

# 死刑廃止のための論点——日本における議論の起点および韓国における死刑の執行停止（モラトリアム）と廃止の展望

新倉 修・鄭 裕静

## I. 問題の所在

本稿は、死刑制度の廃止を展望して、論議を深めるために重要と思われる論点を整理するものである。とりわけ、その副題に示したように、日本と韓国の現状を踏まえて、どのような論点を取り上げるべきであるのかを論じることを目的としている<sup>1</sup>。

死刑制度の存廃が問題になっているが、阿部謹也の名著『刑吏の社会史』<sup>2</sup>をひくまでもなく、中世ヨーロッパにおいて死刑は庶民の生活界に溶け込んでいたものであり、刑吏は職能に結びついた身分であった。大量死の時代をいくつも超えて、ホロコーストの経験が歴史を変えた<sup>3</sup>。世界は生命の尊貴に向き合い、世界人権宣言は、「生命への権利」を人権のカタログに記載した(3条)。さらに人権を政治的なマニフェストに留めるのではなく、1966年の国際人権規約に見られるように、法的な権利として認証し、第一義的には国家に人権の保護と促進の義務を課し、国際機関をはじめとする国際社会にその監視と協力を求める法的な仕組みが整えられるにつれて、死刑の執行停止（モラトリアム）が重要な政策課題とされ、ついには死刑の廃止が条約に書き込まれる<sup>4</sup>ことになった。死刑を廃止した国または州がこれを復活させた例が少ないことから見ても、死刑廃止はいわば不可逆的なプロセスをたどっており、年々、死刑廃止国は増加しており、2016年12月31日現在で、国連加盟国193のうち、103カ国が死刑を廃止し、戦時などの例外的な状況を除いて通常の犯罪について死刑を廃止している国が6カ国あるので、これを加えると、死刑廃止国は109

<sup>1</sup> 本稿は、2017年1月16日に福島大学で開かれた現代刑事法研究会で行った共同報告に加筆したものである。共著であるが、パートによって主要な著作者は○印を付し文責を明らかにした。

<sup>2</sup> 阿部謹也『刑吏の社会史——中世ヨーロッパの庶民生活』中公新書、1988年。

<sup>3</sup> 「新しい、ポスト・ホロコーストのヨーロッパ」という表現もあり、ドイツでは、世論調査で謀殺に対する死刑を74%の人が支持していたにもかかわらず、死刑が廃止された。Kathryn A. Heard, *Unframing the Death Penalty*, in: Austin Sarat & Jürgen Martschukat, *Is the Death Penalty Dying?* Cambridge University Press, 2011, p. 142.

<sup>4</sup> 死刑の廃止をめざす、市民的および政治的権利に関する国際規約第二選択議定書（1989年）A/RES/44/128。地域条約では、とりわけ人権および基本的自由の保護のための条約（ヨーロッパ人権条約。1950年）および同条約第6議定書（1983年）、同条約第13議定書（2002年）、ならびに米州人権条約（1969年、1978年発効）および死刑廃止に関する選択議定書（1990年）。

カ国となり、さらに 30 カ国が 10 年以上死刑を執行していない「事実上の廃止国」とカウントされ、存置国は 56 カ国と少数派になり、そのうち 2015 年において実際に死刑を執行した国はわずかに 25 カ国にとどまる。また、存置国でも執行数は年々減少しており、2015 年で 10 件以上の死刑執行があった国はわずかに 10 カ国にすぎない<sup>5</sup>。

とはいえ、日本と韓国はともに、このような両端に位置するわけではなく、日本が存置国であるのに対して、韓国が 1993 年に大量の執行を行った後、現在では事実上の廃止国として位置づけられているという違いがあるけれど、両国とも、市民的および政治的権利に関する国際規約に加盟し、同条約 6 条の適用を受ける状態（自由権規約批准国あるいは 6 条国と呼ぶ。）にあり、かつ、いわゆる死刑廃止条約をいまだ批准する段階にまで到達していない（死刑廃止条約未批准国と呼ぶ。）。これは、法制的には同じような状態であったにもかかわらず、モンゴルが 2012 年 1 月 5 日に議会が死刑廃止法案を可決し同時に 2012 年に死刑廃止条約に署名した<sup>6</sup>（死刑廃止条約批准国と呼ぶ。）のに比べると、対照的である。

そこで、死刑制度はすぐれて人権問題であるという位置づけを踏まえると、死刑廃止問題は、人権の国際的な保護・促進という課題（アジェンダ）の中に位置づけられることになった。そのことの意味は大きい。というのも、国際社会がいまだに単一の主権に統合された状態（世界国家ないし世界連邦）ではなく、1648 年のウエストファリア条約以来認められてきた独立の主権国家の集合として認識され、主権国家の相互承認とともに、国際の平和と安全保障ならびに人権の保護・促進および福利の向上に向けた相互協力を目的とした普遍的な国際機関の設立を承認するという段階にある。すなわちこれは、国際連合憲章という条約への加盟という手続を経て、普遍的な人権概念の承認（世界人権宣言）を基盤として、2 つの国際人権規約をはじめとして、さまざまな国際人権条約を締結することで、いわば主権国家の自主的な意思表示として人権の国内的保護・促進を実現し、同時に国際協力を通じて人権の国際的保護・促進に貢献するという枠組みが形成されることになったことを意味する。さらには、1993 年にウィーンで開かれた世界人権会議において、国家には「すべての者のためにすべての人権およびすべての基本的自由の普遍的な尊重および遵守ならびに保護を促進する義務を履行する」ことについて「厳粛な誓約」が存在することが確認され（ウィーン宣言）、人権の国際的保障は制度的にも整備され、また国際法上の位

---

<sup>5</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Capital\\_punishment](https://en.wikipedia.org/wiki/Capital_punishment), visited on February 7, 2017. Cf. Death Penalty Project or DPP (<http://www.deathpenaltyproject.org/>), Amnesty International or AI (<https://www.amnesty.org/en/who-we-are/>), Death Penalty Information Center or DPIC (<http://www.deathpenaltyinfo.org/>).

<sup>6</sup> 法律の発効は 2016 年である。[https://en.wikipedia.org/wiki/Capital\\_punishment\\_by\\_country](https://en.wikipedia.org/wiki/Capital_punishment_by_country) visited on February 7, 2017.

置づけもいっそう鮮明になってきた。そこで、国連憲章上の機関である人権委員会を拡充し、条約による人権の履行を確保する委員会を設置した上で、その事務も担当するために人権高等弁務官事務所<sup>7</sup>を設置し、さらに加盟国での人権の履行状況への普遍的定期審査（Universal Periodic Review）のメカニズムを取り入れた人権理事会（Human Rights Council）を国連総会の下部機構として設置するまでに至っている。さらに、個別の人権条約について条約履行審査機関である委員会への個人通報を認め、非公開の手続で個別の人権侵害事案の救済を図る方式（個人通報制度）をとり、政府から独立した国内人権機関による人権の保護・促進または救済を図ること<sup>8</sup>になっている。また、人権の保障状況が国家間の格差や政策上の力点の異同によってちがいがああることを承認した上で、地域的な人権機構を整備することによって、人権の国際的な保護・促進を地域レベルで確保する試みも、ヨーロッパ、米州、アフリカで実施され、アジアでも東南アジア 10 カ国で構成される A S E A N において地域的な人権条約や人権委員会ないし人権裁判所の構想が取り上げられて久しい<sup>9</sup>。

このように、悠久の歴史を縦軸にして世界各地域・各国を横軸にした座標軸上に人権の問題を位置づけてみると、人権の問題が、王権などの政治的権力による庇護の対象から「生得的権利」として政治的社会（国家）形成の根拠とされる 18 世紀・19 世紀の段階<sup>10</sup>を経て、国家という政治制度が自生的に発生して、その領域内に誕生した子を国民として承認したり（領域主権に由来する属地主義の発想）、国民の子として誕生した人を国民として遇したり（領民統治に由来する属人主義の発想）するというような「土地と血統」から発想する国家観ではなく、むしろこれを敢えて逆転させ、人には生来備わった自由と権利があり、自然の脅威や人間相互の闘争から自らを守るために国家という政治制度を設けて、自

<sup>7</sup> Office of High Commissioner for Human Rights, OHCHR

<sup>8</sup> パリ原則。国連人権委員会決議 1992/54（E/1992/22）、総会決議 A/48/134（1993）。法務省のサイトにも記載がある。[http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi\\_010525\\_refer05.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_010525_refer05.html)

<sup>9</sup> さしあたり、「特集① アジアの人権を考える——アジア人権機構を目指して：地域人権機構の取り組みから考える」『自由と正義』62 巻 7 号（通巻 750 号）、2011 年参照。

<sup>10</sup> 1689 年のイギリス権利章典、1789 年のフランス人権宣言、1889 年の日本明治憲法という 100 年の歴史的暗合を示唆するのが、樋口陽一『自由と国家』岩波新書、1989 年。1948 年の世界人権宣言は、9 人の起草委員会によるものだが、12 月 10 日にパリで開催された国連総会で採択されたことにも示唆されるように、1789 年の「人および市民の権利宣言」を意識して、その精神的な継承を歴史に刻むものである。起草委員会の副委員長として多大な貢献をしたのは、ルネ・カサン(René Cassin, 1887-1976)であったが、第 2 代ヨーロッパ人権裁判所の第 2 代所長であった 1968 年にノーベル平和賞を授与された。その受賞記念講演もたいへん印象深い。

[https://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/peace/laureates/1968/cassin-acceptance.html](https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1968/cassin-acceptance.html) また、これを基にルネ・カサン財団(Fondation René Cassin, Institut International des Droits de l'Homme)が設立され、死刑を含む人権問題について国際的な視野でセミナーを開催している。

<http://www.iidh.org/>。私（新倉）も 2016 年 6 月 24 日のセミナーで日本について報告をした。Osamu Niikura, Japanese Case for Abolition of the Death Penalty, *International Seminar on the Death Penalty*, Fondation René Cassin, June 24, 2016

由の一部を犠牲にすることで全体の利益(一般利益)の実現を図ったという「社会契約説」から発想する国家観に、より親和的な構想のもとに発展してきたことが分かる。

死刑制度の問題も、私人間・部族間の報復の禁止と相まって、制裁としての生命剥奪の刑罰という意味から、国家が当然のように国民ないしはその統治権の及ぶ領域内の外国人等に、重大な犯罪を理由として生命剥奪の刑罰を科する権限があるという制度設計から出発したとしても、現代ではすでに、世界人権宣言などによる「生命権」の普遍的な承認を経て、ウィーン宣言にみたように、「すべての者のためにすべての人権およびすべての基本的自由の普遍的な尊重および遵守ならびに保護を促進する義務を履行する」という国家の誓約があることを国際的に承認する段階に到達していると言うべきであろう。もちろん、このウィーン宣言は、国家や個人あるいは非政府組織が参加して熟議した国際会議(世界人権会議)の成果ではあるが、それ自体、法的な拘束力があるものではなく、敢えて言えば政治的・文化的な宣言文書として、広くグローバルな法文化の一角を占めるものにすぎない。しかし、法そのものが命令・服従という政治的支配関係だけを表現するものに限られるわけではなく、刑罰や民事的制裁ないし行政的な制裁などの強制的な措置に裏付けられない「ソフト・ロー」にも及ぶ広範な社会的な関係についての自発的なルール(規範・準則・行動指針など)をも含むと考えると、死刑制度の在り方を考える上でも、そのような文脈において問題の要点を見極めることが重要であることは、容易に理解できるであろう。

死刑制度を国家の在り方や刑罰制度の意味づけから考えると、ヨーロッパでは死刑は不必要な刑罰(制裁)ないしは非人道的な刑罰、人権の全体的な否定として否認されるのに対して、日本や韓国では、両国間で政府の見解に多少のニュアンスがあるものの、両国で共通して、ヨーロッパで公式にないしは法制度として認められているような否定的な評価は乏しいという状況にある。その詳しい検討は、以下で展開されるが、人権の観点から死刑制度を扱うとなると、さらに人権概念の相対性という壁にぶつかることになり、国内基準で、かつ、国内事情に応じて、国内手続に従った範囲内で保障すればよいという古典的な「人権論」<sup>11</sup>が立ちふさがることになる。すでにみたように、このような古典的な「人権論」は、人権の国際的保障という現代人権論の水準からはすでに乗り越えられた議論ではあるが、国際機関による政府報告書の審査が「勧告」という法形式をとっていることから、基本となる国際条約については国内法への直接適用を認める法制度をとっているにもかかわらず、「勧告」には法的拘束力がなく、したがって遵守する差し迫った必要はないという「謬見」が流布されていることは座視し得ない。これは、人権の国際的保障が「ウェ

<sup>11</sup> さらに文化的相対性を強調する議論や、人権問題を内政問題として国連憲章2条7項の内政不干渉の原則の範囲内だという議論も、このような古典的な「人権」概念に親和的である。

ストファリア体制」における主権の尊重という枠組みの中で、主権国家の自発的な遵守（契約遵守と同じ意味で *contra sunt verbanda*）にのみ委ねられるというルールを濫用したものであって、このような態度を放置することは、たとえば日本国憲法 98 条 2 項の国際協調主義を極端に狭く解釈したり、国際条約の履行確保についての建設的対話という方式を軽視したりすることに繋がることになり、これは悪弊であると言わなければならない。このように、人権を制約するために、「国益」を狭く限定する「孤立主義」「独善主義」の罠に陥る危険を避けるためには、人権の国際的保障を法理念の上から補強することが是非とも必要となる。そのような検討の過程で、共著者の鄭裕静が提案したのが、大韓民国教育法（現行は教育基本法と称する。）に掲げられた「弘益人間」という理念であった。これは、古朝鮮の建国神話にも由来し、李氏朝鮮王朝が樹立された 14 世紀に政治家で道学者の鄭道傳（정도전 チョン・ドジョン）が易姓革命をしたとき、「民本主義」を提唱した『經國大典』の基本精神（背景）となった。その内容は、人倫の基本に触れる根源的な価値があると思われる。しかし、歴史的な概念である「弘益人間」がただちに普遍的な理念としての役割を果たせるのかという点についてなお検討したところ、共著者の鄭裕静が「正義論」に位置づけるというアイデアを出した。そこで、これまでのさまざまな正義論のうち、「均分的正義」「配分的正義」という配分の量や質に関わる正義論にとどまるものでもなく、あるいは刑罰論での古典的な議論である「応報としての正義」というゼロサム理論に基づく正義論に固執することでもなく、むしろ端的に言って、ウィーン宣言にいう「すべての者のためにすべての人権およびすべての基本的自由の普遍的な尊重および遵守ならびに保護」という要請と、「修復的正義」で提唱する「ウィン・ウィンの関係の実現」という視点を取り入れた内容をもつ「共益的正義」という概念を鄭が思い立ち、これを重要なキー概念とすることに思い至った。とはいえ、この「共益的正義」という概念は、いまだ十分に練られたものではなく、その内容や射程についてはなお検討が必要であるが、そのような「指導理念」（Leitmotiv.これを北極星としての役割＝北辰機能と呼ぶ。）から死刑制度の在り方ないしは廃止を展望することが重要ではないか、というのが本稿のもっとも強く主張するところである。

## II. 日本における議論の起点<sup>12</sup>

### （1）はじめに

死刑廃止については、日本ではつとに、木村亀二博士が、日本国憲法が第 31 条において法律の定める手続によれば、死刑を科することができるかのごとく宣言されていることを論難して、日本国憲法が第 2 章において戦争の放棄を宣言していることから、「戦争の手

<sup>12</sup> この章の共著者間の分担は、以下のようになる。○新倉修・鄭裕静

段として、個人の生命を国家のために犠牲とする、超個人的国家観を放棄した」と解して、「一方において、戦争の放棄を宣言し、他方において、刑罰という国家目的の必要から、個人の生命を剥奪する死刑を肯定しているとするならば、塑子には大きな矛盾がある。」として、「死刑は、第 31 条の規定にもかかわらず憲法違反である……。そう解釈するのが憲法の真の精神に合致する」という結論を示していた<sup>13</sup>。本稿の共著者である新倉も、かつて同様な趣旨の提案をしたことがある<sup>14</sup>。近年では、このような提案をする人は少ないが、裁判員制度との関連<sup>15</sup>、誤判との関係<sup>16</sup>、仏教思想との関係<sup>17</sup>、絶対的終身刑による代替を目指すもの<sup>18</sup>、持続的な刑事司法制度との関係<sup>19</sup>、被害者支援との関係<sup>20</sup>など、掘り下げて検討した業績が発表されている。またとりわけ包括的に死刑廃止論を考究したものとして、団藤重光『死刑廃止論』(有斐閣、初版 1991 年、第 6 版 2000 年)を逸することはできないであろう。

また、現実に死刑を廃止するには、憲法を改正する方法によるにしろ、刑法などの法律を改正する方法によるにしろ、国会の役割は重要であり、国会議員の意見は無視し得ないところである。その意味で、「死刑廃止を推進する議員連盟」会長である亀井静香氏による著作は、包括的に資料を整理し、論点を明確にしたものであって、貴重である<sup>21</sup>。

さらに元議員である政治家の勇気ある発言にも注目したい<sup>22</sup>。すなわち杉浦正健氏は、小泉純一郎内閣で第 77 代法務大臣を務め(2005 年 10 月 31 日～2006 年 9 月 26 日)、平岡秀夫氏は、野田佳彦内閣で第 88 代法務大臣を務め(2011 年 9 月 2 日～2012 年)、ともに在任中は死刑を執行させなかった。現在は、お二人ともに政界を退き、弁護士として活動され、日本弁護士連合会死刑制度廃止検討委員会の顧問を務められている<sup>23</sup>が、それぞ

<sup>13</sup> 木村亀二『死刑論』弘文堂(アテネ文庫)、1948 年、78 頁以下。

<sup>14</sup> 新倉修「死刑廃止に直面するヨーロッパの経験」日仏文化 75 号(2008 年)1 頁以下、とくに 9 頁。  
See also Osamu Niikura, *Japanese Case for Abolition of the Death Penalty*, International Seminar on the Death Penalty, Fondation René Cassin, 24 June 2016.

<sup>15</sup> 福井厚編著『死刑と向き合う裁判員のために』現代人文社、2011 年。とりわけ高山佳奈子(21 頁以下)、ディビッド・T・ジョンソン(139 頁以下)、趙炳宣(165 頁以下)、ウィリアム・A・シャパス(191 頁以下)の論考参照。

<sup>16</sup> 三原憲三『誤判と死刑廃止論』成文堂、2011 年。

<sup>17</sup> 平川宗信『憲法的刑法学の展開』有斐閣、2014 年

<sup>18</sup> 菊田幸一『Q&A 日本と世界の死刑問題』明石書店、2016 年および同『死刑廃止に向けて——代替刑の提案』明石書店、2005 年。

<sup>19</sup> ノルウェー王国大使館と青山学院大学との共催によるシンポジウム「刑事司法を持続可能にするのは何か? ノルウェーと日本の対話」(2012 年 6 月 1 日)『青山法務研究論集』6 号(2013 年)237 頁以下とこれを踏まえた Lill Scherdin (ed.), *Capital Punishment: A Hazard to a Sustainable Criminal Justice System?* Ashgate, 2014.

<sup>20</sup> 井田良・太田達也編『いま死刑制度を考える』慶應義塾大学出版会、2014 年。

<sup>21</sup> 亀井静香『死刑廃止論』花伝社、2002 年。

<sup>22</sup> 杉浦正健『あの戦争は何だったのか——歴史の教訓として子や孫に伝えたいこと』文藝春秋企画出版部、2014 年、とくに 191 頁以下および平岡秀夫『「リベラル日本」の創生——アベノポリシーへの警鐘』ほんの木、2015 年、とくに 175 頁以下。

<sup>23</sup> この委員会は、2011 年の第 54 回人権擁護大会(高松)の宣言を受けて、設置されたもので、毎年

れ死刑にまつわるエピソードがある。すなわち、杉浦法務大臣は、死刑執行命令書にサインしないと就任記者会見で発言したところ、深夜に記者会見のやり直しを余儀なくされたという経験を持っており、また平岡法務大臣は、千葉景子法務大臣が2010年8月6日に設置した「死刑制度の在り方についての勉強会」<sup>24</sup>を報道機関にオープンにして、有識者会合を設置して死刑に関する議論を広げようとしていた矢先、ベトナム出張中に首相から電話があり「内閣改造をするので、交代してほしい」という更迭の通告を受けたことがある<sup>25</sup>。さらに平岡法務大臣には、衆議院法務委員会で毎回のよう、野党の議員によって死刑の執行の決意の有無を糺す質問が繰り返されたという経験があり、また選挙区が山口県2区であり、ここには、下松市、岩国市、光市、柳井市、周南市の一部など、光市事件と呼ばれる死刑の言渡しをめぐって二転三転した少年事件<sup>26</sup>の舞台となった地域が含まれているが、平成24年（西暦2012年）12月16日の第46回総選挙と平成26年（西暦2014年）12月14日の第47回総選挙において、平岡秀夫・民主党候補は、岸信夫・自由民主党候補に大差で敗れている<sup>27</sup>。これらのエピソードには、民主党が2009年の政権交代をする前の総選挙で「政策インデックス2009」において「死刑存廃の国民的議論を行う」ことや、死刑制度の運用、執行のあり方についても議論をして、「当面の執行停止や死刑の告知、執行方法などを含めて国会内外で幅広く議論を継続していきます」と書き込んだ<sup>28</sup>ことを考えてみると、これに対するある種の「社会的反応」を物語っているように思われる。

また、日本における死刑制度の位置づけという点から見ると、死刑の執行という生々しい状況のみならず、執行の場である「刑場」<sup>29</sup>も千葉景子法務大臣が直接、立会いをした後に報道機関に公開されて、刑場の写真が公開されたことがあるけれど、これ以外には、およそ公開の対象とはされず、きわめてデリケートな問題として、たとえば拘置所を担当

---

海外調査を行っており、韓国（2012年）、テキサス州（2013年）、カリフォルニア州（2014年）、イリノイ州（2015年）、イギリス・スペイン（2016年）で刑事施設や裁判所を見学し、法律実務家、議員、市民団体、元受刑者、法律研究者などと意見交流を行っている。

<sup>24</sup> 平岡法務大臣の後任にあたる小川敏夫法務大臣が2012年3月9日に「最終報告書」を受け取り、勉強会は終結した。

<sup>25</sup> 平岡・前掲注(22)194頁。

<sup>26</sup> 1999年6月に山口家裁が検察官送致を決定し、起訴を受けた山口地裁が2000年3月22日に無期懲役の判決を言渡し、広島高裁が2002年3月14日に検察官の控訴を棄却し、最高裁第3小法廷が2006年6月20日に原判決を破棄・差戻し、広島高裁は2008年4月22日に死刑判決を言渡し、これに対する弁護人の上告を最高裁第1小法廷は2012年2月20日に棄却した。

<sup>27</sup> 『政官要覧』平成25年秋号340頁、同・平成28年春号336頁。

<sup>28</sup> 平岡・前掲注(22)190頁参照。

<sup>29</sup> 刑法（明治40年法律45号）11条、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律（平成17年法律50号。刑事施設法と称する。）2条、3条、36条、178条、179条。刑事施設の内、死刑確定者は拘置所または拘置支所に収容されている。全国に8カ所の矯正管区がある（札幌、宮城、東京、名古屋、大阪、広島、高松、福岡）、四国には死刑執行施設はなく、高松高裁管区で死刑判決が確定した場合にはすべて大阪拘置所に移送される。また、札幌刑務所（札幌拘置支所）には死刑確定者も死刑事件の被告人も収容されていない。

する刑事施設視察委員会の視察対象<sup>30</sup>からも除外されている例が多い。このことにも示されているように、死刑制度の運用はきわめて「密行性」<sup>31</sup>が高い扱いになっている。そのことは、議論の前提条件である情報の共有やそれを可能とする情報の開示ともかかわって、死刑制度を「無知のベール」で覆い、死刑制度を秘蹟のように扱わせ、数々の「タブー（禁忌）」の対象とすることを許しているという状況を生み出していることに注意しなければならない。「去る者、日々に疎し（Out of sight, out of mind）」という諺にあるように、死刑制度に対する公正な関心が生まれにくい状況にあり、いわば「東洋的な神秘」の対象とされている現状にあることにも十分留意しなければならない。

本稿では、死刑を刑事学的な論争としてではなく、規範として死刑制度の位置づけを探ることに重点がある。すなわち、死刑制度が刑罰制度としての意味づけとして国際的ルールから見て、不必要な刑罰、残酷な刑罰、人道に反する刑罰、人権侵害の刑罰かどうかという点を問題として取り上げることとする。刑事学的な側面を重視すれば、刑罰の正当化事由（見せしめ、応報、威嚇、抑止、予防、贖罪）などを取り上げて、その刑事学的な価値を論じることになるが、その点を全く度外視するわけではないけれど、本稿では、その問題を主要な関心事としては扱わず、付随的な論点として理解するに留める方が、むしろ死刑制度の在り方（存廃と執行態様）を論じる上で有意義であると考えた。

ということは、これがすでに一つの立場決定（commitment）を意味するわけである。そして、そのような態度決定こそが、公的な法制度である死刑制度に向き合う場合には、むしろ好ましいという立場を、われわれがすでに選んでいるということに由来するのであり、そのことをわれわれに正当にも認識させることになるわけである。とりわけ法律家、なかんずく弁護士は、弁護士法によって任務（mission）を規定されている<sup>32</sup>のであり、また裁判官や検察官、刑務官、保護観察官などの公務員は、就任にあたって宣誓を行い、憲法および法律の遵守を誓っている。したがって、むしろこのような議論の道筋こそが、求められているといっても過言ではないのである。

## （２）前提問題

---

<sup>30</sup> 刑事施設法 9 条 2 項参照。

<sup>31</sup> 団藤重光『死刑廃止論・第六版』有斐閣、2000 年、115 頁参照。なお、刑事施設法 32 条には死刑確定者の処遇の原則が規定されているが、「その者の心情の安定を得られるようにすることに留意する」という。なお、同法 36 条（処遇の態様）、120 条ないし 122 条（面会）、139 条（信書の発受）、148 条（外国語による面会等）参照。

<sup>32</sup> 弁護士法 1 条参照。その意味で、そもそも弁護士会が死刑制度の廃止を提案したり、死刑廃止法が成立した後で依頼者が死刑の適用を望むのに対して弁護士として受任できなくなるので、死刑制度の廃止を決議したりするのは、弁護士としての任務を超えているという議論はあたらない。現在でも、加害者を火あぶりにしてくれという非常識な依頼があっても、法的に可能な範囲内で弁護士として滞りなく法律事務を受任しているわけである。受任しない自由が弁護士の側に確保されていることも、もちろんである。

まず確認しなければならないのは、死刑制度について多角的な検討が必要であるという点である。これは一見、ありきたりで、当たり前のことのように思われるが、案外見過ごされている論点である。とりわけ、犯罪の加害・被害の問題に接近していくと、死刑の残虐性がもろに感性に訴えかけることもあるが、他面、被害の重大性や代替不可能性（かけがえのない無事の被害者の生命あるいは生き方そのもの）に目を向けると、刑罰の名による生命の剥奪の深刻な性格が薄まり、国家による生命の剥奪によって「責任の真空状態」が生じるおそれが多分にある<sup>33</sup>。つまり、加害者の死によってすでに償いは尽くされたとか、被害者感情は沈静化するはずだとか、社会全体が局外に置かれた第三者となって、犯罪をめぐる痛ましい関係性に目を向けることを怠り、時間の経過にすべてを委ね、忘却の淵に沈むのを嘉しとする傾向がある。その文化的な背景や歴史的経験に照らすと、これは、かつて総力戦という国家的な運動があり、これが全国民を巻き込み、国民相互が監視し合うシステムに組み込まれて個人的な感情や利害を抑圧され、「国益」の名の下に生死を掛けた闘争にかり出されたという経験を想起しなければならない。これを踏まえた上で、極限的な人間存在のあり方から日常的な生活態度をもう一度とらえ直し、孤立した個人という人間理解から、さらに深刻な矛盾を抱えた総体としての世界の中に取り込まれ、その生存の危機に瀕する状況に直面して、人はこの矛盾に満ちた現実を切り拓く哲学を求めざるを得なかった。したがって、これらの一連の歴史的な経験を全人類の共時的体験であったと理解するならば、人間の尊厳という基本的な価値を基にして、個人の関係性を豊かなものに築き上げて、再び戦争の惨害や人間性の否認など、「人間の条件」<sup>34</sup>に向き合う必要があるということを意味するのではないであろうか。「世界の内なる存在」を「人間の実存」として把握する実存主義哲学も、そのような深刻な反省から生まれ、アルジェリア戦争やベトナム戦争などの植民地解放闘争へのコミットが、先進国（フランス、アメリカ）の若者に鋭い批判的精神を覚醒させて、体制批判運動に向かわせたという歴史を忘れてはならない。

もちろん、歴史をこのような立場から理解する立場（普遍主義 universalism）だけではなく、郷土や国民国家（Nation-State）という「土地と血統」の固有史から理解する立場（特有主義 particularism）も成り立ちうる。しかし、急速にグローバル化する現代世界において、固有史観に基づく特有主義は相互に衝突し合い、たとえば史実をめぐる「神々

<sup>33</sup> 「特別企画・死刑廃止を考える」『法学セミナー』466号(1993)参照。この関連で、新倉修「死んだら、おわびはできない」同号47頁以下参照。また、新倉修「死刑廃止に直面するヨーロッパの経験」『日仏文化』75号（2008年）5頁～8頁参照。

<sup>34</sup> フランス語では、アンドレ・マルローの小説のタイトルでもあるが、condition humaine という。フランス語の教師にその意味を尋ねたところ、c'est politique.（政治のことよ）と答えられて驚いたことがあった。

の争い」を現出させる<sup>35</sup>ことになり、さらには通商と友好に障害を発生させるリスクを生むことは、見やすい道理であろう。死刑制度にこと寄せて言えば、重大な国際犯罪を裁く国際刑事裁判機関（旧ユーゴスラビアに関する国際刑事裁判所、ルワンダに関する国際刑事裁判所、国際刑事裁判所など）は、死刑の適用を認めない制度設計をしており、そのことは国際刑事裁判所では裁かれない重大な国際犯罪の処罰が、国内裁判所では死刑判決の可能性もあるという「矛盾」や「緊張」をはらむ状況が生まれていることを意味している。それだけではない。重大な犯罪を行った被疑者・被告人や受刑者が死刑廃止国に逃亡した場合に、死刑存置国がその死刑廃止国に引渡を請求しても、引渡を拒否されることもある。また死刑の執行に関しても、安らかな「薬殺」を行うに必要な薬品が死刑廃止国からは輸入できないことになり、死刑存置国が死刑の執行そのものを停止したり、執行方法を変更したりすることを余儀なくされている事例もある。これらの事象は、死刑制度の運用についても、国内事情だけを考慮すれば済むというわけではもはやなく、巨視的な立場から方向性をしっかり選択しなければならない段階に来ていることを明らかに証左するものである。

その点から見て参考になるのは、王雲海教授が、社会特質論という比較法的方法によって中国、アメリカ、日本という3つの国について、死刑の罪名、死刑の様式、死刑の条件、死刑の執行方法、死刑の前後刑罰、死刑の社会的基礎という項目について比較研究をした成果である<sup>36</sup>。とりわけ死刑の社会的基礎として、王教授は注目すべき見解を述べられている。すなわち、日本の「社会特質」は「文化社会」であるとして、そもそも「刑事法」も文化的「正統性」の確立と維持を強く意識しており、犯罪の範囲が文化上の「非」あるいは「違法」と同じぐらい広いのに対して、特に重大な犯罪に対する刑罰は軽くて「浅い」ことや、文化的要求から実体も手続も重要視すること、世論に敏感であって道徳的問題に対しても容易に刑罰権を発動して、文化との一体性を志向することなどを特質としている、と要約した上で、王教授は、日本の死刑も、大きな文化的役割をしており、文化的正統性を維持するための最後の必要手段として、また、最終的「けじめ」を付ける方法として位置づけられている、と結論づけて、要するに、死刑は、権力が自らの正統性を誇示するための儀式として、事実上位置づけられていると鋭く指摘している<sup>37</sup>。その詳しい検討は、この小論ではなしえないところであって他日を期すほかはないが、結論だけを言えば、社

<sup>35</sup> 「水掛け論」であれば、事実の有無を立証すればよいわけであり、真偽不明の場合には立証責任の分配によって決着が付けられる。また、推定や擬制という手法も利用できる。原理の争いは着地点がむずかしいので、「ハーバード流交渉学」は、利害調整に話題を移せと指示している。

<sup>36</sup> 王雲海『死刑の比較研究——中国、米国、日本——』成文堂、2005年。さらに、韓国については、王雲海「東アジアの死刑と社会」孝忠延夫・鈴木賢編集『北東アジアにおける法治の現状と課題』（鈴木敬夫先生古稀記念、アジア法叢書28）、成文堂、2008年参照。

<sup>37</sup> 王・前掲注(36)219頁。

会ないしは社会関係というトータルな現象において、その重要な構成要素として指定される「権力」「法」「文化」というものは、いずれの社会においても相対的な区分に過ぎないと思われるが、日本では特に、それぞれの概念の輪郭がはっきりしていないという特徴があるように思われる。中国社会では、「権力」は権力機構がもつ「法」をつくり出す実体のあるものであり、「文化」という社会で一定共有されている価値観や行動様式とは明確に区別されているように思われるが、日本ではそのような区分は認識しにくいというのが、私（新倉）の実感である。また、アメリカ社会は、50の州と連邦政府からなる分権的な社会であって、「権力」が「法」をつくる側面はもちろんあるけれど、「法の支配」という観念が行き渡っていることに示されるように、民主的なあるいは共和主義的な統治のシステムが活力をもって、マスコミや企業などの社会関与者<sup>38</sup>による「文化」の形成は勢いがあるけれど、最終的には「法の支配」が優位するという統治構造が貫徹しており、これがアメリカの社会特質であるように思われる<sup>39</sup>。このように王教授の所見は説得的であり、その多くは共感をもって受け入れることができるものであるが、それを踏まえた上で、日本の死刑制度が「文化的正統性を維持するための最後の手段」「最終的『けじめ』をつける方法」「権力が自らの正統性を誇示するための儀式」という特徴づけが王教授によって示されていることは、日本における死刑問題の根深さを物語るように思われる。その懸念を一言で言えば、日本社会そのものが、無定型(amorphous)な「社会特質」をもち、社会的行動ないしは政治的な決断について責任の主体が明瞭ではなく、依るべき規準も明確でないだけではなく、責任感も希薄という一種の「無責任の体系」という特質がある<sup>40</sup>という点に示される。もっとも王教授自身は、大きな希望をもっており、「歴史上の知恵を『先見の明』をもってより人道的・人権的社会を作ろうとすれば、または、法律制度としての国家による意図的『命の終結』をなくそうとすれば、死刑は『非』となるであろう。……死刑が『是』か『非』かは、実証・論証の問題である以上に、どのような社会を理想とするか

<sup>38</sup> これを仮に「社会的相互作用に関与する者(stakeholders in social interactions)」と呼ぶことにする。

<sup>39</sup> この点は、アレクシ・ド・トクヴィルが19世紀前半において実地に観察してフランス社会との違いを深く印象に留めたアメリカン・デモクラシーの特質と基本的には変わっていないように思われる。トクヴィルについてはさしあたり、トクヴィル（岩永健吉郎・訳）『アメリカにおけるデモクラシーについて』中公クラシックス、2015年参照。また、Judicial Supremacyを体現したものとして、トランプ大統領のイスラム系7カ国の国籍をもつ人の入国を一時的に禁止した大統領令を違憲とした連邦地方裁判所の判決を想起すればよい。

<sup>40</sup> このことばは、丸山真男に由来する。丸山政男「軍国支配者の精神形態」『超国家主義の論理と心理他八篇』岩波文庫、2015年、203頁参照。たとえば代用監獄制度について、Silvia Croydon, *The Politics of Police Detention in Japan: Consensus of Convenience*, Oxford University Press, 2016は、「便宜優先」の暗黙の合意がこれを温存させている元凶と分析している。私見によれば、それを問題として追及しない日本社会は「無責任の体系(System of Irresponsibility)」に冒されていることになる。

という信念の問題である。」という言葉を尽くして、労作を結んでいる<sup>41</sup>。

### (3) 死刑制度の廃止のための法的根拠

死刑廃止のためには、憲法を改正して、ドイツ基本法やイタリア憲法<sup>42</sup>のように、明文で死刑の廃止を規定すればよい。これがもっとも簡明な方法であるが、もっとも実現困難な方法と言えよう。かつて民主党は、「政策インデックス」で死刑存廃の国民的論議を行うことを掲げた<sup>43</sup>が、1981年に死刑廃止を選挙公約に掲げたフランソワ・ミッテラン大統領や同じく多数派を獲得したフランス社会党のような経験<sup>44</sup>は、日本にはない。むしろ「死刑廃止を推進する議員連盟」に所属していた議員<sup>45</sup>はまるで狙い撃ちされたかのように、選挙で落とされている。これも、日本において死刑廃止を議論する場合に直視しなければならない寒々とした政治的な風景である。この点は、後に見るように、死刑廃止法案が繰り返し国会に提出されている韓国との大きな違いであろう。日本の場合は、憲法にしっかりと根拠を見いだすことはむずかしいわけであるが、まったく根拠が乏しいわけではない。憲法31条は、木村亀二博士がかつて慨嘆したように、死刑の存在を前提としている規定であると解釈することができるけれど、明文で死刑を定めたとも言いかねる微妙な書きぶりになっている。もちろん憲法36条が「残虐な刑罰」を禁止していることも有力な根拠となり得る。すなわち、アメリカ連邦最高裁判例にいう「進化する礼譲の基準」(evolving standards of decency)と同じような発想で、昭和23年3月12日の最高裁大法院判決<sup>46</sup>は、死刑の合憲性を肯定しつつも、歴史の推移による世論の変化をあげて違憲判断の可能性を示唆している。このほか、個人の尊重(13条)、あるいは死刑執行にあたる刑務官の職務に着目すれば「意に反する苦役」の禁止(18条)も根拠になり得る。また、基本的人権の本質(97条)や国際協調主義(98条2項)は、内閣の条約締結権(73条3号)や国会の条約承認権(61条)・予算議決(60条・73条5号)と相まって、国際法を通じた死刑の停止・廃止の可能性という新しいチャンネルが開ける可能性も否定できない。とはいえ、もっとも実現可能性の高い方法は、死刑廃止法を国会で成立させることである。

<sup>41</sup> 王・前掲注(36)228頁。

<sup>42</sup> 1949年のドイツ連邦共和国基本法102条、1948年のイタリア共和国憲法27条4項。樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集・第4版』三省堂、2001年、224頁および161頁。また、高橋和之編『[新版]世界憲法集』岩波文庫、2007年、239頁(イタリア憲法は未掲載)。

<sup>43</sup> 平岡・前掲注(22)190頁参照。

<sup>44</sup> 新倉修「フランスは死刑を廃止した」『ジュリスト』798号(1983年)79頁以下および同・前掲注(33)『日仏文化』4頁参照。また、日本弁護士連合会・人権擁護委員会『死刑廃止国(ヨーロッパ)調査報告書—死刑廃止への道のりと死刑廃止後の行方』2001年は、パダンテール上院議員(当時)に面会した貴重な記録である。

<sup>45</sup> 亀井・前掲注(21)42頁～43頁に掲載されている議連会員名簿(2002年5月26日現在)113名のうち、2016年末現在の現職国会議員は、20名程度に激減している。

<sup>46</sup> 刑集2巻3号191頁。とりわけ島保、藤田八郎、岩松三郎、河村又介の各裁判官の補足意見は国民感情による判断であるとして、国民感情が時代とともに変遷すると述べている(同196頁以下)。

そのために、国会議員の間に、たとえば「死刑制度を考える議員連盟」などの幅広い協議機関が非公式にもつくられることが望ましい<sup>47</sup>。またその場合でも、死刑の効果とか正当論などから議論をするよりもむしろ、憲法を活かすために日本が置かれている国際的な環境、とりわけ国際人権法に関する議論から出発すべきであろう。また、後で共著者の一人（鄭）が述べるように、「何をするのが正しいのか」という疑問から出発することは、素朴ではあるが、基本的な問題を扱う正義論<sup>48</sup>を機軸として、議論を進めるという方向性を持っており、この種の議論の進め方として望ましい方法と言えよう。

#### (4) 国際人権法から見て

死刑制度を国際人権法から見るという視点はきわめて重要である。これは、日本国憲法が先の大戦の反省に立って、国際協調主義を明文に掲げた（98条2項）ことから明らかである。また衆知のように、日本国民を主語とした憲法前文において、このことはさまざまなヴァリエーションを奏でながら、繰り返し強調されている。日本政府が連合国による占領の終結を待って直ちに、国際連合に加盟の手続を取ったことにも、その意欲と覚悟がよく表れている。それは当然ながら、国連憲章に踏まえた国連総会決議として「世界人権宣言」<sup>49</sup>が1948年に採択され、また戦争責任を追及し戦争犯罪人の処罰を肯定するニュルンベルク原則<sup>50</sup>を1947年に採択したことを了承した上での行動であった。

まず基本となるのは、世界人権宣言3条（生命の権利）、5条（残虐な刑罰の禁止）、6条（人として認められる権利）、28条（社会的および国際的秩序への権利）である。これはさらに、法的拘束力を持つ条約として、市民的および政治的権利に関する国際規約<sup>51</sup>に継承され、それぞれ同規約6条（生命に対する権利）、7条（残虐な刑罰の禁止）、16条（人として認められる権利）に体现され、日本はこれを批准している。

ヨーロッパでは、もともと1950年のヨーロッパ人権条約では、生命への権利を人権として承認しつつも、かなり広く例外的に死刑が許容される場合を定めていた<sup>52</sup>が、その後

<sup>47</sup> 日弁連死刑制度廃止検討委員会が主催した2016年12月19日のシンポジウムでは、そのようなアイデアが提案された。

<sup>48</sup> この場合も、あれこれの正義論ではなく、「共益的正義」が核心であることについて合意を形成することが望ましい。

<sup>49</sup> Resolution 217 (III)

<sup>50</sup> Resolution 177 A (II)

<sup>51</sup> Resolution 2200 A (XXI), annex.

<sup>52</sup> 人権及び基本的自由の保護のための条約（ヨーロッパ人権条約。1950年11月4日）2条「①すべての者の生命についての権利は、法律によって保護される。何人も、故意にその生命を奪われない。ただし、法律で死刑を定める犯罪について有罪の判決の後に裁判所の刑の言渡しを執行する場合は、この限りでない。／②生命の剥奪は、それが次の目的のために絶対に必要な、力の行使の結果であるときは、本条に違反しておこなわれたものとみなされない。／（a）不法な暴力から人を守るため／（b）合法的な逮捕を行い又は合法的な抑留した者の逃亡を防ぐため／（c）暴動又は反乱を鎮圧するために合法的にとった行為のため」。

相次いで、死刑廃止国が増えて<sup>53</sup>、ヨーロッパ人権条約第6議定書<sup>54</sup>にならって、国連でも「死刑の廃止をめざす、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」(死刑廃止条約)が策定されて、国連総会で採択された<sup>55</sup>。この死刑廃止条約の批准を目指して、日本では「フォーラム90」という団体が結成され、死刑廃止議連も死刑執行停止を運動目標に掲げるようになった。ところが日本政府は、その起草過程では賛成し、これが第3委員会に提出されたときは棄権し、国連総会でこの決議案が諮られたときには、理由を述べることなく反対の投票を行った。この投票行動は、不可解であるが、日本政府内部において戸惑い、無方針の状態であったことが推測される。このときも、世論は死刑存置に傾いていたことは変わりがなかったため、死刑廃止条約案に棄権することはともかく、賛成することは、踏み込んだ政治的な意思表示がいったんはなされたと理解することもできる。

さらにヨーロッパ評議会がヨーロッパ人権条約第13議定書<sup>56</sup>を採択した2003年から一挙に、人権問題を根拠として、死刑廃止ないしは死刑の執行停止の動きが強まるようになると、日本の態度はかなりかたくなな様相を呈してくる。自由権規約に関する日本政府報告書の審査過程でも、従軍慰安婦問題、代用監獄問題と並んで、死刑の問題が継続的に取り上げられるようになると、日本政府は、日本異質論が吹き出してくるにもかかわらず、およそ妥協の余地のない対応に終始するようになった。

## (5) 国連総会の「死刑モラトリアム」決議——UN Resolution: Getting to « No »<sup>57</sup>

最近では繰り返し国連総会に提案されているが、そのきっかけは意外なことに、イラク大統領であったサダム・フセインが2006年12月30日に処刑されたという出来事であっ

<sup>53</sup> 亀井・前掲書25頁には、1976年以降に死刑を廃止した国の一覧表があり、55か国がすべての犯罪について、10か国が通常犯罪について死刑を廃止している(\*を付けた)。ヨーロッパでは、ポルトガル(1976年)、デンマーク(1978年)、ルクセンブルグとノルウェー(1979年)、フランス(1981年)、オランダ(1982年)、キプロス\*(1983年)、リヒテンシュタインとドイツ民主共和国(1987年)、ルーマニアとスロベニア(1989年)、アンドラ、クロアチア、チェコ、スロバキア、ハンガリー、アイルランドの6か国(1990年)、スイス(1992年)、ギリシア\*(1993年)、イタリア(1994年)、スペイン(1995年)、ポーランドとボスニア・ヘルツェゴビナ\*(1997年)、ブルガリア、エストニア、リトアニア、イギリスの4か国(1998年)、ラトビア\*(1999年)、アルバニアとマルタ(2000年)がある。付言すると、ヨーロッパ評議会やヨーロッパ連合の東方への拡大政策によって、死刑の廃止・執行停止は、バルト3国のみならず、ウクライナやグルジア、トルコ、ロシアにも及び、今やベラルーシの行方が重要な課題になっている。

<sup>54</sup> 人権及び基本的自由の保護のための条約についての第6議定書(1983年4月28日)は、第2条で戦時等における死刑の適用を例外として、第1条で原則として「死刑は、廃止される。何人も、死刑を宣告され又は執行されない。」と定めた。

<sup>55</sup> A/RES/44/128, December 15, 1989.なお、阿部浩己「解説・死刑廃止条約」『死刑の現在』日本評論社、1990年205頁以下参照。

<sup>56</sup> 人権及び基本的自由の保護のための条約についての第13議定書(2002年5月3日)「1条 死刑は、廃止される。何人も、死刑を宣告され又は執行されない。」

<sup>57</sup> The Title of 13<sup>th</sup> Chapter of Mario Marazziti, *13 Ways of Looking at the Death Penalty*, Seven Stories Press, 2015, pp. 163

た<sup>58</sup>。2007年以降、継続的に国連総会で「死刑の執行停止」を求める決議<sup>59</sup>（死刑モラトリアム決議）があがるようになる。ショッキングな処刑の場면을映し出したテレビ映像は、全世界に流れ、大きな波紋を生み出した<sup>60</sup>。他方、すでにヨーロッパ諸国は、国連総会に死刑廃止問題を持ち込もうとしており、これに対してヨーロッパ規準の押し付けだという反撥があって、1998年に提案された決議案は、国連総会第3委員会で否決されるという一幕もあった<sup>61</sup>。

これが国際的な大きな運動のうねりとなったのは、草の根の支えがあった。さらに国連決議案提案国の調整という微妙な問題もあった。つまり、関係当事者によれば、欧州中心主義というレッテル貼りされるのを避けるため、グローバルな提案に仕上げるという工夫があった。その過程で「死刑に反対する世界会議」(World Congress Against the Death Penalty)という非政府組織が結成され、第1回会議は、フランスのストラスブール、というよりも欧州議会がある地において、2001年（新しい千年紀の始まり）に開催された。これを主催したのが「死刑に反対する世界連合」(The World Coalition Against the Death Penalty)というNGOの連合組織で、13団体が参加している<sup>62</sup>。さらに「死刑反対の日」(The World Day Against the Death Penalty)というキャンペーンが組織され、当初は11月30日、後に10月10日を記念日とされた。

2007年には2月にパリで第3回世界大会を開催し、6月18日にはローマで第2回国際司法大臣会議を開き、国連総会第3委員会にはブラジルなど10カ国<sup>63</sup>が提案し、さらに87カ国の共同提案国が最終的には89カ国にふくれあがり、総会では、賛成102カ国、反対54カ国、棄権29カ国、欠席5カ国となり、翌年63回総会では賛成国はさらに4カ国増え、反対国は8カ国減少した<sup>64</sup>。2016年12月19日には、賛成国は117カ国となり、反対国は40カ国まで減少した<sup>65</sup>。

国連で死刑のモラトリアムが議論されていたころ、一人のジャーナリストがその議論の場면을記録していた<sup>66</sup>。その様子は、研究者が「日本は孤立している」と厳しく指摘した

<sup>58</sup> Kathryn A. Heard, *Unframing the Death Penalty: Transatlantic Discourse on the Possibility of Abolition and the Execution of Saddam Hussein*, in: Austin Sarat & Jürgen Martschukat, op. cit. at note 3, p.126 et s.

<sup>59</sup> Resolutions 62.149 of 18 December 2007, 63/168 of 18 December 2008, 65/206 of 21 December 2010, 67/176 of 20 December 2012, 69/187 of 18 December 2014 [A/69/PV.73, p. 17-18] and 71/ of 19 December 2016

<sup>60</sup> Mario Marazziti, op. cit. at note 57, p.163.

<sup>61</sup> Mario Marazziti, op. cit. at note 57, p.163.

<sup>62</sup> ECPM, Sant'Egidio, Amnesty International, FIDH (Fédération Internationale de Droits de l'Homme), PRI (Prison Reform International), NACDP, HoC (Hands Off Cain), DP Focus, et al.

<sup>63</sup> Brazil, Portugal, New Zealand, Gabon, East Timor, Russia among others.

<sup>64</sup> A/RES/62/149[102-54-29-5], 63/168[106-46-34], 65/206[109-41-35], 67/176[111-41-34], 69/186[117-40-31], 71/186[117-38-30].

<sup>65</sup> 117 in favor, 40 against, 31 abstention, GA/11879, 19 December 2016.

<sup>66</sup> 小倉孝保『ゆるる死刑 アメリカと日本』岩波書店、2011年、239頁以下。

<sup>67</sup>ことと表裏一体である。現在ではむしろ、「居直り」とも見られる態度で、日本政府は死刑存置の姿勢を強調して、「死をもって償い文化が日本にはある」「世論調査の結果は80%以上が死刑を支持している」という理由を挙げている。しかし、世論調査の実施方法、とりわけ質問項目の作り方にも問題がある<sup>68</sup>。それよりも大きな問題は、世論調査によりかかって、指導的な立場にある政治家が死刑廃止に向けた滔々たる世界の動きに目を塞ぎ、積極的姿勢を示さないだけでなく、死刑の運用に関する情報の開示にもきわめて消極的である点にあると言わなければならない<sup>69</sup>。

## (6) 日弁連第59回人権擁護大会宣言

このような政府・与党の死刑存置へのもたれかかりの姿勢に対して、一石を投じたのが、2016年10月7日の日本弁護士連合会第59回人権擁護大会宣言「死刑制度の廃止を含む刑罰制度全体の改革を求める宣言」(福井宣言と呼ぶ。)であった<sup>70</sup>。これは、2004年の鳥取宣言、2011年の高松宣言という二度にわたる日弁連の死刑への取り組み<sup>71</sup>の言わば集大成とも言うべき性格をもっており、また2020年に予定されている日本での第17回国連犯罪防止および刑事司法会議へも展望したものである。

この宣言の構造は次のようである。

### 第1はじめに

最高裁判所の1948年大法廷判決が死刑を合憲としたが、その論理には「国民感情の変化による残虐な刑罰としての死刑の廃止」という示唆も含まれていること。また、国民感情と期待される弁護士の役割という視点から死刑問題にアプローチすること  
を明らかにした。すなわち、弁護士法1条にあるように、基本的人権の擁護と法律制

<sup>67</sup> ディビッド・ジョンソン、田鎖麻衣子『孤立する日本の死刑』現代人文社、2013年。さらに『世界』2016年3月号・特集「日本にはなぜ死刑がありつづけるのか」参照。千葉景子・堀川恵子『なぜ執行』の問いを抱えて——国民的議論の扉をどう開いていくか、ディビッド・ジョンソン+指宿信(岩川直子訳)「日本にはなぜいまだに死刑制度があるのか」、佐藤舞「世論という神話——望むのは「死刑」ですか?」、多和田葉子「待合室」、田口真義「死刑と向き合う市民——裁判員判断の初執行を受けて」参照。

<sup>68</sup> Mai Sato & Paul Bacon, *The Public Opinion Myth: Why Japan retains the death penalty*, The Death Penalty Project, 2015; Mai Sato, *The Death Penalty in Japan: Will the Public Tolerate Abolition?* Springer, 2014.

<sup>69</sup> 第5回自由権規約日本政府報告審査でも、シャネ委員やロドリー委員の指摘に対して、上田秀明・人権人道問題担当大使は、死刑擁護の論陣を張った。また、死刑制度全体を詳細に検討した文献として貴重なのは、Robert M. Bohm, *DEATHQUEST, An Introduction to the Theory and Practice of Capital Punishment in the United States*, 5<sup>th</sup> edition, Routledge, 2017.

<sup>70</sup> [http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/civil\\_liberties/year/2016/2016\\_3.html](http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/civil_liberties/year/2016/2016_3.html)に宣言のpdfファイルが掲載されている。なお、採択に参加したのは、786人で、このうち、賛成が546人、反対が96人、棄権が144人だったと伝えられている。

<sup>71</sup> 第54回人権擁護大会「罪を犯した人の社会復帰のための施策の確立を求め、死刑制度についての全社会的議論を呼びかける宣言」(2011年10月7日、高松市)および「死刑執行停止法の制定、死刑制度に関する情報の公開及び死刑問題調査会の設置を求める決議」(2004年10月8日)を参照せよ。

度の改善が不可欠な任務として弁護士に課せられている。

つぎに、日弁連のこれまでの歩みのうち、とりわけ 2011 年の高松大会宣言が、社会復帰のための施策の確立を求め、死刑廃止について全社会的議論を呼びかけるということを確認したことを土台にしている。

## 第 2 「生命は、人の生存のみなもと」の視点

これは、基本的人権の尊重・140 カ国の死刑廃止・1966 年自由権規約という視点として提示されている。他方、死刑合憲論については、大法院判決における死刑制度是認の立論が一般予防論と特別予防論に立つことを批判し、1993 年判決の大野正男意見や内在的制約説<sup>72</sup>に着目する。

## 第 3 「生命を奪う刑罰と自由を奪う刑罰の質的差違」の視点

そこで、刑罰目的の転換として、「罪を犯した人の人間性の回復と自由な社会への再統合・社会的な包摂の達成を実現するための教育や処遇を施すこと」という視点を明らかにして、「基本的人権の所有者である人の抹殺、社会に復帰することも未来永劫あり得ない<不可逆的な刑罰>単に<制裁（応報）としての生命の剥奪>」という立場を鮮明にした。

さらによく指摘されていることであるが。死刑の冤罪・誤判は「誤りを償うことのできない刑罰」としての性格をもつことを指摘している。

また、死刑の運用について、その公正さや公平さを失わないで適切に判断や実施をなし得る基準や手続があり得るのか、極めて疑問であるとし、死刑執行の手続には極めて恣意性が高いことを踏まえると、克服が困難な問題を抱える死刑制度は廃止するしかめざすべき途はないと指摘している。

## 第 4 「有るべき刑罰と社会復帰」の視点

ここでは、「世界一安全な国」と言われ、殺人の発生率も世界一低い国でありながら、一度罪を犯した人にとっては社会復帰が難しい国へと向かいつつあることがとりあげられる。国民の間に善悪二元論の意識が高まり、「社会的寛容性」が段々になくなってきていることや、「罪を犯した人の社会復帰を許さない」という死刑制度の存在がそのような憂うべき状況を強めていることを憂慮し、これに対して、「人は変わり得るもの」であり、罪を犯した人の人間性を回復させ社会への復帰を促していこうとするのは、世界の潮流でもあり、「ネルソン・マンデラ・ルール」2015 年制定の根底にある考え方であると指摘している。

さらに社会復帰の途を閉ざす死刑との決別という問題を提示し、「基本的人権を侵

---

<sup>72</sup> 平川宗信「死刑制度と憲法理念(上・下)」ジュリスト 1100 号 63 頁以下、1101 号 73 頁以下(1996 年)および山内敏弘・生命権からの憲法的考察 2003 年

した人については、その人の基本的人権を犯してもよい」という考え方は、すべての個人に基本的人権を尊重しようとする日本国憲法の認めるところではないとする。また、憲法 13 条、「公共の福祉」による人権制約の観点からも死刑制度はもはや正当化できないこと、我々は、すべての個人の基本的人権が等しく尊重される社会を理想とし、そうした社会を目指していくべきであることを明確に述べる。したがって、社会復帰を不可能にし、社会的包摂を一切否定する死刑制度については、その廃止を目指すべきである、と宣言するとしている。

## (7) 論点を整理すると

死刑制度の維持に日本文化の独自性を持ち出すのは、誤りではないか。少なくとも日本社会の不変的な部分として死刑を肯定する文化があるというのは、誇張に過ぎるのではないか。この点は、ヨーロッパでも少なくとも、第2次世界大戦までは、死刑存置国が圧倒的であり、日本の刑法理論に影響を及ぼした欧米の刑法理論書も、応報としての正義論に乗ったレベルにとどまっていた<sup>73</sup>。イギリスでも、1930年の死刑検討委員会は、強く廃止を主張する内容ではなかった<sup>74</sup>。また、1961年にパリで開かれた国際シンポジウムでは、アルベール・カミュやアーサー・ケストラーなどの著名な文筆家が死刑廃止の論陣を張ったが、刑法の専門家は懐疑的であった<sup>75</sup>。死刑執行が最後にされたのは国によってバラバラであり、ヨーロッパとしてのまとまりはなかった。たとえば、フランスは1977年(廃止は1981年)<sup>76</sup>、デンマークは1933年、西ドイツは1949年、被害死ドイツは1978年、イタリアは1947年、オランダは古く1870年、ノルウェーは1905年、ポルトガルが1978年、スペインが1976年と、それぞれ「独裁政権」からの離脱と踵を接している。スウェーデンが1921年であり、連合王国は、1965年に停止し、1969年にこれを承認している。すでにアムネスティ・インターナショナルは、1977年に死刑廃止のためのストックホルム会議を開催し死刑廃止宣言(ストックホルム宣言)を掲げ、世界的な死刑廃止のために学者も、スペインのサパテロ(José Luis Rodríguez Zapatero)首相の肝いりで「死刑廃止国際学術ネットワーク」(International Academic Network for the Abolition of

<sup>73</sup> Jon Yorke, *Sovereignty and the Unnecessary Penalty of Death*, in: Sarat & Martschukat, op. cit. at note 3, 2011, p.236 et s.

<sup>74</sup> Timothy Kaufman-Osborn, *The Death of Dignity*, in: Sarat & Martschukat, op. cit. at note 3, p. 204 et s.

<sup>75</sup> Albert Camus, « Reflections on the Guillotine » in *Resistance, Rebellion and Death* (New York: Vintage Books, 1998); Arthur Koestler, *Reflections on Hanging. New Reflections on the Death Penalty*, Paris, 1961.

<sup>76</sup> Simon Grivet, *Executions and the Debate over Abolition in France and the United States*, in: Sarat & Martschukat, op. cit. at note 3, p.150 et s.

Capital Punishment)をつくり、2007年12月9日～11日には死刑全廃に関する国際シンポジウムがマドリッドで開かれている<sup>77</sup>。

国連ではまた、被害者の境遇が取り上げられており、被害者の保護・救済・支援という手厚い施策が欠かせない課題となっている。2006年に「犯罪および権力濫用の被害者のための正義に関する原則宣言(Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power)」が発表されており、2014年には「ハンドブック」が公刊された。

そこで、大づかみに、死刑廃止のための論点整理をまとめると、以下のようになる。まず、議論の枠組みを確定することが大事である。次に、現行の刑罰制度を点検し、次に死刑に代わる代替刑と刑罰制度全体の見直しが問われることになるだろう。また、被害者を受け止める社会的受容という面での検討も欠かせない。また同時に、情報の公開と議論の機会拡充も意識的に取り組まなければならない、議論は進展しないであろう。また、死刑の廃止に目指して、次のような仕組みをルーティン化することも重要である。

- ・条約審査
- ・国連人権理事会普遍的定期審査（UPR）
- ・国内人権機関の設置と定期的レビュー
- ・刑事施設視察委員会の活用
- ・裁判員経験者のネットワーク
- ・議員による調査・検討・審査の仕組み

合わせて、死刑廃止論の論点として、団藤博士が取り上げていることに着目しておこう<sup>78</sup>。これは9点にまとめられており、国際的な討議にふさわしく英文でも争点が示されている。すなわち、①日本史初期における事実上の廃止 De Facto Abolition in Early Japanese History, ②現代世界の傾向 Trends in the Contemporary World, ③世論 Public Opinion, ④応報：タリオの法 Revenge: Lex Talionis, ⑤正義 Justice, ⑥そもそも法の名の下に殺害することは正当化できるのか Killing in the Name of Law Justified at All? ⑦誤判 Misjudgment, ⑧人間の尊厳 Human Dignity, ⑨人道的な刑事政策 Humanistic Criminal Policy がこれである。

また、日本の歴史の中で350年もの長きにわたって死刑の執行が停止されていたことを思い起こすことは、決して誇張や虚栄ではなく、日本文化の「神髄」がどこにあるのかを

<sup>77</sup> アムネスティ・インターナショナル日本支部編著『知っていますか？ 死刑と人権一問一答』解放出版社、1999年。96頁。<http://www.academicsforabolition.net/>

<sup>78</sup> 団藤・前掲注(31)のうち、とりわけ493頁～471頁に収録された英文講演（Toward the Abolition of the Death Penalty, 1996）が重要である。

検討する場合に欠かせない論点と言わなければならない。菊池寛の文学作品『恩讐の彼方に』(1919 年)も重要な示唆を与えるものである。

### Ⅲ. 韓国における死刑の執行停止(モラトリアム)と廃止の展望 <sup>79</sup>

#### (1) はじめに

韓国で、今後、死刑は執行されるのか、という質問に対して、筆者(鄭)の答えは NO である。もちろん、今すぐ韓国の刑法 41 条 <sup>80</sup>が改正されて法律上死刑という刑罰がなくなるわけではない。しかし、さまざまな事情を勘案すると、韓国がすでに死刑廃止を目指して舵を切っていることは、確かである。

#### (2) 韓国の死刑執行停止の経緯と状況

韓国における死刑執行停止に至るまでの経緯を日本に紹介している文献はさまざまあるが、とりわけ重要なのは、朴秉植(パク・ジョンシク)博士が執筆した『死刑をとめた国・韓国』という文献 <sup>81</sup>であり、そこには詳細な説明が付されている。また、チョ・ビョン・ソン氏が執筆した論文 <sup>82</sup>も日本語に翻訳されている。

1948 年 に大韓民国政府が樹立されて以降、死刑の執行された人数について正式の統計はなかったと言っても過言ではない。2009 年に法務部が国政調査で提出した資料によれば、それまで死刑執行を受けた人は 923 人と言われている <sup>83</sup>。また、1980 年から 1997 年までに死刑が執行された人員は 166 人であるという数字もある <sup>84</sup>。さらにまた、死刑執行の人数の中でも約 30%が公安事犯であるとも言われている。

1997 年 12 月 30 日に金泳三(キムヨンサム)大統領が死刑囚 23 人について死刑執行を行ったことを最後に、1998 年に金大中(キムデジュン)大統領が就任しあからは死刑執行はなかった。そのあと、死刑執行復活の風が強かった 2005 年には、連続殺人犯(ユヨ

<sup>79</sup> この章は、主たる著作者は、鄭裕静である。○鄭裕静・新倉修

<sup>80</sup> 韓国刑法第 41 条(刑の種類)刑の種類は、次の通りである。1 死刑 2 懲役 3 禁錮 4 資格喪失 5 資格停止 6 罰金 7 拘留 8 過料 9 没収

<sup>81</sup> 朴秉植『死刑をとめた国・韓国』インパクト出版会(2012 年)参照。

<sup>82</sup> チョ・ビョン・ソン(趙炳宣)「韓国と日本の死刑——「アジアの価値」そして死刑に関する論争」ピーター・ホジキンソン、ウィリアム・A. シャバス編『死刑制度——廃止のための取り組み』明石書店(2009 年)259 頁以下参照、なお原書は以下の通り。Byung-Sun Cho, The death penalty in South Korea and Japan: 'Asian values' and the debate about capital punishment? in: Peter Hodgkinson, William A. Schabas, *Capital Punishment: Strategies for Abolition*, Cambridge University Press, 2004, p. 253.

<sup>83</sup> この統計上の問題は研究者によって論争があり、今後の研究が注目されている。このような統計上の論争がある理由としては、戦時や政府樹立前後の局地的混乱、公安事件などにより、死刑が政治的に濫用されていたという事実を隠ぺいするためなどの理由から、死刑執行人員について正確な集計が行われてなかったのではないかと推測される。

<sup>84</sup> 法務部 2012 年度(国政調査)法制司法委員会要求資料。

1. 法制司法委員会(국정:法務部(2012.10) p.267.

ンチョルなど）に対して死刑宣告がされているが、今まで死刑執行はされていない。2007年には、韓国は10年間死刑執行がなかったことにより、「事実上の死刑廃止国」と評価されるようになった。

国会の動きをみると、1999年に第15期国会死刑廃止法案が初めて発議された以降、相次いで発議されている。特に、第19期の2015年には、国会議員の3/5に近い172人の発議で死刑廃止法案が提出されたので、その期待は高かった。しかし、今回も、所轄の常任委員会である法制司法委員会が公聴会は開かれたものの、その後の論議は続けることはできなかった。

5回に及ぶ発議と廃棄が反復している死刑廃止法案は、第15期・第16期・第19期国会には、所轄の常任委員会でも審議される前に国会任期満了によって自動的に廃案となり、第17期および第18期国会では、法制司法委員会での審議はあったものの、結論を出せず、そのまま廃案となった。

『2016年犯罪白書』によると、死刑宣告人員は、第1審刑事公判事件で2005年に6人であったが、その後減少し、2007年には0となり、2014年には1人であたった。20年間の流れをみると、死刑宣告は明らかに徐々に減っている。また、死刑確定者は、現在約60人いることが確認されている。

ここ最近、大法院（最高裁判所）で死刑判決が確定したものには、2016年2月19日に宣告したユン一等兵事件<sup>85</sup>がある。

憲法裁判所は、死刑の違憲性について、1996年と2010年に「合憲」判決を出している。1996年判決では、7人が合憲意見、2人が違憲意見であったが、2010年判決では、5人が合憲意見、1人が一部違憲意見、3人が違憲意見を出していることで示されるように、合憲意見は減り、一部違憲意見も含めて違憲意見が増え、その数は拮抗している。

### （3）死刑執行停止の原因

韓国で1998年以降現在まで長期間にわたり、死刑執行が行われなかったかについて、「法執行当局の最高責任者の個人の意志なのか、暫定的に形成された国民的合意を重視していたのかは、明らかではない<sup>86</sup>」という見解が多い。しかし、死刑執行停止の原因につ

<sup>85</sup> 2016年2月19日には、大法院（最高裁判所）全員合議体による判決があって、上官殺害などの嫌疑で起訴されたイム兵長に対して死刑を宣告した軍事法廷の判決が確定した。これは、被告人が2014年6月に江原道高城郡の陸軍22師団のGOPで同僚の兵士に向けて手榴弾を投げたあと、銃器を乱射し、5人を殺害し、7人に傷害を負わせたという事件である。

<sup>86</sup> 박미숙 「국제조약중의 사형규범과 한국형사법의 조화 및 완비」 비교형사법연구 제9권 제2호 통권 제17호 (2007.12) 한국비교형사법학회 (박미숙 「国際条約内の死刑規範と韓国刑事法の調和および完備」『比較刑事法研究』第9巻第2号 通巻 第17号 (2007年12月) 韓国比較刑事法学会) p. 829

いて、イドクイン氏は、凶悪な事件が相次いで発生するたびに死刑宣告が回避することはできなかったが、国の次元の公式的宣言（Moratorium）がなく、実質的に執行中断を続けられて来た理由として、国家統帥権者の個人的信念と現実的に対外関係から優先順位として考慮しなければならなかった問題が作用していたからである<sup>87</sup>としている。

- ① 1998 年、金大中（キムデジュン）大統領が、公安事件で死刑確定判決を受けた経験が死刑停止に影響
- ② 2003 年、盧武鉉（ノムヒョン）大統領、人権弁護士として活動していた個人的経験が死刑執行停止に影響
- ③ 2008 年、李明博（イミョンバク）政権以降は、国際社会から見られる視線や経済的理由により死刑執行に歯止め

#### （４）執行再開否定論の根拠

##### ①自由権規約第2議定書（死刑廃止条約）

(Second Optional Protocol to the ICCPR, aiming at the Abolition of the Death Penalty)

自由権規約（1966 年署名・1976 年発効）6 条第 1 項：「すべての人間は、生命に対する固有の権利を有する。この権利は、法律によって保障される。何人も、恣意的にその生命を奪われない」について、韓国は、上記の規約の当事国として選択議定書の当事国になる資格があるにもかかわらず、自由権規約第二選択議定書（死刑廃止条約）<sup>88</sup>およびに加入していない。そのため、常に国際連合および国際人権機構から批判を受けてきた。

##### ②UPR（Universal Periodic Review）とこれに対する韓国法務部の返答

韓国は、2008 年 5 月に初めて審査を受け、2012 年に 2 回目の審査を受けている。

UPR の結果報告では、勧告事項として次のような指摘があった。

「死刑執行に対する事実上のモラトリアムを維持（ベルギー、イタリア）、死刑制度の廃止のための措置（ベルギー、イタリア、メキシコ）、2008 年 6 月 1 日に開催される新しい国会で死刑制度の廃止特別法の通過（オランダ、イギリス）、死刑制度の廃止のために政府と国会の法制司法委員会が UN の関連文章（reference text）上の義務を履行し、進行中である立法手続きを完了するために努力すること<sup>89</sup>」を勧告（ルクセンブルク）を受けている。

<sup>87</sup> 이덕인 「사형제도의 어제와 오늘, 그리고 미래 전망」 입법과 정책 제7권 제2호 (2015.12) 국회입법조사처 (イドクイン「死刑制度の昨日と今日、そして未来展望」『立法と政策』7 卷 2 号 (2015 年 12 月) 国会立法調査処)

<sup>88</sup> 自由権規約第二選択議定書（死刑廃止条約 1989 年採択、1991 年発効）前文は、「死刑の廃止が、人間の尊厳の向上および人権の漸進的発達寄与することを確信し、……死刑廃止のすべての措置が、生命に対する権利の教授における進歩とみなされることを確信し、」とある。

<sup>89</sup> UN Human Rights Council, A/HRC/8/52, 1 September 2008.

これに対して、韓国の法務部の返答は次のようである<sup>90</sup>。

「死刑制度の存廃および執行の可否は、国家刑罰権の根本とかかわりがある重大な問題であるため、死刑の刑事政策的機能、社会現実、国民世論と情緒、国内・国外の状況など様々な側面を総合的に考慮し、慎重に決定する問題である。

— 我が刑事罰の体系が死刑を中心として規定されていて、死刑廃止は刑事罰の体系の全体を変える問題なので、慎重で十分な研究と検討が必要とする。」

### ③犯罪人引渡に関するヨーロッパ条約<sup>91</sup>（European Convention on Extradition）

2008年9月、ヨーロッパ評議会（Council of Europe）と結んだ「犯罪人引渡に関するヨーロッパ規約」が2010年12月7日、国会の同意を得て、現在、国内法と同じ効力を持つようになった。

この協約の内容は、当事国がこの協約に明示された規定と条件に従い、請求国の権限がある当局が犯罪に対して訴訟手続きをしている者、あるいは、その当局により刑の執行や拘禁命令の執行のために手配された者を引き渡すことを骨子としている。この協約の第11条 死刑<sup>92</sup>によると、

「引渡が請求された犯罪が、請求国の法によって死刑として処罰されるような犯罪か、そのような犯罪に関して、被請求国の法によって死刑に処罰されないか一般的に執行されない場合、請求国が被請求国に死刑が執行されないことを信じる十分な保障を提供しないかぎり、引渡請求は拒絶される。」つまり、死刑施行を留保するという保証なしには、ヨーロッパから犯罪人の引渡ができなくなるということである。これに関しては、さまざまな意見があると思われるが、「外交通商統一委員会の首席専門委員検討報告書（2010年11月）」<sup>93</sup>と「犯罪人引渡に関するヨーロッパ協約加入同意案に対する外交通商統一委員会の審査報告書（2010年12月）」<sup>94</sup>をみると、「①死刑を明示した国内法と衝突することがあ

<sup>90</sup> 법무부 『유엔 인권이사회 국가별 정례인권검토(UPR)후속 조치 현황』 (과천:법무부)

2011 (法務部 『UN 人權理事會國家別定例人權檢討(UPR)後續措置現況』 (法務部) 2011 年) p. 50

<sup>91</sup> [ 발효일 (発効日) 2011.12.29 ] [ 다자조약 (多國間條約) , 제 (第) 2070 호 (号) , 2011.12.20 ]

<sup>92</sup> Article 11 Capital punishment

If the offence for which extradition is requested is punishable by death under the law of the requesting Party, and if in respect of such offence the death-penalty is not provided for by the law of the requested Party or is not normally carried out, extradition may be refused unless the requesting Party gives such assurance as the requested Party considers sufficient that the death-penalty will not be carried out.

<sup>93</sup> [제 294 회 국회 정기회, 외교통상통일위원회회의록 제 14 차(2010.11.29)] (第 294 回国會常會의 外交通商統一委員會會議錄第 14 号(2010 年 11 月 29 日)) によると、유기준(유기준)委員は、条約が国会で採択された場合、「(ヨーロッパ以外の)ほかの国にいる犯罪者は、我が国で死刑の宣告ができ、執行も可能になるけれど、ヨーロッパに逃亡すると(その人について)死刑執行はできなくなり、これは差別的待遇になる…」と発言した。これに対して外交通商部國際法局長はその指摘を肯定する趣旨の答弁を行った。

<sup>94</sup> [제 294 회 국회 정기회 외교통상통일위원회회의록 (법안심사소위원회) 제 1 차 (2010.12.7)](第 294 回国會常會 外交通商統一委員會會議錄 (法案審査小委員會) 第 1 号(2010 年 12 月 7 日)) による

ること、②死刑を宣告する法院(裁判所)の意志／権限(スラッシュの部分は原文のまま)を抑制することができること、③ヨーロッパから引き渡された犯罪者は死刑執行を免れる一方で、ヨーロッパ以外の国家から引き渡された重大な犯罪者や、国内で逮捕された重大な犯罪者のみが死刑を執行されるとしたら、不公平な事態が生じるおそれがあることを指摘して、ヨーロッパ連合と犯罪人引渡条約を締結しない場合に生じる不利益(多数の犯罪者の引渡ができなくなることを)を考慮して、慎重に判断することを求めている」<sup>95</sup>。

上記の内容から、韓国の法務部は、すでに、2008年 EU(ヨーロッパ連合)との犯罪人引渡および司法共助条約に加入することで、「国内犯罪者とヨーロッパ以外の国から引き渡された犯罪者のみ死刑を執行することについての衡平性の問題を十分認識しており、事実上韓国国内で死刑執行が難しいということを認識したことから論議された結果である。

もし、死刑執行を再開することになると、国が承認した国際規範を違反することになるし、EUが死刑執行国家との自由貿易協定 FTA (free trade agreement) を拒否しているなど、国際外交的状況も韓国の死刑執行に対して歯止めの金具の役割を果たしていると思われる。

## (5) 今後の展望

と、次席ミンドンソック(민동석)は「より根本的問題であるが、国内法との抵触問題があり、また衡平性にも問題がある。その衡平性の問題の一つには、現に我が国政府は1997年以降、死刑を執行していないという事実もあり、またさらに、問題になっている案件と同じ条件で、すでに16カ国と犯罪人引渡条約を締結して、国会の承認を得ているという先例もあり、最後に、我が国の犯罪者がヨーロッパに逃亡したことで死刑を免れることになるという趣旨の発言に関しては、実際にそのような場合もあると言えるが、現に我が国では死刑を執行していないし、また、一方で、条約に加入することで、我々が犯罪者を引き渡されるという実益がものすごく大きいので、その趣旨から死刑不執行の留保条項についてご理解をいただきたいのです。」と発言した。

[제 294 회 국회 정기회 외교통상통일위원회회의록 제 16 차 (2010.12.7)]

(第294回国会常会外交通商統一委員会会議録第16号(2010年12月7日))によると、法案審査小委員委員長ユギジュン(유기준)は、「三番目に、犯罪人引渡に関するヨーロッパ条約の加入同意に関する案件および刑事司法共助に関するヨーロッパ条約の加入同意に関する案件に対する審査結果を申しますと、死刑不執行に関する内容に対して国内法との抵触問題、死刑執行の衡平性の問題などを論議しましたが、個別的事案に対してヨーロッパ側との司法共助をしない場合、わが国が必ず死刑不執行を保証する必要性はないという点、条約に加入することで得られる正義実現の利益や我が国とヨーロッパ条約当事国間の共助体制構築のための制度的基盤を設けられるという点を考慮すると、条約への加入の必要性が認められると考えて、それぞれの原案通り議決致しました。」と述べている。

<sup>95</sup> 『사형제도의 완전한 폐지와 그 이후 [전자자료]: 14 회 세계사형폐지의날 기념 20 대 국회 사형제도폐지를 위한 제언』 공동주최: 국회의원 김부겸, 한국천주교주교회의정의평화위원회사형제도폐지소위원회 서울: [김부겸의원실], 2016  
홍성수 「유럽지역에서의 사형제 현황과 한국」의 토론자료 p.61

『死刑制度の完全な廃止とその後[電子資料]: 第14回世界死刑廃止の日記念第20期国会死刑制度のための提言』共同主催:国会議員キムブギョム, 韓国天主教会會議正義平和委員会死刑制度廃止小委員会, ソウル: [キムブギョム議員室], 2016年のホンソンス「ヨーロッパ地域での死刑制の現況と韓国」の討論資料61頁。なお、本文には独特の段落番号がついているが、訳者の便宜を考えて、訳文では丸数字で表記した。

韓国は、国連人権理事会による UPR という審査を定期的に受け、その中で必ず死刑廃止問題がとりあげられている。犯罪人引渡条約を締結した外国との関係では、死刑不執行を条件として犯罪人引渡を受けた場合にはその条件を遵守するのであって、これに違反するような事態は想定しにくい。また、仮にヨーロッパとの関係で、死刑を宣告したり執行したりすれば、ヨーロッパとの通商や外交関係から排除されることになるだけでなく、人権侵害をしたとして国際的な非難を浴びることになるけれど、このような愚かな選択をするとは考えにくい。

遅かれ早かれ、韓国も死刑制度を廃止すると思われる。韓国の学界でも、2000 年に発表した東亜大学校の名誉教授であるホイルテ氏（前韓国刑事法学会長）の論文「死刑の代替刑罰としての絶対的終身刑の検討<sup>96</sup>」には死刑の代替刑として終身刑を新設するという提案があった。ホイルテ氏は、論文の中で、2000 年 10 月 10 日に、釜山市民の死刑存置論者 1004 人の対象に実施した調査の結果<sup>97</sup>を挙げながら、「韓国でも死刑制度の廃止に対して、一番大きい障害となるものの内一つは、死刑と無期刑の隙間があまりにも広すぎる。その理由は、死刑は人間の生命を永久に剥奪することであるが、無期刑を受ける者は 10 年以上の刑の執行と再犯の余地がなければ仮釈放も可能であり、赦免制度が濫用されている韓国の現実では、無期囚も仮釈放や刑の免除などの形式で自由になれる可能性がある<sup>98</sup>」としながら、韓国で死刑制度賛成論者の内、37%が死刑の代替刑としてその価値を認めた終身刑ないし絶対的無期刑を死刑の代替刑として認める方法が、現在の韓国が死刑制度の廃止に一番近道である<sup>99</sup>と主張した。

朴秉植博士も「韓国において死刑の廃止を主張する人々は、死刑の代替刑として『仮釈放のない終身刑』の導入にほぼ一致している<sup>100</sup>」とし、いわゆる絶対的終身刑に賛成する立場であるとしているが、韓国の学界では、イフンドン（이훈동）博士のように、絶対的終身刑の場合に死刑とは異なる事件問題の惹起が予想される刑を通じた教化・社会復帰の意味がなくなるために死刑廃止の対案として相対的終身刑を導入すべきであると主張す

<sup>96</sup> 허일태 「사형의 대체형벌로서 절대적 종신형의 검토」 刑事政策(2000.12)韓国刑事政策学会 (ホイルテ「死刑の代替刑罰としての絶対的終身刑の検討」 刑事政策(2000 年 12 月) 韓国刑事政策学会) p.223 参照。

<sup>97</sup> 호일테・前掲注(96)225 頁。2000 年 10 月 10 日に釜山市民を対象にした調査によると、死刑制度の廃止に賛成する人は 369 人であり、これは、死刑存置論者の中でも約 37%の人が死刑の代替刑として仮釈放がない終身刑を導入することに賛成することを意味するとしている。

<sup>98</sup> 호일테・前掲注(96)226 頁。

<sup>99</sup> 호일테氏は、①死刑の代替刑として絶対的終身刑にすること、②法定刑に死刑を規定しているものはすべて終身刑に代替されるとみるべきこと、③仮釈放の規定は、現行法のままとして変更しない方がいいこと、④終身刑を宣告する場合には、行為者の犯罪責任が重大であって、仮釈放ができないほどの非難に値し、かつ、刑事政策的な次元での判断から終身刑が不可避であるかどうかを慎重に検討すべきであると主張している。

<sup>100</sup> 朴秉植・前掲注(81)87 頁。

る見解<sup>101</sup>や死刑廃止の代替案は相対的終身刑と考えられるが、死刑廃止に対する国民感情を考慮すると絶対的終身刑を過渡期的に採択することも考えられる<sup>102</sup>という意見もある。

第20期国会でも、死刑を仮釈放なしの終身刑を骨子とする死刑廃止案を立法化するための発議は続くと思われる。

イドクイン氏も「死刑廃止という大原則に同意し、その過程に橋渡しを置かなければならない現実の实情に照らしてみると、立法者が国民との交渉で一抹の折衷案を提示するしかない」という点と、裁判所の判例が度重なる死刑を宣告するしかないという理由と指摘していることなどを考えると、死刑が消える場所は現実に承継する代替刑は終身刑にしかない<sup>103</sup>とし、代替刑を絶対的終身刑と相対的終身刑の二元体系に整備することが妥当であると主張している。

私見として、イドクイン氏のような多くの学者が述べているような予想や意見など死刑の代替刑としての議論を否定するわけではないし、政策的な目から全体的に見渡すと納得するところも多い。しかし、今後の展望という議論の中で、どこか心地が悪く、歪を感じることも事実である。

この理由は、全体の森を見わたすものではなく、蝕んだ葉っぱを拡大鏡で何十倍も拡大しているようで、森である死刑という根本的重大さよりも、代替刑に焦点が当てられすぎてしまい、現に何を議論すべきかを見失ったまま、展開しているように感じている。

かなり乱暴な言い方かもしれないが、そもそも、死刑の問題について、「死刑と無期刑の間隔があまりにも広すぎる」とか、「国民の感情」などの理由に議論を重ねるとしても、この問題は、永遠に解決しない。

約250年前にも、極悪非道な行為をした者であっても、人間として生きる権利があるということは認められていたのであろうか。人間として生きる権利などなく、そのような行為をした者に対して、極刑である死刑を科すという制度が正義であるかと、イマヌエル・カント(Immanuel Kant 1724年～1804年)は主張した。これに対して、チェーザレ・ベッカリーア(Cesare Beccaria 1738年～1794年)は、死刑の問題点を鋭く批判し、死刑廃止を力強く主張した。この対立が、今でも、続いている。仮に、絶対終身刑を導入し、死刑廃止が実現したとしても、ある余儀なくされた衝撃な事件が起きるたびに、死刑復活

<sup>101</sup> 이훈동 「전환기의 한국 형법 - 사형제도의 새로운 시각」 외법논집 제 26 집 (2007.5)

한국외국어대학교 외국학종합연구원 법학연구소

(イフンドン「転換期の韓国刑法—死刑制度の新たな視角」『外法論集』26巻(2007年5月)韓国外国語大学校外国学総合研究センター法学研究所) p.442 参照。

<sup>102</sup> 조국 「사형폐지 소론」 형사정책 제 20 권 제 1 호 (2008.6) 한국형사정책학회 (ジョグック「死刑廃止所論」『刑事政策』20巻1号(2008年6月)韓国刑事政策学会)p.318 参照。

<sup>103</sup> イドクイン・前掲注(87)272頁。

論として死刑問題が再び議論に上がると思われる。

つまり、問題は、なぜ「死刑廃止」なのかという点にあり、この問いかけに対して、現在を生きている我々がどのように答えるかという点にある。またこの間に答えるには、死刑という刑罰制度について本質の議論がおろそかにされてはならない。ここであえて言えば、とりわけ重大な犯罪は悪だと呼ばれているが、これに対する報復として刑罰が科されるという考え方を前提とすると、悪に対する応答としての死刑には、「正義」であるという評価や価値観がつきまとい、これが「死刑」という社会的な制度に対する人々の態度決定を拘束している。その際、忘れてはならないのは、この「正義」という事柄自体が必ずしも明確ではなく、人々によって異なって認識されている可能性がある点である。つまり、「正義」をいわばどのような色として画くか、どのような形として認識するかによって、「死刑」という制度に対する評価や態度決定にも違いがあるのであって、そこで前提となっている「正義」そのものについて明らかにすることが必要である。したがって「正義」というものがあやふやなものであったり、はっきりしないものであって権力者が勝手に決められるものであったりしたならば、死刑は、あるときは誤った「正義」の名の下で、権力者に利用され、権力者による弾圧のための有力な・便利な道具となり、詰まるところ、正義とは真逆の「狂剣」あるいは「邪剣」になることは、歴史の示すところである。

結局、存廃論の要点に位置する問、すなわち死刑はいかにあるべきかということは、社会的正義はいかに組み立てられるべきかという問題でもある。ではここで、死刑における社会的正義とは何か。これは、これまで正義論で常識として論じられてきた「公平」ないし「公正」としての「正義」を狭く限定して考えて、「均分的正義」か「配分的正義」という選択の問題に矮小化してはならないものが含まれている。これまで人々の意識の中で、なかば常識として受け取られていて、その存在を認知されているが、わかりやすい名称を付されていないために、いわば陰に隠れていたもう一つの「正義」の観念を呼び起こす必要がある、というのが、私（鄭）がここで提案するものである。それは、「共益的正義」が死刑の是非を論じる場合には、欠かすことのできない前提にならなければならないということである。「共益的正義」は、「均分的正義」や「配分的正義」では十分解明することができなかった刑罰制度の改廃、つまり社会的悪である犯罪に対する応答として、どのような刑罰制度がふさわしいかという問題を解明する有力な手がかりを提供してくれるものである。その意味するところは、単純であり、「人間なら誰でも究極では受け入れることができる心性」である。刑罰論については、応報か予防・抑止かという論点が古くから唱えられてきたが、その両方の立場にとっても暗黙の前提であるはずの「社会全体の利益」という「正義」の在り方を一歩踏み込んで、「共益」という視点から把握される「正義」として提唱しようというのが、私の言わんとするところである。つまり、「共益的正義」こそが社

会的悪に対する社会的応答の在り方に決定的な要素となるという「仮説」を立ち、その内容とするものは、グローバル化した現代においては、一国一地方という狭い領域に閉じこめるのではなく、地球全体で考えられる大きな普遍性に立つという立場選択をした上で、その「大きな普遍性」とは「人類」であると理解するならば、まさに「共益的正義」<sup>104</sup>こそが指導理念にふさわしいということになるわけである。つまり、共益の担い手は、広く地球的規模に生活する人類全体であって、その人類全体に益するという理念をいっそう明確にすることこそが、重要であって、かつ、死刑制度をめぐる果てしもない論争に解決の光をかざす有益な足がかりになる。この正義の概念は、単に「共生」・「共存」ではなく、人々がどのように広く益する状態を実現するのかというように、普遍性を有する内容をもった正義概念である。

死刑廃止の今後の展望は、このような「共益的正義」の理念から切り拓かれるであろう。また、死刑問題を、被害者と加害者という（例えば、修復的司法）共同体レベルの問題意識ではなく、普遍的な有益性を広く求める次元で考えなければならない。このような立場から見ると、絶対的終身刑は妥当ではなく、代替刑の問題も含めて、死刑制度の本質について見直す必要があると思われる。

<sup>104</sup> ちなみに「共益的正義」の概念は、韓国の教育法の理念である「弘益人間」ということばに着想を得たものであり、その内容については、共著者の新倉がすでに「ニュージーランドにおける人権保護のための国内機関の協働」『青山法務研究論集』11号（2016年）34頁注5で指摘しているように、1949年の大韓民国教育法（現行法1997年法律5437号「教育基本法」）2条にある「弘益人間」という共生・連帯の人間関係の構築をめざすものである。このことばは日本語仮訳によれば「教育は、弘益人間の理念のもと、すべての国民をして、人格を陶冶し、自主的な生活能力と民主市民として必要な資質を備えるようにし、人間らしい生活を営むべく、民主国家の発展と人類共栄を実現することに寄与することを目的とする。」というものである。

[http://www.mext.go.jp/b\\_menu/shingi/chukyo/chukyo8/gijiroku/020501hc.htm](http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chukyo/chukyo8/gijiroku/020501hc.htm) なお、韓国の国語辞典では、널리 인간을 이롭게 함. 단군의 건국 이념으로서 우리나라 정치, 교육, 문화의 최고 이념이다. 《삼국유사》 고조선 건국 신화에 나온다. とあり、「広く人間（社会）に利益を与える。檀君の建国理念として韓国における政治、教育、文化の最高理念。『三国遺事』古朝鮮建国神話が出典。」（ヨギ訳）という語義になる。この概念の詳細な検討は、共著者（鄭）が現在準備している博士号学位請求論文で展開する予定である。