）³²⁴

この事件において、ジョージア州最高裁の法廷意見は、「当裁判所は、特定の刑罰が残虐で異常かどうかは静的な概念ではなく、「成熟していく社会の進歩を示す、節度という進化的基準」の認識に応じて変わる」ことを認めてきたとした。「法の重要な変化は、社会的合意が移行または進化したことの証拠に等しい」という前提の下、州が 2000 年に刑法を改正して致死注射による死刑執行を採用し、同年 5 月以降の犯罪で死刑判決を受けた者に対して電気椅子による執行を全廃したことは、電気による死刑執行が残虐で異常な刑罰の方法であることの「明確で客観的な証拠」だと判断した。州議会が致死注射を採用したことについては「今日の科学が、死刑確定者の生命を奪うのにより苦痛が少なく、より野蛮でない手段を供給してきたという社会的合意の反映である」と述べた³²⁵。

法廷意見はまた、苦痛と損傷がより少ない執行方法が存在し、多くの州がより人道的であると認識されているとの理由で他の方法に移行しているという事実は、古い方法が残虐で異常な刑罰であるかどうかを判断する際、重要な要素とするべきであるとした。そのうえで、電気による死刑執行は、被執行者の身体に損傷を起こさない致死注射とは対照的に、拷問的苦痛に加え、確実に脳が熱され、身体に水ぶくれができるといった恐怖の影があり、残虐で異常な刑罰の禁止に反すると判断した³²⁶。

³²⁴ Dawson v. The State. Moore v. The State, 274 Ga. 327(2001).

³²⁵ 274 Ga. 327,330,335.

³²⁶ 274 Ga. 327,334-335.

7 ネブラスカ州最高裁判決（2008 年）³²⁷

この事件において、ネブラスカ州最高裁の法廷意見は、同州最高裁も連邦最高裁も、電気による死刑執行の憲法適合性に関し、客観的証拠を検討したことがなく、**Kemmler** 判決の 1890 年以降、電気による死刑執行は絞首に比べて人道的であるから死刑確定者に対する刑罰を加重するものではないという、「事実とされる前提」(factual assumption) に依拠してきたとした³²⁸。このケースでは、証拠となる記録が十分にあり³²⁹、それらの証拠は、連邦最高裁が電気による死刑執行は残虐で異常な刑罰に当たらないと判断した際に検討しなかった性質と特性を備えているから、合理的に考えれば連邦の判例に従うことはできない、と独自の立場を鮮明にした³³⁰。

ネブラスカ州の電気による死刑執行が残虐で異常な刑罰に当たかどうかを判断するに当たっては、①受刑者が執行において不必要で理不尽な苦痛を被るという実質的危険 (substantial risk) が提示されているか②成熟していく社会の進歩を示す、節度という進化的基準に反しているか③受刑者の身体に対する肉体的な残忍さと損傷を最小限にしているかという 3 点に関連する法的基準とした³³¹。

法廷意見は、進化的基準として、アメリカ諸州における死刑執行方法の変遷を検討した。1949 年までに 26 州が絞首から電気に移行したが、その後電気を採用した州はなく、1977 年に致死注射が導入され、1999 年には 38 の死刑存置州のうち、34 州が致死注射を選択肢または単一の方法としたのに対し、電気を単一の方法としたのは 4 州だけであり、2002

³²⁷ State v. Mata, 275 Neb.1(2008).

³²⁸ 275 Neb.1,34,36.

³²⁹ 記録とは、州および弁護人の請求によって証言した専門家、死刑執行の立ち会い経験者および医師の証言、検視報告書、新聞記事などで、「被執行者の足から煙が上がり、肉が焼ける臭いがした」「頭にひどい輪状の火傷があった」「電流を流してから 15 ないし 30 秒間、あるいは流している間じゅう、意識がある被執行者もいる」「1929 年の執行では、電流を止めた後も心拍があった」「1920 年から 1997 年の間、15 人に対して電気による死刑執行があり、このうち 3 件では、最初に (30 秒間) 電流を流した後も、呼吸をしていたか生存していた」などの証拠が得られた。275 Neb. 1, 53-65.

³³⁰ 275 Neb. 1,32,39.

³³¹ 275 Neb. 1,48.

年 7 月の時点でネブラスカは電気を単一の方法とする国内唯一の州となったとして、この状況を無視することはできないと述べた³³²。

死刑執行方法が残虐で異常な刑罰の禁止に反するのは、「受刑者が不必要な苦痛を被るという、実質的で予見可能な、その方法に固有の (inherent) 危険がある」場合だとし、受刑者は実際に不必要な苦痛が起こるであろうことの立証を要求されず、裁判所は蓋然性 (probabilities) で対処しなければならないとした³³³。そのうえで、高圧電流が人体に与える拷問を自覚できるほど、被執行者の脳機能が保持される場合もあるという証拠は十分にあり、多くの被執行者は即死せず、即座に意識を喪失することもないとし³³⁴、電気による死刑執行によって、いかなる被執行者であっても不必要で理不尽な苦痛を被る実質的な危険があると認定した。

また、「野蛮な刑罰」に関し、たとえ被執行者が苦痛を自覚しないとしても、身体に損傷を与える刑罰は「野蛮」に当たるとの認識を示して、身体が焼けたり焦げたりするという歴史的証明は、進化的基準と人間の尊厳という概念のいずれにも合致しないとして、電気による死刑執行が残虐で異常な刑罰の禁止に反すると結論付けた³³⁵。

第三節 小括

本章では、戦後、日本において新憲法が制定され、アメリカ合衆国憲法に由来するとされる残虐刑の禁止が 36 条に規定されたことで、日本政府が死刑執行を巡る不透明性を強めていったことを例証した。加えて、日本型の死刑密行が実質的法治主義に反し、死刑確定者の基本的人権を侵害するおそれがあることをアメリカ諸州と対比させて論じた。

³³² 275 Neb. 1,43-44.

³³³ 275 Neb. 1,40-41.

³³⁴ 「15 ないし 30 秒は瞬時とはいえない」と強調した。275 Neb. 1,66.

³³⁵ 275 Neb. 1,45,65-67.

最高裁大法廷は 1948 年の判決で、死刑制度自体は残虐な刑罰に当たらないとしながらも、執行方法が時代と環境により、人道上の見地から残虐と判断される場合もあると述べた。1955 年の判決は、日本が採用している絞首の方法が他の方法と比べて特に人道上残虐とはいえないとし、1961 年の判決も、現行の絞首が 1873 年の太政官布告の規定と異なる方法で執行されていることは、適正手続の保障を規定した憲法 31 条に違反しないとの判断を示した。「残虐な刑罰」の意味については、1948 年の公職選挙法違反事件判決が「不必要な精神的、肉體的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」と定義したが、これを死刑執行にあてはめた場合、誰にとってどんな苦痛が「不必要」で、何を基準に判断するのかが明確ではない。1955 年判決は、他の方法とどのような観点から比較考量したのかが不明であるうえ、現在のアメリカにおいて全州が第 1 の執行方法としている致死注射は、当時、比較の対象に含まれていなかった。太政官布告に依拠した死刑執行に対しては、高裁などが批判的な意見を表明している。

大正時代の行刑制度調査委員会において、司法省の官員らが絞殺に伴うむごさを認めたように、また、2011 年の大阪地裁判決が絞首刑の「前近代的な」側面を指摘したとおり、そして、絞首の具体的状況を明らかにすれば、絞首という死刑執行方法は、憲法に照らし、時代の進展により、司法あるいは世論から、いつ残虐と判断されてもおかしくはない。日本政府は戦後、そうした危機感を抱き続けたからこそ、最高裁の合憲判決を盾にしつつ、見せない・知らせない死刑を深化させ、死刑制度を守ってきたのである。このことは、1886 年以来続けてきた死刑執行の官報掲載を廃止し、執行の事実さえも公表せず、死刑確定者に対する事前告知を全刑事施設で禁じ、執行状況に関する情報公開請求には一切応じないという戦後の歴史的経過が証明している。36 条が禁じる残虐な刑と判断されないよう、死刑確定者の「心情の安定」を理由として執行を巡る不透明性を正当化し、その結果として、死刑確定者の弁護人依頼権など 31 条が保障する適正手続を蔑ろにしてきたのである。

また、本章では、死刑執行方法の憲法適合性の判断に関し、日本の最高裁とアメリカの連邦最高裁が示した、似て非なる基準が、それぞれ日本の下級審に消極的効果を、アメリ

カの州最高裁には積極的効果を及ぼしたことも確かめた。「時代と環境」によるとした日本の1948年最高裁判決は、時代に逆行する方法でない限りは残虐とはいえないと解釈することもでき、大阪地裁は、絞首刑が最善とはいえない前近代的な方法であっても憲法36条には反しないと結論付けた。これに対し、1958年連邦最高裁判決の「進化的基準」は、銃、絞首、電気椅子、ガスといった旧来の執行方法について、各州がより人道的と考える方法に向かうよう進歩を促した。のちの連邦最高裁が国内諸州の法律制定動向、国際的潮流などを進化的基準の客観的指標としたこととも相俟って、ジョージア、ネブラスカ両州の最高裁は電気による死刑執行を「残虐で異常な刑罰」に当たると判断した。

日本もアメリカの死刑存置州も非公開の死刑執行を原則とし、日本においては第三者の立ち会いが実際上不可能であるのに対し、アメリカ諸州では立ち会いが認められている。これについて、死刑執行の透明性を巡る法治主義という観点から比較した結果、日本が今なお形式的法治主義にとどまり、アメリカ諸州では実質的法治主義が確立されていることが鮮明となった。日本では、刑事訴訟法477条1項において、検察官、検察事務官および刑事施設の長またはその代理者を立会人として定め、同条2項では「検察官又は刑事施設の長の許可を受けた者」の立ち会いを認める規定となっているが、許可・不許可の要件は明示していない。このことが、行政による恣意的な国民の排除を許してきたのであり、第三者的立会人の不在によって、残虐な刑を執行されないという死刑確定者に対する憲法上の保障を弱めている。これに対し、アメリカの諸州は州法において、一定の制約を明示しつつ、市民、死刑確定者の親族・友人、犯罪被害者の近親者、記者、弁護士、聖職者らを立会人として許可すべきまたは許可できる規定を置くことによって、死刑執行に対する民主的コントロールの余地を確保してきたといえる。

終章 考察

第一節 本研究でわかったこと

第一章では、1882年に施行された日本の旧刑法において、死刑執行方法が絞首に単一化された経緯について、史料を基に、仔細に検証した。結果として明らかになったのは、旧刑法草案の起草を主導したボアソナードと司法省官員が、「苛虐」ではない死刑執行とは何かを検討するに当たり、刑場に立ち会う者の目と感覚を通じて認識される苛虐さを全く考慮に入れていなかったという事実であった。

明治政府は当初、江戸時代の御定書百ヶ條を受け継ぎ、被執行者の身体を槍で突く磔、火あぶりにする火罪という、いずれも罪木に縛り付けての死刑執行方法に加え、斬首後に晒し首とする獄門（梟首）、被執行者の姿を公衆に見せる晒のほか、馬上に乗せ、罪状を記した幟や捨札を掲げながら市中を回らせる引廻しといった見せしめの死刑を温存した。

公開性の強いこれらの死刑執行は、公衆に対する威嚇的效果を図り、犯罪の抑止を目的とするものであったが、その後はヨーロッパにおける人道主義の影響を受け、見せしめの刑の改廃が徐々に進み、1870年に頒布した新律綱領に規定した死刑の刑種は、絞首と斬首の2種と、残忍な犯罪者に対して特別に科する梟示のみとなった。

死刑の執行自体または執行後の遺体の一部を「見せる」という方法に代わり、公衆に対する威嚇の方法として登場したのは、死刑の対象者の犯罪事実を記し、死刑が執行された事実とともに「知らせる」という方法であった。1873年に布告された改定律例では、それまで梟示の被執行者に限っていた公告を、絞と斬にも適用し、市中の大通りや本籍地に貼り出すと規定して、公衆に対する周知の範囲を拡張した。

この間、1872年にはヨーロッパの近代的な監獄制度を取り入れた監獄則が作られ、死刑密行の原則が条文に盛り込まれた。1879年には梟示が廃止され、日本における公開の死刑が全て消えた。旧刑法の起草に当たっては、尊属殺人またはこれと同等の罪に限って死刑

執行を公開することも検討されたが、公開は惨酷行為の手本になるとして見送られ、「見せない」死刑への方向付けが決まった。

旧刑法の死刑執行方法として、絞首が採用された理由は、頭部と胴体が分離されないまま被執行者の遺体を親族に引き渡せば、惨酷な刑を受けたという怨みを買うことも少ないであろうという功利的なものであった。ボアソナードは元来、死刑とは単に生命を剥奪する刑で、人を苦しめる手段とすることも苛虐な処置を行うことも許されず、死に至らしめるのに最も速くかつ最も苦痛の軽い執行方法を求めるべきであるとの基本理念を示していた。しかし、絞首か斬首かの二者択一に迷った末、どちらの方法がより速く絶命に至るかについては両論があり、苦痛については被執行者本人しか知り得ないとの理由から、自らが掲げた基本理念を最終的に放棄する格好となったのである。

だが、苦痛に関して本人以外が判断し得るヒントは、新律綱領の施行以降、当時の死刑執行方法に対し、地方の行政担当者および立法機関から提起された問題意識の中に潜んでいた。鹿児島縣は、絞首によって被執行者の腹部が張り、耳や鼻から出血し、その苦痛は斬首以上であるとして改善を求めた。元老院は、絞首への単一化を求める意見書を可決した際、斬首によって鮮血が刑場に迸ることは酷刑に当たると指摘した。いずれも、死刑執行方法の苛虐さは、執行に臨場する者の目と感覚から判断し得るという重要な示唆を与えていたにもかかわらず、ボアソナードと司法省官員にはこうした観点が欠落していた。

もっとも、ボアソナードは、公衆の代理人たる国民による立ち会いが外国の通例だとし、立会人の規則を別途定めるべきだと述べたが、旧刑法と同時に施行された旧刑法附則は、当局者以外の立ち会いを原則として許さず、官吏の許可を要件として認めるという不明確な制限規定が置かれた。死刑執行の苛虐さに関し、ボアソナードが立会人の観点を重視しなかったことからしても、立会人の規定が空疎な内容となったのは当然の帰結といえる。

第二章では、日本において旧刑法施行以降初めて、1920年代前半に死刑執行方法の検討を行い、絞首の継続を答申した司法省の行刑制度調査委員会と、1880年代後半、絞首による死刑執行をアメリカで最初に廃止し、電気椅子に切り替えたニューヨーク州における死

刑調査委員会について、調査内容を詳細に分析した。比較・考察した結果、双方とも、絞首にはむごさが伴うと認識している点では共通するものの、誰に対するむごさを考慮したのかが決定的に異なり、それが絞首の継続、廃止という結論の分かれ目になったことが明らかとなった。

日本の調査委員会のメンバーは、司法次官を含め、いずれも司法大臣の監督・指揮・管理下にある公職者であり、調査の記録から、被執行者の「苦痛」と死の瞬間における「惨状」を問題点として認識していることが裏付けられた。それでも、絞首という執行方法は可とし、苦痛を減少させ、かつ、惨状が見えないよう改善することを提議した。調査の実務を担った刑事施設の長は、首が吊り下がった格好が醜く、被執行者の身体の一部に痙攣を目撃することがあり、この状況が「悲哀」を催すとの認識を示したが、解決策としては、立会人に目撃させないよう刑場に黒幕を引き、幕の内部に身体が落下する装置に改めればよいと提案した。司法省は既に 1908 年の局長通牒により、執行への立ち会いが認められてきた新聞記者らを排除したが、今度は、自身ら公職者の立会人に対しても執行状況の一部を遮蔽する道を選んだのである。答申書では、死刑執行方法およびその状況は秘密とし、ただし、勸善懲悪のため、被執行者の犯罪事実の要旨および執行の事実は適宜公表することを希望するとした。これにより、死刑執行に伴うむごさは、隠すことによってむごさではなくなるという司法省内部の合意が形成され、当局者に対してであろうと、公衆に対してであろうと、死刑制度の存置のために執行状況を見せないこと、知らせないことが公認されたのである。

死刑執行の理想として、調査の実務担当者は、苦痛がなく、短時間に死に至り、死後の姿が損壊せず、方法が簡便・安全であることを挙げ、電気、ガス、毒薬という他の執行方法との比較を通して、絞首が最適であると結論付けたが、その根拠は具体性に欠ける。むしろ、死刑確定者の苦痛に関し、当局者が独善的な考えに凝り固まっていたことは重要な事実として指摘しなければならない。すなわち、死刑確定者を執行まで拘置する間、精神的に悟りの境地に至らせ、泰然と刑場に臨む覚悟をさせることが大切であり、そうすれば

死の苦痛は些末な問題となるという精神論である。過剰なパターンリズムに立脚するこうした見地は、死刑執行に伴う身体的苦痛の問題を矮小化させ、従来の執行方法に根本的な改善の余地を認めなかった一因であったと考えられる。

これに対し、ニューヨーク州では「近代科学の知見に照らし、最も人道的で実用的な死刑執行方法」を求め、調査委員会が国内外における絞首の執行状況を記録によって例証した。その結果、絞首の廃止を提言した理由は、被執行者の煩悶の苛烈さ、吊るされた状況のおぞましさ、首がちぎれた光景、繰り返される執行の失敗と群衆の痛罵など、絞首の執行には衝撃的な場面が必然的に付随し、繊細な公衆の感情を傷つけるというものであった。死刑執行方法の残虐さは、執行の現場における立会人や見物人の視覚的・生理的感觉によって、あるいは、媒体を通して執行の場面を思い浮かべる公衆の想念によって判断すべきであるという姿勢が、調査の基本に据えられていた。この時期、ニューヨーク州では既に、12人の市民を含む第三者が死刑執行に立ち会うことが法律で規定されていたが、絞首の継続を決めた日本との最大の違いは、立会人に関する規定の内容ではなく、死刑執行方法の人道性を判断するに際し、立会人を含めた公衆が感知するむごさを重視した点にあった。

ニューヨーク州における調査・提言が民主的な手続に則って行われたことも、日本との顕著な差異として特筆しておく必要がある。死刑執行における残虐性の除去に関心を抱いていた一州民の働きかけが発端となり、知事が議会に検討を委ね、議会は民間人を委員に任命して調査委員会を発足させた。絞首の廃止、電気椅子の採用は、多数の科学者や司法関係者から幅広く意見を聴取し、電気を用いた実験にも立ち会った末の結論であり、刑事施設の長1人の私見に依拠した日本の調査・提言に比べ、中立性・信頼性が十分に保たれていたと評価することができる。

第三章では、旧刑法施行以降の新聞報道を量的・質的に分析することにより、日本における死刑執行の密行性が実証された。すなわち、それぞれ200人を超える被執行者について執行の事実を報じた朝日新聞、読売新聞の記事で、執行中の具体的状況を記述したケースは各10人に満たず、このうち、執行の失敗や残忍さを窺わせる報道はほぼ皆無であっ

た。司法省は1908年の民刑局長監獄局長通牒によって、新聞記者を刑場から締め出す方針を明確にしたが、両紙の報道からは、通牒発出の以前にも以後にも、記者が刑場内に入り、死刑執行に立ち会うことが頻繁に許可されていたという傍証は得られなかった。日本の特質である第三者に見せない死刑は、旧刑法の施行以降一貫し、完璧なまでに実践されてきたといえる。死刑執行の見通しを伝える記事もごく数例しかなく、事前の情報管理が徹底していたことが確認できた。

戦前において、当局が死刑執行を見せない代わりに知らせたのは、執行直前の状況であり、被執行者の最期の言葉や様子がほぼ5人に1人の割合で描かれてきたが、その典型例は、悔悟を表し、殊勝な態度を見せ、あるいは泰然・従容として死に就くといった、当局にとって望ましい姿であった。被執行者を英雄視したり、悲劇的にとらえたりする記事はほとんどなく、この点においても当局の報道統制は成功を収めたといえる。

その一方で、1908年通牒以降の約15年間は、死刑執行に要した時間が高い頻度で掲載されるようになり、朝日、読売両紙とも掲載率は約5割にのぼった。所要時間が長ければ、その分、被執行者の苦しみや執行のむごさを読者に連想させることとなるが、平均的な所要時間を超えるとみられる事例もこの期間には散見され、当局が自身にとって不都合な情報も含め、記者に説明していたことを示している。しかし、1923年、司法省の行刑制度調査委員会において、死刑執行に関して公表する事柄を限定すべきだとの意思が表明された後は、所要時間の掲載率も低下した。

戦前は全期を通じ、死刑執行の開始・終了時刻が多くの記事に掲載され、執行に立ち会った公職者の名前も、大正期までは相当な頻度で記されていた。こうした情報は現在、矯正当局に対する情報公開請求によっても不開示となる事項であり、戦前においては当局が一定の説明責任を果たしていたと評価することができる。

戦後は、本章で対象期間とした1989年までに死刑を執行された者のうち、朝日、読売両紙に掲載されたのはわずか1%台であり、1975年以降では1人の執行しか確認することができなかった。以上のことは、戦後における当局の異常な情報秘匿を際立たせている。

第四章では、戦後、日本において新憲法が制定され、アメリカ合衆国憲法に由来するとされる残虐刑の禁止が 36 条に規定されたことで、日本政府が死刑執行を巡る不透明性を強め、これには「残虐」に対する最高裁判所の判断が影響していることを指摘した。加えて、日本型の死刑密行が実質的法治主義に反し、死刑確定者の基本的人権を侵害するおそれがあることをアメリカ諸州と対比させて論じた。

最高裁大法廷は 1948 年の判決で、死刑制度自体は残虐な刑罰に当たらないとしながらも、執行方法が時代と環境により、人道上の見地から残虐と判断される場合もあると述べた。1955 年の判決は、日本が採用している絞首の方法が他の方法と比べて特に人道上残虐とはいえないとし、1961 年の判決も、現行の絞首が 1873 年の太政官布告の規定と異なる方法で執行されていることは、適正手続の保障を規定した憲法 31 条に違反しないとの判断を示した。「残虐な刑罰」の意味については、1948 年の公職選挙法違反事件判決が「不必要な精神的、肉體的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」と定義したが、これを死刑執行にあてはめた場合、誰にとってどんな苦痛が「不必要」で、何を基準に判断するのかが明確ではない。1955 年判決は、他の方法とどのような観点から比較考量したのかが不明であるうえ、現在のアメリカにおいて全州が第 1 の執行方法としている致死注射は、当時、比較の対象に含まれていなかった。太政官布告に依拠した死刑執行に対しては、高裁などが批判的な意見を表明している。

大正時代の行刑制度調査委員会において、司法省の官員らが絞殺に伴うむごさを認めたように、また、2011 年の大阪地裁判決が絞首刑の「前近代的な」側面を指摘したとおり、そして、絞首の具体的状況を明らかにすれば、絞首という死刑執行方法は、憲法に照らし、時代の進展により、司法あるいは世論から、いつ残虐と判断されてもおかしくはない。日本政府は戦後、そうした危機感を抱き続けたからこそ、最高裁の合憲判決を盾にしつつ、見せない・知らせない死刑を深化させ、死刑制度を守ってきたのである。このことは、1886 年以来続けてきた死刑執行の官報掲載を廃止し、執行の事実さえも公表せず、死刑確定者に対する事前告知を全刑事施設で禁じ、具体的な執行状況に関する情報公開請求には一切

応じないという戦後の歴史的経過が証明している。36 条が禁じる残虐な刑と判断されないよう、死刑確定者の「心情の安定」を理由として執行を巡る不透明性を正当化し、その結果として、死刑確定者の弁護人依頼権など 31 条が保障する適正手続を蔑ろにしてきたのである。

また第四章では、死刑執行方法の憲法適合性の判断に関し、日本の最高裁とアメリカの連邦最高裁が示した、似て非なる基準が、それぞれ日本の下級審に消極的效果を、アメリカの州最高裁には積極的效果を及ぼしたことも確かめた。「時代と環境」によつた日本の 1948 年最高裁判決は、時代に逆行する方法でない限りは残虐とはいえないと解釈することもでき、大阪地裁は、絞首刑が最善とはいえない前近代的な方法であっても憲法 36 条には反しないと結論付けた。これに対し、1958 年連邦最高裁判決の「進化的基準」は、銃、絞首、電気椅子、ガスといった旧来の執行方法について、各州がより人道的と考える方法に向かうよう進歩を促した。のちの連邦最高裁が国内諸州の法律制定動向、国際的潮流などを進化的基準の客観的指標としたこととも相俟って、ジョージア、ネブラスカ両州の最高裁は電気による死刑執行を「残虐で異常な刑罰」に当たると判断した。

日本もアメリカの死刑存置州も、非公開の死刑執行を原則としているにもかかわらず、日本においては第三者の立ち会いが実際上不可能であることについて、死刑執行の透明性を巡る法治主義という観点から比較した結果、日本が今なお形式的法治主義にとどまり、アメリカ諸州では実質的法治主義が確立されていることが鮮明となった。日本では、刑事訴訟法 477 条 1 項において、検察官、検察事務官および刑事施設の長またはその代理者を立会人として定め、同条 2 項では「検察官又は刑事施設の長の許可を受けた者」の立ち会いを認める規定となっているが、許可・不許可の要件は明示していない。このことが、行政による恣意的な国民の排除を許してきたのであり、第三者的立会人の不在によって、残虐な刑を執行されないという死刑確定者に対する憲法上の保障を弱めている。これに対し、アメリカの諸州は州法において、一定の制約を設けながらも、市民、死刑確定者の親族・友人、犯罪被害者の近親者、記者、弁護士、聖職者といった立会人として許可すべきまた

は許可できる対象を規定することによって、死刑執行に対する民主的コントロールの余地を確保してきたといえる。

以上の分析と考察から、本稿において設定した「なぜ日本では第三者の立ち会いが認められないのか」という問題の答えをまとめると、次のようになる。

まず、明治時代の旧刑法制定段階において、絞首にするか斬首にするかの選択に際し、「苛虐」な死刑執行方法とは何かという基本理念が曖昧になったことが原点にある。すなわち、旧刑法の草案起草者は、被執行者に対して苛虐な処置を行わないことを要諦とし、それゆえに最も速やかでかつ最も苦痛の軽い方法を求めるべきであるとの認識を示していたにもかかわらず、最終的には、執行中の苦痛よりも、執行後の遺体の状態が遺族の目から見て惨酷でないことを理由として、絞首を選択した。この結果、日本の死刑執行においては、執行の現場に立ち会う者の目から惨酷さを判断するという視座が欠落することとなった。

続いて、大正時代、司法省は死刑執行方法を再検討するに際し、立会人の目に映る絞首の醜状と惨状を認めた。ところが、見るに堪えうる執行方法に改良するのではなく、刑場の空間を黒幕で覆い、立会人に目撃させないことによって惨酷さを隠蔽するという弥縫策を秘密裏に申し合わせた。こうして、日本の死刑執行においては、法律で立ち会いが義務付けられている公職者でさえ、執行の現場を直視しなくてよいとする二重の密行が講じられることとなり、第三者の立ち会う余地がなくなったのである。

憲法によって残虐な刑罰が禁止された戦後は、死刑執行における「残虐」とは何かという定義が不明確なまま、法務省は執行を見せないだけでなく、執行した事実さえも国民に知らせない完全なる密行を強化・保持することで死刑制度の存置を図った。これにより、死刑執行の不透明性は不可逆的に深化した。最高裁は、特定の執行方法が時代と環境によって残虐と判断され得るとの見解を示したが、憲法適合性を判断する情報は、国民に対し、また裁判所に対しても開示されず、したがって、死刑執行との関係においては、残虐な刑罰を禁じる憲法の規定自体が有名無実に等しいものとなって今日に至っている。

第二節 おわりに

アメリカの州当局が、日本のジャーナリストである筆者に死刑執行に立ち会うことを許可したのは、なぜなのか。これに対し、日本の法務省はどうして、身内である検察官、検察事務官および刑事施設の長にしか、死刑執行に立ち会わせないのか。本研究は、2004年にアメリカ・オクラホマ州における執行に立ち会う機会を得て以来、解けずにいた疑問を解決しようと始めたものである。歴史的考察に重点を置いたため、これまでごく一部の研究者または図書館関係者にしか存在を知られていなかった司法省の史料に加え、官報、各種文献および新聞記事の収集に相当な時間を費やし、本稿の大半も、集めた資料の内容分析に割かざるを得なかった。

日本の絞首刑はむごい方法だから、部外者には見せられないのだという推測の答えは、大正期に司法省が設置した行刑制度調査委員会が作成した、「秘」の文字が書かれた答申書の中にまず見つけた。「絞殺ヲ可トス」としながら、「尚ホ現行執行方法ノ改善ヲ希望ス」と記されている。さらに、「死刑執行ノ方法及其ノ状況ハ秘密ニ付スルコト」とも書かれていた。また、死刑執行方法について調査を担当した部会の報告は、行刑調査委の総会日誌に、各委員の問答が細かく記録されていた。答申書が改善を希望する内容とは、被執行者の「苦痛ヲ減少シ且死ノ刹那ニ於ケル惨状ノ見ヘサル様」にすることであった。これらはいずれも、司法省行刑局員として行刑調査委幹事に任命された正木亮³³⁶が保管し、矯正図書館の「正木亮文庫」に所蔵されている資料である。

しかし、筆者の推測は必ずしも正解とは言えない。なぜなら、担当部会において主査委員を務めた典獄・野口謹造は、刑場に黒幕を引き、死刑執行に立ち会う公職者たちに惨状が見えないようにすることを提案したからだ。すなわち、絞首がむごくて見せられない相手とは、部外者ではなく、野口自身を含めた公職者だったのである。行刑調査委の答申通

³³⁶ 前掲註 175『日本行刑史の人々』: 196 (関哲夫執筆)。

りに執行方法が改善された時点から、執行の一部始終を監視する立会人は、日本においてはなくなったということになる。

そもそも、死刑廃止論者であったボアソナード³³⁷が、旧刑法の草案起草を主導し、執行方法について絞首か斬首かの二者択一を迫られたのは、彼自身にとっても日本にとっても不運だったといえる。本稿第一章でみたように、ボアソナードは、「文明国」における死刑とは、単に生命の剥奪を意味し、被執行者を苦しめる具としてはならないと説いた。そのために、執行の方法は最も速く、最も苦痛の軽いものでなければならないという基本理念を強調した。絞首と斬首の一長一短を比較しては悩み、袋小路に追い込まれ、どちらの方法でも異論はないと真情を吐露した挙句、速さと苦痛という「苛虐」の尺度を放棄して、絞首を選ぶ決断をした。そのための根拠が必要であり、身首処を異にしない絞首であれば、遺体を引き取る家族の怨みも薄いであろうという唐突な理由を思いついた。彼が指摘したとおり、真に苦痛を覚えるかどうかは、刑を執行される本人でなければわからないとしても、刑場に立ち会う者が自身の視覚と感覚によって苦痛とむごさを感知し、判断することはできるはずである。それこそが、死刑を「苦しめる具」としないために、立会人に課せられた重要な役割の一つであるのだが、ボアソナードは結論を急いだ。背景的事情には、諸外国と不平等条約改正の交渉を始めるために、法律体制の整備が急務であった³³⁸ことも挙げられるだろう。

同じように、行刑制度調査委員会において死刑執行方法の改良問題を担った典獄の野口も、かつて、旧刑法改正の時期に合わせて死刑廃止論を唱えていた³³⁹。典獄として、絞首に伴う醜状は認識しているが、当時、アメリカにおいて主流となりつつあった電気椅子の導入は、巨額の費用を要する。しかし、行刑調査委の主査委員として、死刑廃止の選択肢を提案することは許されない。絞首を「可」とする理由として、国民性の要求であるとの

³³⁷ 大久保泰甫，1977，『日本近代法の父 ボアソナード』岩波書店：117-118.

³³⁸ 小笠原欽明，1935，「刑法發達史についての一考察（一）——明治維新より新刑法（明治四十一年）の成立にいたるまで——」『歴史科學』昭和10年4月号：69-70.

³³⁹ 野口謹造，1907，「刑法改正案に對する意見」『監獄協會雜誌』20(2)：135-136.

説を展開し、絞首によって自殺を図る者で中止した例を聞かないとまで強調して、この方法の簡便さを説こうとした。そして、絞首存続の条件として、惨状は「黒幕」を引いて見せなくするという提案を行ったのである。

ボアソナード、野口に共通するのは、死刑執行方法の残忍さを判断するうえで、第三者の視線を考慮しなかったということに加え、執行方法の選択においても第三者の意見を取り入れなかったということである。この点は、第二章で比較検討した米・ニューヨーク州の調査手法との顕著な差異であった。

戦前は専ら人道的な見地から残忍さが指摘されていた絞首は、戦後、日本国憲法 36 条に「残虐な刑罰」の禁止規定が置かれ、「時代と環境」によっては残虐と判断され得ることが、1948 年の最高裁判決で言及された。法務省は、大正期の司法省と同じく、他の執行方法への移行という道を選ばず、死刑を執行したという事実さえ公表せず、死刑確定者に対しては執行当日の直前まで告知しないという徹底した秘密主義を採ることで、絞首による死刑制度の温存を図った。

問題は、これからである。

当局者が残忍さを認識していることが明らかになった絞首という方法で、死刑制度を存置することは許されまい。「残虐な刑罰」と判断されることを危惧するあまり、憲法 31 条で保障された適正手続の重要な要請である「告知」が疎かにされ、死刑確定者の弁護人依頼権はないがしろにされている。

私たちは今、死刑の執行をいったん止めて、旧刑法草案起草と司法省行刑制度調査委員会において欠落していた事柄から、教訓を学ばなければならない。旧刑法で死刑執行方法が絞首に一本化された経緯と、絞首の惨状に対する司法省行刑制度調査委員会の認識について、本研究が当時の資料から知り得たように、法務省が情報秘匿の「黒幕」を開け、議論の素材を国民に提供するのは当然の義務である。そのうえで、第三者による調査委員会を発足させ、絞首刑の実態と他の執行方法を科学的に検証し、このまま死刑を存置させる場合は、執行における第三者の立ち会いを現実的に討議しなければならない。なぜなら、

執行方法が残虐であるかどうかは、その時代を生きる国民の視覚と感覚によってしか判断できないから。それが、本研究で得た筆者の結論である。

完

参考文献・判例一覧

(引用文献)

新井勉, 2009, 「明治日本における絞首刑の選択」『日本法學』75(2).

朝倉京一, 1963, 『矯正法講話』法律研究社.

芦部信喜, 2011, 『憲法 第五版』岩波書店.

ベッカリーア (Beccaria, Cesare, B., 風早八十二・五十嵐二葉訳), 1938, 『犯罪と刑罰』岩波書店.

ボアソナード述 (名村泰蔵訳), 1881, 『司法省蔵版 佛國刑法講義』弘令社. 国立国会図書館デジタル化資料 <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/794204> (2013年6月20日検索).

傑・博散復 (ボアソナード) 著, 1886, 『刑法草案註釋 上』(森順正・中村純九郎 訳) 司法省.

Boissonade, Gustave, E., (ボアソナード) 講義, 発行年不詳, 『刑法講義筆記 自第一回至第十一回』: 第五回. 国立国会図書館デジタル化資料 <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/2937898> (2013年6月18日検索).

著者・発行年不詳, 『ボワソナード氏 日本帝国刑法草案 完』, 出版社不詳. 国立国会図書館デジタル化資料 <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367854> (2013年6月18日検索).

太政官, 1874, 「第九号処刑ノ者犯由揭示ノ雛形」(公文録・明治七年・第二百十二卷・明治七年五月・司法省伺 (二・布達)). 国立公文書館デジタルアーカイブ <http://www.digital.archives.go.jp/DAS/meta/MetSearch.cgi> (2013年6月16日検索).

団藤重光, 1953, 『法律実務講座 刑事編 第一巻 総則 (1)』有斐閣.

団藤重光, 2000, 『死刑廃止論 [第6版]』有斐閣.

フロイデンタール (Freudenthal, Berthold), 1909, 「フロイデンタール・囚人の国法上の地位」(=1973, 小川太郎仮訳, 『亜細亜法学』8(1)).

福田雅章, 1974, 「行刑問題に対する裁判所の関与——アメリカにおけるハンズ・オフ・

ドクトリン (不干渉主義の崩壊) ——」『一橋論叢』71 (1).

布施弥平治, 1983, 『修訂 日本死刑史』巖南堂書店.

布施勇如, 2008, 『アメリカで、死刑をみた』現代人文社.

布施勇如, 2012, 「絞首刑をめぐる迷信—死刑の是非を論じる前に—」(石塚伸一・堀川恵

子・布施勇如「死刑は残虐である—「此花パチンコ店放火事件」傍聴記」所収)『龍谷
法学』45 (1).

行刑制度調査委員会, 1923, 『行刑制度調査委員会總會日誌』行刑制度調査委員会 (矯正
図書館正本文庫所蔵).

行刑制度調査委員会, 発行年不詳, 『行刑制度調査答申書(壹)』(矯正図書館正本文庫所蔵).

林真琴ほか, 2013, 『逐条解説 刑事施設収容法 改訂版』有斐閣.

『かわら版・新聞—江戸・明治三百事件IV』, 1978, 平凡社.

樋口陽一ほか, 1988, 『注釈 日本国憲法 下巻』青林書院.

法學協會, 1954, 『註解日本國憲法 上巻』有斐閣.

法務省法務図書館編, 2007, 『法務図書館所蔵 山岡萬之助関係文書目録』法務省法務図
書館.

法務省矯正局, 1978, 『続 資料・監獄法改正』矯正協会.

法制審議会, 1964, 「法制審議会刑事法特別部会第二小委員会議事要録 (一)」法務省.

堀川恵子, 2011, 『裁かれた命 死刑囚から届いた手紙』講談社.

石井良助, 1964, 『江戸の刑罰』中央公論社.

石井紫郎・水林彪校注, 1992, 『法と秩序 日本近代思想大系 7』岩波書店.

伊藤榮樹, 1982, 『刑事法解釈の現代的課題』立花書房.

伊藤榮樹ほか編, 2000, 『新版註釈刑事訴訟法』(第七巻) 立花書房.

監獄協會, 1922, 「行刑調査委員会」『監獄協會雑誌』35 (6).

- 監獄協会編，2003，『監獄法令類纂 全〔下〕 日本立法資料全集 別巻 281』信山社出版。
- 川崎英明，1997，『現代検察官論』日本評論社。
- 刑事立法研究会，1988，『日本行刑史の人々』（『監獄の現在』（法学セミナー増刊・総合特集シリーズ 41 所収））日本評論社。
- 刑務協会編，1943，『日本近世行刑史稿・上』（＝1974 復刻）矯正協会。
- 木村亀二，1949，『死刑論』弘文堂。
- 木村亀二，1966，『法学・いかに学ぶか』法文社。
- 恒友出版編，1989，『そして、死刑は執行された 3 元死刑囚たちの証言』恒友出版。国立国会図書館，「国会会議録検索システム」（データベース）。
- 栗田正，1961，「死刑（絞首刑）の宣告は憲法三一条に違反するか——明治六年太政官布告六五号 絞罪器械図式の効力」『ジュリスト』232。
- 牧野英一，1931，『刑法に於ける法治國思想の展開』有斐閣。
- 正木亮，1964，『死刑——消えゆく最後の野蛮』日本評論社。
- 正木亮，1961，「蘇った太政官布告」『法学セミナー』66。
- 明治法制経済史研究所，1968，『元老院會議筆記 前期第三卷』元老院會議筆記刊行会。
- 明治法制経済史研究所，1969，『元老院會議筆記 前期第五卷』元老院會議筆記刊行会。
- 宮澤俊義・芦部信喜，1978，『全訂 日本国憲法』日本評論社。
- 向江璋悦，1960，『死刑廃止論の研究』法学書院。
- 村井敏邦，2012，「絞首刑の合憲性」『法学セミナー増刊速報判例解説』11。
- 室井力，1968，『特別権力関係論』勁草書房。
- 室井力，1970，「特別権力関係論」『法学セミナー』170。
- 室井力編，2005，『新現代行政法入門（1）〔補訂版〕』法律文化社。
- 永田憲史，2013，『GHQ 文書が語る日本の死刑執行—公文書から迫る絞首刑の実態』現代人文社。

内閣, 1946, 「官報掲載事項の整理に関する件」『公文類聚・第七十編・昭和二十一年・第九卷・政綱九・統計調査四・雑載』. 国立公文書館デジタルアーカイブシステム

<http://www.digital.archives.go.jp/DAS/meta/listPhoto?KEYWORD=&LANG=default&ID=M0000000000001777740&TYPE=&NO=&BITID=F000000000000008132>

(2009 年 8 月 19 日檢索).

内閣官報局編, 1890, 『法令全書 明治十三年ノ 1』 (=1976 復刻, 『法令全書第十三卷・1』)
原書房.

内閣官報局編，1890，『法令全書 明治十四年』（＝1976 復刻，『法令全書第十四卷』）原書房。

内閣官報局編，1890，『法令全書 明治十五年』（＝1976 復刻，『法令全書第十五卷』）原
書房。

内閣官報局編, 1890, 『法令全書 明治十六年ノ 1』 (=1976 復刻, 『法令全書第十六卷・1』)
原書房.

内閣官報局編，1979，『明治年間法令全書 明治二十四年—2』（『法令全書第二十四卷・2』）
原書房。

内閣官報局編，1986，『明治年間法令全書 明治三十七年—3』（『法令全書第三十七卷・3』）
原書房。

内閣官報局編，1989，『明治年間法令全書 明治四十一年—2』（『法令全書第四十一卷・2』）
原書房。

野口謹造, 1907, 「刑法改正按に對する意見」『監獄協會雜誌』20(2).

野口謹造，発行年不詳，『死刑執行ノ方法ニ就テ』（「山岡萬之助関係文書」E—214 および E—215）。

小幡尚，2009，「一九二〇年代における行刑制度改革構想と監獄法改正事業」『人文科学研究』15.

小田中聰樹，1977，『現代刑事訴訟法論』勁草書房。

- 小田中聰樹ほか編，1998，『刑事弁護コンメンタール1 刑事訴訟法』現代人文社：（福島至執筆）。
- 小笠原欽明，1935，「刑法發達史についての一考察（一）——明治維新より新刑法（明治四十一年）の成立にいたるまで——」『歴史科學』昭和10年4月号。
- 小河滋次郎，1903，『刑法改正案ノ二眼目——死刑及刑ノ執行猶豫』（再版）明法堂（小野坂弘監修・解説，1989，『小河滋次郎監獄学集成 第4巻 獄夢要書・監獄作業論 刑法改正案ノ二眼目・監獄夢物語』五山堂書店所収）。
- 大久保泰甫，1977，『日本近代法の父 ボワソナアド』岩波書店。
- 大蔵省印刷局編，1911，「○彙報○官廳事項 司法、警察及監獄○死刑執行」『官報』8277号。
- 小野清一郎・朝倉京一，1972，『ポケット註釈全書 改訂 監獄法』有斐閣。
- 小野義秀，2009，『監獄（刑務所）運営一二〇年の歴史—明治・大正・昭和の行刑—』矯正協会。
- 最高裁判所事務局刑事部編，1948，『刑事裁判資料第十一號 新刑事訴訟法・刑事訴訟規則・舊刑事訴訟法對照條文』最高裁判所事務局刑事部。
- アーネスト・サトウ（Satow, Ernest, M., 坂田精一訳），1960，『一外交官の見た明治維新（上）』岩波書店。
- 佐藤功，1983，『ポケット註釈全書 憲法（上）新版』有斐閣。
- 澤田東洋男，1985，『囚獄の門—ドキュメント・司法記者（PARTⅡ）』現代評論社。
- 重松一義，1979，『近代監獄則の推移と解説』北樹出版。
- 「司法人権セミナー：死刑廃止 全記録」刊行会編，2002，『欧州評議会議員会議／死刑廃止を推進する議員連盟 司法人権セミナー：死刑廃止 全記録』『司法人権セミナー：死刑廃止 全記録』刊行会。
- 司法省編，1939，『司法沿革誌』（1979 覆刻）原書房。
- 司法省，1945，『日本近代刑事法令集 上』司法省秘書課。

司法省編，1982，『司法省日誌 第一巻 明治六年第一号～明治六年第三九号』橘書院。

司法省監獄局編，1901，『監獄法令類纂』東京書院。国立国会図書館デジタル化資料

<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/795926>（2013年7月27日検索）。

隅田陽介，2013，「犯罪被害者の死刑執行への立会いに関する一考察」『東京国際大学論叢 経済学部編』48。

鈴木栄樹，1996，「『官報』創刊過程の史的分析——日本における近代国家の形成と法・情報——」（山本四郎編，『日本近代国家の形成と展開』所収）吉川弘文館。

高田敏，2009，『新版 行政法』有斐閣。

高田敏，2013，『法治国家観の展開——法治主義の普遍化的近代化と現代化』有斐閣。

瀧川政次郎，1961，『日本行刑史』青蛙房。

玉井策郎，1992，『死と壁——死刑はかくして執行される』彌生書房。

田中二郎，1957，『法律学全集 6 行政法総論』有斐閣。

手塚豊，1956，『明治初期刑法史の研究』慶應義塾大学法学研究会。

手塚豊，1964，「明治六年太政官布告六十五号の効力——最高裁判所判決に対する一異見——」『法學研究』37（1）。

手塚豊，1984，『明治刑法史の研究（上）』慶應通信。

寺崎修，1988，「〔資料〕加波山事件大審院判決書」『法学論集』37。

寺澤芳雄編，1997，『英語語源辞典』研究社。

土本武司，2001，『正義への執念』NHK出版。

植松正，1953，「死刑とその執行」『時の法令』112。

早稲田大学鶴田文書研究会・早稲田大学編，1976，『刑法編集日誌 日本帝国刑法草案＜日本刑法草案会議筆記別冊＞』早稲田大学出版部。

早稲田大学鶴田文書研究会・早稲田大学編，1976，『日本刑法草案会議筆記 第Ⅰ分冊』早稲田大学出版部。

- 早稲田大学鶴田文書研究会・早稲田大学編, 1977, 『日本刑法草案会議筆記 第IV分冊』
早稲田大学出版部.
- 吉井蒼生夫・藤田正・新倉修編著, 1992, 『旧刑法別冊 (1) 刑法草按注解 上 日本立法資料全集 8』信山社出版.
- Abramson, Jeffrey, 1994, *We, the Jury*, BasicBooks.
- Bessler, John, D., 1993, “Televised Executions and the Constitution: Recognizing a First Amendment Right of Access to State Executions,” *Federal Communications Law Journal* 45.
- Bessler, John,D., 2012, *Cruel and Unusual: the American Death Penalty and the Founders’ Eighth Amendment*, Northeastern University Press.
- Botsman, Daniel V., 2005, *Punishment and Power in the Making of Modern Japan*, Princeton University Press (=2009, 小林朋則訳『血塗られた慈悲、笞打つ帝国。』インターシフト: 32-35.) .
- Call, Jack,E.,1995, “The Supreme Court and Prisoners’ Rights,” *Federal Probation* 59(1).
- Columbia University Libraries, “*Elbridge T. Gerry papers*.”
<http://clio.columbia.edu/catalog/4078804> (2013 年 7 月 17 日検索).
- Death Penalty Information Center, “Which states employ judge sentencing?”
<http://www.deathpenaltyinfo.org/us-supreme-court-ring-v-arizona#JudgeSentChart> (2013 年 9 月 25 日検索) .
- Denno, Deborah, W., 1997, “Getting to Death: Are Executions Constitutional?” *Iowa Law Review* 82.
- Denno, Deborah, W., 2002, When Legislatures Delegate Death: The Troubling Paradox Behind State Uses of Electrocution and Lethal Injection and What it Says About Us, *Ohio State Law Journal* 63.

- Denno, Deborah, W., 2009, *For Execution Methods Challenges, The Road to Abolition is Paved with Paradox*. In Ogletree, Charles, J. Jr. and Sarat, Austin (Eds.) , *The Road to Abolition?: The Future of Capital Punishment in the United States*, New York University Press.
- Gerry, Elbridge, T., Southwick, Alfred, P., & Hale, Matthew, 1888, *Report of the Commission to Investigate and Report the Most Humane and Practical Method of Carrying into Effect the Sentence of Death in Capital Cases*, Troy Press (The Cornell University Library Digital Collections).
- Klein, Ernest, 1971, *a Comprehensive Etymological Dictionary of the English Language*, Elsevier Publishing.
- Linders, Annulla, 2002, "The Execution Spectacle and State Legitimacy: The Changing Nature of the American Execution Audience, 1833-1937," *Law and Society Review* 36.
- Madow, Michael, 1995, "Forbidden Spectacle: Executions, the Public and the Press in Nineteenth Century New York," *Buffalo Law Review* 43.
- New York, 1835, *Laws of the State of New-York, Passed at the Fifty-Eighth Session of the Legislature*, Albany.
- Palmer, John, W., 1997, *Constitutional Rights of Prisoners*, Fifth Edition, Anderson.
- Pennsylvania, 1834, *Laws of the General Assembly of the State of Pennsylvania, Passed at the Session 1833-34*, Harrisburg.
- Penrose, James, F., 1994, "Inventing Electrocution," *Invention & Technology*, Spring 1994.
- Stein, Jess, ed., 1973, *the Random House Dictionary of the English Language*, Random House.

Stinneford, John, F., 2008, “The Original Meaning of “Unusual”: The Eighth Amendment As a Bar to Cruel Innovation,” *Northwestern University Law Review* 102(4).

(その他参考文献)

阿部純二, 1980, 「死刑と残虐な刑罰」『別冊ジュリスト』68.

浅利祐一, 1986, 「アメリカ合衆国連邦最高裁判例における死刑の違憲審査基準 (一)」『北大法学論集』36(4).

浅利祐一, 1986, 「アメリカ合衆国連邦最高裁判例における死刑の違憲審査基準 (二・完)」『北大法学論集』38(4).

ブスケ (Bousquet, Georges, 野田良之・久野桂一郎共訳), 1977, 『日本見聞記 1: フランス人の見た明治初年の日本』みすず書房.

大日本監獄協会, 1891, 「講話速記 元元老院議員小原重哉君講話」『大日本監獄協会雑誌』41.

大日本監獄協会, 1891, 「講話速記 元元老院議員小原重哉君講話 (第四拾壹號の續き)」『大日本監獄協会雑誌』43.

団藤重光, 1950, 『刑法と刑事訴訟法との交錯』弘文堂.

団藤重光, 1973, 「刑事裁判と人権」『公法研究』35.

ミシェル・フーコー (Foucault, Michel, 田村俣訳), 1977, 『監獄の誕生——監視と処罰』新潮社.

藤野英一, 「憲法三六条 (残虐刑の禁止) の違反という意味について」『判例タイムズ』7(9).

福田雅章, 1993, 「受刑者の法的地位」(沢登俊雄ほか編, 『新・刑事政策』所収) 日本評論社.

福島至, 1998, 「刑の執行手続の適正化【有罪確定後刑事弁護への試論】」『自由と正義』49(7).

- 古畑種基, 1975, 『法医学ノート』中央公論社.
- 橋本公亘, 1972, 『憲法《現代法律学全集 2》』青林書院新社.
- 平場安治ほか著, 1983, 『注解刑事訴訟法 下巻[全訂新版]』青林書院新社.
- 平松義郎, 1960, 『近世刑事訴訟法の研究』創文社.
- 平野龍一, 1958, 『法律学全集 43 刑事訴訟法』有斐閣.
- 広川喜久治編, 1889, 『監獄則新旧比照例』日本法律社.
- 堀雄, 1991, 『行刑法の基本構造』「行刑法の基本構造」刊行会.
- 堀雄, 2011, 「外国人の見た明治の行刑(その 2)」『刑政』122(12).
- 市川正人, 1994, 「刑事手続と憲法三一条」(樋口陽一編, 『講座・憲法学 第 4 巻 権利の保障 (2)』所収) 日本評論社.
- 石橋恕篤, 1982, 「わが国における絞首刑の法的根拠——太政官布告第 65 号の効力について——」『富士大学紀要』15(1).
- 石橋恕篤, 2002, 「残虐な刑罰と死刑」(『三原憲三先生古稀祝賀論文集』所収) 成文堂.
- 伊藤栄樹ほか, 1996, 『注釈刑事訴訟法<新版>第七巻』立花書房.
- 伊藤正己, 1963, 「「法の支配」と日本国憲法」(清宮四郎・佐藤功編, 『憲法講座 第 1 巻』所収) 有斐閣.
- 岩田太, 2009, 『陪審と死刑——アメリカ陪審制度の現代的役割——』信山社.
- 神余正義, 1969, 「死刑と残虐刑の禁止 最高裁判所昭和二十二年(れ)第一一九号同二十三年三月十二日大法廷言渡判決の批評」『判例時報』546.
- 門田成人, 2005, 「「進展する品位の水準」原理と修正第 8 条(1)——Roper v. Simmons 事件判決をめぐって——」『神戸学院法学』35(3).
- 覚正豊和, 1992, 「死刑確定者の人権——外部交通権に関する一考察」(朝倉京一ほか編, 『刑事法学の現代的展開 (下巻) 刑事政策編——八木國之先生古稀祝賀論文集——』所収) 法学書院.
- 霞信彦, 2007, 『矩を踰えて——明治法制史断章』慶應義塾大学出版会.

- 川口由彦, 1998, 『日本近代法制史』新世社.
- 木村亀二, 1940, 「死刑に關するフランスの新命令」『法学』9(1).
- 木村亀二, 1950, 『新憲法と刑事法』法文社.
- 木村亀二, 1953, 『断頭台の運命』角川書店.
- 小早川義則, 2012, 『裁判員裁判と死刑判決〔増補版〕』成文堂.
- 前坂俊之, 1990, 『増補新版 日本死刑白書』三一書房.
- 正木亮, 1955, 「文化の様相と刑罰 (一)」『社会改良』1(1).
- 正木亮, 1955, 『死刑』河出書房.
- 松井茂記, 1993, 『裁判を受ける権利』日本評論社.
- 松尾浩也増補解題, 1990, 『増補 刑法沿革綜覧 日本立法資料全集 別巻 2』信山社出版.
- 松島諄吉, 1961, 「死刑囚と基本的人権」『阪大法学』38.
- 向江璋悦, 1958, 「絞首刑違憲論 (1)」『法律のひろば』11(2).
- 向江璋悦, 1958, 「絞首刑違憲論 (2)」『法律のひろば』11(3).
- 村上直之, 1995, 『近代ジャーナリズムの誕生』岩波書店.
- 村野薫編著, 1990, 『日本の死刑』柘植書房.
- 西原春夫 [ほか]編, 1995, 『刑法マテリアルズ——資料で学ぶ刑法総論』柏書房.
- 西村高兄, 1956, 「刑法等一部改正によるいわゆる「死刑廃止法案」について」『法律のひろば』9(5).
- 大江志乃夫, 1984, 「自由民権家の死刑場——赤井景韶・三浦文治・小針重雄・琴田岩松——」『歴史学研究』532.
- 大越義久, 2008, 『刑罰論序説』有斐閣.
- 大野真義, 1955, 「英米刑法におけるコモン・ローの意義」『阪大法学』14.
- 岡上雅美, 1999 「Fierro v.Gomez, 77F.3d 301(9th.Cir.1996), vacated, —U.S.—, 117S.Ct.285(1996)——毒ガスによる死刑執行は、修正 8 条にいう残虐で異常な刑罰に当たるとした事例」『アメリカ法』1999—(1).

- 最高裁判所調査官室(栗田), 1961, 「51 一 明治六年太政官布告第六五号の効力 二 死刑の宣告は憲法第三一条に違反するか」『法曹時報』13(9).
- 阪本昌成, 1985, 「「知る権利」の憲法論的再検討」『法律時報』57(3).
- 阪本昌成, 1993, 「憲法理論Ⅱ」成文堂.
- 阪本昌成, 1994, 「プライバシーと自己決定の自由」(樋口陽一編, 『講座・憲法学 第3巻 権利の保障』所収) 日本評論社.
- 佐々木惣一, 1952, 『改訂 日本國憲法論』(2001, オンデマンド版) 有斐閣.
- 佐藤幸治, 1984, 「プライバシーと知る権利」『法学セミナー』359.
- 佐藤幸治, 1988, 『現代国家と司法権』有斐閣.
- 佐藤幸治, 2002, 『日本国憲法と「法の支配」』有斐閣.
- 重松一義, 1995, 『死刑制度必要論』信山社出版.
- 新保史生, 2000, 『プライバシーの権利の生成と展開』成文堂.
- 塩野宏, 1980, 「特別権力関係と基本的人権」『別冊ジュリスト』68.
- 白取祐司, 2012, 『刑事訴訟法 第7版』日本評論社.
- 鈴木茂嗣, 1982, 「適正手続・実体的真実主義・当事者主義」『法学セミナー』333.
- 高橋良雄, 1990, 『鉄窓の花びら』三一書房.
- 瀧川裕英, 2007, 「権力分立原理は国家権力を実効的に統御しうるか」(『岩波講座 憲法1 立憲主義の哲学的問題地平』所収) 岩波書店.
- 田宮裕, 1972, 『刑事訴訟とデュー・プロセス』有斐閣.
- 田中英夫ほか編, 1991, 『英米法辞典』東京大学出版会.
- 所一彦, 1960, 「死刑の合憲性」『ジュリスト』200.
- 富谷至編, 2008, 『東アジアの死刑』京都大学学術出版会.
- 辻本義男編著, 1983, 『史料日本の死刑廃止論』成文堂.
- 浦田一郎, 1988, 「刑事手続に関する憲法規定における人権主体について」『一橋論叢』99(4) .

- 王雲海, 2005, 『死刑の比較研究——中国、米国、日本——』 成文堂.
- 山内 敏弘, 2002, 「生命権と死刑制度」『一橋法学』 1(1).
- 柳本正春, 1996, 「刑罰執行の閉鎖性と透明性——民主主義社会における行政の有り方——」
『重細重法学』 31(1).
- 横大道聡, 2009, 「憲法訴訟研究会(第 135 回)「残虐で異常な刑罰の禁止」と薬殺刑執行
プロトコル Baze v. Rees, 128 S.Ct.1520 (2008)」『ジュリスト』 1384.
- Bessler, John, D., 1997, *Death in the Dark: Midnight Executions in
America*, Northeastern University Press.
- Garland, David, 1990, *Punishment and Modern Society: a Study in Social Theory*, The
University of Chicago Press.
- Garland, David, 2010, *Peculiar Institution: America's Death Penalty in an Age of
Abolition*, The Belknap Press of Harvard University Press.
- Hood, Roger, 2002, *The Death Penalty: a Worldwide Perspective* (3rd ed.), Oxford
University Press.
- Johnson, David, T., 2006, "Japan's Secretive Death Penalty Policy: Contours, Origins,
Justifications, and Meanings," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, Summer, 2006.
- Johnson, David, T., and Zimring, Franklin, E., 2009, *The Next Frontier: National
Development, Political Change, and the Death Penalty in Asia*, Oxford University
Press.
- Lawes, Lewis, 1928, E., *Life and Death in Sing Sing*, Doubleday, Doran.
- Lesser, Wendy, 1993, *Pictures at an Execution*, Harvard University Press.
- Masur, Louis, P., 1989, *Rites of Execution: Capital Punishment and the
Transformation of American Culture, 1776-1865*, Oxford University Press.
- Sarat, Austin, 2001, *When the State Kills: Capital Punishment and the American
Condition*, Princeton University Press.

Zimring, Franklin, E., 2003, *The Contradictions of American Capital Punishment*,
Oxford University Press.

(引用判例一覧)

最大判昭和 23 年 3 月 12 日刑集 2 巻 3 号 191 頁.

最大判昭和 23 年 6 月 23 日刑集 2 巻 7 号 777 頁.

最大判昭和 30 年 4 月 6 日刑集 9 巻 4 号 663 頁.

東京高判昭和 30 年 12 月 19 日東高時報 (刑事) 6 巻 12 号 452 頁.

大阪地判昭和 33 年 8 月 20 日行集 9 巻 8 号 1662 頁.

東京地判昭和 35 年 9 月 28 日民集 15 巻 11 号 2673 頁.

最大判昭和 36 年 7 月 19 日刑集 15 巻 7 号 1106 頁.

東京地判平成 20 年 3 月 28 日 (判例集未登載、「情報公開・個人情報保護関係答申・判決
データベース」<http://koukai-hogo-db.soumu.go.jp/judgeBody/141>).

大阪高判平成 25 年 7 月 31 日 (判例集未登載、LEX/DB インターネット文献番号 25501589).

大阪地判平成 23 年 10 月 31 日 (判例集未登載、裁判所ホームページ「裁判例情報」
<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120119153129.pdf>).

Wilkerson v. Utah, 99 U.S. 130 (1878).

In re Kemmler, 136 U.S. 436 (1890).

Weems v. United States, 217 U.S. 349 (1910).

Louisiana ex rel. Francis v. Resweber, 329 U.S. 459 (1947).

Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958).

Cooper v. Pate, 378 U.S. 546 (1964).

Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976).

Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815 (1988).

Penry v. Lynaugh, 492 U.S. 302 (1989).

Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989).

Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304(2002).

Roper v. Simmons, 543 U.S.551 (2005).