

# 死刑の執行方法と立法不作為の憲法論

高 作 正 博

## 目 次

### 序——課題設定

#### 1 死刑の執行方法と「立法事項」

- (1) 一般論
- (2) 先例の立場
- (3) 法律の二重機能

#### 2 死刑の執行方法と「立法義務」

- (1) 太政官布告と実務との不一致
- (2) 行刑法体系の法改正との関係
- (3) 死刑をめぐる国際動向

#### 3 死刑の執行方法と「立法裁量」

- (1) 立法裁量による正当化？——大阪高裁平成25年7月31日判決
- (2) 立法裁量の統制手法とその深化

### 結 び——先例との整合性？

## 序——課題設定

死刑の執行方法に関する事項を定めた「明治6年太政官布告65号」（以下、単に「太政官布告」と言うことがある。）の制定後、今日に至るまで法律を制定していない立法府の行為（不作為）が違憲となるか。この問題は、死刑制度の是非をめぐる議論の中で、これまで注目されてこなかった論点である。しかし、最高裁判所の判決で、死刑制度についての合憲判断が繰り返される中において、重要な検討課題を含んでいる。死刑制度それ自体の違憲性ではなく、法律上の根拠の不十分性（「法律の留保」の有無）という法治国家のあり方が問われているからである。違憲の主張が認められれば、係属中の訴訟において、死刑判断やその執行を事前に差し止めることも必要となる。

この主張には、特に次の点で意義がある。第1に、事後的な救済では不十分だという点である。通常、法律の適用が法規定に違反する場合、その行為の違法性を理由に損害賠償を求めて争う方法が考えられる。しかし、「法律の留保」なくして死刑が執行されても、違法行為を争うべき当事者の生命が失われている以上、事後的な救済を図る方法には意味が乏しい。第2に、死刑の執行停止を求めて訴える方法も困難だという点である。死刑確定判決の執行を行政訴訟で停止させるため、国がその執行義務を負わないことの確認を求めて提訴された事件がある。しかし、最高裁は、「実質上において、行政事件訴訟をもつて刑事判決の取消変更を求めることに帰し、かかる訴訟は許されないものといわなければならない」とした<sup>1)</sup>。

以上から、太政官布告に基づく死刑執行が「法律の留保」の要請に反しているとするれば、さらに時期を早めて、未だ確定判決の出される前に、刑事訴訟において刑の執行の停止ないし死刑判断の回避を求めるしか方法がない。その試

---

1) 最高裁昭和36年12月5日判決・民集15卷11号2662頁。この判決の原審は、例外として救済が認められる余地を肯定していた。東京地裁昭和35年9月28日判決・行集11卷9号2753頁。なお、行政訴訟の可能性を検討するものとして、早川和宏「死刑執行と行政訴訟」大宮ローレビュー7号（2011）34頁以下参照。

みの1つが、本稿で検討する立法不作為の違憲性を問う手法である。以下、死刑の執行方法が立法事項であることを述べた上で(1)、太政官布告を改正しない立法行為は、立法義務の履行を怠り放置する点で違憲であることを論じ(2)、この点が争点とされた事案において、大阪高等裁判所の判決が言及した「立法裁量論」の適否について検討する(3)。

## 1 死刑の執行方法と「立法事項」

### (1) 一般論

立法の不作為の違憲性を問題とする場合、実体論において論じられるべき点としては、①立法の不作為がいかなる場合に違憲となるか、②どのような場合に憲法上の立法義務が認められるかである。

第1に、立法の不作為はいかなる場合に違憲となるか。一般には、①立法者が憲法の明文上(第10条、第17条等)ないし解釈上(抽象的権利についての具体化立法等)一定の立法をなすべきことが義務づけられており、②国会が立法の必要性を十分認識しかつそれが可能であったにもかかわらず、合理的と認められる相当の期間を経過してもなお国会が立法を怠った場合には、その不作為が違憲となるとされている<sup>2)</sup>。

2) 以上、在宅投票制度廃止事件における札幌高裁昭和53年5月24日判決・高民集31巻2号231頁同旨。また、これら2つの要件については、学説でも一般に認められている。戸波江二「立法の不作為の違憲確認」芦部信喜編『講座憲法訴訟第1巻』(有斐閣, 1987) 362頁, 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』(青林書院, 1995) 346頁以下, 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第五版〕』(岩波書店, 2011) 374頁以下等参照。他方、「立法の不作為に関する司法審査の可能性がない」ことから、「『立法の不作為』概念を用いることは意味がない」とするものとして、戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』(有斐閣, 2008) 157頁。立法の不作為の違憲性については、(西)ドイツの憲法判例及び憲法学が比較法上の素材を提供してきた。この点につき、山内敏弘「立法者の不作為に対する憲法訴願——社会的法治国家・西ドイツにおける新しい訴の形態」『一橋研究』13号(1966) 1頁以下, 長尾一紘「立法の不作為に対する憲法訴願」『法学新報』79巻1号(1972) 111頁以下, 笹田栄司「西ドイツにおける立法不作為論の展開」『九大法学』45巻(1983) 1頁以下, 真鶴俊喜「ドイツの憲法裁判における立法の不作為(一)～(三・完)」『上智法学論集』39巻1号(1995) 305頁以下, 40巻1号(1996) 189頁以下, 43巻2号(1999) 157頁以下等参照。

第2に、どのような場合に憲法上の立法義務が認められるか。これについては、憲法の個別的規定ごとに検討されることが必要である。ここで問題となるのは、生命を剥奪する死刑の執行方法についての立法義務の有無である。憲法第13条では、「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。」と規定され、「生命……に対する国民の権利」が保障されていること、同第31条では、「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。」と規定され、「法律の定める手続」が必要とされていること、同第36条では、「公務員による拷問及び残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる。」と規定され、「残虐な刑罰」を設けない義務が定められていることから、公権力が個人の「生命」を奪う措置を執る場合、その当否は別として法律の根拠が必要であると解すべきである（「法律の留保」）。

しかも、死刑の執行方法についてはより一層厳格な「罪刑法定主義」（憲法第31条）ないし「法治主義」（法律による行政の原理）が要請される。国会による法律の制定という民主的正統化のプロセスを経ることが何より強く求められるものと解される。

## (2) 先例の立場

最高裁判所の立場は、最高裁昭和36年7月19日大法廷判決<sup>3)</sup>で示されている。次の3点が重要となろう。

### A 死刑の執行方法と法律事項

死刑の執行方法に関する基本的事項は、法律事項かどうか明らかにされなければならない。この点について、判例は、次のように述べ、法律事項である旨を明確にしている。① 太政官布告の「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

3) 最高裁昭和36年7月19日大法廷判決・刑集15巻7号1106頁。

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……絞繩ヲ首領ニ施シ……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つて、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」（旧憲法23条）とする。

②「更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つて（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のが、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」。

#### B 「明治6年太政官布告65号」の法的効力

太政官布告が法律の効力を有していたかが問われうる。この点について、先例は次のように述べている<sup>4)</sup>。太政官布告は、「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つたことによつても、何ら異なるところはない。）」

#### C 「明治6年太政官布告65号」の有効性

太政官布告は現在においてもなお有効な法律かが問題とされうる。この点について、先例は次のように述べている<sup>5)</sup>。①「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」。

4) 前掲最高裁昭和36年7月19日大法廷判決。

5) 前掲最高裁昭和36年7月19日大法廷判決。

②「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、旧憲法下において既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遵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、右法律によつて昭和22年12月31日限り効力を失つ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』に当たらないことは、……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）」。

③「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つてなされたものであることは明らかである」。

### (3) 法律の二重機能

以上のように、「死刑の執行方法に関する基本的事項は、法律事項に該当」し、法律の根拠を必要とする。今日、この点についての異論はないであろう<sup>6)</sup>。

6) いわゆる「特別権力関係の理論」によれば法治主義が排除されることとなるが、この理論自体に対する批判が説得力を持って主張され、少なくとも原則的には法治主義も及ぶと考えられており、法律の根拠が必要であると解されなければならないであろう。この点、「受刑者の人権」保障について詳細に検討した業績として、菊田幸一編『受刑者の人権と法的地位』（日本評論社、1999）参照。なお、伝統的な「侵害留保説」によれば、個人の生命を奪う死刑の執行は、究極の「侵害」行為と言い得るのであり、当然に「法律の根拠」が必要と解される。法治主義や侵害留保説等については、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』（有斐閣、2008）91頁以下等参照。↗

但し、法律には、この「法律の留保」の機能だけでなく、もう一つ重要な機能が付与されていることに留意すべきである。即ち、「残虐な刑罰」にならないことの保障機能である。この点、死刑が「残虐な刑罰」には該当しないことを述べた次の判例に注目すべきであろう。

「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、他の刑罰の場合に比べると同様に、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36条に違反するものというべきである」<sup>7)</sup>。

この判示は、死刑の執行方法の内容次第では、「残虐な刑罰」に該当しうることを示している。罪刑法定主義の原則によれば、犯罪と刑罰を法律で定めるべきこととなるが、刑罰には、その内容・種類だけではなく執行方法まで含めて考えるべきこととなろう。そうでなければ、裁判で刑罰の宣告を受けた後、在監者には法律によらずして刑罰の執行を行うことが可能となってしまう、在監関係を人権保障や法治主義の及ばない領域としてしまうこととなるからである<sup>8)</sup>。こうして、死刑の執行方法に関しては、根拠法律が存在するだけでなく、その内容の適正さが規範的に要請されることとなる。

以上は、前掲最高裁昭和36年7月19日大法廷判決における藤田八郎裁判官の

---

↘また、憲法学として法律の留保原則の意義を論じるものとして、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会，2001）231頁以下，同「基本権の制約と法律の留保」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の想像力・上巻』（信山社，2003）369頁以下等参照。

7) 最高裁昭和23年3月12日大法廷判決・刑集2巻3号191頁。また、最高裁昭和30年4月6日大法廷判決・刑集9巻4号663頁，最高裁平成24年3月2日判決・裁判所ウェブサイト等同旨。

8) 未決拘禁者に対する閲読の制限が違憲・違法となりうることを認めた判決として、最高裁昭和58年6月22日大法廷判決・民集37巻5号793頁。また、最近の事例として、大阪高裁平成21年6月11日判決・判時2056号65頁。



補足意見が、「残虐な方法による死刑の執行は憲法の絶対に禁ずるところであり、残虐な方法による死刑の執行を受けないことは憲法の保障する国民の権利というべきであつて、死刑の執行の残虐にわたらないことの担保に関する事項は、少くとも新憲法上、法律をもつて規定すべきいわゆる法律事項に該当するものといわなければならない」と指摘するところにも現れている。こうした状況にあって、明治6年太政官布告65号が罪刑法定主義の要請を充たすものと解されうるのであろうか。

## 2 死刑の執行方法と「立法義務」

### (1) 太政官布告と実務との不一致

前掲最高裁昭和36年7月19日大法廷判決の時点では、確かに、明治6年太政官布告65号は有効な法律として存続しえていたのかもしれない。しかし、以下の理由から、現時点では死刑の執行方法に関する新たな法律を制定する義務が憲法上存在するものと解すべきである。第1に、根拠法令と実際の執行との不一致に由来する違法性である。この不一致は次の点に表れている。①現在の絞首刑の執行方法が、「地上高架式」から「地下高架式」に、②踏み板から地面までの高さが9尺（約2.7メートル）から約4メートルに、③「二人ヲ絞ス可キ装構」から「一人を絞すべき装構」に、④絞縄の長さが「2丈5尺」（約7.6メートル）から約11メートルに、⑤「紙ニテ面ヲ掩イ」と定められていたのが紙から布に、それぞれ太政官布告から変更されており、布告どおりには行われていないのである。

この点は既に、前掲最高裁昭和36年7月19日大法廷判決でも指摘されていたが、この時点では合憲とされている。「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」と結論づけている。しかし、実際の執行方法が、太政官布告の内容に反す

るものであったにもかかわらず、憲法第31条に違反しないとする判断は適切でない。

太政官布告が法律の効力を有し、今なお有効であるとするならば、それに反する執行の実態は違法と評価されなければならないであろう。これまでは、死刑執行の実態に関する情報が開示されないまま執行されてきたこと、また、違法な執行によって自らの権利・利益が侵害されている本人が生命を奪われているということ等からして、訴訟に至るケースが存在しなかった。しかし、だからといって、違法性が治癒されているわけではない。単に違法の実例が積み重ねられているというだけである。しかも、違法な執行の実務を放置していた責任は、立法府にも及びうる。監獄ないし刑事収容施設の近代化に伴って発生した違法状態は、予算の議決権（憲法第60条、第86条）を通じた財政民主主義の運用との齟齬を意味するからである（施設設備の予算措置を認めながら、法律の改正を行わないという意味で）。法改正を通じた違法状態の解消が法的に求められていると解される。

## (2) 行刑法体系の法改正との関係

第2に、法改正の動向と整合性を図る必要性である。このことを監獄法の改正経緯との関連で整理する。

### A 監獄法の位置と改正の理由

行刑法体系の中で、監獄法は、死刑の執行方法に関し太政官布告を補完しつつそれと一体のものとして理解されていた。前掲の藤田裁判官は、次のように指摘する。「現行監獄法は明治41年に制定施行された法律で、主として自由刑の執行の方法に関するものであるが、当時、囚人の権利保障に関する事項は命令に委ねるべきでなく、法律をもつて規定せよとの要望に応えたものであった。（自由刑執行の方法が法律をもつて規定されたのは、わが監獄法が世界最初のものであるという。）しかも、同法は死刑執行の方法に関してはほとんど規定するところなく、7条に『死刑の執行は監獄内の刑場に於て之を為す』と規定するの外、72条に前記絞縄解除の時間に関する規定あるのみである。そして、

同72条は太政官布告65号の2分を5分と改めたものであることは前叙のごとくであつて、即ち監獄法の右の規定は死刑の執行方法に関し、同布告の規定を補足するものであり、同布告は監獄法と一体を為して、刑の執行の方法に関し、行刑法体系を形成していたものというべきであつて、この点から見ても同布告は旧憲法下において法律と同一の効力をもつものとして取扱われていたことはあきらかである」。

この監獄法は、平成17年に「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律」に改正され、また、平成18年には「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」が制定されて監獄法の全面改正が実現した。行刑法体系全体の見直しを立法府自体が行ってきたことは明白である。監獄法には、次の問題点が指摘されており、それが法改正によって改善されたのである。即ち、①「監獄内における保安の維持あるいは在監者に対する強制的規律の確保に重点が置かれすぎていたきらいがあり、その後における社会情勢の変化及びこれに伴う刑事政策思想の進展にかんがみると、内容的に不十分なものとなってきた」こと、②「第二次大戦後、日本国憲法の制定を始めとして、我が国の法制度及び法思想の大きな変革が行われ、国際連合の『被拘禁者処遇最低基準規則』による被収容者処遇の国際的標準化が図られたほか、内外における行刑の理論及び実践の著しい発展を見るに及び、受刑者に対する合目的矯正処遇による社会復帰の促進と被収容者の権利義務関係の明確化という現代行刑の理念にそぐわないものとなっていた」こと<sup>9)</sup>である。

#### B 監獄法の改正経緯

しかし、行刑法の法整備の過程では、太政官布告の見直しはなされなかった。これら監獄法の問題点は、死刑の執行方法に関する太政官布告にも同様に妥当するものと思われるにもかかわらず、である。法改正の経緯は以下の通りである。

第1に、「刑事施設法案」の3度にわたる国会提出である。昭和51年3月、

---

9) 名取俊也「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律について」『法曹時報』58巻4号(2006)1188頁。

法務大臣が法制審議会に監獄法改正についての要綱を示すよう諮問をした。昭和55年11月、法制審議会は、「監獄法改正の骨子となる要綱」を確定し、法務大臣に答申した。昭和57年4月、法務省が立案した「刑事施設法案」<sup>10)</sup>が、内閣から国会に提出された。その後、同法案は、衆議院の解散に伴って廃案となり、その後、刑事施設法案は一部修正の上、昭和62年、平成3年に提出されたものの廃案となってきた。

第2に、「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律」の制定である<sup>11)</sup>。平成14年から15年にかけて、名古屋刑務所における受刑者死傷事件をきっかけに、監獄法の運営上の問題が明らかになった。平成15年4月、法務省は、民間有識者からなる行刑改革会議を発足させ、平成15年12月、「行刑改革会議提言」をとりまとめた。法務省は、提言を受けて監獄法改正作業を進めることとし、警察庁、日本弁護士連合会の三者で法改正の枠組について協議を行った。平成17年3月11日に、法案は閣議決定され、同月14日に国会に提出された。同年4月14日、衆議院において一部修正の上可決され、5月18日、参議院で可決され、「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律」が成立し、同月25日に公布された。本法律では、刑事施設の施設的事項（被収容者の分離、実地監査、巡視、参観、労役場・監置場の附置等）と被収容者のうち受刑者の処遇に関する事項とが定められた。死刑確定者の処遇については、今回の法改正の対象外とされた。

第3に、「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」の制定である<sup>12)</sup>。法務省は、未決拘禁者等に関する法整備に向けて、警察庁及び日本弁護

10) 内容は、①「監獄」の名称を「刑事施設」に改めること、②被収容者の権利・義務の範囲を明確にし、生活や行動に制限を加える必要がある場合に、その根拠と限界を定めたこと、③被収容者に適正な生活条件の保障を図るとともに、健康の維持のための適切な措置を講ずること、④受刑者に対する処遇の目標が改善更生・社会復帰にあること、また、これに沿った処遇方法を定めたこと、⑤いわゆる代用監獄の制度について存置すること、同時に提出された留置施設法案とともに留置施設に収容される者の処遇に関する規定を整備したこと等である。

11) 制定の経緯及び法律の概要については、名取・前掲(9)1187頁以下参照。

12) 制定の経緯及び法律の概要については、名取俊也「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律の概要」『法曹時報』58巻10号(2006)3169頁以下参照。

士連合会との協議を進め、平成17年12月6日、警察庁と合同で「未決拘禁者の処遇等に関する有識者会議」を立ち上げた。平成18年2月2日に、有識者会議が提言をまとめたことを受けて、法務省は、警察庁及び国土交通省との間で法改正作業を進め、本法律案を作成した。同年3月13日に、同法案は国会に提出され、同年4月18日に衆議院で可決、同年6月2日に参議院で可決され、成立した。本法律の制定により、監獄法が全面改正となった。特に重要な点は、刑事施設・受刑者処遇法が、受刑者の処遇を中心として監獄法を改正する内容であったのに対し、本法律は、未決拘禁者及び死刑確定者の処遇を改めるもので、これにより、受刑者と未決拘禁者・死刑確定者との不合理な法律上の格差が解消されることとなったことである。

### C 行刑法体系の現状

現時点での法整備の状況は、次の通りとなる。まず、司法府を名宛人とする裁判規範には、次の法律が整備されている。① 死刑判決の実定法上の根拠である刑法等がある。② 死刑判決を下す手続法上の根拠である刑事訴訟法がある。

また、行政府を名宛人とする行刑法については、次の法律が整備されている。① 死刑確定者の処遇の根拠として、刑法第11条第2項が「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する。」と定め、より具体的には、刑事収容施設・被収容者等処遇法が規定する。② 死刑執行の組織法上の根拠として、刑事訴訟法第472条第1項、第475条乃至第478条<sup>13)</sup>、さらに、法

13) 「裁判の執行は、その裁判をした裁判所に対応する検察庁の検察官がこれを指揮する。」(刑事訴訟法第472条第1項)、「死刑の執行は、法務大臣の命令による。」(刑事訴訟法第475条第1項)、「前項の命令は、判決確定の日から6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。」(刑事訴訟法第475条第2項)、「法務大臣が死刑の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。」(刑事訴訟法第476条)、「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。」(刑事訴訟法第477条第1項)、「検察官又は刑事施設の長の許可を受けた者でなければ

務省の訓令である「執行事務規程」がある。また、刑務官が上司から執行に関する職務命令を受け、それに従う義務の根拠としては、国家公務員法第98条第1項がある。

③ 死刑執行の作用法上の根拠として、執行場所及び執行方法について、「死刑は、刑事施設内において、絞首して執行する。」(刑法第11条第1項)、執行場所について、「死刑は、刑事施設内の刑場において執行する。」(刑事収容施設・被収容者等処遇法第178条第1項)、執行日について、「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、1月2日、1月3日及び12月29日から12月31日までの日には、死刑を執行しない。」(刑事収容施設・被収容者等処遇法第178条第2項)、執行方法について、「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ものとする。」(刑事収容施設・被収容者等処遇法第179条)と規定される。

以上の法整備の状況からすれば、具体的な「絞首」方法について定める太政官布告のみが改正されることなく存続していることは異常というほかない。従って、刑事収容施設・被収容者等処遇法の制定後もなお法改正しない立法不作為は、立法義務に違反し違憲と評価されるべきと解される。

### (3) 死刑をめぐる国際動向

第3に、国際動向の変化である。死刑という刑罰を適正な法律によって正統化すべきことは、死刑廃止をめぐる国際動向からも導くことができる<sup>14)</sup>。即ち、仮に、死刑の存置を選択することが国家の主権的判断に委ねられているとしても、国際機関や諸外国からの批判にも耐えうるような法整備をなすべきことは、法治国家である以上、当然の義務と解される。

第1に、死刑廃止に関する国際条約である。次の諸条約が締結されている。

---

ゝれば、刑場に入ることはできない。」(刑事訴訟法第477条第2項)、「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。」(刑事訴訟法第478条)。

14) ここでの記述は、衆議院調査局法務調査室『死刑制度に関する資料』(平成20年6月)を参照した。

- ① 「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の第2選択議定書」(死刑廃止議定書)である。1989年に国連総会で採択された。2008年5月2日現在、当事国は66か国であり、署名のみで未批准の国は6か国である。
- ② 「死刑廃止に関する米州人権条約の議定書」(死刑を廃絶する人権に関する米州条約議定書)である。1990年に米州機構総会で採択された。2008年5月2日現在、当事国は9か国であり、署名のみで未批准の国は2か国である。
- ③ 「死刑の廃止に関する人権および基本的自由の保護のための条約の第6議定書」(欧州人権条約第6議定書)である。1982年に欧州評議会で採択された。2008年5月2日現在、当事国は46か国であり、署名のみで未批准の国は1か国である。
- ④ 「あらゆる事情の下での死刑の廃止に関する人権および基本的自由の保護のための条約の第13議定書」(欧州人権条約第13議定書)である。2002年2月21日に欧州評議会閣僚委員会で採択され、2003年7月1日に発効した。2008年5月2日現在、当事国は40か国であり、署名のみで未批准の国は5か国である。

第2に、国際機関の動向である。ここでは、国連、欧州連合(EU)、欧州評議会を取り上げる。

- ① 国連拷問等禁止委員会の最終見解である。2007年5月に、同委員会は、拷問等禁止条約の実施状況に関する第1回日本政府報告書に対して最終見解を発表した。ここでは、日本の死刑制度に関する多くの規定が「拷問又は不当な取扱いに当たり得る」こと、改善のためのすべての必要な措置を採ることの勧告等が示された。
- ② 国連における死刑執行の停止を求める決議案の採択である。2007年12月に、国連総会は、死刑執行の停止を求める決議案を賛成多数で採択した。
- ③ 欧州連合(EU)の対応である。死刑廃止が加盟の条件とされているEUでは、加盟国はすべて死刑を廃止している。1998年には、人権政策の

一環として全世界で死刑制度を廃止するための死刑反対運動を強化することを決定した。1999年以来、ジュネーブで開催される国連人権委員会のすべての会合で死刑に関する決議を提出している。

- ④ 欧州評議会の対応である。2001年6月25日、欧州評議会議員会議で、オブザーバー国である日本及び米国の死刑制度の廃止を求めること等を内容とする決議が採択された。それ以降、2002年の閣僚委員会、2003年の欧州評議会議員会議（決議・勧告採択）、2004年の閣僚委員会、2006年の欧州評議会議員会議（6月28日に勧告採択）、2007年1月の閣僚委員会代理会合（2006年の欧州評議会議員会議の勧告に対する回答採択）においてオブザーバー国における死刑問題が取り上げられている。

### 3 死刑の執行方法と「立法裁量」

#### (1) 立法裁量による正当化？——大阪高裁平成25年7月31日判決<sup>15)</sup>

太政官布告と執行実務との不一致及び監獄法の全面改正等を挙げて、「死刑の執行方法に関する新たな法律を制定すべき憲法上の義務が存在する」とする主張に対する裁判所の判断が、大阪高裁で示された。大阪高裁平成25年7月31日判決は、次のように述べた。

「確かに、現行の絞首刑の執行方法と明治6年太政官布告が規定した死刑の執行方法は、基本的事項では合致するものの、細部は多くの点で食い違いが生じている。また、弁護人が原審及び当審で立証するように、死刑制度や執行方法などに関して、諸外国では検討が進められ、様々な法整備もなされていることが認められる。そのような情勢などにも照らすと、生命を奪う究極の刑である死刑の執行方法について、今もなお、140年も前の明治6年に太政官布告として制定され、執行の現状とも細部とはいえ数多くの点で食い違いが生じている明治6年太政官布告に依拠し、新たな法整備をしないまま放置し続けていることは、上記昭和36年最高裁判決が、死刑の執行方法は法律事項であると判示した趣旨にも鑑みると、立法政策

15) TKC 法律情報データベース・文献番号 [25501589]。



として決して望ましいものではない。とはいえ、現在の絞首刑も、その基本的事項は、法律と同一の効力を有する明治6年太政官布告に従った方法に則って執行されていることからすると、我が国において死刑の在り方やその執行方法の在り方に関する検討が未だ十分には進んでおらず、しかも、死刑の執行自体は前にみたように安定的な運用が行われている現時点においては、未だこのような立法の不作為が憲法上の要請に反しているとはまではいえないから、立法の不作為の違憲性を主張する弁護人の主張は、結局、失当である。」

本判決は、太政官布告と執行実務との不一致は「立法政策として決して望ましいものではない」と認めた。しかし、①「死刑の在り方やその執行方法の在り方に関する検討」が不十分であること、②死刑の執行自体は「安定的な運用が行われている」ことから、「立法の不作為が憲法上の要請に反しているとはまではいえない」と判断している。この判断は、本件布告の存在を前提に、「死刑の在り方やその執行方法」についての法整備を立法府の裁量に委ね、現状では未だ「憲法上の要請」に反しないとしたものと解することができよう。しかしながら、生命を奪う刑罰について、立法政策や立法裁量の問題と位置づける思考には、根本的な問題が内在するものと思われる。また、検討の遅れや違法な運用が安定的に行われていることを合憲の理由とする点にも、大きな問題性が含まれているものと思われる。

## (2) 立法裁量の統制手法とその深化

仮に、立法裁量の余地が認められるとしても、近時の判例から裁量統制の手法を考慮に入れ、「憲法上の要請」に反する程度に至っているのではないかが問われなければならない。以下に取り上げる判断は、従来の判例の見解からすれば、当該権利や自由の内容ないし性質の故に広い立法裁量が認められてきた領域で下されたものである。それらの判断の分析を通じて、立法裁量の統制手法を明らかにする。

まず、第1に、「制度の選択」と「制度の具体的形成」との区別という視点

である。選挙権や裁判を受ける権利を実際に行使するには、具体的な制度が必要となるが、その「制度の形成は立法者に広汎に委ね、裁判所がそれを統制することには抑制的であることが、最高裁の基本的立場である」と指摘されている<sup>16)</sup>。例えば、最高裁は、国会議員の「各選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の裁量にゆだねている」と一般論を述べて<sup>17)</sup>、衆議院議員選挙における小選挙区制度を合憲とした判決<sup>18)</sup>、重複立候補制度を合憲とした判決<sup>19)</sup>、参議院議員選挙における非拘束名簿式比例代表制を合憲とした判決<sup>20)</sup>等で、「制度の選択」の場面では立法裁量を広く認める判断を示している。

他方、選択された制度の具体的形成の場面では、立法者の裁量を枠付ける論理を採用する判決が見られる。憲法上の権利を用いて枠付ける試みであり、その例が在外日本国民選挙権判決である<sup>21)</sup>。判決は、選挙権を「国民主権」に基づく国民「固有の権利」とし、「国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず」、「制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならぬ」と述べて、在外国民に投票を全く認めていなかった措置を違憲と判断した。選挙権の重要性から違憲審査を厳格に行った判決である。また、平等権の観点から立法者の裁量を枠付ける論理を採用したものとして、議員定数不均衡訴訟における違憲判決ないし違憲状態判決を挙げることができる<sup>22)</sup>。

以上の「制度の選択」と「制度の具体的形成」との区別という視点を前提に太政官布告の問題を検討すればどのように解されるのであろうか。まず、死刑

16) 渡辺康行「立法者による制度形成とその限界——選挙制度、国家賠償・刑事補償制度、裁判制度を例として」『法政研究』76巻3号(2009)13頁。

17) 最高裁昭和51年4月14日大法廷判決・民集30巻3号223頁。

18) 最高裁平成11年11月10日大法廷判決・民集53巻8号1704頁。

19) 最高裁平成11年11月10日大法廷判決・民集53巻8号1577頁。

20) 最高裁平成16年1月14日大法廷判決・民集58巻1号1頁。

21) 最高裁平成17年9月14日大法廷判決・民集59巻7号2087頁。

22) 前掲最高裁昭和51年4月14日大法廷判決、最高裁昭和58年11月7日大法廷判決・民集37巻9号1243頁、最高裁昭和60年7月17日大法廷判決・民集39巻5号1100頁、最高裁平成5年1月20日大法廷判決・民集47巻1号67頁。

制度ないし絞首刑という執行方法が「制度の選択」に位置づけられるものとするれば、その選択は、立法者の広汎な裁量に委ねられ、違憲とすることは困難となる。他方、詳細な執行方法は、「制度の具体的形成」の次元の問題と考えられ、憲法上の権利や原則による拘束を受けることとなるはずである。この意味で、生命の権利（憲法第13条）を前提に、罪刑法定主義及び「残虐な刑罰」の禁止によって立法者の裁量を枠付ける論理が妥当しうるとすれば、絞首刑の「基本的事項」が太政官布告に従って執行されているからとはいえ、「憲法上の要請に反しているとはまではいえない」といえるかは疑問である。

第2に、「ベースライン」論である。これは、制度の創設を前提とする権利につき、その制度の内容決定において広汎な立法裁量に委ねられがちであるが、次のような考え方によって立法裁量を限定する論理である。即ち、「憲法の条項自体が立法裁量を限定している場合もあるが、そうした憲法明文の制約がない場合であっても、当該制度のあるべき内容について法律家共同体内部で広く共有された理解がある場合には、そうした理解に対応する立法裁量の限定を想定することができる」とする考え方である<sup>23)</sup>。具体的には次のような判決の読み方を提示する。

① 森林法の共有林分割制限規定を違憲とした森林法判決である<sup>24)</sup>。「『近代市民社会における原則的所有形態』が『単独所有』であるとして、憲法の想定する所有形態のベースラインを設定し、それからの離脱を図る立法」の「規制手段について、立法目的との合理的関連性のないことが明らかであるとしている」とする<sup>25)</sup>。② 在外日本国民選挙権判決である<sup>26)</sup>。この判決については、「あらゆる国民に平等に国政に対する投票の機会を保障するのが、憲法の要求するベースラインだと言っている」とする<sup>27)</sup>。③ 郵便物に関して、国に対する

23) 長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会、2006）133頁以下。

24) 最高裁昭和62年4月22日大法廷判決・民集41巻3号408頁。

25) 長谷部・前掲(23)135頁。

26) 前掲最高裁平成17年9月14日大法廷判決。

27) 長谷部恭男他「鼎談・在外邦人選挙権大法廷判決をめぐって」『ジュリスト』1303号（2005）3頁以下 [長谷部発言]。

損害賠償請求権を制限する郵便法の規定を違憲とした郵便法判決である<sup>28)</sup>。この判決については、「制度設計のベースラインとしては、事業者側に故意又は重大な過失がある場合には責任制限を認めないとする運送事業者責任制限制度の一般的なあり方が採用され、郵便法の採用する具体の制度がそこから乖離したことの合理性が審査されている」とする<sup>29)</sup>。

死刑の執行方法という「制度の具体的形成」の合憲性を考える場合でも、同様の思考枠組が妥当する。この場合、「当該制度のあるべき内容について」の「法律家共同体内部で広く共有された理解」が見いだせるのであれば、立法裁量の限界を設定できると考えるべきであろう。仮に、死刑の選択それ自体を合憲とするとしても、そこには厳格な「法律の留保」ないし法律の明確性の原則が妥当するはずであり、違法状態を放置してまで法律改正を行わない裁量が立法府に認められるとは考えにくい。

第3に、「首尾一貫性要請（立法者の自己拘束）論」ないし「基本権内容形成論」である。これは、「憲法上『論理的に要請される一定不変の形態が存在』しないところでは、立法者が一定の基本となる制度を選択した場合には、その選択に立法者による制度のより具体的な形成が拘束されるという」統制方法である<sup>30)</sup>。基本となる制度が先行し、より具体的な制度形成がそれに拘束されると解するのは何故か。この議論は、「先行する立法行為が憲法上の規準に合致してそれが原則となるからだ」と述べる<sup>31)</sup>。先行する立法行為・制度によって憲法上の原則が確定され、それとの距離を測る方法によってより具体的な制度形成の合憲性が審査されうることとなる。先の「ベースライン」論が、憲法のみによって立法裁量を限定しようと主張する議論であるのに対し、「首尾一貫性要請（立法者の自己拘束）論」は、立法行為による憲法上の原則の確定が為されることにより、立法裁量の限定を肯定する点で、両者は異なる論理構

28) 最高裁平成14年9月11日大法廷判決・民集56巻7号1439頁。

29) 長谷部恭男『憲法の境界』（羽鳥書店，2009）64頁。また，143頁参照。

30) 渡辺・前掲(16)20頁。

31) 小山剛「基本権の内容形成論からの応答」『法律時報』81巻5号（2009）13頁。

成をとる。

具体例として、再び森林法判決を挙げることができる<sup>32)</sup>。この判決は、「共有物分割請求権」が「持分権の処分の自由とともに、民法において認められるに至ったものである」とする。この部分に着目すれば、判決は、民法によって基本となる制度が先行して定められ、これが憲法上の原則として認められて、共有林の分割請求権を制限する森林法の規定の違憲性を帰結したと捉えることができる。

以上の考え方を用いて、死刑の執行方法を定める太政官布告の違憲性を検討する必要がある。先行する立法行為により死刑の選択が為され、また、監獄法の全面改正を通じて「行刑法の現代化」が進められてきた。こうして、立法者は、首尾一貫性の要請に従い「現代化」を一層進める義務、即ち、その趣旨に添うよう法整備をする義務を負うようになったと解することができる。この義務に違反し、太政官布告のみ改正しないで放置する立法行為は、裁量によって正当化しうるものではなく違憲と判断されるべきであろう。

## 結 び——先例との整合性？

以上のように、死刑の執行方法に関する太政官布告を改正しない立法不作為が違憲であるとするれば、先例（前掲最高裁昭和36年7月19日大法廷判決）との関係をどのように考えればよいのであろうか。先例は、太政官布告が、大日本帝国憲法及び日本国憲法の成立を経てもなお、法律として有効に存続しうることをもって憲法第31条には違反しないと判断したものである。しかし、この判決から50余年が経過した現時点では、もはやこの判断を維持することはできず、先例的価値自体の見直しが求められるのではないだろうか。

ここで考慮する必要があるのは、「時の経過」を考慮に入れる近時の判例政策の傾向である。国民意識の変化や社会的・国際的状况の変化によって考慮すべき事柄が生じてきた時に、それを考慮に入れないことを違憲性の理由と捉える判断に注目すべきである。第1に、議員定数不均衡訴訟における判例の変化

32) 前掲最高裁昭和62年4月22日大法廷判決。

である。衆議院議員選挙における議員定数不均衡訴訟において、最高裁は、「1人別枠方式」<sup>33)</sup>の合憲性を審査し、合憲としてきた判断<sup>34)</sup>とは異なり違憲状態とする判断を示した<sup>35)</sup>。「1人別枠方式の意義については、人口の少ない地方における定数の急激な減少への配慮という立法時の説明にも一部うかがわれるところであるが、……我が国の選挙制度の歴史、とりわけ人口の変動に伴う定数の削減が著しく困難であったという経緯に照らすと、新しい選挙制度を導入するに当たり、直ちに人口比例のみに基づいて各都道府県への定数の配分を行った場合には、人口の少ない県における定数が急激かつ大幅に削減されることになるため、国政における安定性、連続性の確保を図る必要があると考えられたこと、何よりもこの点への配慮なくしては選挙制度の改革の実現自体が困難であったと認められる状況の下で採られた方策であるということにあるものと解される」。「そうであるとすれば、1人別枠方式は、おのずからその合理性に時間的な限界があるものというべきであり、新しい選挙制度が定着し、安定した運用がされるようになった段階においては、その合理性は失われるものというほかはない」。

第2に、届出による国籍取得につき、日本人の父から認知されていることに加えて、父母が結婚していることを要件とする国籍法第3条（平成20年12月12日の法改正前）を違憲とした判決である。最高裁は、「国籍法3条1項の規定が設けられた当時の社会通念や社会的状況の下においては、……立法目的との間に一定の合理的関連性があったものということが出来る」とした上で、「国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、……立法目的との間に

33) 各都道府県の区域内の選挙区の数、各都道府県にあらかじめ1を配当した上で、残る議員数を人口に比例して各都道府県に配当した数を加えた数とする方法をいう。

34) 最高裁平成11年11月10日大法廷判決・民集53巻8号1577頁は、「人口の都市集中化及びこれに伴う人口流出地域の過疎化の現象等にどのような配慮をし、選挙区割りや議員定数の配分にこれらをどのように反映させるかという点も、国会において考慮することができる要素というべきである」と述べ、「1人別枠方式」を合憲とした。また、最高裁平成13年12月18日判決・民集55巻7号1647頁、最高裁平成19年6月13日大法廷判決・民集61巻4号1617頁も同旨。

35) 最高裁平成23年3月23日大法廷判決・民集65巻2号755頁。

合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである」と述べている<sup>36)</sup>。特に、この判決が諸外国の動向に触れる点は、死刑をめぐる議論においても参照されるべき議論ではないかと思われる。「諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあることがうかがわれ、我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する。さらに、国籍法3条1項の規定が設けられた後、自国民である父の非嫡出子について準正を国籍取得の要件としていた多くの国において、今日までに、認知等により自国民との父子関係の成立が認められた場合にはそれだけで自国籍の取得を認める旨の法改正が行われている」。

第3に、非嫡出子の相続分を嫡出子のその半分とする民法第900条第4号但書を違憲とする判決である。最高裁は、過去の合憲判決<sup>37)</sup>を変更して、法規定の「合理性については、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」と述べ、違憲と判断した<sup>38)</sup>。考慮されたのは、① 婚姻・家族形態の多様化及び国民意識の変化、② 諸外国の立法の変化（「現在、我が国以外で嫡出子と嫡出でない子の相続分に差異を設けている国は、欧米諸国にはなく、世界的にも限られた状況にある」）、③ 条約と国際機関の対応（条約として、市民的及び政治的権利に関する国際規約」及び「児童の権利に関する条約」が挙げられ、国際機関の対応として、「自由権規約委員会」による勧告や懸念の表明、「児童の権利委員会」による懸念の表明が指摘されている）、④ 国内における法制等の変化（「嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等も変化してきた」こと）等である。

以上の諸判決を見る限り、先例には時間的制約が認められる場合があるのであり、一度合憲判断がなされているとしても、「法治主義」「法律の留保」「罪刑法定主義」等の諸原則に照らし、その合憲性は不断に検討され、吟味されな

36) 最高裁平成20年6月4日大法廷判決・民集62巻6号1367頁。

37) 最高裁平成7年7月5日大法廷決定・民集49巻7号1789頁。

38) 最高裁平成25年9月4日大法廷決定・民集67巻6号1320頁。

ければならないものとする。

〔付記〕 本稿は、「此花区パチンコ店放火殺人事件」に際し、大阪高等裁判所及び最高裁判所に提出した意見書に加筆修正したものである。この問題について検討を加える機会を与えて下さった後藤貞人先生、正木幸博先生、陳愛先生、水谷恭史先生（以上、大阪弁護士会）、永田憲史先生（関西大学法学部准教授）へ感謝申し上げたい。