

<翻 訳>

東アジアにおける死刑廃止論考
……韓寅燮、金政友、李震山、釗作俊、
傅義・陳林林、趙秉志の所説……(3)

鈴木敬夫 訳

目 次

- I. 蘇俊雄：死刑制度と理性的批判（2000年、台湾）
 - II. 夏 勇：死刑と《最も重大な犯罪》……『市民的及び政治的権利に関する国際規約』第6条第2項に対する評釈……(1998年、中国)
 - III. 沈在宇：人間の尊厳と死刑廃止論（1998年、韓国）
 - IV. 郭道暉：中国の特色をもつ死刑制度について（1985年、中国）
 - V. 金日秀：韓国における死刑廃止運動の展開と展望（1989年、韓国）
以上(1)第19巻第2号（2003年3月）
 - I. 陳興良：死刑存廃の当為と存在（2003年、中国）
 - II. 陳澤憲：死刑適用の厳格化について（2003年、中国）
 - III. 彭聖斐：死刑の存廃について……死刑存置論と死刑廃止論の論争を中心として（1997年、台湾）
 - IV. 許一泰：韓国の死刑制度の違憲性（1998年、韓国）
 - V. 李壽成：刑罰の理念的脈絡からみた死刑制度（1999年、韓国）
以上(2)第20巻第2号（2004年3月・法学部創設二〇周年記念号）
 - I. 韓寅燮：歴史的遺物としての死刑……その法理論的・政策的検討（1999年、韓国）
 - II. 金政友：死刑制度を廃止するための神学的弁論（1999年、韓国）
 - III. 李震山：裁判官が法に依拠して死刑判決することについて（2001年、台湾）
 - IV. 釗作俊：死刑の司法現状とその展望（2002年、中国）
 - V. 傅義・陳林林：死刑の根拠を反省する……応報の観点から政治の観点へ（2002年、中国）
 - VI. 趙秉志：非暴力的犯罪に対して死刑を次第に廃止する問題（2004年、中国）
- 訳者あとがき

以上(3)本号

◎ 【附録】

金澤文雄「死刑廢止의提言」

東アジアにおける死刑廢止論考（鈴木敬夫）

四六（三九六）

I. 歴史的遺物としての死刑
 ……その法理論的・政策的検討……

韓 寅 燮 (Han, In Sup)

Seoul 大学校法科大学教授

目 次

1. はじめに — 死刑とは何か
 2. 歴史的 — 比較法的脈絡からみた死刑
 - (1) 死刑濫用から死刑廃止論の登場まで
 - (2) 死刑の制限と処刑方法の変化
 - (3) 韓国死刑制度の歴史
 - (4) 20 世紀後半：死刑廃止の趨勢と各国の死刑制度
 - (5) 死刑廃止のための国際的協力
 - (6) 死刑の執行停止 — モラトリアム 2000
 3. 韓国における死刑の実態
 - (1) 死刑の政治的濫用
 - (2) 死刑規定の増減
 - (3) 死刑囚の社会的な地位
 - (4) 日本との比較
 4. 判例に現われた死刑存置論に対する批判
 - (1) 最高裁判所判例の要約
 - (2) 憲法裁判所決定例に現われた合憲意見
 - ① 死刑の歴史性？
 - ② 重大犯罪に対する比例性の確保？
 - ③ 威嚇による一般予防効果の確保？
 - ④ 犯罪を予防する効果の面で、死刑は無期懲役刑より優れている？
 - ⑤ 死刑は社会悪の根源を永久に取り除くことができる？
 - ⑥ 南北が対峙している政治的特殊事情では死刑が必要？
 - ⑦ 我われの文化水準・社会現実・国民の法感情に照らして死刑廃止は時期尚早？
 5. 死刑廃止論の積極的な弁論
 - (1) 死刑における誤判の可能性
 - (2) 事件に対する法的評価の時期別の相違
 - (3) 死刑執行者の人権
 6. 死刑廃止の段階的方法
 7. おわりに — 死刑を歴史的な遺物にする
- ◎ 原著者の補足 (2004 年)・最近の趨勢

1. はじめに — 死刑とは何か

死刑は国家による計画的な法的殺人である。広く殺人は個人の行為だと思われている。しかし、多数者による殺人、組織体による殺人も少なくない。もっとも強い組織体である国家は、多数者による殺人に関与してきた。国家テロリズム（state terrorism）は、ナチスの人種抹殺のような大量に、かつ組織的に行われるものや、戦争における殺人が勲章を受ける行為であると思われたりする。だが、死刑は国家テロリズムの一種類である。

国家的殺人である死刑は、個人の殺人行為と異なって刑事司法手続の段階を踏んで完成される。警察による検挙、検事の求刑、裁判官の死刑宣告、そして法務省長官の死刑執行命令、最後に検事の立ち会い下で行われる矯正官による処刑、医者による死刑確認の手続きを経る。こうしてみると死刑という殺人は、普通殺人とは違い偶発的・激情的なものではなく、冷静な手続きを経て計画的に行われるのである。犯罪類型からみると、激情犯・偶発犯ではなく豫謀犯に当たる。

死刑に関与する当事者のなかで実質的な裁量権を行使することができる者は、裁判官と法務省の長官である。少なくとも殺人行為の疑いがある場合には、警察と検事は捜査・起訴しなければならない。検事の求刑は裁判官に対して拘束力を与えるものではない。法務省長官の執行命令があれば、刑務所としては執行するしか他に方法はない。それゆえ、死刑という極刑の確定については裁判官の責任を、死刑執行については法務省長官の責任を窮極的に認めることができる。

刑務所が十分に整っておらず、懲役の制度もなかった時代では、死刑は一つの極端な刑罰として機能した。しかし、無期懲役刑が現実に実行されており、無期懲役刑で犯罪の抑制が可能な状況になったいまでは、死刑はもはや無害化の唯一の手段ではない。死刑は刑罰または制裁というよりは、たぶん一つの生命の抹殺（extinction）に該当する。

現在、死刑論議は何の根拠もなく行われているものではない。死刑存置論と廃止論の論争は、まず歴史的脈絡と現代韓国の死刑執行の実況に

接しながら覗いてみる必要がある。そして、死刑に対する既存の実定法的正当化が果して合理性と科学性に相応しいかどうかを検討しなければならない。存置論のもう一つの重要な論拠である国民情緒論と状況論の妥当性も、検討されなければならない。このような論議を通じて、死刑廃止論の正当性が立証されたならば、その死刑をどのようにして廃止すべきか、これに対する戦略的論議も進行させる必要がある。この論文の窮極的な目標は、死刑を生きている制度から歴史的遺物に作り変えることにあることを明らかにしておきたい。

2. 歴史的 — 比較法的脈絡からみた死刑

(1) 死刑濫用から死刑廃止論の登場まで

18世紀まで死刑は極刑であり、さらに核心的な刑罰としての地位を享受した。死刑は平和的な時期には少なく使われたが、社会的な葛藤期や戦時期では社会統制の第一の手段として広く使われ、またよく濫用されたりした。

西洋史では、とくに宗教的独善と狂気が死刑の濫用に大きな役目をはたした。キリスト教では、キリストとその弟子たちの死だけでなく、初期キリスト教の迫害史とともに、数多く処刑の実例を残した。教会の十字架は、まさにローマ帝国の死刑台であったので、キリスト教は生来的に死刑に関して無関心でいることのできない宗教である。

キリスト教の宣教史の初期に、これほど死刑の犠牲者になったキリスト教信者たちは、中世後期に始まった宗教的葛藤と宗教的狂気の時代に、死刑を濫用し、罪のない犠牲者を出した代表的な宗教となった。

歴史的にもっとも意味のある死刑廃止論が、まぎれもなくキリスト教的狂気に対する批判から始まったということは、このような脈絡からみれば当然のように思われる。1761年の有名なカルラス事件で、拷問と強要された自白が証拠とされて罪もなく死んだ家族たちのために、啓蒙思想のチャンピオン、ボルテール (Voltaire) は“宗教的寛容”を力説した。その事件の衝撃を法学的にとりあげたのは、1764年ではあるが、ベッカ

リーア（C. Beccaria）その人であった。ベッカリーアは死刑を維持する法律を、“暴政の仮面”と批判しつつ（死刑のような重刑を科するための）熟練された残酷な法的意識（裁判）は、“満足することを知らない専制主義という偶像への供え物として、人間を捧げるためのもの”とみながら（死刑という）、凄まじい殺人がいかなる興奮や良心の呵責もなく行われていることを批判した⁽⁴⁾。ベッカリーアの死刑廃止論は、拷問廃止論とともに近代刑法の形成段階に大きな影響を及ぼして以来、諸国の刑法史において死刑は普遍的刑罰ではなく、例外的な刑罰として変化しはじめた。

（2）死刑の制限と処刑方法の変化

19世紀の前半期から本格化されはじめた諸国の刑事立法は、死刑をきわめて例外的な場合だけ許容するようになった。もちろん、初期産業化段階および革命の世紀には、死刑の制限が直線的に順調に進行しただけではなかった。むしろ増える時期もあった。しかし、一世紀の一般的な傾向からみて、死刑はめっきり減ったといえよう。だいたい殺人罪、反逆罪、軍事上の犯罪に対してのみ死刑を科するようになっただけではなく、その執行件数もめっきり縮まった。

また、一つの重要な傾向は、死刑の非公開化・非残酷化・個別化である。18世紀まで死刑は公開処刑を原則にしていたし、見物人の存在は死刑執行儀式の必須的要素とされていた。死刑の種類は一つではなく、その残酷性の程度によって等級化されていた。絞首刑・斬首刑・火刑・陵遲、処斬刑（罪人を殺したのちに頭や足などを切断する極刑）などは残酷で想像力を必要とされるものであった。また、処罰対象者も犯罪者個人を越え、家族および地域共同体にまで広がった。しかし、そのような傾向は、死刑に対する批判とともに変化を余儀なくされた。死刑はできるかぎり非公開化を原則し、刑務所内で静かに執行されるようになった。死刑は残酷な刑罰として科されるよりは、むしろ“生命権の剝奪”という観点で再解釈されるようになったので、死刑の執行方法は、でき

るかぎり苦痛の少ない方法、身体的毀損が少ない方法が選ばれるようになった。近代国家の基本原則である個人主義の観念によって、刑事責任も個別化され、本人以外の周囲の人が処刑にされることはなくなった。

(3) 韓国死刑制度の歴史

わが国の場合には、前述したような死刑の姿は19世紀後半まで持続された。死刑は一般的刑罰の一つであり、死刑種類は絞首刑と斬首刑、そして陵遲處斬刑に分けられた。ときには例外として法律に規定されていない残酷な死刑を科したりもした。死刑は見物人が数多く集まる場所を選んで実施された。山族を滅ぼす式・5家 各等 制のような方式の連帯刑罰が一般化されていた。殺人等の罪ではない場合でも、統治秩序に挑戦する罪もまた死刑として包括的に規定されていた。このような体系の下で朝鮮末期には、カトリックに対する大量処刑が行われ、多数の殉教者を量産するようになった。

しかし、甲午改革以後において、死刑制度の変化も目立つようになった。死刑の方法としての斬首刑が廃止され、絞首刑(そして軍事上犯罪に対しては銃刑)だけが残された。死刑は刑務所で執行され、個別責任主義が原則として取られるようになった。

日帝時代とともに大量監獄時代が到来し、それとともに死刑の重要性は著しく減った。

(4) 20世紀後半：死刑廃止の趨勢と各国の死刑制度

19世紀西洋が死刑の制限時代を開いたとすれば、20世紀後半には死刑廃止の方向に進んだといえよう。それは人権意識の伸張や、死刑以外の法的統制手段をもって犯罪者を無力化する十分な制度整備(警察から刑務所につながる常時的刑事司法制度の定立)などの事情も作用したが、何より大きい理由は、第二次世界大戦の残酷性、とくにナチス下の人種駆除の弊害を目撃し、それに対する体系的な反省が後に続いたので、死刑廃止論がもっと力を得るようになったものと見られる。

死刑の廃止は、つぎの類型に区分することができる。まず、すべての犯罪に対して死刑を廃止した国家(全面廃止国)、戦時下犯罪等軍事犯罪に対しては死刑規定を置いているが、一般犯罪に対しては死刑を廃止した国家(非軍事犯罪に対する廃止国)、そして死刑の規定を置いているが、死刑宣告または執行を長期間しない国家(事実上の廃止国)などがある。〈表1〉に見られるように、1997年現在、法律上または事実上、死刑を廃止した国家は全部で98カ国である。

死刑廃止国を死刑廃止時期別で分けると、廃止するようになった動因を理解することができる。第一、第二次世界大戦以後、死刑が廃止された国家としてはドイツ、イタリアなどがこれに当たり、先進国といわれる多くの国がこれに属する。第二、軍事独裁を脱して政権の民主化または文民化に成功した国々は、1980年代以後死刑廃止の隊列に入った。アルゼンチン、南アフリカ共和国などがこれに当たる。第三、社会主義の没落ととも、西欧式民主化を規範として受け入れた国が1990年以後、死刑を廃止している。東ドイツ、チェッコなどがこれに属する。

1989年以後のみ、すべての犯罪または通常犯罪に対して死刑を廃止した国家は20カ国以上にのぼる。最近廃止国の隊列には、アフリカ国家(アンゴラ・モーリシアス・モザンビーク・南アフリカ共和国)、ラテンアメリカ(パラグアイ)、アジア(カンボジア・香港)、東ヨーロッパ国家(ハンガリー・モルドバ・ルーマニア)、西ヨーロッパ国家(ベルギー・ギリシア・イタリア・スペイン・スイス)、オセアニア国家(ニュージーランド)などがある。

死刑を廃止したあと、再び採用した国もみられる。1985年以来、死刑

表1 死刑廃止国家の類型 (1997.8 現在)

すべての犯罪に対する死刑廃止国	51カ国
非軍事犯罪に対する死刑廃止国	15カ国
事実上の廃止国	26カ国
総 計	98カ国

を廃止した 25カ国のなかで 4カ国が再び死刑を取り入れたが、そのなかの 1カ国(ネパール)はまた死刑を廃止したが、他の 3カ国(ザンビア・パプアニューギニア・フィリピン)でも 1件の死刑執行もなされなかった。

もちろん、すべての国家が廃止隊列にそのまま残っているのではない。現在、95カ国が死刑を存置した執行している。死刑執行件数からみると、中国が一番多く、ウクライナとロシアがあとを継いでいる。社会主義であるとか社会主義を脱したが相変わらず抑圧的統制政策を好む国家は、死刑と親和力をもっていることが分かる。北朝鮮もこの隊列に属すると思われるが、北朝鮮は統計を外部に公開させていない。二番目の類型としては、回教国諸国の死刑率が高いということである。回教圏では、国家と宗教に対峙する個人的人権概念がまだ定着していないためである。他は人権後進国と呼ばれている国であり、死刑に関しては韓国もこれに属すると見られている。1996年統計における死刑執行件数は、つぎのとおりである。

表 2 死刑存置国の死刑執行件数(1996)

死刑存置国	死刑執行件数
中国	3,500名
ウクライナ	167名
ロシア	140名
イラン	110名
他の 91カ国	355名
総計	4,272名

資料：アムネスティ・インターナショナル

とくに注目しなければならないことは、アメリカの死刑件数である。アメリカは 1973年、死刑に対して違憲決定を下したが、1976年再び合憲であると宣言し、1977年から死刑が再開された。この時以来、1996年 9月まで 3,150人が死刑宣告を受けた。50州のなかで 38の州が法律上の

死刑を設けている。1996年の1年間、死刑執行された者は45人をのぼる。過去20年の間、抑圧的で保守的な刑事政策をもって支配してきた結果、死刑宣告が増えて受刑者数も増え、過密収容による問題が深刻になっているのが今日のアメリカの実情である。しかし、刑罰増加や死刑増加が犯罪の増加になんら意味のある影響を与えることができなかったことは、いまだに殺人事件が依然として増加していることをもって知ることができる。抑圧的政策は、有権者の情緒に一時的に符合することはできても、効果的な政策方法になりえないことが、このような統計を通じても容易に認められる。

（5）死刑廃止のための国際的協力

1948年の「世界人権宣言」で生命権尊重に対する立場を宣言したあと、「UN人権規約」では“あらゆる人間は天賦の生命権を有しており、この権利はむやみに剝奪されない”と述べ、同時に死刑存置国であろうとも、死刑はもっとも重大な犯罪に限って宣告しなければならない、と規定している。また死刑を廃止することがもっとも望ましいと強力に訴え、広く死刑の廃止を支持するとともに、死刑廃止に向けたあらゆる措置が生命権の尊重そのものであることを闡明した。

この点をさらに具体化するため1984年にUNで採択された「死刑に直面している者の権利の保護を確保する保障規定」では「死刑を廃止していない国においては、死刑は、もっとも重大な犯罪についてのみ科すことができ、その犯罪の範囲は、死または他のきわめて重大な結果をもたらす故意の犯罪以外には及ばないものとする」と述べている。

地域次元の努力はもっと積極的である。1985年、ヨーロッパでは平和時における犯罪に対して死刑を廃止しようとする「ヨーロッパ人権条約第六議定書」《人権および基本的自由の保護のため条約についての第六議定書》(Sixth Protocol to the European Convention on Human Rights)が発効し、この議定書には24カ国が批准し、6カ国が署名している。また「死刑を廃止するための米洲人権条約議定書」(Protocol to the Ame-

rican Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty) には、4カ国の批准と3カ国の署名がなされた状態である。

一方、アムネスティ・インターナショナルは(국제 사면 위원회)、1989年“死刑のない世界に向けて”という声明を掲げて、死刑を廃止すること、または少なくとも死刑執行の停止をさせるために、精力的に努力している。

1989年にUN総会で採択された「死刑の廃止を目指す、市民的および政治的権利に関する国際規約の第二選択議定書」も注目される。これは人権規約上の生命権概念に、死刑廃止を極めて当然のこととして含ませるようになったことを意味する⁽²⁾。この議定書前文には、「死刑廃止のすべての措置が、生命に対する権利の享受における進歩と見なされるべきことを確信する」と述べている。死刑廃止はすべての犯罪に及ぶが、「戦時中になされる軍事的性質の非常に重大な犯罪に対する訴追に従って、戦争の際に死刑を適用することを定めたものを除くほか、保留は、この議定書に対しては許されない」と留保条項を認めている。

(6) 死刑の執行停止 — モラトリアム 2000

死刑廃止に向けたカトリック教会の役割も非常に注目される。1997年のカトリック教会の教理問答では、“死刑が不義の加害者に対して人間の生命を効果的に防御するための唯一の可能な方法である場合に限って、死刑は理論的に許容されるが、現在、世界でそのような場合は事実上存在しない。国家は犯罪者を抑止するのにふさわしい資源をもっている。”という。また死刑は“野蛮な刑罰”であり、墮胎の反対者が死刑を支持することは“受け入れられない矛盾”だと宣言されている。このような教理上の解釈に基づいて、2000年には死刑の執行を猶予しようとする‘モラトリアム 2000年’を国際的キャンペーンとして展開している。窮極的な目標は死刑廃止であるが、存廃論の消耗戦に入るよりは、むしろ実用的な方法として死刑の執行だけでも阻止しようとすることにその目的がある。それは方法上の一步前進として評価されている。

註

- (1) チェサレ・ベッカリーア (C. Beccaria) 著『犯罪と刑罰』、이수성 한인섭 옮김 길안사, 1995年、93頁。
- (2) この選択議定書には、つぎのような前文が掲げられている。「この議定書の締約国は、死刑の廃止が、人間の尊厳の向上及び人権の漸進的発達に寄与することを確信し、1948年12月10日に採択された世界人権宣言の第3条並びに1966年12月16日に採択された市民的及び政治的権利に関する国際規約の第6条を想起し、市民的及び政治的権利に関する国際規約の第6条が、廃止が望ましいことを強く示唆する文言で、死刑の廃止に言及していることに留意し、死刑廃止のすべての措置が、生命に対する権利の享有における進歩とみなされるべきことを確信し、ここに死刑を廃止する国際的約束を行うことを希望して、次のとおり協定した。」（『国際人権条約・宣言集』田畑茂二郎他編、東信堂、1994）28頁。

3. 韓国における死刑の実態

韓国の死刑実態は〈表3〉を見ればあきらかである。

1948年から1998年まで韓国の死刑執行件数は総902件で年平均19人である。

1989年から1998年までの死刑件数は、総数96人で年平均9.6人である。10年単位でみると、死刑執行件数は年々減少している傾向がみられる。

1996年1月1日以後、死刑が確定された者は1996年9人・1997年8人・1998年9月1日、現在まで3人など総20人である。これらの罪名は殺人などが12人、強盗殺人などが7人、海上強盗殺人など1人である。現在、死刑が確定され執行を待っている者は30人ほどである。

1998年には死刑の執行はなかった。これが“人権政府”として面貌を現す確固たる政策であるか否かはまだ分からない。この間、新政権が出帆した時には死刑執行がなかったからである。1981年・1988年・1993年にも死刑執行がなかった。他の課題が多かったためか、選政を見せようすることなのか、はじめから処刑に署名することはめでたくないことなのか分からないが、とにかく死刑を嫌っていることだけは明らかである。

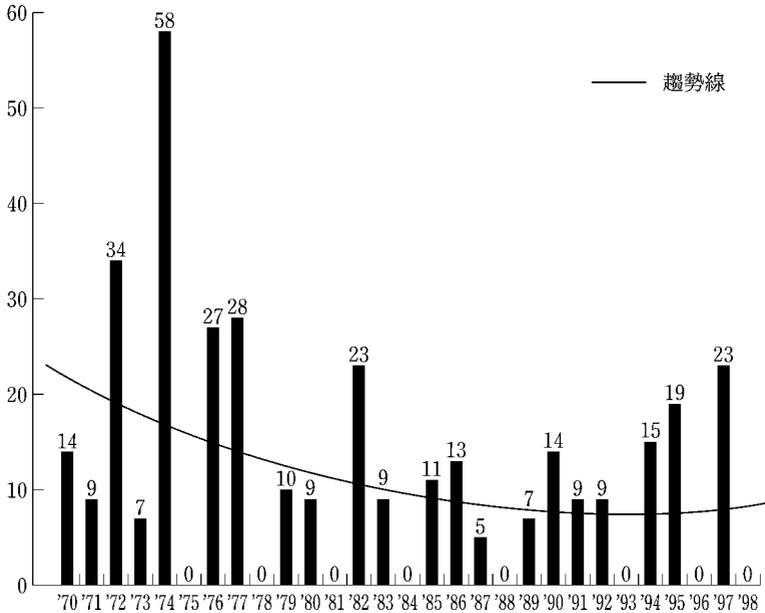


表3 年度別死刑執行

しかし、その翌年には死刑の件数が多く増えている。それは延期していた死刑の執行を実施しているかに見える。

〈表4〉は、第一審公判事件で死刑が宣告された事案を罪名別に整理したものである。もちろん死刑が宣告される事案は殺人・強盗殺人(致死)・特定犯罪加重処罰法上の違反行為が大部分を占める。特定犯罪加重処罰法違反も殺人関連行為に相当するものであり、それらの死刑は、ほとんどが殺人犯罪に対して科されたものとみられる。

一つ留意すべきことは、時期別にみると、1987年を前後にして死刑宣告事件の分布が非常に変わったということである。〈表5〉は、一般犯と政治犯を分類して再整理したものである。すなわち、国家保安法・反共法・内乱・外患罪などを政治犯として分類すると、結局、国家保安法および反共法違反が大部分を占める。政治犯に対する死刑宣告件数が1970年代までは相当な割合を占めていたが、1980年代初にはそれより縮小さ

表 4 第 1 審刑事公判事件の罪名別死刑人員数

年度	総数	総数	殺人	強盗殺人 致死	強盗 強姦	貞操に 関する罪	特定犯罪 加重 処罰法	向精神性 医薬品 管理法	内乱の罪	外患罪	国家保 安法、 反共法	その他
1968	25	8	4	1	-	-	-	-	-	2	10	-
1969	25	5	5	-	-	-	-	-	-	-	15(5)	-
1970	37	16	13	-	1	-	-	-	-	-	7	-
1971	45	12	7	-	-	-	-	-	-	2	24(13)	-
1972	39	10	15	-	-	-	-	-	-	-	14(1)	-
1973	24	10	10	-	-	-	-	-	-	-	4(2)	-
1974	27	10	8	-	-	-	-	-	1	-	8(1)	-
1975	33	14	10	-	-	-	1	-	-	-	8	-
1976	32	13	10	-	-	-	4	-	-	-	5	-
1977	14	6	5	-	-	-	-	-	-	-	3(2)	-
1978	17	8	8	-	1	-	-	-	-	-	-	-
1979	18	12	3	-	-	-	-	-	-	-	3(2)	-
1980	32	16	10	-	-	-	1	-	-	-	5(3)	-
1981	33	23	4	1	-	-	1	-	-	3	1	-
1982	36	12	12	2	-	-	4	-	-	-	6	-
1983	19	6	4	-	-	-	5	-	-	-	4	-
1984	18	14	1	1	1	-	-	-	-	-	1	-
1985	25	16	7	-	-	-	1	-	-	-	1	-
1986	23	16	7	-	-	-	-	-	-	-	-	-
1987	18	7	9	1	-	-	1	-	-	-	-	-
1988	15	10	4	-	-	-	1	-	-	-	-	-
1989	17	10	5	-	-	-	-	1	-	-	1	-
1990	36	24	10	-	-	1	-	-	-	-	1	-
1991	35	22	7	-	-	-	6	-	-	-	-	-
1992	26	17	3	-	-	-	4	-	-	-	-	2
1993	21	13	6	-	-	-	2	-	-	-	-	-
1994	35	20	14	-	-	-	1	-	-	-	-	-
1995	19	17	1	-	-	-	1	-	-	-	-	-
1996	23	7	15	-	-	-	-	-	-	-	-	1
1997	10	7	2	-	-	-	-	-	-	-	-	1
総計 (%)	777	381 (49.0)	219 (28.2)	6 (0.8)	3 (0.4)	1 (0.1)	33 (4.2)	1 (0.1)	1 (0.1)	7 (0.9)	121 (15.6)	4 (0.5)

れた範囲内で死刑が宣告されている。その後1987年以降では、国家保安法違反に対する死刑件数がほとんど消え、1991年以後には、国家保安法関連の死刑宣告がなくなった。国家保安法は、この間、政治的濫用の危険性から存廃論争の対象になってきたが、1990年代に入ってから、国家保安法違反の疑いを被せて宿敵を排除するような悪用はしなくなった。

(1) 死刑の政治的濫用

〈表5〉で分かるように、過去においては、死刑の政治的濫用の傾向が明らかである。第一共和国の時の丕晷咄と、5・16事件直後『民族日報』社長丕晷咄に対しての処刑は、確かに政治的な目的でなされた死刑であった。‘人民革命政党’事件の場合は、死刑が確定され翌日に執行されたりした。5・17クーデターとともに執権した新軍部勢力は、金大中に対する死刑を確定しただけではなく、釜山米文化院放火事件と係わった문부식に対する死刑も確定した。また反米運動と係わったとする理由で김성만らは、国家保安法違反の罪で死刑を確定された。

このような死刑は、通常の死刑と区分されるいくつかの特色がみら

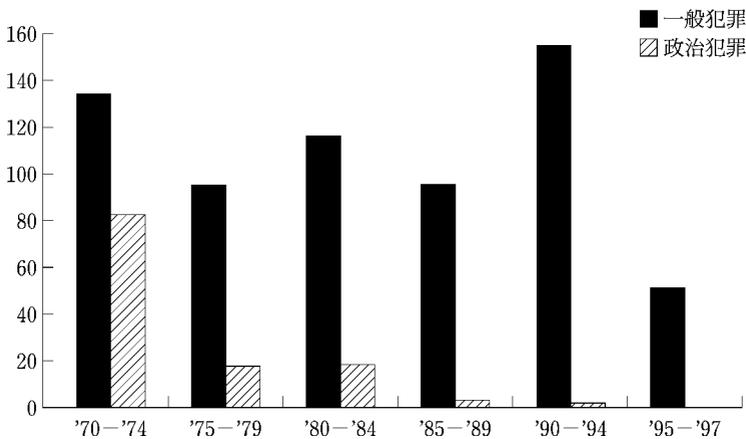


表5 第一審刑事公判事件一般犯罪・政治犯罪別死刑宣告人数

れる。まず、執権勢力が政治的反対勢力を粉砕するとか、封鎖するために恐怖政治を断行する場合、執権勢力が政治的危機に追い込まれるような時に、その危機を突破するため、贖罪人を捜し出すような性格が濃い。このような時の死刑は、政治テロの手段となる。第二に、裁判の適法性が正常に保障されないということである。非常事態を利用して司法権が非常に萎縮した場合に死刑を宣告するというもので、弁護士の実質的な援助を受ける権利が厳しく抑圧され、傍聴権の制限など適法手続きとはおよそ異なった方式で死刑が宣告される。第三、死刑の執行も、驚くべきスピードで実施される。通常の死刑囚たちの死刑は（誤判の可能性や再審の経過などを勘案して）何年も執行されずにいるが、政治犯の場合には非常に早いスピードで死刑が執行される。それは、彼らの政治的目的を速かに果たそうということと、後で申し立てられる非難や救命運動の可能性を事前に封鎖しようとする意図があるものとみられる。この点こそ、もっとも非難を浴びなければならないだろう。

（2）死刑規定の増減

軍事政権においては、死刑犯罪のリストは漸増したといえよう。李承晩・朴正熙政権では、安保関係、軍事関係法での死刑犯罪リストは多くなった。再び朴正熙・전두환（第五共和国）政権の時は、特定犯罪加重処罰法および特定経済犯罪加重処罰法で、公務員犯罪、経済犯罪に対して死刑規定を追加した。特定犯罪加重処罰法では、多額の収賄、関税脱税、横領、背任、山林毀損などを死刑に処することが可能な犯罪として規定された。その上、運転事故で死亡した被害者を、事故が発生した場所から移動させ、遺棄し、逃走した場合、逃走後、被害者が死亡した、いわゆる‘ひき逃げ死亡’の場合にも、死刑条項が追加された。そして1983年に制定された特定経済犯罪加重処罰法には、多額の詐欺、恐喝、横領、背任、多額の財産の国外逃亡犯、金融機関公務員人による金品授受などに対しても、死刑を科すことができるようにした。しかし、このような経済犯罪および公務員犯罪に対しては、どのような死刑宣告もな

されなかった。結局、このような条項は、実際に執行する意志をもって制定された条文というよりは、公務員犯罪および経済犯罪に対する非難や世論の高まり、そのような犯罪の政経癒着的な特性に対する世論の圧迫に対する、象徴効果を狙ったものに過ぎない。この法律のなかで、一部は違憲決定を受けており(賄賂罪・ひき逃げ運転の場合)、1990年以後、法律の再整備によって死刑規定が削除された(1990年、特定加重処罰法および特定経済加重処罰法の一部改訂で、死刑規定が削除された)。しかし、現在の死刑規定は未だに多くの軍事犯罪や殺人を含む組織犯罪および麻薬犯罪に残っており、国家的な法益に係わる犯罪にその姿がみられる。

(3) 死刑囚の社会的な地位

死刑囚の社会的な地位を分析するための基礎資料の確保が容易ではない。1990年代以後、死刑囚をみると、概して社会経済的な地位が低くて家族関係で不遇な場合が大部分であることがわかる。犯罪手口も知能犯的な類型よりは激情犯で、犯行の道具または方法も刀(果刀・食刀)・放火・毒物などを使う、もっと原始的なものである傾向がある。簡単にいえば、典型的な死刑囚は20代の前科者または非前科者であって、原始的な手口を使って激情的な罪を犯すもので、そうした激情性と無経験性が犯行の残酷化につながっている。

このような犯罪は残酷でもっとも重い犯罪類型であることは明らかであるが、これら犯罪者が無期懲役刑を受けた者との間でどれほど質的な差違があるかは疑問である。このことは、当時において裁判風土で設定している極刑とは何か、処罰価値の規準がどのように設定されていたか、によると思われる。

(4) 日本との比較

日本の殺人率(人口10万人当たり殺人件数)は、わが国とほとんど変わらない。しかし、年間死刑宣告件数および執行件数は、韓国と大き

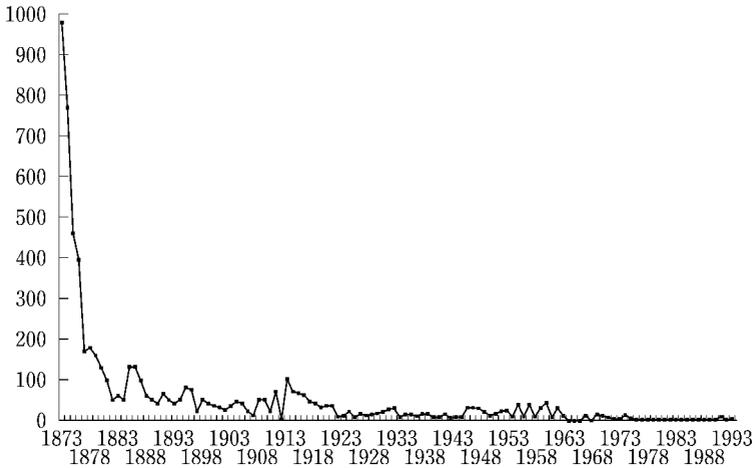


表 6 日本の死刑執行人員

な差を見せている。〈表 6〉で明らかなように、日本で死刑宣告および執行件数は次第に減少している。〈表 7〉から日本の死刑執行人員をさらに具体的にみると、1980 年代に至って死刑執行はほとんど行われなかったばかりか、1990 年代に入っても死刑の執行は 7 人以内に止まっている。

4. 判例に現われた死刑存置論に対する批判

死刑が果して必要であり、正当化されるか。そして、人間の尊厳と価値を保障する憲法規定に合致するかどうか。この点に対するわが国の判例の態度は、何十年も変わりがない。過去、半世紀の間、裁判所は死刑に対する合憲論だけを求めてきた。憲法裁判所はそれより勝っているが、やはり合憲論が多数を占めている。憲法裁判の結果 1996.11.28.95 憲判 1（刑法第 250 条など違憲訴願）事件では、憲法裁判官ら 7 人は多数意見として死刑の合憲を宣言し、他の 2 人が違憲意見として少数意見を残している。最高裁判所と憲法裁判所の多数意見の論拠を整理したつぎの討論をみることにしよう。

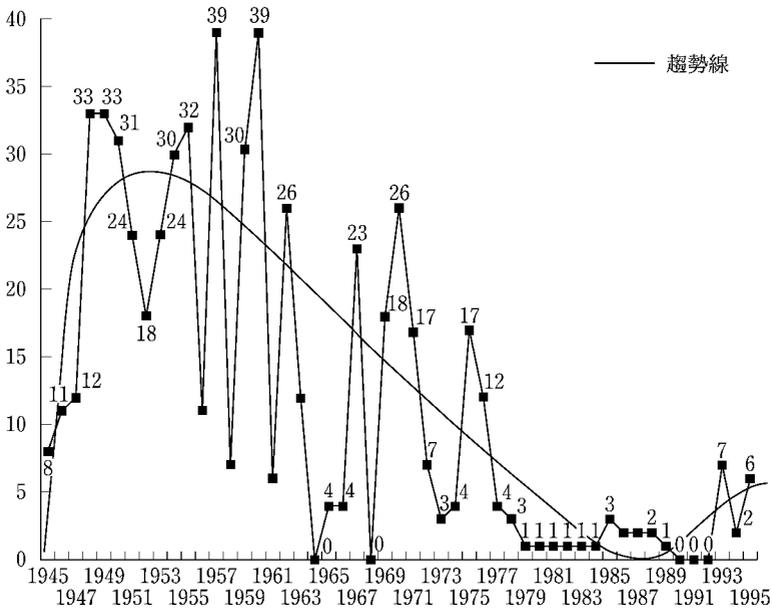


表 7 1945 年以後日本の死刑執行人員

(1) 最高裁判所判例の要約

つぎは死刑に関する最高裁判所判例のなかから引用したものである。

「一人の生命は地球より重く、また貴重で厳肅なものであり、尊厳な人間の存在根源である。このように尊い生命を失わせる死刑は、刑罰のなかでも冷酷な刑罰に相違ない。」(最高裁判所判例 1963.2.28.最高裁判所判例 62 ㉔ 241)。

「死刑は、人間存在の根源となる生命自体を永遠に剝奪してしまう極刑であるから、その生命を存置させることができない、やむを得ない場合に限って適用されなければならない刑罰なので、死刑を選択するにおいては犯行の動機・態様・罪質・殺害の手段・方法の執拗性・残虐性・結果の大切さ・被害者の数・被害感情・犯人の年齢・前科・犯行後の情況・犯人の環境・教育程度などの諸般の事情を参酌し、罪責が重大で罪刑の均衡や犯罪の一般的予防の見地からみても極刑が不可避であると認めら

れる場合に、死刑の選択も許容されると思わなければならない。」（最高裁判所判例 1985.6.11.85 ㊦ 926）。

「人道的・宗教的な見地からすれば、尊い生命を奪う死刑制度は避けなければならないことであろうが、一方では、犯罪によって侵害される他の貴重な生命に目を背けることはできず、社会公共の安寧と秩序のために、国家の刑事政策上、死刑制度を存置することも肯定的に認めるしかないものである……。

法定刑で死刑を規定したとしても、これを憲法に違反した条文と切り切れない。」（最高裁判所判例 1987.9.8.87 ㊦ 1458）。

「現在、わが国の実情と国民の道徳的な感情などを考慮して、国家の刑事政策としての秩序維持と公共福利のために、刑法等で死刑という処罰の種類を規定したとはいえ、これが憲法に違反しているとは言い難い。」（最高裁判所判例 1991.2.26.90 ㊦ 2906）。

このような判例にみられる死刑の根拠は、つぎのように要約できる。

① 死刑は尊厳な人間生命を永遠に剝奪することなので、やむを得ない場合に限って適用されなければならない。死刑は、つぎの論拠で正当化されるだけである（死刑の例外的な正当化の可能性）。

② 諸般の事情を参酌すると、罪責がきわめて重い場合、死刑に処することができる（犯罪の重大さ）。

③ 犯罪によって侵害される他の生命に目を背けることができないので、罪刑の均衡をはかる上で、許容することができる（応報的な根拠）。

④ 犯罪の一般予防的見地から極刑の不可避性が認められた場合、死刑の選択も許容することができる（一般予防的な根拠）。

⑤ 社会公共の安寧と秩序（秩序維持と公共福利）のためにも、死刑の選択が許容される（社会防衛的根拠）。

⑥ わが国の実情も考慮されなければならない（特殊状況論）。

⑦ （殺人事件に対する）わが国民の道徳的感情も考慮されなければならない（情緒的根拠）。

（2）憲法裁判所決定例に現われた合憲意見

憲法裁判所の多数意見を、つぎのように整理することができる。

— 死刑は人類歴史上もっとも古い刑罰であって、犯罪に対する根源的な応報方法であり、もっとも効果的な予防法として認識されてきた（死刑の歴史性）。

— 生命権だとはいえ、永久に妥当な権利として残さなければならないというものではない（生命権の非絶対性）。

— 死刑は、国民一般に対する心理的な威嚇を通じて犯罪の発生を予防し、これを執行することによって、特殊な社会悪の根源を永久にとり除き、社会を防御するという公益上の目的をもった刑罰である（死刑の公益性 — 一般予防+特別予防）。

— 死刑の一般予防効果は無期懲役刑にくらべ、より大きいことが推定される（無期懲役刑に対する優越性）。

— 死刑は必要悪として不可避に選択されたもので、いまもって相変らず本来の機能をはたしている。このような側面から死刑は憲法上、比例の原則に反していない（比例の原則への合致）。

— 我われの文化水準や社会現実からみれば、完全に死刑を無効化させることは妥当ではない（文化論・社会実情論）。

— 文化の発展、平和で安定した社会の実現など、時代状況が変り、死刑がもっている威嚇による予防の必要性がほとんどなくなれば、死刑は直ちに廃止されなければならない（社会の水準）。

— 国民の法感情が死刑を望まないのであれば、死刑は廃止されなければならない（法感情論）。

このような最高裁判所の判例と憲法裁判所の決定を通じて、我われは死刑の存置論の論拠をつぎのように整理したい。死刑の歴史性、重大犯罪に対する刑罰の比例性の確保、威嚇による一般予防効果の確保、社会悪の根源を永久にとり除いて社会防御を果たそうとする無害化理論、我われの国家の特殊事情（たぶん南北関係など）によって必要だという特殊状況論、我が社会の文化水準や社会現実には照らした廃止の時期尚早論、

国民の法感情論などである。これを一つ一つ論駁することによって、論拠がよりはっきりと具体化されている憲法裁判所の決定例を中心的に検討することにする（以下で「 」部分は憲法裁判所の決定を引用した部分である）。

① 死刑の歴史性？

「死刑は人類歴史上、もっとも古い歴史をもった刑罰の一つとして犯罪に対する根源的な応報方法であり、またもっとも効果的な予防方法として認識されてきた。わが国では、714年8条禁法（古代法の一つ）に‘相殺者資以死償’と規定されて以来、現在の刑法および特別刑法に至るまで続いており、一つの刑罰として認められている。」

この陳述自体は間違っているのではない。しかし、死刑の違憲性を争う章で、古朝鮮の法令まで言及することは、焦点が完全に外れている。たとえば苔刑や拷問の違憲性を争う時も、このような論法はいくらでも動員されることができからである。20世紀後半、韓国で死刑の違憲性を問うとすれば、死刑の機能が日々に縮まって、死刑廃止という世界的な趨勢が重要に扱われなければならないはずである。そして、その死刑廃止の波のなかで、韓国の刑罰制度はどうすべきかという方向で深刻な考慮をしなければならないであろう。714年朝鮮の制度がいまの韓国の死刑制度と何の関係があるのであろうか。

② 重大犯罪に対する比例性の確保？

「死刑は死に対する人間の本能的な恐怖心と、犯罪に対する応報欲求がお互いにかみ合って考案された‘必要悪’として不可避に選択されたものであり、いまま相変わらず本来の機能をもっているという面で、正当化されることができる。このような側面から憲法上の比例の原則には反しないと言える。」

憲法上、比例の原則は比較可能な法益の間の形量を通じて、優越な法益を社会的に保護しようとするものである。ところで、生命は比較可能な法益に属するものではない。たとえば1人の生きている生命を犠牲にし、その人の臓器をもって多くの人を生かすことができるとしても、そ

の人を殺すことはいかなる場合でも正当化されない。

犯罪に比例する刑罰は‘歴史および文明化の段階にともなって’変化してきた。“命には命を、歯には歯を、目には目を”というタリオの法律は、ただ古代以前に可能だった比例観にすぎない。“目には目を、歯には歯を”の比例関係は近代社会では見つけることはできない。比例関係は機械的な単純比例ではなく、重大な犯罪には（法律的に決まっている刑罰のなかで）重い刑罰を、軽微な犯罪には軽い処罰とする刑罰の相互間の比例関係を意味するように変わった。ただ生命の場合、まだ命をもって償うという観念が残存しているが、それもきわめて例外的に残っているだけである。たとえば毎年、殺人事件の被害者は何百人に至るが、加害者のなかで死刑が確定し執行される者は平均10人くらいである。目と歯を害する大きな傷害に対して、嚴重な傷害の仕返しをするというのではなく、自由刑が執行されるにすぎない。

③ 威嚇による一般予防効果の確保？

「死刑は人間の死に対する恐怖本能を利用したもっとも冷厳な刑罰として、その威嚇力が強ければ強いほど、これを通じて一般的な犯罪の予防効果もより大きくなると推定され、またそのように期待するのが論理的にも、国民一般の法感情に照らしてみても、決して不当だとは言いきれない。」

死刑が果して凶悪犯罪（とくに殺人犯罪）を抑制する効果があるかという面については、厳格で科学的な立証と科学的な推論が必要である。死刑が犯罪抑制の効果をもっていなければ、もっとも決定的な部分で死刑の‘必要性’が否定されることでなり、そうであれば、いわゆる‘必要悪’の主張は‘絶対悪’にすぎない。ところで憲法裁判所は、このような論拠の科学的な推論化を完全に避けて、“威嚇力が強いほど……効果も大きくなる”と漠然と推定している。これはきわめて非論理的である。さらに、そのような予防効果を取り上げるさいに“素朴な国民一般の法感情”を動員していることは、精密な科学に対して素朴な意識を対置させてしまう誤りを犯している。

一件の死刑が果して後続殺人犯罪を予防できるか。この争点は、犯罪学者らの多くの論争の主題であった。“素朴な法感情”から死刑の犯罪抑制効果が感じられるが、そういった感覚は科学的な資料による支援を得ることができない。

① まず、全体の殺人件のなかで、ごく一部分だけが死刑宣告を受けて、その一部だけが死刑を執行される。一部の処刑が全体殺人件数に影響を及ぼすとはいっても、その数値はきわめて微々たるものであろう。過去、死刑の抑制効果を立証したという学者らは一件の死刑が少なくとも七件の殺人を減少させると主張した。そのような論理に従えば、社会的に影響を及ぼすほどの殺人の減少率を記録するためには、今より何十倍の死刑を宣告・執行しなければならないという推算ができる。ところで、現在ほどの死刑であっても批判を受けているのに、何十倍の死刑をこの文明社会で正当化することができようか。

② 死刑を廃止した国の殺人率に意味のある変化がないというが、むしろ殺人が減る国がもっとも多い。日本の場合も、過去何十年間、死刑は減っており、殺人事件も少しずつ減っていく傾向がみられる。

〈表8〉でみられるように、アメリカの場合、1976年以後の死刑は20年の間ずっと増える一方であるが、人口10万人あたりの殺人件数はほとんど変動がない。わが国の場合、死刑を執行しない年もあり(1981・1988・1993年など)、死刑の執行を非常に抑制した年もあるが、それと殺人率とは無関係である。人を殺そうとする者が死刑宣告と執行に対する正確な情報をもっているわけがない。もし相当の情報をもっていたとしても“どの事件の当事者が死刑にされた”と言う程度であり、殺人犯に死刑に関する情報を尋ねたら、情報とは言えない漠然たる感じしかもっていないであろう。その漠然たる感じをもって、殺人という力強い行動を抑制することができるとはとても考えにくい。

③ 犯罪を事前に計画する豫謀犯の場合にも、犯罪者たちは自分の犯行が摘発・逮捕・処罰されることを避けるために苦心するが、時間的に遠く離れていて実感も少ない死刑という脅威では、犯罪は抑制されない。

表8 アメリカの死刑執行件数及び殺人件数

年度	執行件数	人口10万人の当り 殺人件数
1976 △	0	8.8
1977	1	8.8
1978	0	9
1979	2	9.7
1980	0	10.2
1981	1	9.8
1982	2	9.1
1983	5	8.3
1984	21	7.9
1985	18	8.6
1986	18	8.6
1987	25	8.3
1988	11	8.3
1989	16	8.7
1990	23	9.4
1991	14	9.8
1992	31	9.3
1993	38	9.5
1994	31	9
1995	56	8

資料：Death Penalty Information Center. Washington D.C.

豫謀犯たちは自分の犯行が摘発されず、逮捕もされないだろうと思っているからこそ犯行に至るものであって、その場合、死刑という遠く離れているもの、実行可能性もきわめて低い刑罰を通じて犯行を抑制するということは論理上、成り立ちにくい。

④ 多くの殺人犯罪は激情的な心理状態でおこなわれる。そのような激情状態では、犯行が与える可能な結果に対する冷徹な省察がなされることなく行動が行われる。殺人現場が凄惨であればあるほど、高い刑の宣告を受ける可能性が高くなるのにもかかわらず、そんな凄惨な状況の多数は、犯行に慣れていない者によっておこなわれる。殺人罪は、他の

暴力犯や財産犯よりも非前科者が多数という事実からみてもこの点は立証される。

⑤ 政治的・宗教的な目的に確信を有している者に対する死刑は、何らの抑制効果がない。むしろ、死刑は殉教者意識を高揚させ、死刑自体が自分の行為を正当化する手段と思わせる。

⑥ 殺人を抑制するために、死刑という周遍的で制限的な手段を使うということは非常に不適切である。殺人率は、その社会の銃器および凶器への接近可能性、社会的葛藤の程度と処理方式、家庭内葛藤の程度、アルコールおよび麻薬中毒、犯罪性精神障害、その社会の文化風土などの一断面である。死刑は殺人を含んだ犯罪問題を解決するのに役に立つ武器にはならない。

④ 犯罪を予防する効果の面で、死刑は無期懲役刑より優れている？

「死刑の犯罪予防効果が無期懲役刑より明白に、そして特段に高いということに対して、合理的・実証的な根拠は貧弱なものであるが、反対に無期懲役刑が死刑と対等である、あるいはより高い犯罪抑制の効果を有しているから、無期懲役刑だけをもって死刑の一般予防的な効果に対処できるとする主張も、やはり現在では仮説の域を越えることができない、といえよう。」

憲法裁判所は、無期懲役刑と比べて死刑の犯罪予防効果が特段に高いという議論に対する合理的・実証的な根拠の貧弱さを受動的でも承認しているとか、そういう根拠に無関心であるかのような表現をしている。これはひどく無責任である。無期懲役刑よりはるかに優越な予防効果を立証することができなければ、死刑を選ぶのは間違いであるからである。裁判所の判例と憲法裁判所は、生命権の剝奪を“やむを得ない場合に限りて”認められるものとするとしている。死刑存置に反対して無期懲役刑をもって犯罪者の無害化を果たすことができる以上、少なくとも将来に犯罪者の反社会性の防止という点で、無期懲役刑は死刑と効果をともにするものである。しかし問題なのは、一般予防効果において、死刑と無期懲役刑にどれだけの差があるかという点からみて、実際に死刑の著し

い優越性を立証することができなければ、死刑の代わりに無期懲役刑を選ぶしかないのである。

死刑廃止論を提唱したベッカーは、このような大まかな仮説に基づいて死刑を科することに反対し、刑罰には精緻な幾何学を駆使しなければならないと力説した。彼は死刑と無期懲役刑のなかで、無期刑が死刑にくらべより人道的であり、犯罪予防にも役に立つものと思っていた。彼の主張を支持してもしなくても、死刑なのか無期懲役刑なのかという選択が大まかなものではなく、科学的な立法論を通じてそれを比べようとする姿勢が少なくとも必要なのである。

多くの資料は、死刑が無期懲役刑よりもっと大きな犯罪抑制効果があるということを証明できない。アメリカの場合、死刑廃止した州が死刑存置している州にくらべ、より低い殺人率を記録している。死刑を廃止したあと、再び死刑を復活させた国の殺人率が、むしろ以前よりもっと高くなるという傾向がある。死刑の導入が潜在的な犯罪者の恐怖心を増大させ、犯罪を抑制することに寄与するよりは（一定の効果があつたとすれば、その効果は）逮捕を免れるために銃器使用の抑制線を崩すことで寄与するだけである。そのような効果は、警察に対する銃撃殺人の可能性をさらに高めるといふ報告もみられる。死刑が無期懲役と区分できる効果が存在するとしたら、その効果は、むしろ犯罪抑制ではない方で現われるというものである。

⑤ 死刑は社会悪の根源を永久に取り除くことができる？

まず、このような見解は死刑に処せられる特定の人間は改善することが不可能な人間であり、したがって、彼は隔離するとともに無害化されなければならない、その永久的な無害化の手段としての死刑は正当であるというのである。しかし、このような見解は、まずその人間観が問題になると思われる。永遠に改善不可能な人間などおよそ存在しないからである。犯行当時の凶悪犯は人間性の欠乏、残虐性に対する無感覚、犯罪自体に対して快感を覚える人間であるかも知れないか、我われが知っている犯罪者は、紙面や画面に映った犯行直後または逮捕当時の顔である。

その時は、だいたい極度の緊張と興奮状態にあり、そういう状態や姿が同情できる人間として映っているはずがない。しかし、裁判および収監生活を通じて、彼らに教化と宗教の手助けが行われたときには、彼らの大多数は心の奥から変化する。矯正施設の中で他の服役者の亀鑑となり、犯罪を捨てることを努め、死に向かう身の臓器を寄贈するなどの善行もする。我われは忘れられることのできない恐ろしい殺人事件を覚えている。たとえば、김대두事件、주영형事件、서진 룬살롱事件の当事者ら、そして至尊派事件など。犯行当時の彼らの姿を思えば、彼らは人間の仮面をかぶった獣以下の人間だった。しかし、彼らも改悛したのである。犯行当時の彼らは社会悪の根源であったが、永久に社会悪そのものであったのではない。人間改善の可能性に対して無理解に基づく裁判は非常に危険なものである。そして、珍しく改善できそうにない人間に対しては無期懲役刑を通じて、永久に無害化ができる。したがって、死刑存置論が基礎においている人間像は実際にそぐわないもので、正当化されることもできない。

⑥ 南北が対峙している政治的特殊事情では死刑が必要？

死刑は戦時において敵軍と戦うような行為ではない。裁判官による裁判、法務大臣の命令、矯正官の執行に至る一連の司法的な様式を経て成り立つ殺人行為である。戦時においても捕虜に対して処刑することはできない。過去、戦争を経験した緊急な時期に死刑は大量に行われたが、戦争が終わった後は、死刑は急激に減少した。しかし、軍法会議で宣告された死刑には適法手続きや十分な弁護人の支援等を受けられず、そのような中で死刑が濫発されたことを反省する必要がある。そして、彼らを死刑に処さなければ（たとえば無期懲役刑に処すれば）国家的な危機が発生するということは説得力がない。たとえば김창룡特務大将の暗殺犯を死刑に処さなければ、国家の安全保障と秩序維持に大きなピンチがくるということを、果して信じられるか。

もう一つは南北対置などの特殊な事情を名分にして、多くの人士を処刑させたことである。後で思えば無罪だったとか、少なくとも死刑には

ならない事件を操作することによって、処刑にした例が少なくないのである。このような死刑は、執権層が政治的な危機管理をするため、濫用されたものであることを見せてくれる。

① 我われの文化水準・社会現実・国民の法感情に照らして死刑廃止は時期尚早？

「一国の文化の発展と、人知の発達による平和によって安定した社会が実現するなど時代状況が変わって、死刑がもつ威嚇による犯罪予防の必要性はほとんどなくなるか、国民の法感情がそうだと認識する時期に至るようになれば、死刑は直ちに廃止されなければならない……。」

まず、そのような理想的社会が訪れるはずがない。犯罪はやむをえず発生する社会的な構成物であり、社会が複雑になればなるほど犯罪はその社会の一部として位置づけられるであろう。どのような先進国も文化と人知の発達で、平和で安定した社会になったから死刑を廃止したのではない。はたして凶悪犯罪がない国は存在するか否か疑問である。そうしてみると、このような時期尚早論はこれから永久に死刑を廃止しないということの別の表現であり、死刑が望ましいということの迂回した表現にすぎない。時期尚早論者に聞きたい。半世紀の間、その時期を繰り上げるために何をしてきたかと。

国民の法感情に頼る論法もたびたび登場する。さすが死刑に対する国民世論調査の結果は、存置論の方が概して多数を占めている。しかし、これは「殺人に対して死刑が当然である」と思った「素朴で平凡な庶民の感覚が世論調査に反映されたようにみえる」（조승형裁判官の反対意見の中から引用）。

実際に犯行の隠された動機、死刑の殺人予防効果の有無、死刑囚の改善可能性・犯罪被害者が本当に必要とするものなどに対し、十分な情報を持っていない状態で行われる判断であると思われる。このような世論調査の必要性は認められるものの、それをそのまま受け入れて死刑存置の正当化の根拠とするのは不当である。死刑のような争点は啓蒙的な努力の結果として改善されることであり、ただ世論によって改善されるこ

とではない。建国以後、裁判所の判例で一回も違憲論が触られなかった風土、すなわち制度圏内に啓蒙的な努力をほとんどしなかったという状況のなかで、ただ国民の法感情だけが改善することはありえないことである。国民世論の調査などからみられ原初的な法感情は、啓蒙の必要性をもっと見せてくれる資料とすることができるだけである。

各国の死刑廃止論の進展は、国民世論をその額面のまま尊重することによってできたものではない。むしろ法律家と立法者らの意志的努力と政治的決断で成さなければならない課題を、大衆の世論に頼って回避しようとするのは、これまでの死刑廃止の歴史的な経験にも背馳するのである。

5. 死刑廃止論の積極的な弁論

死刑存置論の主要な論拠を批判することによって、死刑廃止論の立地を強化することができる。けだし、死刑廃止論には積極的に立論できる論拠がある。それは死刑の誤判可能性、死刑に対する法的評価の時期別差、および権力目的とする死刑の濫用などである。そして死刑執行者の人権も配慮されなければならない。

(1) 死刑における誤判の可能性

まず誤判の事例は、歴史の中から捜すことができる。宗教的狂気、人種的偏見、イデオロギー的偏見など、このような偏見が誤判の構造的背景を提供した。このような偏見は今なお多くの司法的な決定に汚点を残している。

そのような構造的偏見に汚染されていない人であっても、誤判の危険性から免れることは難しいのである。その理由は、刑事事件で使われている証拠の不確実性のせいである。証拠として広く使われるのは、被告人の自白、目撃者証言、そして殺人事件によく見られる科学的な鑑定などである。ところが、被告人の自白が拷問による強要された取調べの産物である場合とか、心理的な困境の産物の場合が少なくない。このよう

な場合、自白の証拠能力が排除されるというが、拷問や強要を受けたことを立証しなければならないから、その立証に失敗した場合は、その自白が証拠として使われることになる。拷問や強要を受けない場合であっても、懐柔による自白や真犯人を隠蔽するために、積極的に虚偽の自白をする場合がどれだけあるかわからない。

目撃者証言の場合、その目撃事実の確実性がたびたび疑われたりして、もっとも確かなことのようにみえる事実も、非常に主観的な解釈作用により歪曲される場合がある。人間の目撃行為は機械的なものではなく、自分の先行知識と偏見を通じて屈折され、また、その目撃を思い出す過程でも意識と無意識の歪曲が生じる場合もある。

科学的な感情の質はたびたび疑われる。検視科学の発展水準によって、いま有罪の証拠に見えるのも、少し経つとそれを証拠にするのが困難になる場合もあり得るし、その反対の場合もいくらでもある。同じ資料でも、専門家によって違った解釈を下すこともよくあることである。その上、我われの場合、検視官が捜査の初動段階で主導的に参加するのが難しく、警察から聞いた内容と検視資料を総合して判断する場合が少なく、さらに多くの問題を抱いている。

このような風土のもとで、実際に自白と目撃者の証言、鑑定を受け有罪宣告をされた人のなかで、宣告後、真犯人が明らかにされて無罪になった場合（たとえば召気翁お巡りさん事件）も少なくない。そして鑑定の正確性をめぐって有罪／無罪／有罪などが繰り返し変更された事例もある。そうであるならば、さらに偏見によることなく接する事件の場合においても、誤判の可能性はいくらでもあり得るし、実際に誤判として認められた事件も少なくない。このような場合、法律は、人間の価値をもとに戻すことのできない死刑という制度に対して、否定的になる以外にはないのである。

（2）事件に対する法的評価の時期別の相違

とくに、過去に政治的理由で死刑された人びとのなかで大半の者は、

今なら死刑されなかったと思われる。世論裁判を巧みに利用して、政治的な目的を達成しようとする権力の前で、罪のない犠牲者が生じたのである。漢江人道橋爆破事件の責任者として処刑された 裨창식 工兵隊の工兵隊監は、戦時の社会的な非難世論に対する罪滅ぼしとして死刑にされただけであって、死後に開かれた再審では無罪になったのである。조봉암・조용수・인혁당・남민전などは、現在の定規でみれば処罰する価値がない軽微な事件に相違いない。金載圭事件においても、十分な冷却期間をもっていたならば、関係者たちの全員が死刑を受けたかどうか疑問である。したがって、当時の時点でもっとも大きな非難を浴びた事例であるとしても、ある程度、時間的な距離をもって再評価ができるような側面が必要なのである。このような事案に対して、性急な処刑は取り返しのつかない間違いをする場合がある。

(3) 死刑執行者の人権

残酷な犯罪の場面を目撃した人は、死刑存置論者になり、悲惨な死刑場面を見た人は死刑廃止論者になるという話がある。死刑に対して一番悩んでいる人びとは死刑囚と日常的に向き合っている矯正官と宗教人である。彼らの前に立っている死刑囚のほとんどは、凶悪犯ではなく反省し悔悟している人間であり、これらを自分の手で直接に殺さなければならないということは気が向かないのみならず、彼らの人間の尊厳と価値に反するといえよう。“良心に反して職務上、仕方なく死刑の執行に関与する人びとの良心の自由と、人間の尊厳と価値を侵害する非人間的な刑罰制度”（김진우 裁判官）が死刑である。まだ我われには死刑執行人の苦悩を書いた文献はあまりないが、外国の文献では死刑執行人の生々しい体験と苦悩が死刑反対論の主要な論拠を構成している。

6. 死刑廃止の段階的方法

以上のような理由から、死刑は廃止されなければならない。

ただ死刑規定を置いている立法、死刑を宣告しそれが違憲ではないこ

とを主張している法律家、そして死刑を支持している国民を有している以上(その理由はとにかく)、死刑廃止論が立法者、法律家、国民の感情で大勢を成すことが難しいと正直に認めながらも、もう少し段階的で現実的な対応を考えざるを得ない。したがって、つぎの方法を提案したい。

① 法律上の死刑規定は故意殺人のような犯罪に限定し、他の死刑条項を削除する方法。これは死刑が望ましくないことを象徴的に誇示する効果をもつことになる。

② 裁判所は死刑宣告をするさいに、きわめて慎重にしなければならず、死刑を宣告しないことを量刑上、基本原則として設定しなければならない。

③ 法務大臣は死刑執行に署名することなく、執行を事実上、猶予しなければならない。たとえば、1999年には‘特別な危険’がなければ死刑を執行しないと宣言し、また2000年になったならば、その1年間は死刑の執行をしないと宣言し、こうして連続的に死刑未執行の慣行を積み重ねなければならない。

ここで‘特別な危険’、または事情というのは、死刑を確定された者が施設内で他人を故意的に殺そうとするなどの行為を指し、執行猶予の恩恵を濫用することをいう。このような者に対しては、死刑を執行することができるという点を予め通告しておくのである。そうすることによって、死刑待機者たちの生活を誘導しようとするものである。やぶれかぶれの者は何事を起すか分からないから、収容管理が非常に困難であろう。しかし、死刑の執行猶予と濫用可能性の封鎖を通じて、死刑待機者たちが希望をもちながら、自らの改善に力をつくすような環境を造りあげるとは、刑務所内の秩序維持にも役に立つようになる。

④ このようにすれば、死刑待機者の数が刑務所内で滞積されてしまう。これを回避するため、5年または7年経過後において厳密な審査により、無期懲役刑に減刑することを制度化するのである。

⑤ このような経験が蓄積し、死刑の無用性に対する共感が広がることによって、死刑の廃止は、わが国民の人道性と文明性を確認するきつ

かけに昇華されるのである。

7. おわりに — 死刑を歴史的な遺物にする

筆者が最近書いたコラムの引用をもって、結論の代わりにしたい⁽³⁾。

わが国民は死刑囚としての凄惨な大事を体験した人を大統領として選出した。その大統領は当然、人権大統領であることを標榜した。人権大統領であれば、死刑に対する政治的決断も下さなければならない。民主主義化された国々の最初の措置のなかの一つが、死刑廃止であったことを思い起こす必要がある。そして、大統領は自分とともに世界三大人権リーダーと呼ばれたマンデラとハベル大統領が、その在任中に死刑を廃止したことを。

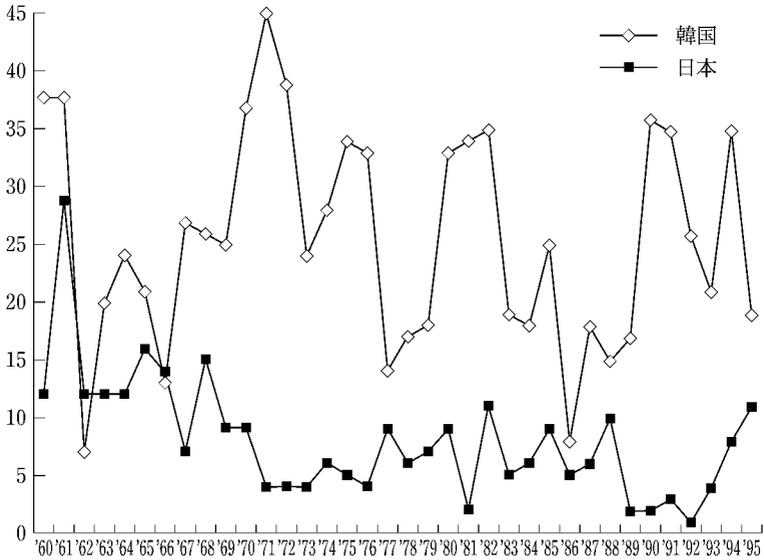
死刑廃止の決断は事実上、全体国民の分け前である。国民意識を一瞬、変えることはできない。全面廃止が今すぐ難しいと思えば死刑執行を何年間、猶予するという宣言をした後、国民的公論化を通じて、完全廃止に至る段階的な方策も推進することができる。ローマ教皇庁は少なくとも2000年、一年だけは全世界の死刑執行を保留しようと訴えている。法務大臣が死刑執行命令を保留することも現実的な方法であろう。

パリのセーヌ川辺にある露店商には、世人を驚かせたギロチン断頭台の模型が販売されていた。ドイツのローテンブルク市は、過去の死刑と拷問に使われた道具を陳列した刑罰博物館で注目を引いている。

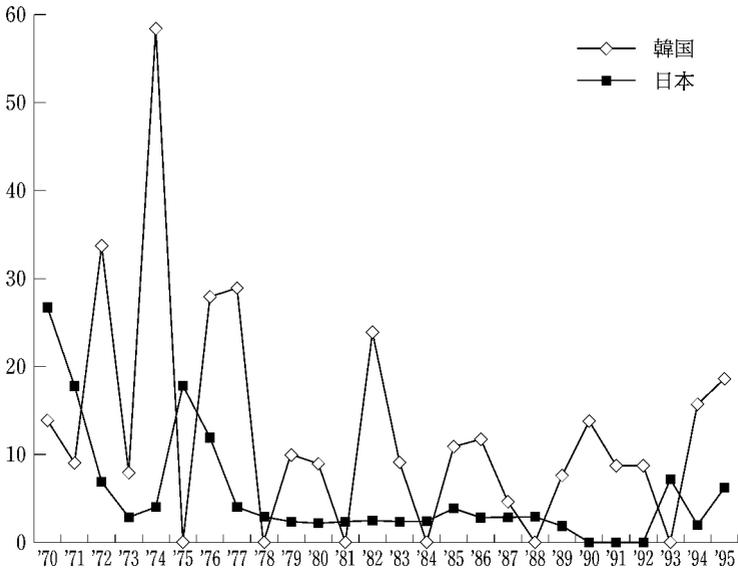
いつになるであろうか、韓国の死刑に使われた道具が博物館に展示され、死刑場が仮想恐怖体験館になるその日は。

註

(3) 『中央日報』1999年5月24日、死刑台を博物館に。



(付録1) 韓・日、第1審刑事公判死刑宣告人員比較



(付録2) 韓・日、死刑執行人員比較

◎ 原著者の補足（2004年）

翻訳終了後、原著者である韓寅燮教授から補足「最近の趨勢」が届けられたので、これを掲載する。〈訳者〉

最近の趨勢

上掲の論文が書かれた1998年以降、韓国では以下のような変化が起きた。

第一、一番重要な変化は、1998年以降において、一件の死刑執行もなかった事実である。1998年大統領に選出された金大中は、彼自身が政治的陰謀によって死刑を宣告され、死刑にされる危機におかれたこともあって、死刑の政治的濫用を警戒していた。政府側では積極的に死刑廃止を主張することはなかったが、法務部長官は死刑執行自体を慎重にとらえて死刑執行を裁可しなかった。逆に、死刑が確定された者が無期懲役に減刑されたケースがいくつかあった。2003年に盧武鉉大統領政権が出馬した以降も、死刑執行は行われていない。2004年現在まで、韓国では死刑未執行の状態が7年間も続いている。したがって、韓国は事実上死刑廃止国の陣営に近づいている。

第二、死刑廃止の流れは国会のなかでもみられる。2000年10月、「死刑廃止に関する特別法案」が国会議員の過半数署名で国会に提出された。特別法案には「すべての法律で死刑を廃止すべきこと」と、その補完措置として「裁判官が、凶悪犯人を裁判する際に、犯罪の種類と罪状などを勘案して、服役してから15年までは仮釈放、赦免、減刑を禁ずる宣告をすること」を可能にするなどの内容が含まれていた。死刑廃止法案は、この間、ながいあいだ死刑廃止運動を続けてきた宗教団体（カトリック、改新教、仏教など）および市民団体の努力の成果である。会期満了のため、法案が立法化されるには至らなかったが、少なくとも国会議員の過半数が死刑廃止に賛同したという事実は、これ以降の死刑廃止運動の進展からみて、注目すべきであろう。

第三、政府の死刑未執行の傾向によって、裁判所はより慎重に死刑宣告を行うようになった。最高裁は、次々と下級審の死刑判決を破棄して、量刑に関する審理と調査をより忠実に行うように要求している。次の文には、最高裁判決の傾向をよく現れている⁽¹⁾。

「死刑は、人間の生命自体を永遠に剝奪する冷酷な極刑であり、文明国家の理性的司法制度が想定できるところで例外的刑罰である点を勘案すれば、死刑宣告は、犯行に対する責任の程度や刑罰の目的などに照らして正当化されるような特別な事情があると誰しもが認めるくらいの客観的の事情が明らかである場合に限り許容されるべきである。したがって、死刑宣告は、犯人の年齢、職業と経歴、品性、智能、学歴、成長過程、家族関係、前科の有無、被害者との関係、犯行の動機、事前計画の有無、準備の程度、手段と方法、残忍さと暴悪さ、結果の重大性、被害者数や被害感情、犯行後の心的状態や態度、反省と自責の有無、被害回復の程度、再犯可能性など量刑の基礎となるすべての事項を徹底的に審理して、上記のような特別な事情が明らかである場合に限り死刑を考慮すべきである。

……死刑を宣告するためには、裁判所は、記録に現れている量刑条件を平面的に斟酌するだけではなく、被告人の主観的量刑条件である品性や環境、智能、再犯の危険、矯正の可能性などを参照できるような客観的資料を確保して、死刑を宣告すべきかを選ばなければならない。また、犯行を決議し、準備、実行する当時における被告人の精神状態や、心理状態の変化などについても、精神医学や心理学など関連分野の専門家の意見を聴取するなど徹底的審理を経てその結果をまとめた上で量刑しなければならない。」

2004年6月現在、韓国で死刑が確定され収監中の犯罪人は合わせて58人いる。死刑が確定された被告人の数も2002年に6人、2003年に2人であって、年々減少している。このように、法務部の死刑未執行、国会の死刑廃止法案などは、裁判所がより慎重に死刑判決を下す結果をもたらしている。こうした現象はおそらく逆転されることはないであろう。し

たがって、韓国は実質的には、アジア諸国のなかでは稀な死刑廃止国家になる趨勢にある。

註

(1) 대법원 2003.6.13. 선고 2003 도 924 판결

※ 原著者紹介

韓寅燮 (Han In Sup, 1959～)

ソウル大学法科大学と大学院を卒業して、同大学の法学博士学位を獲得。現在、ソウル大学法科大学で刑法および刑事政策の担当教授。「法と社会理論学会」の会長の任にあり、併せて韓国刑事政策学会理事を務めている。また市民団体の参与連帯にも参加している。

主な著書に、『韓国刑事法と法の支配』(한울아카데미、1998年)、『権威主義的刑事法を超えて』(동성사、2000年)などがあり、編著には、韓国現代史における有名な法律論説を編集した『正義の法・良心の法・人権の法』(박영사、2004年)がある。その他に、法的観点から5.18光州民主化運動を分析した『5.18、法的責任と歴史的責任』共同編集(1995年)、『性的少数者の人権』(共同編集)などがみられ、訳書に『犯罪と刑罰』(C. Beccaria 著)がある。主な論文としては、「無期受刑者の施設内での処遇と社会復帰」、「家庭暴力被害者の加害者殺害：その正当化と免責の法理」、「良心的兵役拒否」などがある。現在、「法律化の倫理と責任」、「市民の司法参加：裁判員制度の導入」、「軍事的過去の清算」、「死刑廃止論」などの実践的テーマを探究している。

日本語論文には『現代韓国の法・政治構造の変動』、『権威主義体制化の司法部と刑事裁判』以上は大구보사랑 서승編(『現代韓国の民主化と法・政治構造の変動』)(日本評論社、2003年)に収録されている。

※ 原著は、『司牧』1999年7月号、第246号(韓国天主教中央協議会出版)、43頁～72頁に掲載されている。主教会議正義・平和委員会2000年大喜年を迎えたセミナー、『人間の尊厳および死刑制度の廃止』

II. 死刑制度を廃止するための神学的弁論

金 政 友 (Kim, Jung-Woo)

大邱カトリック大学校神学大学教授

目 次

- I. はじめに
- II. 死刑制度の起源と歴史に対する概観
 - 1. 聖書に現れた死刑制度
 - (1) 旧約聖書 (2) 新約聖書
 - 2. 神学と教会の歴史に現れた死刑制度
 - (1) 教父時代 (2) 中世 (3) 近世と現代
- III. 死刑制度の矛盾と問題点
 - 1. 応報と報復としての死刑
 - 2. 犯罪の予防と抑止としての死刑
 - 3. 犯罪者の改造と社会復帰
 - 4. 現存する死刑制度の問題点
 - (1) 死刑制度の非人間性 (2) 人種差別と死刑
 - (3) 無実者を処刑する死刑 (4) 死刑の恣意的作用
 - (5) 死刑制度の無慈悲 (6) 政治的抑圧手段としての死刑制度
- IV. 死刑と人間の尊厳
 - 1. 人間の生命に対する国家の権限
 - 2. 人間の尊厳に対する侵害としての死刑
- V. 憲法裁判所判決に対する批判
- VI. 結び

I. はじめに

「死刑も人間の尊厳に対する侵害になるのか」。我が社会の現実からすると、この質問に対して、まだはっきりとした解答が出ていない。その理由は、我が社会にはまだ無秩序と混乱、そして凶悪犯罪と非倫理的な人間がところどころに存在しており、多くの人は、このような現象を防止するために、死刑が現時点では、なお必要悪あるいは必要不可欠な制度であると理解しているからである。しかし、これからは死刑がこのような現象を解決するための手段ではないと、死刑に対する認識を変えなけ

ればならない。犯罪者を殺す刑罰であり、人類史の起源とともに存在してきた死刑制度は、今日において決して合法的な刑罰と認識されてはならず、また、いかなる理由によっても、その正当性が成り立たないということを人間の尊厳という次元で議論してみよう。

このような観点からすれば、死刑は人間の尊厳と人権を侵害することではあるまいか。もし、そうであるならば、教会と神学が死刑に対してどのような態度を表明して来たか、そして、今日の死刑の執行過程で生ずるさまざまな非人道的な現象に対して、教会と社会が、人間の生命の尊厳という次元で、断固とした反対の立場に立つことができるかどうか、倫理神学的省察をしたいと思う。

II. 死刑制度の起源と歴史に対する概観

死刑は人類歴史のなかで最も古い刑罰の一つであるが、いつから死刑の歴史がはじまったかは明らかでない。この点について、ただ人間が歴史を記述しはじめる以前から、とくに合理的・普遍的な法律を適用する以前から存在していたと推測するしかない⁽¹⁾。また、犯罪者を殺す刑罰が、大多数の民族と文化圏のなかに存在してきたことからすれば⁽²⁾、死刑が生まれた背景も推測に依るしかない。文化人類学的にみれば、死刑は原始的な刑罰制度であり、心霊崇拜と禁忌啓明 (Tabu-Geboten)、そして魂の不滅という原始的な世界観と深い関りがあることは明らかである⁽³⁾。しかし、原始的死刑が形成した背景から、今日の死刑制度の意味を研究することには問題が多い。なぜならば、法律制度としての死刑と、原始社会に現れた人間を殺す刑罰のような血による報復は、本質的に異なるからである。すなわち、原始社会に現れた血による報復は、数多くの民族と種族から観察できる共通した現象であるから、成文法をもっている社会とは区別すべきであろう⁽⁴⁾。また刑罰制度は、法律的思考の枠内で発展し、そのような過程を経て形成された個人に対する裁判権と拘束力であるから、原始的な世界観に由来して人を殺す刑罰とは区別しなければならない⁽⁵⁾。

したがって、人類史において、また法律的思想のなかでどのように発展してきたかを正しく見極めてこそ、死刑制度を正しく理解することができるというものである。我われは、このような法律的思想の発展をギリシアやローマ時代⁽⁶⁾の法律的思想のなかに発見することができ、さらに聖書のなかにも観察することができる。

1. 聖書に現れた死刑制度

聖書に対する客観的な研究によれば、死刑制度は中心的意味をもつものではなく、単なる普通の法的制度であった。とくに旧約聖書では、死刑を当然のことと理解し、新約聖書では部分的にのみ言及されている。しかし、注意しなければならないのは、聖書のなかにある一部の段落を基づいて、死刑制度の正当性を主張することには慎重でなければならない。

(1) 旧約聖書

旧約聖書において死刑制度は、そのほとんどが慣習的であり、だいたいが血による報復として現れる。創世記4章10-11節をみると、殺害された者の親戚が流された血に対して報復するのは義務として規定されている。なぜかといえば、流された血は、それに相応する報復をするように神に訴えるシンボルとして表現されているからである。

また、モーゼ五書を批判的に研究すれば、イスラエルの百姓の歴史には、成文化された法律の制定とともに部族の報復とは異なった法律による裁判が登場し、かつそれが強化されていることが分かる。こうして、死刑の権限はしだいに官僚だけに委任されるようになり、家族あるいは部族の代表は、その権限を失うようになった。

申命記は、刑罰制度における法律概念の発展に関するさまざまな実例を見せてくれる。すでに創世記9章5-6節にみられる故意殺人に対する報復は、第二契約の法規によって決疑論的意味によって科されているが、そのなかで死刑に処される犯罪には、雑神崇拜、安息日における戒明の違背、父母に対する不尊、女性に対する姦淫、近親相姦、獣姦などがあ

る⁽⁷⁾。申命記が死刑を正当化しているのは、犯罪であるから処罰しなければならないという意味ではなく、むしろ主の前ではイスラエルの百姓はまじめに生きるべきであって、神と百姓のあいだに結ばれた契約を破るようなことを避けなければならないという意味からである。（申命 13. 6-12）

また報復の法則（Talion）も、このように神学との特別なつながりのなかで理解しなければならない。復讐の法則は単なる残虐の表現であると理解されてはならず、むしろ報復に対する人道的次元において、一歩進んだものと理解すべきである。したがって、報復の法則を無節制的に報復するものとしてではなく、発生した悪現象を処罰する基準、あるいは制度的な観点から取扱うべきである。したがって、報復の法則は個人に対する刑罰の執行を許す反面、部族においては罪のない人に刑罰が科されるのを禁止する。まず個人の罪に対する処罰の原則が考えられ、それが慣習として現れるようになった。（申命 19, 21：出エ 21, 23-25）そして死刑執行の濫用を防ぐために、これを庇護する方法も用いられ、また避難所も現れた。（列王 1. 50-53：2. 28-35）

預言書には、集団的責任を強調する部分もあるが、その反面、将来のための個人的責任を宣告する箇所もみられる。（예레 18, 21-23：31, 29）後期ユダヤ人は、ますます死刑執行の数を減らしてきたが、その有力な証拠は彼らがユダヤ人の裁判所であった Sanhedrin では死刑が珍しかったこと、もしくは全然なかったことに自負心をもっていただことである⁽⁸⁾。

旧約聖書においては、個人化と法律化の過程が、家族に対する報復から死刑という法律の形をとって現れる。しかし、この過程はイスラエルでは、イスラエルの歴史を導く主に対する信仰の宗教的体験との関連のなかにおいてのみ発生したものではない。法的、そして倫理的な発展は、他の民族と社会にもみられ、流浪生活から定着生活に至るまでずっと続いた現象である。したがって、旧約聖書のなかにも現れた死刑制度は、神との契約で生命を宗教的に証明し、これを純粋に保存するためにイスラ

エルの百姓を相手に執行された制度であった⁽⁹⁾。したがって、旧約のなかに現れた死刑の意味は、ユダヤ人の信仰と文化に基づいたもので、それだけにイスラエル民族に限られているため、キリスト教的刑罰の意味と理解してはならず、旧約の文字を理由に死刑に対するキリスト教の見解として表現することはできない。

(2) 新約聖書

ローマ書 13 章 4 節を除いて、新約聖書は死刑制度を倫理的な問題として強調しておらず、ただ死刑制度の存在だけを論じている⁽¹⁰⁾。新約聖書のなかに現れた新しい要素は、死刑の問題点を他の規範体系を通じて新しい倫理を提示するものではなく、生物学的そして宇宙的要素に依拠する従前の思考が、イエスの福音によって決定的に脱神聖化されたことを意味している。

イエスは悪を克服する新しい方法を提示し、従来のような暴力ではなく、愛によって敵の友人となって生き続ける一つの共同体を示した。「幸福の宣言」は、報復の法則の正当性を拒否し、世のなかの人間同士が限りなく赦し合うべきことを、神の愛を通じて見せてくれる。(マタイ 5. 38-39: 루가 6. 29-30)

神の国で完成される神の愛は、人間の暴力による犠牲を防止できるが、暴力の加害者を除去することを求めてはいない。神の審判は完全に慈悲的であり、すべての人道的判断とその判断によるすべての絶対的要求を相対化させるものである。(マタイ 7. 1-7: 루가 6. 37-38. 41-42)

ローマ書 13 章は、死刑の問題を扱うにあたって、大きな問題点を抱えているように思われる。それは、ローマ書 13 章があたかも法律に違反したすべての人間の死と生に対する世俗的公権力を認めているように見えるからである。このような次元で聖書の注解がもっているいくつかの要素を、ローマ書 13 章に適用するのは確かに不可能である。それにもかかわらず、ローマ書 13 章は、20 世紀に至るまで勝手に解釈され、直接的、間接的に神学的・政治的な思考において、何世紀にもわたってキリスト教の実際行動の開かれた歴史⁽¹¹⁾を通じて歪曲されることもあったので

ある⁽¹²⁾。

しかし、歴史的な結果を度外視して、ローマ書 13 章をよく研究してみれば、そのもともとの意味を発見することができる。바오로 (S. Paulos) は、決して死刑を支持しようとしたのではないことが明らかになる。むしろ、到来する神の国に対する熱望に陶醉して、市民の義務を等閑視しているキリスト者たちを、現実の生活に復帰させるとともに、再臨するまで社会が要求する法律の枠組みのなかで生きるように求めていることである。したがって、税金を納める義務が存在するのである。しかし、パウロは何らかの政治的理論を提示しようとしたのではない。またパウロは 1 世紀に広まっていた大衆的なストア哲学と他の哲学を鼓吹したが、それは、これらの哲学を世界と世の中の制度に対するキリスト者の正しい姿勢を確立するために適用したのである⁽¹³⁾。

以上の面から、新約聖書のなかにある死刑に関する見解をみれば、新約聖書は死刑制度を正当化することもなく、直接的に死刑制度を禁止してもいない。공관福音の伝統が証明しているのは、キリストは、神の国の観点から報復の法則によって報復する司法権の力に希望を託しているのではなく、むしろ権利を放棄する力に信頼を与えるものである。赦すことと敵に対する愛は、神の国の論理を表わすものである。すべての利害や計算を超える神の正義は、人間がいう正義の報復の論理を排除するものである。したがって、報復する正義に真の正義があるのではなく、愛と赦しのなかに真の平和と希望があり、その真実を語るなかで、人間の法律を超える愛と信仰を強調される。そこでは人間による暴力の悪循環を断絶でき、これらの暴力による犠牲者を保護し、暴力をふるった者にさえ処罰ではなく赦すことが語られる。神の審判は、人間の偏見と価値観を超えて、完全な慈悲と赦し、そして愛であることを強調している。

したがって、イエス・キリストの福音が我われに伝える新約聖書の要素は、聖書至上主義で聖書の規範を直接に引用しようとする意図を拒否する。また、神の国とつながる倫理的要求は、イエスの弟子にだけ適用される忠告ではない。これは根本的な倫理的要求であって、実際になさ

れるべきものである。すなわち、すでに到来してはいるが、いまだ未完成の神の国にとって必要な要求である⁽¹⁴⁾。

2. 神学と教会の歴史に現れた死刑制度

死刑制度に対する神学的な問題は、国家の権威が神学的根拠をもって
いるか否かである。キリスト教の初期には、死刑に反対する教父も存在
していたが、キリスト教の伝統と歴史からみれば、全般的にみて死刑制
度を支持してきたといえよう。その原因は、教会史上、国家公権力の神
権政治的な側面を認めてきたからである⁽¹⁵⁾。死刑を支持する神学的議論
は、この点を重視している。したがって、死刑廃止を主張する立場が直
面する課題は、どのように国家権威内にある神権政治的基盤を否定する
かなのである。

(1) 教父時代

1世紀のキリスト教に対する歴史的証言のなかには、暴力に反対し、
死刑に反対する教父たちのさまざまな証言と見解が見つまっている。そ
して、人を殺してはいけないという戒命は、個人だけではなく官吏達にも
適用された⁽¹⁶⁾。その理由は、死刑はイエスと弟子たちが力説する愛の
戒命に違反するからであり、死刑執行は血による報復と復讐の考えを強
く表しているからである。勿論、ここにはさまざまな方法で残虐に死刑
を執行したローマ人に対する認識があったので、それがキリスト者の死
刑に反対する原因になっている。

迫害のなかで教父たちがどのような考え方をもっていかは、この時
期における主要文献に見られるところである。教父たちの文献では、死
刑をおもに殉教の過程として理解しているが、その原因は、キリスト者
に対する死刑執行の理由が、彼たちの信仰に起因するからである。した
がって、テ르툴リアヌス(Tertullianus)、ミニチウス フェリクス(Minicius
Felix)、ヒポリトゥス(Hippolytus)、ラクタンティウス(Lactantius)などは、
個人だけではなくて官吏が人を殺すことを禁止した。そしてローマ刑法
と軍事制度までも批判したのである。とくに、ラクタンティウスは、断固たる

態度もって死刑制度を拒否した。彼は『神的教理』(Divinae Institutiones) 6巻、20. 15-17. のなかで、つぎのように語っている。「神が我われに人を殺してはいけないと命じたのは、決して国家法が許したことではないが、ただ略奪行為などを行った犯罪者を殺してはいけないということではなく、我われの心のなかに留まっている人を殺そうとする心さえ禁止すべきであることを意味する。それゆえ裁判官だけではなく、誰であろうと罪を犯したことを理由に死刑に処すように訴えてはならない。なぜならば、武器で殺すにせよ、口で殺すにせよ、同じでことであるからである。したがって、このような殺人は禁止すべきであり、人を殺してはいけないという戒律は絶対的なものであり、例外を許すべきものではない。人を殺すのは不当であり、また、生命は神の意志によっても犯されてはならないものであるからである」と。

このような見解は、三世紀に国家の迫害から脱出するまで持続した。そして、キリスト教が公認されるにともない、国家法の有効性に対する態度も変わっていった。四世紀の初めに開かれたエルビラ公議会(Elvira, 306年)の教会法56条は、官吏たちが死刑執行を行ったことがなくても、在任期間中は教会への立ち入りを禁止した⁽¹⁷⁾。

본돌피(A. Bondolfi)は、つぎのように主張している。「もしコンスタンティヌス帝以前の神学者たちの証言がよく知られていたとしても、それを正しく解釈するのは極めて難しい。解釈された事実を性急に実際化させることは禁ずるべきである。」⁽¹⁸⁾ その理由は、まず当時の神学者たちは異教徒の慣習や皇帝への崇拜を疑っていたので、今日の観点をもって正確にそれを判断するのは不可能であり、また再臨に対する期待感に満ち溢れていたばかりか、再臨が迫っていると信じられていたからである⁽¹⁹⁾。

コンスタンティヌス帝の在位期間中に(306年-307年)、初期キリスト教会はキリスト教の承認を得てローマ帝国と結合した。コンスタンティヌス帝は、教会を国家に服従する柔順な道具に代えて、教会を国家の利益のために利用した。このように、彼は初期キリスト教を国家教会、

つまり美化するというならば帝国教会の形に作り直したのである。当時、死刑に対する教会の見解は、国家と教会の関係いかんによって定められた。その一方で、国家と教会の間には、国家の法制度に対する辛辣な批判も存在していた。したがって、神学者たちによる学問的論証にみられた死刑に対する見解は、当然に国家と教会の関係によって決められたものであることはいうまでもない⁽²⁰⁾。

コンスタンティヌス帝在位期間中の文献を調べてみると、当時の人びとに支持された哲学者たちの時間と永遠に関する観念は、間接的に国家と国家権能の観念として形成されていた。それゆえ、当時の死刑に関する具体的問題は、政治倫理学の一般的議論のなかで扱われていた。人びとは罪になるか否かの要点を、ただ新・旧約に抵触しているかどうかだけで判断した⁽²¹⁾。したがって、多かれ少なかれ、あるいは激しく死刑に反対する、もしくは賛成するにしても、そのような考え方を教會的、哲学的、美学的に証明する特定の人びとの主観的考え方が、キリスト教会の全体的見解からは、何ら意味をもたないことは確かであろう。

350年の変遷のなかで、教会はようやくにして国家の関心事の保存と教会の保護のために死刑宣告をするのは国家の権利だけではなく、義務としてみなすようになった。その反面で、教会は国家との公的協力から距離を維持するために努力することもしばしばみられた。ここに国家と刑法に対する教会の内的態度を設定するための一種の契機が与えられる。

四世紀に入ってますます頻繁になってきた異端と劣教との紛争のために、教会は自らを国家の保護内におかざるをえなかった。なぜかといえば、これらの紛争は教会の存在自体を深刻に脅かすものであり、教会は国家が死刑宣告とその執行を行うことが可能であるかを問う前に、むしろ教会の意思に沿って異端者を国家の名において死刑に処することが可能であるかという問を提起したのである⁽²²⁾。この時期の人びとにとって、教会指導者の倫理神学体系のなかに、死刑に対する一つの答を探し出すことは難しかった。それよりは、個々人のそれぞれの状況によって、

賛成あるいは反対の立場を示したのである。

たとえば、アウグスティヌス (Augustinus) は『神国論』 (De Civitate Dei) のなかで、政治的、倫理的立場を示している。ローマ書 13 章の脈絡において、彼は犯罪者を処刑する国家の権利を認め、この権限を主教の仲裁の下で調整しようとした。また、彼は死刑制度を正当化するための新しい標準を提示し、異端者との戦いで教会を助ける任務を政治的権力に賦与した。アウグスティヌスのこのような主張は、後世に強力な影響を及ぼし、主柱的役割を果たすようになり、「アウグスティヌス主義」⁽²³⁾ と呼ばれる。このように死刑制度は倫理的面で認められただけではなく、当然のごとく制度化された。

(2) 中世

中世の死刑制度を論ずるに当たって、まず教会の権威と世俗の権威の分離を理解する必要がある。「教会は 𠂔 (環刀) の使用を避けるべきである。」“Ecclesia non sit in sanguine” この大前提の下では、教会は血に触れてはならず、教会が直接に死刑執行を行うことはできない。教会が異端者を審判するさい、刑罰の執行は世俗の権力に任せるように制限した。教皇インノケンティウス III 世は 1208 年に 𠂔 派 (Waldenses) に対抗して、つぎのように述べている。「世俗的公権力は憎みではなく賢明によって、そして軽率ではなく十分な熟慮を通じて処罰することを条件に、死刑を執行する権力があることを証明する」と⁽²⁴⁾。

当時、世俗的権力に対して根本的に問題を提起し、抵抗したのは、カタリ派とワルド派であった。しかし、彼たちの公権力を制限しようとした主張の直接的、間接的証拠はすべて消失した。

13 世紀になると、都市の大学で学術的に発展をとげた神学が、ワルド派の急進主義に対抗して体系的な方法論をもって論証をはじめようになった。その目立った証拠の一つがトマス・アクィナス (Thomas de Aquino) の理論である。彼は、アウグスティヌスの理論——「神が処刑を命令したならば、死刑は許されるべき必要なものになりうる」——を超えて体系的な解説を通じて具体的かつ神学的に根拠を提示する。

トマスは死刑制度に対する体系的解説を行うが、まず、「ある人が罪を犯し、社会を危険にさらすようなことをし、社会に負担をかけるような場合には、社会を保護するためにその者を殺すのは、賢明かつ有益なことである」⁽²⁵⁾と宣言し、この観点から犯罪に対する処罰として、人間同士に通用するすべての刑罰を適用することが可能かどうかを『神学大全』（2.2 q.108 a. 3）で質問している。

マタイ福音 13章 29 節の表現を借りれば、死罪を犯した者に対しては、秋收の時（世界が終焉するとき）に処刑するので、悪人に喩えられる‘えのころ草’（狗尾草）を秋收まで引き抜かない。トマスは、これとは異なった考え方をとる。「悪人たちに対する処刑は善人たちに弊害をかけることなく、むしろ、彼らの安全と平安をもたらすものであるから悪人を処刑することができる。」⁽²⁶⁾ また、死刑は一般的に犯罪の機会を予防することができ、神律に定められているものである、とみなした。したがって、トマスは刑罰が悪人たちに理性を取戻させるものであるから許され、徳をもって悪人たちが理性を取戻すようにして、また彼らに対する教育として、悪人たちがもっとも大事にしている生命、身の安全、個人的自由、財産と富、祖国と名誉を剥奪すべきである、と主張する。したがって、さまざまな犯罪には、それに相応しい刑罰を適用することができる、とする。

このような点で、麦が‘えのころ草’と一緒に引き抜かれなくてよい場合には、‘えのころ草’を収穫の時まで待たずに引き抜いてもよく、悪行為に対しては、ときには善のためにその根さえ引き抜く必要があるから、悪人を死刑に処することは可能である、とトマスは考えたわけである。死罪はさし迫った報復という面では永遠の死に至るものであり、一方、刑罰は現世的な生活では、むしろ治癒の性格をもっている。「このような場合には、犯罪者たちに死の罰を科することができる。」（*Et ideo in tali casu potest poena mortis peccatoribus infligi*）⁽²⁷⁾したがって、このような場合に、過ちを犯した犯罪者を死刑に処することが可能になる。また、死刑は犯罪への衝動を減少させ、犯罪に対する警戒心を引き起こす。

したがって、トマスは根本的に死刑に賛成している。その理由は、死刑が神の法律に規定されているからであり、また犯罪者の教育のためにも必要なものであって、さらに犯罪者への処刑は社会全体の安全を保つためであるから、悪に対する根本的な根絶は善人にとって有益であり、社会の安全と平和、そして犯罪発生インセンティブを抑制する役割を果たす、と考えたからである。しかし、彼の理論は神学というよりは、むしろ自然法、社会法的なものであった。しかし、トマスの理論は数世紀にわたって影響力を及ぼし、後の死刑支持者に大きな影響をもたらした。スコトゥス (Duns Scotus) は、トマスの理論に反対して殺人者と神に対する不敬罪に対しては死刑を処することができるが、窃盗と姦淫を行った者を死刑に処することには反対した⁽²⁸⁾。スコトゥスの主張は近世のヒューマニズムに影響を与えた。

(3) 近世と現代

近世に入って最初に登場したのは、改革主義者の死刑に対する見解である。その代表であるマルティン・ルター (M. Luther) は中世の理論と実践的な面で特徴的であった罪に対するコンプレックスを無くした。その根拠は、二王国説 (Zwei-Reiche-Lehre) である。ルターは肉体に対する刑罰に反対し、また異端者に対する死刑にも反対した。しかし、すべての改革者たちがこのような見方をもっていたわけではない。ツウィングリ (Zwingli) とカルヴィン (Calvin) は異端者に対する死刑に反対するどころか、積極的に死刑を主張した。しかし、彼らはルターによって発展させられた論理には反対しなかったが、その理由は、異端者たちが世俗の公権力の権威と権限を根本的に拒否し、そのために政治社会に大きな危険をもたらす恐れがあったからであった。異端者は除去されるべきものと考えたのである⁽²⁹⁾。何世紀にもわたってこの見解に対する反対意見がみられたにもかかわらず、この見解は強力で維持された。

17世紀に至って、ようやく死刑に対する実質的な反発と死刑を根本的に問題視しようとする傾向が現れたが、それは神学によってではなく啓蒙主義哲学によって行われた。すなわち、啓蒙主義が死刑に対する評価

の面でもたらした変化は、死刑を正当化する本質的考え方に対する議論の中心を、公権力による刑罰権から犯罪者の人格に対する問題に代えたことである。

ミラノの法律家ベッカリーア (C. Beccaria) の著作⁽³⁰⁾ はヨーロッパを理論的論争に陥らせ、死刑に反対する契機を呼び起した。ベカリニアによって、死刑が人間性尊重の面で、つまり刑罰に処される者と刑罰を執行する者とのあいだで、人間性を尊重する問題がまったく配慮されていなかったことが明らかになった。死刑に処するだけでは、暴力犯から社会を保障することができないという意見がでるようになった。しかし、こうした傾向はさほど反応を得ることができなかった。その理由は、すべての哲学者がすべて死刑に反対したわけではなかったからである。

人間性の尊重を理由に死刑の存置を拒否する啓蒙主義の要請について、カント (I. Kant) やヘーゲル (G.W.F. Hegel) は議論を提起し、またこの論争を通じて、その後の死刑制度に対する最も重要でかつ新しい論拠を示された。死刑制度を支持するカントやヘーゲルの根本的な理論は、間接的に改新教の神学に影響を与え、実際に形而上学的刑罰論⁽³¹⁾ が出るようになった。

しかし、啓蒙主義の影響のもとで死刑制度に対する哲学者たちの立場は一致していなかった。それにしても、カントやヘーゲルが他の哲学者たちに与えた影響は非常に強力なものであった。当時は世俗的社会であり、カントのいう正義が実現されなければならなかったが、このような神学的遺産が強く求められたことに我われは注意すべきである。また、さまざまな信仰をもった神学者たちがそれぞれの根拠を掲げて死刑を認めていたが、死刑を支持する者のなかに、ドイツ理想主義に影響を与えた代表者のカントやヘーゲルが含まれていたことは、きわめて重要な事実であった⁽³²⁾。しかし教会は、啓蒙主義の刑罰哲学を否定的に受け入れたのである。

19世紀に至っても、哲学者たちの意見は一致することがなく、多くの神学者たちの見解も分かれていた。その原因は、当然のように死刑を支

持してきた神学の伝統が強く作用したからである。しかし、シュライマッハー（Schleiermacher）は死刑に反対する見解を表明したし、リンゼンマン（Franz Xaver Linsenmann）は、シュライマッハーの見解に加えて死刑問題をより一歩進めて取り扱った。彼の主な主張は、死刑執行の権限は社会から与えられるものではなく、一般的に刑罰の性格や目的から容易に死刑を執行することはできず、危急な場合に限って、それも自衛的な手段として死刑が執行されるべきであるとした⁽³³⁾。この主張は今日の倫理的な神学にも影響をもたらしている。

20世紀に入ってバルト（K. Barth）は、法的手段として死刑が認められることに対して、原則的かつ神学的な反論を提示したが、彼の理論は、改新教の神学者のあいだで数多くの支持をうることができた。1951年、バルトは彼の著作『教会の教義』3巻4章のなかで、死刑問題を深く分析し、死刑に対して断固たる反対意見を表明している。「福音を基準にして、死刑に賛成できる何の根拠もなく、福音のすべては死刑に反対している。」⁽³⁴⁾彼の理論を啓蒙主義時代と比較してみると、彼の理論は、新しいキリスト教の見解の表明である⁽³⁵⁾。贖罪論争が一般的に死刑の肯定的役割を主張するのに対して、バルトは現象を社会的に分析する観点から見ると、それは一つの間違いであって、たんに法哲学的な錯誤だけではなく、神学的観点からすれば、神聖に対する冒瀆的な主張にほかならない、と指摘している⁽³⁶⁾。

ヘリング⁽³⁷⁾（B. Häring）は『キリストの戒命』（Das Gesetz Christi）のなかで、多くの国が二つの根本的根拠によって、すなわち死刑制度は博愛の思想に違反しており、また国家は国民の生命を決定する権限をもっていない、これらを根拠に死刑制度を廃止したと述べている。しかしながら、ヘリングは「共同善の利益からその権限が必要であるならば、国家は国民の自由と生命保護のために、その権限を賦与される」⁽³⁸⁾とも記している。ヘリングはこの理論の根拠を聖書に基づいて主張している。すなわち、旧約聖書のいくつかの部分（創世 6. 9. : 申命 35. 16 以下 : 19. 31 以下。）では、法は人間の生命を保護するために設けられたものであ

り、それは、もとより救済を全うするまでに至っていない人類のためのものである、とする。新約聖書には死刑制度に関する記述は全然ないが、ローマ書13章4節ではある種の死刑制度を予見している、と述べている。

しかし、ヘリングは死刑制度を廃止する思想、正しくいえば死刑制度を廃止する可能性について弁護している。旧約聖書のなかの判決で、すでに厳粛な正義と確実な安全を並存させ、可能な限りで寛大な処罰を与えているからである。(申命35, 30)キリスト教の全体的伝統からいえば、国家には赦免権を賦与されているため、死刑に処することは、必ずしも義務ではないという。「私の考えでは、聖書だけではなくて、理性とキリスト教の伝統によれば、国家は死刑制度の権利を無条件に、またいつも執行しなければならないわけではない。」⁽³⁹⁾

正義に対する意味を弱化するようなことがなく、犯罪の頻度が増加しないのであれば、ヘリングは死刑制度の適用に反対する。「なぜかと言うと、死刑制度は適当な共同善に寄与することによってのみ正当化されるからだ」と述べる⁽⁴⁰⁾。いくら寛大な刑罰であれ、罪のない者には無慈悲な刑罰になる。

また、ヘリングは『キリスト教における自由』(Frei in Christus)⁽⁴¹⁾において、教会の死刑制度に対する見解には議論の余地がある、と述べている。旧約聖書では死刑制度に賛成しており、新約聖書では寛大さと非暴力を語っている。また、死刑制度の歴史は死刑制度に反対する激しい論争がみられる。罪のない者の生命を不当な手段で脅かすテロリスト、その他の人殺しに対して、多くの人びとは死刑廃止の論理に確かに反対の論理を提示してはいるが、むしろ効果のある事前の配慮、社会に復帰させるための努力、選りすぐれた教育、健全な社会生活やその風土造りの方が、非常時を除き、生命を尊重する国家による死刑制度の廃止にもっと寄与できる、とヘリングは述べている。

もし、他に対策がなければ、国家は根本的に死刑制度執行の権利をもつ。しかし、「死刑制度の執行あるいは過酷な自由刑のような暴力的な力

による手段が完全になくなることこそ、高度の文化と真の権威の表徴である。」⁽⁴²⁾ また、キリスト教の領域では、つねに可能な限りに非暴力を尊重しなければならず、根本的な価値である謝罪、許すこと、そして救済を忘れてはならない、と考えたのである。

본돌피 (A. Bondolfi) は、20世紀は倫理的、神学的思考の領域において、また倫理的正当性をもって判断する観点から、死刑をあたかも個人の生命に対する国家の暴力的侵害の一つとして見ようとする面が強く主張された時代である、と評価する。このような時代の特殊性は、倫理神学の教科書において、死刑に対する古典的な議論を展開するさい特に注意が必要である。しかし、こうした傾向は信仰上に差異がない時には、実際に死刑制度を当然に問題化することができるだけでなく、もう一步進めていけば、死刑執行の不当性を説明できるという⁽⁴³⁾。これらの説明は、少なくとも社会に危険をもたらした者を処罰する根本的権限である国家の死刑執行権限を拒否してはならないとした教皇ピオ 12世の見解に対抗して、死刑廃止にまでつなぐことができる⁽⁴⁴⁾。このような意味で、カナダ、アメリカ、フランスなどいくつかの国の主教団と教会協議会は、死刑に反対する声明さえ発表している⁽⁴⁵⁾。

このような観点から、今日の教会は正当防衛の次元と刑罰の正義の次元において、また人間の尊厳と一致する次元で、死刑問題を扱っている。「正当防衛は、他人の生命、家庭と共同善を負担している者にとって、権利だけではなく重い義務」⁽⁴⁶⁾ であるという原則的立場を示している⁽⁴⁷⁾。刑罰の次元からすれば、社会によって課される処罰の第一の目的は「犯罪による無秩序に秩序をもたらすこと」⁽⁴⁸⁾ であるが、これらの処罰は、犯罪者が再び自由を行使できる条件で課されるべきであって、またその過程で公権力は公共秩序の保護目的と国民安全の保障の目的を達成すると同時に、犯罪者が自らの行為を改め社会に復帰できる刺激と動機を与えるべきである⁽⁴⁹⁾。

したがって、教会は「犯罪者から人の生命を守り、公共秩序と個人の安全を保護するために血を流さない手段だけで充分である場合には、公

権力はそれらの手段に限定して行使しなければならない。その理由は、それらの手段が共同善の具体的な条件にもっとも合致し、人間の尊厳のためにもっと適している」⁽⁵⁰⁾ からであるとして、死刑を極めて限定した意味に絞って、「絶対的に必要な場合でなければ、およそ犯罪者を死刑に処するような極端にまで至ってはならないのは明らかである」⁽⁵¹⁾ として、教会の立場を表明している。

註

- (1) Vgl. K. B. Leder, Todesstrafe, München. 1980, S. 13.
- (2) A. Bondolfi, Ethik und Selbsterhaltung, Freiburg/Wien. 1990. S. 127.
- (3) 金政友「死刑と人間の尊厳性」(1)『現代カトリック思想』9 (1993)、大邱カトリック大学校刊、41~56頁を参照。
- (4) A. Bondolfi. 前掲書、127頁を参照。
- (5) 上掲書、127-128頁を参照。
- (6) 金政友、前掲書、56-64頁を参照。
- (7) 上掲書、65-81頁を参照。
- (8) Vgl. H. L. Strak und P. Billerbeck, Kommentar zum Neuen Testament aus Talmud und Midrasch. 1. München. 1922-1928, S. 26.
- (9) A. Bondolfi, a. a. O., S. 130.
- (10) とくに、『ヨハネによる福音書』第8章を参照。
- (11) Vgl. H. G. Gadamer, Wahrheit und Methode. Tübingen. 1965.
- (12) Vgl. L. Pohle, Die Christen und der Staat nach Röer 13. Mainz 1984.
- (13) Vgl. J. Blank, "Die Glaubensgemeinde im heidnischen Staat. Zur Vorgeschichte von Röm, 13. 1-7," Schriftauslegung in Theorie und Paxi, München. 1969, S. 174-186; Vgl. E. Käsemann, "Grundsätzliches zur Interpretation von Röm 13. Exegetische Versuche und Besinnung I. Göttingen. 1968. S. 204-222; Vgl. W. Schrage, "Die Christen und der Staat nach dem NT. Gütersloh, 1971."
- (14) Vgl. A. Bondolfi, a. a. O., S. 132.
- (15) Vgl. H. Cancik, Christentum und Todesstrafe zur Religionsgeschichte der legalen Gewalt. Angst und Gewalt. Ihre Präzen und ihre Bewältigung. Herg. von H. V. Stientnarr. Düsseldorf. 1979. S. 312ff.
- (16) Vgl. A. Bondolfi, a. a. O., S. 133-134.
- (17) Vgl. N. Brox, Krichengeschichte des Altertum. Düsseldorf. 1986, S. 59.
- (18) Vgl. A. Bondolfi, a. a. O., S. 134.

- (19) Vgl. A. V. Hamack, *Milita Christi*, Tübingen. 1905.
- (20) Vgl. N. Brox. a. a. O., S. 63-65.
- (21) Vgl. Bondofi, a. a. O., S. 134.
- (22) Vgl. F. Keller, *Die Todesstrafe und Gott*. Freiburg. 1931.
- (23) Vgl. H. X. Arquillère, *L'augustinisme politique*. Paris. 1955.
- (24) DS 795.
- (25) Thomas de Aq., 『神学大全』 2. 2q. 64a. 2.
- (26) 同上。
- (27) 上掲書 2. 2q. 108a. 3ad1.
- (28) Vgl. J. Mana-Ruiz, “Zu Duns Scotus und der Todesstrafe”: *Revista de estudios penitenciaros* 109 (1955), S. 49-56.
- (29) Vgl. A. Bondolfi, a. a. O., S. 138.
- (30) Vgl. C. Beccaria, *Dei delitti e della pene*. Über Verbrechen und Strafen. Ausgabe Hrsg. von Wilhelm Alff. Frankfurt, 1988.
- (31) 「刑罰は侵害された倫理的秩序に対する補償に寄与しなければならない。刑罰の尺度は犯罪の程度によるべきである。刑罰は毀損された法を回復し正義に対する超個人的順番を整えなければならない。死刑執行は国家の権威と秩序維持の次元ではなく、倫理的秩序の絶対的維持と言う次元から正当化される。」
M. Honecker, “Die Todesstrafe in der Sicht evangelischer Theologie.” *Concilium* 14(1978. H. 12), S. 667.
- (32) M. Geiger, “Theologie. Kriche und Thodesstrafe.” *Nein zur Todesstrafe*. Herg. von G. Stratenwerth, H. Saner and M. Geiger. Basel. 1978, S. 13.
- (33) Vgl. F. X. Lisenman, *Lehrbuch der Moralthologie*, Freiburg. 1878, S. 473.
- (34) K. Barth, *Die Kriche Dogmatik* 3. bd., 4. Zürich. 1951, S. 449ff.
- (35) K. Barth, a. a. O., S. 506. 贖罪の意味から死刑を要求することはできない。なぜならばキリスト教の理解に因ると神の報復正義はすでに完成されているからである。即ち、すべての人間の罪のために神が命じた贖罪はもう行われ、人間の犯罪のための死刑も既に執行されたことになる。イエスキリストが世の中の贖罪のために死んだのは、神様が人間の罪に行われた最後の裁判である。
- (36) Vgl. A. Bondolfi. a. a. O., S. 140ff.
- (37) Vgl. B. Häring, *Das Gsetz Christi*. 3. München/Feiburg. 1967, S. 148-150.
- (38) B. Häring, a. a. O., S. 148.
- (39) B. Häring, a. a. O., S. 150.
- (40) B. Häring, a. a. O., S. 150.

- (41) B. Häring, *Frei in Christus, Moralthologie für Praxis des christlichen Lebens*. 3. Freiburg/Basel/Wien. 1981. S. 59ff, S. 400ff.
- (42) B. Häring, *Frei in Christus*. S. 400.
 비오 12世, “Ansprache vom” 13. 1952. 9.: AAS44 (1952), S. 777-789. 有罪宣告を受けた犯人は、犯罪によって自分の生活権利を失われている以上、犯罪の贖罪の為に生命を奪うのは公共福利に留保されている。←註 44 に入る。
- (43) Vgl. A. Bondolfi, a. a. O., S. 140.
- (44) 비오 12世, “Ansprach vom” 13, 1952.9.: AAS 44 (1952), 777~789. 「有罪宣告を受けた者が、自分が犯した罪によって生きる権利を喪失した以上、その犯罪を贖うために、犯罪者の生命を奪うことは公共の福利によって留保されている。」
- (45) Canadian Catholic Conference. Ottawa. Press Release. 1973. 1. 25., 1976. 3. 4., 1976. 5. 26.: Thomas G. Daily. “Die Stellung der Kirche zur Todesstrafe in Kanada und den Vereinigten Staaten” *Concilium* 14 (1978. H. 12), S. 705-707: “Die Sozialkommission der franzisischen Episkopat.es.” *Docurments-Episcopat*. Januar 1978: Origenes, NC Documentary Service ~vom 9. 1976. 12.
- (46) 『カトリック教会教理書』2265項。요한 바오로 2世。会則『生命の福音』。송열섭 옮김 한국천주교중앙협의회 1995年, 55号参照。
- (47) しかし、今日、倫理神学のなかにおいても正当防衛に対して議論がある。正当防衛は人間社会の文化的共同性を表すものであり、ローマ人の法律のなかにおいても「すべての法律は、暴力に対して暴力で防御する権利を付与する」“*Vimvi replere. Omnes leges per omnia jura per mittunt.*”と書いている。しかし、このような考えは、新約聖書から反省を求められている。新約聖書は、復讐をすることなく、すべてを赦し、迫害に耐えるように勧奨している。(マタイ 5. 28 以下：ローマ 12. 14 以下：1 테살 5. 15：1 베드 2. 23：3, 8) このように聖書においても異なる表現があって、教父の間には異なった意見が存在した。Irenaeus や Tertullianus は、正当防衛に反対し、アウグスティヌスや中世期のスコラ哲学では、正当防衛は自然法によるものであり、許されるとしている。倫理的にみると、正当防衛は非行ではない。非法的に、正当性の欠けるような行為で他人の生命や他の重大な権利を奪おうとする者を止めさせ、退ける行為であるからである。しかし、倫理神学的にみると、敵でさえ愛せよ、との戒命をもって、愛を最高最大の戒命と信じている信仰人としては、正当防衛の合法性だけを主張し、それに満足することはできない。いかに不義の侵入者であるとしても、「隣人」であることにはかわりはないからである。したがって、倫理神学は正当防衛を認めているものの、それですべてを解決できるとは思えない。また正当防衛の問題を、単純に個人の他人の不義による生命侵害や

財産侵害から保護するための手段と考える前に、それを団体の秩序と人間の基本的権利の維持や、平安と平和を保つための手段として理解すべきである。正当防衛は合法的であるとしつつも、不相当であると指摘する理論は、大体以下のようなものである。トマス・アキナスは正当防衛の目的は自分を守ることであり、加害者の死はその間接的な結果に過ぎない。また、このような条件下で正当防衛は成り立つと語っている。（『神学大全』2-2, p64, a. 7）しかし、この理論はあまりにも抽象的であって、実践的規範としてはもの足りないと考えることができよう。また、不義の加害者は、自ら法に違反して共同生活の可能性を破壊した者であるから、罪のない人を保護するためには加害者に死をもたらすのは仕方ないが、それにしても、この見解は加害者と罪のないものの生命を比較し、判断する立場である。この理論はあまりに飛躍しすぎている。犯罪者の生命価値が少ないとする原理もなく、正当防衛の場合、加害者はその罪で死ぬべきではないのである。したがって、正当防衛の問題は再考しなければならない。

(48) 『カトリック教会教理書』, 2266 項：『生命の福音』, 56 項を参照。

(49) 『生命の福音』 56 項参照。

(50) 『カトリック教会教理書』 2267 項を参照。『生命の福音』 56 項を参照。

(51) 『生命の福音』 56 項。

III. 死刑制度の矛盾と問題点

一般的に死刑制度を論ずるさい、まず刑罰の意味を論じなければならぬ。なぜかといえば、死刑も一般的に実行されている刑罰の一つであるからである。今日の刑罰のもつ意義は、悪をもたらした者と犯罪者を処罰して、社会秩序と正義を維持し回復するための必要不可欠な手段として、共同善のために重要な役割を果たしていると評価できる⁽⁵²⁾。したがって、今日では刑罰の意味を四つに要約することができる。第一、犯罪に対する応報と報復、(Vergeltung)、第二、犯罪の予防 (Generalprävention)、第三、犯罪者による再犯の防止と抑止 (Spezialprävention)、第四、犯罪者の改造と社会復帰 (Besserung)⁽⁵³⁾ である。これらの刑罰の意味から、死刑が刑罰の趣旨に合致するかどうか論じてみよう。

1. 応報と報復としての死刑

応報と報復は、犯罪に対して犯罪がもたらした被害を取戻すという意

味をもっており、法の衡平原則を強調するものである⁽⁵⁴⁾。

刑罰における応報と報復の意味からすれば、死刑は明らかに殺人罪に限って執行されるべきであって、またその方法も人を殺した者の殺人行為と同じ方法で執行されなければならない。そうすることによって、法の衡平原則を守ることができるであろう。しかし、死刑の一般的な執行方法は絞首刑であり、また経済・政治犯に対しても死刑が処されているのはこれと矛盾し、誤った裁判によって処された死刑は回復することのできない過誤となる。

以上のような意味から、死刑は刑罰の目的から外れている。また我が歴史においては、独裁政権を維持するための手段として死刑制度がいかにも悪用されたかについて、我われの誰もがそれを良く知っている。また、もう一つの矛盾は、墮胎も明らかに殺人であるが、なぜ墮胎罪を犯した者に対して死刑に処さないのか。

また応報と報復の正義だけを強調すれば、社会は、結局のところ愛もなく許しもない、非人情な社会に成りかねない。このような社会では、人間をただ法のみを遵守する機械に変えてしまうだろう。法のない生き方を考えないとすれば、愛と許しのない生き方も考えることができなくなる。それは、すなわち人間は誰もが間違いを犯す可能性をもって生きている未完成の人間であるからである⁽⁵⁵⁾。

2. 犯罪の予防と抑止としての死刑

犯罪に対する予防と抑制とは、死刑に対する恐怖を通じて犯罪を予防し、犯罪者の再犯を防止するという理論であり、それは公開処刑を通じて、死に対する恐怖を呼び起こし、予防と抑制の効果をもたらす、と説明される⁽⁵⁶⁾。しかし、これまでの人類が執行した死刑の数からすれば、犯罪の発生率は減るはずであり、すでに犯罪はなくなったであろう。しかし、今日に至ってもなお犯罪は増加しつつあり、より凶悪化されている。また、宗教的狂信主義者とテロリスト、殺人請負者、そして悲惨な環境下で育てられ厭世主義的な考え方をもっている者たちにとって、死

刑はむしろ魅力的であろう。

そして一般的にいえば、犯罪は衝動的になされるもので、多くの犯罪者は犯行時においては、死刑の恐ろしさよりも逃亡することや逮捕されないための手段を考えるから、何の効果もないのである⁽⁵⁷⁾。また、国家非常時においても、社会の安定と平和を維持するために死刑が唯一の手段であることが証明できない場合には、死刑を避けて人の犠牲を少なくするような手段を考えるべきである。今日の国家と社会においては、非常時の死刑ではなく、他の技術的な手段を通じて安定と平和を守ることが可能であるといえるであろう⁽⁵⁸⁾。

3. 犯罪者の改造と社会復帰

犯罪者の改造と社会復帰というものは、死刑には適用できないのは明らかである。死刑は、犯罪者を究極的に社会から排除することである以外の意味はない。したがって、死刑を通じて社会は結局、聖人だけが生き残る社会になるという論理が生まれる。啓蒙主義以来、社会は人間の肉体を真に保護に値する価値として認め、未来の生き方に対する評価とその実践を、個人の良心の裁量に委ねている。この意味で、死刑は確かに自分の生命を新しく実践する機会を奪ったことになると同時に、後悔と贖罪を通じて新しく生きる可能性さえ奪うものである⁽⁵⁹⁾。

これらの死刑に関する矛盾と問題点に対して、1764年に世界で初めて死刑制度を廃止するための著作を遺したベッカリーアは「社会契約説によれば、社会を構成する人びとは安全と平和のために自己の自由の一部を捧げる。しかし、生命の放棄が自由の一部の放棄になるだろうか。死刑はあくまで国家が国民に対抗して起こした戦争のごときものであり、死刑制度は何の権利にも拠っていないから、そのような国家の権利は存在することすらない。」⁽⁶⁰⁾と述べている。また、「厳密にいえば、法は人が殺されるのを防ぐためにこそ、その存在価値があるが、今では法は人を殺すのを許している。」⁽⁶¹⁾と記している。

このような意味からすれば、死刑に刑罰の意味を込めることはできな

い。死刑は刑罰ではなく、国家の公権力による殺人であり、人間の心に内在している報復の本能を、法という美しい名の下に行う制度的殺人である。

4. 現存する死刑制度の問題点⁽⁶²⁾

(1) 死刑制度の非人間性

今日の死刑制度はさまざまな問題を抱えている。死刑の第一の問題は、非人間性である。死刑は、もっとも残虐な非人間性的行為である。世界のいずれにおいても死刑が犯罪を減らし、政治的権力を強化できることを証明しうる証拠は示されていない。死刑が執行されているところでは、死刑が人種、民族および疎外された集団に対する弾圧の手段として執行されている事実を見出すことができる。死刑は、つねに政治的抑圧の手段として使われる。死刑はよく恣意的に用いられ、数が少ないとはいえ、無罪であることが明らかの場合でさえ、死刑が執行されることすらみられる。

死刑制度を固執する特別な状況は、時代と社会によって異なる。多くの国では、死刑は人を殺した者を処罰し、犯罪を予防する合法的手段として扱われる。また、麻薬犯罪、政治的テロ、経済犯罪または姦通罪などの犯罪を防ぐために死刑制度を固守しているところもある。また、死刑は潜在的な危険性をもった政治的反対者を阻止するためにも利用されたりする。

(2) 人種差別と死刑

恐怖かつ終極的な刑罰が無防備の人びとに、すなわち貧しい精神障害者または、人種的、宗教的、倫理的に少数グループに属する人びとにもっともよく適用されている事実は意外なことではない。社会の非特権階層にこの刑罰が科されている。死刑を科されている大多数の人は社会の低位階層に属していて、これらの人は、もし上流層に属していたならば死刑が免れたかも知れない。彼らが刑罰体系に無防備に投げ置かれている事実は、彼らを裁判する社会指導層の偏見を反映するものである。とく

に被害者が特権階層に属している場合には、彼らに対して犯罪を行った犯罪者は、他の者よりは容易に死刑を科される。アムネスティ・インターナショナルの報告は、アメリカにおける人種差別と死刑宣告の間の関係を明らかにしている。アメリカにおけるいくつかの調査団の報告によれば、犠牲者が白人である場合は、犠牲者が黒人である時に比べ5倍以上が死刑に処されることが分かる。

社会学者であるサミュエル・グロスとロバート・モローは、1976年から1980年にわたってアカンサス州、フロリダ州、ジョージア州、イリノイ州、ミシシッ州、ノースカロライナ州、オクラホマ州、バージニア州などの都市における犠牲者の皮膚色に関する報告を詳しく分析した。彼らの研究の結論は、次のようなものである。すなわち、白人を殺害した場合には、黒人が殺害された時に比べて9倍ほど多く死刑に処せられる。

南アフリカ共和国では、そのほとんどが白人によって構成された上院において、黒人と有色人種に対して偏見をもって死刑が科されている。また死刑の審理が行われている裁判所の陪審員は、そのほとんどが白人である。もし、被害者が白人であり、殺人者が黒人であれば、死刑判決が下されるのは基本的に確実である。

1982年6月から1983年6月の間に、白人殺害罪で起訴された81人の黒人のなかで、そのほぼ半分を示す38人が死刑に処せられた。逆に、白人を殺した52人の白人のなかで死刑に処された者はただ1人であった。黒人を殺した白人は殆ど死刑に処されない反面、同じ皮膚色の人を殺した2,208名の黒人のうち55人が絞首刑に処せられている。南アフリカの黒人犯人は弁護士を雇うことさえできないほど貧しかった。公開裁判の過程では、法廷は明示的に定めてはいないが、犯罪者に弁護士を選任してくれる。しかし、それによってもっと不利になるのが常にあるが、その原因は、官撰弁護士は主に弁護士協会の駆け出しの者が推薦され、彼らの能力は個人が雇った弁護士より能力が落ちるからである。

(3) 無実者を処刑する死刑

アムネスティ・インターナショナルの報告によれば、10年以前から今日まで、はたして罪があるか否かが疑わしい人が死刑に処され続けているという。したがって、何人の者が無実であるにもかかわらず殺されているか明らかではない。犯罪者が刑死した後では、調査がさらに進められ判決の間違いが明らかになるのはまれであり、死刑制度が廃止されたときにのみ、このような間違いはなくなるだろう。

アメリカで罪のない者が有罪と判決された349件の実例について行われた簡単明瞭な報告は、死刑制度の問題を明らかにしている。この研究には、1900年から1985年間の判例が含まれている。

彼らは、その大多数が殺人罪に問われて死刑されたか、刑務所に入った者である。大多数の死刑判決が疑問化されている。大多数の者は、刑が執行された後に無罪判決もしくは赦免を受けたが、23人の罪のない者が処刑されてしまった。

裁判所の過ちが明らかにされたいいくつかの判例は、控訴審の後半に弁護士たちの努力によって行われたものである。そのほかに偶然にまたは新聞報道、他の人による調査で明らかになった。32件の判例で、被告人はまったく罪を犯していなかったが、被害者がその後生きたまま現れるということもあった。他に、他の者が犯罪を行い、アリバイが真実であったことが証明されたとか、証人の証言が嘘であったことが発覚したなどがある。この研究では、1970年以来50件余の誤判を指摘している。

1987年4月、イギリス下院での死刑制度に関する論争で、2期の任期にわたり内閣において死刑判決の変更のために重要な役割を果たしたロイ・ゼンキンス前内務長官は、以下のように述べている。「私は10件の死刑判決について調査してみたが、確実に有罪であると断定するには疑惑が多く、多くの場合、判決は間違いであった。」すべての収監者が全部処刑されるわけではないが、「……それにしても二人が処刑されもし、1965年に死刑制度が廃止されなかったならば、もっと多くの者が処刑されたであろう。」ロイ・ゼンキンスは以下のような結論を出している。「私

にとって人間の判断能力の弱さはますます明確に認識されているが、とくに死刑制度のような最終的な措置ではもっとそうである。」

(4) 死刑の恣意的作用

死刑の恣意的適用の問題は、裁判上の過ちと関連させて観察しなければならない。死刑は決して抽象的な主題ではない。死刑の適用が確定すると同時に、一人の生命がなくなるのである。人間の過ちや性急な判断を避けられない法廷での死刑宣告は、正義を代弁するよりは、災いを招く結果を不可避的に抱えている。

処刑で何よりも決定的なことは、犯罪者は死刑によっていかに脅かされるかである。人を殺した者は伝統的に死んで当たり前の重罪に当たると思われている。しかし、200年の歴史と他の国の法律を一瞥してみると、殺人と故意殺人のあいだの境があいまいであり、十分な指針がまったく準備されていないことが分かる。

ここではどうして明確な境がないのか。したがって、どのような犯罪が死刑に処されるほどの犯罪であるのかが問われるが、一般的にいえば、謀反や国家に対する反逆罪、もしくはハイジャックや人質などが良い例になろう。社会はこれらの罪を犯した者に対して死刑判決を下すべきかを決定するが、この決定は合理的な判断ではあるが、感知できない瞬間に行われる。このような不確実性が死刑に適用される。

しかし、また死刑制度に対するまったく異なるスタイルの認定が問題視されているが、その問題へのアプローチは、もつとも恣意的なもののように考えられる。まず、誰に実質的かつ重要な決定を下す必要があるのか。誰かが法によって死刑宣告を受けた場合、実際にすべての刑事審理では、さらに赦免される可能性が台頭している状況下では、その合理性は把握できないだけでなく、調整することのできない事実を個々人の事例から指摘することができる。死刑制度が存在するところでは、被告人の運命はその事件にどの裁判官が裁量権をもっているかによって決まる。

死刑に対するすべての統計と実例によって、いつも死刑宣告を受けた

一部の者だけが実際に執行されることが分かる。その反面、赦免措置は、非合理的なさまざまな動機によるが、感情、明らかに目立った傾向、そしてその時代的制限などによって異なる。生と死がこのような状況で決まるのを、どうして認めることができるのか。

(5) 死刑制度の無慈悲

現代の多くの国では、死刑を無条件的に拒否してはいるが、その理由はとくに死刑の無慈悲さ、非人間的なこと、破廉恥的性格による。刑場で死刑執行をまつのは恐怖のみであり、それは非人間的である。死刑宣告を受けた者は死刑が執行されるずっと前から、生に対する渴望をとめない、死刑が執行される日に至るまでその苦しみをなめる。

控訴審で、彼は一面では生への意志と希望を、一面では自分にまもなく死が到来するとの挫折にさらされるが、それによって死への不安はその極にいたる。多くの場合、死刑はものすごい苦痛を意味する。死刑宣告による苦痛と不安の多くは、判決自体がもたらす不可避的なものである。死刑宣告を受けた犯罪者に潜在する恐怖感と苦痛は、長い間の隔離とその他の権利が奪われる事実によって、より強烈になる。長時間の隔離と寂しさは、死刑執行を待っている彼らをもっとも苦しませる。これらの葛藤は、監禁されている者が自分の控訴手続を放棄させ、自殺の一環として死刑執行を早々に実行するように要求させる。

アメリカ連邦都市アラバマにおいて、1987年に35人の死刑囚を相手に詳しい報告書を作ったある犯罪学者は、彼らが死刑に対して強く意識していることに気がついた。彼らは刑場へ行く途中自制することができるか、倒れたりはいしないだろうか、電気による衝撃が苦痛をもたらさないか、そして死刑が彼らの家族にどのような想いを呼び起こすかなど、を自問していた。多くの犯罪者がこのような念に駆けられていて、その中で何人かは続く悪夢に悩んでいたが、彼らはそのことによってすでに完全な孤独のうちに刑を受けたのである。何人かは刑が執行されるずっと以前から、こうした過程を経験していた。このような状態は肉体的、精神的能力の悪化を通じて現れ、また深刻な憂鬱、無感情、現実感の消

失を通じても現れた。

死刑制度のもう一つの問題点の例は、無慈悲で非人間的な死刑方法と死刑意識である。心理的拷問と同じく、死刑は今一般的に7種類の死刑方法が使われている。絞首刑と銃殺が最も普遍的である。アムネスティ・インターナショナルの報告によれば、78カ国では絞首刑が、86カ国では銃殺が使われている。二つの方法が同時に使われている所では、銃殺は一般的に戦時の犯罪行為や軍事裁判における死刑裁判のさいに使われる。州ごとに異なる死刑執行方法を採用しているアメリカでは、死刑の執行として一般的に電気椅子、ガス室、注射による方法が使われている。

イスラム法によって五カ国では斬首が執行されている。また七カ国では、姦淫罪を犯した犯罪者に対して石で叩く方法を使っている。最近では、少数の何カ国だけで使われている。コンゴやベルギーなどの国々には、いまだに断頭台を残しているが、実際に使われた例は見つからない。

なぜ人間はこのような非人間的な方法を作ったのだろうか。これらの方法はなぜ必要なのか。正義のために、それとも犯罪を最終的に予防するためなのか？ 我われに質問を投げかけられている。

(6) 政治的抑圧手段としての死刑制度

今日、死刑に関するこれらの問題は、とくにアフリカ、アジア、そしてラテンアメリカの諸国で台頭している。問題の根源は、これらの国の大多数が政治的に不安定なことである。それゆえ数十年間にわたり死刑は政治的抑圧の手段として悪用されてきたのである。

死刑制度が存在する限り、独裁者もしくは独裁体制によって悪用される恐れがある。この事実は、歴史の初めから存在したことであり、恐ろしさは誰もがよく知っている。しかし、死刑制度の廃止が国際的に盛り上がりはじめれば、死刑制度はすでに奴隷制度の廃止のように社会全体の運動となり、したがって死刑制度の悪用を未然に防ぐことができるにちがいない。しかし、いまだに政敵を死刑に処し、反対者を死刑で脅かす独裁者に対して沈黙して対応するだけではいけない。死刑制度はま

たクーデターによって奪った政権を固める目的に使われる。政治的反对者らが政治的目的という名目の下で処刑されている。死刑はつねに軍事的クーデターの後に、前の政権の同調者や疑わしい反乱者に執行される。過去10年の間、少なくとも14カ国で上記のような死刑執行がなされた。凄惨な熱情と公正な判決という偽りの下で実行されたのである。

このような殺人は、すでに合法性の外観を主張することができない。独裁者たちは世界世論から排斥されている。彼らは自分たちの行為が、正義に違反する行為であることを意識しなければならない。殺人は殺人を生むだけであって、もはや正義による行為という表象を表すことができない。死刑制度がすでに廃止されている国の法律家たちは、いまだに死刑の危うさを恐れているのである。

アムスティ・インターナショナルの報告は、何年間にわたり死刑制度を政治的目的のために悪用されるのを防ぐ試みがあった事を記している。19世紀半ば以来、多くの国では自国の憲法や法律を制定するさいに、死刑制度を政治的目的のために使用することを禁止するか、もしくは制限している。アメリカ人権協会は、以下のように語っている。「どんな場合であっても、死刑が政治的闘争や犯罪に関連して使われるのを放任してはならない」と。1981年に開かれた死刑制度の完全な廃止のための最後の国際会議『コート・ジボアール』でも、死刑が政治的な目的に使われるのを禁止している。しかしながら、死刑制度は政治的抑圧の手段として未だに存在している。

註

(52) Vgl. J. Gründel, "Art Strafen und Vergeben," Christlicher Glaube in modemer Gesellschaft. 13. Freiburg/Basel/Wien. 1980, S. 131.

(53) Vgl. J. Grundel, a. a. O., S. 128-140.

(54) I. Kant, Die Metaphysik der Sitten. Ausgabe Hrsg. von W. Weischedel. 4. Darmstadt. 1956. S. 457.; G. W. F. Hegel. Grudlinien der Philosophie des Rechts. Berlin. Ausgabe von Suhrkamp Verlag. Frankfurt. 1975. § 93.

- (55) A. Schlatter, Die Christliche Ethik. Stuttgart. 1924. S. 93.
- (56) H. P. Alt., Das Problem der Todesstrafe, München. 1960. S. 12-15.
- (57) Vgl. W. F. Roper, "Murderers in Custody", Hrsg von Louis Blom-Cooper, The Hanging Question, Duckworth/London. 1969. p. 103.: W. Middendorff, Todesstrafe-Ja oder Nein. Freiburg. 1962. S. 28.
- (58) A. Bondolfi, a. a. O., S. 143.
- (59) Vgl. A. Bondolfi, a. a. O., S. 141-142.
- (60) Vgl. C. Beccari, a. a. a. O., S. 110.
- (61) C. Beccaria, a. a. O., S. 115.
- (62) 金政友, 前掲, 116-128 頁。

IV. 死刑と人間の尊厳

死刑制度を廃止するための神学からの論理は、まず国家は人間の生と死を決定する権限をもっているか？ また、死刑は人間の尊厳に対する侵害ではないか、ということである。

1. 人間の生命に対する国家の権限

今日、国家の刑事裁判権は、社会全体を保護して共同善を期して、社会の秩序と正義を維持、回復するためのものであるから、刑法を制定して強制的に公権力を行使する。しかし、共同善と社会安定および秩序を保全するために死刑が、はたして最善の方法であるかどうか、まず考えなければならない。今日、社会における共同善の保障は死刑を通じてではなく、社会の改善と人間の尊厳を通じた価値観の定立によってなされる、といえよう。

また、共同善に基づいたトマスの理論⁽⁶³⁾によれば、今日の死刑の軽重ではなく、社会に悪をもたらす共同善に貢献できないすべての人間、すなわち障害者、老弱者、重患にかかっている患者も除去されなければならない。キリスト教の社会論によれば、むしろ補助の原理⁽⁶⁴⁾によって、社会はもっと小さい集団と個人を補助し助けるべき義務をもつことになり、個々人の人格を重視する今日の社会では、トマスの死刑を正当化する理論も封じなければならない。

また、国家が刑罰を執行する時には、倫理性と必然性が正当でなければならぬ。この意味からすれば、国家によって死刑に処された死刑囚の生命に対して、すなわち一つの生命の断絶に対する倫理的責任はいったい誰が負うべきであるのか。死刑が国家によってなされたとすれば、その責任は明らかに国家が負わなければならない。しかし、国家は責任を負うことができる人格体ではない。そうであるとすれば、いったい誰が死んだ生命に対して責任を負うべきでなのか。国家は一人の人間に生命を与えることができるような存在ではないから、また一人の人間の生命を断絶できる権限をもっていないことは明らかであろう。一人間の生命に対する権限は専ら神のもつ権限であり、中世の国家概念のように今日の国家はすでに神の代理人ではない以上、死刑は国家の権限と能力の限界を超えた人間生命の尊厳に対する根本的な侵害であり、神に対する傲慢で無礼な行為である。

したがって、国家に国民を殺すことができるような法律が存在する限り、その社会では、人間の尊重というキリスト教的根本理念が定着することは不可能となる。また、人間は国家の所有物あるいは財産でないのであるから、国家目的のために一人の人間の生命を犠牲にすることはできない。死刑は廃止されなければならないものである。

2. 人間の尊厳に対する侵害としての死刑

人間の尊厳に対する信仰的証言は、聖書の最初の章に現れている。聖書によれば、人間は神によって作られたものである。(創世 1. 26-27) 人間が神の被造物である事実は、人間に対する聖書にとってもっとも重要ことであり、根本的な証言である。人間が神の意志によって作られたという事実は、何物にも比較できない人間の尊厳を物語るもので、人間が神の被造物であることを教えている。したがって、この点は社会秩序のなかでも侵すことのできない一部を構成する⁽⁶⁵⁾。

人間と神との関連性、そして人間の超越的開放性は、キリスト教的人間観の内在的基礎である。したがって、人間生命の起源と目的は、人間

自らはもつことはできない。人間はまた神から独立した、あるいは神と並立できるような存在ではなく、人間を創った神だけがもっている。

人間の尊厳に対するもう一つの根拠は、神との直接的な関係、すなわち人間は専ら神の協力者である。人間は神の創造物であり、最も尊い神に対する解放性をさずかりながら、神の恩恵ですでに天上の生命に参加している。ここにまた人間尊厳の最も深奥な根拠が現れる⁽⁶⁶⁾。

人間の尊厳は神によって絶対的に与えられ、それは神の子であるイエス・キリストの降生の神秘によって証明された。言葉が人間になり、人間の歴史のなかに入り、イエスは神のための人間として、神の愛を人間に表した。すべての罪から解放して、人間の自由のために死んだキリストの生と業績は、人間をすべての拘束から解放させる方であることを体現させた。したがって、キリストにおいてすべての人間は救済され、その業績は疎外された者、迫害された者、犯罪者、患者および世のなかで最も卑賤な者にまで与えられた。人間の尊厳は、罪によって消滅するものではなく、人間を救済するために死なれたキリストの死によって永久的に保障された。

神はイエス・キリストのうちに、すべての人間に愛を訴えて救済し、すべての人間の尊厳と価値は、出身や能力に左右されないことをみせてくれた。神はまた啓示を通じて人間を限りなく愛し、憐れみをみせてくれた。このような愛を、さらに自分の子であるイエス・キリストの死を通して、もう一度人間にみせてくれた。神が人間を愛し、キリストにおいて救済されると信ずるとき、我われがもっとも人間の尊厳に与る（あずかる）ことを確信させた⁽⁶⁷⁾。

とくにキリスト者にとって、人間の尊厳は神と永遠に生きたいと希うことに対する確信にある。神は人間を愛し、人間もまた神にとって重要な存在であるとキリスト者は信ずる。したがって、永世にわたって招待されている事実は、キリスト者にとって人間の尊厳は人間と神のあいだのこのような関係に立っていることを見せてくれる⁽⁶⁸⁾。

再臨時の人間と世の完成について福音は語っている。人間は、自分が

世の中で形を捨て去ったとしても不滅の靈魂と愛、世の中の業績だけではない、本質的な姿は神に授かった未来へと導かれるという事実を人間に語っている。このような目標のもとに人間は新しい人間に予め生まれ、現実の人間は、自分自身に隠れているまだ認識されていない自分の未完成の姿を意識する。これらの面からすれば、人間の尊厳は超越的であり、授かった尊厳であることを証明している⁽⁶⁹⁾。

人間の尊厳に対する神学論上の根拠は、以下のような事実を説明する。すなわち、人間の尊厳は人間自らが見つめることはできず、神によって宣言されたものであり、すべての人間の矛盾を超越するものである、と。したがって、人間の尊厳は不可侵である。

人間の尊厳からみれば、死刑は後悔と償いの機会を奪い、いかなる価値にも代替することのできない不可侵の、罪によっても失われない人間の尊厳を侵害することになる。人間はたゆまぬ倫理的善意に対する追究と、その完成に向かう贖罪と償いの生を通じて、神の愛と赦しを体現し、親教（父母の教え）のなかで自分の姿を発見し、キリストの死と復活で救済された存在であり、神によって賦与された未来へと進む存在であるから、死刑はキリスト教的人間観と人間の尊厳に対する侵害であって、社会から消去されるべき制度的な暴力であり、殺人である。

註

(63) “もし、誰かが罪を犯して社会を危うくさせ、弊害をもたらした場合、社会を保護するために犯罪者を殺すことは賢明かつ有益なことである”、とする。
(Thomas de Aq., 前掲, 2. 2q. 64a. 2.)

(64) Vgl. Weiler, Einführung in die katholische Soziallehre, Graz. 1991. S. 39.

(65) 司牧憲章第 12 項を参照。

(66) Vgl. J. Reiter, Menschliche Würde und christliche verantwortung. S. 54.

(67) Die Antrittsenzyklika “Redemptor Hominis” (Die Würde des Menschen in Christus) von Papst Johannes Paul II. Nr. 8-10, 4., März. 1979. deutschsprachige Ausgabe von Verlag Johannes Wilhelm Neumann.

(68) H. Rotter, Die Würde des Lebens. S. 24.

(69) 司牧憲章第 39 項を参照。

V. 憲法裁判所判決に対する批判

1764 年、死刑制度の矛盾と非人道性を非難して、世界ではじめて死刑制度の廃止に向けて『犯罪と刑罰』を著したイタリアのベッカリーアは、その著書のなかで、死刑制度は真に国家統治の目的にとって有用で正当かつ妥当な制度であるか、国家に人間の生命を奪う権限があるか、と疑問を投げかけている。

ベッカリーアは「社会契約説によれば、社会の各構成員は安全と平和のために自分の一部の自由を供与する。しかし、そのなかに生命までも含まれるのか。死刑はせいぜい国家が国民に対抗して宣戦するようなものであり、死刑制度はいかなる権利にも立脚していないから、そのような国家の権利は存在することすらできない」と語っている。また「厳密的にいえば、法は人を殺すのを防ぐためにその存在価値があるはずであるが、むしろ法が人を殺すことを許している」と非難する。

以上の理論から、1996 年 11 月 28 日の憲法裁判所の判決をみれば、憲法裁判所の裁判は死刑制度を規定した刑法 250 条などの効力を訴えた憲法訴訟に対して、「死刑は現在の時点では必要な制度であり、憲法精神に違背しない」と曖昧な決定を下している。

その根拠は、第一に、正当な理由がなくして他人の生命を否定することや、それに比肩する重大な公共利益を侵害した場合に、国法は他人の生命と公共利益を優先しなければ成らない。第二に、刑罰としての死刑は、我が文化水準と社会現実から鑑みると、にわかになく効化するのとは妥当ではないから、現行の憲法秩序に違背しない。

もちろん、法は有用性と必要性のために制定あるいは廃止されるが、しかしながら死刑問題に対しては死刑制度の基になる、もっと具体的な法哲学的議論がなかった惜しさが残り、人間の生命をただ法の有用性と必要性だけで判断したという感じがする。

たとえば、ドイツでは人間の尊厳を理由に死刑を廃止した。その基になる議論は「人間の尊厳はすでに法律的な正義を必要としない。人間の尊厳は不可侵なものであると同時に、時間と空間に左右されない人間の本性に基づいているが、死刑は人間のこのような本性に違反している。したがって、人間の尊厳を尊重し保護することは国家公権力の義務」である。

このたびの憲法裁判所による決定を、以下のように反駁することができよう。まず、このたびの決定は、死刑を他人の生命と公共利益の侵害に対する国家の報復である点を認めている。しかし、今日、国家による刑罰の意義は報復ではなく、未来を目指す社会秩序を維持することにある。すなわち、犯罪が発生しないように予防し、公共生活に否定的な影響をできる限りとり除くためであり、人びとに平和で安全な共同生活を可能にさせるために刑罰が執行されている、と評価しなければならない。

したがって、死刑を執行してもこのような目的に適わず、国家はまた報復の機能に代替できる機関になることもできない。

ベッカーリアは「厳密的に言えば、法は人を殺すのを防ぐためにその存在価値があるはずであるが、むしろ法が人を殺すように許している」と非難し、「社会契約説によれば、社会構成員は社会の安全と平和のために自分の自由の一部を供与するが、自分自身の生命まで含めることはない。」したがって「国家の報復する権利には、なんの根拠もない」と指摘した。

憲法裁判所の決定によれば、死刑は人間内部に潜在している報復心を制度化された暴力で現すことであり、人間同士間の報復の悪循環をそそのかし、認めることである。また刑罰の報復機能に法哲学的な理論的根拠を示したカントやヘーゲルの理論は、彼らの故郷でさえ拒否されて死刑が廃止された現在、わが国でまだ報復の理論を主張していることは、わが国の法に対する認識がいまだ遅れていることを自ら表現していることである。

キリスト教の立場からいえば、人間生命に対する権限は神しかもって

いないと信仰しているから、神法に属する人間の生命を、下位法に属する人定法や実定法で規制していることは神に対する挑戦である。

公共の利益のために犯罪者の生命を奪うことができるのは倫理的、神学的観点からすれば平常時ではなく、国家が危機に陥ったときや戦争時などの非常時に限られる。このときであっても、死刑ではない他のあらゆる手段を用いても不可能な場合にだけ制限的に使われるべきである。したがって、死刑以外に他に方法がないことが証明されない限り、平常時において国家の正当防衛行為は認められない。また、公共利益のためという論理は、すなわち肉体全体の健康のためには、病んでいる部分を削り取ってもいいという全体的原理にはかならず、その発想自体が間違いである。全体的原理は人間の健康のための論理には合致するとしても、人格ではない国家組織の理論にはならない。したがって、すべての人間は、自分の人間としての価値と魂不滅の尊厳において、国家を超えていることを認識しなければならない。

第二に、我が文化水準と社会現実がいかに発展し、安定すれば死刑を廃止することができるのか。尺度は何なのか。また、国民の法感情を考慮するとしても、国家が報復としての死刑を認めている以上、公民の法感情は自分のなかにある報復の感情と死刑制度を同一視するため、死刑の廃止は絶対に認めないだろう。法が理性に基づかない感情的なものであれば、それを正しい法とすることが可能であろうか。法は理性の産物であり、決して感情の産物ではない。したがって国家は人を殺すことができるとする論理は、却って我われの文化水準を後退させ、社会現実に悪影響をもたらすものではないか、我われは熟慮する必要がある。

文化水準の向上と社会現実の発展は、法の強化や死刑制度の強化に因るのではない。むしろ、人間の生命を尊重する全社会の環境と価値観を優先的に作る必要があるのではあるまいか。

多くの先進国で死刑を廃止、あるいはその執行を止めている現実に鑑みると、また国際人権規約やUNも死刑廃止を勧告している現時点では、このたびの決定は時代に逆流する行為であると同時に、法哲学的な

基本のない決定であるから、人間の生命を法の有用性と必要性だけで判断するようなことは破棄すべきである。

VI. 結び

残虐な行為で人が殺された場合、人びとは死刑判決を主張する。しかし、犯罪者も人間であることを思えば、裁判に犯罪者を任せてよいとする論理を、そう簡単に認めるわけにはいかない。こうした窮極的な確信は、犯罪者に対する人道的な尊厳が重視されなければならないことを要請するものである⁽⁷⁰⁾。

人間の行為だけで犯罪者だと決めつけ、けっして彼を最終的に復帰できない者と断定することはできない。人間は生きている限り悔い改めて、新たにスタートを切ることができるものである。したがって、犯罪者に対して報復し、復讐するのではなく、たとえ神から遠く離れてしまった人間であっても、神の愛の叫びを聞いている被造物である以上、この被造物を裁く権利は神だけがもっているという事実を忘れてはならない。

この意味でキリスト者は、報復と復讐、刑罰と処罰ではなく赦しと愛を通じて、犯罪者に新しい生活を始める機会を与える義務があることを銘記しなければならない。必ず和解と赦しの義務を尽くさなければならない。その理由は、犯罪者であろうとも神から賦与された人間の尊厳をもっている我われの兄弟であるからである。

註

(70) Vgl. F. Furger, *Ethik der Lebensbereiche*. Freiburg/Basel/Wien. 1985, S. 136-137.

※ 原著者紹介

金政友 (Kim, Jung-Woo. 1958~)

1983年、ソウル・カトリック大校大学院で修士の学位を取得。同年、カトリック神父(司祭叙品)叙に任命される。その後、オーストリアの

Wien Universität Theologie Fakultat において倫理神学を専攻し、1992年に同大学から博士の学位を取得する。博士論文は「死刑と人間の尊厳について」である。現在、大邱市にある大邱カトリック大学校神学大学教授。

- ※ 原著は、『司牧』1999年7月号（第246号）、韓国天主教中央協議会出版、7頁～42頁に掲載されている。主教会議正義・平和委員会2000年大喜年を迎えたセミナー、『人間の尊厳および死刑制度の廃止』

III. 裁判官が法に依拠して死刑判決することについて

李 震 山 (Li, Chen Shan)

台湾・国立政治大学法律系教授

目 次

1. 死刑と生命権の保障
2. 死刑の弊害を緩和する臨時措置
3. 死刑の代替刑

いまだ死刑が廃止されていない国家においては、裁判官がすべて法に基づいて死刑を言渡す可能性がある。その場合に、裁判官が人間の生命を剥奪しうる背景的な問題は、むしろ死刑存廃という制度的な問題である。これまでの死刑存廃に関する論考の多くが刑事政策を基礎にしているのに対して、ここでは生命権保障の観点から、この世紀的な古い問題を検討してみたい。

1. 死刑と生命権の保障

先に述べたように、生命権は、基本的人権の核心であり、人類固有の権利に属すもので、それ自体が実証法分野を超越しているのみならず、生命そのものが目的である限り、個人あるいは政府はいかなる手段であろうとも他人の生命を剥奪してならないといえよう。生命は、国家あるいは政府からの恩恵でもなく、人類が人間の尊厳を守るために有すべき、もっとも基本的な権利と自由である。憲法の主な目的の一つは、基本的人権を保障することであり、国家機関の組織と職権は、基本的人権を保護するために存在するものである。それが基本的人権保障の核である以上、国家の主人は召使に立法手段、多数決の原理、民主の手続によるものであろうと、自分の生命を剥奪する権限を授けなければならない理由はないはずである。

我国の立法者は死刑の存在を認めて、裁判官は法に基づいて人間の生

命権を剥奪する権限を授けている。そのなかで多くの場合が、「絶対的死刑犯罪」であり、いっさい裁量の余地はないものである。立法者が依拠する僅かな憲法上の根拠は、憲法第 23 条であろう。すなわち、「以上の各条で列举した自由権利は、他人の自由の妨害、緊急危難の防止、社会秩序の維持あるいは公共福祉の増進のために必要である場合を除き、法律を以ってこれを制限してはならない」である。当該条文は、立法者に法律に依拠して国民の自由や権利を制限する根拠を提供しているが、生命権そのものは制限され得ないから、剥奪することも無論できない。立法者が他人の生命権を剥奪する権限を裁判官に授けるならば、当該法律の正当性はいかなるものか、また、それは憲法の本質と抵触するか否か。これと関連するのは、大法官会議において釈字第 194 号解釈で「戦乱時期の『鴉片を肅清する条例』第 5 条第 1 項で、麻薬を販売する者は、死刑に処すると定められているのは、立法としてはもとより厳しいものであるが、ただ戦乱時期において、鴉片肅清することを以って国家安全および社会秩序を保護するために定められたもので、憲法第 23 条と抵触するものではなく、憲法第 7 条と抵触するとはいえない」と解釈した。現在は戦乱時期が終了したのであるから、この法律を改めて検討すべきである。ただ「国家安全および社会秩序を保護するため」だけを以って国民の生命を剥奪する根拠にするのは、生命権に対する保障に配慮したとはいえず、かつ概括しすぎている。それは憲法第 23 条の必要性の原則と合致しているかどうか。また、国家安全および社会秩序を保護するためには、他の罪刑で麻薬犯罪を制裁することはできないか。もし、あるとすれば、死刑が立法上の比例の原則に違反していることは明らかである。これは、文中の「立法としてもとより厳しいが」とする言葉によっても分かる。それだけでなく、基本的人権に立法を制限する機能のあることが直視されていないことは明らかである⁽¹⁾。

立法上、比例の原則の問題が重要視されていない場合、司法上の比例の原則がより重要になってくる。裁判官は、法律に基づいて独立して審判をなし、人間の生命を剥奪することができる。彼は、軍人、警察、医

者あるいは自ら生命を投げ捨てたい者に対するのと性質が異なり、充分の時間をかけて熟慮した上、生か死か裁判するものである。裁判官は、斟酌する余地がまだあるのであれば、死刑犯の行為責任の分配から考慮すべきである。すべての社会が、死刑犯の行為に多かれ少なかれ何らかの責任を負うべきであるからである。この理念は、社会を公平正義へ向かわせる契機である。一般人の正義感を満足させると同時に、裁判官が個別事件における正義を追求する努力もゆるがせにはならない。これについて、大法官会議では、釈字第 263 号解釈が採択され、「『匪賊懲罰条例』は特別法で、その第 2 条第 1 項第 9 号で金品を強要しようとして人質を取る者につき、犯罪事情および結果いかんにかかわらず、すべて死刑を法定刑とするのは、立法として厳しすぎるが、当条例第 8 条に基づいて、事情が軽くて法が厳しいとみられる場合、裁判の時に酌量でその刑罰を軽減するという刑法第 59 条の規定が適用でき、金品を取らずに被害者を釈放した者について、刑法第 347 条第 5 項に基づいてその刑罰を軽減することもできる以上、厳しすぎる刑罰を回避でき、憲法と抵触するところはない」という。当該解釈では、裁判官に斟酌するチャンスがあることが説明されただけでなく、「立法として厳しすぎる」という弊害も明らかにされた。立法として厳しすぎるとは、すでに憲法第 23 条の精神と抵触しているおそれがある。その解釈理由書では、「この規定は犯罪事情および結果いかんにかかわらず、すべて死刑を法定刑とするのが立法として厳しすぎ、義理と法とのバランスが取れないことを導く恐れがあるので、立法上で、国民権利と刑事政策を両立させて適切に検討すべきである。……」と表明された。確かに、刑法は罪責原則に拘束され、個々の刑罰は犯行の重大さ、および犯罪者の罪責の範囲と適当な比例がなされなければならない(罪刑相当原則)ので、法治国の刑法は、いわゆる絶対的刑罰 (absolute Strafen) を拒み、相対的 (relative) な、あるいは不完全 (unvollständige) な刑罰を取り、裁判官に犯行と罪責について衡平考慮をする機会を与えるが、死刑、とりわけ唯一の死刑は、絶対的刑罰の具体的な象徴であり、法治国の原理に

違反している⁽²⁾。

死刑の執行は裁判を通じてなされなければならない。裁判は、人間が行うものであるから、誤った裁判がなされることは絶対的に避けられない。自由刑等は、誤った裁判がなされた場合であってもまだ改める機会があるが、死刑に処される場合は、一旦執行されたならば回復の可能性はまったくない。誤った裁判の危険性は、裁判制度の検討によって完全に根絶できるものではない。生命の崇高さと尊厳により、刑法上認められる「許された危険」（das erlaubte Risiko）の法則を、誤った死刑裁判の危険性が存在せざるを得ないと認める理由にすることはできないであろう⁽³⁾。また、裁判官がわずかな医学知識を以って事件の結果につき、他の人の生死を裁判するのは、人間の身体そのものに対する人類の理解に限界がある状況の下では、合理的であろうか。補うことのできない錯誤をもたらすことになりはしまいか。この場合、現実には直面して、死刑制度そのものと生命権との関係を考慮することこそ、根本的なことからである。

確かに、我われが認識しているように、人間の尊厳の保護は、すべての基本的人権の価値体系および請求権体系の基本である。死刑の廃止は人間尊厳の保護の具体化だけではなく、それは本来、人間尊厳を保護するもっとも重要な一部分であり、両方は一致しているといえるだろう。人間尊厳の保護に基づいて、刑法上の残虐的、差別的、非人道的、あるいは他の屈辱的な刑罰を禁止すべきである。ドイツ連邦憲法裁判所も、刑事犯は「再社会化を要求する権利」（Anspruch auf Resozialisierung）を有しており、換言すれば、人間尊厳を重要視するように、将来にむかって自由回復の機会をもたせること、および社会国家の理念に導かれて、このような治療執行（Behandlungsvollzug）を行うことが国家の任務であり、そうでなければ、当該刑罰は合憲とはいえない、と繰り返し訴えている⁽⁴⁾。ドイツ基本法第102条で、「死刑はこれを廃止したものとする」とはつきりと定められている。それは憲法の具体化機能（Verfassungsrechtliche Konkretisierungsfunktion）を表明したものである。「具体化」

された条文は、1. 法治国家の原則(第20条、第28条)で、2. 生命および身体が侵害されない権利(第2条第2項第1号)で、3. 人間尊厳の保護(第1条第1項)である⁶⁾。これらに基づいているからこそ、ドイツ法の価値体系においては、死刑の存在は許されないのである。この精神を貫いていることが、個別的な法律に散見できる。たとえば、ドイツの外国人法(Ausländergesetz)第53条第2項では、外国人はその犯行によって死刑を処せられる国へ送還されない、と定められているのは、まさにその例である。そのほかに、警察法で無責任者の作為を要求すること、刑法に定められている重大事故であるにもかかわらず、手を拱いて傍観する者、あるいは救助しない者を処罰すること(刑法第323条)も同じである。

以上に論じた重点をまとめてみれば、まず死刑そのものは、人権の主要内容(Menschenrechtswesensgehalt)は、侵害されないという原則に違反して、正当性を失っているとするものである。また、立法で死刑、とりわけ絶対的死刑を認めるのが憲法第23条の必要性の原則に違反して、換言すれば、立法上の比例原則に違反しているとするものである。それから、「唯一的死刑」が裁判官に対して事情の軽重により裁量する権限を剥奪し、裁判の結果として、憲法上の平等の原則に違反するという質疑を抱かせる。この論点は、死刑廃止の国および死刑反対の者の主張である。ただ、現実には迫られるので、現在では死刑制度を維持している国も未だ多くみられる。日本の判例によれば、憲法第31条では、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命もしくは自由を奪われ、またはその他の刑罰を科せられない」と定めていることに基づき、法定の手続によって生命を剥奪することができ、かつ一般的予防に寄与し、特殊の社会罪悪を無くして、全体の人道観念を個体の人道観念より優先させることができるとして、刑法における死刑規定は合憲であると認められている。それと同時に、死刑は、「公務員による拷問および残酷な刑罰は、絶対にこれを禁ずる」という日本国憲法第36条に違反しない、とする⁶⁾。これは、死刑は存続する必要性があると主張するもっとも典型的

な論点である。刑事政策の観点からみれば、死刑が一般予防をおこない、特殊の社会罪悪を無くす効果を導くことができるかどうかは、疑う価値がある。基本的人権の理論からみれば、多数決の民主国家では、多数者の人権保障にあまり問題がないが、少数者の人権保障は、それだけに重要で有意義である。全体の人道観念が個体の人道観念よりも優先するということについては、なお証明しなければならない。

註

- (1) 「鴉片を肅清する条例」第5条第1句は、1981年7月27日に「麻薬、鴉片或いは麻煙を販売、運輸、製造する者は、死刑或いは無期禁錮に処する」と改正された。1987年5月20日に当該条例は、「麻薬危害防止条例」と改正され、第4条第1項は、「第一級の麻薬を製造、運輸、販売する者は、死刑或いは無期禁錮に処する。無期禁錮に処する者は、新台幣1千万元以下の罰金と合わせて処することができる」と定められている。
- (2) Maunz/Düring, a. a.O. Art. 102, Rdnr. 9. 大法官会議の解釈では、「唯一の死刑」の法律が違憲でないと認められるのは、刑法第59条を減刑の基礎として援用できるということを基礎にしている。「唯一の死刑」にまた「例外」があると認めるのは、いわゆる「苦心が並たいていでない」からである。なお陳志龍「唯一の死刑の立法と違憲」（『自立晩報』1979年7月16日に掲載）、許宗力「死刑の立法と適用」（『連合報』1979年6月20日に掲載）を参考にせよ。後記：司法院大法官积字第476号および第512号解釈では、法益比較の観点から、生命権の質量が相対化されているのは、ひどく失望させられる。「国民の身体の自由と生存権が保護されることは、もとより憲法第8条、第15条で明らかに定められている。ただ国家刑罰権の実現のために、特定の事項につき特別刑法で特別の罪刑を定める規範は、憲法第23条で要求されている目的の正当性、手段の必要性、制限の妥当性と合致するのであれば、比例原則に違反するものではない。国民の生命、身体の自由に関係することだけにより、互いに相応しくない普通刑法に規定されている事項をもって、それが前述の憲法の主旨に違反するとは言い得ないものである」と。また、蔡兆誠弁護士が『弁護士雑誌』第235号において、「『匪賊懲罰条例』はもはや失効した」と指摘したが、これは大きな反響を引き起こした。なお『台湾本土法学雑誌』第3号に掲載されている、いくつかの「特定問題検討」（第131-161頁）を参考にされたい。
- (3) 許容リスクの意義につき、黄栄堅「許容リスク概念から平和内乱罪を見る」『中国比較法学会学報』第13号（1981年11月14日）第283頁を参照。司法上の誤判によって、「司法殺人」と皮肉られた事件で有名なものは、イギリスで

おきた1949年の葉曼斯事件である。妻子を謀殺したかどで告発された葉曼斯は絞首刑に処されてから3年後、殺人犯が自首したのである。米国の葛理成事件においても、殺人罪で葛理成に死刑を言渡し執行したが、結果として「被害者」が出ている。このような判決は、すでに補う方法がなく、公権力の機関がつねに過ちを犯すという歴史的経験を今一度証明したものである。

- (4) Vgl. BVerfGE. 45. 228, 245. BVerfGE 35, 202, BVerfGE 36, 174.
- (5) Maunz/Dürig, a. a. O. Art. 102, Rdnr. 8-11. 1989年12月15日付で国連において採択された「死刑廃止国際規約」第8条では、署名国が10ヵ国に達すれば正式に発行する、と定められている。1991年7月11日に10ヵ国の基準に達したので、これが正式に発効した。Udo Steiner, a. a. O. S. 11-18.
- (6) 「日本国憲法判例訳本」(前掲)、(一)第2頁、第289頁；(二)第86、103、104、346頁；(八)第479頁。異なる意見をもっている者は、日本憲法前文で定められている平和主義および人権保障を貫徹するために、死刑制度の存在には合理性が欠くと主張している。また死刑が残酷であるかは、肝要な点は、その執行方法ではなく、死刑が本質上非常に残酷な刑罰である。死刑廃止論につき、謝瑞智著『刑事政策原論』(1967年7月、初版)第7章の死刑論；劉得寬「米国連邦最高裁判所の死刑違憲判決」『法学叢刊』第71号(1962年7月)所収；林山田著『刑罰学』(1964年12月、初版)第4章生命刑；蔡墩銘「我国における死刑問題の検討」『刑事法雑誌』第33巻第6号(1978年)所収、第94頁以下；張甘妹訳、団藤重光著「死刑廃止論」『刑事法雑誌』第35巻第3号所収；甘添貴の前掲論文を参照されたい。

2. 死刑の弊害を緩和する臨時措置

死刑は、犯罪者の生命という法益を剝奪する刑罰であり、上記の生命権保障の観点からいえば、それが生命権の核心を剝奪し、また誤判のリスクも絶対に避けられない以上、立法者が死刑を刑事制裁の手段とするのは、立法上の比例の原則に違反していることは明らかである。これに基づいて、死刑が刑事犯本人や一般人に対して威嚇力をもっているのか、社会防衛につき死刑にその必要性があるかなど問題は、すべて副次的な問題である。したがって制度上、死刑制度を廃止するために、死刑に代わる代替刑を求めることは、ほとんどの文明先進国がとっている世界の趨勢ともいわれている。我国の死刑規定には、特別刑法上では、たとえば汚職懲戒条例、匪賊懲罰条例、麻薬危害防止条例、銃砲弾薬刃物規

制条例、軍事秘密妨害行為を懲戒する条例および陸海空軍刑法等がみられ、確かに数え切れないが、普通刑法で規定する死刑は、下記の通り二種類に分けられる。

1. 絶対的死刑の罪：この種の犯罪につき、唯一死刑に処するものである。下記の3種類の犯罪がある。(1)海賊致死罪(第333条3項)、(2)海賊放火、性交強制、人を人質にとって金品を強要し、あるいは人を殺す罪(第334条)および(3)人を人質にとって金品を強要し、人を殺す罪(第348条1項)。
2. 相対的死刑の罪：この種の犯罪は、死刑、無期懲役あるいは有期懲役につき一つ選んで処罰する犯罪である。下記通り3種類に分けられる。

(1) 死刑および無期懲役から一つ選んで処罰する犯罪：下記通り12種類の犯罪がある。暴動内乱を首謀する罪(第101条1項)、開戦を共謀する罪(第103条)、領域喪失を共謀する罪(第104条)、民国を敵として抵抗する罪(第105条1項)、敵を幫助する加重罪(第107条)、公務員がけし栽培を強要し、あるいはけしの種子を販売する罪(第261条)、尊属殺人罪(第272条)、強盗致死罪(第328条3項)、強盗放火、性交強制、人を人質にとって金品を強要し、あるいは殺人する罪(第332条)、海賊で重傷にさせる罪(第328条3項)、人を人質にとって金品を強要し、死亡させあるいは重傷を負わせる罪(第347条2項)、および人を人質にとって金品を強要し、強姦する罪(第348条2項)などである。

(2) 死刑無期懲役あるいは10年以上有期懲役から一つ選んで処罰することである。下記通り2種類ある。すなわち、公務員が守っている拠点を放棄する罪(第120条)、殺人罪(第271条1項)である。

(3) 死刑無期懲役あるいは7年以上有期懲役から一つ選んで処罰することである。下記通り2種類ある。すなわち、海賊罪(第333条1項)、人を人質にとって金品を強要する罪(第271条1項)で

ある。

目下、我国の環境からいえば、死刑は存在する必要があり、容易に廃止をいうべきでなく、かつ国連で採択された『世界人権宣言』にも死刑廃止の規定はなく、『市民的及び政治的権利に関する国際規約』第6条、および『アメリカ人権条約』第4条においても、死刑は「最も重大な犯罪」に限定されている。法律で死刑を廃止する旨明確に定めている国が多いが、それは当該国の立法者が国民の法に対する確信、正義感あるいは法的感情を考量した上で行った立法的裁量であり、一概にはいえないと主張する論者もある。折衷的な方法としては、「唯一的死刑」を排除する方法で、死刑の範囲、とりわけ特別刑法で氾濫する唯一的死刑の規定を減少するというのが、現段階のより理想的な代替方法であろう⁽⁷⁾。

その他、中国共産党の刑法には、いわゆる「執行猶予付き死刑制度」がある。この「執行猶予付き死刑制度」も、死刑を廃止しないという状況の下で、死刑犯をさらに悔い改めさせ、贖罪させる機会を与える、他の国に類例のない制度である。その規定は、大体下記の通りである。

1. 死刑執行猶予の条件：死刑を処すべき犯罪者につき、ただちに執行すべきでなければ、死刑を言渡すと同時に、二年間執行猶予を宣告することができる（第48条1項後段）。この規定によれば、死刑執行猶予の適用条件は二つある。すなわち、(1)犯行が重大で、死刑に処すべき程度に達していること、(2)ただちに執行しなければならないものではないことである。また、18歳未満の者および審判決時に妊娠している婦人につき、死刑を適用しない（第49）。
2. 死刑執行猶予の審査許可：死刑執行猶予につき、高級人民法院が判決を言渡し、あるいは審査のうえで許可することができる。
3. 死刑執行猶予の効果：死刑執行猶予が言渡された場合、死刑を猶予する期間について、当該者が故意に罪を犯さなければ、2年間期間満了の後、無期懲役に減刑される。重大な手柄を立てれば、2年間期間満了の後、15年以上20年以下の有期懲役に処される。故意に罪を犯せば、最高人民法院が審査し許可した上で、死刑を

執行する。（第 50 条）

4. 死刑執行猶予の期間：死刑執行猶予の期間は、判決確定の日より計算する。死刑執行猶予から有期懲役にされた場合の刑期は、死刑執行猶予の執行期間が満了した日より計算する。（第 51 条）

大陸の「執行猶予付き死刑」制度は、確かに良い法律で、すばらしい制度であり、普及すべき制度であるにちがいない⁽⁸⁾。ただし、中国共産党は、このような良い法制度をもっていることをチャンスとして、死刑を大量に行い、勝手に処刑すれば、それだけで人間の尊厳を陵辱するのではないか。法だけでは執行するにはもの足りないといわれるとおり、中国共産党の司法が行政から独立することができず、国家が国民を統治する機器に成長しておらず、生死の予測性および確定性に欠けた政策に委ねる恐れもあり、ひいては死刑が異端分子に対処する武器、報復の道具にまでなっている。その反対に、特権分子に対する「執行猶予付き死刑」を科すことによって死刑の執行を逃避する可能性もある⁽⁹⁾。これは、諸国における死刑廃止の意義と比べれば両者の相違が甚だしく、形式上死刑を留保してはいるが、事実上は死刑廃止すること（できるだけ死刑に処さない方法をもっている、たとえば米国のコネチカット州、あるいはできるだけ死刑を執行しない方法をもっている、たとえば日本がそうである）⁽¹⁰⁾までと比べても、同日に論ずることはできない。形式的法治と実質的法治の分別がこれである。この場合には、基本的人権の制度的保障と手続的保障が非常に重要であることが明らかになる。

前述の「市民的および政治的人権に関する国際規約」第 6 条第 4 項では、「死刑を言渡されたいかなる者も、特赦または減刑を求める権利を有する。死刑に対する大赦、特赦または減刑は、すべての場合に与えることができる」と定められている。わが国憲法第 40 条でも、「大統領は、法に基づいて大赦、特赦、減刑および権利回復の権力を行使する」と定めている。その根拠は、「赦免法」（1989 年 9 月 24 日付に第 6 条改正、第 5 条の 1 を追加）である。個別事件で死刑犯を赦免し、あるいは死刑を無期懲役または一定期限の有期懲役にまで減刑することも、死刑制度を

維持している現段階では、死刑犯に死ぬことを避けさせ、死刑犯の向上を奨励し、生命を尊重する唯一の方法であるが、どのような整備を諮問し、赦免手続を樹立するか、それは努力に値する方法である。積極的に生命権を保障することからみれば、それが唯一つの移行的措置であるといえよう。

註

- (7) 「大憲章」『弁護士通訳』151号(1981年4月号)、第14頁、傅昆成「人権憲章」。
- (8) 甘添貴「兩岸死刑制度の比較研究」、『中興法学』第32号(1980年11月)第12頁。
- (9) 蔡敬銘前掲論文、第102頁。陳志龍「兩岸における死刑留保観から、法制社会における価値観を見よう」『中国法制現代化の回顧および兩岸法制の発展』国際シンポジウム論文(1981年9月)第2頁。
- (10) 林美瑢「死刑を廃止することが人類共同の責任である」『自立晩報』1982年2月1日。ただし、日本の現況がさらに変わった。黎婉「桃太郎は、倉庫に収めた犬の頭を切る押し切りを再び運び出した」『新新聞週刊』第323号(5月16日-22日)、第107頁を参照。

3. 死刑の代替刑

前述の移行的措置には、確かに採るべきところがあるが、死刑が依然として存在し、しかも段階的な方法をとるかぎり、生命権が受ける威嚇は未だ存在する。したがって、一部分の国が絶対的無期懲役を以って対応し、すなわち、赦免(Gnade)の他に、終身的監禁し仮釈放させないという代替がある。たとえば、ドイツ、オランダ、ノルウェー、スウェーデンおよびフィンランドなどにみられる。しかし、死刑囚を終身監禁するのは、社会に復帰する希望を閉ざすことは明らかであるから、その本人に悔悟と更正を期待できないのは当然である。人道主義の観点あるいは刑事政策の目的からいえば相応しいものではなく、もし当該制度をとるのであれば、終身監禁の赦免要件を緩めるよう研究する必要がある。あるいは、日本の学者齊藤敬氏がいつているように、死刑については、

終身監禁をもって代替し、15年間刑に服すれば、すでに悔い改めた証拠が確かにみられ、もし被害者遺族の同意が得られるのであれば、仮釈放できるようにすること⁽¹¹⁾。この場合、被害者遺族の同意は決定的な立場にあり、被害者遺族に対する保障に積極的に機能することが、当該観点の独特なところであるが、死刑囚は人を殺した者に限り、生命の衡平および応報を満足させるという観点に基づき、死刑を不法に人の生命を剝奪する行為者に限定しなければならない。

死刑の暗い影と弊害を根本的になくすために、相対的無期懲役で代替するしか方法はない。すなわち、スウェーデン、オーストラリア諸国で実施されているように、犯罪者は15年ないし25年の間、各個犯罪者はそれぞれ長期の刑に服したのち仮釈放される。当該徒刑は、刑罰の応報性にも配慮し、積極的に教育刑に転向する役割を果たすことができる。かつて「人権より治安が重要だ」という考え方の下、何かというと人の生命、自由の剝奪を威嚇手段としていたが、これにははっきりと一段落つけるべきである。ドイツでは、殺人罪を無期懲役に処することの合憲性問題につき、広く議論されるまでになっている⁽¹²⁾。

死刑は、多くの場合、乱世を治める重刑としての機能が強調されており、社会治安がしだいに悪化するような場合、国民の、政府が手を束ねてなすところを知らないことに対してもつ恨みや憤り、恐懼などが絶えないことから、極刑による治安悪化の抑制に賛成する心理も理解できる。だが、政府が自分自身に凶暴な犯罪を抑制する能力がないことを、死刑を強調して社会に対する申し開きすることにより、民意に答え、一般国民の「応報式正義感」を一時的に満足させて、民衆の団体的不安を緩和させて、さらにマス・メディアの力を借りることは、長い時間をかけて社会の安定を迫及する点からいえば、無責任的なやり方であるばかりか、責任を転嫁する嫌いがあることは避けられない。政府は、その力の大部分を抜本塞源の措置に用いないからである。犯罪行為は政治、経済、社会制度に欠陥があることの結果であって、原因ではないとしても、もし「乱世を治め」たいのであれば、病気の原因を探して病状に応じた投薬を

しなければならないことこそ、政府の責任である。人を殺すことによって威厳を樹立することが、いかに不適切な措置であるか。このことを、はっきりと認識しなければならない。

社会治安が悪化しているときに、立法という便宜的手段をもって死刑で威嚇しようとするのは、国民の生命を大事に尊重しないという政府のイメージを作る。基本的な影響は、国民と国民との間でも互いに生命を尊重し合うことなく、国家が国民を塵芥のごとく扱うことに対して、国民が国家を仇敵と思うのも当然の道理である。極悪な者が、甚だ大きな罪悪を行ったのは、家庭環境の不良、教育の不当、社会の不義および誘惑、ひいては被害者からの刺激、誘惑によるかもしれず、換言すれば、その行為は、完全に「自的決定」の下でなされたのか、責任の全部を本人に負わせるべきかという問題は、社会の良心を試している。だがしかし、一切代替しうる制裁方法がないとする状況の下で、ややもすると死刑で処理するが、それはまさに実質的公平、正義を追求する知恵、仁愛の心、根気を失わせ、それだけではなく、法律の理性と社会の良知を腐食し、ただ暴戾な気分だけを増やすだけである。

治安の問題は重要ではなく、被害者の權益も保護すべきであって、国民の恐懼からの自由も重要視しないでよいという理由もない。この論文で強調したいことは、重罪を犯した者は処罰されるべきであるが、「正にその分に相応しい」ものでなければならないことである。生命の尊厳のために人間に対する基本的配慮から細心の注意を払わなければ、社会が異化し、人間の狂暴化が進み、正義のメカニズムが日一日に解体している現在の状況では、ただ泣き面に蜂で、強大な政治圧力を以って、政府に絶えず「極刑」、「早く審判し、早く決定」せざるを得ないようにしており、敵と敵が互いに恨み合いを続け、平安な日は訪れないのである。

「死刑に反対するという思考は、ただ死刑だけに反対するのではなく、それと同時に誰であろうと他人の生命を侵害することに反対し、すなち、いかなる被害者であろうと生命は無限な価値を有すると認めることである。……これは、生命の法益を侵害から保護するために全社会を保護す

るという考え方である。」⁽¹³⁾ 刑事司法の進展変化からいえば、残酷な刑罰は、結局、温和な刑罰に代替され、死刑反対は、人道を以って野蛮に代替することを希求するものである。この道は、茨が生い茂っているが、前進に向けて努力する価値があるようである。

実は、より長期の自由刑を以って死刑に代替するのは、犯罪者に相応しい制裁を与えるだけでなく、心を入れ替えて生まれ変わる空間も予め用意する以外に、犯罪者、被害者、一般国民の正義感を調和することもできるので、国家が犯罪者の生命権を尊重するのは、必ずしも被害者の権益を無視するとは限らない。「法を侵した者の人権と被害者の人権」の緊張関係を積極的に解決するために、政府は率先して被害者保護、補償、救済の関係法律を立案し、社会が共同で負担するという公平理念を以って、全納税者に共同負担させるべきである。これは、政治が明朗でないこと、社会風習がよくないこと、家庭・学校教育が責任を尽くしていないことによる、払うべき社会的代価である。このような立法は、民主的先進国に前例がある。仁愛の心、社会的責任を法律思想にとり入れなければ、敵と敵が互いに恨み合うことを解決し、社会治安のより良い循環を作り上げるのに役立つことができない。(すでに1987年5月27日付で「犯罪被害者保護法」が採択され、公布された)。

註

- (11) 甘添貴前掲論文、第10頁。
- (12) Vgl. BVerfGE45, 187ff. 呉從周訳「謀殺罪無期懲役の合憲性」という判決解説について、司法院刊行『ドイツ連邦憲法裁判所裁判論理(3)』（1981年6月）第19頁以下を参照。
- (13) 陳志龍前掲論文、第4頁。

※ 原著「法官依法判处他人死刑」は、李震山著『人性尊嚴与人權保障』（2001年、元照出版）、第2章「從憲法觀點論生命權之保障」47頁以下に掲載されている。

※ 原著者紹介

李震山（Li, Chen Shan. 1951～）

中央警管学校（中央警察大学の前身）において法学士および法学修士の学位を、さらにドイツの Universität München において法学博士の学位を取得する。中央警察大学教授兼法律系主任、同法律研究所所長。さらに、私立中国文化大学法律系教授、行政院劳委会法規委員等を歴任。2004年、国立中正大学から国立政治大学へ移籍。現在同大学法律学系教授籍。内務部訴願審議委員会委員等の公職をもつ。代表的著書としては、『行政法導論』（1990年、増訂4版）、『警察任務法論』（1987年、第4版）等がある。

IV. 死刑の司法現状とその展望

釗 作 俊 (Zhao, Zuojun)

鄭州大学法学院教授

目 次

1. 刑事裁判官の現状およびその展望
2. 死刑司法における解釈の現状とその展望
3. 死刑再審批准の現状とその展望
4. 死刑執行方法の現状とその展望

内容概要：

死刑司法は、死刑適用の重要な内容と最終的な手続きであり、死刑政策の精神および死刑立法の規定のいずれも、死刑司法による最終的な「判断」が必要とされる。本論文は、死刑司法の沿革を主眼にして、刑事裁判官、司法解釈、死刑の批准および死刑の執行方法などの方面から、わが国の死刑司法の現状をより詳細かつ系統的に検討しようとするものである。本論文は、わが国の死刑司法のさらなる理性化に積極的な役割を果たすことを期待したい。

1. 刑事裁判官の現状およびその展望

刑事裁判官の死刑の適用における地位と役割について、我われはアメリカの著名な法理学者ロナルド・ドゥウオーキン (Ronald Dworkin) の有名な言葉「裁判所は法の帝国の首都であり、裁判官は帝国の貴族である」を引用して説明したい⁽¹⁾。この名句は、英米法における裁判所と裁判官の地位について語った言葉であるが、我われにとっても参考となる。これと同様の趣旨で、マルクスも「法律の運用には裁判官が必要である。法律が自動的に運用できるならば、もはや裁判官は無用であろう」と指摘している⁽²⁾。死刑司法のなかで、犯罪事実の認定、事件証拠の審査、社会侵害性、人身危険性などの認定、ならびに死刑適用の要否とその社会的効果の予測など、そのすべてが最終的に裁判官の判断に任せられている。裁判官が存在しなければ死刑の適用はありえない。ひとつの不当な死刑適用が、人びとの犯罪に立ち向う積極性を傷つかせるだけでなく、

国家や政党の権威にも多大な損害をもたらし、不良な社会的影響が生ずる⁽³⁾。裁判官の素質と刑事司法の関係について「非人格化」と「人格化」、そして「理性説」と「非理性説」など対立する主張が存在しているが⁽⁴⁾、刑事司法のなかで、理性的な要素、経験的な要素、さらには非理性的な無意識の要素も作用している⁽⁵⁾。裁判官の素質が一定のレベルで刑事司法に影響ないし制約していることは否定できない。裁判官は純粋な意味での理性的な人物ではなく、経験的な人間である。それゆえ、必ず自身の人格や素質の要素に右往左往されるものである。裁判官は刑罰を杓子定規に運用する機械ではなく、血の通った生身人間である。したがって、刑罰を適用する場合の認識活動も、裁判官自身の性格、気持ち、意志、気質、経歴および道徳観念、法意識、政治信念、世界観、人生観など、一連の「肉体状況」と「精神状況」の影響を受ける⁽⁶⁾。裁判官の素質に関していえば、はやくも1983年から、最高人民法院の江華裁判長が裁判所と司法の専門化要請を無視して、必要以上に退役軍人を裁判所に送り込むことをしないように党の指導部に呼びかけたことがある。彼は、四川省の状況を例に取って説明している。すなち、1982年に四川省の第4陣軍隊から裁判所へ異動した退役軍人幹部のうち、4人が精神障害者である。昨年（1982年）、重慶市市中区の裁判所が受け入れた退役軍人15人のうち、三分の一は病気にかかっている、あるいは身体障害者である。四川省全体の裁判所のなかで、政治法律系の短期大学卒業者はわずか498人あり、ただの46%にすぎない。それと対照的に、小学あるいはそれ以下の教育しか受けていない者は15%あり、そのなかには相当数の文盲や半文盲（名前など簡単な文字しか書けない者）が含まれている。雲南省でも同じ状況にある。このような問題のある人物であっても、裁判所は引き受けなければならず、いわば「負担はみんなで分担する」ということである⁽⁷⁾。これらの状況は、現在ある程度の改善が見られる。最高人民法院は1990年に『789計画』という目標まで打ち出している⁽⁸⁾。1994年、最高人民法院の任建新裁判長は、さらに「2000年までに裁判人員はすべて短期大学以上の知識的、専門的レベルに達した者にして、かつ幹

部たちの学歴水準を向上させ、一部の高い水準の人材と専門家化した裁判官の育成に努力する。また、職場訓練を普及させ、これを経常的に行い、標準化させること」と宣言した⁽⁹⁾。したがって、中国の裁判官の質を引き上げなければならず、総体的ないし団体的な素質向上が必要であり、経験と知恵を結びつけて推進させ、把握するようにしなければならない。

裁判官の素質のなかで、業務素質はその基本となる。「裁判官法」は法学の短大以上の学歴ないし法律専門知識を裁判官に任命される条件の一つとしているが、裁判官法が実施されて以来、数年間は依然としてこの条件を満たさない一部分の者が裁判所に入り、裁判官になっている。したがって、裁判官の業務素質を確実に引き上げるためには、裁判官法が定めた裁判官業務条件の要求を徹底して実施し、それを基準に裁判官たちを厳しく選任して、あわせて、裁判官の選任資格制度を立ち上げ、本当に業務上高い素質をもつ人材に刑事司法、とりわけ死刑司法の仕事に従事させるようにして、業務素質の低い人が死刑司法に携わることをないように防止し、禁ずるべきである。そうすることによって、我われは死刑司法を行うさい、より多くの理性を存在させ、感性と衝動を抑制することができるというものである。このことは、死刑を制限する実務に反映するであろうし、制限への大きな進歩と発展をもたらす可能性がある。

裁判官の意識のなかで、まずは「少殺慎殺」（死刑を少なく、慎重に適用する）の考え方を樹立し、死刑の宣告を減らすべきである。少殺慎殺というのは、我われがいまも堅持し、死刑を適用するさいの方針として運用し続ける至高の死刑理念である。死刑判決を少なくすることによって、社会大衆の同情を得られるだけでなく、敵を分裂させ、崩壊させることができる。また、犯罪者の親族と子どもを味方にすることや、彼らを教育し、犯罪者を生かしておくことによって労働力を残すことになり、社会に富を作り上げることが可能となる。また生きている犯罪者は「生の証拠」として残すことにもなり、犯罪と徹底的に、かつ持続的に戦うことに有利である。しかし残念なことに、現段階では我が国の刑事裁判官、

とりわけ死刑司法官はこの問題に対して、少殺慎殺の原則を言及する機会が少なくなっており、実践的な運用も減っている。ほんの一部の地方のある裁判官は「現在の厳しい犯罪情勢の下では、重大な犯罪に対して“容赦ない”態度を示す必要があり、死刑を適用するか否かが躊躇される場合であっても断固として死刑を宣告すべきである」という極端な議論まで展開している。死刑の執行に関して、しばしば死刑の即時執行だけが考えられ、死刑の即事執行が適用できない場合に限って、その次善の策として死刑の執行猶予が一考される⁽¹⁰⁾。いうまでもなく、このような認識と方法は、批判されるべきものである。

死刑を存置している西側諸国では、死刑の宣告は慎重の上さらに慎重に行われている。たとえば、アメリカの死刑司法においては、裁判官や陪審団が死刑判決を言い渡すさいに、たとえそれが理性のない感情的で直感的であるという疑いがあれば、無視するようなことはしない。ドイツの著名な学者マックス・ヒルシュベルク(Max Hirschberg)は、60年前にも同様な観点を示している⁽¹¹⁾。アメリカの学者の調査によると、アメリカでは殺人罪で起訴された者のなかで、死刑を言い渡される可能性はわずか6-15%に過ぎない⁽¹²⁾。実務の分野では、アメリカはまた上訴審の手続きで死刑判決を減らす方法を採用している。たとえば、1972年から1982年までのあいだに、一審の死刑判決は上訴審で破棄され、変更される率は実に60%にもものぼる。死刑の適用が強化される今日においても、死刑に対する上訴審での変更率は30%から45%前後を維持している⁽¹³⁾。日本では、1989年には殺人罪で刑罰を受けた者は764人で、そのうち死刑を宣告されたのはわずか2人だけであり、無期懲役を言い渡された者も8人とどまっている。わが国の台湾地区でも死刑を言い渡される確率は低い。たとえば、1989年には故意殺人で既遂を認定された402人のうち、死刑を言い渡された者はただの14人に過ぎない。1990年には、殺人既遂のため罪を確定して刑を言い渡されたのは462人で、死刑を宣告されたのは19人である。強盗故意殺人の行為で刑を受けたのは64人で、死刑を宣告されたのは24人に止まっている。人を人質にとり身

代金をゆすりとったために刑罰を受けた144人のうち、死刑を言い渡された者は6人だけであった。台湾の学者は、裁判官が死刑判決を言い渡す際には、心理的にプレッシャーを感じて、周到な斟酌をしたあと、なお犯罪者を生かしておく理由がまったく見つからない場合に限って死刑に処するという⁽¹⁴⁾。これに対して、わが国の大陸地域では、ある年の某地の故意殺人犯罪に対する死刑判決の宣告率は48.99%にもなっている⁽¹⁵⁾。わが国における刑事司法官の理念を改めることは急務であり、重罰観念と死刑万能主義を排除し、寛容な心をもつことは、その理念を刷新する重要な内容になるであろうことは明らかである。少殺慎殺の理念をしっかりと樹立し、「死刑の適用を厳しく制限する」という死刑政策を確実に堅持することは、死刑宣告を減らすための理念的基礎であり、政策的な保障になる。

つぎに、刑事司法官は死刑適用の原則を守り、死刑宣告を制限することに努力すべきである。死刑司法官は死刑制度運用の過程において確実に謙抑、公平、目的の合致性を実現しなければならない。死刑は罪刑の均衡、公正の実現および目的に合致した場合のみ、最終的な手段としてやむを得ず使用することが許される。わが国の死刑運用の状況から、20世紀80年代の初期、死刑運用のコントロールは比較的厳しくおこなわれ、適用の数も少なかった。死刑を最終的な手段とする性格は比較的によく現れていた。その後、死刑の適用は死刑立法の拡大と凶悪犯罪の上昇によって増加し、一部の審判機関は死刑宣告の数を「厳打」（厳しく犯罪を鎮圧する）基準の一つとして考え、もし以前より死刑判決の数字が減れば、それは「厳打」の政策が徹底して実施されていないことと誤認している。その結果、死刑宣告はますます増えている⁽¹⁶⁾。一部の一審裁判所は「厳打」するさい、寛大な処理よりも厳しく罰する方法を選び、「厳打」の効果が不十分だといわれるのを恐れて、本心に反して死刑判決を下している。たとえば、某省の某地区中級裁判所では、ある年の「厳打」のさいに言い渡された死刑のうち、二審で破棄、差し戻し再審の判決を受けた事件が43%にもものぼる。裁判所はその教訓を反省するにあ

たって、地方の党組織の一部責任者から犯罪に対する抑制は不十分だと指摘されるのを心配して、死刑を適用しなくてもよい被告にまで死刑に処したという。二審に死刑審査があつて、一審では若干多くの死刑を言い渡しても重大なトラブルが起きない。将来的に二審において(一審の死刑)判決が変えられても、他者から自分たちの裁判所が犯罪抑制に十分な努力を払っていないと批判されることもないと考えるからである。死刑適用の基本的原則に対する考慮が減り、重刑をもって犯罪を処罰することが、現在の死刑言い渡しに最も重要な問題だといつても過言ではない。死刑適用の原則の面から、我われは公正な刑罰を課する、ならばに彼が極悪犯罪を犯したという前提のもとで、目的性の原則を堅持しながら、一般予防と特別予防の両面から、併せて謙抑性の角度からも死刑を適用しなければならない場合にのみ、死刑は最終的な手段として使用することができる、と考える。まさに、高銘暄教授がいうように「ごく少数の、死刑という極刑を適用しなければならない犯罪に対してのみこの極刑を用いる」のである⁽¹⁷⁾。

最後に、刑事司法官は法律に厳格に従い、外部からの妨害を排除すべきである。外部からの妨害は死刑司法にめぐる重大要因であり、その上、裁判所は人材、資金、物資などの面で党と政府機関にその多くを依存しており、公正に法を執行することが難しくなっている。そのため、現行の死刑司法が本当に死刑を制限する目標を達成するためには、以下のような環境づくりが必要である。すなわち、裁判所が人材、資金、物資において相対的な独立性をもち、外部から受ける影響を少なくする、またはまったく受けないようにして、人間関係あるいは金銭などに左右されず、より厳格に法に従って職務を行うこと。こうすれば、感情的な桎梏を脱するだけでなく、理性的な司法を行うことが可能となる。また、新聞報道を含む外部の意見は客観的で合理的な観点を含んでいる一方で、主観的で事実と反する可能性もある。裁判所が事件を処理するさいには、法律を厳格に守り、報道や輿論などの外部要素の影響を受けるべきではない。この状況は国によって多少異なっている。たとえば、アメリカの

司法においては、事件の正常な処理を妨げる、あるいは司法の公正を妨害する要素が現れた場合、たとえばマスコミがたびたび事件を報道する場合に、裁判に携わる裁判官や陪審団がそれに影響され公正な司法と裁判ができなくなることを防ぐために、裁判所がマスコミに任意の取材と報道を禁じることができる。また他の裁判所に管轄を移す、ないし一部の手続きを秘密に行ったりして、陪審団を隔離し、外部からの影響を受けないようにする。さらに証人を隔離させる、あるいはマスコミの影響を受けないように警告を与え、時には事件の審理を延期し、外部の妨害がなくなった後に再開するなどの方法がとられている⁽¹⁸⁾。これらのやり方は、法の執行環境がよくないわが国にとって、参考にする価値があることはいうまでもない。我われは刑事司法、とりわけ人間の生死に関わる死刑司法に対しては、専門の審理規定を設ける必要があり、そのなかで「死刑事件の審理にあたって、外部の要素が司法の公正に不正な影響を与える可能性が認められた場合、三ヶ月ないし半年もしくはさらに長時間延期をし、これらの妨害要素が無くなってから審理を再開すること」と規定すべきである。このようにすれば、我われの死刑司法は、わが国が一貫して堅持している少殺慎殺の思想と厳格に死刑を制限する方針に合致する方向へ近づくのではないだろうか。

註

- (1) ロナルド・ドゥウオーキン著『法律帝国』`Ronald Dworkin, Law's Empire, 1986." (李常青等訳)、中国大百科全書出版社、1996年、361頁。
- (2) 『マルクス・エンゲルス全集』第1巻、76頁。
- (3) たとえば、某地の公安局長は繰り返し悪事を働き、他人の妻を強姦した。その被害者は、夫と共に謀してその局長を殺害し、死体を分解した。事件が発覚し、一審の裁判所は「ばらばら殺人」として、二人の被告に対して死刑と政治的権利の終身剥奪を言い渡した。死刑宣告後、現地の人民代表70名あまりが司法機関に対して被害者は自業自得であって、二被告の死刑判決を考え直してほしいと連名で嘆願した。当市の共産党市委員会の書記（市の最高責任者）も、被告を死刑を処するのは妥当ではないとした。これは、すなわち裁判官は機械的に法律の条文を行い、司法解釈の内容を理解せず、社会的効果と社会的

影響を考えずに事件を処理したためである。

- (4) 「非人格化」の主張は、裁判官は理性のある人間であり、十分な意志の自由をもち、公正に事実を判定し、法律を適用することができる。これは理想的な裁判官像であり、古典主義の裁判官はこのような「非人格化」の特徴をもっており、「人格化」というのは、裁判官が実社会に生活している生命力のある自然人であり、人間味をもっていることをいう。そのため、個人的に鮮明な人格的特徴をもつことによって現実化される。実証主義の裁判官はこの「人格化」の特徴をもっている。「理性説」は、司法が人の理性の現れであり、人間の理性が司法を左右するという。「非理性説」は、司法は非理性的な要素に左右され、司法判決は気分、偏見、性質およびその他の非理性的な要素によって決定される。陳興良著『刑法の人性基礎』を参照にされたい。中国方正出版社、1996年、508～509頁、511頁。
- (5) エドガー・ボーデンハイマー (Bodenheimer) 著『法理学 — 法哲学とその方法』(鄧正来等訳)、華夏出版社、1987年、150頁。
- (6) 周振想著『刑罰適用論』、法律出版社、1990年、214頁。
- (7) 『江華司法文集』、人民法院出版社、1989年、307～308頁。
- (8) いわゆる「789計画」とは、1997年末までに、裁判所幹部のなかで短大程度の学力をもった者の人数は、全体の70%に達しており、審判人員は短大以上の学力をもつ人数は80%に上がり、裁判所の責任者には短大以上学力をもっている人は90%まで上がるというものである。
- (9) 『人民法院新聞』1994年5月26日、第1版。
- (10) 胡雲騰著『司法通論』、中国政法大学出版社、1995年版、282頁。
- (11) Michael L. Radelet, Hugo Adam Bedau & Constance E. Putnam, “In Spite of Innocence: Erroneous Convictions in Capital Cases” Punishment and the Death Penalty, Prometheus Books, 1995, p.148.
- (12) Baldus, et al, “Arbitrariness and Discrimination in the Administrations of the Death Penalty: A Challenge to States Supreme Courts”, Stekon Law Reviews 15 (1986), pp.133-261.
- (13) Mark Tushnet, the Death Penalty, Facts on File, 1994, p.121.
- (14) 許春金等編死刑存廃の検討』台湾冠順印刷事業有限公司、1996年、164頁。
- (15) 胡雲騰著『司法通論』中国政法大学出版社、1995年、214頁。
- (16) 胡雲騰著『司法通論』(前掲)、253-254頁。
- (17) 高銘暄編『わが国刑法改革のいくつかの問題について』、中国法学会刑法研究会、1996年学会論文。
- (18) 于秀艷「アメリカの報道自由と公正審判の関係」『人民司法』1998年、第9号、57頁。

2. 死刑司法における解釈の現状とその展望

司法解釈と刑事司法の関係について、刑事古典学派と刑事実証学派の間では、認識が大きく異なっている。刑事古典学派は司法解釈を厳しく制限する議論で知られている。たとえば、ベッカリーア (Cesare Beccaris, 1738~1794) は一つの法律が制定された以上、その規定の文字通りに従うべきである。裁判官としての唯一の使命は、公民の行為が成文法に合致するか否かを判定することである。刑事裁判官は刑事法規を解釈する権利をまったくもっていない。立法者ではないためである⁽¹⁹⁾。刑事古典学派の裁判官が司法解釈することに対する批判的な態度と異なり、刑事実証学派は一定の条件の下で、裁判官が法律に柔軟な解釈を行うことを認めている。フェリー (Enrico Ferri, 1856~1929) は法律には、つねにある程度の粗末さと不十分さとが存在している。それは過去に依存しながら将来に着目しているからである。そうしなければ、将来に起きることを予測できない。経常的に行なわれる刑法改正にもかかわらず、現代社会における変化のスピードの早さと程度の大きさに追いつくことができない。司法機関の第一の職務は、成文法に従い、法を適用することであるから、我われは裁判官による法律改正を認めるならば、すべての自由の保障を失い、個人の権力が無限なものになってしまう。そこで、裁判官の能力と独立性が確実に保証される場合のみ、我われは裁判官の一般的な法律準則の範囲内で、かつ上層にある規律機構の監督の下で、法律を解釈する権利を認める⁽²⁰⁾。このように、フェリーは裁判官が具体的な事件に基づき、法律の司法解釈を行うことを認めるべきだと考えている。ベンタム (Jeremy Bentham, 1748~1822) も裁判官による司法解釈を主張している⁽²¹⁾。近代イギリスの著名な法理学者であるハート (Herbert Lionel Adolphus Hart) はさらに「法律（あるいは憲法）は裁判所の語ることである」と明言している⁽²²⁾。

我われは法律には明確性が必要であると考えている。法律の明確性をもって裁判官が厳密に法に従って事件を処理することを促し、法律に定められた権限とその範囲内で権力を行使するよう要求している。裁判官

による権力の濫用と公民の合法的な権利に対する侵害は許されず、たとえ犯罪者であっても不当な処罰を受けるべきではないのである。そのことは、法の安全価値に対する保障である。しかしながら、法律は生命力のない文字の塊ではなく、時間と空間の変化にともない変わり続ける生命のある行為規範である。立法者が法を公布した時から、法律は時間の推移につれて次第に立法者の意志から離れ、独自の存在に変化しながら、立法者から与えられた一部の性質を喪失し、別の性質をもつようになる。法は新しい社会の需要に適應する場合のみ、活力を保つことができる⁽²³⁾。それゆえ、刑法条文の規定が正確に具体的な事件に適應するためには、司法解釈の形でより具体的に立法の原意を説明する必要が生じる。そうした作業を通じて、司法関係者が法律の精神を正しく理解するよう助力し、刑事司法の正確な営為が可能となる。死刑司法もその例外ではないのである。わが国の状況を観察すれば、1979年の刑法が公布して以来、司法解釈が頻繁に行われ、刑法の実施にさいして見過ごすことができなほどの積極的作用をもたらしている。さらに一定の程度で準立法にまで進化し、裁判所が刑法を適用するのではなく、司法解釈を援用するようになってきている⁽²⁴⁾。ただし、それと同時に、司法解釈にはいくつかの問題が潜んでいることも無視できない。

その一つは拡張解釈である。すなわち、死刑の適用条件が刑事立法に含まれている意味より広く解釈されることである。たとえば、最高裁判所が1987年7月24日に発布した『法に依拠して、パンダの猟殺、転売あるいはパンダ皮の密輸を行う犯罪者に対して厳罰に処することの通知』では「パンダはきわめて希少な野生動物であり、一枚のパンダ皮であっても、これを転売、密輸することは、情状が特に重大と認定すべきであり、10年以上の有期懲役、無期懲役ないし死刑に処し、併せて財産を没収する」と規定している。この解釈は死刑の適用条件を過大に広げた。これに対して、学者はこの司法解釈が一方的に野生動物保護の重要性を強調するあまり、人間への保護が無視されたと批判している。一人の人間の命は、一枚のパンダ皮よりも軽いと宣言したに等しい。人間と

動物、人間と財産のどちらが重要だろうか。人間の価値はすべての動物、財産よりも高いと認識すべきである。国は人民の国家であり、人を保護し、人間の価値を重視すべきである。刑事司法の全般にわたり、そして司法解釈の過程においても人間の保護を貫くべきである⁽²⁵⁾。

その二つは、任意の解釈である。すなわち、死刑の適用条件に対して慎重な態度ではなく任意に解釈することによって、死刑適用の基準が引き上がることになる。たとえば、窃盗罪に関して、最高人民法院と最高人民検察院（すなわち“兩高”とも略記される）は以前、公私の財物を盗み、その金額が3万元以上に達した場合、法に従い死刑に処すべきであると規定したことがある。この解釈は刑事立法の精神に反しており、機械的に一定の金額を用いて死刑に処する条件に当てている。その内容は法と情理に乖離しており、適用すべきではない⁽²⁶⁾。

その三つは、あいまいな解釈である。すなわち刑事立法のなかで比較的に原則的な内容をもっている死刑条件は、解釈のなかでも明確にされず、法条文と同様より具体的な実用性に欠ける。たとえば、最高人民法院と最高人民検察院は1992年12月11日に発布した『「全国人民代表大会常務委員会の《婦女と児童を連れ去り、誘拐する人身売買の犯罪者を厳罰に処することの決定》の実施に関する若干の問題に対する解答」では、「婦女、児童誘拐罪における「情状が特に重大」とは、主に複数の婦女、児童を誘拐する犯罪グループの主犯で、その犯罪情状が極めて重大である場合を指す。また誘拐の手段が極めて残忍で、悪質である場合。被害者あるいはその家族に重傷を負わせて、死亡させる、またはその他の重大な結果をもたらし、その犯罪情状が極めて重大である場合を指す。さらに複数の婦女、児童を誘拐し、極めて大きな社会的侵害を与えた場合、などなど」としている。この司法解釈は刑事立法の規定に類似するあいまいさが残っており、実務操作が困難である⁽²⁷⁾。

したがって、死刑の条件に関する司法解釈において、我われは解釈を制限する方針を堅持することにより、拡張解釈を禁ずること、厳格に解釈する方針を堅持することにより、任意の解釈を排除すること、明確に

解釈する方針を堅持することにより、あいまいな解釈を避けること、を主張する。日本の学者平野龍一教授のいうように、法律の条文がいくつかの意味をもっている場合は、裁判官は法律条文にもっともふさわしい解釈を行うべきであり、すなわち刑法解釈は特定の刑法目的に制約され、条文に適應した厳密な解釈を行うべきである⁽²⁸⁾。

註

- (19) ベッカー・ア著『犯罪と刑罰』(黄風訳)、中国大百科全書出版社、1993年、12～13頁。
- (20) エンリコ・フェリー著『犯罪社会学』(郭建安訳)、中国人民公安大学出版社、1995年、125～126頁。
- (21) 陳興良著『刑法的人性基礎』、中国政法大学出版社、1996年、530頁。
- (22) ハート著『法学的概念』“H.L.A. Hart, The Concept of Law, 1961”(張文顯訳)、140頁、中国大百科全書出版社、1996年、140頁。
- (23) 陳興良著『刑法的人性基礎』(前掲) 531-532頁、511頁。
- (24) 陳興良著『刑法的人性基礎』(前掲) 540頁。
- (25) 李雲龍・沈德詠著『死刑專論』、中国政法大学出版社、1997年、227頁。
- (26) 馬克昌著『刑罰通論』、武漢大学出版社、1995年、461頁。
- (27) 馬克昌・楊春洗等編『刑法学全書』、上海科学技術出版社、1993年、111頁。
- (28) 中山研一著『刑法の基本思想』(姜偉等訳)、国際文化出版公司、1988年、137頁。

3. 死刑再審批准の現状とその展望

1979年刑法は「死刑は法の規定により最高人民法院が下した判決を除き、すべて最高人民法院に再審を申請し、批准を受けなければならない」と規定され、これは少殺慎殺と死刑を厳しく制限するという政策思想を体現している。しかし、1979年刑法は正式に実施される以前に、1979年11月の第五期全国人民代表大会常務委員会第十三回会議は、「1980年以内に、殺人、強姦、強盗、放火など社会の治安を著しく侵害した犯罪の現行刑事犯に対する死刑判決の決定権を最高人民法院から省、自治区、直轄市の高級人民法院に委ねる」と決定した⁽²⁹⁾。この決定に依拠して、最高人民法院は1980年3月18日に『幾種類の現行犯の死刑決定権を高級

人民法院に委譲することに関する若干の具体的規定の通知』において「全国人民代表大会常務委員会令第10号の通知に従って、1980年内に、1月1日から公安機関が事件登録、捜査し、人民検察院が起訴した現行犯殺人、殺人、強姦、強盗、放火など重大な犯罪を行った、死刑を処すべき事件に対して、本院は各地方高級人民法院に死刑を批准する権利を委ねる」と定めた。このように、1979年刑法第43条の死刑事件は、すべて最高人民法院による判決の言い渡し、あるいは再審決定を受けるという規定は、最初から実際に実行されていない。各地の高級人民法院も当初から一部の死刑事件の再審と批准権を握り、実際のところ、二審の手續と死刑再審の手續とが重なることである。

その後、1981年6月19日、全国人民代表大会常務委員会の『死刑事件の再審批准の問題に関する決定』第1条では、「1981年から1983年内までに、殺人、強盗、爆発、放火、毒殺、水道破損および交通、電力などの設備を破壊する罪を犯して、省、自治区、直轄市の高級人民法院の最終審判で死刑判決を下された事件、中級人民法院の一審での死刑判決に対して、被告人は上訴せず、高級人民法院が批准した事件、あるいは高級人民法院の一審における死刑判決に対して被告人が上訴しなかった事件につき、最高人民法院に批准を申請する必要がない」と定めている。このような経緯から、最高人民法院は反革命罪と汚職罪に対してだけ死刑の再審批准権をもつことになる。その後、期限のあるこの特別法を存続させるため、1983年9月2日には全国人民代表大会常務委員会は、さらに『中華人民共和国人民法院組織法』に手を加えて、死刑の再審批准権に重大な改正を行った。すなわち「死刑事件は最高人民法院が判決を下した場合を除き、最高人民法院に再審批准を申請すべきである。殺人、強盗、爆発およびその他の公共の安全と社会の治安を著しく侵害した事件で、死刑に処する場合の再審批准権は、最高人民法院が必要に応じて、省、自治区、直轄市の高級人民法院にその権限を委ねることができる」と定めた。この規定に基づき、1983年9月7日、最高人民法院から『高級人民法院に一部の死刑事件の再審批准権を委譲することに関する通

知』が出され、最高人民法院が自ら死刑判決に処した事件と別に、反革命罪および汚職など重大な経済犯罪を死刑判決に処する場合、これまで通り最高人民法院が再審批准を行う。それ以外の「殺人、強姦、強盗、爆発およびその他の公共の安全と社会の治安を著しく侵害した事件の再審批准権については、本院は法に依拠し、省、自治区、直轄市の高級人民法院および解放軍軍事法院に委譲する」とした。1991年6月6日と1993年8月18日に、最高人民法院はそれぞれに通知を出し、法により雲南省高級人民法院と広東省高級人民法院に、雲南省と広東省の麻薬犯罪事件の死刑再審批准権を行使することを決定した。1996年3月19日、最高人民法院はさらに通知を出し、法により広西、四川、甘肅三省区の高級人民法院にも各自（管轄地域）の麻薬犯罪の死刑再審批准権を行使することを認めた。その後、1996年に改正した『中華人民共和国刑事訴訟法』第199条は、「死刑は最高人民法院によって再審批准する」と規定している。これに呼応して現行『刑法』第48条も「死刑は法に依拠して最高人民法院の判決による場合以外、すべて最高人民法院に再審批准を申請すべきである」と規定している。これは、刑事立法の側面からいえば、わが国の死刑再審批准が最高人民法院に掌握されていることを表わしたものである。しかし、注意しなければならないことは、刑法改正後、実施される前の1997年9月26日に、最高人民法院が出した『高級人民法院と解放軍軍事法院に、一部の死刑事件の再審批准権を委譲することに関する通知』についてである。そのなかで「改正後の刑法が正式に実施する1997年10月1日から、本院が処した死刑事件を除き、各地は刑法各則第1章の国家の安全を侵害する罪、第3章の社会主義市場経済の秩序を損なう犯罪、第8章の汚職賄賂犯罪に対して、死刑判決に処された事件で、高級人民法院、解放軍軍事法院の二審あるいは再審同意を出された後も、なお本院に再審批准を申請すべきである。刑法各則第2章、第4章、第5章、第6章（薬物犯罪を除く）、第7章および第10章に規定する犯罪で死刑判決に処された事件（本院が判決を下した事件および外交に関わる事件を除く）の再審批准権については、本院は『中華人民

『中華人民共和国人民法院組織法』第13条の規定に従い、従来通り各省、自治区、直轄市の高級人民法院および解放軍軍事法院に委譲する。ただし、香港、台湾地区に関する死刑事件は、一審の判決を言い渡す前に、さらに本院に審査を申請すべきである。麻薬犯罪の死刑事件に対しては、すでに批准権を与えた高級人民法院が一部の死刑事件の再審批准権を行使する以外は、その他の高級人民法院と解放軍軍事法院が、二審あるいは再審の同意をした後、なお本院に批准の申請をしなければならない」と規定している。こうして、現行刑法の「死刑事件は最高人民法院により再審批准権を行使する」という規定は、司法解釈によって回避され、各高級人民法院は依然として多大な数の死刑事件について批准権をもち、死刑再審批准の法典規定は形骸化した存在になっている⁽³⁰⁾。このことを踏まえて、我われは死刑判決の批准権を最高人民法院に帰属させるべきものであると強く訴えたい。

註

- (29) 馬克昌・楊春洗等著『刑法学全書』、上海科学技術出版社、1993年、899頁。
(30) 最高人民法院の上述の司法解釈によると、最高人民法院の批准する死刑事件は、第1章国家安全侵害罪の7つの死刑罪、第3章社会主義市場經濟秩序を損なう犯罪の15種類の死刑罪、第8章汚職賄賂犯罪の2種類の死刑罪および麻薬犯罪の1つの死刑罪（死刑批准権を高裁に任せた死刑罪を除く）、合計25種類で、68種類の死刑犯罪の36.8%を占める。高級人民法院による死刑批准権が行使できる罪は43種あり、死刑罪総数の63.2%である。

4. 死刑執行方法の現状とその展望

一人の人間が罪を犯して人民法院において法に従い死刑に処せられることは、その人の罪に対する当然の罰である。しかし、その死刑の執行方法が誰によって決められるのかは、討論に値する問題である。この問題に対して『刑事訴訟法』第212条では「死刑は銃殺もしくは薬物注射による方法で執行する」と規定している。1996年3月、わが国は刑事訴訟法を改正するさい設けたこの規定が、わが国における死刑の文明程度

の向上を示すものであると同時に、民衆個人の基本的権利がますます法に反映されていることの表れでもある。この規定にもとづき、銃殺と薬物注射のどちらもわが国の死刑執行の法定の方法となり、銃殺は当然に選択される優先方式でなくなった。最高人民法院の『『中華人民共和国刑事訴訟法』執行に関する若干の問題についての解釈』第345条は、同時に「銃殺もしくは薬物注射以外の方法で死刑を執行する場合、事前に最高人民法院に許可を申請すべきである」。この規定は、わが国の法律に定められた二種類の死刑執行方法以外の方法を選択する場合のみ、事前に許可を求める必要があることを表明している。司法実務では死刑判決を下された犯罪者は、執行方法の選択を請求することができると主張する人は数少ないが、銃殺と薬物注射のいずれかを採用するのかは、結局は執行機関の最終決定に従う⁽³¹⁾。我われは執行機関が刑に処される者の申請にもとづき、最終的に死刑の方法を決めるというやり方は、実は死の方式を選択する権利を執行機関に委ねたことである。

現行の法律と関連規定を考察すれば、死刑の執行方法は執行機関に決めさせるという規定は存在しない。国家機関の行為は法によるものという原理から、上述のやり方は、少なくとも一つの法的な根拠も具備していないといえよう。我われは、刑事訴訟法の死刑の執行方法に関する条文は文明的で、進歩と人権に対する尊重を含む規定であり、執行機関は法の規定を守るべく、死刑囚の刑を執行する方法を選ぶ権利を奪うべきではない。死刑囚は彼自身の重罪のゆえに、生と死を選択する権利がないとはいえ、彼は死亡の方式を選ぶ権利を有するはずである。二種類の死刑執行方法が使用可能な地域では、処刑される者自身に執行方法を決定させるべきである。もし、一人の死刑囚が薬物注射による死刑執行方法を希望すれば、法に禁じられている状況や技術的に不可能な場合に除き、その望みに従って執行すべきものである⁽³²⁾。

司法の進歩と文明化にともない、将来、薬物注射の死刑執行方法がおそらく全国的に普及するであろうと確信できる。このことは、一部の国家機関に特権を増やすのではなく、わが国の法的文明の進歩と犯罪者の

合法的權益を保障することに吉報をもたらすものとして期待したい。

註

(31) 『京華時報』2001年12月7日第1版。

(32) 死刑の執行方式の話題は、我われにわが国封建専制社会の死刑の執行過程における問題を想起させる。その時代においては、たとえば一部の死刑囚の家族は、受刑者の死体を完全に残すために、斬首刑に処される前に、受刑者の首が全部切断されることのないように処刑執行者に依頼し、賄賂を渡すことがあったという。この話をよく分析して見ると、死刑囚の家族にみられるこのような要求は、受刑者の体面が保たれた死を希望するためであって、実際に人類が文明的な死に方を望んでいることを表している。

※ 原著「死刑的司法現状及其展望」は『河南省政法管理幹部学院学报』2002年第2期（総第71期）に掲載されている。

※ 原著者紹介

釗作俊（Zhao, Zuojun. 1966～）

1994年に西北政法学院法学系を卒業、同大学院で修士の法学学位を得て、江南省高級人民法院の二級裁判官を経て1996年武漢大学大学院に入学、馬克昌教授のもとで学び、その後、1999年に鄭州大学に転学して法学博士の学位を取得。現在、鄭州大学法学院教授、修士課程指導教授、さらに中国社会科学院社会科学研究所以いて大学院生を指導している。

代表的著書として、著書『死刑制限論』（武漢大学出版社、2001年）；同『死刑適用論』人民法院出版社、2003年）；同『死刑罪名通論』（鄭州大学出版社、2003年）；同『刑法効力範圍比較研究』（人民法院出版社、2004年）；共著として『中国刑法通論』（陝西人民出版社、1994年）等が見られる。

主要な論文は40篇余あるが、「死刑罪名与死刑限制」載『刑法論叢』（法律出版社、2002年1月）；「危害公共安全罪中公共危險的幾個問題」

載『中国法学』2002年6月；「中国現行死刑政策の評價及其反思」載『中州学刊』2002年5月；「死刑の司法現状及其展望」載『刑事法学』（2002年7月）；「牽連犯中牽連關係の新界定」載『刑事法学』2002年8月；「洗錢犯罪研究」載『刑事法学』1998年2月；『現代死刑問題研究述評』載『中国刑事法雜誌』1999年1月；『現段階死刑死刑損廢之理性批判』載『甘肅政法学院学報』2003年1月等がみられる。

V. 死刑の根拠を反省する

……応報の観点から政治の観点へ……

傳 義 (Chuan, Yi)

元浙江工商大学講師

陳 林 林 (Chen, LinLin)

浙江財経学院講師

目 次

内容紹介

1. はじめに
2. 法律的応報刑論……近代法治国家における死刑の根拠
3. 政治刑論……現代国家における死刑の根拠
4. 政治刑論を合法化させる前提；立法の民主化

内容紹介

死刑の根拠をめぐる問題は、ながく刑罰学の中心的問題となっている。死刑の根拠は、死刑制度の正当性の根拠である。法律的応報論は、近代法治国家における死刑の根拠であり、法律至上の法治国理念と犯罪は罰されなければならないという応報思想を表わしている。政治刑論は現代国家における死刑の根拠であり、さまざまな社会、政治的要素を総合し、民主的立法手続を経て死刑に正当性を賦与している。

1. はじめに

死刑は国家の刑事制度の一つであり、人類の文明がある段階にまで発達した所産である。野蛮な原始社会においては、原始人は弱肉強食の自然法則に従って、同害報復の部族慣習を実行していた。国家が成立して以来、裁判権と刑罰権は国家に独占されるようになり、犯罪者の生命を奪う死刑は、国家の名の下に公開裁判を経て執行されるようになった。国家は成立した時点から権威的存在になり、国家の刑罰概念も権威思想を基本として構成された。したがって、犯罪は権威に対する侵害と反抗とみなされ、刑罰は権威の維持と報復のためであった。ドイツの法学者シュタール (F. J. Stahl) は「刑事上の正義とは、国家に対して反抗し

た者を抹殺し、または苦痛を与えることによって国家の権威を回復することである」と表現している⁽¹⁾。これは、死刑制度の初期における根拠でもある。

しかし、多くの人びとは、必ずしもこのような理由を信じてはいなかった。ベッカリア(Beccaria)は1764年に、以下のように死刑制度を非難した。「賢明な政体にとって死刑は本当に正しいことなのか。人間が同胞を虐殺する権利は一体誰が与えることができたのか」⁽²⁾と。200年以來、人びとはこの問題を反省してきた。今日の世界各国で行われている死刑存続論に関する議論は、まさにこの問題に対する反省といえよう。死刑の正当性に対する見解には多様なものがあるが、社会の現実に適応し実践に耐える死刑の根拠は応報刑論である。応報刑論の裏側に潜んでいる思想は、近代法治の理論と理念である。応報刑論は、19世紀の法治国家における死刑の根拠であった。しかし、社会の多元化と複雑化によって、ハードな法治はしだいに「ソフト化」されてきた。目的や利益などの要素が立法と司法において重要な役割を果たすようになり、応報刑論の地位は動揺してきた。応報刑論に代って、総合的な応報、威嚇、功利主義、国の実情や人民の意思などを内容とする政治刑論が、一部の国家でしだいに死刑の根拠となってきた。

註

- (1) ラードブルフ著『法学入門』Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1929.”(米健訳)、中国大百科全書出版社、1997年版、86頁。
- (2) ベッカリア著『犯罪と刑』(黄風訳)、中国大百科全書出版社、1993年版、45頁。

2. 法的応報刑論……近代法治国家における死刑の根拠

死刑の正当性に対して疑問を投ずる立場は、近代ヨーロッパの自然法学論にその端源がみられる。自然法学理論における天赋人權の理念は、近代社会契約論と自然権の理論を産んだ。イギリスの思想家ロック

(John Locke) やイタリアの法学者ベッカリーアは、これらを根拠に死刑（制度）には根拠（正当性）がないと非難した。自然権の観念からすれば、生命権は生まれながらの権利であり、神聖かつ不可侵の権利である。社会契約を締結して政府を作るさいに、人びとは生命権に対しては無条件にこれを留保する。つまり、社会契約説と自然権論には致命的な欠陥が存在する。したがって、理論的な面では華麗に論証できるとしても、基本的に事実上の根拠はない。

ヘーゲル (Hegel) はこのようなロマン主義を強力に批判する。ヘーゲルからすれば、社会契約説と自然権の理論は、個人およびその権利の本質を歪曲し、社会と国家の本質さえ歪曲することになる。ヘーゲルにとって、天賦の権利は抽象的な権利にすぎず、権利の真の源は理論的演繹から得た絶対的な命令ではなく、共同体の倫理的な生活である。国家も個人の連合ではなく、団体の連合であり、最初の団体は家庭である⁽³⁾。

ヘーゲルは弁証法の観点から出発して、死刑の根拠を語っている。すなわち、ヘーゲルにとって死刑の根拠は、絶対的応報論である。ヘーゲルは、犯罪は犯人が自由意志に基づいて行った行為であり、自由意志は人間理性の本質であるため、犯罪を否定してようやく承認される。刑罰はこの否定を実現する手段にすぎない。人を殺した者に死刑を適用する理由は、犯罪者を殺すことによって殺人を否定するためである。したがって、殺人者を殺すのは、犯罪者の自由意志の体现である⁽⁴⁾。法律との関連からすれば、犯罪は法律に対する否定であり、刑罰は犯罪に対する否定であるから、刑罰を通じて犯罪を克服することは、犯罪の無価値を示し、法律の有効性を表わすことになる⁽⁵⁾。ヘーゲルは自然権論と社会契約説の虚しさを批判するとともに、早期の応報論である神意応報論と道義応報論も捨てて、法律自体から死刑の根拠を説明する法律応報論を創造した。

法律に基づいて応報刑論のシステムを構築したのは、カール・ビンディング (Karl Binding) である。カール・ビンディングの法律応報主義によれば、犯罪は法律規範に違反した行為であり、刑罰は規範を犯したこ

とへの具体的な法律上の結果にほかならない。刑罰を通じて犯罪を否定することによって、法律の秩序は維持される。しかし、刑罰の程度は損なわれた法律秩序の損害の大小と正比例しなければならない。ビンディングは法律秩序を維持する必要から応報刑論を主張したのである⁽⁶⁾。

法律的応報論は刑罰の根拠を法律自体から説明する。そこに内在する論理は、1. 犯罪は法律に違反することによって法律秩序を侵害する。2. 刑罰は犯罪を制裁する手段として犯罪者に実施されるもので、犯罪によって破壊された法律が強化される。3. 法律の強化を契機に、犯罪によって侵害された法律秩序が回復される⁽⁷⁾。このような論理の出発点は、法規範の正当性と犯罪の非難性である。「基本的に、応報はある種の一致した社会モデルに基づいて働く。この社会モデルに従って、社会は法律もしくは規範体系を通じて正しく行われる。逆に、犯罪者は誤った行為をする」⁽⁸⁾。法律の至高性を強調し、法律の権威を維持しようとするのは法律的応報刑論の特色であり、核心である。法律的応報論者にとって「法律に従って正しく行為する社会」は、近代法治国家の理想でもある。この点についてラードブルッフ(G. Radbruch)は感銘深く語っている。「報復思想は同時に法治国家思想の表れでもある。応報ならびに応報による威嚇の思想をもって、ほとんど一世紀にわたってドイツ刑法を支配したのは、ほかでもない法治国家思想の信奉者、カントとフォイエルバッハだった⁽⁹⁾。」近代法治国家における基本理念は法律による統治と規則の自治である。制定された法律規範はそれを維持し、守らなければならない。法律以外の要素は絶対に判決の理由になってはならない。法律規範は形式上論理的に明確かつ首尾一貫していなければならない。そして、すべての実際の事案に適用されなければならない。そして、規範の核心は、二つの形式的要素、すなわち、法律の確定性と予測性である。罪刑法定主義、罪刑相当の原則および法律的応報刑論は、量刑のために教育刑と保安処分よりもっと明確な標準を提供する。そうすることによって、行為と責任に基づく刑罰に対して、画一的な対応が可能になる⁽¹⁰⁾。法律的応報刑論は、明確な行為モデルと法律効果を与えることに

よって、人びとの行為を規律し、また権力を制限し、行為の効果（犯罪と死刑を含む）を予測することが可能になる。

近代法治国家における法律的応報刑論は、社会の発展とともに不断に進化してきた。近代国家が強調する刑罰の専属性、従属性、特定性のほかに、内容の面でも「同害から等価へ、等価から当然へ」進化してきた。犯罪者に対する処罰は、罪刑評価基準の完全な抽象化を実現し、犯罪予防の目的をもつまでに至った⁽¹¹⁾。新しくなった応報刑論は、社会の進歩に応えることができた。そして、功利主義刑罰論と政治的刑罰論のために一つの契機を与えた。

註

- (3) ヘーゲル著『法哲学原理』（範揚、張企泰訳）商務印書館、1961年版、176頁。
- (4) ヘーゲル著『法哲学原理』前掲、103頁、108頁。
- (5) 馬克昌主編『刑罰通論』、武漢大學出版社、1994年版、29頁。
- (6) 馬克昌主編『刑罰通論』前掲、29頁。
- (7) 邱興隆著『刑罰に関する哲学』、法律出版社、2000年版、36-37頁。
- (8) Philip Bean, Punishment: A Philosophical and Criminological Inquiry, p17. 前掲邱興隆書、37頁より引用。
- (9) ラードブルッフ著『法学入門』前掲、86頁。
- (10) ラードブルッフ著『法学入門』前掲、86頁。
- (11) ラートブルッフ著『法学入門』前掲、86頁。

3. 政治刑論……現代国家における死刑の根拠

刑罰学説の歴史からいえば、応報刑論の通説的地位を動揺させたのは功利主義刑罰論である。功利主義刑罰論によると、死刑を含む刑罰の作用は応報ではなく、犯罪者を処刑することによって社会に一定の実際的な利益を与えることである。すなわち、「功利」を実現することが刑罰存在の正当性である。この点は刑罰がもっている犯罪予防の効果という点で典型的に現れる⁽¹²⁾。したがって、死刑の根拠は社会への功利観念にあり、その目的は犯罪の予防にほかならない。応報刑論はまた、20世紀の

国際人権論と人権事業の発展の挑戦を受けた。生命権は人権の基本内容としてしだいに広く認められ、多くの国ではすでに死刑を廃止している。応報刑論では、こうした現象を合理的に説明することはできない。

功利主義と人権論は応報刑論の欠点を暴露させたが、二つの理論が死刑存置論の完璧な解答になることができるか否か、いまだ疑問である。

功利主義刑罰論は死刑存置論に明確な答案を提示できない。功利主義の出発点は一般予防であるが、死刑が予期した予防作用をもっているかどうかに対して、議論は一致していない。たとえば、ベッカリーアは死刑の威嚇作用を否定し、終身苦役の威嚇作用が死刑より大きいことを認めている。したがって、ベッカリーアは一般予防の観点からすれば、死刑の必要性は乏しいと主張している。イタリアの犯罪学者エンリコ・フェリー（Enrico Ferri）もベッカリーアの観点を支持している。日本の法学者瀧川幸辰も、死刑の威嚇力を誇張することは迷信に過ぎないとする。これに対して死刑を支持する論者たちは、死刑は最大の威嚇作用をもっていると主張する。スティーブンスンは「他の刑罰は、いくら恐ろしいであっても、人に希望を残す。だが死刑は死を意味する。したがって、死刑のもたらす恐怖は形容することすらできない」と指摘する。死刑のもつ特有の威嚇作用を主張する学者のなかには、イタリアの法学者ガロファロ（Baron Raffaele Garofalo）がいる。おもしろいことに、フェリーとガロファロの結論は正反対であるが、二人とも実証分析の方法を利用しており、また実際の調査資料を根拠にしている点である⁽¹³⁾。この事実からあきらかなように、功利主義は死刑の存置論に根拠を与えることはできない。

人権論も克服し難い難問をもっている。まず、人権概念は法概念であると同時に道徳的概念でもある。法概念としての人権概念は特定の共同体に属する者しか保護できない。つぎに、人権の普遍的意義と人権を実現する具体的な条件とのあいだには、特殊な緊張関係が存在する⁽¹⁴⁾。したがって、死刑廃止論者は道義的には死刑を人間の尊厳を損なう人権侵害行為であると非難することは可能であるが、実際にはアメリカ、中

国、ロシア、日本、インドなどの国を初めとする多くの国では、いまだ死刑を留保し、適用している。したがって、理論的な説明を加える以外に人権論は何の役にもならない。UNの「市民の権利と政治的権利に関する条約」は、このような矛盾を反映している。すなわち、条約は生命権を「人間に固有」な、「奪うことのできない」権利であると定めて、各国が無条件的に死刑を廃止するように促しているが、この条約は加盟国に対して実質的な拘束力をもっていない。死刑制度の存在が普遍的、客観的事実になっているため、人権論派の態度はしだいに柔軟になってきている。有名な学者ミルヌは、生命権は基本的人権であると固守しつつ、このように述べている。「殺人者は道徳的には、自分が任意に殺害されることに反対できるが、死刑の執行に反対することはできない。その理由は、法律のなかに殺人罪に対して死刑を科す規定が存在する以上、実行されるのは任意の殺戮などではなく、まさに死刑であるからである」⁽¹⁵⁾。このことは、彼が実際には婉曲にはあるが、死刑の正当性を認めていることを物語っている。

上記の分析からみて、死刑存置の真の理由は功利刑論や人権論ではないことがわかる。世界各国の死刑に対する異なる態度や死刑制度の相違は、我われに絶対的真理を放棄するよう求めている。すなわち、唯一の原則や学説によって、死刑制度を否定する、あるいは死刑制度の正当性を語ることはできない。ハーバマス（Jurgen Habermas）は人権の本質を論じるさいに、叡智溢れる指摘をしている。「いわゆる“規範の観点”からものを評価するというのは空しい話に過ぎない⁽¹⁶⁾。」この観点を、死刑制度に適用するならば、死刑の根拠を各国の政治、経済、文化、法律制度の伝統や現状をもとに分析しなければならない。

各国の死刑制度の存在いかんを決定づける要因はさまざまある。本稿が提起する政治刑論は、これらの要因を総合的に考察して死刑の根拠を示したものである。各国は自国の法律伝統および社会状況に鑑み、政治的動機を総合して立法の手續を経て刑罰を設け、執行するわけである。

アメリカの法学者フリードマン（Worfgang Friedmann）が指摘する

ように、現実のなかで運用されている法律制度は構造や実体と文化が総合的に作用して成り立つ複雑な有機体である。したがって、そのなかに属する一部分の問題を解決するためには、他の部分まで動かす必要がある。法律制度に生命力と真実性をもたらすのは、法律の外にある生々しい社会現実である⁽¹⁷⁾。死刑制度は正にそのような制度であって、死刑制度の根拠は外部世界のさまざまな要素を総合した政治刑論であり、政治刑論は死刑制度それ自体の存在の正当性、立法理由および複雑な社会背景などを説明できる。死刑制度のある国で正当性をもつのは、まず立法手続による合法性である。そして、この正当性の裏面にあるのは死刑を留保すべきさまざまな理由や考量要素であり、政治的動機の形式として立法手続に参加し、死刑がある国の刑罰制度になるのを推し進めている。ここにおける政治的動機には、①応報刑論による刑罰の公平 ②功利刑論による刑罰の威嚇性、伝統的観念の死刑制度に対する肯定、たとえば“人殺しは殺すべきであり、傷害や窃盗行為は処罰に相当する”などの認識がそうである。④一国の犯罪状況、⑤人民の意思、たとえば国民投票やアンケート調査など、⑥死刑執行の経済的效果などが含まれる。

世界各国にまだ残っている死刑制度は、すべてこのような要素と不可分の関係にある。ただ各国の状況によって微妙な差異が存在する。しかし、政治刑論は以下のような現象をうまく説明できる。すなわち、ある国では死刑を一時的に廃止したにもかかわらず、なぜ、その後また死刑制度を復活したのか。たとえば、旧ソ連や1977年以後のアメリカがその一例である。；一部の国では死刑制度は残してはいるものの実際には使っていない。トルコがその一例である。；一部の国では、なぜ一定時期に死刑の適用を拡大する傾向が見られるのか。たとえば1979年後の中国がそうである。；反対に、死刑の適用を制限する国もある。アルゼンチンがその例である。

註

(12) 邱興隆・許章潤著『刑法学』、中国政法大学出版社、1999年版、35頁。

- (13) 胡雲騰著『存と廃——死刑の基本理論研究』、中国検察出版社、2000年版、73-74、113-114頁参照。
- (14) ハーバマス講演集『人権の文化間性について——仮想的問題と実現された問題』、曹衛東訳、公法評論サイト//www.gongfa.com
- (15) ミルヌ著『人間の権利と人間の多様性』夏勇、張志銘訳、中国大百科全書出版社、1995年版、178-179頁。
- (16) ハーバマス講演集『人権の文化間性について——仮想的問題と実現された問題』（曹衛東訳）、「広報評論」サイト//www.gongfa.com
- (17) フリードマン著『法律制度』（李琮英、林欣訳）、中国政法大学出版社、1994年版、17-18頁。

4. 政治刑論を合法化させる前提；立法の民主化

政治刑論は、死刑制度が存在する国における死刑制度の正当性の根拠となり、死刑立法にその理由と説明を提供する。しかし、見過ごすことができないのは、死刑制度は多くの欠陥を内在させていることであり、死刑制度を制限ないし廃止する傾向は、世界的に死刑制度が歩む方向になりつつことである。

死刑の更正不可能性や非人道性は、客観的に存在する事実である。死刑が万一濫用された場合は、考えもつかないような結果をもたらしかねない。したがって、政治刑論が死刑制度に正当性を賦与するためには、明確なけじめをつけることによって、重い刑罰を以って犯罪を無くすべきであるとする観点や（「以刑去刑」）、刑罰の軽重は時代によって異なるべきであり、太平の時期には軽い刑罰を、乱世の時代には重い刑罰を科すべきであるとする観点（「刑罰世軽世重」「治乱世当用重典」）などの封建的思想と、専制主義的政治とは区分すべきである。本稿では、政治刑論の合法化の条件は、立法の民主化であると考えている。民主的立法こそが、現代の政治刑罰論と専制的政権における刑罰観念を区分し、死刑に正当性を与えるものである。

立法は国家機関が社会的行為を調整するために、法規範を制定する活動である。立法における民主化は、立法の民主的手続きのレベルを高めるために必要である。そのことによって立法主体がもっと代表性をもつ

よくなれば、立法過程がもっと透明化し、開放的、合理的になり、立法の結果がより一層真实的、普遍的、平等的になる。立法民主化の主な内容には、以下のことがらを包含すべきである。①立法機構は人民の意思を反映すべきである。国家を代表して立法権を行使する主体は、民主的手続を経て民衆によって選ばれた者でなければならず、立法主体は人民の意思を重視し、人民の利益と意見を最高の命令と考えなければならない。②立法決定の民主化。立法は主観的意思によってではなく、人民の意思を反映しなければならない。③立法の起草における民主化。草案は公布されなければならない。そして各分野の利害関係者の意見を聞き、人民の意見を聴取しなければならない。④立法手続きの民主化。まず、立法機関は民主的立法手続を実施しなければならない。たとえば、公開性、討議性のようなもの。そして、国民と社会団体の立法手続への参加、影響、監督が必要である。⑤立法内容の民主化。立法は憲法に違反してはならない。立法は国民の合法的権利と自由を侵害してはならない。同時に必要な限り国家権力を制限しなければならない⁽¹⁸⁾。

生命権は国民のもっている重要な権利である。したがって、生命権を重視し、尊重しなければならない。死刑立法は、必ずや民主的な立法手続に従って進めなければならない。立法における民主化を実現できた国に限って、政治刑論は死刑正当性の根拠となり得る。死刑の根拠が単純な法律的応報論から多元的政治刑論に進化したのも社会の民主化を反映している。同時に、民主主義国家であってこそ、死刑の適用とそのマイナス作用を最大限になくし、最終的には死刑を廃止することが可能になる。

註

(18) 李林「立法権と立法の民主化について」『清華法治論衡』第1輯、清華大學出版社、2000年版、190-251頁参照。

※ 原著である傅義・陳林林「反思死刑的根拠：從報応到政治」は、『杭州商学院学报』（原浙江省政法管理干部学院学报）2002年第3期（総第54期）52頁以下に掲載されている。

※ **原著者紹介**

傅義氏は元浙江工商大学講師であり、陳林林氏は現在、浙江財経学院の講師と伝えられる。連絡がとれず、略歴および著書・論文等の詳細については不明。両氏との連絡について、中国社会科学院法学研究所副教授の陳根発博士にお手数を煩わした。記して感謝の意を表す。

VI. 非暴力的犯罪に対して死刑を次第に廃止する問題

趙秉志 (Zhao, Bing-Zhi)

中国人民大学法学院教授

目次

1. はじめに
2. わが国の現行死刑政策の確立と実施
3. わが国の立法、司法実践と現行死刑政策の乖離
4. 現行死刑政策の再構築および非暴力的犯罪に対する死刑廃止の要請
5. むすび

1. はじめに

死刑政策は、わが党と国家が制定した死刑の設置および適用に対して普遍的な指導意義をもった行為準則であり、わが国の刑事政策の重要な内容である。わが国の刑事政策をまとめると「できるかぎり殺さない、死刑執行を慎重に扱わなければならない、死刑を執行しなくてもいい場合には、死刑を執行してはならない」「(少殺、慎殺、可殺さなくてもいい可不殺的堅決不殺)」方針である。この方針は「制裁と寛容を相互に結びつけた」刑事政策の死刑設置と適用の面における重要な表現である。この政治政策の核心を勘案すれば、非暴力的犯罪に対する死刑廃止の問題は、一日も早く議事日程に加えなければならない。

2. わが国の現行死刑政策の確立と実施

1922年6月15日の「中国共産党の時局に関する第一次主張」では、すでに「死刑廃止」のスローガンを提起していたが、まだわが党の死刑政策にはなっていなかった。はじめて体系的にわが党の死刑政策を論じたのは、毛沢東である。抗日戦争が始まって以来、毛沢東は死刑のもつ威嚇作用を強調すると同時に、再三にわたり少殺、慎殺、乱殺を厳禁する思想を提起した。1948年1月、毛沢東は「政策に関して」という論文のなかで、以下のように刑事政策を明確に提起している。「少殺の政策を堅

持し、乱殺を禁止する政策を貫徹しなければならない。多殺、乱殺を主張するのは間違いである。多殺、乱殺は、わが党が同情を失い、群衆から離され、孤立させられる。」同年2月、彼は「新しく解放された地域における土地改革の要点」において、「乱殺を厳禁する。少く殺すほどよい」と死刑政策を再び強調した。中華人民共和国が成立した後も、毛沢東は再三にわたって警告している。「殺さなくてもいい場合には、決して殺してはならない。もし、このような場合に人を殺したならば、誤りを犯すことになる」と。毛沢東の死刑に関する思想は元老達にも広く認められることになった。長い間、国の司法を導いてきた董必武と彭真も、この点を再三強調している。これらの生き生きとした奥深い論述は、終局的には、わが国の理性的死刑政策である「少殺、慎殺、殺さなくてもいい場合は決して殺してはならない」に凝縮された。この政策は、建国後、しばらく立法、司法実践活動のなかで死刑の設置と適用のための遵守すべき原則となった。

その後、わが国は立法と司法実践のなかで、上記の死刑政策を鮮明にし、これを貫いてきた。1979年6月7日、当時、全国人民代表大会副委員長を務め、刑法の制定を主導していた彭真は「『中華人民共和国刑法』草案に関する説明」において、わが国ではまだ死刑を廃止することはできないが、できるだけ死刑の適用範囲を減らすべきである、と指摘した。このような政策の下で、1979年の刑法典が制定される前に行われた数回の刑法草案では、死刑の適用を厳しく制限することになった。たとえば、そのほとんどが1979年刑法の原本となった1963年の「中華人民共和国刑法草案」第33稿のなかで、死刑に関する条文はただ17か条であり、各論の10分の1に過ぎなかった。そして、死刑に関する条文の大多数は反革命罪であり、経済犯罪や財産犯罪などの非暴力的犯罪に関する死刑規定は設置されていなかった。1979年の刑法典は、上記の死刑政策を熟慮したうえで、総則では死刑適用の要件を「罪が深刻な場合」に制限し、死刑の対象と手続きの面においても死刑の適用を制限した。また、各論でも死刑政策の精神を尊重して、死刑の条文を15か条にまで減らし、死

刑罪名を28個に限定した。後に、職務犯罪の領域に帰属された横領罪以外の経済、財産犯罪と社会管理の秩序を妨害した罪などの非暴力的犯罪に対しては、死刑の規定は置かれていなかった。

3. わが国の立法、司法実践と現行死刑政策の乖離

しかし、1979年刑法典が頒布されたのち、重大な経済犯罪と重大な刑事犯罪がますます増えたことや、社会の治安が悪化したことを契機に、重罰主義思想が一時期流行するようになった。法律実務機関では死刑を迷妄的に信奉し、死刑にすぎた心裡が強かった。したがって、法律実務においては、ますます「少殺、慎殺、殺さなくてもいい場合には殺してならない」死刑政策とかけ離れるようにすらなった。

そして、立法実践の面からいえば、死刑を定めた刑事条文がしだいに増えてきた。1997年の刑法典が頒布される以前、立法機関で増設した20個の特別刑法のなかでは、49種類の死刑規定を増設し、死刑罪名も急激に増やし、その比重は全罪名のなかで大きく伸長した。そして、経済犯罪や財産犯罪などの非暴力的犯罪のなかでも、死刑条項が数多く設置された。実質的には、軽率な立法が司法実務と直接につながって死刑執行の氾濫をもたらしたことになる。水門があげられて、洪水をせき止めることが不可能になったのであった。

司法実践の面からいえば、重罰主義がますます主導的な思想となった。多くの司法実務者は、犯罪を抑制、減少するためには立法的次元で死刑の条文を増やして法定刑のなかで死刑が占める比重を高めるべきであり、司法面では、死刑適用と重刑を増やして「厳打」作用を強調しなければならない、と考えた。さらに「重い刑罰の方法で、早く、厳しく重大刑事犯罪を抑える」刑事政策をとり、それを長期的任務としなければならないと考えたのである。一部の地域では、司法実務者ないし幹部が「殺さなくてもいい場合であっても殺すべきである」という政策を採ったことから、このような傾向を伺い知ることができる。死刑の適用数を司法部門の業績を評価するさいの重要な基準と規定した地方さえある。

その結果、死刑の適用数は驚くべきスピードで伸びた。このようなやり方が、わが国の「少殺、慎殺、殺さなくてもいい場合には殺してはならない」という刑事政策との乖離を招致させた。

4. 現行死刑政策の再構築および非暴力的犯罪に対する死刑廃止の要請

立法と司法実践のなかで、一度は「少殺、慎殺、殺さなくてもいい場合には殺してはならない」という司法政策と乖離したこともあったが、わが国の刑法理論と実務界では、始終この政策をわが国の現行の政治政策であると認めてきた。1997年の刑法の改訂作業においても、一部の進歩的思想をもつ学者たちは死刑の条文を減らして、死刑政策を貫くべきであるとアピールしている。立法機関では、社会治安の厳しきや経済犯罪の氾濫、そしてわが国現在の死刑意識などを考慮して、結局は、現有の死刑条文を「原則的には減らすことも増やすこともしない」という立法政策をとったが、一般的に1997年の刑法典は、立法の面でできる限り死刑を制限する方向へ大きな努力をしたものと認識され、実質的に死刑政策を再確認したものと評価されている。具体的には、①死刑適用の対象を「罪が深刻な場合」から「罪が極端に深刻な場合」に限らせた。この変化からみて立法者たちが意識的に死刑を減らそうとしたことが分かる。②18歳未満の犯罪者と裁判時に妊娠している女子に対しては死刑を適用しない、と規定し、1979年刑法典にあった18歳未満16歳以上の未成年犯罪者に対する死刑の猶予執行2年の規定を削除した。③死刑批准機関を明確に最高裁に制限して、死刑許可手続の面から死刑の適用を制限した。④罪名の設置の面からいえば、死刑条文と死刑という罪名の罪名体系における比重を減らした。1997年刑法典は、47条文で64個の死刑という罪名を設けているが、それぞれ各論と罪名体系の13.4%、15.5%占めており、それ以前の刑事法に比べるとその比重が低くなっている。⑤故意傷害罪や窃盗罪などに対する具体的な死刑適用の面について、厳しい制限が行われた。⑥合理的ツールを経て部分的ではあるが死刑という罪名を削除した。たとえば、封建的迷信活動を組織、利用して

行う反革命活動罪や、反革命殺人罪、浮浪者犯罪などの削除がそれである。

勿論、1997年刑法典は現行死刑政策を完全に、かつ充分には貫徹してはいない。死刑条文と死刑という罪名がまだ数多く定められている事実、そして絶対的死刑条文の存在をひとまず棚上げしても、経済犯罪や財産犯罪などの非暴力犯罪にまで広く死刑を適用している点では、明らかに現在の死刑政策と離れている。現行の死刑政策からいえば、死刑は罪が極めて深刻な犯罪者に限って適用しなければならない。いわゆる罪が極めて深刻であるとは、犯罪の性質が極端に重く、犯罪の程度が極端に重く、また犯罪者の人身的危険性が極端に大きい場合をさす。言い換えれば、死刑は国民、社会、国家の重大な利益を犯した極端に重大な犯罪に限って適用すべきである。死刑内容の核心から分かるように、どれほど深刻な非暴力的犯罪であっても、殺してはならない、殺すべきではない場合に属する。一步譲っても「殺さなくてもいい場合」に属し、このような考え方こそ、「少殺、慎殺」思想をよく反映した考え方である。

事実上、非暴力的犯罪は犯罪構成の要件という面で暴力の要素を含めていないばかりでなく、他人の人身をその対象としないため、その社会的危害性を故意殺人のような暴力的犯罪と区別しなければならない。非暴力的犯罪をその罪が極端に深刻と評価することはできない。しかし、わが国の1997年刑法典のなかで、法定最高刑が死刑である非暴力的犯罪は44種類にも達しており、全部の死刑罪名の69%を占めている。非暴力的犯罪と故意殺人などの暴力犯罪の社会的危害性は明らかに異なるものであるにもかかわらず、非暴力的犯罪の法定最高刑を死刑と規定したのは、明らかに刑罰の程度と罪の程度は一致しなければならない原則、即ち刑罰等価性の原則に違反したことになる。

5. むすび

今日、死刑廃止あるいは死刑の適用を厳格に制限する方向は世界的趨勢である。我われは、現在、国内で広く存在する死刑に対する過度な盲

信とこれに依存することに対して果敢に立ち向かい、理性的に反省して国際的な波と趨勢に従わなければならない。司法実践からみれば、死刑を含めた重刑の威嚇力が上昇しつつあるが、犯罪率の抑止と社会治安の情勢を回復させるための作用に限られていることが分かる。清末の法学者沈家本が指摘したごとく「犯人に重い刑罰を科することによって犯罪を予防することが可能であるとする人もいるが、重い刑罰は真に犯罪を予防できるのか。私は不可能であると思う。そればかりか、重い刑罰の適用によって犯罪は増えるであろう。

わが国の現状から言えば、今ただちに死刑を廃止することは非現実的であるが、死刑制度には克服できない矛盾が内在しているため、「少殺、慎殺、殺さなくてもいい場合には殺してはならない」とする現行の死刑政策を一貫しなければならない。このような死刑政策を貫くことによって、死刑を適用するには過酷すぎる場合、あるいは死刑の執行によって価値のバランスが崩れるような犯罪については、立法を通じて死刑の適用を廃止すべきである。現段階においては非暴力的犯罪に対する死刑の適用を段階的に廃止する問題を真剣に考える必要がある。とくに具体的な被害者が存在しない非暴力的犯罪や他人の人身的基本権利に対する潜在的危険の存在しない非暴力的犯罪に対しては、立法手続を経て、できるだけ早く死刑の適用を廃止すべきである。

※ 原著「從中国死刑政策看非暴力犯罪死刑的前逐步廃止問題」は、趙秉志主編『中国廃止死刑之路探索——以現階段非暴力犯罪廃止死刑為視角』（中国人民公安大学出版社、2004年）11頁以下に掲載されている。

※ 原著者紹介

趙秉志 (Zhao, Bing-Zhi, 1956～)

中国人民大学法学修士 (1984年)、同大学から法学博士の学位を取得。(1988年)。中国人民大学法学院副院長、教授、大学院博士課程指導教授。

国家重点研究処に指定されている中国人民刑事法律科学研究センター主任。中国法学会刑法学研究会副総幹事、最高人民検察院研究室顧問等を歴任。1995年に中国法学会において第1回全国10名傑出青年法律家の一人に、1999年に国家教育部において「世紀を超える中青年指導者」に選出されている。主編、共著、単著、論文は130余を数える。代表作として著書『犯罪主体論』(1989年、中国人民大学出版社)；主編『犯罪未遂の理論と実践』(1987年、中国人民大学出版社)；主編『改革開放における刑法理論と実務』(1994年、吉林人民出版社)；主編『刑法研究シリーズ』全5巻(1996～97年、中国法制出版社)；主編『重点難題犯罪に関する司法実務研究』全7巻(2000年、吉林人民出版社)等がみられる。

訳者は、原著者の法人犯罪論、すなわち「法人は犯罪主体にならないことに関する一考察」を訳出したが、その末尾に趙秉志教授の詳細な著書・論文等を掲げた。『札幌学院法学』第17巻1号(2000年)204頁以下を参照されたい。

訳者あとがき

死刑というものが犯罪者の自己の利益に役立つものであるとは、いかなる方法によっても証明することはできない。なぜなら、死刑は、現実に利益の主体を絶滅させてしまうからである。

(ラートブルッフ)⁽¹⁾

1989年12月、国連総会で死刑廃止議定書、すなわち、「死刑の廃止を目的とする『市民的及び政治的権利に関する国際規約』の第二選択議定書」が採択された。その前文は、『死刑の廃止が人間の尊厳の向上と人権の漸進的な発展に寄与することを信じ、……『市民的及び政治的権利に関する国際規約』の第6条が、死刑の廃止が望ましいことを強く示唆する文言により死刑の廃止に言及していることに留意し、死刑廃止のあらゆる措置が生命に対する権利の享受における進展と考えられるべきことを確信し、このため死刑を廃止するという国際的な約束を行うことを希

望して、次のとおり協定した。』と宣言し、第一条は、「1 この議定書の締約国の管轄内にある者は、何人も死刑を執行されない。2 各締約国は、その管区内において死刑を廃止するために必要なあらゆる処置をとる。」と規定する⁽²⁾。この議定書は、1991年7月に発効したが、日本とアメリカは、批准はもとより署名すらしていない。この間、EUの欧州評議会議員会議は、2001年、日本とアメリカに対して遅滞なく死刑執行の停止と死刑廃止の措置をとることを勧告し、2003年1月までに重要な進展がみられない場合は、欧州評議会のオブザーバーとしての地位の停止が検討された経緯がある⁽³⁾。

さらに、2003年夏、欧州連合憲法協議会による「欧州憲法に関する条約草案」が公表された。その草案の第二部第1条（人間の尊厳）は、「人間の尊厳は不可侵である。それは尊重され、かつ、保護されなければならない。」とし、第二部第2条は、「(1) すべての人間は生命への権利を有する。(2) 何人も死刑を宣告され、または執行されてはならない。」と規定している⁽⁴⁾。こうしてみると、死刑を廃止しようという世界的潮流は確かなうねりとなって、日本をはじめ、中国、韓国、台湾などアジアの死刑存置国に決断を迫っている。

本訳稿では、韓国、台湾、中国における6篇の研究論文を紹介する。韓国の2論文は元高麗大学教授沈在宇博士からの推薦によるものであり、中国の趙秉志論文は趙教授の自薦によるものである。東アジア、なかでも中国における死刑廃止ないし制限へ向けた研究論文は年を追って増え、ゆっくりではあるが着実に前進している。

まず、韓国の代表的死刑廃止論の一つである韓寅燮「歴史的な遺物としての死刑……その理論的・政策的検討」では、「韓国における死刑実態」が実証的に説述されており、政治犯に対する処遇、ちなみに「死刑の政治的濫用」、「誤判の実態」を明らかにされている。この点は、「東アジアにおける死刑廃止論考」(2)の許一泰「韓国の死刑制度の違憲性」で指摘された韓国に固有な問題点である⁽⁵⁾。韓寅燮教授は、死刑廃止の段階的方法を掲げ、「特別な危険」がなければ法務大臣は死刑執行に署名せず、執行を

事実上猶予しなければならないことを指摘している。さらに韓寅燮教授は、本訳稿に向けて「最近の趨勢」三点を記して、まず1.として、韓国では1998年から2004年に至る7年間、死刑未執行の状態が続いていること、2.として、韓国の宗教団体、市民団体の努力が実り⁽⁶⁾、国会議員の過半数の署名を得て「死刑廃止に関する特別法案」が国会に提出されたこと、3.として、この間「最高裁判所は、下級審の死刑判決を次々と破棄して、量刑に関する審理と調査をより忠実にを行うよう」新たな判決を下したことを紹介している。

ついで、金政友教授の論文「死刑制度を廃止するための神学的弁論」は、キリスト者として著したまさに「神学的弁論」である。なかでも「神学と教会の歴史に現れた死刑制度」に対する論述は、“人間の尊厳”が確立されていく過程を学ぶ上で参考になる。死刑廃止を訴える金政友教授論文の核心は何よりも人間の尊厳である。金政友教授はいう。人間の尊厳は人間自らみつけることはできないもので、神によって宣言されたものである。すべての人間の矛盾を超越するものである。したがって死刑は、後悔と償いの機会を奪い、いかなる価値にも代替できない不可侵の人間の尊厳を侵害するものである。人間は、キリストの死と復活によって救済された存在であり、神によって与えられた未来へ向かって進む存在であるから、死刑は人間の尊厳に対する侵害は、社会から消去されるべき制度的暴力であり、制度的殺人にほかならない。したがって、たとえ神から遠く離れてしまった人間であろうとも、その者が神の愛の叫びを聞いている被創造物である以上、この被創造物を裁く権利は神だけが有するものであることを忘れてはならない、と⁽⁷⁾。

金政友教授は、「現存死刑制度の問題点」を6点掲げている。なかでも、アメリカの事例を引いて論証して「人種差別と死刑」は、死刑廃止への鋭い指摘である。いわく、アメリカでは「犠牲者が白人である場合は、犠牲者が黒人である場合に比べ五倍以上の者が死刑に処せられる」とする。これがまさに死刑の完全廃止を訴えた、2003年1月の「イリノイ州知事ライアン宣言」のきっかけとなった点である⁽⁸⁾。この差別こそ、神

によって創造された人間が、他者を差別して殺すという人間の驕りの極みであって、神に対する冒瀆以外のなにものでもないといえよう。

台湾からは、李震山著『人生尊厳与人権保障』（2000年）に掲載された1篇を扱った。掲載論文は、第二章従憲法観点論生命権之保障の四に位置する。李震山教授の死刑廃止論は、人間の尊厳を擁護する立場から、生命権をいかに保障するか、という視点で死刑廃止論を展開するものである⁽⁹⁾。その論点の一つは、立法者は死刑制度の下で裁判官に裁量の余地のない「絶対死刑」を求めるが、司法上の比例原則に立脚して、「裁判官は、斟酌する余地があれば死刑囚の行為責任の分配を考慮すべきである」とする。とくに「唯一死刑」は裁判官に対して事情の軽重により裁量する権限を剥奪するものであって、裁判の結果として、憲法上の平等の原則に反する疑いがあるという。この間、身代金目当ての誘拐について、事情や結果を問わず一律死刑とする法定刑の解釈について、台湾大法官会議が、事情が軽く法が厳しいとみられる場合、裁判官が刑法第59条、同第347条5項に依拠して厳しすぎる刑罰を回避したとしても、憲法に抵触しない、と解釈したことを上げている。このことは、裁判官に犯行と罪責について、これを衡平に考慮するチャンスが与えられたことになる⁽¹⁰⁾。さらに、人間の尊厳を掲げるのみでは充分ではなく、その尊厳保護の具体化が重要であって、ドイツ連邦裁判所が掲げる刑事犯は「再社会化を要求する権利」“Anspruch auf Resozialisierung”があることを指摘し⁽¹¹⁾、刑事政策における人間の尊厳の具体化を訴えている。

東アジアでもっとも多く死刑執行がなされている中国からは、死刑廃止ないし制限を目途とした論文三篇を選んだ。中国の場合、この問題は概ね二つの側面がある。一つは、死刑という超個人主義的な法制度に対する人権擁護、換言すれば中国的特色を有する社会主義法制への批判として論ぜられるもの、他は、共産党一党独裁の法制度を所与として肯定しつつ、そうした法治の在り方に対する改革の一側面として死刑を制限しようとするものである。前者に相当するのが剗作俊雄論文と傅義・陳林林論文であり、後者に当たるのが趙秉志論文といえよう。

まず、釧作俊論文は、最初に中国における刑事裁判官の素質を問責している。「裁判官法」に則り、真に「少殺慎殺」を實踐できる有能な裁判官の養成を訴えている。そして刑事裁判官は死刑適用の原則を守り、一般予防と特別予防の両面から、確実に謙抑、公平、目的の合致性の実現に努めなければならないとする。一方、裁判所は人材、資金、物資等の面で党と政府機関に多くを依存しているため、公正な裁判が困難である。人の生死を扱う審理である以上、必ずや司法の独立性を保ち、外部からの干渉を忌避すべきである⁽¹²⁾。次いで、司法解釈の明確性を訴えている。とくに死刑に関する司法解釈においては、拡張解釈、任意の解釈、あいまいな解釈を排除し、刑法の目的に制約された、条文に適應した厳格な解釈を行うべきものとする。また釧作俊教授は、1979年刑法第43条において、死刑に関する事件は、すべて最高人民法院による判決の言い渡し、あるいは再審決定を受けると定められているが、これが最初から実行されず、各地の高級人民法院がその権限を掌握しており、この規定が形骸化している実態を突いている⁽¹³⁾。最後に、死刑執行の方法について、刑訴法に規定されている銃殺か薬物注射の二種類のうち、死刑囚の意思でどちらかを選択させる選択権を賦与すべきだと主張する⁽¹⁴⁾。以上の指摘は、中国の死刑制度のもつ特殊な問題点を明らかにした論考である⁽¹⁵⁾。

「死刑の根拠を反省する」と題する傳義等の論文は、死刑存置国がこれを存しているのは眞の理由は功利論や人権論ではなく、単に政治的動機によるものであるとする。死刑を存置させている正当性の裏面にあるのは、政治的動機の形式としての立法手続である。政治的動機には、①応報刑論による刑罰の公平さ、②功利刑論による刑罰の威嚇性、③伝統的な観念による死刑観、④その国の犯罪状況、⑤国民の意思、死刑執行の経済効果等がある。これらが立法手続に反映され、死刑の合法性に根拠を与えている。しかし、政治刑罰が合法化される条件は立法の民主化にはかならず、立法の民主的手続きを高め、立法過程の透明性、開放性、合理性を保障しなければならない。傳義氏等は、立法民主化の主たる内容として、①立法機構に民意を反映させる、②立法決定の民主化、③立

法起草に対する民主化、④立法手続きの民主化、⑤立法内容の民主化を上げている⁽¹⁶⁾。

要するに、上述の民主的手続きによることなく立法された中国の多種多様な死刑条項に、果たして合法性があるか、正当性があるか、を問責している。この「死刑の根拠を反省する」（反思死刑的根拠）訴えには、従来の死刑存廃論を超えた、政治的動機の法的効力を問う、換言すれば中国の法改正を含む立法制度、立法過程それ自体に内在する本質的問題を指摘しているように思う⁽¹⁷⁾。

最後は、趙秉志論文である。論文名は「従中国死刑政策看非暴力犯罪死刑的逐步廃止問題」であって、正しくは「中国の死刑政策から非暴力犯罪に対する死刑を次第に廃止する問題について」と訳すことができよう。本訳稿のタイトルは、便宜的に短く省略した。さて、趙教授はいう。毛沢東の死刑に関する思想、すなわち「少殺、慎殺、乱殺厳禁」に従い、我が国の理性的死刑政策は、「できる限り殺さない、死刑の執行は慎重でなければならない、殺さなくてもいい場合は、決して殺してはならない」に凝縮される。1997年改正刑法は、この政策を完全かつ十分に貫徹していない。とくに47か条で64個の死刑罪を設け、経済犯罪や財産犯罪などの非暴力的犯罪にまで広く死刑を拡張している。この改正では、法定刑が死刑である非暴力犯罪は44種にも達しており、全死刑罪名の69%を占めている。非暴力的犯罪と故意殺人などの暴力犯罪の社会的危害性は明らかに異なるものであるにもかかわらず、非暴力的犯罪の最高刑に死刑を規定したのは、刑罰等価性の原則に反している。死刑廃止という国際的な趨勢に則して、いまや非暴力犯罪に対する死刑の適用を段階的に廃止する問題を真剣に考える必要がある⁽¹⁸⁾。

ここで指摘されている経済犯罪や財産犯罪などの非暴力的犯罪に対する死刑適用を廃止しようという主張は、中国では10年以上も前から李云龍教授や沈徳咏教授によって説かれていたものである⁽¹⁹⁾。世界の趨勢からすれば、遅きに失しているが、中国で有力な一群の刑事法学者たちによる公然とした主張であるだけに、非暴力的犯罪を死刑類型から外すこ

とは、中国の死刑廃止に与することは大きく、より積極的な展開として注目されよう。

以上、6篇を概観してきたが、積極的に死刑に対する代替措置を取り上げているのは李震山論文である⁽²⁰⁾。終身刑を「死刑廃止に向けた」“モラトリアム”(moratorium)とみる立場である。日本においても、死刑廃止を推進する議員連盟によって、「重無期刑の創設および死刑制度調査会の設置等に関する法律案」(2003年)が提案され、そして疑問視される「仮釈放をまったく許さない終身刑」導入の是非をめぐって議論が起きている⁽²¹⁾。李震山教授は人間の尊厳を説く人道的見地から、絶対的無期懲役刑を忌避し、むしろ15年間ないし25年間の長期服役の後仮釈放される相対的無期懲役刑を選択している。これはドイツやフランスの現行制度に接近するものである。

日本を代表する死刑廃止論者である金澤文雄博士は、論文「人間の尊厳と死刑制度」の終章において、相対的無期懲役刑説を採用しつつ、つぎのように記している。「私は重罪犯人といえども人間として更正し社会復帰する可能性を全く否定するべきではないと思うので、代替刑を作るとすれば、20年経過後仮釈放の可能性を認める〈特別無期刑〉が妥当ではないかと思う。しかし、菊田幸一が力説するように、死刑論者存置をも巻き込んで死刑廃止への第一歩を踏み出すためにそれが必要であるなら、現段階では終身刑を採用することは、賢明な選択であるといえよう。死刑廃止への〈一里塚としての終身刑導入〉という亀井静香の提案もその趣旨と解される」と結んでいる⁽²²⁾。キリスト者の立場から永く死刑廃止を訴えてこられた刑法学者の見解として傾聴すべきであろう。金澤博士は終身刑を肯定するものではない。厳密には、終身刑は死刑の代替刑ではなく、単なる橋渡しの手段にほかならず、まさに「死刑の廃止に向けた」一里塚にすぎないとする主張として理解されよう。

この「終身刑」について、ラートブルッフの高弟として知られるアルトール・カウフマン(Arthur Kaufmann)は、論文「終身受刑者」“Lebenslanglich. 1976”において、この刑罰を忌避している。いま、カ

ウフマンの終身刑忌避論を掲げ、「訳者あとがき」の結びに代えたい。

「終身刑は廃止されなければならない。それは我が国の文化にはもはや適合しない。それは責任思想に矛盾し、いかなる法政策上の必要からも帰結されず、社会の保護のために必要なものではない。それは人間の尊厳に抵触し、人格の自由をその本質的な内実において侵害し、平等の原則に矛盾する。終身の自由刑は憲法違反である。」⁽²³⁾「根本的には、まさに終身の拘束は一種の死刑である。それはただ死刑執行人によってではなく、時間によって執行されるにすぎない。」⁽²⁴⁾カウフマンは非人格化され非社会化された受刑者と刑罰の理念にふれていう。数十年にわたる拘禁の結果として、内心が鈍磨し、精神が痴呆化してしまった囚人というものは、そもそも自らの責任を洞察しそのために償いをする能力を、もはや持たなくなっている、と述べ、「受刑者が非人格化され、非社会化されているというのに、それでも刑罰はいかなる意味を持ち得るか。」「生きるということは、まだ希望があるところでのみ、可能である。希望を失った者が、人間として生きることはできない。希望のない人間は、何ら意味のあることはなし得ず、刑罰もまたその理念を実現することはできない」と説いている⁽²⁵⁾。

死刑から相対的無期刑へ、これが昨今みられる死刑廃止論の思潮である。絶対的無期刑にはカウフマンが指摘するように、幾多の疑問が見られるからである。ドイツでは1981年の刑法改正まで絶対的無期刑であったが、人道的見地から相対的無期刑に変更され、15年経過後に仮釈放が可能となった。一方、フランスでは15年ないし18年経過後に仮釈放が可能になったが、保安期間は30年である⁽²⁶⁾。こうした新たな死刑廃止の動向、すなわち死刑に対する代替刑創設の思潮が、今日の東アジアにいかにか受容されるか注目されよう。

註

- (1) Gustav Radbruch, Aphorismen zur Rechtsweisheit, herausgeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1963. S.48.

- (2) 大沼保昭他編『國際条約集二〇〇三』(有斐閣、2003年)73頁以下。
- (3) 辻本衣佐「世界および日本における死刑制度の現況」『法の理論』23(成文堂、2001年)90頁。
- (4) 欧州憲法草案にみられる「人間の尊厳」と「死刑廃止」を指摘して、パステル石川・アンナ「いわゆる『欧州憲法草案』について」『ジュリスト』1252号(2003年)160頁以下。
- (5) 許一泰「韓国の死刑制度の違憲性」『札幌学院法学』第20巻2号(2004年)440頁、とくに456頁註18参照。
- (6) 韓国の死刑廃止をめぐる市民運動、宗教団体の活動については、金日秀「韓国における死刑廃止運動の展開と展望」、「東アジアにおける死刑廃止論考」(1)、『札幌学院法学』第19巻2号(2003年3月)156頁以下。
- (7) 金政友著、前掲原著、とくにⅣ、「死刑と人間の尊厳」参照。35頁以下。
- (8) 金政友著、前掲原著、29頁。アメリカの死刑と人種差別について、岩井信「死刑の何が問題か—日本と世界の死刑の現状」、死刑廃止キリスト者連絡会編『死刑廃止とキリスト教』(新教出版社、1994年)30～31頁。この点について、2003年1月11日、アメリカのイリノイ州知事ライアン宣言の背景でも人種差別問題が大きな影響を及ぼしている。「東アジアにおける死刑廃止論考」(2)「訳者あとがき」を参照。『札幌学院法学』第20巻2号(2004年)484頁以下。
- (9) この書の冒頭を飾る「人間尊厳の憲法的意義」は、台湾の法における人間尊厳論の代表的作品といえよう。これに相対する韓国の人間尊厳論に、金丙坤著『人間の尊厳…憲法理論的研究』(韓国・教育科学社、1996年)がみられる。韓国憲法に位置づけられている人間尊厳の意義を考察した著作である。日本では、昨年、金澤文雄博士によって「人間の尊厳と死刑制度」が展開された。水波朗他編『自然法と文化』年報・自然法の研究・復刊第8号(自然法研究会、2004年)215頁以下がみられる。これとは別に、金澤博士には、「死刑廃止への提言」、同著『刑法の基本概念的再検討』(岡山商科大学学術研究叢書1、1999年)208頁以下がある。「死刑廃止への提言」(ハングル文)が本誌稿「東アジアにおける死刑廃止論考」(3)の末尾に掲載されている。
- (10) 李震山、前掲原著、48頁～49頁。なお、2002年2月に「強盗管理処罰法」が廃止され、改正法が公布された。すなわち、誘拐殺人罪については、絶対死刑から死刑または終身刑へと改められた。「死刑廃止に関する台湾法務部の方針」、年報・死刑廃止2004、『特集1. 無実の死刑囚たち』(インパクト出版会、2004年)、250頁参照。
- (11) 李震山、前掲原著、50頁。なお、「台湾における死刑廃止」の動向を伝える総括的な報告として、両福徳氏の研究がある。『特集1/無実の死刑囚たち』前掲242頁以下。こうした国際人権法の動向を反映して、台湾では、より具体的に「總統の赦免権と死刑執行停止」について議論がなされている。吳志光、

林永頌「我国停止執行死刑之策略…以下現行法制及國際人權法之精神為核心」『月旦法學』113号（2004年10月）82頁以下参照。

- (12) 釗作俊、前掲原著、文章編號：1008-6951（2002）02-0051-06。この論文は、「刑事法官与死刑限制」として、同著『死刑限制論』（武漢大学出版社、2001年）256頁以下で読むことができる。このような中国における「裁判官の独立」に関する問題が、死刑制度の存廃問題と併せて論ぜられるところに中国司法の深刻さがあるといえよう。馬長山教授は「対司法独立与正当程序的合理訴求」、同著『国家・市民社会与法治』（商務印書館、2001年）272頁以下で、在るべき司法の独立を訴え、また張徳森・周佑勇「論当前我国实现司法正義的条件和途徑」、載『法學評論』（199年1期）26頁以下等も、この国にとって「真に審判の独立とは何か」を問責している。日本では、小口彦太著『現代中国の裁判と法』（成文堂、2003年）210頁以下、さらに優れた実証的研究として、鈴木賢「中国における市場化による〈司法〉の析出——法院の実態、改革、構想の諸相——」、小森田秋夫編『市場經濟化の法社会学』（有信堂、2001年）239頁以下の研究がある。鈴木賢論文は、今日、「裁判官の独立」が叫ばれる背景にある人民法院の実態を精緻に検証した日本で最初の研究論文である。いずれも1995年制定の裁判官法8条にいう、「裁判官は以下の権利を有する」として裁判官は「法により案件を審理し、行政機関、社会团体、個人の干渉を受けない」が空文化化していることを突いている。
- (13) 「生殺与奪は誰がさめるのか、死刑審査許可権を取り戻そう」とは、陳澤憲教授の主張である。彼は論文「論嚴格限制死刑適用」（2003年）において、死刑審査許可権が下級審に委譲されたことは死刑を適用する事件を増大させたばかりか、誤判を是正する機会を失わせることになった、と指摘している。この論文を紹介して、「東アジアにおける死刑廃止論考」（2）、『札幌学院法學』第20巻2号（2004年）397頁以下参照。
- (14) ここに指摘されている死刑囚の人権、すなわち「死刑囚による死刑執行方法の選択権」は、死刑囚からの臓器移植と死刑囚の自己決定権を擁護する意味で極めて重要である。先行論文として、とくに粟屋剛「中国における死刑囚からの臓器移植」、『法律時報』第68巻9号、31頁以下を参照されたい。
- (15) 中国の死刑制度が抱える諸問題について、全国各地の『紀要』でとりあげられている。たとえば、程宗璋「關於我国死刑制度的理性反思」、『山西高等学校社会科学学報』第12巻11号（2000年）、文章編號：1008-6285（2000）11-0012-05。；梁思紅「死刑存廢之研究」、『河南省政法管理幹部学院学報』第1期総64期（2001年）、文章編號：1008-6951（2001）01-0106-03。；譚光定「变革、完善我国刑罰体系的思考」、『探索』2002年第2期、文章編號：1007-5194（2002）02-0142-03。等多数みられる。
- (16) 傅義・陳林林、前掲原著、とくに「政治刑論的合法化条件・立法民主化」

の主張について、『杭州商学学報』2002年第3期、54頁～55頁。宇田川幸則助教授(名古屋大学)は、中国死刑制度の特徴を明らかにして、1. 旧ソ連刑法を継受した社会危害性論をとっていること、2. 政策主導型であること、を掲げている。同「中国の死刑」、アジア法学会報告論文(2004年11月20日、中央大学)この中国的特色をもった社会主義法体制下の「死刑制度の特徴」こそ、傅義氏等が政治的動機として民主化の対象に据えたものである。

(17) 立法手続きの民主化を実現しようとすれば、その社会に表現の自由が保障されなければならない。表現の自由が保障されることなく制度化された刑事司法制度は、権威主義的国家観、超個人主義的法律に傾斜し、人間の尊厳と生命権擁護にとってこれほど危惧されるものは他にないであろう。中国刑法の「反革命罪」から「国家安全危害罪」へ変革が、はたして真の民主化を意図するものであるか否か問われよう。石塚迅著『中国おける言論の自由』(明石出版、2004年)、145頁以下。さらに、「四つの基本原則」下の政治体制改革にふれて、鈴木敬夫「中国の憲政と人権」『札幌学院法学』第17巻第2号(2001年)、51頁以下；同「中国における政治体制改革への道」『札幌学院法学』第21巻1号(2004年)、19頁。すなわち、杜鋼建教授が強調するように、「政治体制改革の四つの民主」(民主選挙、民主決定、民主管理、民主監督)は、立法手続きの民主化の支柱でなければならない。

(18) 趙秉志、前掲原著、13頁。刑事司法が“厳打”を旗印に厳格化していく経緯でも明らかのように、従来「厳格執法は経済犯罪量刑得当の保障」が強調され、厳格な法の執行として極刑が当然視されていたのである。楊敦先・謝宝貴主編『経済犯罪学』(中国検察出版社、1991年)535頁；趙長青主編『経済刑法学』(重慶出版社、1991年)62頁以下等参照。

(19) 経済犯罪に対して死刑を適用することに疑問を提起したのは、北京よりもむしろ地方の研究者が一步進んでいたといえよう。たとえば、まさに「關於嚴懲嚴重破壞經濟的犯罪的決定」(1982年)の適用が強化されるなかで、李云龍・沈徳咏著『死刑制度比較研究』(中国人民公安大学出版社、1992年)185頁以下において、「経済犯罪に対する死刑適用は厳しく制限されるべきである」と説いている。この先鋭的主張は当時において、いち早く日本に紹介された。鈴木敬夫編訳『中国の死刑制度と労働改造』(成文堂、1994年)112頁以下、第2章「経済犯罪と死刑適用」を参照。なお、再論として、李云龍・沈徳咏著『死刑專論』(中国政法大学出版社、1997年)182頁以下は、経済犯罪に対する死刑適用の不当性を強調している。

(20) 李震山、前掲原著、55頁以下。李震山教授は、死刑に対する代替として、相対的無期懲役刑説を選択している。日本における「相対的無期刑」の位置について、辻本衣佐「世界および日本における死刑制度の現況」『法の理論』21(前掲)98頁以下に詳しい。

- (21) 菊田幸一「死刑に代替する終身刑」、大山武「終身刑導入は死刑廃止への道ではない——終身刑大国アメリカの現実」、年報・死刑廃止 2003『死刑廃止法案』(前掲) 46 頁以下、58 頁以下など。
- (22) 金澤文雄「人間の尊厳と死刑制度」(前掲) 234 頁。
- (23) Arthur Kaufmann, *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen—Ausgewählte Aufsätze und Vorträge*, Köln 1983, S.1ff. 上田健二訳「終身受刑者」、同監修『転換期の刑法哲学』(成文堂、1993 年) 258 頁。
- (24) A. Kaufmann, a.a.O., S.5. 『転換期の刑法哲学』(前掲) 261 頁～262 頁。
- (25) A. Kaufmann, a.a.O., S.6 『転換期の刑法哲学』(前掲) 264 頁。
- (26) 辻本衣佐「世界および日本における死刑制度の現況」、『法の理論』23 (前掲)、98 頁～99 頁参照。

(すずき けいふ 本学法学部教授)

【附 録】

死刑廢止의提言

金 澤 文 雄 (廣島大學名譽教授)
譯者 鈴 木 敬 夫

머리말

學生時代에 故木村龜二先生の『死刑論』(아테네文庫, 1949年, 再錄·同『斷頭臺의 運命』, 角川書店 1953年)을 읽고, 그의 博識과 流麗한 文章과 明皙한 論理에 강한 感銘을 받게 된 것이 나의 死刑廢止論과 最初의 만남이었다. 그러나 法學部를 卒業한 후 木村 門下의 末席에 있었음에도 불구하고 나는 여전히 死刑存置論에 찬성하였으며 死刑 制度가 일본에서의 人權實現의 큰 방해가 되고 있다는 데는 생각이 미치지 못했다. 刑法의 研究를 進行함에 따라 차차 廢止論으로 기울었지만 이 問題의 重大性을 실감하지는 못했다. 내가 恩師의 死刑廢止論에 마음속으로 共鳴하고 그의 正確性을 확신하게 된 것은 後年의 일이었다. 사실 不肖한 제자였다.

死刑廢止의 確信은 장기간의 刑法學과의 관계의 結果이지만 사형을 진지하게 생각하게 된 계기는 세 사람의 死刑囚와의 個人的인 接觸이었다. 그 중의 두 사람은 사형 판결을 받은 후 카톨릭 세례를 받은 사람이며 한 사람은 比較的의 短期間內에 멀리 있는 다른 拘留所에 移送된 후 얼마 안되어 處刑되고, 다른 한 사람과는 같은 구치소에서 십 몇 년간에 걸쳐 交際하고 結局 그의 處刑에까지도 立會하게 되었다. 立會한 것은 拘留所長의 依賴와 本人의 希望인 것이었지 내가 希望한 것은 아니었다. 먼저 處刑된 한 사람은 그리스도 信者로서 훌륭한 最後를 마쳤다는 것은 후에 편지와 手記로서 알려 졌지만 이 사람의 最後 또한 정말로 훌륭한 것이었다. 所長과 職員에게도 마음으로부터의 감사의 말을 하고

從容하게 죽었다. 이 사람은 拘留中 이미 긴 煉獄의 苦痛을 거쳤으며 자기 죄의 몇 배나 되는 변상을 하고 歸天했다고 나는 확신하고 있다. 이 사람의 일은 호세·온파르티 教授가 自著에 紹介하였다. (『이렇게 훌륭한 사람이 있다!』 中央出版社, 1991年) 이 사람의 死刑判決은 犯罪의 情狀認定의 錯誤에서 나온 不當한 判決이란 疑問이 강하며 나의 知友인 權木綠司 변호사는 再審을 위해 盡力하였으나 소용없었다. 再審請求의 裁判長은 第一審에서 死刑判決을 내린 그 裁判官이어서 請求는 매우 簡單하게 棄却되고 裁判官의 忌避申立은 最高 裁判所에서도 접수되지 않았다. 再審은 上訴가 아니므로 元 判決을 내린 裁判官은「前審의 裁判」에 關與하지 않는다는 나에게는 납득 가지 않는 관례에 따른 것이다.

또 한사람은 東京에 있어서 편지만 往來한 관계였지만 이것은 좋은 결과가 되었다. 第一審에서 死刑判決을 받고 抗訴審에서의 判決言渡의 期日도 決定된 時點에 本人으로부터 편지를 받았으며 나는 裁判長 앞으로 減刑을 위한 請願書를 써 보냈다. 그 후 判決公判은 延期되고 얼마 후에 死刑에서 無期懲役으로 減刑되었다. 本人은 곧 服役하여 模範囚가 되고 假釋放으로 이미 社會로 復歸되었다.

내가 死刑廢止의 確信을 갖게된 것은 반드시 이러한 個人的인 관계에 의한 것이 아니며, 日本의 刑事司法 가운데 人間の 尊嚴과 人權을 實行하기 위해서는 死刑廢止가 꼭 필요하다는 것을 理性的으로 確說할 수 있기 때문이다. 그러나 理論的으로만 세상 사람들에게 死刑廢止를 說得하는 것은 어려운 일이다. 「最後는 휴머니티의 센스의 問題이며 死刑廢止를 향한 참을성 강한 열정이 있을 뿐」이라고 團藤重光 博士가 述懐한 바와 같다. (암버스테이 인터넷서널 編, 辻本義男譯『死刑과 人權·國家가 殺害할 때』(成文堂, 1989年의 序言, 2頁). 이 점에서 刑法學者라고 해서 正確한 判斷을 내린다고는 할 수 없지만 역시 刑法學者는 人權擁護의 最前線에 서야할 사람으로서 이 重大한 刑事政策課題의 해결에 맞붙을 특별한 의무가 있다고 보고, 以下の 많은 사람이 다 말한 것의 되풀이가 된다는 것을 알면서도 내 나름의 死刑廢止論을 이야기하려고 한다.

三. 人間の尊嚴과 死刑

「人間の尊嚴」(dignity of man, die würde des Menschen, dignitas nominis) 이란 人間에 他의 事物이나 動物과 다른 特殊한 높은 價値를 認定하는 것이며 人間인 이상 누구에게나 例外 없이 人格으로서 尊重하지 않으면 안 된다는 思想이다. 여기에서 모든 사람의 「生命의 尊重」(respect for life) 이란 가장 重要한 要請도 생기는 것이다. 人間の尊嚴의 思想은 원래 人間이란 人格(person, persona) 이며 人格이란 보에우스(480-524)의 有名한 定義에 의하면 「理性的本性, 個的實體」(rationalis natura, individua substantia) 라고 하는 西歐哲學의 基督敎的 思想중에서 발전해 온 道德的 價値觀이다. (호세·온파르티 『人間の尊嚴과 國家의 權力』 成文堂, 1990年, 37頁以下를 參照). 現代에 있어서 人間の尊嚴은 단순한 道德的 價値觀에 머물러 있는 것이 아니라 各國憲法과 國際條約 가운데 明定되어 있는 實定法上の 根本原則으로 되어 있다. 그리고 「人間の 固有한 尊嚴」과 거기에서 생기는 人權을 宣言한 1996年의 國際人權規約이 西歐諸國뿐만 아니라 완전히 다른 文化的傳統을 갖고 있는 多數의 國家를 포함한 國連總會에서 全員一致로 採擇된 것에 나타난 바와 같이 人間の尊嚴은 現代世界の 普遍的인 法原則이 되었다고 할 수 있다. 日本도 1979年에 國際人權規約을 批准함으로써 人間の尊嚴을 尊重하고 實現하는 國際的 義務를 지게 되었다.

人間の尊嚴에는 例外가 없다. 토마스·아퀴나스나 칸트처럼 犯罪者를 예외로 하는 思想도 전에 存在하고 있었지만 예외를 승인하는 것으로부터 悲劇이 생기는 것은 나치의 強制收容所의 歷史에 똑똑히 밝혀져 있다. 犯罪者에게도 人間の尊嚴을 인정하는 것은 물론 犯罪를 承認하는 것은 아니다. 犯罪者이지만 罪를 自覺하고 改心하여 道德的으로 再生하는 可能性을 갖고 있는 存在로 認定하는 것이다. 이 道德的·人格的 再生의 可能性까지 박탈하기 때문에 死刑은 人間の尊嚴의 思想과 相容되지 않는다. 死刑囚가운데는 宗教的으로 높은 境地에 達하고 또한 깊

은 悔悟의 念으로부터 死刑을 受容하고 從容하게 죽는 사람이 있는 것은 사실이다. 그러나 이러한 사람을 生命尊重의 要請에 反하면서 까지 억지로 處刑하지 않으면 안될 理由는 現代에 있어서 어디에서도 찾아볼 수 없다. 그럼에도 國連의 이른바 「死刑廢止條約」(1989年 12月 15日에 國連總會에서 採擇되어 1991年 7月 11日에 發效)의 冒頭에 강조한 「死刑의 廢止는 人間의 尊嚴의 高揚과 人權의 一層의 增進에 寄與한다고 굳게 確信한다.」(菊田幸一 『死刑廢止를 고려한다』 岩波 Booklet No.166, 1990年, 58頁)란 文章은 死刑廢止의 窮極的根據를 宣言한 것이다.

二. 刑罰의 目的과 死刑

刑罰의 目的으로는 一般 預防, 應報, 改善(特別預防)의 三重을 함께 認定하는 것이 現代 刑法學의 通說(併合說)이다. 그렇다면 死刑은 이런 것들의 目的達成에 必要한 手段이라고 할 수 있다. 死刑은 一般 預防 특히 殺人防止를 위해 필요 또는 有用하다고 믿어지지만 그것은 錯誤이다. 과연 刑務所도 없었던 옛날에는 死刑以外에 犯罪에 對處하는 手段은 없었다고 할 수 있다. 그러나 自由刑을 위시로 하여 犯罪에 對應하는 有效한 犯罪制度가 確立된 現代에 있어서는 死刑은 이미 犯罪防止에 必פת한 것이 되지 못할 뿐만 아니라 有效性도 인정되지 않고 있다. 死刑에 自由刑으로 代替할 수 없는 特別한 犯罪抑止力(威嚇力)이 있는가 없는가에 관하여 많은 經驗科學的 研究가 있지만 적어도 死刑의 廢止가 犯罪의 發生率의 下降을 阻害하는 것은 아니라는 것이 오늘날 一致하게 認定되고 있다(上掲 『死刑과 人權』 16頁以下). 犯罪防止에 도움이 되는 것은 死刑이 아니고 檢擧率의 上昇등 다른 要因에 있다는 것은 분명하다.

一般 預防을 國民에 대한 威嚇(威嚇說)이라고 하는 最近의 이른바 積極的인 一般 預防說을 취한다면 死刑같은 殘酷한 刑罰은 教育的 效果가 없을 뿐만 아니라 人心을 거칠게 하는 逆 效果만 되는 것이 一層 明確

하게 될 것이다.

現代에 있어서의 死刑의 唯一한 근거는 아마 惡에 대해서는 惡으로 應報해야 한다는 國民感情에 있지 않은가 하고 생각된다. 분명히 極惡非道の 殺人犯 등에 대해 被害者 家族이나 國民이 갖고 있는 憤激의 마음은 充分히 理解된다. 그러나 應報感情은 基督教나 佛教등 諸 宗教가 금하는 것이며 日本의 現代的 社會道德에서도 抑制해야 할 感情으로 보고 있다. 犯罪者의 殺害가 許容되는 것은 急迫不正의 侵害에 대한 正當防衛와 같은 경우이지만 正當防衛까지도 우리 나라의 判例에서는 最近까지의 長久한 期間 「憤激의 念」에서 나온 것은 正當防衛로 認定하지 않는 정도이다. 이미 완전히 無力하게 된 被告人의 死刑을 요구하는 것은 道德的으로 無價値한 復讐心の 滿足밖에 안 된다.

殺人事件등의 迷宮人도 적지 않다는 것에서도 알 수 있듯이 制度的으로 正義를 完全히 實現하는 것은 不可能하다. 過度한 應報의 正義의 追求는 人權侵害등 더 큰 弊害를 가져온다는 것을 고려하지 않을 수 없다.

刑罰의 第三의 目的은 犯人の 改善 (特別 預防, 社會復歸) 이지만 이것은 死刑과 전혀 相容되지 않는다는 것은 말할 여지도 없다. G·라이어브르흐나 木村龜二 博士, 正木亮 博士 등의 教育刑論者가 透徹한 死刑廢止論者였다는 것은 偶然이 아니다.

刑罰目的에 관하여 나는 다음과 같이 생각하고 있다. 刑罰의 上記(本質的)의 三目的은 立法段階에서는 아무래도 抽象的·可能的 大綱으로서 併存하고 있으나 (犯罪의 性質과 刑罰의 種類에 따라 比重이 다르다) 法律施行에 인하여 一般 預防 (國民의 遵法精神에 호소하는 積極的 一般 預防)은 實現되어 目的을 達成하고 다음 裁判의 量刑段階에는 應報 (위세의 理論적 意味에서의 責任 清算)와 改善의 目的이 目指되고 있지만 右罪의 確定判決로 인하여 應報目的은 實現되어 그 후에는 自由 利奪의 事實로서 남을 뿐이고 最後의 行刑段階에는 단지 하나의 改善 (再社會化)의 目的만이 追求되게 된다. 併合說의 三目的이 段階마다 하나 하나씩 일단 實現되어 없어져 간다는 생각으로 이것은 「多元的·發展的 個性化的 刑罰目的의 理論」이라고 이름 붙여 보았다 (拙稿 「刑

二一書房, 1988年, 85頁以下). 토마스 에후스키가 小説『白痴』(米川正夫譯) 중에서 斷言한 바와 같이「殺人罪로 사람을 죽이는 것은 該當犯罪에 比較하여 均衡이 잡혀지지 않을 정도의 刑罰」이며「魂의 侮辱」인 것이다.

우리 나라에서는 이전에 死刑執行의 24 시간 전에 (경우에 따라 48 시간 전에) 本人에게 알려 同囚死刑囚를 만나는 送別會나 特別한 而會를 認定하여 遺書나 편지를 쓰는 등 죽음을 맞이하는 준비를 容許하고 있다. 거기에는 執行 擔當者로서 될 수 있는 한의 人間的 배려가 있다. 그런데 今年에 當日 아침에 갑자기 言渡하여 즉각 執行하게 되었다. 이러한 不意의 습격의 執行은 言語道斷의 野蠻行爲라고 할 수밖에 없다.

死刑을 言渡하는 裁判官도 死刑은 實際에 있어서 어떠한 것인가를 모른다고 생각한다. 死刑의 執行은 擔當하는 矯正職員에 있어서 너무나 過重한 負擔이며 公務員의 職務의 品位를 穢하는 것이다. 死刑을 協力하는 醫師도 職業 倫理 上的 疑問을 免치 못하게 될 것이다.

自由社會를 維持하는 한 自由의 濫用인 犯罪도 없어 질 수 없다. 凶惡 犯罪은 今後에도 발생하게 될 것이다. 그러나 刑罰制度는 옛날에 비하여 人道化된 것에 社會의 進歩가 있다. 전에 있는 肢體切斷刑이나 코 베기, 귀 베기 등의 肉刑은 死刑보다 가벼운 刑으로 進行되었지만 現代에는 殘虐刑이 되고 있다. 死刑도 現代의 文明社會의 基準으로 보면 殘虐刑이라고 하지 않으면 안 된다.

日本國 憲法第 36 條에는「殘虐한 刑罰은 絶對 이것을 禁止한다」라고 하였다. 일부러「絶對」라고 하는 것은 어떠한 殘虐性의 要素라도 刑罰制度로부터 一掃하는 趣旨인 것이다. 現時點에 있어서 死刑은 違憲이며 憲法第 9 條의 이른바 平和主義와도 周知되지 않는다고 木村龜二 博士의 主張은 正確하다고 할 수 없다고 생각한다. 確實히 憲法制定 當時는 死刑自體는 殘虐刑에 該當하지 않는다고 解釋되었으며 그 때문에 憲法第 31 條에「法律의 규정한 手續」에 의하면 死刑으로 許容된다는 規定이 있다. 그러나「殘虐性」은 歷史的·文化的變化를 容易하게 받는 高度의 價値概念이다. 死刑을 合憲이라고 한 最高裁判所 大法院判

決(昭和 23.3.12 刑集 2 卷 3 號, 191 頁) 가운데서 島保裁判官들 四名의 補充意見에 國民感情은 時代와 함께 變遷하는 것이며 文化가 발달하고 平和社會가 實現되어 死刑의 威에 인한 犯罪防止를 필요하다고 느끼지 않는 時代가 온다면 死刑은 殘虐刑으로서 國民感情에 의하여 不定되어 「憲法 第 31 條의 解釋도 지절로 制限되어 死刑은 殘虐刑으로 憲法에 違反되는 것으로서 排除될 수도 있을 것이다.」라고 陳述한 것이 想起된다. 그 후 44 年을 경과한 오늘날 人間의 尊嚴과 人權은 커다란 國際的 및 國內的 發展을 보게 되었다. 지금은 憲法の 「殘虐한 刑罰」의 意味도 變遷하여 死刑자체가 殘虐刑으로 보여지게 되었다고 생각된다.

3. 死刑의 法的 不安全性

死刑의 弊害의 第三은 死刑制度의 法的不備로부터 생기는 恣意的運用이다. 우선 死刑인가 無期懲役인가의 裁判基準이 明確하지 않은 데서부터 裁判官에 의하여 같은 情狀이 逆으로 評價되어 死刑으로 되지 않을 것이 死刑으로 되는 일이 있다. 게다가 法任에 익숙하지 못한 自暴自棄의 被告人의 態度나 裁判官의 頑固한 性格등으로 인하여 사자가 죽는가가 결정된다면 무서운 일이다. 犯罪의 情狀에 대한 誤判으로 인한 死刑도 있는 것을 있는 것을 고려하지 않으면 안 된다. 永山則夫事件에서 最高裁判所(最判 昭和 58.7.8 刑集 第 37 卷 6 號, 609 頁)는 死刑選擇의 基準을 보이려고 했으나 이 事件이 死刑과 無期와의 사이에 흔들렸다는 자체가 基準의 不明確性을 나타내고 있다.

死刑(絞首)의 執行方法에 대해서도 法律의 規定은 없고 最高裁判所(最判 昭和 36.7.19 刑集第 15 卷 7 號, 1106 頁)는 오랜 옛날은 잇고 實際로 행하여지지 않는 明治 6 年 太政官布告 第 65 號 絞罪器械圖式인 것을 내놓아 法的根據로 하고 있지만 그것은 永年 事實상 행하여지지 않는 법률은 無效하다는 「慣習에 의한 無效」(desuetudo)의 法律을 무시한 것이다.

死刑이 確定된 후 곧 執行된 자가 있는가 하면 30 年 이상이 지나도 執行되지 않는 자도 있다. 그 理由는 法務者當局의 判斷과 法務大臣이 도

장을 찍을 생각이 있는가 없는가 하는 恣意的 運用에 있다 (은파르터『人間의 尊嚴과 國家의 權力』267頁以下, 團藤『死刑廢止論』238頁以下). 帝銀事件의 平澤 死刑囚의 경우에 대해서 最高 裁判所 (最判決定 昭和 60.7.19 判時 第 1158 號, 28 頁) 는 拘置된 以上 死刑의 時效 (30 年) 는 進行되지 않는다고 하나 疑問이 있다. 刑法第 32 條에서는 「刑의 言渡 確定」한 후 「30 年」 「그 執行」을 받지 않으면 時效는 完成한다 라고 하고 刑法 第 11 條에서는 「死刑의 言渡」를 받는 자는 「그 執行」까지 監獄에 拘置한다고 하였다. 「그 執行」은 역시 死刑自體의 執行으로 解釋해야 한다고 본다. 여하튼 우리 나라에서의 死刑의 運用狀況은 法的 安全性的 見地로부터 봐도 너무나 問題가 많다고 하지 않을 수 없다.

四. 被害者와의 連帶

우리들은 犯罪被害者에 대한 連帶意識이 너무나 缺乏되지 않았는가 하고 생각된다. 犯罪被害者를 單純히 同情의 對象으로 보는 것은 큰 錯誤이다. 犯罪를 完全히 防止하는 것은 理論上으로는 可能하며 國民의 自由를 極限까지 制限한다면 좋을 것이다. 그러나 自由社會에서 各人이 享有하는 自由의 長점 때문에 犯罪發生의 可能性이란 단점을 許容하고 있는 것이다. 犯罪被害者는 다른 사람들의 이익 때문에 犧牲者에 불과하며 그러한 意味에서 우리들 전체는 犯罪에 의한 加害에 間接적으로 關係되어 있다고 할 수 있다. 한편 自由社會에서도 犯罪를 감소시키는 것이 可能하며 그를 위해서 努力하지 않으면 안 된다는 것은 말할 것도 없지만 現代의 自由經濟社會에서 靑少年을 墮落시켜 사람의 慾望을 더욱 더 크게 하는 刺戟에 충만 되고 있는 것이 實情이다. 이른바 社會가 사람을 犯罪로 誘引하여 몰아낸다고 한다. 그런 意味에서 他人 뿐 만 아니라 社會도 道德的 意味의 連帶責任이 있다고 할 수 있다.

그러므로 社會는 犯罪被害者를 도와 그의 苦痛을 덜어 주는 道德的義務를 지고 있다. 現行의 「犯罪被害者等給付金支給法」 등은 被害者에 대한 正常한 社會的 補償을 實現하기 위해서는 아직 매우 不充分한 상태

에 머물러 있다. 被害者 救濟 때문에 總合의인 對策을 確立할 必要가 있다.

死刑制度는 그 被害者와의 連帶와 社會的責任의 意識을 오히려 稀薄하게 하는 요인이 되고 있다고 생각한다. 死刑으로 인하여 他人의 罪責과 함께 社會的 責任도 없어진다고 받아들이기 때문이다. 그 連帶性의 意識은 死刑 廢止로 인해서만 強化되지 않는가 하고 생각한다.

더욱이 우리들은 犯罪防止에 노력하는 동시에 불가항력적으로 발생하는 犯罪被害에 대해서 被害者로서 어떻게 對處하여 막아내고 克明해야 하는지 몇 가지에 관하여 서로 研究와 教育을 進行할 必要가 있다. 主題는 다르나 이르헨스·데에겐 教授(上智大學)가 提唱한「죽음의 準備教育」(同名木 全三卷 메지가루 후렌도社 1986年) 등도 이 때문에 有益한 示唆을 주는 것이 아닌가 하고 생각된다. 宮澤浩一 教授가 主唱한 被害者學중에는 被害者 救濟對策과 함께 犯罪被害의 準備教育研究가 있으며 그것은 死刑廢止 때문에든 큰 도움이 될 것이라고 생각된다.

五. 死刑廢止의 길

우리 나라 정부는 輿論調査에서 死刑存置論이 많은 것을 이유로 國內에서도 國際에서도 死刑廢止에 消極的인 立場을 취하고 있다. 그러나 輿論도 움직이는 것이며 人間의 尊嚴과 人權에 관한 사항에 관해서는 어떤 時點에서의 輿論으로 單純히 다루는 것만으로 正確한 政策決定은 되지 않는다. 死刑이 犯罪防止에 도움이 되지 않을 뿐만 아니라 人權實現의 妨害가 되고있는 것을 國民에게 호소하여 輿論을 先導하는 努力이 必要하다는 것은 말할 여지가 없다. 그러나 차라리 西歐諸國의 例를 모방하여 死刑廢止의 政策決定을 先行하고 輿論은 後에 이것을 是認한다는 指導性의 發揮가 政社에 寄與하지 않을까 하고 생각한다. 現代 民主主義는 單純한 多數決原理에 立脚하는 것이 아니며 人間의 尊嚴과 人權을 侵害는 것은 多數를 損한다고 하더라도 許容하지 않는다는 原理를 內包하고 있는 것을 생각하지 않으면 안 된다. 國會가 이전에 腦死臨時 調査

습을 만든 것과 같이 死刑廢止를 위한 臨時調査습을 세울 것을 提案하는 바이다.

死刑廢止의 길은 刑法改正에 의한 一舉로 達成하는 것이 最善이지만 暫定的으로 死刑執行의 事實上의 停止로부터 시작해도 좋다. 過去 2 年間 死刑執行이 行하여지지 않기 때문에 이것을 계속하여 國連의 「死刑廢止條約」의 調印과 比準에의 努力을 해야 할 것이다. 團藤博士가 示唆한 바와 같이 (團藤『死刑廢止論』186 頁) 「死刑의 執行」을 制止하는 制度를 만듦에 머물러 있더라도 條約違反으로는 되지 않는다고 解釋되므로 「執行되지 않는 名目的인 死刑判決」의 制度를 세운다는 妥協的 措置도 고려하는 것이 좋을 것이다. 日本刑法學會나 日本法哲學會등 日本의 法과 道德의 向上에 관계 있는 學會는 單純히 理論的 研究만으로서 人權의 實現에 實踐적으로 寄與할 수 있는 때가 아닌가 하고 생각한다.

(1991 年 12 月 16 日, 1966 年 12 月 16 日의 國際人權規約採擇日을 想起하면서)

원 저자 소개

金澤文雄 (Kanazawa, Fumio.1928 ~) 은 1954 年 이래 國立廣島大學 法學部에 소속하고 있었으며 1991 年에 停年退任하고 동 대학교의 명예 교수가 되었다. 지금은 岡山商科大學 大學院法學研究科 교수이다. 日本刑法學會會員·日本法哲學會會員·日獨法學會會員·國際刑法學會會員등 學會에 소속하고 있다. 日本에서 1951 年에 東北大學法學部를 졸업하고 學部와 大學院에서 木村龜二교수의 지도를 받은 직접적인 제자이며 또한 1961 年이래 2 年이상에 걸친 독일留學 (게룬大學 Köln Uni. 급본大學 Bonn Uni.) 에서 한스·웰제르 (Hans Welzel) 교수 밑에서

공부 하였다. 저서와 논문은 매우 많으며 대표적 저서로는 『法人의 刑事責任·兩罰規定(總合判例研究叢書)』(右斐閣, 1962年), 『新版 法과 道德…리갈·에식스(Legal Ethics) 人間』호세·온파르터(Jese Liompart) 共著(成文堂, 1983年), 『刑法과 道德(Moral)』(一粒社, 1984年), 『刑法의 基本概念의 再檢討』岡山商科大學 學術叢書(岡山商科大學, 1983年) 등이 있다.

本稿「死刑廢止의提言」은 처음 『法の 論理』12(成文堂, 1992年)에 게재된 것이다. 金澤文雄 教授의 刑法學, 思想은 앞에 제시된 「刑法의 基本理論의 再檢討」에 凝縮되어 있다. 日次構成을 揭起하면 다음과 같다. 많은 논문 가운데서 교수에 의해 選擇된 珠玉의 12篇이 수록되어 있다. 더욱이 卷末에 揭示되어 있는 「刑法研究의 周邊」은 金澤文雄 教授의 사람과 사상·그리스도者로서의 人間像이 여실히 나타나고 있다.

『刑法의 基本概念의 再檢討』日次

- 第1章 日本刑法上 罪刑法定主義의 限界
- 第2章 法人의 犯罪能力과 刑事責任…證券交易法의 兩罰規定 改正의 機會에
- 第3章 不眞正 不位爲犯의 問題性에 관한 再論
- 第4章 不救助罪 新設에 대한 提言
- 第5章 法的으로 空虛한 領域의 理論…머루슈(H.J.Hirsch)·中山批判에 대답하여
- 第6章 過失犯과 人格的 責任減少·阻却事由
- 第7章 原因上 自由로운 行爲
- 第8章 한스·웰체르(Hans Welzel)의 「責任說」의 人間學的 基礎
- 第9章 打擊의 錯誤에 관하여
- 第10章 犯罪共同說인가. 行爲共同說인가…行爲共同說의 立場으로부터

- 第 11 章 刑罪目的의 多元的・發展的 考察
- 第 12 章 死刑廢止의 提言
- 第 13 章 刑法研究의 周邊

訳者追記

この論文「死刑廢止への提言」は、最初、『法の理論』12（1992年、成文堂）に掲載されたものである。今日では、金澤文雄著『刑法の基本概念の再検討』（1999年、岡山商科大学学術研究叢書1）第12章に収められている。金澤文雄博士にはこの論文のほかに、最近では「人間の尊厳と死刑制度」がみられる。（水波朗・阿南成一・稲垣良典編『自然法と文化』、2004年、自然法研究会・創文社、215頁以下）日本を代表する死刑廢止論文と信ぜられるので、ここに拙訳を追加した。

（すずき けいふ 本学法学部教授）