

围绕舆论与误判的死刑存废论 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__E5_9B_B4_E7_BB_95_E8_88_86_E8_c36_169787.htm — 以舆论为理由的保留死刑论（一）保留死刑的舆论 1. “国家也罢，刑罚法规也罢，都不能不承认生命的威严和伟大。文明国家的刑法废除死刑，实在是理所当然。”“时至今日，死刑的存废得失，勿宁说不是问题。作为立法来说，修改之期已经成熟，实行之秋已经迫近。法律上如此，政治上如此，伦理道德的观念上亦如此。加之，从社会学、哲学、医学的观点来看，应该肯定死刑的根底也已经完全崩溃。”（注：花井卓藏《死刑》刑法俗论（1912）154155页。）花井卓藏如此论述，把死刑断言（注：花井前列注 153204页。）为“恶刑”，另外，还把无期徒刑也作为“白璧之大瑕”（注：花井《无期徒刑》刑法俗论205页、230232页。）而主张废除是在明治40（1907）年。然而，其间经过了两次世界大战和日本现行宪法，直到明治40年刑法于前年实行口语化后的今天，死刑制度仍在“民主主义”的名义下被保护下来。这种支撑民主主义的“国民”的“舆论”乃至“对法的确信”的意义本身委实是多意义的，而本文必须就“以舆论为理由的死刑存废论”的是与非（妥当性）特别进行研讨。“舆论”对死刑制度的支持乃至以死刑制度为对的“国民对法的确信”，迄今为止也一直是当成根据的。相比之下，尤其是在最近，它甚至成为死刑存废论的决定性论据之一了。其代表性的内容就是关于修改刑法的法制审议会刑事法特别部会已发表的关于保留死刑的说明理由。（注：法制审议会刑事法特别部会、修

改刑法草案附同说明书（1972）121页。长井、前稿《死刑存废论的抵达点》三之（2）参照。）对于这样的保留死刑论，从废除死刑论方面提出了反对的论据，（注：关于围绕这个论点的死刑存废论的概要，参照三原宪三，死刑存废论的系谱（第二版，1995）33页44页。再有，关于有关死刑存废的“舆论调查”的合理性，参照迁本义男《死刑存废争论与舆论》中央学院大学法学论丛3卷2号（1990）55页。）后者认为：以舆论等作为保留死刑的理由并不合理。这个问题也呈现了已经议论殆尽之观，但因为它是关联法与民主主义之根本的问题，恰是需要重新研讨的。

2.关于死刑存废，西原春夫博士认为：“问题可以说已经提出殆尽了。所剩的只是关于存续或者废除的法律信念而已”，他批判废除死刑论如下：“在目前情况下，国民对法律的信念，包括出自废除死刑论者之手的论调，几次民意测验都表示出倾向保留死刑。在这样的情况之下，立即下决心废除死刑，的确是不民主的。与宪法修改等不一样，废除死刑论者只是在死刑问题上处于忽视国民舆论的倾向，而这是把国民视为众愚而危险至极。因为国民并不是单单关于死刑才变成众愚。它是通向否定议会主义、民主主义整体的论调。”（注：西原春夫《对死刑制度的思考》法学教室38号（1983）87页。再有，参照长井前稿二注（23）。）据此见解，死刑存废的最终依据是“国民对法的信念”，而在它倾向于保留死刑的现状之下，下决心搞废除死刑，难说不是否定民主主义。换言之，归根到底，在现状之下的废除死刑就是否定民主主义（民意）。假如这样的话，废除死刑在现状之下，应该是死心了。况且，可以认为舆论的压倒性的死刑支持率（约七成）今后也仍

然持续，在此限度内，死刑就应该要永远地保留了。可是，只要有国民大多数的支持，继续进行“由国家的杀人”就可以“正当化”吗？假如按照这个逻辑来讲，岂不是只要有了国民大多数的支持，“白”是不是也要变成“黑”了。所谓民主主义，是这样的逻辑吗？3.认为“把国民看做是众愚的论调，而危险至极”时，却忘记了“苏格拉底之死。”等于是因为有了市民的投资票，苏格拉就理所当然地变成了罪人。同样，“大东亚战争”和“法西斯的犯罪”也都因为有多数国民的支持而被正当化了。恰恰是这样的民主主义才是“危险至极”呢。况且，废除死刑论认为“仅就死刑处于忽视国民舆论的倾向”的这一宗旨，也未必是明确的。该宗旨当然不是要封杀反舆论的废除死刑的主张。勿宁说，废除论正因为不可能忽视舆论，才就舆论及其调查方法等分析其合理性，一直提出不能依据的论据。而反对保留死刑的舆论，主张废除死刑的正当性，也是不能忽视舆论等反对之故的反论。这种反说，是把国民对之进行合理判断而能够变动意见作为前提的，尽管不能急速地期待变动，也不是把国民看成是众愚的。通过死刑存废的争论，可以发现最完美的方针政策，它是符合民主主义的。与此相反，以“和的逻辑”装作合意避开争论，从属于“力”，以“疏通”封死争论，把“数”结束起来，才恰是反民主主义性质的“权力统治”。4.关于死刑存废被说成“问题皆已提出殆尽”时，那是“争论已完结”之后，只剩下“国民判断”这个意思吗？不是这样。如果说，争论是处于胶着状态“的话，那么，解释清楚这一点，需要进行反复争论。保留死刑论将会追究废除死刑论吧。如果保留死刑论不进行追究，而是”仅就死刑问题把国民

的舆论视为绝对的倾向“的话，其根据才正是应该予以质问的。如果它把舆论的压倒性支持的”数“作为”力“的逻辑的话，那么它就是承认”力之统治“的整体主义的逻辑，与民主主义相敌对。废除死刑若能和舆论相符合而被推进，是最好不过的了。因为国民对法的信赖也是据此而提高。然而，譬如像“夫妻别姓”的民法修正案那样，就连世界上拥有同样制度的许多国家也是一样，对于家族制度也没有特殊弊端，把别姓的选择委之于每对夫妻，假如这点有助于提高女性的自由和社会地位的话，随着舆论加以修改将是没有问题的。然而，就是在这里，决定性的事物并不是作为数量的舆论本身，而是它的正当根据。假定以国民的多数表示反对这一个理由，也不等于可以强制少数希望别姓的人同姓。表示不能把它委之于个人自己决定的正当根据就变得必要了。更为要紧的，关联到生命这种“个人尊严”的根源问题，并不是应该仅仅以国民多数的意见就能决定的事项。（注：平川宗信《死刑制度和舆论、死刑的存废是舆论可以决定的问题吗？》估佰千仞、团藤重光，平场安治编著要求废除死刑（1994）61页写道：按理说基本人权即使由于多数人的意志也是不能剥夺的权利。如果以多数可以把它剥夺的话，就不要宪法了。同63页认为：“如果为了〔总体〕就可以制约人权，这是总体主义性质的想法”。）不能说有认为是“当杀的人”的国民的压倒性要求，哪怕是一个人也好，没有正当理由而被杀害，法律上是不能容许的。5.总之，如果死刑是违反“个人尊严”而缺乏正当根据的话，那么，甚至违背舆论而下决心废除死刑，只要依据“议会制民主主义”的话，也就并不是决不能容许的，勿宁说是必要的果断。（注：日

本政府（法务大臣）关于这一点的见解，参照平川，前注5758页。就死刑废除说：“假如修改法律的话，必须推测舆论的动向”这是正当的，说：“必须遵从国民舆论之所从（田原隆法务大臣（当时）的发言）这一逻辑，具有把”民主主义“委于”数之力“（多数人的专横）的危险。）因此，在许多国家废除死刑被断然实行了。它好象是无视舆论被强制推行的，实际并非如此。它是通过议会了解国民意见的，而不是无视。在此过程中，很重要的是如何考虑舆论。它确实在”现状“下是违背国民”多数意见“的，但它可以通过议会的承认而形成”可能说服“，也就等于符合”国民的意见“了。议会制民主主义并非支持者的”数“本身，而是根据据此而被信任的良知（正当根据），而期望它能选择决定对于国民的”最好的政策“（作为个人的最大多数的最大幸福的公共福利）的。下面的一些意见，也可以认为是表示了这种宗旨。民众有时候是违背自己的，以“舆论”作为口实的废除死刑，实际上不外乎是为政者的方针（五十岚二叶）。议员的大半若是认为废除死刑制度为好的话，即使保留死刑的舆论多，也可以基于自己的信念而决议其废除（神山敏雄）。舆论反对废除的是，舆论所认识的死刑制度以及它的运用（上口裕）。应该调查一下关于犯罪状况国民究竟是以多大程度的知识在回答问卷，根据所赋与的情报数量，舆论的数字有发生戏剧性变化的可能性（园田寿）。“舆论”可以等同视为“身为主权者的国民的意思”吗？如果研究一下它的形成过程，在媒体连日来报导制作的“嫌疑人=极恶人”的形象和“犯罪人”的烙印中有只能产生了自己和家属=被害人观点的土壤（福田有子）。不能允许根据国民的

多数意思决定剥夺生命（三岛聪）（注：关于这些各种见解，佐伯等人编著要求废除死刑（1994）127130页。）也可以说这些说服性意见的多数只是假设而已。无论怎么讲，在日本的现状下，由于议员勾结着关系到支持票数量的特定集团利益的倾向很强烈，因而连续发生了应有的民主主义不能发挥机能的事件。因为不能牵动于支持票，死刑存废的公论在弱势当中形成舆论。相反地，犯罪发生率逐步升高的社会不安定和关心加强治安结合在一起时，也会象纽约州那样又恢复死刑。在与纽约州犯罪情况不同的日本，偏重于舆论的“力”而难以通过“理”，所以还没有达到说服舆论而在国会通过废除死刑的局势。这样，前述西原教授的担心，好像可以认为只不过是单纯的恐惧而已。再有，在法制审议会刑事法特别部会的保留死刑的理由中，也存在基本性的疑问，即舆论对保留死刑的压倒性支持未必能成为保留死刑的“正当根据”，也不能成为应该放弃刑法“修正程序”的决定性障碍（注：参照前注 ）。勿宁说，具体地提示死刑存废的“论据”来证询国民、议会，才正是朝向刑法修改所应尽的职责。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