



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	死刑制度：ドイツの視点からの考察
Author(s)	シュトレング, フランツ; 小名木, 明宏//訳
Citation	北大法学論集, 63(6), 204 [321] -190 [335]
Issue Date	2013-03-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52545
Type	other
File Information	HLR63-6_008.pdf



死 刑 制 度

— ドイツの視点からの考察 —

フランツ・シュトレング

(エアランゲン＝ニュルンベルク大学)

翻訳 小名木明宏

I. 歴史

基本法102条は、「死刑はこれを廃止する」と謳っている。1949年5月23日に発効したドイツ連邦共和国基本法により、これまで長い間、当然の如く正当で特に象徴的な刑罰として承認されていたその制裁形式は廃止された。勿論、既に偉大なイタリアの刑事政策学者チェザーレ・ベッカリアは彼の有名な1764年の著作「犯罪と刑罰」において、死刑の正当性について、疑義を唱えていた¹。そして、19世紀には、フランクフルト国民議会並びにドイツ各邦における自由法治国家的・民主的なイニシアティブにおいて、再三再四、死刑を廃止する為の立法上の契機が存在した²。1922年には、ワイマール共和国の当時の司法大臣であったグスタフ・ラートブルフは、死刑抜きで運用することを目論んだ法律

¹ Vgl. *Cesare Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen (1764), Kap. XXVIII (dt. Fassung, 1988 [insel-tb], S. 123 ff.).

² Vgl. *Bernhard Düsing*, Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland, 1952, S. 29 ff.; *Eberhard Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1983, S. 321 ff.; ferner *Friedrich Ebel/Philipp Kunig*, Die Abschaffung der Todesstrafe – Historie und Gegenwart, Jura 1998, 617 ff., 618.

案を提示した³。その注釈では、死刑は体刑の時代の遺物であり、それ故、近代の目的刑体系においては異物であると、ラートブルフによって根拠づけられた。また、既に死刑抜きで問題なく運用していたヨーロッパの諸国についても言及されていた⁴。勿論、この草案は、法律化には至らなかったし、その後の草案は再び死刑を規定していた。例えば1930年の草案（カール草案）では、死刑は最早、一般的な刑罰としては取り上げられていない⁵が、しかし、各則（245条）において、謀殺に対する特殊な制裁としてのみ規定されていたという点では、この問題が非常に熟慮されたことを示していた。ワイマール共和国において、顕著となった死刑に対する疑義は、この制裁が殆ど科されることなく、そして、ほぼ執行が断念されるということにより、更に推進された⁶。

ドイツ連邦共和国における死刑の終焉は、「第三帝国」における過剰に行われた殺害行為の帰結としてようやく実現した。国家社会主義者たちによって、死刑は殺人並びに国家反逆罪に対してのみならず、一定の関連が認められる場合には、軽微な犯罪行為にも規定され、科された。戦時においては本当に軽微な犯罪においても特別な非難が規定されていたり（「民族にとって有害な行為の取締り命令」参照）⁷、他の民族の関係者により行為がなされたような場合（「ポーランド刑法命令」参照）⁸にも、死刑が導入されていた。1934年から1945

³ Vgl. Eberhard Schmidt (Hrsg.), Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), 1952, S. 4 f. (§§29 ff. Entwurf-1922).

⁴ Vgl. *Gustav Radbruch*, Bemerkungen, in: Eberhard Schmidt (Hrsg.), Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), 1952, S. 52 f.; ferner *Eberhard Schmidt*, Einleitung, in: a.a.O., S. XI-XII.

⁵ Vgl. §§34 ff. Entwurf-1930; vgl. in Thomas Vormbaum/Kathrin Rentrop (Hrsg.), Reform des Strafgesetzbuchs. Sammlung der Reformentwürfe, Band 2: 1922 bis 1939, 2008, S. 203 ff., 205, 239.

⁶ Vgl. *Bernhard Dörsing*, Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland, 1952, S. 175.

⁷ Dazu *Gerhard Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989, S. 233 ff.; ferner *Manfred Messerschmidt/Fritz Wüllner*, Die Wehrmachtjustiz im Dienste des Nationalsozialismus – Zerstörung einer Legende, 1987, S. 169 ff.

⁸ Dazu *Richard Schmid*, Der Streit um die Todesstrafe, Gewerkschaftliche Monatshefte 11/1958, 660 ff., 666; *Gerhard Werle*, Justiz-Strafrecht und

年までの間、通常裁判によって16,560件の死刑判決が出され、そのうち、1940年から1945年までの戦争中には、15,900件あまりの死刑判決が下された⁹。国家警察当局の目から見て、裁判所があまりに軽い刑罰を科したとみなされる場合には、国家警察の命令によっても死刑は執行された¹⁰。異常に多くの死刑判決は、軍事裁判によっても宣告された。綿密な調査によってメッサーシュミットとヴェルナーは、公式記録と欠けていると思われるデータを補充した結果、結局は1939年から1945年までの間、軍事裁判で50,000人の死刑判決が下され、そのうち、3分の2が執行された、という結論に達している¹¹。とりわけ、敵前逃亡や「究極の勝利」に対して疑問を投げかけるような「敗戦思想」¹²が主なものであった¹³。軍法会議による死刑の頻度は、第一次大戦における軍事裁判が非常に控えめであったことと際立って対照的である¹⁴。

国家社会主義においてなされた、このような死刑の濫用に鑑みて、「第三帝国」の滅亡後、新たな憲法を提案した議会評議会は、圧倒的な多数をもって、死刑

polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989, S. 371 ff., 395.

⁹ 数値については *Bernhard Düsing*, Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland, 1952, S. 219; *Michael Kubink*, Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel, 2002, S. 267 f.; ferner *Günther Kaiser*, Kriminologie. Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1996, §94 Rn. 23 f. (Tabelle 55).

¹⁰ Dazu *Gerhard Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989, S. 577 ff.

¹¹ Vgl. *Manfred Messerschmidt/Fritz Wüllner*, Die Wehrmachtjustiz im Dienste des Nationalsozialismus – Zerstörung einer Legende, 1987, S. 72 ff., 87; vgl. auch *Bernhard Düsing*, Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland, 1952, S. 220 f.

¹² Vgl. *Manfred Messerschmidt/Fritz Wüllner*, Die Wehrmachtjustiz im Dienste des Nationalsozialismus – Zerstörung einer Legende, 1987, S. 90 ff., 132 ff.

¹³ 後者は一般市民にも適用される; vgl. etwa *Michael Kubink*, Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel, 2002, S. 267 f.; *Gerhard Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989, S. 210 ff.

¹⁴ Vgl. *Bernhard Düsing*, Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland, 1952, S. 198 f., 220 f.

を廃止した¹⁵。死刑廃止直後は、この成果が確固たるものとして妥当するかどうか確実ではなかった。例えば、1951年には、非常に著名な法史家であり刑法学者であるエーバーハルト・シュミットは、「たとえ、死刑がボン基本法（102条）によって廃止されようとも、法制史を知っている者にとっては、そのことによって、死刑の問題の最終的な決定がなされたといえるのか、102条の規定を再び廃止する立法上の効果をもたらす様々な声を呼び起こすような重大な血なまぐさい事件が起こらないといえるのか、甚だ疑わしいものである」と記述している¹⁶。事実、1952年には、連邦議会において、死刑を再導入するかという審議がなされた。死刑の賛同者は、ここで確かにそれなりの支持を得たが、憲法改正に必要な十分な多数を得るには至らなかった¹⁷。短い期間ながらも連邦司法大臣を勤めたある有名な保守的な連邦議会議員は、1960年代に再度、死刑の再導入を唱えた。リヒャルト・イエーガーはその際、殆ど賛同を得ることなく、嘲笑をかったのみだった¹⁸。「首狩り」イエーガーという嘲笑的な渾名が彼には与えられた¹⁹。

ドイツ民主共和国（東ドイツ）においては、その発展は異なるものであった。

¹⁵ Ausführl. *Bernhard Düsing*, Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland, 1952, S. 276 ff., 282, 285; ferner *Arnd Koch*, Die Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik, in: *Recht und Politik* 41 (2005), 230 ff., 232 f.

¹⁶ *Eberhard Schmidt*, Einleitung, in: Eberhard Schmidt (Hrsg.), *Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches* (1922), 1952, S. XI.

¹⁷ Ausführl. *Bernhard Düsing*, Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland, 1952, S. 327 ff., 332 f.; *Arnd Koch*, Die Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik, in: *Recht und Politik* 41 (2005), 230 ff., 233 f.

¹⁸ Vgl. dazu *DER SPIEGEL* Nr. 17/1961: „Soll wieder gehängt werden? Gespräch über die Todesstrafe mit Bundestagsvizepräsident Dr. Richard Jäger“; 死刑をめぐる議論が当時、他方ではまだ終息していなかったことは、1962年のJ. Schlemmer 編の論集 „Die Frage der Todesstrafe. Zwölf Antworten“ にも現れており、それには、*Reinhart Maurach*, *Eberhard Schmidt*, *Hans-Heinrich Jescheck* そして *Paul Bockelmann* も寄稿している。

¹⁹ Vgl. *DER SPIEGEL* Nr. 21/1998: „Gestorben: Richard Jäger“.

東側諸国においてよく見られるように、死刑は「第三帝国」の崩壊後も更に科せられ、執行された。ここではまず、正義の実現を象徴づけることは全くかけ離れたその執行形態が注目される。犯罪者は特別な部屋に連れて行かれ、いきなり背後から射殺された²⁰。親族は後になって初めて刑が執行されたことを知らされた。その上、その経過は秘密にされて、死亡証明書には無難な死亡原因が書かれていた²¹。1987年6月17日になって初めてこのような悲しい時代は終結し、これにより、東ドイツはワルシャワ条約機構における刑事政策の先駆者として自ら実証せしめたのである²²。

そして、2002年5月3日に署名された「あらゆる事情の下での死刑の廃止に関する人権および基本的自由の保護のための条約の第13議定書」が³、欧州評議会の加盟各国にとって死刑の時代の終止符を打ったのであった²³。これはベラルーシを除く全ヨーロッパ大陸に当てはまることである。

II. 死刑に対する市民の見方

死刑の再導入は拒否するという殆ど争いのない刑事政策上の路線は、世論において死刑を支持する見解が全くないということを意味するわけではない。世論調査によると、1949年には聞き取り調査の対象者の74%が死刑に賛成しており²⁴、なお、1950年代においても調査対象者の50%を超える人が賛同していた。ここ30年は西部ドイツにおいては、賛同者は平均して30%弱であり、他方、東部ドイツ(かつての東ドイツ)では約10ポイントほど高くなっている。2009年、西部ドイツにおいては、賛同の数値は15%で特に低くなっていた。基礎となっている世論調査は、アレンスバッハ世論調査研究所によって実施された。その

²⁰ Vgl. *Günther Kaiser*, *Kriminologie*, Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1996, §94 Rn. 24.

²¹ Vgl. *Arnd Koch*, Das Ende der Todesstrafe in Deutschland, in: *Juristenzeitung* 2007, 719 ff., 721.

²² Vgl. *Arnd Koch*, Das Ende der Todesstrafe in Deutschland, in: *Juristenzeitung* 2007, 719 ff., 722.

²³ Vgl. Bundesgesetzblatt 2004, II, S. 983.

²⁴ Nachweis bei *Bernhard Düsing*, Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland, 1952, S. 294.

結果は図1に示される²⁵。その種の調査の解釈については、特に世間の注目を集めるような重大犯罪の結果として、死刑を受容するという態度が度々、一時的な揺れ動きとして認められることを加味しなければならない²⁶。

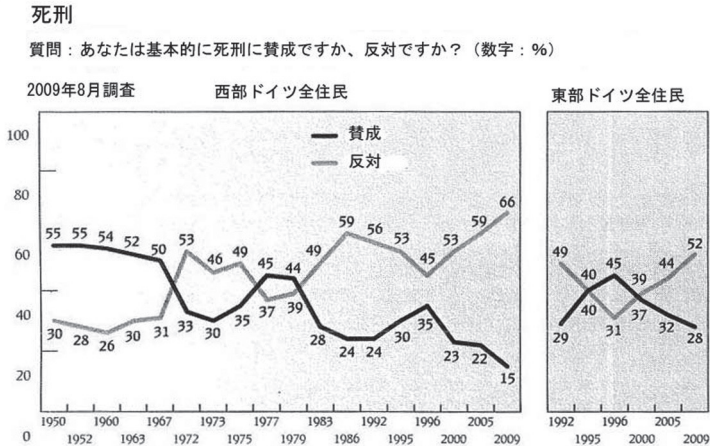


図 1

また、法学部の学生への調査も世論調査から導き出された結果と同様に30%ほどの賛同者を認めている²⁷。1970年代の終わりには、しかしながら、状況は

²⁵ Vgl. die Nachweise der Umfragen in: Renate Köcher (Hrsg.), Allensbacher Jahrbuch der Demoskopie 2003-2009, Band 12, 2009, S. 182. – Vgl. ferner Arthur Kreuzer, Die Abschaffung der Todesstrafe in Deutschland – mit Vergleichen zur Entwicklung in den USA, in: Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 8/2006, 320 ff., 325 (Graphik 1).

²⁶ Vgl. dazu etwa Heinz Schöch, Die Todesstrafe aus viktimologischer Sicht, in: Heinz Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung, 2007, S. 865 ff., 866 ff.

²⁷ Vgl. Franz Streng, Kriminalpolitische Extreme – die Sicht junger Menschen, in: Thomas Görgen u.a. (Hrsg.), Interdisziplinäre Kriminologie. Festschrift für Arthur Kreuzer, 2. Band, 2. Aufl. 2009, S. 852 ff., 853 f.; ders., Punitivität bei Justizjuristen, in: Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 2012, 148 ff., 150 (Tabelle 2). 質問事項のフォーマットが異なるためデータとしてはそのままでは比較することはできないが、Arthur Kreuzer, Die Abschaffung der Todesstrafe in Deutschland – mit Vergleichen zur Entwicklung in den USA, in:

異なっていた。当時、学生達は、他の市民や現在の学生よりも死刑に対して明確な拒否反応を示していた²⁸。表1はハイデルベルク（1977年）とエアランゲン（2007年及び2010年）での法学部一年生に対する独自の調査の結果を示したものである。

表 1

多くの犯罪に対して死刑を肯定 しますか？	1977 %	2007 %	2010 %
はい	11,5	32,0	31,9
いいえ	88,5	64,4	63,8
意見なし／記載なし	0	3,6	4,3
総計	100%	100%	100%
総数	104	222	254

市民のおよそ3分の1が死刑に反対しているという現在の状況においても、この問題について真剣に積極的に考えているのは、ほんの一部の市民だけである。死刑が存在しないことを市民は真剣に問題とするということをせず、ただ単に回答がなされているという印象がある。このことは、反駁的にさらに問い詰めると、多くの死刑の賛同者が、死刑の反対者の立場へと変わり、他方、その種の意見の変更は本来的な死刑の反対者には、殆どおこらなかったという現象からも明らかである²⁹。数十年来、刑事政策の方向性が、決して死刑の再導入へと向いていなかったということは、死刑肯定の純粋に明確な世論の動向が

Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 8/2006, 320 ff., 325 (Graphik 2).

²⁸ Vgl. *Franz Streng*, Strafmoralität und juristische Ausbildung, 1979, S. 41, 94; ders., Punitivität bei Justizjuristen, in: Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 2012, 148 ff., 150 (Tabelle 2).

²⁹ Vgl. *Karl-Heinz Reuband*, Die Todesstrafe im Meinungsbild der Bevölkerung, in: Thomas Görgen u.a. (Hrsg.), Interdisziplinäre Kriminologie. Festschrift für Arthur Kreuzer, 2. Band, 2. Aufl. 2009, S. 639 ff., 651 ff.; 調査方法を変えた場合の影響については vgl. auch *Arthur Kreuzer*, Aktuelle Aspekte der Todesstrafe, in: Otto Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Theo Vogler, 2004, S. 163 ff., 176.

それほど重みはなく、被調査者の少数にとどまっていたということを示しているのである。

Ⅲ．刑罰目的の検討と死刑

1 応報と規範の確証

市民は現存する刑事システムに非常によく慣れ親しんでいるということもいえる。死刑を断念するということは、市民の法に合った態度の確保並びに規範の確証の必要性という目的に鑑みれば、死刑を断念することは明々白々である。

これに対して、イマヌエル・カント流の応報論は引かれるべきではない。反映としての処罰という意味でタリオ、同害報復にカントは着目したが、そこでは刑罰の目的が問題なのではなく、刑罰の決定に際して裁判所の恣意を排除する明確な基準の原理³⁰こそが問題なのである。事実、18世紀にはこれは非常に重要な関心事であった。当時の絶対主義的国家にあっては、国家の、具体的には裁判官の侵害に対して市民の自由を確保することこそが重要だったのである。これに対して、既にゲオルグ・ヴィルヘルム・フリードリッヒ・ヘーゲルは、犯罪行為に対する正当なリアクションは変容する社会の考え方を通じて本質的に形成されていくものであるということを強調し、これにより、すでにその後の発展を見据えていた³¹。「生命に対しては生命を」という頑なな原則に固執し続けることは、正当なものとして評価されるべき刑罰が変容するというこの考え方に相反するものなのである³²。

その種の評価の変更が、常に同じ方向へと進むとは限らないということは、現在のところ、再び高まっている厳罰主義の中で示されている。図2に示され

³⁰ Vgl. etwa B. Sharon Byrd/Joachim Hruschka, Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat, in: Juristenzeitung 2007, 957 ff., 962.

³¹ Vgl. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 3. Aufl. 1930 (herausgegeben von Georg Lasson), S. 309 (Zusatz zu §96); 4. Aufl. 1955 (herausgegeben von Johannes Hoffmeister), S. 96 ff. (§ 101), S. 188 f. (§ 218), S. 365 (Zu §96 Anm.).

³² ヘーゲル自身はこの帰結を死刑賛成の論拠とはしていない; dazu Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1983, S. 295.

るように、刑法211条の謀殺既遂に規定されている終身刑を科すということが増加してきている。このことは、限定責任能力を理由とした刑の減軽（21条、49条）が、最近では殆ど認められないということに本質的に起因する。とりわけ自ら招いた酩酊事例において、裁判所は現在では法定刑の減軽を殆ど認めていない³³。終身刑がしばしば適用されるということと故殺においても長期自由刑が科される（図3）ということは、重大な暴力事犯に対する厳罰主義の高まる要求を受け入れていることなのである。それによって、裁判所は市民における価値の移り変わりにコンタクトをとっているのである。法学部一年生への私の調査は、激情において実行された故殺についての質問をしたものであるが、市民においては1990年代の中頃からは重大な暴力事犯に際して処罰要請が高まっていたということを示していた（図4）。しかし、同時にそこでは市民の中に死刑を受容するということは、総じて、減少していたのである（図1参照）。

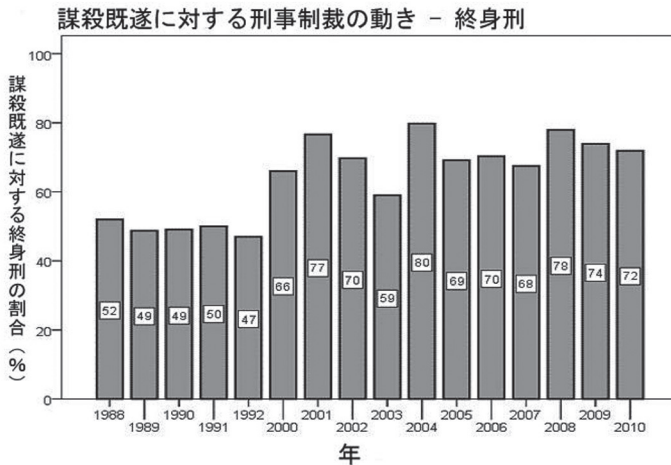


図2

³³ Vgl. *Franz Streng*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2011, §21 Rn. 5, 24 f.; *ders.*, Punitivität bei Justizjuristen, in: *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe* 2012, 148 ff., 152 f. (mit Tabelle 7).

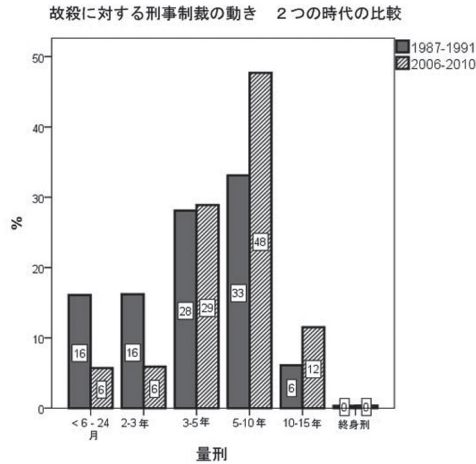


図 3

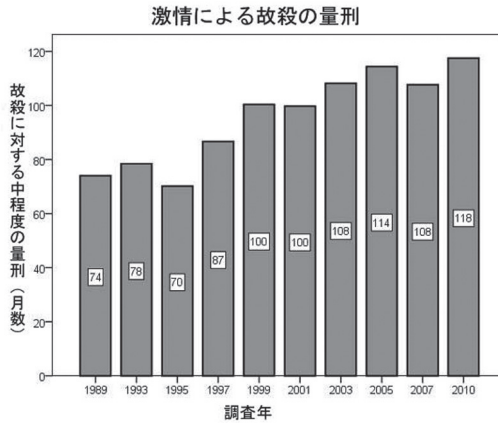


図 4

2 一般予防的威嚇

死刑は重大犯罪に対して十分な予防効果を持ちうるから、威嚇効果があるという主張も、根拠は殆どない。例えば、1912年から32年にかけて、ドイツでは、非常に簡単な計算ではあるものの、死刑の執行が減ったからといって、謀殺の数値が増えたという結果は生ぜず、むしろ全く逆であったということが示され

た³⁴。死刑の頻度とそれに続く殺人罪の頻度の変化との間のその種の数値的連関については、同様に殺人事件の件数に影響力を及ぼすような様々な社会的なファクターが影響し、その連関を曖昧にしてしまうのである。アメリカの各州における死刑の導入ないし死刑の廃止と関連した死刑の一般予防的効果についての最近の包括的研究は、威嚇の効果に関して明確なイメージを何ら示していない。事実、アメリカにおいて言われている威嚇効果という元々の印象は、昨今では様々な要素を計算に入れると、大いに疑わしいものとなってきた³⁵。

3 特別予防的保安

有罪判決を受けた者が、今後、同様の行為をすることを妨げるという意味での特別予防的な保安目的は、長期間の刑事施設への収容によっても、実現することができる。ドイツにおいても、ここ数年、重大な粗暴犯並びに性犯罪に対応して、高まりつつある保安志向の厳罰主義³⁶は、従って、謀殺の事案に対して終身刑が非常に頻繁に科せられていること（先の図2）、更に、（求刑され、宣告された）長期の自由刑（先の図3及び4）、そして保安処分として再び増加し、長期にわたっている保安監置の適用（図5）、これらに明確に示されている³⁷。しかし、そこには、死刑を求める声はない³⁸。

³⁴ Vgl. *Bernhard Düsing*, Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland, 1952, S. 175 ff.; アメリカでの比較的考察については vgl. *Edurard Dreher*, Für und wider die Todesstrafe, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 70 (1958), 543 ff., 553 f.

³⁵ Dazu näher *Arthur Kreuzer*, Aktuelle Aspekte der Todesstrafe, in: Otto Triffterer (Hrsg.), *Festschrift für Theo Vogler*, 2004, S. 163 ff., 165 ff.; *Dieter Hermann*, Die Abschreckungswirkung der Todesstrafe – ein Artefakt der Forschung?, in: Dieter Dölling u.a. (Hrsg.), *Verbrechen – Strafe – Resozialisierung*, *Festschrift für Heinz Schöch*, 2012, S. 791 ff.; *Franz Streng*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 3. Aufl. 2012, Rn. 59 ff., 62.

³⁶ 厳罰主義へ保安思想の影響については *Franz Streng*, Punitivität bei Justizjuristen, in: *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe* 2012, 148 ff., 150 f. (Tabellen 3 und 5).

³⁷ Ausführl. *Franz Streng*, Punitivität bei Justizjuristen, in: *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe* 2012, 148 ff., 149 f., 151 ff. (mit Schaubildern 9).

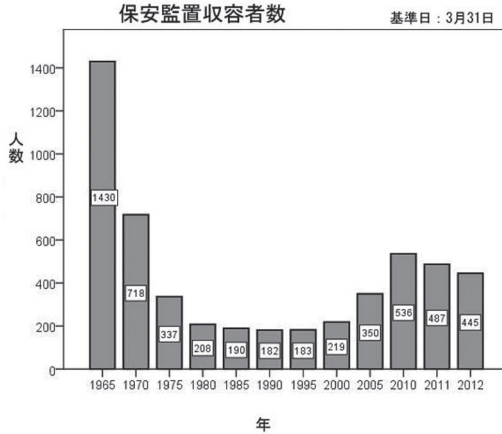


図 5

4 処罰感情

刑法において最近強まっている被害者志向は、被害者の利益ないしは被害者の親族の利益がどの程度まで制裁に影響力を持つべきかという問題につながってきた。このことは、殺害された人の親族の処罰感情という利益によって死刑が正当化されるかという問題に集約される。

これに対する回答は明確にノーである。まさに死刑を執行することによって、殺人事件の被害者の遺族が抱く報復感情を実現することは、国家の任務ではない。さしあたり、犯罪への反感を適切に統禦していくことが国家の司法の重要な任務であると十分考えられるにしても、このことは妥当する³⁸。犯罪に対する感情的な反発をこのように統禦していくことは、まずは、犯罪の被害者ないし遺族による私的制裁を阻止する機能を果たす。なぜなら報復行為は国家の安全と秩序を大いに阻害し、社会的な正義をスルーしてしまうからである。

直接的ないしは間接的な犯罪被害者の処罰感情を満たすことは国家による刑

³⁸ 死刑の代替としての終身刑については vgl. auch *Gabriele Kett-Straub*, Die lebenslange Freiheitsstrafe, 2011, S. 12 f.; ferner *Heinz Schöch*, Die Todesstrafe aus viktimologischer Sicht, in: Heinz Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung, 2007, S. 865 ff., 870.

³⁹ Dazu näher *Franz Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 27 ff.

罰に含まれているが、しかしそれは普遍性を帯びた正当な刑罰という枠組みの中でのみ認められるのである。普遍的な規範の確証という社会的な任務に方向づけられた刑法体系は、すでにこのような社会的な課題のゆえに個々の市民の持つ何らかの極端な反感を基準としてはならないのである。このような視座は、殺人事件のような重大な犯罪に対しても感情的な反発をコントロールするには、長期または終身刑で十分機能するという考察によって裏付けられている。このことは死刑廃止に対するドイツやほぼ全ヨーロッパ諸国での冷静な反応にも見て取れるのである。

IV. 最後に：死刑に反対する主要な論拠

最後に、そして補足ながら、死刑に反対する議論の中で用いられる論拠を今一度、想起してみたい：

この世の正義には、エラーがつきものである。死刑を執行した後では、間違った有罪判決は最早有効に正されることはない。例えば、DNA 分析という新しい立証方法は、アメリカにおいて、いかに大規模な司法の誤りが、重大犯罪においても起こり得るものであるかということを明確に示した⁴⁰。他の刑事手続規定をもつ国々においては、間違いはより少ないであろうと考えるにしても、それは、誤判のリスクの問題を限定的に緩和するに過ぎない。

死刑は人間の生命の価値を相対化するものである。謀殺に対して厳格な刑罰を科すことによって人間の生命の価値を強調するという目的と矛盾し、間違っているのである⁴¹。死刑に反対するこのような論拠は、ドイツの刑事政策的な

⁴⁰ Vgl. etwa *Arthur Kreuzer*, Die Abschaffung der Todesstrafe in Deutschland – mit Vergleichen zur Entwicklung in den USA, in: *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 8/2006, 320 ff., 322; *Samuel R. Gross/Michael Schaffer*, Exonerations in the United States, 1989-2012. Report by the National Registry of Exonerations (Internet-Veröffentlichung), Juni 2012, S. 18 ff.; vgl. auch schon *Edurard Dreher*, Für und wider die Todesstrafe, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 70 (1958), 543 ff., 559 ff.

⁴¹ Vgl. auch *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, §71 I 2; *Arthur Kreuzer*, Die Abschaffung der Todesstrafe in Deutschland – mit Vergleichen zur Entwicklung in den USA, in: *Zeitschrift für*

議論において、とりわけ、人間の尊厳の保護という観点のもとで主張される⁴²。国家の任務は人間の尊厳を保護する（基本法1条1項）ことであり、このことは、将来的な基本法102条の修正の可能性とは全く別に、死刑を再導入することは排除されなければならないということの憲法の中心的論拠であると考えられる⁴³。

【訳者あとがき】

本稿は、2012年10月19日（金）14時45分から本学法学部で行われたフランツ・シュトレング（Franz Streng）教授の講演を翻訳したものである。当日は、刑事法スタッフをはじめ、札幌近辺の刑法学会会員、本学大学院生、そして多数の学部生が聴講し、講演に引き続いて行われた質疑応答でも活発な議論がなされた。

シュトレング教授は1947年生まれで、ヴェルツブルク、ベルリン、ハイデルベルク大学に学び、1974年にハイデルベルク大学のレフェレンツ教授に提出した『性犯罪に関する心理分析理論』で博士号を取得、同大学助手を経て、1983年に教授資格論文『量刑と相対的正義－量刑の相違についての法的・心理学的・社会学的視点の研究』を提出し、1985年にハイデルベルク大学教授に就任、1987年からコンスタンツ大学、そして1991年からエアランゲン＝ニュルンベルク大学に籍を置いている。2000年にはアテネ大学から名誉博士号を授与されて

internationale Strafrechtsdogmatik 8/2006, 320 ff., 322; zu kontraproduktiven Effekten *Richard Schmid*, Der Streit um die Todesstrafe, in: Gewerkschaftliche Monatshefte 11/1958, 660 ff., 668 f.

⁴² Vgl. dazu etwa Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt) 41, 317 ff., 325; *Gabriele Kett-Straub*, Die lebenslange Freiheitsstrafe, 2011, S. 17; relativierend aber *Eduard Dreher*, Für und wider die Todesstrafe, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 70 (1958), 543 ff., 562 ff.

⁴³ Vgl. dazu etwa *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, §71 I 1; *Michael Sachs*, Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 102 Rn. 7; *Rupert Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, 65. Aufl. 2012, Art. 102 Rn. 29 ff.; *Philip Kunig*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 102 Rn. 18.

いる。また、ドイツ少年裁判所協会執行委員会委員および同北部バイエルン地区首席代表、バイエルン州行刑専門委員会委員を務めている。重点研究分野は、刑事実体法、少年刑法、犯罪学の多岐にわたる。

本講演のテーマである死刑についてはわが国でも賛否両論で議論が激しい。他方、ドイツは憲法たる基本法によって「唐突に」死刑が廃止された経緯がある。好むと好まざるとにかかわらず、死刑廃止は世界的潮流であり、このような状況の中で、わが国の刑事司法の取る選択は諸外国の注目を浴びていると言っても過言でないであろう。本講演においてシュトレング教授は死刑に対するドイツでの世論の動きと死刑に代わる刑罰の理論的な整合性を展開しており、わが国における死刑制度をめぐる議論に大きなインパクトを与えるものと思われる。

なお、シュトレング教授の今回の北大訪問については、慶應義塾大学理事井田良教授のご尽力に負うところが多い。井田教授はシュトレング教授と旧知の仲で、北海道への来訪経験の無いシュトレング教授のために、特にこの旅程を提案された。北大法学部にとっても替え難い機会を準備していただいた井田教授には特に感謝申し上げたい。