慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	死刑廃止の歴史 (一) : 西ドイツ聯邦共和國を中心として
Sub Title	Abolition of capital punishment in West Germany : a historical survey (1)
Author	宮澤, 浩一(Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1956
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.29, No.10 (1956. 10) ,p.45- 66
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19561015-0045

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

資料

死刑廢止の歴史（一）

——西ドイツ聯邦共和國を中心として——

宮澤浩一

はじめに
一　ベッカリーアとミッテルマイエル
二　フランス、イギリスにおける死刑の頻度と革命前時代のドイツにおける死刑適用數の比較
三　一八四八年のフランクフルト國民會議による死刑の廢止
四　一八四八年プロシア憲法制定國民會議による死刑の廢止
五　一八四八年代から一八七〇年北ドイツ聯邦議會における刑法典審議に至る迄の死刑廢止問題の論議
六　北ドイツ聯邦議會（ヴィヒスタータ）における死刑廢止の努力
七　一八七一年代からワイマール國民會議に至る迄の死刑問題の論議
八　ワイマール國民會議における死刑廢止の努力（以上本號）
九　一九三三年迄の諸時期における死刑問題の論議（以下次號）
一〇　ナチス時代における死刑問題の取扱い
一一　ナチスの崩壊から基本法發布迄の死刑の問題
一二　ヨーロッパおよびヨーロッパ外の諸國における死刑問題の取扱い
一三　基本法による死刑の廢止
一四　死刑廢止に對するドイツ輿論の態度
一五　ドイツ聯邦議會における死刑再導入の企圖の失敗
一六　むすび

はじめに

「西ドイツ聯邦共和國基本法第一〇二條は〝死刑は廢止される〟と規定している。この短かい條項は長い歴史を持つているにも拘らず第二三條、三一條と並んで基本法の規定の中の最も短いものの一つである。」私の以下紹介しようとする Bernhard Düsing: Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepubrik Deutschland (1952), Bollwerk Verlag の序文は、この言葉で始まつている。

死刑という刑罰制度は存續せしめらるべきか否かという爭いは、諸文明國家においてまさに「長い歴史」を持つている。我が國においても、先の參議院に死刑廢止の法案が提出されて、輿論もこれに注目するに至つた。しかし、およそこの「死刑論」ほど、極め手のない、そして各論陣に屬する者の人生觀、世界觀によつて對立し、妥協の餘地のない深い溝をはさんで對峙する問題はあるまい。

問題の性質がこのようなものである限り、結論を科學的一義的に出すことは一應さしひかえて、各判斷者に態度決定のための資料を整理して提出することを當面の課題としておきたい。このような筆者の意圖は、おそらく本書の抄譯によつて滿足されるものと信ずるものである。

というわけは、著者の驅使している資料は專らドイツにおける「死刑論」に關し、學說の引用は勿論のこと、廣く政黨の報告書、議會、法曹會議の議事錄、等を豐富に用いて非常に權威ある作品を構成している。本書については、Neue Juristische Wochenschrift. 6. Jahrgang. 1422 f. で Bockelmann が、Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform. 38. Jahrg. S. 122/3 で Fritz Valentin, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. 69. Jahrg. S. 205 で Schultz が、それぞれ非常に高く評價した書評を行つていることをみても、うなずけることである。

我が國刑法理論界は、長くドイツのそれからいろいろな意味で多くの影響を受けている。彼地での論議が少しの時間的隔りを經ると此地でも起るといつた密接な關係を、好むと好まざるとに拘らず持つているのが、我が學界の現狀であるといつてよかろう。

この意味でも、彼地での學說、論議の一應のまとめをしておくことは、此地で始まろうとしている爭いに出發點を提出し得るという意味は持つことが出來るであろう。

二〇世紀になつて、文明諸國家は相次いで死刑を廢止している。英國では、本年二月、シルバーマン（死刑廢止）法案が下院を通過し、上院の第二讀會（七月）で否決された。本資料においては讀者は、死刑廢止をめぐる西ドイツの苦闘を追體驗出來るであろう。

デュージングは、この著書の中で、ドイツにおける過去一〇〇年の歴史をふり返えつて、死刑論の行われた劃期的な時期を、ほぼ六つに分け、各年代順に詳述している。各年代においては大體、論議の行われた會議の構成員の分析、討議の經過、死刑についての賛成論據、反對論據、その時代の文獻、投票の結果を項目に分けて說明している點、非常に明快であり興味深い。

以下において私は、著書の項目を忠實に追うことに努めるけれども、私として御注意願いたいと思う點を二三指摘しておきたい。それは、死刑廢止論者は一八四八年のフランクフルト國民會議およびプロシア憲法制定國民會議における廢止論に有利な投票結果、一八七〇年の北ドイツ聯邦議會における刑法典第二讀會、一九二二年刑法草案の立場、一九二八年における死刑廢止に關するライヒ政府の態度を廢止の論據に援用しているが、他方死刑存置論者はその論據に北ドイツ聯邦議會における刑法典第三讀會での投票の結果およびワイマールの國民會議を引出しているという點が一つ。この中何故北ドイツ聯邦議會の第二讀會から第三讀會に至る三ヵ月の間に結論がひつくり返えつたか、特に國民自由黨の去就の動機が明らかでないこと。更には戰後西ドイツで死刑廢止が基本法審議評議會でも、聯邦國會でも通過したことは、廢止論者自身も豫期しなかつた事象であり、これは理屈を超えて、むしろナチス治下の死刑の亂用が作用したと見られる點、更には既に死刑を廢止した諸國の資料が豐富なことはこの著書を一層實り多いものにし、この點では、過去における名著 C. J. A. Mittermaier, Liepmann, Kohlrausch の

それをしのぐものであり、殊に著者がそれら歐米諸國の司法關係の責任者から親しく三〇に餘る責任ある解答を得て、現在の死刑廢止國家を一覽し得るように努めた點は高く評價されるであろう。ただ私として氣づいたことは、本書の一つの難點は以下でも指摘するであろうように、統計數字の利用が若干安易であるという點である。

ともあれ、本資料は法律家が「死刑」の本質を抽象的に論議するのに助けとなるばかりでなく、一つの立法が行われる場合に、議決する者の心理に對する外的影響という點からみても非常に興味のある材料を提供するであろう。ただ、この原著書で時代的背景に對する分析が簡略である點は、政治學、社會學を專攻する諸氏の補完を期待したい。

なお、本書の標題は、〝西ドイツ聯邦共和國における死刑廢止の歷史〟となつているが、內容的にみて私の名づけた方がより的を射ていると思つたので敢えて改めてみたまでである。

一

ベッカリーアとミッテルマイエル（一四頁——二三頁）

死刑廢止のための鬪爭がイタリアの法律家ベッカリーアの名前と密接に關係をしているのは、あたかも宗教改革の歷史がマルティン・ルーテルの名前と切つても切れない關係にあるのと同じである。およそ死刑が論じられるところ、その名前にお目にかからないことはなく、ごく最近でも一九五〇年三月二七日のドイツ聯邦議會會議にまでその名は見えている。ところで彼が死刑廢止の論陣を張つた歷史上最初の者であるわけではなく、イギリスの大法官トーマス・モーアは二〇〇年も前にすでにその著ユートピアで死刑廢止を論じていたし、あらゆる傳統的な制度を自分達だけに通用する、純粹理性という尺度で判斷をした啓蒙期では多くの精力的な鬪士が登場し、例えば一七四六年にオーストリアで刑法學者ゾンネンフェルスは、「死刑は刑罰の終局目的に反する。むしろ困難で持續的かつ公のための勞役の方が終局目的にかない、犯罪者の改善を國家のために有效ならしめる」、というテーゼを携えて登場している。しかしこれら多くの者の如何なるものも一七六四年頃に書かれた「犯罪と刑罰について」という著書ほど傳播をし、意義を持つたものはなかつた。

この本に對する當時のドイツの關心を示すものとしては、この作品が現われた一年後の一七六五年に最初の飜譯としてドイツ版がブラーグに現われたという事實、更には、一八四一年、卽ちフランクフルト國民會議に先立つ數年前にすでに八種類ものドイツ語譯が現われたという事實は本書が當時のドイツ知識層に如何なる價値評價を得ていたかを證して餘りあるものがある。一八四八年にパウルスキルへおよびプロシア國民會議での憲法審議において壓倒的多數が死刑廢止に賛成しているが、この勝利の大半はベッカリーアの思想的影響に依據しているとみることが出來る。

ところで「死刑論について」は、彼の著書の第一六章に取り扱われ、それはわずか一〇頁の長さのものであるが、そこで死刑に對して加えられた論難は、實にパウルスキルへから西ドイツ聯邦議會に至る迄のすべての議會の討論の中に多少形は變えられているにしても、くり返し用いられている。當時、ベッカリーアの死刑廢止の要求が如何に革命的であつたかを知るには、彼の故郷の町ミラノだ

けでも六件の死刑執行が一ぺんに行われた日が非常に多かつたということからも知れよう。ベッカリーアは、國家が人間の生命を奪う權利をそもそも持つているということに反對した。何故なら人間というものは自から生命を絶つ權利を有さず、かつ――啓蒙期の眞の理念であるのだが――自分を殺す權利を第三者に讓渡出來ず、たとえ社會契約によつてもこの權利を國家に移讓し得ない。第二の理由として、死刑は必須なものではない。何故なら柳、鎖または鐵の檻につなぐ終身自由刑は、犯罪の實行を決意した者を犯罪から抑制するに充分であり、刑罰が正當であるためには人間を犯罪から威嚇して制止するのに充分な程度の嚴しさを認めることは出來るが、死刑はこの程度を超えるものであるから不當である。第三に死刑は終身自由刑よりも有效性は少ない。何故なら人間の心情に持續的な作用を及ぼすのは刑罰の嚴しさではなくて持續期間である。その最後の理由としては、國家は處刑によつて國民に惡い例を示す。國民を殺人から抑制するために實定法が公の殺人を規定するのは矛盾である。何故なら大衆はこのことによつて威嚇されるのではなく拍車をかけられる。以上がその論據であるが、ここに注目すべきことは、あらゆる死刑論に言及されている死刑の囘復不可能性があげられていないという點である。

更に注目すべき點としては、死刑に對して以上の四點をあげて徹底的に攻擊したベッカリーアが死刑の完全な廢止を要求せず、中途半端にとどまつているという點である。即ちベッカリーアは死刑を政治犯について留保しているのである。彼は死刑に關する章の終りで「啓蒙された市民は、領主の權力が絶えず擴大することを渇望している」ことを認めていたので、政治犯はその他の刑法犯よりも、死に慣れると考えたのであつた。

ベッカリーアの政治犯に對する死刑留保の理由は、不幸にして一九三〇年ファシスト・イタリアが死刑を導入した時に利用されてしまつた。政治犯に對する死刑の存置については、ベッカリーアは晩年に至る迄その說を變えていない。それは、一七九二年、〝犯罪と刑罰〟の初版が出てから二八年後、オーストリア領ロンバルジアで行われた刑罰體系改正委員會の意見答申書の中で、次の如く言つている點からもうかがうことが出來るであろう。「我々……は、死刑は無條件に必要な一つの事例においてのみ課せられて然るべきであることを確信するものである。社會が平和的な狀態であり、司法が完全に秩序づけられている場合には、この必要性を次の場合に存在するものと認めることが出來る。即ち、國家の崩壞を招來しようと試みた犯罪人を、たとえ監禁し注意して監視しても、內圖および外圖の諸關係によつてその者がなお新たに社會を不安ならしめ、危險に陷らしめる狀態にある場合がこれである。」

この委員會答申書の中ではじめて死刑の囘復不可能性を論據とした敍述がある。ベッカリーアは司法の誤謬の責任を裁判官の無經驗や怠慢にではなく、實定法の有する不可避的な不完全さと人間の行う證明の不完全さに歸している。ベッカリーアは政治犯に對する死刑の場合にも囘復不能な司法上の誤謬が生じることを認めているが、それは國家の利益という點で甘受しなければならないとしている。かくして國家を崩壞という急迫せる危險から免がれしめる必要と罪なき者を殺すという急迫せざる危險に身をさらす必要との二者

の中の一つを選擇することを餘儀なくされる。ベッカリーアは多くの死刑廢止論者の如く國家を「夜警」と考えたのではなく、たとえ司法上の誤謬はあつても國家の權威に價値を置いたのであつた。

ともあれ、ベッカリーアの理念は立法者の中に繼承者を得た。マリア・テレジアの二人の息子はその國家で死刑を廢止した。トスカナの大侯レオポルド一世は一七八六年、オーストリアでは一七八七年にヨーゼフ二世がこれを行つた。しかし廢止の期間は長く續かなかつた。トスカナでは一七九〇年、オーストリアでは一七九一年乃至一八〇三年に死刑は再び導入された。この他、死刑を廢止しないまでも、死刑を適用する犯罪の種類を減らした國にフランス、プロシア、バイエルン等を算えることが出來る。

一九世紀を迎えるや、全ヨーロッパには多數の多かれ少なかれセンティメンタルな死刑廢止の論文が現われた。この中特に言及する必要のあるものは一八四〇年に現われたハイデルベルク大學教授、C・J・A・ミッテルマイエルの「死刑廢止に關するイギリス、北アメリカ、フランス、ベルギー、デンマーク、スウェーデン、ロシア、イタリアおよびドイツにおける諸見解の狀態よりみた死刑」がある。この著作は、單なる理論的な論議につきているばかりでなく、廣範に死刑判決および處刑についての統計的數値、ならびにヨーロッパおよびアメリカの諸國から得た比較法的資料を驅使している點でも、更にはミッテルマイエルがフランクフルトの國民會議の討論において死刑反對論者の中で優れた意義を有した人であり、從つてすでに死刑廢止の問題に關心を有する人々に決定的な影響を與えていたという點でも注目に價する作品といつてよい。

ミッテルマイエルは最近の統計資料を用いて、まず處刑された死刑の數は少くともドイツでは非常に少ないから、國家がこの方法なくしても存立し得るかどうかということが問題になるという。彼は死刑の適法性を爭つているのではなく、終身自由刑が同じ安全を確保するという點、死刑は威嚇力を持たないという點、死刑が廢止されたところではどこでも犯罪の數が增加してはいないという點を指摘して、死刑の合目的性を爭つている。彼は更に處刑されてしまつた死刑の回復不可能性と立法者の惡い事例を指摘した後、最後に、死刑が課せられているところではしばしば多くの無罪宣告が行われ、これがため無罪への見込みと犯罪への刺戟を增大するのであると論述している。彼の死刑廢止論は死刑の存置、廢止と犯罪の增加、減少に對する統計的な資料に特別な價値を置いた點に特色がある。ミッテルマイエルの功績として、死刑廢止の場合に死刑に代えて、その次に重い自由刑を以つてすることで滿足せず、死刑がなくなると必然的にその他の刑罰を吟味し、新たに確立する必要があるという點を指摘したことを見逃してはなるまい。

二

フランス、イギリスにおける死刑の頻度と革命前時代のドイツにおける死刑適用數の比較（二三頁―二九頁）

この節で著者デュージングが强調しようとする點は、パウルスキルヘやゾロシア憲法制定國民會議で壓倒的多數の投票によつて死刑廢止が決定されたのは、當時の死刑判決數や處刑數が會議を構成する議員に影響を與えているのではなくて、當時議會を支配していた

死刑に對する原則論的な反對の表われと見ようとすることにある。かくて當時のプロシアとオーストリアの死刑數とフランスとイギリスのそれとの比較がここで行われている。

プロシアにおいては一八一八年から一八四八年に至る迄死刑宣告の數は七四三、その中處刑されたのは二〇四であつた。それを犯罪別に見ると、ミッテルマイエル、ロエスラーの報告するところでは、半數以上を占めるものが謀殺、故殺、であり、嬰兒殺、放火がこれに次ぎ、大逆罪はわずかに一二人である。

オーストリアはこれより若干多く、一八〇二年から一八四八年迄で一三〇四人が死刑の判決を受け、四四八人が處刑されている。この中九一一人が殺人、八四人が放火で大逆罪は一二一人を算え、プロシアの一〇倍となつている。

その他バイエルンでは一八一三年から一八三三年の間の年平均は七人、ザクセンでは一八一五年から一八三八年において平均六・五人、ヴュルテンベルクでは一八一六年から一八四八年にわずか二人、ハノーバーは平均四人、バーデンも四人平均、ブラウンシュバイクでは一八一七年から一八四八年の間わずか二人が死刑を宣告され、處刑されているにすぎない。

フランスでは大革命においては政治犯に關する死刑判決とその執行は恐るべき高さに上つた。それに次ぐ一八一〇年のナポレオン法典では死刑に該當する犯罪の數が多くなつているにも拘らず一八二五年から一八四八年迄においては、宣告および執行の數は退行を示している。それでも一八二五年には一三五の死刑判決が行われている。一八二六年から一八五〇年に至る二五年間にフランスでは一五六五の死刑が宣告され、一〇〇〇人が執行されているという報告がある。

イギリスでは一八世紀の初頭には死刑の規定のある可罰行爲は二四〇に上つた。この數は間もなく一六〇に減つたけれども、その中には馬の竊盜、鷄姦、五シリング以上の品物を商店から竊取する行爲等が死刑を課されていた。一八二〇年から一八二六年の間に死刑の宣告を受けた者は七五五六人に上り、その中五二八人が處刑されている。一八三三年から一八三九年迄は一年平均四三三人が死刑の宣告を受けている。しかしこの數は一八四一年から一八五〇年には平均一八人となつている。

これを表示すれば第一表の通りである。

第一表　革命前時代を中心とするプロシア、オーストリアと列强との死刑適用數の比較

國名	年代	平均死刑宣告數	平均處刑數
プロシア	1818 ～ 1848	24	6.5
オーストリア	1803 ～ 1848	28	10
フランス	1826 ～ 1850	63	40
イギリス	1833 ～ 1839	433	20
イギリス	1841 ～ 1850	18	11

後にも論じられる如く、西ドイツ聯邦議會で死刑廃止が基本法の中に規定されたのは、ナチス治下で非常に多く行われた死刑執行の反動として表われたものと解せられるが、一八四八年のフランクフルト（パウルスキルヘと別稱

されている)、およびプロシアの國民會議での死刑廢止論者には、この意味での死刑の無氣味な壓力はかかつていなかつたものと見てよいというのが、著者の伏線であるように思われる。

三

一八四八年のフランクフルト國民會議による死刑の廢止（二九頁—五三頁）

フランクフルト國民會議における死刑廢止の決定は、たしかにそれに續く時代においてそれを保持した邦は少なかつたけれども、この要求自體は多くの自由主義政黨の綱領の中に入り込んで行つた。フランクフルトの基本法草案（Grundrechtskatalog）の中に含まれている廢止の決定が、後の立法作品および刑罰改正にたずさわつた法曹會議に如何なる意義を有しているかは、プロシア憲法制定國民會議に始まり最近の西ドイツ聯邦國會における討論に至るまで、およそ死刑の廢止についての論議を考察するところでは、このフランクフルトの國民會議の決定に言及していないものはないということからもうかがうことが出來る。

憲法委員會草案における死刑廢止問題の論議。

A　多數意見　一八四八年フランスでルイ・フィリップが亡命して數日後に、臨時政府の布告は死刑を廢止した。ロスケ、およびシュトラウスはドイツ革命議會の討論が、革命の祖國フランスでのこの成果に非常な影響を受けたと考えているけれども、基本法草案作製を委託された憲法委員會は、すでに早くからこの問題を扱つていた。ところで三〇人の委員から構成された憲法委員會におけるこの問題は非常に原則的な點を追求し、一見したところあまり國情に合わず、平易に論じられていなかつたらしく、リチノウスキー侯は「ドイツ國民の大多數は大學教授で構成されているのではないことに注意されたい」と强調したほどであつた。そして大多數の委員は死刑存置論者なのであつた。それが證據には、總會に提出されるべき基本法草案に死刑の廢止を採擇すべしとする提案は否決された。

この提案に對して、死刑廢止の決定は基本法にではなく、刑法典に屬するという意見があり、これに對してはヴィガートは「人間の根本的、本源的權利は生命に關する權利であり、從つて死刑の廢止は基本法草案に入るものである」と反論し、シェーラーは「法廷による殺人というこの亂暴を憲法上取除くことは最初のドイツ議會の義務」であるからこの問題を基本法の下で論じることは必要であると考えた。これに對し反對論者の中ユルゲンスは「國民の確信は依然として死刑を認めている。だからこれを廢止すれば法意識は混亂し、復讐が復活することになる」と反對した。こうして大多數が廢止の提案を否決した。

この委員會の態度は、委員の中四人は極右、一七人はいわゆる右翼中央黨、五人は左翼中央黨に屬し、三人だけが明らかな左翼に屬していたにすぎない事情からも理解し得るところである。

B　少數意見　憲法委員會の手で起草された「基本法草案」は一二章四八條および立法理由から成つていた。死刑廢止については、草案にも理由書にも論じられたところはなかつた。しかし憲法委員會の少數者によつて草案四八條につきなされた三八ヵ所の改正提案を含む「少數意見」について、理由書は言及をしていた。草案

第七條「人間の自由は不可侵である。何人も法律上の裁判を受ける權利を奪われることはない。特別裁判所は存在してはならない……」という條項について少數意見は一〇號から一二號で次の如き修正を提案している。

(一) 人間の自由は不可侵である。死刑および肉體的懲戒は廢止される。

(二) 肉體的懲戒は廢止される。

(三) 政治犯に對する死刑は廢止される。

この點から明らかなことは、少數意見はその主たる要求を死刑の全面的廢止とし、この要求が通らない場合に次善の目的としてこの刑罰の部分的除去に努力した。

總會における死刑廢止の論議と投票の結果。

著者は死刑廢止の問題について投票の結果を考察する際には、投票者が構成している會議の組成を分析する必要を認めている。フランクフルト國民會議の本會議の構成はドイツの殆んど全土から選出された代議員によつて作られていた。その職業的區分は五六六人の代議士の中一〇四人が學者、一〇〇人が裁判官、九五人が辯護士および法學博士、一二四人が行政官吏、一八人が聖職者、一二人が著述家、一五人が醫者、軍人は一〇人、資産家が三四人等であつた。婦人はまだ「參政權」がなかつた。注目すべきことは、貴族が當時政治的にも經濟的にも意味を持つていたにも拘らず、會議の始めの時には四七人の代議士を送つていたにすぎなかつた。このことは例えば一八六七年の北ドイツ聯邦議會で二九七の議席の中一三九を貴族が占めていたことと比べればその數が低いことを知るであろう。

ここではまだ、今日の意味での「政黨」は存在せず、それらはグルッペと呼ばれる如きものであつた。一八四八年六月一四日にカトリック信徒で教會の自由と自派の問題解決のために「カトリック・クラブ」を結成したけれども、これとても共通の政治的目的を追及したわけではなかつた。又中央黨という名が用いられているが、これも今日の同じ名前の黨とは關係がない。社會主義政黨はまだ成立していなかつたし、一八三六年に共産主義思想普及のために創立された「正道聯盟」もまだ秘密組織であつて重要性はなかつた。

當時のパウルスキルへの代議員の政治的方向を特色づけると第二表の如きものになる。

第二表　パウルスキルへにおける代議員の政治的色合い

黨派名	議員數
極右（ミラニ黨）	40
右翼（カジノ黨）	120
〃 中央（ランズベルク）	40
若干中央（アウグスブルグ派）	40
左翼中央（ヴェステンハル）	41
〃（ヴュルテンベルク派）	47
左翼（ニュルンベルク派）	11
〃（ドイツ派）	45
極左（ドンネルスベルク）	47
無黨派	147

憲法委員會草案は少數意見と共に一八四八年六月一九日に本會議に提出され、二回の讀會を開いて死刑廢止提案を扱つた。死刑廢止提案には、さきにあげた修正案の外に、E・A・アルントは「死刑は責國的行爲及び尊屬殺人には存置するものと

する」と提案し、タイヘルトは「死刑は廢止される。但し戰時法がこれを規定している場合にはこの限りではない」ことを要請した。

死刑廢止論者の論據　ここに詳細な論陣を張つたのは、フランクフルトの上級地方裁判所長官シェーラーであつた。その理由は、如何なる人間も、他人からその存在する時間を一分なりとも暴力を用いて奪う權利を有しない。「何故ならその一分間でこの人間は彼岸へ赴く準備をしそこに行くにふさわしくなることが出來る筈であるからである」。死刑が無用であることを指摘するために、彼は往時拷問なしではやつてはいけないと思つていたのに、今日では拷問は無用と考えられているという點をあげている。そして死刑に威嚇力がないという點については、フランスではドイツよりも死刑の威嚇はしばしば行われているが、犯罪はドイツにおけるよりも多く行われている點をあげている。そしてイギリスで最近迄一定の竊盜犯に死刑を課していたが、この死刑を除去しても竊盜犯は增加してはいないということも併せて指摘している。シェーラーの後に、アルントが前記の提案をしたが、支持されることがなかつたので決をとるに至らなかつた。

その他、廢止論者で目ぼしきものには、人間社會の平穩と安全の故に死刑の完全な廢止は今のところ許容出來ず、得策ではないと看做し、現在の國民の教養程度では〝多くの粗暴な心情者〟にとつて或る程度の威嚇力を死刑に歸さねばならないと信じるフォーゲルがある。だが彼も政治犯罪に關し死刑廢止の時代はすでに來たと看做している。何故なら政治的自由と宗教的自由を壓迫するためにこの犯罪を非常にしばしば利用したという事實があるからである。完全な廢止を要求したバンベルク市長のベールの論述は、犯罪の速やかな發見を要求している。犯罪が確實に發見され、速かに訴追されれば、犯罪は行われなくなるし、死刑は餘計なものとなると彼は言う。

死刑の完全な廢止を要求する者と對立して、前記のタイヘルトの提案に從う者としてオルデンブルクの樞密顧問官ブッテルは、戰時に死刑を存置しようとした。この他、ミッテルマイエルが政治犯に對する死刑の効力を爭つて次の如く論じた。政治犯は原則として殉教者として祭られる。それ故死刑は威嚇の働きをする代りに、政治犯に對する同情が起り、處刑された者の血から新しい自由ののろしが上がり、新しい繼承者が生れる。ルクセンブルクでは最近政治犯に對する死刑が廢止された。この會議もこの例に從うべきである、と。この他ヴィガルト、ハイステルベルク、シャフラート等が死刑の全面的廢止を要求した。

タイヘルトの戰時における保留の提案理由は次の通りである。「戰時というものは全體に非常な危險を及ぼすような犯罪者を即座に無害ならしむることが必要な例外的狀態である。戰爭において支配的な特別事情の故にこの種犯罪者を無害ならしめるには、死刑以外の刑罰は使用し得ない。だから平和な時代に死刑がたとえ完全に廢止されても、戰時にはこれを存置しなければならない。」と。

死刑廢止反對論者の論據　死刑廢止論を强力に主張した者が十指に餘つたのに反して、存置論者はロイエ、ジーメンス、ヴェルンヘル、ベーゼラーの四人にすぎなかつた。というわけは、死刑廢止論の論議が始まつた頃には議場の空氣は大半が死刑存置に傾いていた。その上存置論者の多くは、革命の興奮によつている廢止論者の

提案を所轄の委員會に附託して、この興奮のさめるのをまつて水泡に歸せしめようとしたため、反對論を唱えた人は非常に少なかつた。ジーメンスはミッテルマイエルのなした「立法者は死刑の公の執行を恥じている」という非難に反論している。ロイエの見解によれば、死刑に對する恐れなくしては、戰爭で軍隊を秩序づけることは出來ない。彼は「最近にフランスで工夫されたものを模倣した、この死刑廢止を謀止しなければならない」と考えていた。政治犯に關しては、裁判官は犯罪人の心を見通すことが出來ないから、犯罪人が政治的動機から犯罪を犯したかその動機が犯罪的なものであるかどうかを判斷出來ない、と言つた。ヴェルンヘルの見解によれば、國家はその安全を確保するために、外部に對しては戰爭が不可缺であると同じく、內部では死刑を止めることは出來ない、として政治犯罪に對する死刑の不可避性を訴えた。しかし彼が「死刑は深い人間的な必要性である」と言つた時も、「死刑はより高い人間歷史の要請である。この言葉は勿論、パラドックスであるけれどもこれを述べることを憚かるものではない。十字架の死なくして基督教精神を持ち得まい！」と結んだ時にも、滿場は失笑につつまれた。ベーゼラー教授の論據はこれらより重要であつた。彼は政治犯に對して死刑を廢止することにも反對した。全體に對する犯罪は個人に對して犯された犯罪よりもより過酷な刑罰を必要とする。政治犯については、それの概念がまだ確立していないからこれに對して部分的に死刑を許容することは出來ない。彼の主たる根據は、死刑の存續を要求しているのが國民の正義感情であり、死刑を廢止するには機が熟していないとした。

死刑廢止の問題を基本法草案に採擇するについての賛否　基本法に屬する事項は重要な、獨立の、そして一般に認められるもののみに限るとした採擇否定者に對し、シェーラーは「定立せらるべき基本法がドイツ國民に對し最も高價な財物を守るとするならば、その中にはまず生命の保護が言及される必要がある。」とした。ロスメスラーは基本法に死刑廢止が言及されていなければ「佛作つて魂入れず」であると論難し、ヴィガールは自由と名譽と並んで生命をとり入れなければ、それは基本法の缺陷であると言つた。シャフラートは「基本法の使命は法のあらゆる分科に對して根本原理を確立することであり、死刑廢止も刑罰方法に對する立法の限界としてこの根本原則に屬する。」となした。

かくてまず「數種の刑罰の廢止を要請している提案は立法委員會に附託すべきか、これについては基本法の中に何も規定されるべきではないか」という問題に決がとられた。その結果は投票總數四四二票の中二六五票という驚くべき多數が、基本法中に死刑廢止を採擇することを認めた。

第一讀會の主要な投票はすぐ引き續いて行われた。「タイヘルトの修正動議を除いて、死刑は廢止されるか」という問題については二八八對一四六、保留四で滿場のブラボーの聲に包まれて承認されてしまつた。ともかくも當時、死刑がナチス國家におけるほど亂用されず、死刑を鬪爭目標とした社會民主黨の如き「政黨」がなかつたのに、このような結果に終つたことは驚きの外なかつた。

死刑を少くとも戰時法の中に保留するべきかどうかの問題はパウルスキルヘではプロシア國民會議におけるほど重要な役割を持たな

かつた。「死刑は廢止される。但し戰時法がこれを規定している場合にはこの限りではない」という問題については、無記名投票の結果〝多數〟を得て承認された。かくてドイツ國基本法第一讀會草案第七條にそれが採擇された。

第二讀會における投票の結果　パウルスキルヘでは、北ドイツ聯邦議會の第二、第三讀會で投票結果に大きな變動があつたのと異なり、數字的には大きな變化は見られなかつた。第一讀會の投票から第二讀會の投票までの間に約四ヵ月以上の期間があつたにも拘らず、死刑廢止に贊成する投票があまり變動しなかつたという事實から明らかなように、會議の多數意見が一時的な人道的氣分に從つていたのでも、又一時的に〝フランスで工夫されたもの〟に模倣したのでもなく、死刑廢止への要求が、眞の持續的な確信に由來していたものといえよう。第二讀會でも、第一の問題は簡單に可決された。第二の問題については、當時しばしば布かれた戒嚴狀態に、この例外的場合が利用されないため「外國との戰爭の場合に」という文句を入れようとした修正案は否決され、タイヘルトの原案が採擇された。投票の內譯は、贊成二五六票、反對一七六票であつた。

死刑廢止に投票した者を、その政治的傾向から見て、前記表にある左翼系統の者の大半はこれに屬すると考えられるが、更に出席した聖職者一四人中九人が廢止、同じく敎授五六人は廢止に二九人、存續に二七人と分れ、貴族四三人は、それぞれ一八對二五に分れたのであつた。

四

一八四八年プロシア憲法制定國民會議による死刑の廢止（五三頁―七三頁）

コールラウシュは刑事學辭典の項目「死刑」の中で「フランクフルト國民會議の論議は今日もなお讀む價値があり、一世紀分の文獻によく匹敵し得る」と言つているが、この言葉は、フランクフルトのそれと同時に開かれたプロシア憲法制定國民會議の討論についても當てはまると言えよう。この二つの會議は、追及した目的こそ同一であつたが、この目的に至る道は異なつていた。

異なつていたのはそればかりでなく、會議の構成も、前者では一〇四人の學者を算えていたのに、後者では中產階級および勞働者階級の代表者が多かつた。

プロシア國民會議も、一八四八年六月一五日に憲法委員會を作つた。これは八部會からの三人ずつの委員によつて構成された二四人の合議體であつた。この委員會で作製された憲法草案には、フランクフルトのそれの少數意見が多くとり入れられていたが、死刑の廢止は觸れられていなかつた。このことは、同委員會が急進的でなかつたというわけではなく、むしろ委員會が死刑廢止の問題を基本法の中に採擇することを得策とは考えなかつたことによるものと考えられよう。

中央部會における論議。

總會から草案が〝中央部會〟に送附されたのは一八四八年七月一〇日であつた。中央部會は八つの部會を代表する八人の委員によつて構成されていた。

中央部會の草案の基礎となつた提案には次の如きものがある。ま

ず、リジエッキ議員は次の如き提案をした。「當會議は、直ちに發布せらるべき法律によつて、理性および人間感情に反する死刑の廢止を表明したい。その法律の文言としては次の如きものを提案する。即ち、

第一條　死刑は、それが課せられている犯罪の性質を問わず、廢止される。

第二條　死刑に代るものは、今のところ終身の自由刑とする。但し詳細な規定は留保する……」

更に上級裁判所參事官ウルリッヒは、「死刑は廢止される。その執行は禁じられる」という一ヵ條のみを持つ法律案を提出した。

パウルスキルへの場合と違い、ここでは死刑の速やかなる廢止を特別法によつて行うことが試みられた點は注目し得よう。

前記リジエッキ議員の法案は中央部會の手で總會に提出された時は、次の如き體裁をとつていた。

第一條　死刑は廢止される。

戰時および戒嚴狀態の場合に關する諸法律に規定された犯罪については、これを留保する。戒嚴狀態が如何なる事情の下に、如何なる形式と効力を以つて布告されるかについては、特別法にこれを留保する。

第二條　死刑の代りにライン地方控訴院管區では終身の强制勞働刑……とする。

立法理由に見えている死刑廢止の理由は、前節ですでに言いつくされたものを出ていない。

總會における死刑廢止の論議と投票の結果。

ライヘンシュペルガーは、右の法案に「死刑は大逆罪および計畫的殺人を除くあらゆる犯罪につき廢止される」という提案をし、ヨーナスは「死刑はあらゆる例外なしに廢止される」と變更する件を提議した。

パウルスキルへにおける討論との相違は、死刑の原則的な廢止が中心問題となつたのではなく、前記の諸提案にあげられた個々の場合に死刑を保留するかという點に論議の重點が置かれていた。

死刑廢止論者の論據　ショルンバウム議員は、死刑を「純粹に動物的な刑罰」であり、「法律的な迷信である」とした。彼の論據をみると、この會議での反對論が、パウルスキルへのそれよりも著しく感情的、攻擊的であることが分る。この他「死刑は專制政治の手段であつた。專制政治が荒れ狂つた時には、死刑も又狂氣の如く荒れ狂つた」とするヴァイヒセル、「新時代の生活原理」を根據としたオイラーの外に、ボルヒアルト、パックス、ヨーナス、バウアー等々が次々と反對論を唱えた。この會議で特筆すべきことは、司法大臣メルケルが死刑廢止の主唱者であつたという點である。

死刑存置論者の論據　パウルスキルへにおける如く、ここでも存置論者の數は少なかつた。フックツェルマイヤー牧師は、誤まつて理解されたヒューマニズムに警告をしつつ死刑存置論を說いた。存置論の有力な主張者は、ライヘンシュペルガーであつた。「死刑を存置することは、〝數世紀の英智〟の要求である。」とした彼は、人命を高く顧慮すれば、殺人の場合に死刑を考えないことは出來ない、大逆罪に死刑を認める必要は、ベッカリーアにおいてもこれが認められていることから明白である。死刑の執行を受ける者は彼岸への

希望で救われ、斷頭臺の彼方に良き未來が待つている。死刑はモンテスキューも言つている如く、病氣になつた國家に對する必要な醫藥である。これが彼の論據の大要である。

ところで戰時および戒嚴狀態での死刑の保留については、戰時等が「異常な狀態」であるから、これに對して國家に緊急權を認めるとする者が多かつた。その他には、例の戰時における軍隊の秩序維持を論據とした者もある。

これに對してボルヒアルトは、戰時において多く行われる犯罪は、しばしば政治的性質のものであり、或る行爲が犯罪か、英雄的行爲かを判斷するという點から考えて、死刑を是認することは許されない。特に、プロシアの軍隊を考えてみれば、これは傭兵の集團ではなく、我々教養ある人士の子弟である。だから彼等にこのような例外的規定を設けることはどのようにしても認めることは出來ないのである、と。

死刑廢止の法案が八八%の大多數の贊成を得て可決されたことは、一つの驚異である。リジエッキの提案から投票まで、四週間の隔りがあることからみて、單なる興奮が總會を支配したとも考えることは出來ない。ここでの投票は死刑廢止の問題に關してはすべて記名式であつた。

第一の問題「死刑は例外なしに廢止されるか」は一九三對一六四で否決された。次に「死刑は廢止されるか」という問題は二九四對三六で壓倒的に支持されたのであつた。

大逆罪に關する存置は三一五對二八で否決、殺人罪についても二四八對八〇で否決された。中央委員會草案第一條に對しては一六五對一六〇で贊成が得られた。

この投票が行われる前にゲルリッツの地方裁判所のケーラーの「〝人間の生命は不可侵である。死刑は廢止せられる。〟という文言を憲法草案の中に採擇すべきである」という動議が總會に提出されていた。この動議は死刑廢止法案が可決された後に上程された。その提案理由には「基本法によつて新しい法律狀態および法治國が導入される。最も重要なものの一つとして生命に對する法、從つて死刑の廢止がこの基本法に屬する。」とあつた。しかしこの提案は、會場に出席者が少なく、時間も遲くなつたために、投票の結果拒否された。

ところがこの死刑廢止法案は國王の裁可を受けるのが遲れた。司法大臣が死刑廢止反對のキスケルに代つたのもその理由であつたかも知れない。そこでテーベ司祭は「この法律は國王のところに提出されたのか、提出されたのなら何故裁可が行われないのか」を緊急質問した。これに次いで二三政府に對して質していたが効果のないままになつている中に、フリードリッヒ・ウイルヘルムからの使者が、會議に對してさきに通過した死刑廢止法案を再び吟味するように傳えて來た。そしてこの通告と同時に添えられた法律案は次の通りであつた。

第一條　死刑は爾後、戰時および戒嚴狀態の場合に限つて許され、この外の場合には廢止される。

（第二條略）

第三條　戰時および戒嚴狀態の場合については、從來の法律の改正が行われる迄は、その規定に從う。……

法案に對する吟味は中央部會で行われたが、一八四八年一二月五日に會議が國王によつて解散されたので、總會における報告は行われなかつた。

この國王のやり方は、中央部會を痛く刺戟した。かくて中央部會は國王の依頼した法律案を審議することはせず、驚くべき手段をとつたのである。これまで憲法委員會も、中央部會も、總會も、計畫していなかつた「死刑廃止の規定を基本法へ採擇すること」を決意するに至つたのである。

これより先、フランクフルト國民議會での基本法に對する第一讀會の決定が知られてから以後、プロシアの中央部會がその結果を眞劍に考慮し始めたことであつたが、國王の處置があつて後は、死刑廃止を基本法に採擇するについては全く違つた觀點に立たねばならなくなつた。かくして、前述のケーラーが再び動議を提出して、これが「プロシア基本法」草案第八條の中に規定された。即ち「死刑は廃止される。戰時および戒嚴狀態における例外については本法がこれを規定する」と。この草案は中央部會で作製され、總會で承認されたが、國王の解散によつて議決されるに至らなかつた。

そして、解散の日に國王の權力で發布された欽定憲法が、一八五〇年一月三一日に發効して、爾後プロシアが第一次大戰後共和國に變化する迄この憲法は有効であつた。

五

一八四八年代から一八七〇年北ドイツ聯邦議會における刑法典審議に至る迄の死刑廃止問題の論議（七三頁―八〇頁）

一八四九年三月二八日パウルスキルヘで可決された「ドイツ帝國憲法」が死刑を廃止し、かつその一三〇條で、ドイツの諸邦の憲法および立法がこれに反してはならない旨規定していたので、ザクセン、ヴュルテンベルク等一八の諸邦で死刑を廃止した。この憲法はしかしオーストリア、プロシア、バイエルンおよびハノーバーでは認められていない。このようにドイツの三大國がいずれも死刑を保持したのみか、これを大いに用い始めたという事實に影響されて、一八五〇年六月にはもはやザクセンで再びそれが採用され、次いでオルデンブルク、ナソウ、アンハルトおよびブレーメンを除く諸州で死刑が復活した。

當時の死刑廃止論の文献としては、ミッテルマイエルの外に、ベルナーとヘッツェルがある。ベルナーによれば良き刑罰の特色として七つをあげている。刑罰は①不道德であつてはならない。②嚴しい害惡であること。③出來るだけいろいろな人間に等しく作用すること。④責任が大きければそれに對してより嚴しく作用すること。⑤評價し得、分割し得ること。⑥出來るだけ有責者に限定されること。⑦撤回し得、出來るだけ回復し得ること、がこれである。

死刑反對論者には、宗教家等の法律についての素人が論陣を張つていたけれども、やはり主たる論客には法律の實務家、理論家が多かつた。それ故、他の法律問題における以上に、死刑の問題ではドイツ法曹會議での論議が國民會議に影響を與えていた。

北ドイツ聯邦議會の死刑廃止に關する第二讀會の五九％の多數人が一八六三年のマインツにおける第四回ドイツ法曹會議と關係していたことを考えると、この會議の意義は大きいものといわなくては

ならない。

この會議では三つの提案があつた。ワイマールの檢事フリースは、死刑は正しい立法原則と合わないから廢止すべきだと論じ、ヒュエ・グルネックは死刑の漸次的な完全な廢止を文明の要求としつつ、戰時、戒嚴狀態という例外の外に計畫的殺人、大逆に死刑を認め、この後二者には輕減事由を規定するよう提案し、ミュールフェルトは、死刑は戰爭法、海法での叛亂の場合以外は刑法典に規定しないことを主張した。

この中ヒュエ・グルネックの提案のみが四一對四〇で可決され、他の提案は否決された。グルネックの提案では、第三號にある〝輕減事由が有力な場合〟という文字をけずられた。

しかしこの事實からわかるように、ドイツの法曹家の、ともかくも多數が死刑の漸次的かつ完全な廢止へ贊成投票をした事實は注目に價するといえよう。

六

北ドイツ聯邦議會における死刑廢止の努力（八〇頁―一〇一頁）

死刑廢止に關する爭いについては北ドイツ聯邦刑法草案審議に關する北ドイツ聯邦議會での論議がその絕頂を一時續けた。この草案には殺人罪、大逆罪等四種類につき死刑が認められていた。これに對しては死刑を廢止しているオルデンブルク、ザクセン（一八六八年に死刑を再び廢止していた）の二國を始め七國から强力な反對があつたが、それを押し切つて草案は聯邦參議院を通過し、聯邦議會に回附され、ここではげしい議論が戰わされた。

聯邦議會の構成の特色は、その議員の四七%が貴族であり、その他五六人の政府長官、二二人の地方長官、三七人の裁判官等によつて占められ著しく保守的な要素が前面に出ていた。

それを政黨別にみると第三表の通りである。

死刑廢止論者は第二讀會では平衡を保つていたが、第三讀會では存置論者の數が急激に增大した。その間宰相ビスマルクが各讀會の論議に顏を出して激しく廢止論者を攻擊し、第三讀會において反對論者の中に心境の變化を來たした者があつたために、死刑存置が實現されてしまつた。

死刑廢止論者の論據　第二讀會の論議の對象は、フリースとキリヒマンの「刑法草案第一條第一項の〝死刑、懲役若くは禁錮を以つて威嚇された行爲は重罪である〟という條項から „mit dem Tode“ という三語をけずるべし」とする提案がこれである。

これに對してラスケルは死刑を認めるのは國家の危急の時であるが、現在はそのような狀態ではない、法律家や學者はすでにこれが廢止を表明し、その數は急激に增えていると論じ、更に自由刑によつて犯罪人を改善し神の愛とし子として死ねる機會を與えるためにも死刑を廢止しなければならない、として贊成討論をした。その他、イギ

第三表　北ドイツ聯邦議會構成員の政黨別數

政黨	人數
保守黨	52
自由保守聯合	28
中央黨	12
聯邦構成會議	9
國民自由黨	68
自由聯盟	8
ドイツ進歩黨	26
ポーランド黨	10
社會民主黨	6
無所屬	27

リスで死刑適用を減らしても重大犯罪の増加がなかつたとするシュヴァルツェと並んで、オルデンブルクの廃止の經驗を強力に主張したベッカーが衆目をひいた。

ここで注意すべきは、ビスマルクが「何も急ぐことはあるまい。諸君が刑法典を承認した後でも、この會議と聯邦參議院との一致さえあれば、諸君は死刑を何時でも廃止することが出來るであろう」と發言したことに對して、フリースがこの甘言にのつて、進退きわまつてはならないとした點であろう。

しかし、この時反對論を唱えた自由保守聯合のベトゥシー・フック伯が三ヵ月後の第三讀會では死刑存置論を主張して投票したことは、この議會の討議の性格を端的に表わしたものとして興味深いものがある。

死刑存置論者の論據　死刑廃止論者についてもいえることであるが、フランクフルト、プロシアの國民會議での死刑存置論の論據と比べて目新しいものはない。討論にはビスマルクを始めとする七人の保守黨議員が次々と立つた。その他、無所屬の司法大臣レオンハルトに加えて自由保守聯合のエギディ教授、および前記のライヘンシュペルガーが存置論の論陣を張つた。まずライヘンシュペルガーが、プロシア會議の折と同じく殺人罪、大逆罪に死刑を認めることを主張した。司法大臣レオンハルトは、「國民の中に存する法律觀に形式を與えるのが立法者の使命である」とし、何時の日か死刑の廃止を國民の法意識が認めることがあるにせよ、とにかく今はその時期ではない、當面の努力はまず北ドイツ聯邦に統一刑法典を作ることにあると訴えた。

この他死刑が唯一の正しい贖罪であるとするブラウヒッチュ、死刑の廃止が犯罪増加の原因となることを恐れるタッデン、死刑を除去すれば〝人類の發展は停滯する〟というワーゲナー等に比べて、宰相ビスマルクの舌鋒は鋭かつた。「死刑廃止論者は誤まつたヒューマニズムの汚物である」とする彼は、裁判官が死刑廃止に賛成していることを無責任な態度であると激しく攻撃し、多くの者が安易に死刑を批判している時代に、責任を遂行することは難かしかろうが、裁判官はその職責を全うしてもらいたいと言つている。そして死刑廃止論者の中で戰時に死刑を認めて、平和時の市民に死刑を廃止する中途半端な態度にも論難を加えた。

投票は、ここでも記名式であつた。「刑法草案第一條第一項の〝mit dem Tode〟という言葉を殘すべきか」という問題は一一八對八一で否決された。死刑存置論の八一票の中、貴族は實に六七人を數えた。

第三讀會における論議と投票の結果。

これより三ヵ月後に第三讀會が開かれたが、死刑存置論者が始めから優勢であつた。即ち、第一日目の議事日程から死刑廃止の問題が反對を押し切つてはずされ、翌日にまわされてしまつたことも、司法大臣レオンハルトが又も、「死刑を殺人罪、大逆罪に留保する旨を論議してもらいたい」と提案したのに對し、壓倒的多數が〝熟慮するため〟議題にすることを可決したことからも明らかである。

しかしこの第一日の論議が土曜になされ、重要な議題が月曜日にまわされた結果、死刑廃止がその間にある日曜日に〝熟慮され〟たのではなくて、むしろしばらく議會に出席していなかつたビスマル

クが久々に、月曜に現われて――これが死刑の問題を第一日の議題からはずした理由であつた！――、彼の權威の重壓で以つて、動搖していた聯邦議會の議員の投票を死刑存置論に獲得したと考える方が合理的である。

廢止論者からはラスケルが立つて、死刑の問題は刑法草案が成立するかどうかとは別個な原則的問題である、として强力な論陣を張つた。ところが、反對論に立つたリープクネヒトが反對陣營を痛烈に攻擊して〝喜劇が演じられ云々〟という表現を用いたことから、にわかに議場は存置論に傾いていつた。

存置論を擁護する者には、さきの第二讀會で廢止論に投票した者からの歸依者が次第に加わつた。彼等の多くは〝熟慮〟の結果、とりあえず統一刑法典を作り、その後に死刑廢止の特別法を立案するという態度をとつた。

第三讀會でも强い論陣を張つたのはビスマルクである。彼は北ドイツ聯邦に統一原則を創り、統一刑法典を生むには、オルデンブルクもプロシアも眼中になく、ただあるものは北ドイツである、と大見得を切つて、「ザクセンとオルデンブルクの死刑廢止國はそのままにしておく」ようにとする妥協案に反對し、「勇氣を持ち、鐵の歩みで以つてドイツ國民の尊嚴と力に反するものを粉碎し、大乘的見地に立つて死刑を保有する新ドイツ刑法典に贊成投票すること」を要請した。

投票は出席議員二四六人によつて行われ、一二七對一一九で可決された。これを第二讀會の存置論者數と併せて比べてみると第四表の如くなる。

第四表 北ドイツ聯邦議會第二・第三讀會における死刑存置贊否投票の比較

政黨名	第三讀會廢止	同存置	第二讀會存置	增加
保守黨	0	52	50	＋2
自由保守聯合	6	22	14	＋8
國民自由黨	46	22	1	＋21
中央黨	1	11	5	＋6
聯邦構成會議	6	3	3	0
自由聯盟	8	0	0	0
ドイツ進歩黨	26	0	0	0
ポーランド黨	10	0	0	0
社會民主黨	6	0	0	0
無所屬	10	17	8	＋9
	119	127	81	＋46

第三讀會での投票にキャスティングボートを握つたのは實に國民自由黨であつた。

七

一八七一年代からワイマール國民會議に至る迄の死刑問題の論議

（一〇二頁―一三三頁）

前項にのべた如く北ドイツ聯邦刑法典で死刑の存置が規定されたが、これは論爭に終止符をうつたわけではなかつた。著者はこの章

ではその後の刑法改正事業、文献、法曹會議および政黨の爭いの中でこの問題が如何に扱われて來たかを見ている。

1. 一九〇九年、一九一三年および一九一九年草案における死刑の取扱い（これら刑法改正案については一九二二年刑法草案の理由書に言及されている。私どもはこれを法學研究二十八卷八號に全譯したから參照して戴きたい）　一九〇九年草案では死刑は二一二條の殺人、一〇〇條の大逆罪に規定され、前者には輕減事由の規定があつたが後者にはなかつた。

2. 文獻におけるこの問題の取扱い　廢止論者の數が斷然多い。一八七一年にすでにワールベルクが死刑廢止をとりあげ、特にその經濟的ならざる點を强調し、死刑は〃一人の人間の能力源を絶滅すること〃だと非難した。ロンブローゾは場合を分けて、〃生來的犯罪人〃や暴動の時に爲された犯罪には死刑を認め、政治犯には追放を提案している。更に同じくイタリアの學者、エンリコ・フェルリもロンブローゾと同じような立場での廢止論者として登場した。彼の論據はヒューマニズムにおかれているのではなく、當時の刑事裁判が些細な法律上の犯罪の驚くべき數にとつて嚴格すぎるという點にあつた。それ故死刑の多用をひかえて、それの持つ〃人工的淘汰〃の作用により、生來的犯罪人を處刑することを主張している。これが死刑の唯一の長所だと彼は言う。

一九〇四年にアシァフェンブルクとリストによつて出された「犯罪心理學と刑法改革のための月刊誌」で死刑問題が多く論じられた。

リストは、死刑の完全な廢止を明確には論じなかつたが、この問題を冷靜な刑事政策的見地から考えることを强調し、將來の立法は、死刑適用の場合を根本的に檢討する必要があると說き、更には「刑務所の制度が改革されて、始めて死刑の問題も滿足すべき解消をもたらすであろう」と言つている。

死刑の存置を强力に押したのがビンディングであることは、彼の多くの著書でも明らかであるが、次の言葉はその端的な表われである。「荒々しい激情の流れの爆發を未然に防ぐためには、壓倒的なエネルギーを消耗する必要があるのであつて、同情などというレモネードで何が出來るか！」。彼の信念では重罪の累犯に對する斷乎たる手段こそ死刑なのであつた。

死刑廢止に反對する者として刑務所の實務家としてルムプが、死刑を廢止すると、看守を殺害した無期の囚人を罰することが出來なくなり、刑務官に不安が起るという傾聽すべき反對論を述べた。

3. 一九一〇年と一九一二年のドイツ法曹會議の態度　一九一〇年にダンチッヒで開かれた第三一回ドイツ法曹會議では〃ドイツ刑法豫備草案による刑罰の手段〃が議題となつた。

オルスハウゼンは殺人に認められている自由刑の選擇的適用を、大逆罪にも適用することは「國家政策的必要」からとり得ないとしたが、カールはこれに對してその採用を提案した（カールは後に强力な死刑存置論者となつた）。

この會議での死刑存置の大勢は動かなかつた。しかしフリードマンの「死刑は刑罰の手段として刑法典に採用すべきでない」という提案は否決されたけれども、他方大逆罪にとどまらず、殺人罪にも輕減事由を認めてはならないとするプリッツビッツと、ガフロンの「死刑は常に例外なく課せられる」とする二提案も否決されたこと

は、この會議の性格を示していて興味深い。

これに對しウィンクラーの提案である、〃特に輕い場合に懲役刑を認める〃という件は可決され、更にゴールトシュミットの輕減事情の存する場合に刑罰輕減權を裁判官に認める件も可決された。

ウイーンでの第三回法曹會議は、二年後に開かれ、ここでは「死刑は將來のドイツおよびオーストリア刑法典に存置さるべきか」が議題となつた。この會議には一八〇〇人もの會員が集つた。死刑の問題は第三部會で扱われ――投票の日には三一七人の會員を數えた――廢止の答申をリープマンが、存置をフィンガーが提出した。贊成討論をそれぞれワルンハネック、カールが受け持つた。

カールのテーゼは國民の法確信に基づく死刑の存置を要求し、それを殺人と大逆罪に限り、しかも絶對的刑罰として死刑を課すことは否定し、死刑の無用性が法的確信となつた時に法律上廢止するという主旨であつた。その理由は今迄論じられていたことと同じであつて、別段新しいことはない。

これに反して、特別な事情を除いて「死刑は將來のドイツおよびオーストリアの刑法に存置せらるべきではない」とするワルンハネックのテーゼは「民衆の聲の奴隷になることが立法者の仕事ではなく、間違つた觀念と闘うべし」として、死刑を國民の確信とする考え方を攻撃した。彼の論據はこの他の點ではやはり從來と同じ事項が用いられていた。

投票の結果は一五九對一五八でカールの提案を可決、他は否決された。

勢いに乘つた存置派は、當議題を本會議において可決しようとはかつた。廢止派はリープマンを送り、リープマンは國民の確信を強調することに反對し、更にはフランスにおけるギロチンの無力を例にして戰つたが、投票の結果は四七〇對四二四で敗れ、カールのテーゼは法曹會議の決議として聯邦議會（ライヒスタック）に送られたのであつた。

4. 死刑問題に對する各政黨の態度　北ドイツ聯邦議會での投票結果をみてわかるように、死刑に對する各黨の態度は、次第に一致して各黨派の意向を打ち出すようになり、各議員の個人的確信で投票する傾向が弱まつて來た。かくてこの節では死刑に對する各黨派の見解を主な黨についてたどり、特に社會民主黨に重點を向けて考察が加えられている。

a. 保守黨　死刑について論議がなされて以來、妥協することなく徹底的に死刑廢止論と戰つたのは、この右翼の黨であり、啓蒙時代の產物である合理主義、更にこの合理主義の產物たる死刑廢止論と戰つた。この態度は一八七〇年代のビスマルクから、この黨の繼承者であるドイツ國權黨（Deutschnationale Volkspartei）まで、即ち第一次大戰後まで頑强に保持された。

b. 國民自由黨　この黨には死刑廢止に對する統一的な見解はない。立黨當時の自由主義的な態度は、プロシア聯邦議會で支配的立場が强くなるに從つて弱まつていつた。この黨の後の繼承者ドイツ國民黨は、第一次大戰後に死刑存置を一致して宣明した。

c. 中央黨　一八五二年に創立され、ワイマール會議では第二黨になつた。この黨は保守黨のような徹底した態度ではなかつたが、死刑廢止論に贊成する者は多くなかつた。著名な士にはライヘンシュペルガーの名があり、彼は死後もこの黨の死刑存置論に大きな影

響を與えていたことは、中央黨の後の主宰者ベルが「刑法改革」に關するその著書にライヘンシュペルガーの主張を大きくとり上げていることでも明白である。

d. ドイツ進歩黨　この黨は「國民の異端者的傾向があり、進歩偏執狂だ」といわれる如く、妥協なき死刑反對論を保持していた。しかし後に二派に分裂し、更に第三派が脱退してゆく中に、左翼的な廢止論の立場を失つた。ワイマールの會議ではこの左翼自由系の派閥の繼承者であるドイツ民主黨は、その少數が死刑廢止に贊成したにすぎなかつた。

e. 社會民主黨　立黨から今日まで、終止一貫死刑廢止の要求を固執して活躍した唯一の黨こそ、この社會民主黨であつた。社會民主黨の母胎となつた勞働者聯盟は以前から刑法問題を扱つていたが死刑の問題はまだ表面に出されていなかつた。しかし一八七〇年北ドイツ聯邦議會で六人の社會民主黨議員が結束して死刑廢止の態度をとつたことはすでに見たところである。一八九一年（社會主義運動禁止が一八七八年から一八九〇年まで續いていた）に社會主義者禁壓法が廢止された後、エルフルトでの黨大會の綱領の中に「死刑廢止」がとり上げられた。

社會民主黨のこの態度に理論的な影響を與えたのは、ロンブローゾの「政治犯に對する死刑反對」の思想と、リストの犯罪は「犯罪者の特質からの産物であり、又行爲の時に犯罪者をとりまく社會的諸關係からの産物」であるとする學説であつた。

この思想はやがて一九〇六年のマンハイムにおける黨大會でのハーゼ辯護士の論議に強く打ち出された。「階級國家における犯罪は資本主義的社會秩序により制約される。犯罪者はこの社會秩序の犠牲者である」という彼の論議は死刑廢止の理論的根據になつた。これが基本となつた黨の決議は聯邦議會に提出されたのである。

この黨の態度は一九〇八年の聯邦議會で、ジュースハイムが四時間にわたる演説の形で表明した。

一九一二年、ケムニツで黨大會を開いた時には黨の得票は一〇〇萬に上つた。ここでも死刑の問題は正式にとりあげられた。

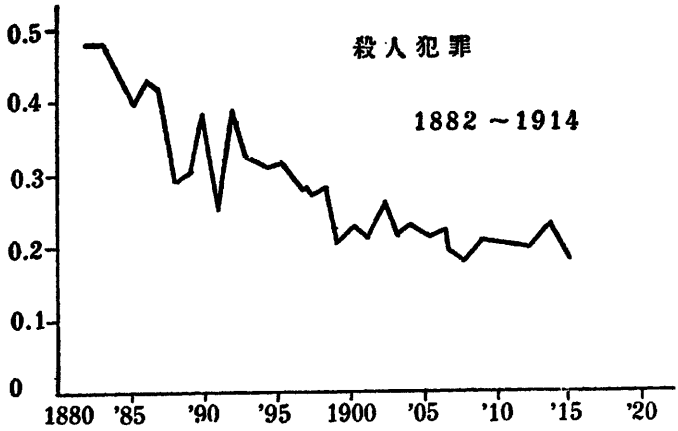
一九一九年にワイマールで開かれた黨大會の時には、社會民主黨の得票數は一一五〇萬に上つた。この年の六月一四日、黨大會で滿場一致を以つて可決されたドレーナーの提案は「國民會議のフラクションは、死刑の廢止を確立した法律を直ちに要求することを委任される」というものであつた。

三日後にこの黨大會決議に基いてワイマール國民會議にカッツェンシュタインは憲法の中に次の原則を入れることを提議した。即ち「死刑は廢止される」と。

5. 死刑の適用　ビスマルクの時代から殘された犯罪統計は、皮肉にも死刑廢止論者の好論據となつた。第五表の如く死刑判決數は一八八二年から一九一八年に至る迄、絶えず退行を示し、殺人犯罪も別示の圖の如く退行を示している。

第五表　一八八二年から一九一八年に至る死刑判決數

年次	死刑判決數
1882 — 1886	76
1887 — 1891	52
1892 — 1896	55
1897 — 1901	42
1902 — 1906	37
1907 — 1911	37
1912 — 1916	34
1917 — 1918	28



この統計的事實から明らかなことは、死刑判決が減少しても、殺人に基づく有罪宣告數は增加を見ないばかりか、かえつて非常な減少が見られる。この「廢止論者に有利な論據」は、今後の論議で實に重大な役割を演ずるに至るのである。

八

ワイマール國民會議における死刑廢止の努力（一三三頁―一四四頁）

ワイマール國民會議で、死刑問題が討論される迄、北ドイツ聯邦で死刑存置の決定がなされてから五〇年の歲月が流れた。

ここで注目すべきことに、その議員の中、勞働者出身が一七八人で、一四五人のアカデミカーを上廻り、貴族の數が二%にすぎず、婦人議員は三七名を數えた。これを政黨別にみると第六表の如くである。

第六表　ワイマール國民會議における政黨別議員數の比較と得票數

政黨	得票	百分比	議員數	アカデミカー
社會民主黨	11509948	37.9%	165	21
獨立社會民主黨	2317290	7.6	22	5
中央黨	5980216	19.7	90	36
民主黨	5641825	18.5	75	47
ドイツ國權黨	3121479	10.3	42	19
ドイツ國民黨	1345638	4.4	22	17
諸派	484848	1.6	7	0
	30400344	100	423	145

この表からわかるように、社會主義政黨を二つ合わせても過半數は得られなかつた。ここでキャスティングボートを握つていたのが往時のドイツ進步黨の後繼者である民主黨であつた。

死刑廢止の論議と投票の結果　ここにおいても死刑廢止の問題は、まず憲法委員會、次いで總會で論じられた。

政府提出の憲法草案には、死刑廢止の項目がなかつた。ところが委員會が草案の審議を終え、それを本會議に提出する一日前に、カッツェンシュタイン議員はそれより三日前に行われた社會民主黨大會で全會一致の決議を得た「死刑廢止」の問題を提案した。

社會民主黨からは、ジンツハイマー、クヴァルク、ピュルフ女史が立つて、こもごも贊成演說をした。殊にピュルフ議員はドイツ議會での初めての女性辯士として「我々婦人は全力をあげて死刑に反

對する。……一つの殺人に一つの殺人を加えることは殺人をゼロにするのではなく、殺人が二つになるのだ！」と叫んだ。

死刑存置論者もこれに激しく應酬した。しかし所詮準備不足は覆い得ず、かつ日程も迫っているという事情で、この提案は一蹴された。

總會における死刑廢止の論議と投票の結果　總會は四週間後に開かれた。死刑廢止の提案は社會民主黨および獨立社會民主黨から爲された。本來ならば、死刑廢止論者達は議席の過半數を制していない事情からして、多大の準備を重ねて臨むべきであったのに、存置論者の論陣に壓倒されてしまった程、おざなりな論議に終始した。

かくて記名投票によって裁決の結果一二八對一五三で廢止の提案は葬り去られた（第七表參照）。

ここにいえることは、社會主義政黨の努力の不足が、ドイツ民主黨を動かし得なかったことが致命傷となった。

この第三讀會において死刑廢止論者は、死刑廢止の提案をむしかえすことを斷念し、政府に對して二つの決議をすることを提案した。

第一、國民會議は、死刑廢止を目的とする刑法および行刑の改革に關する法律案を速かに政府が議會に提出するよう努めることを望む。

第二、國民會議は、現行法が死刑のみを規定しているあらゆる場合に輕減事由を認め、死刑と並んで選擇的に自由刑を科することを許す法律案を速やかに提出するよう努めることを望む。

この二つの決議案は無記名投票の結果、ドイツ民主黨の協力を得て多數の贊同で可決された。

かくして、死刑の問題に關するワイマール國民會議の最後の言葉が語られたのであった。

（未完）

第七表　ワイマール國民會議總會における死刑廢止に關する投票數の黨派別數

政黨	贊成	反對
社會民主黨	105	0
獨立民主黨	17	0
中央黨	2	65
ドイツ民主黨	3	40
ドイツ國民黨	0	14
ドイツ國權黨	0	31
ハノーバー黨	1	3
總數	128	153

執筆者紹介

手塚　豐　法學部教授　日本法制史
中村菊男　法學部教授　日本政治史、政治學
石川忠雄　法學部教授　中國政治史
米津昭子　法學部講師　商法
宮澤浩一　法學部助手　刑事學
石川　明　法學部助手　民事訴訟法
中村勝範　法學部副手　日本政治思想史