

論 説

法務大臣の職責

～死刑執行を命じることは、法務大臣の職責か？～

石 塚 伸 一

はじめに

2012年3月29日、東京、広島、福岡の各拘置所で3人の死刑が執行された。2010年7月28日に千葉景子元法務大臣が2人の執行を命じて以来の執行であった。執行を命じたのは、小川敏夫法務大臣（当時）。就任当初から死刑については「職責をしっかりと果たしたい」と発言していた。【註1】

1. 死刑執行の動向

(1) 法務大臣と死刑執行

2011年は、死刑問題の歴史において刮目すべき年であった。18年ぶりに死刑執行「零（ゼロ）」の年になったからである。下記の【表】死刑の判決、執行および死刑確定者の推移（1980～2011年）を見ていただきたい。1980年代には死刑再審無罪が相次ぎ、死刑の判決も、執行も減少した。1990年代初めには3年余、執行がなかった。ところが、1993年3月、後藤田

【註1】 2012年1月13日、小川敏夫法務大臣官邸記者会見において、新法務大臣は、「死刑という刑罰そのものは、人の命を絶つという大変重い、厳肅な刑罰でありますので、そのことについて慎重に考えなければならないということがあると思います。しかし一方で、法律で定められた法務大臣の職責でございます。大変つらい職務であると思いますが、私はその職責をしっかりと果たしていくのが責任であると思っております。」と答えた。http://www.moj.go.jp/hisho/kouhou/hisho08_00245.html

【表】死刑の判決、執行および死刑確定者の推移（1980～2011年）

年	一審 死刑判決数	二審 死刑判決数	最高裁 死刑判決数	新死刑 確定数	死刑執行数	死刑確定者 総数
1980	9	2	4	7	1	26
1981	2	1	3	3	1	28
1982	11	8	0	1	1	28
1983	5	4	0	1	1	27
1984	6	5	3	3	1	27
1985	9	5	1	2	3	26
1986	5	7	0	0	2	24
1987	6	8	6	8	2	29
1988	10	4	7	11	2	38
1989	2	5	5	5	1	40
1990	2	2	7	6	0	46
1991	3	4	4	5	0	51
1992	1	4	4	5	0	56
1993	4	1	5	7	7	56
1994	8	4	2	3	2	57
1995	11	4	3	3	6	54
1996	1	3	4	3	6	52
1997	3	2	4	4	4	51
1998	7	7	5	7	6	52
1999	8	4	4	4	5	50
2000	14	6	3	6	3	52
2001	10	16	4	5	2	56
2002	18	4	2	3	2	57
2003	13	17	0	2	1	56
2004	14	15	13	15	2	68
2005	13	15	10	11	1	78
2006	13	16	16	20	4	94
2007	14	14	18	23	9	107
2008	5	14	8	10	15	100
2009	9	9	16	18	7	107
2010	4	3	7	8	2	111
2011	10	2	22	24	0	132
	109	111	103	121		

正晴法務大臣によって執行が再開され、爾来、国会閉会中に複数人の死刑が執行されるようになった。2000年に入り、一時期、執行が減少した。杉浦正健法務大臣は、その在任中、死刑を執行しなかった。

2007年から09年にかけて事態は動いた。長瀬甚遠、鳩山邦夫および森英介の3人の法務大臣が、それぞれ10人、13人および9人の死刑を執行した。その中には、心神喪失や冤罪を疑われる人たちがいた。【註2】

2008年、政権が交代し、わたしたちは、死刑廃止を期待した。しかし、期待は裏切られた。千葉景子法務大臣は、死刑の執行を命令し、みずから東京拘置所の執行に立会った。【註3】

(2) 死刑執行モラトリアム

平時における死刑廃止の多くは、イギリスやフランスのように長期間の執行の停止（モラトリアム）によって事実上の廃止国となり、これを立法によって確認することで正式の廃止国となる。現在、韓国はモラトリアムの状態にあり、15年以上執行がない。【註4】

日本も1980年代には死刑が著しく減少した。その原因是、アメリカ合衆

【註2】かつてわたしは、この時代をC・チャップリンの映画になぞらえて「殺人狂時代」と呼んだことがある。拙稿「大量死刑時代の終焉？——厳罰主義の後始末——」（『法律時報』第82巻7号、2010年）8～12頁。

【註3】千葉景子法務大臣は、かつて「死刑を廃止を推進する議員連盟」のメンバーであったが、2010年7月24日に3人の死刑執行を命令し、同月28日には東京拘置所での2人の執行に立会った。このことを官房長官は、事前に知っていた。その後、存廢を含め死刑制度の在り方を検討する勉強会を法務省内に設置し、東京拘置所内の刑場を報道機関に公開した。

【註4】死刑制度自体は存置しながら、その執行を停止する措置を「死刑モラトリアム」という。韓国では、1997年12月30日に23人が処刑されて以来、執行は行われていない。韓国法では死刑の執行は、法務部長官（法務大臣）の命令によるものとされている。裁判所は、抑制的ながら、死刑判決を言渡し続けており、確定者は、64人まで増加したが、2007年に6人が恩赦で無期懲役に減刑された。2010年2月25日に憲法裁判所は、僅差であるが、死刑制度を合憲としている。

国連邦最高裁の死刑違憲判決^{【註5】}と自国の再審無罪判決であった。^{【註6】}その後、1990年から93年には、3年余、モラトリアム状態になった。^{【註7】}

2. 死刑裁判の動向

(1) 死刑判決の急増

裁判においては、2000年に入り、一時期、死刑判決の数が急増した。地裁では2000から07年に109人、高裁では2001から08年に111人、最高裁では2004から11年に103人に死刑が言渡され、121の死刑判決が確定した（【表】参照）。

死刑判決確定までのプロセスは、一般に、検察官が死刑を求刑し、一审判決があり、弁護人が控訴して、約1年後に高裁が控訴を棄却。上告があると最高裁は約3年審理し、1回だけ公判を開いて上告を棄却し、弁護人が判決異議を申立て、約1月で棄却されて確定する。起訴から確定まで約5年

【註5】 アメリカ合衆国連邦最高裁は、1972年、ファーマン対ジョージア、ジャクソン対ジョージアおよびプランチ対テキサスの3事件において、死刑は、「残酷で異常な（cruel and unusual）」刑罰を禁止した合衆国憲法修正第8条の違反との判断を示した。さらに、1972年6月29日には、40の存置州の死刑制定法を否定して当時収監されていた629名の死刑囚の減刑を決定した。しかし、ファーマン判決はジョージア州法に対する特殊な判断であり、死刑制度それ自体が否定されたわけではないとして、法制度を改正し、憲法に合致する死刑制度を模索する州もあった。連邦最高裁は、1976年、グレッグ対ジョージア、ジュレック対テキサスおよびプロフィット対フロリダの3事件において、死刑制度が合衆国憲法に違反しないとの判断を示した。これにより、合衆国のモラトリアムは終わり、死刑制度が復活した。1977年1月17日、G・ギルモアの処刑によって執行が再開された。

【註6】 死刑確定後に再審無罪となった事件としては、1983年の免田事件（1948年）、1984年の財田川事件（1950年）と松山事件（1955年）、1989年の島田事件（1954年）の4件がある。

【註7】 長谷川信（198日）、梶山静六（108日）、左藤恵生（312日）、宮澤内閣の田原隆（404日）の4代の法務大臣は、死刑を執行しなかった。宮澤内閣で法務大臣に就任した後藤田正晴法務大臣は、1992年3月26日、3年4か月ぶりに死刑を執行した。

である。なかには、被害者遺族やマスコミの激しい非難を受けて自暴自棄になり、上訴を取下げてしまう例もある。

死刑判決が増える一方で、執行は抑制的であるといえる。ただ、確定者が100人を超えたころから、一部の政治家が早期の執行を求めるような発言をはじめた。【註8】

(2) 裁判員裁判の開始

死刑判決の急増は、裁判員制度の導入・実施と大きくかかわっていた。制度施行前に死刑や無期の求刑・判決が急増し、いわゆる「量刑相場」の引き上げにつながった。裁判員に示される「量刑一覧表」は、この間の数字をもとに作られている。【註9】

裁判員裁判開始後は、公判前整理手続きに相当の期間を要することから、2008年以降の一審死刑判決は一桁になった。このことが二審および最高裁に影響を及ぼすことは間違いない。

検察官も、裁判員裁判では死刑求刑を自制している。鳥取地裁のいわゆる「米子強盗殺人事件」では、被害者が2人であるにもかかわらず、求刑は無期懲役であった。従来の求刑相場であれば、死刑であったであろう。最初の死刑求刑は、東京地裁のいわゆる「耳かき店員殺害事件」であった。被害者2人の殺人に死刑を求刑したが、裁判員裁判の判断は無期懲役であった。その後、横浜地裁ではじめて死刑判決が言渡された。2012年5月末現在、裁判員裁判施行3年間で、死刑の求刑は18件、そのうち無罪が1

【註8】衆議院調査局法務調査室『死刑制度に関する資料』参照。

[http://www.shugiin.go.jp/itdb_rchome.nsf/html/rchome/Shiryo/houmu_200806_shikeiseido.pdf/\\$File/houmu_200806_shikeiseido.pdf](http://www.shugiin.go.jp/itdb_rchome.nsf/html/rchome/Shiryo/houmu_200806_shikeiseido.pdf/$File/houmu_200806_shikeiseido.pdf)

【註9】2009年（平成21）年5月21日、『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』の施行にともない最高裁判所は、裁判員による量刑のばらつきを小さくするため、量刑データベースを裁判員に開放して、裁判員が過去の同種事例を参照しやすくすることを決めた。

件、無期懲役が3件、死刑は14件である。【註10】

3. 刑罰目標と死刑

刑罰の目標としては、応報、隔離、抑止および社会復帰を挙げるのが一般である。【註11】応報の中は、人を殺した者は、その命によって罪を贖うことが正義に適うというものであり、被害者の「仇討ち」を禁ずるなら、代わりに政府が犯人を殺さないと帳尻が合わない、というような素朴かつ乱暴な意見もあり、死刑と結びつきやすい。第2は、隔離とか、無害化と呼ばれるもので、危険な犯罪者を隔離し、犯罪をおかさせないようにするためには、その人を殺してしまうのがもっとも効果的である、といいういさか危ない議論である。しかし、隔離は、からずしも死刑でしか達成できないものではない。仮釈放の可能性のない終身刑や保安処分でも、同様の効果を実現できる。第3は、犯罪の抑止であり、刑法で刑罰を予告し、刑の執行を見せつけることで、人びとに犯罪は割に合わないという気持ちを起こさせて、犯罪を予防するというものである。これには、普通の人たちをターゲットにする一般予防とすでに犯罪をおかしてしまった人や犯罪をおかす危険性の高い人を脅して犯罪を思いとどまらせる特別予防がある。この立場は、死刑があるから、人びとは重大犯罪をおかさないのであり、もし死刑を廃止すれば、凶悪犯罪が増えるのではないか、という世俗の「常識」に支えられている。しかし、多くの実証研究は、死刑の抑止力については科学的根拠がないこと、正確には、そのような抑止力は実証できなかった、と報告している。【註12】

【註10】拙稿「刑事裁判は変わったか？——精密司法から核心司法へ——」（『憲法理論叢書⑯』政治変動と憲法理論』敬文堂、2011年）135～152頁所収など参照。

【註11】拙稿「厳罰化と刑罰理論—何故、処罰するのか？—」（『別冊法学セミナー・法学入門2001』2001年）88～90頁。

【註12】拙稿「抑止力について犯罪研究動向 死刑をめぐる内外の動き——事実に基

これに対し、最後の社会復帰は、改善とか、更生とかいわれることもあり、犯罪者が再び犯罪をおかさずに社会で生活していくことができるようになることを刑罰の目標としている。この立場からは、死刑のように社会への再参加を絶対的に否定する刑罰は拒絶されることになる。【註13】

4. 民主党政権下の死刑問題

(1) 「猫の目」法務大臣とモラトリアム

2009年9月16日の民主党政権発足以来、千葉景子（367日）、柳田稔（67日）、仙谷由人（54日）、江田五月（232）、平岡秀夫（134日）、小川敏夫（114日）そして滝実（現職）の7人の法務大臣が誕生した。そのうち4人が司法試験合格者であり、法律実務の経験がある。

千葉法務大臣は、就任前「死刑廃止を推進する議員連盟」に所属し、死刑存続に反対してきた。ところが、2010年7月の参議院選挙で落選し、議員でなくなった直後に死刑執行を命令した。「信念を曲げた」「変節した」と批判を浴びたが、直後に「死刑の在り方について、広く国民的な議論が行われる契機にしたい」と法務省内に「死刑の在り方についての勉強会」を立ち上げ、死刑存廃についての議論を始めた。その後、4人の法務大臣は、死刑を執行しなかったので、2011年は死刑執行「零（ゼロ）」の年になった。

「づく死刑政策」（『犯罪社会学研究』第31号、2006年）153～158頁。

【註13】近年、主張されるようになったのが、違法なことをすれば、それ相応の制裁が加えられるということを示すことによって、人びとは、法を信頼し、これを遵守するようになる。したがって、刑罰の目的は、単なる、応報や予防ではなく、より積極的に「法秩序の防衛」「規範の確証」にあるという、いわゆる「積極的一般予防」の立場である。単なる犯罪の抑止や予防は、これと区別して「消極的一般予防」と呼ばれる。単純に考えると、法秩序を強化するためには、厳しい刑罰、その最たるものである死刑を支持することになりそうであるが、誤判の存在やその回復不可能性によって、むしろ死刑を否定する方向に傾くこともある。

(2) 法務大臣の「更迭？」と総理の執行への圧力

平岡法務大臣は、就任直後の記者会見で、勉強会が存続している間は、検討中であるので死刑の執行はしないという趣旨の発言をした。事実上のモラトリアム宣言との評価もあった。ところが、異例中の異例、官房長官と総理大臣が法務大臣に執行を促すような発言を公に示した。その時の理由のひとつが「執行は、法務大臣の職責である」という主張であった。2012年1月13日、野田総理大臣は、内閣を改造した。閣僚名簿に平岡法務大臣の名前はなかった。死刑執行を躊躇うことを理由とした「更迭」ともいわれた。

新たに任命された小川法務大臣は、就任直後の記者会見で「肃々と職責を果たす」と述べ、「議論は出尽くした」として勉強会を打ち切った。同年3月9日には存置・廃止双方の意見を併記した報告書を公表し、「国民の議論があることと死刑を執行するかは直接関係しない」と述べ、改めて死刑執行に前向きな考えを示した。そして、3月29日、東京、広島および福岡の各拘置所で3人の死刑が執行された。

5. 法務大臣の死刑執行命令

(1) 死刑執行命令

現行刑事訴訟法は、「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6か月以内にこれをしなければならない。ただし、上訴権回復もしくは再審の請求、非常上告または恩赦の出願もしくは申出がされその手続が終了するまでの期間およ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475条)とする。なお、法務大臣が執行を命じたときは「5日以内にそ

の執行をしなければならない」（第476条）。【註14】

他の刑罰の執行は、検察官がこれを指揮するとしているにもかかわらず（同472条1条）、死刑執行だけは、法務大臣の命令によるとしている。何故だろう。

（2）死刑は、峻厳な刑罰だから

死刑は、その刑罰としての性格・内容が峻厳で、もし誤れば、回復不可能であることから、慎重の上にも慎重を期して、法務行政の最高責任者であり、内閣の一員でもある法務大臣が執行の可否を判断することにした。

命令の性質については、法務大臣の命令によって刑の執行力が生じるとする説と刑の執行機関内部の指揮命令関係の規定にすぎないとする説がある。前説には、司法権は裁判所に専権的に帰属する、という三権分立に抵触するとの批判があり、後説には、何故、死刑の場合だけ法務大臣の判断を介在させたのかが十分説明できない、という難点がある。

（3）法務大臣の命令は、何故、6ヶ月以内なのか

法務大臣は、「6ヶ月」以内に執行すべき義務があるという政治家もい

【註14】このほか、「①死刑は、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の立会いの上、これを執行しなければならない。②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」（刑事訴訟法第477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、検察官および刑事施設の長また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」（同第478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って執行を停止する。②死刑の言渡を受けた女子が懷胎しているときは、法務大臣の命令によって執行を停止する。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また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475条第2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または出産の日と読み替えるものとする」（同第479条）と規定している。

る。しかし、これには、ほとんど支持がない。

6か月以内に執行するという規定は、戦後の刑事訴訟法の改正で新たに設けられた規定である。その立法趣旨は、死刑の確定した人をいつ執行されるのか分らない不安定な状態におくことは、非人道的であるということが理由であり、連合国総司令部（GHQ）の指示で設けられた。しかし、その理由には疑問がある。^{【註15】} 現実にも、それぞれの死刑確定者をとりまく状況は単純ではなく、再審や恩赦の可能性を調査・検討し、いささかの誤りもないようにするためには、6か月はあまりに短すぎる。

死刑をめぐる国際情勢も複雑である。世界は、死刑廃止の潮流にあり、「先進国」と呼ばれる国の中では日本とアメリカだけが死刑を存置している。そのアメリカも、この10年で死刑の判決も、執行も減り、17の州が死刑を廃止している。法務大臣は、このような内外の事情を勘案し、人道的・政治的な観点から高度な判断をすることが求められる。

通説は、6か月の期間を超過することがあっても、違法ではない、としている。下級審の判決や政府の統一見解も、この規定を訓示的規定であるとしている。

6. 法務大臣の職責

～法務大臣には死刑執行を命令する義務があるのか～

(1) 死刑の歴史

江戸時代の死刑の執行方法は、武士に対しては切腹または斬首、それ以外の身分には、磔、鋸挽、火罪、下手人、死罪、獄門など多様な方法が用いられていた。幕府の刑法『公事方御定書百箇条』は、死刑を火刑、獄

【註15】 団藤重光『新刑事訴訟法綱要〔七訂版〕』（創文社、1967年）は、「不当に長く死の恐怖を継続させないのが立法趣旨だとされたが、疑問である」（582頁）と批判する。

門、死罪および切腹に限定していた。【註16】

明治政府は、維新直後の1868（明治元）年に『仮刑律』を定め、直轄地に適用した。1871（明治3）年には『新律綱領』を全国で施行した。さらに、1873（明治6）年の『改定律例』で残酷な執行方法を廃止した。これによって、死刑は「斬罪」と「絞首」の2種類に限定された。このときに絞首の執行方法を定めたものが、いまでも死刑の執行方法に関する唯一の法律とされる『絞罪機械図式』（明治6年太政官布告第65号）である。

1880（明治13）年、フランスの影響を受けた『刑法』（明治13年太政官布告第36号）、いわゆる「旧刑法」が制定され、死刑は絞首刑だけになった。【註17】このときの刑事訴訟法は、『治罪法』（明治13年太政官布告第37号）であり、1882（明治15）年から施行された（明治15年太政官布告第36号）。

現行『刑法』（明治40年法律第45号）は、死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留および科料を主刑としている（9条）。死刑は、刑事施設内において、絞首して執行する。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置される（11条）。

（2）死刑の執行

『治罪法』は、死刑の執行について、司法卿が命令し、命令から3日以内に執行すべきものとしていた（460条）。【註18】1890年の『刑事訴訟法』（明治23年法律第96号）（いわゆる「旧々刑訴」）は、司法大臣が命令し、命令から3日以内に執行すること（318条2項）、裁判所書記官が始末書を作成すること（321条）など、おおむね治罪法と同じであったが、あらたに、他の刑罰については確定後直ちに執行することを確認し、死刑は特別である

【註16】 ちなみに、敵討（仇討ち）は、肉親を殺害された遺族が復讐するために行われる私刑で、領主の赦免状を得た武士だけに許された。

【註17】 ただし、『陸軍刑法』および『海軍刑法』では銃殺が行われていた。

【註18】 同法によれば、執行は検察官が指揮し（462条1項）、書記が始末書を作成することになっていた（463条）。

ことを確認した（319条）。【註19】

現行刑法制定にともなって制定された1908年の『刑法施行法』（明治41年法律第29号）では、新たに書記官の立会うこと、死刑執行の密行主義および執行停止についての規定が追加された（第48条）。【註20】

1922（大正11）年に制定された『刑事訴訟法』（大正11年法律第75号）（いわゆる「旧刑訴」）は、1924（大正13）年から施行された（大正12年勅令第215号）。死刑の執行に付いては、ほぼ「旧々刑訴」と同じであったが、司法大臣の命令後5日以内に執行する（第540条）ことに変更された。【註21】

（3）第二次世界大戦後

戦後は、内閣の組織改革にともなって、一時期、法務総裁が死刑の執行を命令したが、それ以外は『旧刑訴』に依っていた。

【註19】懲役、禁錮および拘留については、心神喪失（第1号）、刑の執行により生命を保持することができなくなるおそれのあるとき（第2号）、受胎後7月以上（第3号）、分娩後1月末満（第4号）は執行を停止するとされた（319条2項）。なお、死刑以外の刑罰は、検事がその執行を指揮するとされた（第320条1項）。

【註20】「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可シ ②死刑ノ執行ニ閑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」（『旧々刑事訴訟法』318条ノ2）および「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懷胎ナルトキハ分娩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」（執行停止）（同312条ノ3）が付け加えられた。

その行刑法である『監獄法』（明治41年3月28日法律第28号）も、執行は監獄内の刑場で行うこと（71条1項）、祝祭日、1月1日、2日および12月31日には執行しないこと（同条2項）、絞首の後には5分経過後に絞繩を解くこと（同72条）、遺体は、仮葬して、必要であれば火葬し、遺体や遺骨は仮葬から2年後に合葬することができる（同73条）、死亡者の親族等が望めば遺体や遺骨を交付できること（第74条）、遺体は解剖のために献体できること（第75条）などを定めた。

【註21】執行には、検察官および裁判所書記が立会い、検察官または監獄の長が許可したときだけしか刑場に入れず（第541条）、立会い書記官が執行始末書を作成し、検察官と監獄の長が署名捺印し（第542条）、心神喪失者および妊娠中の女性については司法大臣法の命令で執行を停止すること（第543条）などを規定していた。

1947（昭和22）年、新しい『刑事訴訟法』（昭和22年法律第61号・第195号）（いわゆる「新刑訴」）が制定され、1949（昭和24）年から施行された（昭和23年法律第131号）。執行は法務大臣の命令によることなり（第475条1項）、新たに、命令は判決確定の日から6か月以内にすることとされた。ただし、上訴権回復、再審請求、非常上告または恩赦の出願・申出がなされ、その手続が終了するまでの期間およ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、上記の6か月に算入しない（同条2項）。法務大臣の命令後5日以内に執行をすること（同477条）、執行には検察官、検察事務官および刑事施設の長が立会い、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こと（同477条）、立会検察事務官は、執行始末書を作り、検察官および刑事施設の長は署名押印すること（同478条）、心神喪失者および妊娠中の女性は、法務大臣の命令によって執行を停止すること（同479条）などを規定した。なお、前述のように、確定から命令までを6か月以内としたのは、死刑確定者を無期限に執行の恐怖にさらすのは、非人道的であるとGHQが考えたからであった。

『監獄法』の改正法である『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年法律第50号）^{【註22】}は、死刑の執行について、①死刑は、刑事施設内の刑場において執行すること、②日曜日、土曜日、国民の祝日

^{【註22】} 2005（平成17）年5月18日、『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。しかし、法律名称だけは「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（同法附則第15条）。

その後、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）』が制定され、同月8日に公布、2007（平成19）年6月1日から施行され（施行日については平成19年5月25日政令第167号）、『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。

に関する法律（昭和23年法律第178号）に規定する休日、1月2日、1月3日および12月29日から12月31日までは、死刑を執行しないこと（第178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5分を経過した後に絞縄を解くこと（第179条）などを規定している。

（4）立法者の意思

このように、明治以来、死刑の執行命令は、司法卿、司法大臣、法務総裁そして法務大臣と法務行政のトップが判断してきた。

司法卿（1872～85年）には、江藤新平、大木喬任、田中不二麿らが名を連ね、司法大臣（1885～1946年）には山田顕義、山形有朋、伊藤博文、清浦奎吾、金子賢太郎、平沼麒一郎、高橋是清、林頼三郎、塩野季彦らがいる。短命だった法務総裁（1946～48年）の職にも、鈴木義男、木村篤太郎などが就いている。彼らの多くは、帝国大学法科の出身であり、法律学に精通し、留学経験がある。なかには、当時、きわめて稀少であった法学博士もいる。

明治の立法者たちは、死刑が峻厳で回復不可能な刑罰であることから、司法行政の最高責任者であると同時に内閣の一員でもある司法卿等に高度の法律的および政治的な素養を求めたのであろう。内乱の終わった近代日本で、死刑が時の権力者によって政治的に利用されたり、逆に、司法過誤によって、政府の責任が追求され、政局が混乱したりすることのないように、総理大臣や内務大臣ではなく、中立的立場から、専門的判断ができる司法行政の長に死刑執行の判断を委ねたのではないか。

（4）法務大臣の職責

現行刑事訴訟法もまた、死刑執行を法務大臣の命令によるとする。法務行政の長が判断を下すのは、それが重大な判断であるというだけではなく、人の命が政治的に利用されることのないように配慮し、つねに人道的

観点から、死刑執行の可否を判断することを法が期待していると解すべきである。したがって、法務大臣に死刑執行を命令する義務があるとする解釈は誤っている。法務大臣は、法務官僚の上申を受けた場合、機械的に執行を命令してはならず、法務をめぐる行政的・政治的・人道的な観点を総合して、死刑の執行がやむをえないのかどうかを判断しなければならない。

また、確定後6か月という期間は、死刑確定者の心情を弄ぶようなことを禁じているのであり、執行の判断に際しては、人道的配慮をすべきであるとする法務大臣に対する訓示規定と解すべきである。【註23】

2012年6月4日、野田総理大臣は、2回目の内閣改造を行った。小川法務大臣は、その資質を疑われるような行為によって、事実上更迭された。就任直後から執行をほのめかし、勉強会を解散して、執行を命令し、144日で去っていった法務大臣が、ほんとうに職責を果たしたといえるのだろうか。

むすびにかえて ～職責を全うするということ～

かつて日本には「国家無答責」といわれる法理があった。大日本帝国憲法の下で官吏は、天皇に対してのみ責任を負うのであるから、公権力の行使によって臣民に損害を加えても損害を賠償する責任を負わない、という

【註23】地裁レベルでは、死刑確定者である原告が、法務大臣が自分に対する死刑執行を命令しないことが、刑事訴訟法475条2項に違反すると主張して、国家賠償法1条に基づき、慰藉料の支払を求めた事案において、「刑事訴訟法475条2項は、それに反したからといって特に違法の問題の生じない規定、すなわち法的拘束力のない訓示規定であると解するのが相当である」として、原告の請求を棄却した事案がある（東京地判平成10年3月20日、判例タイムズ983号222頁）。また、法務省も同様の見解であり、河合克行法務副大臣は、「一般に言いまして訓示規定である、そのように法務省としても考えておりま（す）」と答弁している（第168回国会2007年2月7日衆議院法務委員会議事録2頁）。

のである。【註24】しかし、日本国憲法第17条は、「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる」と規定して国家無答責の法理を排斥した。新たに制定された『国家賠償法』（昭和22年法律第125号）は、国や地方公共団体の職員が、公権力の行使に際し、故意または過失で、市民に与えた損害は、国等が賠償するものとした。国等は、損害を与えた公務員に求償することができるとされているが、その職責を問われた例は少ない。【註25】

「職責（しょくせき）」という言葉は、その人が「役目がら担当する仕事、生計のための仕事」を意味する「職」と「責めること、咎めること、義務、しなければならないこと」を意味する「責」を合わせたことばであ

【註24】この法理自体は、1800年代後半にフランスの行政裁判所が「公役無過失」ないし「危険責任」の理論によって、国家の賠償責任を肯定して以来、各国で否定されていった。ドイツでは、1910年に『官吏責任法（Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten）』が制定され國の代位責任が肯定された。アメリカ合衆国では、1946年に『連邦不法行為請求法（Federal Tort Claims Act）』が制定され、従来の主権免責は改正されたが、現在でも、一部の州では国家無問責の原則が維持されている。イギリスでは、伝統的に「国王は、悪をなしえない（Crown can do no wrong.）」という法格言の下、主権免責原則が妥当していたが、1947年『国王訴追法（Crown Proceedings Act）』が制定され、これが放棄された。西村宏一＝幾代通＝園部逸夫編『国家補償法大系第1巻』（日本評論社、1987年）所収の諸論文を参照。

【註25】『国家賠償法』（1947（昭和22）年10月27日法律第125号）は、「国または公共団体の公権力の行使に當る公務員が、その職務を行うについて、故意または過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」と規定する（第1条1項）。「公務員に故意または重大な過失があつたときは、国等にその公務員に対して求償する権利を認めていた（同条第2項）。

しかし、戦時中の国家権力の不法行為から生じた個人の損害については、国や公務員は賠償責任を負わないとする考え方が支配的である。丸山真男『日本の思想』（1961年、岩波新書）は、「決断主体（責任の帰属）を明確化することを避け、『いつもたれつ』の曖昧な行為連関（神輿担ぎに象徴される！）」を好む行動様式」が、「統一の唯一の正統性の源泉である天皇の意思を推しはかると同時に天皇の助言を通じてその意思に具体的な内容を与える」ことによって、臣民の無限責任と官僚や軍人の無責任のメカニズムを創りだしたと指摘している（38～39頁）。

る。したがって、職責とは、「役目がら果たさなければならない義務」ということになる。

法務大臣の職責といったとき、それには、大臣としての地位や権限と義務 (authorities and duties) という意味と専門職としての責任 (professional responsibility) という意味がある。また、責任には、実行責任 (responsibility)、説明責任 (accountability) および罪責 (culpability) がある。【註26】

中世のキリスト教では、カトリック教会の発行する罪の償いを軽減する証明書である「免罪符 (indulgentia)」【註27】を発行した。カトリック教会は、罪の段階から次第に救いの段階に至るものであると考えられていたという。洗礼後に犯した罪責は、告解 (penance) によって赦された。告解には、罪を悔いて反省する「痛悔 (contritio)」、司祭に罪を告白して赦しを得る「告白 (confessio)」そして罪の赦しに見合ったつぐないをする「償い (actus reparationis)」の三段階があり、それぞれ「赦しの秘跡 (Sacramentum Poenitentiae et Reconciliationis ; sacrament of penance and reconciliation)」によって宥恕されると考えられた。教会の権威によって罪の「償い」(刑罰を含む。) を軽減できるという考え方を「贖宥」という。【註28】

【註26】キリスト教で罪責は、「メア・クルバ (Mea culpa)」であり、仏教では「罪業 (karman)」である。小野清一郎「仏教における業觀と意志の自由」(『大法輪』第35巻4号、1968年：同『刑法と法哲学』有斐閣、1971年) 493～510頁所収参照。

【註27】贖宥状、免償符、贖宥符などとも訳される。正確には、免罪、すなわち、罪を免れるのではなく、罪の宥 (なだめ) を贖 (あがなう) ものであったから、贖宥 (しょくゆう) と訳すのが正確であろう。これを鋭く批判したのが、1517年10月31日にヴィッテンベルク城教会の扉に貼り出されたルターのいわゆる「ヴィッテンベルクの槌音」であった。マルティン・ルター〔緒方純雄=山内宣訳〕『九十五個条の提題 キリスト者の自由 [ルター著作集分冊1]』(聖文舎、1976年) 参照。ラテン語では、"Disputatio pro declaratione virtutis indulgentiarum" (贖宥状の意義と効果に関する見解) である。

【註28】宗教改革以前は、ローマ教会という人為的な制度が、天国や煉獄にも影響を

さて、小川法務大臣は、法務行政の長であるという権威や地位のみを強調し、法律の専門職としての責任を十分自覚していなかった。また、死刑を執行するという実行責任のみを強調し、何故、どのように死刑を執行したのかを説明する責任を十分果たさなかった。そして、人を殺したという罪責については、悔いて反省し、誰かに赦しを請い、そしてなんらかの償いをする様子も見られない。「アンケート調査が死刑を支持している」という事実は、けっして免罪符にはならないと思う。

2012年6月24日脱稿

【追記1】滝実法務大臣は、2012年8月2日、3人の死刑確定者の死刑を執行した。民主党政権の下で、8人が執行されたことになる。

【追記2】最終校正をしていた2012年9月27日、滝実法務大臣は、再び2人の死刑を執行した。この日、野田総理大臣は、国連で「法治主義」の重要性を強調する演説をした。国際人権法の世界主義的運用を拡大しようとしている流れに日本は明らかに逆行している。現政府の国際感覚を露呈するような出来事であった。これで、民主党政権下で、10人の死刑が執行されることになる。

及ぼし得ると考えられていた。ローマ教皇レオ10世は、「金貨が献金箱でチャリ
ンという瞬間に煉獄にいる死者の魂が天国に直行する」という謳い文句で贖宥状
を販売した。ドイツにはこの贖宥状を買う人が多く、ローマ教皇がいくらでも乳
を搾り取ることができる「ローマの牝牛」と揶揄された。