

基本的人権としての生命権の再定位

山 内 敏 弘

一 はじめに

私は、いまから20年ほど前に「基本的人権としての生命権の再構成」⁽¹⁾という論文を発表して、それまでの先行業績を踏まえつつ、生命権を幸福追求権や包括的人権の一種と捉えるのではなく、それ自体独自の基本的人権として位置付けるべきであるという主張を行なった。その際の問題意識は、死刑制度や平和的生存権の問題などは、生命権を独自の人権として位置付けることで、よりよく問題の核心に迫ることができるというものであった。その後、生命権に関する議論は、拙稿に直接言及するものも含めて、いくつかみられるようになったが⁽²⁾、ただ、学界全体としては必ずしも広く市民権を得たというほどの広がりはいみじくもなかった。

ところが、その後、2011年3月11日には東日本大震災や福島原発事故が起きて多数の人命が失われるという事態に私達は遭遇した。この大震災と原発事故によって、さまざまな人権の侵害が問題となったが、私には、とりわけ生命権の侵害（の危険性）が改めて大きく浮上してきたように思われた。大震災後9年を経過した2020年の時点で大震災で死亡した人の数は1万5899人、行方不明者が2529人にのぼったが⁽³⁾、これらの人達は、大震災や津波などによって文字通り生命の権利を奪われたのである。もちろん、その直接的な原因となったのは大震災や津波といった自然災害である

が、しかし、それら自然災害に備えるための国や自治体の施策がはたして十分であったかどうかは、生命権の保障のあり方の問題としても再検討されなければならない課題を突きつけたのである⁽⁴⁾。

しかも、原発事故についていえば、それはまさに人災そのものであったのであり、そのような人災によって多くの人達が生命の危険に晒され、あるいは間接的にであれ生命を奪われたことは重大と思われた⁽⁵⁾。そこで、私は、改めて、「人権体系における生命権の再定位」⁽⁶⁾という論文を書いて、生命権の重要性やその独自性と根元性の主張を行なった。

さらに、その後、2020年に起きたのは、新型コロナウイルスの世界的な感染拡大（パンデミック）とそれに伴う多数の犠牲者の発生である。世界でも84万6448人、日本だけでも1313人の尊い生命が奪われ（2020年8月31日現在）、生命の大切さやかけがえのなさを改めて痛感させられたのである。感染拡大を防止するために、各国政府は、そして日本も、生命と健康を守るために、外出の自由や集会の自由、経済活動の自由、さらには教育を受ける権利などさまざまな自由や権利を制限する措置を行なってきた。そして、生命権とこれらの自由・権利との関係などについて、憲法問題としても大きな問題を提起したのである。

ところが、コロナウイルス感染拡大の問題は、憲法問題としては、このようになによりもまず生命権とその他の人権との調整・衝突の問題と捉えられるべきであるにもかかわらず、そのような視点は、一般には、必ずしも共有されていないようにみえる⁽⁷⁾。生命権が日本の憲法学界でも広く市民権を得ていないことにその要因があるように思われる。そこで、私は、改めて、生命権の独自性と根元性を述べて、生命権の内容を検討するとともに、生命権を基本的人権として人権体系の中で再定位すべきことを述べることにしたい。

二 生命権の独自性と根元性

憲法13条は、「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」と規定しているが、ここに書かれている生命権（生命に対する権利）については、従来の学説においては、必ずしもその独自性と根元性についての認識が十分ではなかった。すなわち、生命権は幸福追求権（または包括的人権）の一種として、あるいは自由権の一種として取り扱われ、その独自性が十分には認識されず、したがってまた、それがもろもろの人権のなかでも根元的な意味をもつものであるという認識も十分ではなかったように思われる。しかし、そのような見解は、根本的に見直されるべきと思われる。

1 生命権の独自性

まず、生命権は、それ自体が独自の人権としての意義を憲法上有しているものであって、幸福追求権や自由権の一種として捉えるべきではないと思われる。その理由としては、4点ほどがあげられよう。

まず第1は、生命権と自由権や幸福追求権とは、そもそも言葉の意味からして、別個独自の意味内容をもっているということである。ちなみに、「生命」の意味を「広辞苑」でみると、「生物が生物として存在する本源。栄養摂取・物質代謝・感覚・運動・成長・増殖のような生活現象から抽出される一般概念。いのち。」と書かれている。他方で、「自由」は、「心のままであること。思う通り。自在。」と書かれている。さらに、「幸福」は、「心が満ち足りていること。また、そのさま。しあわせ。」と書かれている。これをみるだけでも、「生命」を「自由」や「幸福追求」と同視したり、「生命」を「自由」や「幸福追求」の中に含めることができないことは明らかであろう。

もっとも、「生命」について、さらに具体的にどのように定義づけるかということになると、古来さまざまな定義づけがなされてきて、現在でもこれといった確立した定義づけは見当たらないように思われる。例えば、デカルトは、生命は、神が造った機械であるという「機械論」を唱えたが⁽⁸⁾、これに対しては、生命には、通常の物質と異なる独自の生命原理または生命力が働いているという「生氣論」が唱えられてきた⁽⁹⁾。また、20世紀には、物理学者のシュレーディンガーが、「非周期的結晶こそ生命をになっている物質である」とする説を唱えて⁽¹⁰⁾、注目をあびた。日本では、生物学者の福岡伸一が「生命とは、動的平衡にある流れである」という説⁽¹¹⁾を展開して注目を浴びた。生命の意味については、生物学や物理学の定義と哲学の定義とでも異なってくることもありうるので、この難問について明確な解答を出すだけの能力は私にはない。したがって、ここでは、このように定義の難しい「生命」と、「自由」や「幸福追求」とでは概念的にも異なったものであることを確認するにとどめることにしたい。

第2に指摘すべきは、憲法13条の文言解釈からしても、生命に対する権利は幸福追求権や自由権とは別個の人権として捉えられるべきであるということである。憲法13条では、生命権、自由権、そして幸福追求権が並記されているのであって、生命権が幸福追求権や自由権の一種として書かれているわけではないのである。憲法13条のモデルになったアメリカ独立宣言でも、つぎのように生命権と自由権、そして幸福追求権は並記されている。「われわれは、自明の真理として、すべての人は平等に造られ、造物主によって、一定の奪いがたい天賦の権利を付与され、そのなかには生命、自由および幸福追求の含まれることを信ずる」。また、ヴァージニア権利宣言（1776年）では「（生来の権利）とは、財産を取得所有し、幸福と安寧を追求獲得する手段を伴って、生命と自由とを享受する権利である」とされていて、幸福追求は、生命権や自由権の手段とされているのである。このような点に照らしても、生命権を幸福追求権や自由権の一種として捉

えることは適切でないといえよう。

第3に、権利の内容に即してみても、生命権は、幸福追求権や自由権とは別個の人権というべきと思われる。生命権は、生命体としての人間の生存それ自体を人権として保障することをその内容とするものであるのに対して、幸福追求権はそのような生命権の保障を前提とした上で、各人が自己の人生をどのように送るか、あるいはどのように幸福を追求するかしないかは各人の自由な判断・決定に委ねられているということをその基本的な内容としている。また、自由権も、生命権の保障を前提とした上で、もろもろの行動の自由（精神的自由、人身の自由、経済的自由）を保障するところにその趣旨があるのであって、生命の保持存続はその権利内容には一般には含まれていないのである。たしかに、人身の自由を広義に解した場合には、生命を侵害されない自由、あるいは端的に殺されない自由も含まれると捉えることができるが、人身の自由には、それ以外にも身体的拘束から免れる自由なども含まれるので、殺されない自由は、まさに生命権の保障内容と捉えた方がより適切である⁽¹²⁾。国際人権（自由権）規約は、後述するように生命に対する権利を規定しているが、身体的自由権は、それとは別個の条文（7条以下）に規定しているのである。しかも、留意すべきは、生命権はそのような自由権的な側面をもつだけでなく、後述するように国家に対する保護請求権的な側面をももち、その意味でも自由権には包含され得ない内容を有しているということである⁽¹³⁾。なお、自由権の場合には、それが侵害されても、事後的な自由の回復は不可能ではないのに対して、生命権の場合はいつたん侵害された場合にはその回復は不可能である。この点も、両者の相違点としてあげられるであろう。

第4は、以上とも関連するが、国際的な動向を踏まえても、生命権は、幸福追求権や自由権とは区別される独自の人権として構成するのが適切なのである。国際人権（自由権）規約（1966年）6条は「生命に対する固有の権利」をもろもろの市民的、政治的自由とは別個独立に保障しているし、

その他の国祭人権諸条約の場合もほぼ同様である。例えば、児童の権利条約は、第6条において、「①締約国は、すべての児童が生命に対する権利を有することを認める。②(略)」と規定しているし、またEU基本権憲章は、「第一編 尊厳」の第2条(生命に対する権利)で「①すべての者は、生命に対する権利を有する。②何人も死刑を宣告されず、また執行されない。」と規定し、自由権は、それとは別に「第二編 自由」として規定しているのである⁽¹⁴⁾。

また、諸外国の憲法でも、生命権を独自の人権として規定している事例がいくつかみられることも参考にされるべきであろう。例えば、ドイツのボン基本法(1949年)2条2項、ギリシャ憲法5条2項(1975年)、ポルトガル憲法24条1項(1976年)、スペイン憲法15条(1976年)、ポーランド憲法38条(1989年)、さらには、スイス憲法10条1項(1999年)などが、生命権を独自の人権として規定している⁽¹⁵⁾。例えば、ボン基本法2条2項は、「何人も、生命への権利及び身体を害されない権利を有する」と規定しているし、ポーランド憲法38条は、「ポーランド共和国は、すべての人に生命の法的保護を保障する」と規定している。またスイス憲法10条1項は、「すべての人間は、生命に対する権利を有する。死刑は禁止される。」と規定している。

これらの国際的な動向を踏まえれば、日本国憲法の場合にも、生命権をそれ自体独自の人権として構成することは、なんらおかしいことではなく、むしろ国際的な動向にも合致したものといつてよいのである。

2 生命権の根元性

さらに、生命権は、憲法が保障するもろもろの人権のなかでも最も根元的な位置を占めているというべきである。あるいは、その他のもろもろの人権の前提となる人権であると位置づけることもできよう。人間は、生命なくしては、精神活動その他もろもろの活動を行うことはできない。また、

生命の剥奪は、他のすべての人権の剥奪をもたらすことをも意味している。このことは、生命権の保障が、他の人権保障の前提をなしていることを意味している。他のもろもろの人権は、生命権の保障を踏まえて、その上に構築されるという構造になっているのである。例えば、小林直樹は、「生命権は、他の人権の基礎にある、最も根源的な人権である」と述べているし⁽¹⁶⁾、また国際法学者のラムシャランは、「生命権は、根元的な (primordial) 権利であり、他のいかなる権利に比べても最高位にランク付けられる」⁽¹⁷⁾と指摘している。ドイツの連邦憲法裁判所の判例 (BVerfGE 39, 1, 42) も、「人間の生命は人間の尊厳のバイタルな基礎 (vitale Basis) であり、他のすべての基本権の前提 (Voraussetzung) である」と述べているのである⁽¹⁸⁾。このように生命権が、諸々の基本的人権の中でも根元的な意味を持つことは、私には当然のことであるように思われるが、どうして憲法学においては、従来その点が重視されてこなかったのであろうか。

その理由は必ずしも定かではないが、一つ考えられる理由は、生命の問題をあえて生命権として人権構成する実益あるいは現実的必要性が感じられなかったということであろうか。しかし、死刑制度を一つとってみても、生命の問題を人権論として論じる現実的必要性は憲法制定当初から存在していたし、現在でも存在している。また平和的生存権の問題をとってみても生命権を論じる現実的必要性は存在しているし、後述のように生命権を人権として位置付ける必要性は他にもいくつかあるので、このような理由づけは根拠のないものであると思われる。

つぎに考えられうるのは、人間の精神 (活動) を生命よりも優位におくという考えがその背景にあったのであろうか。この点は、人間存在をどのように捉えるのかということとも関わる基本問題であり、この問題についてここで詳論する余裕も能力もない。ただ、一言指摘しておくべきは、「我思う、故に我あり」というデカルトの言葉は、たしかに主観的な認識としては (意識がなければ、存在も認識できないという意味では)、そう

であろうが、客観的には、生命があってはじめて精神活動が可能となることは明らかであろう。これに関連して、竹中勲は、憲法上の自己決定権を上位概念と捉えて、その一類型として生命に対する権利を位置付けているが、しかし、生命権の保障が人間が自己決定を行なう上での前提となることを踏まえれば、生命権を自己決定権の上位概念と捉えるべきと思われる⁽¹⁹⁾。

また、人間存在が他の動物と区別されるのは、たしかに、その高度の精神（とその活動）にあるといってよいが⁽²⁰⁾、しかし、そのことは、人間の精神活動が生命の維持存続よりもその価値において優位することを意味するものではないということである。もちろん、個々人がそのような価値観をもつことは自由であるが、しかし、そのような価値観を憲法の人権序列として一般化し、人々に強制することはできないというべきであろう。人権の序列においては、人間の精神活動などもろもろの活動の基盤・前提となる生命の維持を確保する権利を最も根元的な権利と位置づけるべきと思われる。

さらに、生命権を必ずしも重視しないのは、生命権よりはむしろ個人の尊重（人間の尊厳）の方がより重視されるべきという理由があるからであろうか。たしかに、生命権と個人の尊重（あるいは人間の尊厳）との関係をどのように捉えるかは憲法上も大問題であるが⁽²¹⁾、私は、その点、個人の尊重は、憲法がもろもろの人権を保障する場合の総則的原理を示しているのであって、個人の尊重原理を踏まえて生命権を初めとする個別具体的な人権が保障されるべきことを憲法13条は規定していると解している。個人の尊重はそれ自体が人権ではないと思われるのである。そのように考えれば、生命権を人権のなかで根元的な権利と位置づけることになんらの支障もないのである。

なお、この点とも関わって出されてくるのは、そもそも人間の生命はなぜにかくも根元的なものとして尊重されなければならないのかという難問

である。この難問についても、私は確たる回答を持ち合わせているわけではないが、小林直樹は、人間の生命が「無数の偶然と因果によって造られた奇跡的存在」であり、しかも、その生命体が「高度の意識」をもつことを他の動物などとの対比においてあげている。傾聴すべき見解であるが、ただ、例えば、生まれついて精神障害をもっている子どもや高齢化して認知症になって「高度の意識」を失った人間の生命も尊重されるべきとすれば、そのような人間の生命権も根源的な人権として尊重されなければならない理由はどう説明するかという問題が残ることになる。この点に関して、小林は、つぎのように答えている。「私は、“本来高次の精神的な能力（及びそれに見あう課題認識）を持つ筈であるのに、老衰・病気・生有原因などの原由で能力欠損を已むなく負わされた人々を、差別的に扱うことは人間的に不当である”と考える。更に（略）補足すれば、人間はそのような差別をするに忍びざる心をもつ存在だ、ということも出来よう」⁽²²⁾。このような説明は、たしかに、それなりに成り立ちうると思われるが、そうとすれば、結局は、人間の生命を尊重すべき理由は、「高度の精神」というよりはむしろ「高度の精神」の有無にかかわらず、等しく人間たるの故をもって尊重すべきということにならざるを得ないのではないと思われる。私としては、人間の生命体が「奇跡的存在」であるとともに、個々人の生命体がいずれも有限で、かけがえのない代替不可能な存在であることに、生命権の根元的価値あるいはその根拠を見出すより他致し方ないのではないかと、現時点では考えている。この点は今後とも検討をしていきたい。

三 生命権の内容

生命権を独自の権利内容をもつものと捉えた場合、その権利内容は具体的にどのようなものであるかが問題となる。私は、この問題に関して、従来から、つぎのように考えてきた⁽²³⁾。その考えを現時点でも基本的には

変更する必要性を感じないので、ここでも、その概略を記すことにする。

まず、生命権の内容は、大きく、生命についての侵害排除権と生命についての保護請求権の二つに分けられる。前者は、いわば国家に対する不作為請求権であり、後者は、国家に対する作為請求権である。そして、前者は、①国家の刑罰などによって自己の生命を剥奪されない権利（死刑の違憲性）、②戦争や軍隊のために自己の生命を奪われたり、生命の危険にさらされることのない権利（平和的生存権）、③生命の保持存続についての自己決定権に分けることができる。つぎに後者は、④生命の侵害（の危険）からの保護を国家に求める権利、そして、⑤最低限度の生存を国家に要求して、生存保護を求める権利（最狭義の生存権）に分けることができる。そこで、以下には、これらの権利についてその概要を述べることにする。

1 死刑の違憲性

生命についての侵害排除権の第1は、何人も死刑によって生命を奪われることのない権利である。この問題に関しては、死刑を合憲とした最高裁判決（最大判1948年3月12日刑集2巻3号191頁）が先例として存しており、この判例が基本的には現在まで踏襲されてきており、学説の多数も死刑制度は合憲としてきている。しかし、このような判例学説の見解は、今日、根本的に見直されるべきと思われる⁽²⁴⁾。

判例を含めて合憲説がよって立つ論拠は、第1に憲法31条に求められる。すなわち、同条は「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はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」と規定しているが、この規定を反対解釈して、「法律の定める手続」によれば死刑を科することができる解釈するのである。しかし、この規定をそのように解釈することは、必ずしも妥当ではないと思われる。なぜならば、ここでいう「法律の定める手続」とはどんな手続きでもよいということではなく、

「法律の定める適正手続」のことをいうが、冤罪の救済の可能性を最終的に封じてしまう死刑が「適正手続」といえるかどうかについては、少なくとも、この規定を死刑を積極的に容認した規定と読み込むことはできないであろう。

合憲説は、第2に、憲法13条が生命に対する国民の権利についても「公共の福祉に反しないかぎり、最大の尊重を必要とする」と規定していることを根拠として、死刑も「公共の福祉」に合致する限りで許されるとする。しかし、生命というもっとも根元的な人権を規制する「公共の福祉」とは一体なんであろうか。生命というもっとも根元的な人権を剥奪する以上は、それに等しい生命侵害が現実に行なわれている場合に、それを避けるためにやむを得ない場合にのみ、つまりは正当防衛または緊急避難の場合にのみ許容されると思われるが、死刑はそのような場合には該当しないのである。最高裁は、「生命は尊貴である。一人の生命は、全地球よりも重い」と述べても、「全地球よりも重い」とは到底いえない「公共の福祉」によって死刑を合憲とする論理矛盾を冒しているのである。なお、被害者の遺族や市民の「応報感情」を「公共の福祉」とすることもできないであろう。死刑の問題は、まさに生命権という人権に関わる問題であって、基本的に世論動向や多数決になじむ問題ではないからである。

合憲説の根拠の第3は、憲法36条が「残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる」と規定している点に関して、ここで「残虐な刑罰」としているのは、死刑そのものではなく、執行方法の残虐性を意味しているとする。例えば、磔とか釜ゆでなどの残虐な刑罰のことを言い、絞首刑はそのような残虐な刑罰には該当しないとするのである。しかし、36条をそのように解釈する根拠は何ら明確ではないし、人権の中で最も根元的な生命権を剥奪する死刑以上に残虐な刑罰はないとする反論に対して、合憲説は的確に答え得ていないと思われる。

私は、以上のような理由で、死刑を合憲とした1948年の最高裁判決は憲

法解釈を誤ったものと考えるが、仮に百歩譲って、当時においては、このような判決がやむを得なかったとしても、その後、70年以上の間にこの最高裁判決を支えた立法事実が大きく変化していることを踏まえれば、この最高裁判決を今日の時点で維持することはもはや困難であり、最高裁は判例変更をすべきだと考える。ちなみに、最高裁（2013年9月4日民集67巻6号1320頁）は、非嫡出子相続分規定違憲訴訟において、立法事実の変化を理由として従来の最高裁判例を変更して、違憲判決を言い渡している⁽²⁵⁾。最高裁は、この死刑合憲判決についても、以下のような立法事実の変更を踏まえて判例変更すべきと考えるのである。

立法事実の変化の第1は、国際社会の死刑廃止の動向である。1948年の上記最高裁判決は、「憲法は、現代多数の文化国家におけると同様に、刑罰として死刑の存置を想定し、これを是認したものと解すべきである」と述べているが、「現代多数の文化国家」はもはや死刑を廃止しているのである。2018年末現在で、すべての犯罪について死刑を廃止した国は106カ国、通常犯罪のみに死刑を廃止した国は8カ国、事実上死刑を廃止した国は28カ国である。しかも、国際社会では、すでに1989年に死刑廃止条約が採択されて、今日では多数の「文化国家」がこれに加入している。このように、「現代多数の文化国家」では死刑は廃止されている以上は、上記最高裁判決の前提とする立法事実には重大な変化が生じていると見なさざるを得ないのである。大野正男裁判官が、1993年の最高裁判決（1993年9月21日最高裁判所裁判集刑事262号421頁）の補足意見で述べた「立法事実の重大な変化」は、この点で、今日ますます顕著になってきているのである⁽²⁶⁾。

立法事実の変化の第2は、大野裁判官が述べた冤罪事件の発生である。大野裁判官は、免田、財田川、松山、島田の4事件をあげているが、その後も、冤罪事件はあとを絶っておらず、とりわけ袴田事件や飯塚事件などは冤罪の可能性が大きいのである⁽²⁷⁾。このことは、死刑が、憲法31条が要請する適正手続に合致しないことを示す重大な立法事実といってよいと

思われる。

第3に指摘すべきは、死刑には犯罪抑止効果がないことが近年の各種の研究でますます明らかになってきていることである。1948年の最高裁判決は、「死刑の威嚇力によって一般予防をなし……」として死刑が犯罪抑止効果があることを前提として合憲論を説いたが、しかし、死刑には犯罪抑止効果がないことが今日ほぼ明らかになってきている以上、合憲論を支える立法事実に重大な変化がみられるに至っているとみなすべきなのである。例えば、アメリカの全米学術研究審議会の「抑止と死刑に関する委員会」は、2012年に過去30年以上の間におけるアメリカでの死刑と抑止力に関する研究調査結果を公表したが、その結論は、以下のようなものであった。「死刑が殺人に及ぼす効果についての研究結果は、死刑が殺人の割合を減少させるか、増加させるか、それともなんらの効果をも持たないかについて何らかの情報を提供するものではない」⁽²⁸⁾。つまり、死刑が犯罪抑止効果があるという実証は得られなかったというのである。また、日本でも、この点の調査を行なった最近の研究は、殺人と強盗殺人を分けた統計データを用いて、死刑判決後や死刑執行後にこれらの犯罪の認知件数の減少が起こるかどうかを分析した結果、死刑判決・死刑執行には殺人や強盗殺人に対する抑止効果が見られないことを明らかにしているのである⁽²⁹⁾。

これらの70余年の間の立法事実の大きな変化は、1948年の最高裁判決を見直して、死刑について違憲判決を言い渡すに十分な論拠になると言ってもよいであろう⁽³⁰⁾。最高裁は、憲法が保障する生命権の原点に立ち戻った判決をいまこそ言い渡すべきであろう。

2 平和的生存権

憲法前文は、「全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有する」と規定している。いわゆる平和的生存権を規定したものであるが、この権利の内容については、「戦争と軍備およ

び戦争準備によって破壊されたり侵害ないし抑制されることなく、恐怖と欠乏を免かれて平和のうちに生存し、またそのように平和な国と世界をつくり出してゆくことができる核時代の自然権の本質をもつ基本的人権」⁽³¹⁾ という定義が一般的になされてきた。ただ、私は、この定義は、少し抽象的な嫌いが無いわけではないと考えて、平和的生存権を狭義と広義に分けて説明するのが適切であるとしてきた。すなわち、狭義の意味での平和的生存権は、文字通り戦争や軍隊によって自己の生命を剥奪されたり、剥奪の脅威に晒されることのない権利であり、広義の平和的生存権とは、戦争や軍隊によって生命以外のもろもろの人権を侵害されたり、侵害の脅威に晒されることのない権利と捉えてきた⁽³²⁾。そのように定義することで、平和的生存権の権利内容が漠然としていて不明確であるといった批判にも応えうると考えたのである。

平和的生存権をこのように理解すれば、その核心にあるのは、戦争や軍隊によって生命を剥奪されることのない権利、言い換えれば、徴兵制の禁止であることが明確になるであろう。そして、そのような生命権の保障は、前文と憲法13条、そして憲法9条との総合的な解釈によっても導き出されてくることになるのである。つまり、平和的生存権の直接的な根拠は前文の上記文言であるが、その意味内容は、生命権を保障した憲法13条と戦争の放棄と戦力の不保持を規定した憲法9条によって意味充填されることで、明確になるのである。

平和的生存権については、長沼訴訟一審判決（1973年9月7日判時712号24頁）がはじめてその人権性を容認したが、自衛隊のイラク派遣違憲訴訟で、名古屋高裁判決（2008年4月17日判時2056号74頁）はつぎのように述べてその裁判規範性を容認した⁽³³⁾。

「(平和的生存権は)裁判所に対してその保護・救済を求め法的強制措置の発動を請求するという意味における具体的権利性を肯定される場合がある。例えば、憲法9条に違反する国の行為、すなわち、戦争の遂行、武

力の行使等や戦争の準備によって個人の生命、自由が侵害され、又は侵害の危険にさらされる、あるいは現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされるというような場合、また、憲法9条に違反する戦争の遂行などへの加担・協力を強制されるような場合には、……裁判所に対して当該違憲行為の差止請求や損害賠償等の方法により救済を求めることができる場合があると解することができ、その限りでは平和的生存権に具体的な権利性がある」。

たしかに、このように平和的生存権の裁判規範性を積極的に認めた判例はまだ少数にとどまっており、最近の安保関連法制違憲訴訟でも、下級審の判決は、概ね平和的生存権の裁判規範性を認めることには消極的である⁽³⁴⁾。例えば、違憲な安保関連法制によって平和的生存権や人格権などが侵害されたとして原告らが国に対して国家賠償を求めた訴訟で、東京地裁（2019年11月7日）は、平和的生存権について要旨つぎのように述べて平和的生存権の具体的な権利性を否認したのである⁽³⁵⁾。①憲法前文は、憲法の基本的精神及び理念を表明したものであって、それ自体が具体的な権利の賦与やその保障を定めたものとは解しがたい。また、平和とは、理念ないし目的としての抽象的概念であり、これを確保する手段、方法は、常時変化する複雑な国際情勢に応じて多岐多様にわたり、特定することができない。以上に照らせば、「平和のうちに生存する権利」との前文の文言から、直ちに一定の意味内容が特定されるものではないから、裁判規範となるべき国民の権利として具体的意味内容を確定することはできない。②憲法9条は国の統治機構ないし統治活動に関する規範であって、国民の私法上の権利を直接保障したものということはできず、同条を根拠として平和的生存権という個々人の具体的な権利が保障されているということとはできない。③また、憲法13条は、憲法上明示的に列挙されていない利益を新しい人権として保障する根拠となる一般的包括的規定であるが、平和的生存権が具体的内容を有するとは認めがたいことは先に述べた通りであり、

憲法13条によっても平和的生存権が個々人に具体的な権利ないしは利益として賦与されたとすることはできない。

以上のような議論は、すでに、平和的生存権の裁判規範性を否認したかつての下級審判例に多く見られたものをほぼそのまま踏襲した紋切り型のもので、なんら目新しいものではない。これらについては、私もかつて批判したことがあるが⁽³⁶⁾、ここでもごく簡単に批判しておけば、以下のような点が指摘できよう。

まず、第1に、憲法前文は決して単に抽象的な理念を表明しただけのものではなく、「平和のうちに生存する権利」が書かれている以上は、はっきりと権利の保障が定められているというべきである。たしかに、ここでの「平和」の意味内容が問題となるが、それは、まさに憲法前文や第九条に則して確定すべきであるし、また確定できるのである。すなわち憲法前文と第九条によれば、日本国憲法は、非軍事平和主義を採用していることは疑いを入れないところであり、したがって、「平和のうちに生存する権利」も、まさに非軍事平和主義のうちに生存する権利というように理解すればよいのである。

第2に、たしかに、憲法9条は、国の統治機構ないし統治活動に関する規範であって、この規定だけから国民の権利を直接導き出すことは困難だと私も考えるが、上述したように9条は、前文で保障された「平和のうちに生存する権利」の意味充填をする意義と役割をもっているのである。憲法9条が国の統治機構に関する規範だからといって、人権保障と無関係だととらえることは、人権保障と統治機構の密接な関連を軽視する議論というべきであろう。

第3に、憲法13条の理解の仕方も、一面的というべきであろう。もちろん、憲法13条には一般的包括的規定としての側面もあるが、他方で、13条が規定している「生命に対する国民の権利」はまさに具体的に国民の生命権を保障したものといってよいのである。たしかに、この生命権も、「公

共の福祉」によって制限されるような規定になっているが、ただ、ここでいう「公共の福祉」はまさに憲法9条の非軍事平和主義に即した形で解釈されなければならないのである。そうとすれば、戦争や軍勢力によって生命権を侵害することは許されないことになるのである。そして、その意味は、まさに憲法前文の「平和のうちに生存する権利」の核心部分を構成するといってもよいのである。このように理解すれば、憲法13条によって平和的生存権が具体的な権利として賦与されたものではないとする東京地裁の判決は、なんらの正当性も持ち得ないことが明らかになるのである。

以上、簡単にみてきたように、日本国憲法は、平和的生存権を具体的な権利として保障しているといつてよいが、なお、注目されてよいのは、このような平和を享受することを人権として捉える発想は現在決して日本だけに特異なものではないということである。すでに広く知られているように、国連総会は、2016年12月19日に「平和への権利」宣言を採択して、「すべての人は、すべての人権が保障され、発展が実現するような平和を享受する権利を有する」(1条)ことが認められたのである⁽³⁷⁾。このことは、従来の国際社会では、平和の問題は、国の安全保障政策の問題であって、人権問題ではないとする考え方が一般的であっただけに、そのような発想の転換を図る画期的な意味をもつと言ってよいと思われる。たしかに、国連の「平和への権利」宣言と日本国憲法の「平和的生存権」とでは、その権利内容は必ずしも同じではなく、前者では、後者のように戦争の脅威や軍勢力の強制から免れる権利といった点が必ずしも明記されていないという違いが見られることは確かである。その意味では、「平和への権利」宣言は、なお発展途上の宣言といつてよいかもしれないが、そうであるだけになおさらのこと、日本国憲法の「平和的生存権」がもつ意義は国際的にも重要といつてよいと思われるのである⁽³⁸⁾。

3 生命についての自己決定権

死刑や平和的生存権も、広い意味では生命についての自己決定権の問題と捉えることができるが、ここでは、それ以外の問題、すなわち、臓器移植の問題と安楽死・尊厳死の問題についてごく簡単に述べておくことにする。これらの問題は、近年における科学技術の著しい発達にともなって生命倫理の問題としても大きくクローズアップされてきたが、憲法論としては、生命権をめぐる自己決定権の問題として論ずることができる問題といてよいからである。

(1) 臓器移植の問題

まず、臓器移植についていえば、これは生命の終期に関わる問題であり、どのような状態になったら人の生命の終り、つまりは死と認定するのか、その認定を誰が行なうのか、そして臓器移植を誰が認めるのかという問題である⁽³⁹⁾。

臓器移植の問題が大きく浮上するまでは、人間の死は、一般に、心臓停止、呼吸停止、瞳孔散大の三つの徴候が確認されたときに認定されるものとされてきた（三徴候説）。ただ、医療技術の発達によって人工呼吸器などが開発されて、脳の機能は失われているにもかかわらず、心臓はなおしばらく動いているという状態がみられるようになってきた。そして、このように、「脳死」状態にある者については、心臓がまだ動いていても、死と認定して、その者の臓器移植を認めるべきではないかという意見が医学界や臓器移植を必要とする患者などから広く出されてきた。このような意見や諸外国の動向などを踏まえて、日本でも、1997年には、臓器移植法が制定された。この法律において、移植の対象となる「臓器」とは「人の心臓、肺、肝臓、腎臓その他厚生労働省令で定める内臓及び眼球」をいうとされた（5条）。そして、医師は、死亡した者が生存中に臓器を移植術に使用されるために提供する意思を書面で表示している場合であって、その旨の告知を受けた遺族が当該臓器の摘出を拒まないとき又は遺族がないときは、移植のために臓器を死体（脳死した者の身体を含む）から摘出す

ることができる」とされた（6条1項）。ここにおいて、「脳死した者の身体」とは「その身体から移植術に使用されるための臓器が摘出されることとなる者であって脳幹を含む全脳の機能が不可逆的に停止するに至ったと判定されたものの身体」（6条2項）をいうとされた。

つまり、この法律では臓器移植を行なうためには、死亡した者（脳死を含む）が、生存中に臓器移植をする意思を明らかにしていること、そして、その者の遺族が臓器移植を拒まないことという条件が必要とされ、また、そのような条件が満たされた場合には、医師は臓器移植を行なうことが可能とされたのである。その意味で、この法律では、基本的には、脳死した者の生命と臓器移植についての自己決定権を認めたものと言うことができよう。なお、この法律では、臓器移植をする者の死についてだけ脳死を含むと認定していて、それ以外の者の場合にも脳死を死と断定しているわけでは必ずしもないことも留意されてよいであろう。脳死をすべての者について死と認定すれば、従来の三徴候説の根本的な変更になるので、それは避けた方がよいという配慮が働いていたようにもみえる。

ただ、この臓器移植法の下では、臓器提供者は、あまり増えず、臓器移植のために海外に出かける人達も見られるようになり、WHO（世界保健機構）でも、臓器移植を目的とした移植ツーリズムの原則禁止を打ち出すような動きも見られた。そこで、日本国内での臓器移植を容易にするために行なわれたのが、2009年の臓器移植法の改正である。

この改正法では、臓器移植は、次の二つの場合に認められることになった（6条）。①脳死者が、生前中に臓器を提供する意思を書面で表示している場合であって、しかも、遺族が臓器の摘出を拒まないときまたは遺族がいない場合あるいは遺族が書面で承諾している場合、②本人の臓器摘出についての意思が不明な場合で、遺族が書面で臓器摘出について承諾している場合。なお、改正前の臓器移植法の下での「ガイドライン」では、臓器を提供できる者は、「知的障害者等を除く15歳以上の者」とされていた

が、改正法の下ではこの制約が取り払われて、15歳未満の者の臓器についても上記の二つの場合のいずれかに該当すれば、移植が可能となった。また、改正臓器移植法では、新たに「親族への優先提供」の規定が設けられ、臓器移植の意思を書面中表示している者は、その意思表示と合わせて「親族に対し当該臓器を優先的に提供する意思を書面により表示することができる」（6条の2）こととなった。

以上のような改正臓器移植法の下で、臓器移植の件数はたしかに増えたが⁽⁴⁰⁾、ただ、このような改正法律に関しては、生命権の観点からは疑問がなくはないと思われる。

問題点の第1は、この法律（6条1項）は、「死体（脳死した者の身体を含む）」という言い方をしており、また同意能力のない15歳以下の子どもについても脳死を死と認めているので、脳死を一般的に死の中に含めているように読めるが、ただ、脳死状態にあってもなお心臓がまだ動いているような人について果たして死と認定することができるかどうかである。この点については、三徴候説の立場からすれば、なお、一抹の疑問が残ることは避けられないと思われる。実際にも脳死状態にある者でも人工呼吸器を付けてはいながらではあるが、200日以上も脳死状態を続けていたという例や脳死状態で出産した例もアメリカなどで見られたことなどに照らせば、このような脳死状態を死と認定することにはなお疑問が残ることは避けられないと思われる。脳死をもって人の死と認定する根拠にあるのは、人間は有機的統一体と理解されるべきであるが、その有機的統一を司る器官は脳であり、脳の死は有機的統一体の喪失、つまりは人の死を意味するという考え方であるが⁽⁴¹⁾、このような考え方についてもなお異論がある⁽⁴²⁾のである。もちろん、脳死を人の死と認めない立場に立ったとしても、脳死した者の臓器移植は認めるという立場も十分にあり得るが、この点は、人の生死をどのように定義づけるのかに関わる基本的な論点としてなお残っているように思われる。

第2の問題点は、改正法律の場合には、必ずしも本人の事前の同意は必要とされていないということである。私は、脳死した者が、事前に自らの脳死を死と認定し、臓器移植をも承諾する意思を明確に示していたならば、それは、まさに自分の生命についての自己決定権として尊重されるべきだと考えるし、そのような場合には、臓器移植については遺族の同意も不要と考えている。臓器移植はそのような形で行なうことが、臓器を提供する者（ドナー）の意思にも合致し、また臓器を受ける者（レシピエント）の利益にも資すると思われる。たしかに、実際には旧法の下では本人の事前の同意を条件としたので、臓器移植がはかどらなかったということがあったが、それは、ドナー・カードの制度の普及を積極的に図る方向で改善されるべきであって、本人の同意を不要とする方向での改正には慎重であるべきではなかったかというのが、私の考えである。

もっとも、改正法律が施行されてからすでに10年以上が経過し、この法律の下で臓器移植の制度もそれなりに定着している中で、その制度の再度の見直しをすることはかなり難しいと思われるが、生命に関する自己決定権の観点からは、なお検討の余地があることは指摘しておくべきと考える。少なくとも、脳死をもって人の死と認定する考えを臓器移植法以外の法領域にも適用することには慎重であるべきと思われる。

（2）安楽死・尊厳死の問題

つぎに、安楽死・尊厳死の問題である。安楽死と尊厳死とでは、その歴史的な経緯も異なるし、その意味合いも必ずしも同じではない。『新法律学辞典（第三版）』（有斐閣、1994年）によれば、安楽死（euthanasia）とは、「ひん死の状態にある者の苦痛を除くためにその死期を早める措置」をいうとされ、他方、尊厳死（death with dignity）とは、「いわゆる植物状態の患者に対し、生命維持治療を中止することにより品位ある死を迎えさせることをいう」とされる。そして、「安楽死が耐えがたい苦痛に苦しむ末期患者を対象とするのに対し、尊厳死は意識のない状態の末期患者を

対象とする点で異なる」とされている。ただ近年では、尊厳死の概念が広く捉えられるようになってきていて、必ずしも意識のない状態の末期患者についてのみに用いられる訳ではないようにも見受けられるので、ここでは、両者を特に区別することなく、ひとくくりにして簡単に検討することにする⁽⁴³⁾。

ところで、この問題を考えるに際しては、そもそも人は自らの生命を処分する自由を有するかどうかが問題となる。換言すれば、自殺する自由は、生命権の一環として保障されているかどうかという問題である。結論を述べれば、そのような自由は少なくとも生命権としては保障されていないと思われる⁽⁴⁴⁾。なぜならば、生命権は生命がかけがえのないもので最も根元的な自由として保障されているのであって、そのような生命を自ら抹殺することを法的な利益として保護しようとしているわけではないからである。もちろん、人が自殺した場合（あるいは自殺しようと図った場合）に、そのことを処罰することができないし、また処罰すべきではないが、そのことは自殺行為を人権として保障したこととは決して同じではないのである。もし自殺行為を人権として認めるとすれば、刑法が自殺幇助罪（202条）を規定していることも問題となり得るし、また例えば自殺しようとする者を警察官が阻止する行為は違法な公権力の行使となりかねないであろう。そのような帰結をもたらす議論は妥当とはいえないのである。

そのことを基本的前提とした上で、ただ、人が不治の病気に陥っている場合に、医療行為を拒否し、自ら安楽死・尊厳死を選択することが認められるかどうかである。その場合に、例えば本人や親族が医師に生命維持装置の取り扱いを求め、それに医師が従うことが認められるかどうかである。問題は、人の生命観や倫理観とも関わる極めて微妙な問題であるが、結論的にいえば、私は、そのような安楽死・尊厳死は一定の厳しい要件の下で認める可能性があると思われる。生命権は、自らの生命を維持することについての自己決定権を意味するが、そのことは、自らの生命をどのような

形で全うするかについての自己決定権をも含むと解釈することができるからである。「エホバの証人」輸血拒否事件の東京高裁判決（1998年2月9日判時1629号34頁）が、「人はいずれ死すべきものであり、その死に至るまでのさまざまな生きざまは自ら決定できる」し、「尊厳死を選択する自由は認められるべきである」と判示したのは、この意味では正当だったと思われる。

もちろん、このような安楽死・尊厳死が認められるのは、あくまでも本人の（事前の）同意があることを必須の条件とするが、そのことを前提とした上で、回復する見込みがなく、死期が確実に迫っている場合などに医師の判断の下に安楽死・尊厳死を選択することは認められてよい（したがって、そのような安楽死・尊厳死に手助けした医師が、自殺幇助罪に問われることはない）と思われる。芦部信喜も、「意思決定能力のある者で、現在のあらゆる医療技術を用いても治癒の見込みがない患者（いわゆる末期患者）については、インフォームド・コンセントを条件に、治療拒否権を認めることは許されると解すべきであろう」⁽⁴⁵⁾としている。

ちなみに、下級審の判例（名古屋高裁判決1962年12月22日高刑集15巻9号674頁）には、安楽死が認められる要件としてつぎのような点をあげたものがある。①病者が現代医学の知識と技術からみて不治の病に冒され、しかもその死が目前に迫っていること、②病者の苦痛が甚だしく、何人も真にこれを見るに忍びない程度のものであること、③専ら病者の死苦の緩和の目的でなされること、④病者の意識がなお明瞭であって、意思が表明できる場合には本人の真摯な嘱託・承諾があること、⑤医師の手によることを本則とし、これにより行い得ない場合には、医師により得ないと首肯するに足る特別な事情があること、⑥その方法が倫理的にも妥当なものとして容認しうるものであること。また、別の下級審判決（横浜地裁判決1995年3月28日判時1530号28頁）は、つぎのような要件をあげている。①患者に耐えがたい激しい肉体的苦痛が存在すること、②患者の死が避け

られず、かつ死期が迫っていること、③患者の意思表示が存在すること、④安楽死の方法としては間接的安楽死と積極的安楽死が許されるが、積極的安楽死の場合は、医師により苦痛の除去、緩和のために許容される医療上の他の手段が尽くされ、他に代替手段がないとき。

これらの判決の中で、前者は必ずしも患者本人の明示的な意思が示されていない場合にも、安楽死を認めるように解され得るのに対して、後者の判決は、患者の意思表示が存在する場合にのみ安楽死を認めており、私の立場からすれば、後者の判決が妥当なものと思われる⁽⁴⁶⁾。

4 生命の侵害からの保護を国家に請求する権利

(1) 生命権についての国家の保護義務

憲法13条は「生命……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」と規定しているが、ここには、単に国家が国民の生命を侵害してはならないという意味だけではなく、国民がその生命を例えば第三者によって侵害されようとした場合には、国家はそのような侵害（の危険）から国民の生命を保護する義務を負っている意味も含まれていると解される。例えば、暴漢によって生命の危険にさらされた市民が警察に保護救助を求めた場合、警察が市民の生命を保護救助する責務を負うのは、まさに、憲法13条が生命権についての国家の保護義務を規定しているからといってよい。警察法2条1項は、「警察の責務」として、「警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、……公共の安全と秩序の維持に当ることをもってその責務とする。」（傍点・引用者）と規定しているが、このような警察の責務の憲法上の根拠が、憲法13条に求められるとされてきたのも⁽⁴⁷⁾、その意味では妥当な見解といってよいであろう。

もっとも、このような国家の保護義務を広範に認めた場合には、市民の自由なり自治がそれだけ制限されることになりかねないので、日本では、

国家の保護義務を広範に認めることに対しては、批判的な意見が多い。例えば、芦部信喜は、つぎのように述べている。「どの問題を考える場合でも、防御権としての人権論を原則ないし基本におかないと、日本の伝統と戦後の憲法状況の下では、人権に不当な国家権力の介入を招く恐れが大きくなるのではないか、国の保護義務に言う『国』の実体を具体的に問う姿勢を欠いてはならないのではないかと、考えてきました」。「国の基本権保護義務論が、ドイツの支配的学説のような価値秩序、客観的原理に大きな比重を置く人権論と結びついて、すべての基本権について説かれる形になるのは、日本国憲法の解釈理論として適切かどうか問題があるのではなかろうか、と考えるのです。保護義務の範囲や程度は、保護義務論の前提をなす客観的原理とともに、そもそも限定することがきわめて難しいものですから、特に日本の憲法政治や裁判実務との関連では疑問がもたれるのです」⁽⁴⁸⁾。

私も、国家の保護義務を無限定に容認することについては、市民的自由に対する国家の介入を招きやすい側面があるだけに慎重でなければならぬと考えるが、ただ、少なくとも生命権に関しては、国家の保護義務を容認してもよいのではないかと考える⁽⁴⁹⁾。

そして、そのことは、近代国家形成の理論的基礎になった社会契約論自身が認めてきたことでもないかと思われる。例えばロックは、一言で言えば、人間は自然状態においては、property、すなわち、自らの生命、自由及び財産を他人の侵害から護り、また侵害者に対して制裁を科する権利をもっているが、国家は、そのような個人に代わって市民のpropertyを護り、侵害者に対して制裁を科する点にその主たる目的があるとしている⁽⁵⁰⁾。ロックについては、property（自らに固有のもの）の概念についてさまざまな理解の仕方がなされてきたが、しかし、少なくとも広義の意味では、生命こそが自由及び財産と並んで、自らに固有のものとして理解されてきたことは、明らかであろう。言い換えれば、市民の生命権の保護がそもそ

も近代国家の形成の根拠とされているのである。そうとすれば、少なくとも、生命権についての国家の保護義務を認めることについては、社会契約論的にみてもなんら奇異なことではないと思われるのである。

（２）新型コロナウイルスと生命権保護義務

最近の新型コロナウイルスの感染拡大に際しては、多数の人々の生命が失われ、また生命権が危険に晒される事態が現出した。このような事態において、政府は、国民の生命権を保護するために万全の措置を講ずる義務を負っているというべきであろう。そして、新型インフルエンザ等対策特別措置法の一部を改正する法律（以下、コロナ特措法と略称）は、そのような国家の保護義務の履行を定めたものと捉えることができるであろう。同法は、「新型インフルエンザ等に対する対策の強化を図り、もって新型インフルエンザ等の発生時において国民の生命及び健康を保護し、並びに国民生活及び国民経済に及ぼす影響が最小となるようにすることを目的とする」（１条）（傍点・引用者）と規定しているからである⁽⁵¹⁾。

ちなみに、かつて救急医療との関連で国民の生命権についての国家の保護義務を論じたのは、桜田營である。桜田は、論文「憲法における生命権の保障——救命救急医療との関連を中心として——」など⁽⁵²⁾で要旨つぎのように述べていた。「わが国では、生命の尊貴、生命権の保障といった立場からは、先ず何をおいても救急医療の必要を主張しなければならないにもかかわらず、このことには無関心で問題意識が少ない。」「欧米に比して、わが国の救命救急医療体制はあまりにも貧困である。国は、国民の憲法上の生命権の保障のための救命医療体制の拡充には極めて消極的である。」「立法機関は、生命権の保障について憲法上の国の義務を自覚し、これに対応するための立法をすべきである。」「憲法上の生命権の保障が具体的権利として、憲法13条、25条を根拠に国の履行義務を求めて訴訟を提起できるかどうか。権利内容が人間的存在の原点である生命の維持の問題であるだけに、簡単に否定することは困難であろう。」「司法機関については

法令審査権に基き生命権に関する憲法上の疑義が、裁判の対象となりうることはもちろんである」。

このような桜田の問題提起は、その後、学界では十分には共有されないままに今日に至っているが、そのような中で起きたのが、今回の新型コロナウイルスの感染拡大である。政府が、これまで感染拡大阻止のためにとってきた対応策についてはいくつかの問題があるが、最大の問題点は、PCR検査の遅れと検査数の少なさ、そして医療体制の不備であろう。政府や自治体は、感染の疑いがある者は、原則として「帰国者・接触者相談センター」に電話をしてセンターの判断によって各地の保健所で検査を行なう仕組みをとってきた。そして、その際PCR検査を行なう基準（あるいは目安）として、4日以上37.5度以上の発熱が続いていることをあげていた⁽⁵³⁾。どうしてそのような基準をあげていたのか、その科学的根拠は不明であるが、保健所の数が少なくPCRの検査能力に限りがあること⁽⁵⁴⁾、そして、感染者が多数出てきた場合にそのすべての者を入院させる病院のベッドが足りないという事情が働いていたことが推測されている。ただ、軽傷者は民間のホテルなどを自治体が借りてそこで入院させるという措置を最初からとっていたならば、ベッドの不足は検査を絞る理由にはならなかったと思われる。

検査を絞った結果、どういう事態が生じたのか。東京都世田谷区の50代の男性会社員は、つぎのような経過を経て亡くなった（東京新聞2020年4月26日）。男性は4月3日に発熱が出た。少し前から上司が発熱と咳があり、相談センターに何度も電話をしたが、つながらず。7日に上司が陽性と判明し、会社から「検査を」と言われたが、相談センターにつながらず、9日ようやくPCR検査が行なわれる。10日の夜には「せきがひどくて眠れない。胸が痛い」などと妻にラインをしたあと、応答がなくなる。11日に、男性が自室で亡くなっているのを同僚が見つける。13日に、新型コロナによる肺炎が死因だと妻が警察から知らされた。

また、埼玉県のある男性は、つぎのような経過を経て亡くなった（毎日新聞2020年5月11日）。80代の男性患者は、4月上旬に発熱などの症状がでてきたので、近所の病院で解熱剤などを飲んで、自宅療養していた。13日に症状が悪化して別の病院に救急搬送されたが、入院の必要はないと判断されてPCR検査を受けて帰宅した。その後15日には陽性が判明したので、家族は入院を求めたが、保健所は、「重傷者を優先して入院させている」と解答して入院できなかった。その後、16日には患者は呼吸困難となったので、救急搬送されて、高度の治療ができる病院に入院したが、27日には集中治療室で死亡した。

このような経緯を経て死亡した患者が他にどの程度いるかは必ずしも明らかではないが、一桁にとどまらないことは、ほぼ確かと思われる⁽⁵⁵⁾。早期のPCR検査と入院治療をしていたならば、死亡しないでもすんだかもしれないのに、医療体制が十分に整っていなかったのである。2010年に厚生労働省の「新型インフルエンザ対策総括会議」の報告書では、「地方衛生研究所のPCRを含めた検査体制などについて強化する」ことが提言されていたにもかかわらず、それは生かされなかったのである。この間の医療従事者の献身的な仕事に敬意を表しつつも、国や自治体の医療体制の不足によってこのように国民の生命が失われたことは、見過ごしてよいことではないであろう。このような事態は、まさに国（自治体）の生命権保護義務違反の行為であって、国（自治体）に法的責任があるというべきと思われる。少なくとも、国や自治体は、そのような認識をもって医療体制の整備に取り組むべきと思われる。憲法25条2項が、「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。」（傍点・引用者）と規定していることにも改めて留意されるべきであろう。

（3）妊娠中絶と胎児の生命権

生命権に関する国家の保護義務がドイツで大きく問題となったのは、妊

娠中絶に関してである。胎児にも生命権の保障があるとすれば、妊娠中絶は、胎児の生命権を剥奪することになるので、果たしてそれは許されるかどうか、許されるとすれば、どのような場合に許されるのかが、二度の連邦憲法裁判所の判決などを通して議論されてきた⁽⁵⁶⁾。

まず、西ドイツでは、1974年の刑法改正によって妊娠してから12週間以内であれば、妊婦の希望によって医師が行なう中絶は違法ではないとする規定が設けられた（218a条）（期限モデル）が、連邦憲法裁判所は1975年の判決（BVerfGE39,1）で、同規定は基本法1条1項（人間の尊厳）と結びついた2条2項（生命権）に違反して無効であるという判決を言い渡した。判決は、その理由として、基本法2条2項は、母体内で生成中の生命も独立の法益として保護しているのであり、国家はこのような生成中の生命についても保護義務を負っている、そして、このような胎児の保護義務は、妊娠の全期間を通じ女性の自己決定権に優先するので、国は中絶を原則として不法とみなさなければならないとした。但し、国の保護義務の履行のために刑罰を投入することは最後の手段（ultima ratio）として許されるので、妊娠の継続が期待不可能である場合には、刑罰を科することは適切ではないとして、「適応モデル」の可能性を認めた。

東西ドイツは1990年に統一されたが、東西の中絶に関する取り扱いの違いを解消するために1992年に刑法が改正されて、相談所の助言を受けることを条件として妊婦の要請に基づく妊娠12週以内の中絶は違法ではないとする規定（「助言を伴う期限モデル」）が新たに制定された（218a条1項）。この規定に関して、連邦憲法裁判所は、1993年の判決（BVerfGE88,203）で、再び基本法1条1項及び2条2項が求める胎児の生命保護義務に違反して違憲無効である旨の判決を言い渡した。その理由の中で、連邦憲法裁判所は、つぎのように述べた。基本法は、人間の生命を、未出生のそれをも含めて保護することを国家に義務づけている。胎児に行なう法的保護は、母親に対しても保障されなければならない。妊娠中絶は、原則として妊娠

の全期間を通じて不法とされなければならない。不出生の胎児の生命権は、母親を含めて第三者の自由な決定に委ねられてはならない。未出生の生命権と対抗する法益は、妊婦自身の人間としての尊厳の保護と生命及び身体の不可侵性と人格権である。保護義務の方法と範囲を具体的に確定するのは立法者の任務であるが、立法者は「過小保護禁止（Untermaßverbot）」を尊重しなければならない。以上を踏まえれば、立法者が、助言コンセプトを選択して中絶に対する刑罰を放棄したこと自体は憲法上許されるが、その点でのいくつかの条件（妊娠継続を鼓舞する助言、医師や家族などの責務など）をクリアしていない限度で違憲である。

以上のような連邦憲法裁判所の判決を踏まえて、連邦議会は、刑法の改正を行なったが、その要旨は、つぎのようなものである⁽⁵⁷⁾。まず、「受精卵が子宮への着床を完了する以前」の処置については妊娠中絶には当たらない（218条1項）。それ以後の中絶は、不法であるが、受胎後12週以上を経過していない場合に、医師の助言によって行なわれる限りで妊娠中絶は不処罰とする（218a条1項）。また、妊婦の生活状況にかんがみて、妊婦の生命に対する危険または身体若しくは精神的状態に対する重い障害の危険を回避するために、医師の所見によれば、妊娠の中絶が適切であると判断される場合には、妊婦の承諾を得て、医師によって行なわれる妊娠中絶は違法ではない（同条2項）。さらに、刑法典176条から179条（強姦など）に定める違法な行為が行なわれ、妊娠がその違法行為に起因すると認めることができる差し迫った理由があり、受胎から12週間以上経過していないときも、妊娠中絶は違法ではない（同条3項）。助言（219条）の後の妊娠中絶が医師によって行なわれ、受胎から22週以上経過していないときは、妊婦は罰せられない（同条4項）。このように、ドイツにおいて妊娠中絶に関して厳しい考え方をとっているのは、なんといってもナチスの時代における優生保護の観点から人工中絶を安易に認めてきたことに対する反省があるからといってよい。

他方で、アメリカにおいては、妊娠中絶をめぐる問題は、大きな政治問題の一つとして論議されてきた。この問題に関してリーディング・ケースとなったのは、有名なRoe vs. Wade (410 US 113) であるが、同判決は要旨以下のように判示した⁽⁵⁸⁾。①受胎後3ヶ月までの期間は、産むか産まないかは、妊婦のプライバシーに属するので、妊婦と主治医の医学的な判断に委ねられる。②胎児は、憲法の修正14条などで定めている人 (person) には該当しない。③妊娠3ヶ月以降も、胎児が母体外で生存不可能な間は、原則的に中絶は許されるが、母体保護のために必要な場合には中絶を法律で規制することができる。④胎児が、母体外で生育可能になった後では、医学的適応がある場合を除いて、胎児の生命保護の観点から中絶を禁止することができる。アメリカでは、このように妊婦のプライバシーの権利を重視する判決が、人工中絶に関するリーディング・ケースとして現在でも基本的には維持されているが、胎児の生命の保護を主張する見解 (pro-life) と母親のプライバシーの保護を主張する見解 (pro-choice) との間に現在でも深刻な対立となっている。

それに対して、日本では、承知のように、刑法 (212条～216条) が堕胎罪を規定しているが、他方で、優生保護法 (1948年) は、①本人・配偶者が精神病・精神薄弱・精神病質・遺伝性精神疾患・遺伝性奇型を有する場合など (優生的適応)、②妊娠の継続または分娩が身体的または経済的理由により母体の健康に著しく害するおそれがある場合 (社会的・経済的適応)、③暴行、脅迫により抵抗・拒絶できない間に姦淫されて妊娠した場合 (倫理的適応) においては、人工妊娠中絶を本人と配偶者の同意を得て医師が行なうことができると規定していた。ただ、①優生的適応は、精神障害者に対する差別的な規定であるとして削除されて、新たに名称を変えて制定された母体保護法 (1996年) では、①妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれがある場合 (社会的・経済的適応) と、②暴行または脅迫によって又は抵抗若しくは拒絶す

ることができない間に姦淫されて妊娠した場合（倫理的適応）に妊娠中絶を認めることにした。なお、この法律は、人工妊娠中絶を「胎児が、母体外において生命を維持することができない時期に、人工的に、胎児及びその付属物を母体外に排出することをいう」（2条2項）と定義しているもので、この時期を超えた時点では、人工妊娠中絶はできないとされている。ちなみに、この時期とは、厚生省の通達によれば、通常妊娠満22週とされている。

ただ、上記の要件の②は当然としても、①の要件の中で「経済的理由」が書かれていることは、その認定が妊婦や医師の主観的な判断に委ねられていて、結局は、人工妊娠中絶がほぼ妊婦の希望どおりに行なわれているようになっていて、刑法の堕胎罪の規定は、形骸化しているのが実情であるといつてよい。これでは、胎児の生命権は十分には保護されないように思われる。そもそも胎児にも生命権の享有主体としての保護が原則的に及ぶという視点が日本ではまだ十分には確立していない点が基本的な問題であるように思われる。そこから問題を捉え直すことが必要であろう⁽⁵⁹⁾。

5 生存権の保障

生命についての保護請求権として第2にあげられるのは、憲法25条が規定する最低限度の生存保障を国家に要求する権利である。生命権にこのような意味合いをも含めることは国際人権条約の生命権についても有力に唱えられているが⁽⁶⁰⁾、そのことは、多数の生命が飢餓や貧困によって失われている世界の現実からすれば、当然ともいえよう。

憲法25条の生存権については、これまでもさまざまな見解が唱えられてきたが、私は、25条が保障する生存権はつぎの三つに分けて構成することが適切ではないかと考えている⁽⁶¹⁾。すなわち、①文字通りぎりぎりの生命の維持を国家に求める権利、つまりは生命権の保障を国家に求める権利（最狭義の生存権）、②そのような生命の維持を踏まえた上で最低限度

の生活を営む権利の保障を求める権利（狭義の生存権）、③さらにそのような権利の保障を踏まえた上で健康で文化的な生活を営む権利の保障を求める権利（広義の生存権）である。このように25条の生存権の権利内容を三つに分けて捉えた場合には、たしかに、第3の広義の生存権は、プログラムの権利として、また第2の狭義の生存権は、抽象的な権利として捉えることができなくもない。しかし、少なくとも第1の最狭義の生存権については具体的な権利性をもったものとして構成することが可能であるし、また必要であると思われる。なぜならば、餓死寸前の状態でそのまま放置すれば、餓死することが明らかな状態にある人間に対しては、国家としてそのような人間に対して生命を維持するための最低限必要な措置を講ずることは現代国家として当然の責務といってよく、そのことを憲法25条はなによりもまず保障したものと理解しうるからである。そして、そのような最狭義の生存権の保障については、国民が裁判所に直接その権利の保障を求めた場合に、裁判所は、権利の抽象性とか、行政の専門技術的な判断の必要性とか、さらには、国の財政状況などを配慮して訴えを退けることはできないと思われる。

このような憲法の生存権の保障に関しては従来からさまざまな問題が提起されてきたが、最近の最大の問題は、新型コロナウイルスの感染拡大によって、さまざまな形で国民の生存権が脅かされてきているという現実である。政府の緊急事態宣言の発令に伴い、さまざまな事業に休業要請がなされて、事業が継続できなくなって、廃業や倒産のやむなきに至っている事例や、事業そのものは継続しても、労働者の解雇を行なって、その結果労働者は失職するという事態が少なからず生じてきている。そして、そのしわ寄せは、とりわけ中小企業の労働者や不正規労働者、フリーランサーなどに及んでいる。また、アルバイトで学費や生計を維持してきた学生も、アルバイトがなくなって学業を続けることが困難になっている事例も少なからず見られるという。

このような事態において、政府は、全国民に一律に10万円の「特別定額給付金」を支給したり、前年度費で大幅な収入減になって事業が立ちゆかなくなっている事業に対して、「持続化給付金」として中小企業には上限200万円、個人事業主（フリーランスを含む）には上限100万円を支給し、さらに、売り上げ高が激減した中小企業に「家賃支援給付金」を月最大100万円、個人事業主には月50万円を6ヶ月分まで支給し、また、事業活動が縮小し、労働者に休業手当を支払っている事業者には「雇用調整助成金」を一人日額上限8330円（第2次補正で15000円）まで支給するなどの措置を行なっている。さらに、自治体の医療体制などを強化するための「緊急包括支援交付金」を大幅に積み増した。こうして、第1次補正予算では25兆7千億円、第2次補正予算では31兆9千億円の財政支出（うち、10兆円が予備費）を決めたが、これで十分な生業保障、生活保障が迅速に行なわれているかについては、なお異論が少なくない。

例えば、「特定警戒都道府県」と指定された13都道府県の主な自治体で、2020年の4月の生活保護申請が前年度比で約3割増え、東京23区に限ると増加率は、約4割に達しているという（朝日新聞2020年6月2日）。しかも、いくつかの自治体においては、相変わらずの「水際作戦」がなされていて、福祉事務所の窓口で追い返されている事例があるという。例えば、住まいを失った生活困窮者には「実家のある自治体へ」「泊まっていたネットカフェのある自治体へ」などといって申請を受け付けず、交通費だけを渡してたらいまわしにしたり（朝日新聞2020年6月15日）、所持品は200円しかないという申請者には、福祉事務所は缶詰やレトルトがゆを渡して追い返したりする事例も見られているという（2020年6月16日東京新聞）。最後のセーフティーネットともいうべき生活保護がこのようなときにこそ機能するために憲法25条はあるのに、それが十分には機能していないのが現状である。「コロナで命を落とすか、生活ができなくて命を落とすか、どちらかだ」といった声が聞かれるのは、由々しい事態というべき

であろう。ぎりぎりの生命権の確保のために、行政は待ったなしの対応を迫られているというべきであろう⁽⁶²⁾。

四 人権類型論の再構成

1 人権類型論の展開

日本国憲法の第三章は「国民の権利及び義務」と題して多数の人権を規定しているが、これらの人権は全体としてどのような体系の下に類型化されるのかという問題が、これまで、人権類型論として論じられてきた。この問題については、従来は、イエリネックやケルゼンの影響を受けた宮沢俊義の人権類型論が一つの指標となつて⁽⁶³⁾、それを基本に据えながら多少とも現代的に修正する類型論が芦部信喜などによって採られて⁽⁶⁴⁾、それが憲法学説のほぼ主流をなしてきたといつてよい。ただ、それに対しては、他方で、権利の歴史的発展を重視した類型論とか⁽⁶⁵⁾、権利が働く活動領域に基づく類型論⁽⁶⁶⁾、さらには権利が裁判規範性をどの程度に有するかといった観点からする類型論⁽⁶⁷⁾ などが出されてきた。このような憲法学説のなかにあつて、私は、生命権が人権のなかで最も基本的人権であるとすれば、人権類型論も、そのことを踏まえて再構成すべきであるという見解を以前に提示してきた⁽⁶⁸⁾。本稿でも、そのことを改めて指摘することにしたい。

ここではまず、従来の人権類型論をごく簡単に整理することにしたい。上述したように、日本国憲法が保障する人権の類型論について一つの指標となつたのは、イエリネックやケルゼンの影響を受けた宮沢俊義の類型論であつた。ちなみに、イエリネックは、広く知られているように、その著書、『公権論』において、「国家に対する国民の地位」を、①国家に従属する受動的地位（passiver Status）、②国家から自由な消極的地位（negativer Status）、③国家に対して請求を行う積極的地位（positiver Status）、

④国家の活動に参加する能動的地位 (aktiver Status) の四つに分けて、個人の公法上の地位も、それぞれに応じて、①国家への給付、②国家からの自由、③国家に対する請求、④国家のための給付に類型化されるとした⁽⁶⁹⁾。これに対してケルゼンは、「国民の国法に対する関係」を、①受動的関係、②消極的關係、③能動的關係の三つに分けた。ケルゼンにあっては、イエリネックのいう積極的地位と能動的地位とは、両者とも、国家的活動への参加の請求や国家の行動の請求が存在するので、区別する意味はないとしたのである⁽⁷⁰⁾。このような議論を踏まえて、宮沢俊義は、「国民の国法に対する関係」を次のように類型化し、それぞれに対応する人権と義務を分類した。①国法により義務づけられる関係 (義務)、②国法に対して無関係な関係 (国法が禁止しない自由)、③国法に対する消極的な受益関係 (自由権)、④国法に対する積極的な受益関係 (社会権)、⑤国家活動に参加する能動的関係 (参政権と受益権)⁽⁷¹⁾。この類型論は、日本国憲法が新たに保障した社会権を独自の類型として打ち出した点で重要な意義をもつが、参政権と受益権をひとまとめにくくっている点で、また平等権の位置づけが明確ではないことなどの問題点があった⁽⁷²⁾。そこで、このような伝統的な類型論を踏まえつつ、それをさらに現代的に修正する形で提示されたのが、芦部信喜の以下のような類型論であった。①包括的基本権、②法の下の平等、③自由権、③参政権、④国務請求権、⑤社会権⁽⁷³⁾。これが、今日におけるほぼ標準的な類型論となっているといえよう⁽⁷⁴⁾。

このような類型論に対しては、もちろん、それとは違った観点からの類型論も少なからず提示されてきた。その一つは、人権の歴史的発展を重視した鶴飼信成や小林直樹、さらには樋口陽一の類型論である。例えば、鶴飼は、人権を、①個人権の基本権、②社会権的基本権、③基本権を確保するための基本権、④基本権の前提となる諸原則の四つに分類したが⁽⁷⁵⁾、この分類の中で特徴的なのは、経済的基本権を精神的自由権などから切り離して社会権的基本権の中に分類した点であり、そして参政権や裁判を受

ける権利などを「基本権を確保するための基本権」として位置づけた点である。また、小林は、①総則的原理（人間尊重の原則、幸福追求権、平等権）、②自由権的基本権、③社会経済的基本権（社会経済的自由権、生存権的基本権）、④参政権および請求権的基本権の四つに分類したが⁽⁷⁶⁾、ここでも、経済的自由権が社会経済的基本権の中に分類されている点が特徴的であるし、また、「総則的原理」の中で「人間の存在にとって最も基本的な生命権」を重視している点が注目される。さらに、樋口陽一は、大きく①古典的権利に関する諸条項と②現代的意義を持つ諸条項とに分けて、前者には主として自由権を、後者には主として社会権と「新しい諸権利」をあげている⁽⁷⁷⁾。

また、人権を人間の活動領域、生活領域に着目して類型論を展開したのが、奥平康弘である。奥平は、憲法が保障する権利を、①権利の原則・包括規定、平等規定、②政治に関する権利（参政権、表現の自由）、③精神活動に関する権利、④社会生活に関する権利、⑤身体的活動に関する権利、⑥経済活動に関する権利、⑦適正手続に関する権利、⑧国家補償請求権、⑨新しい権利に分類しているが⁽⁷⁸⁾、この類型論の特徴は、例えば参政権と表現の自由がともに政治に関する権利として同じ分類に入れられている点である。

さらに、人権の裁判規範性の強弱による類型論も伊藤正已によってなされてきた。伊藤によれば、憲法の人権は、①生存権的基本権（プログラム規定）、②経済的自由権（立法政策に服し、合憲性の推定が働く）、③外面性の精神的自由権（合憲性の推定が排除される）、④内面性の精神的自由権（絶対的自由の保障）に分けられる⁽⁷⁹⁾。たしかに、裁判所が違憲審査権をもつようになった日本国憲法の下では、このような類型論も一定の意味をもつことは確かであるが、ただ、これだけでは、必ずしも憲法が保障している人権の全体が明確にカバーされているわけではない点に問題が残ることになる。

なお、これらの類型論と並んで、筆者の観点から注目されるのは、生存権を重視する岩間昭道の類型論である⁽⁸⁰⁾。岩間は、憲法25条が保障している権利は「すべての国民に人間の尊厳にふさわしい生存を保障した」ものであり、「日本国憲法における基幹的人権としての性質をもつ」とする。そして、そのような観点から人権の類型を、①包括的人権（人間の尊厳にふさわしい生存に対する権利、法の下での平等）、②市民的権利（生命に対する権利、私生活上の自由、思想・良心の自由、信教の自由、表現の自由、刑事手続上の権利など）、③文化的権利（学問の自由、芸術の自由）、④経済的権利（財産権の保障）、⑤社会的権利（憲法で文化的な最低限度の生活を営む権利、教育を受ける権利、労働基本権など）、⑥政治的権利（公務員の選定・罷免権、公務就任権、請願権）に分類している。このような人権類型論は生存権を重視する点で、私の観点到に近いが、ただ、岩間の場合には生存権と生命権とは類型論上は区別されて生命権は市民的自由の一つとされている点で問題があるし、25条の権利が包括的人権と社会的権利の双方に分類されていることなど、若干の問題がないわけではない⁽⁸¹⁾。

2 人権類型論の再構成に向けて

以上、これまでなされてきた主要な人権類型論をみてきたが、いずれも一長一短であるという印象をぬぐえない。それだけではない。以上のような人権類型論では、生命権が必ずしも重視されておらず、その位置づけも必ずしも明確ではないことが問題であるように思われる⁽⁸²⁾。生命権が以上に述べたように基本的人権としての独自性と根元性をもつとすれば、そのことは、人権の類型論にも反映させなければならないはずだからである。従来の人権類型論では、その点が十分ではなかった以上、新たな人権類型論の構成が必要になってくるように思われる。

私は、このように考えて、かつて次のような類型論の骨子を提示し

た⁽⁸³⁾。①総則的原理（個人の尊重、人権の不可侵性と公共の福祉）、②生命権（平和的生存権を含む）、③幸福追求権（自己決定権、プライバシー権、環境権等）、④平等権、⑤自由権（精神的自由、人身の自由、経済的自由）、⑥参政権（選挙権・被選挙権、憲法改正国民投票権など）、⑦国務請求権（裁判を受ける権利、国家補償請求権など）、⑧社会権（生存権、教育権、労働基本権）。このような人権類型論の特徴は、生命権を幸福追求権や自由権などと並ぶ、独自の範疇に属する人権として位置づけるとともに、もろもろの人権のなかでも、いちばん根元的な人権として位置づけた点にある。その他の点については、通説的な類型論をほぼ踏襲したものとしていた。

もっとも、このような類型論に対しては、その後、私見と同様に生命権を重視する上田勝美から、要旨つぎのような批判が出された⁽⁸⁴⁾。すなわち、私見にあっては、生命権がすべての人権の前提であるということが強調されているにもかかわらず、その人権類型論においては、生命権の順位は二番目にある。これは了解しがたい。「人権類型論を組み立てる場合、諸人権を並列的に考え、人権の生成を前提として立体的（人権の系統樹）に考えていないのではないか」。「生命権」こそ、「人権体系論を論じる場合、最重要な根源的人権として、総論的人権の第一番目に位置づけをすることが肝要ではなかろうか」。

たしかに、私の上述したような人権類型論にあっては、このような批判を受ける側面があったことは否定できない。ただ、あえて釈明すれば、上記の類型論において、「総則的原理」は、あくまでも人権保障にあたっての総則的原理であって、「総論的人権」とか個別具体的な人権としてあげたわけではないということである。個別具体的な人権としては、あくまでも生命権が一番最初にあげられているのである。人権を立体的（系統樹）に捉えた場合においても、生命権が一番根底におかれることはもちろんであり、生命権を根底においた「人権の系統樹」の全体を貫く原理として、

「総則的原理」（個人の尊重と人権の不可侵性）があるというように考えている。そのように捉えれば、私の上述の人権類型論を大幅に修正する必要はさしあたってはないように思っている。

ただ、一点、先にあげた私の類型論で「⑦国務請求権」としてあげた人権は、鶴飼の類型論を参考にして、「人権を確保するための人権」として分類するように訂正したい。裁判を受ける権利などは、従来、国務請求権あるいは受益権として位置づけられてきたが、このような用語は、それ自体明治憲法下において美濃部達吉や佐々木惣一がイエリネックの議論などを踏まえて用いてきたものである⁽⁸⁵⁾。しかし、受益権は国家から利益を受けるというニュアンスが含まれているし、また、国務請求権もその表現は抽象的で、なんのための国務請求かが不明確である。より具体的に「人権を確保するための人権」と位置づけた方が、日本国憲法の下での裁判を受ける権利や国家賠償請求権などの趣旨を的確に言い表しているように思われる。

このような修正を踏まえて、私の人権類型論の骨子を改めて示せば、以下のようになる。①総則的原理（個人の尊重原理、人権の不可侵性と公共の福祉）、②生命権（平和的生存権を含む）、③幸福追求権（自己決定権、プライバシー権、環境権など）、④平等権、⑤自由権（精神的自由、経済的自由、人身の自由と適正手続保障）、⑥社会権（生存権、教育権、労働基本権）、⑦参政権（選挙権・被選挙権、憲法改正国民投票権など）、⑧人権を確保するための人権（裁判を受ける権利、国家賠償請求権など）。

五 小結

以上、生命権を人権体系の中で独自の、そして最も根元的な人権として再定位することの必要性を述べ、それを踏まえて生命権の具体的な内容についても簡単に述べてきた。ただ、冒頭に述べたように、日本の憲法学に

においては、現在でもなお、生命権は独自の人権としての市民権を完全には得ていないようにみえる。

そういう学界の動向をも反映してであろうか、生命権を人権とは理解していないと思われる言説が学界外にもみられることを、私は、最近の新型コロナウイルスの感染問題に関連して知ったのである。それは、テレビのある番組で、細菌学の専門家が、現在の問題は「人権よりも命を重視するかどうか」という問題だと述べていたのをたまたま観たからである⁽⁸⁶⁾。このような言葉の前提には「命」は「人権」の範疇には入らないという認識がこの専門家にはあるからであろう。そして、それを脇で聞いていた弁護士のコメンテーターも、その発言に特に反論することはなかったのである。

しかし、このような認識は私の観点からすれば、明らかに間違っているといえよう。問題の立て方は、「人権としての生命権とそれ以外の人権、例えば、集会の自由や営業の自由などとのどちらを重視するのか」という形で立てられるべきなのである。双方とも憲法で保障された人権であることを踏まえて、どちらの人権をより重視し、他の人権を制限規制することが認められるかどうかという問題なのである⁽⁸⁷⁾。

もちろん、生命権が独自の、そして最も根元的な人権であるといっても、それがあらゆる制限を受けない絶対的な人権であるというつもりは、私にもない。生命権も他の人権との間の衝突とそれに伴う調整が必要になってくる場合が少なくないのであり、それはそれとして、具体的に検討されなければならない問題というべきなのである。この点は、生命権と対立・緊張関係にある人権が具体的にどのようなものであり、またどのような状況の下でそのような対立・緊張関係に立つのかを個別的に検討することが必要になってくるといえるのである。

その点に関して、ここで詳細に論ずることはできないが、ただ、一般論としていえば、生命権と他の人権なり利益との対立・緊張関係、あるいは

調整が問題となった場合において、基本的には生命権が重視されなければならないということである。とりわけ第1類型の侵害排除権としての生命権については、他の人権や利益に優先して保障されなければならない、したがって、例えば裁判所においても最も厳格な審査基準で審査されなければならないということである。他方で、第2類型の保護請求権としての生命権については、具体的な国の作為・給付が必要となってくるので、第1類型の侵害排除権としての生命権の場合と同一に論じることは必ずしもできないと思われる。

ただ、以上のことは、一応の原則であって、例えば、最狭義の生存権については、生命の危険がまさに差し迫っている者に対する生存保障として、裁判所としても最も厳格な審査を行ない生命権の保障を図ることが求められているといえよう⁽⁸⁸⁾。他方で、妊娠中絶に関しては、そもそも胎児の生命権を認めるどうか、認めるとしてそれと母親の生命権または自己決定権との対立・緊張関係をどう考えるかが問題となるので、慎重な検討が必要になってくるといえよう。

さらに、新型コロナウイルスの感染拡大防止のためには「三密」を避ける必要があるということで各種の集会の自由や移転の自由などが制限されているが（但し、罰則無しで）、これはやむを得ない措置と思われる。ただ、集会以外の表現の自由や知る権利は、まさにこのような事態においてこそ重要なので、生命権保護のための措置を理由としてもこれらの人権を制限することは許されないというべきであろう。また、自粛要請に伴い、営業の自由などの経済活動の自由も制限されているが、これも憲法22条や憲法29条に照らして許容されると思われるが、その場合にも、「正当な補償」（憲法29条3項）や生存権の保障（25条）が必要であろう。

いずれにしても、これらの問題を検討する場合の前提となるのは、憲法上の基本的人権として生命権の独自性と根元性をまずは承認することである。そのことから人権論を再構築することが、日本の憲法学には求められ

ているように思われる。

- (1) 拙稿「基本的人権としての生命権の再構成」杉原泰雄先生古稀記念論文集『21世紀の立憲主義』（勁草書房、2000年）325頁。その後、拙著『人権・主権・平和——生命権からの憲法的省察——』（日本評論社、2003年）2頁に収録。
- (2) 嶋崎健太郎「憲法における生命権の再検討」法学新報108巻3号（2001年）31頁、小林直樹『法の人間学的考察』（岩波書店、2003年）45頁、斉藤正彰「生命についての権利」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、2004年）75頁、青柳幸一「憲法学における『生命に対する権利』」国際人権17号（2006年）15頁、上田勝美「世界平和と人類の生命権確立」深瀬忠一ほか編『平和憲法の確保と新生』（北海道大学出版会、2008年）2頁以下、石村修『基本権の展開』（尚学社、2017年）67頁など。
- (3) なお、森英樹ほか編『3・11と憲法』（日本評論社、2012年）参照。
- (4) 拙稿「東日本大震災と生命権・生存権」獨協法学88号（2012年）1頁。
- (5) さしあたり、拙稿「福島原発事故と生命権・生存権」長谷川正安先生追悼論集『戦後法学と憲法』（日本評論社、2012年）451頁参照。
- (6) 拙稿「人権体系における生命権の再定位」憲法研究所・上田勝美編『平和憲法と人権・民主主義』（法律文化社、2012年）85頁所収。
- (7) 雑誌「世界」の2020年6月号は、「生存のために」と題して新型コロナ問題に関する特集をしているが、その中の論文の多くは生存権（憲法25条）について触れていて、それはそれで後述するように重要であるが、ただ、生命権（憲法13条）について直接具体的に触れた論文は、見当たらないようである。また、江藤祥平「匿名の権力——感染症と憲法」法律時報2020年8月号74頁も、「経済か生命か」という適切な小見出しを掲げながら、「最低限度の生活を営む権利」（憲法25条1項）には言及しているが、憲法13条の「生命に対する権利」については論及していない。
- (8) デカルト「人間論」『デカルト著作集4巻』（白水社、2001年）225頁以下。
- (9) 「生氣論」については、山口裕之『ひとは生命をどのように理解してきたか』（講談社、2011年）91頁以下参照。
- (10) シュレーディングャー（岡小天・鎮目恭夫訳）『生命とは何か』（岩波文庫、2008年）14頁以下。
- (11) 福岡伸一『生物と無生物のあいだ』（講談社、2007年）152頁以下。
- (12) 斉藤・前掲注（2）89頁は、生命権が「「殺されない自由」を越えたところでどれほどの具体性・明確性を維持しうるのは疑問である」ことなどを理由として、生命権を独自の人権とみなすことに対して消極的である。しかし、「殺されない自由」や「生命を奪われないこと」は、それこそまさに生命

権の中核であり、幸福追求権や人身の自由とは別個独立の人権として位置づける根拠となる点である。

- (13) ドイツのボン基本法 2 条 2 項が保障する生命権が国家による侵害禁止 (Eingriffsverbot) とともに、国家の保護義務 (Schutzpflicht) をも含んでいる点については、v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd.1 (Verlag Franz Vahlen, 1999) S. 283ff.
- (14) EU基本権憲章については、岩沢雄司編『国際条約集2019年』(有斐閣) 368 頁。
- (15) 諸外国の憲法については、初宿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集 (第 3 版)』(三省堂、2014年)、畑博行・小森田秋夫編『世界の憲法集 (第 5 版)』(有信堂、2018年) 参照。
- (16) 小林直樹「人権価値を根底から考える」憲法問題 (1998年) 156頁。
- (17) B. G. Ramcharan (ed.), The Right to Life in International Law (Martinus Nijhoff, 1985) p.12.
- (18) なお、ドイツ連邦憲法裁判所の航空安全法違憲判決 (BVerfGE 115, 118) も、「人間の生命は、人間の尊厳のバイタルな基礎をなす」と述べている。なお、この判決については、拙著『立憲平和主義と有事法の展開』(信山社、2008 年) 362頁参照。
- (19) 竹中勲『憲法上の自己決定権』(成文堂、2010年) 13頁以下は、「憲法上の自己決定権」の内容として、①生命・身体のある方に関する自己決定権、②親密な交わりに関する自己決定権、③個人的 (個性的) な生活様式に関する自己決定権をあげている。
- (20) 小林直樹『法の人間学的考察』(岩波書店、2003年) 38頁。
- (21) この点については、とりあえずは、拙稿「生命権と人間の尊厳」山内編『新現代憲法入門 (第 2 版)』(法律文化社、2009年) 95頁参照。
- (22) 小林・前掲注 (20) 51頁。
- (23) 拙著・前掲注 (1) 7 頁以下。
- (24) 拙稿「生命権と死刑制度についての再論」龍谷法学49巻 4 号 (2017年) 217 頁参照。
- (25) 最高裁は、この判決において、立法事実の変化として、「昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法の趨勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関する法制等の変化」などをあげているが、特に自由権規約や児童の権利条約などもあげていることは、本件との関連でも参考になるであろう。
- (26) 生田勝義「死刑と生命権 (再論)」立命館法学365号 (2016年) 133頁以下は、死刑が憲法13条違反になった時期として、①日本が国際人権規約B規約を批准し発効したとき (1979年)、②死刑廃止条約が国連で採択されたとき

- (1989年)、③国際刑事裁判所に関するローマ規程が日本で発効したとき(2007年)の三つの時期が考えられるとしている。
- (27) これらの冤罪事件について、詳しくは『冤罪白書』編集委員会編『冤罪白書2019』(燦燈出版、2019年) 参照。
- (28) D. S. Nagin/J. V. Pepper (eds.), *Deterrence and the Death Penalty* (The National Academies Press, 2012) p.2. また、デイビッド・T・ジョンソン(笹倉香奈訳)『アメリカ人のみた日本の死刑』(岩波書店、2019年) 14頁。
- (29) 村松幹二ほか「日本における死刑と厳罰化の犯罪抑止効果の実証分析」『刑事司法を考える<6巻>』(岩波書店、2017年) 157頁以下参照。
- (30) なお、大野裁判官は、上述のように立法事実の重大な変化を認めつつも、国民の多数の意識がなお死刑肯定論であることに照らして結局は死刑は合憲であるとしている。しかし、問題がまさに生命権という人権に関わる問題である以上は、国民の意識は違憲論を採用する際の重大な妨げにはならないと言わなければならないと思われる。
- (31) 深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』(岩波書店、1987年) 227頁。
- (32) 拙著・前掲注(1) 99頁。
- (33) この判決についての簡単な紹介は、樋口陽一ほか『新版・憲法判例を読みなおす』(日本評論社、2011年) 25頁参照。
- (34) さしあたり、伊藤真「安保法制違憲訴訟 五判決の何が問題か」世界2020年6月号236頁参照。
- (35) 「安保法制違憲訴訟の会」のHPによる。
- (36) 山内敏弘・太田一男『憲法と平和主義』(法律文化社、1998年) 204頁以下参照。
- (37) 笹本潤「平和的生存権」稲正樹ほか編『平和憲法とともに——深瀬忠一の人と学問』(新教出版社、2020年) 230頁参照。
- (38) この点については、拙著『安倍改憲論のねらいと問題点』(日本評論社、2020年) 195頁参照。
- (39) 臓器移植に関しては、梅原猛編『「脳死」と臓器移植』(朝日新聞社、2000年)、大谷實『新しいのちの法律学』(悠々社、2011年)、甲斐克則編『臓器移植と医事法』(信山社、2015年) など参照。
- (40) 臓器移植の件数については、日本臓器移植ネットワークのHP参照。これによれば、2019年末までの提供数は、662件で、2893件の移植手術が行なわれている。
- (41) 1992年の「臨時脳死及び臓器移植調査会」の最終答申における多数意見の見解がこのような根拠を述べている。この最終答申については、梅原編・前掲注(39) 436頁参照。
- (42) 例えば、梅原猛・前掲注(39) 287頁以下は、人間を有機的統一体とする見解は、ドイツ観念論とアメリカのプラグマティズムの影響下にある議論で、日本では妥当しないと批判している。

- (43) 尊厳死・安楽死の問題については、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、1994年）395頁以下、町野朔ほか『安楽死・尊厳死・末期医療』（信山社、1997年）、立山龍彦『自己決定権と死ぬ権利』（東海大学出版会、2002年）、大谷實・前掲注（39）122頁以下参照。
- (44) 自殺する権利を認めないのが、多数説である。例えば、小林直樹・前掲注（20）300頁、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）189頁、土井真一「「生命に対する権利」と「自己決定」の観念」公法研究58号（1996年）96頁など。但し、松井茂紀『日本国憲法（第3版）』（有斐閣、2007年）505頁は、生命権は「生きることを強制されない権利として、みずからの生命を自分で絶つ権利を含む」としている。
- (45) 芦部・前掲注（43）400頁。
- (46) 大谷實・前掲注（39）135頁以下も同旨。
- (47) 田上穰治『新版警察法』（有斐閣、1983年）49頁参照。
- (48) 芦部信喜『宗教・人権・憲法学』（有斐閣、1999年）230頁。
- (49) 国家の基本権保護義務については、小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998年）参照。
- (50) ロック（鶴飼信成訳）『市民政府論』（岩波書店、1968年）127頁以下。
- (51) もちろん、コロナ特措法には、以下のような問題点も存在する。①政府対策本部長（首相）が緊急事態宣言を発令する要件があいまいであり、具体的には政令に委ねられていること（32条）、②緊急事態宣言の発令に際しては、首相は国会には報告するだけでよく、事前承認は不要とされていること（32条）、③NHKなどの「指定公共機関」に対する「総合調整」や「指示」が可能とされていて、放送の自由に対する規制が可能となっていること（20条、33条）、④多数の事業者に対する休業要請などの営業規制規定はあるが（45条）、それに対する補償規定がないこと。
- (52) 桜田誉「憲法における生命権の保障——救命救急医療との関連を中心として」関西大学法学論集37巻2・3号（1987年）1頁及び同「生命権について」同論集38巻5・6号（1989年）1頁。
- (53) 但し、この基準は、多くの批判を受けて、5月8日には変更されて、「息苦しさや強いだるさ、高熱などの強い症状がある場合」などに変更された。
- (54) そもそも、PCR検査を保健所にのみ行なわせてきたこと自体に問題があったことについては、片山善博「これまでの新型コロナウイルス対策で検証すべきことは何か」世界2020年5月号80頁参照。なお、保健所の数が、一連の新自由主義的な行政改革の中で、1989年に848あったものが、2020年には469に減少していることも無視できないであろう（全国保健所長会HP参照）。
- (55) ちなみに、2020年4月時点で、全国の警察が変死などとして扱った11人が、新型コロナウイルスに感染していたことが判明しているという（東京新聞2020年4月21日）。
- (56) ドイツの妊娠中絶判決については、嶋崎健太郎「ドイツにおける胎児の生命

- 権と妊娠中絶判決」憲法理論研究会編『人権保障と現代国家』（敬文堂、1995年）95頁、第2次人工中絶判決については、小山剛「第2次墮胎判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』（信山社、1999年）46頁参照。
- (57) ドイツ刑法典に関しては、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（法曹会、2007年）参照。なお、ドイツの妊娠中絶に関する理論状況については、上田健二『生命の刑法学』（ミネルヴァ書房、2002年）65頁以下参照。
- (58) 同判決に関しては、高橋一修「妊娠中絶と憲法上のプライバシーの権利」英米判例百選（第3版）（有斐閣、1996年）82頁。また、R・ドオーキン（水谷英夫ほか訳）『ライフズ・ドミニオン』（信山社、1998年）165頁以下参照。
- (59) 日本における母体保護法については、斉藤有紀子編『母体保護法とわたしたち』（明石書店、2002年）参照。
- (60) F. Menghistu, The Satisfaction of Survival Requirements, in: B.G. Ramcharan, The Right to Life in International Law (1985, Martinus Nijhoff) p.63.
- (61) この生存権の分類に関しては、詳しくは、拙稿「生存権をめぐる今日的問題」龍谷法学45巻2号（2012年）175頁参照。
- (62) 生存のためのコロナ対策ネットワーク「生存する権利を保障するための31の緊急提案」世界2020年6月号118頁、同「生存する権利を保障するための政策提言Ver.2」世界2020年7月号86頁参照。
- (63) 宮沢俊義『憲法Ⅱ＜新版＞』（有斐閣、1974年）88頁以下。
- (64) 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）80頁。
- (65) 鶴飼信成『新版憲法』（弘文堂、1968年）79頁、小林直樹『新版・憲法講義〈上〉』（東京大学出版会、1980年）272頁、樋口陽一『憲法（第3版）』（創文社、2007年）211頁。
- (66) 奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993年）33頁。
- (67) 伊藤正巳『憲法（第3版）』（弘文堂、1995年）206頁。
- (68) 拙稿・前掲注（1）325頁。
- (69) G. Jellinek, System der Subjektiven Öffentlichen Rechte (1905) S.86ff.
- (70) H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925) S.150ff.（清宮四郎訳『一般国家学』岩波書店、改版1971年）250頁以下。
- (71) 宮沢・前掲注（63）90頁以下。ただし、宮沢は、「人権の種類」としては、平等をあげている（100頁）ので、「国民の国法に対する関係」と「人権の種類」とは必ずしも対応していない。
- (72) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）129頁以下は、人権類型論の「相対性」を指摘した上で、人権を①包括的権利、②消極的権利、③積極的権利、④能動的権利に分類している。この分類は、宮沢の影響を受けたもののようにも見えるが、ただ、積極的権利の中に従来国務請求権といわれてき

た権利と社会権がともに一括りにされている点は問題と思われる。

- (73) 芦部・前掲注 (64) 80頁。ただし、芦部も、このような類型論が相対的なものであることを指摘している。
- (74) 芦部の類型論と同じではないが、ほぼ同種あるいはバリエーションと捉えうる類型論としては、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣、2012年）213頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第5版）』（有斐閣、2020年）85頁以下、長谷部恭男『憲法（第7版）』（新世社、2018年）145頁以下、辻村みよ子『憲法（第6版）』（日本評論社、2018年）99頁など参照。
- (75) 鶴飼・前掲注 (65) 79頁。
- (76) 小林・前掲注 (65) 272頁。
- (77) 樋口陽一『憲法（第三版）』（創文社、2007年）211頁以下。
- (78) 奥平・前掲注 (66) 33頁。奥平も、自らの類型論は説明の便利のための見取り図である旨を断っている。
- (79) 伊藤・前掲注 (66) 206頁。
- (80) 岩間昭道「憲法綱要」（尚学社、2011年）44頁。なお、下山瑛二『人権の歴史と展望』（法律文化社、1972年）16頁以下は、つとに、「生存権」を「あらゆる人権の根本基準」として、「それとの関連で自由権・財産権が確保される」という見解を提示していた。私見と基本的な視点は近いと思われるが、生命権ではなく生存権という言葉を用いている点で、また憲法13条と25条の関係を明確にしていない点で私見とは異なっているようにみえる。
- (81) なお、佐々木惣一『改訂日本国憲法論』（有斐閣、1952年）400頁以下は、基本的人権を、①存在権、②自由権、③国務要求権、④参政権に分類している。ここで最初にあげられている「存在権」とは佐々木の説明によれば、「人間の存在の内容は、生命を愛し、自由を有し、幸福を追求することである。故に、これらの意欲を有し、これを実現することを、国家に対して主張することが国民の個人としての存在を主張するの権利である。それが国民の存在権である。」とされている。岩間のいう「生存権」よりは、より広く、憲法13条が保障する権利を包括して「存在権」といつているようにみえる。
- (82) もっとも、辻村・前掲注 (74) 140頁や、土井真一「第13条」長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）』（有斐閣、2017年）107頁は、生命権（生命に対する権利）を独自の人権として重視している点で評価できるが、両者とも、生命権（生命に対する権利）を包括的人権または幸福追求権の一つとして論じている点で疑問が残ると思われる。
- (83) 拙著・前掲注（1）20頁。
- (84) 上田・前掲注（2）19頁。
- (85) 美濃部達吉『憲法撮要〔改訂5版〕』（有斐閣、1932年）157頁は「受益権」という言葉を用いて「積極的に国家より特定の利益を受くることを内容とする」として、また佐々木惣一『日本憲法要論』（金刺芳流堂、1930年）250頁は、「国務請求権」という言葉を用いて、裁判を受ける権利などを説明して

いる。

- (86) 2020年4月17日のTBS「ひるおび」の番組。
- (87) 新型コロナウイルスに関する人権論は生命権と他の人権との衝突・調整の問題であることについては、J・ハーバーマス／K・ギュンター(三島憲一訳)「人間の尊厳と生命権は不可分」世界2020年9月号57頁以下参照。
- (88) 拙稿・前掲注(61)175頁。