

死刑存废论的抵达点（之二）关于死刑的正当根据 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/169/2021\\_2022\\_\\_E6\\_AD\\_BB\\_E5\\_88\\_91\\_E5\\_AD\\_98\\_E5\\_c36\\_169778.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/169/2021_2022__E6_AD_BB_E5_88_91_E5_AD_98_E5_c36_169778.htm) 四 论证死刑存废的责任（一）存废论责任之分配 死刑的正当根据已被证明。如果是这样的话，再超过它的论证就变得不需要，死刑存废论等于说应该终结了。（注：关于对死刑“符合宪法性”、“妥当性”推定的批判，参照村井敏邦《死刑制度之运用具有“三重残酷性”的死刑之现实》前载注24要求废除死刑81页。）可是，假定其证明今日不存在，尽管如此，维持并且运用死刑制度是能允许的吗？总之，说起来论证、立证其责任究竟在死刑存废论的哪一方呢？我们来考虑一下。第一，作为一般论来说，承认死刑并主张存留的人，作为其主张者应该论证死刑的正当根据。相反，否认死刑并主张废除的人，作为其主张者应该论证死刑缺乏正当根据这点。可是，如此这般把主张者的对等性作为前提基于均分性质的正义的论证责任，其分配在国家刑罚制度上妥当吗？提示了如下主张的见解。（二）存留论的举证责任 第二，认为死刑正当根据的论证责任，单方面的在于死刑存留论者，这种见解，被有力地提出。就是说：阿尔徒尔考夫曼论述如下。（注：宫泽译，考夫曼前载注11410121025页。）死刑在整个刑罚中，也占据了特殊的地位。死刑像自由财产刑那样，不仅干涉犯罪人的部分利益，而且是抹杀该人的实存整体，夺去人的全部利益。死刑是在整个范围里不能恢复的。之所以能够容许这样最终性质的介入只限于死刑在维持国家秩序的任务履行上，证明它是“不可缺的手段”的场合。我们会遇到即使没有死

刑也可以解决，证明这一点的是反对死刑者的责任这种见解，但决非如此。唯有主张不能放弃死刑的人身上，才有举证责任。再有，田宫裕教授也论述如下：（注：田宫前载注田宫裕：《犯罪与死刑》庄子邦雄等人编，刑罚的理论与现实（1972）181页。）假如说正是因为没有死刑才连续发生杀人的危害，因为作为国家法律秩序是受不了的，所以也就不能不理解应该认为在否定威吓力的一方有举证责任的这种立场。可是，正如象错判上所出现的，当我们想到人类制度上所附着的相对性质的话，就可以认为在采用死刑那样不能恢复的绝对性制度上，必须是充分慎重的。因此，根据“疑者不用”的原则，刑罚制度也是应该稍微后退一些以留有余地的态度予以设计的事物。再有，霍歇约恩帕尔特教授也作如下主张。（注：霍歇约恩帕尔特《现在正在废除之中的死刑制度应该废除吗？》上智法学论集第25卷第1号（1981）8页。另外，该论文的结论认为是，现在日本社会，由于其历史性情况变化，死刑制度已变成不能被合理地赋以根据失去了存在理由的。附带说一下，本稿上，并不是日本的历史性的“生之现状”本身，从“法律体系之现状，发展阶段”是怀疑它和死刑制度之间的吻合性的。）不论从道德上还是从法律上，所说“勿杀人”正是自古以来，作为普通原则所承认的。可是，这个原则不象其他法律原则一样可无条件地妥当的事物。是因为像正当防卫那样的例外情况也是能够发生的。死刑也是该法律原则的一个例外，只要客观上没有证明其存在理由以至正当性的限度内就不能承认例外的理由。这样一些见解，在只要不表示出死刑的正当根据则不容许侵害生命这种不能恢复的法益之一点上，大体是一致的。就其论据

的重点来说，考夫曼是放在死刑是维持秩序不可缺少的手段这种“刑罚的必要性”上，田宫教授放在“刑罚克己性”上，而约恩帕尔特教授则求之于“禁止原则之例外上”。可是，这些问题并不是“死刑”所特有的事物，可以认为是共通于“刑罚”方面的。就是说，在有限的只有一次的人生中，只要是不能恢复的利益，生命和财产、自由三者是一样的，对任何一项法益的侵害都要禁止。因此，关于容许其侵害的刑罚，只要论证不出其正当根据来，则等于法在一方面禁止，又在另一方面容许其侵害，法就孕藏着这种矛盾。刑罚既然相当于杀人或监禁的犯罪的构成要件，它只要不是作为违法阻却理由而正当化，则不会以由于国家、司法的杀人、监禁这一理由，在法律上予以容许。（注：关于认为“犯罪与刑罚是同一种类型的行为”m.c.肯尼迪的见解参照小野坂弘《有死刑的社会》和《没有死刑的社会》前载阿部浩已：《解说，死刑废除条约》死刑之现在，法学研究班增刊综合特集丛书46（1990）205页、同《国际人权法中的死刑废除》法律时报62卷3号（1990）死刑之现在44页。）就是说，仅仅以把死刑作为刑罚之一而立法化了这一形式性，也难以考虑死刑就立即作为“法令行为”（刑法第35条）而可以正当化的事物（关于这一点，在续稿上研讨）。总之，死刑作为刑罚的必要性、最低手段性如果不能被论证，把死刑在法令行为的名义之下予以保存在法律性质上是不能允许的。在此意义上，其论证责任让死刑存留论者负起，按宪法第13条、第31条的规定，则必须由国家方面来负。但是，并非就是因为这个缘故，死刑存留者从所有意义上的论证责任就被免除或解放了。（三）废除论者的举证责任 第三、作为推进废除死刑

的“法律性程序”的前提，论证死刑缺乏作为刑罚的正当性，其责任作为现实的问题，不得不由死刑废除论者担负起来。假定从现行法中现存着死刑制度判例里又承认了它的符合宪法性的现状作为出发点的话，只要是不能论证其违反宪法性，说服性地证明死刑上缺乏正当根据，就不能抵达废除死刑的法律修正这是不用说的。这一“程序方面的论证责任”必须和第二里论述的“实体方面的论证责任”区分开来。这两者的作用场面是不同的。前述的考夫曼等人的见解，对这两者虽然没有区分开，但都在“实体方面的论证责任”的意义上使用了。在那里，虽说是使用了“举证责任”一词，但那是死刑上有没有“正当根据”的问题，只要是其正当根据不由存留论者表示出来，就等于是没有其根据，只不过是如上所述的理所当然的情理而已。可是，要是作为是“正当根据”而表示出来，尽管作了来自废除论者的反论、批判，但这里又预定不出来像裁判那样的“中立公正的判定者”之存在。这样的话，死刑存废论各自阵营的论证即使达到了“优越”以及“容不进去合理性怀疑的程度”它又不能客观性地予以判断。因此，“在实体方面的论证责任”即论述“关于法律争论的举证责任”的问题本身，就会终于“无休止的争论”。“无休止的争论”的解决上是无效的。总之，结合相互可能承认的原理、原则而在共同的基础之上，进行多次争论和说服，这里也是必要的。

（四）死刑的合宪性之争论点

（1）笔者认为：围绕死刑存废论的论证责任，如前所述应该区分开“实体性论证责任”和“程序性论证责任”两者。这两者的作用立场不同，就不存在相互排斥的关系，归根结底也可以说接近于1所示的一般性论证责任之分配问题了。

可是，2所示的由死刑废除论者主张的“死刑废除论者的举证责任”是“实体性论证责任”的问题，其实质不外乎是死刑的正当根据没有由存留论者表示出来的这一主张。就是说，由于死刑的“剥夺生命”是在法益保全上“必要不可缺少”又“适当正确”的刑罚吗？或是，死刑无可争议的是“生命的侵害”所以必须明示得以阻却其“违法性”的理由、根据。这一点，只要不是由死刑存留论者实质性地论证出来，则以死刑缺乏正当根据为理由将充分可能地推进废除死刑的程序。（注：例如，论述说哪怕是过渡性的既然承认了死刑制度，那就应该积极地表示出其存在意义，有守山正《死刑》泽登俊雄等人编刑事政策（1985）157页。这一些见解由于加藤久雄《依据刑事政策性视角向死刑废除之一考察》庆大法学研究第61卷第2号（1988），据认为是具有说服力的主张。）立足于杀人者没有“个人的尊严”这一前提，若在宪法上是不容许的话，则其生命应该受到最大的限度地尊重，因为国家不允许存留其正当性可疑的死刑。（注：吉田敏雄：《行刑之论》（1987）281页讲“为了存留死刑制度，认为必要有明白地证明那么做利的利益和没有其他最低限制手段的证明。而且如从生命是宪法所保障的最重要的基本人权来看，等于是对于死刑存留死刑是必要的积极的证明。只要做不出如斯的证明，死刑被理解为违反宪法也是不得已的吧。”）这一问题，实质上如不经过关于“死刑作为刑罚的适合性”、“死刑之罪责论”、“死刑的违法性”（续编）的慎重的研讨，是不能解决的。（2）这个论证责任的问题，到最后，等于是围绕死刑的存废，不论是实体性的也好、程序性的也好，作为相互可能承认的原理、原则应依据“宪法”来

展示。因此，当结束本文之际，谈一下死刑是否符合宪法的论点。第一，有一个死刑制度和宪法第9条乃至国际和平主义之间的吻合性的问题。假如理解为放弃所有战争是否定为保全国民生命的国家性自卫权，且仅容许个人的正当防卫权的宗旨的话，则等于是，缺乏正当防卫要件的（为了保全生命以至抑止杀人的）死刑则作为违反宪法第9条宗旨的事物而失去正当根据。可是，将会争论导出这一结论的前提（国家性自卫权之否定）。即便如此，宪法第9条的精神是谋求，为了世界人民的共存，应该最大限度地尊重其生命、自由、名誉、财产等各种利益。因此，死刑制度是符合其精神的吗？这极为可疑。第二个问题：死刑不违反宪法第13条所定的保障个人尊严吗？死刑是为了保护来自杀害个人生命的制度所以不违反个人之尊严。这一死刑存留的逻辑的妥当性受到质疑。这个问题，实质上也关连到“报应刑论”以及“预防刑论”的妥当性。就是说，作为预防犯罪的手段，是可以允许抹掉、淘汰犯人的吗？没有复归社会保障的死刑作为在法律性质上是容许的吗？从危害对危害这种报应刑是和个人共存的原理调和的吗？这一点也和宪法第25条社会生存权深切共连。第三个问题是死刑是否相当于宪法第36条所禁止的“残酷的刑”？据以死刑制度符合于公共福利因而符合宪法的判例，在本条上只是“死刑的执法方法”构成问题。即，因为不给予“不能要的痛苦”认为“绞首刑”符合宪法。可是，如果本条是企图禁止“身体刑”的话，则和捕缚即成为刑讯一样，等待处刑的恐怖之持续和绞首刑本身就构成禁止的对象，这种论证也可能。（注：秋叶悦子：《等待死刑执行之痛苦》前载注佐伯千仞、团藤重光、平场安治：《要求废

除死刑》（1994）102～163页中的《我的废除死刑论意见集》。131页再有前述二尾后贯庄太郎：《死刑之去向》横滨专门学校商经法学会建立二十周年纪念论文集（1949）113页114页。（3）参照。）可是，也可以说它会以变更“死刑的执行方法”得到解决。与此相反，认为死刑是最残忍之刑的主张，受这样的理由支持：因为按照“残虐”的含义，死刑“剥夺生命”，否定了人类尊严，也违反宪法第13条。（注：（1）据木村前载注（47）新宪法与刑事法讲把身为犯罪人的国民“作为个人而予以尊重”是作为是具有能够复归为善良的国民之一员的能力的人而尊重的，据认为新宪法的刑罚必然的是非教育刑不可，对于这一点已由宪法第13条和25条赋予了根据（同（47）页），另一方面又作为“还有比人杀人更为残酷的吗？”认为残酷刑之禁止理所当然地包括死刑（185186页）（2）最高裁判所判例1948年8，18的长濑律师的违反宪法论认为“人命是天赋的，不能由自然以外的力量剥夺命”（参照正木亮《死刑废除论》法理学家第130号33页）其见解据认为是依据论述说“神圣的生命属于神秘的天则支配，为自然以外不可剥夺者。人为的国法，不具破坏宇宙自然天则的权利”，“死刑为剥夺人类生命之刑也，反人道之刑也、酷刑也、蛮刑也，”的花井卓藏《死刑，刑法俗论》（1911年）153页156页。（3）平川宗信《死刑制度与舆论，死刑的存废是可以以舆论决定的问题吗》前载注尾后贯庄太郎：《死刑之去向》横滨专门学校商经法学会建立二十周年纪念论文集（1949）63页讲，“宪法第36条也要把宪法第31条的原理具体化的规定，所以所谓”残酷的刑罚“是”违反实体性适当原理的给予不当的肉体上的精神上的痛苦之

刑罚“以及”依据不适当的程序所科的刑罚“，认为”长时间给予死之恐怖之后在脖子上套上绳索而勒死一事，勿宁说是违反人类尊严的“。（4）前载注（47）187页认为”假定说即使解释为不违反第13条，因为死刑本身是一种向身体的直接侵害作为手段的身体刑，身体刑既然是残酷的刑罚，那它就等于是违反了第36条“。（5）石桥恕笃《否定”人的尊严“超过刑罚目的的残酷的刑罚》前载注佐伯千仞、团藤重光、平场安治：《要求废除死刑》（1994）102～163页中的《我的废除死刑论意见集》。131页讲从标题的标准来讲，死刑是构成”残酷的刑罚“。（6）估藤多美夫《没有更比死刑更血腥的刑罚》前载注佐伯千仞、团藤重光、平场安治：《要求废除死刑》（1994）102～163页中的《我的废除死刑论意见集》。134页讲，死刑是人剥夺人的生命所以构成残酷的刑罚。（7）据平野泰树《和时代同步变迁的残酷性之标准》前载注佐伯千仞、团藤重光、平场安治：《要求废除死刑》（1994）102～163页中的《我的废除死刑论意见集》。15页讲在人道主义正在固定下来的我们日本的社会，剥夺人的生命本身被评价为残酷。（8）松尾建《怜悯之情》前载注佐伯千仞、团藤重光、平场安治：《要求废除死刑》（1994）102～163页中的《我的废除死刑论意见集》。135页认为：身体刑既然是残酷的，但剥夺生命的死刑却说是不残酷无法令人信服。（9）吉利用宣《死刑真正符合宪法吗？》前载注佐伯千仞、团藤重光、平场安治：《要求废除死刑》（1994）102～163页中的《我的废除死刑论意见集》。135述说使个人之尊严变成不能恢复的死刑违反宪法第13条，第36条。另外，例如（4）的见解说作为监禁的自由刑因为不是

“向身体的直接侵害”就不是残酷的刑罚吗？关于这个问题大赦国际编前载注迁本义男译大赦国际编死刑与人权，国家杀戮时（1989）3页13页，另外，关于各外国的情况则参照迁本义男译洛佳、富德《世界的死刑》（1990），迁本义男，迁本衣佐《亚洲的死刑》（1993）认为如果绑胳膊直到感觉痛苦是刑讯的话，则到死为止绞首也是一样的。可是，逮捕如果是刑讯的话，至少长时间的拘禁也变成同样，都该因为是残酷的被禁止掉了。因此，把残酷性“同痛苦质量划分是困难的，所以，依据刑罚的目的、必要性予以划分将是合理的。）可是，这个理由只不过是预见乃至反复国家不能杀人这一结论而已。故需举出这一结论的论证，但假如宪法第13条、第31条和本条是系列相关的，则本条就缺乏了独自的意义。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)