

二〇二二年度法科大学院入学試験問題

小論文

注意事項

- I 試験開始の指示があるまで問題用紙を開いてはいけません。
- II 解答用紙は一枚配付します。
- III 解答にあたつては、黒インクのボールペンまたは万年筆のいずれかを使用してください（ただし、インクがプラスチック製消しゴムで消せないものに限ります）。それ以外で解答用紙に記入した場合は、無効とします。また、解答用紙欄外へ記入されているものは採点の対象としません。
- IV 解答を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は斜線で、一行の場合には横線で消して、その次のマス目から書き直してください（余白には書かないで下さい）。修正液・修正テープを使用してはいけません。
- V 解答は横書きで記入してください。
- VI 試験時間は六〇分です。
- VII 問題は九ページで一問です。

問題 次の文章を読んで、後の問い合わせに答えなさい。

1 死刑制度に関する事実

死刑制度については、しばしばその是非が社会的な問題となつてている。最近では、日本全国の弁護士が加入している職能団体である日本弁護士連合会（以下、日弁連）が、2016年10月7日に開催された人権擁護大会において、「2020年までに死刑制度の廃止を目指す」との宣言を採択した。その背景には後述する^{はがまだ}橋田事件の再審開始決定で再燃した冤罪の懸念と、世界的な死刑廃止の潮流がある。

まず日本の死刑制度を簡単に確認してみよう。法務省の資料によると、今日の日本では、刑法では殺人罪や強盜致死罪のほか、内乱罪や現住建造物等放火罪などの12の犯罪に関する死刑が規定されている。刑法のほかにも、人質殺害罪や組織的な殺人罪など、7つの特別法でも死刑が規定されている。もつとも、実際に死刑になるのはおもに殺人罪と強盜致死罪である。

死刑が確定する人数は、90年代は毎年10名に満たなかつたが、2000年代に入つてから年によつては10名から20名の死刑確定者が出来るようになつてている。

また、日本においては、死刑囚は死刑が執行されるまで東京や大阪その他の拘置所の独居房で過ごし、法務大臣による死刑執行の命令が出されると、死刑場において絞首刑によつて死刑が執行される。

なお、日本の殺人発生率は2016年には10万人当たり0.28件で、統計のある196カ国中194位とほぼ最下位に近い低水準である点も覚えておくべきであろう。1位は10万人当たり82.84件でエルサルバドル、米国は5.35件で79位、韓国は0.70件で172位となつてている（出典：GLOBAL NOTE 世界の殺人発生率 国別ランギングより）。

ここで国外に目を向けよう。死刑制度を廃止した国は1960年代にはわずか8カ国であった。だが、国連総会で「死刑の廃止を目指す市民的及び政治的権利に関する国際規約・第二選択議定書」、いわゆる死刑廃止条約が採択されて以降、その数は大きく増加した（日本は未締結国）。国際人権団体であるアムネスティ・インターナショナルによると、2018年末

現在、死刑を廃止している国は106カ国あり、10年以上死刑執行がなく事実上執行廃止している国と合わせると142カ国になる。つまり、死刑制度を保有している国はすでに少数派だということである。なかでも、死刑廃止をしていないG7諸国の国は米国と日本だけだと言われる。しかし、その米国でも死刑を廃止・執行停止している州が半数近くあるというのが現状である。

このような国際的潮流を考えた場合、私たちは死刑制度を存続させるべきだろうか、あるいは廃止するべきなのだろうか。これが死刑存廃論の問い合わせである。ここでは、死刑存廃論の論点について死刑制度の賛成論（存続論）と反対論（廃止論）に分けて、以下で詳細に検討しよう。

2 死刑存続論の検討

死刑制度を支持するおもな議論には、以下のものがある。順に検討しよう。〈中略〉

死刑制度を合憲とした判例はいくつもあるが、代表的なものとして最高裁判所大法廷昭和23（1948）年3月12日の判決がある。当時新たにつくられた日本国憲法第36条が公務員による残虐な刑罰を絶対に禁ずる旨を定めているのを根拠として、死刑の規定は憲法違反だという訴えがなされた。それに対し、最高裁は死刑は「まさに窮屈の刑罰であり、また冷厳な刑罰ではあるが、刑罰としての死刑そのものが、一般に直ちに同条いわゆる残虐な刑罰に該当するとは考えられない」と主張した。〈中略〉

また、「一定の極悪非道な犯人には死刑を科すべきだ」というのが国民の一般的な考え方だ」というような、世論に訴える議論についても同じことが言える。死刑については日本国民の支持は高いとされ、実際に2014年11月に行われた内閣府の世論調査では、「死刑もやむ得ない」とした回答が8割にのぼっている。すると、この事実をもって、日本では死刑を存続させるべきだと主張することはできるだろうか。〈中略〉

「もし彼が人を殺害したのであれば、彼は死なねばならない。この際には正義を満足させるに足る（死刑以外の）どんな代替物もない」とイマニユエル・カントは書いている。犯罪を行つたものは罪をつぐなうべきであり、他人の命をうばつたのであれば、自分の命でつぐなうべきである。この発想は「目には目を、歯には歯を」という言葉で知られるタリオの法と呼ばれ、応報刑の中心にある思想である。この考え方には魅力を感じる人は多いだろう。応報刑とは、カントの議論が典型であるが、刑罰の目的を正義の確保、すなわち犯罪行為によって動搖させられた道徳秩序の回復にあると見る考え方である。

カントは刑罰を通じた犯罪抑止や犯罪者の矯正といった目的を否定し、刑罰は「つねにただ彼「犯罪者」が罪を犯したがゆえに彼に課せられるといったものでなくてはならない」と言う。なぜなら、人は決して他者の目的のための単なる手段としてあつかわれてはならないからだ。カントの考えでは、たとえ犯罪者であろうと、何か善いことを生み出すという目的の手段としてのみその人をあつかうなら、当人を人格としてではなく物件、つまりモノとしてあつかうことになる。これは人間の尊厳に反する。したがって、刑罰は純粹に、犯罪をなした者は罰せられなければならないという観点のみからなされる必要がある。正義の秤を乱した者はそれゆえに罰せられ、またその秤を乱した程度に応じて罰せられる。これがカントの応報刑の発想である。

〈中略〉

応報とならんで刑罰のもう1つの主要な目的は、犯罪の抑止である。近代刑罰論の創始者の1人であるチエザーレ・ベッカリーアは、次のように主張した。

刑罰の目的は、感覺ある存在である人間を苦しめ苛むことではない。すでになされた犯罪を帳消しにすることでもない。
……刑罰の目的は、その犯罪者が仲間の市民たちに対してふたたび害を与えるのを阻止すること、そして誰か他の者が同じことをしないように図ること、これ以外ではありえないはずだ。

また、ベッカリーアから大きな影響を受けた功利主義者のジェレミー・ベンサムも、刑罰の一番重要な目的は犯罪者やそ

の他の者の行為に影響を及ぼすことにより、さらなる犯罪を生み出さないようにすることだとして、被害者の報復感情の充足などは二次的なものと捉えていた。

このように、応報の発想が、刑罰は過去の犯罪をつぐなうものだという過去志向的であるのに対し、犯罪の抑止という発想は、刑罰はこれから起きうる犯罪を防ぐためのものだとして将来志向的だという違いがある。なお、犯罪抑止は、応報思想に基づく刑罰論（応報刑論）と対比して目的刑論とも呼ばれる。

あえて単純化した架空の例を出そう。毎年10人の殺人犯の死刑が執行されているなかで、400名の殺人事件の犠牲者が出ている社会があるとする（他の犯罪者は無期懲役など、死刑以外の刑罰を科されていると考える）。そこでかりに死刑を廃止した場合に、毎年500名の殺人事件の犠牲者が出るようになるとする。そうすると、この社会では、死刑制度があることで死刑囚を含めて410名の命が失われるが、死刑制度がなくなると、500名の命が失われることになり、好ましくない。これが死刑の抑止力を主張する人の考え方である。

〈中略〉

2015年に福岡県豊前市で小学5年生の女児が殺害される事件があった。被告はわいせつ目的で女児を車に乗せて誘拐し、豊前市内の民家で性的暴行を加え、首を圧迫して殺害したとされる。その後、遺体をバッグに詰めて自宅に運び、押し入れに遺棄していた。被告は過去にもわいせつ事件で服役した経験があった。検察側は死刑を求刑し、遺族も次のように述べて極刑を望んでいた。

これほど残虐なことをしても、何の反省もせず、自分のことばかり考えている被告人は、社会に戻れば、また繰り返すと思います。娘はとても優しい女の子でした。自分のようなつらい思いを、もう誰にもさせたくないと思っているはずです。私たち遺族が受けたこれ以上ない悲しみと苦しみを、他の誰にも経験させてはなりません。娘のためにも、これから被害者を出さないためにも被告人には死刑しかないと思います。これが遺族の思いです（朝日新聞2016年9月21日朝刊）。

しかし、2016年10月の裁判員制度による地裁判決では無期懲役判決が出された。二審の高裁判決でも無期懲役となり、2017年10月に最高裁が被告側の上告を棄却したため、無期懲役が確定した。これを受けて女兒の遺族は「被告が上告したこと自体、全く反省していない証拠であり、許せない気持ちに変わりない。なぜ死刑にならなかつたのか理解できず、本当に悔しい」とのコメントを出した（産経新聞2017年10月24日）。

今日、犯罪被害者や家族・遺族の支援や心のケアが重視されている。それだけでなく、全国被害者支援ネットワークが1999年に作成した「犯罪被害者の権利宣言」で「犯罪被害者は、刑事司法手続きおよび保護手続きの中で、意見を述べることができる」と述べられているように、刑事制度に關しても犯罪被害者の声を聞くことが重視されるべきだとの考え方が広まつてきている。2004年に成立した犯罪被害者等基本法でも、刑事に関する手続きへの参加の機会を拡充するための制度の整備（第18条）や、保護、捜査、公判等の過程における配慮（第19条）などがうたわれている。

〈中略〉

3 死刑廃止論

次に、死刑制度の廃止論の検討に移る。おもな論点として、以下が挙げられる。賛成論のときと同様、順に検討しよう。

〈中略〉

日本において死刑は死刑場において絞首刑によって行われる。具体的には、死刑囚は頸部に縄をかけられた状態で高所から落下する。2002年に社民党の大島令子議員（当時）が引用している法医学者の文章によれば、絞首刑を執行された死刑囚は、次のようになる。

がくりと首を折り、飛び出した眼球。人によつては鼻血を吹き散らし、口からは舌とともに白いような粘液を吐いてできている死刑囚。つい20分足らず前には、自分の足で処刑されるべく歩いていた一個の人間。ひとつの生命体が、こん

な無惨な変わり果てた姿になつて、だらりと吊るされている（2002年4月3日の第154回国会 法務委員会議事録）。

これはいかにも野蛮で残酷だと感じる人もいるだろう。〈中略〉

死刑の残酷性という論点と関連して、死刑は死刑を執行する刑務官に過度の負担を強いるから廃止すべきだ、という議論もある。一ノ瀬正樹は「実をいえば、私自身は、あらゆる死刑廃止論のなかで、この執行人の苦悩からする廃止論に最も強い説得を感じた」と述べている。〈中略〉

国家による殺人行為は許されないという議論は、一見するともつともらしいが、なぜそう言えるのかについて根拠が必要である。たとえば侵略のための戦争であれ、自衛のための戦争であれ、国家間の戦争には国家による殺傷行為がふくまれるであろう。あらゆる戦争は正義に反していると言えるだろうか。〈中略〉

「国家による殺人行為は許されない」という議論は、伝統的に社会契約説とも関係の深い主張である。前出のベッカリーアは、啓蒙期にいち早く死刑廃止をとなえた人物であるが、その1つの根拠は、そのような社会契約説に基づくものであつた。すなわち、人は自らを殺す（自殺する）権利がないのと同様に、そのような権利を他人に譲渡することはできないというものである。〈中略〉

誤判を根拠にした死刑廃止論は1つの大きな論点になつており、日弁連もこれまでに起きた冤罪事件を引き合いに出して、死刑廃止の根拠の1つとしている。〈中略〉

もつとも、懲役刑については、死刑とは異なり「取り返しがつく」と主張されることがある。というのは、一度有罪判決

が出て刑務所で長年すごしたとしても、無罪であることが示されたなら釈放され、場合によつては補償も受けることができ
るからだ。

この点に関して、たとえば最高裁判事を務めた経験があり、誤判可能性をおもな根拠に死刑廃止をとなえていた刑法学者の団藤重光は次のように述べている。

誤判の問題は何も死刑事件に限りません。（中略）たとえば、懲役刑などにしても、長いこと刑務所に入つて、後で無実だということがわかつて出されても、失われた時間、失われた青春は再び戻つては来ないという意味では、これもたしかに取り返しがつかないものです。しかし、そういう利益はいくら重要な利益であろうとも人間が自分の持ち物として持つてゐる利益ですが、これに対して、生命は全ての利益の帰属する主体であるところの人間そのものです。死刑は全ての元にあるその生命そのものを奪うのですから、同じ取り返しがつかないと言つても、本質的にまったく違うのであります。その区別がわからない人は、主体的な人間としてのセンスを持ち合わせていない人だというほかありません。

このように述べ、団藤は、「死刑事件以外の場合の誤判と、死刑事件の誤判とでは、質的な違いがある」と結論づけてい
る。

〈中略〉

罪を犯した者には罰が下されなければならないという応報の発想には、人々が理性や自由意志に基づいて犯罪をなすこと
が前提されているように思われる。しかし、たとえば1960年代末に連続ピストル射殺事件を起こして1997年に死刑
執行がなされた永山則夫のように、悲惨な境遇で育つたり、あるいは十分な教育を受けられなかつたりした結果、犯罪に及
ぶことも考えられる。そのような場合に、重要なのは応報ではなく、犯罪者の教育を通じた更生であると言う者もあるだろ
う。犯行当時に10代であった殺人犯が死刑になることは少ないが、これはこうした更生可能性の考慮が大きくはたらいてい
ると考えられる。では、たとえ罪のない人を複数人殺した殺人犯であつても、更生の可能性はあるから、死刑にすべきでは

ない、と言えるだろうか。

どんな犯罪者でも更生の可能性はあるというのは実証的な主張であり、調査研究が必要である。平成22（2010）年の犯罪白書によれば、同種重大犯罪の再犯率は、殺人0.8%、傷害致死3.9%、強盗8.3%、強姦9.4%、放火7.5%であり、とくに強盗、強姦および放火で再犯の可能性が比較的高いことが指摘されている。殺人犯が再度殺人に及ぶ割合は少ないものの、殺人・傷害致死をふくむ粗暴犯や財産犯の再犯率は高い（それぞれ、5.5%、7.6%）とされる。〈中略〉

刑罰そのものが本質的に犯罪者の道徳教育を目的としているという議論がある。この議論によれば、刑罰は応報を通じた正義の実現とか、犯罪者を罰することを通じた一般予防といった目的ではなく、「犯罪者の利益のために」なされるものである。刑罰は犯罪をなした者に対する義務的な道徳教育であり、刑罰を通じて犯罪者に対する道徳的なメッセージが送られることになる。犯罪者は概して説教するだけでは自らのしたことの罪の重さを理解しない。そこで、被害者が受けたのと同じくらいの刑罰を科すことにより、自分の行為の不正さを理解させるというのだ。

〔宇佐美誠・児玉聰・井上彰・松元雅和『正義論——ベーシックスからフロンティアまで』
(法律文化社、2019年) より〕

〔問〕

本文を参考として、あなたが仮に死刑存続論の立場に立つとして、死刑廃止論の立場から予想される批判と、その批判に対する反論を検討しなさい。（800字以内）