

死刑存废论的抵达点（之一）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\\_169782.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/169/2021_2022__E6_AD_BB_E5_88_91_E5_AD_98_E5_c36_169782.htm) — 神奈川大学与死刑论（一）序 在寒冷的夜晚，围着炕炉执笔的手不由得停下来。这是北方的隧道塌方事故的救援现场的电视播放。被塌落的石块掩埋的人们生死不明。正因为如此，就连使用爆破救人的人也冒着生命危险尽全力地抢救，但进展迟缓，只是旁观手心都冒汗，焦急不安。受难的人和他们的家属朋友将是怎样地难耐与揪心啊。也有一个不逊的想法。（那就是在不知生死的受难人中，可不可以就断言没有要不被人知而躲藏的杀人犯呢？假如了解清楚他们全都是些凶恶的杀人犯的话，抢救工作会不会停止呢？）尽管如此，为了挽救宝贵的生命，救援还在拼命努力。不仅如此，不论是防止事故措施也好，医疗工作也好，社会制度的所有力量，最终都投向生命的保护。不过，与此相反，有一个被认为是周密的法律方面的杀人制度，它几乎夺去甚至丝毫没有逃走与反抗余地、被牢固地囚禁的人的性命。那就是死刑。那就是现在的日本。（二）米田吉盛的建学精神 横滨专门学校作为新制神奈川大学而重新起步是公元1949年。在当时刊出的《建校二十周年纪念论文集》（横滨专门学校商经济法学会刊）的《序言》中，本大学的创始人米田吉盛引用吉尔太和利克尔特关于精神科学、文化科学的主张，作了如下结语。“现代生活因其复杂的分化，整体的目的隐蔽在云烟弥漫之中。从而，以其为对象的文化科学失却了统一，暴露在丧失象征整体的机能之危险之下。然而我们的生活与专业，尽管多么复杂化

，我们的使命也是要融化在创造真正有价值的共同社会这一条线上的。”在其言词中，较高地说明了战败后的理想。它一面认识了“文化科学”的危机，一面提示了大学应尽的任务。在今天已经“民主化”的神奈川大学，情况又是如何呢？在任何社会里都存在的“责任”和“其集中、转嫁”实际上是和“死刑”根本相同的问题。因此，死刑存废论的“混乱”其实也反映了刑法中的“罪责论”、“刑罚论”之错综复杂情况。如此推论将是成立的吧。其“真正有价值的共同社会之创造”必须以宪法第13条所定的“所有国民，作为个人而受到尊重”亦即把“个人的尊严”作为绝对价值而为基础。因此，围绕着死刑之存废的争论也不外乎是以“个人的尊严”为基础的有关“真正有价值的共同社会之创造”的理论和政策之间的对立。然而，1989年把“个人的尊严”作为基础而制定的联合国的所谓“废除死刑条约”（注：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）78页。）现在在日本还没被批准。这一点直接来自政府、法务省的方针。然而，其背景则是日本的死刑存废论处于混乱的状态，尤其是刑法的学说未必能表示出有着能够说服国民的明确方针，是不是可以这样指出来呢？在这里，存在着米田吉盛已经指出的“暴露在丧失象征整体机能的危险之下”的这种情况。这是构成本稿开端的观点。（三）尾后贯庄太郎的见解 在神奈川大学法学部创建时担任刑法的尾后贯庄太郎关于“死刑”作了如下论述：“未必只是死刑的问题，所有的刑罚问题都是世界观问题、哲学方面的立场问题。因此，即使把问题放在以废除

死刑为可以或不可以的形式上互相争论，归根到底，不会有结果”“要把根据求之于一般社会的报应观念，这不外乎是国家自我轻贱，另外，仿效其他许多国家之例又构不成理由。真正的文化国家，只有在自我努力之上才得以建设起来。承认死刑制度，这只不过是刑事政策之贫乏的显著佐证”（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）113页114页。）在这个见解中，把死刑是作为“所有的刑罚问题”予以掌握的。这一点，虽然很是理所当然，但仍然值得注视。确实，死刑问题是应该把它所依据的“世界观”与“哲学”明确化之后而予以论其是非的。在这里，与“个人的尊严”之间的关系就构成了关键。然而，它最后有必要作为“刑法论”构成其前提的“责任论”而予以论述。“死刑论”当被要求与“刑罚论之体系”之间的“协调适合性”之时，其争论点得以明确地结束。那时候也许争论就不是没完没了的事物了。（四）正木亮的死刑废除论战后，正木亮博士（注：参照关于那个时代与运动之概要，藤冈一郎《与日本行刑史的废除死刑思想之斗争、小河滋次郎和正木亮》前载注（1）死刑之现在197页。）激进地主导了死刑废除论，他作了如下论述。“向来日本的死刑废除论是以刑法为中心而进行的。它是刑法学家的独占舞台。可是，我们已经不能忽视如下这一点。那就是：把死刑的问题，把那如麦尔斯的名言所说的”生命比整个地球都贵重“而后在日本最高裁判所也用过的比地球还贵重的人的生命仅仅委之于刑法学家的迄今为止的错误，对之反省的时刻已经来到了”“1953年4月1日，神奈川大学在法经学部之中设了刑事法讲座一直委我担任。（中略）神奈

川大学分配给我白天晚上两次讲座，另外还为我开设了研究班，我接着进行基于实践的刑事政策的讲课，尤其对关于死刑问题特别倾注了热情。研究班几乎变成了死刑研究班。”

（注：正木亮，现代之耻辱，我的废除死刑论（1968）《前言》3页、336337页。）正木博士对把死刑问题委之于刑法学家一事进行反省，对死刑废除运动献出热情。这是为什么呢？在这里可以看出与前述的尾后贯教授（当时）两者之间的相称立场。正木博士作为一名“人道性的教育刑论”的实践者而确信死刑的违宪、违法性，面对刑法学与刑事政策学两者之间的壁垒，恐怕是痛切地感觉到了应该不是作为解释论而是作为立法论而推进废除死刑的吧。他是把新旧学派的激烈对立作为前提，战后旧派已经变成共同论调，而新派的教育刑论的力量逐渐被削弱了。但是，与德国反省了纳粹的“行为者刑法”而下决心“废除死刑”的动向两相对比时，战后日本在宪法的“和平主义”之下持续了“存留死刑”的动向甚至是奇妙的。然而在旧体制上蒙上新装的这种日本政治经济的“双重结构的柔软和平社会”之特质，在刑法上却作为“相对报应刑论”而支持了“死刑保存”。假定这样的论证是可能的话，现在所必需的，并不是废除死刑运动而将是作为刑法的解释论而重新查问死刑的正当根据这一点吧。（五）熊仓武的废除死刑论 在神奈川大学曾任过教的熊仓武教授（当时），开展的废除死刑论如下：“即使是被告人的生命在‘生命是宝贵的’这一点上按理说没有不同的，另外，它在‘比整个地球都贵重’这一点上也不应该有存在差异的理由。当然，被告人因其所犯的罪行，在合理限度内通过妥当种类的刑罚，如在某种程度上拘束其自由，或是蒙受财产

性负担，是免不了的。这种对抗性的制裁是不言而喻的。然而，尽管是以国家权力的名义，永远地否定了被告人的生命，直接地而且是现实地剥夺被告人的人性，这一点已经背叛了自我抑制刑罚权的现代市民国家所负的历史性、政治性的责任义务，越出了刑罚权的妥当性根据、刑罚权的合理性界限恰恰只不过是仅仅看得出自对国家公权力的滥用而已。”

“国家并不是把因被告人玩忽职守而造成的结果，在牺牲被告人生命上来挽回，而恰是应当亲自完成防止值得判死刑的这种犯罪的历史性、政治性责任义务的。唯有这样做的结果，才真正产生出、孕育出包括被告人在内的国民对于生命的觉醒，对于生命尊严的认识和树立尊重生命的理念。”（注：

（6）（7）熊仓武：《死刑是刑罚吗》季刊社会改良11卷2号1416页。）

这个论点对尾后贯教授的论点给予了根据。尾后贯教授把承认死刑求之于刑事政策之贫困这一理由。尤其是“永远地完全否定掉生命能够说只要是依据国家公权力之名义进行的话就是合法的，就是具有合法性的事物吗？（注：熊仓武：《死刑是刑罚吗》季刊社会改良11卷2号1416页。）”熊仓武教授所指出的这一点，即应该再行研讨“作为法令行为的死刑”之合法性。进而，引用拉特布鲁夫说的“刑法是把社会政策因犯罪人玩忽所作事情而造成的结果，在牺牲犯罪人上将它挽回”（注：熊仓武：《死刑是刑罚吗》季刊社会改良11卷2号1416页。）

），也为研究死刑的正当根据提供了不可缺少的观点。亦即，唯以“意思的自由”为基础的“责任报应刑论”才是承认死刑的逻辑。即使不成为“环境”决定论，而专门从行为者身上寻找杀人原因，把他处以死刑是难以允许的。（六）岩井宜子的死刑标准从神奈川大

学转到金泽大学进而又转到专修大学的岩井宜子教授关于死刑的选择标准，作了如下论述：“随着在自由刑中以重归社会为目的的待遇变得被重视起来，作为只能具有报应刑、威慑性格的异质刑罚之死刑和无期徒刑之间的难以逾越的沟壑可以说更加深了”（注：岩井宜子：《死刑之适用标准》刑法杂志35卷1号（1995）91页。）。为什么只有死刑作为与自由刑、财产刑相隔绝的“异质的刑罚而排斥”重归社会“的特别预防目的而得以成立呢？假如从”个人的尊严“出发时，不保障”重归社会机会“的死刑作为个人的”国家性淘汰“而加强了它违宪之疑。因此，死刑是否具备了”作为刑罚的协调适合性“呢？这一点也会成为需要研究的事物吧。（七）内田文昭的死刑思想与前面叙述的见解相反，内田文昭校长虽然认为“从政策方面考虑，对是否应使死刑存在感到疑问”，但归根结底却主张了如下的死刑存留论。“我认为在理论上”死刑“是”必要“的也能够是”正当“的，这是因为，无缘无故”杀了“”人“的人，按理说是不能自己主张”生存“权利的。可以做到的是只有”容许“他而已。我认为”报应“和”一般预防“的意义也可以相当予以肯定。而且，当不得不认为”特别预防“无望时，死刑就成为应当施行的事物了。”“然而，只有”生命“是不可以被错误而左右的”价值“，从此观点出发，在决无误判之虞的强烈确信之下，从”人类不灭“的要求上，从可不可以说不得不剥夺”一个人的生命“这一角度上看，必须综合地认真考虑”特别预防“之无望与”一般预防“的要求等，宣告死刑。（注：内田文昭《刑法概要》上卷《基础理论、犯罪论（1）》（1995）第80页。）在（拟似）儒教性的日本国土上重罚极

刑的思想被一般所厌恶同时也受到欢迎，内田教授勇敢地展开了死刑存留论，很值得佩服。关于死刑，一方面认为“死刑是野蛮的”，“二十世纪之耻辱”，另一方面却反论说：“与其说它是真正的理智的认识之归结，由废除论坚定的优越性在控制”“莫如说是死刑废除论者由领导阶层意识出发无视国民舆论而强行要求死刑废除，在他们视野中没有装进没有被杀之罪的人们的”痛楚“？就连旗帜鲜明的存留论者的植松正博士也表述说：“事到如今，对特定人的论文进行反驳的形式已不想再重复了。不因此而留下事后麻烦为好”。（注：植松正：《死刑之存在意义》研修376号（1979）第3页。）因此，也可以推知死刑存留论者也不多。然而，假定沉默这一点也类似于正当根据不明的“由国家杀人”的“不作为的共犯”的话，则今后也不得不相互重复严厉的批判性的争论。对“学派之争”立于“超然”之境的内田教授（注：参照内田前载注（9）75、76页。）的态度，虽不是“超然”但有应该学习之处。我们将应该不拘泥于学派、派阀及其他各式各样的名称和形态而自我清算对蔓延于日本社会的特定利益的依赖假装“调和”的关系吧。与它根本相同的制度如果是死刑的话，那它必须被废除。据内田教授讲，死刑只在特别预防已无望的极限的场合才可以被容许，所以死刑与其他刑罚之间的统一性在“逻辑上”就担保了。可是，在这里表示出了“实体法性质的考察方法”的问题性质。如果据程序法性质的考察方法的话，岂不是在判决时不能够认定受刑的人将来再犯或是绝对不得以复归了吗？也就是说：即便是凶残的杀人犯人因为刑罚的执行才能够表示悔悟和改恶的。这一点，是被团藤重光博士所强调的（注：团藤重光

：《现在正是废除死刑的时候》法学教室186号（1996）13页。另外，团藤博士关于正木亮与中尾文策两人在矫正中推进的烦扰性的教育理念论述说：“是要把那个理想时代的溢满人道主义的矫正想法使之再次复活。”植松在前列（10）20页上把它断言为：“死刑判决的打击疗法性效果”。）。如果不看执行经过，是不会明了再社会化之效果的。因此，关于误判，如据“程序法性质的考察方法”的话，也会产生同样的问题。“超过合理的怀疑”而被判为有罪的死刑案件，由于新的“证据”（评价）而再审变成无罪了的。这样，内田的说法，如果其前提崩溃的话，等于是只能达到其相反的结论“废除死刑”了。在内田教授的观点上，有更为根本性的疑问。“无缘无故‘杀了人’的人不能自我主张生存权利”，如此认识的逻辑，是和“同害报复”（塔里欧）以致“绝对性的报应刑论”（康特）是根本相同的思想，现代刑法按说是已经克服了如斯逻辑的，得以提示这种把死刑正当化的逻辑，暗示着在该“折衷性的刑罚论”（相对性的报应刑论）上，潜藏着重要因素。因为这个原故，譬如说克劳乌斯、洛克辛才要从报应刑论诀别而站在“预防性的统一说”（注：claus roxin，stratrechtallgemeiner tell，band i grundlagen der verbrechenslehre，2autlage（1994）§ 3 rn 34，rn 4042再有，据山中敬一《从刑罚的目的与死刑制度、刑罚制度的本质来考虑》，佐伯千仞、团藤重光、平场安治编者《寻求废除死刑》（1994）2527页，作为“从报应刑论之诀别”写道：“标榜刑法的补充性，第二次性的现代的刑法理论，以其固守责任主义这么一件事，尽管它涂满”相对性的“这一个缓和剂，将不得不说它保持”报应刑“主义这一点是奇妙的吧”“

假定刑法的任务并不在于社会伦理之实现，而是在于一面保护国民之自由一面保障市民生活之安全的话，刑罚的”本质“也就并不在于实现同害报复式绝对性正义或是满足朴素的报应感情上。”责任主义并不是具有据犯罪的质与量而自动限定刑罚机能的不合理的犯罪和刑罚之均衡论而是自由主义社会的合理刑法和合理的刑罚的要求的刑法原理。“”以这样的实质性责任论作为前提时，即使是前例所提的杀人者行为，应以“死”补偿的责任就可以让他个人一个人负起来的吗？该个人那样重大的越轨行动，虽然也是他本身的自由意思的产物，但也不能否定社会的结构影响了它“。”构成个人基础的生命，不应该为了查问该国家也应担负起一部分责任的行为责任，由国家的行为予以剥夺。“山中教授的这一见解，即使作为支持前述的熊仓教授的”废除死刑论“的内容，在重要论点上值得赞同。）上的。也就是说，关于可以称之为身体刑时代的遗物死刑，假如可以把古色苍老的绝对性报应刑的思想，象珠宝箱一般地取出的话，则其”相对性的报应刑论“的结构本身将被质疑的吧。抑或还是”绝对性的报应刑论“依然如故地没有被克服，或者又是不应该被克服的呢？这一点，也构成后面应该研讨的问题。（八）我对死刑论的看法 神奈川大学的“刑事政策”课程（昼夜），由我代替前任的岩井宜子教授继续担任。因为当时已经担任刑事诉讼法课程（昼夜），按说确是记得讲好是一年的合同，然而自担任两门课程以来却一直延续至今。岁月的流逝真快。这本《法学部建立三十周年纪念号》登载了本稿，意味着一面深入回忆这段时间，一面讲了从历任本大学刑事法课程的各位先生关于“死刑存废论”的辉煌业绩中感受的许多体

会。如果是这样的话，也许能够尽到了作为一名本大学刑事政策担任者的部分责任。

## 二 死刑存废论之现状

### （一）死刑制度的存留理由

在日本，强硬地主张存留死刑的学说很少，但确信主张废除死刑的文献却多得泛滥。围绕存废死刑的各种论据已经论述殆尽了。如此论断，已经很久远（注：从废除死刑论的立场出发，据平野龙一《关于死刑的试论（上）》警察研究20卷第7号（1949）第18页，“死刑到今天，已经是论述尽了的问题”。从废除死刑论的立场出发据宫泽浩一译阿尔徒尔考夫曼《关于死刑》法曹时报第17卷第7号（1965）1123页说“在死刑的问题上，提供出来迄今为止未为人知的观点非常难”。再有，上田健二监译，阿尔徒尔考夫曼《围绕死刑》（1957年）转换期的刑法哲学（1993）244页，请予参照。）。即便如此，在日本不仅依然把死刑作为法定刑而且作为宣告刑和执行刑也存留下来。我们不能从这种现状把目光移开。存留理由，能够在哪一点上寻求出来呢？它假定是由于死刑存留论的“论证之胜利”的成果上的话，就等于是在死刑制度上具有“正当根据”，对之不得不用法律性地予以容忍。然而，留存死刑只不过是明治40年（1907年）刑法的单纯遗物，保存维持旧时的弊端而已，这在法律上，是不得了的大问题。因为它事关“个人之尊严”，“生命之尊重”。

### （二）死刑制度的废除理由

#### 1.死刑存废论的基础在于死刑对保持以“个人之尊严”作为前提的“共存”（共同生活）是否必需且有效。

确实，俨然存在最高法院大法庭的判例（注：参照最大判（最高裁判所大法庭判例）1948，3，12刑集第2卷第3号191页。作为对该判例的批评，参照市川秀雄《死刑和日本国宪法》法学新报第70卷第5号（1963

）75页。）定为符合宪法，形式上虽然确立了判例，但它却把个人的尊严也置于依据“公共福利”的制约之下，停顿在这类抽象的论据上（注：关于本判决，据牧野英一《死刑是非论之昨天今天》警察研究第20卷第6号（1949）7页以下说：最高法院肯定死刑的理由虽然是常识性、多元性的但在逻辑推理上缺乏鲜明透彻，其对一般预防的重视是朴素的社会防卫论，而没有把个人的立场考虑进适当的位置。另外，据市川前载注（14）85页讲：刑法也要把犯罪人作为个人予以尊重使其复归社会，在这里才可以完成本是刑法未来机能的社会保全亦即公共之福利。这样，在教育刑论来说，个人之尊严与复归社会的特别预防两者结合起来，达到死刑废除论。另外请参照前载一之4以及后载二之2（3）。）。实质上并未确立判例的基础。也就是说，还不能说已根据判例论证了死刑在法律方面的正当性。再有，还不能认为，判例的论据由于学说而被补充完备了，从理论上存留论可以论证废除论无根据。例如，作为“人道论的真正意义”主张说“作为存留论，假定说即使夺去了犯人生命，则有不产生下一个牺牲者效果的话，很好地作出是符合人道内容的论证就足够（注：植松前载注（10）11页。）”。可是，假定其论证的“前提”本身有疑问，将会失去该论证本身的意义吧，详细的研讨不得留到后面去做，但譬如说，由于审判，即使不在监禁中“犯人做出下一个牺牲者”之例是少有的，个别情况则是不能预测的（注：由于这个缘故，假定更早地把犯人处以死刑的话，得以防止了其后杀人之反复，这样事例确实现实存在，但那只不过是“结果论”而已。就是说，该事例并不是没有死刑的国家，而是在有死刑的日本发生的。）。

2.对于死刑存废论来说不能忽视的是199年的所谓“废除死刑条约”。它理所当然地是把“个人之尊严”作为基础的内容，但它仅是表示出结论性理由而已，而并没有直接表示出具体的理论性根据。但是大赦国际（amnesty international）所提示的废除死刑的论据，笔者认为像是具有足以补充完备本条约的充分重要性的。关于它，就我理解范围的要点列举如下：

- （1）死刑并不是对社会的更加保卫，而是表示了更加非人性。
- （2）死刑并不是对于生命侵害的正当防卫，而是由国家所做的有计划杀人。
- （3）绑起胳膊就是刑讯的话，绞首直到绞死的死刑，很明显是残暴的，触犯人权。
- （4）人权的重要性在于要明确不把侵害值得社会防卫的价值本身的手段用于为了社会防卫。
- （5）没有死刑具有防止犯罪的独自能力这种明确的证据。
- （6）被允许生存的囚犯是否实际上会重复犯罪对之尚无确认方法，为使其没有犯罪能力，没有必要侵害囚犯的生命权。
- （7）报应理论往往只是带上正义原理的假面具欲求复仇而已。
- （8）所有的刑事司法，都在暴露差别与错误的危险之下。
- （9）唯有废除死刑才是保障政治性滥用死刑的行为。

（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））？笔者认为在这里好像已经把应该废除死刑的主要论据大致收罗了。在今日之世界，由于东西对立结构的基本消除，另一方面则是民族纷争激化，再有美利坚合众国的特殊情况，在一部分州中有存留、复活死刑制度之例（注：在该国，由于保障个人的对等性而承认持有枪支的权利，因此用枪支杀人较多

，杀害从犯罪现场逃走的嫌疑人以及作为误想防卫的杀害也可以变成合法的，所以采纳废除死刑上有困难的情况。）），但作为整体来说，各国法律是超越了国界而朝向一致化的方向，废除死刑已是国际性的趋势，我们不认为在日本就有对之应该反其道而行之的特殊重要原因。然而，也不能因此缘故，不能允许就轻易地单纯顺从这一潮流。如果没有对这一论据的正当性的仔细斟酌，也可以说本条约只不过是国际力量的政治的性了解而已。3.日本1994年出的以《要求死刑》（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》。）为题的刑事法研究人员的意见集，乍一看呈现出废除死刑论之正当性业已大致确定，是否已达到向舆论做说服工作的阶段了呢？可是，即使考虑该多数专家所提出的废除意见之重量，它还把意见之对立尚为激烈这一点作为前提（注：例如后注（49）的各种见解，请予参照。），因此，至今也不能认为已经说服了处于沉默的多数存留论者。向来，围绕存废死刑的争论，由于问题之深度，是不是因为环绕其正当性之对立也曾激烈的缘故，始终片面地表明基于价值观的信念，论点也被制成图表，时至今日，尚未能脱离僵直的混乱状态。这项战后的争论，作为第一期来说，是开始于新宪法之下死刑制度之再探讨，废除论者的中心人物是木村龟二博士和正木亮博士两位，由于他们曾把新派、教育刑论作为基调，其推进被死刑合宪判例之确定与旧派，报应刑论之昌盛这两方面所阻止。即使在第二期与刑法修正草案相结合的讨论中废除论也未能成为主流，再度被以舆论为理由的存留论压了下去。然而，到了第三期，从连续出现死刑确定案件再审宣判无

罪情况时起直至废除死刑条约之成立止，可以认为学说的主流好像已大大向废除论倾斜。可以说，唯有现在，才能要求把死刑存废论的对立点进一步明确化，同时返回到其对立的原出发点进行再研讨。（注：据平野前载注（14）18页讲：死刑论据人们说已经不是认识而是信仰之表白了。再有，据西原春夫《考虑死刑制度》法学教室第38号（1983）87～88页讲：死刑存与废的最后论点，被世上还有不得不以死抵偿的犯罪这种法之确信和错判时死刑是决定性地不可挽回这种法之确信两者的对立纠缠下来。另据日高义博《关于死刑存废论》警察公论第48卷第8号（1993）31页讲，死刑存留论的法之确信的与废除死刑的人道主义主张，这两种主张是关于刑罚的应有方式之价值观的对立，并不是根据逻辑究其是非性质的事物，只在把什么判断为正义为好的价值选择上不容许妥协。可是，把死刑存废论将不能被容许解消于“确信”或“价值观”之对立问题上吧。）（三）本稿课题与研讨要点1.反映今天的死刑存废论之“新的跃动期”而又总结性地叙述、研究了已有的历史性的死刑存废论之展开的基础性研究（注：作为最后的文献特别是三原宪三《死刑废除论之系谱》（第二版，1995）、迁本义男《史料日本的废除死刑论》（1983）、齐藤静敬《新版，死刑再考虑论》（1980）以及关于其他为数众多的死刑论除前列书卷末等的引用文献之外参照酒井安行《文献向导，为了考虑列刑》前载注（1）死刑之现在282页。）也为数不少。可是，尽管这些是精心创作，由于其论者的立场明确，其研究也处于结束在“确信之表明”的倾向。究意是什么作为存废论的具体对立点而需要今后的研究呢？笔者认为首先需要把这一点进一步明确化

并且尖锐化。2. 本稿的“基本视点”已在前面表示了。进而在下面，于前述的认识之下，把“战后”的“死刑存废论之抵达点”搞明确，研究“死刑的正当根据”。就是说第一，探讨“死刑存留论之基础”，抽出处于其表层的“把舆论作为理由的存留论”，以及潜藏于其背后的“报应性正义观念”，准备其后的研究。第二，是研讨“论证死刑存废论的责任”在于两者的哪一方？试图阐明这个论点对摆脱存废论之混乱状态上是否有用。在续稿上，第三，关于“把舆论作为理由的存留论”，区分开“死刑的修正程序”和“死刑的正当根据”这么两个指标，研讨其妥当性。第四，探讨“把误判作为理由的废除论”之界限性，由于它在基本上是以“死刑存留论”为其前提的，所以论证它并不是真正的“死刑废除论”。第五，“个人的尊严与罪责之本质”形成死刑存废论的核心。在这里，把死刑存废论的“源流”求之于“绝对性报应刑论”，只要是容许在此意义上的“责任报应刑”则“相对性报应刑论”也和死刑存废论相结合。构成其前提的“自由意志”之存在，把所为的所有非法全都归之于行为人，据此，完成了把死刑正当化的机能。因而，“决定论”和“非决定论”两者之间的对立，还在操纵罪责论、刑罚论。但是，即便是决定论里，“强硬的决定论”（宿命论）作为承认“人为淘汰”的“旧社会防卫论”而和“存留死刑”结合，在这一点上，从其机能来说与“绝对性报应刑论”变成同一了，而“柔软的决定论”则作为重视“重归社会”的“新社会防卫论”而和“废除死刑”相连接。可以研讨如上的假说。可是，其决定性的核心归结于作为预防犯罪的手段是否可以容许牺牲犯人生命这种“个人之尊严”的问题。依据

这些论点之研讨，在第六的“死刑之法令行为与违法性”中，被认为是“法令行为”（刑法第35条）的“死刑”作为阻却违法的理由是否具备了“实质性根据”（冲突之法益的保全之必要性，比例权衡性）。据其研讨，可以导出死刑存废之结论来。而在最后，研讨“废除死刑与要不要代替刑”结束全部本稿与续稿。作者希望，通过这里的研究课题“围绕死刑的正当根据”对阐明以上所制定的各个论点，哪怕是接近一步也好。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)