

資 料

正義、人間の尊厳および人権に関する論議

ハロー・オットー

甲斐克則
新谷一朗^訳

- I 正義または複数の正義
- II 原理としての正義
- III 人間の尊厳と人権
- IV 人間の尊厳に基づく権利の地位
- V 人間の尊厳と正義
- VI 現行法体系における人間の尊厳

考察の出発点は、不法（Unrecht）と不正義（Ungerechtigkeit）が同一であるという観念を修正することである。不法が一定の法的義務に違反することを意味するのに対して、正義は、それを基に諸々の法規範が適切なものでありうるひとつの原理である。

I 正義または複数の正義

概念と同時にテーマとしての正義は、法律学および法哲学の専門的な議論の中だけではなく、きわめて一般的に広汎に用いられている。しかし、この広汎性に、同じくらい広い恣意性（Beliebigkeit）が伴っていないのか否かについては疑わしいように思われる。それゆえ、あらゆる面で政治的正義だけではなく、とりわけ社会的正義⁽¹⁾が要求されるのである。労働条件の形成という問題性は、正義の問題性として論じられ、そして公正な刑罰の観念は、至る所に

（１）「社会的」正義という概念に対して批判的なのは、Roellecke ZRph 2004, 20 ff. である。

存在している⁽²⁾。通常、個人は、自己の事柄においては、利益と不利益を配分する問題として正義を経験している。

正義についてのこのような理解からすると、正義とは何かという観念は、その都度の社会的、法的、および政治的な状況に左右されことになる、ということが明らかになる。リューターズ（*Lüthers*）は、2003年に開催された第18回ドイツ裁判官および検察官会議（*Deutschen Richter- und Staatsanwaltstag*）[訳注：4年に1度開催され、司法機関に特有のテーマについて取り組む専門家会議]の開会の辞において、1910年以降のドイツの様々な政治的システムを指摘しつつ、この各々のシステムは、それぞれに特有の「システムの正義（*Systemgerechtigkeit*）」を有しており、そしてこの「システムの正義」は、しばしば極端に異なるものとなった、と説明することで、現実には即してこの事態の概略を述べた。民主主義においては、正義は、通常、妥協の産物であるとする。なぜなら、正義の観念の多様性、競合および相対性は、民主主義的秩序における自由の代償だからである、と⁽³⁾。

この出発点は、ひとつの正義ではなく多数の正義が社会的な論争に影響を与えている、という洞見へと必然的に至る。そして、その多数の正義は、法秩序において前提とされるその都度の条件にそれ自体再び依存している。しかし、2000年以上にわたり法学および法哲学の議論が扱ってきた法規範および判決の正統性（*Richtigkeit*）という意味における正義に関するかの有名な問題がここでなお重要であるのか、それとも特定の法秩序内での法的決定の受諾という問題こそが重要であるのかについては、問題のあるところである。2つの問題は、それらの対象に鑑みると、決して同一のものではない。

1 システム的正義と規範の受容

システム的正義の下では、規範ないし判決の首尾一貫性は、同じシステムの他の規範ないし判決を考慮したうえで理解されなければならない。すなわち、首尾一貫性により、諸々の規範もしくは多数の判決に関するひとつのシステムにおいて内的な矛盾がないことが、規範の名宛人たちのシステム上の平等な取り扱いという観点の下で考察されるのである⁽⁴⁾。それゆえ、システム的正義は、

(2) この点についての詳細および批判については、*Jung* JZ 2004, 1155ff.

(3) *Rüthers* DRiZ 2004, 40 f. 参照。

(4) これについては、*Battis*, in: H. P.-Ipsen-FS, 1977, S. 13ff.; *Kirchhof*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 1992, § 124 Rdn. 231ff.; *Tschentscher*,

必然的に、規範の実体的内容から独立しており、規範もしくは判決の内容の正統性に関する情報を何ら提供していないのである。規範もしくは判決の内容は、その正統化を、実体的な正統性の中に見いだしてはならず、むしろそれらは、規範の名宛人側の受容によって、すでに十分に正統化されているのである。判決手続は、それ自体の正統性の基礎となる。重要なのは、判決の承認を得るに際して判決のルールが遵守されているか否かで、一定程度の寛容性の範囲内で、判決が当事者によって受容されるか否か、である⁽⁵⁾。正統化のためには、現実の受容のみが重要であり、価値、正当化原理、判決の条件、もしくは判決の内容の正統性に関する主観的確信が前提条件とされることは決してない⁽⁶⁾。この枠組みにおいては、裁判手続は、手続の条件によってその裁判手続に正統性を保障する効果が与えられることによってではなく、もっぱらその裁判手続が判決によって有効な甘受（*wirksames Sichabfinden*）を達成しうることによってのみ、その正統性を根拠づけるにすぎない⁽⁷⁾。「重要なのは、裁判所の判決を正統かつ一般的であるとする根拠ではなく、その判決に伴う受容である」⁽⁸⁾。手続のルールは、受容を目的としている。手続のルールが、公正な判決という意味での正当な判決に——偶然にも——到達するの否かということも、また重要ではない。この状況を「正統化に代わる手続」⁽⁹⁾もしくは「正義なき正義」⁽¹⁰⁾として特徴づけることは、まったく事柄の核心を衝いている⁽¹¹⁾。

それにもかかわらず、受容の前提条件として正統性の実体的な基準が問われるならば、この問題は、多数の正義を参照したうえで対処される。なぜなら、

Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 2000, S. 62参照。

- (5) これについては、*Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, S. 28.
- (6) これについては、*Luhmann*（前出注（5））, S. 30ff., 120; *ders.*, *Rechtstheorie* 4 (1973), 131, 153.
- (7) *Luhmann*（前出注（5））, S. 109.
- (8) *Tschentscher*（前出注（4））, S. 149.
- (9) *Heidorn*, *Legitimität und Regierbarkeit*, 1982, S. 118.
- (10) *Höffe*, *Politische Gerechtigkeit*, 1987, S. 183.
- (11) これについて批判的なのは、*Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, S. 201ff.; *Tschentscher*（前出注（4））, S. 149f.; *Zippelius*, *Legitimation im demokratischen Verfassungsstaat*, in: *Achterberg/Krawietz* (Hrsg.), *Legitimation des modernen Staates*, 1981, S. 87ff.; *ders.*, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, 1996, S. 87ff. である

——リュータースが述べているように——「単数の正義は、民主主義的、すなわち、多元的な立憲国家と矛盾する。自由な国家秩序および社会秩序においては、正義は多元的な形でのみ存在する。すなわち、正義は、社会における様々な正義の理念の肖像として、そして形成および規制の問題に関して最善かつ多数を獲得しうる解決策をめぐる競争として存在する」⁽¹²⁾ からである。

この帰結は、偶然に根拠づけられるものではなく、システム理論に基づく実証主義的な法の理解という、必然的なシステム内在的観点において基礎づけられるものである。正義の概念が正統性の概念と同一視され、あるいは不正義 (Ungerechtigkeit) の概念が不法 (Unrecht) の概念と同一視されることによって、この帰結は、視点を限定するものである。しかし、それによって、正義の概念は、まったく余分なものとなる。なぜなら、正義の概念に独自の概念内容があることが否定されるからである。

2 不法と不正義

不法とは、法規範に違反する態度であるが、一方で、法規範に合致する態度は、適法であると判断される。債務を履行する債務者は、適法に行為している。すなわち、当然に公正であるとは言えないまでも、法規範には従っている。反対に、契約内容に相応する給付を故意に提供しなかった債務者は、不法を犯しているが、必然的に不正義を犯しているわけではない。同様に、他者を違法に侵害した者は、不法を犯しているが、必然的に不正義を犯しているわけではない。法義務の単純な履行が正義ではないように、法義務の違反は不正義ではない⁽¹³⁾。正義は、特定の法規範および判決との一致ではなく、ひとつの理念、それを基に諸々の法規範を測定しうるひとつの原理、具体的に言えば、本質的に平等というモメントを内容に含んでいる原理である。この理解は、長い伝統を有している。この理解はアリストテレス (Aristoteles) にまで遡り、その概念性は、今日においてもなお現存しているのである。

(12) *Rüthers DriZ* 2004, 41.

(13) これについては、*Hardwig, Rechtsphilosophie*, 1979, S. 270f.

II 原理としての正義

1 アリストテレスの理解における正義

アリストテレスは、包括的な共同体秩序としてのポリス秩序内部の社会的関係に応じて、公正な物事に関する様々な基本形式を区別した。すなわち、アリストテレスは、一般的正義、すなわち法的正義 (*iustitia universalis*) と、特別な正義、すなわち特殊な正義 (*iustitia particularis*) とを区分したのである。特殊な正義は、配分的正義 (*iustitia distributiva*) および矯正的正義 (*iustitia commutativa*) において体现されている⁽¹⁴⁾。

一般的正義は、諸々の法と関連付けられる。法を尊重し法に従うことは、公正である。かくして、一般的正義の概念は、法 (*Recht*) という概念と一致する。特殊な正義は、平等を義務づけられている。配分的正義は、配分に際して、法において平等な人々が比例的に平等なものを受け取ることを定めている。平等の基準は、比例的もしくは幾何学的な正義という基準である。矯正的正義は、市民間の契約関係、侵害関係、および交換関係に関わるものである。ここに関連する平等の基準は、給付と反対給付、そして被害と弁償との対応関係という、厳密な数学上の平等である。

a) 矯正的正義の意味

矯正的正義の観念は、現在においてもなお、適切な給付と報酬をめぐる周知の議論に相当な影響を与えている。通常、スポーツスター、ポップスター、舞台スターおよびそれらマネージャーが、彼らの給付に対して受け取っている金額が公表された場合には、その金額の公表は、このような報酬が公正なのか、という問題に結び付けられる。公正かつ適切な価格という観念が、市場経済システムにおける思考をも、少なからず支配していることは明らかである。しか

(14) Nikomachische Ethik, V5 (1130b, 5ff.). ドイツ語訳として, *Olof Gigon*, hrsg. u. a. von C. Anderson, Bd. 3, 2. Aufl. 1967の翻訳がある。これについては, *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2002, S. 112 ff.; *Dreier*, Recht und Gerechtigkeit, 1991, S. 102ff.; *Tschentscher* (前出注(4)), S. 56ff.; *Trude*, Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie, 1935, S. 97ff. をも参照。

しながら、一日の給付に対してある者が200ユーロを受け取る一方で、他の者は20,000ユーロを受け取っていることが不満であるという感情は、正義とは何の関係もない。その感情に現れているのは、アダム・スミス (Adam Smith) が需要と供給を用いて公正な価格に関する回答として基礎づけた経済の独自性 (Eigenständigkeit) が、依然として受容の問題を有しているということにすぎない。

公定価格は、非常に人気のある特定の商品が僅少になり、近隣の「闇」市場で販売される一方で、他の商品は店ざらしになるという結果を生んだので、常に重大な不平等に至った。このことと、矯正的正義とは関係ない。ある商品の提供者は、その商品の価値に関する独自の——他者の観念とは異なる——観念を形成し、彼の観念に従って商品を提供している、という事実は、価格の「正義」に関する意味内容を与えることができない。需要が高く供給が低ければ、提供者が、彼の価格観念を貫徹することは可能となる。これに対して、供給が高く需要が低ければ、提供者は、事情によっては彼の価格観念を修正せざるをえない。このことは、残念にも喜ばしくもなりうるが、正義とは何の関係もない。需要力や供給力が価格を決定するということは、不道徳でも不法でも不公正でもない。まず、ここでは力の濫用が問題となる。例えば、契約相手の苦境を悪用する暴利、成果の価値について欺罔する詐欺、そして脅迫および暴行による恐喝という場合に、力の濫用がある。しかしながら、力の濫用もまた、必然的に不公正なのではなく、法規範に依拠して処罰される不法である。これについては、法的社会に内在する社会的な保護義務の違反、すなわち、正義か不正義なのかではなく、正しいことなのか不法なのかの問題となるのである。

このことと、広く知られた「公正な刑罰」の問題とを比較することが可能である。刑罰は行為に相応していなければならないという理念は、確かに、正当であるが、ここにも絶対的で正しい尺度は存在しない。刑罰は、刑罰の目的を志向している。もし立法者がこの目的設定を変更するならば、科刑の実務もまたそのように変更される。したがって、特別予防目的の意識的な強調は、一般予防的な観点から現れる短期自由刑の抑制へと至る。法的に意図された目的設定が無視されるならば、その科刑は誤りであり、すなわち、違法である。科刑は、当事者に対して、不正義ではなく不法を表している。科刑とは、すなわち、当事者の自由領域に対する侵害であり、行為の重大性とその都度追求される刑罰の目的を志向するものである。それゆえ、法的にもはや相当でない刑罰は、基本法によって保障された本人の自由領域に対する違法な侵害であるが、

不正義ではなく、不法として特徴づけられうるのである⁽¹⁵⁾。

b) 配分的正義の意味

配分的正義の状況は矯正的正義の状況とは基本的に異なるが、このことは、その状況が当然に前提とされる要件として観察される場合にはじめて明らかになる。すなわち、財産や権利等の配分そのものは、それが成果、品位および困窮に従って区別して、ちょうど比例的に行われる場合にのみ公正であるべきだ、ということが誤っているのは明らかである。例えば、ある裕福な者が街中を通る際に、別々の場所で同じように良い演奏している3人のストリート・ミュージシャンに、彼の気分によって施しを渡すでしょう。すなわち、彼は、1人目に3ユーロを、2人目に2ユーロを、そして3人目には1ユーロを渡す。このことは、不可思議ではあるものの、公正や不公正とは何の関係もない。それゆえ、配分的正義においては何らかの配分が重要なのではなく、——アリストテレスの観点による——共有財産の配分、すなわち、ポリスに共同的に所属しているポリス市民に対する財産の配分が重要なのである。ポリス市民の関係領域においてのみ、すなわち、ポリス社会を構成している各々のメンバー、つまりはポリス社会の市民の下でのみ配分は行われる。例えば、奴隷たちは、配分過程からほとんど除外されているが、むしろ彼らは最初から配分過程に含まれていないのである。それゆえ、配分的正義という意味における正義は、配分原理そのものではなく、秩序と調和に基づくポリス秩序内部の配分原理なのである⁽¹⁶⁾。配分的正義は、ポリスの秩序、ポリス秩序における市民の身分、および共有財産の配分に直接関連している。

各々の市民は、相互に孤立しているとはみなされず、グループのメンバーとして相互に連帯の関係にあり、そして配分する共有財産の割合に責任をもつので、配分を行う際には、市民相互の关系到配慮しなければならない。その関係が他者に対してある者を有利に扱い、もしくは不利に扱うことがあってはならない。財産、権利、義務そして負担などの配分は、むしろ給付、品位、困窮に応じて比例的に行うものである。各々の市民は、平等であると認められるが、配分に際しては、個人相互の关系到全体的な観点もまた考慮される。ブドウ畑の労働者たちが、次のように嘆いているでしょう。「最後の者たちは1時間し

(15) これについては、Hardwig（前出注（13））、S. 273f.

(16) この点で、アリストテレスの正義に関する考えは、プラトンのそれと結びつく。これについては、Böckenförde（前出注（14））参照。

か働いていないが、あなたは 1 日中苦勞と暑さに耐えたわれわれと彼らを同じように扱った」⁽¹⁷⁾。この人々は、不公正に扱われているのではない。彼らは、決められた賃金を受け取ったのであり、共有財産が、彼らの負担に対して不平等に配分されたわけでもない。

2 トマス・アクィナスによる関係領域の修正

配分的正義という観点からは、トマス・アクィナスがアリストテレスと直接結び付いている。トマス・アクィナスが、共同体の財産の配分を引き合いに出していることは明らかである⁽¹⁸⁾。しかし、トマス・アクィナスの時代における平等な人々の共同体は、もはやポリス市民の共同体ではなく、神の被造物としての人間の共同体であったのである。「いかなる人間も多数の人間の一部であるので、個々の人間はその存在において一様に、彼が所有しているものとともに共同体に属している。これと同様に、いかなる部分もその存在において全体に属しているのである」⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾。

正義は、共同体における平等に関連しているものであり、個々の社会的な規範の遵守や違反に関連しているのではない。「子どもが子どもであるかぎり、父親に属するものであり、同じように奴隷は奴隷であるかぎり、主人に属するのである。しかし、両者が人間として考察されるかぎりでは、両者は自ら独立している者であり、他者から区別されるのである。したがって、両者が人間であるかぎり、何らかの正義が彼らに対して存在している」⁽²¹⁾。

正義は、個人に負っている。なぜなら、個人は全体の一部だからである。この意味に従えば、確かに、正義は、全体のために個人に与えられている。このことが、いわゆる配分的正義の等比的な平等関係を正統化しているのである⁽²²⁾。したがって、正義とは共同体の財産と負担を配分する際に共同体の関係を保持することであり、不正義とはこの共同体の关系到違反することである

(17) Matthäus 20, 1-16 (12) ; この事例における正義の法律学上の議論については、Roellecke ZRph 2004, 17ff. およびそこに掲載されたその他の文献参照。

(18) Thomas v. Aquin, Summa Theologica, dt. Ausgabe hrsg. Von der Albertus-Magnus-Akademie Walberberg bei Köln, Bd. 18, 1953, II - III, 61, 2 (resp.).

(19) Summa Theologica (前出注 (18)), II - III, 96, 4 (resp.).

(20) Genesis 1, 26: 「神は、われわれの似絵のように人間を造ろうと言われた」をも参照。

(21) Thomas v. Aquin (前出注 (18)), II - III, 57, 4, (resp. ad 2).

る。

3 啓蒙：尊厳における平等

啓蒙の黎明期には、神が人間を平等に創造したことに参照を求めることは、人間の平等と一回性（Einzigartigkeit）を基礎づけるためにもはや十分ではない。16世紀のイタリアン・ルネッサンスの諸論文において、人間の尊厳（Menschenwürde）の概念は、人間の本質存在に関する議論の中心に据えられていた。ピコ・デラ・ミランドラ（*Pico della Mirandola*）は、次のように神をして最初の人類を悟らせた。

「われわれは、おまえを天上的なものとしても、地上的なものとしても、死すべきものとしても、不死なるものとしても造らなかったが、それは、おまえ自身のいわば自由意志を備えた名誉ある造形者・形成者として、おまえが選び取る形をおまえ自身が造り出すためである。おまえは、下位のものどもである獣へと退化することもできるだろうし、また上位のものどもである神的なものへと、おまえの決心によって生まれ変わることもできるだろう」⁽²³⁾。

原典では、二語一想のレトリックによって⁽²⁴⁾、人間の独創的な能力が、より強く際立たせられている。すなわち、「……おまえ自身のいわば自由意志を備えた名誉ある造形者・形成者として、おまえが選び取る形をおまえ自身が造り出すためのである」（...ut tui ipsius quasi arbitrarius honoriusque plastes et factor, in quam malueris tute formane effingas），と。この「造形者・形成者（plastes et factor）」という性格描写は、すでに現代の人間の尊厳という概念を構成している本質的な要素を含んでいる。環境を形成するための自覚と能力は、人間の尊厳の担い手としての独自の理性ならびに平等に基づいている。

(22) これについては、*Böckenförde*（前出注（14）），S. 247f.

(23) *Giovanni Pico della Mirandola, De hominis dignitate. Über die Würde des Menschen*, Lt.-dt. Angabe hrsg. von *Back*, 1990, S. 7. [ジョバンニ・ピコ・デラミランドラ（大出哲・阿部包・伊藤博明訳）『人間の尊厳について』（国文社，1985）17頁より引用：訳者]。

(24) これについては、*Gröschner, Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung*, 1995, S. 31.

グレーシュナー (Gröschner) は、ピコ・デラ・ミランドラの人間の尊厳の規定づけを「構想力 (Entwurfsvermögen)」として具体的に特徴づけ⁽²⁵⁾、そしてここでの尊厳は、独自の成果の根拠として理解されうる、と指摘した。すでにプーフENDORF (Pufendorf) は、平等思想を非常に強調しており、そして、「各人は、他の各人を、生まれながらに平等であり同等の人間として評価し取り扱う」⁽²⁶⁾と主張していた。しかも、それは、自由意志と理解によって特徴づけられる人間にとってのみ認められる性質、すなわち、道徳的存在 (entia moralia) と同じものに基づいていた。かくして、カントが尊厳の主体と特徴づけた人格は、次のように定義される⁽²⁷⁾。すなわち、「その行為に対して責任を帰することの可能な主体である。だから、道徳的人格性とは、道徳的諸法則のもとにおける理性的存在者の自由以外の何ものでもない」⁽²⁸⁾、と。これに基づいて、カントは次のように続ける。「人間性そのものが尊厳である。なぜなら人間は、どのような人によっても……単に手段としてのみ利用されることはできず、つねに同時に目的として用いられねばならないからである。そしてこの点にこそまさに人間の尊厳 (人格性) があるのであって、これによってこそ彼は、人間ではなくてしかも利用されることのできる、他のすべての世界存在者を眼下にみ、したがって一切の物権を超越しているからである」⁽²⁹⁾。

(25) Gröschner (前出注 (24)), S. 32.

(26) Samuel Pufendorf, De officiis hominis et civis iuxta legem naturalem, liber I, caput 7 § 1, dt. Übersetzung von Luig, 1. Aufl. 1994.

(27) これについては, Starck, in: Badura-FS, 2004, S. 558.

(28) Kant, Metaphysik der Sitten, Einleitung IV, in: Kant, Werke in Sechs Bänden, hrsg. von W. Weischedel, Bd. 4, Schriften zur Ethik und zur Tugendlehre, 1963, S. 329. [カント (加藤新平・三島淑臣訳)『人倫の形而上学』(1972・中央公論社) 346頁より引用: 訳者]。人間の尊厳の文化的発展については, Hüberle, in: Ress-FS, 2005, S. 1166f. 参照

(29) Kant, Metaphysik der Sitten, Tugendlehre, In: Werke (前出注 (28)), Bd. 6, § 38, S. 600f. [カント (森口美都男・佐藤全弘訳)『人倫の形而上学』(1972・中央公論社) 629頁より引用: 訳者]。

III 人間の尊厳と人権

1 アメリカ独立運動

道徳的に自律的な存在者において造られた独自の尊厳を携えた人格として人間を規定づけることは、まさに革命的な爆発力を有していた。アメリカ独立運動には、プーフェンドルフの思想が取り入れられた。自由権は、一方では、道徳的自由および人間の尊厳という理念から正統化され⁽³⁰⁾、他方では、理性と神の法に導かれた自然法の、生来的な権利としての生命、自由、および所有権に関するジョン・ロック（*John Locke*）の理論⁽³¹⁾が、ここで自由権の効力を発展させたのである。

1776年6月12日のヴァージニア憲法の中に、この精神の表われを見いだすことができる。この権利章典は、次のように規定している。

「すべて人は生来ひとしく自由かつ独立しており、一定の生来の権利を有するものである。これらの権利は人民が社会を組織するに当り、いかなる契約によっても、人民の子孫からこれを〔あらかじめ〕奪うことのできないものである。かかる権利とは、すなわち財産を取得所有し、幸福と安寧とを追求獲得する手段を伴って、生命と自由を享受する権利である」⁽³²⁾。

2 フランス革命

アメリカ独立運動の理念は、フランス革命に直接採用され、そして国民議会によって可決された1789年8月26日の人権および市民の権利の宣言に取り入れ

(30) この詳細については、*Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2. Aufl. 1955, S. 156ff.; *Starck*（前出注（27））, S. 556ff. をも参照。

(31) *John Locke*, *Zwei Abhandlungen über die Regierung* (hrsg. von *Walter Euchner*), 4. Aufl. 1989, Bd. II, § 6.

(32) Abgedruckt bei *Franz*, *Staatsverfassungen*, 2. Aufl. 1975, S. 6ff. これについておよびかつての植民地これ以外の憲法と1787年の合衆国の憲法については、*Starck*（前出注（27））, S. 554ff., *Stern*, in: *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, hrsg. von *Mertens/Papier*, Bd. I, 2004, § 1 Rdn. 25. [高木八尺・末延三才・宮沢俊義編『人権宣言集』（1957・岩波文庫）109頁の訳より引用：訳者]。

られた。とりわけ国民議会として第三階級の代表団が設立されたことは、その正当化を、いわばこの宣言の前文において見いだすことができる。というのは、人権の不知、無視もしくは軽視こそが大衆の不幸および政治の腐敗の唯一の原因であり、そして生来的で、不可譲でかつ神聖な人権としての自由、所有権ならびに安全性が喚起されることが指摘されているからである⁽³³⁾。

3 自然法と人権

かくして、自然法 (Natturrecht) への精神的な架橋が行われた。なぜなら、「自然法」としての生命、自由および所有権には、すでに自然法の諸体系においてその拡張が見られていたからである。例えば、クリスチャン・ヴォルフ (Christian Wolff) は、自然法の体系を発展させた。すなわち、身体の不可侵性の権利と並んで、評判と名誉が尊重される権利、食物、薬剤、住居および被服の権利、労働、教育、教養の権利、そして最終的には人生の快適さの権利および幸福の権利を、その体系の中に持ち込んだのである。

この発展の中に、人間の尊厳の尊重と結び付けられた人間の法的地位の拡張の現れを見ることができる。人権は、いまや、市民の法治国家が描いた公共団体において各々の人間に対して与えられている保護領域を描写している。その保護領域の中核は、人間の尊厳の保護への尊重であるが、その中核には、生命および自由に対する暴力的な侵害に対する保護も含まれており、そして抑圧と搾取という関係の終結が達成されているのである⁽³⁴⁾。人権は、「諸権利は、自由で自己答責的な存在形成という基本観念を、法的および国家的な秩序という手段によって保護し可能にするべきである」⁽³⁵⁾と理解される。もはや、国家に予め与えられた不可譲の権利の保障が問題となるのではなく、自由に描かれた市民秩序という目的を有する国家による規則の体制が問題となるのである。このことは、身体的自由と身体の不可侵性によって、そして精神的自由、すなわち、良心、宗教、表現、芸術、学問、および教育の自由によって自由な存在形成と関わりを持つ。さらに、婚姻および家族における人間相互の関係、およびその他の社会的な関係、所有権、労働、および職業に伴う関わり、そしてとり

(33) これについては、Starck (前出注 (27)), S. 555ff. スペインの後期スコラ哲学における人権のカテゴリーの前身については、Starck (前出註 (27)), S. 559ff.

(34) これについては、Folkers ARSP 70 (1984), 423.

(35) Ryffel ARSP 70 (1984), 403.

わけこの関係においてのみ法治国家として枠組みされた民主主義が存在しうる政治的秩序の形成への関与も、形成の対象となるのである。

この発展の絶頂は、1948年12月10日に国連総会によって採択された世界人権宣言、1950年11月4日の人権および基本的自由の保護のためのヨーロッパ条約、1966年12月19日に国連総会によって採択された市民のおよび政治的権利に関する国際規約、ならびに経済的、社会的および文化的諸権利に関する国際規約、そして2000年12月7日の欧州連合基本権憲章である。

このようにして、人権の概念は、非常に広く拡張されたのである。「人権は、根本的な性格を欠き、様々な内容を取り入れ、そしてしばしば単に政治的目や道徳的要請を満たすことによって発生した」。「真の」人権という理念にとって、シュテルン (*stern*) が的確に述べているように⁽³⁶⁾、「人権の拡張は有害なものである。なぜなら、このような希釈化は恣意性へと至るからである」。それゆえ、人間の尊厳の法的地位に基づく不可譲の人権と、市民の法治国家において獲得に値する市民権 (*Bürgerrechte*) とを明確に区別することが適切である。

「市民権」は、法治国家が描く市民社会における自由かつ自己答責的な存在形成という基本観念に関連している。市民権は、合意可能であり、また妥協可能でもある。市民社会における市民権の根拠と境界を検討することは、不可欠でありかつ正当である。その拘束力がまさに議論に開かれているような、様々な決定に対する選択権は、同時に、街頭演説 (*Sonntagsreden*) および比肩可能な機会での仰々しい発言に対して広い場を開いている。人間の尊厳に基づくがゆえに、人間存在を根拠として人間にとって不可譲かつ剥奪不能である人権は、そのように理解された市民権ではない。現代の人権カタログは、自然法カタログと同じく⁽³⁷⁾、まさに注目し値する市民社会の目的観念を含んでいる。これに対して、市民社会の法規則の正統性への評価の基準としては、現代の人権カタログは、限定的に有用であるにすぎない。人格の尊厳に基づく法的地位は、ここでは別の特質を有している。その法的地位は——「真の」人権を限定した——はるかにより限定的な枠組みを示している。このことは、現在問題となっている人権カタログに対して、強力な境界として現れるであろう。それにもかかわらず、人間の尊厳に基づく法的地位に対する尊重を普遍的に与えよう

(36) *Stern* (前出注 (32)), § 1 Rdn. 37.

(37) これについては、*Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrecht im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, S. 120ff.

とする試みが、いまだに強力に行われている。なぜなら、生命および身体の不
可侵性の権利、権利主体として承認される権利、万人の平等という思想は、決
して一般的に承認され、尊重されていないからである。

IV 人間の尊厳に基づく権利の地位

1 「構想力」としての人格

尊厳に基づく権利の地位は、人間は人間として人格である、という単純な認
識を示している。人間の人格の尊厳は、その属性、業績、および社会的地位を
考慮することなく人間として彼に与えられており、この尊厳を否定される人は
いない。同時に、人間存在を否定される人もいない。しかし、尊厳から生じる
尊重要求 (Achtungsanspruch) は、侵害可能である⁽³⁸⁾。このことは、基本法
1 条 1 項第 1 文の「人間の尊厳は不可侵である」という確認が示している。人
間は、その人間存在に基づいて、彼の独自性において自己を意識しており、自
由に自己決定することができ、環境を形成することができ、そして他者と共に
先入観にとらわれずに共同体を作ることができる存在として理解される。失い
えず、放棄しえず、そして不可侵である尊厳の独自性は、この固有の価値の具
体的な実現可能性にかかわらず、人格としての人間に与えられている。それゆ
え、この意味における尊厳の概念は、古代の「尊厳 (dignitas)」の概念とは
同一たりえない⁽³⁹⁾。社会内の社会的地位という特徴、その人固有の共同体関
係的な仕事に基づく評判や社会的価値、あるいは固有の「構想の給付
(Entwurfsleistung)」ではなく、人格としての人間の素質に基づく「潜在的な
構想力」⁽⁴⁰⁾が問題となるのである⁽⁴¹⁾。そのかぎりでは、尊厳の概念は、実現さ
れた給付ではなく、接続法 (Konjunktiv) を示している⁽⁴²⁾。それゆえ、「尊厳

(38) これについては、*BVerfGE* 87, 209, 228 ; 96, 375, 399 = *JZ* 1998, 352, 354, こ
れについては、*Stürner JZ* 1998, 317, *BVerfGE* 101, 275, 287.

(39) これについては、*Hüberle*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 3. Aufl.
2004, § 22 Rdn. 34.

(40) *Gröschner* (前出注 (24)), S. 34.

(41) *Wintrich*, in: *Apelt-FS*, 1958, S. 2をも参照。

(42) これについてはさしあたり、*Otto*, *Recht auf den eigenen Tod?*, *Gutachten*
D zum 56. Dt. Juristentag 1986, D 25.

は、固有の態度の機会、固有の人間的給付の機会と何らかの関わりを有するものである」⁽⁴³⁾ ということは正当であるが、これは、人でありかつ人格としての人間に与えられた機会であって、固有の給付においてすでに実現された機会ではない⁽⁴⁴⁾。固有の実現された給付は、彼の側で尊厳に基づく社会的な妥当要求（Geltungsanspruch）を規定づけるのである。しかし、妥当要求は、尊厳とは同一ではない。

2 人間の尊厳と人格の尊厳

人間存在と人格の尊厳との結び付きは、人の生命と人格的生命との差異とも対立している⁽⁴⁵⁾。この差異は、次のような前提に基づいている。すなわち、特定の属性および性質によって特徴づけられる生命は人の生命ではなく、人格的生命なのであり、人の生命の担い手は、このような段階に至ってはじめて人格になるという前提である。

あらゆる人の生命体に対してではなく、人格的な人間の生命に対してはじめて人間の尊厳が与えられるという帰結によって、人間の尊厳は人間存在とは区別される人格性（Personalität）に基づいているとする理念は、決して新しいものではない。そのような理念は、すでにジョン・ロックにおいて見いだすことができる。この理念は、単なる人格としての人間ではなく、自己の意識を有している人間のみを認める、という人格の理解を根底に置いている⁽⁴⁶⁾。かくして、尊厳は、特定の實現された給付と結び付けられる。このような考えは、不可侵たる人間の尊厳という理念と調和しない。なぜなら、人間の尊厳は、人の生命の始まりと共に最初から認められてはじめて、人間の尊厳は不可侵となるからである⁽⁴⁷⁾。時間的間隔や給付条件などによるあらゆる規範的な規定づ

(43) Podlech, in: Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl. 1989, Art. 1 Rdn. 11.

(44) これについては, Häberle (前出注 (39)), § 22 Rdn. 39およびそこに掲載されたその他の文献。

(45) これについては, Böckenförde JZ 2003, 811およびそこに掲載されたその他の文献。

(46) Singer, Praktische Ethik, 1984, S. 117ff. 参照。これについては, Hoerster, Abtreibung im säkularen Staat, 1991, S. 74ff. をも参照。

(47) BVerfGE 39, 1, 41 = JZ 1975, 205, 208 および注をも参照。Kriebe; BVerfGE 88, 203, 251 = JZ 1993, 816; Böckenförde JZ 1993, Anhang nach S. 1172, S. 16, これについては, Starck JZ 1993, 816; Böckenförde JZ 2003, 812 およ

けは、人間の尊厳はあらゆる人間に対して認められるのではなく、特定の人間にのみ認められるにすぎないということを隠蔽するものにほかならない。

3 尊厳の担い手としての人間

万人に対して認められる独自性としての尊厳は、発育、成熟および自覚の程度に応じて差異を設けることを禁止する。個々人が、自己の能力から「造形者および形成者」として何を形成し、そして、社会における個人の給付に基づいて、積極的または消極的な社会的妥当要求をどの程度達成するかは、人間の尊厳の尊重という観点の下では問題とならない⁽⁴⁸⁾。尊厳は、個人の生物学的な基礎、すなわち、個々の人の生命の始まりと結び付けられる。人の生命に始まりは、受精の瞬間である。受精によって、人の生命の原型でもある精細胞と卵細胞の彼方にある独自の個別の新たな生命体が形成されるのである。このような組合せによって、発育の遺伝的プログラムが生み出される。それ以上の完全性が必要とされることはなく、その生命体は、個々の組織に応じた生命の過程で発育していくのである。すなわち、作り出された原型は、生き生きと発育している⁽⁴⁹⁾。胚もまた、人間の尊厳を有している。というのは、胚には、倫理的に自律的な発展のための素質がすでに備わっているからである⁽⁵⁰⁾。先天的な障害、人間としての重度の誤発育および阻害は、この法的地位に疑いを挟まない。この考えによると、生存の価値のない人の生命というものは存在しない。連邦憲法裁判所は、この事態を的確にも次のように簡潔に述べた。

びそこに掲載されたその他の文献； *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz (Stand: Vor Febr. 2003), Art. 1 Abs. 1 Rdn. 24; *Laufs* NJW 2000, 1757ff.; *Lorenz* ZfL 2001, 38ff. これと異なる見解として, *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 1 I Rdn. 47, 50; *Hoffmann* AöR 118 (1993), 361f, 375f; *Podlech* (前出注 (43)), Art. 1 Rdn. 57f. がある。

(48) これについては, *Gröschner* (前出注 (24)), S. 34; *Stern*, in: *Badura-FS*, 2004, S. 586.

(49) *Böckenförde* JZ 2003, 812. これについては, *Stern*, in: *Badura-FS*, 2004, S. 587 Fn. 82に詳細な文献紹介がある。

(50) これについては, *BVerfGE* 88, 203, 251 = JZ 1993, Anhang nach S. 1172, S. 16; *Gössel*, in: *Androulakis-FS*, 2004, S. 197ff.; *Gröschner* (前出注 (24)), S. 34; *Tröndle* GA 1995, 249; *Viefhues* GA 1993, 359. これと異なる見解として, *Hoerster* GA 1992, 246; *ders.* GA 1993, 364. がある。

「人間の尊厳は、個人の尊厳であるだけでなく、類的存在（Gattungswesen）としての人間の尊厳でもある。その者の特性、成果、そして社会的身分を考慮することなく、すべての人間が尊厳を有している。人間の尊厳が、その者の身体的もしくは精神的状態に基づいて、意図的に扱われることはない。『品位を貶める（unwürdiges）』態度によってさえ、尊厳は失われえない。いかなる人間によっても、尊厳は奪われえない。しかし、尊厳から発生す尊重要求は、侵害可能である」⁽⁵¹⁾。

それにもかかわらず、この事態が、人と人格との区別という問題性とは関係なく保障されていると判断することは決してできない。例えば、ミュンヘン版民法コンメンタールでは、次のように述べられている。

「倫理的な観点からは、生存の価値のない人の生命というものは存在しないと心に留めておかねばならない。胚疾患の適応事由（embryopathische Indikation）という構成要件は、ともかくこの認識に基づいている。その構成要件は、すでに古くから広い範囲において認められてきたものであり、連邦憲法裁判所によって、人工妊娠中絶の合法化のために適しているとさえ考えられているのである」⁽⁵²⁾。

このことは、不可侵の人間の尊厳の尊重という理念と調和しうる。尊厳は、人が死に至るまで人に対して与えられている。人の生命は、人間の尊厳の重要な基礎である⁽⁵³⁾。死は、各人の潜在的な発展可能性の終結でもある⁽⁵⁴⁾。死後も、死後の人格権が、生きている人の尊厳の地位に由来する反射効として効力を及ぼすが、死者に対して人間の尊厳はもはや認められない。人間の尊厳を尊重するに際しては、権利主体としての人間の法的地位の尊重がまさに重要となる。その尊重は、「人間を国家の単なる客体とする」⁽⁵⁵⁾ こと、および「人間を、

(51) BVerfGE 87, 209, 228.

(52) Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2004, § 823 Rdn. 90.

(53) BVerfGE 39, 1, 42 = JZ 1975, 205.

(54) これについては、Gröschner（前出注（24）），S. 34.

(55) BVerfGE 27, 1, 6; 28, 386, 391; 50, 166, 175; 96, 375, 398 = JZ 1998, 352, 354, これについては、Stürner JZ 1998, 317; BVerfGE 101, 275, 287.

その主体としての性質に根本的な疑いを挟むような扱いにさらす」⁽⁵⁶⁾ ことを禁止している。人間の尊厳もまた、主体としての性質が失われることによって終結するのである。

V 人間の尊厳と正義

いまや、万人の尊厳の尊重から、法秩序を考慮したうえで結論を導き出すことが重要である。「他者と同等な人間の尊厳」⁽⁵⁷⁾ の承認において、連帯、すなわち個々の人格の共同体は相互に基礎づけられている。他者は精神的に倫理的な人格⁽⁵⁸⁾、すなわち自律的で倫理的な人格性⁽⁵⁹⁾ としてみなされる。この人格性は、社会的共同体において自由に発展していくものである⁽⁶⁰⁾。

かくして、人間間の共同体を形成する絆として他者の尊厳を尊重することは根本的な法原則であり、これは実定法規定に先立って存在し、その原則を基に実定法の規定が測定されなければならない。この見解によると、正義は、社会における共同体という理念に由来している。平等な人々の中での平等な人々としての人格を尊重するという理念を基にして、法秩序は測定されなければならない。この要求に違反する規範は、不公正であり、かくして非合法である。

それゆえ、諸々の規範および判決において個人が不平等に取り扱われることは、不法ではありうるが、不公正ではありえない。尊厳において平等な人々の法的地位が侵害されるような場合にはじめて、規範または判決が不公正となるのである。人間としての相存在（Soseins）、人間の自律の限定、そして人間の生活関係を形成する可能性に基づいて、個人の本質存在的な自由形成を阻害するほどに個人の名誉を傷つけること、および他者の福祉の客体として人間を利用することは、不公正な社会的関係であると特徴づけられる。なぜなら、それらは、人間の尊厳への相応な尊重に違反しているからである。

正義の理念を共同体の理念として理解することは、新しいものではない。し

(56) BVerfGE 30, 1, 26 ; 50, 166, 175.

(57) Kirchhof, Der Allgemeine Gleichheitssatz, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 124 Rdn. 46.

(58) BVerfGE 6, 32, 36 ; 45, 187, 227.

(59) これについては、BVerfGE 12, 45, 53f. = JZ 1961, 491, 492, これについては、Groß JZ 1961, 480.

(60) これについては、BVerfGE 30, 173, 193 = JZ 1971, 544, 546.

かしながら、次の場合には、共同体を形成する要素は法的枠組みを拡大する。すなわち、「正義に関する有効な理念は、愛の共同体という理念である」⁽⁶¹⁾ ということを根底に置く場合である。このような正義の理念は、神学および哲学的観点の下では完全にその根拠を有している。しかし、法的な考察からすれば、より控え目で人間に相応な枠組みで十分としなければならない。すなわち、個々の法規定および判決によって尊重されるべき、尊厳によって基礎づけられる共同体という枠組みで十分としなければならないのである。正義の理念を基にして測定される法秩序は、この枠組みを尊重し、保護しなければならない。それゆえ、法秩序は、ブドウ畑の労働者たちに対して、彼らは不公正に扱われていないのだ、と抗議しなければならない。愛の共同体という枠組みにおいて、彼らが公正に扱われているのか否かについては、そのテーマではない。なぜなら、愛は正義について問わないからである。

VI 現行法体系における人間の尊厳

1 胚保護と胚研究

他者と同等な尊厳に基づく尊厳の概念とあらゆる人々の連帯の承認は、理性において基礎づけられる。しかし、この基礎は、社会的共同体の確固とした基盤とはならない。理性だけでは、統一的に形成される連帯に基づく社会的な結合の保障にならないからである。常に利害の対立が生じるような場合は、この対立への考慮と克服に関する様々な——関与者の観点から——完全に理性的な戦略が現れている。尊厳の承認が特定の年齢段階および発育段階と結び付けられていようと、あるいは国家による介入を受けない尊厳に基づく法的地位の不可処分性に疑いが差し挟まれようとも、人間の尊厳によって基礎づけられる人間の放棄しえない法的地位は、規範的に修正される。なぜなら、人権に親和的ではない「生ける法（Law in action）」の有効性という特定の国家の法規範を解釈する際に、人権に親和的な「文献の中の法（Law in books）」に優位性を認めることは、誘惑に負けているからである⁽⁶²⁾。

(61) Häberlin SchwZStR 66 (1947), 402; これについては, Hardwig (前出注(13)), S. 279ff.

(62) Gropp, in: Triffterer-FS, 1996, S. 110; これについては, Isensee, in: Isensee (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, S. 105 f.;

人間の尊厳という構想を、特定の年齢段階もしくは発育段階と結び付けるという問題は、人工妊娠中絶ならびに胚研究、幹細胞の輸入、着床前診断および治療的クローンに関する胚保護についての詳細な検討の対象であったし、現在もそうである⁽⁶³⁾。欧州人権裁判所の最新の判決は、ヨーロッパ人権条約 2 条はもっぱら人間を保護しているものであり、未出生の生命とは関係ないことを前提とし⁽⁶⁴⁾、称揚された多数の人権カタログの恣意性を率直に強調している。研究のためおよび——計画されている——重病者の治療のために胚幹細胞を利用することの擁護を部分的に強調することは、人間の尊厳に対する堅固な保護というイメージではなく、ポストモダンのカニバリズムというイメージを連想させる。

2 壁への致命的射撃

市民が権利主体として疑いを挟まれることによって、国家の単なる客体になりうるという問題性は、ドイツ国内の国境への致命的射撃 (Todesschüsse) に関する研究の中心に据えられていた。決定すべきは次のことであった。すなわち、何ら犯罪行為を開始しておらず、特別の秘密保持義務などを負っておらず、他の国家市民的義務に何ら違反していない市民たちを殺害することが、彼らが国家元首の意思に反してドイツ民主共和国を離脱しようとしていた場合には、彼らは国家としてのドイツ民主共和国と一体化されえないし、彼らもそれを望んでいないという理由で、ドイツ民主共和国基本法 27 条によって正当化されるのか否か、であった。

連邦通常裁判所は、ドイツ民主共和国基本法 27 条の規定において正当化事由は公式化されているものの、その正当化事由を不当なものとみなした。その正当化事由は重大な人権侵害となる無効な規定をその内容に含んでいるので、正義に矛盾する法は、正義に屈することとなったのである。

BGHSt 41, 101, 105: 「非武装の逃亡者への故殺を許容することにより、人間の生命権よりも、ドイツ民主共和国からの離脱の禁止を貫徹することに優位を置いている正当化事由は、正義の根本的命令および国際法上保護された人権を明白かつ耐え難いほどに侵害しているので、無効である。ここでの

Meihe, in: Gitter-FS, 1995, S. 657.

(63) 議論状況については, *Böckenförde* JZ 2003, 813 ff.

(64) Case of Vo v. France, Application no. 53924/00 = NJW 2005, 727ff.

侵害は、人間の価値および尊厳に関連する共通の法の確信（Rechtsüberzeugungen）にとって、あらゆる国民を侵害するほどに重要な侵害である。そのような場合には、実定法は、正義に屈服せざるをえない（いわゆる「ラートブルフ公式（Radbuch'sche Formel）」）。この原理は、国際的な人権保護の文書によって、具体化されている…

……この原理を無視した法的正当化事由が、明文をもって（限定的であれ非限定的であれ）、非武装で、一般的に認められた法益を危殆化することなくドイツ国境を越える以外の目的を持たない人間に対する故殺を許容しているならば、法適用においてそれを考慮してはならない。なぜなら、その正当化事由は、それに具体化した不法の明白性ゆえに、何ら効力を有しないからである」。

連邦憲法裁判所（*BVerfG*）⁽⁶⁵⁾、欧州人権裁判所（*EGMR*）⁽⁶⁶⁾、そして国連人権委員会⁽⁶⁷⁾⁽⁶⁸⁾もまた、このような見解を確認しているが、それらが全員一致して賛同しているわけではない。例えば、ドライヤー（*Dreier*）は、ドイツ民主共和国基本法27条の人権親和的な解釈は、「法治国家の幻想」である、と主張した。なぜなら、政治的な基準に依存する機械的な法理解は、全体主義的国家においては誤って判断されるからである⁽⁶⁹⁾。かくして、シュタルク（*Starck*）が主張したように⁽⁷⁰⁾、法概念は、全体主義的な操作に流されやすい

(65) *BVerfGE* 95, 96, 130ff. = JZ 1997, 142, 143ff. および注, *Starck* JZ 1997, 147 ff.; *Ambos StV* 1997, 39ff., *Arnold JuS* 1997, 400ff.; *Glassen GA* 1998, 215ff.; *Krajewski JZ* 1997, 1054f.

(66) NJW 2001, 3035 および NJW 2001, 3042 mit Anm. *Werfe*, S. 3001ff., *Rau* NJW 2001, 3008ff. 参照。

(67) NJW 2004, 2005 参照。

(68) 文献における論争については, *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 2 Rdn. 16; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, A. T., 7. Aufl. 2004, § 2 Fn.10; *Werle* NJW 2001, 3004, Fn. 20の諸文献参照。

(69) *Dreier* JZ 1997, 427; 同旨 *Rau* NJW 2001, 3009ff. また、壁への射撃の可罰性の阻却に賛同するものとして, *Dannecker/Stoffers* JZ 1996, 492f.; *Herdegen* VVDStRL 51 (1992), 139f.; *Isensee* VVDStRL 51 (1992), 135; *ders.*, in: *Isensee* (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung (前出注 (62)), S. 105ff.; *Jakobs*, in: *Isensee* a. a. O. S. 52ff.; *Grünwald* StV 1991, 33; *Pieroth* VVDStRL 51 (1992), S. 102ff. がある。

(70) JZ 2001, 1106.

ものである。国家の法の正統性が測定されえなければならない基準をめぐる議論は、この立場からは忘れられる可能性がある。そのような議論は、無意味であろう。すなわち、ここでは様々な法システムにおける規範について人権に親和的な解釈か、それとも人権に親和的でない解釈かが重要なのではなく、国家による割当てとは無関係な人間の尊厳の存在と尊重という問題が重要なのである。国内の移動の自由の許可は、市民権として承認されてよい。この市民権は、国家によって保持され、または制限される。その権利は、国家から独立している不可譲の権利ではないのである。不可譲の権利は、まさに国家からの独立性を前提としている。それゆえ、人権としての自由は、国家に対する自由の保障をその内容に純粹に含んでいる。個人が特定の国家権力から逃げようと欲したという理由のみで、人間の尊厳の重要な基礎としての個人の生命が破壊されるならば、その個人はもはや権利主体ではなく、法的介入の単なる客体として理解されることになる。かくして、彼の殺害は、彼の人間の尊厳の侵害を同時に意味している。したがって、このような殺害を可能にする規範は、人権に抵触するものであり、無効であるので、不公正なのである。

3 拷問のタブー

「人権に親和的な」解釈と「人権に親和的でない」解釈という一組の概念の選択によって、部分的には、単に人権侵害が覆い隠されているドイツ国内の国境での殺害に関する議論とは対照的に、ある人質の事例における、警察官による苦痛に満ちた措置での脅迫に際しての拷問の禁止の限界に関する議論は、人権に基づく拷問のタブーを印象的に確認しているように思われる。

銀行家の息子が誘拐された後、警察は行為者を逮捕することができた。しかし、行為者は、被害者が居る場所を漏らさず、そして被害者はもはや生存していないことを黙っていた。警察は、被害者がなお生存していることを前提として、人質は生命に危険のある監禁状態にあるとも考えていた。このような状況において、フランクフルト・アム・マイン警察の副署長は、行為者に対して、被害者の居る場所の漏示をこれ以上拒否するならば、苦痛を与えると予告し、脅迫した。噂によれば、手首の関節を過度に伸ばし、耳たぶへ強力な圧迫を行っていることが問題となっていた⁽⁷¹⁾。公判においては、それとは異なる事実

(71) これについては、*Fahl* JR 2004, 183. 判決—*LG Frankfurt/Main* NJW 2005, 692, 693—においては重大な苦痛の付与が参照されている。

関係が述べられた。

本件の様々な観点および修正可能性は、ここでの興味の対象ではない⁽⁷²⁾。ひとつの視点のみが注目されるべきである。すなわち、拷問のタブー視が、本件の人間の尊厳に関わる次元に通じていないのか否か、である⁽⁷³⁾。

検討の出発点は、誘拐犯 G が人質を殺害する危険があり、その行為はすぐに実行されようとしていた、という状況である。このような状況において、緊急救助は許容される。つまり、最終的な救助のための射撃についての警察法上のルールとは関係なく、射殺もまた人質を救助するために必要であるかぎりでは許容されるのである。より穏当で同等の効力を有する利用可能な手段が存在しない場合には、射撃が必要である。そのような手段は、致命的なものではないが、その苦痛に基づいて行為者が被害者の殺害をもはや断念するほどの苦痛を伴う射撃であろう。場合によっては、そのような苦痛を伴う処置で脅迫することで十分であるかもしれない。人質を救助するために苦痛を加えることと拷問の禁止とは相容れないのに、例えば、警察官のような緊急救助者は、この状況において射殺を行う義務を負うべきなのだろうか。拷問のタブーの擁護者が、上記のような疑問を根底に置いているのは明らかである。最終的な救助のための射撃を行うことは⁽⁷⁴⁾、一方では、非合法であるとみなされる。なぜなら、最終的な射殺の際には明白な行為者の状況が前提となっているのに対して、拷問の際には行為の容疑者が前提となっているにすぎないからであ

(72) 論争については、*Dix* ZPR 2003, 180; *Brugger* JZ 2000, 165ff.; *ders.* Der Staat, 1996, 67ff.; *Burgner* Kriminalistik 2004, 334ff.; *Erb* Jura 2005, 24ff.; *Fahl* JR 2004, 182ff.; *Hamm* NJW 2003, 946ff.; *Haurand/Vahle* NVwZ 2003, 513ff.; *Hecker* KJ 2003, 210ff.; *Herzberg* JZ 2005, 321ff.; *Jerouscheck/Kölbel* JZ 2003, 613ff.; *Kinzig* ZStW 2003, 791ff.; *Kretschmer* RuP 2003, 102ff.; *Miehe* NJW 2003, 1219ff.; *Neuhaus* GA 2004, 521ff.; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, A. T., § 8 Rdn. 59; *Perron*, in: Weber-FS, 2004, S. 143ff., 150, 154; *Poscher* JZ 2004, 757ff.; *Roxin*, in: Eser-FS, 2005, S. 461ff.; *Saliger* ZStW 116 (2004), 35ff.; *Schaefer* NJW 2003, 947ff.; *Schild*, in: Gehl (Hrsg.), Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht?, 2005, S. 68ff.; *Schroeder* ZRP 2003, 180; *Steinke* Kriminalistik 2004, 325ff.; *Welsch* BayVBl 2003, 481ff.; *Wittreck* DÖV 2003, 873ff. その問題性の基本的観点について詳細なのは、*Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004, S. 209ff. である。

(73) また、*Erb* Jura 2005, 25ff.; *Götz* NJW 2005, 954ff., 957; *Jerouscheck* JuS 2005, 301. もまた、これについて詳細である。

(74) これについては、*Brugger* JZ 2000, 168f.

る⁽⁷⁵⁾。しかしながら、事態のヴァリエーションへの逃避が、その問題に通じているのである。なぜなら、状況が同一である場合、すなわち、容疑者の状況が同一である場合にのみ、比較可能性が実際に与えられるからである。しかし、他方では、人間の尊厳の侵害において差異があるべきであり、この差異は、ここで厳密に区別することが必要である。なぜなら、「拷問の際には当事者の尊厳が侵害されるが、最終的な射殺の際には必ずしもそうではない」からである⁽⁷⁶⁾。これは、生命は人間の尊厳の重要な基礎であるという事実直面すると、奇妙な主張である。結局のところ、評価の差異は、最終的な救助のための射撃は救助に直接繋がるが、苦痛の付与は間接的にすぎない⁽⁷⁷⁾、ということに基礎を置くべきである。しかし、この厳密な区別は、生命か苦痛の付与かという二者択一に関して、適当ではないように思われる。

以上のこととは別に、拷問のタブーを例外なく堅持することによって、解決不可能であるも同然な評価矛盾が生じる。すなわち、2004年6月18日の連邦議会で可決された航空安全任務の新規定に関する法律（Gesetz zur Neuregelung von Flugsicherheitsaufgaben）は⁽⁷⁸⁾、人質が乗っており、テロリズムによる殺人が行われている航空機の撃墜を可能にしているのである。しかし、拷問のタブーと無実の人質が乗っている航空機への撃墜とを統一的な価値に組み込むことはできない。フランクフルター・アルゲマイネ・ツァイトゥング（FAZ）の読者が、投書でこのことを明確にしている。

「私たちは、2つの規範が1つになるよう構造規定する。航空機の電子機器は、テロリストたちがすべての乗客たちともども、航空機が任意の目的地に向かえるように、テロリストたちによって改ざんされるようである。しかし、制御への侵入は、暗号化された無線命令によって解消されうる。さらに、私たちは、テロリストが想定されているのだらうと推測している。すなわち、その法律が、進んで名指しはしてはいないが意識しているところの、暗号を解読できると胸を張っているテロリストである。共犯者を拷問にかけ

(75) Saliger ZStW 116 (2004), 47参照。

(76) Saliger ZStW 116 (2004), 47.

(77) Neuhaus GA 2004, 534f およびそれに続く Liskén, in Tondorf-FS, 2004, S. 217 および Lüderssen, in: Rudolphi-FS, 2004, S. 702参照。

(78) BT-Drucks. 15/2361, S. 10. これについては, Lindner FAZ v. 15. 10. 2004, Nr. 241, S. 8.

ることは、拷問の禁止に関する正しい解釈によると、この状況においても最終手段として許容されないであろう。航空機とその乗客の撃墜は、危険防衛（Gefahrenabwehr）のための唯一の方法に留まるのである。撃墜それ自体は、今後の法律によって許容されうる。これが法秩序の統一性だろうか」。(79)

ここで法治国家はその限界へと行き着くが、この限界はタブーの根拠を構成しうるのではなく、さしあたりタブーの限界を分析しうるものである。特定の目的を達成するためのあらゆる苦痛の付与が、人権侵害という意味での拷問であるわけではない。著しく違法で、場合によっては人間の尊厳を深刻に害するような、他者に対する攻撃を阻止するための苦痛の付与は、まさしく許容された正当防衛または緊急救助の措置である。それらの限界は、正当防衛権を、社会倫理的に限定される正当防衛権の可能性も含めて事態適合的に明確にするが、輪郭づけられた「拷問のタブー」を常に明確にするものではない。拷問のタブーは、他の事態と関連している。他者を違法に攻撃する者は、彼自身の財産と権利を正当防衛状況における重大な危険にさらしている。攻撃を阻止するために、攻撃者に対して何の苦痛も与えてはならないと攻撃者が主張することはできないが、攻撃者は、彼の態度によって無権利になるわけではない⁽⁸⁰⁾。ここにおいても、社会における共同体の理念が、完全に実証されている。共同体の理念が堅固に尊重されることによって、攻撃者に人間の尊厳を保障している個人の法的地位に対して、ひとつの枠組みを当てはめることができる。そしてこの基礎の上に立てば、妥協とコンセンサスにおいて、完全に受容可能な区別によって市民の法的地位をさらに強化しうる十分な余地がある。

(79) *Thomas Bauer* FAZ v. 20. 8. 2004, Nr. 193, S. 9. 航空安全任務法の規定は、連邦憲法裁判所によって審査される。FAZ v. 13. 1. 2005, Nr. 10, S. 1; v. 14. 1. 2005, Nr. 11, S. 4参照。

(80) これについては、また、*Erb Jura* 2005, 28f.; *Hilgendorf JZ* 2004, 331ff.; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, A. T., § 8 Rdn. 59. 被害者の兄弟姉妹との直面が、*LG Frankfurt/Main—NJW* 2005, 692, 693 が述べるように、有効であるがより穏当な手段であったとすることは、行為者の全体態度に基づけば、むしろ的外れであるように思われる。また、*Jerouschek JuS* 2005, 301をも参照。

[訳者あとがき]

ここに訳出したのは、ドイツ・バイロイト大学名誉教授ハロー・オットー (*Harro Otto*) 博士が、ドイツの法律雑誌 *Juristen Zeitung* (JZ), 10/2005, SS. 473-528に掲載した論文(原題は, *Harro Otto, Diskurs über Gerechtigkeit, Menschenwürde und Menschenrechte*)である。本論文は、刊行直後の2005年9月に、オットー博士と親交のある甲斐が、同博士より翻訳の許可をいただいたものであるが、刑法、医事刑法、憲法および法哲学の観点からも重要な「人間の尊厳」について根本から論じられた貴重なものである。本訳稿が日本の議論の参考になれば幸いである。なお、オットー博士の紹介はすでに行っているので、ここでは割愛する。また、本誌掲載のオットー博士の早稲田大学での講演原稿訳「医的侵襲についての仮定的承諾の意義」と併せて読んでいただければ幸いである。

なお、圈点部分は、原文ではイタリック体である。

[甲斐克則・記]