

法の執行モラトリアム という考え方について



山花郁夫

衆議院議員 / 死刑廃止を推進する議員連盟事務局次長

text by Yamahana Ikuo

6月5日、超党派の国会議員からなる死刑廃止を推進する議員連盟が特別総会を開催し、「終身刑導入及び死刑制度調査会設置法案」を採択した。この法案には死刑制度調査会設置の日から4年間、死刑の執行を停止するというものが盛り込まれているが、昨年の暮れに、法制化の過程において衆議院法制局から憲法上の疑義が提起され、一時は法案としてまとめることに対して大きな壁となった。本稿は、今年1月、議員連盟としての理論的裏づけをするために執筆したものである。

一. 序

死刑廃止議員連盟(以下、「議連」)が、死刑臨調を設置し、3年を目途として死刑の存廃について結論を出し、その結論を得た後、1~2年を目途とする一定の期間死刑の執行を停止するという内容の議員立法を検討したところ(以下、「法案」)、衆議院法制局から三権分立に反する可能性があることを理由に違憲の疑いを指摘された。しかし、三権分立(ないし権力分立)の概念ないし内容は多義的であり、このことを理由とする指摘は必ずしも妥当しないのではないと思われる¹。

本稿は、議会に身をおく者として、法制局との意見対立から、いわば内部的な批判を公にしようとすることを目的とするものではない。ただ、こうした問題について、議案提出の機会がなかった

こともあろうが、憲法学の観点から論じた文献があまりにも少ないことから、論点整理の必要を感じた次第である。この問題について、関心のある学者の方々や法曹関係者にご教示いただければ幸いである。

ここで問題とするのは、新法制定時に施行条件を付けるというケースではないことはもちろんである。憲法問題として抽象的に論じるとすれば、すでに施行されている(国民の権利義務にかかわる)法律について、一定の条件の下に、期間を限定し、その「執行」のみの凍結を法律で規定することが憲法上国会の権能と言い得るか、ということになる。ただ、本稿では具体的なケースとして、死刑の執行停止(モラトリアム)ということサンプルとして検討していくこととしよう。

二. モラトリアムの法定と権力分立

死刑の執行停止(モラトリアム)を法定する場合、三権分立(権力分立)との関係では次の点を留意する必要があるとして、衆議院法制局から次のような論点整理のかたちで指摘を受けた。

1. 法案施行前に死刑判決を受けた者の刑の執行停止について

この点、三権分立制度の趣旨・目的(国家権力の行使の抑制・濫用阻止のための技術、人権保障のための統治原理)を根拠に、死刑執行という重大な人権制約を停止する立法であるから、実質的には三権分立に反しないという見解もあり得る。

しかし、判決後の立法によってその刑の執行を停止させることは、立法院

において司法の行った死刑判決の効力を一方的に変更することになり、三権分立に反する恐れが強いと言わざるを得ない。

2. 法案施行後に死刑判決を受けた者の刑の執行停止について

立法者が死刑についてその執行の停止を内容とする立法を行った以上、裁判所はその法の適用・不適用を判断すれば足り、三権分立や司法権の独立には反しないとの見解も成り立ち得ないでもない。

しかし、死刑存廃の検討期間中はその執行が停止されるため、事実上死刑判決が差し控えられることになって、三権分立や司法権の独立に反するのではないかとの疑いは残ると考えられる。

三権分立(権力分立)との関係で考えると、法案施行前に死刑判決を受けた者について刑の執行を停止する場合と、法案施行後に死刑判決を受けた者の刑の執行を停止する場合の2つのケースが考えられる。しかし、衆議院法制局の見解は、**については三権分立に反する「恐れが強いと言わざるを得ない」が、については、三権分立や司法権の独立に「疑いは残る」とする。**

と のように2つの局面を分けて検討すべきことはその通りであると考えられるが、特に **については、「三権分立」といった場合に、日本国憲法下における権力分立制の下でどの条項に抵触する「恐れが強い」のか、また**

については、モラトリアム期間中に検察が死刑の求刑を行うことが可能か、また、裁判所が死刑判決を言い渡すことが適切かという問題について検討が必要であると考えられる。

三. 法案施行前に死刑判決を受けた場合の執行停止について

2003年1月末現在、わが国における確定死刑囚の員数は58人である。この判決確定者に対する刑の執行を法律で停止すると規定した場合、憲法上いかなる問題があるだろうか。

この点、衆議院法制局は「判決後の立法によってその刑の執行を停止させることは、立法府において司法の行った死刑判決の効力を一方的に変更することになり、三権分立に反する恐れが強いと言わざるを得ない」とする。

これに対して、衆議院法制局が指摘するように、三権分立制度の趣旨・目的(国家権力の行使の抑制・濫用阻止のための技術、人権保障のための統治原理)を根拠に、死刑執行という重大な人権制約を停止する立法であるから、実質的には三権分立に反しないと**いう見解もある²。**

権力分立制度が自由主義的統治機構の原理であるとする、これを理由として死刑執行のモラトリアムができない**というのは背理であり、価値判断としてはその通りだと思われる。しかし、「三権分立」は近代立憲主義の理論的バックボーンではあっても規範そのものではなく、いずれの立場からも自己の結論を正当化するために用いられ得るマジッ**

クワードではないかという疑念は払拭できない。

しばしば、死刑廃止論を唱える論者から、「イギリスではまずモラトリアムを行ってから法的に廃止へ踏み切った」ことを論拠として、日本でも同様の途を辿るべきであるとされるが、日本に置き換えると、イギリスにおける最高裁は立法府であり³、三権分立といっても多義的である。したがって、日本国憲法における権力分立制度の下で、いかなる条項に抵触する可能性があるかを具体的に検討する必要がある。

1. 41条との関係

判決確定者に対する刑の執行を法律で停止することは、内容面からすれば法律事項であることは疑いないと思われる。伝統的通説に従えば、国民の権利・義務に関する法規範が実質的意味の法律であり、日本国憲法41条⁴(以下、41条)が実質的意味の法律を形式的意味の法律で規定することが必要であるとすれば、生命にかかわる事項の執行の可否についての規範である以上、41条の射程範囲と**言うことができる。**

2. 65条との関係

41条の射程範囲であれば、処分的法律(措置法律)でなければ、その裏返しとして、日本国憲法65条⁵違反**という問題は起こり得ないと考えられる⁶。**

すなわち、実質的意味の行政に関するいわゆる行政控除説を前提とする限り、日本国憲法の明文に反しない以上、国会による内閣の権限侵犯**ということに**

はならないと考えられるのである⁷。

3. 76条との関係

衆議院法制局による、「判決後の立法によってその刑の執行を停止させることは、立法府において司法の行った死刑判決の効力を一方的に変更することになる」という指摘は、立法権と司法権の緊張関係を指摘したものと言うことができよう。

ところで、しばしば「裁判所の判決が出た以上、行政当局としてはその執行を行うべきことは当然である」という趣旨のことが語られることがある⁸。

確かに、民事・刑事を問わず、判決の効力としてその判決内容を実現する効力が与えられている。法律上の問題として考えれば、民事訴訟の場合、その執行は裁判所の権能である(民事執行法)。他方、刑事訴訟の場合には、行政官庁たる検察官の権能である(刑事訴訟法472条)⁹。

しかし、憲法問題として考えた場合、判決内容の執行を行う作用は、司法作用なのだろうか、行政作用なのだろうか。一般に、司法権とは、具体的な争訟事件について法を適用し、宣言することによってこれを裁定し、解決する国家の作用であるとされている¹⁰。

おそらく、上述の司法権に関する定義は、Muskrat v. United States(219 U.S. 34(1911))において、事件・争訟性の要件が財産権(法的権利)に関して、相対立する当事者間の、現実の訴訟が存在し、そのことについて裁判所が終局的判決を下し執行できる類のものとして把握されたことが影

響しているものと考えられるが、「宣言的判決」手法が合憲とされて以来、判決の執行の必要ということは必須のものではないとされている¹¹。

日本国憲法の司法権に関する定義としては、前段の「具体的な争訟」は、「事件性」の要件に置き換えられて理解されており、これがわが国の司法権の本質的要素と理解されていることは、判例(最大判昭27.10.8民集6巻9号783頁など)学説の上でもほぼ争いのないところと言えよう。

後段の裁定・解決する作用に関する部分は、事件性の要件を備えていてもなお、解決可能性がないような場合を排除するという機能を有していると思われるべきで(最判昭56.4.7民集35巻3号443頁など)、司法権の概念というより、限界にかかわる定義と考えるべきであろうか。

この定義を前提とすると、裁判所が判決によって確定した内容の執行ということは、そもそも固有の司法作用ではないのではなからうか。問題となる箇所があるとすれば、執行によってはじめて「解決する」国家の作用が完結するのだ。したがって、執行も固有の司法作用である、というロジックによらなければならないが、そう考えるべきでないことは上述の検討からも明らかだと思われる。仮にそのようなロジックによると、現行の刑事訴訟法は違憲の疑いがあるということになる。少なくとも、憲法上の権限分配の問題として考える限り、民事訴訟に関する執行作用は本来的には行政作用であるが、法律によって付与された権能であると考えるのが

自然ではないか¹²。

このことと関連して、行政事件訴訟法27条の内閣総理大臣の異議の制度について、行政処分の執行停止は性質上行政作用であることを理由に合憲であるとする学説が一般的であることも参考にされてよいと思われる。

このように考えると、刑の執行というのは行政作用であり、立法権と司法権の緊張関係として捉えることは適切ではないものと考えられる。

四. 法案施行後に死刑判決を受けた者の刑の執行停止について

そもそも執行モラトリアムという考え方がわが国の法制上なじむかどうかは、法施行後の方にも問題がある。

衆議院法制局は、「死刑存廃の検討期間中はその執行が停止されるため、事実上死刑判決が差し控えられることになって、三権分立や司法権の独立に反するのではないかと疑いは残ると考えられる」とする。

ところで、行為時において違法とされる行為が裁判時において適法とされる場合がある。いわゆる限時法などのような場合には、行為時において違法であった行為が、後に法改正が行われたり、刑罰法規の存続期間が満了したことなどにより、裁判時において適法とされることがある。その場合には免訴となる(刑事訴訟法337条4号。なお、同法345条)。限時法の理論については議論があるが、憲法上の疑義は提起されていないようである。

一般的に言って、当該犯罪事実について違法評価に変更を加えず、その法律効果である刑罰を変更する可能性を検討することと比べ、違法であるとされていた行為を適法とするというような、違法性の評価の変更の方が法的には重大な変更であると考えられる。そうであるとするならば、死刑相当犯罪について法律で一定期間モラトリアムを行うことが、少なくとも積極的に憲法に抵触するとは考えられないのではないだろうか。

その上で、モラトリアム期間中の死刑相当犯罪についての処理は次のように考えるべきであろう。

法施行後も、死刑を定めた刑法は有効であり、死刑の「執行」のみのモラトリアムがなされている状態であるから、行政(検察)としてはモラトリアム期間中も死刑の求刑を行うことは可能だといふべきである(この点、刑法200条に対して違憲判決が出たときの過去の実務上の処理とは異なる)。

しかし、モラトリアム期間中、裁判所は事実上死刑判決を言い渡すことが可能かどうかという問題が残る。臨調で議論がなされていることを理由として量刑に影響を与えるとすると、司法権の独立(特に裁判所の独立)に抵触する恐れはあるからである。

このモラトリアム期間中、臨調が死刑制度を廃止すべきという結論を出し、国会もそれに従った立法措置を講ずることが確定的だといふのであれば、もはや死刑判決を言い渡すことはできないということになる。しかし、臨調の制度設計にもよるが、少なくとも議

連が考えている法案を前提とする限り、臨調が死刑制度を存置すべきであるという結論を出す可能性も皆無ではない。

したがって、裁判所としては、モラトリアム期間が限定されていることから、判決公判については差し控えるのが好ましいと思われるが、言い渡しを

行うことは法的には可能だと考えるべきであろう。

ただし、死刑判決が確定した者についてはモラトリアム期間中、執行が停止された状態となる。将来的に死刑制度が廃止された時点では個別恩赦の途が開かれるべきであろう。

- 1 かつて江田五月議員が、死刑執行停止法については、「一方で立法府が司法府に対して死刑という法定刑を定めた法律を用意して司法府に死刑の宣告の権限を与えておいて、他方でそれを執行する行政府に対してこれは執行しちやいけなという停止法をやるといふのは立法府として自己矛盾になってしまう」という懸念を表明したのに対して政府は「死刑廃止へのステップとして死刑執行停止法を作るかどうかに関連してお答えいたしますと、刑事訴訟法479条には心神喪失の状態にある者または懐胎する女子に対して死刑の執行を停止する旨の規定がございます。これを一般化してご指摘のような制度を設けるといふことは、立法論としてあるいは可能なのではないかという具合に感じているわけがございます……」と答弁している。第123回国会衆議院予算委員会第二分科会(平成4年3月12日)
- 2 青木人志「死刑存廃論議への比較法的接近」『一橋論叢』115巻4号749頁、福田雅章「法務大臣は死刑執行の義務はあるか - 死刑執行の停止に関する予備調査を踏まえて - 」『刑法雑誌』第35巻1号122頁
- 3 イギリスにおいて日本の最高裁にあたる部門は貴族院である。田中英夫著『英米法総論 上』(東京大学出版会・1980)163頁
- 4 日本国憲法第41条：「国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である。」
- 5 日本国憲法第65条：「行政権は、内閣に属する。」
- 6 処分的法律(措置法律)の許容性については争いはあるが、執行モラトリアムによっても一般性の要素は満たすものであると考えられる。芦部信喜『憲法と議会制』(東京大学出版会・1971)261~263頁
- 7 ただ、この点については権力分立をいかなる観点から捉えるか、あるいは実質的意味の行政について積極的な定義づけを行うかなどの立場の違いいかんによっては議論は必ずしも単線的ではあり得ない。芦部信喜・小嶋和司・田口精一『憲法の基礎知識』(小嶋和司執筆/有斐閣・1966)
- 8 歴代の法務大臣はしばしばこのような趣旨の答弁をしている。
- 9 死刑に関しては法務大臣の執行命令が要件となる。この点について、福田雅章教授は、法務大臣に死刑執行の停止義務を説いている。
- 10 この点について、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(日本評論社・1984)
- 11 前掲佐藤5頁・32頁
- 12 結論的に同旨。足立昌勝『死刑廃止法』における遡及効の法的性格』『庭山英雄先生古希祝賀記念論文集 民衆司法と刑事法学』現代人文社・380頁



1989年3月立命館大学法学部卒業。1999年12月まで東京リーガルマインド専任講師。2000年6月第42回総選挙において衆議院議員初当選。現在、衆議院法務委員会、民主党副幹事長、政策調査会副会長。その他、死刑廃止を推進する議員連盟事務局次長。