

# 死刑存廃に関する一考察 —唐と日本における法制史的検討—

孫 璐・吉中 信人

はじめに

1. 唐における死刑廃止
  - (1) 唐における死刑廃止とその背景
  - (2) 唐における死刑廃止の結果
2. 平安時代における死刑廃止
  - (1) 弘仁の死刑廃止
  - (2) 死刑廃止の原因についての諸説
3. 唐日の死刑存廃に関する論争
  - (1) 唐の死刑存廃に関する論争
  - (2) 弘仁の死刑存廃に関する論争
4. 古今における死刑存廃に関する論争
  - (1) 中国魏晉南北朝における肉刑存廃をめぐる論争
  - (2) 現代における死刑存廃をめぐる論争

おわりに

はじめに

死刑存廃についての議論は既に尽くされていると言われることもある。確かに、重要な論点は既に出尽くしており、あとはどちら側に立つかという価値観ないし背後仮説の違いに過ぎないと考えることも可能であろう。実際、この問題は、それぞれの立場から論拠が示されるものの、議論は平行線をたどり、交わることない状態が何十年も続いているようにも見える<sup>(1)</sup>。しかしながら、死刑存廃論は、ある意味で人類社会における一つの普遍的なテーマとして、歴史的な文脈においても注目されるべき事柄である。例えば、日本の

---

(1) 近年の国際的に重要な出来事として、1989年のいわゆる国連「死刑廃止条約」があるが、日本も中国もこの採択に反対しており、両国内の議論に対してほとんど影響を与えているようには思われない。

場合、死刑を執行されなかった時代は平安時代にも遡る。平安時代における嵯峨天皇の命令によって、大和朝廷が約 350 年に亘って死刑を廃止したことはよく知られているが、その背景と原因の一つと言われているのが、中国の唐における玄宗による死刑廃止であることは、必ずしもよく知られていることではない。

天宝六年（747 年）、唐玄宗は「除絞斬、但決重杖」<sup>(2)</sup> という詔勅を下し、その時代における律令という成分法で規定されている「絞殺」と「斬殺」二つの死刑執行方法を廃止し、代替刑として「重杖」という杖刑が使用されたのである。しかしながら、その「重杖」の杖刑は律令で規定されていた刑罰ではなく、皇命によって作られた一種の慣習法であった。そのため、刑を執行する方法とその刑罰に当たる罪状も明確に成文法として規定されておらず、刑の執行者が自分の意のままに刑を執行したり、執行の途中で執行者を変更したりすることによって、重杖刑の執行途中で受刑者が既に死亡してしまう例も少なくなかった。この唐玄宗による死刑廃止勅令詔勅は、僅か十余年を経て安史の乱をきっかけに、安祿山の部下であった官僚等の処罰によって崩れ去り、やがて歴史の舞台から消えていった。

一方、日本では、弘仁九年（818 年）に嵯峨天皇が賊盗罪で死刑を処せられていた罪人につき、死刑廃止の宣旨を發し、その後、弘仁十三年（823 年）に太政官符によって死刑を別勅で十五年までの徒刑に減刑<sup>(3)</sup> していた。このような法令で、弘仁元年（810 年）に藤原仲成が死刑に処せられてから、保元元年（1156 年）に源為義に死刑を科するまでの約 350 年に亘って、大和朝廷が表面上、死刑を執行せず、賊盗罪からすべての罪状に至って天皇の詔勅により一等減輕するという慣習が続き、死刑者を流刑に処していたのである<sup>(4)</sup>。天宝と弘仁においては、同様に死刑廃止の法令が施行され、死刑の執

---

(2) 刘煦『旧唐书』（中華書局、1975）375 頁参照。

(3) 「減刑」は現行法では恩赦の一種であるが、本稿では「刑の減輕」の意味で用いる。

(4) 宇治谷孟『続日本書紀・全現代語訳』（講談社学術文庫、1992）参照。

行を停止したものの、実際は別の手段と名目で死刑を続けることとなった。

両者の存続時間は異なるものの、その法令が施行された背景、原因、またその両者がもたらした社会的な実態と法的な実質を考察してみると、その道程は異なれども、たどりついた場所は同じだとも言えよう。そこで、本稿では、唐日における死刑存廃の史実を紹介し、法制史的な視点から日中両国における死刑存廃論の一断面を考察してみたい。

## 1. 唐における死刑廃止

中国の法制史において、死刑は歴代の律令に存在する刑罰であり、統治者権威の象徴であったとも言えよう。歴代の皇帝の中で、唯一死刑廃止を発したのは唐玄宗であった。玄宗の死刑廃止勅令は五刑の体系を一新し、死刑を重杖刑に置き換えた。その意味では中国刑罰史上において重要な事件でありながら、法制史学界における研究では、それに関する着目は少なかった。その理由としては、わずか十余年の存続時間であったことと、背後に重杖刑の濫用があったことがその原因であると思われる。従って、現代においても、天宝の死刑存廃に関する論争について、多くの学者はそれを実質上の死刑廃止だとは認めておらず、それはあくまで一時的且つ表面上、死刑執行を停止した政治的な政策にすぎないと受け取られているのである<sup>(5)</sup>。そこで、これに関する研究は、おおむね玄宗が死刑廃止勅令を発した政治的な原因とその背後にある玄宗の法思想をめぐるものである。

### (1) 唐玄宗の死刑廃止勅令とその背景

『旧唐書』、本紀卷九には<sup>(6)</sup>、

「六載正月辛巳朔、北海太守李邕、淄川太守裴敦復並以事連王曾、柳勣、遣使就殺之。丁亥、親享太廟。戊子、親祀園丘、禮畢、大赦天下、除絞、斬刑、

(5) 王謀寅「唐玄宗廢死刑新論」广东社会科学第3期（2018）136-143頁参照。

(6) 刘煦『旧唐书』（中華書局、1975）375頁以降参照。

但決重杖。於京城置三皇、五帝廟，以時享祭。」

とあって、唐の死刑廃止は天宝六年の正月において幕を開けた。その背景を探ってみると、以下の二つに分けられる。

まず、死刑廃止勅を下した時期から見ると、死刑廃止勅令は政治の手段としてよく使われていた政策の一つ、いわゆる恩赦というものである。中国歴代王朝において皇帝が太廟で先祖を祭る伝統的な礼儀制度が存在し、その国家的な慶用の機会に君主の仁慈による特典として恩赦が行われ、君主の仁徳と仁政を主張した上、前君主における悪政とされるものを実質的に正すという機能もあった。唐は赦宥制度が独創的に発展した時代であり、その中では大赦と曲赦と録囚とが分けられていた。恩赦の思想は大化の改新前後に唐から日本へ伝来したとされ、律令には明記されなかったものの、時の天皇の専権事項として存在した。『資治通鑑』の記述から統計をとると、唐における大赦は全部で150回、平均1.93年に一回行われていたのである。玄宗治世の45年間、20余回も恩赦が行われ、唐の歴代皇帝の中でも頻繁に恩赦が行なわれたのである<sup>(7)</sup>。玄宗が恩赦を治世の手段として行った理由としては、まず、玄宗が即位した頃の唐王朝は非常な混乱のさなかにあり、則天武後の時代から続いた政権の混乱を終息させるため、またそれを正すために恩赦を政治的な手段として用いたものと考えられる。尚、玄宗治世の後半、「開元の治」と称された唐の絶頂期を過ぎ、玄宗は徐々に政治に倦み始めた。特に天宝年になって、再び混乱に陥る局面に対して、世の中を治める必要があったことが考慮され、恩赦が治世の手段として使われたことが推測できよう。実際、天宝に入り、天宝元年から天宝六年までの間、玄宗による恩赦は6回も行われ、平均1年に1回の頻度で行われた。玄宗治世の45年間においても、ピークの時期であった。

そのほかにも、玄宗個人の思想を研究すると、玄宗は老子を宗室の先祖と

---

(7) 司馬光『資治通鑑』（中華書局、1976）7032以降参照。

して尊崇する唐においても、とりわけ道教を尊重した<sup>(8)</sup>。玄宗個人の道教思想も死刑廃止に影響を与えたものと思われる。道家思想の根本概念の一つである「無為」の影響で、玄宗が刑罰に対して「刑清而訟息」<sup>(9)</sup>を主張していた。それはすなわち「和を以て貴しとなす」ことであり、調停することによって、必要でない訴訟を避けるべしという理念である。

## (2) 唐における死刑廃止の結果

唐の死刑廃止勅令は実際に刑罰を減輕する効果を持たず、なお犯罪抑止力という法的な効果を生じなかったと考えられる。「五刑」は中国夏商周の時代から伝わってきた刑罰体系であり、隋に至って、「笞、杖、徒、流、死」の新しい五刑が成立するようになり、これが唐の時代においても引き継がれる事となった。「五刑」に関する解釈方法の一つは「五行」という古代中国に端を発する自然哲学の思想で行われるものである<sup>(10)</sup>。その解釈により、「五」という数字が中国刑罰史上に特殊な意味をもたらされてきたのである。現代においても、刑罰の種類は変わったとはいえ、刑罰の数は相変わらず「五」のままであることは、古代の刑罰体系において刑の種類が「五」で引き継がれる事の影響を受けてきた可能性も推測できる。その「五刑」を「四刑」に一新する玄宗の勅は、昔から引き継がれた伝統的な刑罰体系を崩すことになった、それが死刑廃止が難航した原因の一つとも思われる。

しかし、法理上において、玄宗が下した詔勅は律という制定法の規定と矛盾していた。法を適用する際に絞刑と斬刑を廃止した勅を適用すべきか、あるいは中国のみならず東アジアでの律令体制の重要典籍となる唐律を適用すべきかについて、『唐会要』卷三十九には「前略。今准勅、除削絞死、唯有四刑、每定罪須將死刑、不免還計斬絞、勅律互用、法理難明。」<sup>(11)</sup>とあって、即

(8) 刘煦『旧唐书』（中華書局、1975）375頁以降参照。

(9) 董浩『全唐文』卷三十（中華書局、1983）337頁参照。

(10) 蕭吉『五行大義』卷二（學苑出版社、2014）参照。

(11) 王溥『唐会要』卷三十九（中華書局、2017）参照。

ち明確な規定がなく、律と勅の混用することによって、判決の公平性及び公正性を欠くことが指摘される。現代の法律において、特別法優先の原則によれば、一般法と特別法とで法が或る事柄に関して異なった規律を定めている場合には、その事柄に関しては一般法の適用が排除され、特別法が優先して適用されるが、唐においても律令格式4種の法典体系、言わば「一般法」が成立した。律が制定法の中核で、笞、杖、徒、流、死の五刑を中心とする懲戒法、令が行政法規を主体とする行政法、格は皇帝の詔勅を法典化したもので、律令に対し改訂及び追加法の役割をにない、式は主として令の細則である。中唐以降は勅、格に重点が移り、その中には、実際に律の本文と異なる場合がある。それは勅、格は現行において有効な法令を採るという方針から、同時に既に無効とされた制定法である律の条文を増補・削除することで、有効な法令の体系を維持するためである。こうして、勅と格は特別法として優先して適用されていたが、一方、勅と格を頻繁に頒布することは、王権の法律に対する行政的な関与だとも捉えられる。

## 2. 弘仁における死刑廃止

### (1) 弘仁の死刑廃止

『養老律令・賊盜律』には<sup>(12)</sup>

「凡強盜。不得財。徒二年。一尺徒三年。二端加一等。十五端及傷人者絞。殺人者斬。其持仗者。雖不得財遠流。十端絞。傷人者斬。」

と強盜罪について規定され、さらに、窃盜については、

「凡竊盜。不得財。笞五十。一尺杖六十。一端加一等。五端徒一年。五端加一等。五十端加役流。」

弘仁九年、宣旨（弘仁十三年格）

「犯盜之人、不論轻重皆配役所者、使等偏執此旨未定年限、罪無輕重命終役

---

(12) 井上光貞『日本思想大系・律令』（岩波書店、1977）130頁参照。

所、天絶者難更續死者不再生、望請明定節文依限断使、漢請處分者。」

弘仁十三年、太政官符

「前略。自今以后。宜犯徒一年者加半年。犯二年三年者各加一年。杖罪以下。只徒一年。若犯二流者。各役六年。其犯死罪別勅免死十五年為限。<sup>(13)</sup>」と規定されていた。

このように、『賊盜律』における科刑基準について、盜犯に対する刑罰は養老律の方が、母法である唐律より厳しかったのは明らかである。さらに、強盜と窃盜について徒刑から斬刑、また笞杖刑から流刑までの刑罰を処せられた。

一方、弘仁九年の宣旨では、強盜と窃盜を一括し、賊盜犯を罪の輕重を問わずに配役した。さらに弘仁十三年の太政官符では杖刑以下の笞刑を徒刑一年、徒刑一年を一年半、二年を三年、三年を四年、流刑を徒刑六年にした上、死刑を十五年までの徒刑にしたのである。すなわち、詔令と格のような法令を通じて本来律令で定められた五刑体系を徒刑だけの刑罰体系に一新したと思われる。

## (2) 死刑廢止の原因についての諸説

弘仁の死刑廢止を取り扱った先行研究によると、弘仁における死刑廢止の原因に関する諸説は大体以下の如くに分けられる。

第一は、日本人の温和な国民性に依拠する説である。この説を主張したのは滝川政次郎博士と石井良助博士であった<sup>(14)</sup>。両博士の主張によれば、日本人の性格は温暖な気候と明媚な環境の影響で、酷な風を好まない。したがって、外国法継受に当たってもその刑を輕減することが通例であった。弘仁における死刑廢止についても、国民の性格が望んでいた結果だと思われる。

第二に、弘仁死刑廢止の直接原因は、唐における死刑廢止だとよく言われ

(13) 黑板勝美編輯『国史大系第二十五卷 類聚三代格』（吉川弘文館、1936）参照

(14) 滝川政次郎「日本法律生活の特質」（日本法制史研究所）、石井良助『刑罰の歴史』（明石書店、1992）51 頁参照。

ている<sup>(15)</sup>。弘仁の死刑廃止はこれまでの大宝、養老律令編纂と同様に、唐の法律に倣ってもたらされたものであり、更に嵯峨天皇個人として、唐の文化に心酔していたのは周知のことであり、玄宗に倣って死刑廃止法令を発した可能性もある。しかし、もし嵯峨天皇が単に唐制に倣って日本の国情に合わない命令をした場合、それは素早く立ち消えになったのであろう。従って、弘仁の死刑廃止にはもっと深い原因があると考えられる。律光三津夫氏がその理由を、「平安朝時代に流行を極めた死穢忌避の思想と怨霊恐怖の思想とに求めうる」と指摘した<sup>(16)</sup>。

第三に、前述の律光三津夫氏の怨霊恐怖思想のように、死刑廃止を宗教と関連付けて考えることは、世界的範囲における傾向だと言えよう。死穢忌避と怨霊恐怖以外にも、仏教の平安朝における復興もその原因の一つに数えられる。平安朝において、奈良時代に続き、「鎮護国家思想」（仏教によって国政を安定させる）が強くなり、そして、桓武天皇の時代になって、中国から「新しい仏教」を導入し、遂に「平安仏教」も誕生した。必然的に政治と仏教の関係が深くなっていった、このことが嵯峨天皇の死刑廃止法令にも影響を与えたことは十分考えられることであろう。

### 3. 唐日の死刑存廃に関する論争

#### (1) 唐の死刑存廃に関する論争

現代において、死刑存廃論の主張者は、しばしば唐の死刑廃止を世界最初の死刑廃止運動としている。その理由は、『唐会要』卷三十九に、

「天宝六载正月十三日勅、自今已後、所断絞斬刑者、宜删除此条、仍令法官约近例、详定处分<sup>(17)</sup>。」なる一文に見えている。玄宗は律の条文から絞、斬刑の記述を削除し、律の条文編纂において完全な死刑廃止を実現したと言えよ

---

(15) 利光三津夫『律の研究』（明治書院、1961）332頁参照。

(16) 利光三津夫『律の研究』（明治書院、1961）313-334頁参照。

(17) 王溥『唐会要』卷三十九（中華書局、2017）325頁参照。

う。

一方、唐の死刑廃止は本当の意味での「廃止」であるのか否か、なお疑問が残されているとの指摘もある。律光三津夫氏は『律の研究』において、「唐の死刑廃止は極めて短命であり、死刑を停止している時期に、刑清どころか、濫刑の行われた時代でもある。」と指摘していた。更に、約三百年後の宋の史学者である馬瑞臨が『文献通考』において、玄宗の杖刑を次の如く批判している。

「重杖、痛杖之律，只曰一頓，而不为之数，行罚之人得以轻重其手，欲活則活之，欲毙則毙之。今重杖、痛杖之法，乃出入乎生死之？，而使奸吏因缘为市，是何理也？至於当绞、斩者皆先决杖，或百或六十，则与秦之具五刑何<sup>(18)</sup>。」

即ち、当時死刑の代替刑として使用された杖刑は、重杖と称せられる律令の制限を超えた太い杖を用いるか、又明確な杖数を決めずに律令の制限を超えた杖数を加えるかして、囚人を死に致すことである。本来、唐律においては囚人に加える杖の数、長さおよび執行方法が法定されているが、その制限に拘束されない重杖という杖刑は、実質において、絞殺と斬殺の死刑、更に秦の酷刑と異なるところがなく、まさしく、より残忍な杖殺刑になっていたと思われる。

そのほかにも、馬瑞臨が批判したのは杖殺の他にも「賜死」という死刑の一種は、死刑廃止の間にも使用されたとのことであった。賜死というのは君主が臣下、特に貴人に対して自殺を命じる特殊な刑罰であり、民衆全般に適用されるのではなく、官僚や貴族に対する死刑の執行方法であったが、実際に死刑廃止の間に賜死によって殺された例が存在している以上、死刑廃止は実質上は行われなかったといえる<sup>(19)</sup>。

## (2) 弘仁の死刑存廃に関する論争

(18) 馬瑞臨『文献通考』卷一百六十六(中華書局、1987)1640-1651頁参照。

(19) 馬瑞臨『文献通考』卷一百六十六(中華書局、1987)1640-1651頁参照。

死刑の停止又は廃止は、人類社会の一つの理想であり、唐が世界最初の死刑廃止国であるとし、その影響を受けて三百年に亘って行われなかった日本弘仁の死刑廃止は世界歴史上においても稀なる事実であるとも考えられる。

しかし、それは果たして死刑執行の全面停止を実現した制度なのか否かについて疑義を呈する説が存在していることもまた事実である。『大日本史』によれば、「自弘仁誅仲成、三百四十余年、公卿無一人抵大辟者」<sup>(20)</sup>とあって、江戸時代の合理主義歴史学者が、弘仁の死刑停止は公卿のみに対して死刑が行われなかった、という、限定された意味における死刑廃止に過ぎなかったのだという説を主張した。これに対し、律光三津夫氏の『律の研究』においては、それを「これは合理主義に基づいて、史料に基づかない史論であって、王朝時代に、庶民にたいしても死刑を実行しなかったという史料は存在している」と反論している。一方、律光氏はその事実の性質を「死刑廃止」ではなく、「死刑停止」と呼ぶべきことを主張したが、その理由として述べられたのは「廃止」を呼んでいるのは史家の不確定性であって、現代の法律用語において停止と廃止とは明確に区別されているのであり、停止には期限付きのものと無期限なものもあって、廃止は完全消滅を意味する。故に、「弘仁の死刑停廃が停止であったか、廃止であったかは、これを見極めておく必要がある。」と指摘された<sup>(21)</sup>。具体的な事件について、天皇の詔勅で死刑を免除せられたことが慣例となって、死刑を執行しない不文法が出来上がったのであるから、それは「停止」を以て呼ぶべきであると律光氏はその理由を説明している。しかし、それを史的な視野から見れば、弘仁の死刑停廃止は天皇の宣旨によって公布されたものであって、法的拘束力を持つ朝廷の正式な文書の一つである。この意味では、弘仁の死刑停廃は不文法ではなく、律と令を補充するための「特別法」であるといってもよい。更に、宣旨は詔勅の変体で、

---

(20) 徳川光圀編集『大日本史』（吉川弘文館、1918）参照。

(21) 利光三津夫『律の研究』（明治書院、1961）306頁参照。

律令制度では公式令において詔書と勅書の書式が定められている。この点において、弘仁の死刑廃止を以て「廃止」と呼ぶことは問題がないものと考えられる。

しかしながら、弘仁の死刑廃止が、法律の書式において「廃止」と呼んで問題がないとしても、その結果と実質上においては、「廃止」というよりも、死刑執行に対する一時的な停止だと捉えたほうが妥当ではないかと思われる。確かに、律光氏が述べるように、弘仁の死刑廃止により庶民に対しても死刑を執行しなかったという史料は存在しているが、これに反して、死刑を執行した史料も存在している。検非違使と使庁の設立が何よりの証拠であった。

検非違使は平安時代の弘仁七年（816 年）が初見で、その頃に設置されたと考えられている。当時の朝廷は、桓武天皇による軍団の廃止以来、軍事力を事実上放棄していたが、その上、嵯峨天皇の宣旨によって、寛刑の点において犯罪抑止効果の低下する死刑廃止詔勅が実行された。その結果として、盗賊、群盗をはじめ悪党が増えつつ、治安が悪化する一方であった。それを解決するため軍事・警察の組織として検非違使を創設することになった。ここでは、「盗賊横行」の京中治安に鑑み、複雑且つ犯罪抑止効果の低い律の刑罰体系に対し、使庁の簡略化した科刑方針と、朝廷の減刑傾向に反する厳格な刑罰方針を採用した。<sup>(22)</sup> その中では「決杖七十」<sup>(23)</sup> のような度重なる死刑求刑に見て取れる厳罰主義の証左もあった。

また、律令制の下で、平安朝が唐の国家機構を倣って二官八省という官制を創設し、よって、裁判権、警察権及び中央行政の監察権を、天皇から、それぞれ刑部省、弾正台、各官司に分散したが、それも嵯峨天皇時代に令外官として検非違使が創設されて以来、徐々に権限を奪われ有名無実化していった。

(22) 経済雑誌社編『国史大系第 4 巻 日本三代実録』（経済雑誌社、1897-1901）1030 頁以降参照。

(23) 源高明『西宮記』卷二十一（国立図書館コレクション）参照。

このように、弘仁の死刑廃止が公布された理由は、単に国民性の問題であるとか、唐の影響あるいは仏教や神道の影響であるとかというだけでなく、檢非違使と使庁を設立することを通じて、権力を再び天皇の掌中に集約することに重要な理由があり、また密接な関係を持つ事柄であるといえるのである。

#### 4. 古今における死刑存廃に関する論争

##### (1) 中国魏晉南北朝における肉刑存廃をめぐる論争

死刑の廃止は人類社会の理想であって、厳密に言えばこのような刑罰存廃に関する論争は唐に始まったものではなかった。中国漢代から約三百年に亘って肉刑（肉体を損なう刑）の存廃に関する論争が行われ、特に魏晉南北朝時代において宮廷を二分したと言われるほど刑罰論争が白熱した。

##### ① 肉刑廃止側の主張

中国の漢文帝時代に「緹縈上書」<sup>(24)</sup> という事件をきっかけとして、文帝が肉刑を廃止して他の刑に代えるよう詔を下し、肉刑の法は廃止され、「笞杖」刑を代替刑として使用することとされた。景帝の時代において更に「笞杖」の執行方法と「笞杖」の数について修正する『箠令』が公布された<sup>(25)</sup>。それが以後長い歳月に渡る肉刑存廃に関する論争の伏線となった。魏晉南北朝の論争において肉刑廃止を押し通すべきだと主張された主な論拠は三つに分けられる。

---

(24) 文帝前13年、淳于意は罪があって長安の詔獄に下されることとなった。彼には娘が5人おり息子がおらず、逮捕され長安へ連行される際に「子を生んでも男がいなくていざというときに役に立たん」と娘を罵った。娘の一人緹縈は父に随行して長安へ行き、「刑を執行されてしまつては取り返しがつかないので、自分が奴婢となって父の罪を購いたい」と上書した。文帝は感動し、肉刑を廃止して他の刑に代えるよう詔を下し、肉刑の法は廃止された。

(25) 班固著『漢書』卷二十三刑法志（中華書局、2007）参照。

第一、肉刑は人の体に終身にわたる苦痛が与えられ、刑を執行されてしまつては取り返しがつかない。

第二、肉刑執行により労働力が減少し、当時の生産生活に支障を与える可能性がある。

第三、肉刑廃止は「仁徳」と称され、民衆を綏撫するために、政治に対する肉刑を復活することは暴虐な政治だと思われている。

## ②肉刑存置(肉刑肯定)側の主張

肉刑廃止に対立し、班固を始めとする肉刑肯定の思想とそれに関する諸説も存在していた。

第一、「外有輕刑之名，内實殺人」、即ち肉刑を廃止したものの、その代替刑として執行された笞杖刑は死刑に等しいと班固は主張した。景帝の時代において笞杖の数を減少し、刑具の基準を法によって統一したが、まだその笞杖数<sup>(26)</sup>は人体の限界を超えるものであって、刑の実行完了前にすでに囚人を殺してしまった事例も挙げられていた。

第二、肉刑を廃止することは刑罰体系において、不合理なものである。肉刑を廃止したことによって刑罰体系に断層が生じたと主張する学者もあった。本来は死刑に至らない罪状に対し、死刑を適用すれば刑罰が重くなるが、肉刑以下の刑罰を適用すればまた刑は軽すぎることとなった。

第三、肉刑は死刑と同様に、民への威圧の意味においても犯罪抑止効果が強く、社会の秩序を保つ役目を果たすこととなる。

肉刑存置と同様に、現代社会において死刑存廃に関する論争も絶えず続いている。死刑を全面に廃止できない理由は恐らく肉刑を廃止した時に直面した「適切な代替刑が存在しない」だと思われ、その難題が今も残されている。

## (2) 現代における死刑存廃をめぐる論争

---

(26) 文帝の肉刑廃止において、劓(はなそぎの刑)を笞杖三百、斬左趾(左足を切る刑)を笞杖五百に変えた。その後景帝の時代において笞杖の数を二百に減少し、更に刑具の基準を法によって統一した。

それでは、現代における死刑存廃をめぐる論争についてはどうであろうか。時代背景や社会状況が異なり、必ずしも直截にこれまでの史的考察と結び付けられるわけではないものの、根底では古代の議論と実質的には共通するものもあるため、以下、中国における議論をもとに、概観しておこう。

#### ①死刑廃止側の主張

第一、死刑は野蛮であり残酷であるから廃止すべきである。

現代における死刑は前述したような耳を削ぐまた足を切る残酷な刑罰とは異なるが、人権への損害また否定ということは変わらないのである。

第二、裁判によって冤罪の可能性がある以上、死刑を廃止すべきである。

死刑が取り返しの付かない極刑であり、人間の命と尊厳に関わる刑罰であるがゆえに、死刑における誤判の可能性は無視できない。また、冤罪の責任については、その国家公権力を執行した機関（裁判所、警察、検察など）が負うべきであるが、死刑はその性質上本来的にその責任を負うということを放棄しているのではないかという問題がある。

第三、死刑廃止は国際的な趨勢である。

統計<sup>(27)</sup>によれば、2018年12月31日まで、刑罰として死刑がなく、すべての犯罪に対して廃止したのは106カ国、通常犯罪のみ廃止し、軍法下の犯罪や特異な状況における犯罪のような例外的な犯罪にのみ、法律で死刑を規定したのは8カ国、殺人のような通常犯罪に対して死刑制度を存置しているが、過去10年間に執行がなされておらず、死刑執行をしない政策または確立した慣例を持っていると思われるのは28カ国、死刑を存置しているのは56カ国である。このような背景から、国際学界において死刑廃止はもはや慣習国際法となっていると言われることもある。

しかしながら、この理由に関しては、死刑廃止はまだ慣習国際法とは呼べ

---

(27) 国際人権 NGO アムネスティ日本 AMNESTY サイト、「死刑廃止国・存置国詳細リスト（2018年12月末）」（[https://www.amnesty.or.jp/human-rights/topic/pdf/DP\\_2018\\_country\\_list.pdf](https://www.amnesty.or.jp/human-rights/topic/pdf/DP_2018_country_list.pdf); accessed on 15.08.2019）参照。

るものではないと思われる。慣習国際法が成立する要件としては、同様の実行が反復継続されることにより一般性を有するに至ることと、国家その他の国際法の主体が当該実行を国際法上適合するものと認識し確信して行うことの二つが必要だと考えるのが一般的である。即ち慣習国際法には、統一性、広域にわたる適用性また代表性を持たなければならない、ここで紹介した死刑廃止国と存置国のリストから見れば、死刑廃止はまだ慣習国際法とは程遠いことは明らかであろう。もっとも、死刑廃止は一つの国際趨勢として位置づけられるのは確かである<sup>(28)</sup>。

第四、死刑には犯罪抑止効果はなく、むしろあえて犯罪を誘発する可能性がある。

功利主義の提唱者ジェレミ・ベンサム的主張に従えば、死刑の執行を通じて犯罪に関わる証拠を消され、その誘惑によってあえて人を犯罪者にするかもしれない。それはつまり、死刑をされるのは犯罪者である可能性もあるが、一方全く罪のない人（「無辜」）を罰する可能性もある、即ち冤罪ということである。その可能性（利益）の誘導によって、「悪人」は虚構の証拠を利用し実質に裁判をコントロールしかねない。死刑はすべての刑罰において、唯一すべての証拠を消す刑罰であるが、ほかの刑罰にはこのような「悪」は存在しない。

## ②死刑存置側の主張

### 第一、犯罪抑止効果。

前述したように、ジェレミ・ベンサムによれば死刑には犯罪抑止効果がなく、犯罪を誘発する可能性がある」と指摘したが、それはあくまで功利主義の視点における論拠である。民への威圧と社会秩序を保つ側面では、死刑の犯罪抑止効果は確かに存在すると思われる。『宋史』巻二百一に見える司馬光の

---

(28) 石玉英、温曉莉「「禁止死刑」是否已足國際習慣法」法治論叢第 22 卷第 4 期（2007 年）68-72 頁参照。

言には「殺人者不死、雖堯舜、不能以致治。」<sup>(29)</sup>とあって、死刑をもって人倫を正し、国を治める重要な手段として認めている。

#### 第二、 被害者・遺族感情を考慮した死刑の執行。

日本と中国も同様に、因果応報という思想が存在している。律令制において親族のための復讐は認められ、『唐律』においては尊親族を殺した人と和解することは禁じられ、更に和解した場合は流刑に処せられていた。現代社会においても情状酌量の余地のない殺人を行った犯人が終身刑で生き続ける不条理は、遺族にとっては終わりのない苦痛であり、殺人の被害者遺族には、一般論として死刑賛成の例が多いことがよく知られている。

第三、 死刑存廃は一国の内政であり、廃止あるいは存置の政策決定はその国の国情と社会実態によって決めるべく、死刑廃止の賛成国は国際潮流論を根拠として干渉するべきではなく、死刑を維持している国にとっても国際潮流論にとらわれることなく、死刑の是非はあくまで法の正義の観点からのみ論じられるべきである。慣習国際法であるとする論拠も、既述のような見地から否定されるべきである。

### おわりに

以上、論述したところによれば、唐が世界最初の死刑廃止国と称されることに対しては、その存続時間、背後の原因と重杖という代替刑によって実質的には死刑が存在したことに鑑みれば、当の死刑停廃は、これを「廃止」だとは言いがたい。

この点、弘仁の死刑廃止は約三百五十年に亘って大和朝廷が表面上死刑の執行を停止していたのであるが、その動機や検非違使が独断で死刑を実際には執行していたところから見れば、やはり、天下の公法である律に依拠した死刑は行わないというだけであって、事実上の死刑は存続していたのである。

---

(29) 脱脱『宋史』卷二百一（中華書局、1987）4991頁以降参照。

こうした史的考察からすると、死刑存廢の論争において注目されるのは、死刑を廢止すべきなのか、はもちろんであるが、死刑を眞の意味で廢止できない理由、あるいは死刑の復活を許してしまう理由である。結論を述べれば、それは中国漢代から長い間繰り返されていた肉刑存廢と同様に、適切な代替刑を見つけることができなかつたところに求められるだろう。もし国情に合わず、国民の生活感情と反するものを無理矢理に代替刑として採用・執行すれば、それは素早く消えていくに違いない。すなわち、国情や生活感情に合致しない代替刑であれば、そもそも死刑の代替足りえないのである。このような社会において、死刑廢止を可能とするためには、それに等価な代替刑の存在が必要である。逆に言えば、国情や生活感情が死刑を望まない社会となれば、それに代替する刑罰の導入も必要ではなくなるという論理も可能である。EU諸国など、死刑の廢止を維持している社会では、代替刑の存在を問題にすることなく、死刑という刑罰の価値そのものの否定がこれを導いたとみることができるからである。

従って、一口に死刑廢止といっても、その論理には、死刑に一定の価値を認めながらも、同様の効果を担保できる代替刑を導入することでこれを實現する形態と、死刑の価値そのものを否定することによってこれを實現する形態があるように思われる。本稿における考察は、史的観点から主として前者の形態を裏書きしたものであるが、同時にその等価性に疑問が生じたり、逆にむしろそれが死刑維持の実態を糊塗したりするものである場合は、その虚飾性がかえって制度復活を招来してしまうことがあることも指摘しえたいと思う。後者の観点は、恒常的な死刑廢止にとってはより好ましい形態であり、現代における死刑存廢論の中心であるとも言えるが、もし死刑廢止そのものが政策課題なのであれば、国情や生活感情としては死刑維持を望む国や社会においても現実的且つ有効なのは、むしろ前者のアプローチであるかもしれない。しかし、果たしてそのような代替刑の導入が、人道的観点を含めあらゆる観点から現実に可能であるのか、これらを含めた考察については次の機

61 - 死刑存廃に関する一考察（孫・吉中）

会に譲り、一応稿を閉じることとしたい。