

研究ノート

死刑は残虐である

——「此花パチンコ店放火事件」傍聴記——

石 塚 伸 一

はじめに

2011年10月11・12の両日、大阪地方裁判所201号法廷において、いわゆる「此花パチンコ店放火事件」の鑑定証言を傍聴した。いま、わたしは、死刑は、憲法36条の禁止する残虐な刑罰であると確信している。

オーストリアのインスブルック医科大学司法医学研究所の副所長であるヴァルター・ラブル（Walter Rabl）さんは、自殺などの絞首事例に関する研究を踏まえて、日本の死刑執行方法である絞首刑を、大きな苦痛と身体への損傷をともなう死であると証言した。絞首は、断頭に至ることもあるという。元最高検検事で、筑波大学名誉教授でもある土本武司さんは、法律的に見て、現行の絞首刑は、「限りなく残虐に近い」と証言した。土本さんは、検察官の「限りなく近いということは、違憲ではないということですか」という質問に対して、「違憲です」とはっきり答えた。

法医学者の目から見ても、法律家の目から見ても、絞首刑は残虐であるということが明らかになった。2009年5月から裁判員裁判が実施され、一般の市民が裁判に参加し、事案によっては被告人に「死」を宣告しなければならない。ところが、これまで日本政府は、死刑に関する一切の事実を秘密にしてきた。市民は、死刑について何も知らない。いや、裁判官も、検察官も、弁護士も、国会議員も、法務官僚も、学者も、そして法務大臣も、実は死刑について何も知らないのである。それなのに、すでに裁判員裁判で10人以上に死刑が言渡されている。わたしたちは、死刑をもつ国に住む市民として、死刑について知り、考える責務がある。

本稿は、将来、刑事裁判にかかわる可能性のある人たちすべてに、絞首刑の残虐さを知っていただき、いま、この国で行われている死刑について考えていただくためのものである。

なお、本稿の作成過程では、主任弁護人の後藤貞人弁護士、通訳人の阿部津々子さんのご協力を得た。また、ジャーナリストの堀川恵子さんと本学法学研究科研究生の布施勇如さんには、貴重な体験を迫真の記録と琴線に響くようなコメントで執筆していただいた。この場を借りて、こころより御礼申し上げる。

2011年12月 石塚 伸一

第1章 事件の概要と裁判の経緯

～大阪地裁平成23年10月31日判決～

1. 事実の概要

2009年7月5日午後4時15分頃、大阪市此花区の雑居ビル1階のパチンコ店から出火した。約20分後に消し止められたが、約400㎡の店内は全焼。この火事によって、69歳男性、72歳女性（会社会長）、62歳女性、20歳女性（同店派遣従業員）の4人が死亡し、19人が重軽傷を負った。店員らの証言により、油のようなもの（後にガソリンと判明）をまいて火を点けて逃げた男がいたことが分かり、大阪府警は現住建造物等放火、殺人、殺人未遂容疑で捜査を開始した。死亡した4人を司法解剖した結果、3人が焼死、1人が一酸化炭素中毒死と判明した。

翌6日、「自分がやりました」と山口県警岩国署に男性が出頭。此花署捜査本部は、現住建造物等放火、殺人、殺人未遂容疑で41歳の男を逮捕した。その後、同年7月6日午後11時20分頃、重体だった50歳男性（無職）が入院先の大阪市内の病院で死亡し、死者は5名となった。

2. 裁判に至る経緯

～大阪地方裁判所（事件番号：平成21年（わ）6154号）～

2009年7月8日、大阪府警は大阪地検に事件を送致し、地検は勾留請求、大阪地裁は勾留を決定した。同月18日、現場である此花区のパチンコ店で実況見分を実施し、同月24日、大阪地裁は、精神鑑定のための鑑定留置を認めた。同年12月3日、鑑定医は「統合失調症」と診断したが、大阪地検は、「犯行時に責任能力はあった」として、現住建造物等放火罪等で起訴した。

1年9か月の公判前整理の後、公判の日程が決まり、2011年9月2日、裁判員が選任された。同月6日、第1回公判がはじまり、被告人は、起訴事実を認め、弁護人は、心神耗弱による減軽を求めた。同月7日の第2回公判では、被害者の男性が極刑を望むと証言した。9月13日、14日、15日と3回の公判が開かれた——同月21日の公判は台風のため中止になった。——。22日の第6回公判で被告人は「自分を見て見ぬふりの世間に復讐したかった」と述べた。30日の第7回公判の検察官の質問に対して被告人は「当然死刑でいいと思う」と述べ、謝罪を求めた遺族に「今さら謝る気もない」と答えた。10月4日の第8回公判で鑑定人の精神科医は、犯行時には「妄想に行動が左右される状態ではなかった」と証言したが、5日の第9回公判において捜査段階の鑑定人は、「軽度の統合失調症」で犯行当時「責任能力は限定的だった」と述べた。6日の第10回公判では、別の精神科医が「被告は覚醒剤の影響による精神障害だったが、事件当時、合理的な判断はできた」と証言した。

そして、10月11日の第11回公判ではオーストリアの法医学者ヴァルター・ラブルさんが、12日の第12回公判では元検事の土本武司さんが、それぞれ法医学者と法学者として証言した。そして、13日の第13回公判で被害者遺族が意見を述べた。

10月17日の第14回公判で検察官は、死刑を求刑し、弁護人が最終弁論

を、被告人が最終意見を陳述した。その後、評議があり、31日の第15回公判で死刑の判決が言渡された。

3. 主たる争点

この裁判の主たる争点は、被告人の責任能力の有無（刑法第39条）、被告人の自首の評価（刑法第44条）、そして死刑の適用基準（永山基準と光市基準）とその執行方法の残虐性（刑法第11条）である。憲法は、第36条で「公務員による拷問および残虐な刑罰は絶対にこれを禁ずる」と規定している。

やや専門的になるが、今回の行なわれた死刑の残虐性に関する証人尋問は、（裁判員裁判では）はじめての試みであった。2004年に制定され、5年後の2009年5月28日から施行された『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』（平成16年5月28日法律第63号）（以下、「裁判員法」という。）は、有罪無罪や刑の免除の判決などに関わる①事実の認定、②法令の適用および③刑の量定については、3人の職業裁判官と6人の一般市民から選ばれた裁判員の合議で審理することになっている。そして、それ以外の法令の解釈に関係する判断や訴訟手続に関する判断などは、3人の裁判官の合議によるとしている（裁判員法第6条）。¹⁾ 裁判員と補充裁判員は、裁判員が関

1) 裁判員法第6条（裁判官及び裁判員の権限）は、「第2条第1項の合議体で事件を取り扱う場合において、刑の言渡しの判決（刑事訴訟法第333条）、刑の免除の判決（同法第334条）若しくは無罪の判決（同法第336条）又は少年法第55条の規定による家庭裁判所への移送の決定に係る裁判所の判断のうち次に掲げるものは、第2条第1項の合議体の構成員である裁判官及び裁判員の合議による」とし、事実の認定（第1号）、法令の適用（第2号）および刑の量定（第3号）を掲げている（第1項）。これに対して、法令の解釈に係る判断（第1号）、訴訟手続に関する判断（少年法第55条の決定を除く。）（第2号）およびその他裁判員の関与する判断以外の判断（第3号）については「裁判所の判断は、構成裁判官の合議による」とする（第2号）。そして、「裁判員の関与する判断をするための審理は構成裁判官及び裁判員で行い、それ以外の審理は構成裁判官のみで行う」とする（第3号）。

与するとされる審理がなされる公判やその準備のための証人尋問や検証に出頭する義務がある。それ以外については、出頭しないのが原則となる（同第52条）。²⁾ しかし、例外的にはあるが、裁判所は、裁判員が関与しないとされている審理であっても、裁判員と補充裁判員の立会いを許すことができる（同第60条）。

今回は、この例外規定を使って、本来、職業裁判官だけで判断するとされる死刑の執行方法、すなわち絞首刑（刑法第11条）が憲法第31条や第37条に適合しているかどうか、という「法令の解釈に関係する判断」に裁判員と補充裁判員が立ち会ったのである。

裁判員が、死刑を適用すべきかどうかを判断するためには、死刑がどういうものであり、法律家はこれをどのように考えているのかを聞くことが必要である。将来裁判員になる中学生や高校生が学校で刑事裁判や刑罰についての基本的な知識を教えられている国であれば、このようなことは必要でないかもしれない。しかし、法務省の密行体質の中で、市民が死刑に関する情報をほとんどもたないこの国では、今回のような工夫はきわめて重要な意味をもっている。多くの人たちが、今回の関係者の努力を評価し、注目していた。

4. 第一審大阪地裁判決

～大阪地判平成23年10月31日～

判決は有罪。量刑は、検察官の求刑どおり、死刑であった。被告人は、控訴した。

2) 同法第52条（出頭義務）は、「裁判員及び補充裁判員は、裁判員の関与する判断をするための審理をすべき公判期日並びに公判準備において裁判所がする証人その他の者の尋問及び検証の日時及び場所に出頭しなければならない」と規定している。

最高裁の判例情報では事案の概要について「仕事が見つからず、生活に行き詰まりを感じた被告人が、そのような状況に追い込まれたのは『みひ』や『マーク』のせいであると考え、『みひ』ら及びこれを手助けしてきたと考えられる世間の人に復讐するため、大量無差別殺人をしようとした意し、営業中のパチンコ店にガソリンをまいて火を放ち、店を全焼させ、店内の客及び店員のうち5名を焼死等により死亡させ、10名には両側下腿熱傷等の傷害を負わせたものの、殺害には至らなかったという、現住建造物等放火、殺人、殺人未遂の事案において、被告人が不特定多数の人々を殺すために悲惨な殺害方法を計画し、これを実行して罪のない多数の者の生命を絶った責任はあまりにも重大であり、動機形成に一部妄想が影響していることなどの、被告人のために有利と考えられる事情を最大限考慮しても、その生命をもってその罪を償わせるしかないとして、被告人を死刑に処した事例（裁判員裁判）」と紹介されている。

判示事項については、「無差別に人を殺害する目的で、営業中のパチンコ店に火を放ち、5名を死亡させ、10名に傷害を負わせた事案につき、弁護人の心神耗弱の主張や絞首刑が『残虐な刑罰』（憲法36条）にあたりとの主張を排斥し、死刑が言い渡された事例（裁判員裁判対象事件）」とされる。関与した裁判官は、和田真（裁判長）、武林仁美および華井俊樹である。

なお、判決については、最高裁判所判例検索システム参照<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120119153129.pdf>を参照。

第2章 絞首刑には苦痛と損傷がともないます。

～ヴァルター・ラブル証人は、こう言った～

2011年10月11日午前9時50分、ラブル証人と通訳人の阿部津々子さんが大阪地裁201号法廷に入廷した。拘置所の職員が、被告人の手錠と捕縄を解いた。傍聴席は、満席だった。午前10時、裁判官と裁判員・補助裁判員が入廷した。6人の裁判員と3人の補充裁判員全員が立ち会っていた。

1. ラブル証人について

ヴァルター・ラブルさんは、法医学者である。オーストリアのインスブルック医科大学法医学研究所（Institut für Gerichtliche Medizin der Medizinischen Universität Innsbruck : GMI）の副所長。2004年以来、オーストリア司法医学学会（Österreichischen Gesellschaft für Gerichtliche Medizin : ÖGGM）の会長を務めている。専門領域は、毒物分析、DNA型分析、絞首（Erhängung ; hanging）の死因究明などである。

以下は、ラブル証人の証言の要約である。

2. 絞首に関する研究の現状～海外の研究は、日本で使えるか？～

（1）絞首刑の種類

わたしは、後に述べる1994年の事件で、警察から検死を依頼され、そのことが契機となって絞首の研究をはじめた。研究の過程では、ドイツやイギリスの先行研究を参考にしたが、日本人の見るべき研究は知らない。

絞首には、①短距離降下（ショート・ドロップ）式（kurzer Fall ; short-drop hanging）、②標準降下（スタンダード・ドロップ）式（standard Fall ; standard drop hanging）、③吊り下げ（サスペンション）式（von

Kran hochgezogenes Erhaengen; suspension hanging)、絞柱式 (Erhängen am Würgegalgen; pole hanging)、長距離降 (ロング・ドロップ) 式 (länger Fall; long-drop hanging) の5つの方式がある。

(2) 日本の絞首刑

日本における死刑の執行方法は、『明治6年太政官布告第65条』（【図1】1873年の絞罪図式）に規定されている。現在は、かなり修正された形になっている。（【図2】2010年公開の東京拘置所の刑場写真）。

これによれば、絞首刑は、まず、両手を後ろ手に縛り、紙で顔面を覆って、引き上げて絞首台に登らせて、通称「バタンコ」と呼ばれる踏み板の上に立たせ、つぎに両足を縛って、絞縄を首に掛ける。その際、縄は、喉に当たるようにし、縄を輪にして留めてある鉄環を首の後ろにくるようにして硬く締める。準備が完了し歯車の柄を引くと踏み板は即座に開いて死刑確定者が下に落ちる。地面から足が1尺（約30センチ）くらいのところで吊りになるように縄の長さを調整しておく。およそ2分が経過すると、死亡を確認して、縄を解いて遺体を降ろす。¹⁾

日本の絞首刑は、①首に縄を掛ける、②踏み板が開く、③身体が落下する、④縄が締まる、そして、⑤死に至ることから、いわゆる「ロング・ドロップ式」だといえる。

3. 絞首刑の死因～死に至る5つの機序（メカニズム）～

人が絞首によって「死」²⁾に至るには5つの機序がある。

(1) 頸動静脈の圧迫 (Kompression der Halsgefäße) 頸部の動脈また

1) 『太政官布告第65号』は、1873（明治6）年に発せられた。最高裁判所は、1961（昭和36）年7月19日最高裁大法廷判決・昭和32（あ）2247強盗殺人事件、刑集第15巻7号1106頁）において、現在も、この布告が効力を有するとしている。

2) ここで、人の死とは、身体生命活動のあらゆる機能を司っている脳幹が不可逆的に停止することである。

は静脈の圧迫によって、脳に酸素がいなくなり、脳幹が不可逆的に停止する。

(2) 気管の閉塞 (Verschluss der Atemwege) 咽頭を閉塞することによって、口や鼻から入った酸素を含んだ空気が肺に行かなくなり、肺静脈の二酸化炭素を多く含んだ血液が、酸素を多く含んだ肺動脈の血液に交換され、心臓から体動脈に送り出すことができなくなり、脳に酸素が行かなくなって、脳幹が不可逆的に停止する。

(3) 頭部離断 (Dekapitation) 頭部が身体と離断することによって、心臓からの酸素を含んだ血液が脳に流れ込まなくなり、脳幹が不可逆的に停止する。

(4) 椎骨骨折による延髄損傷 (Halswirbelbruch mit Verletzung der Medulla oblongata)

椎骨が骨折し、延髄が損傷することで、脳幹自体が破壊され、一気に生命反応が停止する。絞首によって、瞬時に死亡するハングマン・フラクチャー (Hangmann-Fraktur) と呼ばれる現象は、この機序によって起こるものと思われる。³⁾

(5) 迷走神経損傷によって起こる急性心停止 (Herzstillstand)

迷走神経が興奮するとそれを収めようとして、心臓の動きを弱める反応が生ずるが、この神経に急激な刺激が与えられると、瞬時にその動きが暴走して心臓が止まり、脳に血液が行かなくなって脳幹が不可逆的に停止する。

3) 英国のカーディフ国立病院・ウェールズ法医学研究所リック・ジェームズ等によれば、英国で1882年から1945年までに絞首刑に処せられた34遺体を発掘調査した結果、絞首刑による死が「ほぼ瞬間的」であることはきわめてまれであるとの結論に達した。

ほぼ瞬間的に死に至るハングマンズ・フラクチャーは、首の脱臼の結果として起こる脊髓損傷によって起こることが最も多いといわれる。死刑の執行としても、迅速で、最も苦痛が少ないと思われるが、ハングマン・ストラクチャーを計画的にすることはきわめて困難である。

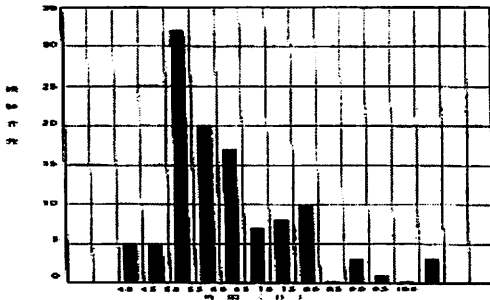
4. 意識喪失と苦痛の関係～古畑鑑定の問題性～

日本の法医学の権威、古畑種基⁴⁾が東京地裁に1952（昭和27）年10月27日付で提出した鑑定書（以下、「古畑鑑定」という。）は、絞首刑と絞殺、斬殺、銃殺、電気殺および瓦斯殺の5種の死刑執行方法とを比較し、「現在我国に行われている絞首刑は医学上の見地より、現在他国に行われている死刑執行方法と比較して残虐であるということはない。但しこの執行方法の細部においては、これは改善する余地はある。斬殺、瓦斯殺については執行の直後に絶命するが、絞殺の場合は、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が、心臓はなお微弱、不規則に10分から30分位は微かに搏動している」と述べている。「古畑鑑定は、後の昭和30年の最高裁大法廷判決の前提ともなった。しかし、60年前にはそれが有力な見解だったかもしれないが、現在、世界の法医学界では、この所見か否定されている。ところが、日本には絞首による死の機序（メカニズム）についての専門家がいらない。そこで、今回、ラブル教授を遠くオーストラリアからお呼びすることになった。

4) 古畑種基（ふるはた たねもと、1891～1975年）は、三重県出身の法医学者で、東京大学医学部の名誉教授。科学警察研究所所長を務め、科学捜査の研究に寄与した。日本の法医学の草分けの一人である。ABO式血液型の研究に多大な功績を残す。戦時下の警察官の暴行を立証する鑑定をしたいわゆる「首なし事件」で注目されたが、戦後は、逆に、多くの有罪を立証するための鑑定を行った。いくつかの事件で被告人を有罪とする鑑定によって有罪が確定した後に再審で無罪が判明した冤罪事件が発覚したことから、いわゆる「古畑鑑定」は、冤罪の温床とされた。古畑は、検察の思惑に乗って証拠を捏造した、あるいは検察の捏造を黙認したという疑惑は早くからささやかれていたが、法医学の権威古畑が、1975（昭和50年）に亡くなると、古畑鑑定に批判が集まった。弘前大学教授夫人殺人事件、財田川事件、松山事件、島田事件など被告人の犯行とする鑑定結果を提出し、その後、再審で、鑑定に供せられた証拠物が捏造されたものだったことが明らかになった。

(1) 頸動静脈の圧迫

頸動静脈の圧迫について、イギリスのロッセン等が「ヒトにおける急性脳循環停止」⁵⁾ という論文を公表している。これによれば、首が強く圧迫され、動静脈の血流が止まってから、人の意識が消失するまでには、5秒から8秒くらいかかる。(【グラフ1】参照。)



【グラフ1】 ロッセンの実験結果

ロッセン等は、首の組織を圧迫するために、111人の若い男性の首の周りに、瞬間的に600ミリメートル水銀柱の圧力を掛け、動静脈の血液が脳に流れないようにする「血圧カフ (blood pressure cuff)」を撒きつけた。実験の結果、被験者は、5秒から10秒で意識を失うことが分った。多くの被験者は5秒から8秒で意識を失った。かれらは、意識を失うまでの間苦痛を感じていることになる。

「苦痛を感じている」というのには、4つの根拠がある。①首の血流を止めると(たとえ、傷がなくても)全身に痛みが生じる。ある種の感覚異常である。②縄の結び目が首の横にある場合には、息ができなくなる。この

5) Rossen et al., "Acute Arrest of Cerebral Circulation in Man" この論文は、Archives of Neurology and Psychiatryという学術的に権威のある雑誌に掲載されたものであり、被験者の同意を得て行われた人体実験のデータをエビデンスとするもので、多くの研究者によって引用された信頼できるものである。

場合は、意識がなくなるまでより長くの時間がかかる。脳への血流が完全に止まらず、酸素がある程度はしばらく供給される。窒息すると、激しい痛みがあり、死の恐怖も感じる。③落下の衝撃で首が傷つく。肌や筋や神経その他の組織が損傷し、通常40から50センチある首の周囲全体が傷つき、内部組織に損傷が生じる。そして、④上記の3つの組み合わせによる複合的な苦痛がある。

「脳への血流が急停止した場合でも、5ないし8秒間は意識が残り、その間、人は、激しい痛みを感じる」ということになる。ロッセンの実験は、頸動静脈が、完全に圧迫されて、脳への血流が完全になくなった最短のケースであって、動静脈は、つねに完全に圧迫されるわけではない。落下前の縄の位置が不適切な場合、解剖学的変異がある場合、落下の衝撃で縄がずれて不適切な位置になった場合などには、縄が首に対して非対称になり、意識のある時間が2から3分になることがある。この場合の苦痛も、2から3分に及ぶことがある。

ソーヴァージュ等 (Sauvageau et al. 2011: 14 Filme von Erhängungsvorgängen) の研究によれば、絞首によって死に至るプロセスは、つぎのようなものである。

意識の消失 (Bewusstlosigkeit [10秒 ± 3秒]) ⇒ 全身の軽い痙攣 (leichte generalisierte Krämpfe [14秒]) ⇒ 両手足が伸びた状態での硬直 (Dezerebrationsstarre [19秒]) ⇒ 複式呼吸 (abdominelle Atembewegungen [19秒]) ⇒ 両足が伸び両腕が曲がった状態での硬直 (Dekortikationsstarre [38秒]) ⇒ 筋肉の弛緩 (Verlust des Muskeltonus [1分17秒]) ⇒ 複式呼吸の停止 (Ende der Bauchatmung [1分51秒 ± 30秒]) ⇒ 最後の筋肉の動き (letzte Muskelbewegungen [4分12秒 ± 2分29秒])

頸動静脈の圧迫の場合、3から4キログラム重で静脈の血流が停止し、
(龍法 '12) 45・1. 166 (166)

16～17キログラム重で動脈の血流が停止する。縄の結び目が対称的であれば定型的縊死（typisches Erhängen）、非対称であれば、非定型縊死（atypisches Erhängen）になる。

（2）気管の閉塞

咽頭の閉塞のために息ができなくなる場合は（定型縊死）、基本的に（1）と同じで、5から8秒は意識がある。縄の結び目が非対称の場合には（非定型縊死）、1ないし2分は意識があるので、この間、痛みが継続し、さらに呼吸が止まる痛みや苦しみ加わる。

頸部気道を完全に閉塞するには、大きな力が必要である。しかし、気道閉塞が不完全の場合には、意識のある時間も長くなるので苦痛や恐怖も長くなる。

（3）頭部離断

頭と胴体が離れてしまう場合でも、瞬時に意識が喪失するわけではない。理論的には、頭部に残った血液から酸素が供給されるので、数秒間は意識があることになる。したがって、その間は痛みを感じられる。しかし、それを検証することはできない。古い記録には、離断した頭が目動いたとか、舌を出したというような記述がある。

（4）延髄の圧迫を伴う椎骨骨折は、ほぼ瞬間的に意識を喪失するが、稀にしか起こらない。（5）迷走神経損傷による急性心停止は、意識があるのは10から12秒であるが、心停止をきたすような迷走神経への強い刺激があることはきわめて稀である。

頭部離断と頸部の損傷については、絞首の場合の頭部への損傷には、縄が首に食い込んだ例、首と縄との摩擦熱で部分的に焦げたような例がある

(絞首索)。

頭部離断の場合にも、完全に離断しないこともある。ラブルの研究によれば、最も強いのは首の皮膚なので、内部はすべて離断しているが、外側の皮だけで胴体と首が繋がっているということがありえる。日本の臨床報告にも、不完全な離断を窺わせるような報告例がある。⁶⁾

5. それぞれの死因の起こる確率

これらの機序の起こる確率については、まず、(4) 椎骨骨折は、瞬時に意識を喪失するが、ごく稀にしか起こらない。⁷⁾ なぜなら、絞首による椎骨の骨折が稀であるばかりか、骨折した椎骨はどの方向に移動するかわからないので、延髄を傷つける可能性は非常に低いからである。「絞首刑では、首の骨が折れて死亡する」とよくいわれるが、このようなことは稀にしか起こらない。(5) の迷走神経損傷による急性心停止は、ほとんど起こらない。ラブル教授は、これまで250～300の絞首遺体の解剖をしているが、2件しか経験がないという。

(3) の頭部離断は、6、7例経験があるという。世界的にも、さまざまな国の頭部離断例が報告されている。かつてイギリスでは、絞首刑においては「落下表 (Drop Chart)」というチャートが用いられていた。([グラフ 2] 落下表) これは、頭部離断を避けるための簡易表であったが、多くの失敗例があったということを示している。

6) 1935年、石橋無事医師 (医学士、九州帝国大学医学部法医学教室助手) は「死刑屍の法医学的観察 (上)」および「同 (下)」(『犯罪学雑誌』9巻、1935年、540～547および660～666頁において、死刑執行による死体の頸部に重大な損傷があったことを報告している。

7) イギリスのリック・ジェームス等の研究 (Ryk James et al. Defense Exhibit 35 - Britain 1992) では、34例中6例 (17.6%)、日本の石橋無事 (1935年) では10、14例中2例 (20%または14.3%) である。

絞首の多くは、(1) または (2)、あるいはその複合形態で起こる死である。

6. 絞首刑における頭部離断と頸部損傷

ラブル教授は、ある男性自殺事件の検死を契機に頭部離断について研究をはじめた。その事例では、男性の自宅の庭で、頭部と胴体が離断した遺体が発見された。現場の屋根からは長いロープが下がっていた。結論としては、ロープを屋根に掛けて首吊りで自殺しようとしたところ、ロープが長すぎたために首に大きな力がかかり頭部と胴体が離断したと判定した。

ラブル教授は、首吊り自殺における頭部完全離断にどの程度の力が必要かに関する生態力学的実験を行った。その結果、頸部の皮膚 (150Newton/cm)、摘出した頸椎 (1000Newton) および頸部筋肉 (胸鎖乳突筋 80Newton等) の緊力を合算し、頭部離断の限界値は、約12000Newtonであると試算された。

つぎに、体重と縄の長さとの関係についての等力曲線を算出しグラフ化したものが下記の【グラフ3】「ラブルの減速表」である。ロープの弾性と輪縄の締め具合によって生ずるロープの伸長を係数をS (減速距離) としている。⁸⁾

結論として、12000ニュートン、すなわち、約1200キログラム (約1. 2 トン) の重さが加わると、ヒトの首は胴体と離断する。離断の可否は、被絞首者の体重と頸部の強度、落下距離およびロープの減速距離の3つの要因によって決定する。

8) Walter Rabl et al.: Erhängen mit Dekapitation. Kasuistik – Biomechanik. Archiv Kriminologie 1955: S.31-37.

7. 絞首刑の死の機序の予測不可能性

イギリスの「落下表」に減速距離の要素を加えて作成されたラブルの「減速表 (Isokraftkurven fuer 120000 N)」によっても、絞首刑において頭部離断が起こるかどうかを完全に予想することはできない。なぜなら、考慮すべき変数が多すぎるからである。

結論的には、絞首刑を執行する場合に頭部離断が起こるかどうか、を予測することはできない。あらかじめ頭部離断が起こらないようにロープの長さを調整してみても、離断を絶対に回避することはできない。⁹⁾ 当然のことながら、日本の絞首刑でも頭部離断は起こりうる。頭部離断を防ぐため、首に働く力を弱くすればいいという論者がいるかもしれないが、そうになると、意識喪失までの時間が長くなり、激しい苦痛を長時間感じながら死んでいくことになる。¹⁰⁾

絞首刑によって瞬間的に意識を失ない、かつ頭部離断が起こらないようにすることは不可能である。研究の進展も期待できない。なぜなら、絞首刑についての詳しい情報は公表されておらず、最近では、世界中で、絞首による死刑執行が減少しているので、実態を知ることがきわめて困難だからである。

したがって、「絞首刑を執行した場合、被絞首者は、苦しみながらゆっくりと死んでいくか、頭部離断によって血なまぐさく死んでいくかを事前に予測することはできない」ということになる。

9) カーディフ工科大学 (Cardiff University School of Engineering) の L・D・M・ノークス (Len D M Nokes) 教授は、「ロングド・ロップ式の絞首の場合には、正確な落下表を作るには変数が多すぎる」という。

<http://www.engin.cf.ac.uk/whoswho/profile.asp?RecordNo=55>

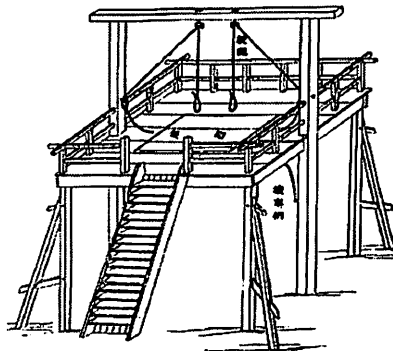
10) 頭部離断を避けようとする、頸動静脈の圧迫によって脳に酸素が行かなくなる可能性、または咽頭の閉塞による窒息の可能性が高くなる。

8. 1952年の古畑鑑定の誤り

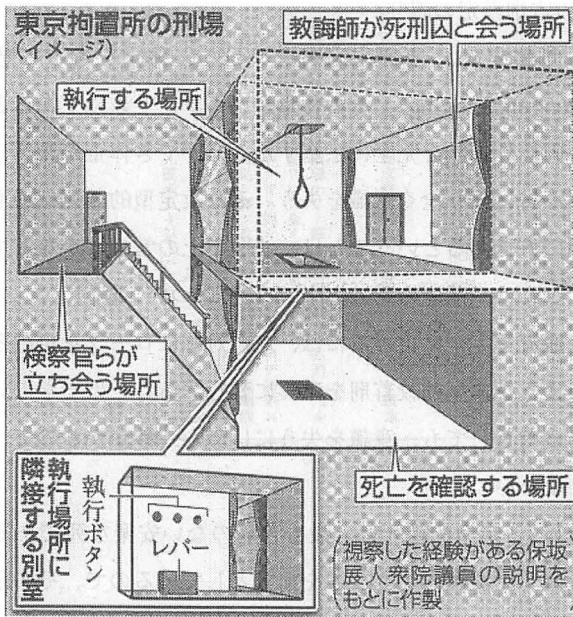
前述の古畑鑑定は、「頸部に索繩をかけて、体重をもって懸垂すると（絞死 Erhaengen; hanging）」その体重が20キログラム以上あるときは左右の頸動脈と両椎骨動脈を完全に圧塞することができ体重が頸部に作用した瞬間に人事不省に陥り全く意識を失う。それ故定型的絞死は最も苦痛のない安楽な死に方であるということは、法医学上の常識にかなっている」としている。これは、前述の死の機序の（1）について検討したにすぎない。

さらに、血流を完全に止めるには、左右対称にロープを掛ける必要があるが、このような典型的絞首刑を確実に執行することはできない。血流が完全に止まったとしても、意識を失うには5から8秒かかるので、瞬時に気を失うことはない。

古畑鑑定は、「定型的絞死は、最も苦痛のない安楽な死である」というが、それは直ちに意識を失うことを前提としているので、その前提は誤っている。被絞首者は、かならず苦痛を感じる。



【図1】1873年の絞罪図式（『明治6年太政官布告第65号』）



【図2】 2010年公開の東京拘置所の刑場写真

これらについて、詳しくは、日本弁護士連合会死刑制度の問題（死刑廃止検討委員会）活動の概要、とりわけ、死刑を考える〔資料〕を参照。

<http://www.nichieibenren.or.jp/activity/criminal/deathpenalty/shiryou.html>

【グラフ2】 落下表 <http://www.capitalpunishmentuk.org/hanging2.html>

【落下表 (1)】 イギリス1892年と1913年の落下表

この表は、イギリスにおける死刑確定者の体重（着衣のまま執行前日の測定）、降下距離（単位：フィート・インチ “）および落下エネルギーを記録している。

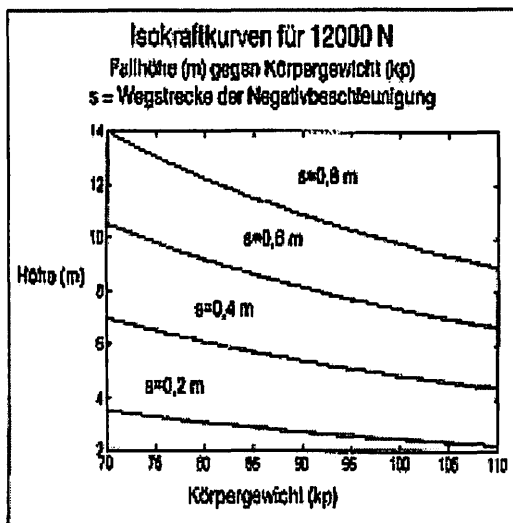
1892年表			1913年表		
体 重	降下距離	落下エネルギー (Ft/lbs)	体 重	降下距離	落下エネルギー (Ft/lbs)
105 & under	8' 0"	840	—	—	—
110	7' 10"	862	—	—	—
115	7' 3"	834	118 & under	8' 6"	1003
120	7' 0"	840	120	8' 4"	1000
125	6' 9"	844	125	8' 0"	1000
130	6' 5"	834	130	7' 8"	996
135	6' 2"	833	135	7' 5"	1001
140	6' 0"	840	140	7' 2"	1003
145	5' 9"	834	145	6' 11"	1003
150	5' 7"	838	150	6' 8"	999
155	5' 5"	840	155	6' 5"	995
160	5' 3"	853	160	6' 3"	1000
165	5' 1"	839	165	6' 1"	1004
170	4' 11"	836	170	5' 10"	992
175	4' 9"	831	175	5' 8"	991
180	4' 8"	839	180	5' 7"	1005
185	4' 7"	848	185	5' 5"	1002
190	4' 5"	839	190	5' 3"	998
195	4' 4"	844	195	5' 2"	1008
200 & over	4' 2"	833	200 & over	5' 0"	1000

【落下表 (2)】 アメリカ陸軍作成の絞首刑マニュアルの落下表 (1959年)

体重 (1ポンド: lbs) と距離 (‘フィート “インチ)。1ポンドは約0.46キログラム、1フィートは0.3048メートル、1インチは25.4ミリメートル。

120 lbs or less	8' 1"	170 lbs	6' 6"
125 lbs	7' 10"	175 lbs	5' 11"
130 lbs	7' 7"	180 lbs	5' 9"
135 lbs	7' 4"	185 lbs	5' 7"
140 lbs	7' 1"	190 lbs	5' 6"
145 lbs	6' 9"	195 lbs	5' 5"
150 lbs	6' 7"	200 lbs	5' 4"
155 lbs	6' 6"	205 lbs	5' 2"
160 lbs	6' 4"	210 lbs	5' 1"
165 lbs	6' 2"	220 lbs and over	5' 0"

【グラフ3】 ラブル実験の結果 (頭部離断の条件: 12000Nの等力曲線)



*横軸は体重 (キロボンドkp=キログラムkg)、縦軸は落下距離 (m)、Sは負の加速度の距離 (減速距離) を示す。

この表は、12000ニュートンの負荷を与えるために必要な落下距離と体重の関係を示している。すなわち、落下速度の減少が一定であるとすれば、落下停止と同時に頭部離断が起る場合の体重と落下高度の関係を示している。

第3章 絞首刑は残虐ですか？はい、残虐で違憲です。

～土本武司証人は、こう言った～

2011年10月12日9時55分、土本武司証人が大阪地裁201号法廷に入廷した。9時58分、書記官が電話し、受話器を下ろすと、「解錠をお願いします」と言った。拘置所の職員が、被告人の手錠と捕縄を解いた。傍聴席の最前列には記者、後列は7、8割程度が埋まっていた。10時、裁判官と裁判員・補助裁判員が入廷した。昨日の午前中は6人の裁判員と3人の補充裁判員全員が立ち会っていた。今日は女性裁判員1人が欠席だった

1. 土本証人について

土本氏は、中央大学在学中に司法試験に合格し、卒業後1年間、日本の新派刑法学の創始者・牧野英一に書生兼助手として師事した後、検察官に任官した。その後、各地の検察庁で勤務した後、最高検察庁検事を最後に退官した。その後は請われて筑波大学の教授に就任し、退官後は白鷗大学法科大学院院長を務めた。現在は退職し、日欄学会理事長である。今回、検事としての実務経験をもつ刑法学者として証言台に立った。

以下は、土本証人の証言の要約である。

2. 絞首刑について

日本国憲法31条は、「法律の定める手続きによらなければ、生命を奪うことができない」と規定している。そこで、法律の定める手続きによるのであれば、生命を奪うこともできるとして、憲法が死刑を認めているという解釈がある。しかし、他方で、憲法36条は、「公務員による拷問および残虐な刑罰を絶対に禁止する」としているので、もし、現行の絞首という

死刑の執行方法が「残虐である」とすれば、死刑は憲法に違反することになる。

ところが、死刑の執行については一切の情報が秘密にされている。そのため、執行方法が残虐性かどうかは十分に検討されてこなかった。今回、裁判員が死刑に関与することになり、この法廷で残虐性について審理されるのは望ましいことである。結論から言えば、絞首刑は、限りなく残虐に近いといえます。

1948（昭和23）年3月19日の最高裁大法廷判決¹⁾は、死刑は、いまの「時代と環境」の下において、火あぶり、貼り付け、さらし首などは残虐であるが、絞首による執行は残虐とはいえない、といっている。しかし、最高裁のこの判決には2つの問題がある。

ひとつは、「見た目」の残虐性を重視しすぎていて、被絞首者の苦痛について十分配慮していないことである。いまひとつは、この大法廷判決から60年の年月を経た「いまの環境」においても、なお残虐でないといえるかである。

3. 残虐性の判断基準～古畑鑑定²⁾の不当性～

(1) 残虐か否かを判断する際には、3つの基準がある。①医学的見地から見て「不必要な苦痛」がないか、②医学的見地から見て「不必要な遺体の損傷」がないか、そして、③一般人の目から見て残虐ではないか、である。

(2) 1955（昭和30）年4月6日の最高裁判決²⁾は、4つの残虐な執行方法と比べれば、特に残虐とはいえないとしているが、残虐の基準は、時代とともに変わりうる。歴史を見れば、かつて真理とされていたことが、科学の進歩によって評価が変わることは、DNA鑑定を見れば明らかであろう。し

1) 最大判昭和23年3月19日（参照昭和23年6月30日、昭和30年判決）

2) 最大判昭和30年4月6日

たがって、昭和30年に妥当だったものがいまでもそうであるとは限らない。

(3) 昭和30年最高裁判決の基礎にあるのは、昭和27年のいわゆる「古畑鑑定」である。古畑博士は、当時の法医学界の最高の権威者であった。古畑鑑定は、絞首刑は、①瞬時に意識を失う、②死体に損傷がない、そして③最も苦痛の少ない執行方法であるから、残虐な刑罰に当たらないとした。たしかに、その当時の科学の水準では妥当なものであったかもしれない。しかし、現代の科学の水準からすれば、それは正しくない。

4. 残虐性の3つの基準

(1) 古畑鑑定は、不必要な苦痛について、瞬間的に意識を喪失するので苦痛を感じないというが、ラブル教授によれば、多くの場合、絞首刑で死に至る機序は、①頸動静脈の圧迫によって脳に酸素が行かなることによって起こる脳幹の不可逆的停止と②咽頭の閉塞によって窒息して酸素が脳に行かなくなることによって起こる脳幹の不可逆的停止である。この場合にも、最低でも5秒から8秒は意識があるので苦痛を感じている。

(2) 死体の損傷について古畑鑑定は、死体に損傷がないというが、絞首刑にはつねに頭部離断の可能性がある、海外には全部離断の記録がある。また、日本でも石橋無事によって、不完全（一部）離断や頸部内離断の例が報告されている。このような悲しい現実があることを多くの人は知らない。

(3) 外観の残虐性について、土本氏の体験によれば、「絞首刑は、正視に堪えないほど、むごたらしいものである」という。

5. 法律の定める残虐でない執行方法とはなにか？

(1) このように、憲法31条は死刑制度そのものについては、法律の定める手続きにしたがえば、即座に違憲ではないとしているが、憲法36条は、

残虐でない方法によるべきことを求めている。したがって、残虐でない死刑の執行方法が「法律の形式」によって定められなければならない。

(2) 法律的側面に関しては、現在、死刑については、刑法、刑事訴訟法、行刑法（『刑事施設の管理及び被収容者の処遇に関する法律』等）などの法律が規定している。本来的には、ひとつの法律で統一的に規定すべきであろう。

(3) 内容的側面に関しては、これらの法律は、具体的な執行方法について十分な規定をしておらず、いまだに、明治6年の『太政官布告第65号』によっている。

明治以来の死刑に関する法令を眺めてみると、明治元年の『仮刑律』³⁾と明治3年の『新律綱領』⁴⁾、は多様な死刑を規定していた。絞首については絞柱式が用いられていたが、窒息死するまでに時間がかかり、苦痛が大きすぎるため、1873（明治6）年の『太政官布告第65号』⁵⁾によって現在の高架式に変更された。その後、1882（明治15）年施行の旧刑法⁶⁾が、

3) 1968（明治元）年。

4) 1870（明治3）年。

5) 1873（明治6）年

6) 『旧刑法』（明治13年7月17日太政官布告第36号）は、1982（明治15）年1月1日（明治14年太政官布告第36号）〔改正〕明治31年法律第11号：〔廃止〕明治41年10月1日（明治40年法律第45号）第6条は、「①刑ハ主刑及ヒ附加刑ト為ス。②主刑ハ之ヲ宣告ス、③附加刑ハ法律ニ於テ其宣告スル者ト宣告セサル者トヲ定ム」とし、第7条で、「左ニ記載シタル者ヲ以テ重罪ノ主刑ト為ス」として、死刑（1号）、無期徒刑（2号）、有期徒刑（3号）、無期流刑（4号）、有期流刑（5号）、重懲役（6号）、輕懲役（7号）、重禁獄（8号）、輕禁獄（9号）第12条は、「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」、第13条は、「死刑ハ司法卿ノ命令アルニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得ス」としているの、死刑は、法務大臣の命令にしたがって、拘置所で絞首刑によって執行し、検察官がこれを検視するという現在の手続の原型はこのときにできあがった。また、「大祀令節国祭ノ日ハ死刑ヲ行フコトヲ禁ス」（第14条）、「死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懷胎ナル時ハ其執行ヲ停メ分娩後一百日ヲ経ルニ非サレハ刑ヲ行ハス」（第15条）、「死刑ノ遺骸ハ親屬故旧詣フ者アレハ之ヲ下付ス但式ヲ用ヒテ葬ルコトヲ許サス」（第16条）としている。

死刑を絞首刑に統一し、さらに1907（明治41）年施行の現行刑法に引き継がれて現在に至っている。⁷⁾

（4）上記の太政官布告によれば、被絞首者を高架に登らせ、後ろ手に縛って、顔を紙で覆い、踏み台を開けて落として、足が地面から1尺程度のところに来るように吊るす。およそ2分経過したら死亡を確認して死体を下ろす。現在では、3点変更されていて、顔を覆うものが紙から布に変わっている。死体を下ろすまでの時間が5分になった。2分では死亡が確認できない事案があったものと推測される。また、現在は、高架方式ではなく、地下方式になっている。具体的な変更の経緯は明らかでない。本来は、法改正によるべきだと思われる。⁸⁾

6. ある死刑囚との交流

1966年、31歳の頃とき、検察官として、死刑を求刑したことがある。

事件は、東京の住宅街で、主婦が刺殺され、現金2千円が奪われた強盗殺人事件であった。犯行直後、捜査検事として、血の海の事件現場で被害者の姿を見て、「速やかに厳罰に処してやる」という強い気持ちを持った。その数日後に被疑者（当時22歳）が逮捕され、捜査段階でも自白し、ほとんど争いもなく、わずか数か月で死刑判決が言い渡され、2年後には死刑が確定し、あとは執行を待つだけになった。

しばらくして、突然、死刑囚となった青年から手紙が届き、文通がはじまった。交流の中で、犯行当時、青年がさまざまな問題を抱えていたことを見逃していたことに気づいた。その青年は、獄中で罪を悔い、ひとりの

7) 現行『刑法』は、漢字片名混じりの文体であったが、1995年『刑法の一部を改正する法律』（平成7年法律第91号）によって、現代用語化（平易化）された。

8) ここで、休廷に入った。午後は、開廷後、死刑囚との交流と死執行への立会いについての証言であった。

立派な人間として立ち直った。

土本氏は、悩んだ末、青年を死刑から救うために「恩赦」を願い出ることを上司に進言した。上司は、「死刑を求刑した検事が、死刑を止めるなどということは理屈に合わない」と言った。1年後、死刑は執行された。執行後、執行の前夜に書かれた青年の手紙が送られてきた。そこには感謝の言葉が綴られていた。

土本氏は、このように改善した人の命を強制的に奪うことが本当に正しいのかを煩悶するようになった。「事件発生当時、わたしが厳罰に処すべきだと思ったことも間違いはないが、捜査、公判、確定と進み、文通をとおして、彼を救いたいと思ったこともまた事実です。このような体験を通して、やはり、『人間は変わりうるんだ』とわたしは思わざるをえない。」

しかし、現在の法律では刑が確定すれば執行しなくてはならない。いまの日本には遷善した人間に対応する法制度が存在しない。⁹⁾

7. 絞首刑の“惨たらしさ”

青年の死刑が執行された10数年後、執行に検察官として立ち会った。「いま、生きて息をしている、体温も温かい、抵抗する手段すら持たない人間を、何人もの職員が一緒になって手足を縛り、顔を白布で覆い、ロープを首にくくりつけ、そして踏み板を外して落とすのです。吊り下げられた受刑者の足は自転車を漕ぐように空を蹴り、痙攣をおこします。」刑務官から、「外からは見えないけれど、体の穴という穴から血や体液が吹き

9) 土本氏は、この青年の事件後も、検察官として、死刑存置の立場を維持し続けた。その日の記者会見の中で、「どうして揺らがなかったのですが」との記者からの質問に対して、「人間を殺したら、命をもって償わなければという応報は無くならないでしょうが、時間がたって、変わりうる人間のことを考えると、また、・・・(無言)・・・。悩んでみたい、苦しみましょう、というのが、わたしの現在の状態です。これで、お察しください。」と答えた。

出し、糞尿を垂れ流すこともある」と聞いた。

執行に立ち会う前、事件の判決文を読んで「これだけ悪いことをしたのだから死刑は仕方がない。正義のためには当然のことだ」と自分に言い聞かせた。しかし、実際に執行に立ち会った後、そんな理屈は完全に吹き飛んでしまった。絞首刑の現実、法律上の理屈など、簡単に消し去ってしまうほど惨たらしいものだった。

古畑鑑定が提出された1952（昭和27）年の東京高裁の事件の弁護人は、執行に立ち会った経験をもつ元検事の向江瑋悦弁護士¹⁰⁾と正木亮弁護士¹¹⁾であった。向江は、土本氏と同じ中央大学の出身あり、正木は牧野英一に師事していた。

8. 検察官の反対尋問

死刑執行の残虐性に関する検察官との対話を再現してみることにする。

- 10) 向江 瑋悦（むかえ てるよし：1910～1980年）は、石川県生まれの元検察官、弁護士、刑事法学者である。司法試験の神様として、また死刑廃止論者として著名。苦学して専修大学予科に入学後、中央大学に転学し、在学中の1935年の高等文官試験司法科試験に合格。司法官試補を経て検察官となり、思想検事系列に名を連ねた。1946年検察官を辞めて弁護士登録。刑事弁護士として、著名事件で無罪判決を獲得した。“特捜殺し”の異名をもつ。主著に『死刑廃止論の研究』（法学書院、1960年）。同書により、中央大学から法学博士の学位を受けている。
- 11) 正木 亮（まさき あきら：1892年～1971年）広島県出身の元検察官、法学者、弁護士、死刑廃止論者。東京帝国大学法科（独逸法科）に大学在学中から牧野英一に師事し、教育刑論を学び、監獄の改良に関心をもった。卒業後、司法官試補となり監獄行政を担当、1921年に監獄局入り、志願囚として刑務所で被収容者と起居を共にした体験をもつ。大審院検事、控訴院次席検事、検事正などを経て、1941年、司法省行刑局長、1943年、司法省刑政局長。広島控訴院検事長時代に被爆した。終戦後は、1946年、公職追放されて退官。弁護士となった。矯正協会会長なども務めた。死刑廃止論運動の中心的人物として、1956年の羽仁五郎らによる死刑廃止法案提出に寄与した。主著に『現代の恥辱——わたくしの死刑廃止論』（矯正協会、1968年）等がある。

（検察官）最高裁の昭和30年の判決は、絞首刑について他の方法と比べているものであり、死に至るまでのことや、その際、処刑される人の意識の有無についてはふれていないですね

（証人）ないですね。

（検察官）古畑鑑定は、「定型的経死は苦痛を伴わない」と言っています。また「最も理想的に行われれば、身体に損傷はない」と言っていますね。

（証人）はい。

（検察官）太政官布告65号は、有効であると認められていますね。

（証人）結論としてはそうです。法律としての効力そのものは問題であるが、太政官布告65号には施行期限が定められているわけではありませんので、失効したとは言いきれません。現状では、その効力が残っていると言わざるを得ませんが、このような状態は、立法措置としては不適切であると考えます。

（検察官）立法の問題であるとお考えですか。

（証人）（うなずく）

（検察官）憲法第36条について「限りなく残虐に近い」とうかがいましたが、残虐か、残虐でないかと言えば、残虐ではないということですね。

（証人）それは、わたしの謙遜が入った表現になっています。わたし自身は、残虐であると思っています。いまのわたしは、ひとりの市民でありますから、いやしくも一市民が、これが残虐であると法廷で断言して申し上げるのは適当ではありません。わたしが証言したことについて、残虐かどうかを判断するのは司法の場にいる検察官であり、弁護人であり、裁判官であり、法廷です。そういう意味で「限りなく残虐に近い」と申し上げました。

（検察官）刑場で証人が聞いたのは、「職員から聞いた」ということで間違いないですね。

(証人) はい、伝聞です。

(検察官) 苦痛は人それぞれ違うということですよね。

(証人) はい。

(検察官) 死刑を求刑した事件で、恩赦を請求しようとしたことについて証言されたとき、最後に小さな声で「恥ずかしいことですが」と言われましたが、これは何について恥ずかしいと思われたのでしょうか。・・・つまり、恩赦を請求したことに対して、いま、考えると恥ずかしいという意味でしょうか。

(証人) 検察官として、事件を捜査して、起訴をして、死刑の求刑をしておきながら、恩赦を請求するということ自体、当時は組織で仕事をしておりましたから、そんな理屈が通るわけがない。そんなことすら、最初から想定していなかった自分が恥ずかしいという意味です。

(検察官) アメリカでは、これがいいという執行がなく、動いているというお話だった。薬物注射と絞首刑を選択できるところもあるのはなぜですか。

(証人) アメリカは個人主義の国です。ほとんどの州で注射刑を選択し、最近絞首刑がとられた例はないと聞いています。¹²⁾

(検察官) 個人主義というのは、どれが残虐かは人それぞれであるという意味ではないのですか。

(証人) そういう趣旨も含めて…。

(検察官) 死刑制度そのものは、合憲であるということによろしいですね。

(証人) 先ほど申し上げた通り、憲法31条の解釈からは存置されていいと思っています。存廃論は昔から、洋の東西を問わず、結局、不毛な哲学論争や宗教論争になってしまいます。結局、どれだけの国民が死刑を維持し、廃止を求めるかということで決めるべきだと考えます。内閣府や民間

12) アメリカの死刑判決や執行については、下記のサイトが詳しい。

<http://www.deathpenaltyinfo.org/documents/FactSheet.pdf>

組織のアンケートのかなり多くで、8割以上の者が存置に与している現状です。これを無視することできません。しかし、世論調査の方法にも反省すべき点があります。事前に何の情報も公開せず、たとえば、この法廷で明らかになったようなことも何も言わないで調査を行なっているわけですから、それを知らせた上で調査をすれば、結果は、変わる可能性があります。しかし、いまは多くの国民が支持しているわけですから、制度としては存置させなくてはならないと考えます。

その後、弁護人から、「個人的には、絞首刑が残虐だと考えるか」「いまの世論調査には前提となる十分な情報がないといえるか」「『限りなく残虐』というのは謙遜で、ご自身は残虐であるとお考えか」との質問があった。土本さんは、いずれの問いも、はっきり肯定した。

そして、最後に、「死刑の存廃は、全部の情報を踏まえて判断すべきだと思います。ラブル博士のような科学的な分析、わたし自身が証言した体験、立ち会った検事にもカーテンをして、全部を見せていないのという事実も、これらすべてが公開されなければ、絞首刑に対する賛成は、正しい知識を前提としたものとはいえない」と述べた。

9. 証言の後に

証言後、記者会見が行われた。

「なぜ、元検事でありながら弁護側証人を引き受けたのか」という質問に対しては、「裁判員裁判が始まって3年目になり、まさに見直しの時期にあります。司法の情報収集が重要となっています。これまで近寄り難いと思われてきた死刑問題について、せっかくの機会でありますから引き受けました。たしかに、ためらいもありましたが、そのためらいを越えるところの必要性があった、それを凌越するものがあったということです。国

民が知るべきことのメリットの方が大きかったということです」と答えた。

裁判員裁判で死刑事件が審理されることについて、「死刑の判決は負担が大きいので、なかなか死刑判決は出ないだろうと思っていたが、この2年の間に多くの死刑判決が出ている。¹³⁾ それだけ、死刑事件について国民の関心が大きいので、一般国民に刑事司法を、なにかんずく、死刑についての理解を深めるべきだ」。

裁判員の負担については、「事前に情報を知らせて判断してもらうべきだと思う。死刑については触れないほうがいい、触れたがらないという傾向がある。それで済めばよいが、実際に、死刑裁判に参加しなくてはならなくなった以上、人の命を左右する重大な一票を行使するにあたり、十分な情報が提供されないまま、何となく、恐れおののくような形で死刑という刑を選択させることは良くないと思う。国は、それらの情報を積極的に与え、国民の方も、しっかり勉強するという努力が必要だと考える」。

このような議論は、国会ですべきではないかという質問に対しては、「最終的には立法ですが、適用するのは司法の場です。赤裸々に事実直面し、問題点にも直面する。ややもすると、立法の仕事だからといって、司法が受身になり、行政や立法の言う通りでいいという人もいるかもしれないが、それだけではいけない」。そういう意味でも、「今回の法廷で、多くの反対と困難に対して、弁護人らの、それらを凌駕する努力には敬意を表したい」。

検察官が何も反証しなかったことについては、「本来、こういうことがあったら、検察として『刑の執行は何ら問題ない』と主張立証すべきでは

13) この時点での裁判員裁判の死刑判決は8件（死刑求刑11件死刑判決8件、無期2件、無罪1件）であった。速報値については、下記のサイトが詳しい。

http://www.geocities.jp/masakari5910/citizen_judge_hanrei_2011.html

研究ノート

ないかと思う。昭和23年と30年の大法廷判決があるから、検察は積極的に主張する必要がないと鷹揚に構えているのは問題がある。国家が正当な行為をしているならば、積極的に反証すべきだと思います」。

第4章 裁判員のみなさん！死刑は憲法違反です！

～わたしたちは見ました。～

第1節 大阪パチンコ放火事件の裁判を傍聴して

堀 川 恵 子

1. 元検事が証言台にたった理由

なぜ、最高検察庁の元検事だった男が、弁護側の証人にたつのか。この裁判では、筑波大学の名誉教授で、元検事でもある土本武司さん（76歳）が出廷したことが、大きな驚きをもって受け止められました。

後藤貞人弁護士が初めて土本さんと顔をあわせたのは、裁判が始まる1か月前の2011年8月5日のことでした。実はつい半年前まで、後藤弁護士にとって土本さんの存在は「検察よりのコメントしかしない検察出身の学者」といった印象に過ぎなかったといいます。しかし、あるNHKのドキュメンタリーを見てから、その認識は大きく崩れ、土本さんに面会を申し入れることになりました。それは、わたしがディレクターとして制作した「死刑裁判の現場～ある検事と死刑囚の44年」という番組でした。^[註] そのような縁で、わたしも裁判の準備を間近に見ることになりました。

土本さんは昭和41年、まだ31歳だったときに、人生でたった一度だけ死刑を求刑したことがあります。東京の住宅街で、主婦が刺し殺されて現金2千円が奪われた強盗殺人事件です。捜査検事として現場に駆けつけた土本さんは、被害者やその家族のためにも、厳罰に処さなくてはと怒りに震えたといいます。しかし、その後、死刑囚となった青年（逮捕当時22歳）から土本さんに宛てて手紙が届き、文通がはじまりました。そうするうちに土本さんは、犯行当時、青年が色んな事情を抱えていたことを見のがしていたことに気が付き、さらに、青年が獄中で罪を悔い、ひとりの立派な

人間として立ち直ったことを確信します。悩んだ末に、青年を死刑から救うために、刑を減ずることができる「恩赦」という方法をとろうと考えました。しかし、相談した上司からは「死刑を求刑した検事が、死刑を止めるなんて理屈に合わない」と止められてしまいます。それから一年後、青年への死刑は執行されました。絞首刑です。処刑される前夜に書かれた最後の手紙には、土本さんへの感謝の言葉が綴られていました。

たとえ罪を犯しても、立派に立ち直った人間を処刑する死刑とは一体何なのだろう。土本さんの中に芽生えた疑問は、心の中に波紋を広げ続けました。あの青年の最期はどのようなものだったのか、青年に自ら死刑を求刑した者として、それを自分の目で確かめなくてはならないと土本さんは考えます。そして十数年後、別の事件の死刑執行の現場に、志願して立ち会いました——死刑の執行には検察官が立ち会う決まりになっています——。

そこで土本さんが見たのは、想像もしなかった絞首刑の“惨たらしさ”だったといいます。生きている人間を大勢で吊るして殺すという異常な行為、そして、吊るされたまま揺れる人間の姿。その光景は、それまで幾つもの悲惨な事件の現場に立ってきた検事にとってすら、想像を大きく越えるものでした。そして、目の前で宙に揺れる死刑囚の様子は、あの青年の姿と重なりました。

後藤弁護士は土本さんに、番組で語った経験を、法廷でもっと詳しく証言してほしいと頼みました。しかし、元検察官でもある土本さんにとって、それは簡単なことではありませんでした。かつての古巣でもある検察という大きな組織を敵にまわして証言するのは、マスコミの取材で語ることとはまったく次元が違いました。さらに土本さんは、死刑制度そのものについて、多くの国民が「やむを得ない」と容認している現在は、否定することは難しいのではないかと考えていたからです。後藤弁護士は、悩む土本さんに何度も面会しました。そして、裁判員裁判が始まった今、死刑

判決を下す立場になった市民に対して、これまでずっと秘密にされてきた絞首刑の現実について明らかにすることの大切さを訴えました。この裁判で争うのは、死刑そのものの是非ではなく、「絞首刑」が憲法に違反するほど残虐かどうかだったからです。

いよいよ大阪で裁判が始まろうとする半月前になって、土本さんは証人として、後藤さんと一緒に戦うことに決めました。ひとりの青年を死刑に追い込んでしまった元検事として、そして絞首刑の現場に立ち会い、その「惨たらしさ」を心に刻み込んだ人間として、果さなくてはならない責任だと思ったからでした。

2. “惨たらしかった” 絞首刑

私たちは日常生活で「死刑」という言葉を簡単に口にします。死刑とは、人の命を奪った者が命で償う罰なのだと単純に捉えがちです。しかし、実際に死刑執行に立ち会った人たちはみな、口をつぐんでしまいます。それは、秘密にしなければならない事柄だからということよりも、むしろ、言葉で簡単に表現することが出来ないような過酷な現場だからです。

土本さんの証言によると、今、生きて息をしている、体温も温かい、抵抗する手段すら持たない人間を、何人もの職員が一緒になって手足を縛り、顔を白布で覆い、ロープを首にくくりつけ、そして踏み板を外して落とすのです。吊り下げられた受刑者の足は自転車を漕ぐように空を蹴り、痙攣をおこしていたといいます。別の死刑執行に立ち会った刑務官の話によると、外からは見えないけれど、体の穴という穴から血や体液が吹き出し、糞尿を垂れ流すといいます。さらにラブル博士の証言にもあったように、多くの場合、受刑者には暫くの間、意識があるのです。吊り下げられたまま、想像を絶する苦しみ悶絶しているのです。そんな状態でユラユラと揺れる受刑者の身体を、何人もの立会人が取り囲み、完全に死亡する

のを待ちながら、ただじっと見つめる時間は十数分に及ぶといいます。

時には首が切断するほどに傷んだ遺体を清めたり、体液などで汚れた処刑場の掃除をするのは、刑務官の仕事です。彼らは、家に帰れば良き父親や母親である人間です——女性刑務官が執行に立ち会った事実を、私は取材で確認しています——そんな彼らが、自分の子どもに対して、絞首刑が正義を実現するための立派な仕事なのだと誇ることは決してないでしょう。

土本さんは執行に立ち会う前、死刑囚が起こした事件の判決文を読んで「これだけ悪いことをしたのだから死刑は仕方がない、正義のためには当然のことだ」と冷静に自分に言い聞かせたといいます。しかし、実際に執行に立ち会った後、そんな理屈は完全に吹き飛んでしまったと言います。絞首刑の現実とは、説得力を持つかのように思えた法律上の理由など、簡単に消し去ってしまうほど惨たらしいものだったのです。

実は、わたしが番組を制作する過程でも、こんなことがありました。当初、今まで述べてきたような、死刑の執行「後」の実態についても伝える予定でしたが、撮影の当日になって、土本さんは真っ青な顔でNHKのスタジオに現れました。そして、前の晩、眠れない夜を過ごしたことを打ち明け、あまりに惨い受刑者の最期の状態を口にするに自分は耐えきれないと語りました。話し合った結果、番組では、執行後の詳しい状態についてはふれずにおきました。普段は堂々としていて威厳すら感じさせる土本さんの尋常ならざる様子に接したわたしは、それほどにまでに惨たらしい光景を土本さんは目にされたのだということ、そして、それは、実際に見た人間にしか分からないほどの衝撃なのだというのを改めて実感したのです。

今回の裁判の前に一度だけ、絞首刑の残虐性が法廷で争われたことがあります。昭和27年の東京高等裁判所でのことです。この時も、絞首刑が残虐だと主張したのは、戦時中、検事として死刑執行に三度立ち会ったこと

のある向江瑋悦弁護士と、同じく元検事で、在職中に四度、死刑執行に立ち会った正木亮弁護士でした。そして、今回の法廷で証言したのは、土本武司元検事。いずれも、死刑を求刑する側の検察官であり、同時に、死刑執行の現場に実際に立ち会ったことのある人たちばかりでした。これは、単なる偶然ではないでしょう。

悪いことをした罰として、生爪を剥がされたり、目玉を突かれるようなことが残虐かと聞かれたら、否定する人は恐らくいません。なぜなら、私たち自身がその状態を想像して、それがどれほど苦しく惨たらしいかを感じ取ることが出来るからです。では、人間を吊るして殺す「絞首刑」はどうでしょうか？それは、あまりに非日常的な行為であることに加え、実態がずっと秘密にされてきたため、わたしたちは、それが一体どんなものであるのか、実感をもって想像することができませんでした。知らないから、考えないで済んだとも言えるかもしれません。だからこそ、絞首刑が残虐かどうかを考えるためには、何より実際に経験した人の言葉に、謙虚に耳を傾けなくてはならないのではないのでしょうか。

3. なぜ残虐な刑罰は許されないのか

日本の裁判では、2008年から犯罪被害者が検察官と同じ席に座り、法廷で被告人に質問したり、刑罰について意見を述べる事が出来るようになりました。今回の法廷でも、そのための多くの時間が費やされました。

被害者や遺族は、涙ながらに訴えました。どうして、こんなひどい罪を犯した被告に残虐な刑を科してはならないのか。絞首刑で数分くらい意識があったとしても、そのくらいなんだ。首が切れても一瞬のことではないか。同じように被告人も炎に包まれて被害者の苦しみを味わうべきだ。被告人の家族にも火をつけてやりたい、裁判員は勇気をもって死刑にしてほしい。

怒りは、弁護団にも向けられました。「絞首刑の残虐性は、この裁判とは別の問題だ。時間かせぎのためにやっているのではないか。自分たちの知名度を上げるためだ」としか思えない。

被害者や遺族の方々のやり場のない怒りと哀しみが、法廷中を包み込みました。裁判官席では、裁判員が何度も、なんども涙をぬぐったり、鼻をすする姿が目につきました。わたしには、こんな雰囲気の中で、絞首刑について冷静な議論を行なうことは不可能ではないかと思えたほどでした。

土本さんと後藤弁護士は、裁判の前から、この問題について多くの時間を費やして議論を重ねてきました。死刑問題を考えるとき、被害者の方々の存在を無視することはできないからです。

ある日の議論で土本さんは「残虐な殺され方をした仕返しに、犯人を同じような方法で殺しても、犠牲者を生かすことにならないと思う」と切り出しました。「今日の日本では、法の手続きを経れば死刑自体は憲法に違反しないとの判断が下されているけれども、その執行には、憲法第36条の制限がかけられているはずだ」。

36条の「公務員による拷問および残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる」という条文には、他の条文には見られない「絶対に」という言葉が使われています。「絶対」という言葉によって、一切の“例外”をも許さない極めて厳しい制限を課しています。このことは、たとえ被害者がそう願ったとしても、叶えられることではないことも意味しています。世界各国の情勢を見ても、残虐な刑罰から、少しでも残虐でない刑罰へと試行錯誤が繰り返されていて、絞首刑はすでに、ほとんどの国で行われなくなっています。

「犯人の命を奪う死刑という行為は国家に許されたギリギリの行為であり、それが残虐であれば、国家がなしうる限界を超えることになる」と、土本さんは証言の原稿に書き込みました。つまり、犯人がたとえどんな残虐な行為で人を殺したとしても、国家というのは決して同じことをしては

ならず、残虐ではない人道的な方法で罰を与えなくてはならないということです。土本さんが法廷で使った「国家の矜持（ぎんじ）」という少し難しい言葉は、このようなことを意味しています。もちろん、絞首刑が明らかに憲法の定める限度を越えていることは、実際にそれを自分の目と耳で確認した土本さん自身、疑問をさし挟む余地も無いほどに確信したことです。

後藤弁護士も、審理の最終日である最終弁論の日に、あらためて被害者と刑罰の関係について自身の考えを訴えました。「法廷は、被害者や遺族の方々の問いかけに答える場ではないが、それに答えることが弁護人の責務であり、裁判官の判断に資するところがある」と前置きして、つぎのように述べました。

「この裁判の争点は3つある。被告人の精神病（妄想）が犯行にどのように影響を与えたか、治療すれば治る見込みのある被告人を死刑にしているのかということ、そして、憲法に違反する残虐な絞首刑を科しているのか、ということだ。」

「裁判官は、被害者の代理人ではない。被害者の感情はもちろんくみ取らなければならないが、それだけで判決を下すのならば、そもそも評議をする必要もないということになるから、冷静に考えてほしい。」

「刑事弁護人の仕事は、被告人のために全力を尽すのが使命。絞首刑の問題も事件と無関係ではなく、被告人に科せられるかもしれない刑なのだから深い関係がある。刑罰が、犯罪と同様の苦痛を与えることを目的としているならば、同じ残虐さで被告人を死刑にする意味はあるが、わたしたちの法律はそうはなっていない。罪なき犠牲者のため、残虐でない方法で罰することが裁判所がすべきことではないか」と訴えました。

後藤弁護士は、「刑事裁判の法廷とは本来、法と証拠によって被告人の罪を裁く場であり、被害者の感情によって左右されるべきものではない、という大原則を被害者にも、裁判員にも、改めて認識してほしい」という思いだったのかもしれません。

4. 罪と罰の重み

法廷で、死刑を求める被害者の方々が訴えた言葉には、共通していたものがありました。「謝ってほしい」「反省してほしい」「償ってほしい」「どうして（犠牲者が）自分の家族でなくてはならなかったのか教えてほしい」。

それらすべての問いに答えられるのは、被告人しかいません。しかし、やりとりは最後まですれ違いのままでした。被告人は、事件を起こした理由について、自分の中にいる（妄想上の）女性に反撃するためだったこと、被害者の人たちは、その女性の存在を知らず知らずのうちにしていたのだから自業自得であることなど、意味不明な説明を繰り返すばかりでした。精神病のせいで、わたしたちと同じように、道徳規範に立って自分の罪を反省し、謝る心は完全に失われていたのです。その日の審理が終わって傍聴人が退廷した後、空になった法廷には、被害女性の叫び声にも似た泣き声だけが響き渡っていました。

刑事裁判という場所で、被害者や遺族は、被告人に直接、怒りをぶつけることはできても、その苦しみや悲しみを解消することはできません。だからこそ、わたしたちは法廷ではなく社会全体で、彼らの苦痛や無念を少しでも和らげるための方策をしっかりと考え、支えていかななくてはなりません。

例えば、生き残った被害者たちは精神的な苦痛だけではなく、火傷による皮膚移植の手術や治療のために多額の金銭的な負担を強いられています。歩行が困難になり、普通に仕事をすることもままならず、生活に困っている人もいました。しかし、裁判が終わってしまえば、殆どの人はそのようなことすら忘れてしまうでしょう。

2007年に法律が改正されてから、加害者に対して被害者が、より簡単な方法で損害賠償を請求できる手続きは整いました。しかし、罪を犯す人の

多くは経済的な余裕などなく、弁済能力は望めないのが現実です。海外の刑務所では労働賃金が高く設定されていて、受刑者が働くことで被害者への弁済に充てる方法も活用されています。しかし、日本の刑務所の作業報奨金は、受刑者が日用品を買うにも不足するほど低く抑えられていて、たとえ被告人が一生働いたとしても、十分な弁済はかなわないでしょう。このような刑務所の仕組みは、すぐにでも改善されるべきです。また、加害者に代わって国が給付金を支払う制度も作られましたが、条件が厳しく十分な給付は実現していません。もちろん、犯罪を起こすような人間を私たちの身の回りから生み出さないような努力をする必要が大前提であることはいうまでもありませんが、犯罪被害者への救済制度は、まだまだ拡充していく必要がありそうです。

さらに、被害者や遺族が抱える精神的な苦痛に万能な処方箋はあるのか。それが最も難しい問題です。被告人が死刑になることで心の区切りがつく被害者や遺族もいるかもしれませんが、多くの被害者遺族が語っているように、それで苦しみが解決されるわけでは決してありません。死刑を廃止したオーストリアからやってきたラブル博士に、あなたの国ではどうなのかと尋ねてみると、「心の傷を癒せるのは・・・時間の経過だけです」と短く答えました。

被告人が絞首刑によって殺されれば、また新たな遺族が生まれます。被告人の母親や妹、子どもたちです。加害者の親族である彼らこそ、訴えることのできる場所はどこにもありません。加害者の遺族が自ら命を断つ悲劇は、後を絶ちません。悲しみの連鎖は、続いてゆきます。

罪を犯した人間に対して、同じような苦しみを味あわせてやりたいという復讐心は、わたしたち誰もが抱くものです。それは、簡単にはぬぐいさがることが難しい人間の本能でもあります。しかし、本能のまま生きることが許されたら、殺しあいが続く社会になってしまう。だからこそ、わたしたちの社会は、法律というルールを使いながら、少しずつ、復讐の感情を

抑制する方向で進んできました。

もし、犯人の命を奪うことで被害者の失われた命が取り戻せるのならば、議論の方向を変えなくてはなりません、それは実際には叶いません。だからこそ、二度と取り返しのつかない“命を奪う”ことは、許されざる重い罪なのです。犯罪、事故、災害、病気・・・、わたしたちの社会は多くの苦しみで満ちあふれ、生きたいと願っても、叶わない人たちが沢山、沢山、います。その、かけがえのないひとつひとつの命に、大切な命と軽い命、死んでもいい命と死んではいけない命というような区別は存在しないはずです。死刑を認めた最高裁判所の判決ですら、人の命については「地球よりも重い」と言葉を尽くしました。この世に同じように生まれてきた命であれば、どんなことがあっても、与えられた時間、最期の瞬間まで、大切に生き抜かなくてはならない命に変わりありません。“命を奪う”行為は、いかなる理由があっても、どんな人であっても、許されてはならないのではないのでしょうか。

5. 死刑のある国に生きるわたしたち

今回の裁判では、「絞首刑」が残虐な刑罰であるということが、土本さんやラブル教授の証言を通して明らかになったと言えるでしょう。死刑を選んだ判決ですら、そのことについては、後藤弁護士らが立証した多くの事実を認めるに至りました。

判決の後に会見した裁判員の人たちが、一致して語ったことがあります。それは、「裁判の前は絞首刑について何も知らなかったのが、審理に参加して沢山のことを知ることが出来た」、「絞首刑の問題については、もっと多くの人が情報を知り、議論をすべきだ」、そのためにも「大昔の裁判の判例ではなく、死刑執行に関する最近の新しい情報やデータを使って話し合うべきだ」と訴えました。あらゆる情報を持ちながら秘密主義を

改めようとしなない法務省は、これら裁判員の声にしっかりと耳を傾けるべきです。

法廷での証言を終えた後、土本さんは、後藤弁護士とともに記者クラブでの会見に臨みました。元検事なのにどうして弁護側の証人になったのかと多くの記者から質問が寄せられました。その答えはすでに述べてきたとおりですが、会見の最後、たった一つだけ、土本さんの心をかすめる質問が出ました。

ある記者が、「長谷川死刑囚との手紙のやり取りを通して、更生した人間に対して死刑を科すことに疑問を感じたのか」と念を押すと、土本さんは小さく頷いて、答えました。

「事件発生の時、厳罰に処すと思ったことは間違いないし、文通を通して彼を救いたいと思ったことも事実だ。このようなことを通して、やはり『人間は変わりうるんだ』と思わざるをえない。しかし、現在の法律では刑が確定すれば執行されなくてはならない。今後の検討課題として、変わりうる人間に対応する法制度が出来ればいいと思っている」。それは、かつて土本さんが試みて失敗した「恩赦」を、もっと広く使えるようにすべきだという意味でした。

すると、記者はたたみ掛けるように重ねて質問したのです。

「そんな事件を経験しても、死刑そのものを認めるのはどうしてですか？」

土本さんは暫くうつむいて沈黙した後、こう続けました。

「人間を殺したら、命をもって償わなければという応報は無くならないでしょう。しかし、時間がたって変わりうる人間のことを考えると・・・（無言）・・・悩んでみたい。苦しみましょう、というのがわたしの現在の状態です。これで、お察してください。」

みずから死刑に追い込んだ青年の命を背負い続けてきた土本さんですから、半世紀に近い道のりを経ても、死刑については、未だ明確な言葉にす

ることを躊躇し、悩み続けています。死刑とはそれほど重く、簡単に片付けてしまえる問題ではないのでしょうか。

わたしたちは、今回の裁判を足がかりに、さらに一步、歩を進めて考えてゆかなくてはなりません。本当に残虐でない死刑はありうるのか、そして、人が人の命を奪う死刑という刑罰から、私たちの社会は一体、何を得ているのか。進む先にはまだ大きな課題が残されています。

死刑という制度を持つ国に生きるわたしたちは、考えることを止めてはなりません。目を背けず、死刑の意味、被害者の救済、そして、罪と罰のあり方について、もっともっと深く考え、悩み、苦しんでゆかなくてはならないのでしょうか。

【注】詳細は、拙著『裁かれた命～死刑囚から届いた手紙』（講談社、2011年）参照。

第2節 絞首刑をめぐる迷信—死刑の是非を論じる前に—

布施 勇如

大阪の居酒屋で、客である母と中学生の息子が論争をしている。「死刑」がテーマらしい。

「わたしは、あんたやお父さんが殺されたら、殺したヤツを殺しに行く。でも、それができへんから、死刑は当然や」と母が言う。

「オカンなあ。そいつを死刑にしたって、俺やオトンは戻ってけえへんねんで」と、冷めた調子で息子がなだめる。

「そらそうやけど、せめてそいつが死刑にならん限り、わたしは納得がいかん」。母のボルテージは上がる一方だ。

「死刑っていうのは、結局、国が人を殺すことなんやで」。息子が論ず。

父は「困ったなあ」という表情を浮かべ、妻と子のやり取りをただ聞い

ている。

母子が議論しているのは、「死刑」という制度自体が必要かどうかについてである。

母は、殺した人間が同じ害で報復されるのは当たり前のことだと考えている。そうでなければ、遺^{のこ}された家族が救われれないと言っている。

息子は、報復したところで失われた命が取り戻されるわけではなく、死刑という制度が国家による殺人であることを見抜いている。

だが、居酒屋に客がほかに10人いたとすれば、8人か9人がオカンの意見に賛成し、息子を応援するのはせいぜい2人くらいのものだらう。死刑に賛成する人たちと、反対する人たちとの隔たりは大きく、議論はかみ合わない。

日本では、殺人を犯したり、強盗をして人を死なせたり、誰かが住んでいる建物に火を付けたりした人を、場合によっては死刑にすることができると。刑法という法律で決まっていて、最高裁判所もこれまでずっと、死刑制度は憲法に違反しないという判断を示してきた。

だから、もし、息子が本気で死刑をなくそうと考えているのだとすれば、オカンや他の客どころか、刑法を変えさせるだけの説得力が求められる。

料理を作るには材料が必要なように、死刑に賛成か反対かを議論するには、判断するための材料が要る。生の素材が十分に調達されているのかどうか、2011年に大阪地方裁判所で行われた重要な裁判を題材に検証しようとするものである。以下、引用中の〔 〕内は筆者による注釈である。

この裁判は、プロの裁判官3人と、有権者の中から抽選などで決まった6人の裁判員で審理が行われた。対象となった事件は、2009年7月5日、大阪市此花区のパチンコ店で起きた。精神を患っていた男性（被告人）が、店内にガソリンをまいて火を付けた。店は全焼。客と店員らのうち、5人を焼死させ、10人にやけどを負わせた。

被告人の罪を問う検察官と、被告人の後ろ盾となる弁護人との間で争い

となったのは、①精神を患っていた被告人に、犯行当時、物事の善し悪しを判断する能力（責任能力）があったか、②首を縄で絞める絞首刑という日本の死刑の方法は、本当に憲法に違反（違憲）しないのか、という2点だった。2009年8月に日本で実際に裁判員裁判が始まって以降、②を争点に違憲性を本格的に主張したのは初めてのケースで、その意味から歴史的な裁判だったと言っていい。

4人の弁護人のチーフを務めた後藤貞人弁護士は、特に刑事裁判（有罪か無罪か、有罪ならどんな刑罰を科すかを定める裁判）では日本有数の敏腕弁護士と評価されている。後藤弁護士自身は「死刑は廃止すべきだ」という考えを持っている¹⁾が、この裁判で「死刑は憲法違反だ」という主張はしなかった。そうではなく、「絞首刑は残虐な刑罰を禁じた憲法36条に違反する」、だから被告人に死刑の判決を言い渡してはいけないと主張し、あとで触れるように、2人の専門家を証人として法廷に招いたのだ。

死刑についても絞首刑についても、日本の裁判所が違憲だという判決を言い渡したことはない。

まず、死刑そのものに関しては、1948年3月12日、最高裁判所で憲法違反かどうかを審理する大法廷が、「刑罰としての死刑そのものが、直ちに残虐な刑罰とは考えられない」という判断を示した。憲法36条は「残虐な刑罰は絶対に禁ずる」と定め、憲法31条では「法律の定める手続によらなければ、生命を奪われない」となっている。最高裁判所大法廷は、この31条について、「現代多数の文化国家におけると同様に、刑罰として死刑の存置〔制度として置くこと〕を想定し、是認したものと解すべきである」とした²⁾。刑法という法律で定め、これに沿って死刑を行う限り、生命を奪ってもいい、

1) 石塚伸一ほか「〈座談会〉裁判員裁判の下で死刑の縮減・廃止を展望できるか」法律時報83巻7号（2010年）19頁。

2) 最高裁判所刑事判例集2巻3号191頁。「最高裁判所判例集」で検索できる。

http://www.courts.go.jp/search/jhsp0010?action_id=first&hanreiSrchKbn=02

という内容だ。

つぎに、絞首刑という方法に関しては、1955年4月6日、最高裁判所大法廷が「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〔首を斬^もって殺すこと〕、銃殺、電気殺、瓦斯^{ガス}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〔人として守るべき道〕上残虐であるとする理由は認められない」³⁾ という判断を示した。

以上に挙げた2つの最高裁判決はその後今日に至るまで、従わなければならない「判例」として、死刑も絞首刑も憲法違反ではない（合憲）という根拠に用いられ、しばしば引き合いに出される。

なのにどうして、今回の大阪地裁での裁判で、後藤弁護士たちは敢えて、死刑そのものはさておき、絞首刑という方法に絞って「憲法違反だ」と主張する戦術を選んだのか。

それはほかでもない、1948年と1955年の最高裁判決の中に、今こそ問い直さなければならない指摘があると考えたからだ。

1948年判決はこう述べている。「死刑といえども、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^{もちろん}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36条に違反するものというべきである」。要するに、どんな死刑の方法が残虐なのかは、時代によって変わるのであって、木に縛り付けてやりで何度も突き刺したり、首を切り落とした後、大衆の前にさらしたりという方法は、江戸から明治時代の初期までは法律で認められていたが、そうした方法を復活させるとすればそれは残虐で、憲法違反だというのである。

3) 最高裁判所刑事判例集2巻4号663頁。「最高裁判所判例集」で検索できる。

今回の大阪地裁の裁判以前に、裁判所が専門家の意見を聞いたうえで「絞首刑は残虐な刑罰には当たらない」と判断した事例としては、1955年12月19日の東京高等裁判所判決がある。3人の専門家は1951～1952年に提出した鑑定書で、外国の死刑執行方法として絞首、斬首、電気殺、ガス殺、銃殺の5種類を挙げているが、約60年前のことで、今とは比較にならないほど情報収集が困難だったことは想像に難くなく、取り上げられた国はほとんど欧米に限られているうえ、分類結果も3人の間でばらつきが見られる。

そこで、アメリカ各州の死刑執行方法に絞り、同国での研究、調査資料を基に、この60年間における変化を見てみよう。

1951年時点で、死刑を存置していたのは、50州中45州だった。このうち、電気椅子による死刑を規定していたのが24州、絞首が13州、ガスが9州、銃が1州（2州は2つの方法から選択可能）だった⁴⁾。

2011年現在、死刑を執行できるのは35州で、すべての州が60年前にはなかった薬物注射による死刑を原則としている。この他の方法として、電気椅子が8州、ガスは5州、絞首と銃がともに2州となっているが、薬物注射とこれらの方法のいずれかを選ばせるか、薬物注射による執行が不可能な場合に限っている⁵⁾。各州は「より人道的な」方法を、つまり残虐さの少ない方法を求めた結果として、絞首から電気椅子やガスへ、さらに薬物注射へ切り替えていったのだ。ちなみに、国際的人権団体アムネスティ・インターナショナルによると、2010年末で死刑を存置しているのは58か国・地域で、絞首と銃がそれぞれ11か国・地域、薬物注射と電気椅子がそれぞれ

4) Denno, Deborah W., "Getting to Death: Are Executions Constitutional?" Iowa Law Review, Vol. 82 (1997), pp.439-464.

5) Death Penalty Information Center, "Facts about the Death Penalty, Updated November 30, 2011," and "Methods of Execution." <http://www.deathpenaltyinfo.org/documents/FactSheet.pdf> <http://www.deathpenaltyinfo.org/methods-execution>で検索できる。

れ2か国、斬首が1か国となっている⁶⁾。

1948年の最高裁判決当時とは時代と環境が大きく変わった、と後藤弁護士たちは考えた。さらに、首を斬ったり銃や電気やガスを使ったりする方法と比べ、絞首刑が残虐とは認められないとした1955年の最高裁判決についても、法医学（裁判の証拠に関係する医学）的、科学的な証拠に基づいて検討したものではないと異議を唱えた。

そこで、今回の裁判では、オーストリアの法医学者 W・ラブル氏と、絞首刑の執行に立ち会った経験のある元検察官、土本武司氏を証人として申請し、認められた。この原稿では、土本氏の証言に絞って、傍聴した私を感じたことを記すことにするが、その前にもう一度考えておかねばならないことがある。

死刑の方法が残虐かどうかは、何を基準に判断すべきなのか、ということだ。先に挙げた1948年の最高裁判決では「時代と環境」「人道上の見地から」、1955年の最高裁判決では「他の方法に比して特に人道上」残虐かどうかを観点としているが、いずれも具体的ではない。他には、選挙違反事件の最高裁判決で「残虐な刑罰とは、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」⁷⁾と述べたケースがあるくらいだ。

アメリカには、各州と合衆国にそれぞれ憲法があり、それぞれの裁判所がある。合衆国（連邦）の最高裁判所はこれまで、日本と同様、特定の死刑の方法について「違憲」だと判断したことはない。しかし、合衆国憲法が禁じている「残虐で異常な刑罰」とは何かについて、いくつかの指針を示してきた。

6) Amnesty International, "Death Sentences and Executions in 2010," p.6, 44. <http://www.amnesty.org/en/library/asset/ACT50/001/2011/en/ea1b6b25-a62a-4074-927d-ba51e88df2e9/act500012011en.pdf>で検索できる。

7) 最高裁判所大法廷1948年6月30日、刑第2巻7号777頁。

1958年の連邦最高裁判決は、残虐で異常な刑罰を禁じた憲法の条項の根本にあるのは、「人間の尊厳」という基本概念だとしたうえで、「社会というのは段々と進歩していくものである。発展の過程は、節度という形に表れる。節度の基準もまた、段々と進化していくものであり、残虐で異常な刑罰という意味は、節度の基準をよりどころとしなければならない」と述べた⁸⁾。節度と訳した言葉は、やや難しいが、「許される程度」とか「ふさわしい行為」と考えていいだろう。社会の進歩につれて、その時代に見合った刑罰というものがある、というわけだ。

「進化していく節度の基準」とは、1948年に日本の最高裁が述べたことと似ているが、実は違う。日本の最高裁は、時代に逆行して昔の死刑の方法に戻るなら、それは残虐だというのが、連邦最高裁は、刑罰の在り方は社会の発展に合わせて進化させていかなければならない、だから逆戻りしないまでも、昔のまま変わらない刑罰が時代に取り残され、不相応だとみなされることもある、ととらえている。刑罰が残虐でも異常でもないように、常に問い直し、必要ならば改めなければならない、と戒めているのである。

死刑に関する審理においても、アメリカ連邦最高裁は、死刑の執行に伴って「拷問が行われ、または死に至るまで時間がかかる」「非人道的で野蛮であり、単に生命を絶つにとどまらない」⁹⁾、「不要で理不尽な苦痛を与える」¹⁰⁾ ことなどを残虐で異常な刑罰の基準として示してきた。

2001年10月にジョージア州最高裁が、2008年2月にはネブラスカ州最高裁が、それぞれの州で用いられてきた電気椅子による死刑について、「残虐で異常な刑罰」に当たるという判決を出した。死刑判決を受けていた人

8) Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958). 原文は “The Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society.” で、本稿ではdecencyという言葉を「節度」と訳した。

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

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

からの訴えを受け、弁護人と州双方の主張、双方が申請した証人の証言、死刑執行後の検視報告書や写真、新聞記事などの証拠を検討し、連邦最高裁の判断基準を踏まえたうえでの結論だった。

「先進国」の中で死刑を存置しているのは日本とアメリカだけなのだが、両国の違いは、裁判所における「残虐」の定義の明確さや審理の姿勢にとどまらない。日本では、死刑を求刑して死刑執行を指揮する検察官、死刑囚を収容して刑を執行する法務省の刑事施設もまた、死刑の実態や情報を覆い隠し、あいまいで不透明なまま、漫然と執行を続けてきた。

アメリカで死刑を存置している各州と連邦政府は、死刑執行の際、被害者と死刑囚の遺族、州民の代表、ジャーナリストなどが刑場に立ち会うことを認めている。日本国籍のわたしでさえ、アメリカ留学中の2004年6月8日、オクラホマ州の刑務所での死刑執行に立ち会うことができた。他方、日本では、検察官、検察事務官、刑事施設などの長が立ち会い、検察官また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、と刑事訴訟法で規定されている。古い新聞で探ったところ、1896年（明治29年）には検事の許可を得た参観者が30人ほど集まったという記事が掲載されていた。¹¹⁾しかし、少なくとも戦後は一般の国民が執行に立ち会ったケースは知られていない。

死刑が執行される場面をなぜ、アメリカでは選ばれた市民に見せ、日本では見せないのか。それがわたしの研究テーマである。いまだ結論にはたどり着いていないものの、アメリカではそもそも、見せられる死刑こそが「残虐で異常な刑罰」に当たらない執行の方法だという前提があり、見るに堪える「人道的な」方法を州や連邦が模索してきたからではないか、というのがわたしの立てた仮説である。

11) 読売新聞「絞首臺上の懺悔」1896年9月15日3頁。同年9月3日、根室監獄支署での死刑執行を報じた記事で、「検事の認許を得たる参観者三十名^{ばかり}許来集し」とある。

今回の大阪地裁の裁判で、隠された日本の絞首刑の状況がどれほど明らかになり、その結果、残虐性について裁判所がどんな判断を示すのか。わたしの期待はそこにあった。

裁判では、弁護人、検察官双方が争点を絞り込むための公判前整理手続きで、検察官がつぎのような意見を裁判所に伝えていた。

①絞首の方法による死刑が憲法に違反しないことは、すでに判例が確立されており、弁護人の立証〔証明しようとする事〕は不必要である

②裁判員法は、法令の解釈の判断について、裁判官の合議によることを定めている（6条2項1号）。憲法適合性〔憲法に違反しないかどうか〕の問題も、裁判官のみの合議で判断される事項で、裁判員との評議で決める事柄ではない

③弁護人は、絞首刑により頭部離断が発生したり、緩徐な〔時間がかかる〕死により絞首刑の被執行者〔死刑囚〕が長時間苦痛を味わう可能性があるなどと強調し、裁判員等に対して、死刑に対する心理的あるいは感情的な抵抗感をあおり立て、死刑の量刑をすることに心理的重圧を加え、死刑の言い渡しを回避しようという不純なものというべきであり、極めて不当である

しかし、和田真裁判長らプロの裁判官3人は「憲法適合性についての審理は裁判官のみで行うが、どのような主張・立証が行われたのか、裁判員が関心を抱くのは当然」とし、「裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に関与することが司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資する」とうたった裁判員法の趣旨にも当てはまるとして、希望する裁判員が専門家2人の証人尋問を法廷で聴くことを認めた。

2011年10月11日午前10時、法医学者ラブル氏への尋問が始まったときには、6人の裁判員全員が法廷にいたが、午後には30歳台と思われる女性裁判員（龍法 '12）45・1、206（206）

判員の姿がなかった。翌12日、元検察官土本氏に対する尋問でも、40～50歳台に見えた男性裁判員が午後からいなくなり、結局、6人中4人になった。

土本氏は、死刑が残虐か否かについて尋ねられ、「限りなく残虐に近いものであるとの思いを抱いている」と話した。「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、憲法第36条に違反する」とした1948年の最高裁判決をパネルで示し、2つの「問題点」を指摘した。1つは「火あぶり、はりつけ、さらし首、釜ゆで」という例示が「見せしめ、見た目を中心に判断されている」点で、「もとより見た目の残虐性は重要な判断だが、当該受刑者〔死刑囚〕の肉体的、精神的苦痛、損傷が検討されるべきだ」と言った。もう1点は「時代と環境という限定付きの判断」だとして、「明治期から昭和20年〔20年代〕には絞首刑は必ずしも残虐な刑罰ではなかったが、現代の文明レベルでは、同一の判断を軽々にはしないと考える」と述べた。

そのうえで、死刑の残虐性は、①医学的見地から死刑囚本人に不必要な苦痛を与えるか、②不必要な身体損傷を与えるか、③一般人の心情において、外観がむごたらしいかという3点を判断材料とすべきであり、前日のラブル氏の証言から「2番目が特に問題」だと語った。

③については、高等検察庁の検事時代に一度だけ、死刑の執行に立ち会った際の経験から「正視に堪えない。みじめたらしい状況であることは否定できない」と言い、当時のメモを読み上げた。しかし、その中には「みじめたらしい状況」の具体的描写はなかった。

その後、後藤弁護士の問いかけに、「ほんのちょっと前までは呼吸もし、体温もあってあったかい人間が、手足を縛られ、首にロープがかかって身動きできない状態に」なり、「首を基点にしてゆーらゆーら揺れる」「抵抗できないよう、両手足を縛られている。むごいことだなという印象を持ちまして」と答えたが、これも絞首刑の一般的状況として想像できる範囲内

だった。

その理由がやがてわかった。

「1階部分が、受刑者が首にロープを絞められた場所。そこはカーテンを閉められ、見るができない。それと地下部分。ストンと落ちた部分もカーテンが閉められ、見るができない。ギーバタンという大音響。そうしたらカーテンが開かれて、地下部分にぶら下がるのを見ることができた。」

午後の尋問で土本氏が後藤弁護士にそう答えたように、刑事訴訟法で立ち会うことが定められた検察官ですら、死刑囚の首が絞められる瞬間は見せられていなくて、終わった後の姿しか確認していなかったのだ。法廷で土本氏は、死刑が行われた拘置所を明言しなかったが、東京高等検察庁時代のことなので、東京拘置所での執行である。土本氏が立ち会ったその1回だけでなく、東京拘置所の刑場が「かなり以前から」カーテンで閉ざされていたことは、2007年の参議院、衆議院の各法務委員会で既に明らかになっていた¹²⁾。これではいったい、誰が残虐な刑罰でないと保証できるのだろうか。

今回の裁判で、検察官は「絞首刑は残虐ではない」という「確立した判例」を盾に、いっさい反証をしなかった。「金持ち喧嘩せず」ということわざがあるが、裁判員が審理に加わったといっても、絞首刑が憲法に合うかどうかはプロの裁判官だけで審理されるのだから、どうせ今までと同じように、放っておいても勝てる。そんな気の緩みが、土本氏に対する尋問

12) 2007年11月29日参議院法務委員会における法務省矯正局長、同年12月7日衆議院法務委員会と同年12月11日参議院法務委員会における鳩山邦夫法務大臣の答弁。

から十分に見て取れた。問いかけた言葉の一部を記してみる。

①1955年4月6日の最高裁判決は「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」と言うだけで、絞首刑で死に至る経緯とか時間などは判決の中では触れられていませんね。

②先生〔土本氏〕は「限りなく残虐」とおっしゃいましたが、残虐だとは断定されていませんね（傍点筆者）。

③アメリカでは死刑執行の方法が「動いている」というお話をなさいましたが、薬物注射と絞首刑のいずれかを選択できるところ〔州〕もありますね。

土本氏は①の問いに「ないですね」と認めた。

しかし、②には「謙遜^{けんそん}がある」と前置きして、「私自身は憲法に抵触する」という思いを持っているが、一民間人となった私が偉そうに言うのは不適切」と答えた。検察官は無造作な質問をしたばかりに墓穴を掘り、土本氏から憲法に違反するという断言的な答えを引き出してしまったのだ。その後、後藤弁護士が「憲法36条が禁じている残虐な刑に違反するとお考えか」と尋ねると、土本氏は「はい。〔残虐性の判断材料として先ほど挙げた〕3つの要素をすべて充足しているから」と答え、「限りなく」という部分を打消したのだ。

土本氏は③に対して「アメリカは個人主義なので。しかし、ほとんどは注射刑を選択し、絞首刑が採られた例はないと聞いている」と言い、検察官が「個人主義というのは、どれが〔どういう方法が〕残虐かは、人それぞれという意味では」と問いただすと、「そういう趣旨も含めて……」と、気おされたような感じになった。

わたしが土本氏の立場なら、①と③に対してつぎのように反論しただろう。

「その通り。絞首刑によって死に至る経緯や時間を検討しないまま、他の方法と比べて 残虐ではないと言っているだけです。ですから、何の根拠もありません。むしろ、経緯や時間を含めたすべてを明らかにし、残虐ではないという根拠を示すのは、検察官、あなたの役目ではありませんか。」

「そうです、アメリカは残虐で異常ではない方法を絶えず模索して、前へ前へと動いてきました。『残虐』という感覚は人それぞれかもしれませんが、多くの州では、どういう死刑が残虐なのかを議論したうえで絞首刑を廃止し、電気椅子、そして薬物注射による死刑へと動いてきたのです。アメリカでは連邦最高裁が1972年、明確な基準を示さずに懲役か死刑かを陪審員に選択させる州法は、残虐で異常な刑罰を禁じた合衆国憲法に違反すると判断し、全米で死刑の執行が中断されました。1977年から再開されましたが、それ以降、薬物注射による死刑が約1100件行われたのに対し、絞首刑で執行されたのは、ワシントン州で1993年と1994年に、デラウェア州で1996年に行われた計3件だけです¹³⁾。1993年の絞首刑は、アメリカでは1965年以来28年ぶりでした¹⁴⁾。ワシントン州では現在でも注射か絞首かを死刑囚が選択できるのですが、選択しない場合はどうかと言いますと、以前は絞首刑で、1996年に法律が改められてからは注射で行われることになっています¹⁵⁾。デラウェア州でも同様に選択可能な時期がありましたが、今では注射のみとなっています¹⁶⁾。つまり、アメリカではもはや、絞首刑は廃止されたに等しい状況です。」

13) 前掲注5) 参照。

14) The New York Times, "For First Time Since '65, A State Uses Its Gallows," January 6, 1993.

15) 前掲注4) 論文463頁。

16) State of Delaware, "Death Row FAQs." http://doc.delaware.gov/information/deathrow_executions.shtmlで検索できる。

言うまでもなく、わたしは、今回の裁判の弁護や証言内容について、弁護人や土本氏を批判しているのではない。それどころか、死刑に関する情報を法務省が一手に握っているこの国において、これ以上の立証は不可能だとさえ思う。

裁判長は、弁護人の請求に応じて、戦後に執行されたすべての死刑について、執行開始から終了までの時間や死刑囚の身体に生じた損傷などを回答するよう、法務省に求めたが、法務省は理由すら明らかにせず「回答いたしかねますので、ご了承願います」と回答した。弁護人は、検察官を相手に、武器もなしに戦うことを余儀なくされたわけだし、法務省の一員である検察官が土本氏に投げかけた上記①の問いが、いかに厚顔無恥なものであるかがわかるだろう。「司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資する」ことが「裁判員法の趣旨」であるならば、検察官は正々堂々、弁護人の攻撃を受けて立ち、絞首刑は残虐ではないという証拠を裁判員らにも示して反論すべきだったのだ。

「裁判員の意見も聴いた上、弁護人の主張を検討したが、絞首刑は憲法に違反するものではないとの結論に至った」。大阪地裁は、2011年10月31日に言い渡した死刑判決の中でこう述べた。

判決はラブル氏の証言に信用性を認め、絞首刑の「問題点」として①多くの場合、意識消失までに最低でも5～8秒、首の締め方によっては、2分以上かかるものとなり、その間、受刑者が苦痛を感じ続ける可能性がある。②場合によっては、頭部離断、特に頸部〔首〕内部組織の離断を伴うことがある。③受刑者が死亡するまでの経過を完全には予測できないことを挙げた。さらに、後段では「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」とも認めている。

ところが、問題点①には「死刑は、そもそも受刑者の意に反して、その

生命を奪うことによって罪を償わせる制度である。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」「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。自殺する場合に比べて、安楽に死を迎えられるということになれば、弊害も考えられる」「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」「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」といい、②は「頭部離断は、例外的に事故として生じるものであると認められ、しかも、頸部内部組織の離断にとどまる」、③は「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、いとも素っ気なく片付けている（傍点筆者）。

さて、これらの判断をアメリカ連邦最高裁の基準とも照らし合わせてみよう。

まず、「残虐」の意味であるが、「通常の人間的感情を有する者に衝撃を与える場合」と定義したのはひとまず正しいといえよう。だが、日本ではアメリカと違い、「通常の人間」が執行に立ち会うことはできないし、報道を通じて状況を知ること、明治、大正時代まではあったが、昭和に入り、特に戦後はまったくなくなった。なのに、誰がどうして、衝撃の有無を判断できるのだろうか。「正視に堪えない」「むごたらしい」という印象を抱いた土本検察官は、「通常の人間的感情」とは別の感情を持った官吏（役人）、ということなのだろうか。

刑罰は、もしも「進化していく節度の基準」に照らすなら、その時代にふさわしい、最善と考えられる形態でなければならないはずだが、たとえ絞首刑が前近代的で、最善の手段だと自信を持って言えなくても、それはそれで構わないと裁判官は考えているらしい。

②③に関し、頭部や頸部内部組織の離断を予期せぬ事態と考えているのかどうかは判然としないが、いずれにしても、例外的な事故、想定外の経過が発生する頻度や可能性について他の執行方法と比べたわけでもなく、その点では日本の1955年最高裁判決から一步も進んでいない。

何よりも問題なのは、「苦痛」に対するあまりに粗雑な①の判断である。

「自殺」が突拍子もなく絞首刑と比較されているのは、首つり自殺もラブル氏の検視対象に含まれているから、としか考えられないが、「弊害」とは何なのか。文脈から推測するに、自殺による首つりでさえ苦痛を感じる可能性があるのだから、死刑に値するほどの罪を犯した者を絞首刑で安楽死させれば、かえって志願者が出てくるかもしれない、そうなれば、死刑の威嚇力によって凶悪な罪を犯させないようにする（これを「一般予防」という。）目的に背く、ということらしい。

2004年にアメリカで薬物注射による死刑執行に立ち会ったわたしは、そのときの印象をこう書いた。「……現実感がなかった。いま、自分の目の前で人の命が奪われたという哀しみとか、むごさに対する怒りとか、人の命を奪った男に対する報復が完遂されたという満足感とか。あまりにあっけない出来事で、とにかく、何も感じなかったのだ」¹⁷⁾

それは、たしかに、安楽死と言ってもいい最期だったが、これこそがまさに、今回の判決が言う「通常的人間的感情を有する者に衝撃を与え」ない、すなわち、残虐ではない方法なのではないのだろうか。それはそうだろう。アメリカでは、「単に生命を絶つ」だけの、「不要で理不尽な苦痛を与え」ない「人道的な」方法を模索し、前へ動いてきたことになっているのだから…。

今回の判決は、死刑囚本人の苦痛だけでなく、第三者の目からむごたらしさという観点からも、その許容度があまりに緩く、アメリカにおける「進化」の歴史とは対極に立つものだ。それは、残虐な刑罰とは何か、と

17) 布施勇如「アメリカで、死刑をみた」（現代人文社、2008年）184頁。

いうことを真剣に考えてこなかったこの国の裁判官、検察官を含む法務省の役人たち、国会議員、そして私たち国民の姿を映していると言えるのかもしれない。

ただ一つ、どうしても強調しておかねばならないことがある。

今回の判決のうち、少なくとも絞首刑の憲法適合性に関しては、「裁判員の意見も聴いた」と前置きされているように、あくまでもプロの裁判官たちによる判断なのであり、これにより、裁判員＝一般の国民が絞首刑の合憲性にお墨付きを与えたことにはならない。裁判員の意見がどうであったかは、法の規制によってこれもまた秘密とされているが、どんな意見であったにせよ、法務省側からは何ひとつ死刑の実態が明らかにされなかった法廷で、限定的な情報と証言に基づいて形成された、いわば迷信に過ぎないのだ。

目の前で死刑が執行されるのを見て、何も感じないとはどういうことだと、私は死刑廃止グループのメンバーになじられたことがある。

絞首刑でなければ、薬物注射なら、死刑は残虐でないのかと、民主党の国会議員から詰問されたこともある。

いずれも、死刑という制度そのものと、その是非を問題にし、一方は立場が明確な、他方は政権与党の一員として曲がりなりにも悩んでいる人から発せられた、当を得た言葉だと思う。

それでも大阪地裁で裁判を傍聴した私は、大阪の居酒屋で次にまた、母と息子が論争を始めたら、こう言おうと考えている。

「死刑自体の賛否は置いといて、とりあえず、現に行われている絞首刑をいったん止めて、本当のところはどうかを明らかにさせて、それが残虐かどうかを議論することから始めるべきなんじゃないかな」と。

第5章 絞首刑に関する資料

本章では、法律家たちの所見、死刑をめぐる法令の変遷として法医学者たちの所見を紹介する。なお、文章については、できるだけ平易な現代語に直した。法令については、一部旧仮名使いを残している。

第1節 法律家たちの所見～3つの最高裁判決～

1. 一人の生命は、全地球よりも重い。

(1)「生命は尊貴である。一人の生命は、全地球よりも重い。死刑は、まさにあらゆる刑罰のうちで最も冷厳な刑罰であり、またまことにやむを得ざるに出ずる窮極の刑罰である。それは言うまでもなく、尊厳な人間存在の根元である生命そのものを永遠に奪い去るものだからである。現代国家は一般に、統治権の作用として刑罰権を行使するにあたり、刑罰の種類として死刑を認めるかどうか、いかなる罪質に対して死刑を科するか、またいかなる方法手続をもつて死刑を執行するかを法定している。そして、刑事裁判においては、具体的事件に対して被告人に死刑を科するか他の刑罰を科するかを審判する。かくてなされた死刑の判決は法定の方法手続に従って現実に執行せられることとなる。これら一連の関係において死刑制度は常に、国家刑事政策の面と人道上の面との双方から深き批判と考慮が払われている」。

(2) 憲法第13条は、「すべて国民は個人として尊重せられ、生命に対する国民の権利については、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする旨を規定している。しかし、同時に同条においては、公共の福祉に反しない限りという厳格な枠をはめているから、もし公共の福祉という基本的

原則に反する場合には、生命に対する国民の権利といえども立法上制限乃至剥奪されることを当然予想しているものといわねばならぬ。

憲法第31条は、「国民個人の生命の尊貴といえども、法律の定める適理の手續によって、これを奪う刑罰を科せられることが、明かに定められている。すなわち憲法は、現代多数の文化国家におけると同様に、刑罰として死刑の存置を想定し、これを是認したものと解すべきである。言葉をかえれば、死刑の威力力によって一般予防をなし、死刑の執行によって特殊な社会悪の根元を絶ち、これをもつて社会を防衛せんとしたものであり、また個体に対する人道観の上に全体に対する人道観を優位せしめ、結局社会公共の福祉のために死刑制度の存続の必要性を承認したものと解せられるのである。

憲法第36条は、「残虐な刑罰を絶対に禁ずる旨を定めている」。しかし、「刑罰としての死刑そのものが、一般に直ちに同条にいわゆる残虐な刑罰に該当するとは考えられない」。ただ、死刑の執行の方法等が「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36条に違反する」ことになる。

(3) この判決には、4人の裁判官（島保、藤田八郎、岩松三郎、河村又介）の補足意見がある。

「憲法は残虐な刑罰を絶対に禁じている。したがって、死刑が当然に残虐な刑罰であるとすれば、憲法は他の規定で死刑の存置を認めるわけがない。しかるに、憲法第31条の反面解釈（反対解釈）によると、法律の定める手續によれば、刑罰として死刑を科しうることが窺

われるので、憲法は死刑をただちに残虐な刑罰として禁じたものとはいうことができない。しかし、憲法は、その制定当時における国民感情を反映して右のような規定を設けたにとどまり、死刑を永久に是認したものとは考えられない。ある刑罰が残虐であるかどうかの判断は国民感情によっ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る。したがって、国家の文化が高度に発達して正義と秩序を基調とする平和的社会が実現し、公共の福祉のために死刑の威嚇による犯罪の防止を必要と感じない時代に達したならば、死刑もまた残虐な刑罰として国民感情により否定されるにちがいない。かかる場合には、憲法第31条の解釈もおのずから制限されて、死刑は残虐な刑罰として憲法に違反するものとして、排除されることもあろう。しかし、今日はまだこのような時期に達したものとはいうことができない。されば死刑は憲法の禁ずる残虐な刑罰であるという理由で原判決の違法を主張する弁護人の論旨は採用することができない」。

もう一人の裁判官（井上登）の意見がある。

死刑を規定している刑法第11条などの条文が憲法第36条に違反し、無効な法律であるかどうかという問題について、憲法第13条は「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする」し、第31条が「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」と規定しているので、これらを総合するとそ

の反対解釈から、憲法は「公共の福祉のためには法律の定めた手続によれば刑罰によって人の生命も奪はれ得ることを認めている」とみるべきで、このような視点から、第36条を読めば、死刑は「残虐な刑罰」に含まれず、「絶対に死刑を許さない」という趣旨ではないと解する。第31条が第36条によって制限せられていると解する説に立つと、第31条に「生命」という言葉を入れたことが説明できない。

しかし、憲法は絶対に死刑を許さぬ趣旨ではないというだけで死刑の存置を命じているものでない。「もし死刑を必要としない、もしくは国民全体の感情が死刑を忍び得ないと云うようなときが来れば国会は進んで死刑の条文を廃止するであろうし、また、条文は残っていても事実上裁判官が死刑を選択しないであろう」。「今でも誰れも好んで死刑を言渡すものはない」。

(1948(昭和23)年03月12日最高裁判所大法廷判決、刑集第2巻3号191頁)

2. 絞首方法が他の方法に比して特に人道上残虐であるとはいえない。

死刑の執行方法について、「刑罰としての死刑は、その執行方法が人道上の見地から特に残虐性を有すると認められないかぎり、死刑そのものをもつて直ちに一般に憲法36条にいわゆる残虐な刑罰に当たるといえないという趣旨は、すでに当裁判所大法廷の判示するところである(昭和22年(れ)第119号同23年3月12日判決)。そして、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。従って絞首刑は憲法三六条に違反するとの論旨は理由がない」。1955(昭和30)年4月6日最高裁判所大法廷判決、刑集第9巻4号663頁)。

3. 明治6年の太政官布告はいまでも有効である。

①『明治6年太政官布告第65号絞罪器械図式』は、現在法律と同一の効力を有するものとして有効に存続している。②絞首刑たる死刑を宣言することは、憲法第31条に違反しない。③現在の死刑の執行方法が明治6年太政官布告第65号の規定どおりに行われていない点があるとしても、布告の規定する死刑の執行方法の基本的事項に反しているものとは認められず、この一事をもつて憲法第三一条に違反するものとはいえない。

「死刑の執行方法について法律の定めがないに拘らず、その方法を特定することなく敢えて絞首刑たる死刑を宣告したことは、憲法31条、36条に違反する」との弁護人の主張を否定した。

「死刑の執行方法に関する事項を定めた所論明治6年太政官布告65号は、同布告の制定後今日に至るまで廃止されまたは失効したと認むべき法的根拠は何ら存在しない。そして同布告の定めた死刑の執行方法に関する事項のすべてが、旧憲法下また新憲法下において、法律をもつて規定することを要する所謂法律事項であるとはいえないとしても、同布告は、死刑の執行方法に関し重要な事項（例えば、「凡絞刑ヲ行フニハ……両手ヲ背ニ縛シ……面ヲ掩ヒ……絞架ニ登セ踏板上ニ立シメ……絞縄ヲ首領ニ施シ……踏板忽チ開落シテ囚身……空ニ懸ル」等）を定めており、このような事項は、死刑の執行方法の基本的事項であって、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法律事項に該当すると解するを相当とし（旧憲法23条）、その限度においては同布告は旧憲法下において既に法律として遵由の効力を有していたものと解するを相当とする。けだし、旧憲法前の法令は、その名称の如何を問わず、旧憲法下において法律をもつて定むべき事項を定めたものは、法律として遵由の効力を

有していたからである。(旧憲法76条1項。この理は、同布告自体が旧憲法下において一回も改正される機会がなかったことによっても、何ら異なるところはない。)さらに新憲法下においても、同布告に定められたような死刑の執行方法に関する基本的事項は、法律事項に該当するものというべきであって(憲法31条)、検察官はその答弁書において、右布告の内容は法律事項ではなく、死刑執行者の執行上の準則を定めたものに過ぎないから、現行法制からみれば法務省令をもつて規定しうるものであるというが、当裁判所は、かかる見解には賛成できない。将来右布告の中その基本的事項に関する部分を改廃する場合には、当然法律をもつてなすべきものである。なお、昭和22年法律72号『日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律』は、新憲法下において法律をもつて規定することを要するとされている事項を定めた従前の命令の規定につき、その新憲法下における効力を定めたものであつて、旧憲法下においてすでに法律としての効力の認められた法令(例えば、本件明治6年太政官布告65号のごとく旧憲法76条により法律として違由の効力を認められたと解されるもの、または旧憲法8条による緊急勅令であつて帝国議会の承諾を得たもの等)については、触れるところはない。それ故、右布告は、右法律によって昭和22年12月31日限り効力を失ったものであると解する余地はなく、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続しているのである。そして、現行死刑の執行方法が憲法36条の『残虐な刑罰』に当らないことは、上記論旨第一点についての説明中に引用した当裁判所の判例の示すとおりであるから、右布告は新憲法下において、法律と同一の効力を有するものとして有効に存続しているといわなければならない(憲法98条1項)。

しからは、死刑に関する現行法制としては、刑法11条、監獄法71条1項、72条、刑訴法475条ないし478条等の法律の規定があるほか、憲法上法律と(龍法 '12) 45・1, 220 (220)

同一の効力を有すると認められる明治6年太政官布告65号の規定が有効に存在し、これらの諸規定に基づきなされた本件死刑の宣告は、憲法31条にいう法律の定める手続によってなされたものであることは明らかである。また、現在の死刑の執行方法が所論のように右太政官布告の規定どおりに行われていない点があるとしても、それは右布告で規定した死刑の執行方法の基本的事項に反しているものとは認められず、この一事をもつて憲法31条に違反するものとはいえない。それ故、右布告が既に失効したものであることを前提とする憲法31条、36条違反の主張は採るを得ない。

第2節 死刑を巡る法令の変遷

1. 死刑の執行方法は、変遷している。

『仮刑律』（1868（明治元）年5月）は、「刎、斬、磔、焚、梟」の5種類の死刑を規定していた。「仮刑律に於ける死刑の目は刎、斬の二等とするか絞首、刎首、梟首の三等とするかは遂に決定を見ないうちに仮刑律は用いられなくなった。刎と斬の二等とするときの刎は「身首処ヲ異ニス」つまり斬首することであり、斬は袈裟斬することであるので、この場合は、刎が重く斬は軽い死刑である。次に絞首、刎首、梟首の三等とするときは梟首は最も重く、次は身首処を異にする刎首、そして絞首は最も軽い死刑となるのである。」

『新律綱領』（1870（明治3）年11月）は、「梟、斬、絞（絞柱器）」の三種の死刑執行方法を規定していた。『太政官布告第65号』（1873（明治6年）2月20日）は、執行方法を「屋上絞架式」とした。その後、「元老院上奏」（1876（明治9年）7月9日）は、梟と斬の廃止訴えたが、認められなかった。また、「梟首ノ刑ヲ廃スルノ意見書」（1878（明治11）年6月14日）によって、1879（明治12）年1月4日『太政官布告第1号』によって、「梟首

刑廃止」され、1880（明治13）年7月17日『旧刑法』（太政官布告第36号）が公布され、1882（明治15）年1月1日施行に施行されたことにもなって、斬刑も廃止され、死刑は、絞首刑のみとなった。

2. 法令は、絞首刑についてこのように規定してきた。

（1）現行『刑法』（明治40年4月24日法律第四十五号）は、「刑法別冊ノ通之ヲ定ム此法律施行ノ期日ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム 明治13年第36号布告刑法ハ此法律施行ノ日より之ヲ廃止ス」とし、第9条は、刑の種類を「死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留および料金を主刑とし、没収を付加刑とする」とし。死刑について第11条は、「①死刑は、刑事施設内において、絞首して執行する。②死刑の言渡しを受けた者は、その執行に至るまで刑事施設に拘留する」としている。

（2）旧刑法時代の刑事訴訟法である『治罪法』（明治13年7月17日太政官布告第37号）は、1882（明治15年1月1日太政官布告第36号）に施行され、1890年（明治23年11月1日明治23年法律第96号）に廃止された。そこでは、「重罪輕罪違警罪ノ刑ハ裁判確定ノ後ニ非サレハ之ヲ執行ス可カラス」（第459条）、「①死刑ノ言渡確定シタル時ハ檢察官ヨリ速ニ訴訟書類ヲ司法卿ニ差出ス可シ。②司法卿ヨリ死刑ヲ執行ス可キノ命令アリタル時ハ三日内ニ其執行ヲ為ス可シ」（第460条）とし、「刑ノ執行ハ原裁判所ノ檢察官又ハ大審院ヨリ命ヲ受ケタル裁判所ノ檢察官ノ指揮ニ因リ之ヲ為ス可シ」（第462条1項）、「①死刑ノ執行ニ付テハ書記其始末書ヲ作り刑ノ執行規則ニ從ヒ立會ヲ為シタル官吏ト共ニ署名捺印ス可シ ②其他刑ノ執行ニ關スル方法細目ハ別ニ規則ヲ以テ之ヲ定ム」（第463条）としていた。

（3）いわゆる『旧々刑訴法』（明治23年10月7日法律第96号）は、1890明（龍法 '12）45 - 1, 222 (222)

治23年11月1日から施行された。同法では、第317条が「①刑ノ執行ハ判決確定ノ後ニ非サレハ之ヲ為スコトヲ得ス ②監獄ニ於テ執行ス可キ二個以上ノ主刑ノ執行ハ其重キモノヲ先ニス但特別ノ事由アルトキハ検事ハ其重キ刑ノ執行ヲ停止シ他ノ刑ノ執行ヲ為サシムルコトヲ得」とし、第318条で、「①死刑ノ言渡確定シタル時ハ検事ヨリ速ニ訴訟記録ヲ司法大臣ニ差出ス可シ ②司法大臣ヨリ死刑ヲ執行ス可キ命令アリタルトキハ三日内ニ其執行ヲ為ス可シ」とし、第321条「死刑ノ執行ニ付テハ裁判所書記其始末書ヲ作り刑ノ執行規則ニ従ヒ立会ヲ為シタル官吏ト共ニ署名捺印ス可シ」としていた。なお、死刑以外の刑の執行については、第319条が「①死刑ヲ除ク外刑ノ言渡確定シタル時ハ直チニ之ヲ執行ス可シ」「②懲役、禁錮又ハ拘留ノ言渡ヲ受ケタル者左ノ各号ノ一ニ該当スルトキハ其事故ノ止ムマテ刑ノ執行ヲ停止スルコトヲ得」として、心神喪失ノ状態ニ在ルトキ（第1号）、刑ノ執行ニ因リ生命ヲ保ツコト能ハサル虞アルトキ（第2号）、受胎後七月以上ナルトキ（第3号）、分娩後一月ヲ経過セサルトキ（第4号）を掲げ、「③体刑ノ言渡ヲ受ケ其執行ヲ遁レタル者ニ対シ検事ノ發シタル逮捕状ハ勾留状ト同一ノ効ヲ有ス其缺席判決ニ係ル場合ニ於テ發シタルモノ亦同シ」とし、第320条で「①刑ノ執行ハ其刑ヲ言渡シタル裁判所ノ検事又ハ上告裁判所ヨリ命ヲ受ケタル裁判所ノ検事ノ指揮ニ因リ之ヲ為スコシ刑ノ執行ノ停止ニ付キ亦同シ」（第1項）としていた。

（4）現行刑法の施行にともない制定された『刑法施行法』（明治41年3月28日法律第29号）は、刑事訴訟法の一部を改正した。その第48条は、死刑に関連して、第318条ノ2「①死刑ノ執行ハ検事及ヒ裁判所書記ノ立会ニテ之ヲ為スコシ ②死刑ノ執行ニ関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」および第318条ノ3「①死刑ノ言渡ヲ受ケタル者心神喪失シタルトキハ司法大臣ノ命令ニ因リ其痊癒ニ至ルマテ執行ヲ停止ス ②死刑ノ言渡ヲ受ケタル婦女懐胎ナルトキハ分

晩後司法大臣ノ命令アルニ非サレハ執行ヲ為スコトヲ得ス」の2つの条項が加わった。『監獄法』（明治41年3月28日法律第28号）も、第71条「①死刑ノ執行ハ監獄内ノ刑場ニ於テ之ヲ為ス」「②大祭祝日、1月1日2日及ヒ12月31日ニハ死刑ヲ執行セス」、第72条「死刑ヲ執行スルトキハ絞首ノ後死相ヲ検シ仍ホ5分時ヲ経ルニ非サレワ絞縄ヲ解クコトヲ得ス」、第73条「①在監者死亡シタルトキハ之ヲ仮葬ス ②死体ハ必要ト認ムルトキワ之ヲ火葬スルコトヲ得 ③死体又ハ遺骨ハ仮葬後2年ヲ経テ之ヲ合葬スルコトヲ得」、第74条「死亡者ノ親族故旧ニシテ死体又ハ遺骨ヲ請フ者アルトキハ何時ニテモ之ヲ交付スルコトヲ得但合葬後ハ此限ニ在ラス」、第75条「受刑者ノハ死体ハ法務省令ノ定ムル所ニ依リ解剖ノ為メ病院、学校又ハ其他ノ公務所ニ之ヲ送付スルコトヲ得」と規定していた。

(5) 1922（大正11）年5月5日制定されたいわゆる『旧刑事訴訟法』（大正11年法律第75号）は、1924年1月1日（大正12年勅令第215号）から施行された。第538条「死刑ノ執行ハ法務総裁ノ命令ニ依ル」、第539条「死刑ヲ言渡シタル判決確定シタルトキハ検察官ハ速ニ訴訟記録ヲ法務総裁ニ差出スヘシ」、第540条「法務総裁死刑ノ執行ヲ命シタルトキハ五日内ニ其ノ執行ヲ為スヘシ」、第541条「①死刑ノ執行ハ検察官及裁判所書記ノ立会ニテ之ヲ為スヘシ ②検察官又ハ監獄ノ長ノ許可ヲ得タル者ニ非サレハ刑場ニ入ルコトヲ得ス」、第542条「死刑ノ執行ニ立会ヒタル裁判所書記ハ執行始末書ヲ作り検察官及監獄ノ長ト共ニ之ニ署名捺印スヘシ」、第543条「①死刑ノ言渡ヲ受ケタル者心神喪失ノ状態ニ在ルトキハ法務総裁ノ命令ニ因リ執行ヲ停止ス ②死刑ノ言渡ヲ受ケタル婦女懐胎ナルトキハ法務総裁ノ命令ニ因リ執行ヲ停止ス ③前二項ノ規定ニ依リ死刑ノ執行ヲ停止シタル場合ニ於テハ痊癒又ハ分娩ノ後法務総裁ノ命令アルニ非サレハ執行ヲ為スコトヲ得ス」としていた。

(6) 1947年の法律（昭和22年法律第61号、第195号）によって全面改正され、1949（昭和24）年1月1日（昭和23年法律第131号）から施行された現行『刑事訴訟法』の第475条は、「①死刑の執行は、法務大臣の命令による。②前項の命令は、判決確定の日から六箇月以内にこれをしなければならない。但し、上訴権回復若しくは再審の請求、非常上告又は恩赦の出願若しくは申出がされその手続が終了するまでの期間及び共同被告人であつた者に対する判決が確定するまでの期間は、これをその期間に算入しない」。第476条「法務大臣が死刑の執行を命じたときは、五日以内にその執行をしなければならない」。第477条「①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、刑場に入ることはいふ」。第478条「死刑の執行に立ち会った検察事務官は、執行始末書を作り、検察官及び刑事施設の長又はその代理者とともに、これに署名押印しなければならない」。第479条「①死刑の言渡を受けた者が心神喪失の状態に在るときは、法務大臣の命令によつて執行を停止する。②死刑の言渡を受けた女子が懐胎しているときは、法務大臣の命令によつて執行を停止する。③前二項の規定により死刑の執行を停止した場合には、心神喪失の状態が回復した後又は出産の後に法務大臣の命令がなければ、執行することはできない。④第四百七十五条第二項の規定は、前項の命令についてこれを準用する。この場合において、判決確定の日とあるのは、心神喪失の状態が回復した日又は出産の日と読み替えるものとする」。としている。

(7) 2005（平成17）年5月18日、刑事施設一般および受刑者の処遇に関して定める『刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律（受刑者処遇法）』が成立し、2006（平成18）年5月24日から施行された。その結果、未決拘禁者・死刑確定者の処遇についての規定だけが残し、同法附則第15条に

よって、法律名称が『監獄法』から『刑事施設ニ於ケル刑事被告人ノ収容等ニ関スル法律』へと改められたが、未決拘禁者・死刑確定者についての規定内容は、旧監獄法のままであった。

2006（平成18）年6月2日、『刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律の一部を改正する法律（受刑者処遇法改正法）』が成立し6月8日に公布、2007（平成19）年6月1日に施行された（施行日については平成19年5月25日政令第167号参照）、最終的に監獄法が廃止され、『刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律』へと名称も変更された。

（8）『刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律』（平成17年5月25日法律第50号）は、死刑の執行について、第178条「①死刑は、刑事施設内の刑場において執行する。②日曜日、土曜日、国民の祝日に関する法律（昭和23年法律第178号）に規定する休日、一月二日、一月三日及び十二月二十九日から十二月三十一日までの日には、死刑を執行しない」。解縄については、第179条「死刑を執行するときは、絞首された者の死亡を確認してから五分を経過した後に絞縄を解くものとする」と規定する。

第3節 法医学者たちの所見

1. 法医学者古畑種基の鑑定

法医学の第一人者であった古畑種基は、1952（昭和27）年10月27日、東京高等裁判所に死刑の執行方法に関する重要な鑑定書を提出している。この鑑定は、この裁判の弁護人であった向江瑋悦『死刑廃止論の研究』（法学書院、1960年）424～433頁に所収されているのでこれから引用しておこう（以下、括弧内の数字は、同書の掲載頁である。）。

古畑は、絞首刑と絞殺、斬殺、銃殺、電気殺および瓦斯殺の5種の死刑執行方法と比較し、「現在我国に行われている絞首刑は医学上の見地より、現在他国に行われている死刑執行方法と比較して残虐であるということはない。但しこの執行方法の細部に於ては、これは改善する余地はある。斬殺、瓦斯殺に就ては執行の直後に絶命するが絞殺の場合は、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が、心臓は尚微弱、不規則に10分乃至30分位は微かに搏動しておる」(433頁)との結論に至った。その理由は、つぎのようなものである。

「絞殺、斬殺、銃殺、電気殺、瓦斯殺の5種であるが、この中どの方法が医学的にみて一番苦痛のない方法であるかという、絞殺と瓦斯殺である。銃殺は普通の射殺方法と、死刑囚が一定の地位にたつと銃口が正しくその額に向くように予め照準がきめられている定着銃による方法とがあるが、何れも弾丸の貫通によって生じる顕著なる損傷がみられる。斬殺は手斧又はギョッチンによって頭骨を切断する方法であって、頭と胴体がはなればなれになることと、大出血をきたすことによって、凄惨なる状態を現出する。電気殺は現在でも米国のある州で行われる方法であるが、今日では余り理想的な方法であるとは考えられていない。

瓦斯殺は青酸ガスの充満している容器と密室とを連絡し、死刑囚がその密室に入るとその室の中に青酸ガスが入り、これによって瞬間的に死亡せしめる方法で、瞬間的に死亡するから、最も苦痛を感じずに絶命するので、一番人道的な死刑方法であるといわれている。絞殺は頸部に絞縄をまきつけて絞頸によって窒息死に陥らしめる方法で、昔から世界の各国で行われて来た、ごくありふれた方法である」(428頁)。

「絞頸には頸部に索条をまきつけて絞圧する、いわゆる絞殺と、頸部に索条をまきつけて懸垂し、自己の体重によって頸部を締め、いわゆる縊死の二つの方法がある。現在奥国ウィーン大学の法医学教授をしている

シュワルツアッヘル博士が1928年（昭和3年）独逸法医学雑誌第11巻145頁に報告している研究によると、人の頸部を通して頸部にいつている動脈には気管の両側を気管に沿うて走る総頸動脈と、頸椎骨の中の横突起の中を骨に保護せられながら走っている椎骨動脈とがある椎骨動脈は頸部に於ては骨の管の中を走っているが、第1頸椎の所で横突起から出て少したるみをみせて大後頭孔から頭部に入ってゆく。血管にたるみがあるので、首を前後左右に動かしても、この椎骨動脈が引っ張られたり、圧迫せられたりすることがないようになっている。フランスの有名なる法医学者ブルーアルデル教授は、氣道を絞圧閉鎖せしめたるには15キログラムの力を要し、頸動脈は2キログラム、頸動脈は5キログラム、椎骨動脈は30キログラムの力で絞首すると血行不能に陥るといつているが、前述のシュワルツアッヘル教授は、索条が左右相称に後上方に走っているときは、血管の内圧が170ミリメートル水銀柱のときに、頸動脈を閉鎖するためには3・5キログラムの力を要し、両椎骨動脈を圧塞するためには16・6キログラムの力を要するといっている。それ故、頸部に索条をかけて、体重をもって懸垂すると（絞死）、その体重が20キログラム以上あるときは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。それ故定型的絞死は最も苦痛のない安楽な死に方であるということは、法医学上の常識になっているのである。但し頸部にかける索条が柔軟なる布片の類であるときと、麻縄やロープのような硬い性質のものである場合とでは、死亡するに至る状況の多少の差異を生ずる。柔軟な布片を用いることは、ロープ麻縄を用いる場合に比して、遥かに安楽に死に致らしめることができるのである」。

法医学上からみると、以上述べた5種の死刑執行方法の内、死刑囚をして苦痛を感じしめることが少なく且つ瞬間的に死亡するものとして、青酸ガスによる方法と絞死による方法が1番よいものであると考えられる」（428～429頁）。

「但し我国で死刑執行の方法として現在行われている方法が、この法医学上の原理を十分に理解して行っているものでないならば、その致死に理想的でないところがあるであろうと推察せられる。絞殺が最も理想的に行われるならば、屍体に損傷を生ぜしめず、且つ死刑囚に苦痛を与えることがなく（精神的苦痛は除く）且つ死後残虐感を残さない点に於て他の方法に優っているものと思う。私は我国において行われている死刑方法は、外国に行われている方法と比較して、特に残虐なものでないを考える。然しながら、現在の死刑執行方法に改善の余地なきやと問われれば、私はその余地があると答えない」（430頁）。

この鑑定は1952（昭和27年2月13日に着手し、同年10月27日に終了している。

2. 法医学者石橋無事の所見

九州帝国大学医学部法医学教室の助手であった石橋無事は、教室において解剖された死刑執行によって死亡した確定者の遺体を解剖した記録11例および保存標本によって頸部の変化を窺うことのできる3例の全14例から、頸部臓器の変化を整理・分析している。

甲状軟骨の上部で頸部の臓器が離断しているものが4例あり、頸部の筋肉や靱帯の離断しているものなどもあり、「死刑屍の頸部臓器は一般絞死の場合と異なり、廣汎なる範囲に亙りて断裂せられ、甲状軟骨体及びその上角並に舌骨大角の骨折、筋肉の離断及び出血、頸動脈内膜の断裂、頸部脊椎の骨折等を認めた。之等の諸変化は絞頸と同時に重き身体が急激に落下した為、頸部に作用した力が、普通の絞死に比し甚だしく強烈であった為に起ったものと推測せられる。従って頸部に索条を掛けて、急に高い所から飛び降るようにして絞死した場合には亦斯の如き強烈なる頸部の損

傷を呈することがあると思ふ」(137頁)(石橋無事「死刑屍の法医学的觀察(上)(下)」石橋無事全集刊行委員会『石橋無事全集・第三巻』[芸風書院、1985年]123～137頁所収:初出(上)(下)『犯罪学雑誌』第9巻、1935年540～547頁および660～666頁)としている。

3. 小野澤おとわの執行～頭部離断の実例～

明治時代の新聞記事には、死刑執行に立ち会った記者の記事が掲載されている。

それによれば、1882(明治16)年、旧刑法第380条の強盗致死罪で死刑が確定した死刑確定者に対し、1883年7月6日午前8時30分、市ヶ谷監獄署内の刑場で死刑が執行された。彼女の名前は小野澤おとわ(当時37歳)。「押丁や看守たちが、刑場の傍にある仮牢の中にいたおとわの囚衣を脱がせて、最初に身柄を取り押さえられたときに着ていた衾衣(あわせ)を着せた。浅草紙で顔を覆い、後ろ手に縛ったままで刑場に引き出した。死刑台の梯子を外すと同時におとわの体は首を縊られたままで一丈(約3メートル)余りの高所からズドンと吊り下った。同人は、肥満していて体重が重かったためか、吊り下がったとたんに首が半分ほど引き切れたので、血潮があたりに進んだ。五分間ほどでまったく絶命した」(『読売新聞』1883年7月7日付、中川智正弁護団=W・ラブル編著『絞首刑は残虐な刑罰ではないのか?—新聞と法医学が語る真実』[現代人文社、2011年]68～70頁所収)という。

むすびにかえて

石 塚 伸 一

1. ラブル証言に寄せて

(1) ラブルさんとの出会い

わたしがヴァルター・ラブル (Walter Rabl) さんに出会ったのは、2010年5月でした。ドイツのゲッティンゲン大学での国際コロキウム¹⁾からの帰り、後藤真人弁護士の依頼でオーストリアのインスブルック医科大学の法医学者とコンタクトをとることになりました。²⁾ インスブルック大学の法学部の友人、アンドレアス・シャイル (Andreas Scheil) 教授に連絡し、アポイントメントをとってもらいました。

5月30日 (日) 早朝にゲッティンゲンを経ちミュンヘンへ。翌朝、列車でインスブルックに向かいました。シャイル教授の研究室を訪問後、医科大学のラブル教授を訪問し、お忙しい中、2時間ほどインタビューさせていただきました。

(2) 5つの質問

後藤弁護士の質問は5つでした。①頭部完全離断の負荷値を測定する生体学的実験とはどのようなものか。②ラブル測定表の「S値」とはなにか。③絞首刑において頭部離断の予測は可能か。④『太政官布告第65号』にし

1) コロキウムでは、「日本刑法理論における主観性と客観性～刑法における自由、責任そして答責性～」というテーマについて報告しました。丸山真男の近代化モデルである「である」社会と「する」社会の範型を使って、日本と西欧との違いを比較検討し、虎ノ門事件 (1923年) などを素材に、日本の「近代」の特殊性についてお話をしました。

2) この調査については、中川智正弁護団＝ヴァルテル・ラブル編著『絞首刑は残虐な刑罰ではないのか?』(現代人文社、2011年)を参照。なお、中川被告人の裁判については、下記のサイトを参照。<http://deathpenalty-trial.jp/>

たがって絞首刑を執行した場合、頭部離断の可能性はあるか。⑤1883（明治16）年7月6日の「小野澤おとわ」の絞首刑執行の際、一部頭部離断が起きた原因はなにかでした。

①ラブルさんの答えは、次のとおりでした。すなわち、「解剖体から頸部の筋肉と皮膚を分離し、これに物理的牽引を加え、頸部が破断し、頭部と胴体が分離するには12000ニュートンの力が必要である」。②ロープの弾性、落下の高さ（落下速度）および体重の積がエネルギー（ニュートンの値）を決定する。実験から得られた係数がS値である。③頭部が離断するかどうかを決定する要因が多すぎて予測は不可能である。④日本の絞首刑でも離断の可能性は否定できない。⑤小野澤おとわの場合は、小柄な女性で首が弱かったにもかかわらず、体重が重かったことに原因があると推測される。

ラブルさんは、公判ではつぎのように証言しました。絞首による死亡の機序（メカニズム）には、①頸部の動脈または静脈の閉塞、②咽頭圧迫による窒息、③頭部離断、④延髄圧迫骨折、そして⑤迷走神経のショックによる急性心停止がある。首吊りによる死亡は、①と②が90パーセント、③と④が5%弱、⑤はきわめて稀である。

多くの絞首刑では、静脈閉塞なら顔は充血して赤く、動脈閉塞なら虚血で青白くなる。典型的絞首は、左右対称に力が加わった場合である。この場合は、意識喪失に至るまでには5から8秒ぐらいかかる。絞首刑でも「うまく入る」（首に対称に力が掛かる）ときばかりではない。非対称の場合には意識喪失までの時間は長くなる。窒息の場合は、酸欠で意識がなくなるまでには短くても1分から2分かかる。

意識がなくなると身体が左右に痙攣する。もがいて「踊る（tanzen）」ように上下に足踏みするときは、まだ生きていて激痛が走っているからである。解縄までに15から20分待つのは、確実に死を見届けるためであり、

瞬時に死亡することはない。この間、苦痛と恐怖に苛まれる。³⁾

ラブルさんは、「日本は、なぜ、いつまでも死刑を存置しているのですか？」と聞きました。わたしは、答をもちませんでした。「残念です」としか言えませんでした。「死刑を廃止するためなら、なんでもお手伝いします。」と言ってくれました。「日本に来ていただけますか。」と聞くと、「はい。喜んで。」とニコッと笑ってくれました。

研究室をお暇し、インスブルックからミュンヘンへ。翌6月1日、フランクフルト空港から日本に向かいました。

(3) 人道的な死刑はありうるのか？

ラブル証言によって、どのような機序によるのであれ、絞首刑には苦痛と恐怖がともなうことが明らかになりました。それでは、これに代替する人道的執行方法があるでしょうか。革命後のフランスで用いられたギロチンは、うまくいけば瞬時に断頭できるが、血生臭くて正視に耐えません。絞首は苦痛がともない、断首は見るに絶えない。死刑は「異常 unusual」か、あるいは「残虐 cruel」のどちらかです。

電気椅子はどうでしょう。失敗すると悲惨でした。銃殺は、執行者が煩悶します。死刑の執行は、法律の手続きによるならば正当化され「犯罪 (crime)」になりません。しかし、どんな理由があれ、人殺しは、宗教的・倫理的「罪 (sin)」です。

近年、アメリカでは、死刑を存置する司法管轄のほとんどが「スリーカクテル」と呼ばれる3種類の薬剤によって薬殺しています。意識を失わせ、痛みを感じなくさせてから毒殺。それは、耐え難い痛みを和らげるための安楽死のように見えるともいいます。⁴⁾ 薬殺だからといって、いつも理想的に行われるとは限りません。注射針がうまく

3) 詳しくは、本書のラブル証言参照。

4) 詳しくは、布施勇如「アメリカで、死刑をみた」(現代人文社、2008年) 参照。

血管に入らないこともあり、痛み止めが効かなくて苦痛がともなうこともあります。連邦最高裁は、違憲とまではいえないが、裁判官には躊躇が見られます。⁵⁾ アメリカも「残酷で異常 (cruel and usual)」でない死刑という矛盾に悩んでいます。

2. 土本証言に寄せて

～絞首刑は、残虐な刑罰です～

(1) 土本先生との出会い

わたしが土本先生とはじめてお会いしたのは、いまから25年くらい前になります。中央大学刑事判例研究会で同窓の大先輩として知己を得ることになりました。先生は、当時、学位請求論文『過失犯の研究——現代的課題の理論と実務』（成文堂、1987年）の準備をされているところだったので、指導教授の八木國之先生の紹介で、資料整理などをお手伝いすることになりました。その後、法学博士の学位を取得し、検察庁を退官され、筑波大学の教授に招聘されました。八木先生は、牧野英一先生に師事し、刑法は主観主義、刑罰は教育刑論の立場に立つ新派刑法学の系譜に属していました。

学者としての土本先生は、犯罪には厳しい処罰を求める立場で、マスコミにもたびたび登場していました。一度、NHKのBSの番組で厳罰主義の是非について首都大学の前田雅英教授と横浜桐蔭大学の河井幹夫教授と4人で討論するという機会があり、互いに反対の立場から議論したことがあります。その日の夜は、引き続き2人でFMのラジオ番組にも出演したの

5) アメリカ合衆国憲法修正8条は、「過大な額の保釈金を要求し、または、過重な罰金を科することはできない。また残虐で異常な刑罰を科してはならない」と規定する（黒沢俊義編『世界憲法集 第三版』（岩波文庫版、1980年152頁）。アメリカの死刑については、<http://www.deathpenaltyinfo.org/>のサイトを参照。

で、まる半日ご一緒させていただきました。

(2) 証言の説得力

公判廷で、土本武司元検事が、証人として、死刑存置の立場にたつとしても「絞首刑は残虐である」と断言するのを聞いた。その論理は、きわめて説得力があった。

憲法31条は、法律の定める手続きによる生命の剥奪を認めている。しかし、憲法36条は、公務員による残虐な刑罰の執行を禁じている。したがって、国会が定めた残虐でない執行方法を規定する法律によって死刑は執行されなければならない。

残虐であるかどうかは、①医学的見地からみて不必要な苦痛をあたえていないか、②不必要な遺体の毀損ではないか、そして、③一般人の目から見て残酷か、という観点から検討されなければならない。すべての観点から見て、現行の絞首刑は、「残虐な刑罰に限りなく近い」という。

検察側が、執行方法は残虐とはいえないとする昭和30年最高裁判決の基礎は、いわゆる「古畑鑑定」である。鑑定は、絞首刑は、①瞬時に意識を喪失するので苦痛は感じない。②死体にはほとんど損傷がない。そして、③絞首刑は最も苦痛の少ない死刑執行方法である、という。しかし、古畑鑑定は、ラブル証言によって完全に否定された。頸部動静脈の圧迫は、①無意識になるまでに5から8秒はかかるので、苦痛を感じている。②死体は損傷しており、頭部の完全離断、一部離断、頸部の内部離断（首の皮一枚でつながっている）などのケースがイギリスでも、日本でも報告されている。③頭部離断による死刑執行は、正視に耐えない、惨たらしいものである。執行の際の苦痛で、足を上下にばたつかせたり、痙攣をおこしたりする。すべての点で、絞首刑による死刑は、限りなく残虐に近い。

最高裁も、昭和23年と30年の大法廷判決では、「残虐」の基準は、時代とともに変化することを認めている。いわば「残虐性基準変遷論」といっ

てもいいかもしれない。足利事件のDNA鑑定を見てもわかるように、科学は進歩する。人道性の理念も進化する。戦争直後と現代を比べれば、その進歩や進化は明白である。

(3) わたしはこう感じた

法医学者のラブルさんは、絞首刑は、どうやっても苦痛をとまなうことを論証した。わたしたちは、どこかの国の死刑を論じているわけではない。いまの日本の死刑を論じている。日本政府は、周到に準備し、太政官布告第65号にしたがって、絞首刑を執行し、意図的に人間を殺している。死刑の存廃論は、空中戦になりがちである。いま、問題なのは、わたしたちの国のいまの死刑を、わたしたちがどうするのかである。

「あなたは死刑廃止論者なのですか？」という質問をよく受ける。わたしは、「理論的にも、実践的にも、死刑を廃止することをめざして努力をしています」と答えることにしている。⁶⁾ わたしは、2004年から、弁護士登録をしている。

3. わたしにとっての死刑

～死刑事件と出会い～

(1) ある死刑事件との出会い

わたしの教員生活は、北九州の公立大学からはじまりました。比較的小規模な大学だったので教員と学生の距離も近く、ゼミ生と一緒に裁判の連続傍聴をしてケース・スタディーをしていました。そんな中で出会ったのがつぎの事件でした。⁷⁾

6) 拙稿「刑事訴訟実務入門～研究者がなぜ弁護士をするのか?～」([法学セミナー] 第652号、2009年) 41～44頁。

7) 石塚伸一『刑事政策のパラダイム転換～市民の、市民による、市民のための刑(龍法 '12) 45・1, 236 (236)

19歳のときの強盗殺人等で無期懲役の判決が確定し、16年余服役して仮出獄（仮釈放）した37歳の男性が、若い女性を殺害し、逃走するために被害者の母親と目撃者の女性を傷つけた。1990年5月の第1回公判以来、裁判は、淡々と進んでいた、第3回公判で被告人が「自分は女性を殺していない。家に侵入したときには、すでにお嬢さんは死んでいた」と話した。法廷には緊張が走った。裁判長は、「重大なことだから、弁護士さんと相談してください。つぎの公判でもう一度確認します」と言って閉廷した。しかし、第4回公判で、「妻から『あなたが罪を認めないと、私たちに危害が及ぶので、罪を認めてくれ』と言われたので、殺害を認めます」と述べたので、事実についての争いは終結し、争点は責任能力に移ってしまった。

わたしは、1992から93年にかけて北九州を離れ、ドイツに滞在しました。この間、ゼミ生たち傍聴の記録を報告してくれていました。帰国直後の1993年10月、福岡地方裁判所小倉支部の201号法廷で判決公判が開かれました。わたしたちは、傍聴席で判決を待ちました。裁判官が入廷して、被告人が証言台に呼ばれました。裁判長が「理由から先に述べます」と言うと、傍聴席の最前列に控えていた報道関係者が、蜘蛛の子を散らすように走って出ていきました。⁸⁾ 判決理由を聞いている間、わたしの頭の中はどこか上の空でした。「これは何なのだろう。」最後に裁判長は言いました。「被告人を死刑に処す。」そのとき、背中にスーッと鳥肌が立つのを感じました。

これがわたしの法律家としてのライフワークが決まったときでした。

事政策〜」（現代人文社、1995年）参照。

- 8) 刑事裁判での判決の言渡しは、主文を宣告してから、理由を述べるのが通例である。ところが、死刑判決を言渡すときだけは理由から述べるのが裁判所の慣行になっている。「死刑」という言葉を聞いた被告人が最後まで理由を聞くことができなくなることに配慮した措置だといわれている。ただし、例外もあり、連

(2) ライフワークの展開

弁護人は、その日のうちに控訴しました。ところが、20日後、被告人はみずから控訴を取下げ、死刑判決が確定しました。被告人は、公判中に精神鑑定を受けており、訴訟能力にも問題があったと思います。判決は、死刑です。それなのに、国選弁護の事件では、一審の判決言渡しによって弁護人は解任される。控訴だけではできるが、その後は弁護活動ができない。事件が高裁に送られ、裁判体が決まり、新たな弁護人が選任するまでの数か月間、弁護人がいない「弁護権保障の空白期間」ができてしまうのです。このような状態に問題があることを知りながら、最高裁も。弁護士会も、事態を放置してきたのです。この空白の中で、誰の法的アドバイスも受けずに、被告人は控訴を取り下げ、死刑が確定してしまったのです。

恥ずかしいことですが、刑事法の研究をしながら、わたしは、このような問題状態を知りませんでした。憲法第37条3項は、「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。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する」と規定しています。現在の状態は、明らかにこれに違反しています。⁹⁾

そこで、わたしは、福岡県弁護士会に人権救済を申立てました。また、自分でもこの事件を調べてみようと思い、訴訟記録の閲覧を検察庁に求めました。ところが、これは不許可となりました。刑事訴訟法第53条と刑

続少女誘拐殺人事件の被告人・宮崎勤さんのときは、主文から読んだ。

9) しかし、最高裁第一小法廷は、憲法37条3項は「刑事被告人に対し、控訴提起の当初から判決確定にいたるまで、間断なく弁護人が付されることまで保障したものではないから、刑事被告人が控訴を取下げの際に弁護人が付されていなくとも同項に違反するものではない」(2004〔平成16〕年6月14日決定、裁判集刑事285号)としている。ただし、原審の福岡高裁も「控訴取下げが重要な法的効果を伴う訴訟行為であることからすると、弁護人不在であることによって被告人の受ける不利益が看過しがたいほどに重大であるなど、特殊の事情の下では、弁護人不在の状態での控訴取下げについて憲法37条3項違反を生じる余地もあり得る」とする(福岡高裁決定2003〔平成15〕年12月5日(平成13年(け)第11号判例集未登載))。

事確定訴訟記録法は、誰でも確定後の刑事裁判の記録は見られると規定しているのに、検察官は、死刑事件の記録は見せない、というのです。そこで、わたしは、裁判所に準抗告申立てました。福岡地裁小倉支部は、閲覧を許可する決定をしてくれました。検察側は最高裁に特別抗告をしました。が、棄却され閲覧が許可されました。¹⁰⁾

記録を閲覧したところ、数々の問題が明らかとなりました。知り合いの弁護士さんたちに協力していただき、人身保護請求、控訴取下げの無効による公判期日指定の申立て、死刑事件の再審請求、恩赦申請など、考えられる法的手段を講じました。その目的は、不当に確定してしまった裁判の再開でした。しかし、一度閉まった裁判所の扉は、固く閉ざされたままでした。アムネスティー・インターナショナルなど国際的な人権団体も、この事件に注目していました。

いろいろな方の協力や支援を得ているとはいえ、研究者としてできることには限界があります。とりわけ、旧監獄法の下では、死刑確定者との接見は、親族と弁護士に限られていたので、原則として、わたしが直接面会することはできません¹¹⁾ 何をするにも、忙しい弁護士さんをお願いしなければならず、隔靴搔痒の思いでした。そこで、法科大学院の開設を機に弁護士登録し、この事件に本格的に取り組むべきではないかと思うようになっていったのです。¹²⁾

10) 詳しくは、福島至編著『刑事確定訴訟記録法コンメンタール』（現代人文社、1998年）参照。

11) 1908（明治41）年施行の『監獄法』を全面的に改正した『刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律』（2005〔平成17〕5月25日法律第50号）では、面会の相手方は、親族、弁護士等（身分上、法律上または業務上の重大な利害に係る用務の処理のため面会することが必要な者）および教誨師等（心情の安定に資する者）は原則として面会を許されるほか（120条1項）、刑事施設の長が、「交友関係の維持その他面会することを必要とする事情があり、かつ、面会により刑事施設の規律および秩序を害する結果を生ずるおそれがないと認めるとき」には面会が許可されることになった（同条2項）。

12) 弁護士法第5条1号は、「学校教育法（昭和22年法律第26号）による大学で法律

(3) 事件の結末

この事件の被告人は、19歳のときの事件で無期懲役の判決を言い渡されているのですが、この事件でも弁護人の控訴を被告人自身を取り下げているのですが、その取下げの書面の署名が、被告人自身のものではなく、おそらくは拘置所の職員の代筆なのです。裁判所は、申立書の署名の真偽すら確認していなかったのです。そこで、無期懲役事件の控訴取下の無効による公判期日指定の申立てをしました。2008年12月15日、この申立てが棄却されたので、20日、福岡高裁に異議を申立てました。年が替わって、裁判所から主任弁護人を決めるよう連絡があった矢先の2009年1月29日、牧野正さんの死刑は執行されました。思いもよらぬことでした。いや、弁護人としてのわたしのミスでした。

執行は、その日の8時25分、遺言はなく、領置物は廃棄してほしいとのことだったそうです。ただ、教誨だけは受けたとのことで、仏教の生命（いのち）についての教えを聞いた後、末期の水も、食物もとることなく、「さあ、いこう」と職員に声をかけて執行台に向かったそうです。

わたしは、執行の報を受け、翌30日、福岡拘置所で行われた棺前教誨に参加させていただきました。拘置所の正門に黒塗りの自動車を用意していただき、護送車等が出入りする裏門まで車で連れて行っていただきました。裏門の扉が開くのを待っていたときのことです。門の脇で一羽のホオジロがぴょんぴょんと跳ねていました。目が合ったような気がしました。その瞬間、「ヒュー」と飛び去っていきました。人の気配をけどったのかと思ったのですが、数秒の後、また戻ってきました。また、目が合ったよ

学を研究する大学院の置かれているものの法律学を研究する学部、専攻科若しくは大学院における法律学の教授若しくは准教授の職に在った期間が通算して5年以上になること」と規定する。しかし、大学教員の弁護士登録については、職務専念義務との関係で、国公立大学では原則禁止しており、私立大学もこれに倣って自粛していた。ところが、実務教育をめざす法科大学院では、研究者教員が実務を経験することを奨励していった。

うに思います。わたしたちと一緒に門の開くのを待っていたのでしょう。

人の気配をけどったようにホオジロが飛び立つかどうかそのときでした。「ガーッ」と鉄の門扉が上がり、扉の向こうに15、6人の制服を着た職員と背広姿の所長が白木の棺の周りに立っていました。

ご導師の下、葬儀が行われ、最期のお別れをしました。ご焼香の後の献花させていただきました。白い花の間から垣間見た顔は安らかでした。「おつかれさま」ところろの中で言葉をかけました。そのとき、首に幅3センチほどの赤いあかい傷痕が目に入りました。傷が彼の死の意味を伝えていました。

霊柩車がクラクションを鳴らし、再び開いた鉄扉の下を潜り抜けていきました。10代から少年院に入り、退院後に大きな罪を犯して16年間刑務所ですごし、数年間、自由な社会で生活した後、1990年の初春に逮捕され、爾来19年、留置場や拘置所に身体を拘束されていた難波こと牧野正さんが、ようやく自由の身になった瞬間でした。享年58歳、名は釈慈照になっていました。わたしは、死刑が「残虐な刑罰である」と確信しました。

むすびにかえて

「あなたは死刑廃止論者なのですか？」という質問をよく受けます。わたしは、「理論的にも、実践的にも、死刑を廃止することをめざして努力をしています」と答えることにしています。

わたしは、八木國之先生の下で牧野英一の教育刑論を学びました。刑罰の目的のひとつに改善教育があるのなら、受刑者を殺してしまうことは刑罰の目的に反します。したがって、死刑廃止は教育刑論の論理的帰結です。理論的に死刑廃止論を疑ったことはありません。そして、死刑囚・牧野正さんとのおつきあいを通じて、いま、日本で行われている死刑が「残虐である」ということを確信しました。

わたしたちは、どこかの国の死刑を論じているわけではありません。現在の日本の死刑を論じているのです。政府が周到に準備し、絞首刑によって、人間を殺しています。たしかに、死刑をめぐる議論は、空中戦になりがちです。しかし、わたしたちが問題としているのは、森鷗外の「高瀬舟」でも、トルストイの「罪と罰」でもない。いま、わたしたちが現に行っている死刑なのです。

わたしは、2011年8月の暑い日、後藤貞人弁護士と一緒に土本先生のご自宅を訪問し、この事件での証言をお願いしました。そのとき、わたしは、お引き受けいただけるだろうと確信していました。先生の法律家としての原体験は、先生が牧野英一先生との1年間にあります。30年間、検察官として実務に携わってこられ、25年間前に学究の世界に戻ってこられました。わたしは、先生が牧野門下であることを信じて疑いませんでした。

いま、傍聴を終えて、ここから申し上げたい。「お帰りなさい。」