

## 報復権再論

大久保 哲

序

- 1 死刑廃止論の限界
  - 2 報復権の復権
  - 3 国家刑罰権と私的報復権
  - 4 ヘーゲルの報復の論理
  - 5 決闘権と報復権
  - 6 穂積陳重『復讐と法律』
  - 7 現代の仇討論
  - 8 報復権者
  - 9 事実認定と判決
  - 10 報復権の行使、あるいは国立報復場
  - 11 返討に対する再度の報復
  - 12 返討を果たした犯罪者の処遇
  - 13 犯罪者の遺族等の報復
- エピローグ

序

私は、かねて「報復権再考」と題して、論文を発表した（川端博・椎橋隆幸・甲斐克則『立石二六先生古稀祝賀論集』成文堂、2010年）。しかし、

稚拙に過ぎたので、尊敬する鯨越先生の御退官を機に、稿を改める。

## 1 死刑廃止論の限界

私は死刑廃止論者である。『死刑廃止を求める』（佐伯千仞+団藤重光+平場安治編著、日本評論社、1994年）にも、名前を連ねている。しかし、従来の死刑廃止論では、もう一つ説得力がないと感じていた。それは、殺された者の遺族や関係者の心の空白、喪失感をどうやって埋めるのか、が明確でないからである。そういう人たちは、死刑に代えて終身刑をもってしても、自分の愛すべき人を殺した者がこの世に生きているということに終生の違和感、あえて言えば不快感、不満足感、言い知れぬ憎しみを抱くのである。たとえ、殺人者との精神的交流を通じて、この違和感の修復を試みようとしても、どうしても残る憎悪がある。一部の人は、倫理的に一段高い立場に到達し、殺人者を赦す気持ちになるかもしれない。しかし、一部の人は、決して赦せないまま残るであろう。決して赦せないまま、憎悪を心の内に抱える者は、確実に存在する。人は、全部が全部、自分が愛した者を殺した者を赦せる天使ではないのである。

では、この間隙をどうやって埋めるか。私は、死刑廃止の一方で、殺人者に対する遺族等の報復権の承認以外に途はないと信じるものである。本稿では、どういう意味で、どういう形で報復権を認めるかを模索してみたい。

## 2 報復権の復権

報復権はあくまで個人のものである。現在では、近代刑法は個人の報復権を否定し、国家がすべて刑罰権を独占するものとされている。そこで

は、個人の報復権は入る余地がない。むしろ個人の報復権を否定したところに、近代刑法の存在意義があると考えられている。

では、国家の刑罰権に代えて個人の報復権を考えることは、どのようなことをもたらすのか。

憲法学者の駒村圭吾は、第一に「国家が刑罰権を独占する」という当たり前の前提を動揺させる、と述べる（SAPIO、2007年12月12日号73頁）。自然状態において人間が有していた自由を「自然権」と呼ぶことがあるが、自然状態の失敗に対する恐怖に国家の成立が由来するならば、人間が国家に奪われた自然権の第一は報復権であることになる。したがって、死刑は、国家が、報復権を本人になりかわり、適正かつ安全に代行する制度であると言えようと、駒村は述べる。そして、一応の結論として、「報復の代行」という説明以外に、国家による暴力、すなわち刑罰の独占を正当化できる十分な説明があるかといえば、完璧な説明を自明のものとして私たちが持ち合わせているわけでもない、と駒村は述べる。後に述べるが、穂積陳重も、刑法は復讐の進化したものであると、述べている（『復讐と法律』、274頁）。

駒村が報復を自然権と認識する点は、後に述べる穂積陳重と同じである。自然状態では、人間は自分で自分を防衛するしかない。自己に加えられた害悪に対しては、報復をもってするしかない。この自然状態の恐ろしさに、人間は耐えかねて、社会的組織に報復権を譲り渡したのである。譲り渡された社会的組織は、現代では国家である。国家が刑罰を独占するのは、このような理由による。

それでは、国家による報復ではなく、個人による報復権の主張を沈静化させるにはどうすればいいか。

駒村は、私たちの無意識は、法治国家のコストを一身に負っている「犠牲者」、つまり被害者の遺族等を作り続けているという（前掲74頁）。しかし、死刑の制度は現に存在し、死刑も執行される。それを前提に考えれば、「修復」の文化を育むことがまず第一歩ではないかと、主張する。刑

場の露と消える死刑囚にとっても鎮魂となるような修復の文化こそが報復権の主張を沈静化させるだろうと、駒村は結論付ける（前掲74頁）。いわゆる修復的司法、ないしは回復的司法の提唱である。駒村がたどり着いたのは、修復的司法の主張である。

また、駒村は、「各人は、犯罪者を処罰し、かつ自然法の執行者となる権利を有するのである」というジョン・ロックの言葉も引用する（駒村圭吾「憲法からみる“刑事システムの民営化”」法学セミナー619号、26頁、2006-07）（ジョン・ロック『市民政府論』鶴飼信成訳、岩波書店、1968年、14頁から15頁）。ロックは、自然状態においては、各人が他人に対する権力を獲得すると述べている。その根拠として、君主や国家が、その国で罪を犯した外国人を死刑に処し、またはその他の処罰を加え得るのは、いかなる権利によるのであるか、教えてほしいと述べている。そして、発布せられた立法者の意思によっては、これらの法は、その国の臣民に対して行われるものであり、外国人に及ばないことは明瞭であると述べている。その例として、イギリス、フランス、オランダにおいて法を作る最高の権力を有する者も、インディアンにとっては、地球上のその他のすべての人と同様、権威のない人間なのであると揶揄している。

しかし、駒村の議論には、いくつかの誤った事実認識がある。国家が、「報復の代行」として、一部の死刑を行っているのは、その通りだといえよう。しかし、国家は決して「報復の代行機関」ではない。「報復の代行機関」であれば、すべての殺人に対して、死刑を執行しなければならないはずである。しかし、現実はそうではない。国家は、殺人者のうちから、選択的に一部の者を、しかもかなり限られた一部の者を死刑にしているに過ぎない。

統計を見てみよう。平成23年版の犯罪白書によれば、殺人の認知数は1067件、検挙数は1029件とされている。検挙率は96.4%と非常に高い。殺人が凶悪犯罪であることから、この検挙率の高さは説明される。

では、検挙された者がそれに近い数の者が死刑に処せられるかといえ

ば、そうではない。毎年の死刑執行数は、せいぜい多くとも5名程度である。死刑確定者が、2012年度現在で131人残っているが、執行は毎年少ない。執行の少なさに、鳩山法務大臣（当時）が、法務大臣の死刑執行命令に代えて死刑執行の自動化を唱えたくらいである。

この数字からみても、死刑制度は、報復の代行ではない。国家は国家独特の理由により、様々な条件を備えた（永山基準）特定の者を死刑に処しているものであり、個々の殺人に対する報復のために死刑を執行しているとは決して言えない。

第二に、駒村の唱える修復的司法は、限界がある。昨今、修復的司法ないしは回復的司法ということが言われる。その謂いは、加害者と被害者、あるいは被害者の遺族や関係者が精神的交流を通じて、加害者側は自らの罪を自覚して反省し、被害者側は赦しにいたるというものである。

しかし、はたしてそうであろうか。確かに、被害者やその遺族、関係者の中には、多くの懊悩の後に赦しにいたる者もいるであろう。倫理的に一段高い位置に達することのできる者もいるであろう。しかし、そうではない者もいるであろう。赦せる者もいれば、赦せない者もいる。

報復権といっても、被害者の遺族等に必ず報復をせよというのではない。倫理的に赦しにいたる者や諦めにより赦しにいたる者は、それはそれでいいであろう。しかし、絶対に諦めきれず赦せない者もいるであろう。報復権は権利であって、義務ではない。報復権とは、そういうふうに、絶対に諦めず赦すことのできない者のために留保されるべき個人の権利である。

駒村も掲げているが、平成11年に発生した光市母子殺害事件の遺族である本村氏（母子の夫にして父親）の「もし死刑にできないなら、今すぐ犯人を社会に戻してほしい。自分の手で殺します。」との記者会見での述懐は、修復的司法の限界を表している。本村氏にとってみれば、事件から何年たとうと、殺害した少年と交流を試みよう、失われた愛すべき妻と子供は永遠に戻ってこない。はたして、修復が可能かどうか、大いに疑わしいものである。頼るべきものは、年月の経過による報復心の沈静化が可

能であれば、それしかないであろう。

しかし、終生、復讐の気持ちを忘れない遺族等は、数の大小はあれ、必ず存在する。その少ないか多いか分からない遺族等は、どうして、復讐の気持ちに整理をつければいいのか。修復的司法の議論は、明確な限界があると言わざるを得ない。

### 3 国家刑罰権と私的報復権

まず、前提として、どのような犯罪であれ、すべての犯罪被害者には、報復権があると言えよう。ささやかであれ、万引きの犯罪者に対する店舗経営者の憤りは無視できないであろう。老後の蓄えをおれおれ詐欺や振り込み詐欺によって盗み取られた老人の嘆きは、第三者には理解できないような激しく諦観に満ちたものであろう。暴力団の構成員やチンピラにたまたま殴られた者は、理不尽な痛みには耐えかねるであろう。愛車を心無いはずらによって傷つけられた者の怒りは、車を愛する者にしか理解できないであろう。財産犯であれ、粗暴犯であれ、報復権の存在する余地はある。

しかし、すべての犯罪被害者に報復権を許せば、法秩序は乱れに乱れるであろう。また、報復の方法も犯罪の種別ごとに何をどうすればいいのか、解決の方法がない。財産犯であれば、同額の損害賠償の道もあろうが、怒りの報復の分は、賠償金を増加しても解消できない。後に述べるが、穂積陳重は、この財産的賠償をかなり強調しているが、それでも怒りの分をどう評価するかは、述べていない。粗暴犯の場合は殴り返すにしてもどのくらい殴り返せばいいのか、判断に苦しむであろう。苦痛の大きさを考えれば、与えられた殴打よりも大きい殴打を返さなければ満足しないだろう。

「目には目を、歯には歯を」のタリオの原則は、野蛮な法原則ではなく、加えられた害悪を超える報復を禁じ、同害を報復するように制限する原理であると言われるが、理不尽な加害に対する怒りの分を考えると、同害の

内実が判断できない場合が多いのではなからうか。報復権の基準としてのタリオの原則は、一定の限界があると言わざるを得ない。

ではどのような犯罪に報復権を認めるべきであろうか。

村上春樹の小説『ノルウェイの森』の導入部は印象的である。37歳の主人公が、飛行機に乗っていて、到着のBGMとして、ビートルズの曲である『ノルウェイの森』が流れる。主人公は混乱し、頭を抱えて、揺り動かす。頭がはりさけてしまわないように、身をかがめて両手で顔を覆い、そのままじっとしている。スチュワーデスが「大丈夫ですか」と尋ねるほど、主人公はひどい混乱の状態に置かれる。原因は18年前の恋人の自殺である。恋人と『ノルウェイの森』を一緒に聞いたり、歌ったりした記憶が主人公を混乱させ、取り乱させる。そこから小説は、18年前の物語に入っていく。主人公は、最後まで喪失の記憶を消せずに混乱したまま小説は終わる。

大事な人の喪失感というものが、どれだけの年月を経ても心に生々しい傷跡を残すことを、この小説の冒頭の部分は物語っている。

自己の魂と一体となった他人は、それを失うと、それが外的な力であれ、自力によるものであれ、魂の根幹にまでいたる喪失感をもたらす。そして、その喪失の記憶は、魂の一部となる。忘れられることなく、いつでも、現時的な記憶として、その者を苦しめるのである。

私達が日常生活の中で重ねていく記憶のほとんどは、時がたつにつれ薄れ、やがてはなくなってしまう。人間の頭脳の記憶容量は膨大なものだとされているが、あまりに多くの記憶は人間を機能不全に陥らせるから、脳が自衛作用として消し去っていくのだとされている。

しかし、ある種の記憶は、いつまでも鮮明なままで残る。「まるで昨日のこつのように思い出される」という表現があるが、そんななまやさしいものではない。

今現在の記憶として想起される記憶があるのである。それはどんなに年月がたっても消えることはない。何かのスイッチが入ると、途端に今現在

のものとしてよみがえるのである。村上春樹の小説の冒頭のシーンは、この状態を正確に描いたものにほかならない。

たとえ50年前のことも、それははるか昔のことではなく、今現在もなまなましく心に残り、少しでも触れば、転がり回るほどの苦しみを生み出す記憶なのである。

魂の底に至るような深い心の傷は、年月とともに薄いベールで覆われ、日常生活には支障ないように回復されるけれども、それは消え去るのではない。ただ薄いベールに覆われているだけである。

昨日の記憶になることなく、いつまでも今日の記憶として、終生残りつづけるのである。

殺人の被害者の遺族等は、このような深い喪失感を抱き続けるであろう。そこで、最も重大で、回復不可能な犯罪である殺人の被害者の遺族等はともかく、それ以外の犯罪は、報復権の行使を国家の刑罰権に委ねるのが最適であろう。殺人の被害者の遺族等の中でも、自らの手による報復を望まない者には、処罰を国家の刑罰権に委ねるのが最善であろう。殺人の被害者の遺族等の中で、自分の命をかけてでも、報復を望む者には、最後の手段として報復の途が残されていなければならない。

また、危険運転致死や傷害致死のような、やはり被害者の死を招く犯罪にも報復権は認められるであろう。しかし、殺意がない分、やはり殺人とは異なる。報復をするにしても、主観的な要件を欠くと言えるであろう。

#### 4 ヘーゲルの報復の論理

刑法学者の松生建は、ヘーゲルの報復の論理を分析している（海上保安大学校研究報告第37巻第1号通巻56号23頁以下）。松生によれば、ヘーゲルの主張は次のようなものである。犯罪とは、一方が他方を行うことを自分自身に対しても行い、他方は自分自身に対して行うことを一方に対して

も行うという相互性の契機の欠如した状態、すなわち、犯罪者は被害者に対して行うことを自分自身に対しては行わず、被害者は自分自身に対して行われることを犯罪者に対して行わないという状態のことである、とする。被害者は、自分自身に対して行われたことと同一のものを犯罪者に対しても行うことによって初めて、相互承認（法）は、回復とする（33頁）。これであの有名なヘーゲルの「否定の否定」による法の回復というテーゼは、理解される、とする。そして、報復の同一性は、外面的な現存在においては、侵害の特殊的性状の同等性ではなく、つまり、タリオの法則ではなく、侵害の「価値」から言っても同等性でなければならないとする（34頁）。

しかし、ヘーゲルにおいては、人間は国家の一員であることにおいてのみ、最高の自由に通じる。他人の権利を害しない限り、諸個人は自由を享受する権利があるという自然権の思想は、否定されている。

ヘーゲルにおいては、国家の刑罰権の存在は自明のことであろうから、ここで言われる報復は、決して私的報復ではなく、国家による報復、つまり刑罰の正当化を意味するのである。国家の側から見た侵害の「価値」の同等性が問題となるのであろう。ヘーゲルの言う報復の論理は、個人による報復の正当化とは考えられない。

## 5 決闘権と報復権

決闘は、現行法では罪になる。「決闘罪に関する件」（明治22年法律第34号）に触れる犯罪である。（決闘罪については、豊田健「決闘罪に関する二、三の問題」廣瀬健二・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集 下巻』信山社、2003年、625頁以下参照。）

無政府主義者で「商人」（資本主義）の思想を掲げる笠井潔は、国家を民営化することを提唱する。その結果、死刑の廃止を主張し（笠井潔『国

家民営化論』、光文社、2000年193頁）、代わって、犯罪者と被害者の遺族等の決闘権を主張する（199頁）。

つまり、殺人は、他の犯罪行為とは水準の異なるものである、と笠井は言う。窃盗でも強盗でも、犯罪は一般にゲーム・プレイヤーとしてのルール違反に等置される行為に過ぎないが、殺人は他のプレイヤーの存在を物理的に抹殺してしまうのだから、水準が異なると、笠井は述べる。

しかし、笠井が提唱するラディカルな自由社会では、たとえ殺人犯であろうとも、死刑を科せられることはない。自由で平等な個人による公正なゲームの遂行という、笠井の提唱する社会理念は、社会から超越的な倫理や、上から強制される公共性を追放することにおいて徹底化される、と笠井は言う。存在するのはルール違反者であり、違反者は相応のペナルティを科せられるにせよ、超越的な倫理において裁かれるのではないとする。死刑の制度化は、再び社会に超越的な倫理を復活させるがゆえに死刑は廃止されると、笠井は言う（194頁）。

しかし、それでは、個人が私的な報復に走る危険がある。笠井は、個人が私的な報復に走らないための保障として、決闘の権利を回復する必要があるとする（199頁）。決闘の種類としては、体力や武器を扱う技術の平等を考慮して、ロシアン・ルーレット方式を提唱する。笠井は、自分は安全な立場に身をおいて、犯罪者に死を要求するのは理不尽であるとする。自分の生命を危険にさらしても、それでも被害者のために報復したいと決意した個人にのみ報復を実行する権利は与えられる、とする（同頁）。自分の生命を危険にさらしても、それでも報復をしたいと決意した個人にのみ報復を実行する権利が与えられるのは、まさにそのとおりである。それが報復権の内実である。

しかし、笠井が提唱するロシアン・ルーレット方式には賛同できない。ロシアン・ルーレットでは、権利としての報復権が保障されないからである。犯罪者と同一の立場で、犯罪者の死の可能性と同じだけの死の可能性をもって、報復に臨むのは、報復権の名に値しない。権利では決してない。

その意味では、笠井の死刑廃止論は、個人の報復権の保障につながらないと言えよう。

## 6 穂積陳重『復讐と法律』

穂積陳重の『復讐と法律』（岩波文庫、1962年）は、復讐と法律に関する遺稿を昭和6年に穂積重遠が編集したものである。穂積陳重は、復讐は、生物が有する種族的存在の攻撃に対する本能的な反撃であるとした。「動物が自らその身を全うする性情即ち動物自衛」（274頁）の本能であるとする。穂積が意味したのは、他者からの攻撃に対する防御・反撃も含んでいたものと思われる。「文化高級の域に至るまでは、復讐は、自己の安全に危害を加うる者に対する唯一の制裁にして、存在競争の最要の利器なり」（84頁）とする。

この復讐という反撃は、本能にとどまらず、自己の憤怒を慰謝し、また他の鑑戒ともなり、自保自衛の方便となったと、穂積は論ずる（27－28頁）。

穂積は、復讐について、復讐義務時代（94頁以下）と、復讐制限時代（116頁）、そして、ついには復讐禁止時代が来たと論じる。このような変遷の原因は、公権の発達に加減によるとする。公権が存在しないか極めて弱い時代には、まず復讐の時代があり、公権の進歩により、復讐制限の時代があり、さらに公権の進歩により賠償の時代があり、国家という公権力の成立により刑罰の時代に至ったとするのである（273頁）。法権の及ばない所は個人の自力救済によってその生存を全うせざるを得ない。ゆえに法権と自力救済とは常に相互補充の作用をなし、自力の足らないところでは法権をもってこれを保護し、法権の及ばないところでは、自力をもってこれを救済する。これは、私力公権化の過渡時代であるとする（116頁）。

この私権としての復讐から公権による復讐の制限、そして、公権による処罰の独占を、穂積は歴史付けている。

かつて、復讐は義務であった。近親者による義務としての復讐があった。その復讐義務者の順位も厳格に定まっていた（126頁）。古代は、復讐は権利であったが、社会の部族的発展のために義務となったと、穂積は言うのである。

穂積によれば、古来、復讐は美德であった。近親者による復讐は、賛美こそされ、非難されることはなかった。それゆえ、近親者には復讐義務が課された。これが復讐義務時代である。復讐の基礎は、生物共存の自然律に存し、固体の存在を全うする必要条件であることをもって、この自然律は義務観念を生じると言う（94頁）。

これを公権の存在からみれば、公権未存の時代、公権発生の時代、公権確立の時代と分けられる。その各々に、復讐権利時代、復讐義務時代、復讐禁止時代が対応する、と穂積は述べる（95頁）。

しかし、復讐を美德とし、親族・朋友・族人に報復の義務があるとするのは、社会の統制力がいまだ発達せず、社会員各自の生存をその自衛に任じた原始的社会状態の遺習であり、社会の組織漸く整備し、社会力を持って個人を統制することを得るに及んでは、自衛法の必要漸く減じ、これと同時に死闘の公安を害するを悟り、種々の方法を設けて、報復・死闘の弊害を除かんとするに至った（116－117頁）。これが復讐制限時代と呼ばれる時代である。

次に来たのは、復讐賠償時代であった。復讐を受ける代わりに様々な賠償を支払うことにより、賠償を禁じようとするのである。穂積は、かなりの分量をもって、この賠償時代の様相を描いている。そこで論じられているのは、加害と賠償の等価性の考え方である。しかし、等価性の判断は非常に困難であり、風習に頼らざるを得ないと、穂積は述べている。

そして、次に来るのは、復讐禁止時代である。公権が成立すれば、復讐は治安にとって、危険なものとなる。よって、公権が犯罪を取り締まることが可能になれば、復讐は弊害のみ多く、禁止されるに至る。

このように、穂積の復讐論は、古来は報復は自然な権利であったが、現

代では報復は禁じられているとする。しかし、穂積は、人々の心の中に復讐を賛美する性向があるとも考えている。忠臣蔵や様々な仇討劇が今なお人心をひきつけ賛美されるのは、人々の心の中にも復讐心があるからであると考えている（275頁等）。報復の根拠は、この人々の心の中の復讐賛美の性向であるとする。

## 7 現代の仇討論

封建主義者を名乗る（よく意味は分からないが）呉智英は、仇討の復活を提唱する。呉は、死刑が封じ込めた復讐権こそ基本的人権ではないか、と挑発する（『ホントの話』小学館、2003年、27頁）。呉は、穂積陳重の『復讐と法律』を引用しながら、人間は国家を持つ前には復讐をしていた。つまり、国家に先立つ人間の基本的な権利として復讐はあったということであると、述べる。

その基本的権利を、近代国家は奪ったと、呉は言う。国家に先立つ人間の人間としての権利を人権主義者は基本的人権という。それならば、死刑は基本的人権に反した制度であると、呉は述べる。なぜならば、死刑は人間の復讐権を国家が奪う非人間的な制度であると、呉は結論付ける。

呉はまた、死刑廃止論者でもある。死刑になぜ反対するかといえば、死刑が人間性に反する不道徳な制度だからである、と言う（『サル正義』双葉社、1993年、16頁以下）。近代における国家の制度としての戦争が、ほとんどの場合、極めて不道徳なものであることと似ている、と呉は言う。呉が陰惨な戦争と言うとき、陰惨さは流血そのものことではなく、人間の意志や感情を超えた近代国家という怪物が、まったく無表情に人間を圧殺するのが陰惨だ、と言うのである。

呉の死刑廃止論は、他の死刑廃止論者の主張と全く異なると、呉は言う。一致するのは、誤審の可能性の指摘ぐらいだろうと言う。しかし、問題に

なるのは、誤審が絶対にありえないほど明々白々な凶悪事件の場合であると、呉は言う。死刑が陰惨なのは、執行官の心中を思うからだと言う。執行官の心中を思えば、死刑は明確な人殺しであり、陰惨な犯罪である。そして、穂積陳重の書を揚げ、呉は同調して、復讐を認める。

人間が自然状態においては持っていた復讐権を近代国家が奪ったのであり、人間の基本的人権の一つである復讐権が国家権力により強奪されたのが死刑制度の本質なのであると、呉は言う。これは、駒村の主張と同じである。そこで、国権の人権への優越性を犯す者を処罰するのが復讐であると言う。そして、改めて、死刑廃止と復讐の復権を、呉は主張する。

しかし、残念ながら、呉は、仇討の方式を提唱していない。ただ、仇討、復讐の復権を提唱するのみである。報復権にとって大事なのは、その行使の方式である。笠井が示したロシアン・ルーレットの方式は、報復権にとってはとりえないことは、既に述べた。大事なのは、報復権を行使するその方式であり、方法である。呉も仇討を提唱するのであれば、その方式・方法を述べるべきであろう。また、返討の場合の方策も示すべきであろう。

## 8 報復権者

報復をなすのは、報復1回につき一人が原則となる。1対1の報復行為が原則となるからである。徒党を組んで報復をなすのでは、犯罪者にとって過酷であり、公平でない。自分の生命を危険にさらしても、それでも報復をしたいと決意した個人にのみ報復を実行する権利が与えられるのは、前に述べた。報復権者は、決して安全な場所から超越的に犯罪者に報復をなす者ではないのである。

報復権者には、まず被害者の遺族が考えられる。親族関係の近さなどが、選定の基準となろう。遺族のどこの範囲までを含ましめるかは、問題

であるが、報復を望む遺族には、どんなに親族関係が遠くとも、認めるのが原則となろう。その際、遺族の親族の中で最も力の強い者が報復を押し付けられる可能性があるが、これは、裁判所が報復を行う者を決めるプロセスに関与することで、報復の押し付けを防ぐことが可能になろう。

報復権者の選定には、このように、裁判所の深いコミットメントが必要とされるであろう。報復権者の選定を遺族に任せきりでは、様々な弊害が生じるであろう。裁判所の選定の監督と、報復に備えた報復前のカウンセリングの機会が必要である。

では、遺族以外には、報復権者になる資格はないのであろうか。穂積陳重は、中国の『典礼』と『周官』を引用し、「君父、兄弟、従兄弟、師長」の次に「交友」にも復讐の義務があると述べている（穂積、127頁）。穂積は朋友にも復讐権があると述べているのである。

では、なぜ朋友に報復権者になる資格があるのか。それは、復讐の心理的基礎は、もと自我の延長である親愛者の被害に対する怨恨にいずれもの（穂積、126頁）だからである。

つまり、被害者に対する深い愛情の裏返しとして、報復感情が生じる。被害者への愛情が深ければ深いほど、報復の意志は強固なものとなる。したがって、報復権の存在を決めるのは、血族関係などではなく、被害者に対する愛情の深さである。愛情の深さは、裁判所の判断で決定することができるであろう。だから、犯罪被害者の親や子供は報復権の主張をしないのに、犯罪被害者の朋友や恋人が報復権の主張をすることもありえるであろう。そういう場合は、裁判所が選定作業に関わり、報復権を認めるか否かを慎重に決することになろう。

ここで、犯罪被害者の遺族等の「等」が意味を持つてくる。報復権の決定を決めるのは、被害者との人間的な愛情関係である。こうすれば、被害者との人間的な愛情関係を持たない、義憤や売名行為に駆られた無縁者の報復者や第三者による助太刀を禁止することができるであろう。無縁者の報復者や助太刀は、裁判所の選定によって、慎重に排除されなければなら

ない。そういう者には、報復権を認めてはならない。

## 9 事実認定と判決

報復の前提となる事件の事実認定は、慎重にも慎重でなければならない。現在の死刑事件の事実認定よりも、慎重でなければならない。再審無罪となった死刑確定囚を4人も生み、5人目も生もうとしている(袴田事件)日本の刑事司法の事実認定では、いささか頼りないが、報復権者が名乗り出ているような事件、報復権者が名乗り出ることが予測される事件では、現在の死刑事件以上の慎重な事実認定が必要となろう。

報復権の主張は、刑事手続のどの段階でも、許されるべきである。起訴前であれ、公判の途中であれ、判決の後であれ、いつでも名乗り出ることが許されるべきである。そして、報復権の主張を名乗り出た者は、公判を傍聴する権利があるであろう。また、現在の犯罪被害者等と同様、事件の記録等を閲覧し、複写する権利も与えられるべきである。

しかし、報復権者が刑事手続において意見を述べることは、許されるべきではない。裁判員裁判などでは、事実認定とともに判決に影響を与える恐れがあるからである。

判決は、報復権者が既に名乗り出ている場合には、「報復を認める」という趣旨の判決が出されるべきである。判決の前に報復権者が名乗り出していない段階では、終身刑の判決がなされるべきであろう。判決の後に、報復権者が名乗り出た場合は、判決は報復を許すものに書き換えられなければならない。

殺人の公訴時効が存在しないのと同様、報復権の主張の時期についても、期限は存在しないであろう。終身刑の終わるまで、つまり、有罪確定者が死ぬまで、報復の主張は許されるであろう。これにより、殺人の被害者の子供の場合、報復が可能な年齢と体力を有するようになるまで、待てるこ

とになるであろう。報復のために子供の時代を犠牲にするのは、過酷ではあるが、子供が主体的に報復の意思を持ち続けられれば、認めざるを得ない。

報復権者が名乗り出た判決に対しては、現在の検察庁が死刑事件について行っているような再度の慎重で徹底的なスクリーニングが必要であろう。再審の可能性が残るような事件では、特に慎重でなければならない。再審が申し立てられた場合は、報復の実施は延期せざるを得ない。報復権者が年老いて、報復が不可能にならないように、報復権者が報復を主張している場合の再審の審理はできるだけ迅速になされるべきである。

## 10 報復権の行使、あるいは国立報復場

では、報復権の行使は、どうすべきであろうか。

国家が行う死刑に関与することが、まず考えられる。死刑執行の開始となるボタンを押すとか、毒物である注射液の体内への注射を行うなどである。しかし、これでは、国家による死刑の片棒を担いでいるだけである。死刑廃止の代わりに手段として、報復権の行使は考えられなければならない。報復権の行使の主体は、あくまで報復権者でなければならない。報復権者の主体的な報復があくまでも追及されなければならない。

では、どのような方式が考えられるか。笠井潔のロシアン・ルーレット方式は報復権に値しないことは既に述べた。権利として認められないからである。では、どのような方法で、どのような形式で、報復権を行使させるべきであろうか。

一つの方策として、国立報復場の創設が考えられる。数ヘクタールの場所を逃亡を防ぐ高い塀で囲い、なるべくなら、ジャングル状態に近いように整備する。岩や山を造成し、見通しが悪く、他者の認識が難しいようにする。平坦な場所での簡単な決闘場では、犯罪者と報復権者の双方の不利有利が決しやすいからである。

この国立報復場に、犯罪者と報復権者を互いが認識できないようにして入れる。両者には、GPS機能を備えた位置情報を獲得する手段を講じ、また、生命維持の確認装置を備え付ける。この器具は取り外せないようにする。

犯罪者は徒手空拳である。報復権者は、報復権の象徴として、一振りのサバイバルナイフが与えられるべきであろう。サバイバルナイフの使い方や攻撃の仕方は、トレーニングの機会が与えられ、報復権者が望めばトレーナーが付けられるであろう。その費用は国費でまかなわれるべきである。権利としての報復権の実現に必要なものだから、国費でまかなわれるのがふさわしい。トレーニングの期間は十分に与えられなければならない。特に報復権者が女性や若年者・老年者の場合、十分なトレーニングを積む権利がある。他方、犯罪者はそのような機会は与えられない。報復の相手方であり、保護に値しないからである。単に身柄を拘束されるだけである。

後は、すべて犯罪者と報復権者は、同一条件である。自分の生命を危険にさらしても、それでも報復をしたいと決意した個人にのみ報復を実行する権利が与えられるのであるから、1対1の闘争である。報復場では、最低限度の食料と水の携行も許すべきであろう。そして、報復権者による報復が終わるか、つまり犯罪者が殺されるか、もしくは、犯罪者が返討にするか、つまり報復権者が殺されるか、立ち上がれないほどの傷害を負うまで、閉じ込めて電子的に監視し続ける。報復が終われば、つまり、報復権者が犯罪者を殺害した場合は、報復権者は救護される。返討があれば、犯罪者は、再度、国家により身柄拘束される。また、犯罪者が生存したまま、報復権者が報復を諦めた場合も、そこで報復は終了すると考えるべきである。

報復権者が報復を果たした場合、つまり、報復権者が犯罪者を殺した場合、報復権者はどのような法的立場に立つか。報復権者の殺害行為が構成要件に該当することは、明白である。しかし、法的に認められた権利の

行使をしたのであるから、違法性はない。正当行為として、違法性が阻却されることになる。報復権者がなした犯罪者の殺害行為は、違法性阻却事由に当たると考えるべきであろう。

## 11 返討に対する再度の報復

では、報復場における報復が成功しなかった場合、つまり、報復権者が殺されたり、立ち上がれないほどの傷害を負った場合は、どうすべきか。これは、もし再度の報復権を主張する者がいれば、再度の報復を許すべきであろう。この者も、裁判所のより厳しい選定にかからしめなければならない。再度の報復は、一層の報復感情を生むであろうからである。強くなった報復感情を吟味するために、裁判所の慎重な選定作業と報復権者に対するカウンセリングは欠かせない。

しかし、報復は、二度で終わらせるのが望ましい。二番目の報復権者が返討にあっても、すなわち殺されたり、立ち上がれないほどの傷害にあっても、それで報復は終わったものとすべきであろう。そのような場合といえども、もはや報復権は消滅したと考えられるべきである。何回となく続く報復は、法秩序の上から認められない。報復権の行使は二度に限定すべきである。

その場合、犯罪者は免罪されるべきではなく、国家の刑罰権により処罰されるべきであろう。この処罰の条件には、二回の報復権者の殺害ないしは傷害は、考慮に入れられてはならない。報復への返討と本来の犯罪の処罰は別だからである。

## 12 返討を果たした犯罪者の処遇

二度の報復行為をはねのけた犯罪者は、免罪され釈放されるというわけではない。最初の殺人の罪は依然残っているからである。二度の返討は考慮に入れず、最初の殺人だけを考慮して、国家の刑罰権により処理されるべきである。この際、二度の返討をしたのだから、社会の処罰感情はかなり高まると想像される。そして、死刑が求められるであろう。しかし、報復は死刑の代わりに導入されるものであるから、死刑は許されない。終身刑が相当であろう。

こういう事態を招くことになれば、報復への社会の理解が必要となる。そのためにも、国家は報復の意義と報復が死刑に代わる制度であることを国民に周知徹底させる必要がある。そうでなければ、報復は、ただの野蛮に終わるのである。報復が野蛮でないことを、報復は「愛情ゆえの行為」であることを、国家は強調すべきである。報復が野蛮でないことを、国家は国民に知らせる義務がある。

## 13 犯罪者の遺族等の報復

では、犯罪者の遺族等は、報復権者によって犯罪者が殺された場合、報復権者に対する報復権を持たないのか。犯罪の被害者等が犯した殺人は犯罪者自身の犯した犯罪に対する報復であり、いわば犯罪者が一身専断的に引き受けなければならない報復であるから、犯罪者の遺族等には報復権は存在しないとすべきである。こう考えることにより、復讐の無限連鎖を断ち切ることができる。ヨーロッパ中世に盛んに行われた部族間の報復合戦としてのフェーデは、現代では認めることはできない。犯罪者の遺族等には報復権は存在しない。

## エピローグ

1985年5月、24歳の女性が殺された。それは、恋人のプロポーズの3日後の死であった。殺したのは、女性が学生時代につきあっていた男で、復縁話を断られ、男は女性の首を絞めた。男は、女性を殺した後、ホテルから身を投げ自殺した。マーガレットを愛した可憐な女性に本稿は捧げられる。