

Title	死刑廃止論の立場
Sub Title	On the uselessness of capital punishment
Author	宮澤, 浩一 (Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1964
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.37, No.1 (1964. 1) ,p.62- 99
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	死刑をめぐる諸問題 論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19640115-0062">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19640115-0062</a>

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.

# 死刑廃止論の立場

宮澤浩一

- 一 序説
- 二 死刑廃止論の一般的根拠づけ
  - a 社会契約説を抛りどころとする論点
  - b 宗教的観点及び倫理的観点
  - c 人道主義と死刑
- 三 死刑廃止論の法的根拠づけ
  - a 犯罪抑制力について
  - b 誤判について
  - c 西独のある調査について
- 四 結語

## 一 序 説

昭和三六年二月二〇日に、我々の将来の刑法を創り出す準備作業ともいうべき、「改正刑法準備草案」が理由書を附して公表せられた。この草案の中には、なるほど現行刑法と比較すれば、その数にいささかの減少が見られるとはいえ、依然

として死刑が存置せられている。

死刑は本来に必要な制度なのかを疑う者に対する説明はこうである。

「死刑の存廃については、死刑の廃止は世界的傾向であるから、これを廃止すべしとする意見もあつたが、準備会の多数は、将来国民の法的確信が死刑廃止に傾いた際には死刑を廃止すべきことに異論はないが、現実的な立場で、かつ、現状をもととして考える限りにおいては、死刑はなお存続すべきものとせざるをえないという意見であつた」(傍点筆者)

さらに、「死刑の適用は、特に慎重でなければならぬ」とする第四七条第三項後段につき、「刑罰はこれを受ける者の重大な法益を奪うものであるから、政策的見地からは効果的であると思料されるにしても、それだけの理由で過度に犯人に苦痛を与えるものであつてはならない。中略。その限度を越えたものは、他面において、第一項の責任主義の原則を著しく害することになる。中略。本項の趣旨は、特に、犯人の生命を奪うことを内容とする死刑の選択に際して重要視されなければならぬ。死刑のもつ一般予防的抑制的效果はこれを否定することはできないが、その適用にあつては、当該犯人の責任の程度を越えてはならないことはもちろん、他の刑による特別予防的改善的效果の可能性をも考慮して慎重に判断しなければならぬ」とし、後段の規定の趣旨はまさに右の通りであるというのである。

今回の改正刑法準備草案の作成に当り、指導的役割を演じられた小野清一郎博士の言葉に、「死刑が正当なものであるかどうかは抽象的に論じがたい。歴史的社会的現実、特に其の政治的事情に依り、又各場合の具体的事情に依りてその判断が異るべきである。抽象的に死刑を否認し去らうとするのは浅薄な人道主義又は個人主義的啓蒙思想に基く主観的見解であるにすぎない。客観的文化を重んじ、現実の政治的必要性を認識する者は、さう単純にこれを否定しざることを得るものではない」とされ、又準備会委員の一人たる植松正教授は「いわゆる人道論にもとづく死刑廃止論は、法の理念たる『正義』の価値に對し盲目的な議論である」と言われる。

新しい刑法の母胎ともなりうる準備草案に死刑が存置せられている背景としては、このような論理が用意されているといえる。

しかしながら私は敢て疑う。はたして、日本の現実が死刑を必要としているのか。現実の日本の死刑がいかほどの作用をしているのか。正義に本当に奉仕しているのか。死刑が存在することによつて、何等かの意味をもつということは、法律家を含めて多くの日本人の陥つている錯覚なのではないか。抽象的の一般的デイメンジョンで考える限りでは、有用かつ必要と思つている人も、その実体と現実的運用とを直視すれば、自ずから異なつた表象を得るのではないか。

以下の私の論述には、別段目新しい議論は何も提示されることはあるまい。死刑に関する賛否両論は、いずれの論者も豊富な証拠を用意して自己に有利な結論をひき出そうとして数百年の間、多種多様な議論を重ねてきた。だから、この問題を扱おうとしても、これまで知られなかつた観点でこの問題に解決をせまるなどということは至難のわざである。本稿の所論は決して特許的な解決も、又オリジナリティーをも誇ることは出来ない。

若し、存在の意味があるとすれば、人間の持つている忘却という都合のいいような、おそろしいような属性に対し、かつていわれたことをくり返えし、現在の時点で考えることを喚起することであり、特に、戦争中、大いに時流にのつた歴史的社会的現実“客観的文化”“日本精神”とかの正体のわからない概念でひきずり廻された過去を念頭に置いて、“国民の法的確信”とか“正義”とかを手軽に振り廻す趣味のある人達に冷水を浴びせることも意味はあろうかと考える。

又、他面、刑法改正に関する問題、殊に死刑を存置するか否かといつた議論には、出来るだけ多くの者の意見が表明されることが必要であり、特に現在の立法者よりも、この新しい刑法の受規者になる期間の長い我々若い世代の一つの考えを提示することも無駄ではなからうと信ずる。<sup>(6)</sup>

本稿は、従来、死刑廃止論が好んで用いた論法、即ち、死刑はあるべきでないとするこの哲学的意味づけとか、啓蒙期

の学者の意見のパラフレーズとか、自分が指定した問いに答える類の論法を用いず、比較的最近提唱された二人の先学<sup>(8)</sup>の相当理由のある死刑存置論に反論を試みることにより、問題の焦点を具体化したいとするものである。

およそ何が困難であるかといつて、既存の制度を合理づけて、それを擁護する論理の展開にまさるものはない。この意味で、私が批判しようとする竹田直平教授、植松正教授の論著は、死刑存置論の陣営では貴重なものである。批判の側に廻る前に、まず両先生の価値努力に対し敬意を表し、併せて私の批判的考察に対し、前以つてその御海容を乞うておきたい。

我が国における学術論争について次のごとき批判がある。即ち、問題の解決もしくは整理がなされ、これから先の問題が残されているというけじめ、がいつころはつきりしないままに立ち消え、ずつと後になつて、何かのきっかけで実質的に同じ<sup>(9)</sup>テーマについて論争が始まると、前の論争の到達点から出発せず、そのたびごとにイロハから始まるというのである。先学の議論が展開した実績に立脚して、その批判を通じて何等かのプラスになる議論を生んでみたいというのが私の念願である。

併せて、戦後に死刑を廃止した西独の理論、及び最近発表された調査を検討することによつて、敗戦、それに続く戦後の経済的困難を同じように体験した我が国でも、死刑は本当に廃止しえないのかを問うてみたい。

私がかつてデュージングの“死刑廃止の歴史”を抄訳したことがあつた<sup>(10)</sup>。その後記に、理論的な問題を追及したいと書いた<sup>(11)</sup>。今、この言葉に現実的裏づけをするに当り、特に本稿のドイツの部分<sup>(10)</sup>を補う意味で、旧稿の御参照を乞うものである。

(1) 現行法では絶対的死刑となつている外患誘致罪にも選択的に自由刑を認めている。又、現行法で死刑を法定刑とする現住建造物放火、出水による建造物浸害、汽車・船舶・航空機の破壊、水道毒物混入致死につき死刑を削除。

(2) 改正刑法準備草案・附理由書、一一六頁。

(3) 同右、一一七頁。

(4) 小野・刑法講義・総則、二二九頁。

- (5) 植松・刑法総論、三二二頁。
- (6) 西独の改正刑法草案に対して、これまで余り積極的な反論はなかつた。我々は明示的な反対意見がなかつたことから、西独の刑法学会でも刑法改正が好意的に受け容れられているものと考えていた。しかし、先般(本年一〇月下旬)来日したザール大学のキールワイン教授と四日にわたつて話をする機会を得たか、その折、若い教授連の殆んどが、今度の刑法草案には反対であること、今日の段階で刑法改正をすることの不適切さを指摘しつづつたような興味のある事実を話してくれた。本年の初夏、シュミットとポツケルマンが中心となつて、一九六二年草案が議會で早く審議されるようにすべての刑法学者の署名を集め、これによつて、本草案が非常に良いものであり、かつこれを審議する必要があるとの印象づけをしようとして、賛成を求める回状を各大学の刑法学教授に出したところ、約半数の教授連から拒否されたという。
- 戦争中に、ナチスに協力した作品を発表したことのない、とらわれない立場の若い教授陣は、いよいよ、古い世代によつて造られようとしている刑法改正草案に対する理論的反撃に移りつゝある。Jugen Baumann: *Eutwurf eines Strafgesetzbuchs*. Allg. Teil. 1963. がこの動きの嚆矢である。
- (7) 西村克彦・刑罰の心理所載「死刑論の一断面」は平野教授の著書「死刑」を論評したものであつて、その点で本文の例外をなす。本稿は西村批判を全面的に肯定する。
- (8) 植松・前掲書。竹田直平・立法における死刑——立法上の死刑は廃止すべきでない——甲南法学一卷一号二九頁以下。
- (9) 丸山真男・日本の思想七頁。
- (10) 宮沢浩一・死刑廃止の歴史(口)——西ドイツ連邦共和国を中心として——本誌二九卷一〇、一一号。
- (11) 宮沢浩一・前掲一一号六三頁。

## 二 死刑廃止論の一般的根拠づけ

ここでは社会契約説に依拠する議論、倫理及び宗教的見地による存廃の議論、並びに人道主義による議論を見る。従つて、ここでは宗教的哲学的に論点を洗つてみるわけであつて、次節の法学的根拠づけへの予備段階をなすのである。

### a 社会契約説を拠りどころとする論点

社会契約説に依拠して、死刑に敢然として立ち向つたのは、ベツカリアであつたことは余りにもよく知られている。こ

ここでは、社会契約説を逆にとつて死刑を肯定する論点と対比する限りで意味のあると思われるベツカリーアの主張を略述しておく。<sup>(1)</sup>

よく知られているように、彼の「犯罪と刑罰」は獨創的というよりは、むしろイタリアのルソーと言われる程、ルソーの社会契約説に依拠している。刑罰の本質について、国家と法律の起源とに關連せしめて次のように言う。国家は契約によつて成り立ち、人は人と結合することによつてはじめて生存しうる。各人が任意に提供した自由の総量、この共同財産が主権であり、法律である。刑罰権の根拠については、若し或る者が共同財産から自己の持ち分を超えて他人の分までも侵そうとすれば、そこには闘争が生じ、社会状態をもとの赤裸々な闘争状態に陥れるおそれがある。そこで、他の力によつて自己の欲望を抑える必要がある、これが法律上の力としての刑罰権の本質をなす、と。

この論理がそのまま死刑に対する批判としても用いられる。刑罰は換言すれば各人がその幸福のために犠牲に供した自由の総量である。この自由はあくまでも各人が任意に処分することの可能な自由である筈であり、これと生命とは本質的に相容れない。何故なら、生命は人にとつての最大の自由であつて任意に処分できない価値である。国家が犯罪人に死刑を科すのは、社会契約からは説明できず、社会全体と一犯罪人との戦である。

死刑は人の自由の全部を奪うから犯罪と刑罰の均衡という観点からみて不当であり、たとえその印象は強烈ではあつても、一時的のもので早く消え去るから、他人に対する威嚇としても効果が弱い、と反対する。

これに対する竹田直平教授の議論の要点はこうである。

『人間は本来利己的恣意的な行動を為す傾向を有するので、他人からの不侵害の約束と、その約束の遵守を有効に担保する方法とが提供されない限り、何人も自己の生命や自由・幸福の安全を確保することができない。ところが、他人からの不侵害の約束を得るには、先ず自己の側から凡ての他人の生命や自由・幸福を尊重し侵害しない旨の約束と、この約束の遵守

を有効に担保する方法とを提供せねばならない。これが立法者として立ち現われた場合の国民相互の立場であるといわねばならない。このような相互の立場を理性的に認識して、各人の可能的最大の自由と平和共存共栄の条件を確立する度に、各人の間に取交わされた相互の不可侵の約束が、自然法学者の謂うところの「社会契約」(Contract social, *Drivertrag*)である。

ところで、この相互的不可侵の約束の遵守は、各人の理性と良心との支配力によつて、換言すれば、他人の生命・自由等の利益を尊重し侵害してはならないという「利他心」の支配力によつて拘束支持されるわけであるが、この「利他心」の支配力は具体的行為の際には往々微弱であり、不確実である。各人の「利他心」「自愛力」の圧力によつて圧倒せられ克服せられる場合が多い。それで各人の生命・自由の利益を他人の利己心と恣意による侵害から確実に有効に保全するには、この「利己心」に呼びかける約束、すなわち、相互不侵害の約束に違反する行為を為した場合には、それによつて相手方及び一般契約当事者に与えた損害に相当する以上の、そしてその違約行為によつて得られる利益・満足に相当する以上の「不利益・損害・不名誉を忍受する旨の約束」を相互に取り交わすことによつて、前者の遵守を補強し担保することが必要である。勿論この担保は、違約の場合に迅速確実に実行しうる可能状態に置かれていること、すなわち、違約者に発覚・執行を免れ得るとの希望を抱かしくない程度の警察力その他の司法制度を完備した国家組織の網の中に置かれていることが必要である。この確約の場合に他の契約当事者から不利益を科せられることを忍受する旨の「社会契約」「合意」を基礎として規定せられたのが刑法・損害賠償法・懲戒法等の「制裁法」(Sanktionalrecht)である。

この社会契約締結の際に、すなわちわれわれが「立法者としての立場」に立つた場合に、人間の有するあらゆる価値利益の中、至高至重であると考えられる「生命」を侵害しないという相互不侵害の約束を有効かつ正義にかなつた方法で担保するには、違約者(殺人犯人)自らそれに相当する価値、すなわち自己の「生命」を提供すると約束するのが相当であるか、生命よりも価値の低い「代用物」の提供を約するのが相当であるかという問題が、「立法における死刑」を存置すべきか廢

止すべきかの問題である。この場合に「私はあなたを殺さないことを一応約束する、しかし私は恣意的にこの約束に違反してあなたを殺すことがあつてもあなたは予め私を殺さないという約束を与えよ」と要求するのが死刑廃止論の主張であるといわねばならない。もしこの要求を承認する立法がなされたならば、利己的恣意的な殺人犯人の生命は、彼の犠牲となる適法な人間の生命よりも価値高く評価せられ、より厚く保護する旨を予め法定したことになるのではなからうか。このような悪人優遇を予約する法は、すべての人間の生命と人権との平等尊重を理念とする近代法の精神に調和しうるであらうか。」<sup>(2)</sup>という死刑廃止論に対する根本的疑念を表明される。

「私はあなたを殺さないことを約する。若しこの約束に違反してあなたを不法に殺すことがあれば私の生命を提供する」ということが違法の加害者に対する被害者または国家の側からの復讐を承認する趣旨ではなくて、自己の生命と同様にあなたの生命の尊厳を真剣に尊重するという誓いを立てる趣旨である。死刑は、このような違法行為者自身の意思を国家が代行するものと竹田教授は言われる。<sup>(3)</sup>

私の素朴な疑問は竹田教授の論理は事柄を少し民事法的に考えられすぎているのではないかという点にある。銀行や質屋に借金を申込むときに債務額に相当する以上の価値物を質として提供しまたは抵当権の設定・保証人の保証等十分な担保を提供することを例示して、「相互不侵害を約することによつて、各自の生命・自由・財産等の安全を確保しよう」と望んでいる社会契約当事者は、その契約遵守について何等の担保の取り交わしをしないとすることは考えられない」とされ、違約によつて他人の利益を恣意的に侵害する行為をしたならば、その損害以上の不利益を自己に科せられることを忍受するという趣旨を強調される。<sup>(4)</sup>

だが、刑法の発展は、刑罰に対する私法の見方から公法の見方に変容することによつてなされたとみるのが正しいし、<sup>(5)</sup>侵害という結果のみを重視することは故意責任と過失責任を峻別する現代の責任主義に反しはしないであらうか。

教授のいわれる「私はあなたを殺さないことを約する」という誓いは、「不法に、しかし過失によつて」破られることが多い。交通事故による殺傷は、高速道路交通機関であればある程、その数が多くなる。しかしながら、誰も重大事故を惹起した運転手に「あなたの生命を提供しなさい」とは言わない。しかも彼は、多勢の生命を運送契約上預かっている会社のみならず、乗客全員に対し「業務上万人の注意を怠らないで仕事をする」義務を負うている。

次なる疑問は、なるほど殺人はよりきびしい刑罰に備する責任を負わされるが、それだからといって、それが死刑でなければならぬと直ちに推論することは出来ないという点である。「謀殺には死刑こそ唯一の、責任にふさわしい刑罰である」という考え方は、まさに感情論であつて、それには重い刑罰は必要とされても、死刑がその重い刑罰であるという論証はないのである。<sup>(6)</sup>

それよりもつと根本的な疑問は、国家契約乃至社会契約は単なる擬制的な形象であつて、この契約は超時間的なもので、一とたび同意したというものではなくて、各瞬間々に更新されるものと考えなければならず、従つて死刑の理由づけも、受刑者に同意することを許されたかではなくて、これに同意することがあり、えるか<sup>(7)</sup>と考えるべきである。カントのように個人をその経験的事実性においてとらえずに、理性の固りと考えても、個人は死刑に同意するものとは考えられない。死刑は、どのようにしても犯罪人自身の利益に奉仕するものとは考えられない。けだし死刑は、まさに利益の主体を亡ぼし尽すからである。正当防衛において人を殺すことの許容から死刑反対の個人主義的見解に異議がなされる。だが、正当防衛と死刑とで殺される者の間には大きな差異がある。前者では最後の時間まで逃避することが可能であると信じているのに対し、後者は時間的に完全に定められた死という逃避不能の恐るべき感情に始終苦しまなければならなかつたというまづたく実在的な心理的事実の中にある。要するに、社会契約という思考形式には限界があることを知らねばならない。死刑についての決定的な論議は一方では死刑の許容性についての倫理的及び宗教的議論、他方ではその必要性についての

統計的及び心理学的な経験的証明の中に求めなければならない。

#### b 宗教的観点及び倫理的観点

現代の神学者の中、その多くは理由づけこそ異なれ、死刑存置論をとつてゐる。カトリックではカートライン、エルメツケ、マウスバツハ、プロテスタントではアルトハウス、<sup>(8)</sup>ブルンナー、キュンネットがその代表者であり、死刑に反対する者としてはカール・バルトとリンゼマンの名をあげることが出来る。だから、死刑論に、これら両派のいずれかを特に援用して理由づけることは一方的な結論を導くおそれなしとしない。<sup>(9)</sup>

又、聖書からも、この問題を説明する直接の手がかりは得られない。モーゼの十戒の第五律たる「殺す勿れ」も死刑を禁ずる決め手とはならない。何故なら、この禁止は「正当ならざる殺人」に關聯するといつても、死刑が「正当な殺人」であるかどうかが問題であるから。もつとも、キュンネットによれば、これのヘブライ語の原典では *uten* ではなくて、*horfen* であつて、「汝謀殺を犯す勿れ」ということになり、従つて第五律は死刑を肯定するということになる。<sup>(10)</sup>

旧約聖書からよく引用される個所も死刑を肯定する論拠となりえない。

「人の血を流すものは、人に血を流される、神が自分のかたち人に人を造られたゆえに」(創世記第九章六)

「人を撃つて死なせた者は、必ず殺されなければならない」「人がもし、ことさらに隣人を欺いて殺す時は、その者をわたしの祭壇からでも、捕えて行つて殺さなければならない」(出エジプト記第二章二二と二四)

何故ならば、モーゼの戒律を歴史的に考えると、当時の際限ない復讐の慣習を広範に阻止しようとする試みであるから、今日、刑罰権を拡大する論拠にそれを用いるのは不都合である。そこでは、今日死刑に該当するとは考えられないような罪にまで死刑を課している点から考えても、論拠とするには適しない。

又、新約聖書もこの問題に解答を与えることは出来ない。そこで言及された法制度は、当時の時代像を反映しているからである。<sup>(11)</sup>

「あなたの剣をもとの所におさめなさい。剣をとるものはみな、剣で滅びる」(マタイ伝第二十六章五二)

「彼は、あなたに益を与えるための神の僕なのである。しかし、もしあなたが悪事をすれば、恐れなければならぬ。彼はいたずらに剣を帯びているのではない。彼は神の僕であつて、悪事を行う者に対しては、怒りをもつて報いるからである」(ローマ人への手紙第二三章四)

これらの個所で「剣」というのは明らかに死刑自体を考えているのではなくて、刑罰権一般の法的シンボルと解される。とにかく、我々は旧約、新約の中で有効とされた刑法体系を躊躇なく拒否し、原始的な粗暴な司法の形式とみるのに対して、死刑だけは特に例外としている。だから、我々はこれに対して、現代の刑法では異質物ではないのかどうかを問う必要があるのである。<sup>(12)</sup>

又、死刑を課することが等しきものを等しくとするタリオ的な、一見正義の命令の如く解されている原理に依拠しようと考えることも正しいとはいえない。謀殺者を殺したところで等しいものを以つて応報したことになるが、前述したように、過失殺にもタリオ的に考えれば死刑を課す必要が出てき、多くの犯罪にタリオを実現することは不可能であり、又、正義は本来、行為に即した刑罰の種類を要求するのではなくて、責任に即した刑罰の程度を要求するからである。<sup>(13)</sup> すでに述べたように、謀殺には死刑のみが唯一の適切な刑罰であると主張するのは間違いである。

最後に、現代の倫理学では死刑につき、贖罪の思想が論ぜられる。それによれば、犯罪人は社会の構成員の各人の中にひそんでいる同じような悪を、その行為者の行為の中に認識する社会のために、代表して死ぬという考えである。その犯罪人の死によつて、社会はきよめられるというのである。しかし、このような代表としての贖罪という観念は今日のような俗化

した社会にはもはや存在しないような社会的な心情を前提とする。

他方、リンゼマンやバルトはイエス・キリストが此の世の人々の原罪の故に亡くなつたのであるから、死刑を人猿の贖罪の犠牲として要求してはならないと主張する。

以上、今日では犯罪人がその死の苦痛によつて自分自身贖罪するという意味に解されると解する倫理観を概観した。しかし、これも問題なのであつて、死刑の宣告を受けた者の中には、死に直面して、真の倫理的な贖罪に進んで服するものもあるが、自己の責任を自覚した、任意の静かなる贖罪の態度は強制されることはできず、罪を悔いる者ばかりを処刑するわけにはゆかない。処刑に先立つて後悔もしない者に対して、敢てその息の根をとめるのは贖罪の観念と一致しうるであろうか。その他、犯罪人は彼の行為によつて、生活する権利を失効せしめたのであつて、いわば“社会的自殺”を犯すものであるという説もあるが、今日の刑法がはたしてこのような権利の失効を原則として認めているかどうか疑わしいのである。<sup>(14)</sup>要するに、宗教、倫理の諸観点は、死刑の存置に明確な手がかりを与えていないと論断してよい。

### c 人道主義と死刑

死刑の問題を法的な観点から見つめる前に、「死刑廃止論の感情的側面」としての人道主義について考察する。  
植松教授の説かれるところを聞こう。

教授も「一般論としては、人間感情も立法の基礎としてきわめて重要なものである。たとえ理論的には意味の乏しい感情であつても、法律制度としてそれを無視することは許されない」としつつも、死刑が人道に反するという議論は、その視野の狭小・偏倚なことに由来し、深い根柢を有するものではないときめつけられる。

人道主義に基づく死刑廃止論に対する教授の反論は、「一人の兇悪な犯罪人を死刑に処することによつて、多数の同種犯罪

の発生を未然に防ぐことができるのであれば、死刑を存置する方がはるかに善良な一般国民の生命を尊重するゆえんである」というのである。「兇悪な犯罪人の生命を保障することよりも、善良な一般国民の生命を保障することの重要性に思いを致す方が、はるかに人道的であるといわなければならない」とする考え方と併せて考えてみたい。<sup>(15)</sup>

一体、死刑廃止論をとると、兇悪な犯罪人の多数の同種犯罪の発生を未然に防げないというのは何を根拠とするのであるか。死刑存置論者は犯罪を未然に防ぐため兇悪犯罪人を根絶することを期して死刑を多用するつもりであるとは思えないが、論者は死刑廃止論者は死刑を廃止して、あとは兇悪犯罪人を野放しにするつもりであると考えられるのであろうか。そうではない。死刑廃止論者は、はたして死刑が兇悪犯罪を防ぎうるかを疑い、むしろ死刑を存置しておく方が、国家は道徳的優位を主張しえないのではないかをおそれているのである。血にうえた犯罪人を罰するのに自からの手を血でけがすことの無意味さを考えるのであり、殺しあうことの悪循環をまず国家の側の手で断つべきであると主張するのである。

しかしながら、我々は「多数の利益は、その多数がいかに多くとも、単なる部分的利益であつて、共同の利益ではなく、従つて公共の福祉ではありえない。公共の福祉は最後の一人の利益をも無視せず看過しないところの全体の利益でなければならぬ。そうすると、すべての個人の最後の一人にいたるまで、そしてその最後の一人がたとえ殺人犯人であるとしても、その者の生命をも無視しないということが公共の福祉であるが故に、一人の国民の生きることが公共の福祉に反するという<sup>(16)</sup>ことはありえない」とする論議には組するものではないことを明言したい。我々は、公共の福祉を法定法の範囲内で考えるとき、個人の意思が窮極的には一步を譲らなければならない原理と考える。我々はむしろ、公共の福祉を用いて、個人の生命を奪うことの論理が暴力を用いる兇悪な犯罪人を納得せしめるのに効果的でない<sup>(17)</sup>と信ずるものであり、力をもつて相手を倒し、排除する意思のかくれみの作用しか有しないことをおそれるのである。

植松教授の前掲の論議には、「善良な国民の生命を尊重する」という命題がかかかつてあるが、その裏には、犯罪人から社

会を保全するには死刑が最も効果的な刑罰であること、換言すれば社会防衛のため、犯罪人の生命を抹殺する (vernichten) ことが一番能率的であるとする思想<sup>(17)</sup>がでないであらうか。刑罰としての殺人 (Töten als Strafe) ではなく、むしろ保安のための殺人 (Schermgenugung) という考え方は今日の法感情と相容れない。<sup>(18)</sup>人を殺すことは、たとえ国家の形而上学的な尊厳の維持とか法秩序の回復といった考え方によつても基礎づけることは出来ないのである。

又、死刑廃止論者は自由刑や財産刑を科すことの反人道性に目を蔽つて、死刑についてだけ人道に反すると議論している旨の非難がある。<sup>(19)</sup>これもおかしいのではないか。なるほど死刑廃止論者の主たるエネルギーは死刑制度に向けられている。しかし、彼等といえども今日の自由刑、罰金刑の現状を無条件に認めるわけではない。同じような関心をもつて、国家の刑罰制度を改善しようとする問題意識をもっている。ただ、自由刑、罰金刑は、それを存在せしめつつ改善の余地はいくらでもありうる。例えば、雑居房と独房、懲役と禁錮、開放的刑務所、夜間拘禁と週末拘禁制とか日割罰金制、換刑等いろいろな問題が考えられる。

しかし、死刑はその改善のあり方としては殺し方の工夫の他には、犯罪人が死亡するという厳然たる事實は動かすべからざる問題である。

死刑廃止論者は、全精力をあげて死刑が不合理な制度であり、人が人の生命を抹殺する制度を作り、それを運用する人間を置くことが正しいか、を疑っているのである。

なるほど、兇悪な殺人犯人は他人の生命を奪つた。だからといつて、その犯罪人を冷静な状況で時計のような正確さで死に追いやるのがどうして人道的であるといえるのであらうか。その犯罪人を抹殺したところで、被害された者は生き返らないのである。やり場のない怒りを犯罪人に向けるというメカニズムを国家制度の美名にかくれて動かすが、即物的に見た場合の死刑の実態である。

「人道論にもとづく死刑廃止論は、法の理念たる『正義』の価値に対し盲目的議論である<sup>(20)</sup>」という非難に対して、我々は血に飢えた正義を正義とは考えないと答えよう。「天に代りて不義を討つ」という式の正義論は、正義の価値を冒瀆するものである。法の理念は現実と妥協するものであつてはならない。論者は、輿論が兇悪犯罪人を生かしておくことに対して、いきどおりを感じるとか、文化の虚名にあこがれ、感情に乗じてあまりに先走りすぎた寛刑主義を採るときは、民衆はこれに不満を抱き、私刑への道を選ぶおそれがあると心配するかも知れない<sup>(21)</sup>。しかし、輿論を背景とした議論位、あてにならないものはない。輿論は罪なき者に対する殺人を耳にすると怒り、無実の者の処刑、誤判の事実を知ると司法制度に懐疑的になるのが常である<sup>(22)</sup>。

植松教授は、死刑廃止論を感情論であるときめつけられるが、それは死刑を存置している我が国の議論を見て居られるからこのようなことを言われるのである。その非難は同じ程度に死刑廃止をした国での死刑復活論に妥当する。

西独は周知のように死刑を廃止して居るが、一九五九年一月一九日、タクシー運転手に対する強盗殺人事件に抗議をして、死刑復活を要求した一五分間のタクシー組合のストライキとラジオ、テレビがタクシー労組にうながされて死刑復活の討論会を催した事実を御存じであろうか<sup>(23)</sup>。

これらにおいては、名は正義に求めつつ、実は殺害された者に対する怒りの感情が死刑を求めたのである。このように見ると、死刑を廃止した国の死刑復活論に対しても、同じように感情論であるという非難が加えられ、感情論であるというきめつけ方は、その社会が死刑制度を攻撃するか防衛するかによつて相対的な役割を演じられること明らかであり、その限りでは説得力に欠ける。

ここで、イギリスの「死刑に関する王立委員会」議長アーネスト・ゴワーズ卿 (Sir Ernest Gowers) の言葉を引用したい。「私はこの王立委員会で仕事をする前には、多くの人々のように死刑の問題に特別考慮をしたことはなかつた。若し人か

ら尋ねられたら、私自身は死刑に賛成し、死刑反対者はその心の方が理性よりも強い人達だと考えていたであろう。この問題と四年間一生懸命とり組んだ今は、この気持は次第に消えた。そして結局、死刑廃止論者の議論すべてに同意は出来ないにせよ、彼等は正しいと確信するにいたつた。そして、感情的なやり方は死刑廃止論者の陣営に導き、合理的なやり方は死刑存置論者の陣営に導くと言われていることは正しくなく、事柄は実はまさにその逆であると信ずる<sup>(24)</sup>。」と。

「死刑は残酷である」とする考え方については、これは犯罪威嚇力<sup>(25)</sup>(抑制力)と比較すべきテーマであるから、次節で論じることにする。

論者は又、強盗を例にとり、「被害者にはほとんど何の責むべき事情もないのに、犯人は罪のない人々の平和な生活をおびやかす、無慈悲にもその生命を奪い去つた<sup>(26)</sup>」として、強い道徳的非難に値するという。

私はここで、少し、問題を具体的に考えてみたいと思う。はたして、現在の死刑制度は野獣のような兇悪な強盗犯人、殺人犯人に対し、正義を満足せしめるように適用せられているであろうかという問題である。

被害者及び世人の感情を根拠として考える人達は、犯行時から現実の死刑執行までの長い時間的距りをどう考えるのだろうか。被害者の家族の悲しみと怒りが消えかけた頃になつて、加害者の死刑執行は終了した旨を告げたとして、はたして彼等は満足するであろうか。なるほど、真犯人が逮捕されたとき、「これであの子(被害者)もうかばれます云々」ということはよくいわれる。しかし、これは「誰に殺されたか分らない。殺した者が平気な顔をして生活しているのはたまらない」という気持の現われとしては理解しうるが、これが直ちに真犯人をして死をもつてつくなつて欲しいという気持の現われであるとするれば、現在の制度は余りにも彼等の期待を裏切ること大である(後述)。今日、多くの事件は、犯行時から処刑まで数年はかかっているようである<sup>(27)</sup>。こんなに長い間、同一の感情を持ち続けて、執行があつたと聞いて、これで満足であると思う者があるとしたら、その人こそ相当なものであると思われる。まともな人間ならば、犯人の死にやはり心を痛めてしか

るべきである。そして、このような連鎖をどこかで断ち切れないものかということに思いを致すであろう。殺人犯人に対し、死をもつて報いることの無意味さをさとする者こそ、彼等被害者の家族であると考える。

この事情を考えないで、死刑を科すことと正義とをすぐ結びつけ、深い人道主義ならこの死を無駄とは考えないなどという議論は、正義という概念の乱用である。

論者は死刑囚の八八％が兇悪犯人であることを指摘するが、その限りでは正しいけれども、現実に行われた殺人犯、強盗殺人犯の何パーセントが死刑になるかについて言及しない。昭和二八年から三五年にかけて殺人罪は平均して二八〇〇人がこれを犯しているが、死刑執行は平均三人弱であり、強盗殺人は二五〇〇人が犯しているが、その死刑執行人員は平均一七人強である。<sup>(28)</sup>すべての兇悪犯人の被害者の家族が等しく犯人をにくみ、その死を求めてもその中一％の人にしがこの希望、即ち応報感情の満足がなされないということではいうところの客観的文化なるものは大へん安っぽいものといわざるをえないが、どんなものであろうか。

大多数の兇悪犯人には、心ならずも自由刑を与えて、不承々々生かしておくという気持なのであろうか。

その他、死刑を廃止すると兇悪犯人は生命を保障されることにより、横行闊歩し、一般人、特に刑務官や警官は多くの危険にさらされるという議論もあるが、これは刑務所施設及び職員の側での注意、警戒心により充分防ぎうるところであり、第一、現在死刑があつてもなお、職員の殺害、脱獄が起ることと併せて、余り実のある議論とは思えない。

最後に、死刑は憲法上残虐な刑であるとされるか否かについては、私は今日の憲法は死刑制度を予定しているものであると解するから、この点で「死刑はこれを廃止する」という条項を改正により採用すべきであると考えている。憲法三一条、三六条に関する限り、通説、判例の立場は正当であつて、木村教授の違憲論は説得力がないと考える。<sup>(30)</sup>

かくして、問題は死刑廃止論の法的根拠づけを吟味することに移らなければならない。

- (1) 宮沢・刑事学のバイオニア達・ベツカリニアとベンサム・三色旗・一七三号一七頁以下。
- (2) 竹田直平・立法における死刑——立法上の死刑は廃止すべきでない——甲南法学一卷二号三九五頁以下。
- (3) 竹田・前掲六〇頁。
- (4) 竹田・前掲六一頁。
- (5) v. Hippel; Deutsches Strafrecht, 1925, S. 47 ff.
- (6) Baumann; Zur Diskussion um die Todesstrafe ARSoz. Phil. 1960, S. 81.
- (7) 以下の叙述はライトアルフの死刑論によつた。田中訳・法哲学三四九頁以下、特に三五〇、五一—五四頁。
- (8) Althaus の死刑肯定論は Mergen; Todesstrafe: Eine Dokumentation, 1963, S. 20 ff. にある。
- (9) Arthur Kaufmann; Todesstrafe, Staatslexikon, 7. Bd. 1962, Col. 1003. によつた。ついでながら、私自身はプロテスタントであることを明らかにしたい。
- (10) Künneht; Die theologische Argumente für und wider die Todesstrafe, in Die Frage der Todesstrafe, 1962, S. 157.
- (11) Kaufmann; Um die Todesstrafe, in Ruperto Carola, 9. Jahrg. Bd. 21. 1957, S. 45. なお、ルベルト・カロラとは、ハイデルベルク大学の創立と発展に力のあつた Ruprecht と Karl の名によるもので、ハイデルベルク大学の別称である。海外学界消息(市川)法学新報第七〇巻五号九五頁はこの点はおろしてないように思われる。
- (12) Kaufmann; a.a.O. Ruperto Carola, 1957, S. 45, Baumann; a.a.O. S. 77.
- (13) Kaufmann; a.a.O. (Staatslexikon) Col. 1004.
- (14) Kaufmann; a.a.O. Col. 1005, Süsterhenn; Die rationale Gründe für die Todesstrafe, in Die Fragen der Todesstrafe, S. 125.
- (15) 植松正・刑法総論三二二頁。
- (16) 木村亀一・新憲法と死刑の問題・新憲法と刑事法一八一頁。
- (17) アンフアフェンブルクII高橋訳・犯罪と刑事政策四〇〇頁は社会保全、社会淘汰の思想を除けば、死刑支持の理由は何等ない、とする。
- (18) Kaufmann; a.a.O. (Staatslexikon) Col. 1004, Baumann; a.a.O. S. 82. も説くように、社会を兇悪犯人の犯行の反復から完全に守るために、死刑に代つて終身刑がよくこれをなしうるのである。
- (19) 植松・前掲書三二二頁。
- (20) 植松・前掲書三二二頁。
- (21) 植松・前掲書三二〇頁。

- (22) Kaufmann; a.a.O. Col. 1003, Baumann; a.a.O. S. 74, Müller-Meinigen; Todesstrafe und öffentliche Meinung; in Die Fragen der Todesstrafe, S. 105 ff. 及びの問題に詳し。
- (23) Baumann; a.a.O. S. 74, Anm. 5, Müller-Meinigen; a.a.O. S. 109.
- (24) Jeschek; Die Todesstrafe in ausländischem Recht, in Die Fragen der Todesstrafe, S. 63, より引用。
- (25) 植松教授は威嚇力という言葉は死刑廃止論にとつてのみ有利な響を持つ言葉であるから、これを棄て、抑制力という用語を採るといわれる(植松・刑法ノート三三三頁)。
- (26) 植松・刑法総論三三三頁。
- (27) 各年度の死刑宣告者と執行者については統計があるが、行為から処刑までの期間等について、調査したものが見当らない。実証的に研究する必要があると思うのだが、犯罪白書にも「通常、確定から執行までには相当な期間を要している」としか現われていない(昭和三八年版犯罪白書一一八頁)。
- (28) アンプフェンブルク・前掲訳書四〇〇頁は実際上の死刑執行が稀であるのは行刑当局が死刑判決の執行に大きな期待をしていないからであるという。
- (29) 植松・前掲書三一四頁。
- (30) 木村・前掲論文、同・民主革命と刑法・前掲書七七頁以下、特に二三〇頁以下。

### 三 死刑廃止論の法的根拠づけ

死刑の存廢の問題はこれを社会学的法的見地に立つて考察するならば、法の機能から考察する必要がある。この場合に、刑事政策的に考えて、はたして死刑が効果的な刑罰であるのか(犯罪抑制力)、有効であるとしても訴訟法的にみてそれは確実な手段であるのか(誤判)につき検討する必要がある。

#### a 犯罪抑制力について

まず、人間の共同生活は死刑があつた方がよりよく規律せられうるか、それともこの“秩序づけの方法”を欠いても、よ

りよく規制せられうるかという目的考慮がなされねばならない。<sup>(1)</sup>

刑罰の目的という点では死刑が一般予防的効力を有するかという問いしか問題になるまい。何故なら、特別予防的な目的の思想、即ち犯人を社会に復帰せしめる可能性は死刑には全く欠けているからである。<sup>(2)</sup>

一般予防的に考えて、はたして死刑を規定することによる威嚇は期待出来るであろうか。

アンアフェンブルクはフェリーがパリでなした経験を引用して次のように言っている。

「重苦しい恐怖と嫌悪とを感ずるところか、好奇心と異常な神経のくすぐりに対する喜びと、死刑を執行される者がどのようにに振舞うであろうかに関する賭けと、要するにすべてがこの悲惨事に対応する真面目さを欠くものである。それどころか死刑の宣告を受けた者の演ずる特殊な役割、即ち犯人の行為、彼の生活歴、彼の風貌、死刑執行の際に於ける彼の態度が民衆の感覺慾を唆る——その大部分は新聞紙にある——その結果として生ずる一種の崇拜が、多数の精神病的人間を駆つて却つて新たな惨虐行為に赴かせさえると主張することすらも可能である。

国王弑逆者や高官暗殺者のような特殊な性格を有する者にとつては、死刑の執行は殉教者の栄光と崇拜の後光とを夢想せしめ、之によつて死刑に対する恐怖心は失われる<sup>(3)</sup>」と説き、無期刑をもつて代えることを提案しているのである。

右の論議の中、死刑の公開に関する部分は、附録資料の示すように今日、アメリカ南部の州の中、強姦犯人に対する例外を除いては、その執行を公開することは害あつて益なしと考えるところから、密行されるのが常である。

死刑存廢問題の理論的核心といわれる死刑の威嚇力(抑制力)について植松教授の論拠を検討してみる。

教授は死刑の抑制力がないことの理由として、死刑廃止を経験した国の統計的事実をあげ、それを立証する態度を批判して居られる<sup>(4)</sup>。私も、統計によつてこれを証明することは無意味であると思う。犯罪には暗数はつきものであるし、確定判決により兇悪犯人の極印を押されるのが真実の犯人の中どれ程かは、当該社会における警察網や裁判制度、治安状況によつて

異なるからである。<sup>(5)</sup>

教授の反論で私の気になる点は、「この国でも、死刑の廃止は、おおむね治安状態の良好な時においてなされるから、死刑の廃止にともない、ただちに犯罪の増加が見られなかつたとしても、すこしも不思議はない」<sup>(6)</sup>として、社会的背景を問題にされる個所である。

第二次大戦後に憲法上、死刑を廃止した西独、イタリアもともに憲法制定のときは非常な社会的緊張の真只中であつた。

西独では一九四七年ロンドンにおける四大国外相会議の失敗の後、三地区軍政官が憲法制定会議の開催を決定し、一九四八年九月一日に基本法評議会が活動を開始した。ところがその間、一九四八年六月一八日西独の単独通貨改革に対抗する措置として、ソビエト側は六月二日にベルリン封鎖を強行し、今にも戦端が開かれようとした。一九四九年四月四日に北大西洋条約が、各国の左翼の猛反対を押し切つて調印された直後、五月五日に開かれた第三読会で、死刑廃止の採決が圧倒的多数で可決された。総会はその翌日にこの死刑廃止条項を圧倒的多数で可決した。ちなみに、ベルリン封鎖は、突如、全く急に五月一二日に解除せられたのであつた。<sup>(7)</sup>

この出来事は年来の死刑廃止論者ラートブルフにとつても「予期せぬ出来事」として映つたようであるが、投票の動機はナチス時代の死刑の乱用と一九四六年一〇月のニュールンベルク裁判における多数の死刑宣告等が微妙にからみ合つたものといえよう。<sup>(8)</sup>

イタリアにおいても社会情勢は混乱していた。一九四六年六月二日の国民投票によつてごくわずかの差で共和制となつた後、憲法議会の選挙がなされたが、五五六名の議員中、共産党は一〇四、社会党は一一四の議席を獲得している。<sup>(9)</sup>

ここにおいても、ファシスト政権の死刑の乱用の記憶が死刑を廃止する雰囲気をもしていたが、加えて、共産党を始めとする社会主義勢力が強力であつた当時の政治社会情勢下にあつては、当時死刑を保持していなかつたソビエト刑法が範型

とされたことも見逃せないことであろう。人間社会においては、混乱期におけるほど、進歩的急進的な意見が出やすいものであり、社会が安定するとかえつて保守的見解が支配する。死刑廃止の立法化なども、この例外をなすものではない。このような理由から、「死刑の廃止が犯罪の増加をきたさないのは、その廃止当時の治安状況を反映しているにすぎない」という説には首肯しえないのである。<sup>(10)</sup>

犯罪人が犯行に際して自己の行為がどういう刑罰にあたるかを比較考量して決意するものではなく、猪突的に行動するものであるとの主張がある。これは殊に、木村亀二教授が詳細に論じられて居られる。「第一に、殺人行為者に精神異常者が多い。精神異常者には責任無能力のため刑罰が科せられない。従つて刑罰の一種である死刑は科せられず、科せられない死刑は威嚇力がない。第二に、殺人行為者は犯行後自殺する者が多い。このことは他人の生命のみならず自己の生命をも尊重しない。生命一般の否定者に対して死刑に処すといつても威嚇にならない。第三に、殺人犯は激情犯である場合が多い。激情犯は多く性愛を原因とする嫉妬による。性愛は往々死よりも強い。死を恐れぬ動機の殺人者に死刑を掲げても威嚇力がない。第四に、犯罪者は罪が発覚しないと信じて行為する。発覚後のことが念頭にない者に犯罪阻止のための反対動機として死刑を示しても威嚇力を持つことはありえない」として死刑の威嚇力を否定される。<sup>(11)</sup>

私は右の説明は一部の犯罪人の心理に関する限り、最も見事な心理分析であると考え。ただ、疑問とする点は、殺人の行為者範囲は非常に異質的な者から成り、その人格も個性も多様であるし、彼等が置かれている社会的状況によつて反応も種々ではないかという問題である。つまり死刑の威嚇力如何の問題は、死刑とそれに代る無期懲役といずれが犯罪人にとつては恐しいかという問題とも併せ検討することを要しないかという点である。

これについて、戦時とか非常時には自由刑による威嚇力は減退し、繁栄の時にはかえつて増大するとか、生活水準の低い国や地方では文化程度の高い国や地方に比べて威嚇力が低いという具合に、性格、人種、家族関係、財産状態、潜在的犯人

の年齢、思慮等の外的及び内的要因が併せて考えられなければならないから、一義的には決めつけることは出来ないと思う。その点では、犯罪人の類型により、刑の軽重が意味をもつ者もあるとする植松教授の批判には賛成したい。

ただ、「抑制力が真に有効に發揮されたときは、現に犯罪行為に出ようとする者でも、それを思いとどまるのであるから、その者は犯罪人となることはなく、したがって、犯罪学者の觀察の対象となる機会も持たないことになる」といわれる点<sup>(13)</sup>は如何なるものであろうか。

というのは、はたしてどれだけの数の人間達に死刑が抑制作用をしたかということも又調査が不可能なのではないか。いつてみれば、証明の不能な問題をつきつけて解答を迫るようなものではないかと思うのである。

統計を用いる議論のむしかえしになるかも知れないが、植松教授は次の問題をどう考えられるであろうか。それは、アメリカのように、一つの国の中の州によつて、死刑を存置したものと廃止したものとが一緒になつて一つの国家秩序を形成し、しかもシルボーク<sup>(14)</sup>やセリーンの指摘するところによると、死刑のない州の方が死刑を保持する州と比べて殺人発生率が低いというのである。

これを要するに、死刑は一般予防的手段としても、余り期待された程の力を持つていないのではないかということになる。これに対して、アメリカのような生活程度の高い、物質文明の発達した国の事情は尺度にならないという反論があるかも知れないが、ヨーロッパのようなキリスト教文化という一本の線に統一された静的な秩序とは異なり、アメリカは日本と同様に、宗教や世界観において多種多様な人間類型が雑居しているが故に、そこにおいて共通の生活意識を持ち得ない度合いは日本の比ではなく、又、物質生活の豊かさは逆にそれを手にすることの出来ない階層における鬱積したフラストレーションの解放をいかにすべきかという社会的苦悩を指摘すれば足りるのであろう。

結局、死刑が本当に犯罪を抑制しうるであろうかどうかという問題は、結着のつかない水かけ論に終ると思われる。

我々はむしろ、犯罪を抑制するのは、犯罪人にとつては発覚の危険性の大きさと刑事訴追の確実性であるという点を指摘しておく。ここにおいては、警察官の捜査能力の増大と刑事訴追の能率化が期待せられる。犯罪の発覚が容易であり、それに対する処罰が迅速であることの方が、<sup>(17)</sup>にらみ鯛のような、いたずらにきびしい刑罰よりもはるかに犯罪人を犯行への決意から抑制する筈である。このような考え方に対し、警察権の強化は現体制を維持する考え方であるという、よくなされる批判が加えられるかも知れない。しかし、犯罪の原因を一面的、図式的に階級社会の矛盾、生活の貧困に求める非生産的議論は、この場合には妥当しない。我々死刑廃止論者は、悪質な犯罪者から如何にして、死刑を用いないで有効に社会及び個人を守りうるかを考えているのであつて、その限りでの治安の強化を主張している点を看過されては困るのである。

最後に、死刑を廃止して長期の自由刑に代え、その間の刑務作業による収入をもつて被害者の損害賠償に当てるべきであるという説とその批判を検討してみる。

右は正木亮氏の論述による。「今日の死刑制度は犯罪人を殺す以外に被害者救済を考慮していない観点がある。加害者に死刑を行うことは被害者の感情との応報的満足は得られるであろう。然し、加害者の生命を断つことによつて国は二つの悪い結果を背負わねばならなくなる。即ち、その一つは、加害者が死刑に処せられることによつて、その遺族は柱石を失ひ生活に窮迫を来し延いてはそこから犯罪原因が醸されることになる。その二は、被害者及びその遺族は感情的には救済されるが、之も亦柱石を失ひその生活に窮乏し、そこにも亦犯罪原因が醸成されることになる。この二つの問題を解決するに非ざれば死刑は国家社会に窮迫者を産み出すのみで犯罪防遏の眞の効用をなすものではない」として、<sup>(18)</sup>死刑を維持するならこの問題を解決すべきであり、解決できないなら無期刑に代えて、加害者をして被害者の遺族を救済せしめる方法として、囚人の損害賠償、監獄作業、死刑の不採用の綜合を指唆している。

これに対する植松教授の批判は「賠償金を犯人から受取ることを被害者はこころよしとしないであろう。もし、その収益

金をいつたん国庫に帰属せしめて後、まったく別個に国家から支給するとしても、死刑囚となるべき者の数はあまりに少数であつて作業収益を論ずるに足るほどでない<sup>(19)</sup>とある。

被害者の遺族が心よく受け取りうる制度を考えることは、植松教授の論議にもあるように、可能である。しかし、教授が死刑囚の人数が少いし、ごくわずかな金額だから意味がないとされるのは問題の焦点をぼかしてはいないであろうか。事柄は死刑囚にのみ限られるわけではない。殺人犯等、一家の柱となつた者の生命を奪い、遺族に経済的窮乏をもたらした者及びその作業収益を問題にするのが筋である。所論の如くであれば、死刑囚となつた殺人者の被害者のみに賠償が支払われるのか、又、死刑囚のみが特に殺人の被害家族一般のために賠償を支払うというのかがはつきりしない。

死刑囚が少いということには、裁判官を含めて、司法制度の一般的傾向として死刑を好まないということにもよるのである。

所得がわずかだから問題とならないというのでは、余り建設的な意見ではない。この所得をどうすれば引き上げることが出来、それによつて今日の制度の矛盾をどう解決するかという方向で種々のユニークな刑務所の在り方が決定されるのである。

我々はまず、現在の日本の刑務作業が勤労による所得と考えられず、倫理的な色彩を附与された報償金として観念され、しかもその金額が余りにも安すぎることを知り、かつこの病根に立ち向う必要がある。

刑務作業はそれを提供する人が少いから安いのだとか、コストが安いからこそ刑務所に仕事をさせてくれるのであつて、普通に近い支払をする位なら、仕事を与えてくれる人はいないであろうなどというのは実情を見ない議論である。なるほど、作業の種類によつては、市販性の薄いものもあり、所内で消耗する衣服とか、職員によつて購入される木工製品などもあるが、軽工業、例えばアイスクリームの容器、クミ立て式の雑誌の附録、クリスマス・デコレーション等の大量な製造を

目にとすると、業者はもはや刑務作業から完全に縁を切りえない関係にあるのではないかと思われる。作業償与金を賃金制に変え、その値上げをはかることはやろうと思えば出来ないわけではないように思う。

私の個人的感想であるが、今日の企業間の過当競争においては、世論並びに法律のバックアップで、中小の下請け業者を圧迫して人件費を切りつめたコストダウンは出来ない事情にあるところから、刑務作業により労賃を切りつめ、しかも、この工具は不平も言わず、ストライキもしない。少しうがった言い方をすれば、刑務作業を制するものは業界を制するといいうる状況が出来つつあるのではないかと思う。このような現状であれば作業収益を値上げする交渉の余地は充分あると思う。要するに、死刑囚の人数及び収益金額が少いということでは、正木博士の提案を反論する根拠とはならないのである。むしろ、死刑を廃止して、被害者・加害者の家族の生活を考慮するという重要な課題の一つとして、刑務作業のあり方に我々は重大な反省をなす必要があることを強調したい。

「死刑の存置は、重大な罪悪が行為者の生命にも値するという厳肅な思想を法律の上に表明するという点において、社会的に大きな意味をもっている」という論述<sup>(20)</sup>に対してはすでに、そのような規定はかえつて犯罪人に説得力のない、単なるこけおどかしの題目と受けとられるおそれのある点を指摘したから、ここでは再論しない。

## b 誤判について

前述したように、死刑の必要性につき主張される根拠に、死刑のもつ社会保全の機能がある。その際、社会を保全する必要性は殺人犯を社会から隔離することによつても充分なしとげうることを考慮すべきである。

勿論、死刑により社会は絶対的に保護されることは事実であるが、この点にこそ死刑反対の最も強力な論拠があるのである。即ち、死刑は一たん処刑されてしまうと回復が全く不可能になつてしまふからである。<sup>(21)</sup>

死刑反対論は有名な誤判事件を契機として起きたことは、カラ事件をとりあげたボルテール、ドレフュース事件の際のゾラ、近くは一九五六年にイギリスでエバンスという男が殺人を理由とする有罪の判決を下された事件を起因として、死刑反対の気運がもり上つたのであつた。

植松教授は「死刑の存廃は誤判を前提として論じられるべきではない」とされ、他の刑罰においても誤判の結果はやはり全く回復しえないと言われる。誤判により一〇年間無実で空費した不自由な人生は不可逆的であると指摘されるが、空費した時間の価値を考えられる教授が何故に「重い刑は重い結果を回復しえなくなるが、軽い刑は軽い結果を回復しえなくなるにすぎない差異」とか「誤判による死刑の結果が誤判による他の刑罰の結果よりも重大であるのは事実であるが、それは科刑の前提となつている犯罪に軽重の差があるから、そういう結果となるだけのことである」と手輕に結論を出されるのであろうか。

死んでしまうということ、生きているということは、段階が一つであるように見えて実はその両者には架橋しえない溝がある。

生きている者は無実を訴え続けることは出来るが、死んだ者は自己を語ることは出来ない。従つて、死刑執行された事件に誤判の疑いが全くないかどうかは実はよく分らないのである。論者は「誤判の問題は、それによつて科せられる刑罰とは別に一般的に論ぜられるべきである」として、誤判の疑いの全然ない事件についても、なお絶対に死刑を科することが許されないかがどうか、絶対的に死刑を科することは許されないと考えるし、現在、すぐにでも立法者が決断するべきであると主張するのである。

多くの論者は、死刑はあるべきではない。しかし、今は廃止の時ではないという言い方をする。<sup>(24)</sup>だが、今は駄目だと言つ

ているのでは、進歩は常に将来の課題となつてしまふのである。今日まで、人類の栄光を示すような勇氣と決断は、常に、常識と、いわゆる一般人の考え方に抗してなされてきたではないか。刑事訴訟手続における拷問の廃止という処置も、今日では当り前のような顔をして肯定されているけれども、廃止を決意した当時では司法当局者からの反撃は想像を越えるものがあつたと思われる<sup>(25)</sup>。しかし、これが敢行されたところに、人類の叡智が輝いているのである。死刑のみが例外だというのは拷問が有効な証拠蒐集方法であると信じて現状を維持しようとした保守的な当時の拷問肯定者と同じ心情である。

最後に、誤判による処刑を防ぐために、証拠法上特別な考慮をしようとする手段もあろうかと思うが、たとえ犯人が確かに自分がやつたと自白した場合に死刑の適用を限定するとしても、犯人の自白が強制されたもの或は他人を庇護するためのものでないという保証はないし、人的・物的証拠が完全に被告人の罪責を証明しうる場合に限るとしたところで、科学的捜査による物証拠集とそれによる証拠固めの困難さもさることながら、証人として出廷し、はつきりした証拠たりうる証言をしたがらないわが国民性とを併せ考えるならば、誤判が避けうるとは考えられないのである<sup>(26)</sup>。我々は人間の認識能力に限りがあつてゐることを知つてゐる。人間には間違いを避けることは出来ない (Tren ist menschlich)。

誤判の疑いの全然ない事件について死刑を科すべきでないと考えるかという問い自体が、そのようなもつぱら非難に価する者を生かしておいてよいのかという、がめをちらつかせた問いである。だから、この問いを肯定したからといつて、それなら死刑は認めよう。しかし、あらゆる場合に許容することを認めるわけではないと逃げられてしまふであらうし、右の問いに対し、死刑を認めたからといつて、誤判の可能性を考えないで死刑を認めようという白紙委任状を渡したことはない。ない。

これを要するに、誤判をおそれる気持、罪なくして人を処刑することに対する本能的な反情は、死刑廃止論をささえる根底をなす問題であつて、前景に出されるものではないのである<sup>(29)</sup>。

## c 西独のある調査について

ドイツにおける今次の刑法改正事業においても、死刑につき非常に詳細な議論が戦わされて後、結局は現行憲法一〇二条の通り、その廃止の路線に変更が見られなかつた。この詳細については、主として刑法改正委員会の議事録を材料とした考証が向江璋悦氏の手で発表せられているから、それにゆずる。

私がここで用いる材料は *Dokumentation über die Todesstrafe, 1963, v. a. v.*

これはここ数年、西独ダルムシュタット市の書店 *Stoytschhoff* の発行する法律雑誌 *Juristische Praxis* (五二〇〇〇部を出版) が中心となつて、約七〇〇〇人にのぼる社会各階層の人士を対象として死刑の賛否につき調査した結果の集計である。

この調査にはフランクフルトの検事長バウアー、ダルムシュタット地方裁判所長シュレーダー、ダルムシュタットの弁護士兼公証人ライセルトの三人より成る委員会が管理運営に当つた。

その解答は約三七〇〇にのぼつた。その約半数は単に賛成、反対のみを返答したにすぎなかつたが、いずれにせよ、責任ある地位にある二〇〇〇名もの人が、死刑という国家の重大な制度について態度を表明したという事はこれまでに見られない試みであつて、大きな関心を示さざるをえないのである。<sup>(31)</sup>

解答の内容を表に示せば、次頁の通りである。<sup>(32)</sup>

これから分る通り、理由を附して死刑を議論する者はほぼ同数に分れるが、漠然とした解答をするときは、賛成者の方がかなり多いということである。

つまり、理由づけはどうであろうと、死刑はあつた方がよいという、いわば浮動票の如きものがこれである。誤判のニュースなどでにわかに死刑に反対するといつた反応がこのような理由を附さない賛成者の辺から出てくると見てよからう。<sup>(33)</sup>

法律家の中で目ぼしい人達を拾つてみると死刑に賛成している人は、*Nikisch, Raape, Stock* (ヴュルツブルク大学教授・刑法)

v. Weber であり、反対者としては Baumann, Dehler (前司法大臣・弁護士) K. A. Hall, Kielwein, Klug, Lang-Hinrichsen, Maithofer, Mezger, K. Peters, Schmidt, Schwalm, Wiesacker, Württenberger 等の名が見えてくる。殆んどの刑法学者が反対しているのは、刑法改正委員会における傾向と類似して、興味があるところであろう。

この資料から明らかになることは、判事諸公の中の多くに、漠然とした死刑賛成の空気があり、これは検察官、弁護士等についても見られるのに対し、大学教授では殆んど全員が理由を附して態度を表明し、しかもその数が殆んど同じであるという点にある。

その他顕著な例は、支配人・経営者の中には、圧倒的に死刑を支持するのに対し、出版業、編集者、主筆、作家等には反対の空気が大きいという点である。

しかし、議員諸公では死刑反対者が賛成者の倍近いということ、西独で死刑を復活する道がいかにけわしいかを示している。

この資料から速断することは許されるべくもないが、死刑を廃止した国たる西独においても、死刑は必ずしも国民の大多数がこれを必要としないと考えたのでもなければ、西独が死刑の存置を価値あるものとは考えないような兇悪犯の行われることのない平和な社会でも何でもないという事実である。要は、ある時点における立法者の勇氣ある決断にかかっている。私共は心して、この事実を直視し

職 業 別	賛 成		反 対	
	理由あり	理由なし	理由あり	理由なし
連邦及び各州大臣	3	—	17	—
連邦判事及び各裁判所判事	70	294	83	210
検事長、検事	15	38	20	16
弁護士、弁証人	42	564	50	348
市長、警察署長、上級官吏	89	129	116	44
大学教授	266	—	257	—
大学校長	15	—	13	—
神学者	17	—	13	—
医師	18	—	13	—
支配人、経営者	262	—	86	—
劇場等の総監督、芸術家	25	—	31	—
出版業、主筆、作家	134	—	192	—
連邦、州議会議員	78	—	145	—
小 計	1034	1025	1036	618
総 計	2059		1654	

なければならぬ。

この資料に表われた賛否の議論の論点については、すでに述べたものを殆んど出ているものはない。その代表的なものを簡単にまとめてみるとこうである。

#### 死刑賛成論。

この論者は殆んど、基本法立法がナチスと占領軍による死刑の多用を経験して、その残酷さに対する反動から、よく考えもしないで死刑を廃止したという<sup>(34)</sup>。しかし、これは存置論者から言わせれば、人間の本性のもつ都合のよい忘却がこう考えさせるのであつて、冷静に考えるならば、国家権力が平時に、自己自身は処刑するときには何等危難の状態にもないのに、国民の生命を断つというメカニズムは、たとえ正しい贖罪<sup>(35)</sup>という觀念を持ち出しても、肯定出来ないのである。

肯定論者の殆んどが、兇悪な殺人、例えば妻に保険金をかけて、その搭乗機に時限爆弾を仕掛ける例<sup>(36)</sup>とか、タクシーの運転手を背後から刺し殺して金を奪取する例をあげて、これらの行為をあがなうのは死刑の他ないと言うのである。はたしてそうであらうか。

又、死刑と同じように強力な社会保全の方法があるかとか、無期懲役は囚人にいつかは恩赦が与えられるという期待をもたせるから死刑と同じ威嚇力がないといった議論<sup>(37)</sup>も又、各人が主張するのである。

なるほど、ドイツは経済的に奇跡の復興をなし、繁栄による生活水準の向上は驚くべきものがあり、一方、それと共に公衆道徳の向上が見られない故に、その社会には近時しばしば無思慮な殺人事件、暴力事件を生んでいる<sup>(38)</sup>。

このような事件に当面して、感情的に人は贖罪を求めて死刑の復活を叫ぶのである。しかし、復活した死刑は当面のその事件には適用出来ないし、死刑が復活したところでその種の事件が減るかどうかは保証の限りではないのである。

#### 死刑反対論。

これらは右のような肯定論をひつくり返えて論じられているのである。

私はこれ以上、廃止論を引用する必要はないと思う。廃止論は殆んど出つくしてしまつてゐる。最後にひとことパウマンをして語らしめよう。<sup>(39)</sup>

或る国家の刑法は加罰性や刑罰を法規化することによつて、単に正しい規制を目的とするばかりでなく、人間の共同生活の改善をも生ぜしめるときにはじめて、加罰性や刑罰を法規化すべきである。従つて、法的規制がなされることで、共同生活に利益というよりは害がもたらされるときは、たとえ個々の場合に正しい贖罪であろうとも、価値がないといわなければならぬ。死刑は、若し例えば兇悪殺人犯は許しえないからこれには例外的に認めようということ、一と度び許容されると、その一点からくずればじめて、特に非常事態においては毒茸のように増えてしまうものである。一カ所で人間の生命の不可侵性につき一步をゆずると、この譲歩だけにとどめることが出来なくなる。謀殺では死刑を認めてゐる。内乱は謀殺よりもつと多くの生命が危険になるから、これも死刑を必要とするのだ……”という具合に。

私共は西独のように、死刑の猛威を経験しなかつたので、このような不安を持つ必要がないのかも知れない。しかし、世の色彩をもつた死刑<sup>(40)</sup>を漫然と保持していても、別段気にならないような戦時体験しかもちえなかつたということは、はたして幸であつたかどうか疑問である。繰り返して言うが、決して西独の死刑廃止は当時の社会の安定の所産でも、民衆の法的確信の所産でもなく、立法者の決意の賜物であつたのである。

以上、法的観点から検討した結果、私の死刑廃止の立場は、現時点においてこれを主張し、その実現を期することが許されると思ふ。

(1) Baumann: a.a.O. S. 77. その見解は *„Mengen; Todesstrafe: Eine Dokumentation, S. 44 ff.“* によつて略述してある。

(2) Kaufmann: a.a.O. (Staatslexikon) Col. 1005

- (3) アシアフェンブルクII高橋訳・前掲書四〇〇頁。
- (4) 植松・前掲書三一六頁。
- (5) 不破武夫・死刑に就て・刑事法上の諸問題一三四、三五頁。
- (6) 植松・前掲書三一六頁。
- (7) 林健太郎編・ドイツ史三七六頁以下参照。
- (8) 西独基本立法法当時の状況については、宮沢・前掲資料本誌二九卷一―号五七頁以下が詳細である。
- (9) 帝制賛成者は一〇七―四二四票、共和制支持者は一二七―九三三票であつた。Ten Years of Italian Democracy 1946-1956. p. 63. によつた。
- (10) 植松・前掲書三一六頁。
- (11) 斎藤・死刑・刑法講座一巻一四三頁より引用した。
- (12) Baumann; a.a.O. S. 78.
- (13) 植松・前掲書三一七頁。
- (14) シルボーグ・西村訳・犯罪行為と刑罰の心理四三、四頁。死刑存置のイリノイ州は一九三一年から一九四六年にかけての殺人事件の発生率は死刑廃止のウイスクンシン州の約四倍もあり、ミネソタ(廃止)はコロラド(存置)の二倍半も少ないという。
- (15) 市川・ゾーステン・セリーン教授の死刑論、法学新報第七〇巻五号七一頁。ただし、セリーン教授は二種の州の割合を単純に比較する研究に警告していることに注意すべきである。「その人口、都市の区割、産業の発達及び社会的慣習 habits の性質が類似しているいろいろの州は、死刑を存置していようが廃止していようが、殺人の比率は似通つてゐる」という結論は正しい、換言すれば、或る州で殺人罪に対し死刑を存置していることは、その州と比較できる或る州で死刑を廃止することがその州の殺人の比率に影響を及ぼさないと同様であるというのが確かである」という。
- (16) 井上・刑法学二七三頁は検挙能率の促進という。
- (17) Baumann; a.a.O. S. 79.
- (18) 正木・死刑・刑事法講座三卷五八四頁。
- (19) 植松・前掲書三一九頁。
- (20) 植松・前掲書同頁。
- (21) Kaufmann; a.a.O. (Staatslexikon) Col. 1006.

- (22) Baumann: a.a.O. S. 83
- (23) 植松・前掲書三〇八・九頁。
- (24) 例えは、不破・前掲書一三七・八頁。
- (25) ラートブルフ・菊池・宮沢訳・一法律家の生涯一一一・二頁にフォイエルバハが拷問を廃止するために払った努力を叙述している。クライットマイエルの註釈書に「たとえそれはどのようなものであれ、かつてわが国に施行され、千年も前から拷問は、バイエルンでもちいられてきたという痕跡があきらかにみとめられるのであり、合法的なこの手段を善用したばあいに得られる利益についても経験上反論の余地はない」とあつた程、多くの支持を得ていた拷問を廃止するには何回となく反対に遭い、法案はその都度にぎりつぶされたことであつた。一八〇六年「拷問の廃止と、否認する被告にたいして遵守するべき手続」に関する布告に署名する際、ヨーゼフ選帝侯は「万一人が刑罰を免がれるようなことになつたら、フォイエルバハに責任をとつてもらわなくてはなるまい」と語られたとのことである。
- (26) Kaufmann: a.a.O. (Statsexikon) Col. 1006, Baumann: a.a.O. S. 83.
- (27) 青柳・新訂刑事訴訟法通論五四八・九頁、同・刑法通論各論一一二頁。
- (28) Kaufmann: a.a.O. (Rupertus Carola) S. 46 f. は証拠法上の問題に詳しい。
- (29) ヒルシュベルク著・安西訳・誤判は誤判の原因を証人の供述心理、証拠方法についてのみならず、裁判官の心証形成についての深層心理学的洞察も加えた文献である。
- 著者は誤判は避けうるといふのであるが、訴訟を指揮する者も、法廷で証言する者も、陪審員も絶対的な認識力を持たない、記憶や経験をよりどころとする人間によつて動いている以上、その原因を究明することで誤判の防止をすぐ実現することは不可能である。裁判は自然科学の実験とは全く違つたものであるからである。
- (30) 向江瑋悦・死刑廃止論の研究一三〇頁以下。
- (31) Todesstrafe; Eine Dokumentation. 1963. S. 5 f. それに用いられた質問表は同書の八六〇・六一頁に採録されている。
- (32) a.a.O. S. 6.
- (33) 勿論、これは一般論である。何故なら、この表にある如く、裁判官、弁護士のような冷静な心情の持主が動揺した態度を示す層であるとは考えられないからである。
- (34) 例えは、Stock, in a.a.O. S. 651. v. Weber, S. 704 f. Zundorf, S. 766 f.
- (35) 例えは、Nikisch, in a. a. O. S. 456, Schorn, S. 607 f.
- (36) v. Weber; a.a.O. S. 705.

- (37) 特に Schorn: a.a.O. 2 Gellrich: S. 204 ff が詳細である。
- (38) Zindorf: a.a.O. S. 767
- (39) Baumann: Zur Diskussion um die Todesstrafe, S. 84 f. これは前掲の Todesstrafe: Eine Dokumentation, S. 48 でも繰り返し論じている。
- (40) 平場・刑法総則講義案一八五頁に興味のある説明が見える。「死刑の黄金時代は中世末期の封建制崩壊過程における社会混乱期においてであつた。1.近代産業が未発達であり、更に農業労働力が過剰であつて、受刑者の労働力を適当に利用する方法がなかつた。2.農村人口の過剰が半流民化した多数の下層階級を作り出し、これらは賠償能力もなく職業犯罪人化し、社会政策の思想と費用を持たない当時の社会においては殺害以外の適当な方法がなかつた。3.当時においては犯罪人を収容する施設を設ける財力はなく、結局死刑が最も安価であつた。4.打続く社会的不幸の連続が、社会心理的にサディズムの傾向を助長し、はけ口に死刑がなつた」と。すでに指摘したように、今日の産業社会における労働市場の不熟練労働者の不足に対処するため、刑務作業を単に精神訓練的な報償金という感覚から、労働により収益をあげ、被害者と自己の家族及び社会復帰後の自分自身のために働き、かせぐという機構に変容すべきではないか。ヨーロッパの、少くとも開放施設、夜間拘禁制はこのような国民経済的な考慮もなされているのである。

#### 四 結 語

本稿の構想をまとめ、清書の段階にあつたとき、突然、ケネディー暗殺のニュースを聞いた。意見を異にするものに対して、死を以つて見舞うことは、民主主義の建て前と相いいれるものではない。そして、間もなく、暗殺の容疑者と目された人物を、一市民が射殺したというニュースが伝わつた。

我々に対しては、死刑存置論者から「一体、国家の指導者を暗殺したような者でも、これを生かしておくことが正義に合致するであろうか」「若し一步を譲つて、死刑が認められないとしても、民衆の応報を求める気持が、此のような形で爆発すれば、容疑者は結局、法律により裁判を受けるという権利すらなくなるではないか」と矢継ぎ早<sup>(1)</sup>の質問が浴せかけられるかも知れない。

然しながら、我々人類の進歩への希望に水をさすような出来事によつて、視野を遮られてはならないと思う。

偉大な政治家を殺した者、そのような者に足りない人間を死刑に処したところで、近つた人は再び帰つてこないのである。やり場のない怒りを、思慮の浅い殺人者に向けてぶちまけ、彼の生命を奪つたところで、一体何が残るのであるか。

国民の正義感が満足せられるというのか。すでに述べたように、死刑は正義の故に必要であるという命題は、いかに粉飾されていようと、タリオの思想を残す形式的な応報の觀念にすぎず、惹起された損害を適切に回復するなどということは望むべくもなく、第一、そのような思想は正義とは無縁のものである。真の意味での応報とは決して単なる形式的平等を求めるのではなく、刑罰の均衡を意味する。即ち、行為の重さ、責任の大きさと正しい関係に立つ刑罰こそ正しいといえるのである。故意殺は窃盗や過失殺より重く罰せられるべきは当然であるが、刑罰の種類や刑罰制度は正義によつて絶対的に決められてはいはしないのである。従つて、故意殺には殺人犯人の死のみが唯一の正しい刑罰であるという主張には根拠がない。一人の人間の生命、或る卓越した人間の生命が奪いさられたという事実に対して、破廉恥な殺人者が死をもつて報いられるという<sup>(2)</sup>ことで、同価値の贖罪が行なわれるなどと言う考えは、まさに驚くべき倒錯した考え方と言わねばならない。誤判についても、それが極めて例外的な現象であるといつても、それは理由にはならない。万に一つの事例でも、一人の人間が罪なくして処刑されるようなことがあれば、死刑を制度として保持することに疑いをかけてよいのである。戦後、そして最近でも、何件もの死刑事件が無罪を宣告されたことか。政治的な色彩が濃かつたり、ジャーナリスティックな有能な弁護士がついたりすると、多くの経験豊かな裁判官によつて有罪であるとされたものが、無罪となつたりする事実を目にすると、かつて故江家教授が書かれた如く、「死刑は有能な弁護人を得られないので貧困者に多く科せられる<sup>(3)</sup>」のかと問うてみたくもなるのである。

又、有罪の確実さが極めて高い事件でも、最近の小松川高校生事件<sup>(4)</sup>と、かつて世間をして驚かせたメッカ殺人事件<sup>(5)</sup>とを比べると、その犯行と処刑との期間が余りにも不均衡なことに驚かざるをえないのである。一体何がこのような差異を生ん

でいるのであろうか。

若し、死刑という制度さえなければ、この兩名（特に処刑された朝鮮人少年につき言えることだが）とも、十分に悔悟し、場合によつては相当の刑期を終えて再び社会に復帰しえるかも知れないのである。

いずれにせよ、私達は過去の人類の努力の方向から、否同世代の他の国の人々の努力の集積から、私達の今後の方向を見出さなければならぬのである。

今日まで、人間の尊厳に値し、法治国の名を恥かしめない刑事司法への発展に、幾多の歴史的出来事があつた。合理的な証拠方法の導入、身体刑、特に分断刑の廃止、拷問の禁止がこれに算え入れられる。後世の歴史家は必ずや死刑の廃止をその里程標の一つとしてあげるであらう。

遺憾ながら、我が国の刑事司法の道には、この最後の里程標がないのである。しかし、これはこの道を歩むものが希望し、かつその建立が我々の現在の法生活に実り多い成果をもたらすことを信じていることにより実現する。

しかし、死刑制度の存否のごときは、一致して賛否いずれかに決着することはありえない。私達はこの理想を実現するために、少しでも多くの同志を必要とする。死刑の即時の廃止を主張する私見が何等かの意思決定に作用しうれば幸である。

死刑の廃止を敢行した西独においても、死刑復活の声が絶えることなく続いているという事実も私共は知つている。

本稿には結論はない。死刑をめぐる議論には結論がないのが道理だからである。ただ必要なのは、立法者の決断のみであると主張する。

本稿を結ぶに当つて、多年、死刑の廃止のために戦つてきた巨匠ラートブルフの遺言<sup>(6)</sup>で飾ることを許されたい。

「死刑の廃止は単に人類の要請のみならず、歴史的な首尾一貫性と刑事政策上の成果の公準でもある。だから、若し一時的な国民の気分が、広い視野のある憲法の立法者によつて我々に新しい時代の良き端緒として贈られたこの人道的行為を後

退せしめようと望むときのことを、充分警戒しておかなければならない」と。

- (1) この問題につき、本号後出資料一二六頁下段参照。
- (2) Kaufmann; a.a.O. (Rupertio Carola) S. 46.
- (3) 江家義男・死刑論、早稲田法学二巻四頁。
- (4) 昭和三年八月一七日に小松川女子高校生殺しが犯され、この事件により逮捕されて後、同年四月二〇日の婦女強姦殺人をも自供した。第一審判決(判例時報一七九号五頁)は昭和三年二月二七日に下され、刑の執行は本年行われた。
- (5) 昭和二年七月二七日新橋のバー「メッカ」の天井から血液が滴り落ちたことから捜査が開始され、一〇月二七日主犯の正田昭の逮捕で一味全員があげられた。第一審判決(判例時報一〇二号一七頁)は昭和三年二月一五日に下され、主犯正田に死刑が宣告されたが、現在まだ執行されていない。
- (6) Kaufmann; a.a.O. S. 49 より引用。出典が明らかではないが、西独基本法で死刑廃止が採用されて後に書かれたものと思われるから、その亡くなられた年(一九四九年)に、新聞かどこかに発表されたものであると思う。

(一九六三・一一・二八稿)