

Nils Teifke, Menschenwürde als Prinzip. Eine Konzeptionelle Verbindung von Menschenwürde und Abwägung

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/35523

原理としての人間の尊厳¹

——人間の尊厳と衡量の概念的な結びつきについて——

ニルス・タイフケ（足立英彦訳）

人権の理由づけの問題と人間の尊厳の間には密接な関係がある。というのは、道徳的な権利としての人権は、それが基本権に変換される前には、その担い手が人間の尊厳を有している場合にのみ存在するからである。人間の尊厳と人権が実定法へと変換されている憲法、ドイツ連邦共和国の基本法でもそうだが、そのような憲法においては、人権の理由づけの問題は、人権の実現可能性の問題によって脇に追いやられている。なぜなら、人権の理由づけは、憲法において、したがって基本法においては、前提とされているからである。基本権は、制度化されたものなので、人権の実現可能性を前提とする。それゆえ私のテーゼは、人間の尊厳も、基本権としては、つまり単なる客観規範としてでないのであれば、実現可能性を要求するし、その実現可能性によって、よりよい法的保護を提供する、というものである。

人間の尊厳の原理が基本法の最高の価値として果たす機能と、それが基本権として果たす機能は異なっている²。この異なった機能が簡単に相互に調和するの否かは未解決のままである。基本権同士の衝突が衡量（Abwägung）の手続きのみで解決できるのであれば、基本権としての人間の尊厳は衡量の対象とな

1 この論稿は、人間の尊厳の衡量可能性の問題についての私の研究結果をまとめたものであり、その研究は、2010年にキール大学で書き終えた博士論文において遂行された。したがって、より詳細な説明は、Nils Teifke, *Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen*, Tübingen 2011で行なっている。

2 基本法第1条第1項「人間の尊厳は不可侵である」。基本法のこの最初の一文は、ドイツ連邦共和国憲法の基礎をなしている。

るのかならないのか、なるのであればどの程度そうなのかという問が生じる。人間の尊厳と衡量は、人間の尊厳の不可侵性についての条文がドイツ連邦共和国基本法の根本を形成しており、この条文が第 79 条第 3 項によって永久の保障を与えられているという状況のもとで、どのように相互に調和するのであろうか？

人間の尊厳は、文章で書き表された基本権のカatalogを持たない憲法体系においては、一般的人格権のような個別の基本権を導き出すことのできる源泉として機能しうる。このような意味でユルゲン・ハーバーマスは、人間の尊厳を、「すべての基本権の内容を供給する道徳的源泉」³ として理解する。その際、人間の尊厳は、非常に広範囲の内容を有しているが、それ自身は基本権でない。これに対して、基本権としての人間の尊厳は、狭く定義されなければならない。そうでなければ、人間の尊厳はかなり制限可能となり、同時に、つよく望まれる衡量信頼性がぐらついてしまう危険がある。しかしながら、人間の尊厳を狭く定義して、もはや他の原理とは衝突しそうにないようにして、衡量できなくすれば、その人間の尊厳は、根源的な価値が帰属するところの豊かな内容を失ってしまう。このようなディレンマがあるので、人間の尊厳にその優先的な意義を法 (Recht) の中で与えるためには、基本権としての、適用領域の狭い人間の尊厳が、根源的価値としての人間の尊厳と対立しないよう、人間の尊厳のそれぞれの機能を互いに調和させなければならない。

最初に、絶対的な効力をもつ最高位の憲法条項というテーゼを検討する。このテーゼと関係する衡量可能性の問題は、人間の尊厳に関する論争の中心に位置する。この問題は、第一に、基本法の、人間の尊厳規範の構造にかかわる。基本法第 1 条第 1 項の規範構造の分析は、人間の尊厳は外観的にのみ絶対的効力を持つという結論に到ると同時に、人間の尊厳と衡量の構造に関する新しい提案を提供することになる。

3 Jürgen Habermas, Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte, in: ders., Zur Verfassung Europas. Ein Essay, Berlin 2011, S. 13-38, S. 16. この論文でハーバーマスは「人権の体系的概念と人間の尊厳の系譜学的概念の関係」を探究した。

ただし、人間の尊厳の絶対性についての問題は、構造の問題であるだけでなく、法概念としての人間の尊厳の内容確定を求めるものでもある。人間の尊厳の保障の内容と構造に関する検討は、7つの要素からなる人間の尊厳理論の構想に到達する。それらの要素は相互に緊密に関係しているので、それらの要素が一つの体系を形成しており、その中で全体を覆う理念としての人間の尊厳は、相対的であると同時に絶対的でもある。この、人間の尊厳の二重の性質は、法概念としての人間の尊厳の相対性と、法理念としての人間の尊厳の絶対性に反映している。「最高位のものを衡量できることについて」が私の博士論文「人間の尊厳という原理」の副題である。この副題が意味するのは次のようなことである。すなわち、法の二重の性質⁴と同様、現実的な次元と理念的な次元から構成される人間の尊厳という原理は、その二重の性質のために、衡量と最高位性の関係を対立するものとしては表現しない、ということである。

I. 絶対性テーゼ

人間の尊厳の争いが増加しているきっかけは、第一に胚研究のような医学研究の分野における最近の進歩である。さらに現代的なきっかけは、誘拐事件でのいわゆる「救助のための拷問」や、テロ攻撃に関わる問題についての議論である。テロリストが武器として航空機を利用する場合にその航空機を撃ち落とすことが許されるのかという難しい問いについては、連邦憲法裁判所がすでに判断を下している。航空安全法に関する判決で同裁判所は、テロリストに乗せられた航空機を撃ち落とすことについての授權を、機上にテロリストだけでなく無辜の旅客がいる場合、人間の尊厳に対する衝突を無視できないとして、無効であると宣言した⁵。

4 法の二重の性質については、Robert Alexy, Die Doppelnatur des Rechts, in: Der Staat 50 (2011), S. 389-404.

5 BVerfGE 115, 118.

議論の中心はつぎの問題、すなわち、人間の尊厳は絶対的な保護を提供するのか、または、基本権一般ではまったくそうであるように、対立するより強い理由があれば退けられたり制限されたりしてもよいのか、という問題である。

ある保障が絶対的であるのかそれとも絶対的ではないのかを判断するためには、絶対的保障とは何か、または絶対的でない保障とは何か、を知っていなければならない。これは規範理論的な問題である。現在の議論は、絶対性の構造または非絶対性の構造については、なんら明確でないという問題を抱えている。成果が予想されるのは、ロバート・アレクシーの原理理論を基礎にして人間の尊厳規範の構造を分析することである⁶。この原理理論の構造理論的分析の道具はルール (Regel) と原理 (Prinzip) の区別である。ルールとは衡量不可能な規範であり、それは満たされるか満たされないかのどちらでしかない。ルールはリアルな当為 (Sollen) を表現する。これに対して原理は衡量の可能な、衡量の必要な規範であり、最大限においては、すなわちルールとしては、単に一応の (prima facie) 当為を表現し、また理念的な当為と呼ぶこともできるものである。ルールが確定的な命令であるのに対して、原理は最大化命令である。したがって絶対性の問題は、人間の尊厳はルールの構造を有しているのかそれとも原理の構造を有しているのか、という問題に還元される。

絶対性テーゼによれば、人間の尊厳はルールでなければならない。これは、人間の尊厳に関する連邦憲法裁判所判例における中核的なテーゼ「比例性原則という手段による衡量は行われない」⁷ と一致する。法学文献でも、連邦憲法裁判所の判例と同様に、絶対性テーゼが支配的である。そこでは、人間の尊厳は基本法第1条第1項によれば不可侵であるのだから、絶対的な効力のみが憲法の文言と一致し、したがって人間の尊厳の制限は不可能である、とされる。

最高位の憲法条項の制限不可能性は、人間の尊厳への侵害は同時に人間の尊厳に対する違反を意味する、という帰結を生む。つまり、基本法第1条第1項

6 この点については Teifke (注 1), S. 101 ff.

7 BVerfGE 34, 238 (245); 80, 367 (373).

に対する侵害は決して正当化できない。したがって、基本権に関する判決でよく用いられている、保護領域・侵害・制限という三分類は、人間の尊厳には適用されない。

基本権に関しては、通常状況では、侵害があるからといって、それだけでは違反があるとはいえない。基本権違反は、基本権侵害を正当化できないときにはじめて存在する。ある基本権に対する違反があるか否かは——他の言葉で言えば——、基本権侵害を正当化できるか否かは、通常は、侵害を正当化する理由が、対立する理由とともに、比例性審査の枠内で衡量された後ならば、一義的に確定される。それゆえ衡量は、基本権審査の中核部分とみなしうる。しかし人間の尊厳は、その絶対的な保護のために、衡量からは引き離されていなければならないといわれる。人間の尊厳は衡量可能であるという主張は、人間の尊厳はどんな場合でもあらゆる他の憲法原理より優越するという絶対性テーゼと対立する。絶対性テーゼによれば、人間の尊厳はどんな制限可能性にも服さない。もし、人間の尊厳に対する侵害が同時にそれに対する違反をも意味するのであるならば、その保護領域に対するどんな侵害もすでに違憲である。したがって絶対性テーゼからは、どんな場合であっても人間の尊厳を侵害してはならない、ということになる。以上のことから、絶対性と衡量の間には排他的な関係がある。

絶対性テーゼに対しては、人間の尊厳に関する判例は絶対性と衡量との間の排他性を前提とはしているものの、その排他性を適用してはいない、と反論できる。私のテーゼは、人間の尊厳に関する判例は、その絶対的な構成にもかかわらず、衡量の構造を示している、というものである。というのは、客体公式 (Objektformel)⁸ 適用の背後で、比例性の検討が必ずなされているからである。検討の結論に疑いがなく、その検討のことを毎回明確に説明しなくてもいいほ

8. Günter Dürig による客体公式はつぎの通りである。「人間の尊厳がかかわるのは、具体的な人間が客体に、単なる手段に、代替可能な物に貶められるときである。」(Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 (Erstbearbeitung), Rn. 28.)

ど明らかである場合であっても、そのような検討はなされているのである。

II. 人間の尊厳と衡量

私は、先ほど説明したルールと原理の区別から出発して、基本法の人間の尊厳規範は原理の一つであり、絶対的な原理ではなく、——すくなくとも理論的には——制限可能な法である、という結論に到る。

1. 絶対的な原理ではないこと

本稿で基礎にしている原理理論によれば、絶対的な原理という概念は定義からして排除される。基本法の人間の尊厳規範が原理であることについては多くの理由を説明できる。したがって、基本法の人間の尊厳規範が原理であるならば、それは絶対的な原理ではないということになる。それはむしろ、他の原理と同様、衡量が必要で、したがって制限可能な規範である。衡量不能の人間の尊厳ルールは、衡量の結果としての、原理に分類される基本権規範であって、原理と独立の意義をもっているわけではない⁹。ルールのレベルで具体化される尊厳要求は、衡量に依存しているのである。

2. 重い重み

人間の尊厳という原理の特殊性は、その、すべての他の原理を超えるほど重

9 これと異なる考えとしては、Christoph Goos, *Innere Freiheit. Eine Rekonstruktion des grundgesetzlichen Würdebegriffs*, Göttingen 2011, S. 165 がある。Goos は、基本法第1条第1項の前段と後段を明確に区別する。前段はルールであり、衡量を固定された侵害禁止であり、その禁止の内容は抽象的に規定されねばならない。これに対して後段は二つの原理からなる。「すなわち、(侵害禁止とは異なる) 人間の尊厳の尊重義務と人間の尊厳の保護義務」である。このような、侵害禁止と尊重・保護義務との間の区別に本稿は従わないが、それは、本稿が人間の尊厳の基本権の統一性を支持するからである。二重の性質をもつ基本権は、この厳格な区別を支持しない。

い抽象的重みにある。このことから人間の尊厳の絶対的な優越性は出てこないが、少なくとも抽象的な優越性は出てくる。最高の抽象的重みは、法理念としての人間の尊厳の抽象性から生じる。道徳的概念としての人間の尊厳は、法への移行にともなって、その絶対性を喪失しなければならない¹⁰。しかし人間の尊厳は、直接に効力をもつ法として実定化されることによって、その超実定的性質を失うわけではない、つまり、法理念としての人間の尊厳の絶対的な性質の意義が失われるわけではない。ハーバーマスは人間の尊厳を、法と道徳を結びつけるための「蝶番」とも呼んだ¹¹。「人間の尊厳は、そこを通して道徳の平等・普遍的な内容が法に輸入されるところの玄関 (Portal) をも形成する。」¹² しかし法の現実において人間の尊厳は外見的にのみ絶対的である¹³。もっとも重い抽象的重みのため、絶対的な効力をもつという印象が生じ、そのために通常の状態では絶対的な保護が主張されうとしても、極限的な状況において人間の尊厳の原理が退けられることは排除されない。

3. 適用領域の狭さ

人間の尊厳の重い重みといわゆる「偉大なる外観」に対立するのは、人間の尊厳を「小銭」(kleine Münze)¹⁴ として扱うことである。最高の憲法価値の乱用を避けるためには、通常の事例で人間の尊厳に焦点を当てることを避ける事が求められる。人間の尊厳に対する侵害はつねに強度において際立つ。それゆ

10 この点と Kant との関連については Teifke (注 1), S. 58 ff, 158 ff を参照せよ。

11 Habermas (注 3), S. 21 はつぎのように言う。「人間の尊厳という理念は、すべての人を等しく尊重するという道徳を、実定法や民主主義的な法制定と結びつける概念的な蝶番であり、その結びつきから、有利な歴史的状況があれば、人権に基礎づけられた政治秩序が発生しうるのだ。」

12 Habermas (注 3), S. 21.

13 法理念と法現実の間のこの緊張関係については、Habermas (注 3), S. 35 のつぎの文章を参照せよ。「理念と現実の間の緊張関係は、人権の実定化に伴って現実に入侵する。我々はこの緊張関係に対して、ユートピア的な刺激を諦めることなく、現実的に考え行為するという挑戦によって立ち向かう。」

14 「小銭」の話は、すでに Dürig (注 8), Rn. 29 にある。

え人間の尊厳という保護対象(Schutzgut)と、その保護対象に対する侵害とを区別しなければならない。人間の尊厳の概念はとても広く未規定であり、ほとんどすべての実定的な定義の試みはこれまでのところ実現できないままである¹⁵。それゆえ、私の検討の最後にくる基本法第1条第1項の保護領域の定義、すなわち、人間の尊厳は、人格¹⁶として真剣に扱うことを求める権利である、という定義も比較的曖昧である。そして、人間の尊厳に対する侵害は、根源的な非尊重による、人格として真剣に扱わないことである。

上記の、人間の尊厳の保護領域の定義とその保護領域への侵害の定義は、周知の、法実務で用いられている客体公式と完全に調和する。客体公式によれば、人間の尊厳が「かかわる」のは、「具体的な人間が客体に、単なる手段に、代替可能な物に貶められるときである」¹⁷。このように、人間の尊厳の概念の広さにもかかわらず、狭い侵害概念によって、人間の尊厳にかかわる事例の数をかなり減らすことができる。つまり、人間の尊厳を小銭扱いにするべきでないならば、人間の尊厳にかかわる事例を、人間の尊厳にかかわる構成要件該当性を否定することによって減らすことが、適切な解決策であるように思われる。その場合、人間の尊厳にかかわる潜在的な事例は保護領域に入る。しかし、侵害とみなすための最低限の強度の境界に達しなければ、構成要件該当性は否定される。こういった構成の提案は、実践的な考慮だけではなく、理論的な分析にも基づきうるものであり、憲法の文言や憲法制定者の意思にも一致し、さらに、人間の尊厳を包括的基本権(Auffanggrundrecht)とみなさない基本権体系ともよく合致する。基本権の価値体系において、人間の尊厳はむしろすべての基本権の源泉である。

15 定義の問題があるので、Theodor Heuss が議会評議会(der parlamentarische Rat)の審議で人間の尊厳を「解釈されないテーゼ」と名付けたことがよく参照される。これについては、von Doemming/Füßlein/Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, Art. 1, in: JöR 1 (1951), S. 48-54, S. 49 を見よ。

16 念頭にあるのは、自由な個人であるだけではなく、道徳的な主体でもある人格である。

17 Dürig(注8), Rn. 28.

さらに、この構成によって、人間の尊厳をタブーとして、または殺し文句として利用することが避けられる。

a. タブー

人間の尊厳をタブー¹⁸として固持することは、人間の尊厳を理由づけることが必要であることに反する。いわゆる絶対的な保障が実は絶対的でないことや、絶対的な保障の背後に衡量の構造が隠れていることは、日常的にタブー化されているか、単に認識されていないだけである。人間の尊厳を衡量する実際の過程だけがしばしばタブー化されるのではない。人間の尊厳の衡量可能性についての議論をするだけでも、多くの場合、タブー破壊とみなされる¹⁹。それによれば、ダムの決壊にいたるような基本法第1条第1項の再解釈が迫っているという²⁰。フィリップ・クーニッヒ (Philip Kunig) によれば、ダムの決壊は「人間の尊厳に導かれる秩序から、—— 単なる —— 比例性秩序への後退を意味す

18 So Ralf Poscher, Menschenwürde als Tabu. Die verdeckte Rationalität eines absoluten Rechtsverbots der Folter, in: G. Beestermöller/H. Brunkhorst (Hrsg.), Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielicht?, München 2006, S. 75-87, S. 79 ff.

19 この、行為のタブーとテーマ化のタブーの結合については、Poscher, „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“, in: JZ 2004, S. 756-762, S. 758 ff.を参照せよ。彼は、人間の尊厳の保障それ自体の構造がすでにタブーを示しており、「人間の尊厳の保護の絶対性に関する合理的な議論に入ることを拒んでいる」と主張する。そして、人間の尊厳の保護のタブー化と絶対性が合理的であることは、法体系とその解釈学の枠内では説明できず、法社会学的な外的な観点からは説明できるという。非合理的なタブーの合理的な再構成は、Josef Isensee, Tabu im freiheitlichen Staat. Jenseits und diesseits der Rationalität des Rechts, Paderborn 2003, S. 61 も支持する。理由づけの禁止と背景探求の禁止には、Winfried Kluth, Menschenwürde zwischen Naturrecht und Tabu, in: O. Depenheuer/M. Heintzen/M. Jestaedt/P. Axer (Hrsg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 535-548, S. 547 が反対している。

20 Vgl. statt vieler Philip Kunig, Zum Dogma der unantastbaren Menschenwürde, in: R. Gröschner/O. W. Lembcke (Hrsg.), Das Dogma der Unantastbarkeit. Eine Auseinandersetzung mit dem Absolutheitsanspruch der Würde, Tübingen 2009, S. 121-132, S. 131.

る」²¹ という。しかし一般的には、タブー化と、人間の尊厳の効果的な保護とは両立しない、ということが見過ごされている。比例性秩序は、人間の尊厳に導かれる秩序と対立するのではなく、人間の尊厳に導かれる秩序をよりよく実現することを助けることができる。人間の尊厳は、タブーであるなら討議民主主義と対立するが、脱タブー化されれば、殺し文句 (Totschlagargument) にならなくてすむのである²²。

b. 殺し文句

疑わしい事例において自ら又は他人のために、人間の尊厳への侵害についての苦情を申し立てることがますます好まれるようになってきたが、それは人間の尊厳への侵害が、非衡量可能性に基づき、すでに人間の尊厳に対する違反を意味し、したがってその侵害がさらなる審査で正当化されることはない、ということが一般に知られるようになったからである。それゆえ人間の尊厳は、公の議論において、自らの立場を「人間の尊厳」という魔法の言葉によって、反対側からの攻撃から守ることができるような、討議における万能兵器になってしまった。このような意味でエッツァート・シュミット-ヨアチヒ (Edzard Schmidt-Jortzig) は人間の尊厳を殺し文句とみなした。「この概念を議論に持ち込み、自らのために主張する者が勝利した。これに対して議論をしようとすることは意味がない。それを試みる者は、常軌を逸している。彼は非社会的とみなされ、正義に基づいていないように思われる。魔法の言葉は正真正銘の殺し文句として役に立つ。」²³ したがって、公の論争においては、ある特定の事例で

21 Kunig (注 20), S. 131.

22 殺し文句の背景の脱タブー化に対して Gerd Roellecke, *Das Geheimnis der Tabus. Kulturell bedingte Orientierungen in Grenzsituationen*, in: O. Depenheuer (Hrsg.), *Recht und Tabu*, Wiesbaden 2003, S. 61-74, S. 68 は批判的である。

23 Schmidt-Jortzig, „Menschenwürde“ als Zauberwort der öffentlichen Debatte. *Demokratische Meinungsbildung in hoch komplexen Problemfeldern*, in: *Zeitschrift für Evangelische Ethik* 52 (2008), S. 50-56, S. 51.

人間の尊厳への侵害があるのか否かという問題の背後にも、密かに行われる衡量が存在しているという事実は、完全に見えなくなっている。したがって、本稿で示される人間の尊厳と衡量の構造についての提案はより正直であり、人間の尊厳に関わる事例における議論に強い透明性を与える。

Ⅲ. 人間の尊厳の理論の7つの要素

ここで簡単に人間の尊厳理論についての私の検討結果をまとめておこう。それは、7つの要素からなり、相互に関係しつつ一つの体系を形成している。

1. 基本権としての性質

第一の要素は、人間の尊厳を基本権として位置づけることの必然性である。かくして人間の尊厳は憲法の最高の客観的な原理であると同時に、請求可能な一つの主観法 (subjektives Recht [権利]) でもある、ということになる。基本権の性質については、憲法学の文献で激しく争われている²⁴。しかし、人間の尊厳の保護対象としての個人の主体的性質は、人間の尊厳規範の主観化 [権利化] と、したがって基本法1条1項の基本権としての性質を支持するものである。さらに、人間の尊厳を「小銭」にすべきでないというもつともな要請も、人間の尊厳を基本権として取り扱うことを排除しない。

人間の尊厳を基本権とみなすことは基本法第1条第1項を衡量の対象とすることに道を開くという、人間の尊厳の基本権的性質に対する反論も説得的でない²⁵。というのは、たとえ単なる客観的規範としてであれ、人間の尊厳は、たとえ外見的にはそれ自身衡量されておらず、他の基本権に制限を設けたり、他の基本権を強めたりする場合であっても、衡量の手続きに引き込まれているのである。たとえば、表現の自由と人間の尊厳との間の衝突の際、表現の

24 これについては Teifke (注 1), S. 71 ff を参照せよ。

25 So auch Kunig (注 20), S. 126.

自由が制限されるならば、一方の者の人間の尊厳は他方の者の表現の自由に対して固定的な境界を引くのではない。人間の尊厳が果たす制限機能は、人間の尊厳と表現の自由の両方を、衡量の範囲内でできるだけ広範囲に実現することである。たとえ最終的には人間の尊厳が優先されるとしても、その優先性は衡量の結果に基いている。このことは同時に、人間の尊厳理論の第二の要素を明らかにしている。

2. 衡量可能性

第二の要素は人間の尊厳の衡量可能性である。もちろん通常の事例では、客体公式の適用の際に、人間の尊厳を、確定的な効力を伴うルールとして扱うことができる。しかし客体公式は、ひとつの抽象的な衡量の結果にすぎない。抽象的な衡量は、基本法第1条第1項の保護領域への侵害があるか否かの審査の前にすでに行われており、その結果、客体公式で定義されているような人間の尊厳の狭い構成要件が生じる。難しい事例では、具体的な衡量が追加されなければならないが、その際には、対立する複数の原理の具体的な重みと侵害の具体的な程度が、事例に対する判断のために重要である。

3. 原理としての性質

第二の要素から第三の要素が、すなわち人間の尊厳の原理としての性質が導かれるが、それは、衡量においてはルールではなく原理だけが用いられるからである。狭い構成要件を伴う、原理としての人間の尊厳は、本稿で提案している人間の尊厳・衡量の構成の特徴であり、また人間の尊厳の特別な地位を強調するものである。この、原理としての人間の尊厳は、一方で通説や連邦憲法裁判例における絶対的な構成と、他方で批判的な、人間の尊厳からその特別な地位を奪おうとする意見との間を仲介するような位置にあるといえよう。

4. ルールの次元

人間の尊厳の原理としての性質は、ルールの次元の存在を排除するものでは決していない。これは人間の尊厳の理論の4つ目の要素である。人間の尊厳の特殊性は、原理のレベルとルールのレベルが非常に近接しているということである。このことから人間の尊厳は非制約的であるという印象が生じる。人間の尊厳に絶対的な効力があるというテーゼは、ルールの次元でのみ適切でありうる。人間の尊厳規範のルールレベルに特別な重要性があるとはいえ、ルールのレベルは原理のレベルに依存している。この相対的な基礎を理由として、ルールのレベルでも絶対的な保障は排除される。それにもかかわらず人間の尊厳が、少なくとも外観的には絶対的に有効であるのは、一連の諸条件があつて、その諸条件の下では、人間の尊厳の原理が他の諸原理よりも明らかに優越するからである。この一連の諸条件は、ルールのレベルにおいて、人間の尊厳に有利になされる具体的な優先度決定のネットワークを形成する。

5. 統制的理念の絶対性

第5の要素は統制的理念 (regulative Idee) としての絶対性である²⁶。人間の尊厳は絶対的に有効であるというテーゼは、人間の尊厳の衡量が必要であることと調和しない。道徳的概念としての人間の尊厳は絶対的な効力をもつものの、法概念としてのそれは絶対的な効力を排除する。法の領域における絶対性はただ統制的理念としてのみ存在する。人間の尊厳の根拠としての自律の由来は道徳であり、したがって自律は主に内的自由²⁷ (正しいことを認識したり行ったりする積極的自由) の使用に関わり、その限りで絶対的な価値を表現するのに対して、法においては本質的には外的自由 (何かをすること又はしないことという行為選択肢からなる消極的自由) の使用が問題となる²⁸。したがって法への移行は絶対性の喪失を意味する。たとえ道徳概念としての人間の尊厳が、法に

26 これについては、Teifke(注1), S. 157 ff.を参照せよ。

27 この点については、Goos(注9), S. 139 ff.の内的自由の観念を参照せよ。

においてその絶対的な効力を失うとしても、実定化によってその超実定的性質を失うわけではない。つまり、人間の尊厳の絶対的な性質は、法の理念として、その重要性を維持する。法の理念の光の中においてのみ、人間の尊厳は法の領域でも絶対的な価値である。

6. 最も重い抽象的重み

自律の絶対的な価値に関係する法の理念の絶対性は、憲法の観点から見ると、人間の尊厳に対して最も重い抽象的重みを与える。なぜならその重みは、基本権にとって重要なすべての他の原理の抽象的重みよりも重いからである。人間の尊厳の理論のこの6つ目の要素は、基本権体系の最高の価値としての人間の尊厳の特別な地位を再び表現している。しかし、同時にこの要素は、具体的な諸事例における相対化を含んでいる。

7. 包括的な理念としての二重の性質

第7の要素は包括的理念としての人間の尊厳である。この第7の要素は、これまでの6つの要素をすべて包括し、一つの統一体に結びつける。この包括的な理念とは、人間の尊厳は相対的でも絶対的でもある、というものである。最初の4つの要素で強調された人間の尊厳の相対性と、第5の要素で示されたその絶対性との間には必然的な関係がある。この関係はすでに第6の要素が明らかにした。というのは、一方で人間の尊厳が最も重い抽象的重みを持つというテーゼは、理念の絶対性の名残を示しており、また他方で、人間の尊厳規範の抽象的な重みがほとんど無限の価値を示しているとしても、その人間の尊厳は衡量可能であるからである。人間の尊厳の抽象的な優先性は具体的な事例に関

28 Habermas (注3), S. 24 は、理性的道徳と理性法のための自律という基本概念から、つぎのことを推論する。「我々に対して道徳が、すべての行為領域に隙間なく浸透する義務を課すのに対して、現代法は、私的な選択意思 (Willkür) と個人の生活設計のための自由な領域を創設する。」

しては相対化されなければならないので、基本法第1条第1項の人間の尊厳は実際にはほとんどの場合に衡量できないとしても、理論的には原則として衡量可能なのである。

人間の尊厳の二重の性質は、法概念としての人間の尊厳の相対性と法理念としての人間の尊厳の絶対性に表れているのである。

IV. 実際の意義

たとえ本稿が、人間の尊厳に関する争いを実質的に解決できないとしても、人間の尊厳理論の構想は、複雑な問題状況と論争状況に方向性を与え、行為の選択肢を示すことができる。生命の始期と終期や、最低限の生存条件を求める権利や、私的な生活形成の中心的な領域にかかわる、社会的に重要で、解決を迫られている諸問題と並んで、人間の尊厳についての議論における、人間の尊厳に対する侵害の典型的な例は、依然として拷問である。そのため、以上の結論を拷問についての議論で検証してみよう。

いわゆる救助のための拷問は、新たなテロの脅威をきっかけとして激しい議論がなされるようになったが、それだけではなく、誘拐事件の際にも議論される。とくに、当時のフランクフルト警察署長ダシュナー（Daschner）が、銀行員の子供ヤコブ・フォン・メツラー（Jakob von Metzler）の誘拐に対して行った拷問による脅迫のケースに対する反応においては²⁹、絶対性テーゼの支持者の間でも、人間の尊厳の絶対性を引き続き主張しつつも、尊厳と尊厳の衝突の場合には、衡量不可能性の例外を認めるべきという意見が広がった。この種の衝

29 Daschner の事件については以下を参照せよ。Reinhard Merkel, Folter und Notwehr, in: M. Pawlik/R. Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, Köln/Berlin/München 2007, S. 375-403, S. 376 ff.; Jörn Ipsen, Folterverbot und Notwehrrecht, in: W. Lenzen (Hrsg.), Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte, Paderborn 2006, S. 39-45, S. 39 ff.

突は、それを満足のゆく方法で解決する方法がないので、悲劇的な衝突と呼ばれることも多い。しかしこの悲劇的な衝突という主張は、せいぜい道徳的な意味があるだけであり、法的な意味があるわけではない。尊厳と尊厳の衝突の場合にも、侵害される人間の尊厳の具体的な重みと、侵害されない人間の尊厳の具体的な重みのどちらが重いのが問われなければならない³⁰。人間の尊厳の、抽象的な、他を凌駕するほど重い重みはここでは問題になっていない。なぜなら、両方の側で秤の皿に投げ込まれているからである。

誘拐のケースで拷問を正当化するためには、誘拐された者の人間の尊厳に対する強い侵害がなければならない。しかし、誘拐された者が、生命の基本権や身体の不可侵の基本権の他に、さらに人間の尊厳を侵害されているか否かは自明でない。たとえ人間の尊厳の侵害を確実に推測できるとしても、さらに、経験的な不確実性のもとでの考察だけができるような問題が残る。しかし、侵害を支える前提の確証を要求する高いハードルは、経験的な確実性がある場合にのみ超えることができる。なぜなら、拷問によって得られる情報は通常、信憑性が低く、拷問の正当化はほとんど失敗するはずだからである。

しかし拷問は、経験的な前提がないことに加えて、規範的な理由からも憲法上禁止される。拷問の絶対的な禁止は、憲法制定者がすでに行った衡量の結果である³¹。上記のような衝突の例は、基本法第104条第1項後段によって憲法上ですでに決定されている³²。したがって警察に勾留されている者にとっては、基本法第1条第1項の人間の尊厳の不可侵性に対してより特殊な規範である第

30 本稿と同様に、Fabian Wittreck, Achtungs- gegen Schutzpflicht? Zur Diskussion um Menschenwürde und Folterverbot, in: U. Blaschke/A. Förster/S. Lupp/J. Schmidt (Hrsg.), Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen, Berlin 2005, S. 161-190, S. 177 は、「衡量のよく知られた形式」に焦点をあてている。

31 Mathias Hong, Das grundgesetzliche Folterverbot und der Menschenwürdegehalt der Grundrechte – eine verfassungsjuristische Betrachtung, in: G. Beestermöller/H. Brunkhorst (Hrsg.), Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielicht?, München 2006, S. 24-35, S. 34 も同意見。

104 条第 1 項後段「抑留されている者は、精神的にも肉体的にも虐待されてはならない。」が優先的に適用される。拷問とは、当事者の意志を折るために精神的または肉体的苦痛を徹底的に与えることであり、それは、精神的または／及び肉体的虐待の典型例である。

拷問が極限的な事例で許されるべきか否かという問に対しては、すでに憲法レベルにおいて衡量を経てすでに決定がなされているが、そのことは、人間の尊厳の衡量不可能性を意味するわけではない。衡量の結果としての拷問の絶対的禁止は、衡量がすべてを容認したり弱めたりしてしまうのではなく、むしろ衡量を経た上で限界を引くことができることを示しているである。

以上で、人間の尊厳がタブーとされたり、殺し文句として用いられたりすると、人間の生命の根本問題との取り組みが適切になされなくなる、ということが示された。人間の尊厳の不可侵性を何か神聖なものとして捉える者であっても、その捉え方についての社会における論争で説得力を手に入れることができるのは、ダムの決壊という警告によって最初から人間の尊厳についての議論を拒絶するよりも、人間の尊厳の無限の価値を議論によって際出させる場合である。このような、人間の尊厳と衡量の構成の新しい構想は、人間の尊厳が絶対的な効力をもつという立場よりも、より効果的な尊厳保護を提供する。というのは、衡量においては一か零かではなく、多いか少ないかが問題となるからである。「ある原理を満たさない又はそれに干渉する度合いが高ければ高いほど、他の原理を満たすことの重要性が大きくなる。」³³ しかし、人間の尊厳の原理を満たすことの重要性はあまりに大きく、他の原理を満たさない又はそれに干渉

32 Vgl. hierzu Christoph Enders, Der Staat in Not – Terrorismusbekämpfung an der Grenzen des Rechtsstaats-, in: DÖV 2007, S. 1039-1046, S. 1041. Dietmar von der Pfordten, Ist staatliche Folter als fernwirkende Nothilfe rechtsethisch erlaubt?, in: W. Lenzen (Hrsg.), Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte, Paderborn, 2006, S. 149-172, S. 169 によれば、法倫理的理由によっても、「拷問の絶対的な法的禁止を相対化する」ことは否定される。

33 Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996, S. 146.

する度合がより高いということとはあり得ないかのように見えるのである。

訳者解説

本稿は、Nils Teifke, *Menschenwürde als Prinzip. Eine konzeptionelle Verbindung von Menschenwürde und Abwägung*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 135* (2012), S. 159-170 の全訳である。タイフケは、2013 年 3 月 16 日に石川四高記念文化交流館で開催された金沢大学基礎法研究会において、この論文に基づく報告をした。同研究会は石川日独協会と共催で行われたこともあり、多くの研究者・院生・一般市民が参加し、活発な質疑応答が行われた。本誌への翻訳掲載については、著者＝報告者のタイフケが、掲載誌の出版社である Franz Steiner Verlag より許可を得た。

タイフケは 1978 年、ドイツ・キール市生まれ、キール大学で法学を学び、2003 年に第一次国家試験(司法試験)に合格、その後、同大学のロバート・アレクシー (Robert Alexy) 講座の助手を務めつつ博士論文を執筆し、司法修習を経て 2010 年に博士号を取得、翌年には第二次国家試験に合格した。現在は、建築業共同組合 (Berufsgenossenschaft der Bauwirtschaft) に勤務している。なお、訳者とタイフケは、Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophische Tagesfragen. Vorlesungsmanuskript* Kiel, Sommersemester 1919, Baden-Baden 2004 を共同で編集し、出版している。

本稿は、注 1 でも述べられているように、タイフケの博士論文 (Nils Teifke, *Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen*, Tübingen 2011) に基づくものである。ドイツ基本法第 1 条第 1 項前段は「人間の尊厳は不可侵である」という基本原則を定め、同法第 79 条第 3 項によれば、この基本原則は基本法の変更手続きによっても変更できないとされている。そのため従来の判例や学説では、基本法で保護される「人間の尊厳」は絶対的なものであり、それを侵害することは一切許されないと解されてきた。これに対してタイフケは、道徳的な概念としての「人間の尊厳」と、実定法上の概念としてのそれを分け、前者の、道徳的な概念としての人間の尊厳は絶対的であるが、後者

の、法概念としてのそれは、少なくとも理論的には、比例性原則に基づく衡量の対象となり、したがって絶対的ではない、と主張する。アレクシーの原理論を基本法第1条第1項の解釈でも首尾一貫して用いるとこのような結論になる、ということを示す本稿は、従来のドイツの判例・学説に勇気ある一石を投ずるものであると同時に、法と道德の関係を考察する法哲学にとっても示唆に富むと思われる。