

憲法規範の緊張関係：「個人の尊厳」と死刑制度

大隈, 義和
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/2015>

出版情報：法政研究. 61 (3/4下), pp. 431-458, 1995-03-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



憲法規範の緊張関係

——「個人の尊厳」と死刑制度——

大
隈
義
和

- 一 憲法規範の緊張関係
- 二 「個人の尊重」の多義性
- 三 「個人の尊厳」と生命の剝奪
- 四 死刑違憲論の成否

一 憲法規範の緊張関係

近代立憲主義のもとにおいて、憲法は、国民の憲法制定権力により正当化されて存立するが、その現実における成立についてみれば、多かれ少なかれ国民の間のもろもろのグループないし政党間のそれぞれの憲法構想の合力の結果として把握することができよう。いいかえれば、憲法制定における国民のなかの支配的勢力の憲法構想ないし論理をめぐって展開される政治的バーゲニング・プロセスの結果が憲法であるといえよう。⁽¹⁾そして、このことは、一般的な事として、法定立者の論理は当該法典において必ずしも貫徹されるわけではなく、「法の完全な法典化はあり得ない」ことを意味するとともに、法的段階構造の頂点に位置する憲法については、とくにそうであると説明すべき事態であるといえよう。⁽²⁾この意味で、憲法での明白な一義的な規範化は容易ではなく、それだけに一定の時代的情況を背景にして成立した憲法について、可能なかぎり整合的な解釈を探ることの果たす役割には小さくないものがあるといえよう。

繰り返せば、右のようなバーゲニング・プロセスがもたらす憲法規範間の緊張関係に関して憲法解釈論的に考察するについては、一方でそれぞれの当該規範（設定行為）が背後に存する個別の歴史的・経済的・国際的などの状況を映しだしているということと踏まえつつ、他方、関係諸規定との総合的関連を視野に入れることが要請される。ペーターズの言を借りれば「憲法を解釈する者は、通例、憲法中に多数の、内的に結びついたり結びついていない基本原理が定められ、さまざまの政治的基本決定が行われているが、それらは決して孤立的に併存して、個々の場合に解釈者の随意に委ねられているのではないということ、そうではなくて、それらはたとえ相互に矛盾するように思わ

れ、あるいはすくなくとも異なる次元に位置するとしても、同時に相並んで適用され正しい関係に置かれなければならないということ、を知らねばならない」のであり、「具体的な法的事案に『憲法』を適用するにあたって正しい結論に到達できるのは、そのつど憲法上定着された種々の力の合成力を見つけ出し、同時に疑問の解決に関係してくるまさにすべての原理を手もとに引き寄せる者、のみである」⁽³⁾。

この場合、もとより、憲法解釈論を「法の賢慮」として、「法の科学」の論理に徹底的にこだわる必要はないとしたとしても、右のような緊張関係にある基本原理や基本概念についてバランスがとれかつ説得的な解釈を行うについては、可能なかぎりの論理的展開と思想(史的)的・哲学的解明の努力が要請されよう⁽⁴⁾。

ところでこのような憲法原理ないし憲法規範相互の緊張関係はもろもろの場面で想定することができる。

たとえば、樋口教授によれば「国民の自己決定を意味する国民主権(一条)」に関しては、「個人の尊厳(一三条)を核心とする人権保障や硬性憲法(九六条)・憲法の最高法規性(九八条)とその裁判的保障(八一条)が、国民主権をどう拘束するか、国際協調主義(九八条二項)・平和主義(前文・九条)による国家主権への制約が国民主権にとつてもつ意味、地方自治(九二条)と国家Ⅱ国民主権との関係、等々」が緊張関係の問題としてあげられる⁽⁵⁾。

この場合、憲法解釈の相違を考慮にいれば九条と六六条二項(文民規定)の相剋も視野に入ってくるが、さらに前記の九条のように憲法規範とされるものの理解について根本的な意味理解に相違があること——言い換えれば「憲法変遷」——の問題を視野に入れれば、緊張関係についての事例は、憲法規範と憲法現実とにまたがる広がりをもつたものとなる。そのようなものとして、たとえば、国民主権をめぐることは、旧来通説とされた議員の「全国民の代表」性(四三条)と命令的委任の実際的狀況との関わりをあげることができよう。

基本的人権をめぐるても規範相互の関わりをいかに解するかの問題は深刻である。

たとえば、抽象的な原理的問題としては、自由と平等の基本概念について両者をいかなるかたちで関係づけるか、という法哲学的問いが発せられよう。そして、これは、具体的には、例えば、非嫡出子の法定相続分をめぐり、一方で婚姻の自由（二四条）と制度を憲法上尊重しつつ、他方、非嫡出子たる少数者をめぐる個人の尊厳（一三条）および法の下の平等（一四条）が問われるという形で問題の解決が迫られることとなる。⁶⁾

それにしても、立憲主義の理解に関して、人間の尊厳と憲法概念とは相互に密接な関係にあること、いな憲法自体が人間の尊厳を基底とすることが言われるべきであるにも関わらず、この人間の尊厳と矛盾するともみられる規定を憲法がもっているゆえにそれについての検討が必要になる。

そのようなものとして、たとえば右の二四条をめぐっても婚姻に「両性の合意」を要請することは「男女によらない婚姻」に関して人間（個人）の尊厳とどのようにかわって理解されるべきかの問題が提起されることになるが、その最たるものは、人間の尊厳に立脚するとされる日本国憲法のもとで、その前提そのものを否定しることになるともみえる「死刑制度」が採用されていることといえよう。

とまれこのような問題関心は従来の憲法学に当て嵌めれば人権の制約原理たる「公共の福祉」論に接近するが、ここではそれよりもなお限定された形、すなわち憲法規範相互間の矛盾・衝突の問題がとりあげられる。⁸⁾

このことは、「公共の福祉」論がその展開過程において、人権相互の矛盾・衝突に関する調整原理の深化として探られてきたことを思い合わせる時、いま一つの場面を提示することになる。

すなわち、前記事例を例にとれば、そこではひとまず民主権・人権にかかわるそれぞれの例に触れておいたが、人権規定の憲法典内における衝突は人権（規定）の間の問題に限られないということである。

たとえば、国民主権論争にもかかわる国民代表制の問題として、議員の免責特権（五一条）のあり方が改めて問い

直されているが、それによれば、従来のわが国の支配的学説と目される「絶対的免責」論⁹⁾に対して、マス・メディアの驚異的に発達した現代社会における名誉・プライバシーの保護を視野に入れた制限的免責特権論が展開される¹⁰⁾。ここでは「『特権』は、憲法が基底的価値とする人格の尊厳・人格の平等と抵触するかもしれない」ことを踏まえて「憲法の全体構造ないし他の憲法規定と調和する」ような解釈運用が提唱されているが、そこにもみられるように、規範衝突の問題は、当然ながら人権規定相互の関係を越えた、主権問題や国家機構関連規定との整合性をも考慮しなければならぬこと、いいかえれば、人権規定と機構関連規定との再点検の要請をも含んでくることになる¹¹⁾。

このような規範相互の緊張関係を考察するについては、エンギツシュ、ゲルトナー、グロスクロイツの議論によりつつ別の機会に触れておいたごとくそれらのあり方をひとまず以下のように類別することができる。

冒頭に示した憲法制定のあり方から予想される矛盾としては、まず、単に形式的にのみ法的な矛盾がみられる場合がありえる。その一つは用語の不統一を実質とする「法技術的矛盾」であり、いま一つは、「一見相互に矛盾する規範を結合する正しい解釈が、一方の規範が他方の規範に優位すべきことを明らかにする」場合、すなわちエンギツシュのいわゆる規範矛盾のうち「外見的規範矛盾」がここに属するといえよう。

これに対して、実質的矛盾として、目的論的・価値的・原理的矛盾および先の規範矛盾のうち真の意味での規範矛盾が考えられる。

ただ、このような類型に即して憲法各条を類別することは関係条文をいかに解釈するかにもかかわってくるのでその作業は困難をきわめるとともに、類別した上でその矛盾の受け止め方・解消の仕方について考察するにしても、それに先だつより根本的な問いかけとして、一定の価値視点導入後は価値の体系的貫徹がなされるべきとする見解も存し、これにいかにかたえるかについての作業もまた難事といわねばならない。

ここでは、そのような難問にもかかわらず、便宜それらの類型を念頭におきつつ、憲法各条が含む内容に着目して、以下、日本国憲法における緊張の構造についてとくに人間の尊厳をめぐる問題を点検することとしたい。¹²⁾

二 「個人の尊重」の多義性

日本国憲法は、近代憲法存立の前提たる基本的人権の主体（個人）について、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定める（一三条）が、ここで規定される「個人の尊重」は、戦後諸国の憲法（戦前の一九一九年ワイマール憲法一五一条一項、一九三三年ポルトガル憲法六条三号、一九三七年アイルランド憲法前文から、戦後の一九四五年「スペイン国民の権利章典」一条、ボン基本法一条一項など）や世界人権宣言前文および一条が「人間の尊厳」を規定するのとはニュアンスを異にしており、そこに両者の異同が問われることになる。¹³⁾

この異同究明の一つの試み（青柳論文）では、マッカーサー草案作成過程にまで溯って「個人の尊重」規定の処理をめぐる動向が詳細に探られているが、ここでは、枢密院および帝国議会における議論から簡単にこの概念をめぐる憲法制定時の理解を確認しておこう。

第四回枢密院帝国憲法改正案審査委員会において、家族制度（草案二二条）及び生存権の保障（草案二三条）との関連で個人主義ないし個人の尊重との関連について若干の議論がみられるが、帝国憲法改正案が帝国議会へ移ってからは（六月二〇日）、衆議院の帝国憲法改正案委員小委員会で「個人の権威」が「個人の尊厳」に訂正され、草案二

二条が二四条に移されたほかは、若干なりともこの点をめぐる議論がみられたのは貴族院においてであつた。^(14a)

八月二六日貴族院本会議において、高柳賢三議員は、アメリカの成文憲法における人権規定の個人主義的現れ方に對して、背後にある憲法発展史をふまえつつ公共の福祉による制限および「何人も」の意味について質問したが、これに對し、金森國務大臣は以下のように答弁した。

「高柳君は鋭く人格の尊重、個性の尊重と云う点を眼目として……御尋ねになりました。正しく御説の通りでありまして、この憲法は、幾分一九世紀或は更に遡つた所の個人尊重の感じがしないことはありませぬけれども、併し決してそれのみに終始するものではなくして、先ず十分に個人の覚醒に、目覚めて、その個人が健全なる集團生活を営みまする時に守るべき限界をはつきり見定めると云うのが、第三章の眼目とする所であります」と。

また、九月一六日、「個人として尊重される」の意味に関する特別委員会での佐々木惣一議員の質問に對し、同じく金森國務大臣は以下のように答弁した。

「この所は集团的ではない、国民というものは、国家を構成して居る単位としての人間として大いに尊重されると云う原則をここで声明した訳であります。そう特別に深い意味ではない、この原則の発展として、これから出て来る具体的な規定が生れて来る、斯う云う風に考えます」と。

これとは別に、「個人の尊嚴」(二四条)について、九月一八日特別委員会での大河内輝耕議員の質問に對する金森國務大臣の以下のような答弁もみられる。

「ここに云つて居ります『個人の尊嚴』と申しますのは、故無くこれに對して、普通に申します意味の人格を認めないような行き方がいけないと云うことを云つていたのであります^(14b)」と。

以上の発言にみられるように、憲法制定時にはとくに「個人の尊重」と「個人の尊嚴」とが自覚的に區別されたわ

けではなく、「日本国憲法の父たちは、GHQを含めて、『個人の尊重』＝『人格の尊厳』と解していたといえる」との見方があたるのであり、⁽¹⁶⁾ これらの概念の異同及び日本国憲法のとる立場に関する検討は、憲法の全体構造との関わりをなかで明らかにさるべく後世に委ねられたといえよう。

ところで、日本国憲法におけるこのような「個人の尊重」ないし「個人の尊厳」をめぐる解釈のあり方についてもすでに詳細な解明の試みがみられるので、ここでも本稿に必要なかぎりでその大筋を確認するに止めたい。⁽¹⁶⁾

その第一は、憲法制定当初より、通説的にまた判例においても、「個人の尊重」・「個人の尊厳」は等号で結びうるような同義のものと解されているが、その場合詳しい論拠を示す試みは少ないということである。

また第二に、その場合、代表的見解の場合に焦点をあててみれば、「個人の尊重」とは「個人の尊厳」(二四条二項)と同じ意味に解され、個人主義の原理を表明するものとされるが、それは同時にボン基本法一条の「人間の尊厳」規定と同旨のものともされる。⁽¹⁷⁾

このような通説的見解に対し、当初より「個人の尊厳」と「人格の尊厳」を区別する見解(恒藤説)もある。それは「個人の尊重」(二三条)を自由の法理の根源たる「個人の尊厳」の意としつつ、「人間の尊厳は即ち人格の尊厳であり、したがって、あらゆる人間に普遍的な存在性格の持ち主としてのみ、個別的な人間は尊貴性をみとめられる」とするもので、「いわゆる個性と人格性との違いに基づいて個人の尊厳と人格の尊厳の相違を指摘」するものであった。それは、一三条に関してみれば、抽象的孤立的人間像に対比される現代の具体的・社会的人間像を前提にしつつも、自由主義を中心におく意味での個人主義に重点を置くものであった。⁽¹⁸⁾

これとは別に、通説に対して、今日、「個人の尊厳」と「人間の尊厳」を厳しく区別し、別様の理解の仕方を示すものもみられる。即ち、ホセ・ヨンパルト教授はそれぞれの概念を構成する「人間」や「尊厳」等についての言語学

的分析と、ボン基本法との比較憲法的考察を踏まえて、「個人としてわれわれが要求するのは平等ではなく、自由である。この意味では個人の尊重はその自由を尊重することである」とする一方、「人間の尊厳とは、単なる人間の自由や生命ではな(く)」、「『生命』、『自由』を奪っても、その人間の尊厳は奪われない」ものとし、日本国憲法一三条の場合について「ここで問題にされるのは個人¹⁾の尊重²⁾ということであつて、人間³⁾の尊厳⁴⁾ではない。∴アメリカ型の『個人主義』ではあるが、それはなにもまさるドイツ型⁵⁾の人格(人間尊厳)主義ではない」とする。ここでは、二四二条二項の「個人の尊厳」の文言を視野に入れても一三条の個人の尊重については「個人の尊厳」と改称されても、内容的にボン基本法の『人間の尊厳』と同様のものではな(く)」、それとおなじことを読みとるのは、解釈の限界を越えている」とされることになる。⁽²⁰⁾

こうして、日本国憲法における「個人の尊重」をめぐる議論は、ドイツにおける「人間の尊厳」の概念と対比されて、同視され或いは峻別されるが、「個人の尊重」が「天皇制ファッシズムに対する『反作用』としての意味」をも有すること、「個々の人間の国家に対する優越」の意であることに着目すれば、個人主義の現れたる「個人の尊重」と「人間の尊厳」とは同義性こそが前面に現れてくることになる。⁽²¹⁾

ともあれ、日本国憲法とボン基本法の間で想定される現代的人間像に相違はないとしても、なお、両者の間には、イデオロギーの問題として個人主義と人格主義の一定の差異が指摘されており、英米流の前者が「個人と社会の依存関係と同時に緊張関係をみすえ続けようとする」のに対し、ドイツ流の后者は、「個人と社会との有機的関係を重視し、しかも国民主権の下に社会と国家との自同性を想定して、個人の社会政治過程への参与とそこから生み出される具体的制度の動態的展開に関心を示す傾向」がある⁽²²⁾とみられている。基本法の場合、連邦憲法裁判所によれば、「その人間像は孤立化した主権者たる個人ではない。基本法は人の社会関係性と社会拘束性との意味での個人と社会の緊

張について人の固有の価値を損なうことなく解決したのである」と解されるが、この言い方は、一般には、極端な個人主義と極端な全体主義との間にある人格主義の中間線と理解されており、その場合結局個人が固有に価値的であることが不可侵とされることになるのである。^(22b)

この意味で、両者はなお区別さるべく、「『個人の尊重』は、他の人権条項から総合的に判断しても、『人格主義』ではなく、『個人主義』の立場に立つ^(23a)」ともみられるが、ヨンパルト教授が二四条について指摘するように、「すべての個人は人間であるから、人間として、同じ尊厳をもち、またそれが故に平等であるから、この規定は正しく理解され^(23b)」るといふように解すれば、日本国憲法の場合に両者の間の有機的関係ないし融合こそを見いだし得るといえよう。——もつとも、ヨンパルト教授の場合、この補充解釈で得られた理解でもって「第一三条を考え直すのは不可能ではない」が「個人の尊重」(二三条)の原形は破れてしまふとみるのであるが。右に引いた中間線としての人格主義についても実は人格性の実現には人間の一定の権利、とりわけ生命および身体の不可侵などが役立つとみられうるのであり、(各人の平等な)自由が人間性の根源的要素ないし人間の尊厳に固有の原理とされうるということもここで考慮にいれてよいであろう。⁽²⁴⁾

一三条前段の「個人の尊重」の具体的権利性をめぐっては学説もわかれるところで、^(25a)個人の自律の核心に関わる権利は一三条前段により保障されるとして、「二三条前段は、個人の自由を保障する『切り札』としての権利の存在を一般的に宣言した原則的条文として受け取る」という解釈も展開されているように、^(25b)わが国の場合にまったく「ボン基本法と同じことを読み取る」必要もないといえよう。^(25c)個人の尊厳の場合にも、わが国の場合、他の事例——例えば、アングロサクソン型の「法の支配」原理と大陸型「法治国」原理の融合型と解し得る法治主義の場合や違憲審査権との関連でアメリカ型と大陸型との間に独自の混合的形態を読み取りうる司法制度のあり方など——と同様に、独

自の現れ方をしているとみることができよう。

ところで、このように限られた形ではあれ一面において核心に「人間の尊厳」への要請を有する「個人の尊重」は、ひとつの見方によれば、各種人権を「有機的に関連づけ統合的に評価する視点を与える」基幹的自律権としてとらえられ、これを明らかにする一三条から各種の基本的な人権が派生しそれを具体的に実現するのだととらえられる。⁽²⁶⁾

このような仕方に近接するところかたは「人間の尊厳」の場合にも見られる。ドイツにおける「人間の尊厳の多義性」に関する鳥瞰を試みた作業に確認されるように、たとえばデューリツヒは不可侵の人間の尊厳を価値体系の基礎に置くことを試み、また、ニッパードイは一条一項が主観的公権であることに加え、それが後に規定される基本権の基幹・源泉であり、したがって実質的な大本となる基本権であるところとらえることになる。⁽²⁷⁾

このような方向は対象領域を憲法の原理的側面に拡大しても同様にあらわれる。例えば、「人間の尊厳」の多義性を学説の詳細な検討を通して明らかにする試みにより確認されるように、マイホーフアーは人間の尊厳の憲法的保障から法治国家性・社会国家性・民主主義の体系的構成と解釈を敢行して、人間の尊厳の基幹的規範が基本権カタログの基礎だけでなく憲法組織の基礎、さらには法体系一般の基礎をなすとし、ベーレントは人間の尊厳のエッセンスである個人的自律を同時に民主制の成分であり成果であるとする。⁽²⁸⁾

これらの試みにもみられるように、「個人の尊重」と「人間の尊厳」をめぐる理解の相違についてはひとまずおくとしても、人権保障を目的とする近代立憲主義に立つ日本国憲法について、その一三条前段は爾余の個別的な基本的人権が派生する根源的地位にあり、憲法上の価値体系の核心的部分を占めるとみることについては異論をみないであろう。

ところで、このように把握されてきた「個々人の人間としての尊厳」||「個人の尊厳」の解明のためのアプローチに

については、それに関する法規範の存在を所与のものとして法学的に考察するものと、法規範の存在からひとまず距離をおいて哲学的・社会的等の手法により考察するものとが考えられ得るといえよう。⁽²⁹⁾そして、ここでの問題の説明が後者の視点や思想史的背景の検討を抜きにして十全なものとなりえないであろうこともまた明らかであるが、以下においては、主として憲法規範自体に焦点をあて、この概念が日本国憲法の規範的構造においていかなる位置にあるかをいまい少し立ち入ってみてゆこう。

三 「個人の尊厳」と生命の剝奪

憲法の思想的基盤をなす理論の発展、とりわけホブズからロックへの展開の中で把握される近代的抽象的個人（人間）像を前提とする、近代国家における自由権は、この原始的個人を「尊重」することないしは個人主義・自由主義の中心的標識を示すものであったといえよう。しかし、これを起点としてそれぞれの国家の近代化と歴史的体験の深化とともに人間観も変遷をとげ、状況によっては人間の尊厳が強力に意識されることとなったと見ることもできる。

この場合、人間の尊厳の概念内容についてはなお明確ではないが、マイホーファーの言をかりれば、人間像は複雑多岐なものであり、人間存在一般としての人間性、現実の人間としてかかわる社会性、自己存在（単独体）としての独自性、といった側面を有するものとして把握されることとなる。⁽³⁰⁾そして、このような把握からは、人間の尊厳の問題はその保障と尊重に加えて国家の義務的側面をも射程に入れることになる。

ところで、この人間の「尊厳」の問題につきマイホーフアーは、個人にとっての人間の尊厳に関し、生命等の維持条件の侵害は間接的に人間の尊厳に抵触するとし、そこで論じられるのは人間の権利（身体・名誉・所有）の侵害であつて、個体としての人間の存立の根源的前提たる人間の尊厳の毀損そのものではないといふ。⁽⁴¹⁾ ここにもみられるように、尊厳をめぐる問題は厳密に論ずるとすれば確かに生命の維持自体の問題を越える内容として把握されるべきことにならう。すなわち、マイホーフアーのいわゆる人格性と連帯性の基礎がゆさぶられる場合について語られるべきこととなるが、⁽⁴²⁾ それにもかかわらず、そこでもひとまず自由が前提されるという意味で基本的には生命の維持そのものが尊厳の成立のための条件として問題にされてよいであらう。

言い換えれば、人権に憲法上基本権としての保障を与えることの意味は、人が自己実現のために不可譲・不可侵で最小かつ最低限の権利についての規範⁽⁴³⁾を必要とすることにあり、この規範は人たるの固有性を保護し展開することに資するべく規定されるということである。⁽⁴³⁾ したがって、人間の尊厳を憲法に刻印した意味がここにあるとするならば、ドイツにおいても事態は同様であり、ひとまず「人間の尊厳」の問題は生命（の維持）との関わりが問題とされることになる。

ドイツでは、連邦憲法裁判所がはじめて基本法一条を憲法の主要構成原理とし後には同一条一項の根本規範性を語るに至るがなお課題は残されており、すでに一九七六年にクレプファーが⁽⁴⁴⁾つめた形ではないが次のような問題提起を行っていた。すなわち、わが国制の原理的・自由主義的な基本法的性格には見られないが、最高次の憲法的価値⁽⁴⁵⁾に関する問題が意義あるものとするれば、それは生命であり人間の尊厳ではないと。この問題提起に対しては、シュテルンが連邦憲法裁判所判決を引照しつつ展開する次の議論が簡潔に問題の核心を衝いて答えているといえよう。すなわち、わが国制は自由主義的か否かという右の選択肢の立てかたはただしいとはいえず、人間の尊厳との対比において

生命がその重要な基礎たりうるのはそれが人間の尊厳を包含する限りにおいてであり、人間の尊厳は生命を越えるそれ以上の別様のものであり生命域外にも存する現象である。したがって、基本法二条二項は生命への基本権につき同法一条一項を毀損することなく法律の留保を組み込むことができたのであり、生命が侵害されうるのは人間の尊厳に反しない形においてのみであるといふことである。⁽³⁴⁾

ところで、前節に確認した「個人の尊重」と「人間の尊厳」の関係と右のようなドイツにおける議論の展開にも拘らず、わが国における問題として考えれば、一方で憲法一三条が生命等について最大の尊重を要求しているとしても、ヨンパルト教授による解釈の枠を越えるとの言にも見られたように、死刑制度への憲法的対応がいかなるものかについてはなおそれだけでは明らかではないと言わざるをえない。

そこで、つぎに生命の剝奪に関わる日本国憲法の関連規定として三一条および三六条について検討してみよう。

従来、生命の剝奪が法的に正当化される場合としては主として刑罰の一種たる死刑があげられてきたが、その憲法的正当化の第一の根拠とされるのは三一条である。

三一条（制憲時の政府原案二八条）自体がいかなる内容のものであるかは憲法定定過程においてすでに問題とされており、文言上「その他の刑罰」とあることに着目して「刑罰としての生命若しくは自由を奪われる」（貴族院委員会九月一九日、牧野英一議員の質問および木村篤太郎司法大臣の答弁）との意であるとされている。ただ、その上で、国家作用の刑罰としてではなしに生命若しくは自由を奪われる場合の根拠が佐々木惣一議員により質され、木村司法大臣による答弁として「この規定は二つに係って居り……刑罰以外にこの生命及び自由を奪うようなことがあつてもこれはいかぬ」との言が引き出されている。⁽³⁵⁾

しかしながら、今日では、三一条の「法律の定める手続」の意味について、通説的には、「手続」に関して純然た

る手続きを意味するのか実体要件の法定をも含意するのかについての理解になお相違があるとはいえ、内容的には適正な「法律（の定める）」という要求を含むものと解されており、またその要請が行政手続にも準用ないし適用されたとみられることは周知のところである。³⁶ また、この場合、右のような内容はいわゆるアメリカ流のデュー・プロセス条項と同様の意として説明されることとなるが、それは次のように日本国憲法において体系的に位置づけられるような固有の現れ方をしているといえよう。

すなわち、三一条を中心とする近接憲法規範の相互連関としては、三一条を中心に、二九条乃至三二条が相互関係的に把握されうるのであり、³⁷ さらには、憲法の全体的構造として、三一条は（受動的かつ消極的）手続的基本権の総則規定と解され三二条〜四〇条がその各則的展開として続くものとみられうるのである。ここでは三〇条から遡って一八条までの一三カ条が受動的実体権規定として、これらの条文に「均整的配置の妙」をなして前置されるとみることができるのである。³⁸

右のように理解したうえで、なお、三一条自体は、文理的構造として「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ「ず」、又はそ「生命若しくは自由の剝奪のうち刑罰であるもの」の他の刑罰を科せられない」と読まらるべき内容を規定しており、³⁹ 死刑廃止を論ずるについては、ここで主として科刑の場合を想定しうる生命の剝奪を明記していること、およびこの点については既に憲法制定過程においても初めに確認済みのことであったことが見落とされてはなるまい。

ところで、憲法規定上の問題にかぎってのこととして、一三条との関連をひとまずおいてみれば、従来、学説・判例において関心がよせられたのは、右のような三一条と三六条という一見矛盾するかに見える規定のいずれが他を制限づけるかということであったが、この点をめぐっては、最高裁が憲法制定直後の昭和二三年三月一二日大法廷にお

いて展開した死刑合憲判決での意見および補充意見にその解釈における相違を見ることが出来る。即ち、島裁判官他四名は「憲法第三十一条の反面解釋によると……憲法は死刑をただちに残虐な刑罰として禁じたものとはいうことができない。しかし……国民感情は、時代とともに變遷することを免れないので……公共の福祉のために死刑の威嚇による犯罪の防止を必要と感ぜない時代に達したならば……憲法第三十一条の解釈もおのずから制限されて、死刑は残虐なものとして、排除されることもある」という論理展開をする。これに対し右判決の井上補充意見は形式的理論解釋として「憲法第三十六条の字句丈で此の問題を決するのは無理」とみて、「これ等（憲法第十三条および同三十六条——括弧内筆者）を綜合するとその裏面解釋として……人の生命も奪われ得ることを認容して居」り、「若し第三十六条が絶対に死刑を許さぬ趣旨だとすれば……第三十一条に「生命」という字をいれる必要はないのみならず却ってこれを入れてはいけない筈である」と論じる。⁽⁴⁰⁾

このような議論に関し、最近の死刑廃止論者のなかで藤元最高裁判官の場合は三一条の存在を踏まえて「死刑を少なくとも『一般に直ちに』『残虐な刑罰』に該当するものとはいえないし、死刑違憲論はなかなかむずかしい」としつつ、国民感情の変化を説いている補足意見に注目して四〇年以上経った今日「改めて最高裁の判断を求めてみる必要がある」とするが、それは、両条項の関わりについての論理展開の仕方としては制度自体の廃止論にも関わらずむしろ合憲論のそれに近いと見るのできるものといえよう。⁽⁴¹⁾

これに対し、刑法学の側からなお歩を進めた解釈の仕方を提示するものもみられる。

例えばすではやく「憲法一一条乃至一三条の一般規定で、国家は……生命に対する欲求を充たす意思活動の尊重を義務づけられ、ここで既に国家は国民の生命を剝奪することを禁じられている。……公共の福祉ということからは……当人の生命を剝奪してよいとまではいえ（ず）……一一条や一三条の人間の尊嚴の自覚を斟酌して解釈すれば、

現行の死刑は三六条の「残虐な刑罰」に該当する」とする見解がみられ、⁽⁴²⁾ また最近では、刑罰のあり方に関して「これらの規定（『個人の尊重』一三条、『残虐刑の禁止』三六条、『奴隷的拘束の禁止』一八条——括弧内筆者）は、苦役としての刑罰や死刑をも、もはや『残虐で人間の尊厳に反する刑罰』として否定する趣旨を含むに至っていると解するのが合理的」とする見解も現れている。⁽⁴³⁾

これらの試みのいずれも、ひとまず、互いに矛盾するように思われる三一条と三六条との関係について、三一条を一般規定、三六条をその特別規範とみて三六条の解釈が三一条解釈を枠づけるとする立場としてまとめることが許されようが、⁽⁴⁴⁾ このような理解の仕方を、とりわけドイツでの「人間の尊厳」の概念との対比から詳細に論じたのが先述のヨンパルト教授の議論である。

ヨンパルト教授は「実定法の条文を解釈する前に、先ず、当該問題に関する諸命題を内容的に考えて整理し、その後実定法の解釈作業に入る」という人間哲学的方法論にしたがい、平和主義との関連から、「実定法の立場だけから見ても」死刑制度の存続は「現憲法と矛盾するか、あるいは、少なくとも円満に調和していない」という解釈論的帰結を引きだしている。⁽⁴⁵⁾ ヨンパルト教授の場合、「『人間の尊厳』よりも、その『制度』と国家のものとされるその『権利』の方が尊重されている」という批判にもみられるように、死刑制度廃止の理由として「『はつきりしない理由で人間の生命を奪うのは許されない』というはつきりした原則がある」という点とあわせて、その理由は「直接に『人間の尊厳』と『人命の尊重』にも関連する問題である」ととらえることにある。即ち、死刑廃止論の動機に止まらぬそのための理由を問題にする鋭い論証から、「人間の生命と自由とその尊重は、国家から与えられたものでなく、人間の尊厳に起因するものである」とされるのである。⁽⁴⁶⁾

しかしながら、すでにみたように、同教授の場合、他方では、一三条の「個人の尊重」について、その前段と後段

の一体化から出てくるのは「なににもまさって個人を尊重しようとする原理（宮沢俊義……）」というアメリカ型の「個人主義」であるが、それはなににもまさるドイツ型の「人格（人間尊厳）主義ではない」という「個人の尊重」と「人格主義」の峻別論がとられるのであり、そこからは、正当にも「ボン基本法の文言と同じことを読みとるのは、解釈の限界をこえている」とされることになり、したがって、ドイツ型「人間の尊厳」による補充解釈によって考え直す事は不可能ではないが、その場合は「第一三条の『個人の尊重』の原形は破れてしま（い）……条文の解釈を越える問題」となるとされるのである。⁽⁴⁷⁾

したがって、右のような展開の仕方からは、教授の場合、死刑廃止をめぐる問題については「死刑制度がどうしても必要であるという証明がなされない限りこのように人間の生命を奪う義務はなく、従ってその権利もないはずである」との前提にたちつつ、⁽⁴⁸⁾「人間の尊厳」を基準としてこれを判定しようとするものとみることができ、日本国憲法の解釈論に限定してのこととすれば、このような説き方は教授の議論の大前提たる「人間の尊厳」と「個人の尊厳」の峻別論とは相反するものとなろう。

たしかに、教授の議論の出発点は「『人間の尊厳』は無条件に尊重すべきである」ことにあるが、人間の生命の尊重、「それは人間の尊厳ほどの価値をもつてはいないから、例外もあり得る。つまり一人の人間の命を奪うためには、人間の尊厳と矛盾しない正当な理由があるはずである」ともされるのであり、そこから先述の立論になったといえようが、⁽⁴⁹⁾そうとすれば、それは立法政策論として行われているものといふべきであり実定法解釈との関係でみれば、死刑違憲論の主張までは含まれていないとみるべきであろう。もとより、そこではその他のいくつかの死刑廃止論の論拠も展開されているが、次節にみるようにそれらも現行憲法のあり方に対する批判的検討ではありえても、それが解釈論的帰結をもたらすものではないといえようか。繰り返せば、それは人間哲学的方法論の利点として「条文

の不備さえも指摘するのが可能」とはなる立論だとしても、爾後の改正を含む憲法発展の議論のなかで指摘されるべき問題であり、現行憲法自体の規範的構造を前提に行われるべき解釈の問題とは次元を異にするものといえよう。

四 死刑違憲論の成否

個人の尊厳と死刑制度をめぐる議論は、解釈論から立法論、さらには刑罰の本質論など広範な広がりをもってなされている。

例えば前節にみたヨンパルト教授による廃止論の場合、実定法の場面の議論を別にすれば、その論拠として、ほかに、「人間の生命を奪う必要性はどうしても根拠づけられない」ことや犯罪者の「心を改める可能性」を奪うことが指摘される。⁽⁵⁶⁾

そのような広がりの中で死刑制度を視野にいれば、憲法解釈の「枠」の中で可能である限り立法政策・刑事政策の問題として死刑制度廃止を説くことは妥当であろうし、それは国連における一九八九年一月一五日の死刑廃止条約（死刑廃止に向けての市民的および政治的権利に関する国際規約の第二選択議定書）採択にみられるような世界的動向にも沿うものといえよう。

しかしながら、それ以上に制度自体の違憲性を論じるとするならば、実定憲法の解釈の論理性・体系性に注意を払い精密な解釈をする必要があるだろう。

近時、憲法学の側からこのような視点に立つ死刑制度違憲論がみられるだけに、この点について一言しておかねば

ならない。

根森教授によれば、リーディング・ケースたる最大判一九四八年三月一二日判決（刑集二卷三号一九一頁）の検討を通してのこととしてではあるが「予め組み込まれたあらゆる判断上の偏倚を取り除いてみれば、死刑が『個人の人間として生きることの尊重という意味での人道上の見地から見て厳しい、ないし不当な』行為たる『人の生命を奪うこと』の一つ」だとされ、三一条の「生命……奪われ」の形式的文理解釈レベルでの行き過ぎと厳密な規範の意味確定がなされていないこと、「また三六条によって意味充填された三一条からは、死刑は法律の適正な内容を構成しえないので違憲となるはず」とされる。⁽⁵¹⁾

この見解が別に説くように、一三条後段の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」の最大の尊重については、たしかに同条前段と論理的に係づけて意味理解されねばならないが⁽⁵²⁾、先にみたように「個人の尊重」自体がわが国固有のあらわれ方をしたものと解されることからすれば、死刑制度の憲法適合性判断はさらに三一条と三六条との関係解明を中心として探られねばならないといえよう。

その場合、まず、三一条自体の解釈が問題となるが、根森教授によれば、三一条の表現に関し「『生命若しくは自由』の場合とはくに、『刑罰としてであろうと何であろうと、法律に定める手続によらねば奪われない』という意味に理解することもできる」ものであり、三一条は「『死刑との深い関わりづけ』からは解放され、『憲法と死刑』との舞台では脇役にまわることになる」と解される。⁽⁵³⁾ この理解のとくに前半部分は、前節で触れたような三一条の「その他」が指し示す文理上の意味理解（すなわち、「そ「生命若しくは自由の剝奪のうち刑罰であるもの」の他」と解される）と、それに対応して「三一条全体としては、生命自由の剝奪一般を禁ずる趣旨が第一義的であり、科刑の禁止は、基本的には（II質的にも量的にも重要な大部分は）前段に包括され（る）」との文理構造的な理解に接近するもの

で当を得たものと考えられるが、後半部分について、そのことから死刑の問題が脇役にまわると結論づける点についてはなお立ち入った検討を要するといえよう。

すなわち、文理上「生命」に直接言及しない三六条の場合よりも三一条のほうが主役の位置を占めるのではないかという点である。即ち、そこで前提される厳密な解釈作法による憲法規範の意味確定・論理的関係づけからすれば「生命の剝奪」と「残虐な刑罰」のいずれが死刑制度をめぐる解釈のための先決問題となるかにかかってくるといえよう。その場合、日本国憲法がヨンパルト教授のいわゆる純粋ドイツ型「人間の尊厳」をストレートには採用していないと解する限り、また「生命の剝奪」と「残虐な刑罰」の禁止の間に真の規範矛盾を読みとらぬ限り、文理上はひとまず死刑をも包摂する「生命の剝奪」がまず初めに論ぜられるべき問題といわねばなるまい。

言い換えれば、三六条を特別法と解し、三一条を一般法と解して死刑制度違憲論が展開される場合、一方、三一条で生命剝奪について言及しつつ、他方で「残虐な刑罰」に死刑（＝生命の剝奪）を包含せしめ三一条から死刑制度の許容性を排除すると解する仕方では死刑違憲論を展開することになるが、これはいささか強引な解釈の感を免れないように思われる。文理構成上からは、根森教授自認のごとく前段は「刑罰としてであろうと何であろうと」と解されるのであり、そこでは死刑禁止の明言がない限り死刑は含まれているのであり、もしこれを禁止する趣旨ならばそのことを別に明記するのが筋とみるべきであろう。

なお、これとは別に、根森教授は判例変更の可能性を探るなかで、立法による死刑廃止実現後は「安易な憲法変遷論や憲法の意味変遷論による憲法（規範）の軽視を回避する」メリットを有するとされる。⁵⁴ この指摘は、時代の進展により違憲になりうるとする一九四八年判決補充意見の論理問題性を衝いて鋭い。しかし、立法によって制度の廃止に向かうことは望まれることであるとしても、判例の変更を説くこと自体は憲法変遷論との関わりでは必ずしもそれ

を回避すべきメリットのみでとらえることはできまい。憲法変遷論については、元來代表的な例として、当初憲法違反とされていたものを後に議会・行政・裁判の側からの解釈によりそうではないとすることで憲法規範の現実にもつ意味内容を変化させる場合が中心的に語られるのであり、右に探られるような判例変更自体もこれとは逆向きながら一九四八年最高裁判決の論理を転換し、したがって憲法の意味・内容を変更するという側面を有しうることになることが見落とされてはなるまい。

また、これとは別に平川教授は刑法学の側から、「日本社会の現状と刑罰の国際的状况に照らせば、これらの規定（一三条・一八条・三一条・三六条——括弧内筆者）は、苦役としての刑罰や死刑をも、もはや『残虐で人間の尊厳に反する刑罰』として否定する趣旨を含むに至っている」とし、「その意味で……死刑を認めているかにみえる憲法一八条・三一条の文言は、その限度において意味を失っていると解する余地がある」とされるが、前半部分は解釈の仕方に関わる問題としてこれまでの議論のなかに位置づけられるとして、後半部分については死文化すべく向けられた提唱と、すでに死文化したものの確認とは異なることが指摘されてよいであろう。人間の尊厳につらなるドイツ基本法一〇二条（死刑廃止規定）の方向への改憲の提言としてならばともかく、三一条の意味を無視ないし死文化する事態とみるのはなお尚早というべきであろう。

とまれ、死刑が過去のいかなる時代においても国家の不当な制度であったというわけではないとすれば、そのような歴史的展開のなかで、現行憲法の到達点——憲法が国家に与えた顔——としては、⁽⁵⁶⁾なお死刑制度廃止の要請まで含意するには至っておらず、制度の存続か廃止かは立法段階に委ねられていると見るべきであり、したがって、憲法論として廃止を打ち出すとすれば、それは憲法改正をもってなすべきということになる。

結局、日本国憲法は一方で「個人の尊重」即ち「個人の尊厳」を規定しつつ、他方、なおその下で死刑制度存置の

可能性をも許容するものとして位置づけられるのであり、このような理解により前者と他の憲法規定との関わり方についてもより整合的に解釈しうることになろう。⁽⁵⁷⁾

繰り返して言えば、立法政策として制度の廃止を論ずること、さらには、憲法改正による制度の変更を説くことは違憲論と区別したうえで可能と解しうるものであり、先のリーディング・ケースとされる判例の四裁判官補充意見が指摘するとき、時代と国民感情の推移による制度否定という立論はこのレベルで論ぜられるべきものといえよう。制度の本質論からではなく、憲法規定そのものの解釈上越えがたい限界を明らかにすることは制度廃止への積極的対応にはなり得ないが、憲法学の基本的問題であり近時再び活発化している憲法改正問題を視野にいれば、憲法の全体構造との関連で各条を精密に検討することこそが不可欠とすべきなのである。⁽⁵⁸⁾

- (1) Klaus von Beyme, Die Verfassungsgebende Gewalt des Volkes, 1968, S. 14, S. 25, S. 55, S. 63.
- (2) ホセ・ヨンパルト『刑法の七不思議』(成文堂、一九八七年)二〇頁。
- (3) Hans Peters, Kombination verschiedener Verfassungsgrundsätze als Mittel der Verfassungsauslegung (Sonderdruck aus der KARL ARNOLD FESTSCHRIFT) S. 118 ff. 邦訳は『とき』手島孝『行政国家の法理』(学陽書房、一九七六年)二六一―二七頁。
- (4) 樋口陽一『近代憲法学にとつての論理と価値』(日本評論社、一九九四年)一九一頁。哲学的解明の必要に関し、また、井上達夫『共生の作法——会話としての正義』(創文社、一九八六年)一四八頁。
- (5) 樋口・前掲書一九〇―一九一頁。
- (6) 東京高裁平成五年六月二三日決定(確定)判例時報一四六五号五六頁以下。なお、非嫡出子の相続分規定を合憲とした東京高裁平成三年三月二九日決定(判例タイムズ七六四号一三三三頁)についての特別抗告は最高裁第二小法廷に係属中。
- (7) 角田由紀子『性の法律学』(有斐閣、一九九一年)二二〇頁以下。横田耕一『日本国憲法からみる家族』法学セミナー増刊「これからの家族」(一九八五年)九四頁。

- (8) 人権と公共の福祉を対立概念と考えずに「共同社会の構成の単位である人間の価値およびその尊重の面から考察を進めなければならぬ」としボン基本法における人間の尊厳の不可侵に日本国憲法の問題解決の指針を求める研究として、田口精一「ボン基本法における人間の尊厳について」慶大法学研究第三三卷第一二二号、とくに一七〇頁。
- (9) イギリスにおける免責特権の分析に立ち返りつつ、改めてこれを支持する最新の学説として、安藤高行「国会議員の免責特権」佐賀大学経済論集第二七卷第一号。判決としては、札幌地判平五・七・一六（判例タイムズ八二四号七六頁以下）、札幌高判平六・三・一五（本判決については判例批評・佐藤幸治「免責特権について」ジュリスト一〇五二号七九頁以下による）。
- (10) 佐藤幸治「議員の免責について」法学教室一四三号四八頁以下。
- (11) 主権論とのかかわりの場合、例えば、公職選挙法における連座制規定による一定関係者の選挙権・被選挙権の制限や、いわゆる政治倫理条例により地方自治体の議員の一定関係者を公共事業関与から排除する場合、にみられるように基本権たる参政権の側面から論じることにも可能なことはいうまでもない。
- (12) 矛盾の形態の類型化およびその受け止め方・解消の問題については、詳細を私の『憲法制定権の法理』（九州大学出版会、一九八八年）第二部第三章（二三七頁以下）に譲る。なお、憲法の完結性を前提とするのではなく、「価値の体系的貫徹」の視点から、現行憲法の限界ないし問題点を明らかにし、改正を通して体系的完成をめざすことは別次元に属することはいうまでもない。
- (13) 青柳幸一「『個人の尊重』と『人間の尊厳』」横浜経営研究第七卷四号八一―九頁。各国憲法については、A.J. Peaslee, *Constitutions of Nations*, 3rd. ed., 1968, 3 Vols. 447及び H. Hildebrandt, *Die deutschen Verfassungen des 19. und 20. Jahrhunderts*, 11 Aufl. 1979. 224頁。
- (14) a・青柳・前掲論文註(13) 一二頁。b・清水伸編著『逐条日本国憲法審議録』二二二―二二三、二七四、四八九―四九〇頁。
- (15) 青柳・前掲論文註(13) 一四頁。
- (16) 青柳・前掲論文註(13) 一四―一八頁。
- (17) 宮沢俊義『日本国憲法』（一九五五年）一九八―一九九頁、同全訂版（一九七八年）一九七―一九八頁。なお、判例では、最大判昭和二十三年三月二四日裁判所時報九号八頁。
- (18) 恒藤恭『法の精神』（一九六九年）一九七―一九九頁。

- (19) 以上、青柳・前掲論文註(13)一七頁参照。恒藤・前掲書註(18)一六九、二〇二頁。
- (20) ホセ・ヨンパルト『人間の尊厳と国家の権力』(一九九〇年)三二、六七―六八、八三―八六頁。
- (21) 青柳・前掲論文註(13)二〇頁。佐藤幸治「個人の尊厳と国民主権」法学教室一二七号二二頁。
- (22) a・青柳・前掲論文註(13)二二頁。佐藤幸治・前掲論文註(21)二二頁。b・別の表現をかりれば「ボン基本法の指導原理は、個人の価値をまったく否定する全体主義と、逆に個人を絶対化したフランス革命直後の急進的な自由主義個人主義思想をそのままに実践しようとする個人絶対主義の両極端を否定して、その何れにも偏しない人格主義」にもとづくものとされる(田口・前掲論文註(8)一八二頁)。KLAUS STERN, Menschenwürde als Wurzel der Menschen und Grundrecht in: Der Staat des Grundgesetzes, Angewählte Schriften und Vorträge (1992) S. 228.
- (23) a・青柳・前掲論文註(13)二二頁。b・ヨンパルト・前掲書註(20)八五頁。
- (24) KLAUS STERN, a.a.O., S. 231.
- (25) a・佐藤幸治・前掲論文註(21)二二―二二頁。b・長谷部恭男「国家権力の限界と人権」『講座憲法学3』第二章(一九九四年)六四―六五頁。c・ヨンパルト・前掲書註(20)八五―八六頁。
- (26) 佐藤幸治・前掲論文註(21)二二頁、二四頁。なお、人権の根拠づけに関する最近の政治哲学の諸見解について、佐藤幸治「人権の観念——その基礎づけについての覚書」ジュリスト八八四号一四八頁以下。辻村みよ子「人権の観念」『講座憲法学3』二〇頁以下。
- (27) 西野基継「人間の尊厳の多義性(二)」愛知大学法経論集第一三二号二七、三〇頁。ただし、ヴェルテンブルフによれば基本法一条一項第一命題の示す指導命題が必ずしも「上位規範」であるとはかぎらないという(同三三頁)。
- Günter Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 81, 1956 S. 117; H.C. Nipperdey, Die Würde des Menschen in: Alfred Neumann u.a. (hrsg.) Die Grundrechte, Bd. II, Berlin, 1954, S. 11ff.; W. Wertenbruch, Grundgesetz und Menschenwürde, S. 24.
- (28) 西野・前掲論文註(27)から、マイホーフアーにつき(四)一八一―一九頁、ベレントにつき(三)二〇頁、W. Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, S. 42f.; Richard F. Behrendt, Menschenwürde als Problem der sozialen Wirklichkeit, S. 57.
- (29) 西野・前掲論文註(27)(二)二二頁。植松秀雄「法学の教義学性」加藤新平教授退官記念『法理学の諸問題』所収四八

八一四八九頁。

- (30) 西野・前掲論文註(27)(四)二〇—二二頁、Maihöfer, a.a. O., S. 49 ff.
- (31) 西野・前掲論文註(27)(四)二二—二九頁、Maihöfer, a.a. O., S. 101 ff.
- (32) 西野・前掲論文註(27)(四)一二頁。
- (33) KLAUS STERN, a.a. O., S. 219. 因みに、井上典之「いわゆる『人間の尊厳』について」(阪大法学第四三卷第二二—三号下巻六二四頁は、一九七五年墮胎判決(BVerfGE 39, 1 (41f., 49))での連邦憲法裁判所の見解は、「人格というよりも生物としての人間を重視したもの」とみる。
- (34) KLAUS STERN, a.a. O., S. 224-225; BVerfGE 6, 32 (36, 40f.); 27, 344 (351); M. KLOEPFER, in: Festgabe Bundesverfassungsgericht, 1976, Bd. II, S. 412; BVerfGE 30, 173 (193); 39, 1 (42).
- この観点は、基本法改正からんで憲法の現代的対応を指摘する議論からも示唆をえることができる。すなわち、現代の社会と国家の変化の状況は自由の保障に止まらず環境破壊や生態系バランスが危殆に陥るおそれへの対応、国家縦断的結合の動きへの対応を要請するが、ここでもやはり人間の尊厳は生物学的最低限の要請にとどまるのか或いは自由の留保を前提にしてこれらの問題との関わりが論じられるべきことになるのかが問題となるからである。(ヴィンクフリート・ブローム(大橋訳)「社会的基本権と憲法における国家目標規定一」自治研究第七〇巻第五号六三頁、同二自治研究第七〇巻第七号三二頁。)なお、「人格」の定義のあいまいさから人格的自律にとってなにか基幹的かを疑問視するものとして、阪本昌成『憲法理論2』二三七頁、「プライバシーと自己決定の自由」樋口編『講座憲法学3・権利の保障』二四三—二四七頁。
- (35) 清水伸編著・前掲書註(14)七二四—七二五頁。
- (36) 拙稿「憲法三一条解釈の一齣」北九州大学法政論集第一〇巻第一二二号、とくに五五頁。
- (37) 詳しくは、拙稿・前掲論文註(36)参照。
- (38) 手島孝「人権分類の組み替え」芦部信義先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開・上』六二—六四頁。
- (39) 手島孝・前掲論文註(38)六八頁。
- (40) 最高裁昭和二十三年三月一二日大法院判決(刑集二卷三号一九一頁)。
- (41) 団藤重光『死刑廃止論』(一九九一年)一六頁。
- (42) 中山勲「死刑合憲論批判」阪大法学第六一号一頁以下、まとめとして一九—二〇頁。

- (43) 平川宗信「刑法の憲法的基礎について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』八八頁。
- (44) 憲法学の側でこのような解釈のあり方を説くものとして、根森健「最高裁と死刑の憲法解釈」高柳信一先生古稀記念論集『現代憲法の諸相』一三〇頁。また、元山健「死刑の合憲性」別冊法学セミナー一二九号『憲法Ⅱ』第三版二四〇頁。
- (45) ホセ・ヨンパルト・前掲書註(20)八二、二六五頁。
- (46) ホセ・ヨンパルト・前掲書註(20)二六三頁以下。
- (47) ホセ・ヨンパルト・前掲書註(20)八四―八六頁。
- (48) ホセ・ヨンパルト・前掲書註(20)一九六頁。
- (49) ホセ・ヨンパルト・前掲書註(20)二五四頁。
- (50) ホセ・ヨンパルト・前掲書註(20)二六三―二六五頁。
- (51) 根森・前掲論文註(44)一三八、一四四頁。
- (52) 根森・前掲論文註(44)一二八、一三〇頁。
- (53) 根森・前掲論文註(44)一三二頁。
- (54) 根森・前掲論文註(44)一四九―一五〇頁。
- (55) 平川・前掲論文註(43)八八頁。
- (56) ホセ・ヨンパルト・前掲書註(20)二五四頁。
- (57) 例えば、個人の犠牲のもとに社会の安全・維持をはかる側面として、現行憲法における死刑制度の肯定と二九条三項において生命・身体に対する特別の犠牲を読み込むと解する場合が考えられよう。
- 特別の犠牲に対する救済として憲法二九条三項を適用すると考えれば個人の尊厳を犠牲にすることになり、逆に、憲法一七条は違法の場合に限定された公務員の過失責任を問うものであり、また二九条三項は財産権についての適法な侵害の場合について規定するものと解すれば、予防接種禍のような場合の救済について隘路に陥ることとなる(四〇条が生命・身体の適法な侵害を認めることへ言及するものとして東京予防接種禍集団訴訟控訴審判決(判例タイムズ八〇七号一八二頁))。
- (58) 例えば、一九九四年一月三日発表の読売新聞社による憲法改正私案は、いかに一つの方向性を指し示すものたるうとしているとしても、本稿がとりあげた一三条・三一条・三六条についてまったくといってよい程現行憲法の表現を踏襲していることにもみられるように、個々の条文についてみれば精密さに欠ける案と言わざるをえない。