

# 死刑と生命権（再論）

——死刑憲法13条違憲論は死刑廃止に役立つか——

生 田 勝 義\*

## 目 次

はじめに

1 憲法13条における生命権の位置づけについて

- (1) 憲法学の主流の見解
- (2) 憲法学の新しい理論展開

2 生命権を巡る日独憲法論の比較

- (1) ドイツ基本法との比較
- (2) 日独憲法論における歴史認識の違い
- (3) 世界的な人権法の発展への無関心？

3 憲法13条論と死刑廃止への寄与

- (1) 生命権は憲法訴訟でも主張できる権利
- (2) 生命権論は無力か
- (3) 生命権という普遍的人権による対立の止揚

4 死刑はいつから憲法13条違反になったのか

- (1) 法解釈の目的・対象について
- (2) 固有・独自の生命権が確立した時期
- (3) 死刑が憲法13条に違反するに至った時期

5 感情論か理性による検討か

- (1) 問題の所在——感情の層構造と今の感情論
- (2) 現にある感情論の根深さとその矛盾の止揚
- (3) 高次の感情と国家法の限界

おわりに

- (1) 専門家のミッション
- (2) 残された次の課題

---

\* いくた・かつよし 立命館大学名誉教授

## はじめに

「生命の大切さを分かってほしい」。子供の自殺が問題になるたびに繰り返される言葉である。生命の大切さは自殺だけでなく殺人に対しても言われ、殺人は極めて重大な犯罪だとされる。それでは死刑に対してはどうか。死刑も人を殺すことに変わりはないはずだが、死刑は構わないという。悪いことをした者の生命は大切でないのだろうか。

人の生命には殺して良いものとそうでないものがあるのだろうか。もしそうであるのなら、人によりその生命に質の違いがあるということにならないか。質の違いを肯定し、例えば「生きる価値のない生命」という概念を認めると、ナチスによる暴虐（精神障害者などへの強制的安楽死）を持ち出すまでもなく、人道に反する行為の引き金になる恐れがある。ナチスは「生きる価値のない生命」の毀滅を常態的な社会的効用との衡量によって正当化した。死刑存置論が常態的な社会的効用との衡量に拠り死刑を肯定するのであれば、それはかつての「生きる価値のない生命」論とつながっていかないか。死刑の存廃を巡る議論は、死刑そのものをどうするかという問題にとどまらず、人間にとり至高の存在である生命を人間社会がどのように扱うかという問題の一環であり、それゆえ他の問題に直結していくものだとすることに注意しておかなければならない。それゆえ、正当防衛などの緊急行為による殺人と死刑による殺人との異同に加え、「生きる価値のない生命」論と死刑との論理関係をも丁寧に分析していくことが必要であろう。このような分析を導く紅い糸となるのが、生命権であり、死刑は生命権と両立できるのかという分析抜きに死刑を論じることは隔靴搔痒、砂上に楼閣を築くものといわざるを得ない。そこに私が生命権にこだわる理由がある。

また、殺人などの凶悪犯罪は人々に激しい嫌悪感や恐怖心を呼び起こすことから、それへの対応は感情的になりやすい。感情的な対応だと、死刑

が新たな生命侵害であることの重大性についての理性的な検討抜きに死刑の肯定論に行き着きやすい。それは死刑にとどまらず生命倫理や戦争など他の生命にかかわる問題にも連動する。日本では死刑存置の根拠として被害感情や国民感情が挙げられ、しかもそれを批判することがためられるかのごとき傾向がある。死刑存廢論における感情の問題は避けて通れないものである。

そのような課題を念頭に置いて、2015年に「死刑と生命権についての一考察」という小論<sup>1)</sup>(以下、「拙稿・一考察」と略す。)を公にした。これに対して、経済学者である親しい友人が現代社会における人間生命とそれへの対応の在り方を問うという大局的見地に立った詳細な書評を私信として寄せてくれた。また、数名の方から抜き刷りへの礼状や研究会において忌憚のない意見をいただくことができた。それらの中から当面説明できるし、また説明しておかなければならない事項(論点)を選び、再論するのが本稿である。

第1に検討すべき論点は、憲法13条についての通説的見解が生命権を固有の人権として位置づけていない現時点で死刑違憲論を憲法13条の生命権保障を根拠に展開することが死刑廃止への動きに役立つのかというものである。これはさらに2つに分けて検討する必要がある。その一つが、憲法13条における生命権の位置づけであり、もう一つが、憲法13条論と死刑廃止論との関係である。第2に検討すべき論点が、感情と理性との関係である。

## 1 憲法13条における生命権の位置づけについて

### (1) 憲法学の主流の見解

現在の憲法学の主流(あるいは大部分の学説)は、憲法13条が生命に対す

---

1) 生田勝義「死刑と生命権についての一考察」立命館法学360号(2015年2号)、2015年8月、1頁～32頁所収。

る権利を明記しているにもかかわらず、生命権を憲法の保障する固有・独自の人権であるとは位置づけていないと言っても過言ではない。そう位置づけない理由は、憲法13条は人権に関する一般条項であるにすぎないとか、個人の尊重規定なのだから、幸福追求権を定めたものだから、解することにある。

生命権に注目すべきとする見解を掲げる教科書の代表例といえるものでも次に掲げるレベルにとどまっている。

辻村みよ子著『憲法 第4版』（日本評論社、2012年）の「第4版 はしがき」は次のように述べる。すなわち、「2011年3月11日の東日本大震災と福島原発事故によって新たに注目を集めることになった生命権や生存権等についても加筆した。……（現在の）状況のなかで、個人の人権や安全・安心を確保することは容易ではない。ただ、比較法的視点から診る（ママ）と、平和的生存権や生存権・生命権等に関する明文規定をもつ日本国憲法の先駆性を再認識せずにはいられない。」と。

それを受け、同書の155頁から156頁では、次のようにまとめられている。戦後初期の憲法論では、憲法13条は、人権保障の一般原則を表明したものにすぎないとしてその具体的権利性を否定していた。1960年代以降の判例の展開を踏まえて次第にその具体的権利性を承認するようになり、後段の権利を「人格的生存に必要な権利・自由を包摂する包括的な権利」と解するのが通説となった。それと個別的権利との関係は一般法と特別法の関係にあるとされる。「生命・自由・幸福追求権」の三者の関係については、区別せずに統一的に幸福追求権として捉えるのが通説であるが、最近ではおのおの異なる規範的内容を持つと解する見解も存在する（棟居、藤井）。「とくに、生命権は、他の人権の基礎となる権利として独自の意義が認められ、国際人権規約（B規約6条）や欧州人権規約（2条）の「生命に対する権利」に対応するものとして注目されている。生命に対する侵害排除権と保護請求権の両面からその権利内容を捉える見解が支持されよう（山内・後掲書2頁以下参照）。」（下線は生田。この部分が第4版で加筆された。）

ここにおいて生命権が独自の意義を有するものとされたことは大きな前進であるが、憲法理論において生命権に独自の地位を与えたかという点についてはいまだ十分でないといわざるを得ないだろう。なぜなら、追加された上記の叙述は、同書「第2章 包括的権利と基本原則」の「一 個人の尊重と幸福追求権」において「1 憲法13条の意義と内容」の「(2) 幸福追求権」のなかでなされるにとどまっているからである。上記下線部分は、第4版で無理をしながら押し込まれたものといってよい<sup>2)</sup>。また、生命権と死刑との緊張関係がすでに1979年に日本も批准したB規約6条に明記されていたにもかかわらず、両者の緊張関係への言及はない。

上掲した辻村『憲法 第4版』より前の版において生命・自由・幸福追求権が「おのおの異なる規範的内容を持つと解する見解」として挙げられた棟居快行「幸福追求権について」ジュリスト1089号(1996.5. 1-15) 179頁や藤井樹也『「権利」の発想転換』(成文堂, 1998年6月) 354頁は、それら3者を包括するのではなく区別して検討すべきことを提唱するにとどまるものであり、いまだ生命権を独自の人権として位置づけたうえでその特徴や内容を詳論するものではなかった。このような状況では、上掲した辻村『憲法 第4版』の叙述はやむを得ないもののようにも思われる。

## (2) 憲法学の新しい理論展開

けれども、次のような新たな理論動向も登場していたことを考えると、やはりもう一歩踏み出すべきではなからうか。すなわち、2000年代に入ると、平和的生存権の憲法規範性を確立しようとする理論的営為が進む中で憲法学においても、生命権を独自の人権として位置づけその特徴や内容を詳論し、しかも生命権と憲法の関係を題名の一部に組み込んだ単行本<sup>3)</sup>が

2) なお、辻村みよ子『「人権としての平和」と生存権——憲法の先駆性から震災復興を考える——』GEMC journal, no. 7, 2012. 3, p. 48~58も参照のこと。

3) これ以前にも雑誌掲載の論考はいくつかあった。たとえば、桜田誉「憲法における生命権の保障」関西大学法学論集37巻2・3号(1987年)4頁以下、石村修「基本権の体系における生きる権利の意味」法学新報96巻11・12号(1990年)85頁など。また、小林直久

登場する。山内敏弘『人権・主権・平和——生命権からの憲法的省察——』（日本評論社、2003年3月）である。そこには同「基本的人権としての生命権の再構成」<sup>4)</sup>および「生命権と死刑制度」<sup>5)</sup>が収録された<sup>6)</sup>。前者において死刑が生命権保障に反することの指摘がなされ、後者においてさらにそのことが詳論される。その後者では、死刑が生命権を保障する憲法13条に違反することにつき憲法学が十分な議論を行ってこなかったことへの「自らへの反省の意味をも込めて書いた本稿が憲法学界に対してもなにかしかな問題提起になれば」との切実な呼びかけ<sup>7)</sup>が憲法学者によってなされていた。さらに、人権類型論においても生命基本権を第一番目に位置づける上田勝美「世界平和と人類の生命権確立」深瀬忠一・上田勝美・稲正樹・水島朝穂編著『平和憲法の確保と新生』（北海道大学出版会、2008年12月、2頁～22頁）が出るにいたる。ここでも、人権論としての生命権論からは「死刑廃止論が正論である」として生命権と死刑が対立関係にあることが示される（同書7頁）。それにもかかわらず、憲法学の通説や憲法教科書の多くは依然として上述のごとき状況にある<sup>8)</sup>。

そのような日本の憲法学の状況は同様の規範構造を持つドイツ基本法(GG)に関するドイツ憲法学の状況と比べても異様といえるのではなからうか。

ㄨ樹「人権価値を根本から考える」全国憲法研究会編『憲法問題「9」』（三省堂、1998年）156頁。

4) 杉原泰雄先生古稀記念論文集刊行会編『二一世紀の立憲主義』（勁草書房、2000年）所収のもの。山内『人権・主権・平和——生命権からの憲法的省察——』2頁～32頁に収録。

5) 一橋法学1巻1号（2002年3月）21頁～47頁に掲載されたもの。

6) 山内敏弘『平和憲法の理論』（日本評論社、1992年5月）では「包括的に規定された人権である『生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利』のなかに、憲法前文に規定された『平和的生存権』を含ましめることにはさしたる問題もないと思われる。」(277頁)とされ、包括的人権論のレベルにとどまっていた。

7) 山内・前掲論文、一橋法学1巻1号47頁、山内・前掲書『人権・主権・平和』58頁参照。

8) 上掲した辻村『憲法 第4版』についてはその後2016年4月に第5版が出されたが、生命権関係の叙述は変わっていない。改訂版でないことによるのかもしれないが、惜しまれる。

## 2 生命権を巡る日独憲法論の比較

### (1) ドイツ基本法との比較

#### 1) 憲法条文の比較

ドイツ連邦共和国の基本法(Grundgesetz)の規定と関連する日本国憲法の規定を比較してみよう。

まず、ドイツの基本法の関連規定は次のとおりである。

#### 「第1章 基本権」

第1条 人間の尊厳は不可侵である。それを尊重し保護することはすべての国家的権力の義務である。

2項 ドイツ国民はそれゆえ、世界におけるあらゆる人間共同体、平和および正義の基礎として不可侵かつ不可譲の人権を認める。

3項 次に掲げる諸基本権は直接に妥当する法として立法、執行権および司法を拘束する。

第2条 各人は、他人の権利を侵害せず、憲法適合的な秩序若しくは道徳法則に反しないかぎり、その人格の自由な展開に対する権利を有する。

2項 各人は、生命および身体的な無傷さに対する権利を有する。人身の自由は不可侵である。これらの権利に対しては法律に基づいてのみ介入してよい。

続いて、第3条が「法の前の平等」を規定している。

次に、日本国憲法は次のとおりである。

#### 「第三章 国民の権利及び義務」

第11条 国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法

が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与えられる。

第12条 この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつて、これを保持しなければならない。又、国民は、これを濫用してはならないのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。

第13条 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。

続いて、第14条が「法の下の平等」を規定する。

## 2) 比較の考察

以上のように比較してみると、次のことが分かる。すなわち、まず、ドイツ基本法1条1項の「人間の尊厳」が日本国憲法13条1項前段の「個人として尊重」に対応する。両者の違いを強調する見解もあるが、戦後的人権法理念を端的に示す世界人権宣言の前文から分かるように、個々の人の中にある人間としての尊厳を保障するものであるということにおいて共通しているというべきである。次に、ドイツ基本法2条1項の「人格の自由な展開に対する権利」と2項の「生命および身体の無傷さに対する権利」や「人身の自由」が日本国憲法13条後段の「生命、自由及び幸福追求に対する権利」に、対応するといえることである。

それらの対応関係を考えるうえで最も問題になると思われるのが「人格の自由な展開に対する権利」の意味・内容であろう<sup>9)</sup>。このように表現される権利は、当初の草案である *Herrenchiemseer Entwurf* には規定されていなかった。この草案にあったのは、「第2条（自由という基本権）（1）

---

9) ここで述べるドイツにおける2条1項の制定過程とその意味については、D. C. Umbach/T. Clemens (hrsg.), *Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Band I, 2002, S. 143-155 参照。



すべての人は自由である。(2) 各人は、法秩序及び良俗の制約内において他人を害しない全てをなす自由を有する。」というものである。これは1946年12月1日ヘッセン憲法の第2条を直接のモデルとし、フランスの1789年「人および市民の権利宣言」第4条にある一般的自由権の古典的言語表現に明らかに結びついたものとされている。それが憲法制定議会の原則問題委員会(Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rats)に提案され、その編集委員会で「人間は自由である。」などと部分的に手直しされたものが審議されていくのであるが、原則問題委員会の第2読会になって、「人間は自由である。」との文言は何も言っていないのと同じだとして放棄され、現行基本法2条1項と同じように表現されるようになる。もちろん、この新表現に対して対立がなかったわけではない。「人格の自由な展開」はやはりより多く内心の事象である。むしろ個人は自由に行為する権利を有するべきなのだ。そのような批判がなされる。それに対し、人格は行為においてのみ展開することができるとか、人間の尊厳は何よりも自由答責的に行為することを意味するとかの反論がなされた。この議論は、『『自由な展開』はすべてを包括する』ということで決着を見る。このような議論の経過からすると、新しい言語表現の選択は何らの内容における変更、とりわけ基本権の保障内容における何らの制限をも意味するものではないということが見て取られるべきであるとされる。2条1項は包括的な意味における行為自由を保障するものと解すべきであり、判例も2条1項は「一般的な人間の行為自由を保障する独立の基本権である」(BVerfGE 6, 32 [36])としている。さらに、このように理解される2条1項は人間の尊厳を保障する1条1項と結びついて一般的人格権を保障するものと解される。この一般的人格権の具体化のすべてに共通するのが、2条1項により保証された自己決定権の保護に役立つということである。一般的人格権はまず、私的で親密な領域の保護を命じる。自己決定権思想からは私的な秘密領域の保護が導き出されるとされる。

以上のことから、ドイツ基本法2条1項の「人格の自由な展開」は日本

国憲法13条の「自由」と「幸福追求権」の両者に対応するものといえるのではなかろうか。ドイツ基本法の当該人権条項の制定過程において国連で締結される世界人権宣言の1948年10月バリ草案の影響があったと指摘されている。第二次世界大戦の惨禍やファシズムの暴虐への反省と教訓から形成されつつあった新しい戦後の人権法理念は日独両国の憲法制定過程で言語表現の違いはあれ共通して反映されていたというべきであろう。

すでに山内も指摘している<sup>10)</sup>ように、ドイツ憲法学では基本法（GG）2条2項の生命権規定を受け、生命権を独自、固有の人権として論じている。日本も同様の憲法規定をもつのだが、なぜ日本における憲法学の通説では生命権が独自、固有の人権として位置づけられないのであろうか。日独の違いはどこから来るのか。ドイツ基本法1条3項が「次に掲げる諸基本権は直接に妥当する法として立法、執行権および司法を拘束する。」と拘束力を明記していたからであろうか。けれども、この点については日本国憲法13条でもわざわざ「立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする。」と規定されている。この「最大の尊重を必要」という重要さの強調を単なる美辞麗句と解してしまうとか、13条を人権保障に関する単なる抽象的な一般原則を定めたもので具体的権利性を認めたものでないと解してしまう思考から見て取れる法認識の前時代的硬直性。それこそが自由や生命に対する権利の独自性・固有性についての日独における理解の違いを生み出しているのではなかろうか。ドイツでは、上記基本法1条3項の前にある同1項に規定された「人間の尊厳」にも独自・固有の意義、裁判規範性が認められていることに照らしても、日独の違いは単なる規定形式の違いによるものではないように思われる。私は研究会報告で次のように述べたことがある。

「ドイツ憲法の通説では生命権が独自の位置を付与されているのに日本ではそうっていない。条文の表現や構造は類似しているのに、そ

---

10) 山内・前掲書『人権・主権・平和』6頁～7頁。

の違いをもたらしているのは何か。歴史認識の違いか。世界的な人権法や理論の展開に対する無関心か。」

## (2) 日独憲法論における歴史認識の違い

まず、歴史認識の違いである。ドイツの憲法論の背景には、次に見られるような歴史認識がある。

いくつかの基本法コンメンタールによってそれを見ておこう。

1) Bruno Schmidt-Bleibtreu; Franz Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl., 1999, S. 168 は、次のように述べている。

生命権は、「生きる価値のない生命の毀滅」、「ユダヤ人問題の最終解決」「肅清」といったスローガンの下で宣伝された NS-Regime による人間生命の底なしの軽視に対する対極として基本法に規定されたとする。また、人間の生命は、基本法秩序の中において最高の価値である。すなわち、それは人間の尊厳の vital な基礎であり他のすべての基本権の前提である (BVerfGE 46, 164; 49, 53) とする。

また、基本法102条は、1933年後における不法国家の経験と関連するものであり、基本法1条並びに同2条2項1文と密接に関係しているとされている (vgl. S. 1514)。

2) Michael Sachs (hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2011, S. 115 は次のように述べる。

生命権や身体を害されない権利の基本法による保障は新たなものである。20世紀の全体主義体制の経験が初めて、生命権の特別な基本法による保障の必要性を生じさせた。ヘルンキームゼー草案 (Herrenchiemseer Entwurf) にはなかったものが、議会の委員会での議論の中で出され規定されたものである。人身の自由に対する権利 (Recht auf Freiheit der Person) は伝統的なもの。2条2項は、個々の人間の身体 (肉体) 性に関係する 3つの人的な自由権を保障する。それらは根本的な意味 (von fundamentaler Bedeutung) を有している。生命は、あらゆる自由権行使の前提であり、

身体を害されないことや身体的な行動の自由は、多くの種類の可能な自由活動の事実上の諸前提である。これら諸前提の保護は、1条1項が包括的に義務付けている人間人格の完全性の尊重と実際に関連しているというだけでなく、自由そのものの保護にも直接役立つのである。

なお、人格の自由な展開の権利も議会で提案された新しいものだとされている。それはフランス1789年人権宣言4条の自由と内容的には同じ一般的自由を意味すると解されている。(vgl. S. 114)。もっとも、それは一般的自由権という性質を持ちそれゆえ補足的機能を果たすとされる。

またここでも、102条の死刑廃止は、決定的には、第3帝国における死刑の濫用への反応として基本法にとりいれられたとされている (vgl. S. 2036)。

3) 制定経過についても詳述している D. C. Umbach / T. Clemens (hrsg.), Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band I, 2002, S. 208 では、世界人権宣言の国連草案3条の影響も指摘されている。

それでもなお、基本法の注釈書において基本法2条2項の小見出しやそれらの基本権の位置づけは Die Freiheitsrechte とされるにすぎないのが一般的である。自由権から生命権を独立させるまでには至っていないということである。

#### 4) 生命権についての判例も見ておこう。

国家権力による生命侵害が許されるかという問題についての判例としては航空安全法 (Luftsicherheitsgesetz) 事件に関するドイツ憲法裁判所判例 (Urteil vom 15. Februar 2006, BVerfGE115, 118)<sup>11)</sup>が重要である。そのなかで生命権について次のように述べられている。また、「人間の尊厳」の内容についても私見と同様な理解が示されている。それらの部分の「要旨」を引用しておく。

---

11) これについては、日本でも多くの紹介がある。憲法学者によるものとしてたとえば、山内敏弘「ドイツのテロ対策立法の動向と問題点」龍谷法学40巻4号(2008年)344頁～359頁、森英樹「『戦う安全国家』と個人の尊厳」ジュリスト No. 1356 (2008.5.1-15) 58頁～63頁。

「3. 人間の生命に対し投入されようとする航空機を、航空安全法14条3項に従い、武力の直接行使によって撃墜する権限を戦力に与えることは、そのことに関与せずに航空機に搭乗している人間に関する限り、基本法1条1項の人間の尊厳保障と結びついた基本法2条2項1文による生命に対する権利と一致しない。」

「6. 人間の生命は、基本的な憲法原理であり最高の憲法価値であるものとしての人間の尊厳の vital な基礎である (vgl. BVerfGE 39, 1, 42; 109, 279, 311)。……」

「7. 一方において、国家には、生命権と人間の尊厳とのこの関係に鑑み、人間の尊厳を軽視することの禁止に背く自らの措置によって生命に対する基本権に侵入することが拒絶される。他方において、国家はまた、あらゆる人間の生命を保護することを義務付けられている。」

「8. ……人間の尊厳を尊重し保護することを義務付けているということは、人間を国家の単なる客体にすることをむしろ一般的に排除する (vgl. BVerfGE 27, 1 6); 96, 375, 399)。」

「9. 航空安全法14条3項の防禦措置をとる国家は、尊厳と不可譲の諸権利を持つ主体としての拐取された被害者達を軽視するものである。彼らは、その殺害が他人を救助するための手段として利用されることによって、物体とされ同時に権利を剥奪される。つまり、国家によりその生命を一方的に処分されることによって、犠牲者自身として保護の必要な航空機の乗客から人間自身のために人間に属する価値が否定される。」

それらに対し、日本のほとんどの注釈書や教科書には憲法13条についてそのような理解は示されていないのである。

### (3) 世界的な人権法の発展への無関心？

次に、世界的な人権法の発展への無関心かという問題である。これにつ

いては、次のことがらを全体として見れば、日本国憲法13条が単なる一般的な原則規定だとか幸福追求権保障などといった解釈は出てこないのではないだろうか<sup>12)</sup>。すなわち、① 第二次世界大戦後の国際人権法の展開は人間の尊厳と生命を始めとする人権の軽視ないし無視が戦争の惨禍を招いたとの痛切な反省に立ってはじめられたこと、② したがって国際人権法では生命権が固有の人権としてうたわれ、それが国際人権B規約では死刑が生命権と緊張関係に立つことまで規定されるようになったこと、③ しかも日本もそれを批准していること、などである。

日本の戦前、政治犯に死刑が多用されたとかナチスのような民族殺の例はなかったといえるが、戦争によって多くの内外人民の生命を虫けらのように扱った例は枚挙にいとまがない。それゆえ日本国憲法は前文において「政府の行為によって再び戦争の惨禍が起こることのないやうにすることを決意し」とか「専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めている国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ。」とうたっているのである。これはまさに第二次世界大戦後において世界人権宣言に顕現するに至った国際人権法への動きと軌を一にした先駆的なものである。それにもかかわらず、「世界の憲法変動を見渡す広い視野」からの教科書として定評のある辻村『憲法 第4版』においてすらそのような事実の指摘でなく、2011年3月11日の大震災と原発爆発が契機とされているにすぎない。

「生命権が人権として世界的に宣言されるにいたるのは、人類が2度にわたる世界大戦の惨禍への反省やナチズム・ファシズムによる暴虐からの教訓を踏まえ1948年に国際連合総会でなされた世界人権宣言においてである。その第3条は……<sup>13)</sup>。」と私は「拙稿・一考察」で書いた。私が、生

---

12) 同様の認識を憲法学からかなり詳しく示しているものとして、本文で前掲した上田勝美「世界平和と人類の生命権確立」深瀬忠一・上田勝美・稲正樹・水島朝穂編著『平和憲法の確保と新生』（北海道大学出版会、2008年12月）5頁～7頁。

13) 生田・前掲論文「拙稿・一考察」3頁～4頁。

命権を現代的人権と位置づけるのは、人類が下線部分のような身の毛のよだつ愚行をしてしまう段階（大量殺戮手段の獲得や総動員体制など）に達したことへの反省と教訓を踏まえて生命権が改めて人権としてうたわれたからである。ドイツの憲法理論は生命権保障とナチスによる蛮行を関係させているにすぎないのであるが、私はそれに加えて世界大戦による惨禍への反省と教訓を世界人権法からくみ取っている<sup>14)</sup>。戦争の惨禍とファシズムの暴虐への反省と教訓は上述したように日本国憲法前文にも書かれている。憲法13条の生命権保障の基礎には戦争とファシズムという両者への痛烈な反省と教訓があるのだというのが私の一番言いたいところなのである。最近の安保法制反対のデモでは、「命を守れ。」がスローガンの1つとなった。また、与謝野晶子は「君死にたもうことなかれ」と言った。生命権は戦争反対に連動する。それを人権にまで高めたのが平和的生存権なのである。また、テロや「テロとの戦い」の評価にも連動する。いやむしろ生命権を基軸にしてそれら进行评估しないと、ダブルスタンダードなどの誤りを犯してしまうであろう。

さらに、世界人権法の発展を見ると、現代人権である生命権は死刑と矛盾するということまでできている。ドイツ基本法は「死刑は廃止された」との明文規定を設けたが、その条文(102条)は司法(Die Rechtsprechung)に関する第9章に置かれたもので、基本権(Die Grundrechte)に関する第1章の第2条に規定した生命権保障とは直結させなかった<sup>15)</sup>。1950年署名、1953年発効の欧州人権条約(人権及び基本的自由の保護のための条約)2条では、生命権を保障する一方でわざわざ死刑は「この限りでない」とし

---

14) 日本では、生命権を保障する法の登場を世界大戦による惨禍への反省に求める見解が多い。たとえば、山内・前掲書『人権・主権・平和』7頁。上田・前掲論文5頁～7頁。なお、死刑廃止に関して、世界大戦とファシズムの両者に対する反省を挙げるのが、山内・前掲書38頁。

15) もっとも、立法過程においてSPDのワーグナー議員が生命権を根拠に死刑廃止を提案したとか、死刑廃止と生命権保障との関係に言及する判例や学説のあることに言及するが、山内・前掲書38頁～39頁。

ていた。しかし、ドイツも拘束される欧州人権条約第13議定書（2002年署名，2003年発効）。では生命権保障と矛盾するから死刑を廃止すると明記する<sup>16)</sup>に至っている。国連の死刑廃止条約も同じである。この発展は後述するように国際人権B規約6条や国際刑事裁判所規程などを通して日本でも13条の「公共の福祉」の解釈において取り込むことは可能である。凶悪犯罪と死刑との等価関係は普遍性を持った正義としてもはや理論的に語れなくなっているだけでなく、昭和23年の最高裁大法廷判決が公共の福祉の内容として掲げた、死刑でもって「個体に対する人道観の上に全体に対する人道観を優位せしめ」ることも今日では正統性を失っているというべきであろう。それなのに日本の憲法学の主流は迷走している。それに刑法学も追随するにとどまっている。この混迷ぶりは、憲法学者である横大道聡「憲法から死刑を考える」（〔特集〕高校生のための憲法学入門）法学セミナー2015年10月号28～31頁，広く平和や人権問題について論評するとともに刑事法学者でもある前田朗「死刑存廃論の系譜と展開」法学セミナー2016年1月号35～39頁，という教養的解説をみれば一目瞭然であろう。教養的解説にはその時代の理論水準が如実に示されるといわれる。けれども、上述したように、憲法学においてもようやく生命権についての正論が有力に展開されるようになってきた。この動きに刑法学も参加しなければならないのではなからうか。

### 3 憲法13条論と死刑廃止への寄与

2つ目は、憲法13条論が死刑廃止の動きに役立つのか、無駄ではないかという批判である。

---

16) その前文には、「すべての者の生命についての権利は、民主社会における基本的価値であり、かつ、死刑の廃止は、この権利の保護及びあらゆる人間の固有の尊厳の承認にとって不可欠であると確信し、」（山手治之ほか編集代表『ベーシック条約集〔第6版〕』（東信堂，2005年）252頁）とある。



まず、生命権を憲法上の権利とすることに実践上の必要性があるのかとの疑問に対しては、次のように考えている。

#### (1) 生命権は憲法訴訟でも主張できる権利

そのような生命権は、たんに「自然権」とどまらず、今日では実定法上の権利となっている、しかも抽象的な包括的権利でなく生命権という特定の個別的権利として国家権力をも拘束するのだ、とするところに、憲法13条の「生命に対する権利」にこだわる理由がある。憲法13条は人権保障に関する「総則規定」と解する(山内敏弘・前掲死刑論文39頁ですら同じ。)のが憲法学の通説のようであるが、ドイツ基本法1条や2条と類似した構造にある憲法13条は①個人としての尊重、②生命権、③(近代フランス人権宣言の規定する「自由」と同じ一般的)自由権、および④幸福追求権という個別の人権を規定するものと解すべきなのではないか。憲法13条の「個人として尊重される」にはドイツ基本法1条の人間の尊厳と同様に「公共の福祉」による制約はかかっている。生命権等には「公共の福祉に反しない限り」との制約がかけられているのであるが、これもドイツの基本法と同様である。13条では「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」個所こそが重要なのである。憲法学説の多くは「公共の福祉」の箇所につきずられすぎているというべきであろう。

以上のように解することにより、政策論・政治論のレベルにとどまらず、少数者の権利を保障するためにある司法の場を利用することも可能になる。死刑が生命権保障の憲法13条に違反するとの主張は、生命権に具体的権利性と裁判規範性を認め、憲法訴訟において死刑制度を無効にすることを可能にするものなのである。今日の日本では、素朴な感情論やポピュリズムに流された議論でなく、死刑が持つ意味を理性的に検討・熟議できる場として、司法の果たすべき役割は大きい。

## (2) 生命権論は無力か

次は、生命権を持ち出しても憲法論としては一蹴されるだけだとの批判である。その理由は、第1に、憲法13条に関する憲法学説の通説による生命権の位置づけの弱さである。たしかに、沢山の憲法教科書がでているが、憲法13条と死刑との関係に言及するものはほとんどない。13条の生命権に言及した昭和23年大法院判決があるにも拘わらずにである。刑法の教科書でも似たり寄ったりの状況にある。第2は、憲法13条が生命権を保障しているとしても、法律の定める手続きによれば生命を奪う刑罰も許されるとの反対解釈のできる憲法31条があるから、生命権保障の憲法13条を死刑廃止に結び付けることはむづかしいということである。それらのことから、「裁判でも憲法13条生命権の主張はしない。主張するという弁護士がいたら無駄だから止めさせる」とまで高名な弁護士が発言するに至っているのが最近の状況である。

しかし、その第1の理由に対しては、上述したように21世紀に入って以降、憲法13条に関する憲法学の通説を克服する学説が有力に展開され始めているということを指摘できる。第2の理由に対しても、そのような反対解釈が適切でないことの論証はすでに多くの憲法学者や刑法学者<sup>17)</sup>によってなされているのであって、根拠としては薄弱だといわざるを得ない。さらに私は、前の「拙稿・一考察」なる小論において昭和23年最高裁大法院判決後における憲法31条に関する最高裁判例の展開に照らしてもそのような反対解釈が成り立たないことを論証したところである。

それら以上に重要なのは次のことである。すなわち、生命権という普遍的人権を基礎にしない死刑廃止への取組は、時流である犯罪被害者運動の側から機械的な反発を受け、前進することは困難であろう。単なる戦術的な技術論では現状を打開することはできないのではなかろうか。

たしかに、死刑の存廃を論じる刑事法学者や犯罪学者の多くが廃止の論

---

17) 詳論するものとして例えば、平川宗信『憲法的刑法学の展開——仏教思想を基盤にして』(有斐閣・2014年12月)71頁～89頁、194頁～222頁参照。

拠として伝統にならって人道主義を挙げることはあっても、憲法13条の生命権にまで説き及ぶ者はごく少数である。

しかし、専門家に限らず死刑廃止を主張する人の論証を見ると、生命の至高性への「想い」がその出発点であり基礎になっていることが見て取れる。誤判のおそれや残虐さ、抑止力のなさなどを問題にするのは生命の至高性への想いがあるからなのである。誤判問題や残虐さは死刑廃止を考える契機、切っ掛けになってもそれだけでは廃止に至ることはない。生命の至高性についての理解に行き着いて最終決着がつくわけである。

これは少し考えればわかることであろう。たとえば、懲役などの自由刑で20年間刑務所に入れられていた人が冤罪であったことが分かったとする。この場合、20年に及ぶ自由刑は廃止すべきだとの意見が出るだろうか。少なくとも近未来までのところでは、ないといってよいのではなかろうか。自由と生命には質的な差がある。誤判が死刑廃止論につながるはそのような質の独自性があるからなのである。この質がまた死刑そのものの残虐性を基礎づける。殺されそうになった人が正当防衛などの緊急行為により人を殺害すると死刑のように国家が社会秩序の維持を理由にして「常態で」人を殺害することには基本的な違いのあることは「拙稿・一考察」で説明した通りである。正当防衛は単に「不正対正」というにとどまらず「緊急」におけるそれだということに注意する必要がある。死刑の執行方法、つまり殺し方によって残虐になるかどうかという問題の立て方は、悲劇を喜劇にしてみまいかねないものではなかろうか。

### (3) 生命権という普遍的な人権による対立の止揚

現在の荒んだ世相を前にして、一方ではそれに危機意識を抱き寛容と連帯の社会を目指す動きがあるとともに、他方では一部の犯罪被害者運動からの厳罰要求・極刑要求は高まりこそすれ収まる状況にはない。両者の対立・衝突を揚棄する(aufheben)方向を打ち出せない限り死刑廃止には行きつけないのではないか。本来人権は普遍的なものではあるはずだが、現状

では加害者の人権と被害者の人権が対立・衝突させられている。残虐刑の禁止もその刑を科される加害者のための人権保障だとの一面的な理解もある。そのような意識・思想が軽視できないほど残る中での終身刑論は死刑存置の免罪符になりかねない。加害者、被害者、社会のすべてにとり共通の、すなわち一般性、普遍性をもつ価値や理念を掲げたものでない限り、現状を良い方向に打開していくことはできない。加害者や被害者という立場の違いを超えて、そのような一般性・普遍性を持つのが生命権である。生命はすべての人権の基盤であり、人によりその生命に質の違いがあるとしてはいけなものである。被害者の生命が尊いのなら加害者の生命も尊いのであり、また、加害者の生命が尊いのなら被害者の生命も尊いのである。両者の対立・矛盾を止揚するには生命権を基軸に据える必要があると考える次第である。

古くからの格言に「罪を憎んで人を憎まず。」がある。これは、寛刑思想の一環であるが、近代刑法理論である行為刑法論、すなわち「犯罪は行為である。意思や行為者の危険性を犯罪とするものではない。」に通底する。社会侵害性のある行為が犯罪であり、それゆえ犯罪は社会に敵対する行為であるが、犯罪者は社会の敵ではなく引き続き人間としての尊厳と人権の主体である。犯罪者にも罪刑均衡原則や残虐刑禁止などの人権保障が及ぶ。近代の公刑罰は私的な復讐や報復のように犯人への憎しみや恨みによってなされてよいものではない。公刑罰は社会侵害行為に対し社会の側から正義の名においてなされる制裁なのである。そのことによって、復讐や報復に付きまとうそれらの連鎖を断ち切ることができる。犯罪者に対してであれ人を憎むことを死刑の根拠にすると、世の中には憎んでよい人がおり、その人なら殺してよいという思想を許してしまうことになりかねない。行為なら殺人とか強盗とか典型的に特定可能だが、憎んでよい人の類型化や特定は難しい。また、憎しみや恨みという感情は人により内容や程度においてかなりのばらつきが出てこざるを得ない。

確かに、問題解決には現実的対応も必要である。しかし、羅針盤なしの

現実的対応には問題を悪化させる危険もある。たとえば、死刑判決を減らしたいとの善意から、死刑を存置したまま無期刑と死刑の中間刑として終身刑を導入すべきだとする主張があげられる。著名な刑事法学者や弁護士の間にもそのように主張するもの<sup>18)</sup>が出るに至っている。羅針盤は綱領とか理念ということもできる。また、現実的対応で妥協が可能になるのはその背後にある理念を少なくとも無視できないというところまで行かないと前進的な妥協にはならないのではなかろうか。死刑廃止への羅針盤は普遍的な人権に求めなければならない。その筆頭に来るのはやはり生命権であろう。また普遍性を持つ生命権を掲げたうえでの現実的対応でないと、上述した被害者運動の壁は崩せないであろうし、終身刑先行論に道を譲るだけになってしまう恐れもある。

#### 4 死刑はいつから憲法13条違反になったのか

死刑が憲法13条に違反するのは憲法制定時においてすでにそうであったのか、それともその後の時点において違憲になったのか。少なくとも現時点において死刑は憲法13条の生命権保障に違反し違憲だということだけで足りるのではないかと思うのだが、理論的な関心からは問題となるのであろう。

##### (1) 法解釈の目的・対象について

これは法解釈の目的・対象として議論されてきた問題に関係する。法解釈の目的・対象については主観説(立法者意思)と客観説(法律意思説)が対立してきたといわれる。前者は、法規をつくった立法者の意思を探求

---

18) たとえば、大阪弁護士会死刑廃止検討プロジェクトチーム編『終身刑を考える』(日本評論社、2015年9月)で展開されている。もっとも、同書には、終身刑が死刑より厳罰だということで終身刑の方が望ましいという方向に変化することもあると指摘する浜井浩一発言もある。52頁および86頁参照。

し、その意思の内容が法であるとする見解である。後者は、立法者の意思を離れて客観的に存在する合理的な法が探究の対象だとするものである。前者の主観説に対しては、立法理由が明文で残されていない場合があるとか、議会における多数意見により法が確立されるわけだが最終的な法文に意見の一致があってもその意味については様々な理解のあることが多いとかの批判がある。けれども、立法者意思が分かる場合は、解釈に当たり考慮に入れることは必要であろう。そのようなことから、解釈の目的・対象は、立法者意思を含めて法文の文理や法体系全体の整合性、立法の歴史的経緯、立法趣旨・目的、現実的妥当性などを総合的に勘案して解明される客観的に存在する合理的な法であるとするのが今日では一般的な理解であるといえるであろう<sup>19)</sup>。

## (2) 固有・独自の生命権が確立した時期

その上で、上述の問題については、2段階に分けて検討する必要があるように思われる。

その第1段階は、憲法13条により固有かつ独自の人権として生命権が保障されるに至ったというのは、憲法制定当初からそのような規範内容が憲法13条に含まれていたということなのか、それとも制定後のいつかからかそうなったものなのかという問題がある。この点について最も気にかかるのが、憲法13条の立法者意思はどのようなものであったのかということである。それについての議会における議論を見ると消極的な意見を含め様々なものが見られる。最終的に、政府原案であった「第12条」が衆議院で「第13条」に修正されたが、その本文は原文と同じで変わらなかった。それが現行憲法13条である。議会段階での国務大臣金森徳次郎の答弁<sup>20)</sup>を見

19) 生田勝義ほか『法学ことはじめ』（法律文化社、2015年3月）193頁（執筆・生田）参照。

20) 清水伸編著『逐条日本国憲法審議録第二巻』（日本世論調査研究所、昭和37年7月）257頁～285頁参照。本文中に（ ）で示した頁数は本書の頁数である。なお、憲法調査会事務局『帝国憲法改正審議録（七）——基本的人権編（下）——』（憲資・権第十一号、昭和三十四年八月）149頁～154頁、とくに150頁の金森答弁も重要。

ると、自由や権利を法律の留保のもとにおいていないことで大日本帝国憲法と基本的に異なっていること(280頁~281頁)とか、13条の「個人の尊重」は「原則」であり、「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まれて来る」こと(274頁)、「最大の尊重を必要とする」との文言はその重要性を「一般的に国民に見せる法」として強調したこと(278頁)、「国家の方針及び国家機関の遵奉すべき原理というものを明瞭にして居るといふ点に於きまして、少くとも法律的意義を持って居る。」こと(279頁)とか、が示されている。つまり、憲法13条は人権についての原理・原則を定めた重要な法的規定だとの理解である。このような理解があったからこそ、早くも昭和23年(1948年)に大法廷判決がわざわざ憲法13条の生命権と死刑との関係に言及したのではなからうか。他方、GHQとの間で進められた原案作成過程では、米国大統領のルーズベルトと英国首相チャーチルによる大西洋憲章(1941年8月1日)6にある「すべての人類が恐怖および欠乏から解放されて、その生命を全うすることを保証するような平和が確立されることを希望する」として「『生命』概念を特記している」こと<sup>21)</sup>や生命権を定めるヴァージニア権利章典やアメリカ独立宣言の規定が考慮されたというべきであろう。それらのことに照らすと、憲法制定時の立法者意思が少なくとも生命権の人権としての法的な原理的重要性を否定していたとは言えないのではなからうか。それに対し、学説の多くはすでに客観的に存在していた生命権の固有性・独自性を認識できずにいた。それがようやく世紀の変わり目から憲法学説でも詳細な理論的検討がなされるようになってきたということである。

なお、百歩譲るとしても、1979年に国際人権B規約が発効した段階では、それと憲法13条との論理・体系解釈からして憲法13条の生命権保障はB規約と同じ内容のものとなったというべきであろう。

---

21) 上田・前掲論文6頁参照。



### (3) 死刑が憲法13条に違反するに至った時期

第2段階は、死刑がいつから憲法13条の生命権保障に違反するに至ったのかという問題である。この問題についても、法解釈の目的に関する客観説からすると、憲法制定時においてすでに死刑は生命権を保障する憲法13条に違反していたとすることも可能であろう。けれども、一般的にはやはり法解釈において立法者意思がどのようなものであったかを検討しておくことは必要である。この点については、憲法制定当時、死刑が13条の生命権保障に反するものとの立法者意思はなかったものといわざるを得ないであろう。まず、憲法31条の現行規定の表現とそれに至る経過<sup>22)</sup>からは、反対解釈による死刑肯定の余地を残したと解するのが素直であろう。また、同時期における他の立法例を見ても生命権と死刑との緊張関係を明記したものは無いといえることである。さらに、日本の戦犯に対する東京裁判での死刑判決が予想されていたことを挙げることもできよう。したがって、死刑憲法13条違反という法状態は、その後における憲法規範の発展によるものというべきことになる。

その時期についてはまず、日本が国際人権B規約を批准し発効したとき（1979年9月21日）に求めることが考えられよう。そのB規約6条には、生命権が固有の人権として保障されることと併せて、それが死刑と緊張関係に立つこと、しかも同条6項において「この条のいかなる規定も、……死刑の廃止を遅らせ又は妨げるために援用されてはならない。」と定められている。つまり、死刑は過渡的なやむを得ない措置として存続することを認めるがそこには普遍性のある正義による正当化はできないということである。このB規約と憲法13条の論理・体系解釈からすると、昭和23年大法院判決の「公共の福祉」論は少なくともその正統性に欠陥が生じることになったというべきであろう。さらに、当時すでに、憲法31条が実体刑法の

---

22) 生田・前掲「拙稿・一考察」24頁参照。もっとも、そこで述べたように、憲法31条の「生命もしくは自由を奪われない」ということが刑事法に限定すると解する余地しかないということにはなるまい。



適正さに関する規定でもあることが通説・判例になっていたこと<sup>23)</sup>をもあげることができよう。そうすると、等価的応報が価値的であることからくる不安定さを抱える中で、正義性の動揺した死刑をもって犯罪に対処することは、ウルティマ・ラティオたるべき刑罰法規としての適正さを欠くにも至ったといつてよいのではなかろうか。次に考えられるのは、死刑廃止条約が国際連合総会において採択された1989年12月15日である。日本はいまだ批准していないが、「公共の福祉」論の正統性はさらに大きく揺らいだことは確かである。最後に考えられるのが、国際刑事裁判所に関するローマ規程が日本で発効した2007年10月1日である。日本の国家意思として極めて重大な犯罪に対しても死刑をそもそも科さないとの意思が示されたことの法体系に占める意味は大きい。昭和23年最高裁大法廷判決のいうように「個体に対する人道観の上に全体に対する人道観を優位せしめ」るとしても、死刑を科すことのないことを認めたわけである。罪刑均衡を根拠にする死刑の正統性はそれによって崩れたというべきであろう。

いずれにせよ、今日では、死刑の凶悪犯罪予防効果を根拠にすることが理論的にできなくなっているといわざるを得ないことをあわせ考えると、最高裁判例の立場からも死刑は憲法13条の生命権保障に反するというべきなのである。

これは、日本における憲法規範や法意識の「文化的成熟度」にかかわる問題でもある。

## 5 感情論か理性による検討か

### (1) 問題の所在——感情の層構造と今の感情論

第2に検討すべき論点は、感情や感覚と理性との違いないし関係をどう捉えるかというものである。

---

23) 判例として例えば、1975年には既に存在していた徳島市公安条例事件に対する最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁。

今日の日本では、死刑存置の理由や量刑基準として国民感情ないし市民感覚が引き合いに出されることが多い。しかし、国家刑罰を感情や感覚という情緒的・主観的なものに依拠して正当化してよいのだろうか。国家刑罰は理性的なものでなければならないのではないかと、前の「拙稿・一考察」論文で問題提起しておいた。それに対して次のような批判があった。「感情には理性に裏付けられた高次のものがありそれは理性と同様に人間にとり大事なものだ。感情にある層構造を無視して、感情一般を一律に問題視することは一面的である。」というものである。たしかに、そのような指摘は、感情と理性の関係について一般的・抽象的に論じる場合はそのとおりだと思う。感情という言葉の意味には高次なものである情操も含まれているからである<sup>24)</sup>。

ただ、その論点について私は次のように考えている。

まず、私が問題にしたのは現に存在する「感情論」や「感覚論」である。そこで捉えられている感情や感覚は理性による検討を経ないままのものであり、それらに依拠しようとするのが感情論や感覚論なのである。高次の感情は度外視されている。

## (2) 現にある感情論の根深さとその矛盾の止揚

この感情論が大きな影響力を持つことができるのは今日の客観的な社会状況と関係しているからである。それゆえ、それには根深いところがあり、軽視することはできない。このように根深い感情論が影響力を持って

---

24) 広辞苑（第6版）には次のように記されている。まず「感情」とは、「①喜怒哀楽や好悪など、物事に感じて起こる気持。②〔心〕精神の働きを知・情・意に分けた時の情的過程全般を指す。情動・気分・情操などが含まれる。「快い」「美しい」「感じが悪い」などというような、主体が状況や対象に対する態度あるいは価値づけをする心的過程。」。次に、そこに言われる「情操」とは、「感情のうち、道徳的・芸術的・宗教的など文化的・社会的価値を具（そな）えた複雑で高次なもの。」であると。なお、「理性」とは、「概念的思考の能力。実践的には感性的欲求に左右されずに思慮的に行動する能力。古来、人間と動物とを区別するものとされてきた。」とある。

いるところで問題を打開するには、戦術的な技術論によるだけでは無理なのではなからうか。

その客観的な社会状況との関係は次のようにまとめられよう。第1に、新自由主義のように「成長」を牽引できる企業や産業を市場が持つ弱肉強食の力を借りて見出さそうとする政治経済の下では、投機的雰囲気優勢になり、理性より直観、さらには連帯や寛容より自助努力と自己責任を重視する考え方が広がる。第2に、激動期には社会に関する旧来型の知識が陳腐化するのだが、そのことと投機的雰囲気が相まって、社会科学やその専門家はあまり信頼されなくなる。「不確実性の時代」といわれ、理性的判断より直観が重視される。このような状況の中で、商業マスコミは科学の知見や理性の判断を経てあるべき方向を提起するというより、むしろ視聴者や購読者の情緒的欲求を満足させる報道を追求するようになる。特に犯罪や刑罰については視聴者や読者が素朴に抱く応報感情が、市民感覚や常識という名のもとに煽情的に報道されがちだ。しかもそれによって「世論」が測られることになる。あるべき社会の方向を示すことのできない政治家は、選挙民の歓心を買うことで政治生命を維持しようとする。ポピュリズムの弊害である。しかしながら、そのようなことを基礎にして展開される刑法は、犯罪を生み出している社会病理を解決できないばかりか、人権保障を危うくし、社会を衰退させてしまいかねないのである。そのようなことを「世紀転換期のイデオロギー」としてかつて分析した<sup>25)</sup>ところである。

もっとも、そのような弱肉強食は極めて少数の富者と大多数の貧者という格差や、社会の不安定をもたらすことは目に見えていた。そしてそれは今日現実のものになっている。上から組織される過酷な競争は人間関係や社会関係に非人間的なひずみを生じさせる。このひずみは一方において、相互不信による偏狭な「異分子排除ないし憎悪」意識や非合理的な権威主

---

25) 生田『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年6月）17頁～18頁参照。

義ないし排外主義の思潮に支えられた動きを生み出すが、他方では人間らしさを取り返そうとする相互信頼の連帯と包容の意識、思想に支えられた動きを広げさせる。非人間的な状況への感覚的で感情的な反発は現実認識の深まりや広がりとともに理性的な運動となる。変革を求めて情緒的な動きと理性的な動きのせめぎあいが始まる。理性的な動きでは、具体的な個人々人にある「人間の尊厳」や「生きる権利」も人間であること自体において享受できる、つまり全ての人に共通の普遍的な、人権として意識され共有されるようになる。

一例を挙げておこう。死刑存置論者が廃止論者に対して向ける批判として次のものがある。「愛しい人や家族が殺された場合でも死刑を廃止すると言えるのか。」と。たしかに、殺人などの凶悪犯罪は人々に激しい嫌悪感や恐怖心を呼び起こす。しかも身近な愛しい人であればあるほどそのような感情は激しくなることが多い。嫌悪感や恐怖心のレベルにとどまると、それへの対応も感情的になりやすい。けれども、このレベルにとどまるのであれば、そこには身近な人の生命とそうでない人の生命とで差別化する意識が窺えるのではないか。それに対し、「戦争法廃止」を求める市民運動の中から生まれ多くの人に感動を与えるに至ったスローガンがある。「誰の子供も殺させない。」である。これは、「自分の子供は殺させたくない」という多くの親が抱く率直な感情から始まり、「同胞の子供」を通り抜け、「他国の子供」や「全世界の子供」を殺させない、という高次の想いにまで到達したものではなかろうか。生命の尊さが家族や民族を超えた普遍性のあるものとの認識<sup>26)</sup>に支えられた想いの表明。そのような想いは、理性によって得られる最高の概念といわれる理念により支えられつ

---

26) このような普遍性を認識できるのは、人間にはチンパンジーと異なり「想像するちから」があるからであろう。この点について要領よく知るには松沢哲郎「想像するちから——チンパンジーが教えてくれた人間の心——」學士會会報 No. 913 (2015-IV) 54頁～64頁参照（なお、同名の単行本が2011年2月に岩波書店から発行されている。）。その「想像するちから」は理性であるといってよいのではなかろうか。それはまた人間の意思の自由にも関係するように思われる。

つ、理性により研磨され社会的価値を持った高次の感情である情操にも支えられたものであるといえよう。理念には価値が伴うのだが、理念のみならず価値や情操についても理性が重要な役割をはたしているわけである。

### (3) 高次の感情と国家法の限界

次に、高次の感情であっても、それを法的議論や法的評価における主要な論拠にすべきではないのではなかろうか。

高次の感情もやはり情緒的なものを含んだ精神状態である。それが理性的な検討を経て抱かれた高次のものであったとしても情緒的なものを含むことに変わりはない。

情緒的なものがある初めて人間らしさにいたることは確かである。しかし、情緒的な面は個人によって多様だといわざるをえない。これを主観的なものといってよい。他人に特定の行為を強制できるという性質を本質とする法の世界では、誰もが共通して検討し批判・評価できる規準が必要であるし、またそのようなものでなければならないのではなかろうか。法の世界では基準は誰もが客観的に検討、評価できるものでなければなるまい。それは理性的なものである。もっとも、理性的なものでもそれが「想像のちから」によるものである以上、とりわけ社会や国家・法の在り方に関する理念や価値のレベルになると、実際には人による観念内容の多様性が出てこざるをえない。つまり、人による主観性、相対性という面のあることを認めざるをえないだろう。そうすると、理念や価値は人間にとり本質的な重要性を持つものであるとしても、それらを国家法という権力をもって直接に強制することには慎重であるべきだということになる。ここに法の前文とか具体的裁判規範性を持たない法規範とかが存在する意味がある。

このようなことから、今日の法の世界には人間の自己疎外という面が伴わざるを得ないのだと思う。高次の感情であっても情緒的なものは強制力を背景にしない対等な人間同士の任意の関係（これこそが人間らしい関係で

ある。)において満開させるべきだし、満開にできるものではないだろうか。このことは次のことから分かるであろう。すなわち、(国家)法の世界と芸術や文芸、音楽の世界は異なるといわれる。より正しくは、規範的に、両者は異なるべきだということになる。法は多様な個性による高次の感情が尊重されるべきそれらに介入すべきではないということである。もちろん、その介入とそれらを一般的かつ公平に支援することとは区別できるであろうが。

## おわりに

### (1) 専門家のミッション

上記「拙稿・一考察」は誰に向けたものか、死刑廃止には一般の市民による運動こそが重要なのに一部の専門家に向けた論文では不十分なのではないか、との批判もいただいた。

この批判への答えはすでに述べたところから明らかであろう。答えの第一は、憲法学や刑法学の通説に誤りがあるのならそれをただすのが学者のミッション(使命)ではないかということである。いやしくも法学者や法曹たる者は自分の五感と頭で法を解明すべきでないか。先行する研究や理論は真理の近似値を示すものとして真理解明の不可欠・重要な手掛かりではあるが真理そのものではない。法学のプロとしての良心、誇りと自信を持ってプロでなければできない社会的責任を果たそう。私が小論で主張したかったのはそのことである<sup>27)</sup>。

一般世論への働きかけはアムネスティなどのボランティア運動体や弁護

---

27) 「拙稿・一考察」では千葉補足意見にある「国民の良識を反映」を受けて「良識は理性的なものである」(同32頁)とした。これに対し、規準となるべきは「良識」でなく「良心」だとの批判をいただいた。これは、正しい法の発見という重要課題にかかわる。当面の私見は前掲書『法学ことはじめ』185頁～194頁(執筆・生田)に示したところであるが、今後さらに深めてみたい。なお、人々が同胞の精神をもって行動するには理性と良心の両方が必要なことを示すものとして世界人権宣言1条後段がある。

士会などが組織的に取り組んでいるし、研究者による教養書や解説論稿も出されている。しかし、それらの多くが肝心の生命権のところでは不十分さを抱えており、折角の死刑廃止に向けた運動が混迷しかねない状況に至っている。この状況を打開するには多面的な取組が必要だが、差し当たり誰もやりそうにもないと思われる理論的な問題に切り込もう。そう考えて、ものにしたのが拙稿である。したがって、拙稿は一般向けの雑誌や学生向けの雑誌でなく、法学の専門雑誌に掲載した次第である。また、論旨を明確にするため、先行研究や基礎知識のあれこれへの言及はできるだけ控えるようにした。もっとも、死刑について教養的にでも基礎知識を持った人であれば、何とか読んでもらえるのではないかと思う。

答えの第2は、生命権と死刑との関係について憲法学から正論が有力に展開されるに至っているのに、肝心の刑法学が沈黙してよいのかという思いである。最高裁大法廷昭和23年判決の「公共の福祉」論を克服するにはやはり刑法学の力が必要だし、犯罪学や刑罰論の発展を取り込んだ現在の刑法学にはその力が蓄積されつつある。この力を死刑廃止に向け顕在化させるべきだということである。

## (2) 残された次の課題

私は前の「拙稿・一考察」において、それまで十分検討されてこなかったといえる死刑と積極的一般予防論の関係についても批判的に論じた。積極的一般予防論には予防と応報を結合したところがある。最近における最高裁の量刑論は「抑止刑論を基礎にした行為責任論」とでもいうべきものになっている。ここでも予防と応報の結合が見られるのだが、「応報の枠内での予防」でなく「予防のための応報」となると厳罰推進論になりかねない。被害感情に見合った応報ということになると法的安定性も危うくなる。刑事実務の実態を見据えた批判的刑罰理論の展開が期待される。

長期拘禁が人格崩壊をもたらすとの科学的知見を踏まえ、それが非人間的だ、人道に反するとの指摘が以前から専門家によりなされていた。実務

家の中からもそれを踏まえた見解が表明されることもあった。ところが、最近では、厳罰主義の社会思潮に押される、ないし乗る形で、刑事法学者や実務家の中からも、上述の問題を指摘するのではなく、むしろ無視するかのごとき状況が出てきている。無期刑が実質的に終身刑化しつつあるにもかかわらず、死刑を減らすためにはさらに終身刑を導入することもやむを得ないとする動きもある。人間の尊厳と残虐刑禁止の意味をさらに豊かにする理論的営為も望まれる。

それらの残された課題の検討は稿を改めて行うこととしたい。