

憲法と刑事政策

米山哲夫

1 はじめに

日本国憲法は、主権在民、基本的人権の尊重、平和主義を基本にし、公権力の国民に対する権力行使を制約する原理を示している。一方、刑事政策は、社会秩序の維持・実現という公権力の原始的機能を果たすべく行われる、犯罪対策のあり方を工夫する、公権力による権力活動である。主権在民は、国家の最終的な意思決定を国民が行う、という国民による公権力のコントロール権を謳った原理であるが、その淵源は社会契約論にあると言っているだろうか。しかし、社会契約論は、公権力の正当化根拠の一つではあるが、それ自身としてはフィクションである。それは、われわれ自身の経験としてもそうであるし、歴史的にも実証されている。国政の基本原則を示す憲法でさえ、われわれは

意思決定した覚えがない。公権力は、社会を構成する個々人と権力を託された一定のエージェントとの間の契約によって生まれたわけではなく、集合・共生する集団の中から、人の個体維持と種族保存の本能を最もよく充足させるエージェントとして、縄張り争いと序列争いの中から自然発生的に生じたのである。つまり、公権力の登場は、契約という法的理念によってではなく、力の論理による、ということである。

基本的人権の尊重は、アメリカ独立宣言以来「天賦人権」として高唱されてきた、個人主義的自由主義を奉ずる国家の基本原理である。しかし、「天賦人権」あるいは自然権というものも、そのような宣言をし保障している国家において初めて言えることであって、それ自身は事実的にも原理的にも普遍的であるわけではない。世界人口の半数以上は、おそらく、この恩典に与かっていない。国家によっては、公権力の批判をする自由もない。公権力の原始的機能は、社会秩序の維持・実現であって、個々人の幸せな生活の保障ではないから、当該社会における秩序維持の必要性が優先される場合が出てくる。刑事政策においても、「公共の福祉」の概念との関係で、この基本的人権がどの程度制約されるのが議論されることになる。

平和主義は、おそらくどの国家も他国の侵略を意図して軍事力を備えているとは言わないだろうから、その意味では世界共通の理念だと考えてよいだろう。しかし、日本における平和主義は世界に類例を見ないものになっている。憲法9条2項は、戦力の不保持と交戦権の否定を規定している。政府の見解は、自衛のための最小限の軍備は「戦力」ではない、というものだが、これは、外敵の排除を原始的機能とする公権力の予想し得る言い訳であって、9条2項の文理解釈からは、常識では読み取れない解釈である。ここで大事なことは、そのような解釈とも言えない「解釈」を弄してでも、公権力は原始的機能を果たすべく活動する、ということである。つまり、憲法を遵守したために国家が滅びたのではもともとももない。憲法も国家あつての憲法だということである。

刑事政策とその下で遂行される公権力による犯罪対策も、対内的な原始的機能である社会秩序の維持・実現を目的として行われる。それに必要な限りにおいて、憲法はどのようなにも解釈される。憲法の基本原則が有効に達成されるような社会の秩序は、憲法の個々の文言の解釈よりも優先されるべきであると考えられるからである。公権力によって、場合によっては国民にとっても、現行の憲法秩序が堅持されることが優先課題である。もし、「個人の尊厳」が憲法秩序の基盤であるなら、それを公然と無視する者に対しては、公権力として寛容ではいられない。

本稿では、「死刑」と「少年保護」をめぐるさまざまな問題について、憲法解釈と刑事政策の関係を検討して行くことにする。その場合に、注意しなければならないのは、憲法が「聖書」ではなく、公権力の保持するひとつの政治的イデオロギーに過ぎないこと、そして、公権力がこの国において、自らにとって好ましい秩序を維持すべく暴力を独占する唯一のエージェントであることである。

2 死刑は憲法の基本原則に抵触するか

平川は、「死刑の存廃の問題を論じる際には、人権の保障と限界に関する憲法原理・理念が共通の基本的な価値基準とされるべき」(平川・ジュリスト(上)64頁)であると主張する。そして、検討されるべき条文として、13条、31条、36条をあげる。言うまでもなく、13条や31条は最高裁昭和23年大法廷判決や学説によって、死刑合憲論の根拠として引用される条文である。ところが、平川は、31条と36条は一般法と特別法の関係にあり、特別法が優先されるから、死刑が36条の「残虐な刑罰」に該当するならば、31条の反対解釈は許されないとする。平川の理解によれば、「残虐な刑罰」とは「適正手続・実体的適正の原理に反する刑罰」と解するべきであり、誤判の可能性が皆無でない手続や、同一事件でも裁判官によって死刑になったり無期刑になったりする手続は適正手続とは言えないから、死刑は憲法上きわめて好ましくな

い刑罰である。また、13条の「公共の福祉」については、この条文で保障されている「生命権の限界の問題を考える場合には、この内在的制約説によるのが妥当と考える。・・・私は、このような見地からの死刑の『公共の福祉』適合性を認める論理として考えうるのは、『殺人の予防のための必要性』のみではないかと思う。(中略) 具体的に、・・・死刑がない場合には死刑があれば発生しない殺人行為が実行される明白かつ現在の危険が存在し、死刑がこれを防止しており、死刑以外にはこれを防止しうる刑罰が存在しないと判断される場合に限り、死刑の『必要性』を認めるのが妥当と思われる。」(平川・ジュリスト(下)76頁)と言われる。

このほかにも、憲法9条を根拠に死刑は違憲あるいは憲法の精神に反するとする見解や、刑務官による「死刑の執行」を憲法18条の禁ずる「苦役」とする見解も存在する。

ここで問題を整理すると、結局、平川の憲法的死刑論は、「死刑は残虐な刑罰にあたるか」「死刑に一般予防効果はあるか」という問題に集約できそうである。前者については、手続的・実体的適正手続違反という説明では死刑固有の問題にはならない。むしろ死刑固有の問題としては、執行方法の「残虐性」が論争の的になる。これは多分に感覚とりわけ視覚情報に依存する。受刑者としては「見てくれ」よりも苦しみの持続しない執行方法が人道的である。その点で言えば、絞首(縊死)、銃殺、ギロチンはほぼ即死であるから、残虐性が低い。しかし、見る者にとって、目が飛び出る、血しぶきが上がる執行方法は残虐であり、薬物の注入のような「安らかな」死の方が人道的に見える。しかし、どのような殺し方にせよ、死にたくない者を殺すのは残虐であると言えるかもしれない。後者については、結論を出し得ない。少なくとも、「死刑」という脅しにもかかわらず殺人を犯した者には効果がなかったと言えるが、実際に人を殺さない大多数の者が、「死刑」の脅しによって思い止どまっているのかどうかは調査のしようがない。そもそも、13条の「公共の福祉」を内在的制約説で理解するのが正しいかどうかとも疑問である。生命権との関

係では、「殺人の予防のための必要性」基準を用いることができたとしても、自由権や幸福追求権との関係で、例えば「自由侵害の予防のための必要性」基準や「幸福追求権侵害の予防のための必要性」基準は用いることができない。自由侵害に自由刑、幸福追求権侵害に不幸を科すという刑罰体系には必ずしもなっていないからである。また、死刑犯罪を犯した者の中には、死刑に処さなければ再び同種の犯罪を繰り返す蓋然性の高い者も存在する。殺人が快感である受刑者は、たとえ終身の拘禁刑を科したとしても、終身刑が極刑であればそれ以上の不利益を被ることはないので、刑務所内で再犯をする可能性もある。

3 萱野稔人の国家論と死刑

死刑は究極の国家刑罰権の発動である。そこで、われわれは国家というものの特質と死刑の関係を検討して行くことが必要だと考える。死刑を始めとする刑罰は、国家による合法的な暴力の行使だからである。

萱野稔人は「国家とはなにか」(以文社2005)において、「国家」をある一定の地域における最強の暴力装置として描き出している。萱野によれば、「死刑とは、国家による合法的な暴力行使のひとつの極限的なあり方である。」(19頁)

「国家は、合法的な殺人を行う権利をもつと同時に、殺人を合法的なものと同様に、違法なものに分割する権利をもつ。これら二つの権利が共に国家に属しているということが、死刑という殺人の合法性の基盤にある。」(21頁)では「なぜ国家だけが暴力を行使する権利をもつことができるのか」それは「国家が社会のなかで他を圧倒しうるだけの暴力を蓄積しているからである。・・・圧倒的な暴力の保持こそが、暴力の合法化を可能にする。」(25頁)

「国家が他のエージェントに暴力の行使を認めないのは、けっして正義をめざすからではない。そうではなくそれ

は、法がみずからをまもるために、みずからを措定し維持する暴力以外の暴力を非合法化するからである。

より強い暴力が、その優位性にもとづいて法を措定し、みずからの法的ステイタスをその法によって根拠づけるという構造だ。」(29頁)「国家はだから、みずからの暴力の優位性をできるだけ強化するような人的・物的資源の配備を、必然的に目指すことになるだろう。

国家は、みずからの暴力のヘゲモニーをより強固にするために、強大な暴力を蓄積するだけでなく、その暴力が住民にとって道徳的に受け入れられるものとなるよう努力しなくてはならない。」(31頁)なぜなら、住民に支持されない暴力は、より強い暴力に取って代わられる恐れがあるからである。この指摘は、歴史上のさまざまな革命の経緯を参考にすれば理解しやすいだろう。

ところで、「暴力を正当化する契機となるのは、この『違法な暴力を取り締まる』という点だ。合法化された暴力は、不正な暴力に立ち向かう対抗的な暴力としてみずからを正当化することになる。」(32頁)

「国家の存在は、暴力の行使という単純な事態にさまざまな要素が付加されることとなりたっている。そこで付加される要素とは次のようなものだ。団体による組織的な暴力行使であること。社会のなかで他のエージェントによる暴力行使を押しさえ込むことができるだけの強大さをもつこと。その暴力行使がある地域に対する支配をめざすものであること(・・・)。みずからだけが暴力への権利をもつことを実効的に要求しうること。

重要なのは、こうした要素が暴力に付加されること自体、暴力の働きによるということだ。・・・国家がまずあるのではなく、暴力の行使が国家に先行するのだ。」(37—38頁)

「国家が暴力を蓄積することでまもろうとするのは、住民の安全ではなく、みずからの保全である。国家にとって『軍事的な保護』が意味するのは、他のエージェントによる攻撃からその土地におけるみずからの暴力の優位性と富

の徴収の権利をまもること以外ではない。国家は、住民たちがみずからの安全をめざして設立するものではない。そうではなく、暴力的に優位にあるエージェントが住民たちを支配し、かれらから富を収奪することで、国家は成立する。住民の保護とは、そこから派生するひとつの付随的活動にすぎない。」(104―105頁)しかし、「国家にとっての治安と住民にとっての安全のあいだには、一致する点がないわけではない。国家がより安定的に自らの活動を展開できる状態とは、その地域のなかで暴力がもちいられる契機がますます少なくなることであるからだ。

このことは住民にとっても好ましい帰結をもたらす。すなわち、内戦の可能性がおおきく低減すること。国家以外のエージェントから予期せぬ暴力をこうむる可能性が小さくなること。いくつものエージェントから二重三重に富の徴収をうける必要がなくなること。社会内でどのような命令に従うべきで、どのような力が当てにできるかが、より明確になること…。

こうした諸帰結は、住民の安全にとって構成的なファクターとなるだろう。そしてそれは、国家にとっての治安がより確実なものとなることに相関している。」(127頁)

以上、長々と引用してきたが、ここには「国家(公権力)」というものの性質が、生々しく描き出されているように思う。この国家観によれば、国家は、みずからの保全に必要とあれば、究極的な暴力である「殺人」も厭わないことがわかる。「殺すぞ」という脅しは、何よりも有効な支配の手段だからである。「法の実効性は暴力によってささえられている以上、その暴力はけつして法によって廃棄されることはない。」(24頁)憲法もしかりである。

しかし、一方で、「殺人」という暴力行使を、住民(国際社会がではない)が道徳的に嫌悪するようであれば、それを用いないことが、みずからのステータスの保全につながる。そうなると、いわゆる「世論」というものの意味を過小評価してはならない、ということになる。死刑廃止論者は、しばしば、世論調査というものに疑問を投げかけて

いる。確かに、現在の世論調査は、被調査者に十分な死刑に関する情報を与えていない面がある。しかし、その点では、一部の者を除けば刑事政策の専門家でさえ死刑に関する十分な情報を得ているわけではない。問題は、何を死刑に関する情報として伝える必要があるか、ということである。また、それと同時に、罰だけではなく罪すなわち死刑犯罪についての情報もより詳細に（現在の犯罪報道程度ではなく、法廷で明らかにされる程度に）伝える必要がある。さもなければ、被調査者に罪と罰の均衡がわれわれの文化程度に応じたように取れているのか、判断させることができないからである。

死刑は、それに値する犯罪に対する反作用として宣告、執行される。そこには国民を納得させるだけの理由がある。形式的には、一般人と死刑に相当する犯罪を犯した者との間に命の価値の優劣はないかもしれない。しかし、多くの人々はその形式論理に違和感を感じず。その違和感は、やはり、無辜の者と人の生命を蹂躪した者の違いに対する情緒的な反応であろう。確かに、情緒的ではあっても、人を殺した者が無辜の者と同様にその人権を尊重されることを、人々は快くは思わない。国家は、そのような人々の情緒的な反応（応報感情と言ってもよい）を上手に利用して、「汝殺すなかれ」という規範を保証する立場に立とうとする。冷めた目で見れば、毎年およそ1,300人位の人が殺人の被害者になっているが、国家はそれをゼロにしようなどとは考えていない。生命の尊重が刑事政策の目標ではないからである。生命の尊重がそんなに大切であれば、毎年1,000人近くが殺される交通事故にもっと抜本的な対策（例えば、20歳未満と70歳以上の運転を禁ずる）を採るであろうし、30,000人を超える自殺者対策、そして何よりも年間百万人にも及ぶと言われている人工妊娠中絶対策を徹底的に行っているはずである。つまり、国家（公権力）にとっての関心事は、個々人の生命が尊重されることではなく、みずから以外の暴力が、みずからを凌駕するくらい大きくならず治まっていることであり、人々の身の無事願望と経済生活の安定が不満を膨らまさない程度に

満たされていることである。

死刑廃止論の根拠としてよく用いられるのが国際的な比較である。先進工業国で死刑を存置しているのは日本とアメリカ合衆国ぐらいのものだという指摘があり、日本の文化的な後進性が嘆かれたりする。しかし、たとえば、西欧の先進国と言われているイギリスを例にとってみると、確かに、犯罪に対する死刑は廃止しているが、まさに現実に戦争をする軍隊をもっており、自国の兵士を国家のためという名目で戦死させ、また他国の兵士ばかりでなく一般人をも殺害している。その点、少なくとも日本は、戦後61年間、戦争で自国・他国の国民を殺してはいない。国際連合によるいわゆる死刑廃止条約に、日本が署名・批准していないことも非難されることがあるが、国連は、日本の社会秩序の維持に責任を取ることではない。死刑廃止を促進させることはそもそも構成国の治安に責任を取れない国連の任務ではない。個々の構成国が自国の国情にしたがって個別的に判断する事柄である。戦争をせず武器の輸出もせず、きわめて抑制的にしか死刑を宣告・執行していない日本が、生命の尊重という点で後進国と言われる筋合いではない。

加藤久雄は、「人道主義的な刑罰観によれば、たとえ凶悪な犯罪を行った者に対してであってもその犯罪者の社会復帰を前提とした刑事政策論を支持する限り『死をもって罪を償わせる』ような刑罰の賦課は許されないのである。」(加藤33—34頁)と言う。ここには、二つの前提がある。一つは「人道的な刑罰観」であり、もう一つは「社会復帰を前提とした刑事政策論」である。「人道的」という概念はあまり意識的には明確化されてこなかったが、ひとつの解釈としては「人の道に値する」ということであろう。これには客体的意味と主体的意味が包含されている。客体的には、取り扱いが「人の道に値する」ということ、すなわち基本的な人権が保障されていることと読み取れる。主体的には、自身「人の道に値する」こと、すなわち自分の行為について倫理的な責任を取ること、と考えられる。

刑罰は、原理的に一部の基本的人権の制約であるから、人道的な刑罰の実現はむずかしい。もしそれが多少とも人

道的であるためには、約束された基本的人権の制約以外の人権制約がないこと、自由刑で言えば自由刑純化の思想が実現されることであろう。その意味で、死刑はすべての人権を抹殺する刑罰であるから、「残虐でない死刑」は存在しても、「人道的な死刑」は存在しない。しかし、刑事政策はすべてが人道的に遂行されなければならないわけではない。積極的補充性（必要悪であることを認識したうえで、必要性を優先させる）を重視することもありうる。刑罰のもう一つの側面は、自らの罪に対する倫理的責任を取る（受刑→贖罪）ということである。殺人の場合に何が倫理的責任の取り方であるかは、その社会の文化的成熟度によって違うであろうが、ひとつには「自らの命をもって償う」という方法も考えられる。敢えて言うならば、死刑はその償い方の援助とも理解できよう。この意味でなら、人道性のひとつの現れ方として死刑を把握することも可能である。

「社会復帰を前提とした刑事政策論」の意味は分かりにくい。刑事政策論は、刑事政策を対象にした学問であつて、現在の刑事政策のあり方を冷静な第三者の目で批判的に検討し、よりよい刑事政策を提言することに意味がある。学問それ自体が、犯罪者の社会復帰をめざす刑事政策の構築促進に限定される必要はない。

刑事政策の目的は、社会秩序の維持・実現である。そのために公権力はさまざまな犯罪対策を配置し、その基本方針を掲げる。刑罰というひとつの犯罪対策について、その基本方針を「社会復帰」にすることは可能である。しかし、そこでの「社会復帰」とは何を意味するのであろうか。「ただ一般社会にもどること」ではあまり意味がない。少なくとも「遵法的な市民として一般社会に統合すること」でなければ社会秩序の維持・実現に役立たない。それ以上に「もとの社会的・経済的地位に復帰させること」を期待するのは、現在の一般人のもっている犯罪・犯罪者観に照らすとかなり困難が予想される。

いずれにせよ、現在の刑事司法体系は、「社会復帰」のみを基本方針とはしていない。むしろ犯罪の効率的な処理

が優先されているように見える。「処遇」の要素のない金銭刑が刑全体のおよそ95パーセントを占めること、猶予制度が大幅に活用されていることをあげれば、その間の事情は十分に理解されるであろう。確かに、自由刑は、改善・社会復帰をめざした処遇を重要な要素としているが、それは、執行期間を無為に過ごさせないための便宜であり、その目標の達成は、処遇技法の未発達、受刑者のキャパシティーなどの障害があつて、不確実なものである。社会復帰を前提とした犯罪対策は、特定の場面における方針のひとつであるに過ぎない。

学問的に見て、人道的で社会復帰を目標に掲げる刑事政策だけが刑事政策の名に値するわけでは決していない。刑事政策の主体である公権力は、対外的にその原始的機能である外敵の排除を実効的なものにするため、憲法の文言にもかかわらず事実上の「軍隊」をもつ。それと同じように、対内的にその原始的機能である社会秩序の維持・実現を実効的にするためには、用いることのできるあらゆる手段を、それがたとえ憲法の個別的な条文に照らして疑義があるとしても、動員する、そのような存在であることを確認しておくべきである。

4 少年保護と憲法

少年に対しては成人とは別の犯罪対策で臨む、というのは、重要な刑事政策的決断である。我が国では、成人の場合には責任に応じた刑罰を科し、あるいは刑罰の威嚇をもって再犯を防止するのに対し、少年の場合には、彼がどのような犯罪を犯したかではなく、どのような問題をかかえているかによって、その処遇方法を選択することになっている。このような違いが、少年司法手続を成人に対する刑事司法手続とは異なる特殊なものにしている。このような少年司法手続の特殊性から生じる憲法問題には、次のようなものがある。第一は、少年法61条の推知報道の禁止は憲法

21条の表現の自由に抵触しないか。第二は、少年法22条2項に定める一律審判非公開は、憲法82条の裁判公開の原則や37条1項の公開の裁判を受ける権利に抵触しないか。その他にも、少年法20条2項の原則検察官送致が憲法31条の適正手続違反にならないかという問題提起もある。第一、第二の問題について一般的に言うと、憲法、メディア法学者には積極説が多く、刑事法学者には消極説が多い。

積極説の論者は、第一と第二を関連づけて主張する。その主張の前提には、憲法21条の表現の自由が他の人権に優越する権利であるとする発想がある。たとえば田島泰彦は次のように述べる。「少年事件報道を遂行する不可欠の前提として、表現の自由にもとづき法廷へのアクセスが認められる必要がある。・・・報道にとり重要な資料を提供する法廷の取材は欠かせないといえるからである。さらに、一定の重要事案については、知る権利に資するべく公衆の傍聴についても認める余地を検討すべきである。また、少年の側が非公開審理を望まず、公開審理を求める場合にも、憲法の公開裁判を受ける権利（37条1項）の観点からは、当然審判を公開すべきである。」（田島16頁）また、松井茂記も、憲法82条と21条を関連づけて次のように言う。「裁判は政府の権力のひとつである司法権の行使であり、国民には裁判所が司法権を適正に行使しているかどうかを監視する権利がある。それゆえ、日本国憲法の場合は、国民およびマス・メディアは、憲法21条の表現の自由の権利として裁判を傍聴する権利、すなわち法廷へのアクセスの権利を有していると考えるべきである。」（松井104頁）松井の場合には、「たとえば、審判の場合によっては公開し、少年の氏名の報道を認めることによって、少年の更生に支障が生じ、その結果少年の犯罪を防ぐという目的が完全には達成できなくなったとしても、それは表現の自由と国民の『知る権利』を確保するためであれば、やむをえない。なぜならそれが憲法の要求だからである。」（154—155頁）とまで述べて、憲法の優位性を強調する。

これに対して、消極説の論者は、表現の自由には二つの側面があるとする。「市民自治に必要な表現すなわち市民

が政治・社会問題について討論・判断して意見形成するために必要な情報に関わる表現には、憲法上他の人権に優越する保護が与えられ、それが他者の人権を侵害する場合にも許容されるが、それ以外の表現は、他の人権に優越するものではなく、他者の人権を侵害する場合には許容されない(平川・田宮追悼520—521頁)という考え方である。犯罪報道については、「第一に、人権保障に配慮した適正な刑事司法に対する監視のために必要な事実、第二に、犯罪の背景にある、または犯罪が提起した問題の解決によって社会が自省的に発展して行くために必要な事実」(葛野・刑法雑誌357頁)は前者に属するが、犯罪を犯した者の氏名は「公人」の場合を除いて、公共の利害に関する事実とは言えない、ということになる。このように主張する論者は、犯罪報道について、原則匿名主義を採る者が多いようである。その主張によれば、「刑法二三〇条の二の下で、『公人』か『私人』かを問わず、本人特定事実が公共的事実とされるのは、(報道機関を)法的責任から自由にすることによって、『公人』の本人特定事実の報道が差し控えられることのないように保障するためである。」(葛野358頁、括弧内筆者)少年は「公人」であることはほとんどないから、この考え方によれば少年法61条は当然の規定ということになる。その場合に、表現の自由と対抗する権利は、少年の名誉、プライバシー、そして国際児童人権条約などで謳われている成長発達権であるという。消極説の論者は、第二の点については、少年には少年に適した適正手続があるという。「刑事裁判が公開され、それによって民衆の監視が可能になり公正な裁判を担保できることが適正な手続保障の観点から肯定されると同様に、少年審判の場合にはまさに非公開にされることによって少年司法に固有の適正手続が保障されることになるのである。」(山口72頁)また、少年審判は処遇の一環でありケースワーク的手法が必要であるという立場から、「情報の公開が制限されることにより、情報提供者の信頼を確保することが可能となり、その結果として、家庭裁判所は少年の更生可能性について判断するのに十分な情報を収集することができるのである。」(後藤232頁)という指摘もある。

5 刑事政策と表現の自由

上記のような論争は、犯罪報道や審判非公開に関する刑事政策的意義を十分に反映したものにはないといえないように思われる。

まず第一に、犯罪報道について現行法の採っている立場は、公権力による犯罪対策を示している。犯罪報道は、実名報道をしている成人の場合も、匿名報道としている少年の場合も、刑事政策的考慮による。そのような犯罪対策を採ることが、究極的に社会秩序の維持・実現という刑事政策の目的を達成するために有効だと政策判断されている。すでに別のところで詳述しているので詳しくはそれに譲るが、犯罪報道は、歴史的にも現在においても、ソフィステイケイテッドされているとは言え、公権力による巧妙な暴力の用い方と考えておいた方がよい。成人の場合に実名報道がなされているのは、決して報道機関が主体となって言論の自由を行使し市民の知る権利に奉仕しているわけではなく、公権力が報道機関を使って犯罪者の名誉やプライバシーを侵害させているのである。犯罪報道の情報源は99パーセント捜査機関である。捜査機関は記者クラブを自らの手で設置し、無料で施設と情報を提供している。それは、そのようにして情報を流布させることが一般予防に資する一方で、犯罪者の社会復帰に与える悪影響は少ないと考えるからである。論者の採用する「公人」「私人」基準は、的を射ているとは言えない。何故ならば、公権力側に立っている「公人」の実名報道は、国家レベルの視点で対策の有効性を判断する公権力にとって社会秩序の維持という点で不都合だからである。それと比較すれば、「私人」の実名報道は、本人にとっては一大事でも国家にとっては不利益ではない。もし、報道機関が原則匿名報道主義に賛意を表して実行しようとするれば、公権力は「公人」についても匿名主義を要求するであろう。

少年の場合に匿名主義が採られているのは、少年の名誉やプライバシーを護るためでもなければ、少年の成長発達権

を保障するためでもない。それが、少年の再非行を防止するための有効な方法であると考えられているためである。名誉やプライバシーの保護は結果現象でしかない。しかも、公権力は、報道を禁止しているだけであって、人々が、たとえば逆送された少年の裁判を傍聴することによって本人を特定することまで禁止はしていない。どちらにしても少年の地域社会や関係者の間では、少年は特定されているのである。少年法61条違反に罰則を設けていないのも、一部の無軌道な報道機関による報道がありうべきことを予想しつつ、それが一部であればそれほど大きな影響はないと考えるからである。つまり、匿名報道は、少年本人の利益のための対策ではなく、少年の立ち直りによる再非行の減少という公共の利益のためである。したがって、少年法61条は、少年に実名報道をされない権利を与えたものではないから、少年が本条に基づいて損害賠償訴訟を起こすのは不当である。また、本条は国家的見地から表現の自由の例外を認めたものであるから、報道機関に対して、事例によっては実名報道してよい余地を残すものでもない。

第二に、少年審判の非公開と憲法82条、37条1項、21条の関係である。少年法22条2項の審判非公開宣言は、それぞれ立場によって究極的な目標は違うにせよ、少年の将来の更生に重大な関心を持つ人々だけが参加して、未熟な少年の処遇のあり方について真摯に話し合うための規定である。一時的に移ろいやすくしかものぞき見関心しかもたない一般人やマス・メディアは、その話し合いの場にふさわしくないと見なされている。これは、少年の利益のためではなく、少年の更生によって社会秩序を維持するという刑事政策的戦略なのであって、一部の学説が言うように、少年が望めば審判の公開を認める、というようなものではない。その点は、第一の問題とも共通している。犯罪報道においても、少年本人についての情報コントロール権を捜査機関や報道機関が握っているのは適切でないとして、本人に推知情報のコントロール権を認める学説があるが、少年法61条も、少年自身の権利・利益を直接保障・保護するものではないから、妥当とは言えない。少年審判は、憲法82条が予定しているような対審ではない、という解

釈が通説的見解となっているくらい、審判は公権力にとっても、その原始的機能を果たすうえで重要な戦略になっているということである。少年審判では、非行少年に主観的には不利益な決定をすることがある、というのが82条や37条1項適用説の主張であるが、未熟な少年に対しては非公開の審判こそが、憲法31条の要求する適正手続に合致しているという理解が多数を占めるのは、見方によってはパターンリスティックな現在の少年司法制度が、ある程度所期の目的を果たしているとの判断があるためであろう。

6 おわりに

国家刑罰権は憲法をまたずに公権力に備わった権利である。憲法は、その権利の発動の仕方を統制する。公権力は、憲法に定められた精神と方式に基づいて、その権限を行使しなければならぬ。しかし、現実にとどの国においてもこの原則が守られているとは限らない。北朝鮮や中南米の独裁国家においても、びっくりするくらいの民主的な憲法がある、という。そのような国家では、憲法は絵にかいた餅にしかすぎない。どうしてもそのようなことがまかり通っているのであろうか。我が国に、それと同じような事態が起きていないと言えるのであろうか。憲法9条との関係では、1960年代に日米安全保障条約をめぐって大論争、一大闘争が巻き起こったし、自衛隊の合憲性についていくたびか司法判断が求められた。ところが、自民党政府は一貫して自衛隊は9条の禁ずる戦力ではないとし、今日では、憲法学会においてすら、従来より自衛隊合憲を模索する者が増えているし、一般市民においては、自衛隊に関する憲法論争は過去のものになりつつある。人々は現実に慣らされてしまっている。黒も白と言い続けられれば白になってしまう典型的な例である。公権力の原始的機能との関係では、憲法の条文もいかようにも加工されてしまうのである。日本人は、その暴力的な体質を剥き出しにせず、巧妙にソフィストケートされた権力行使に慣らされてきて

いるので、いわば一種の「平和ボケ」に陥っている。憲法9条、すなわち、戦争をしない↓人を殺さない、という精神と、憲法36条の残虐な刑罰の禁止で、重要な犯罪対策である「死刑」を公権力に放棄させることができるという考え方や、憲法21条や82条があるから、国民はどんな場合でも公権力を監視できる、という考え方は、公権力という存在の特質を考慮しないオプティミスティックな思考と言うほかない。

【参考文献】

- 平川宗信「死刑制度と憲法理念(上)(下)——憲法的死刑論の構想」ジュリスト1100号63頁、1101号73頁以下。
- 平川宗信「刑法の憲法的基础について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集・上巻』(有斐閣、1999)67頁以下。
- 平川宗信「少年推知報道と少年の権利」広瀬Ⅱ多田編『田宮裕博士追悼論集上巻』(信山社、2001)。
- 萱野稔人『国家とはなにか』(以文社、2005)。
- 加藤久雄「『死刑存廃論』の人道的刑事政策論的検討——代替刑による廃止か世論重視の存置か——」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第二巻 刑法理論の現代的展開』(成文堂、2000)33頁以下。
- 渥美東洋「日本の現行の死刑制度は廃止されるべきか」刑法雑誌35巻1号。
- 松井茂記『少年事件の実名報道は許されないのか』(日本評論社、2000)。
- 葛野尋之「刑事裁判の公開と少年審判の非公開」澤登俊雄先生古稀祝賀論文集『少年法の展望』(現代人文社、2000)223頁以下。
- 葛野尋之「少年審判の非公開と少年事件報道」刑法雑誌40巻3号。

服部朗「少年事件報道と人権」澤登古稀『少年法の展望』249頁以下。

田島泰彦「少年事件と表現の自由」田島∥新倉編『少年事件報道と法』（日本評論社、1999）8頁以下。

長谷部恭男『憲法と平和を問いなおす』ちくま新書465。

愛敬浩二『改憲問題』ちくま新書594。

羽倉佐知子「実名報道と子どもの人権」ジュリスト1166号19頁以下。

酒井安行∥村山裕「少年事件報道」法律時報63巻12号53頁以下。

後藤弘子「審判の非公開と匿名報道」斎藤∥守屋編『少年法の課題と展望第2巻』（成文堂、2006）。

山口直也「少年事件の被害者の権利」田島∥新倉編『少年事件報道と法』（日本評論社、1999）。