

# 刑法改正と死刑

齊藤金作

- 一 学説と死刑
- 二 判例と死刑
- 三 立法例と死刑
- 四 準備草案と死刑
- 一 学説と死刑

わが国においても、目下、刑法改正の事業が進行中である。新しい刑法典に、死刑を規定するかどうかは、右の改正にあたつて解決しなければならない難問の一つである。まず、刑法学説は、死刑の存廃について、どのような見解を示しているであろうか。学説を大別して二とすることができよう。その第一は、死刑廃止論であり、その第二は、死刑存置論である。そして、前者、すなわち、死刑廃止論を細分して、(1)人道主義よりする死刑廃止論、(2)死刑に威嚇力なしとの点よりする死刑廃止論、(3)違憲を理由とする死刑廃止論とすることができよう。

(1) まず、人道主義よりする死刑廃止論を見ることにしよう。これを主張するわが国の代表者は、正木亮博士である。いわく『此の廃止論はキリスト教の思想より出発する。即ち神の名に於て人が人を殺すことが悪であるとなした考え方は延いて死刑を否定したものであるとなされるのである。人類の精神と刑罰の公平の点より死刑が罪惡であることを力説して死刑廃止の中心思想となしたのがトルストイとドストエフスキーとであった。トルストイはその名著「余は黙する能わず」Ich kann nicht schweigenの中で特に死刑の廃止すべきことを極論し、ドストエフスキーは「白痴」Idiotの中でメイシユキンの名をかりて自己の死刑反対論を述べて居るが、この兩人の死刑反対思想は最近ボーリス・サツピールによって法律的に説明された。かような人道的死刑廃止論は一七八六年頃にアメリカに於てベンジャミン・フランクリン、ルッシュ及びベンフォード等が宗教上戦争と死刑とは神意に背くものであるとして強く主張されて居たので爾来今日に至るまで此の種の廃止論が繰返されたことは相當に長い。従つて今日に於ても一般にこの思想根柢の上に立つて死刑廃止論をなすものの決して少くないことを知る必要がある』と(刑事法講座三、卷五八二頁)。

また、滝川幸辰博士をも数えることができる(刑法史の或る断、層面一〇三頁)。

このような人道主義からする死刑廃止論に対し、死刑存置論の代表者である植松正教授は次のごとく説くのである。死刑が人道に反するとの議論は、死刑廃止論の感情的側面をあらわすものとして、もっとも重要なものである。実は、死刑廃止論全体を通じて、これがもっとも重要な基礎をなすものであるかと思われるが、理論的には多く傾聴に値するものとは思われない。一般論としては、人間感情も立法の基礎としてきわめて重要なものである。たとえ理論的には意味の乏しい感情であっても、法律制度としてこれを無視することは許されない。しかし、死刑が人道に反

するとの議論は、その人道論の視野の狭小・偏倚なことに由来するものであって、深い根拠を有するものではない。所論は『人間の力で人の生命を奪うことは許されない。』『犯罪人の生命といえども、生命は尊重されなければならない。』『死刑は残酷である。気持が悪い。』などというのであるが、いずれも片面的な感情論的なものであって、人道論としても、理論的に支持し得るだけの根拠を有するものではない。われわれはむしろ他の反面を見なければならぬ。一人の兇悪な犯罪人を死刑に処することによって、多数の同種犯罪の発生を未然に防ぐことができるとすれば死刑を存置する方がはるかに善良な一般国民の生命を尊重するゆえんである。兇悪な犯罪人の生命を保障することよりも、善良な一般国民の生命を保障することの重要性に思いを致す方が、はるかに人道的であるといわなければならない。この意味において、問題は論者の主張するような浅膚な感傷的人道論をもって終ることは許されない。それは死刑の犯罪抑制力を如何に見るかによって解決されることがらである。論者は死刑についてだけその人道背反を難ずるけれども、もし、所論の如く、どんなに兇悪な犯罪人に対しても、これに死刑を科することが人道に反するとするならば、それよりも軽い罪を犯した者に対し、その自由を拘束し、または、その意に反して財産を奪い取る刑罰を科することも、また人道に反するものといわなければならないはずである。ところが、死刑廃止論者は、そのような理論に対しては全然目を蔽い、ただ死刑だけについて、人道に反するとの議論をしている。これは、いうまでもなく、片手落であり、理論として首尾一貫するものではない。この種の人道論は、やがては刑罰一般を否定する議論にならざるを得ないばかりではなく、裁判否定論にも通ずるものである。正を正とし邪を邪とする正義の理念を基本に置いて事を考えるならば、兇悪な犯罪人が死刑その他の重大な刑罰に処せられ、比較的軽い罪を犯した者が自由や財産

を剝奪されることが、かえって人道的であるといわなければならない。いわゆる人道論にもとづく死刑廃止論は、法の理念たる『正義』の価値に対し盲目な議論である。法の理念を無視し、正義の価値を忘れて、まったく没価値的に事を考えるのであれば、死刑と単なる殺人とを同視することはできない。死刑が人道に反するとの思想は、このような没価値的觀察から生れたものである（刑法概論（総論）（三二〇頁））。

けだし、死刑廃止論の理由とするところは多種多様であるが、これを要約すれば、——わが国特有の議論である違憲を理由とする死刑廃止論は別として——右に論ぜられた人道主義よりする死刑廃止論と、次に述べる死刑に威嚇力なしとの理由による死刑廃止論との二種とすることができよう。前者は感情的側面に立つ立論であり、後者は理性的側面に立脚する主張である（植松正・刑法ノ一）。ともに、等しく、傾聴に値する議論であるとしなければならない。人道主義よりする死刑廃止論が人を動かすのは、人の感情的側面に訴えるものがあるからであらう。それが、死刑廃止論の諸理由のうち、最も重要な基礎をなすものとせらるべきこと、まさに、植松教授の指摘するがごとくであらう。しかし、それが、感情的議論である以上、その廃止論の可能な程度において、その存置論もまた可能である、とすべきである。この意味において、消極・積極の両主張は共に成り立ちうるとしなければならない。従って、死刑存廢の可否は、純理論的議論によって決せられるべきものである。

(2) そこで、この純理論的議論である死刑に威嚇力なしとの点よりする死刑廃止論を聞くことにしよう。その代表者、木村亀二博士は『死刑の必要を主張する人々は、死刑には大なる威嚇力があって、一般の人々は死の恐怖によって犯罪をやめるだろうと信じている。しかし、これは殺人犯人の正確な心理を把握した議論でない』と説くのであ

る（斷頭台の運命七五頁）。そして、第一に、殺人行為者に精神異常者が多い。精神異常者には責任無能力のため刑罰が科せられない。従つて刑罰の一種である死刑は科せられず、科せられない死刑は威嚇力がない。第二に、殺人行為者は犯行後自殺する者が多い。このことは他人の生命のみならず自己の生命をも尊重しない。生命一般の否定者に対して死刑に処すといつても威嚇にはならない。第三に、殺人犯は激情犯である場合が多い。激情犯は多く性愛を原因とする嫉妬による。性愛は往々死よりも強い。死を恐れぬ動機の殺人者に死刑を掲げても威嚇力がない。第四に、犯罪者は罪が発覚しないと信じて行為する。発覚後のことが念頭にない者に犯罪阻止のための反対動機として死刑を示しても威嚇力を持つことはあり得ない。木村博士は、このように説いて、死刑の威嚇力を否定するのである（改造・昭和二年四月）。また、正木博士も、次のごとく説いている。いわく『刑罰を設けることで犯罪が押えられると考えることは全く一つの、そして一時的の氣やすめである。犯罪というものは刑罰の有無にかかわらずもつと深刻な面、たとえば衣・食・住・恋愛・えん恨・酒・貧困等々によつて窮した揚句のはての自然現象であることを忘れてはならない。それを忘れるいはそれらを考慮することなしに、きつい刑罰を設けさえすれば犯罪が防げると考えることは為政家の無知であり、責任の逃避である。為政家はもつとさかのぼつて犯罪を醸成するところの社会的の諸々の原因を除去することに力をつくさなければならない』（死刑一）（五七頁）。

死刑に威嚇力なし、との右の主張に対する反論としては、まず、小野博士の説くところを聞くことにしよう。いわく『死刑廃止論者である正木亮博士は「犯罪というものは刑罰の有無にかかわらずもつと深刻な面、衣・食・住・恋愛・えん恨等々に窮した揚句のはての自然現象であることを忘れてはならない」といわれる。これは犯罪が経済的・

本能的な要因によって決定されているものであるという限度において正しいが、しかし、あたかもこの決定論から見ても、死刑に威嚇力がないということはいえないであろう。人間は本能的に生を欲する。「一人の生命は全地球よりも重い」というのも、個人の生命欲のやるせなさから出てくる。そうである限り、死刑の存在は罪を犯そうとする者にとっては大きな心理的抑制力をもつ。もちろん死刑を廃止したら翌日から兇悪な犯罪が続出するなどというのではない。長期にわたって死刑の存在が人間の本能そのものを抑制する社会心理的なコンプレックスを形成するのである。

このことを否定するなら、それは論者の浅見か、または自己矛盾である。そもそも犯罪を「自然現象」と見ることで自体が根本的な誤りではないか。犯罪は歴史的・社会的な現象であり、そして倫理的な現象である』と（昭和三〇年四月）

（八日読売新聞）

また、植松教授も、死刑に威嚇力ありとして、次のごとく説いている。もっとも、教授は、従来使用されている威嚇力という言葉は、死刑廃止論にとってのみ有利な響を持つ言葉であるから、これを棄て、抑制力という用語を採るとする（前掲刑法一三三頁）。そして、説いている『人間がもっとも大きな執着を持つところの生命を奪おうとする刑罰の存在が、犯罪に対して大きな抑制力を持つのが当然であるといわなければならない。この問題の考察についてさらに重要なことは、刑罰の犯罪抑制力を論ずるのに、現に罪を犯してしまった者についてだけ考えるのではなく、正当な評価はできないということである。その抑制力が真に有効に発揮されたときは、現に犯罪行為に出ようとする者でも、それを思いとどまるのであるから、その者は犯罪人となることはなく、したがって、犯罪学者の観察の対象となる機会も持たないこととなる。犯罪学者が犯罪人について、犯罪行為の時に刑罰のことを念頭に浮べたかどうかを問うて見て、仮に念頭に浮べた場合があまり多くなかったとしても、それを理由として、その刑罰の犯罪抑制力を低く評価することはで

きない。なぜなれば、真に有効にその抑制力が作用した場合には、その者は犯罪人となることなく、したがって、犯罪学者の面接研究の対象ともならないからである』と(刑法概論(総論)三一六頁)。

ただし、刑罰には、威嚇力ないし抑制力ありとすべきものであらう。かつて、ロンブローゾは、犯罪人は生来の犯罪病者であつて、かかる犯罪型を具有するが故に、避け難き必然性を以つて一定の犯罪を犯すものである、とした。いま、正木博士は、犯罪は衣食住等に窮した揚句のはての自然現象である、と説いている。しかし、犯罪は歴史的・社会的現象であり、倫理現象である、とすべきであらう。それは、人間の行為として、規範的側面をもつ、と解すべきものであらう。従つて、刑罰一般が、人間に対し威嚇力をもつと同じく、死刑も、人間に対し威嚇力をもつとすべきであらう。また、木村博士が、すでに罪を犯した者のみにしぼつて死刑の威嚇力を論ずるのは、妥当でないであらう。殺人犯人には、精神異常者が多いとか、犯行後自殺者が多いとか、激情犯である場合が多いとか、發覚しないと信じて行為するものであるとかいうことは、そのような者には妥当する場合があるかも知れないが、そうでない者にとっては当てはまらないのである。そののみならず、植松教授の説くがごとく、死刑の威嚇力(抑制力)が真に有効に作用して罪を犯さなかった者を全く除外して事を論じている点は、さらに適切でないと考ええる。死刑についても、刑罰一般におけると同じく、特別予防的効力のみならず、一般予防的効力をも看過すべきでない、と考えるのである。

(3) さらに、違憲を理由とする死刑廃止論にふれておくことにしよう。周知のごとく、昭和二十一年の憲法第三六条は『公務員による拷問及び残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる』と規定した。この規定を根拠に、死刑は、同条にいう

残虐な刑罰であるから、これを廃止すべきである、とする主張がなされることとなった。その主唱者は木村博士である。いわく『新憲法上死刑が法律的に合憲法的か否かを考察する必要がある。新憲法第三十一条は「生命」の剝奪は法律をもって規定されたならば刑罰としては憲法違反でないかのような外観を示している。しかし、第二章第九条において戦争の放棄を宣言した規定の根底には国家権力の絶対性を否定し、個人人格の優位を認めている思想があり、その当然の結論としては死刑廃止に至らねばならない。又、第一三条の個人尊重の原則は、当然の結論として、たとえ刑罰によってであれ、個人の生命を剝奪することと矛盾するし、又、同条は、国民の「生命に対する権利」は公共の福祉に反しない限り立法上最大の尊重を必要とするとしているが、「公共の福祉」とは単に多数の利益ではなく、すべての個人に共通の利益であるから、その当然の結論としては、たとえ犯人の生命であってもこれを奪うことは公共の福祉に反することとなり、死刑は否定せられねばならない。最後に、新憲法第三六条は残虐刑を絶対に禁止しているが、死刑は人が人の生命を剝奪するところの残虐刑であるから、それは新憲法の絶対に禁止するものである。このような理由で、死刑は新憲法第三一条によってたとえ法律をもって規定せられても、戦争放棄の精神・個人尊重の原則・生命尊重の原則に反し且つ残虐刑として憲法が絶対に禁止していると解するのが妥当である。死刑は憲法違反である。死刑を規定した刑法の規定は新憲法第九八条第一項により無効と解すべきである』と(新刑法読本(全)(訂版)三三四頁)。

右に対し、不破武夫博士は、次のように説いて反論するのである。いわく『新憲法がその第三六条で「公務員による拷問及び残虐な刑罰は絶対にこれを禁ずる」と規定しているのを手がかりとして、死刑を同条にいう残虐な刑であると解し、その廃止を主張せんとする論者もあるが、これは牽強附会であらう。却って第三十一条の「何人も法律



の定める手続によらなければその生命若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」という規定は逆に死刑の存置を前提としているものである。おそらく新憲法は現在における死刑の存在を承認し、将来におけるその廃止については白紙の状態であると見るのが最も正しい解釈であろう。これを要するに死刑を廃止すべきかどうかということは時と処とを離れて抽象的に問題とさるべきものではない。現行刑法には死刑の規定が多過ぎることや、裁判官が死刑を言渡すに際しては極度に慎重でなければならぬということについては全く異論はない。しかし死刑を全面的に廃止すべしとする考え方には賛意を表しかねる。実際に平和な社会が出来上って重大な犯罪は姿を消し、時たまその種の者が現われても裁判官は死刑を科すのに忍びず、国民もまたこれを肯んじない時期が来て、始めて死刑は廃止するべきだとするのが、一刑法学者としての私の意見である」と(昭和二年一〇月)。(一三四頁) 植松教授(論)三二四頁、小野博士(刑法概論)を数えることができる。

けだし、右に引用した不破博士の死刑存置論をもって適切・妥当な見解とすべきものであらう。判例も、次に述べるごとく、死刑は違憲にあらず、としているのである。(一三四頁)

(一) 以上、本文に見た死刑廃止理由のほか、次のような諸理由からも死刑の廃止が主張されている。その第一は、木村亀二博士による誤判を理由とする死刑廃止論である(断頭台の運命、七九頁)。その第二は、正木亮博士による屠殺吏制度なりとの非難よりする死刑廃止論である。すなわち、死刑は、国家が給料を支払って人間を殺戮することを認める制度である、とするのである(死刑、刑事法講座三卷五八三頁)。その第三は、正木亮博士による被害賠償ということを論拠とする死刑廃止論である。すなわち、死刑を廃止して長期自由刑をこれに代え、その間の刑務作業による収入をもって被害者側に対する損害賠償にあてるべきである、とするのである(前掲三卷五八四頁)。

(二) 最近、一種の社会契約論より死刑存置論を主張するものに、竹田直平博士がある(甲南法学一卷三九頁)。

## 二 判例と死刑

判例は、死刑を肯定し、憲法に違反するものでない、としている。すなわち、昭和二三年三月一二日最高裁大法廷判決にいう『生命は尊貴である。一人の生命は、全地球よりも重い。死刑は、まさにあらゆる刑罰のうちで最も冷厳な刑罰であり、またまことにやむを得ざるに出ずる窮極の刑罰である。それはいうまでもなく、尊厳な人間存在の根元である生命そのものを永遠に奪い去るものだからである。現代国家は一般に統治権の作用として刑罰権を行使するにあたり刑罰の種類として死刑を認めるかどうか、いかなる罪質に対して死刑を科するか、またいかなる方法手続をもって死刑を執行するかを法定している。そして、刑事裁判においては、具体的事件に対して被告人に死刑を科するか他の刑罰を科するかを審判する。かくてなされた死刑の判決は法定の方法手続に従って現実に執行せられることとなる。これら一連の関係において、死刑制度は常に、国家刑事政策の面と人道上の面との双方から深き批判と考慮が払われている。されば、各国の刑罰史を顧みれば、死刑の制度及びその運用は、総ての他のものと同様に、常に時代と環境とに応じて変遷があり流転があり、進化がとげられてきたということが窺い知られる。わが国の最近において、治安維持法、国防保安法、陸軍刑法、海軍刑法、軍機保護法及び戦時犯罪処罰特例法等の廃止による各死刑制の消滅のごときは、その顕著な例証を示すものである。そこで新憲法は一般的概括的に死刑そのものの存否についていかなる態度をとっているのであるか。弁護人の主張するように果して刑法死刑の規定は、憲法違反として効力を有しない

ものであろうか。まず、憲法第一三条においては、すべて国民は個人として尊重せられ、生命に対する国民の権利については、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする旨を規定している。しかし、同時に同条においては、公共の福祉という基本的原則に反する場合には、生命に対する国民の権利といえども立法上制限乃至剥奪されることを当然予想しているものといわねばならぬ。そしてさらに、憲法第三一条によれば、国民個人の生命の尊貴といえども、法律の定める道理の手續によって、これを奪う刑罰を科せられることが、明らかに定められている。すなわち憲法は現代多数の文化国家におけると同様に、刑罰として死刑の存置を想定し、これを是認したものと解すべきである。言葉をかえれば、死刑の威嚇力によって一般予防をなし、死刑の執行によって特殊な社会悪の根元を絶ち、これをもって社会を防衛せんとしたものであり、また個体に対する人道観の上に全体に対する人道観を優位せしめ、結局社会公共の福祉のために死刑制度の存続の必要性を承認したものと解せられるのである。弁護士は、憲法第三六条が残酷な刑罰を絶対に禁ずる旨を定めているのを根拠として、刑法死刑の規定は憲法違反だと主張するのである。しかし死刑は、冒頭にも述べたようにまさに窮極の刑罰であり、また冷酷の刑罰ではあるが、刑罰としての死刑そのものが、一般に直ちに同条にいわゆる残酷な刑罰に該当するとは考えられない。ただ死刑といえども、他の刑罰の場合におけると同様に、その執行の方法等がその時代と環境とにおいて人道上の見地から一般に残酷性を有するものと認められる場合には、勿論これを残酷な刑罰といわねばならぬから、将来若し死刑について火あぶり、はりつけ、さらし首、釜ゆでの刑のごとき残酷な執行方法を定める法律が制定されたとするならば、その法律こそは、まさに憲法第三六条に違反するものというべきである。前述のごとくであるから、死刑そのものをもって残酷な刑罰と解し、刑法死刑の

規定を憲法違反とする弁護人の論旨は、理由のなきものといわねばならぬ』と（最高刑集二巻一三〇号一九二頁）。

その他、（１）死刑そのものは、憲法第三六条にいわゆる『残虐な刑罰』でなく、従って刑法死刑の規定は違憲でない、とするものに、昭和二十四年八月一八日の第一小法廷判決（最高刑集三巻九号一四七八頁）があり、（２）絞首刑は、憲法第三七条に違反しない、とするものに、昭和二十八年一月二九日の第一小法廷判決（最高刑集七巻一〇号二二二六頁）があり、（３）現在わが国の採用している方法による絞首刑は、憲法第三六条にいう『残虐な刑罰』にあたらない、とするものに、昭和三年四月六日の大法廷判決（最高刑集九巻四号六六三頁）があり、（４）刑法の死刑の規定は、憲法第九条、第一三条および第三六条に違反しない、とするものに昭和三年六月二七日の第二小法廷判決（最高刑集一二巻一〇号二二三三頁）があり、さらに、（５）現行の死刑執行方法は憲法第三六条の『残虐な刑罰』にあたらない、とするものに昭和三十六年七月一九日の大法廷判決（最高刑集一五巻七号一一〇六頁）がある。けだし、いずれも、適切・妥当な判決とすべきであろう。

### 三 立法例と死刑

以上で死刑についての、わが国の学説と判例とを見たのであるが、しかれば、世界各国の死刑に関する立法例は、どのようなになっているであろうか。それは、甚だ区々である。或る国はこれを明文を以て規定し、或る国は法律上廃止し、または、事実上これを廃止しているのである。

まず、死刑を維持している諸国および領土をアルファベット順に示すと以下のとおりである（法務省刑事局・世界各国における死刑制度について）。アフガニスタン、オーストラリア（二州を除いて）、ビルマ、カナダ、カンボジア、中部アフリカ共和国、

セイロン、チリ、中国（台湾）、キューバ、チェコスロバキア、ダオメー、エルサルバドル、フランス、ガンビア、ガーナ、ジブラルタル、ギリシャ、ガテマラ、香港、インド、インドネシア、イラン、イラク、アイルランド、象牙海岸、日本、ラオス、レバノン、リベリア、マラヤ連邦、モーリシヤス、メキシコ（二九州中四州―モレロス州、ワハカ州、サンルイスポトシ州、タバスコ州）、モロッコ、オランダ領ニューギニア、ナイジェリア、北ローデシア、ニアサランド、パキスタン、フィリピン、ポーランド、セネガル、セーシェル諸島、ソマリア（北）、ソマリア（中部および南）、スペイン、南アフリカ共和国スーダン、スリナム、タンガニカ、タイ、トーゴ、トルコ、アラブ連合共和国、ソビエト社会主義共和国連邦、イギリス、アメリカ合衆国（一般原則として、五〇州中四二州、コロンビア特別区および連邦制度）、ベトナム共和国、西太平洋諸島、ユーゴスラビア、ザンジバルの六〇の国々である。

次に、死刑を廃止している諸国および領土は三種のカテゴリーに分けられる。その第一は、明白に憲法上あるいは制定法上、死刑が廃止されているもの（法律上の廃止）、その第二は、その実定法（刑法典ないしは特別制定法）に死刑の規定があり死刑の判決が言い渡されているが、確立された慣習によりそのような判決の執行はなされていないもの（事実上の廃止）、その第三は、いくらかの例外的情況下で犯された犯罪に対してのみ死刑の規定があり、つまり、そこでは事実上は死刑が消滅したと同様なもの（ほとんど完全廃止に近いもの）である。すなわち、

その第一に数えられるもの、すなわち、法律上の廃止国は、アルゼンチン（一九三二年）、オーストラリア（クイーンズランド）、オーストリア（一九四五年）、ブラジル（一八八九年）、コロンビア（一九一〇年）、コスタリカ（一

八八二年)、デンマーク(一九三〇年)、ドミニカ共和国(一九二四年)、エクアドル(一八九七年)、ドイツ連邦共和国(一九四九年)、フィンランド(一九四九年)、グリーンランド(一九五四年)、アイスランド(一九四〇年)、イタリー(一九四四年)、メキシコ(一九州中二五州および連邦領土(憲法一九三一年))、ノルウェー(一九〇五年)、オランダ(一八七〇年)、オランダ領アンチル諸島(一九五七年)、ニュージーランド(一九六一年)、ポルトガル(一八六七年)、サンマリノ共和国(一八六五年)、スエーデン(一九二二年)、スイス(一九三七年)、アメリカ合衆国(六州アラスカ(一九五七年)、デラウェア(一九五八年)、ハワイ(一九五七年)、メイン(一八八七年)、ミネソタ(一九一一年)、ワイスコンシン(一八五三年)、ウルガイ(一九〇七年)、ベネズエラ(一八六三年)の二六の国々である。

その第二に属するもの、すなわち、事実上の廃止国は、ベルギー(一八六七年)、リヒテンシュタイン(一七九八年)、ルクセンブルグ、バチカン市国の四の国々である。

その第三に挙げられるもの、すなわち、ほとんど完全廃止に近い国のうち、オーストラリア、ニューサウスウェールズでは殺人に対して死刑は廃止されたが、反逆罪および海賊行為に対する死刑は廃止されていない。しかしながら事実上適用されていない。アメリカ合衆国のミシガン(一八四七年)、北ダコタ(一九一五年)、ロードアイランド(一八五二年)、これら三州では死刑を廃止しているが、例外としてミシガン州では反逆罪、北ダコタ州では反逆罪(死刑は義務的)、および第一級謀殺ですでに服役している受刑者の行なった第一級謀殺、ロードアイランドでは終身刑の判決を受けた受刑者のなした殺人については死刑がある。ニカラガでは一つないしはそれ以上の加重事由のある犯

罪の場合にのみ死刑を適用し得るものとしている。

ところで、最近の一九六二年ドイツ刑法草案(vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962)および一九六二年オーストリア刑法草案(vgl. Entwurf eines österreichischen Strafgesetzes zweiter Lesung (2. Auflage) E 1962)にも、死刑の規定の存しなうことを注意しよう。

以上に對し、わが現行刑法は、死刑を認め、これを二三カ条で規定している。すなわち、内乱罪(七七条)、外患誘致罪(八一一条)、外患援助罪(八二条)、現住建造物放火罪(一〇八条)、激発物破裂罪(一一七条)、建造物浸害罪(一一九条)、列車顛覆致死罪(一二六条)、往來危険罪の結果的加重(一二七条)、水道毒物混入致死罪(一四六条)、殺人罪(一九九条)、尊屬殺人罪(二〇〇条)、強盜致死傷罪(二四〇条)、強盜強姦致死罪(二四一条)である。

右の現行法に對し、改正仮案は、二二六カ条で死刑を規定し、今次の準備草案は、九カ条でこれを規定したのである。次に、本草案を検討することにしよう。

#### 四 準備草案と死刑

改正刑法準備草案は、死刑を規定し、その第三二条で『刑の種類は、次のとおりである。一、死刑(以下略)』とし、そして、第三四条で『死刑は、絞首して執行する(一項)。死刑の言渡を受けた者は、その執行に至るまで、刑事施設に拘禁する(二項)』としている。なお、別案においても同様である(別案三二条参照)。右に關し、準備草案理由書は、次のごとく説いている。いわく『死刑の存廢については、死刑の廢止は世界的傾向であるから、これを廢止すべしとする意見もあったが、準備会の多数は、将来國民の法的確信が死刑廢止に傾いた暁には死刑を廢止すべきことに異論

はないが、現実的な立場で、かつ、現状をもととして考える限りにおいては、死刑はなお存続すべきものとせざるを得ないという意見であった。しかし、死刑はできるだけ減少する趣旨で、現行法では絶対的死刑となっている外患誘致罪（一二三四条）にも選択刑を認め、また、現行法で死刑を法定刑とする現住建造物放火（一九二条）、出水による建造物浸害（二〇四条）、汽車・船舶・航空機の破壊（二二三条）、水道毒物混入致死（二二〇条後段）については死刑を削除したのである。なお、死刑の適用は、特に慎重でなければならない旨の規定を設けた（四七条三項）』と。そして、各種の犯罪中、内乱罪（二二九条）、外患誘致罪（一二三四条）、外患援助罪（一三五条）、爆発物使用罪（一八六条）、殺人罪（二六八条）、決闘致死罪（二八五条）、強盗致死罪（三四四条）、強盗殺人罪（三四五条）、強盗強姦致死罪（三四六条）の九カ条について、死刑を認めているのである。

ところで、右の準備草案の規定に対しては、（１）刑法上の問題、（２）訴訟法上の問題、（３）執行法上の問題など、種々の問題について議論が闘わされているのである。

（１）まず、刑法上の問題として、準備草案のように、死刑を規定することについては争いがある。すなわち、これを不可なりとする論者としては、木村博士を挙げることができよう。いわく『死刑廃止を永年主張してきている一人として、わたくしは、草案が死刑廃止に踏み切るだけの勇気を惜しんだことをはなはだ遺憾に考えている』と、法律時報 三三卷八号六頁。また、佐伯博士をも数えることができよう。いわく『この際、死刑の全廃に踏み切るべきではないか』と、立命館法学 三（四号八九頁）。これに反し、死刑を規定することを可なりとするものとしては、竹田博士を挙げることができよう。いわく『死刑の立法は、少なくとも理性と良心の実現としての現代の自由主義・民主主義国家の立法におけるそれは、



各人をして「自己の生命にかけて」他人の人権を尊重する自誓を立てしめるものであり、彼等の道義的勇氣を鼓舞し助勢するものである。それとは反対に、死刑の廃止は、兇悪犯人に対し「君は不法に人を殺しても君の生命は法律が保障する」旨を予告することによって、彼の犯罪動機を鼓舞し助勢するものである。このような悪徒と墮落の国家的助勢は止めねばならない。この意味において、刑法改正準備草案が、殺人罪及び殺人を含む七種の兇悪犯罪に限り死刑を存置しているのは正当な理由を持つものといわねばならない」と（日本刑法学会・改正刑）（法準備草案一一八頁）。

その他、東京地区刑法改正研究会（昭和三八年一〇月一六・一七日）および大阪地区刑法改正研究会（昭和三八年一〇月二三・二四日）における議論のうち、（イ）直ちに廃止すべしとするものに坂本武志判事がある。いわく『死刑は廃止すべきである。死刑はよくないが国民感情からしてやむをえないという論があるが、いけないならいけないとした方がよい。本質的に人が人を殺すことは許されないから死刑はよくない』と（東京地区議事）（要録一七頁）。また、秋山哲治教授がある。いわく『死刑（中略）をやめるべきだと思う。国家の刑罰権は死刑に及ばないと思うからである』と（大阪地区議事）（要録一九頁）。さらに、大谷英一教授がある。いわく『刑罰としてはこの際死刑は廃止すべきだと考える』と（同要録）（三四頁）。これに対し、（ロ）死刑はこれを存置すべしとするものに、小和田康長刑務所長がある。いわく『執行前の管理に大へん苦勞してゐるので、執行官としては死刑はないことが望ましいが、廃止された場合に従来死刑になったような者が無期にされることになる、この種犯人には人命を輕視する者が多いので、刑務官自身の安全を期し難い。刑務官としては存置を希望する』と（東京地区議事）（要録一六頁）。また、岡本照拘置所長がある。いわく『死刑囚の生活状態には二つの型がみられ、非常に反抗的態度で執行されるものと、極めて改悛の情が顕著な態度で過している者とあり、後者を見ると執行の必要

に疑問が生じるが、反面、自分で死んだ方がよいという気持を持っている者もあり、これらの者を絶対無期刑として長期間拘禁することは管理上にも困難が生ずる虞がある。また死刑囚には性格的にも破綻している者が多く、拘留所刑務所の取扱も大變で管理処遇は相当困難である。これがうまくゆかないとなると絶対無期刑は刑事政策的に破綻を来すことになる。故に私の考えは死刑存置論である』と（大阪地区議事要録三四頁）。さらに、竹田博士の主張がある。いわく『立法する場合に、国家が刑法を作つて犯人を罰するという他に、社会契約説的な考え方として、我々はお互に「私は貴方を殺さない」ということを約束し、これを担保するために他人を殺したときは、自己の生命を差し出すということに約束していることを考えなければならない。立法においてはこのような相互に約束を守るといふ道義的、倫理的な考え方を基本として考えるべきである』と（同議事要録二四頁）。この見解に関連して、竹内猛検事は『竹田教授の云われた死刑は社会共同生活における担保であるという考え方に同調する。また無期懲役の者が一〇年の服役で仮釈放になるということは不相当だ。実例でこれは死刑とするには重いがこのような無期では軽いと思われる例があるので、現在の無期懲役と死刑との間の刑を設けられることを希望する』として（同議事要録三〇頁）。すなわち、死刑の存廃に関連して、『死刑と無期刑との中間にある特別無期刑』を制定すべしとの要望がある。すなわち、坂本判事（東京地区議事要録一七頁）、大谷教授（大阪地区議事要録三四頁）の主張がそれである。しかし、これに対しては、前田信一郎教授から『死刑よりも残酷なものは絶対無期刑、絶対無期刑である。死刑と無期との中間には何らの刑罰もないと思う。仮釈放のない無期などというのは人権侵害であり、古い時代の制度に戻るもので世界の進運に逆行する』との反論があり（同議事要録三三頁）、また、宮内精介刑務所長から『仮釈放期間は無期については一〇年になっているが、実際には一四年から一五年半位になっている。絶対仮釈

放しないとなると毎期囚には希望がなくなる。出所の希望のない集団を刑務所で取り扱う自信はない』との主張がある（同議事要録三四頁）。

なお、法制審議会刑事法特別部会第二小委員会においても、死刑は将来これを廃止すべきであるとの主張はあったが、現状において直ちに死刑を全廃すべきであるとの意見はみられなかったのである（法制審議会刑事法特別部会第二小委員会第二回議事要録一頁）。

（2）次に、訴訟法上の問題として、死刑事件は合議体全員一致の表決を必要とする、とすべきであるとの提案がなされている。現に、『チリでは、上訴（死刑相当の行為についての有罪決定に基づく）は通常第二審の管轄を有する裁判所（上訴裁判所）に行くが、その裁判所は万場一致の決定によってのみ死刑判決の言渡しができる』ことになっているのである（法務省刑事局・世界各国における死刑制度について二五頁）。そこで、わが大阪弁護士会の『改正刑法準備草案』に対する大阪弁護士会の意見』において、『草案は、刑法の適用に関する規定（四七条三項後段）において、右のごとく「死刑の適用は、特に慎重でなければならない」としているけれども、これはむしろ「死刑は、全裁判官の一致した意見によるのでなければ、これを言渡してはならない」と改めるべきである』としていたのである（同書二）。また、大阪地区刑法研究会においても、宮内刑務所長から『死刑の判決は裁判官全員の一致で決すべきものと思う』との提案がなされ、山田謙一弁護士から『人權に対する最高の刑である死刑は裁判官全員一致の賛成を要するようになすべきである』との主張がなされたのである。しかし、当該死刑事件が、たまたま死刑廃止論者の属している裁判所に繫属したか否かによって、或る場合には死刑が言渡されず、或る場合にはこれが言渡されるというようなことは、公平を欠くものといわなければならない。『ただ一人の裁判官の意見だけで合議の結果を左右するのは不当であり、とくに、上訴審についてまで同じ方法をとればその弊害はさらに甚だしい』ことになるであらう（同第二小委員会第二回議事要録二頁）。

(3) さらに、執行法上の問題としては、死刑の言渡があつた後その執行を制限する制度を設けるべきか否か、例えば、中国で行なわれているような死刑の執行猶予制度を考慮する必要があるかどうか、また、現在の恩赦制度をさらに活用できるように改正し、とくに死刑執行の審査をする特別の委員会を設ける必要があるかどうか、論議されているのである。ただし、右の『中国式の執行猶予制度は、その内容が明らかでなく、洗脳政策等の政治的考慮とも関連しているようで、直ちにこれを採用するのは相当でない』し、『また、死刑執行を審査する特別の委員会を設置することについては、現在でも、法律家や行刑官のほか学識経験者や文化人を委員とする中央更生保護審査会が恩赦の審査をしているので、同じような委員会をさらに設ける必要はない』(同第二小委員会第  
三回議事録四頁)とすべきであろう。