

拷問禁止規範の憲法上の意味

—国内法における強行規範の効力・適用を中心に—

阿部純子

はじめに

日本国憲法（以下「憲法」とする）36条は、「公務員による拷問及び残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる。」とし、拷問の絶対禁止を明文化する。しかし、同条に拷問の定義はない¹。憲法の基本書を見ると、「拷問」とは「被疑者や被告人から自白を得るために肉体的・生理的な苦痛を与えること」などと紹介される²。ただし、拷問をこのように肉体的な苦痛に限定する理由が示されているわけではなく、「被疑者または被告人から自白を得るために肉体的・精神的苦痛を与える手段」として拷問に精神的苦痛を含める見解もある³。さらには、拷問の客体を被疑者や被告人に限定せず、「相手方に対して極度に大きな苦痛を与え、その身体および精神を甚だしく侵害するのみならず、個人の尊厳を蹂躪し、相手と同じ人間とみなさない極めて非人道的な手段」と説明するものもある⁴。

憲法学では一般に、憲法31条以下の諸規定を刑事手続における人権と位置づけ、憲法におけるこれらの重要な位置づけを認識しながらも、その議論を刑訴法に委ねている状況がある。

しかし、憲法により拷問の絶対禁止が明文化されている以上、憲法上の意味を探るという試みは不可欠である。本稿は憲法における拷問禁止の意味を探ることを意図するもので

本稿は、拙稿「憲法の『拷問禁止』規範—国際人権法との関係を考慮して—」憲法理論研究会編『展開する立憲主義』（敬文堂、2017年）89～101頁、同「強行規範の国内法における意義の一考察（1）（2）—日本国憲法における『拷問禁止』の解釈を題材に—」宮崎産業経営大学法学論集25巻1号（2016年）、同2号（2017年）に若干の修正をして報告を行い原稿にしたものである。

¹ 死刑が残虐な刑罰に該当するかにつき判例は「刑罰としての死刑そのものが、一般に直ちに同条にいわゆる残虐な刑罰に該当するとは考えられない」との立場を示した（最大判昭和23年3月12日刑集2巻3号191頁）。さらに、「不必要な精神的、肉体的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」としてその一般的な見解を示している（最大判昭和23年6月30日刑集2巻7号777頁）。

² 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注釈日本国憲法上巻』（青林書院、1984年）763～765頁。

³ 辻村みよ子『憲法〔2版〕』（日本評論社、2004年）306頁。

⁴ 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法I 基本権』（日本評論社、2016年）299頁。

ある。その際、同条が日本の経験のみを参照しているわけではないという経緯に照らし、国際人権法における議論を参考にしたい。もとより、憲法と国際人権法との間には一定の距離があることには注意を払いたいと思う。国際人権法の議論をどのように憲法に反映させるかには慎重な態度がなければならない。この点について本稿は、国際人権法における、拷問禁止の強行規範という特徴に注目することで憲法におけるその意義を考察したいと考える。

1 「人権」をめぐる憲法と国際人権法の距離

1.1 日本国憲法 36 条において

憲法 36 条の「絶対に」禁止の意味については、公共の福祉を理由とする例外を一切認めないものとして捉えるのが一般的といえる。ただし、「絶対に」との言葉に特別な法的意味はなく、憲法 36 条の趣旨を強調する語句にすぎないという見解もある⁵。しかしこの見解は続けて、「ただし、拷問及び残虐な刑罰の禁止を国民の側からみて、拷問及び残虐な刑罰を受けない権利自由と解するならば、公共の福祉を理由とする制限を許さないと解することも可能」であると付言する。

この後者の見解は、憲法 36 条が拷問及び残虐な刑罰を受けない権利自由を保障する条文であることを当然として前提にするわけではない。この見解は、同条の意味につき、これがこのような権利自由（人権）を保障するか否かという点に注意を払うものである。では、憲法 36 条が拷問等を受けない権利自由を保障するか否かは、どのように判断すべきか。この問題について本稿は、国際人権法における拷問禁止が人権として捉えられる点に注目し、この議論を参考にすることでアプローチしたい。

1.2 国際人権法において

拷問禁止は国際人権法において重要な意義を有する。これは世界人権宣言 5 条においてすでに明文化され、その後、自由権規約 7 条にも規定されることとなった。さらに、地域的条約として、欧州人権条約 3 条は「何人も、拷問又は非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を受けない。」と規定する⁶。これらの文言には拷問の定義はないが、拷問等禁止条約 1 条 1 項には拷問の定義が置かれている。同項における拷問の要件としては一般的に三つ指摘される。重い苦痛を故意に与える行為であること、一定の目的や動機が存在すること、そして、公務員その他の公的資格で行動する者が何らかの形で関与して

⁵ 佐藤功『憲法（上）〔新版〕』（有斐閣、1983 年）572～573 頁。

⁶ 邦訳は、岩沢雄司編集代表『国際条約集』（有斐閣、2017 年）に依拠した。以下同じ。

いること、である。

拷問は、人身の自由の剥奪にあたり、人間の尊厳と人格に対する直接的な攻撃であるため特に非難されるべきとされている。この攻撃からの保護は、人権保障において特に重要と位置づけられる。そこで、国際人権法において特段の重要性を有するこの「拷問禁止」の特徴として、その「絶対性」、つまり拷問の絶対的禁止とその逸脱不可能性を挙げる事ができる。拷問の絶対的禁止は、通常の場合において、国家の利益と個人の権利の衡量を許さないものとして捉えられ、例外は認められない。これに対し、逸脱不可能性は、例外的状況においても、条約上の義務から国家が逃れられないものとして捉えられる。

また、拷問禁止の特徴としては、国際人権法においてこれが「強行規範」として認められるに至ったものであることが挙げられる⁷。強行規範として認められる拷問禁止の規範内容としていくつか指摘される。例えば、拷問行為の禁止、ノン・ルフールマンの原則、拷問を認める国内措置の国際法上の非合法性、拷問を認める条約や慣習規則の無効性、恩赦法による拷問実行者の免責の国際法上の無効性、潜在的被害者の国内的国際的申立権、被害者の外国の裁判所における損害賠償請求訴訟、拷問犯罪に対する普遍的管轄権の承認などである⁸。

拷問禁止の強行規範性が認められる前よりすでに、拷問禁止により国家に課される義務として、拷問防止義務、拷問の恐れのある国への追放、送還、引渡しをしてはならない義務、拷問に当たるすべての行為を自国の刑法上の犯罪とすることを確保する義務、処罰に関して普遍的管轄権を与える措置をとる義務、拷問による証拠排除原則を採用する義務、その他の義務（法執行官の教育・訓練、法制度の体系的再検討、公正な捜査、不服申立権の保障、補償・リハビリテーションへの権利の保障など）が課されると主張されていた。

これら実体的内容と、強行規範としての拷問禁止の規範内容との間に劇的な相違が見受けられるわけではないため、拷問禁止をあえて強行規範として認めることの意義がどこにあるかは問題になろう。拷問禁止を強行規範として認めることの意義につき、国家に課すべき義務内容やその合意形成がどのようなものであるかという点というより、すでに同意している国家に対し、その義務内容の遵守をいかに確保するかにあると捉えるべきことが

⁷ Al-Adsani v United Kingdom, (2001) 34 EHRR 273. これより前に、Furundzija 判決において、拷問禁止原則が保護する価値の重要性からこの原則が条約や他の通常の慣習国際法よりも上位規範である強行規範として認められるものとして発展してきたことが主張された。Prosecutor v Furundzija, IT-95-17/1-T, paras. 153-154 (1998).

⁸ この点につき以下を参照した。今井直「国際法における拷問禁止規範の現在—『対テロ』の文脈を中心に—」村井敏邦・今井直監修、拷問等禁止条約の国内実施に関する研究会編著『拷問禁止条約をめぐる世界と日本の人権』（明石書店、2007年）33頁。

示唆される⁹。この見解に沿えば、その意義については、国家に対する義務づけを強化するものとしての強行規範の側面を指摘することができよう。

1.3 国際人権と国内人権の論理の相違

以上の国際人権法の議論は、いわば「人権ベース」の拷問禁止の議論といえるだろう。すでに触れたように、憲法 36 条の解釈として、必ずしもこれが拷問等を受けない権利自由を保障する（認める）ものに限られるわけではないため、人権ベースの国際人権法の議論をそのまま日本国憲法に持ち込めるかについてはさらなる考慮が必要である。

ここで、国際人権法の観点を踏まえた憲法 36 条の解釈に関する議論を参照したい。その一例として、以下の議論がある¹⁰。この見解は主に二つ、拷問等の禁止が憲法 36 条という刑事手続における人身の自由に関する規定の中に置かれていることの意義、そして、拷問や残虐刑が「絶対に」禁止されていることの意義から検討する。その結果、一点目については、拷問や残虐な刑罰を受けることのない権利・自由を保障するものにほかならないのではないだろうか、と主張する¹¹。さらに二点目については、「絶対に」の意味として、公共の福祉を理由とする例外を一切認めないこと、またその保障手段の整備がとくに入念であること（憲法 38 条 2 項）に注目し、憲法 36 条を拷問や残虐刑を受けない権利・自由を保障するものであると捉えるならば、国家は積極的に拷問や残虐刑を防止する義務を負うことを意味するものと主張する¹²。

この見解は、憲法 36 条を拷問等を受けない権利・自由を自明として前提にするものではなく、これを前提にするならば国家に対する上記の積極的義務が課されることを主張するものである。またこの議論は、憲法 36 条が人権を保障することを説明するものではない。この議論において、憲法 36 条が人権を保障するものとする根拠は、以下の奥平教授の見解にある。

『憲法が保障する権利¹³』において奥平教授は、憲法 36 条につき次のような見解を示す。「拷問」については、肉体的あるいは精神的な苦痛を与えることを言うとしながら、これを手段として告白させるという目的と結びついて理解されている点を指摘する。そして、憲法 36 条を、一定の権力行使方法をそもそもあってはならない、と命ずるものとして捉える。「絶

⁹ See Dinah Shelton, *Normative Hierarchy in International Law*, 100 AM. JINTL L. 291, 304-305 (2006).

¹⁰ 佐藤元治「刑事拘禁における拷問および残虐・非人道的処遇等の禁止・防止」法時 84 巻 5 号 (2012 年) 41 頁以下を参照した。

¹¹ この主張の根拠として、奥平教授（後掲注 13）の見解を引用している。

¹² この点の参照として、拷問等禁止条約 11 条及び 16 条が挙げられている。

¹³ 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』（有斐閣叢書、1993 年）。

対に」禁止の意味につき、これが断言的に命じている点から、決して手続規定ではないとする。

また、憲法 36 条の法的性格につき、これを「自由権」保障の性格をもつものとして捉える。これに対し、憲法 31 条以下の諸権利について、「なにか実体的な内容のある自由を、それとして保障するのが目的なのではなくて、その意味でいわゆる『自由権』を保障することに眼目があるのではな（い）」との立場を示す。

「裁量の限界問題としての人権」

奥平教授のこの議論では、「憲法が保障する権利」と「人権」は自覚的に区別される。実定法の外で主張される「人権」に対し、「憲法が保障する権利」はそれが憲法制度に取り込まれたものとして区別される¹⁴。さらに、奥平教授が主張する「憲法が保障する権利」については、裁判所が現実に保障すべきものを議論するものであって、憲法が保障する権利というより、むしろ「裁判所が保障する権利」として捉えられるべきとの評価がある¹⁵。そうならば、憲法 36 条により個人に保障されるべき実体的利益が侵害された場合、裁判所がどこまでその救済に関与できるかが問われることになるだろう。

ここで以下の点に留意したい。国際人権法の議論を参考にして憲法 36 条の意味を検討するという本稿の趣旨に照らすと、その憲法解釈として論じられるべきは、拷問の実体的利益を追究することより、拷問禁止規範をどこまで国家に義務づけられるかという点にあると考えるべきと思われる。そして、国家に対する義務づけについては、第一次的には裁判所ではなく国会の役割が重要である。この点について、「人権」の論理について国際人権と国内人権の相違について指摘する高橋教授の見解に注目したい¹⁶。

高橋教授は、国際人権は国際法という法システムから、国内人権としての憲法上の人権は憲法システムから同時の具体的意味を受け取っているとす。そして、憲法論としての人権については、常に裁量の限界問題を構成することを指摘する。この裁量問題が生ずるのは立法政策のレベルにおいてであり、ここで人権の具体的保護のあり方が創設されることになる。

国際人権を保護する国家の義務につき、この義務は国際社会に対して負うものであり、国民に対して国家が負うものではないことを指摘する。この国際法上の義務は、国際人権が実現されるという結果を重視するものであり、どのようなプロセスを経て実現されるか

¹⁴ 奥平・前掲注 (13) 20～21 頁。

¹⁵ 浦田一郎「奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』憲法理論研究会編『人権論の新展開』(1994 年) 222 頁。

¹⁶ 参照として、高橋和之「国際人権の論理と国内人権の論理」ジュリ 1244 号 (2003 年) 69 頁以下、同「現代人権論の基本構造」ジュリ 1288 号 (2005 年) 116 頁以下。

という問題は、基本的には国内問題であることが決定的に重要であるとする。つまり、国家の内部で、いかなる機関がいかなる義務や権限を有するのかは、国際法ではなく原則として国内問題であるとの立場を強調する。

高橋教授は、拷問からの自由について、これを実現するには国家が拷問をしてはならないという消極的義務に加え、これをした者に対する処罰規定や現実の処罰を可能とする捜査機関や裁判制度の設置などの積極的施策が必要であるとする。しかし憲法上、これらの積極的義務は広範な裁量を含むと理解されるため、立法府の権限に委ねられるところが多い。裁判所は、法律が憲法の規定する最低限を充たしておらず、裁量の範囲の逸脱あるいは裁量権の濫用があった場合に限定されるとされる。

高橋教授は以上のように、国際法レベルの国際人権と国内法レベルの国内人権を厳密に区別し、国際人権法上の国家の義務をどのように履行するかは国内法レベルの問題に収斂されるとの立場をとる。これは、国際人権条約の国内法的効力の問題において、国内法化説の立場を示す¹⁷。

個人に対する裁判所の救済が問題ならば、では、憲法が規定する最低限とは何かが問われることになるが、国際人権法を考慮したその「最低限」とはどのように解釈すべきか。本稿は、この点につき、拷問禁止の強行規範としての性格に注目し、その憲法における意味を探りたい。

2 国内法における強行規範の意義

2.1 憲法と国際人権法の「融合」？

国内法体系における国際人権法（条約）の効力については、条約優位説と憲法優位説（条件付き憲法優位説）の対立があるが、今日の憲法学では憲法優位説が通説である。憲法優位説に依拠すれば、憲法解釈は憲法より下位規範である国際人権法の影響を考慮することなく行われるべきと考えることができるが、憲法学ではこのように考えず、「確立された国際法規」（憲法 98 条 2 条）を通じて憲法におけるその意義を試みる見解がある。

確立された国際法規とは、憲法学において、「一般に承認され実行されている慣習国際法¹⁸」として一般的には捉えられる傾向にあるが、この点について例えば以下の見解がある。「確

¹⁷ このように国内法と国際法を徹底的に二元的に捉える見解には批判がある。人権条約の国内法的効力については、主観的権利ではなく一定の客観法を引き出す「客観法発生説」（棟居快行「第三者効力論の新展開」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法1 国際人権法と憲法』（信山社、2006年）263頁など参照）や、憲法上の人権との整合性から人格的自律に着目して捉える見解（佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）118～119、168頁参照）がある。

¹⁸ 芦部信喜『憲法学I 憲法総論』（有斐閣、1992年）95頁。

立された」の意味を国際社会で広く承認されていることと捉えたとしても、慣習国際法に限定せず、これを内容とした条約も確立された国際法規に含まれると考えることができる。このように考えれば、国際人権条約などを確立された国際法規に取り込む可能性が生じる¹⁹。

ただし、このような見解には批判もある。内野教授の見解は、国際人権条約について、これへの違反が憲法違反と同視するほどに実質的に重要であるかという論法がとれるかという問題を掲げ、これに否定的な態度をとる。なぜなら、国際人権規約には憲法と緊張関係にある規定も散見されるし、ましてそれが確立された国際法規とまではいえないことを理由として挙げる²⁰。

この点に関連して、以下の国際法における議論には注意すべきである。憲法優位説に立った上で、条約とは異なり慣習国際法が憲法に優先するとの立場が憲法学において主張されることがあるが、この主張が、すべての慣習国際法が憲法の優位する地位を認めることに對しては疑問が提示される。なぜなら、国際法において、慣習国際法と条約は同じ力を持つと考えられているためである。特別法優位または後方優位の原則に従って、国家は慣習国際法に反する条約を締結することも許されることがある。国際法上はこのように考えられているにもかかわらず、なぜ国内法においては、慣習国際法が条約に優位する力を認められるのかを説明しなければならないがこれは容易ではない、との指摘が国際法学者によってなされる²¹。

これらの指摘を踏まえると、拷問禁止が憲法 98 条 2 項の「確立された国際法規」に含まれるか否か、またそうであったとして、それへの違反が憲法違反と同じ効力をもつものとして論じることが妥当であるかという問題が生じよう。

一点目については、拷問禁止が強行規範であることに注目すると、この規範は高次の利益が認められると考えられるため²²、国内法において条約より強い力をもつと考える余地がでてくる。強行規範の国内法上の位置づけについては、条約と別に議論する余地がある。ただし、強行規範として認められることを理由にして憲法 98 条 2 項の確立された国際法規に含まれると主張したとしても、拷問禁止を憲法の「人権」問題に吸収できるかの問題は残る。国際人権法の議論を参照したとき、憲法 36 条の拷問禁止を国民の権利自由を保障す

¹⁹ 工藤達朗『ファーストステップ憲法』(有斐閣、2005年) 319頁。

²⁰ 内野正幸「国際法と国内法(とくに憲法)の関係についての単なるメモ書き」国際人権 11号(2000年) 8頁。

²¹ 小寺彰・岩沢雄司・森田章夫編『講義国際法(2版)』(有斐閣、2010年) 125頁。

²² ウィーン条約法条約 53 条は「締結の時に一般国際法の強行規範に抵触する条約は、無効である。この条約の適用上、一般国際法の強行規範とは、いかなる逸脱も許されない規範として、また、後に成立する同一の性質を有する一般国際法の規範によつてのみ変更することのできる規範として、国により構成されている国際社会全体が受け入れ、かつ、認める規範をいう。」と規定する。

る規定を解釈することができるか否かという問題はここでも重要な点として残されたままである。

国際法において、強行規範が高次の利益を有するかにつき、それが人間の尊厳の原理に基づくことに求める見解がある²³。これは拷問禁止が特に非難を受けるのは、これが人間の尊厳に対する直接的な攻撃であることが指摘されていた点に共通する特徴といえよう。憲法上の人権が人間の尊厳の原理に基づく観念であることを考慮すると、この原理を媒介にすることで、拷問禁止違反が憲法違反と同じ効力を有するとみる余地が生まれるのではないか²⁴。これは、憲法36条の拷問禁止が、公共の福祉による例外を許さないという意味で捉えられるべきことを示すものである。

2.2 日本国憲法36条解釈における国際人権法の意義

憲法優位説を採用した場合、憲法と条約の関係はいくつか想定できる²⁵。まず、憲法と条約内容が同一である場合、あるいは条約よりも憲法の保障内容の方が広い場合があるが、これらの場合には憲法を参照することによって実現されるべき人権内容が判断されるべきと考えられる。また、憲法と条約が矛盾する場合には、憲法優位説に依拠する以上、国内においては憲法を適用すべきと考えられる。

問題は、憲法の保障内容より人権条約の内容の方が広い場合である。この場合、人権条約の保障内容をいかにして憲法解釈に反映させるかが問題となる²⁶。国際人権と国内人権の間の論理の相違を考慮すると、国際人権の保障内容をそのまま憲法上の人権の保障内容として取り込むことは妥当とはいえない。さきほど触れたように、拷問禁止の強行規範性に着目すると、国際人権法上の拷問禁止規範が憲法に違反するのと同じ効力を有すると考えることができるのではないか。これは、人権の保障内容ではなく国家に課される義務の観点から捉えた場合のことである。

憲法優位説を前提にすれば、国内においては憲法が国際法に優位し、さらに国際法上国家に課された義務をどのように実現するかが裁量問題として捉えられるならば、上位法である憲法を解釈するのに下位法である国際法を参照する意義は結局ないことになる。しか

²³ THOMAS WEATHERALL, JUS COGENS: INTERNATIONAL LAW AND SOCIAL CONTRACT (2015).

²⁴ ただし、この主張は、国際人権法上の拷問禁止規範を根拠に憲法上の人権として拷問禁止が捉えられることを主張するものではない。

²⁵ この分類の仕方について以下を参照した。横田耕一「人権の国際的保障をめぐる理論的問題」『人権理論の新展開』憲法理論研究会編（敬文堂、1994年）165～166頁。

²⁶ これは憲法の条約適合的解釈の是非に関わる問題である。研究会の報告では時間の都合上、この問題に係る議論は割愛した。

し、強行規範として認められる国際人権法上の拷問禁止の義務内容が、憲法上のものと同じであることが推定されるなら、国際人権法によって国家に課される義務内容を実現する措置を国内の立法府が怠っていた場合、この立法府の行為は憲法の定める義務を実行していないものとして評価されるべきではないか。この場合、上位法が定める義務に下位法が呼応していないため、両者の間に義務の衝突があると考えられるためである²⁷。

憲法 36 条の拷問禁止における国際人権法の意義は、このように、国家に課される義務の観点から捉えるべきではないか。

おわりに

国際人権法上の拷問禁止規範の強行規範性を理由としてこれが憲法 98 条 2 項の「確立された国際法規」に含まれると解釈しても、憲法 36 条が拷問からの自由という人権を保障するものであることを意味するわけではない。そのように解釈しても、それが直ちに、憲法 98 条 2 項を根拠に、国際人権法（人権条約）で認められる拷問禁止が憲法上の人権侵害として裁判所による救済を認められるというわけではない。

人権条約上の国家に義務につき、自由権規約 2 条 1 項を参照すると、規約上の権利を尊重し及び確保する国家の義務が規定されている。この義務について、被疑者や被告人の権利の観点から捉えた場合、さらに三つ目の義務として「実現する義務」が国家に課されるとの主張がある²⁸。この三つ目の義務は、人権規約上の権利ができるだけ包括的に実現されるために国家が負う義務として説明される。さらに、基本的人権はこの三つの義務をすべて含むことも主張される。

憲法解釈の問題として、憲法 36 条の拷問からの自由という人権が認められるか否かについては、憲法の人権観念に国際人権法上のそれがどのように融合できるかという点や、憲法 36 条がもつ価値の側面からのさらなる考察が必要になるとと思われる。

²⁷ この義務の衝突について以下を参考にした。内野・前掲注（20）7頁。

²⁸ 北村泰三「国際人権法上の国家の義務と被疑者、被告人の権利」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法（3）国際人権法の国内的実施』（信山社、2011年）参照。