

松 山 大 学 論 集
第 35 卷 記 念 号 抜 刷
2 0 2 3 年 12 月 発 行

死刑（絞首刑）の残虐性の判断方法についての試論
—— 法的価値判断における実証的根拠（判断資料）の重要性 ——

山 川 秀 道

死刑（絞首刑）の残虐性の判断方法についての試論

—— 法的価値判断における実証的根拠（判断資料）の重要性 ——

山 川 秀 道

目 次

はじめに

I. 死刑（絞首刑）の残虐性に関する判例の立場

II. 残虐性判断のポイント

III. 考察

(i) 残虐性の判断方法についての試論

(ii) 試論の問題点に関する考察

むすびに代えて

は じ め に

昨年（令和4年）11月、大阪拘置所に収容されている死刑囚3名がある訴えを起こした。新聞記事によれば¹⁾、その内容は、絞首刑が日本国憲法36条の禁止する「残虐な刑罰」に当たするため、死刑執行の停止を求めるというものである。

周知のとおり、昭和23年に最高裁大法廷が死刑の合憲性を肯定して以来、日本の判例は一貫して「絞首刑は残虐な刑罰には当たらない」という判断を維持してきた。もっとも、これに対する異論も少なくはない。そもそも「残虐かどうか」は感覚的判断に大きく依存するため、「残虐」という文言の解釈のみによって適切な判断方法を導くことは困難だろう。そこで「残虐であるかどうか

1) 朝日新聞 2022年11月30日朝刊 32頁（大阪本社）。

かを（特に経験的に）検証し得るような判定方法」というものを提示する必要がある。仮にそのような方法が採り入れられたとすれば、「（少なくとも現在の）絞首刑は残虐な刑罰に当たるのではないか」という（合理的な）疑いが生じる。

そこで本稿は、まず、（Ⅰ）死刑の残虐性が争われた（日本の）裁判例を確認し、（Ⅱ）それにより「残虐性」判断のポイントを特定し、（Ⅲ）そのポイントを踏まえた上で判断方法の一案を提示する。その後、試案の問題点をさらに検討してみたい。

I. 死刑（絞首刑）の残虐性に関する判例の立場

「はじめに」でも触れたように、死刑制度が戦後の新憲法に適合するかどうかが最高裁によって初めて判断された尊属殺人事件において、最高裁昭和23年大法廷判決は次のように判示した。すなわち、日本国憲法13条および31条は公共の福祉のために個人の生命を奪うことも予想していることに鑑みれば、「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（下線部の強調は筆者が付した。以下同様。）」という²⁾。本判決の内容はこれ以降の死刑判決にも受け継がれており、例えば「絞首刑」という特定の死刑執行方法が憲法36条に適合するかどうか争われた事例（強盗殺人等の事案）においても、最高裁は、上記の昭和23年判決を引用しながら、「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」と判示

2) 最高裁大法廷判決昭和23年3月12日・刑集2巻3号191頁。

し³⁾、絞首刑の合憲性を認めている。これ以後の裁判では、絞首刑が違憲であるとの主張はあっさりと斥けられてきた。ところが、裁判員制度の導入後、再び（裁判員裁判では初めて）、死刑執行方法（絞首刑）の憲法適合性が争われることとなった。重要な裁判であるため、少しだけ詳しく紹介しよう。

裁判員裁判の対象となったその事案は、無差別殺人を企てた被告人が営業中のパチンコ店にガソリンを撒いて火を放ち、その結果5名を死亡させ、10名に傷害を負わせたという現住建造物放火・殺人等の事件である⁴⁾。検察官による死刑求刑に対して、弁護人は、法医学者・元検察官らの証言を参考にしながら⁵⁾、絞首刑は残虐な刑罰に当たると主張した。その趣旨は、「絞首刑は、受刑者に不必要な苦痛を与え、頭部を離断させるおそれもある（ギロチンのように頭部が切断されるおそれがある：筆者注）。その実態は、執行に立ち会った者が、これほどむごたらしいものはないと述懐するほどのものである。世界的に見ても、今日、絞首刑を維持している国は限られている。これらの点からすると、絞首刑が残虐ではないとした判例（前記・昭和30年判決）は、時代と環境の変化の下で、もはやその前提を失ったというべきである」というものであった⁶⁾。

上記の主張に対して裁判所は、以下のように判断し従来の判例を維持した。まず、裁判所は、死刑が生命を奪う刑罰であるという性質からすると、**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**と述べた上、「そうすると、(A) 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」という⁷⁾。そして、「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、価値観の相違などによって」異なり得るた

3) 最高裁大法廷判決昭和30年4月6日・刑集9巻4号663〔675〕頁。

4) 大阪地判平成23年10月31日・判タ1397号（2014）104頁。

5) それらの証言内容は、（上記の裁判員裁判を担当した弁護士らが管理していると思われる）ウェブサイト「死刑と裁判」【<http://deathpenalty-trial.jp/>】において「裁判資料」の一つとして公開されている（令和5年8月6日最終閲覧）。

6) 前記・大阪地判平成23年10月31日・判タ1397号112頁。

7) 前記・大阪地判平成23年10月31日・判タ1397号113頁。

め、「(A') 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ものというべき ((A)と(A')は筆者注。)」であり⁸⁾、**絞首刑に伴う多少の精神的・肉体的苦痛はそのようなむごたらしいものではなく、死刑に処せられる者が甘受すべき程度にとどまると判断した⁹⁾**これに対して、被告人・弁護人側が控訴・上告したが、第1審の判断が是認されたため¹⁰⁾被告人に対する死刑判決が確定した。

Ⅱ. 残虐性判断のポイント

ここで、「『残虐な』刑罰」の基本的解釈を確認しておこう。そもそも日本国憲法36条が英米法を範として制定されたことはよく知られているところであり¹¹⁾その精神は、文明国における人道上の要請に適うことにあると解されている¹²⁾このことは残虐性の解釈にも反映されている。すなわち、(1)ひとつは、刑罰の種類または執行方法が¹³⁾「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¹⁴⁾」ものであることを言うとの解釈であり、(2)もうひとつは「犯罪と刑罰が極端に均衡を失っていること」というものである。(1)を基

8) (A')の判断基準は、「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与える種類のものをいう」(法学協会[編]『註解日本国憲法(上)』(改訂版、有斐閣、1953)636頁)との解説を参考にしたものと思われる。

9) 前記・大阪地判平成23年10月31日・判タ1397号113頁。

10) 控訴審は大阪高判平成25年7月31日・判タ1417号174頁、上告審は最判平成28年2月23日(Westlaw Japan 文獻番号 [2016WLJPCA02239002]) 参照。

11) マッカーサー草案35条では「過大な保釈金を要求してはならない。また残虐または異常な刑罰を科してはならない」と定められていたようである(高柳/大友/田中[編著]『日本国憲法制定の過程Ⅰ』(有斐閣、1972)280-281頁。また、同『日本国憲法制定の過程Ⅱ』(有斐閣、1972)187-188頁も参照)。この規定は、アメリカ合衆国憲法修正第8条とはほぼ同じ内容である。詳しくは、小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁』(成文堂、2006)23頁以下参照。

12) Cf. *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 378 (1910); *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 100-101 (1958); 小早川・前掲書24頁以下参照。

13) 本稿では主として絞首刑の「執行方法」に注目している。

14) 最高裁大法廷判決昭和23年6月23日・刑集2巻7号777頁。

当裁判例(選挙法違反事件)は死刑事件ではないが、そこで示された「残虐な刑罰」の定義が一般的に死刑事件にも用いられていることは本文で確認したとおりである。

本的解釈としつつ、(2)の場合も「残虐な刑罰」に該当するという理解が一般的である¹⁵⁾。しかし、(1)と(2)を混同してはならないという点は注意を必要とする。しばしば、(2)の意味で残虐と言えなければ、残虐性の問題をクリアしているかのような見解も見受けられるが¹⁶⁾それは適切ではない。確かに「生命でしか償えないような残虐非道な犯罪」はあるように思われる。「生命がかけがえない価値であるからこそ、他人の生命を奪った犯人の生命を剝奪せざるを得ない」という評価に至り得ることも否定し難い。その意味では、筆者も死刑肯定論に賛成する。しかし、だからといって、犯罪者を八つ裂きにしたり、公開で断首刑に処した上で晒し首にしたりするような死刑は、やはりその残虐さ故に禁止されるべきだろう。(1)「**人道上残酷な内容かどうか**」と、(2)「**死刑に処すのが典型的に不当であるか(死刑相当事案であるか、そもそもそのような事案が存在することを認めるか)**」は別々に議論すべき事柄である。したがって、(2)は、罪刑均衡を要請する適正手続の問題¹⁷⁾(憲法31条)又は量刑不当の問題(刑訴法381条、397条、411条2号)に解消する方が無用な混乱を回避できると思われる。仮に(2)も残虐性(憲法36条)の解釈問題だとするならば、その場合には、「**(1)(2)両方の意味で残虐ではない**」と判断されて初めて非・残虐性の要請をクリアできると考えなければならない。犯罪の残忍さに引っ張られてしまうと、犯罪被害者等はもちろん法律家さえも、「(2)の意味で残虐でなければ(つまり死刑相

15) 長谷部恭男[編]『注釈日本国憲法(3): 国民の権利及び義務(2)・国会』(有斐閣, 2020) [長谷部恭男] 379頁; 法学協会・前掲書 636頁など参照。なお、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(第5版, 有斐閣, 2020) 314頁によれば、「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」のなかに「①刑罰の種類・性質が残虐である場合」と「②犯罪と刑罰が極端に均衡を失っている場合」が含まれると理解されているように読める。しかし、②は「(著しく)加重・過酷な刑罰」の問題であり、これは、絶対的に禁止される「人道上残酷な刑罰」とは少し性質が異なる(この点は本文で述べる)。それ故、②は残虐性の問題というよりも、「罪刑均衡を要請する適正手続(憲法31条)」の問題であると理解するほうが、無用な混乱を招かず済むように思われる。

16) 例えば、橋本裕藏「死刑法を考える」森下/香川/齊藤[編集代表]『日本刑事法の理論と展望(上)』佐藤司先生古稀祝賀(信山社, 2002) 598頁以下はそうように読める。

17) 同趣旨の解釈として、佐藤功『憲法(上)ポケット注釈全書[新版]』(オンデマンド版, 有斐閣, 2001) 571頁; 樋口陽一ほか『憲法Ⅱ』注解法律学全集2(青林書院, 1997) [佐藤幸治] 340-341頁参照。

当事案であれば)それで十分だ」という考えに陥りがちであるため、注意しなければならないだろう。

前記の判例では(いずれも複数人を殺害した残忍な事件であったため⁽²⁾)の意味での残虐性は大きく争われず)もっぱら⁽¹⁾の意味での残虐性が争点とされている。特に、前記裁判員裁判において、弁護人らは、法医学者の証言(絞首刑を執行された直後少なくとも数秒程度は人間の意識(痛覚)は認められること、最悪の場合には頭部離断に至るおそれがあること等)を理由に絞首刑の残虐性を主張したのである。裁判所はこの主張を斥けたものの、「殊更に受刑者に無用な苦痛を与え、その名誉を害し、辱めるような執行方法が許されないことは当然」であると認めた上で、ただ、死刑執行に限っては「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」と判断している¹⁸⁾。その結果、裁判所は、**絞首刑に伴う多少の精神的・肉体的苦痛は特にむごたらしいものではない**と結論づけたのである。もちろん、この結論には賛否両論あり得るが、本稿は主に批判的な見解を示したい。そこで、上記⁽¹⁾の意味における残虐性に論点を絞ると、**その判断のポイント**は次のように整理できる。

①絞首刑の執行方法が(殊更)受刑者に無用な精神的・肉体的苦痛を与えるものでないか

②上記①の苦痛が非人間的・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か

両者の関係は、①が認められるほど②も肯定されやすくなるというものと推測できる。だからこそ、前記裁判員裁判の弁護人らは①を強調したのでだろう。しかしながら真に重要な点は、むしろ②の判断、**更に言えば、その判断方法で**

18) 前記・大阪地判平成23年10月31日・判タ1397号113頁。

はないだろうか。この疑問が本稿における問題提起の核心と言える。というのも、（よく指摘されているように）「残虐性」や「人道性」の判断は国民の価値観によって異なり得るが、だからこそ結論はその判断方法に大きく左右されるからである。そして、前記裁判員裁判が示した上記②のポイントはこの問題を考える上で参考となる。その理由を次節で論じる。

Ⅲ. 考 察

(i) 残虐性の判断方法についての試論

絞首刑という執行方法がどの程度の苦痛をもたらすのか、他の執行方法（特に薬物注射）と比較して不要な苦痛を与えているかどうか（上記①のポイント）を正確に知ることは確かに重要である。しかし、死刑に伴う苦痛を皆無にすることは困難であり、この点に関する裁判所の判断には理由があるだろう。また、麻酔薬の導入によって死刑囚の肉体的苦痛を緩和するべきではないかとの疑問も議論に値するが、この主張に対しても反論は考えられる。本稿では紙幅の都合上その問題は省略し、それよりも重要な本題に移ろう。仮に麻酔が導入されたとしても、判定方法によっては、絞首刑の有り様が残虐であると判断される可能性はあるのではないか。すなわち、②「**絞首刑に伴う精神的・肉体的苦痛の『むごたらしさ』や『非人道性』**」は、どのような方法で判断されるべきなのか。実はこの点が従来あまり議論されていなかったところ、上記の裁判員裁判は、この問題を考える上で若干の進展をみせたと評価できる。

まず、残虐性の判断方法に関して、元検察官の証人（土本武司：以下、「土本証言」という。）は、前記裁判員裁判における弁護人側の証人として次のように証言している。すなわち、死刑の残虐性を判断するアプローチとして、「1つ目には、医学的見地から見て、死刑囚本人に不必要な苦痛を与えるものであるかどうか、こういう観点からの検討。第2に、不必要な身体の損傷を生ずるかどうか、第3に、一般人の心情において惨たらしさがあるかどうか、これが先ほど来いう、外観からの判断材料ということになるわけですが、私として

は、最高裁の精神をくんで、この3点からのアプローチが残虐性判断の要素として適当ではないかと思います¹⁹⁾」という。そして、自身が検察官として死刑執行に立ち会った際の状況を踏まえ、第3のアプローチからは「正視に耐えません。この惨めったらしい状況というものを、これは否定することができないものであろうかと思います²⁰⁾」と述べている。おそらく、現代の日本人が実際の死刑執行に立ち会った際には、同様の感想を抱くのではないだろうか²¹⁾これに対して、裁判所は、死刑による苦痛が「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か**」という問いに「否」と答えた。なぜ土本証言とは評価が異なるのだろうか。もちろん、裁判所が判示したように、人道性や残虐性といった評価が国民の価値観や国民感情と呼ばれるものに左右されることは当然である²²⁾しかしながら、決定的な原因は、そうした主観的相対性が強い評価対象を判断するに当たり、手掛かりとなるような判断資料(根拠)が見当たらないことにあると考えられる。

それでは、「②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か」を判断するに当たり、どのような資料(根拠)を用意すればよいだろうか。比較的容易に思いつく方法は、「**通常の人間的感情**」を有する**はずの国民**に、死刑執行の場面に立ち会ってもらった上でその生理反応や心理的影響を(一定期間)観察・測定するというものである。もちろん、このような方法は反感を招きそうなものであり、日本では実施されていない²³⁾ 実際には、

19) 前掲注8) ウェブサイトの裁判資料を参照 (http://deathpenalty-trial.jp/shiryoutsachimoto_shogen/: 令和5年8月6日最終閲覧)。

20) 同上。

21) 例えば、団藤重光『死刑廃止論』(第6版、有斐閣、2000)16頁は、刑場を視察した感想として、「私はもちろん自分で立ち会ったことはありませんが、これは普通の人の神経にはとうてい耐えられないものだろうと思われます」(傍点は筆者が挿入)と述べる。おそらくこの所感は、普通の人が絞首刑を執行される(立場に置かれる)ことを想定してのものであると思われるが、一般人が死刑に立ち会った上での残虐性評価についても同様に「普通の人の神経にはとうてい耐えられない」と判断されるのではないだろうか。なお、井田良『死刑制度と刑罰理論』(岩波書店、2023)12頁は、「もし残虐な刑罰を定義して『普通の人が正視できない刑罰のことをいう』とすれば、死刑はこれにあたる可能性がある」と述べている。

国民どころか、裁判官も死刑執行の立会を経験していないはずである²⁴⁾ しながら、このような実情では的確な判断を示すことはできないと思われる。というのも、通常**の人間の感情**というものは、無味乾燥な人工物や抽象的な文章よりも、生々しい体験や具体的な刺激（特に視覚情報）によって影響を受けやすく、その影響が道徳的な意思決定や規範的行動を左右すると考えられるからである²⁵⁾ 若干例を挙げよう。行動経済学や実験心理学でよく用いられるゲ

22) なお、人道性・残虐性は、「国民感情」や「一般人の価値判断」などではなく、「裁判官による規範的評価の対象として理解されるべきであろう」との指摘もあるが（渡邊一弘「判批」刑事法ジャーナル No. 49（2016）162 頁）、これは、上記裁判員裁判において「残虐性」（憲法 36 条）の判断が法令解釈として職業裁判官の専権事項であるかどうかが一つの争点となったことに由来する誤解ではないだろうか。ここで問われている「国民感情」や「一般人の価値判断」というのは、『人道精神』又は『人道性への価値志向』が害されるかどうかを判断するための要素であり、要するに、判断主体ではなく判断客体（判断基準の対象）を意味すると思われる（例えば、「わいせつ物」に当たるかどうかを判断するに当たり、「裁判官の』性的羞恥心」を基準に判断するのではなく、『一般人の』正常な性的羞恥心を害するか否か」という基準によって判断するのと同様だろう）。したがって、上記裁判員裁判の基準によれば、職業裁判官が、「通常**の人間の感情を有する者への衝撃**」を判断するという趣旨であると考えられる。ちなみに、明照博章「社会的状況の変化と故意」松山大学論集 33 巻 4 号（2021）156-157 頁では、特に裁判員裁判の事実認定に関して最決平成 24・2・13・刑集 66 巻 4 号 482 頁（いわゆるチョコレート缶事件）は「集団の価値観（日本に存在する価値観）は、裁判官の専決事項ではないということを指摘したものといえるであろう」と説かれている。

23) しかし、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律によれば、刑事施設（自由刑執行の場）に関しては、裁判官および検察官の巡視が可能であり（11 条）、国民にも参観の機会が開かれていること（12 条）と照らし合わせると、疑問は生じる。

なお、ホセ・ヨンバルト『死刑』（聖母の騎士社、2008）54-55 頁は、絞首台が公開されていなかったのは日本人の感受性を揺さぶらず、傷つけないためだろうと指摘する。つまり、日本人は死刑存置の状態には慣れているが絞首刑の残虐さには慣れていないのだと説かれる。筆者も同感である。

24) 実態がどうであるかは不明であるが、少なくとも刑事訴訟法 477 条は、「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。」と定めている。

25) 認知・体験等と（道徳）感情の関連構造については、今田純雄／中村真／古満伊里〔著〕『感情心理学』（培風館、2018）のほか、特に道徳判断については白井理沙子／小川洋和「直観的な道徳判断における知覚・認知処理の役割」関西学院大学心理科学研究 46 巻（2020）20 頁を参照、また、判断対象の具体性・抽象性については、太田紘史「直観的な道徳判断における抽象性と具体性の問題」（京都大学）哲学論叢 40 号（2013）1 頁以下参照。なお、山川秀道「（第 13 章）法哲学の視点」松山大学法学部編集委員会（編）『法学部における学びの視点』（2022、ぎょうせい）119 頁以下（特に 122-123 頁）の内容も参照。

ーム理論の一種（独裁者ゲームなど）は、被験者同士で顔や名前が判明しているか、同じ部屋で実験に臨んでいるのか等の条件によって利益分配の公平性・平等性が左右されることを明らかにしている²⁶⁾。また、ある実験では、食糧難に苦しむ人々の「統計データ」を伝えるよりも、飢餓で苦しむ一人の子（マリ出身の女の子ロキア）の「顔写真」を見せた場合のほうが寄付金の平均額が約2倍多くなったという²⁷⁾。これらの実験結果に照らせば、犯罪被害者等の被害影響供述（VIS）や凄惨な事件の証拠（遺体の写真など）が具体的であるほど、それらが裁判結果に与える影響も大きくなり得ることは自然であると思われる²⁸⁾。これらの結果から示唆されるのは、一方で、人間は人道的配慮や利他的行動を「心理的に近い特定の少数者」に向けてしまう傾向があるという点である²⁹⁾。他方では、視聴覚情報の刺激を受けることにより道徳的配慮が高まるという傾向そのものは望ましいことである。反対に、多くの人は、自分の目の前で起こった交通事故により子どもが死亡する様子を目撃したとき、心的外傷後ストレス障害（PTSD）を発症し得る大きな心理的衝撃を受けるのではないだろうか。それに対して、写真やイラストのない新聞記事を通じて、毎年、数

26) Cf. Burnham Terence C., Engineering altruism, *Journal of Economic Behavior & Organization*, 50(1), 2003, 133-144.; Elizabeth Hoffman, Kevin McCabe and Vernon L. Smith., Social Distance and Other-Regarding Behavior in Dictator Games, *American Economic Review* 86(3), 1996, 653-660.; Iris Bohnet and Bruno S. Frey, Social Distance and Other-Regarding Behavior in Dictator Games: Comment, *American Economic Review* 89(1), 1999, 335-339.; Elizabeth Hoffman, Kevin McCabe and Vernon L. Smith., Social Distance and Other-Regarding Behavior in Dictator Games: Reply, *American Economic Review* 89(1), 1999, 340-341.

27) Small D. A., Loewenstein G., and Slovic P., Sympathy and callousness: The impact of deliberative thought on donations to identifiable and statistical victims. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 102(2), 2007, 143-153.

28) この点は、松尾加代「感情を喚起する証拠提示が陪審員の判断に及ぼす影響」法と心理 10 巻 1 号（2011）148 頁以下；伊東裕司『裁判員の判断の心理』（慶應義塾大学出版会，2019）第 2 章以下などを参照。

29) この点は、ポール・ブルームによって強く批判されている（Paul Bloom, *Against empathy: the case for rational compassion*, 2016, Ch. 3 【ポール・ブルーム [著]／高橋洋 [訳]『反共感論 社会はいかに判断を誤るか』（白揚社，2018）第 3 章】）。しかし、問題視されるのは、人道的配慮や互恵的配慮を「心理的に近い特定の少数者」にのみ向けて満足しそれ以上の配慮を示さないという点である（ブルーム自身も共感そのもの（特に認知的共感）を否定しているわけではない）。

千人が交通事故により死亡していることを知った場合はどうだろうか。一瞬深刻な気分になったとしても、数分後にはお笑い番組を見て笑顔になれるだろう。

筆者は、以上のような具体的な資料を用意することなく「残虐な刑罰が人間の感情に与える衝撃」を正確に判断することは難しいと考える。ところで、前記②の残虐性解釈（適用基準）によれば、「通常の人間的感情を有する者への衝撃」は「刑罰の非人道的な性質」と結びつけられているため、次のように言い換えることができると思われる。残虐性は、「『人道精神を志向し、反人道性を厭い遠ざける（反志向する）通常人』の道徳的感情にショックを与えたか」どうかによって判断され得ると。そして「反人道性」とは、拷問や奴隷的処遇の絶対的禁止と並び、「法治社会における人間の尊厳・品位を貶める性質」と言えるだろう³⁰⁾ これは、カントの否定する「人間の道具化・手段化」である³¹⁾ 近現代まで日本や中国にも残っていた「見せしめのための」公開処刑、さらし首などはその典型例と言える³²⁾ 人間は、そのような反人道的な事柄を不正なものとして非難し、畏怖し、嫌悪し、憤り、不快感を催す傾向をもつ。そして、この種の道徳的心理があるからこそ、人は非人道的刑罰の法的妥当性を否定することができるのだと考えられる³³⁾ そうした道徳感情（そのショック）は、アンケート調査のみから判明するわけではなく、生理反応の計測や、脳活動の測定（fMRI 解析：磁気共鳴機能画像法）などの科学的手法によっても解明され得る（道

30) Cf. *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 378 (1910); *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 100-101 (1958); *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 271 (1972); 小早川・前掲書 24 頁以下参照。

31) Vgl., Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, in *Kants Werke: Akademie-Textausgabe*, Bd. IV (1968), S. 428ff. 【カント [著] / 坂部恵 / 伊古田理 / 平田俊博 [訳] 『実践理性批判 / 人倫の形而上学の基礎づけ』カント全集第 7 巻 (岩波書店, 2000) 64 頁以下 [平田俊博]】。

32) 日本の場合は、江戸時代まで残っていた公開刑が明治時代に廃止されている。松永寛明『刑罰の観衆』（昭和堂, 2008）91 頁以下によれば、それは「刑事司法制度の集権化を志向する力と、合理化を志向する力との交錯によって生じた」という。一方、中国では、公開執行が 1980 年代まで行われていたという（王雲海『死刑の比較研究』（成文堂, 2005）59 頁以下によれば、江戸時代の市中引回しに近い「游街示衆」が行われた後、銃殺の瞬間を見ることが禁じられてはいなかったという）。

33) この点については、以前に少し論じたことがある（山川秀道「民事不法と刑事不法の異同に関する一試論」松山大学論集 32 巻特別号（2021）283 頁以下参照）。

徳心理学³⁴⁾。したがって、死刑の残虐性を正確に判断しようと望むならば、これらの判定結果を根拠（資料）としながら「通常的人間的感情を有する者への衝撃」を判断する必要があると筆者は考える。

つまり、死刑（絞首刑）の残虐性を判断する方法（案）としては、

1. 疑似的な死刑執行の立会実験などを通じて国民の心理的衝撃を測定し、その結果を残虐性の評価として採用するという原則（法的根拠）を立てるか、

2. 死刑執行の立会経験のある裁判官が、1に類似する実験結果や死刑執行の立会経験のある刑務官等³⁵⁾の証言を判断資料（根拠）としながら、「（死刑が）通常的人間的感情に及ぼす心理的衝撃」を判断する

などの方法に拠るのが相当ではないだろうか。もちろん、そのような判断方法を採用すれば必ず「残虐性」が肯定されるというような保証はないが、その可能性は決して低くはないように思われる。

(ii) 試論の問題点に関する考察

本稿の結論は上に示したとおりであるが、いくつかの問題点や異論も想定さ

34) 有光興記／藤澤文〔編著〕『モラルの心理学』（北大路書房、2015）2頁以下参照。例えば、ジョナサン・ハイト〔著〕／高橋洋〔訳〕『社会はなぜ左と右にわかれるのか』（紀伊國屋書店、2014）【Jonathan Haidt, *The Righteous Mind*, 2012】は、脳神経科学や進化生物学などの知見を基に、6つの道徳基盤（「ケア／危害」、「自由／抑圧」、「公正／欺瞞」、「忠誠／背信」、「権威／転覆」、「神聖／墮落」）をアメリカの政治思想（リベラル、リバタリアン、社会保守派）と結び付けて論じており注目を集めている。

35) この点に関連して、死刑執行の立会経験が、刑務官、検察官（検察事務官）等の心身にどのような影響を及ぼしたのか（例えば、立会後の心身の不調、欠勤・休暇日数、食事量の変化、疾患の発症、辞職率など）を示す資料があれば、少なからぬ参考価値があるだろう。残念ながらそのような資料は見当たらないが、大塚公子『死刑執行人の苦悩』（創出版、1988）などの書籍では、元刑務官の体験した苦悩が赤裸々に語られている。

れ得るため、この点を検討しておきたい。

まず、「残虐であるかどうか」の基準は主観的になりがちであるため、そもそも客観的に判断できないという指摘がある。論者は『『死刑は野蛮で残酷であるから廃止すべきだ』という主張には、何が野蛮で残酷かを客観的に決められるという暗黙の前提がある。しかし、しばしば、『わいせつ』の基準が主観的だと言われるのと同様、野蛮や残酷という基準も主観的になりがちだ³⁶⁾』という。そして、「死刑が野蛮で残酷かどうかについて人々の意見が分かれた場合、多数決で決めるべきだろうか。あるいは、そのような基準は不確かなものとして、そもそも使うべきではないのだろうか」という問いを立てた上で、論者は後者を選ぶというのである³⁷⁾。

この主張の背景には、おそらく、「自然科学上の知識を始めとする多くの事柄については意見が大きく分かれることなく客観的に決められる」が、「わいせつ性」や「残虐性」はそうではないという暗黙の前提があるのだろう。しかしながら、その前提は正しくない。そのような前提の背景には、一方で自然科学的知識に対する過度の信頼があり、他方で（人文）社会科学の基礎理論に対する軽視が潜んでいるように思われる。

第一に、自然科学の営みも非常に論争的であることは、科学史または科学哲学を覗いてみれば明らかである³⁸⁾。ほんの一例として、光の性質を巡る古典物理学上の大論争を挙げておこう。これは、光の性質（像）が粒子であるのかそれとも波動であるのかを巡る論争において、両陣営が、それぞれのパースペク

36) 児玉聡「死刑」宇佐美誠〔ほか〕『正義論』（法律文化社、2019）200頁【児玉聡『実践・倫理学』（勁草書房、2020）収録】。

37) 児玉・前掲論文 201頁。

38) 自然科学の歴史ならびに自然科学および社会科学の方法論・認識論については、私の博士論文（山川秀道「刑事不法の基礎理論－不法研究方法論序説」広島大学、令和5年3月）の第四章ないし第五章で取り扱ったがこれは未公開（2024年公開予定）のため、差し当たり、戸田山和久『科学哲学の冒険』（日本放送出版協会、2005）第2章以下；村上陽一郎『科学史・科学哲学入門』（講談社、2021）11頁以下；山川秀道「法的評価の相対性と矛盾を区別する意義」『松山大学論集』34巻3号（2022）181-187頁などを参考文献として挙げておく。

ティヴに適した実験で光の性質を観測し自説の正しさを主張していたというものである（現在では、光は二重の性質を兼ね備えていると見なされている）³⁹⁾。このような論争は科学史において日常茶飯事である。さらに言えば、そもそも、科学的仮説が記述するとおりの物質・法則が客観的に（人間の認識から完全に独立しているという意味で）実在しているのかどうかを巡って今なお大論争が繰り広げられているのである⁴⁰⁾。そうした論争の立脚点というものは、研究者のパースペクティブから切り離すことができないものである。科学的営みが完全な客観性（人間の認識からの完全な独立性）を備えているという考えはよくある誤解の一つだろう⁴¹⁾。⁴²⁾「科学とは、誰もが認めるべき『正しい知識の体系』ではなく、新たな発見によって学説が修正され体系が作り直されていくダイナミックな知のシステムだと言っても良いだろう⁴³⁾」というのは極めて真つ当な見解であり、科学史をもう少し批判的に捉えた見方によれば、科学的知識は理論的整合性を完璧に貫いているというわけではなく「現存の理論系に都合の悪いと思われるような事態が観察されても、そのことがそのまま、旧来の理論系の転覆に直接連なることはほとんどなく、たかだか、その多少の手直しで済まされてしまうことが多い⁴⁴⁾」とも説かれる。要するに、程度の差こそあれ自然科学の営み

39) 鬼塚史朗「光の粒子説と波動説」『物理教育』43巻4号(1995)425頁以下；安孫子誠也『歴史をたどる物理学』（東京教学社、1988）45-55頁、150-156頁参照。

40) 科学的事実論／反事実論の論争については、戸田山・前掲書第5章以下；ジェームズ・ロバート・ブラウン〔著〕／青木薫〔訳〕『なぜ科学を語ってすれ違うのか』（みすず書房、2010）第1章から第6章参照。

41) このことは科学的事実論の立場からも認められる。但し科学的事実論は、「どの観点に立つか」は研究の進め方には影響を及ぼすが（正確に観測された）事実それ自体を変えるわけではない、と考える（ブラウン・前掲書11頁）。

また、John Ziman, *Real Science*, Cambridge University Press, 2000, p. 87 [J・ザイマン〔著〕／東辻千枝子〔訳〕『科学の真実』（吉岡書店、2006）93頁]は、（科学的事実論の立場から）観察者の主観的な影響を完全に排除することは不可能だが、科学の成功はそれを如何に最小化できるかにかかっていると述べる。

42) また、このことは、特に現代型訴訟に対応するため民事訴訟に「専門委員制度」が導入された前後においても指摘されたようである（例、長谷部恭男〔ほか編〕『法と科学の交錯』現代法の動態6（岩波書店、2014）の特に「Ⅰ総論」〔亀本洋〕、「Ⅱ法と科学」〔中村多美子ほか〕参照）。

43) 吉田伸夫『科学はなぜわかりにくいのか』（技術評論社、2018）9-10頁。

もまた、人文・社会科学と同様、激しい理論対決（パースペクティブの対立⁴⁵⁾）を通じて発展してきたという一面を有するのである。

第二に、主観的な嗜好や価値志向を決定する方法がないわけでは決していない。例えば、（化学や脳科学の領域とも重なるが）主観的な感覚（味覚・嗅覚）に基づく「味（味わい）」であっても、化学物質および味覚受容器の分析や、大脳皮質における活動の測定（fMRI）などを通じて客観的に判定することが可能となるようである⁴⁶⁾。これに近い手法を用いる道徳理論として、比較的最近では、脳内（心）における道徳の受容器官が道徳的判断の基盤であるという学説（道徳基盤論）も有力に主張されている⁴⁷⁾。また、倫理学の基礎理論（存在・認識論、方法論）においても心理学の知見や（思考）実験の成果などを採り入れる経験的アプローチがみられるようになってきた⁴⁸⁾。さらにまた、価値判断の根拠となる価値志向（«value orientation» or «value-intention»⁴⁹⁾）についての実証研究は、すでに前世紀半ばから蓄積されてきたところでもある⁵⁰⁾。筆者自身、法的評価の正当化根拠（その資料）を提示するために、法学にも実証的価値研究を積極的

44) 村上・前掲書 121 頁。

45) この点については、特に、村上・前掲書 115 頁以下；野家啓一『科学の解釈学』（増補版、筑摩書房、2007）40 頁以下；A. F. チャルマーズ [著]／高田紀代志／佐野正博 [訳]『科学論の展開』（改訂新版、恒星社厚生閣、2013）第 1 章以下などを参照。

46) 日下部裕子／和田有史 [編]『味わいの認知科学』（勁草書房、2011）第 1 - 2 章 [斉藤幸子] 以下参照。

47) ハイト・前掲書のほか、金井良太『脳に刻まれたモラルの起源』（岩波書店、2013）も参照。

48) 蝶名林亮『倫理学は科学になれるのか』（勁草書房、2016）ii 頁（はじめに）以下；鈴木貴之 [編]『実験哲学入門』（勁草書房、2020）第 6 章 [鈴木真] および第 7 章 [太田絃史] など参照。

49) フッサール現象学の流れを汲む価値論では、「value-intention」がよく用いられるのに対して、文化人類学、社会心理学の研究では「value orientation」という用語が比較的多いように見受けられる。

50) この種の研究の先駆けであるクラックホーンの定義によれば、価値とは「深いコミットメントや拒絶を伴いながら示される、経験への選択的志向のことであり、その作用は、諸行為の選択肢のなかから『意志決定 (choices)』（の優先度）を秩序づける点に現れる。こうした志向性は認知可能なものであり、言葉で直接表されることもあれば、実際の行動傾向から推測されるだけのこともある」（Clyde Kluckhohn, *The Scientific Study of Values*, in : Frye/Kluckhohn/Wigglesworth, 3 Lectures, University of Toronto Installation Lectures, 1958, p. 25-26）。

に採り入れるべきであると考えている⁵¹⁾。そしてこのことは、個人の価値観や道徳観に基づく「わいせつ性」判断や「残虐性」の判断にも当てはまる。むしろ、判断主体によって結論が分かれやすいこのような評価の場合こそ、客観的な判定方法や判断資料（根拠）を必要とするのである。したがって、「わいせつ性」や「残虐性」という判断要素をそもそも使うべきではないと主張し得るのは次のような場合に限られるだろう。すなわち、「わいせつ性」や「残虐性」を判断するための判定方法又は実験方法にことごとく欠陥があるためにそれらの性質が適切に記述され得ないような場合である。例えば、（死刑の執行方法や残虐性の解釈に関する具体的な説明を付すこともなく）ただ漠然と「死刑を残虐だと思いませんか」との質問を投げかけるようなアンケート調査や、反対に、首元に何かを巻くことに強い恐怖心を抱く人や暴力的描写に強い嫌悪感を催す人を被験者として絞首刑そのものを疑似体験させるような実験は（もちろん法的にも問題があるが）実験結果の正確性（精度）において欠陥があるだろう。しかしながら、そのような欠陥を具体的に指摘できない場合には、たとえ実験結果から得られた社会的評価（例、「絞首刑は残虐である」又は「絞首刑は残虐であるとは言えない」）が個人的には気に入らないものであったとしても、ひとまずはそれを受け入れた上で、その評価を覆すような規範的主張を行うべきではないだろうか⁵²⁾。

次に、法的判断は上述のような検証可能な判断資料（根拠）を常に必要とす

51) これは、前掲・博士論文「刑事不法の基礎理論」における主要な主張の一つである。

52) 例えば、永田憲史「死刑執行始末書の分析」川端博〔ほか編〕『理論刑法学の探究 9』（成文堂、2016）81頁は、残虐性の判断基準（感覚）について、「その時点における一般的な品位に関する感覚ではなく、一世代、すなわち30年ほど先の時点における一般的な品位に関する（その時点からすれば先進的な水準の）感覚（丸括弧記号のみ筆者が挿入）」に従って判断すべきであるという。この規範的主張（新たな「判断基準」の提案）は、仮に今日の感覚によれば残虐性が否定されるとの実験結果が判明したような場合であっても、なお、その評価を覆す可能性を有する主張となり得る。ちなみに、この基準はアメリカ合衆国憲法修正8条の解釈から導かれた「品位の発展的基準」（cf. *Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86, 101 (1958)）を参考に行っている（品位の発展的基準については、小早川・前掲書24頁以下；同『裁判員裁判と死刑判決』（増補版、成文堂、2012）228頁以下参照）。

るのか、という異論が提起されるかもしれない。もちろん、常に必要というわけではない。たとえ道徳的感情や国民的価値の参照が法令解釈・適用の一般論としては要求されていても、それらが実際の争点とはならない事例も多いだろう。例えば、SNS上で「お前にはいつか天罰が下るぞ」というメッセージを受けたとき、一般人は自分の身への恐怖を具体的に感じるだろうか。このような判断の場合には、特に具体的な判断資料を要するまでもないだろう。それに対して、「お前に天誅を下す」という手紙が自宅に届いた場合には、一般人であればどの程度の恐怖を抱くのかを評価するために具体的な判断資料（根拠）を必要とするかもしれない（例えば、その状況の再現実験であることを被験者に伝えた上で、同様の手紙を受け取った被験者がどのような反応を示しどのような行動をとるのかを実験観察する等）。訴訟上争点となりやすい法的評価においては、具体的な判断資料が結論を左右する可能性があるだろう⁵³⁾ととりわけ、憲法訴訟においては法令の妥当性そのものについての価値判断が問われるため、国民の価値観や道徳的感情に関する具体的な判断資料の必要性は比較的高いだろう。そして、死刑の「残虐性・非人道性」というような道徳的感情を直接的対象とする判断については、前述のとおり、その正確性が視聴覚情報に大きく左右されると考えられる以上、具体的な判断資料を求めるべきなのである。

もっともこの点に関連して、次のような疑問も当然に浮かぶだろう。すなわち、仮に死刑執行の残虐性判断のために法改正を行い、裁判官（裁判員は除く⁵⁴⁾）に対して死刑執行場面への立会を義務づけるとすれば、それ自体、過酷なことであり苦役にすら当たるとのではないだろうか。これは論争的な問題に思われる

53) このことについてはすでにある程度議論が蓄積されているが、論点が多岐に及ぶため別の機会に改めて論じることになしたい。

54) 実態として、「裁判員裁判への参加」が権利というよりも義務に近いものと理解されている現状、「裁判員」という身分を根拠として「立会」を義務づけることは難しいだろう（この点、「職業」裁判官とは事情が異なる）。したがって、国民に関しては、インフォームドコンセントに則って実験に申し込んだ者のみを被験者とし得るに過ぎないだろう。また、申込者であったとしても、成長発達過程の脳に少なからぬ影響が生じ得る若年層や、心身への影響が懸念される高齢者・病者などは当然除外されるべきである。

かもしれないが、実際は、死刑執行に立ち会うべき裁判官の心身状態を考慮する限り、特に問題ないと考えられる。というのも、死刑が存置されている現状、一部の刑務官は必ずその執行に当たらなければならないのであり、それを踏まえた上で死刑が合憲であると判断されているならば、死刑判決に臨む「職業」裁判官にその立会を要請することもまた合憲であると考えざるを得ないからである⁵⁵⁾。したがって、(1)裁判官に死刑執行への立会を求めることがその意に反する苦役に当たるのだとすれば、具体的な残虐性判断を待つまでもなく現在の絞首刑執行は憲法18条違反と見なされるべきであり、(2)そうでないならば、裁判官に死刑執行への立会を求めることそれ自体は不当ではないと考えられるだろう。

最後に、仮に「(i)残虐性の判断方法についての試論」で示したような判断方法を採用したとしても、その上で「通常の人間的感情を有する者に衝撃を与えるほどのものではない」との判断が維持される可能性があるのではないか、との指摘もあり得る。この点に関しては筆者も何ら異論はない。実際、アメリカで死刑の執行に立ち会った日本人ジャーナリストは「見事なまでに何も感じなかった」と述べている⁵⁶⁾。もっとも、そこでの死刑執行方法は麻酔を投与した上での薬物注射によるものであり、絞首刑よりも心理的衝撃の少ないと思われる方法であったが、もちろん絞首刑に立ち会った上で同様の感覚を抱く者もあるだろう。しかし、**重要なことは、(何が何でも死刑を廃止すべきであるという主張ではなく)現状、絞首刑の残虐性の判断方法は不正確なものであるため何らかの判断資料(根拠)を準備する必要があると考えられる点、そして判断方法が改善されれば、現在の絞首刑は残虐な刑罰に当たると判断される可能性**

55) この考えは「裁判員」には必ずしも当てはまらない(前注54参照)。したがって、世論調査では死刑制度を支持しながらも、裁判員として死刑を選択したり更には自分が死刑を執行したりすることは嫌がるであろう国民の態度について、「屠殺するのは嫌だが肉食は好む」問題と同じ欺瞞があるという理屈(一ノ瀬正樹『死の所有』(東京大学出版会, 2011)53-54頁)には疑問がある。これがそのまま通用するのは、自らその立場を選択した「職業」裁判官に限られるだろう。

56) 布施勇如『アメリカで、死刑を見た』(現代人文社, 2008)187頁。

が低くないと見込まれる点である。

なお最後に付言すれば、判例も指摘するとおり、「残虐性」に関する国民の心理的衝撃は時代や文化によって異なり得る。死刑存置国においても、公開処刑は「残虐」であるという理由で廃止されてきているが、現在でも公開処刑を存置している国もある⁵⁷⁾。公開処刑や身体刑が今日の日本において「残虐な刑罰」に当たらないとは考えにくい。しかし、そうした刑罰も「見世物」として見慣れてしまえば、「残虐性」を甘受する心理が鈍麻してしまうのかもしれない⁵⁸⁾。法的評価に有用な判断資料（根拠）は、現在の国民の規範意識や価値志向がバイアスによって歪められたもの、時代錯誤の非人道的なものではないかをチェックする資料としても重要な参考価値を有すると考えられる（科学的手法の意義は「間違いに気づきそれを修正できる」点にある）。法改正により、法令を「あるべき法」へ近づけるには、規範的主張だけでなく、国民の現在の価値志向がどのようなものであるのかを記述する実証研究も重視されるべきだと思料される。

むすびに代えて

本稿では、死刑（絞首刑）の残虐性を判断する方法を問題とし、それに対して「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か（どうか）」を判断するための具体的な資料（根拠）が必要であると主張し、未熟ながらもその試案を提示して検討した。本稿の試案は、もしかするとミルグラム実験⁵⁹⁾を彷彿させるような衝撃的なものに思われるかもしれない。もち

57) アムネスティ・インターナショナル日本『2022年の死刑判決と死刑執行』【https://www.amnesty.or.jp/library/report/pdf/statistics_DP_2022.pdf】7頁以下によれば、2022年には、少なくともアフガニスタンとイランが公開処刑を行ったとされる（令和5年8月31日最終閲覧）。

58) ヨンバルト・前掲書41頁以下はこのことを的確に指摘している。心理学的には単純接触効果によるものかもしれない。

59) スタンレー・ミルグラム〔著〕／山形浩生〔訳〕『服従の心理』（河出書房新社、2008）参照。

ろん、具体的な実験手法の在り方については、門外漢の筆者ではなく、専門家によって議論・修正されることを期待している。もっとも、法制度の正／不正を考えるにあたり、人間の、自覚したくない残虐な一面を正しく見つめる試みは、法治社会にとって必要不可欠な営みではないかと考えてもいる。近年では、同性婚、（選択的）夫婦別氏制度などが憲法訴訟を通じて議論されている。また、死刑存置国のアメリカでも、薬物注射に用いる薬物の入手が困難化していることから、死刑制度そのものについても見直しが求められつつある⁶⁰⁾ こうした議論を価値観の違いで済ませないためにも、具体的な資料（根拠）に基づく真摯な議論が重要ではないかと考える次第である。

〔付記〕

本号（妹尾克敏教授退職記念号）が献呈される妹尾先生には、私が松山大学に着任して以来大変お世話になりました。とりわけ、先生からは博士論文の執筆を根気強く応援していただきました。本稿は、未熟ながらもその成果の一部を応用したものであり、これも偏に先生のお心遣いの賜物です。妹尾先生には、心からの感謝とご退職のお祝いをここに申し上げます。

60) 例えば、緒方／奥田／横尾「わが国の絞首による死刑と残虐性に関する一試論」CHUKYO LAWYER（中京ロイヤー）vol. 32（2020）9頁は、アメリカの現況を踏まえた上で日本でも見直しの議論が必要であると述べている。