

人間の尊厳と死刑廃止論

……ラートブルッフの刑法草案と行刑論にふれて……

Menschenwürde und Diskussionen über die Abschaffung
der Todesstrafe (2007).

鈴木敬夫

Keifu SUZUKI

目次

- I. 序
 - II. 「ラートブルッフ刑法草案」(一九三二)
 - III. ラートブルッフの行刑論
 - 一. 「拘禁の心理学」(一九一一)
 - 二. 「刑罰制度における教育思想」(一九三二)
 - 三. 「最初の懲治場とその精神的背景」(一九三八)
 - IV. 結びに代えて ナチスの「超個人主義」と死刑の濫用
- 「死刑廃止は、人道の要請であるばかりではなく、歴史的発展の帰結であり、行刑政策発展の帰着地でもある」(一九四九
ラートブルッフ*

I・序

今日、EUは死刑廃止を掲げて世界的潮流の先頭に立っている。EU加盟国の一つフランスは、二〇〇七年二月一九日、死刑を禁止する条項を憲法に書き加えた。すなわち、フランス上院下院は賛成八二八反対二六で、フランス憲法第六六条に「何人も死刑に処せられてはならない」とする条項を挿入したのである。世界的に見て、これが死刑廃止へ向けた最も新しい憲法改正である。

こうした世界的な潮流の中で、中国も二〇〇七年一月に、いわゆる「死刑再審査権」（死刑復核権）を、誤判の多かった各省の高級人民法院から回収し、本来の最高人民法院に復活させた。この改正は死刑条項の解釈と適用、誤判の防止に役立つものとして、内外から高く評価されている。^①だが一方で、中国には非暴力犯罪である「経済犯罪」に対する死刑条項があり、さらには「死緩刑」（執行猶予二年付き死刑判決）の下で施されている不透明な行刑とその改革が指摘されている。^②諸国には、各国の伝統や、政治的・社会的基盤の相違等に依りて特色のある多様な法制度が育まれている。そのような法文化の相対性は、尊重されなければならない。しかし同時に、人間の生命の尊貴さもまた人権の普遍性の見地から、国境を越えて尊ばなければならない。

さて、新カント学派に属するG・ラートブルッフ・ラデ布魯赫（Gustav Radbruch, 1878～1949）の法哲学が「方法二元論」（Methodendualismus）と「相対主義」（Relativismus）に依拠して、ドイツ戦後の新たな法改革、東アジアの民主化と人権思想の育成に大きく寄与したことは、よく広く知られている。彼の法哲学理論は、法理念の三位一体性論によって支えられている。彼は法理念の内容として、正当性、すなわち正義（Gerechtigkeit）だけに限らず、

さらにその他に、合目的性 (Zweckmassigkeit) と法的安定性 (Rechtssicherheit) の二つを加え、その正義が内容的には等分的正義と配分的正義の矛盾を内包しながら成立しているだけではなく、正義と合目的性と法的安定性の三つの法理念のモーメント・契機 (moment) もまた、相互に矛盾しながら成立するものであることを明らかにし、極めて独創的な法哲学を完成させた。彼は相対主義と民主主義の内面的関連を明らかにし、その方面から自由な社会主義と法哲学の結びつきを明確に示した。⁴⁾

さて、ラートブルッフは、彼の代表的著書『法哲学』の初版、即ち一九一四年の『法哲学綱要』(Grundzüge der Rechtsphilosophie) において、「超人格主義 (Transpersonalismus) だけが死刑を正当化する」と述べ、さらに『法哲学』(Rechtsphilosophie, 3 Aufl. 1932) の執筆に際して、新たに第三章「死刑」(Die Todesstrafe) を加え、「死刑は、超個人主義法律観、(Überindividualistische Rechtsauffassung) だけが正当化し得るものであり、ただこの法律観のみが一般に国家に対して生殺与奪権を与えるものである」と警告している。⁶⁾ 本稿で紹介する「ラートブルッフ刑法草案」や行刑論は、超個人主義法律観を掲げる「ナチズム(国民社会主義、National-Sozialismus)」が台頭し、ヒットラーが政権を掌握していく時代背景の下で著されたものである。我われは、ラートブルッフの死刑廃止論・行刑論を通じて、理性的存在である人間が、国家によって主体性を否定される悲惨さと、個人に対して道徳的優位を誇る権威主義国家の法律観の危険性を知ることができよう。これらの小論は、相対主義における寛容と、何に對して不寛容であるべきかを説いた論文「法哲学における相対主義」(Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, 1934) や、人權を否認する悪法を糾弾した論文「実定法の不法と実定法を超える法」(Gesetzliche Unrecht und ubergesetzliches Recht, 1946) へ架橋するものとして重要である。

II. 「ラートブルッフ刑法草案」⁹⁾

ドイツ憲法に「死刑廃止」が規定される二七年前に、ラートブルッフによって新たな「刑法草案」（一九二二）が著わされ、死刑の廃止が提唱されていたことは注目に値する。この「ラートブルッフ草案」（Entwurf Radbruch）は、現職の司法大臣であったラートブルッフが起草したものである。だが、当時のドイツは、第一次世界大戦後の混乱状態にあつて、極右主義者による政治的テロが横行していた時代でもあつた。驚くべきことに、一九一八年から一九二三年の五年間に、政治的暗殺が四〇〇余件も発生し、議会ではテロリズム対策として、死刑廃止とはまったく反対に、死刑制度の強化が叫ばれたのであつた。そのため、彼の草案は国会で審議されるには至らなかつた。¹⁰⁾

この「草案」には幾つかの特徴があるが、本稿では、①死刑の廃止、②確信犯人への特別処遇（Sonderbehandlung des Überzeugungsverbrechers）の二つを紹介しよう。先ず、死刑廃止の提起こそ、新カント学派であることを自負し、終生、教育主義刑法を説いたラートブルッフの立場を如実に示すものである。また確信犯人に対する処遇問題は、彼等が思想犯乃至政治犯であることを重視する立場で展開された論点であり、まさに相對主義者による立論である。

先ず、死刑廃止について。「草案」の刑罰観は、犯罪者の改善という教育刑思想に立脚するものである。これまで刑法学説史において、近代学派は刑法のスローガンに「行為ではなく行為者を」掲げていた。しかしラートブルッフは、さらに進めて「行為者でなく、人間を」を説いた。ラートブルッフにとつて、先ず死刑が廃絶されなければならないのは、この刑罰が人間に固有な「自律性」（Autonomie）を否認するものであるからであつた。そもそもカントによれば、「人間は目的それ自体として実存する」ものであつて、人間は人格の所有者として自己目的的存在である。カント

は人格の本質は自律性にある。ここに自律性とは、人間が自己の理性を通じて、自己立法、自己決定、自己処分、自己目的設定等を自律的にすることのできる道徳的自由を意味し、この道徳的自由を駆使することのできる理性的能力を有しているという点に、彼の人間としての尊厳が宿つているといえよう。まさに「自律性が人間の存在、即ち、すべての理性的存在の尊厳の根拠である」¹¹⁾。(Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur)人間を目的として尊重することなく、単純な手段として利用すれば、この自律性に根拠する人間の尊厳を侵害することになる。刑罰としての死刑は、人間を国家目的のために単純な手段として使用する場合にほかならない。すなわち、社会防衛のために人間を一方的な手段として犠牲にする制度が死刑制度であろう。このように考えると、国家に道徳的優位性を与え、人間の自律性を犠牲にすることを許す死刑制度は、超個人主義的、権威主義的な刑法観と言えよう。ラートブルッフの教育刑思想に依拠する刑法草案は、人間の自律性と尊厳を貴ぶ諸条項によって構成されている。

草案「理由書」において、ラートブルッフは次のように説いている。「本草案は、自由刑と罰金刑しか知らない。死刑は除去されている。死刑は、既に従来の刑罰体系においても異物存在である。それは、拘禁刑に始まり、体刑、四肢の切断を経て死刑……その死刑自体にもまた複雑な段階があつた……に至る刑罰系列の最終項をなしていた。死刑は、このような刑罰体系の唯一の遺物として、今日まで余りにも永く残存したのであり、最後まで他の種類の刑罰から越え難い断層によつて隔絶し、罰金刑と自由刑とを基礎とする今日の刑罰体系の中で、全く不調和な孤立した存在となつている。応報思想によつて死刑を根拠付けることは、これをタリオ(Talio, 同害報復)という原始時代的な形式の中で考えない限り、不可能である」と。

次に、確信犯人論について。価値相対主義の立場から教育刑を主張するラートブルッフは、政治的確信犯人に対し

て、彼らを「犯罪者」ではなく、「別の思想をもった者」として処遇しよう主張する。それは彼等の犯罪は、もっぱら道徳的、宗教的または政治的確信、その心理的要素によつて特徴づけられるものであるからである。

ラートブルッフは言う。「確信犯人は、決して破廉恥な者ではなく、ただ別の考え方をする人間である。彼を改善する必要はなく、また彼を矯正することなど不可能である。彼の確信には、それなりの根拠があるから、もし、これに反対しようとすれば、それなりの根拠がなければならぬ。我われは、確信犯人がその決して屈することのない首を真直ぐ立てて、刑務所を出て行くのを見守るしかない」と。

こうしてラートブルッフは、この改善が困難な確信犯人を、特別の処遇をすることによつて、彼の名譽を尊重しようとした。その特別処遇とは、戦時中の俘虜と同様に、禁固刑ではなく「拘禁」(Einschliessung)することであつた。彼が提起した確信犯に対する処遇は、一九二三年の特別法によつて「自由刑執行の原則」として実現された。しかし、一九三三年、ヒットラー政権の成立と同時に、「行刑における確信犯人特別処遇処置廃止に関する告示」によつて廃止された。そして政治的確信犯は、刑務所とは別に設置された「ナチ反対者収容所」(Konzentrationslager)に送り込まれ、ナチへの同化が強要された。¹⁴ラートブルッフは、「刑法改正とナチズム」(Strafrechtsreform und Nationalsozialismus, 1933)という論文において、多くの政治家を死の恐怖に追いやつたナチ刑法を「テロ的」(terroristisch)な刑法と呼び、糾弾している。¹⁵

「ラートブルッフ草案」は、起草後三〇年を経て、ようやく司法大臣の下で公刊された。時代に先駆けた「ラートブルッフの草案」が、戦後のドイツ憲法の「人間の尊厳」条項及び「死刑廃止条項」の挿入に、先導的な役割を果たしたことは、その立法資料で明らかである。

III・ラートブルッフの行刑論

死刑廃止論と並んで評価されるべきものに、ラートブルッフの行刑論がある。その諸論文は、ラートブルッフの高弟、カウフマン (Arther Kaufmann) によって編纂された『ラートブルッフ全集』第一〇巻『行刑』(G. Radbruch, Gesamtausgabe Band 10, Stratyvollzug 1994.) に収められている。彼の行刑論文は、いずれも簡略な論文ながら、フォン・リスト (Franz von List) から受け継いだラートブルッフの教育刑思想の神髄を感じさせる。以下では、「諸論文の中から、法律の下で人間を直接かつ具体的に扱う行刑執行の現場を直視し、人間を道具として扱い、「人間の尊厳」を否認する刑罰の執行に警鐘を鳴らす代表的な三篇を選択して紹介する。¹⁶⁾年代順に、まず一、「拘禁の心理学」(Die Psychologie der Gefangenschaft, 1911)、『1911』。「刑罰制度における教育思想」(Der Erziehungsgedanke im Strafwesen, 1932)、『1932』。「最初の懲治場とその精神的背景」(Die ersten Zuchthäuser und ihr geistesgeschichtlicher Hintergrund, 1938)、『1938』。

一・「拘禁の心理学」¹⁷⁾

この論文は、ドストエフスキー (Dostojewski) 自身が体験した過酷なシベリヤでの監獄生活の実態を題材にした著作『死の家』などの、いわゆる《囚人文学》を素材として、当時の刑務所における受刑者の拘禁形式について論じたものである。ラートブルッフは、監獄の「独居拘禁」と「雑居拘禁」について取り上げ、社会における囚人の処遇と刑務所との相互作用、行刑の社会化等、行刑の在り方を問い質してしている。

そもそも、雑居拘禁は、反社会的な受刑者を社会化するために、受刑者を市民社会から引き離し、むしろ他の反社会的な者と交わらせるといふ愚かさがある。他方で、独居拘禁もまた、宗教的な悔悟を試みて受刑者の人格に働きかける。だが、受刑者をまるで禁治産者のように扱い、受刑者を刑務所生活に適合させようとするものであつて、基本的には、受刑者の社会的な生活能力を喪失させてしまう。ラートブルッフはいう。「雑居拘禁は人間を悪くし、独居拘禁は人間を弱くする」¹⁸と。いずれの拘禁形式も受刑者を受刑者の社会復帰を目標に、彼らを社会化するという行刑内容とはいえない。このような観点から、次のような結論を導いている。そもそも、受刑者の教育は「社会の中においてのみ、社会のために教育できる。そうするためには、受刑者を社会化する二つの道が開かれるべきである。先ず受刑者を市民社会の中で育むこと、もし、そうでなければ受刑者を他の受刑者と共に、市民社会をモデルとして作られる新たな共同体（刑務所社会）の一員として組み込んで、受刑者を社会化していくこと」¹⁹である、と。この主張には、社会が犯罪者を生んでしまった以上、犯罪者にだけ責任を転嫁することなく、社会がこれを受け容れ、その責任を共有して、犯罪の無い社会を構築しよう、という意味がこめられている。

これがラートブルッフの「施設内処遇の社会化」の主張である。彼は、行刑施設及び施設内処遇の改革を貫くことを通じて、特に刑務所内に設けられた共同体の中に、受刑者の新たな生活の場を提供することを通じて、社会復帰に備える教育行刑の目標を据えていたのである。これは彼が、早くも一九一一年に、「行為者でなく、人間を」という教育刑思想を確立していたことの証であろう。

二．「刑罰制度における教育思想」²⁰

ナチスが政治活動を強化し始めた当時、犯罪が発生する社会的原因が問われなまま、伝統的な応報思想の下で権

威刑法だけが支配していた。そうした状況の中で、ラートブルッフは、刑事罰に教育を導入しようという逆説的な構想を打ち出したのである。それは、自由刑における原則的な二律背反の課題、即ち「自由剝奪による自由のための教育」『*Erziehung zur Freiheit durch Freiheitsentzug*』についての挑戦を試みたのである。²¹⁾ 彼は、拘禁状態にある犯罪者に、社会的に責任ある自由な生活を準備させることを目標として、当時の社会および法律の枠内にみられる相反する条件を背景にして、まさに「自由剝奪という条件の下で行われる法違反者の教育」という課題に、真正面から取り組んだのであった。

カントは「人を善導するには、その人の内に残っている良心を活用するしかない」という。ラートブルッフは、カントの言葉を引用し、行刑とは、犯罪者の「行為を矯正」することではなく、犯罪者の「心情を矯正」することであるとして、善導の意味を明らかにしている。正義についての心情を呼び覚ましてこそ、犯罪者を正しい行為に導くことができる、というものである。彼は、「犯罪者の良心に教育を結びつけることは可能である」として、外面の「矯正」よりも、内面「教育」の大切さを強調した。²²⁾

教育行刑においては、なによりも教育が強制され、まして教育が刑罰の意味をもっているような場合、その行刑は成功しない。ラートブルッフは言う。「刑罰としての教育には、一つの矛盾があることに注意を払うべきである。何より《刑罰として》『*zur Strafe*』教育しようと考えること自体が矛盾である。教育上の処罰は、相互の信頼を通じて成り立った教育関係の枠内で行われる行為である。しかし、犯罪に対する刑罰としての教育は、これとは逆に、刑罰の枠の中に教育を無理に割り込ませようとするものである。その結果として、一面では不信の、他面では反抗の雰囲気を作り出すだけであって、このような雰囲気の中で、教育を成り立たせることは、およそ不可能である²³⁾。」と。

ラートブルッフは、このような教育を実践するために、受刑者と相互信頼を保つことのできる、受刑者の共同生活

の確保に献身できる人材の確保の重要性を訴えている。したがって、他の刑務所との競合関係から、刑務所内での生産労働を加重させる行刑官吏、前科者に対して偏見をもち差別する官吏は忌避されなければならない。

そして、ラートブルッフは、受刑者に不信を与える要因となる刑務所の建物を、近代的な建物に改築するよう主張する。彼はいう。行刑目的が達成される刑務所とは「パヴィリオン方式（Pavilionssystem）で作られ、そこでは慎重に区分された幾つかの教育グループに対して個別の部屋を確保し、受刑者に自由を与え、制約はできるだけ加えない。要塞のような塹を廃止し、鉄格子のついた窓も取り払う。現在の刑務所のような堅固な建物は、常習的に脱獄の恐れのある少数の者のみを対象にして建てべきだ」と。

この行刑論において、ラートブルッフが訴えたかったものは何か。我われは、この論文は、ナチスが政権を掌握する一年前の講演文であることに留意して、行間の意味を汲み取らなければならない。彼の「自由剝奪による自由のための教育」の真意は、自由を剝奪された受刑者に対する自由獲得の教育であり、《鉄格子をはずした》の教育の場における「心情の矯正」とは、不屈の魂を育む「自由のための善導」を指しているのではあるまいか。それは講演文の最後の一行に伏せられているように思う。ラートブルッフはいう。

「みなさん、我われは我われの立場を、今や襲いかかってくる野蛮の嵐に抗して、理性と正義と人間性の永遠の宝として、断固として守り抜こうではありませんか！²⁵」と。

この予言とも評価すべき教育行刑論に、聴衆の誰もが共感を抱いたであろう。この講演文が活字化された翌年、つまり一九三三年、ラートブルッフは、ナチスの「官吏服務法」第四条によって、大学教授職から追放された。

三・「最初の懲治場とその精神的背景」⁽²⁶⁾

この論文は一九三八年に執筆されたものである。ラートブルッフが敢えてこの時期に、なぜ一六世紀から一七世紀における教育行刑の誕生の地といわれるアムステルダム (Amsterdam) の懲治場 (ZuchtHaus) を題材に取り上げたのであろうか。結論を先取りしよう。それは「労働による教育」が施された当時のアムステルダム懲治場では、教育刑は紛れもなく懲罰以外のなにもでもなかった。いわゆる「改善する」とは、人間を野獣のように「調教する」(Bandigung) ことであつた。この監獄でなされる行刑の実態は、人間の自律性と尊厳を否認する、受刑者に奴隷労働を強いる矯正に外ならず、その史実からみても、ラートブルッフが、彼がナチスの法律を「実定法の不法」と呼んだ、不法適用の原形を予見できたからであろう。彼は、徐々に迫り来る《新時代》の前兆を、行刑史を記述する中で示したといえよう。

ラートブルッフは記している。アムステルダムの懲治場は、教育目標として「人々を勤勉にさせるべきだ。勤勉にさせれば、人々は正直な人民に変化する」を掲げて、「労働と棍棒、授業と教誨」を通じて懲治を施していたが、行刑の具体的形態は、およそ教育理念とはかけ離れたものであつた。作業は過酷で単調であり、鞭杖と飢餓によって労働意欲を強制された⁽²⁷⁾。と。だが、懲治場に残されている教育報告書には、このような「教育実践は、決して単なる持続的な威嚇の現われではなく、有効な改善として、現実的な成果が認められた」と記録されている。ラートブルッフは、受刑者を自堕落な人間を野獣と同様にみて、これを「調教すること」を以つて教育実践とする当時の報告書に、いわゆる「懲治教育」の恐るべき本性を見たのである。それは、このような行刑は、周知の「自己の権力の下にある人間の抵抗を抑圧し、強引に自己の意思に従わせてしまう公安官のやり方と同様であつて」、およそ社会復帰を目標とする教育行刑とは程遠いものであつたからである。⁽²⁸⁾

アムステルダム懲治場の基礎にある教育思想は、究極的には一つの宗教観、すなわち「カルヴァン（Calvin）主義の社会倫理」に由来し、ただ勤勉が人間の美德とされ、乞食と喜捨は永劫の罰に値するものと考えられていた。ラートブルッフは、このような宗教的・社会倫理的特徴を、アムステルダム懲治場の教育目標とその実践に認め、さらに次のように指摘している。この懲治教育の下では、収容者は……むしろ懲役囚と言えよう……、労働、つまり何ら喜びのない労苦だけをもたらす労働を強いられる。収容者の反抗心を、「労働を通じて屈服させる」ことによつて挫こうとし、彼らが「作業のノルマを果たすことで、懲治場の課題は満たされる」²⁹この懲治場では、ノルマを果せない者には、刑期はない。

ラートブルッフは、この論文を次のように結んでいる。「最初の懲治場は、人間の連帯とはほど遠いものである。しかし、我われは、連帯というものに、現実的にどれほど近づいたといえるであろうか」³⁰と。

ここに「連帯」とは、受刑者と刑務所、受刑者と社会という関係によつて成り立つ、受刑者の主体性ないし自律性を教くむ連帯関係を意味しよう。この論文の行間には、あまりにも非人間的な監獄であったアムステルダム懲治場の行刑実態を研究し尽くした者にのみ可能な、真の「人間的行刑」論が展開されている。教育の名の下に受刑者を労働によつて屈服させるところに、人間の尊厳はない。我われには、一七世紀における人間不在のアムステルダム懲治場の史実を省みて、改めて現代行刑の実態を精査することが課せられている。

IV・ 結びに代えて ナチスの「超個人主義」と死刑の濫用

ドイツにおいて、死刑廃止が戦後早い時期に憲法に規定されるに至つた理由は、ナチス政権による国家権力の濫用、

即ち集団虐殺、死刑、拷問、強制労働、肅清、迫害、人体実験等によつて、人々は人間としての尊厳と価値を喪失し、非人間に陥れられるという極限状態を歴史的に経験したからである。それは、まさにナチスの悪法に対する深い反省に立脚するものである。

紛れもなくナチスの法律は、個人に対して全体を重んずる性格を備えた超個人主義的法律であつて、それは必然的に権威主義刑法を育んだといえよう。当時、「法律は法律だ」という法実証主義が跋扈し、国権と政權を握つたナチスによつて民主主義と人權は厳しく抑圧された。人間が普遍的に有している人權、誰もが平等に有している学問及び思想の自由、表現の自由等を否定した国家權力が、このような不寛容な法律を生んだといえよう。^① ナチの法律群こそ、ラートブルッフ草案や行刑論が危惧し、最も忌み嫌つたものである。

ナチムズによる野蛮な法制とそれを支えた法実証主義を批判した論文「実定法の不法と実定法を超える法」(一九四六)において、ラートブルッフは言う。「正義の追求がまったくなされない場合、正義の核心をなす平等が実定法の規定に際して意識的に否認されたような場合には、おそらく単に《悪法》であるに止まらず、寧ろ法としての本質を全く欠いているものである。……ナチスの《法》は法としての本性を欠いており、不正な法というよりは、そもそも法ではない。ナチスの法は、人間を人間以下のものとして扱い、その人權を否定した法律であつた。犯罪の軽重を何一つ考慮することなく、専ら一時的な脅迫のために重さの著しく異なつた犯罪行為に対して同じ刑罰で、しかも通常は死刑を以つて威嚇を加えたのである。このような脅迫的刑もまた、法として性格を有していない^②」と。

この主張は、人間の誰もが有している普遍的な人權を意識的に否認する法律は、正義に対する法的安定性優位を示すものであつて、それが、いかに一党独裁の政体への抵抗を抑圧し、結果的には、自由と民主主義を破壊する法制を育むかを明らかにしている。換言すれば、応報刑ならびに威嚇刑を主張する法制は、また同時に、支配者の權力濫用

を支える法的安定性の保障、死刑の正当性にも奉仕するものであることを訴えている。ラートブルッフは、いつの時代ににおいても、正義の観念を忘れた極端な法的安定性への傾斜は、超個人主義的権威思想を通じて、刑罰概念も権威の観念に即して形成するようになり、犯罪も権威の侵害乃至権威への不服従とみなし、刑罰をもって権威の確認乃至応報とみる観点に到るのは必至である以上、個々人は、そのような法的安定性に傾斜する思潮に、より一層の注意を払うべきことを教えている。それは、確かに、法治国家が多数決によって支えられているとしても、安定性だけが法が特化して実現すべき唯一の価値や決定的な価値ではないことを知るべきである。それは、正義（平等の実現）と合目的性（学問の自由、思想の自由、表現の自由）の間において、ただ単に中間的な位置を占めるに過ぎないからである。

冒頭に述べたように、ドイツ憲法が第一〇二条に「死刑は廃止されているものとする」と過去形で規定している。そして第一条に「人間の尊厳は不可侵」であると定め、さらに第二〇条に主権者国民の「抵抗権」を規定した立法趣旨を考え併せると、個人に対する国家の絶対的優位を表示する死刑制度は、過去はもとより将来においても「実定法の不法」として、地球上から忌避されるべきものと理解されよう。

* Radbruch, Das Ende der Todesstrafe, in: Rhein-Necker-Zeitung Nr. 87. V. 14.5. 1949.

註

(1) なぜ回収する必要があったのか。この問題に関する精緻な研究として、賈宇主編『死刑研究』第二編第八節（二〇〇五、法律出版社）等を参照。

- (2) 非暴力犯罪に対する死刑について疑問を提起するものに、趙秉志主編『中国廃止死刑之路探索——以現階段非暴力犯罪廢止死刑為視覺』(二〇〇四、中国公安大学出版社)、特に趙論文一頁以下を参照。示唆に富んだ論文として、許成磊『簡論經濟犯罪的死刑立法及其廢止問題』『中国廢止死刑之路探索』(上掲) 六四頁以下。
- (3) 「行刑」の実証的研究として、張正新著『中国死緩制度的理論与实践』(二〇〇四、武漢大学出版社)、釗作俊著『死刑限制論』(二〇〇一、武漢大学出版社)二七八頁以下等、優れた研究がなされているが、特に「執行猶予」中の「二年間」における所謂「行刑」の実態について明らかにされていない。同じ意味で、「労働教養」期間における行政罰としての「行刑」の実態も不透明である。さらに、葉雲蘭『論死緩之於死刑廢除的意義』『理論界』二〇〇四年四月二七九頁以下は、この制度の問題点を鋭く指摘している。
- (4) 拉德布鲁赫の基本的立場については、鈴木敬夫「論価値相対主義法哲学的現代意義」載『上海大学法学評論』李瑜青主編(二〇〇四、上海大学出版社)五七頁以下参照。同「論社会主義……拉德布鲁赫『社会主義文化理論』の現代意義」載『比較法研究』中国政法大学主弁(二〇〇四年五期)参照。
- (5) Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914, S. 113.: 日訳『拉德布鲁赫著作集』第二卷(山田晟訳)、一五頁。ラートブルッフはいう。「死刑は、あらゆる人格主義的国家観の根本思想と一致しない。……個人の利益を犠牲にするのに国家活動の各行為の正当性(Legitimation)を必要としないとする国家観のみが、すなわち、超人格主義のみが死刑を正当化することができる」と。(S. 113.)
- (6) Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., 1973, S. 266. 日訳『拉德布鲁赫著作集』第一卷(田中耕太郎訳)、三四九頁。
- (7) Radbruch, Der Mensch im Recht, Göttingen, 2., Aufl. 1961, S. 80-87. 日訳『拉德布鲁赫著作集』第四卷(尾高朝雄訳)、一頁〜一頁; 中国語訳として「哲学上の相対主義」(鈴木敬夫訳)『載『法学訳叢』九一—一、六頁以下。
- (8) Radbruch, Der Mensch im Recht, Göttingen, 2., Aufl. 1961, S. 111-124. 日訳『拉德布鲁赫著作集』第四卷(小林直樹訳)二五一頁〜二六七頁; Radbruch, Aphorismen zur Rechtsweisheit, Gesamelt, eingeleitet und herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1963, Nr. 215. (S. 49): 吾国濫訳「法律的不法与超法律的法」、『法律智慧警句集』(二〇〇一、中国法制出版社)一六一〜一七七頁。
- (9) Radbruch, Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), Gesamtausgabe Bd. 9, 1992 S. 49-135. 参閱

- 「拉德布鲁赫刑法草案」、解題（宮崎澄夫）、日訳草案・理由書（中谷理子・宮崎浩一）『法学研究』（慶応大学）第二八巻第八号（一九五五）、一頁〜八五頁。
- (10) Arthur Kaufmann, Gustav Radbruch Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat, München, 1987, S. 85-86. 『ラートブルフ』中義勝・山中敬一訳（一九九二、成文堂）一〇五頁；舒国澄訳『古斯塔夫・拉德布鲁赫傳』（二〇〇三、法律出版社）七七頁。
- (11) Arthur Kaufmann, a. a. O., S. 83. A・カウフマンが指摘する「自律性」（Autonomie）こそ、新カント学派法理の原点である。舒国澄訳（前掲）七四頁。今日、「人間の尊厳」（Menschenwürde）を理念として死刑廃止を説く者の多くが、このカント哲学にいう「自律性」を起点としている。例えば、韓国の法哲学者沈在宇（Shin Zai Woo）「人間の尊厳と死刑廃止」、鈴木敬夫編訳『東アジアの死刑廃止論考』（二〇〇七、成文堂）九頁参照。
- (12) 'Entwurf Radbruch', Gesamtausgabe Bd. 9, S. 143. 前掲日訳七二頁。
- (13) Radbruch, Aphorismen zur Rechtsweisheit, Gesammelt, eingeleitet und herausgeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1963, Nr. 215, (S. 49)；舒国澄訳『法律智慧警句集』（前掲）四七〜四八頁。
- (14) 常盤敏太「ラートブルフを中心にして」（一九三四）、鈴木敬夫編訳『魔笛の刑』（一九七七、鳳社）、二三四頁。これは当時、ラートブルフと生活を共にしていた高弟常盤敏太博士によるナチ刑法批判論文の一節である。
- (15) これは、ラートブルフが生命を懸けて執筆したナチ刑法批判論文である。Gesamtausgabe Bd. 9, S. 331-335. この年に「ファシスト的」刑法を批判した論文として「Faschistisches Strafrecht, In: Der Morgen, Nr. 6, Berlin, Februar 1933, 433ff. がある。
- (16) ラートブルフの「行刑論」については、高い評価を得ているものに、Heinz Müller-Dietz, Der Strafvollzug in der Sicht Gustav Radbruch, 1992. ハイנטツ・ミュラーディーツ「グスタフ・ラートブルフの眼からみた「行刑」」宮沢浩一・勝亦藤彦訳『法学研究』（前掲）、第六八巻第三号（一九九五）一頁以下がある。この他に、短文ではあるが、優れた先行論文として阿部哲夫「ラートブルフの行刑論」、載『刑政』第一〇七巻八号（一九九六）一六頁以下があり、多くの御教示を得た。記して感謝の意を表す。
- (17) Radbruch, Die Psychologieder Gefangenschaft, 1911, Gesamtausgabe, Bd. 10, (1994) S. 31-45.

- (18) Radbruch, a. a. O., Bd. 10, S. 42.
- (19) Radbruch, a. a. O., Bd. 10, S. 44.
- (20) Radbruch, Der Erziehungsgedanke im Strafwesen (1932); Gesamtausgabe Bd. 10, S. 71-79.; この論文の日本語訳は一九七七年になされたが、その後、鈴木敬夫編訳『ラートブルッフ・魔笛の刑法』(一九七七年、鳳社) 五七頁以下に収められた。
- (21) ハインツ・ミュラー・ディーツは、この論文を通じて、ラートブルッフが教育行刑の改革への熟慮、すなわち、自由刑における原則的な二律背反に挑戦したことを評価している。「グスタフ・ラートブルッフの目からみた行刑」(前掲訳) 五頁。
- (22) Radbruch, a. a. O., Gesamtausgabe Bd. 10, S. 71-72.; 鈴木敬夫編訳『ラートブルッフ・魔笛の刑法』(前掲) 五九頁。
- (23) Radbruch, a. a. O., Gesamtausgabe Bd. 10, S. 75.; 鈴木敬夫編訳『ラートブルッフ・魔笛の刑法』(前掲) 六六頁。
- (24) Radbruch, a. a. O., Gesamtausgabe Bd. 10, S. 76.; 鈴木敬夫編訳『ラートブルッフ・魔笛の刑法』(前掲) 六七-六八頁。
- (25) Radbruch, a. a. O., Gesamtausgabe Bd. 10, S. 79.; 鈴木敬夫編訳『ラートブルッフ・魔笛の刑法』(前掲) 七三頁。
- (26) Radbruch, Die ersten Zuchthäuser und ihr geistesgeschichtlicher Hintergrund (1938); Gesamtausgabe, Bd. 10, S. 97-109.
- (27) Radbruch, a. a. O., Bd. 10, S. 102.
- (28) Radbruch, a. a. O., Bd. 10, S. 104.
- (29) Radbruch, a. a. O., Bd. 10, S. 106-107.
- (30) Radbruch, a. a. O., Bd. 10, S. 109.
- (31) ラートブルッフは、「法律は法律だ」という法実証主義が、法律家を無防備にしてしまった、という。しかし、ここで問われなければならないのは、「法律家を無防備にしたというよりは、寧ろ協力的にしたのは、全体主義体制に対する彼らの政治的親和性ではなかったのか」という疑問である。この点について、「ナチス時代の『実体的決断主義』(Substanzieller Deziomismus) を鋭く糾弾したフーベルト・ロットロイトナーは、法律家の支配体制に対する遵奉精神を究明し、彼らが果たして「法の番人」であったのか、それとも「政党の番人」であったのか、を問責している。Hubert Rottleutner, Substanzieller Deziomismus — Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus.; in: Heraus. von H. Rottleutner, Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus. ARSP, BEIHEFT NR. 18 (1983), S. 20ff.; H. ロットロイトナー編『法・法哲学とナチズム』ナチス法理論研究会訳(一九八七、みすず書房) 三四頁以下。これは、時代を超えて法律家に問われているといえよう。

(32) Radbruch, a. a. O., Mensch im Recht. S. 122.; 舒国澧訳『法律智慧警句集』（前掲）二七頁。

（この原稿は、二〇〇七年五月二〇日、中国・汕頭大学法学院で開催された「亜大法学会国際学術研討会」の報告原稿に註を以て、補強したものである）