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

Title	ボン基本法における死刑の廃止について
Sub Title	On the abolition of capital punishment in the Bonn basic law
Author	田口, 精一(Taguchi, Seiichi)
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.100- 111
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	死刑をめぐる諸問題 資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19640115-0100

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

ボン基本法における死刑の廃止について

田口精一

一　序言

死刑廃止の問題は、刑事法学および刑事政策の主要な問題として、わが国においても、旧憲法のもとですでにくり返し論争されてきた問題であり、さらにこれが現行憲法の残虐刑の禁止の条項（日本国憲法三六条）と関連して、憲法上の問題として議論されていることは周知のとおりである。いうまでもなく死刑の廃止は、刑事法および犯罪観ないしは刑罰観の近代化とともに、各国法制のもとでしばしば強調されてきたことであるにも拘らず、実際には殺人・叛逆等の重大な犯罪に対する法的正義の感情の点から、これまでに死刑の全面的な廃止は、なかなかに実現されるには至らなかつた。かかる事情のもとで、西ドイツのボン基本法第一〇二条は、「死刑は廃止される（Die Todesstrafe ist abgeschafft）」と規定し、死刑の絶対無条件の廃止を憲法によつて宣言した立法例の一つとして注目されているのである。この条項は他の国の立法例のように、死刑を政治犯罪には判決してはならないとか（スイス憲法六五条）、その他重大な犯罪に限つてのみ死刑を認め（メキシコ合衆国憲法二二条）、或は戦時における軍法の定める場合に限る（イタリヤ憲法二七条）として、死刑の適用を単に制限することに止まるものではなく、およそ死刑の刑罰としての存在を法的に全面的に否定しようとするのである。従つてこの死刑の廃止に関する憲法の条項は、立法権をも拘束するもので、ドイツにおいてこれまで存続していた死刑を廃止することはもちろんのこと、さらに今後において刑罰法に死刑を採用することは、いかなる犯罪に対しても、またいかなる執行方法による死刑であつても、一切のものが許されず、法律制定の段階において死刑を復活させることは、絶対に禁止されることになつたわけである。かかる死刑廃止の徹底した立法例は、死刑廃止論と関連して特に注目されるものであることはいうまでもないが、これが西ドイツにおけるいかなる法感情のもとで制定されたものであるか、またかかる条項を成立させた憲法制定者達の考え方は、いかなるものであ

つたのか、そしてこの条項が、憲法上どのように解釈され、死刑というものが憲法の観点からどのように把握されているものであるか、これらの点について、ボン基本法の右の条項に関する西ドイツの若干の見解を紹介することにしたい。死刑の本質に関する分析と、これにもとづく存廃についての判定は、専門的には刑事法学ないしは刑事政策と法哲学の領域における詳細な研究[3]にまたなければならないことはもちろんであるが、これが国家の刑罰制度の運営に関する基本方針として、憲法に宣言された場合に、かかる条項がいかなる役割をどの程度にまで実現しうるものであるかということは、死刑廃止の刑事法学的な論議においても考慮されなければならない問題点であると考えて、ここにとりあげた次第である。[4]

(1) 昭・二三・三・一二・最高大法廷・刑集二巻三号一九一頁以下、特に死刑廃止論については、木村亀二・新憲法と刑事法・一三〇頁以下、一六三頁以下、一八九頁以下、同・「法の理念としての公共の福祉」(末川編・基本的人権と公共の福祉)・九九頁以下参照。なおこの最高裁判例については、小野清一郎・刑事判例評釈集八巻一一四頁以下、団藤重光・同一二〇頁以下等参照。また死刑と戦争放棄及び人命尊重については、昭二六・四・一八・最高大法廷・刑集五巻五号九二三頁、絞首の執行方法については、昭三〇・四・六・最高大法廷・刑集九巻四号六六三頁等参照。また死刑の合憲性に関する判例の解説としては、所一彦・判例百選・八八頁、荘子邦雄・憲法判例百選九七頁等参照。

(2) B. Dennewitz, Kommentar zum Bonner Grundgesetz (BK), 1950, Erl. II 2 zu Art. 102, S. 2; A. Hamann, Das Grundgesetz (Komm.), 2. Aufl. 1960, S. 417; T. Maunz, Deutsches Staatsrecht. 11 Aufl. 1962. S. 226

(3) 死刑に関する論説は多いが、わが国および各国の死刑廃止論をまとめたものとして、向江璋悦・死刑廃止論の研究・参照。

(4) 西ドイツにおける死刑の存廃に関する論議の発展については、次の資料が極めて詳細な解説をおこなつている。宮沢浩一「死刑廃止の歴史」(一)・(二)・本誌二九巻一〇号四五頁以下、一一号三八頁以下参照。ボン基本法における死刑の廃止について、ここでもすでにのべられているが(一一号五七頁以下)、本稿が、多少なりとも、その補充の役割をはたし得れば幸である。

二　死刑廃止の条項の成立

ドイツにおいて憲法による死刑廃止の実例は、ボン基本法が最初のものではなく、すでに一八四九年のフランクフルト憲法草案が、その第一三九条に死刑の廃止を定めていたが、完全な廃止を宣言したのではなく、戦時法および暴動の場合等における例外としての死刑の存在を認めてはいたのである。[1] これにもとづいてドイツ諸邦のなかには、憲法によつて死刑を廃止したものもあつたが、フランクフルト憲法それ自体が憲法として成立するに至らず、このために死刑の廃止もまたドイツ全体としては、実現されなかつた。[2] しかしその後死刑の廃止は、刑法の改正のなかで論議され、特に一九二九年五月二日のドイツ連邦議会の法律委員会における刑法改正についての会議で、死刑の廃止に対して可否同数の表決がなされ、委員長カール(Kahl)議員の投票によつて、廃止の議決がなされたことがあ[3]

つたが、結局死刑の廃止は実現せず、ワイマール憲法のもとでは、その目的は達成されなかつた。[4] かくて死刑は、その後逆に多くの事件に適用される傾向となり、特にナチスドイツの下では、数多くしかも残虐におこなわれ、政治的な独裁の手段として濫用されたところから、戦後において、これらの経験が死刑の廃止を実現させたことに対する主な原因となつたということが考えられるのである。[5]

ドイツ降伏直後において、死刑は、ドイツ占領軍当局の軍命令によつて、ナチスの支配下において一九三三年一月三〇日以降に公布された法律のなかに定める一切のものが廃止されたのであるが、[6] その後西ドイツでは、ヘレンヒームゼーにおける憲法会議で、死刑の廃止を憲法に採用すべきことが審議されたのである。しかしこの会議では、死刑について特に政治的な問題として論議がなされたので、死刑の廃止に関する意見もわかれ、このために廃止に関する条項を、憲法会議の作成したヘレンヒームゼーの憲法草案のなかに条文化することを断念しなければならなかつた。[7] そしてこの問題は、次に開かれるべき憲法制定議会の審議に委ねることとし、右のヘレンヒームゼーの憲法会議の段階では、ただ死刑の廃止が、憲法制定議会で政治犯罪との関連において審議されるべきであるということに対する動機をあたえるに止めておこうということが決定されたにすぎなかつたのである。[8]

この憲法会議の作成にかかるヘレンヒームゼー憲法草案を審議した憲法制定議会（Parlamentarischer Rat）で、死刑の廃止は、まず人権保障のための手段として、人間の尊厳の尊重、人格の自由、生命身体の不可侵に対する権利の保障と関連して提案された[9]ものである。特に人間の尊厳の宣言は、ナチスの非人道的な待遇に対する反動として、今後かかる行為のくり返されることを防止するために、[10] 人間の尊厳に関する価値が、すべての者に保障されるべきであり、これを侵害すべき一切の行為をあらゆる社会生活関係から排除し、かかる尊厳の価値を尊重し保護すべきことをもつて、国家の義務として宣言しようとしたのであるが、死刑廃止の提案がなされた思想的な根拠は、かかる人道主義的な人間性の尊重におかれていたのである。[11] かくて死刑の廃止は、最初に人権および基本権の保障と関連して、一九四九年一月一八日の幹部委員会（Hauptausschuß）の第二読会における人格生命および人身の自由を定めた第二条に関する会議に際して、ゼーボーム（Seebohm）議員（DP＝ドイツ党）から提案された[12]ものである。その理由として、死刑の廃止の条項により人身の不可侵に対する権利が、憲法に明確に宣言されることになり、これによつて人身の自由に対する確信が、憲法に具体的な保障措置を伴つて表明されることを希望する[13]ものであるとのべている。しかもこの死刑廃止の宣言は、西ドイツ国民の、あらゆる権力支配の組織機構からの転向を意味し、また近年において執行された多くの死刑に対する嫌悪の感情を表明しようとしたもので、現代的な法治国家においては、死刑は、自由刑によつておきかえられるべきもの[14]であるということを強調したのである。このような理由によつてゼーボーム議員は、幹部委員会の第二読会において審議された原則問題委員会（Ausschuß für Grundsatzfragen）の作成提出にかかる生命および

身体の不可侵を定めた第二条第二項の案文に対して、胎児の生命の保障と並んで、「死刑は廃止される(Die Todesstrafe wird abgeschafft.)」という条項が加えられるべきことを提案し、また同じく人身の自由に関する第二条第二項第二段の案文に対しては、これだけでは完全なる人身の自由の保障を実現するためには不十分であるとの疑義をのべて、なお体刑および生命刑の禁止条項(Körper- und Leibesstrafen sind verboten.)を付加することを提案しているのである。[15] しかしこれらの提案は、右の幹部委員会の基本権の保障条項に関する第二読会の会議では、死刑廃止論が強調されたにも拘らず、結果的には、これが否決されてしまつたのであるが、[16] 複雑な政治事情のために死刑の廃止は、まだこの第二読会の段階においては、実現されなかつたのである。

その後死刑の廃止は、一九四九年二月一〇日の幹部委員会の第三読会における裁判の章に関する会議において、ワグナー(Wagner)議員(SPD=ドイツ社会民主党)によつて再び提案された。[17] しかしこの提案をめぐつてなされた死刑の存廃に関する論議の内容は、死刑の廃止が現段階では法の一般的な観念として確立されるには至らず、社会における法的正義に関する国民感情のなかには、まだ死刑の存在を肯定せざるを得ないとするものが残つていることをしめしているのである。まずワグナー議員は、死刑の廃止が第一三一条a(Die Todesstrafe ist abgeschafft.)として独立の条文の型で定められることを主張した。[18] その理由とし、死刑の廃止は、第二条の生命の保護に関する人権の保障を達成するための必要な手段であり、一九四五年のドイツ降伏以前のナチス時代における迫害の経験が今後においてくり返されるのを除去することを目的とするものであると主張した。そして生命の権利は、国家から与えられたものではなく、国家以前の人間固有のものであつて、国家はすべての人間の生命を最高度に尊重すべきであり、これを奪うということは、いかなる理由によるとしても、絶対に許されないという主旨が、明確に宣言されるべきであるとのべている。[19] しかも死刑を存続させるために主張された種々の根拠は、いかなる観点からも、これを肯定することはできないのであつて、たとえナチス時代の集団殺人行為に関係した者を処罰する必要のために、死刑を残しておくべきであるというような理由があげられたとしても、およそ一切の死刑というものは、いかなる場合にも絶対に許されるべきではない。確かに死刑は、形式的法的には、殺人の犯罪とことなるものであるが、しかし人間の生命を奪うということでは実質的に殺人の犯罪となんら異るところがない。もし国家が死刑を宣告し、これを執行したならば、それは殺人の犯人と同じ野蛮行為をおこなつたことになるのであつて、殺人は、国家が死刑としてこれを合法的な手続をもつておこなおうと、個人が犯罪としてこれを犯そうと、結局は同じ野蛮行為に変りはない。以上のような理由で、[20] 死刑廃止の条項が制定されるべきことが提案されたのである。

これに対してジュスターヘン(Süsterhenn)議員(CDU=キリスト教民主同盟)は、かつてナチスの集団殺人としてなされたような死刑の濫用と、正規の裁判判決にもとづいて執行される死刑とを同一

視することは誤であるとして反対した。そして死刑のような権力行使が、そのまま野蛮行為と断定されて否定されるものではなく、それが野蛮行為となるか否かは、かかる権力ないしは実力が、法の維持および実現のために行使されているか否かによつてきまるものである。死刑の存廃に対する態度を決定する場合にも、右のような観点から判断がなされなければならないと主張した。[21] 委員長のシュミット（Schmid）議員（SPD）は、死刑を科せられるべき犯人の立場からだけではなくて、これを宣告して執行すべき国家ないしは人間の社会全体の観点からも、死刑の存廃の問題が考察されるべきであることを指摘したのであるが、結論としては、死刑をおこなうことは、却つて国家の存在理由およびその価値を国家自ら害することになるであろうとして、死刑の廃止に同調する立場をとつた。[22] かくてこの第三読会の会議においては、死刑の存廃に対する見解が対立したために、直ちに表決によつて幹部委員会の態度を決定することをさけたが、それは、かかる重要な問題が、幹部委員会における偶然の多数決によつて左右されることを排除し、本会議における議員全体の判定にこの問題を委ねようとしたからである。[23]

このような死刑の本質論に関する論議と関連して、幹部委員会では、憲法制定議会が、死刑の存廃に対する国家の基本的な態度を決定すべき権限を、果して持つているものであるか否かということが疑問とされた。特にこの憲法制定議会は、各州の議会から選出された議員によつて構成されていた機関で、西ドイツ国民からみればいわば間接選挙の方法によつて構成されたものであり、しかも刑罰制度の本質およびその運営の点からみれば、死刑の存廃に対する態度の決定は、将来ボン基本法にもとづいて、国民の直接に選出した議員によつて構成されるべき連邦議会の立法権に委ねられるべき問題であるということが主張されたのである。[24] そしてこれらの点を理由として死刑制度に関する審議の中止が求められ、またこの問題が将来の連邦議会の決定に留保されるべきであるか否かの点について慎重な審査が必要であるとして、少くとも各党派が、この問題について事前に準備的な話合いをなすべきことが要求されたのである。[25] シュトラオス（Strauß）議員（CDU）、ワルター（Walter）議員（CDU）、ジュスターヘン議員およびベッカー（Becker）議員（FDP＝自由民主党）等は、死刑の存廃に関する問題を将来の立法権に委ねるべきであるという態度をとつた。[26] これに対してさきの死刑廃止の提案者たるゼーボーム議員は、ワグナー議員の死刑廃止案に賛成し、かつ憲法制定議会は、この問題を審議して決定を下すべき正当な権限を有するものであるとの見解をとつた。[27] フォン・ブレンターノ（v. Brentano）議員（CDU）およびシュミット議員も、この権限が認められることを肯定し、[28] またレンナー（Renner）議員（KPD＝共産党）は、死刑の廃止の主旨が、すでに第二条第一項の生命および身体の不可侵に対する権利の確立のなかに包含されていることを指摘したのであるが、これに対する侵害防止の具体的な方法を明らかにする意味で、死刑の廃止を憲法に定めることは正当であると説明している。[29] しかしブレンターノ議員は、憲法による死刑の廃止に賛成する態度を表明したが、この決定を次回の会議に持ちこすことに賛成した。[30]

このようにボン基本法による死刑廃止の問題は、西ドイツの現実の経験による必要から、その廃止が決定されるべきものであつたとしても、基本法制定当時の事情のもとで、憲法上の規定をもつて一気に決断がなされるべきものであつたか否か、またこの問題に対する決定権がそもそも間接選挙によつて構成された憲法制定議会に付与されていると考えられるか否かということが、根本的に疑われることになつたのである。[31] すなわち国家の統治組織の基本がいかに形づくられるかということは、まさに憲法制定議会の決断によつて定められるべきことであるが、かかる統治の機構を通して実施されるべき刑罰制度の内容や運営の方針に関する事項は、その時々の国民の法的感情を反映させて法を制定する通常の議会の立法権に留保されるべき事項ではないのか。それにも拘らず憲法制定議会が、あえて死刑廃止の決定を下すということになると、却つて憲法制定議会は、将来の議会の活動を必要以上に拘束することになりはしないかという点が、疑われたのであり、この問題は、その後の本会議(Plenum)においても再び論議されたのである。かくて死刑廃止の問題に関する議決は、一九四九年五月五日の幹部委員会の第四読会の会議に持ちこされ、ワグナー議員の死刑廃止の提案が再度おこなわれて、今度は特に改めてその主旨の弁明討議がなされることもなく、一五対四の表決をもつて、死刑の廃止が、幹部委員会で採択された。[32]

右の死刑廃止の決議は、翌日の一九四九年五月六日における本会議の第二読会で再び討論された。この場合には、すでにのべたように、死刑廃止に関する本質論が争われたのではなくて、憲法制定議会のこれに関する議決の権限が問題とされたのである。この動議はド・シャポルージュ(de Chapeaurouge)議員(CDU)等によつて出されたものであるが、[33] この点について同議員は、次のような主旨のことをのべている。すなわちまず死刑に関する問題を憲法によつて直接に規律するということは、ドイツの憲法上の経験によれば、これまでに実施されたことはなく、この問題はその時々の通常の立法権に委ねられるべきものであること、そしてボン基本法は、ドイツ連邦共和国が暫定的に活動することができるために最も必要な規定のみを定めるべきもので、死刑に対する態度を将来に亙つてまで決定することは、憲法制定議会の任務ではないということを理由として、[34] さきの幹部委員会の廃止の決定を争つたのである。しかしこの廃止規定を削除すべしとする提案は、右のように死刑の存続をあくまでも要求することがその目的ではなくて、この死刑の問題が十分な根拠もなしに軽率に取扱われることを防ぐため、この決定を将来の連邦議会の議決に委ねようとしたのであるが、憲法制定議会は、本会議でボン基本法第一〇二条に現に規定しているように、多くの賛成で死刑の廃止を最終的に議決したのである。[35] ところでこれまでの審議の過程からみられるように、西ドイツでは、死刑の廃止は、死刑というものが本質的に刑罰として法的正義の観念に適合せず、その存在が否定されるべきものであるという考え方が、すべてを支配して、これを実現せしめたものではなく、死刑の存置論も、また廃止に対する慎重論もなかなかに有力であつた。それにも拘らず死

刑の廃止にふみ切つたのは、やはりナチス時代の死刑の残虐性に対する反省が、特に強い影響をあたえていたことは、右の制定事情からも容易に想像されるところである。

（1）高木・末延・宮沢編・人権宣言集（岩波文庫）一七三頁、またフランクフルト国民会議における死刑廃止の論議については、宮沢浩一前掲一〇号五一頁以下、なお Dennewitz, BK, Erl. zu Art. 102, S. 2.

（2）プロイセンの憲法制定国民議会においても、死刑廃止が論議されたが、これを憲法にとりあげなかつたのは、憲法委員会が、こうすることを得策と考えたものであるとされている（宮沢前掲一〇号五五頁参照）。

（3）Dennewitz, a. a. O. S. 2. カールの思想の変化については、宮沢前掲一一号四三頁参照。

（4）ワイマール国民議会およびワイマール憲法下における死刑廃止の動きについては、宮沢前掲一〇号六五頁以下、一一号三八頁以下参照。

（5）ボン基本法制定の憲法議会では、ナチス時代の経験をくり返してはならないということが、強調された。ボン基本法第一条の人間の尊厳に関する宣言は、このことをしめしている。拙稿「ボン基本法における人間の尊厳つについて」本誌三三巻一二号一七二頁以下参照。

（6）Dennewitz, a. a. O. S. 2. 宮沢前掲一一号四九頁以下参照。

（7）Matz; Füsslein; v. Doemming, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, Jahrbuch des öffent. R., Bd. 1 (JöR, N. F. 1), S. 739; Dennewitz, a.a.O. S. 1. 宮沢前掲一一号五七―五八頁参照。

（8）JöR, S. 739; Dennewitz, a.a.O. S. 1.

（9）JöR, S. 61, 65

（10）JöR, S. 48ff.

（11）Nipperdey, Die Würde des Menschen, in Grundrechte II (GR II), S. 29, Hamann, Komm., S. 417, 82; W. Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, in Grundrechte III/2(GR III/2), S. 963.

（12）JöR, S. 65, 739f. この死刑廃止の提案は、すでに一九四八年一二月にドイツ党の動議として、ゼーボーム議員が党を代表して提案している（JöR, S, 61. 参照）。

（13）JöR, S. 740; Giese, Grund G. (Komm.), 6. Aufl., S. 211.

（14）JöR, S. 740; Giese, Komm., S. 211.

（15）JöR, S. 61, 65, 739f. これらの提案は、一つの案文として、ドイツ党より、すでに一九四八年一二月（JöR, S. 61, Anm. 54; Satz 2 und 4 aus dem DP-Antrag Drucksache 398 (v. 16. 12. 1948)）に提案され、第二条に生命に対する権利と並べて加えられることが要求されたが、それは、第一三一条に関する審議にまわされたのである（JöR, S. 741, Anm. 13）。

（16）後に死刑廃止を主張した社会民主党が、このドイツ党の提案に反対した事情が指摘されている（宮沢前掲一一号五八頁参照）。なお JöR, S. 740.

（17）JöR, S. 740. 一九四九年二月一〇日の幹部委員会第五〇回会議であるが、死刑に関する本格的な論議は、むしろこの会議でおこなわれた。なお Dennwitz, a. a. O. S 1 参照。

（18）JöR, S. 740.

（19）JöR, S 740; Dennewitz, a. a. O. S 1. 要するにボン基本法が生

命に対する権利を保障する以上は、もはや死刑の存在の余地なしとするものである。

(20) 廃止論者たるワグナー議員の論旨は、JöR, S. 740. 参照。

(21) JöR, S. 740. 死刑存置論も有力で、これに応酬している。

(22) JöR, S. 740.

(23) JöR, S. 740.

(24) JöR, S. 740.

(25) JöR, S. 740. 特にシュトラオス議員は審議の中止を求めた(Dennewitz, a. a. O. S. 1)。

(26) JöR, S. 740, Anm. 12; Dennewitz, a. a. O. S. 1.

(27) JöR, S. 740; Dennewitz, a. a. O. S. 1

(28) JöR, S. 740.

(29) JöR, S. 740; Dennewitz, a. a. O. S. 1.

(30) Dennewitz, a. a. O. S. 1.

(31) この慎重論の本来の主旨は、死刑存置を意図するものであつたということも十分に推測されうるのであるが、その発言は、積極的に存置の必要を強調するものではなく、存廃の決定を将来の連邦議会に委ねようとするものであつた。

(32) JöR, S. 741. この議決は、一九四九年五月五日の第五七回幹部委員会の会議でおこなわれた。死刑廃止の提案は、ワグナー議員のほかに、これまで一九四九年二月二五日に、ツイン(Zinn)議員、カッツ(Katz)議員、ディーデリックス(Diederichs)議員(いずれもSPD)がおこなつている。またドイツ党の廃止提案は第二条の審議においてなされたものであるが、第一三一条の審議にまで持ち込まれたのであり、後に、これが現在の第一〇二条となつたのである。

(33) 動議は、シャポルージュ議員、キューネ(Kühne)議員、フィンク(Fink)議員、ビンダー(Binder)議員、ホッフマイスター(Hoffmeister)議員、ブローマイヤー(Blomeyer)議員、カール・シュレーター(Karl Schröter)議員(いずれもCDU)、またマイル(Mayr)議員、クロル(Kroll)議員、シュバルバー(Schwalber)議員(いずれもCSU)等のおこなつたものである(JöR, S. 741, Anm. 14. 参照)。

(34) JöR, S. 741. この主張は、ワグナー議員の廃止論と対立した。

(35) この憲法制定議会では、死刑廃止が大多数の賛成で承認された。

三　死刑廃止の憲法上の意義

ボン基本法第一〇二条の死刑の廃止の規定は、根源的には第一条第一項の人間の尊厳にまでさかのぼるものであり、また第二条第二項の生命および身体の不可侵に対する権利の保障を維持するためにとられた手段である。(1) しかもこの規定は、すべての国家機関を拘束するもので、死刑を定めた刑罰法規は、ボン基本法に抵触し、その限度で無効となるから、死刑は他の刑罰によつておきかえられなければならない。(2) すなわち現在のところでは、終身刑が極刑とされることになるのであるが、(3) かかる死刑の廃止の主旨は、また単に経過的な措置を定めただけのものではなく、刑罰制度に関する基本方針を憲法によつて確定した(4)もので、死刑の刑罰としての存在が一切否定されたことになる。すなわちナチス時代に採用された死刑のみを

廃止するということだけではなくて、今後は、法律に死刑を定めることは許されず、従つてまず議会の立法権が拘束されることになり、[5] かつ死刑を宣告し執行することもまた絶対に許されないことになるのはいうまでもない。これまでの立法例のなかには、重大な犯罪や戦時ないしは緊急事態に対処する措置として例外的に死刑を定めることを認めるものが多いが、ボン基本法における死刑の廃止は、絶対無条件になされたものであるから、いかなる場合にも死刑の存在は認められないことになる。

次に問題となるのは、死刑の復活である。もし死刑が必要であるということになれば、ボン基本法を改正してこれを再び採用することになるが、かかる改正が果して可能であるか否かについては見解がわかれている。まずこの死刑の廃止は、人間の尊厳の保障に直結するものであり、死刑は人権の本質を侵害するもので、第一九条第二項の定める本質的内容の侵害の禁止にふれることになるから、死刑の復活を内容とする憲法改正は、第七九条第三項に定める憲法改正の限界をふみこえることになるというのである。[6] すなわち第一〇二条は、第一条の基本原理と不可分のもので、死刑廃止の第一〇二条を改正することは、第一条の人間の尊厳の尊重の原則を動揺せしめることになるから、かかる改正は右の第七九条第三項によつて許されない。したがつて死刑の復活は、憲法改正によつても不可能であるということになる。[7]

これに対して、反対説は、生命に対する権利も、第二条第二項後段により、法律にもとづく侵害は認められているのであるから、死刑の存在がまつたく否定されているわけではなく、[8] これが廃止は、第一〇二条の特別の規定によるものであつて、しかも死刑が、他人の生命の保護のために必要であり、かつこれに役立つ限りにおいて、これを復活させる可能性は法論理的には認められるというのである。[9] すなわち生命対生命の法益の対立を生じた場合に、ボン基本法第一条は、人間の尊厳を尊重し、保護することを国の義務としている。もし両者の生命をともに尊重し保護することができれば、この法益の対立の問題を生じないのであるが、死刑が問題とされるような場合には、いずれかの生命が犠牲とされざるを得ないのであるから、この場合には、どちらの生命の保護を優先的に考えるかということを決定しなければならない。犯人の生命を尊重して死刑を排除するか、または死刑による犠牲をあえておこなつても、これにより殺人等の犯罪に対して善良な社会の民衆の生命の保護を考えるべきか。各人の生命に対する権利の尊重保護を、すべての国民に対して実現しようとすれば、国家の国民に対する人命保護の義務を履行するに必要な手段として、死刑の存在の可能性は、第一〇二条による廃止が制定されたとしても、なお法論理的には、これがのこされているというわけである。[10] このほかに死刑は、国の刑罰権として、基本権の本質的な限界としての第二条第一項における他人の権利に対する侵害の禁止の条項から、正当防衛および訴追の強制手段として成立するということも指摘されている。[11] すなわち正当防衛が、不正な侵害に対する抵抗として、加害者の死をもたらすような場合でも、なお法的にこれが許される余地があるとするならば、か

かる自力救済を一般に禁止している以上、国家は一般個人に代つて防衛の権能をもつものであり、人命の保護の必要上、個人の正当防衛に代るものとして死刑は存在しうると考えるのである。従つて死刑は、本質的に人命を奪うことを目的とするもので、第一九条第二項の定める基本権の本質的な保障に違反するものであるから、死刑それ自体が、すでに反憲法的であると、これだけの理由で断定することは誤りであり[12]、死刑が兇悪な犯罪に対して、人命の保護に役立つことが考えられる限りにおいて、ボン基本法の改正により、これを再び採用することは、論理的に可能であるとするのである[13]。かくて死刑の存廃は、死刑が果して犯罪に対して各人の生命の保護に役立つものであるか否かということによつて判別されることになるのである。憲法制定議会は、死刑に代るべき措置について、なにも決定はしていない[14]。したがつて現状では終身刑が、最高の刑罰ということになるが[15]、これだけで殺人のような兇悪な犯罪に対処しうるかということの不安が、いまなお、西ドイツでも存在していることが想像される。かくて死刑に代るべき効果的な手段が考え出されない限り、死刑そのものについての本質的な疑義や弊害が認められながらも、その再採用の可能性がのこされているということになるであろう。死刑廃止の条項に関する右のような解釈の存在は、このことをしめしているものであるということができよう。

終りにこの死刑廃止の条項は、犯罪人の外国への引渡をも規制するものであることが指摘されている。すなわち外国法によれば、当該犯罪に対する刑罰として死刑が定められ、またこれが適用されることが予測されるような場合には、西ドイツ政府は、そのような国への犯罪人の引渡しが許されないことになる[16]（§4 Nr.2 Auslieferungsges. vom 23. 12. 1929）。

(1) Nipperdey, GR II, S. 29; Sax, GR III/2, S. 963; Dennewitz, BK zu Art. 102, S. 2; Hamann, Komm., S. 82, 417; Giese, Komm., S. 211. このことは前述の立法過程における各議員の発言からも明らかである。

(2) Maunz, Staatsrecht, S. 226.; Dennewitz, a. a. O. S. 2.

(3) Maunz, a. a. O. S. 226; Giese, a. a. O. S. 211; Dennewitz, a.a.O.S. 3.

(4) Dennewitz, a. a. O. S. 2; Nipperdey, a. a. O. S. 29; Sax, a.a.O.S. 963.

(5) Dennewitz, a. a. O. S. 2. 死刑の存廃は、将来の議会の立法権に委ねられたことではなくて、憲法により、すでにその廃止が決断されている。

(6) 憲法改正によつても死刑の復活は許されないとするものとして、Nipperdey, a. a. O. S. 29; このほかに死刑が、ボン基本法のもとでは、もはや存在し得ないものとする見解は、Sax, a. a. O. S. 963.

(7) 改正不可能論の論理を Dürig は、このように説明している (Maunz=Dürig, Komm., Erl. Zu Art 2., Abs II, Randnr. 14., S. 83ff. 参照)。ただしデューリッヒは、死刑の復活の可能性を認めている。

(8) E. Kern, Schutz des Lebens, in GR II, S. 59.

(9) Maunz=Dürig, Komm., S. 83.

(10) Maunz=Dürig, Komm., Randnr. 13., S. 83.

(11) Mangoldt=Klein, Komm., S. 186. これに対して、正当防衛を理

由としても、死刑は是認されないとするものとして、Sax, a. a. O. S. 263. すなわち死刑は、正当防衛の意味でも必要でなく、また道徳的にも正当化され得ないとする。

(12) Maunz=Dürig, Komm., Randnr. 13 u. 14., S. 83, 83f.
(13) Maunz=Dürig, Komm., S. 83f.
(14) Dennewitz, a. a. O. S. 3.
(15) Dennewitz, a. a. O. S. 3.
(16) Giese, Komm., S. 211; Hamann, Komm., S. 417.

四　結　語

西ドイツの立法例は、これまで永年にわたつて論争されてきた死刑の存廃の問題に対して、一応の結論を下したものであり、しかも憲法的により高い段階において、立法行政司法のすべての国家権力に対し死刑を全面的に禁止したものであるから、これが各国における死刑の廃止の論議に対して、貴重な先例となるものであることはいうまでもない。かかる死刑廃止の宣言を掲げることによつて、死刑というものが、法思想の面でまた法政策の点からも多くの問題をともなうもので、安易な正義感情のもとに、これを濫用すべきでないということを、周知せしめた点で、多大の成果をあげていることも事実であり、人権尊重の主旨からみて、死刑が望ましくないものであることは、死刑存置論の立場からもすでに指摘されている通りである。しかし重大な犯罪に対する死刑に代るべき対抗手段が発見され、これとおきかえられるのでなければ、死刑の廃止は、一時的にこれがなされたとしても、法的感情のなかから全面的に死刑をとりのぞくことは、まだまだ困難なことといわなければならない。[1] 死刑の廃止が憲法的に宣言されたにも拘らず、死刑の復活の要求や死刑存置の必要を認める見解が、いまなお存在しているということは、このことをしめしているものであるということができよう。高度の専門的な法律学上の分析によつて、死刑の欠点や弊害を指摘するだけでは、社会一般の法的感情をやわらげて、死刑廃止の方向にこれを導くということは、極めて困難であるといわなければならない。従つて死刑を廃止し、刑罰制度をさらに高度に進化させようとするためには、死刑の欠陥を説くことのほかに、さらに死刑に代るべき措置が刑罰制度のなかに考案され、或はより望ましいこととして兇悪な犯罪に対する予防的な保安処分の制度の充実が、同時になされなければならないことになる。

現在わが国においても、日本国憲法の改正に関する意見のなかに、死刑の廃止がとりあげられている。[2] これに対して、いわゆる憲法擁護論の立場からは、刑法の改正によつてもその目的が達せられると反論されているが、[3] 将来の立法をも拘束する意味で徹底した死刑の廃止を実現しようとするのであれば、憲法に廃止条項を掲げることは、十分に理由があるものといわなければならない。しかし死刑の存廃は、すでにのべたように、国民の法的感情の反映のもとにその方針が定められるべきであり、これを無視した立法措置がとられるならば、死刑の廃止に対する啓蒙的な役割を果すことができたとしても、却つて立法のみが独走して、社会の現実からあまりに遊

離した法に対する社会一般の信頼が失われてしまうという結果になりかねない。いずれにせよ死刑廃止論に伴つて、死刑に代るべきより効果的なすぐれた刑事制度の発見考案されることが切に望まれるわけである。

(1) 宮沢前掲一一号六〇頁以下参照。

(2) 八木秀次等・憲法改正の方向・七九頁参照。

(3) 高柳賢三・憲法に関する逐条意見書・自由五巻九号、一〇号、特に一〇号七四頁参照。