

資料

—— 紹介 ——

Professor Dr. Karl Peters, Die Problematik der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland (Centenaris Da Abolição Da Pena De Morte Em Portugal, 1967). 死刑の問題は難問中の難問である。ここでは西ドイツの一文獻を参考のため紹介する。

早稲田大学教授 内 田 一 郎

(一九七三年二月一日 テュービンゲンにて)

x x x x x

ドイツ連邦共和国での死刑の問題点

テュービンゲン大学教授 カール・ペーテルス

I 今日の法律状態

一九四九年五月二十九日の基本法第一〇二条は、「死刑は、これを廃止する。」と述べている。死刑の廃止は、例外なく行なわれる。死刑がなお適用されうる刑法上の特別領域(軍刑法)は存

在しない。このことは戦時についても妥当する。死刑の廃止が一箇の憲法上の原則となったことにより、死刑の復活は一箇の制定法により可能ではあっても、それには連邦議会の議員の三分の二および連邦参議院の投票の三分の二の賛成を必要とする。

ドイツ連邦共和国での死刑の問題点

II 歴史的發展

最初のドイツ帝国刑法典である一五三二年のカロリナ刑法典は、生命刑および身体刑を基礎とした。死刑は様々な形で宣告され且つ執行された。すなわち四つ裂きの刑、車裂きの刑、火刑、絞首刑、溺死刑、くいで突き刺す刑、土中に埋める刑、斬首刑がこれであり、ときにはなお、引きづったりまたやつとこで引っぱることで加重された。刑罰制度での変化をドイツ国にもたらしたのは、一五九五年のアムステルダム懲治場の創設である。それと同時に死刑に反対する闘いが始まった。最初は死刑を制限するために、次に死刑を廃止するために。一箇の重要な寄与をなしたのは、ドイツ国では、フリードリッヒ・フォン・シェーバーの著述 *Cautio Criminalis* (一六三二年) であって、それは魔女訴訟に反対するものであった。啓蒙時代の指導者の態度はなお一致しなかった。オーストリアの刑事学者ヨゼフ・フォン・ゾネンフェルスの死刑に反対する書物(一七四六年)は、成果を収めないままにとどまった。むしろ決定的なものとなったのは、チェザーレ・ベッカリアの労作 *Dei delitti e delle pene* 一七六四年である。死刑をめぐる政治的闘争は、ドイツ国では、まず最初に一八四八年のフランクフルト国民会議で始まった。一八四八年一月二八日に公布された

ドイツ国民基本法は、第九条で死刑を廃止したが、戦時国際法および海法で例外が認められた。けれどもフランクフルト国民会議は基本原則を設けることができただけで、これを現行法に直接規定することは、個々のドイツの州で行なわれる必要があった。なるほど個々の州法でも死刑は廃止されたが、しかし最大の諸州、すなわちオーストリア、プロシヤおよびバイエルンで死刑は依然として存続した。一八七一年の帝国刑法典は今日でも現行ドイツ刑法典の根幹を形づくっているが、それは死刑を保持した。刑法典についての第二読会で、帝国議会は死刑を否認する態度をとったにもかかわらず、死刑はビスマルクの主導権で僅かな多数で刑法典へ採用された。もともと、死刑に対してきわめて狭い範囲が認められたにすぎない。死刑は刑法典では僅かに二箇の場合に規定された。すなわち、

(a) 既遂の謀殺に対する刑として(刑法第二二一条)、

(b) 皇帝、自己のランデスヘルおよび滞在州のランデスヘルに対する謀殺および謀殺未遂の刑として(刑法第八〇条)。

次になおこれに付加されるものに、軍刑法を度外視すれば、爆発物法(一八八四年)および奴隸略取誘拐法(一八九五年)の特殊な場合がある。皇帝またはランデスヘルに対する謀殺未遂の場合を度外視すれば、未遂および従犯の場合に関する死刑の科刑は排除された。少年行為者はいかなる場合にも死刑に処

せられることはなかった(刑法第五七条)。ワイマール時代(一九一八年から一九三三年)には死刑は存続したが、死刑は例外的に執行されたにとどまる。一時的に効力を有した共和国保護法(一九二二年)は一定の重大な犯罪に対して死刑を採り入れた。

死刑の適用範囲の一箇の広範な拡張をもたらしたのは、国家社会主義の時代、ことに戦時中である(国民の害虫たる者、暴力犯人、危険な風俗犯人、戦時経済犯人、少年重大犯人に対する死刑および多数の個々の法定犯罪事実における死刑)。謀殺罪の規定でかなり知的に構成されていた法定犯罪事実から一箇の動機的にまた行為的に規定された法定犯罪事実への一九四一年の変化は、その適用の拡張へ導いた。パウソン(Stratight—Allg. Teil 4. Auf. 1966, S. 641)によれば、ナチスの秘密国家警察および強制収容所での謀殺を別として約一六〇〇〇の裁判上の死刑の判決がナチス時代に下された。

基本法による死刑の廃止は、国家社会主義の暴力支配に対する反動としてだけこれを理解することは許されない。それは醇化された法の見解の一箇の帰結でもある。

III 死刑の廃止についての今日の立場

住民の大部分の考えは、今日でもなおドイツ連邦共和国での

ドイツ連邦共和国での死刑の問題点

死刑の復活に傾いている。そのような見解はなかならずとくに重大な犯罪、例えばタクシー運転手に対する謀殺または性的謀殺が犯された場合に、はっきりとうち出される。あるシンポジウムで、そこには約五〇〇名の聴衆が参加していたが、討論の司会者は死刑に関する討論の前と後で投票を求めた。討論の前には圧倒的多数の人々が死刑に賛成したが、討論の後では逆に少数の人々が死刑に賛成したにすぎなかった。死刑の問題の多様性が討論を通じて聴衆に意識され、一箇の控え目な立場に導いたのである。

一箇の興味深い風景画を提供しているのは、シュトイチェフ出版社から出版された死刑に関する文書調製である。約七〇〇〇名の人々に宛てて右の出版社は、死刑の問題について態度決定を求めるアンケートを発送した。アンケート調査は一箇の委員会によって実施され、その委員会は検事総長パウエル(フランクフルト・アム・マイン)、地方裁判所長シュローダー(ダルムシュタット)および弁護士兼公証人ドクター・ライゼルト(ダルムシュタット)で構成された。約三六〇〇名が態度決定を行ない、そのうち二〇七〇名は理由を付し、一部の人々はきわめて詳細な理由を付した。残余の人々もつばら賛成または反対をもって回答した。死刑に賛成の理由を付した態度決定をした人々および死刑に反対の理由を付した態度決定をした人々

は、ほぼ均衡を保った（死刑に賛成した人一〇三四名、死刑に反対した人一〇三六名）。これに反して理由を付さないで態度決定をした人々は死刑に賛成する方が死刑に反対する方に比べてきわめて多数にのぼった。（死刑に賛成する人一〇二五名、死刑に反対する人六一八名）。このことから判るのは、理由を付した説明のない場合には、死刑を肯定する数が増加することである。

興味のあるのは、賛成者および反対者（二〇五九名対一六五四名）を職業別に分けてみることである。（カッコ内の数字は理由を付さない態度決定をした人々の数を意味する）。

おおむね死刑に反対を表明したのは、

賛成 反対

連邦および州の大臣、 三（↓） 一七（↓）

連邦および州の議会の議員、 七八（↓） 一四五（↓）

（国立・市立劇場または放送局の）総監督および芸術家、 二五（↓） 三一（↓）

出版者、主筆および著作家、 一三四（↓） 一九二（↓）

僅差の多数で死刑に賛成を表明したのは、

賛成 反対

総合大学および単科大学の教授、 二六六（↓） 二五七（↓）

校長、 一五（↓） 一三（↓）

神学者、 一七（↓） 一三（↓）
医師、 一八（二） 一三

著しい多数で死刑に賛成を表明したのは、

賛成 反対 総計

連邦裁判官およびその

他の裁判官、七〇（二九四） 八三（二一〇） 三六四：二九三
検事、 一五（三八） 二〇（一六） 五三：三六

大都市の市長、州・市な

どの警察部長および

高級公務員、

八九（二二九） 一一六（四四） 二一八：一六〇

弁護士および公証人、

四二（五六四） 五〇（三四八） 六〇六：三九八

社長、取締役および実

業家、 二六二（一一） 八六（一一） 二六二：八六

これらの報告で注目すべき点は、法学者に関する限り、総合大学教授のところでは死刑に反対する人々が一箇の多数を占めていることである。質問を受けた刑事法学者のうち一名が死刑に賛成の組に入ったにすぎない。目立つのは弁護士および公証人のあいだでまた全くくに実業家のところで死刑の賛成者が高い数字を示していることである。アンケートでは「普通の人々」

が欠如している。おそらく普通の人々のあいだでは、死刑の賛成者の数はかなり大きな数にのぼることであろう。

政治の領域では死刑の反対者が大部分である。二度にわたって死刑復活の提案がなされた際に、連邦議会での投票は、将来も死刑の復活に必要な多数を期待できないことを明らかにした。ドイツ社会民主党は死刑に反対することを決めた。ドイツキリスト教民主同盟では意見が分かれている。ドイツ自由民主党での意見はおおむね死刑に反対である。

基本法での死刑の廃止以後も、学問の領域では死刑の問題は落着をみていない。(中略) 死刑に関する論議には、おもに刑法学者、政治家および神学者が関与している。

IV 宗教的および倫理的諸観点

(前略) もし宗教的または倫理的に死刑が許されないものであるならば、法学的または政治的にも死刑は要求されえないと考えられる。このことは、刑法秩序と道義的秩序との間にいかなる相違があるうとも、それにもかかわらず、基本的対立は存在しないということから明らかになる。そのかぎりでは諸価値秩序の調和の原則が支配する。しかしこのことから逆にもし死刑が宗教的または倫理的に必要であるとされる場合に、刑事立法が死刑を反動的手段としても採り入れなければならないものと

帰結することはできないと考えられる。(中略) 立法権は道徳の最高度を制定法の内容とすべき義務を負うものではない。

一、死刑は宗教的または倫理的に絶対に許されないのか。考え方の出発点となるのは「汝殺すなかれ」という神の命令である。(中略) この命題は人間の諸共同社会とくに国家にも関係がある。しかしこの命題が例外なく妥当するかどうかは問題である。行為者自身が人間の品位を自ら奪い去ったのであるから、その結果として死刑は人間の品位を犯すことにはならない、という理由では、一箇の例外を導いてくることはできない。犯罪者も人間として人間の品位に関与し、彼の生存中それを失うこととはないのであるから、この理由づけは適当ではない。もし死刑が宗教的また倫理的に理由づけられべきものとすれば、死刑それ自体はあえて人間の品位を犯すものとはならないであろう。人間の品位に対する一箇の侵犯を死刑のうちに認めることはできない、何故ならそれは人間の道義的答責性の承認および自由に向っての人間の使命の肯定を意味し、それゆえ正に人間の核心における人格を前提とするからである。

それとともに先ずやや否定的な事柄が述べられた、すなわち死刑は人間の品位を犯すものではない、と。しかし未だ死刑を科することに対する宗教的または倫理的基礎づけがなされたわけではない。殺害の禁止は二箇の観点により限界を劃されうる

であろう。すなわち正当防衛と生命の保護に対する要求の責任ある実現がこれである。

(a) 正当防衛での殺害の思想は、なるほど宗教史および倫理史で争いのないものではない。しかしこの思想は、無限定の正当防衛権能の意味ではないにしても、教義で確かな地歩を占めてきた。正当防衛権は一箇の一般倫理を基礎として作成された人権条約 (Menschenrechtskonvention) 第二条でも承認されている。けれども死刑を基礎づけるために正当防衛の思想が充分なものであるかどうかは疑問である。(中略) 犯された行為は通常は完成していて、国家は犯罪闘争のための非常に有効な手段を一段下げたものを使用する。それゆえ死刑は、通常の国家的関係のもとでの犯罪性の原則的な場合に対しては、正当防衛の観点から正当化されえない。正当防衛状態を考へることができるとすれば、それはせいぜい非常な緊急状態における秩序の存立に触れる犯罪の場合、例えば革命の諸時代での国家の存立に対する諸攻撃の場合とか、一箇の不可避の防衛戦争での防衛力に対する脅威の場合であろう。

(b) 犯罪者が人の生命を絶った結果としての生命の尊重を求める請求権の喪失は、倫理的には共同社会からの自己排除により、所為と苦痛との均衡の思想(応報思想、鏡に映したような刑)により、また贖罪思想により基礎づけられる。この種の観

念の支持者は歴史の発展のうちにも見出される。これらの観念がどれほどまで負担力があるのかということは、普遍妥当の方法では決定されない。これらの観念の基礎にもあるものは論駁できない基本的見解である。この種の意見に対する答えは、現世の生命が何らかに完結したもの、終局的のものであるのか、それとも此の世の生命が永遠の生命に向っての一箇の過渡的なものにすぎず、その永遠の生命に人間は帰属するものであるのか、ということにも依存する。後者の立場からすれば、死刑は重要性を失う。

二、死刑は宗教的または倫理的に必要であるか。

(a) 死刑の許容性だけではなく、死刑の必要性さえも主張されている。ドイツ語圏では二つの神学的文献が特色のあるものである。すなわち Ernecke, Zure thischen Begründung der Todesstrafe heute, 2. Aufl, 1963 (ロー・カトリックの文献) 、Gloege, Die Todesstrafe als theologisches Problem, 1966 (プロテスタントの文献) がこれである。これらの著者の議論の出発点は、謀殺者は、黙示録から認識することができるとする神の秩序により、彼の生命を行為の結果として喪失したものである。その結果、国家は死刑により、そうでなくとも所与のものとなっている事柄を執行するにすぎないとする。そのような見解にとって、死刑を思いとどまることがは一箇の恩

典的行為である。倫理的理由からは、死刑の必要性は、阻害された道義的および法的秩序の平衡をとる必要性から導き出され、それ故に応報思想および贖罪思想から導き出される。

(b) 死刑の宗教的理由づけは一連の疑問につきあたる。死刑を使書から導いてくることは、そう簡単に一義的であるとはいえない。ここに生じてくる問題は、どれほどまで個々の個所が以前の法的見解のみを意味しはするが、あらゆる時代にわたって標準となる普遍妥当の道義的明言を意味しはしないのかということである。黙示録も謀殺者の生命をそのままにしておくことを認めた(カイン、ダビデ)。教会の伝統は死刑が少くとも不完全なものであることを認識させる(教会により死刑が科せられることのないこと、死刑を科する裁判官および死刑を執行する絞首刑吏の尋常でないこと)。神の摂理と人間の刑罰とを平行させまたはそれのみかこれを相互に結合することも可能ではない。国家の刑罰は社会秩序の規制と保安を目標とし、それと同時に世俗と結合している。国家の刑罰は国家の指令に服し、国家の指令は社会倫理および刑事政策的考量から生じるものである。

かりに死刑の宗教的および倫理的許容性が可能であるとした場合でさえ、死刑を科すべき国家の義務ということは問題外であらう。

V 国家観と死刑

死刑の問題に関する態度決定は、それぞれの国家観に依存する。このことは三箇の国家観について説明されるべきであらう。

一、神権政治的国家観は、神託から国家の力と権能とを導いてくる。国家は世俗的領域で神を代表する。神は生命を意のままにすることができるのであるから、神託で、もちろん正義と標準に拘束を受けて、国家もこれを行なうことができる。

二、自然法的国家観。この観方によれば、国家は創造の秩序により権能を与えられた、法と秩序とを維持するための一箇の制度である。人間の本性から一箇の権力に服従することが明らかになり、この権力は、一般的秩序の守護と保安のためまた全体の幸福のため、あらゆる必要な処置を許可する。標準となるのは *bonum commune* である。この観点から、ある者が有責に重大な方法で秩序を侵犯したかぎり、この者の殺害が事情によって正当化されうるとしても、それでもやはりその許容性は、この処置が具体的事情のもので(時、場所、社会観、他の手段の存在)必要であることを前提条件とする。

三、世俗的国家観。国家が人間の意思の純然たる所産と解され、宗教的考量がその意思形成から排除されそして国家目的がもっぱら現世に従属して見てとられる場合には、国家に死刑を

科する権利を承認することは事実上もはや可能ではない。

VI 死刑の刑法上の基礎づけ

一箇の刑法体系中で死刑が主張可能であるか否かという問題は、刑法の基本問題に対する態度決定によって左右される。考へうる諸刑罰目的のうちで、死刑は、不法および責任に対する贖罪および応報の観点のもとでのみ、正当化される。死刑をもつばら予防の観点をもつて基礎づけようとする試み（保安、一般人に対する威嚇、個人に対する威嚇）は、それによって人間が客体とされることになると思へられるので、失敗する。この点に人間の品位に対する一箇の基本的侵犯が存在することになると考えられる。同時に、このことによって、さらにまた、一箇の危険な道がたどられることになるであろう、すなわち、きわめて明白に、ドイツで国家社会主義の時代が、その道を示している。

VII 死刑の必要性の問題

死刑を倫理的可能性として承認する人々にとってさえ、死刑は依然として一箇の不完全な、重大なそして重い荷を負わせる処置である。死刑に原理的に身方する人々によつても、数百年の時の流れの間に、くりかえし死刑の必要性の問題が投げかけられてきたし、死刑を原則的に承認しているにもかかわらず、

それが必要とされる場合にかぎって、指揮されてきた。死刑の必要性は否定されるべきである。

一、死刑は所為の重大さに適切に反応すべき唯一の方法ではない。贖罪および応報の思想は、長期に持続する、ことに無期の自由刑によってこれを斟酌することができ、危険な犯罪者が問題であるかぎり、長期の自由刑は同時に一箇の保安的機能を営む。

二、死刑はまた一般人を威嚇するために必要ではない。犯罪の見せしめのためには、まず第一に刑の重さではなく、刑事訴追の確実さが決定的なものである。

死刑の威嚇的効果に反対するのは次の証明された事実である、すなわち頻繁に死刑が適用された諸時代に犯罪は減少しなかったこと、同様にこれとは逆に死刑が廃止された場合にそれまで死刑に相当した犯罪が増加しなかったことこれである。いづれにしてもドイツ連邦共和国での死刑の廃止は犯罪の増加を招来しなかった。ここにとりあげた問題について当時の連邦司法大臣デーラーは、一九五二年一〇月四日の連邦議会での大討議で、今日もなおきわめて印象深い資料を提出した。

三、死刑は問題の人に改善のきっかけを与えるであろうとする考量は、せいぜい宗教的および道義的意味で理解されうるものと考えられる。しかしすでにこの点について、依然として全く

未解決のままであるのは、死刑は改善するのか、それともあまりに無情ではないのかということである。ところで刑法秩序の意味での改善は、社会へ組み入れることを顧慮することなく、もっぱら道徳的改善を目指すわけにはゆかないであろう。法的意味での改善は再社会化の方向をとる。しかし死刑は社会からの排除を意味する。

四、死刑の必要性は、自由刑に処せられた犯罪者は逃亡することがありうるしまたは釈放されるであろう、とすることによってこれを基礎づけることもできない。諸刑務所は危険な行為者の逃亡を防ぐ、十分な保安処置を提供する。その釈放は恩赦実務に依存し、国家はそれを自己の手中に掌握している。

五、無期自由刑にすれば、その言渡を受けた者は刑務所職員を攻撃し、そして彼等の生命を奪う一枚の特許状を手を持つことになってしまうから、死刑は必要である、とする異論は重要ではない。この種の一箇の場合を連邦共和国からは私は知らない。執行職員に対する諸攻撃は、例外なく、有期刑に処せられた被拘禁者によって行なわれる。その上、同じ危険は死刑の言渡を受けた者のところにも存在しようと考えられる。職業グループ（施設職員、タクシー運転手）の保護は技術的処置によって保証される必要がある。

六、死刑の必要性を基礎づけるために、くりかえしくりかえ

し国民の見解が指示される。しかし必要であると考えられるのは、教示によって精通した一般人の観方を目指すことである。（中略）一体国民の見解がどのようなものであろうとも、未だかつて確認されていないのは、死刑の廃止が法と不法とに関する一般人の感覚に影響を及ぼしたと認められるとすることである。

ドイツ連邦共和国で死刑を復活するための一箇の不可抗的必要性がそこから判明するような一箇の理由は現存しない。

VIII 死刑の合目的性

たとえ死刑が必要でないことが認められるとしても、その場合でさえ死刑が合目的であるとされることがあるかもしれない。死刑の合目的性に反対するものとして、一部は一般的な、一部は特殊な、正に今日のドイツの状況から得られる諸理由を挙げることができであろう。これらの理由を簡潔に要約すれば以下の如くである。

一、一般的諸理由。

(a) 死刑は、生命の尊重が減少させられる危険を包蔵する。くりかえしくりかえし正義の名においてまたは正義の思想の陰にかくれて無数の人間の生命が絶たれてきた。それゆえに時宜を得たことであると思われるのは、社会自体が、死刑を科する

権利が自己に帰属すると考えられる場合に、この権利を断念し、このような方法で生命の原則に対して証言を行なうことである。正にこの観点は基本法による死刑の廃止の際に重きをなしたのである。

(b) 死刑は野蛮化の危険を包蔵する。死刑の適用は暴力に傾く諸力を執行する人々のところでも、住民のところでも、そしてなによりも先に犯罪者のところで増加させる。この種の思想をすでにシラーは彼のイェナ大学教授就任講演の際に、すなわち「いかなる目的で我々は世界史を学ぶのか」のうちに表現した。そこで次のように述べている、「諸制定法が人間の脆弱さに向って下降して以来、人間はまた諸制定法の意を迎えた。人間が諸制定法とともに一層柔和になつてきたのは、過去において人間が諸制定法とともに野蛮になつたのと同様である。諸制定法上の野蛮な諸刑罰に、次第に、野蛮な諸犯罪が追従するのである」と。法の歴史はシラーの見解を確証した。国家社会主義の時代の諸体験もこの方向にある。

(c) 死刑は思考の原始化の危険を包蔵する。この種の刑罰の精神感応も考慮される必要がある。死刑は一箇の単純な力による解決を意味し、それは犯罪現象および犯罪者をめぐるより一層の思考と努力とを不必要にしてしまう。そのような思考は直接的な狭い問題領域に限定されることなく、他の生活領域へ、

広く政治的および社会的空間の中へまでも感染してゆく。

(d) さらにまた死刑の復活は、執行へ不利な結果をもたらすと考えられる。そうでなくとも行刑の刑事教育学的使命は明白に認識されていなければ、いくぶんでも充分に着手されてもいない。死刑はその性質からして刑事教育学的領域の外部にあるので、死刑の復活は刑事教育学に対する意味および再社会化に対する意味を減少させると考えられる。

(e) 死刑は一箇の誤判の回復を妨げる。今日の司法でも諸誤判の危険は排除されない。ドイツ連邦議会の発起で、テュービンゲン大学の刑事訴訟および行刑研究所は一九五一年から一九六四年まで連邦共和国で実施された再審手続を調査した。一〇〇件以上の再審手続が問題とされ、そのうち三五件が謀殺および故殺の事件であつた。一箇のきわめて慎重な司法であつてさえも、無実の者が有罪判決の言渡を受けることを阻止できない、彼等がその所為を全く犯したことがないのであれ、彼等が責任無能力であつたのであれ、そうである。諸徴憑がある場合には死刑を排除し、そして自白のある場合に限って死刑を科することも一箇の解決策にはなりえない。我々の調査した誤判は、虚偽の諸自白の現われ出ることを証明している。(中略)

二、特殊の観点。

(a) 連邦共和国での死刑の廃止は国家社会主義の時代の思想

からの転向の一箇の明白な徴証である。この転向は死刑の復活によつて曇らされるべきではないと考えられる。

(b) ドイツ連邦共和国に与えられた憲法（基本法）は、国家生活を支えるものである。それは制定法の変動において支極点（ruhe Pol）となるべきものと考えられる。憲法の恒常性は、国家の永続的發展のために基本的に重要である。人々は必要なしに憲法をゆさぶるべきではないと考えられる。一箇のそのような必要性は死刑に関しては現存しない。

IX 結 語

本詳論は死刑に関連する諸問題の多層性を指摘した。右の諸問題は、世界觀的、哲学的、国法的、刑法的、刑事政策的および実務的性質のものである。論者がこれらの問題に深く思慮をめぐらせればめぐらすほど、ますますその解決は困難なものとなる。しかし一体論者が死刑の許容性の問題についていかなる立場をとるとしても、ドイツ連邦共和国での死刑の復活は必要でもなければ合目的でもない。基本法の決定——この決定により連邦共和国は死刑を放棄した国々に加わった——は、今日もお、正しいものと認められる。（文献略）。