

## 死刑存廃論議への比較法的接近

青 木 人 志

### 一 新人生諸君へ—私の立場

死刑存廃の問題を、フランス法を素材として検討することにより、「比較法」という学問の入口まで諸君を案内したい。そもそも比較法という概念はややあいまいだが、ここでは、外国の法制度や法現象と日本のそれを比べること、という程度に理解してくれば十分である。

まずは、死刑存廃につき私の立場をあきらかにしておく。

わが国になお存在し、かつ現実に執行されている死刑に対しては、人間の尊厳に反する、犯罪抑止力(威嚇力)がない、誤判があったときに取り返しがつかない、といった点をはじめ、無数といってもいいほどの疑念が

これまで表明されてきた。それらの詳細を述べている余裕はないので要点を言うと、廃止論者の投げるつぶては、凶悪犯罪に肉親を奪われた被害者遺族の感情、それに寄せる一般国民の同情という難攻不落の城壁に、ことごとくはね返されてきたのである。死をもって償う以外方法がないような、憎んでも憎んでもなお余りある残酷行為を行った犯人まで生かしてやるのであれば、いったい「正義」はどこに行ってしまうのか、世論を無視した廃止論は、国民を愚民視するものではないのか、と存置論者は言う。じっさい、地下鉄サリン事件、坂本弁護士一家殺害事件など一連の凶悪犯罪の裁判が進行している現在、国民の多数は死刑の存続を支持するにちがいない。

そんな今、こう言うのはやや気が重いのだが、死刑は

廃止したほうがいいと私は考えている。教室での経験から、諸君の多くが熱心な死刑存置論者であることはわかっていゝし、その信念はそう簡単に交えられないことも知っている。せいぜい、議論が感情的にならぬよう注意して話をすすめるので、最後までお付き合ひ願ひたい。廃止論者が、存置論者の人間的なセンスを疑ったり、存置論者が、廃止論者の方こそ被害者感情に鈍感だと決めつけても、双方の溝は深まるばかりであらう。

たとえば、手を切り落したり、鼻をそいだりする刑罰は、死刑廃止論者はもちろん存置論者の多くも、憲法第三六条で禁止された「残酷な刑罰」だと考ふるだろう。それなのになぜ命を奪うことは残酷ではないといえるのか。憲法や刑法の規定をもちだすまでもなく、生命が身体より重要な法的価値であることは明白ではないのか。私が死刑廃止に傾く「理論的」根拠は、ほとんどこの疑問に尽きている。念のため言うくと、この論拠は、具体的な死刑囚に対する同情とは関係ない。さらに、実際の運用の問題がある。死刑の選択は実務上かなり謙抑的に行われるので、たとえば無期懲役刑を科される犯人の中にも、どんなに憎んでも余りあるような凶悪犯罪を犯した

者が多数いる（存置論者もこういつた犯人たちをすべて死刑にすべきであるとは言わない）。それどころか、法律上死刑はおろか無期刑すら科しえない犯罪者——たとえば強姦犯（法定刑は二年以上の有期懲役）や老人から虎の子の貯金をだまし取る詐欺犯（同じく十年以下の懲役）——であっても、被害者にとつては八つ裂きにしても足りないほど憎いにちがいない。しかし、彼らのうちで死刑になるのはごくごく一部なのである。そして死刑と無期を分かつ基準や、死刑確定囚が現実に執行される順番も明確とはいえないようだから、公平の見地からも死刑は止めた方がいいのではないか。そうすれば、実際に死刑執行にあたらなければならぬ刑務官たちもきっと喜ぶにちがいない。そう私はおもうのだ。もっとも、廃止論の挙げてきたその他の根拠については、にわかに同調しがたいものもある。たとえば、死刑に抑止力が無いことは完全には証明しえないようだし、誤判の問題については、それは裁判一般の問題であつて死刑廃止の固有の論拠とはなりえないという存置論者の主張にむしろ分があるとおもう。廃止が世界的潮流だから、わが国も廃止すべきだという主張も、理論的根拠としては、後述す

るように説得力を欠く。

これらの論争点については、すでに十分議論がなされてきたので、これ以上深入りしない。それよりもむしろ、私が肝心の比較法的検討に入る前になぜ早ばやと自分の立場を明らかにしたのか、そして世界的潮流云々の議論を批判したその舌の根も乾かぬうちに、なぜフランスの事情を述べようとするのか、という点について説明を加えておきたい。じつは、ここに、比較法学の意義と方法に関する基本的な問題がある。

わが国を代表する比較法学者のひとり大木雅夫氏は、比較法の目的を、理論的目的と実務的目的に分ち、前者をさらに、①法的認識の深化と法学的視野の拡大、②法の発展傾向の確認、③諸法秩序の共通基礎の認識と理想型の定立、後者を、④立法における資料の提供、⑤法解釈の補助・普遍的解釈方法、⑥その他の実務的機能とくに法の統一、と分類している(もちろんこれらは相互に無関係ではない)。では、具体的に、死刑存廃の議論に対し、比較法はどのように貢献できるのか、あるいはできないのか。

われわれは多くの外国から、死刑に関する多様な議論

を学んだ(目的①)。そこには存続・廃止いずれの立論も存在した。また、世界的には(とくに西欧においては)廃止へむかう傾向があることを実証的に確認してきた(目的②)。しかし、そのことは、わが国における死刑廃止が妥当であることを「直接に」根拠づけることはできない。なぜならば、死刑問題にかぎらずおよそ価値にかかわる問題を、事実から直接演繹することには重大な疑問があるからである。世界的潮流という事実と死刑廃止を「法理論的に」結びつけるためには、そのような国際的環境のなか、わが国に死刑廃止の国際法的義務があることを論証するか、世界的潮流のうちに正しい法が内在していることをあらかじめ論証しておくか、そのいずれかでなければならぬ。世界的潮流という事実それ自体は、廃止のための政治的根拠になりえても、直接の理論的根拠にはなりえない。もちろん、人権は普遍的なものだから、生命という人権にかかわる死刑は廃止の方向で世界的に統一されるのが正しい(目的⑥)という議論はありうる。しかし、これは死刑についての現在の世界的潮流がいかなるものであれ、それとは無関係に主張しうる議論である。

要するに、たとえどんなに虚心に外国法や外国の理論を学んでも、そこから正しい価値判断が一義的かつ自動的に出てくるわけではないのである。これは平凡な命題だが、強調しておくに値する。というのには、比較法研究にあっては、その出発点において、模範とすべきだと意識的・無意識的に考える外国法を取り上げるのが普通なので、事実から直接価値判断を導きたくなる誘惑がとくに強いからである。死刑についても、廃止か存置かは、おそらく最終的には各人の価値的決断にかかる問題であって、比較法的知見はその資料(目的④)とはなりえても、当該判断の方向を論理必然的に拘束するものでない。そうだとすると、比較法研究がなしうるのは、まず第一に、わが国の状況を外国法を座標軸として相対的に位置づけ、価値判断の資料とすること、第二に、すでに仮説的であれ確信的であれ一定の価値判断に到達している場合に、その判断の妥当性を検証したり、その判断にもとづく立法の可能性を探る資料を得ること、主にこの二点だということになる(もちろんこの他に、たとえば世界の法の系譜地図を作るといった比較法固有の目的もあるが、本稿では深入りしない)。

以下、死刑廃止論の立場から、比較的近年死刑を廃止したフランスの状況を検討し、わが国における死刑廃止の可能性とその問題点を探ることにする<sup>(5)</sup>。上述したところの、第二の意義における比較法研究を試みるのが、本稿の目的である。なお、紙幅の都合で、わが国の死刑制度に関する基本的な解説は省略せざるをえない。その概要は、刑法第九条、第一条、刑事訴訟法第四七五条ないし第四七九条、監獄法第七一条、第七二条に規定されているので、各自六法で確認してほしい。

## 二 死刑廃止法の制定

フランスは一九八一年十月九日の法律第八一—一九〇八号(以下死刑廃止法という)で死刑を全面的に廃止した。それ以前の死刑執行方法は原則としてギロチンによる斬首であり、最後の死刑執行は一九七七年四月に行われた。法定刑に死刑が規定されていたのは、謀殺、毒殺、嬰兒殺、重罪実行の機会における故殺をはじめ、各種致死罪、拷問を伴う重罪、放火、鉄道破壊などの犯罪である。また、刑事訴訟法典には、死刑の執行は恩赦の申立てが拒否されたのちでなければ行うことができないう旨の

規定があった(旧七三一条)。

死刑廃止の提案は、古くはフランス革命時に遡り、その後しばしば立法院の検討の対象となった。とくに一八四八年と一九〇八年には廃止論議が盛り上がったが、つねにその全面廃止は見送られてきた。そういった歴史的経緯の検討は、本稿ではすべて割愛し、一九八一年の死刑廃止法の成立過程に的をしぼろう。

死刑廃止法にいたる具体的検討は、ジスカール・デスタン大統領時代に始まる。一九七八年、わが国の衆議院にあたる国民議会の法務委員会に、死刑廃止に関する複数の議員立法提案が相次いで付託された。それらの検討の結果は、フィリップ・セガン(Philippe Seguin)議員による法務委員会報告書から知ることができる。同報告は、フランスにおける死刑存廃論議の歴史的回顧、存廃に関する伝統的議論の紹介に続き、諸外国における死刑廃止の動きと、フランス国内における死刑宣告・執行数の減少を指摘し、今や全面廃止の決断をすべき時が到来したとする。そして、死刑に替わる刑罰(代替刑)が詳しく検討され、報告者セガンは最低二〇年間は釈放を許さない終身追放刑を委員会に提案している。最終的な

委員会案は、死刑とその関連条文を廃止する、以後共和国領土内ではいかなる死刑執行も行わない、法文上に残る死刑という文言は無期懲役刑または無期禁固刑にすべて読み替える、といった内容の単一条文の立法提案にまとまった(代替刑規定は含まない)。死刑廃止法の基本的骨格はこのときすでに定まったといつてよい。結局、この提案は可決されるに至らなかったが、その後も、ジスカール・デスタン政権下の司法大臣アラン・ペルフィットが、一九七九年十月一六日の元老院本会議において死刑適用がきわめて例外的なことに言及しつつ、刑法典一新の必要性を訴えている。

死刑廃止は、一九八一年五月、社会党のフランソワ・ミッテラン大統領の誕生とともに、にわかに現実的なものになった。大統領戦においては、死刑問題がひとつの争点となり、各候補はそれぞれ態度を明確にした。ミッテランはこう述べた。「死刑の問題について、私は、他のどのような問題にもまして、自分の考えを隠そうとはおもわない。自分自身をいつわったかたちで、この論争を国民の前で行おうとは全くおもわない。私は良心の深みで、教会の良心、カトリック教会と改革教会、ユダヤ

教会、内外のあらゆる人道主義的団体の良心につらなる私の良心の深み、その奥底で、私は死刑に反対している。」この声明は、のちに死刑廃止法案を提案する国民議会法務委員会報告（フォルニ報告）の冒頭に引用されることになる。ジスカール・デスタン、ジャック・シラク両候補も、国民感情を考慮しつつも、それぞれ「個人的には」死刑に反対であることを表明したので、有力候補に関するかぎり、トーンの差はあれ基本的認識は一致していたといつてよい。

ミッテラン政権誕生直後の一九八一年六月、筋金入りの廃止論者ロベール・バダンテール弁護士が、ピエール・モロワ内閣の司法大臣に起用されると、死刑廃止は一気に実現に向かう。バダンテールは、就任間もない八月中に、死刑廃止を閣議決定、同月二十九日には死刑とその関連条文の廃止、死刑の文言を無期懲役刑または無期禁固刑に読み替えることを主な内容とする七条からなる政府提出法案を国民議会に提出した。ここでもやはり代替刑規定は含まれていない。

九月一〇日、法務委員会レイモン・フォルニ（Raymond Formi）議員の名による報告がなされるが、その

内容は、前述セガン報告に敬意を表したうえで、もはやセガン報告のような詳細な検討を省略し、フランスの誇らしきユマニスムの伝統、人権宣言の精神、西ヨーロッパの国際環境といった大きな観点から死刑廃止を提案するものであった。これら二つの報告の連続性は、委員会の人的構成からも推知しうる。たとえばセガン、フォルニの両報告者は、一九七八年にも一九八一年にも、ともに法務委員会のメンバーに入っているし、私の数えたところでは、フォルニ報告当時の法務委員会メンバー六二名中、セガン報告当時の委員が二二名いる。法務委員会でもにも検討されたのは、代替刑の問題であった。世論を意識して代替刑導入をもとめる意見、反対に代替刑導入は死刑廃止の趣旨に反するとする意見、さらには、代替刑の問題は当時進行中であった刑法全面改正の全体構想のなかで考えるべきであるという意見が出された。最後の意見を述べたマルシャン委員は、のちに刑法典全面改正にあたり国民議会法務委員会報告書を提出する人物である。

法務委員会の報告をうけた国民議会本会議の議論は、九月一七日、一八日の二日間にあつて行われた。一七

日の本会議は午後三時開始、途中休憩をはさみながら深夜におよび、翌一八日午前一時五五分に散会した。一日は開会が午前一〇時、散会は午後七時三〇分である。この両日、報告者フォルニ議員、バダンテール司法大臣をはじめ多数の議員が登壇・弁論し、その記録は官報の八〇頁以上におよぶ。その内容もきわめて多岐にわたるので、バダンテール発言のうち重要とおもわれる結論だけを紹介する。

まず、大臣は、死刑廃止を公約としたミッテランが当選したことは、国民が死刑廃止を承認していることにはかならないとしたうえ、存廃を国民投票によって決すべきだとの主張に対して、それは憲法の文言に反し、世論を恐れるあまり議員が自分の意見を公表することを拒否することにすると反論する。さらに、死刑には抑止力がない、ギロチンはテロから民主主義を守るどころかかえってテロを助長する、死刑判決は誤判がありうるし恣意的である、被害者の性質による死刑存置論、すなわち幼児・老人などの弱者が被害者の場合について死刑を存置するとの主張は正義に反する、といった議論を展開したのち、代替刑の問題を論じる。大臣によると、法案が代

替刑を規定していない理由は、身体への責め苦(*sap-  
plice*)である死刑を別の責め苦に置き換えるわけには  
いかない(道徳的理由)、刑法典の全面改正が進行中な  
ので、刑罰制度全体との調和を考えて決めるべき代替刑  
の問題を議論するは時宜を得ないし無益である(政治  
的・立法的理由)という二点にある。後者の指摘は前述  
のマルシャン発言に通じるものであり、最終的に成立し  
た死刑廃止法に代替刑が規定されなかった大きな理由と  
考えてよからう。なお、バダンテールは、戦時における  
死刑の問題を法案が規定していないのは、それが戦時の  
政府が考えるべき事柄だからであると述べている。

法案は二点修正されたうえ、賛成三六三、反対一一七  
という大差で国民議会を通過する。修正の第一点は、死  
刑廃止にともなう刑の執行に関する準則の調整は、近い  
将来公布が見込まれる刑法典改正法によって行うことが  
明記されたこと(第一条の二)、第二点は、一九八〇年  
一月一日以降に言渡された死刑判決(破棄申立中のも  
のはその取下または棄却後)は、当該重罪の性質に応じ  
て、無期懲役刑または無期禁固刑に当然に(*de plein  
droit*)変更されるという規定が追加されたこと(第八

条)であった。

当時拘置中の死刑囚(六名。全員破棄申立中)の扱いにつき政府原案は何も述べておらず、その空隙は、大統領による恩赦か、破棄院による当該判決の破棄移送とそれにもとづく重罪院の再審理によらなければ埋まらない。そのような面倒な手続によらず、法律自体のうちに、死刑判決を「当然に」無期懲役刑または無期禁固刑に変更することを規定すべきだというのが後者の修正を提案したフォルニ議員の説明である。

全部で九箇条となった法案は九月二二日、元老院法務委員会に回付された。委員会の審議を経て、同二八日、ポール・ジロ(Paul Girod)議員の名で報告書が提出された。同報告は、フランスにおける死刑存廢論議を歴史的に概観し、とくに西欧の国際環境が廃止に向かっていることを指摘したのち、世論、専門家の意見、宗教的權威の立場、議会・政党・議員の立場をそれぞれ確認する。委員会審議では、一部の残虐犯罪につき死刑を残す案や、死刑廃止を憲法に規定する案が出された。

さて、九月二八日、二九日、三〇日の三日間、元老院本会議の審議が行われる。この議論の密度もたいそう濃

いもので、議事録は約九〇頁にもおよぶ。内容は死刑の理論的・実際の正当性や代替刑をめぐる問題が中心だが、ここでは、死刑廃止法の遡及適用(法案第八条)の問題についてのみ、本会議の議論を紹介しておく。

審議が大詰めを迎えたころ、第八条を削除すべきだという提案がなされる。提案者のひとりデイイ(Daily)議員は、同条は刑罰法規不遡及の原則に反するうえ、いったん司法判断が下された事柄につき議会が変更をくわえるという、疑わしい先例を残すことにもなる。拘置中の死刑囚については大統領恩赦が見込まれるのだから、あえてこのような先例をつくることはない論じた。委員会の見解をただされたジロ議員が、そのような観点からの検討は委員会でなされなかったことを認め、したがって委員会としては意見がないと答えたのち、バダンテール司法大臣が政府見解を述べた。大臣は、まず、被告人により有利な、軽い刑罰法規は遡及しても問題ないことを指摘したうえ、第八条が純粹に技術的なものであることを強調する。現在フランスの死刑判決はすべて破棄院に係属中である。破棄院が当該判決を破棄して事件を重罪院に移送すれば、その時点でより軽い新法が適用さ



れることになる。破棄事由がない場合でも、判例によると、おそらく刑が取消されたうえ、新法適用が可能になるような事件は重罪院に移送されることになる。第八条のような技術的規定をおいたのは、このような煩瑣な手続を避けるためである。と、いうのである。ここで、バダンテールの言う「判例」がいかなるものかつまびらかではないが、要するに、第八条の適用対象となるべき判決はすべて未確定であり、いずれの事件も最終的に新法の適用を受けるとおもわれるが、その手続が面倒なので、一挙に立法的解決をしておこうというのがその主旨である。この答弁は、立法による司法侵犯という疑念に直接答えているとはいえないが、ダイイ議員らは、この答弁を聞いて即座に修正案を撤回したため、法案は一括採決され、賛成一六〇、反対一二六で、ついに死刑廃止法がここに成立した。

以上の経過をたどって制定された死刑廃止法は、法案段階の第一条の二を第二条としたため、条文番号が以下繰り下がり、公布時には次の九箇条となった。死刑の廃止(第一条)、関係法令の調整は刑法改正法によること(第二条)、死刑規定の無期懲役刑・無期禁固刑への読み

替え(第三条)、刑法等の関連規定の削除・改正(第四条)ないし(第七条)、場所的適用範囲(第八条)、遡及適用にともなう死刑判決の無期懲役刑への変更(第九条)。

### 三 死刑廃止法制定を可能にした諸条件

フランスで死刑廃止法成立が可能になったのは、なぜだろうか。その条件の検討は、わが国における死刑問題を考えるうえでも有益なので、以下それを整理してみる。まず、第一に、一九八一年における、死刑廃止を公約とした社会党ミッテラン大統領の誕生、国民議会における二八五議席という同党の大躍進と与党化(七八年四月の議席数は一一四)、そして死刑廃止論の闘士として有名なバダンテール弁護士(7)の司法大臣就任という一連の政治的動きが、死刑廃止の大きな推進力であったことは疑いない。その背景には、一九七〇年代にあいついで起こったビュッフエール・ポンタン事件、パトリック・アンリ事件、クリスチャン・ラニエツチ事件といった著名事件(8)によって、死刑の存廃をめぐる議論が盛り上がったことも指摘しておくべきだろう。最初の二事件において、被告人の弁護人として死刑の不当性を訴えたのは、ほか

## (25) 死刑存廃論議への比較法的接近

表① フランスの死刑

| 年    | 死刑判決人数 | 減刑人数 | 執行人数 |
|------|--------|------|------|
| 1950 | 45     | 29   | 16   |
| 51   | 26     | 11   | 14   |
| 52   | 13     | 12   | 1    |
| 53   | 11     | 9    | 2    |
| 54   | 8      | 7    | 1    |
| 55   | 5      | 3    | 2    |
| 56   | 6      | 5    | 1    |
| 57   | 5      | 2    | 3    |
| 58   | 8      | 4    | 4    |
| 59   | 2      | 1    | 1    |
| 60   | 2      | 1    | 1    |
| 61   | 6      | 5    | 1    |
| 62   | 0      | 0    | 0    |
| 63   | 8      | 5    | 3    |
| 64   | 4      | 2    | 2    |
| 65   | 4      | 3    | 1    |
| 66   | 1      | 1    | 0    |
| 67   | 2      | 1    | 1    |
| 68   | 1      | 0    | 1    |
| 69   | 4      | 4    | 0    |
| 70   | 0      | 0    | 0    |
| 71   | 2      | 2    | 0    |
| 72   | 4      | 1    | 3    |
| 73   | 5      | 5    | 0    |
| 74   | 0      | 0    | 0    |
| 75   | 1      | 1    | 0    |
| 76   | 4      | 3    | 1    |
| 77   | 2      | 0    | 2    |
| 78   | 0      | 0    | 0    |
| 79   | 0      | 0    | 0    |
| 80   | 1      | 1    | 0    |
| 81   | 8      | 1    | 0    |

(Journal Officiel, A. N., Document, 1981, n. 316, p. 47)

ならぬバダンテール弁護士であった。

第二に、当時すでに、フランスは西ヨーロッパにおけるほとんど唯一の死刑存置国であり、廃止に向けた強い国際的な圧力のもとにあった。<sup>(9)</sup> フランスにおける死刑廃止「論」の歴史は長い、現実の廃止という観点からは、フランスはまぎれもなく西欧の劣等生であった。

第三に、死刑判決と執行数の減少という点も重要である。表①は、一九五〇年以降の、フランス本国および海外領土の重罪院において対審手続によって普通法上の重

罪に対する死刑判決を受けた者の数、そのうち恩赦により減刑された者の数、そして執行件数を示している。ここで「対審手続によって」と断ったのは、フランスの刑事手続にはたとえば被告人が逃亡しているような場合に、「コンチヌマス」(contumace)と呼ばれる欠席裁判制度があつて、被告人不在のまま死刑判決が下されることがあるからである。その判決は、被告人が出頭すれば無効になり、あらためて対審手続による判決がなされるので、通常の判決とは質がちがいが、ここでも除外されてい

る。

この表から分かるのは、すでに一九五〇年代より死刑判決も執行ともに著しく減少していることである。死刑廃止法が審議された一九八一年には八件の死刑判決が下されているが、うち恩赦減刑と被告人の死亡が一件ずつあり、残り六件についてはいずれも法案審議時に破棄申立がなされていたことは前述のとおりである。

さらにここで確定死刑囚として拘留されている者の数を司法統計年報(Annuaire statistique de la justice)により調べてみると、一九六八年から八一年まで各年の数字は、ほとんど一名か〇名、最大でも二名となっている。フランスではわが国とこととなり、確定死刑囚が多数拘留されている状況はなく、確定後恩赦がなされなかった場合には比較的迅速に(通常四か月以内ともいわれる)執行が行われていた。七九年、八〇年、八一年の数字がいずれもゼロである(七八年、七九年は死刑判決もゼロである)ことは、廃止法成立の条件がこの側面からも整ったことを示している。

このように、死刑判決と執行および確定死刑囚の数が減少した理由は、なによりも重罪院の陪審が死刑判決を

回避するようになったこと(フランスの陪審は量刑にも関与する)、そして死刑判決が出た場合でも大統領による恩赦(Grace)が積極的に発動されたからにほかならない。恩赦制度につき補足しておく、前述したように、死刑の執行は恩赦が拒否された後でなければ行えない旨の規定が刑事訴訟法にあったので、死刑事件については、たとえ被告人自身が希望しなくとも、恩赦の申請が職権でなされる。その審査を行うのは大統領、司法大臣をそれぞれ議長、副議長とし一名からなる「司法官職高等評議会」(Conseil supérieur de la magistrature)である。恩赦が認められると、大統領が署名し、首相、司法大臣、ときにより関係大臣が副署した政令(デクレ)が出されることになる。恩赦減刑の結果、死刑は無期懲役刑などに変更されるが、前述の元老院法務委員会報告(ジロ報告)の末尾に付せられた資料によると、死刑判決を受けた者一〇〇名についての平均拘禁期間は、男性一八・一年、女性一七・四年であり、無期刑判決を受けた者六〇七名の平均拘禁期間は、男性一七・二年、女性一六・五年である。この資料は詳細において不明の点多い<sup>10)</sup>が、死刑判決は、例外的に恩赦の対象とならず執行

される場合をのぞき、事実上無期刑の判決とさほど変わらない現実が当時すでに存在したことをうかがわせる。

死刑廃止法成立の第四の条件となったのは、それが、刑法典の全面改正作業と連動して行われたため、代替刑の検討という困難な問題を最終的には刑法典改正作業の方へ託し、それを一応切り離したかたちで廃止法を制定しえたことであろう。じっさい、法案の審議過程であらわれた代替刑をめぐる議論は多種多様であった。南極圏領土への無期徒刑、二〇年間は仮釈放等の恩恵を受けられない追放刑、文字通りの終身刑などが提案された一方で、そもそも代替刑を論じること自体が死刑廃止法の趣旨に反するとの見解もあった。なお、その後実現した刑法典の全面改正によってこの問題はどうなったか説明しておく<sup>(11)</sup>と、結局、死刑に代わるべきあらたな刑種が新設されるにはいたらなかった。ただし、重要な改正が二つ行われた<sup>(12)</sup>。その第一は、従来二〇年を上限としていた有期自由刑の上限を三〇年まで引き上げたこと(新刑法典一三二―一三条)である。第二は、無期刑の「保安期間」(période de sûreté)の延長である。刑の停止・分割、構外作業、外出許可、半自由、または仮釈放に関する規

定の適用を受けられないこの期間は、一九七八年以降、無期懲役刑についてはこれは自動的に一五年、裁判所の判断によって例外的に一八年とされていた。それが新刑法典においてはそれぞれ一八年と二二年に延長された(一三二―一三三条)。うえ、一五歳未満の未成年者に対する強姦、拷問または野蛮行為を伴う謀殺・故殺に対しては、重罪院は特別の評決をもって同期間を三〇年まで延長できるとした(二二―二三条二項、二二―二四条二項)。後者の点については、さらにその後、刑法一部改正が実現し、文字通りの終身刑も適用可能となった。

第五には、被害者の保護が比較的充実していることが挙げられるのではなからうか。もともとフランスには被害者本人が刑事手続に関与できる「私訴」(action civile)の制度があつて、近年、被害者の権利の名のもとにそのいっそうの充実が図られている。そのうえ、一九七七年、八一年、八三年、八六年、九〇年とあいついで被害者補償制度を拡大する重要な法改正が行われている。このような動きは死刑廃止を間接的に支える条件になりうる<sup>(13)</sup>といつてよからう。

#### 四 フランスの死刑廃止法に学ぶもの

最後に、これまでの検討をふまえ、わが国で将来死刑廃止の実現をめざす際、問題となりうる点をいくつか指摘してまとめとする。

第一に指摘したいのは、フランスの死刑廃止が、その問題を重要な政治課題と考える政治家によって実現したことは前述のとおりだが、それにひき比べ、みずからの良心の深みにおいて、死刑を重要な国家的問題として意識している政治家、政党そして選挙民が、わが国にはいなかっただけいるかということである。西欧諸国のかなかではたしかに遅れをとったが、死刑廃止法の背後に、フランスの誇るユマニスムの伝統(人権問題を重要視する政治風土)があることは、やはり指摘しておいてよい。

表② わが国の死刑執行人数

| 年    | 執行人数 |
|------|------|
| 1950 | 31   |
| 51   | 24   |
| 52   | 18   |
| 53   | 24   |
| 54   | 30   |
| 55   | 32   |
| 56   | 11   |
| 57   | 39   |
| 58   | 7    |
| 59   | 30   |
| 60   | 39   |
| 61   | 6    |
| 62   | 26   |
| 63   | 12   |
| 64   | 0    |
| 65   | 4    |
| 66   | 4    |
| 67   | 23   |
| 68   | 0    |
| 69   | 18   |
| 70   | 26   |
| 71   | 17   |
| 72   | 7    |
| 73   | 3    |
| 74   | 4    |
| 75   | 17   |
| 76   | 12   |
| 77   | 4    |
| 78   | 3    |
| 79   | 1    |
| 80   | 1    |
| 81   | 1    |
| 82   | 1    |
| 83   | 1    |
| 84   | 1    |
| 85   | 3    |
| 86   | 2    |
| 87   | 2    |
| 88   | 2    |
| 89   | 1    |
| 90   | 0    |
| 91   | 0    |
| 92   | 0    |
| 93   | 7    |
| 94   | 2    |
| 95   | 6    |

廃止を容易にする条件が廃止法制定時にととのっていたフランスと違い、後掲表②にみるようにわが国ではまだ執行が行われ、かつ多数の確定死刑囚が拘留され執行を待っている。このような状況下で廃止が実現されるためには、フランス以上に、きわめて強力にイニシアチブをとる政治家が現れる必要がある。念のために言えば、廃止の前提としてフランス同様の状況を作り出すために確定死刑囚を減らす―つまり執行する―ことが本末転倒であることは明らかである。

第二に、フランスにおける死刑廃止は、刑法典の全面改正とそれにもとづく刑罰体系全体の再検討や、被害者保護政策の積極的展開といった、広い視野での刑事司法改革と連動して行われたことが重要である。わが国においても、できるだけ刑法および刑罰体系全体を再検討す

るなかで死刑の廃止とその代替刑の問題を考えるのが望ましい。

第三は、国際環境の問題。アジアには存置国が多く、わが国は、フランスほど強力な国際的圧力を受けていないし、国際社会の動向自体が死刑存廃の雌雄を「理論的に」決するものではないことはすでに述べた。しかし、たとえば国連の死刑廃止条約を批准することで、日本の信用が傷つくとはおもえない。「国際社会において名譽ある地位を占めたい」と憲法前文に明記したわが国に、死刑を是非とも存置しておかなければならぬ特殊な国内事情が存在するのか。フランスの事例を、その反省の契機とすべきである。

第四に、一見技術的な問題だが、わが国の死刑廃止論を考へる際に大きな意味をもつ問題が、フランスとの比較で浮彫りになるので、それをやや詳しく述べる。

わが国で昭和三十一年に参議院法務委員会が審議された(もちろん可決されなかった)死刑廃止法案がある。高田なほ子、羽仁五郎、亀田得治、小林亦治、赤松常子、市川房枝、柏木庫治の各議員により発議され、岡田宗司議員等三十九名が賛成署名をしたものである。同法案は死

刑廃止を謳いつつも、その付則4に、「この法律施行前に死刑の言渡しを受けた者の刑の執行……に關しては、なお従前の例による」という規定を置いていた。羽仁五郎議員は法案の提案理由のなかで、その理由を、「このように死刑を廃止しましたにもかかわらず、この法律施行前に死刑の言渡しを受けて確定した者について死刑が従前どおり執行されますのは、法律をもって判決の言い渡しの効力を左右いたしますことが三権分立の精神に照らしまして妥当ではありませんので、かような点の考慮からこれらの者に対する法律上の取扱いはなお従前の例によるとしたものであります。」と述べている。<sup>(13)</sup> また、提案理由を起草した当時の参議院法務常任委員会専門員・西村高兄氏も、恩赦の可能性を示唆しつつも、「この点甚だ苛酷のように見られるが、三権分立の精神から法律で判決の言渡し<sup>(14)</sup>の効力を変更することは不適當であると考えたから」であると言う。これらの引用部分以外には、この付則の意義につき国会内外で議論が行われた形跡はなく、その趣旨は要するに確定判決を立法により変更するのは三権分立の観点から疑問があるというのに尽きている。

一方、フランスの死刑廃止法は、適及的に、死刑判決を「当然に」無期懲役刑に変えることにした(第九条)ので、まさに、わが国の法案が恐れられた立法による確定判決の変更を實行しているのである<sup>(15)</sup>。

わが国には現在五〇名を超える死刑確定囚が拘留されている。将来、死刑廃止法が検討される際には、これらの確定囚の扱いが、大きな論点になることは想像に難くない。かつての法案のように、判決が確定している以上、廃止後もこれらの死刑囚を絞首すべきなのだろうか。しかし、少なくとも私が主張するような、死刑は憲法に違反する残虐刑だという見地から、その廃止が決断された場合には、廃止後の死刑執行はもはや許されないと解すべきである。死刑自体が違憲ならば、その執行手続に關する諸規定も無効と考えられ、確定囚につき、例外的にであれ、その効力を残すことは許されないからである。かといって死刑確定囚を、死刑確定囚のまま拘留し続けるのもおかしいから、死刑が廃止された暁には、確定囚については刑の変更をせざるをえまい。問題は、その方法である。まず考えられるのは、恩赦法上の減刑である(事柄の性質上個別恩赦より一般恩赦が適当か)。これに

は、現行法に明記された方法で問題を処理できる利点があるが、恩赦を行う権限をもつ内閣(憲法第七三条七号)がその意思をもたないかぎり減刑は実現せず、その意味で不確実である。そうなると、確定死刑囚の減刑を確実・迅速に行うために、行政的手段によらず、法律に直接減刑を規定するフランス方式の採用が積極的に検討されてよい。

では、この場合、三権分立の観点からの疑問にどう答えたいいか。さきにもたように、フランスの場合、この観点からの疑問は、元老院本会議においてはじめて提出され、その際、答弁に立ったバダンテール大臣が強調したのは、より有利な新法が適及するのは罪刑の法定原則に反しないことと、新法適用に到るまでの面倒な手続を省略するという、規定の技術的性格であった。これらのうち後者は、廃止法審議当時、確定死刑囚が存在しなかったフランスに固有の問題ともいえるが、検討すべきは、すべての未確定死刑囚が、放置しておいてもいずれば死刑の適用を免れるべき状況下で、あえて刑を変更する立法的措置をとった、その実質的根拠である。おそらくそこには、基本的人権にかかわる問題につき被告人に

有利な変更がなされた場合には、可及的速やかに遡及適用すべきであるとの思想がある。これは、刑罰法規の不遡及という、近代刑法の基本原則である罪刑法定主義に盛り込まれた実質的正義を、さらに拡張したものであって、その精神は可能なきぎり確定囚にも及ぼすのが、むしろ憲法の趣旨に合致した法政策ではないか。一方、三権分立という制度は、国家権力の行使を適正に控制し、その濫用を阻止するための技術であるから、死刑の廃止という国家権力の自己抑制の場面では、立法院による確定判決の変更という一見権力分立に反する事態が生じても、憲法秩序に実質的に反するとはいえない。最近、わが国で死刑執行「停止」法案制定をもとめる動きにつき、確定判決の執行を停止するのは三権分立に反するとの疑問が提起され、それに対しては、基本的人權を保障するための統治組織原理である三権分立を表面的に援用することは本末転倒だとの反論がなされている。<sup>(16)</sup>このことは、三権のうち民主的基礎がもっとも強く、國権の最高機関である国会が、人權の見地から「廃止」を決断した場合には、いっそう強く主張できるはずである。

最後に、世論の問題について一言する。冒頭述べた死

刑制度に対する私の疑問は原理的な次元の問題であって、その観点からの廃止論は、理論上、世論と無関係に主張しうるはずである。しかし、その一方で、国民の実質的支持を受けて廃止を実現するのが、實際上、望ましいことも明白であるから、存置論者（死刑に疑問を抱きつつも廃止は時期尚早とする者も多い）が世論を重視するのは、それ自体正当であるとしか言いようがない。では、この点、フランスはどうであったか。じつは、死刑廃止法制定前、世論は廃止には反対であったし、制定後の調査でもなお死刑復活に賛成する人が過半数を占めている。<sup>(17)</sup>つまり、フランスでも廃止が理想的な環境で実現したとは言いがたいのである。ここから廃止論はどのような教訓を引き出すべきか。世論は無視しても構わないとか、無知な国民を啓蒙すべきだとか、刑法学者ら専門家（いわゆる意識階層）の意見こそ重視すべきだという議論は、その当否は別にして、いずれも国民を愚民視するものだとの反発を招く。むしろ、廃止論は、わが国と同じく世論は反対に傾いていたが、それにもかかわらず、フランスには現実に死刑廃止を公約として選挙戦に勝った大統領があったという事実を重視すべきである。世論は実体



がつかみにくく、調査方法によっても変化しうるのに対し、選挙の結果は客観的に認識可能だからである。廃止論は、まず、政党や政治家に対し、死刑存廃についての態度を明確にし、それを争点とするよう働きかけるべきだというのが、私のとりあえずの結論である。このような悠長な議論に対しては、廃止論の陣営内部からも、今まさに危険にさらされている死刑囚の命をどう救うのかとの批判はあろう。しかし、それはまた別の問題であって、本稿における比較法研究は、そのような方策の検討を課題とするものではない。

(1) もっとも、死刑は憲法第三六条で禁止された残虐刑にはあたらないというのが、わが国最高裁のすでに確立した見解である(最判昭和三年三月二二日、刑集二巻三号一九一頁)。

(2) 死刑問題に関する文献は枚挙にいとまがないので、最近のものから、佐伯千仞・団藤重光・平場安治編著『死刑廃止を求めろ』(一九九四年、日本評論社)、重松正義著『死刑制度必要論』(一九九五年、信山社)だけを挙げておく。

(3) 大木雅夫著『比較法講義』(一九九二年、東京大学出版会)七六頁以下。

(4) わが国は、一九八九年二月に国連総会で「死刑廃止をめざす市民的及び政治的権利に関する国際規約の第二選択議定書」(いわゆる「死刑廃止条約」)が採択された際、反対にまわり、現在も同条約を批准していない(詳細は阿部浩己「解説・死刑廃止条約」「死刑の現在」(一九九〇年、日本評論社)所収を参照)。

(5) 広い意味での法律進化論的立場からは、「歴史の方向が理論の正当性を証明する」ということになるが、それはあくまでもひとつの立場であって、自明な事柄ではない。

(6) フランスの死刑廃止に関する邦文文献として、新倉修「フランスは死刑を廃止した」ジュリスト七九八号(六一頁)、北村一郎「立法紹介」日仏法学二二号一七九頁、湯浅伸「死刑廃止法」外国の立法二二巻二四三頁、伊藤公雄・木下誠編『こうすればできる死刑廃止・フランスの教訓』(一九九二年、インパクト出版会)がある。

(7) 法案成立過程の記述はつぎのフランス官報(Journal Officiel)各号に於て。①Assemblée Nationale (A.N.), Document, 1979, n. 1136 ② A. N., Document, 1981, n. 310 ③ A. N., Document, 1981, n. 316 ④ A. N., Débat, les 17 et 18 septembre 1981 ⑤ Sénat (S.), Document, 1981, n. 385 ⑥ S., Document, 1981, n. 395 ⑦ S., Débat, les 28, 29 et 30 septembre 1981

(8) これらの事件については、伊藤・木下編前掲書、ジル・ペロー著(白取祐司訳)『赤いセーターは知っていた』(上・下、一九九五年、日本評論社)、ロペール・バダシテ

ール著(藤田真利子訳)『死刑執行』(一九九六年、新潮社)を参照。

(9) たとえば、一九八〇年四月、ヨーロッパ評議会総会は平時における犯罪に対する死刑の廃止を決議、八一年六月にはヨーロッパ議会が大差で死刑廃止を決議している(新倉前掲論文参照)。

(10) 同資料の死刑判決・無期判決がいつのものかは不明である。また、死刑判決を受けた者についてはその人数からいっても、拘留期間の長さからいっても、当然に恩赦減刑をうけた者を含んでいると判断し、それにもとづいて本文の記述を行ったが、この点も明記されていない。誤解にお気づきの場合は、なにとぞ御教示いただきたい。なお、これらの資料は、湯浅伸氏の前掲紹介文中にも掲載されている。

(11) 赤池一将「フランス新刑法典の研究・3」法律時報六六巻九号八九頁以下参照。なお、新刑法の条文は、法務資料四五一号に翻訳されている。

(12) 詳細は白取祐司「フランスの刑事手続における犯罪被害者の保護」刑法雑誌二九巻二号、水谷規男「フランス刑事法における『被害者の権利』の動向」一橋研究一三巻一号、小木曾綾「犯罪被害補償制度」被害者学研究二号を参照。

照。

(13) 第二四回国会参議院法務委員会会議録二二号(昭和三年五月二日)一八頁。

(14) 西村高兄「刑法等一部改正によるいわゆる『死刑廃止法』について」法律のひろば九巻五号一〇頁。

(15) イギリスも、死刑廃止にとまない、法律で確定死刑判決を無期刑に変更した(福島徳良夫「一九六五年謀殺(死刑廃止)法」外国の立法二二号九五頁)。ただし、イギリスにおいては、三権の在り方がフランスやわが国とは大きくことなることに注意すべきである。

(16) 福田雅章「法務大臣に死刑執行の義務はあるか」刑法雑誌三五巻一号一二二頁。

(17) 林真琴「死刑廃止後のフランス」罪と罰三二巻一号五一頁以下参照。

〔追記〕本稿は、平成七年三月、参議院法制局の依頼をうけて提出した報告にもとづいている。研究の機会を与えてくださり、また、さまざまな御批判・御意見をくださった同局の皆様は、厚くお礼申し上げます。

(一橋大学助教授)