

《論 説》

生命権・個人の尊重・人間の尊厳

山 内 敏 弘

I 問題の所在

日本国憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定している。この規定は、前段と後段に分かれるが、両者は、それぞれどのような意味内容をもつのであろうか。とりわけ個人の尊重と生命権の尊重とはどのような関係にあるのであろうか。この点を検討することが、本章の目的である。また、前段では、「個人の尊重」が謳われているが、諸外国では、「人間の尊厳」ということが多くいわれている。「個人の尊重」と「人間の尊厳」とは同じことを意味しているのであろうか。それとも別のことをいっているのであろうか。

さらに、後段に書かれている権利の内容についても、幸福追求権あるいは包括的人権として一括して説明する見解と生命権を切り離して議論する見解がある。この点に関する従来の有力学説は前者であったが、そのような見解に対しては少なからざる疑問が存すると思われる。「生命に対する権利」（生命権）の重要性が軽視される結果になるからである。そこで、以下には、生命権は幸福追求権に包括されない独自の人権としての意味内容をもっていることを簡単に述べるとともに、そのことを踏まえて、生命権が個人の尊重や人間の尊厳とどのような関係にあるかについて検討することにした。

II 基本的人権としての生命権

一 生命権の根拠と独自性

生命権を独自の人権として捉えるべきとする根拠は、三つある。第一は、文理解釈上の根拠であり、第二は、権利内容上の根拠であり、そして第三は、国際的な動向である¹⁾。

まず第一に、憲法13条は、「生命に対する権利」と「自由権」と「幸福追求に対する国民の権利」を並列的にあげている。このことは、三者が相対的に独自の権利であることを示しているといえよう。

第二に、生命権はその権利内容においても、自由権や幸福追求権には包括されないだけでなく、むしろ、自由権や幸福追求権の前提ともなる権利であるといってもよい。生命権なくしては、自由権や幸福追求権を行使することもできないからである。その意味で、生命権は基本的人権の中で最も基本的・前提的な人権であるということができる。生命権を自由権の一種と捉える見解もあるが、しかし、生命権は自由権には還元できない性格をもっている。生命権は、後述するように、国家に対して一定の請求権的な意味合いをもっているからである²⁾。

-
- 1) 以下の生命権の根拠や内容などについて、詳しくは、拙稿「基本的人権としての生命権の再定位」龍谷法学53巻2号(2020年)1頁以下を参照されたい。なお、生命権に関する近年の文献としては、嶋崎健太郎「生命の権利の衡量可能性」戸波江二先生古稀記念『憲法学の創造的展開』(信山社、2017年)423頁、松井茂記『尊厳死および安楽死を求める権利』(日本評論社、2021年)、建石真公子「新型コロナウイルスと立憲主義——生命権・健康権と公益」憲法問題32号(2021年)91頁、藤井康博「生命権の変容、自己決定の仮構、<人格>権」論究ジュリスト38号(2022年)99頁参照。
 - 2) ちなみに、美濃部達吉『日本国憲法原論』(有斐閣、1948年)189頁以下は、「自由権は違法に天然の自由を拘束せられない権利であるに対し、生命の不可侵、住所の不可侵、財産権の不可侵の如きは、其の対象たるものは生命権・家宅権・財産権等それぞれ権利として保護せられて居るもので、それは国家にも対抗し得べき絶対権

なお、我が国では、生命権を人格権の一種として捉える見解も多い。例えば、芦部信喜は、つぎのように述べている。「各人の人格に本質的な生命、身体、健康、精神、自由、氏名、名誉、肖像および生活等に関する利益の総体は広く人格権と呼ばれ、私法上の権利として古くから認められてきた」³⁾。また、大阪空港公害訴訟の第2審判決（大阪高判1975年11月27日判時797号36頁）も、「個人の生命、身体、精神および生活に関する利益は、各人の人格に本質的なものであって、その総体を人格権ということができ(る)」と述べている。たしかに、生命に関する利益を人格権の一種として捉える見方は、ドイツにおいて、すでに19世紀末の時点でも、例えば、ギールケ（Gierke）などによって唱えられており⁴⁾、日本の学説などもそれを踏襲したものと思われる。ただ、ドイツでは、第2次大戦後のボン基本法で、人格権は基本法2条1項で、また生命権は同条2項で明記されることによって、両者は、別個の人権として理解するのが一般的となったように思われる⁵⁾。そのことを踏まえれば、生命権を13条で独自の人権として規定している日本国憲法の下でも、生命権は、人格権とは別個の人権として理解するのがふさわしいと思われる。

であり、国家が之を侵害し得ない拘束を受くるのは、各其の権利の当然の効果であって、自由権の現れではない」と述べて、自由権と生命権との相違を指摘している。

- 3) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第7版）』（岩波書店、2019年）125頁。
- 4) ちなみに、Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht Bd. I, Allgemeiner Teil und Personenrecht* (1895) S.708ff. では、人格権（*Persönlichkeitsrechte*）の種類として、身体と生命、自由、名誉、氏名と商標、精神的創作物などをあげている。なお、ドイツにおける人格権の発展史については、斉藤博『人格権法の研究』（一粒社、1979年）参照。
- 5) ちなみに、鈴木秀美・三宅雄彦編『ガイドブック ドイツの憲法判例』（信山社、2021年）67頁以下では、ボン基本法における一般的人格権の内容として、①私的領域、秘密領域及び内密領域、②アイデンティティの権利、③社会的尊重を求める権利（名誉権などを含む）、④自己描写の権利、⑤情報自己決定権、⑥I T基本権があげられていて、生命権はあげられていない。ただし、2020年の連邦憲法裁判所判決（後述）が、自殺の権利を一般的人格権を根拠にして認めたのは、例外的な事例といつてよいと思われる。

第三に、国際的な潮流としても、生命権を独自の人権として保障しようとする動向が顕著になっている。例えば、1948年の世界人権宣言の生命権規定（3条）を踏まえつつ、1966年の自由権規約6条は「生命に対する権利」を独立した条文で保障した。死刑廃止条約（1989年）も、「生命に対する権利の享有における進展」という観点から死刑の廃止を定めた。また、児童に関する権利条約（1989年）6条や障害者の権利に関する条約（2006年）10条でも「生命に対する権利」の規定がある。さらに、地域的な人権条約でも、欧州人権条約（1950年）2条やEU基本権憲章（2000年）2条は、「生命権」の保障規定をおいている。諸国の憲法でも、（西）ドイツの基本法（1949年）は「各人は、生命への権利及び身体を害されない権利を有する」（2条2項）と規定したし、同種の規定は、その後、ギリシャ憲法（1975年）5条、ロシア憲法（1993年）20条、スイス憲法（1999年）10条などにも設けられている。このような動向の背景にあるのは、二度の世界大戦で生じた多数の人々の貴重な生命の損失を再び繰り返さないようにするためには、生命の確保をそれ自体人権として保障する必要があるという国際的な共通認識である。そうである以上は、日本国憲法13条も、そのような認識を踏まえて、生命権を独自の人権として捉えることが適切といえよう。

二 生命権の内容

生命権の権利内容については、大きく生命についての侵害排除権と保護請求権に分けることができる。そして、前者は、①戦争や軍隊のために生命を奪われたり、生命の危険にさらされることのない権利（平和的生存権）、②国家の刑罰によつて生命を剥奪されることのない権利（死刑の違憲性）、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、後者は、④生命の侵害（の危険）からの保護を国家に請求する権利、そして、⑤最低限度の生存を国家に請求する権利（狭義の生存権）に分けることができる。

まず第一に、平和的生存権は、戦争や軍隊によって生命を奪われたり、生命の危険にさらされることのない権利を意味している。この権利は、直接的には「全世界の国民が、平和のうちに生存する権利を有すること」と規定する憲法

前文を根拠としているが、この規定が、憲法9条と憲法13条によって意味充填されることによって、上記のような意味内容が導き出されてくることになる。平和的生存権については、長沼訴訟第一審判決（札幌地判1973年9月7日判時712号24頁）がその裁判規範性を承認したが、その後の下級審判決は平和の観念が抽象的であることなどを理由として裁判規範性を認めることには概ね消極的な傾向にあった。しかし、自衛隊イラク派遣違憲訴訟名古屋高裁判決（2008年4月17日判時2056号74頁）は改めて平和的生存権は単に憲法の理念を表明したにとどまるものではなく、裁判所に対してその保護救済を求めることができる具体的権利性をもつ旨を判示した。高く評価できる判決といえよう。

第二は、死刑の違憲性についてである。この点については、たしかに、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）が今日まで維持されているし、学説の多数も合憲説の立場をとっている。しかし、このような見解は根本的な再検討の必要があると思われる。死刑合憲説は、「法律の定める手続によらなければ、生命その他の刑罰を科せられない」と規定する憲法31条を反対解釈して、法律の定める手続によりさえすれば死刑を科することもできるとするが、しかし、このような解釈は妥当とはいえないと思われる。同条は、法律の定める適正な手続（due process of law）を要請しており、誤判をふせぐことができず、しかも事後に誤判と判明した場合にも原状回復の不可能な死刑は適正な手続とはいえないからである。また、合憲説は、憲法13条の「公共の福祉」をも根拠としているが、しかし、死刑に犯罪抑止効果がないことがほぼ明らかになっている現状において、死刑を正当化する「公共の福祉」は存在しえないというべきである（応報感情も「公共の福祉」の内容にはなりえない）。以上の点を踏まえれば、死刑は生命権をはく奪する「残虐な刑罰」（憲法36条）に当たり、違憲とすべきと思われる。

第三に、生命の保持存続についての自己決定権に関しては、臓器移植の問題と安楽死・尊厳死の問題などがある。臓器移植については、本人が自らの脳死を死と認定することを事前に表明している場合には、その意思は尊重されてよいと思われる。しかし、本人の意思がこの点で不明な場合についてまでも、脳死を死と認定することは妥当とはいえないと思われる。また、安楽死・尊厳死

に関しては、不治の病に陥り、死期が確実に迫っている場合に、本人の同意があることを条件として、医師が生命維持装置の取り外しを行うことは厳格な要件の下に認められうるとされる（名古屋高判1962年12月22日高刑集15巻9号674頁、横浜地判1995年3月28日判時1530号28頁）。

第四に、生命権には、国民が生命の侵害（の危険）からの保護を国家に求める権利も含まれていると解される。換言すれば、国家には国民の生命権を保護する義務があるということであるが、たしかに、このような国家の保護義務の是非については、さまざまな議論がなされてきたところである。日本では、国家の保護義務を一般的に容認することについては慎重意見が強いし、私もそれを精神的自由権などにまで拡大することには反対であるが、こと国民の生命権（そして身体の自由）が侵害されようとしている場合には、国家の保護義務を厳格な比例原則に基づいて認めることが妥当と思われる。

最後に、生存権については、従来の憲法25条論はその基礎に生命権があることを軽視してきたように思われる。しかし、最低限度の生活保障の前提には、生命そのものの維持の保障がなければならず、このように25条の生存権の核心部分に生命権をおけば、それが抽象的な権利であるといった議論を克服することができるように思われる。

Ⅲ 「個人の尊重」の意味と法的性格

一 「個人の尊重」の意味

（1）「個人の尊重」と「人格」

憲法13条前段は、「すべて国民は、個人として尊重される」と規定しているが、この規定の意味については、従来つぎのような説明が、代表的なものであった。例えば、宮沢俊義は、つぎのようにいう。「『個人として尊重される』とは、個人主義の原理を表明したものである。」「個人主義とは、人間社会における価値の根元が個人にあるとし、なににもまさって個人を尊重しようとする原理をいう。」「個人主義は、……すべての人間を自主的な人格として平等に尊重しよう

とする」⁶⁾。また、芦部信喜もつぎのようにいう。「日本国憲法の言う個人尊重の原理も、各個人を最高かつ固有の価値を有する人格として尊重する原理である」⁷⁾。さらに、佐藤幸治はつぎのようにいう。『『個人として尊重される』とは、一人ひとり人間が人格的自律の存在として最大限尊重されなければならないということである。この『個人の尊重』は、『個人の尊厳』（憲法24条参照）、さらには、『人格の尊厳』の原理』と呼ぶこともできる」⁸⁾。

これらの学説を踏まえて、「個人の尊重」の意味を通説的に理解すれば、それは、一つには、日本国憲法は、全体主義や国家主義ではなく、個人主義を採用する旨を宣明したということであり、二つには、そこでいう「個人の尊重」の中身は、各個人を最高かつ固有の価値を有する人格として尊重するということであろう。言い換えれば、何故に個人が最高かつ固有の価値を有するのかという問題に関して、これらの通説的な見解は、一人一人の人間が、「自主的な人格」として存在しているから、あるいは「人格的自律の存在」であるからということになると思われる。

ただ、上記の学説で共通して用いられている「人格」という言葉の意味については、論者によってその意味するところが同じかどうかは、必ずしも明らかではない。ちなみに、「広辞苑」（第4版）では、「人格」の意味について、次のように説明している。「①人から。人品。②ある個体の認識的・感情的・意志的および身体的な諸特徴の体制化された総体。③道徳的行為の主体としての個人。自律的意志を有し、自己決定的であるところの個人。④法律関係、特に権利・義務が帰属しうる主体・資格。権利能力」。このように、「人格」という言葉が多義的に用いられているのは、それが、歴史的にも古くからさまざまな

6) 宮沢俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』（日本評論社、1978年）197頁。

7) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、1994年）58頁。

8) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）173頁。なお、長谷部恭男「個人の尊厳」同『憲法の論理』（有斐閣、2017年）69頁は、「個人の尊厳」にいう「個人」について「自律的な道徳的判断・行為主体としての地位」を認めているが、それが、佐藤の「人格的自律」と「どこまで重なり合うかについて、なお定見を得ることができない」としている。

経緯を経て用いられてきたことにも起因しているが⁹⁾、いずれにしても、上記憲法学説で用いられている「人格」は、①や②の意味で用いられているというよりは、むしろ、③とほぼ同じ意味で用いられているというよりよいと思われる¹⁰⁾。①や②の意味での「人格」はすべての個人が有しているというよりよいが、ただ、憲法13条の「個人の尊重」でいうところの「個人」をそのように③の意味で、すなわち、「道徳的行為の主体としての個人」あるいは「自律的意志を有する個人」として捉えてよいかどうかについては、異論もなくはないと思われる。学説上も、ありのままの人間存在の実像を直視すれば、人間は必ずしも合理的な存在ではなく、道徳的主体性を前提とすることは適切ではないといった批判や、人格的、理性的な要素は、個人の多様性を損なうことになりかねないといった批判が出されてきたからである¹¹⁾。

-
- 9) 「人格」のもとになったラテン語のpersonaの意味について、研究社の『羅和辞典』(田中秀央編)は、つぎのように書いている。「①(ギリシャ俳優の)仮面、マスク。②(芝居の)役、登場人物。③役割、資格、役目、境遇、品位、対面。④位格(神の存在形式、ペルソナ)。⑤人格(個性)、法人(格)。⑥(文)人称」。これは、小倉貞秀『ペルソナ概念の歴史的形成——古代よりカント以前まで』(以文社、2010年)8頁によれば、ペルソナの意味が時代と共に変遷してきたことを示しているという。そして、当初は「仮面」とか「役割」といった意味で用いられていたものが、ボエチウス(Boethius,480-526)によって「ペルソナとは、理性的本性をもつ個の実体である」とされてから、理性的存在を意味する言葉として用いられてきたとされている。この点については、ホセ・ヨンバルト『人間の尊厳と国家の権力』(成文堂、1990年)37頁以下参照。また、稲垣良典『人格の哲学』(講談社、2022年)126頁も参照。なお、日本で明治以降にドイツ語(又は英語)のPersonの訳語として「人格」という言葉が用いられてきた経緯については、佐古純一郎『近代日本思想史における人格概念の成立』(朝文社、1995年)参照。
- 10) 事実、佐藤は、「<インタビュー>憲法13条と人格的自律権の展望」憲法研究4号(2019年)18頁で、「私のいう『人格』は、ほぼ③、そして当然に④に相当する」と述べている。
- 11) 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』(成文堂、1993年)62頁以下、戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究58号(1996年)9頁、根森健「人権の基本原則としての『個人の尊厳』」憲法理論研究会編『人権保障と現代国家』(敬文堂、1995年)77頁以下、玉蟲由樹「人

この問題については、私も、少数説の立場を基本的には支持したい。憲法13条は「すべて国民は、個人として尊重される」(傍点・引用者)と、無条件ですべての国民を個人として尊重すると規定しているからであり、「人格性」とか「人格的自律」の有無を条件としてはいないからである。憲法13条で尊重される個人にそのような条件を設けることは、個人を差別化することになりかねず、個人がさまざまな形で現に存在していること(多様性)を無視することにつながりかねないと思われるからである。

このような考え方に対しては、通説的立場の側からは、つぎのような批判が、例えば土井真一から出されてきた。「ここで論じられている倫理性は、他者と共生するために必要な善悪の判断能力及び行為の規律能力を意味するにすぎない。この意味での倫理性をも否定することは、協働関係の構築のために必要となる規範ならびにそれに基礎付けられる権利、義務および責任などの成立可能性を否定することに繋がりがねない」[本条前段は、すべての個人において、このような能力・資質が少なくとも潜在的に存在することを承認したものと解すべきである]¹²⁾。ただ、現実には、そのような能力を先天的あるいは後天的に不足している個人が存在することは否定しがたいのであって、そのような個人について、そのような能力が「潜在的に存在する」とすることは、現実の個々人のあり方を踏まえない議論と言えなくもならないと思われる。この点に関して、土井は、「先天的な事由によりかかる資質・能力を欠く場合であっても、可能態としてかかる資質・能力を有し得た存在であり、また後天的な事由による場合には、現実態としてかかる資質・能力を有していたのであって、いずれも人格性と無関係な存在ではない」¹³⁾とするが、しかし、これも、現実の個々人をありのままに見た議論とは言えないように思われる。

ちなみに、ドイツでも、このような「潜在的な能力」説はデューリッヒ(Dürich)などによって唱えられてきた。デューリッヒは、すべての人間は自分自身を認

間の尊厳保障の法理』(尚学社、2013年)37頁以下など参照。

12) 土井真一「憲法13条」長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣、2017年)73頁。

13) 土井・前掲注(12)76頁。

識し、自分自身を規定し、そして自分と周囲の環境を形成することができる精神の力によって人間となるが、そのような能力は、現実の人間にすべて備わる必要はなく、それは抽象的な可能性（潜在的能力）（potentielle Fähigkeit）でもよいとする。そして、そのような潜在的能力を精神障害者や未出生の胎児、さらには死者にも認めた¹⁴⁾。また、連邦憲法裁判所も、中絶（第1次）判決で、「その始期から人間存在に賦与される潜在能力は、（胎児の）人間の尊厳を根拠づける」¹⁵⁾とした。たしかに、胎児については、そのような潜在的能力を肯定することができるが、しかし、不治の認知症にかかっている人間についてもそのような潜在的能力説が妥当するかどうかについては、少なからず疑問が残ると思われる。

もちろん、できるだけ多くの人々が、「自律的意志」をもち、また「道徳的行為の主体」となるべく務めることは望ましいことであるし、また必要なことでもあるといえよう。その意味で、教育基本法1条が「教育の目標」として「人格の完成を目指（す）」ことを掲げていることは正当といえよう¹⁶⁾。また、ボン基本法2条1項が「人格（Persönlichkeit）の自由な発展」の権利を保障していることも、積極的に評価すべきであろう¹⁷⁾。ただ、そのことから、現実によ

14) G.Dürigin:Maunz/Dürig,GG Kommentar(6.Aufl.1983)Art.1 Abs.1, Rn.18,19; ders.,Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde,AöR81(1956)S.125f.

15) BVerfGE 39,1 (41).

16) この点からすれば、奥野恒久「憲法学における『個人の尊重』原理の政策論への架橋(1)」龍谷政策学論集11巻1・2号(2022年)102頁が、「価値内容がどうであれ、それぞれが自分の価値を持とうとするよう促すことは教育において必要なことだ」と述べているのも、首肯できるといえよう。なお、教育基本法の起草者によって書かれた教育法令研究会『教育基本法の解説』（国立書院、1947年）29頁によれば、ここにいう「人格」とは、「自己意識の統一性又は自己決定性をもって統一された人間の諸特性、諸能力」のことをいうとされている。なお、教育基本法の「人格」条項の制定過程については、杉原誠四郎『教育基本法の成立——「人格の完成」をめぐる』（日本評論社、1983年）参照。

17) ドイツにおける「人格の自由な発展」については、田口精一『基本権の理論』（信山社、1996年）77頁、根森健「人間の尊厳の具体化としての人格権」小林孝輔編『ド

のような「人格」の完成や発達を目指すことがさまざまな事情で十分にはできない人達が存在することを否認することにはならないし、またそのような人達は「尊重」に値しないことにはならないであろう。

ちなみに、ドイツでも、「人間の尊厳」の主体としての「人間」に人格性を要件とすることは「尊厳」の主体に差別をもたらすとして批判する有力な学説があることは留意されてよいであろう。例えば、ベッケンフェルデ(Böckenförde)は、要旨次のように言っている。それ(人格概念を用いること)は、いまや人間の生命と人格的な生命と間に差別化を導入する機能を果たすことになる。人格概念は、人間の尊厳の尊重命令の保護領域を限定することに資する。つまり、すべての人間があるいは人間の生命のすべての段階にあるものが人間の尊厳に与ることができなくなるのである。しかし、基本法1条1項は、「人間の尊厳は不可侵である。それを尊重し、かつ保護することはすべての国家権力の義務である」と書いていて、ここでは、人格(Person)の尊厳については述べられておらず、人間(Menschen)の尊厳について述べられている。尊厳は、人間に、一定の特性、メルクマール、あるいは現実の能力とは無関係に人間に帰属しているのである¹⁸⁾。また、バドウラ(Badura)は、つぎのようにいっている。基本法1条1項についての人格主義的な理解は、人間を現に存在するままの状態ではなく、一定の倫理的理念に従って存在すべき状態で捉えることになる。そのような理解は、特別に保護に値する人々を一定の条件の下に基本法の保護の射程から排除することへの道を開くことになる¹⁹⁾。たしか

イツ公法の理論』(一粒社、1992年)297頁など参照。

18) E-W Böckenförde, Menschenwürde als normatives Prinzip, JZ (2003) S.809ff. ちなみに、現代ドイツの代表的な哲学者の一人であるクヴァンテ(M. Quante)は、その著書『人格』(後藤弘志訳)(知泉書館、2013年)168頁で、人格と人間とは違うことをつぎのようにいう。「人間有機体は、人格であることをやめても存続しうる。これに対して、人間有機体の持続性条件を提供するのは、人間有機体であるという属性の方である。この属性が欠け落ちれば、当該個体は存続することをやめる。この意味で、人間有機体にとって本質的なのは『人間であること』であって、人格であることではない」。

19) P. Badura, Generalprävention und Würde des Menschen, JZ(1964) S.341. また、J.

に、連邦憲法裁判所は、2006年のいわゆる航空安全法判決で、「いかなる人間（Mensch）も、人格（Person）として、その特性、その肉体的・精神的状態、その能力及びその社会的地位にかかわらず、この尊厳（＝人間の尊厳）を有している。これは、いかなる人間からも奪い取られることはできない」²⁰⁾と述べている。しかし、ここで言われている「人格」は、その文意からも明らかなように、自律性とか道徳性とかに関連づけられているわけでは必ずしもなく、むしろ、前引した『広辞苑』では②の意味で用いられているとあってよいように思われる。

もっとも、個人の尊重に際してこのように「人格的自律」とか道徳性を条件としない場合に問題となってくるのは、それでは、何が故に個人は最高の価値としてあるいは尊厳をもった者として尊重されなければならないのかという問題である。この点について、私は、さしあたっては、つぎのように考えている。すなわち、すべての個人は、それぞれに多様な形で生きる代替不可能な唯一のかけがえのない存在であり、しかも、やがては死すべき有限の存在である²¹⁾。そうであるからこそ、すべての個人は、その能力や倫理性の有無にかかわらず、最高の価値をもち、また尊重に値すると思われる。憲法13条が「個人の尊重」

F.Lindner, Die Würde des Menschen und sein Leben, DÖV(2006)S.583も、「自律性（Selbstbestimmung）は、あらゆる人間が、例えば幼児や脳機能障害者のように、自律の能力をもつわけではないので、人間の尊厳の基体（Substrat）とはなり得ない」と述べている。

20) BVerfGE 115,118 (152).

21) 土井・前掲注(12)70頁が、個人を尊重することの理由として、「各人の存在の唯一性及び代替不能性」を指摘しているのは、その限りで適切と思われるが、さらに、いかなる個人も「死すべき有限の存在である」ことをも指摘することが必要だということ、そして、「人格的自律性」は不要だということが、土井説と違う私見の趣旨である。ちなみに、日本も批准している障害者権利条約1条は、「障害者の固有の尊厳」を規定するとともに、「障害者には、長期的な身体的、精神的、知的又は感覚的な機能障害であって、様々な障壁との相互作用により他の者との平等を基礎として社会に完全かつ効果的に参加することを妨げ得るものを有する者を含む」と規定している。

を規定したのは、このようなことを憲法的な価値として認めたものと言うことができると思われる²²⁾。

(2) 「強い個人」について

なお、この点との関連で問題となるのは、樋口陽一が提唱してきた「強い個人」論である。樋口は、近代以降の人権の主体としての個人は、「強い個人」であるとして、その趣旨を要旨つぎのように述べている²³⁾。「狭義での人権の観念は、身分制共同体から解放された意思主体としての個人、自己決定をし、その結果に耐えることのできる自律的個人を想定していた、ということが重要なのである。しかし、いうまでもなく、そのような『強い個人』は擬制であり、実際の生身の人間は、弱い存在であった。」「『権利のための闘争』を担おうとする弱者、その意味で『強者であろうとする弱者』、という擬制のうえにはじめて、『人』権主体は成り立つのである」。人権を支える「近代」の論理のなかに、はじめから、二つの要素の緊張関係が存在していた。「それは、人権の形式 (contenant) と内容 (contenu) との間の緊張にほかならない。すなわち、個人の自己決定という形式と、個人の尊厳という実質的価値の不可変異性との間の緊張である。」「われわれは、『人権』を語ろうとするかぎり、『近代』のこ

22) なお、個人の尊厳の意味についてもっとも早い時点で解明した法哲学者である恒藤恭が、同「個人の尊厳」尾高朝雄教授追悼論文集『自由の法理』（有斐閣、1963年）3頁以下でつぎのように述べていることも留意されるべきであろう。「個人の尊厳と人格の尊厳とは密接につながり合うものであるけれども、二者のあいだには本質的な相違が存することを否定しえないとおもう」、「あらゆる人間が生まれながらに等しくそなえている人格の尊厳こそは個々の人間の尊厳の根源である、と論ずるカントの学説が妥当である、とはおもわれぬ」。また、石川健治「人格と権利」ジュリスト1244号（2003年）30頁は、「自己決定権を、『人格』という、本来は普遍的な法観念にこっそりと道徳的な基礎付けを注入して、『人格的自律』というマジック・ワードで語り続けることが、一体いつまで可能であるかも、予測がつかないところである」と述べている。

23) 樋口陽一「人権主体としての個人」憲法理論研究会編『人権理論の新展開』（敬文堂、1994年）19頁、同「人間の尊厳vs人権？」民法研究4号（2004年）31頁、同『国法学＜補訂＞』（有斐閣、2007年）54頁以下。

のアポリアを回避して、安易な『ポスト・モダン』に逃げ込むことはできない。

樋口のこのような議論は、近代憲法史そして近代立憲主義についての深い洞察を踏まえて展開されているだけに、その本格的な検討は将来の課題に委ねざるを得ないが、ただ、本稿との関係でごく簡単に現在の時点での私見を述べておけば、以下のようなになる。第一に、たしかに、憲法12条が「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不斷の努力によって、これを保持しなければならない」(傍点・引用者)と規定しているように、「不斷の努力」をする国民が同条では人権の主体として期待されていることは確かと思われる。この規定は、「権利のための闘争」を国民に求めているといってもよいであろう。また、主権の主体としての「国民」、言い換えれば、憲法15条1項が規定する「国民」も「強い個人」でなければならないと、私も考える。普通選挙権が「成年者」にのみ保障されているのは、まさにそのような「強い個人」を想定しているからといってもよいと思われる。その意味では、樋口の指摘は適切なものと思われる。第二に、ただ、他方で、前述したように、憲法13条前段は、「すべて国民は、個人として尊重される」(傍点・引用者)と規定している。この点からすれば、少なくとも同条では「強い個人」のみならず、「弱い個人」も尊重される主体とされていると解することが、文理解釈上はごく自然ではないかと思われる。その意味では、私は、憲法13条にいう「国民」と憲法12条や15条1項でいう「国民」とでは、異なる「国民」像を想定しているように思われる。いわば、人間 (homme) と市民 (citoyen) の違いといってもよいのかもしれない²⁴⁾。そして、そのこと自体は憲法の矛盾と捉える必要はないと考える。第三に、樋口のいう人権の「形式」(自己決定)と「内容」(人間の尊厳)の緊張関係はたしかに今日の人権論についてのアポリアといってもよいと思われる。ただ、この点に関して念のために確認しておきべきは、「尊厳」が特定の身分や位階にある者にだけでなく、すべての人間に帰属する人権として位置付けられるようになったのは、20世紀に入ってからであるということである。たしかに、

24) フランス人権宣言における人 (homme) の権利と市民 (citoyen) の権利については、辻村みよ子『人権の普遍性と歴史性』(1992年、創文社) 96頁以下参照。

近代に入ってからパスカルやカントは「尊厳」を基本的にはすべての考える者または道徳性をもった者に認めたが²⁵⁾、しかし、憲法の領域で「尊厳」が使用されるに至ったのは、1919年のドイツのワイマール憲法151条1項が「人間の尊厳に値する生存 (menschenwürdiges Dasein)」を規定して以降²⁶⁾であるという事実である。そのことからすれば、「人間の尊厳」と「自己決定」との緊張関係の問題は、すぐれて現代的な問題ということもできると思われる。第四に、そのように解することは、人権について「ポスト・モダン」とか「反近代」の立場に立つということではなく、近代の人権を踏まえつつも、それをさらに発展させたものとして現代の人権を捉える視点からも可能であるように私には思われる²⁷⁾。

25) パスカルは、『パンセ I』(1670年)(前田陽一・由木康訳)(中央公論社、2001年) 248頁以下で有名な「人間は考える葦」という言葉を説いて、その文脈で、「われわれの尊厳のすべては、考えることのなかにある」と述べた。また、カントは、『道徳形而上学原論』(篠田英雄訳)(岩波文庫、1976年) 117頁で、「道徳性と道徳性を有しうる限りの人間性とだけが、尊厳を備えているのである」と述べている。なお、カントのGrundlegung zur Metaphysik der Sitten(1785)の訳書としては、ほかにカント全集7巻『人倫の形而上学の基礎づけ』(平田俊博訳)(岩波書店、2000年)があるが、本稿では、岩波文庫版によった。

26) ワイマール憲法151条1項は、「経済生活の秩序は、すべての人に、人間の尊厳に値する生存 (menschenwürdiges Dasein) を保障することを目指す正義の諸原則に適合するものでなければならない」と規定していた。この規定でいう menschenwürdiges Dasein は、一般に「人たるに値する生存」と訳されているが、上記のように訳すこともできると思われる。なお、1789年のフランス人権宣言6条は、「すべての市民は、……平等にあらゆる公のdignités……に就任することができる」と規定していたが、ここにいうdignités は、高木八尺・末延三次・宮沢俊義編『人権宣言集』(岩波文庫、1957年)、高橋和之編『新版・世界憲法集』(岩波文庫、2007年)、さらには、初宿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集(第三版)』(三省堂、2014年)のいずれにおいても、「位階」と訳されている。ドイツでも、官位(Ämterwürden)の意味で理解されている点については、vgl. H.Dreier,in:Dreier(Hrsg.),Grundgesetz Kommentar(3.Aufl.2013)Bd. I,Art.1 Abs.1,Rn.19.

27) なお、棟居快行「具体的人間像を求めて」阪本昌成先生古稀記念論文集『自由の

二 「個人の尊重」の法的性格

ドイツでは、「人間の尊厳」の不可侵性をうたった基本法1条1項はそれ自体が人権規定としての性格をもつとする見解が学説判例上ほぼ確立しているが、日本国憲法13条の個人の尊重規定がどのような法的性格をもつのかについては見解が分かれている。多数説はこの規定はいわば原則規定であり、それ自体を人権規定と解することはできないとするが²⁸⁾、少数説はこの規定を単なる原則規定ではなく、人権規定でもあると解している²⁹⁾。このような少数説は、例えば、奴隷制度の禁止、人種差別の禁止、拷問・虐待の禁止等を「個人の尊重」違反とする。

しかし、このような少数説の見解は、日本国憲法の解釈論としては必ずしも妥当とはいえないと思われる。憲法13条後段の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」は包括的な人権規定と一般には捉えられており、これと別個独自の人権として「個人の尊重」を構成する実益は必ずしも見当たらないからである。また、「個人の尊重」違反として具体的にあげられている上記事例も、憲法14条や18条などの各条項違反として構成するか、憲法13条後段違反として構成することができると思われる。むしろ、個人の尊重は、生命権をはじめとする人権の保障とその解釈を支える価値原理と捉えるべきと思われる。

法理』(2015年)145頁は「樋口理論の『強い個人』は、それを現実に探し求めることすれば、はじめから国家の統治機構に組み込まれた行政官僚や軍人が最もふさしく、より適切には、そうした者に与えられる官職それ自体が『強い個人』の正体であるのかもしれない」と述べている。しかし、これは樋口理論に対する誤解というべきであろう。なぜならば、樋口理論は、たしかに中間団体の排除によって近代的人権が確立されたとするが、しかし、自律的な個々人の連帯とそのような連帯を踏まえた国家権力の不法な行使への抵抗(権利のための闘争)を否認するものではないと思われるからである。

28) 芦部・前掲注(7)339頁、佐藤(幸)・前掲注(8)174頁、土井・前掲注(12)78頁。

29) 粕谷友介『憲法の解釈と憲法変動』(有斐閣、1988年)83頁、根森健「人権としての個人の尊厳」法学教室175号(1995年)54頁、同・前掲注(11)77頁。

なお、13条前段は、個人の自律の核心に関わる、公共の福祉によっても制限できない「切り札としての権利」を保障したものであるとする見解が江橋崇や長谷部恭男によって唱えられている³⁰⁾。たしかに、13条前段の「個人の尊重」については、後段とは違って「公共の福祉」による制限は文言上はないが、ただ、具体的にいかなる内容の権利が「個人の自律の核心に関わる権利」であるのか、また、「生命、自由、幸福追求の権利」には「個人の自律の核心に関わる」ものは含まれていないのか、両者の明確な線引きができるのかといった疑問は残ると思われる。例えば、長谷部は、プライバシーの権利や「生まれや価値観によって差別されることがないこと」などを具体的に想定しているようであるが、しかし、プライバシーの権利は憲法13条後段に含まれていると解するし、また「生まれや価値観によって差別されることがないこと」は憲法14条によって保障されていると解するので、それらの根拠をあえて憲法13条前段に求める趣旨は、今ひとつ説得力に欠けるように思われるのである³¹⁾。

ちなみに、最高裁は、周知のように、京都府学連事件判決（1969年12月24日刑集23巻12号1625頁）で、憲法13条についてつぎのように述べた。「憲法13条は、……国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえることができる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人もその承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有するものといえるべきである」³²⁾。これは、憲法13条を「国民

30) 江橋崇「立憲主義にとっての『個人』」ジュリスト884号（1987年）8頁、長谷部恭男「国家権力の限界と人権」樋口陽一編『講座憲法学3』（日本評論社、1994年）58頁及び同『憲法（第8版）』（新世社、2022年）149頁。

31) なお、高橋和之「すべての国民を『個人として尊重』する意味」小早川光郎・宇賀克也編『行政法の発展と変革（上）』（有斐閣、2001年）297頁は、「長谷部説は、立憲主義の核心理念である個人の尊重を『切り札』としての人権という構造で浮き上がらせようとしている点において興味深い試みであるが、人権と公共の福祉の対立構造を曖昧化させた点でいまだ十分に詰め切れていないように思う」と批判している。

32) 實原隆志「被疑者の写真撮影と肖像権」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ（第7版）』（有斐閣、2019年）36頁。

の私生活上の自由」の根拠として認めた画期的な判決ということができるが、ただ、憲法13条の前段の「個人の尊重」規定か、後段の規定か（あるいは、その双方か）については、明言しなかった。したがって、この判決を根拠にして、最高裁が「個人の尊重」規定を人権規定と捉えたと解釈することはむづかしいと思われる。

また、非嫡出子に対する法定相続分を嫡出子の二分の一と定めた民法900条4号但し書きの合憲性が問題となった事件（最大決2013年9月4日民集67卷6号1320頁）で、最高裁は、「その合理性は、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」とした上で、同条項を憲法14条の「法の下での平等」に違反すると判示した³³⁾。ここにおいて、最高裁は、「個人の尊厳」を憲法14条のいわば解釈基準として用いたのであって、違憲性の判断根拠として用いたのではなかったといつてよいと思われる。

さらに、夫婦が婚姻した場合には、夫又は妻の氏を称することを定めた民法750条の規定の合憲性が問題となった事件で、最高裁（2021年6月23日大法廷決定、判時2501号3頁）の多数意見は合憲判断を言い渡したが、反対意見を書いた宮崎裕子裁判官と宇賀克也裁判官は、民法の同規定は違憲という、それ自体は妥当な判断を出した³⁴⁾。ただ、この反対意見の根拠は、「同条（憲法24条）2項の個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した法律とはいえず、立法裁量を逸脱している」というものであって、憲法13条の「個人の尊重」を直接的な根拠とするものではなかったし、また、憲法24条2項に関しても、「個人の尊厳」は「法の下での平等」と一体になった形で援用されているのであって、それ自体が単独で援用されているわけではないことに留意されるべきであろう。

33) 高井裕之「嫡出性の有無による法定相続分差別」長谷部ほか編・前掲注(32)61頁。

34) 大河内美紀「夫婦同氏制度の合憲性」『令和3年度重要判例解説』（有斐閣、2022年）26頁。

IV ドイツにおける「人間の尊厳」

憲法13条前段が規定する個人の尊重の意味については、とりわけボン基本法1条1項が、「人間の尊厳（Würde des Menschen）は不可侵である。これを尊重し、かつ保護することは、すべての国家権力の義務である。」と、「人間の尊厳」について規定していることとの関係如何が論議されてきた。

このようなドイツにおける「人間の尊厳」条項については、ドイツにおいて多数の学説判例が存在しており、また日本でも多くの紹介や検討がなされてきた³⁵⁾。この問題について詳細な検討をいま行なうことはできないが、ごく概略的に要点を述べれば、つぎのようになると思われる。

まず、ドイツでは「人間の尊厳」については、その意味内容や根拠づけ、さらにはその享有主体などに関して多くの見解が出されてきたが、確立した見解は現在でもなお存在していないように見える。ボン基本法の制定当初においては、デューリッヒ³⁶⁾などがカントに依拠していわゆる「客体定式」（Objektformel）³⁷⁾を採用して、連邦憲法裁判所も、この定式をいくつかの判

35) 田口・前掲注(17)、ホセ・ヨンパルト・前掲注(9)、青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』（尚学社、1996年）、同『憲法における人間の尊厳』（尚学社、2009年）、玉蟲・前掲注(11)、西野基継『人間の尊厳と人間の生命』（成文堂、2016年）、同『尊厳概念の生成と構造』（晃洋書房、2021年）、嶋崎健太郎「生命の権利と人間の尊厳」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力（上巻）』（信山社、2003年）311頁、押久保倫夫「『人間の尊厳』対『人間の尊厳』」憲法理論研究会編『変動する社会と憲法』（敬文堂、2013年）165頁、同「それでも『人間の尊厳』は絶対である」前掲注(1)『憲法学の創造的展開』443頁など参照。

36) Dürich, aa.O.(Fn.14) AöR81 (1956)S.127 では、「人間の尊厳は、具体的な人間が客体へと、単なる手段へと、代替可能な量へと貶められる場合に侵害される」と述べられている。

37) ちなみに、カントの「客体定式」とは、前掲注(25)『道徳形而上学原論』によれば、つぎのようなものである。「人間ばかりでなく、およそいかなる理性的存在者も、目的自体として存在する、すなわちあれこれの意志が任意に使用できるような単なる

例で採用してきた。そのいくつかの判例を紹介すれば、つぎのようになる³⁸⁾。

一 判例における「客体定式」

(1) 「法的審問を求める権利」判決

ボン基本法103条1項が規定する「法律上の審問を請求する権利」が争われた憲法異議で、連邦憲法裁判所は、1959年1月8日に、つぎのように判示した。「(この法的審問の権利は)裁判手続きの領域における法治国家思想の帰結である。」「個人は、法的決定の単なる客体(Objekt)であってはならず、自己の権利が関わる決定に先立って、その手続きに影響を与え、その結果を受け入れるためには、発言する機会を与えられなければならない」³⁹⁾。

(2) 盗聴法判決

1968年の非常事態憲法の制定の一環として、ボン基本法10条2項に公的機関による盗聴が認められることになり、この規定を踏まえて1968年に「信書・郵便及び電気通信の秘密を制限するための法律」が制定されたが、基本法10条2項が憲法改正権の限界を定めた基本法79条3項などに違反し、この法律も違憲であるとして争われた憲法異議及び抽象的規範統制において、連邦憲法裁判所の多数意見は、1970年12月15日にその判示の中で要旨以下のように述べた。人間は国家権力の単なる客体とみなされてはならないといった一般的定式に関しては、すべてはいかなる状況の下で人間の尊厳が侵害されるかの確定にかかっている。人間は、さまざまな関係性や社会的発展の単なる目的客体となる

手段としてではなく、自分自身ならびに他の理性的存在者たちに対してなされる行為において、いついかなる場合にも同時に目的とみなされなければならない(101頁)。「君自身の人格ならびに他のすべての人の人格に例外なく存するところの人間性を、いつでもまたいかなる場合にも同時に目的として使用し決して単なる手段として使用してはならない」(103頁)(傍点は、原文のまま)。

38) 「人間の尊厳」に関する基本的な判例の概要については、鈴木・三宅編・前掲注(5)50頁以下参照。

39) BVerfGE9,89(95)。この判決については、vgl.,T.Geddert-Steinacher,Menschenwürde als Verfassungsbegriff(1990)S.152。

ことがしばしばあるだけでなく、法の客体となることもありうる。「法律を執行する公権力による人間の尊厳の取り扱い、それが人間の尊厳に抵触する場合には、その人格性の故に人間に帰属する価値の侮蔑 (Verachtung) の表現でなければならない」⁴⁰⁾。この判決は、「客体定式」を一部修正したのか、それとも「客体定式」をより具体化したのかについては、議論が分かれるところであった。

(3) 終身自由刑判決

刑法211条が殺人罪について終身刑を規定していることが基本法1条1項、2項等に違反していないかどうか争われた裁判で、連邦憲法裁判所は、1977年6月21日に以下のように判示した。「人間を国家の単なる客体とすることは人間の尊厳に矛盾する。『人間は常にそれ自体が目的でなければならない』という命題は、すべての法領域に無制限に妥当する。」「人間の尊厳の要請は、とりわけ残虐で非人間的で品位を貶める刑罰から免れることを意味する。犯罪者が、憲法上保障された自らの社会的価値及び尊厳を請求する権利を侵害された状態の下で、犯罪撲滅のための単なる客体とされてはならない」⁴¹⁾。

(4) 「悪魔の舞踏」事件判決

刑法131条1項4号は、「人間の尊厳を害する態様」で人に対する残虐若しくは非人道的な暴力行為を描写する文書を作成・提供などを行なった者を処罰する旨を規定していたが、「悪魔の舞踏」という名前のホラー映画を収めたビデオカセットを販売、提供することがこの規定に違反するとして没収の決定を受けた。これに対して、このビデオカセットの利用権者が、憲法異議を申立てたところ、連邦憲法裁判所は、1992年10月20日に、「人間の尊厳」に関して、以下のように判示した。「(人間の尊厳という概念は) 人間を国家の単なる客体としたり、その主体性を原理的に脅かすような取り扱いをすることを禁じている。このような意味での人間の尊厳は、具体的な人間の個別的な尊厳のみならず、

40) BVerfGE30,1(26).この判決については、西浦公「通信の秘密とその制限」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(信山社、1996年)212頁参照。

41) BVerfGE45,187(228).この判決については、日笠完治「終身自由刑と人間の尊厳」前掲(注40)『ドイツの憲法判例』16頁参照。

類としての人間（Menschen als Gattungswesen）の尊厳でもある。何人も、その特性、能力及び社会的地位の如何にかかわらず、尊厳を有している。それは、身体的または精神的状態によって意味ある行動をとることができない者にも帰属する。それは、『品位を欠いた』行動によっても、失われることはない。それは、いかなる人間からも取り去ることはできない⁴²⁾。

（5）航空安全法判決

この事件は、ハイジャックされた航空機が乗客を乗せた状態でそれをテロに利用して地上のさらなる死傷者を出す十分な理由が認められる場合には、政府はその航空機を撃墜することができることを定めた航空安全法14条の合憲性が争われたものであるが、連邦憲法裁判所は、2006年2月15日の航空安全法判決において、以下のような理由で同法の違憲性を判示した。「このような取り扱い（＝撃墜）は、尊厳と不可侵の権利を与えられた主体としての当事者の地位を無視している。かれら（＝乗客）を殺害することが他者を救う手段として用いられることによって、彼らは物として扱われ、同時にその権利を奪われるのである。犠牲者として彼等自身が保護を必要としている航空機の乗客達は、国家によって一方的に生命を処分されることにより、かれら自身に人間として備わっている価値を否定されることになる」。ただ、この判決に関しては、それでは、ハイジャックされた航空機によるテロ行為によって殺害されるかもしれない多数の地上の人達の生命や尊厳はどうなるのかといった批判も出されて、「人間の尊厳」論に新たな一石を投じた⁴³⁾。

42) BVerfGE87,209(228).この判決については、西浦公「暴力描写と類推的処罰及び検閲の禁止」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）139頁参照。

43) BVerfGE115,118(154).この判決については、嶋崎健太郎「航空安全法判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅳ』（信山社、2018年）81頁及び拙著『立憲平和主義と有事法の展開』（信山社、2008年）362頁以下など参照。

二 「人間の尊厳」の根拠づけと内容

(1) 「人間の尊厳」の根拠づけ

ただ、上記のような「客体定式」では、国家や個人が具体的にどのような行為を行なえば、人を「客体」としてあるいは単なる「手段」として取り扱うことになるかは必ずしも明確ではなく、客観的な基準としてはその曖昧性が少なからず指摘されてきた。そこで、学説上提示されてきたのが、①天賦理論 (Mitgifttheorie)、②能力理論 (Leistungstheorie)、③承認理論 (Anerkennungstheorie) またはコミュニケーション理論 (Kommunikationstheorie) などである⁴⁴⁾。

ここにおいて、「天賦理論」とは、人間は、自由で理性的な自己規律の能力を神あるいは人間の本性により与えられており、そこに「人間の尊厳」の根拠があると見る見解である。その1つは、キリスト教でいう「神の似姿」(imago Dei) 論であり、旧約聖書の「創世記」(1章)にある「神はご自分にかたどって人を創造された。」⁴⁵⁾に由来する。人間は、「神の似姿」として尊厳をもつというのである。

また、その2は、カントの人間の本性論であるが、カントは、尊厳は人間の本性に内在するとしてつぎのように言っている。「人間性それ自体が、尊厳なのである。なぜなら、人間は、だれからも(他人によっても、また自己自身によっても)単に手段として使用されることはできず、常に同時に目的として使用されねばならないからである。そして、この点に、まさに人間の尊厳(人格性)が存在するのであり、それによって人間は、世界における人間以外の、しかも使用可能なすべての存在者に、したがってすべての物件に優越するのである」⁴⁶⁾。「道徳性は、理性的存在者が目的自体となり得るための唯一の条件で

44) ボード・ピエロート他(永田秀樹ほか訳)『現代ドイツ基本権(第2版)』(法律文化社、2019年)116頁参照。

45) 日本聖書協会『聖書』(1987年)(旧)2頁。

46) カント全集第11巻(樽井正義・池尾恭一訳)『人倫の形而上学』(岩波書店、2002年)350頁。

ある。彼は、この条件のもとでのみ、目的の国において立法する成員たり得るからである。それだから道徳性と、道徳性を有し得るかぎりの人間性とだけが、尊厳を具えているのである」⁴⁷⁾。

つぎに、「能力理論」とは、人間の尊厳を決定づけるのは、アイデンティティ形成と自己実現の能力であるとする。この説を提唱するルーマン (Luhmann) は要旨つぎのようにいう⁴⁸⁾。人間の尊厳は、おそらくは知性の一定の基礎などとはちがって人間に自然的素質として備わっているものではない。それは、また、ただ単に人間がある一定の自然的素質を備えるが故にもっている価値でもない。尊厳は、構成され (konstituiert) なければならない。それは、自覚的であれ、無自覚的であれ、困難な自己表出能力 (Darstellungsleistung) の成果である。そして、それと同じ程度に恒常的で社会的な協同の成果でもある。尊厳の問題は、整合的で説得的な自己表出の困難性という点にあり、また、このような課題の解決に対する人間の自己責任という点にある。自己に責任を負わせる表出について、人間は、自ら決定しなければならない。なぜならば、人間だけが、人間とは何であるかを規定することができるからである。この点においてこそ、憲法は、人間を国家から保障するのである。

さらに、「承認理論」または「コミュニケーション理論」とは、この理論の提唱者であるホフマン (Hofmann) によれば、要旨つぎのようになる⁴⁹⁾。「天賦理論」も「能力理論」も、基本法1条1項が、①法の下での平等、②身体的、精神的アイデンティティと統合性の保障、③人間の尊厳に値する生存の確保を要請していることについては一致しているが、ただ、両説とも、尊厳が存在の所与性 (Seinsgegebenheit) として、つまりは、個人の質や特性として、あるい

47) カント・前掲注 (25) 116頁以下。

48) N.Luhmann, Grundrechte als Institution (1965) S.68ff. なお、同書の翻訳としては、今井弘道・大野達司訳『制度としての基本権』(木鐸社、1989年) 99頁以下参照。但し、拙文では、訳書とは若干異なった訳し方をした個所もある。

49) H.Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993) S.353ff. なお、この理論については、押久保倫夫「関係概念としての『人間の尊厳』」東海法学46号 (2013年) 13頁以下に詳細な検討がなされている。

はまた個人の能力として考えられている点に問題がある。尊厳の根拠は、人間が自由かつ平等な存在として相互に責任を負い、認め合う承認にあり、その承認により連帯の共同体としての国家的共同体に自らをつなぎ止めることにある。尊厳とは、法的意味においてはなんら実体概念とか性質概念とか能力概念ではなく、関係概念またはコミュニケーション概念なのである。尊厳は、個人の人と人との関係性のカテゴリーとして捉えられなければならない。基本法1条1項の保護法益は、個人の一定の特性とか能力ではなく、むしろその核心において人間相互の連帯というべきである。それ故、人間の尊厳は、具体的な承認共同体から切り離されては考えられ得ない。

以上のような理論については、いずれも一長一短であって、定説らしきものは存在していないように思われる。例えば、「天賦理論」のうちの「神の似姿」論については、キリスト教の信者にとっては受け入れやすいとしても、非キリスト教徒にとっては受け入れがたいものであろうし、また、カントの理論も、その過度の道徳性には疑問が出されるし、「客体定式」も必ずしも明確性もっているわけではないと批判され得よう。また、「能力理論」については、「成功の機会と同時に、自己形成と自己実現が失敗したときのリスクをも提供する」⁵⁰⁾とも指摘されている。さらに、「承認理論」については、コミュニケーション能力を欠いた人間については、その尊厳をどう考えるのかといった疑問も提起されるであろう⁵¹⁾。

(2) 「人間の尊厳」の内容

上記の諸理論は、いずれも一長一短であって、必ずしも通説らしきものは存在していないように見える。フーヘン (Hufen) も、「三つの理論は、重要な

50) ピエロート他・前掲注 (44) 117頁。

51) 例えば、精神病者の問題に関して、ホフマンは、「相互承認の約束は、私たちの間で人間をさげすむことを許容することを禁じている。この禁止は、民主主義的には、われわれの内のいかなる者も、他人の上位に取り立てることは原則的に許されないというように読み取ることができるし、またそのように読み取らなければならない。」(S.376)と答えているが、これは、必ずしも的確な解答にはなっていないように見える。

見解を含んでいるが、しかし、それらが誇張されたり、絶対化されたりすると、人間の尊厳自身にとっても危険となる」⁵²⁾と述べている。

ただ、ピエロート他によれば、いずれの見解にあっても、以下の事項は「人間の尊厳」の保護領域に含まれるという点では、一致しているとされている⁵³⁾。①人間の主体性、とりわけ肉体的、精神的同一性および統合性、②人間が原則として法的に平等であること、③最低限度の生存の保障。そして、これらの保護領域に対する介入についても、つぎのようなものが典型的な事例としてあげられる点でも多数意見は一致しているとされている。①身体的、精神的同一性及び統合性への介入は、とくに拷問、薬物や催眠術を用いての意思破壊、調査、訓致目的のための秘密のもしくは強制的な医療操作あるいは人間的親密性の破壊によって引き起こされる。②原則的な法の平等への介入は、奴隷制、農奴制、人身売買、その他の制度的差別、凌辱、奴隷扱いによって引き起こされる。③最低限度の保障への介入は、自らの必要を自ら満たす最低限度のものが与えられない可能性、あるいは必要な物質的・文化的資源が拒否されることによって引き起こされる。

その他の学説も、これと大きく変わることはないが、いくつかをあげれば、つぎのようになる。例えば、フェフリング (Höfling) は、基本法1条1項が重大な侵害に対して保護すべき問題領域としては主として次の4点があげられるとする。①身体的な統合性の保護と尊重、②人間にかなった生活基盤の確保、③基本的な法的平等の保障、④個人のアイデンティティと統合性の確保⁵⁴⁾。そして具体的には、①身体的な統合性の保護と尊重に含まれるものとしては、拷問、前近代的な刑事制裁、そして国家による殺害などが「人間の尊厳」に対する侵害に当たるとする。②人間にかなった生活基盤の保護と尊重に関しては、高度産業社会または産業化以降の社会では、個人は、自力では自らの生存条件を確保することができないことがあり、したがって、老化、病気、障害、失業

52) F.Hufen,Staatsrecht II Grundrechte (8.Aufl. 2020)S.134.

53) ピエロート他・前掲注(44)118頁及び120頁。

54) W.Höfling,in:Sachs(Hrsg.),Grundgesetz Kommentar(8.Aufl.2018)Art 1,Rn.19.

などによって自己保護の可能性を欠くに至った者は、物質的な生存の最低限を請求する権利をもつ。③基本的な法的平等の保護によって禁止されるのは、奴隷制や人種の差別のみならず、その他の同様に人を貶める不平等な取り扱いも禁止される。また、いわゆる遺伝上の差別によっても、人間の尊厳は侵害される。④個人のアイデンティティの確保に関して指摘されるのは、アイデンティティと統合性とは可能な限り自律的な自己表出のプロセスを指し示しているということである。自己表出と発展は他者によって、または他者の助けによって実現されるので、人間のそのような社会性、人間相互の関係性が意味されるかぎりでは連邦憲法裁判所が展開した人間像の定式は賛同できるが、ただ、それが人間の尊厳を基本権の制限の下に服させることになるような場合には、不適切となる。人間は、自由で、定義不可能な開かれた存在である（基本法の開かれた人間像）。

また、エッピング (Epping) は要旨つぎのようにいう⁵⁵⁾。連邦憲法裁判所の判例に照らせば、以下の六つの事例グループが、基本法1条1項の保護領域として捉えられる。①身体的統合性の保護、②基本的な生活基盤の保護、③個人の名誉保護、④私的生活形成の不可侵の核心領域の保護、⑤個人のアイデンティティの保護、⑥基本的な法的平等の保護。

具体的に例示すれば、①身体的統合性の保護としては、拷問や残虐な刑罰からの保護などが含まれる。また、基本法102条の死刑の廃止も、この保護の特別の現われと見ることができる。②基本的な生活基盤の保護は、人間にふさわしい最低限度の生存の保障を求める権利によって確保される。例えば、連邦憲法裁判所の判例によれば、生存の最低限度については課税してはならない旨を人間の尊厳は要請している。③個人の名誉保護としては、貶みとか重大な侮辱に対する個人の保護請求権が含まれる。④私的生活形成の不可侵の核心領域の保護としては、基本法1条1項は、各人が国家からの監視から自由に内的な出来事や自分の性的特性を表現できることを前提としている。従って、例えば私的な住居を盗聴したりして私的領域に介入することは禁止される。⑤個人のア

55) V.Epping.Grundrechte (8.Aufl.2019)S.310ff.

イデンティティの保護としては、例えば、性転換を国法が禁止したりすることは人間の尊厳と抵触することになる。刑事手続において人間を単なる目的として取り扱い、例えば、ウソ発見機をその意思に反して使用することは認められない。⑥基本的な法的平等の保護としては、人を劣等な人間として差別的に取り扱うこと。エッピングによれば、人間の尊厳とは、平等を指向するものであり、それは、ひとえに人間としての種に属していることに根拠を有しているとされる⁵⁶⁾。

三 「尊厳」の享有主体

ボン基本法1条1項は「人間の尊厳 (Würde des Menschen) は不可侵である」と述べているが、「尊厳」の享有主体とされている「人間 (Menschen)」についても、これまでもさまざまな議論が交わされてきた。

(1) 出生した自然人

出生した自然人が、基本的に「尊厳」の享有主体とされていることは、当然であろう。ただ、ここにおいて、その個人が、自己決定能力や理性的な判断能力を有しているかどうかは、問題となりうる。かつてデューリッヒは、つぎのように述べていた。「すべての人間は、非人格的な自然から人間を際立たせるその精神の力によって、そして、自らの決定によって自己自身を認識し、自己自身を規定し、そして、自己とその環境を形成する能力を賦与する精神の力によって人間である」⁵⁷⁾。デューリッヒにおいては、このような精神能力を有している人間が「尊厳」の享有主体とされるが、これに対して、「人間から生み出されたすべての生命体」が「尊厳」の享有主体となるとするのが、シュタルク (Starck) である。かれは、つぎのように言う。尊厳 (の享有主体) は、自己を確立できる者に限定されてはならない。尊厳の保護を自から確立した尊厳に

56) その他にも、例えば、A.Podlech,in : E.Denninger,u.a.(Hrsg.),AK-GG(3.Aufl.2001) Art.1,Rn.23ff.は、「人間の尊厳」保障の条件として、①個人的及び社会的生存の確保、②人間の法的平等、③人間の一体性と統合性の確保、④国家の権力使用の制限、⑤人間の身体的偶有性 (Kontingenz) の尊重をあげている。

57) Dürich,a.a.O.(Fn.14) Rn.18.

限定することは、「尊厳を欠いた」者を保護しないことになる。それは、今日は身体的奇形者かもしれないが、明日には精神病者かもしれないし、さらに明後日には精神的奇形者（反逆者または階級敵）になるかもしれない。そのような事態を阻止することが憲法上の尊厳保障の目的である⁵⁸⁾。バッケンフェルデも前引したように、基本法1条1項は、すべての人間に尊厳を保障している以上は、その人間の人格性の有無を問うべきではないとしているのである⁵⁹⁾。

さらに、連邦憲法裁判所も前引した「悪魔の舞踏」事件判決において、以下のように述べている。「いかなる者も、その特性、能力または社会的地位に関わりなく尊厳を有している。それは、身体的または精神的状態によって、分別をもって振るまうことができない者にも帰属する。『品位を欠いた(unwürdig)』ふるまいをすることによっても、尊厳を失うことはない。尊厳はいかなる者からも奪い取ることはできない」⁶⁰⁾。

なお、「尊厳」の享有主体は、あくまでも自然人であって、法人が享有主体とはなり得ないことについては、学説上も異論はないといえる。

(2) 胎児または胚

ドイツで激しく争われてきたのは、未出生の胎児または胚もまた「尊厳」の享有主体となるのか否か、なるとした場合にはいつの時点から享有主体となりうるのかという問題である。人間の生命は、ごく簡単にいえば、受胎、子宮への着床、脳の形成、母体外での独立生存可能化、出生、認識能力の形成といった段階をたどるが、この過程のいつの時点から人間の尊厳の享有主体となるのかという問題である。この点、連邦憲法裁判所は、1975年2月25日の第一次中絶判決⁶¹⁾で、つぎのように判示した。「生命は受胎後14日（着床、個体化）から始まる。そこから開始される発展過程は、連続的な過程であり、それには明確な切れ目はなく、人間の生命の異なった発達段階に正確な境界づけは、許さ

58) C.Starck,in:Mangoldt/Klein/Starck(Hrsg.), GG Kommentar(7.Aufl.2018)Art.1 Abs.1, Rn.24.

59) Böckenförde.a.a.O.(Fn.18)S.809.

60) BVerfGE 87,209(228).

61) BVerfGE 39,1(37,41).

れない。「人間の生命が存在するところでは、それに人間の尊厳が帰せられる。その担い手が、この尊厳を意識しているか否か、また自らそれを守ることを知っているかどうかは決定的なことではない。人間の尊厳を根拠づけるには、人間存在に最初から備わっている潜在的能力だけで十分である」。

この問題に関して、ドイツの学説の多数は、連邦憲法裁判所の判決にはほぼ依拠しながらも、受精の段階から胚 (Embryo) には人間の尊厳が帰属するとしているとよい。例えば、シュタルクは、そのような見解をとる理由をつぎのように述べる。受精した卵細胞に人間の尊厳を否認し、それを物件 (Sache) とみなすとすれば、いつの時点から物件が人間 (Person) になり得るのが根拠づけられなければならないが、それは哲学的にも法学的にも根拠づけられ得ない⁶²⁾。

これに対して、コミュニケーション説をとる立場からすれば、尊厳が認められるのは、出生後の人間についてのみとなるのは、当然であろう。例えば、この立場をとると思われるハーバーマス (Habermas) は、つぎのようにいう。『『人間の尊厳』とは、知力とか青い目のように、生まれつき自然に『持っている』ような特性とは異なる。『人間の尊厳』とはむしろ、相互承認という間人格的な関係においてのみ、そして人格相互の平等主義的なつきあいにおいてのみ意味を持ちうるあの『不可侵性 (Unantastbarkeit)』を際立たせる表現なのである』⁶³⁾。

ドライアー (Dreier) も、「尊厳」は、歴史的にも出生後の人間についてのみ基本的に認められてきたとした上で、かりに出生前の胚にも「尊厳」が認められるとしても、それは、個体化または着床後の胚についてであるとする。その理由は、受精の段階においてははまだ個体化は不明であり、双生児が生まれる可能性もあるからであるとする。「尊厳」があくまでも「個人」の「尊厳」

62) Starck, a.a.O. (Fn.58) Rn.18. なお、Böckenförde, a.a.O. (Fn.18) S.812f. も、基本的にこの立場をとっていると思われる。

63) ハーバーマス (三島憲一訳) 『人間の将来とバイオエシックス』(法政大学出版局、2004年) 59頁。なお、本書の原題は、Die Zukunft der Menschlichen Natur (2001) である。

であるとすれば、双生児の可能性がある胚に尊厳を認めることはできないとするのである⁶⁴⁾。

このように未出生の胎児または胚に「尊厳」を認めるかどうかについては、いくつかの議論があるが、多数説は受精の段階から「尊厳」を認めるように見える⁶⁵⁾。欧米の諸国の中では異例なほどに広範囲に人間の生命性を、また尊厳の享有主体性を認めているのは⁶⁶⁾、一体どうしてなのか。その主たる根拠は、連邦憲法裁判所の上記中絶判決が述べる以下のような説明であろう。「基本法の基礎となっているのは、歴史的経験と過去のナチズムの制度についての精神倫理的分析によつてのみ説明できる国家形成の原則である。社会生活のすべての領域について無制限の支配を要求し、その国家目標の追求に際しては個々人の生命への配慮すらも基本的に意味をなさなかった全体主義国家の全能に対して、基本法は、個々の人間とその尊厳をすべての規制の中心点におく価値拘束的秩序を作り上げた。その基礎には、人間は、その創造秩序において固有の独自価値を有し、それは、すべての個人の生命に対する無条件の尊重を、一見したところ社会的に無価値にみえる者に対する尊重をも絶対的に要請し、それ故にそのような生命をも正当な理由なくして否認することを排除するものである」⁶⁷⁾。

(3) 死者

死者の尊厳については、ドイツでは、これを認めるのが判例・学説の一般的傾向であるといつてよい。連邦憲法裁判所は、いわゆるメフイスト判決⁶⁸⁾にお

64) Dreier, a.a.O. (Fn.26) Rn.84.

65) 西野・前掲注(35)『人間の尊厳と人間の生命』75頁以下参照。

66) 例えば、ドゥオーキン『ライフズ・ドミニオン』(水谷英夫・小島妙子訳)(信山社、1998年)177頁は、アメリカの状況をつぎのように述べている。「ブラック判事は「胎児は憲法上の人ではない」と判示した。「まともな(responsible)法律家のほとんどすべての者——もちろん、政治的ないし学問的にロウ対ウェイド判決を批判する者も例外ではない——は、この点に関する彼の決定が正しかったという点では意見が一致している」。

67) BVerfGE 39.1(67).

68) BVerfGE 30.173(194).この判決については、保木本一郎「芸術の自由の憲法的統制

いて、つぎのように判示した。「その人格性の故に尊厳を有していた人間が、……死後に評価を下げられたり、侮辱されたりすることが許されるならば、これは、あらゆる基本権の基礎になる人間の尊厳の不可侵についての憲法上の要請と矛盾することになる。したがって、基本法1条1項ですべての国家権力に課された、個々人を人間の尊厳に対する攻撃から保護するという義務は、死によって終了することはない」。ただ、ここには、必ずしも明確な根拠づけがなされているわけではなく、したがって、学説においても、その根拠づけをどうするのかについては、潜在能力説、社会観説、照射説などがあるとされている⁶⁹⁾。ここにおいて、潜在能力説とは死者が未出生の者と同様に自律の潜在的な能力を有しているとする説であり、また社会観説とは、死者に対する保護の根拠を特定の社会観に求める立場であり、さらに、照射説とは、死者に対する保護の根拠を生前の人間の尊厳からの「照射」とする説とされる。これらの中で、死者に潜在的な能力を認めることはできないので、潜在能力説が妥当しないのは当然としても、社会観説と照射説とでどちらがよいのか、あるいは他に別の適切な説明の仕方がありうるのかは、むづかしい問題である。ただ、社会観説もその曖昧性は免れがたいので、照射説が相対的に妥当なようにもみえる。いずれにしても、死者にも一定期間は何らかの形で「尊厳」が認められることはドイツでも一般的に承認されているとよいであろう⁷⁰⁾。

(4) 国家 (?)

カントは、『人倫の形而上学』の中で、「国家における三つの権力 (= 立法権、

——メフィスト決定」前掲注(40)『ドイツの憲法判例』147頁以下参照。

69) この点については、玉蟲・前掲注(11)232頁以下参照。

70) なお、英語圏の政治哲学者のマイケル・ローゼン(内尾太一・峯陽一訳)『尊厳』(岩波新書、2021年)179頁は、「私たちが尊厳をもって遺体を扱う義務があるのは、まさに、行動にあたっての私たちの義務のひとつに、敬意を表する行為をすることがあるからなのである」と述べている。日本でも、沖縄の辺野古での新基地建設のためにかつての戦没者の遺骨を含んだ土砂を政府が利用しようとするのに対してハンストで抗議した市民がその理由の一つとして「戦没者の遺骨の尊厳を守るため」と述べたことも(東京新聞2021年6月29日)、注目されてよいであろう。

執行権、裁判権)は、いずれも尊厳をもつ。この三つは、国家の基礎(憲法)を定めるために、国家というものの理念から必然的に生じる本質的な権力であり、国家の尊厳(Staatswürden)をあらわす」と述べていた⁷¹⁾。「尊厳」はもともと「高い社会的身分を示す概念であり、そのような立場にいる人びとにふさわしい名誉、あるいは敬意を込めた扱いを意味する概念であった」⁷²⁾ことからすれば、カントがこのように国家(及びその三権の担い手)に「尊厳」を認めていたことは特に驚くには当たらないといえなくもない。ただ、そのことは、「人間の尊厳」を基本法1条1条で明示的に謳った憲法体制の下でも「国家の尊厳」が認められるかどうかとは、別問題であろう⁷³⁾。

この問題について、今日のドイツでは必ずしも多くの議論はないが、一部には国家の尊厳を認める議論もあるので、ごく簡単に言及しておくことにする。例えば、メルテン(Merten)は、要旨つぎのようにのべて、国家の尊厳を容認する。ドイツ語では、「尊厳」という言葉は、自然人にのみならず、国家の民族的尊厳とか、裁判所、教会、議会などの「尊厳」という形でも用いられている。人間の尊厳と国家の尊厳とは、相互に排除し合うものではない。むしろ、国家は、人間の尊厳と市民的自由を護り、それらに義務づけられることを通して、尊厳を獲得することができる⁷⁴⁾。また、パルチュ(Partsch)は、ボン基本法64条によれば、連邦大統領は、連邦首相の提案に基づき、連邦大臣を任命することが定められているが、この際、連邦大統領は、その任命を拒否することができる⁷⁵⁾と解すべきであり、その根拠は、国家の尊厳にあるとする⁷⁵⁾。さらに、

71) カント・前掲注(46)158頁。

72) ローゼン・前掲注(70)15頁。

73) ちなみに、明治憲法時代に文部省が刊行した『国体の本義』(1937年)では、「皇位は尊厳極まりなき高御座であり、永遠に揺るぎなき国の大本である」(18頁)とか、「神器の尊厳」(20頁)といった言葉が用いられていたが、これも天皇を「神聖不可侵」とした明治憲法の趣旨にかなった説明であったと言えなくもない。

74) D.Merten, Zur Würde des Staates, in: O. Depenheuer, u.a. (Hrsg.), Staat im Wort (2007) S.123ff.

75) K.J.Partsch, Von der Würde des Staates(1967) S.29f.

イゼンゼーも、基本法1条1項でいう「人間の尊厳」との違いには留意しつつも、要旨つぎのように言う⁷⁶⁾。国家は基本権の名宛人 (Adressat) であり、対抗者 (Widerpart) であって、その担い手 (Träger) ではないが故に、国家の尊厳は人間の尊厳の構成要素ではないし、その結果として生み出されるものでもない。ただ、だからといって、法や法学が、国家に尊厳を認めることを妨げられることはない。国家の尊厳を人間の尊厳と反目させるのはよくない。

これに対して、Häberleは、ごく簡単に「国家の『尊厳』は、存在しない。存在するのは人間の尊厳のみである」⁷⁷⁾と述べているし、ツァツォス (Tsatsos) も「尊厳は個人にのみ帰属する」とした上で、要旨つぎのようにいう⁷⁸⁾。人間について考えられた概念が、なんらかの組織、とりわけ国家に転用される場合には重大な危険とコストがかかることになる。国家の尊厳の概念は、絶対主義的な国家理解のコレラートを構成することになる。さらに、フーヘン (Hufen) も、「基本権の観点からは、国家、企業、結社あるいは自治体の尊厳は存在しない。」としている⁷⁹⁾。

たしかに、尊厳という言葉はさまざまなものに冠される言葉であり、国家に付せられることもそれ自体法的に禁じられるというものではないかもしれない。ただ、留意すべきは、国家にも尊厳が付せられた場合には、それで国家の権威化が強められ、人間の尊厳がそれだけ相対化されて、その保障の意義が弱体化するおそれがあるということである。その意味では、国家の尊厳は存在しないとしたヘーベルレの指摘が基本法の下では妥当なものと思われる⁸⁰⁾。

76) J.Isensee,Würde des Menschen,in:Merten/Papier(Hrsg.),Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa,Bd.IV (2011)S.117.

77) P.Häberle,Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft,in:Isensee/Kirchhof(Hrsg.),HStR,Bd.II (2004) S.352.

78) D.Th. Tsatsos,Von der Würde des Staates zur Glaubwürdigkeit der Politik (1987)S.35ff.

79) Hufen,aa.O.(Fn.52)S.143.

80) ちなみに、日本国憲法の下でも、国家の尊厳とか皇室の尊厳といった言葉を用いる著書があるが(例えば、明石元紹『今上天皇 つくらざる尊厳』(講談社、2013年)、先崎彰容『国家の尊厳』(新潮新書、2021年))、しかし、このような尊厳の使用法は

四 「人間の尊厳」の「不可侵性」

(1) 「不可侵性」をめぐる問題状況

基本法は、1条1項で「人間の尊厳は、不可侵（unantastbar）である」と規定し、あわせて79条3項で「この基本法の変更によって……第1条にうたわれている基本原則に触れることは許されない」と規定して、1条は憲法改正をもってしても変更廃棄することができないものとしている。「人間の尊厳」は基本法の中でも最も基本的な原則・基本権とされているのである。したがって、この「人間の尊厳」を他の基本権と比較衡量して場合によっては、「人間の尊厳」を制限するようなことはできないと制定当初から判例学説で考えられてきた。

ちなみに、連邦憲法裁判所は、そのことをいくつかの判例で述べてきた。たとえば1987年のシュトラウス風刺画事件判決では、「一般的人格権が人間の尊厳の直接的な顕現であるかぎりには、この制約は絶対的であり、他の法益とのいかなる比較衡量も不要である。」⁸¹⁾と述べた。また、1995年の「兵士は殺人者だ」事件判決では、連邦憲法裁判所は「人間の尊厳は、すべての基本権の根源（Wurzel）として他の個別基本権と比較衡量が不可能である」と述べた⁸²⁾。さらに、2003年の出版の自由と人間の尊厳に関する判決でも、連邦憲法裁判所は、「人間の尊厳は、すべての基本権の基礎（Fundament）として個別の基本権とのいかなる比較衡量も不可能である」と述べた⁸³⁾。

ところが、1990年代以降、学説においては、このような「人間の尊厳」の不

日本国憲法の下では慎重であるべきと思われる。なお、中国では、2020年10月に国旗法の改正を行ない、「国旗の尊厳」を損なう行為を禁止することにした（日本経済新聞2020年10月19日）。「国旗の尊厳」が人権抑圧のシンボルとなっているとも言えよう。

81) BVerfGE75,369(380).なお、この判決については、田口精一「芸術の自由と人間の尊厳」前掲注(42)『ドイツの最新憲法判例』155頁参照。

82) BVerfGE93,266(293). なお、この判決については、小山剛「意見表明の自由と集団の名誉」前掲注(42)『ドイツの最新憲法判例』149頁。

83) BVerfGE 107,275(284).

可侵性に対する疑問が一部において出されるようになってきた。その背景にあるのは、一つには生命科学技術の急速な進展に伴って、体外受精胚や着床前診断、さらにはクローン問題なども出てきて、胎児や胚の尊厳の存否あるいはその制限可能性をめぐるさまざまな議論が出されてきたことであり、あと一つは、ドイツのみならず世界各地で起きたテロ、特に2001年のアメリカでの9・11事件などを契機として、拷問、とりわけ「救出のための拷問 (Rettungsfolter)」は認められるべきではないか、そのためには「人間の尊厳」も制限されてよいのではないかとといった議論が出されてきたことである。これらのうち、前者の問題については、すでに日本でも多くの紹介や研究がなされてきているので⁸⁴⁾、ここでは取り上げないで、後者の問題、すなわち、拷問、とりわけ「救出のための拷問」をめぐる問題について簡単に言及することにしたい。

もっとも、この「救出のための拷問」についても、日本でもすでにいくつかの研究論文が発表されており⁸⁵⁾、本稿もそれらを参考にしながら、私なりの見方を簡単に述べることにしたい。結論を先取りしていえば、今日でもドイツでは、「人間の尊厳」は不可侵であり、他の基本権や法益によって制限されることはないとする見解が通説的な地位を占めているとあってよいが、一部には、つよい反対論もあるので、以下には、それらについて簡単に検討してみることにして、その上で、通説的な見解をも検討することにしたい。

(2) 「救出のための拷問」肯定論

「救出のための拷問」を肯定し、その意味で「人間の尊厳」の不可侵性を相対化すべきだと主張する代表的な論者とされてきたブルッガー (Brugger) は、その見解を要旨つぎのように述べてきた⁸⁶⁾。ブルッガーは、まず、つぎのよう

84) ドイツ憲法判例研究会編『人間・科学技術・環境』(信山社、1999年)、青柳・前掲注(35)、西野・前掲注(35)など参照。

85) 川又伸彦「拷問禁止の絶対性について」社会科学論集133号(2011年)75頁、玉蟲・前掲注(11)159頁、押久保・前掲注(35)「『人間の尊厳』対『人間の尊厳』」165頁、長利一『ドイツ緊急権の憲法史』(日本評論社、2022年)498頁参照。

86) W.Brugger, Darf der Staat ausnahmsweise Foltern?, Der Staat, 35 (1996) S.67 ; ders., Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, JZ

な事例を出す。すなわち、犯人が、S市に仕掛けた時限爆弾を爆発させると通告してきた。警察は、犯人を逮捕して取り調べたが、時限爆弾の場所や解除方法などを知り、S市の市民の生命を守るためには、犯人を拷問にかける以外に方法はないと判断した。果たしてそのような場合に拷問は許されるのか。

このような事例を、ブルッガーは、警察法、基本法そして国際法に照らして述べるが、まず警察法との関連では、つぎのようにいう。州の警察法、具体例としては、バーデン・ビュルテンベルグの警察法54条2項は、「生命に対する現在の危険または身体の不可侵性に対する重大な危険が現存する場合に、それを防ぐための唯一の手段がそれ（＝犯人の射殺）である場合には」その射殺は許されると規定している。この規定の趣旨は、「罪のない人の生命は犯罪者のために犠牲に供されてはならない」ということである。そうであるとすれば、この趣旨は上記のような事例にも準用できて、拷問は許される。

次に基本法との関係では、基本法104条1項は、「拘禁されている者は、精神的にも肉体的にも虐待されてはならない」と規定しており、この規定はたしかに通常の拷問には該当するが、「救出のための拷問」にはそのままの形では該当しない。なぜならば、基本法1条1項は、すべての人間の尊厳の尊重を要請しているが、同時にすべての人間の尊厳を保護しなければならないという要請も制限不可能な形で含んでいる。これは、犯人の尊厳を尊重すべき要請とともに、S市の住民の尊厳の保護をも基本法が要請していることを意味している。ここには、基本法1条1項の枠内での衝突(Kollision)が存在する。この場合、支配的学説によれば、防禦機能よりも、保護義務は一般に弱いものとされているが、しかし、連邦憲法裁判所の第2次中絶判決でも、すべての人間の生命を、とりわけ他者による違法な侵害から保護することは、国家の重要な義務であるとしている。したがって、上記のような衝突に際しては、すべての人間の尊厳に対する介入は基本権侵害であるとするテーゼは、相対化されなければならない。本事例においては、介入は、例外的に正当化されうるのであり、その限りで、基本法104条1項も適用範囲を縮小されなければならない。

(2000)S.165.

さらに、国際法的な問題としては、欧州人権条約3条が拷問を禁止している点が問題とされることになる。この規定は、同条約15条2項によれば、緊急時においても、適用除外にはならないとされているが、ブルッガーによれば、この規定は、組織的な権威主義国家権力による自由、生命及び尊厳に対する脅威を想定する思考伝統に基づいているのであって、市民が私的権力によって危険にさらされ、国家の保護を必要とするような事態を想定してはいないとされる。また、生命権を規定した同条約2条2項(a)によれば、「不法な暴力から人を守るため」であれば、生命権に対する介入も許されるとされているので、この規定を類推適用すれば、本件のような事例において拷問を行なうことは、この条約においても禁止されていない。

「救出のための拷問」を肯定する議論は、その他にも、シュタルク⁸⁷⁾やビットレック(Wittreck)⁸⁸⁾などによってもなされているが、上記のブルッガーの議論にその核心的な論点は出されていると見てよいであろう。

(3) 「救出のための拷問」否認論

否認論は、まず、警察法上の警察官による射殺とのアナロジーで「救出のための拷問」を肯定するブルッガーの議論に関しては、ゲバウアー(Gebauer)が要旨つぎのように批判している⁸⁹⁾。まず、拷問は、歴史的にみれば、多くの場合無意味で、典型的に濫用され、また非常にネガティブな結果を伴う国家的行為の装置であった。そして、このような事実上の濫用の危険性こそが、拷問と警察法上の警察官による射殺武器の使用との決定的な違いである。後者の場合には、犯人に対する国の行為は、犠牲者の危険を防止するためということが多くの場合はっきりしている。それに対して、拷問の場合は、犯人が実際にも

87) Starck, a.a.O. (Fn.58) Art.1 Abs.1, Rn.79.

88) F.Wittreck, Menschenwürde und Folterverbot, DÖV(2003)S.873.

89) P.Gebauer, Zur Grundlage des absoluten Folterverbots, NVwZ(2004)S.1405(1408f).
 なお、拷問の歴史的社会的実態に照らして、「救出のための拷問」を否認する見解としては、vgl., R.Poscher, 'Die Würde des Menschen ist unantastbar.', JZ(2004)S.756.
 なお、この論文については、押久保倫夫「それでも『人間の尊厳』は絶対である」前掲注(1)『憲法学の創造的展開』443頁に紹介がある。

生命を救出する情報を自由に使えるか否かという問題に対して疑問なく答えることは多くの場合できない。しかも、警察官による射殺武器の使用は、多くの場合公けの場でなされ、したがって濫用に危険性は抑制されるのに対して、尋問は、多くの場合密室で行なわれる。その場合、尋問する者は、例外的な拷問の前提条件を早まって認定してしまう危険性は、はるかに高いのである。

つぎに、基本法との関連では、いくつかの論点が出されているが、拷問が濫用される危険性があるという点がここでも指摘されている。例えば、エッピング (Epping) は、つぎのようにいう⁹⁰⁾。他者の人間の尊厳を保護するために人間の尊厳を制限することは、人間の尊厳の特別の地位に基づいてきびしく否認されるべきである。人間の尊厳の保障を他の利害と比較衡量することは、個別事例において人間の尊厳の防禦権が人間の尊厳の保護請求と事実上対抗する場合においても、ダムが決壊 (Dambruch) の危険性をもつ。国家は、自らの行為によって人間の尊厳を自由に処理して、市民に対して絶対的な権力行使を主張することになるであろう。それは、民主的法治国家とは一致しないし、基本法がきびしく避けようとしていることである。このように述べて、エッピングは、航空安全法に関する連邦憲法裁判所の判示⁹¹⁾を肯定的に評価してつぎのようにいう。国家の保護義務は、人間の尊厳の保障と衝突するような手段の導入を要請するようなところまでは及ばない。

また、ピエロート他は、誘拐犯から被害者の居場所を聞き出すために警察官が拷問をすることは許されるかという事例問題に関して、つぎのようにいう。「ここでB(誘拐犯)の人間の尊厳とI(被害者)の人間の尊厳の間に衝突があると仮定するのも、また、Bが不法をなし、Iが不法の被害を受けているからという理由で、Bの人間の尊厳をIの人間の尊厳のために犠牲にするというのも間違っているだろう。たしかに、国家には2条2項1文と結びついた1条1項から生命を保護する義務が課せられている。しかし、Bの攻撃からIの尊厳を保護するための義務を、国家は、Bの攻撃を禁止する刑法および刑法に実

90) Epping,a.a.O.(Fn.55)S.315.

91) BVerfGE115,118 (160).

効性を与える警察と裁判所によってすでに履行している。警察や裁判所が完全な実効性を創出することはできない。なぜならば、法治国家は、目的達成のためにいかなる手段を用いることもできるわけではないからである。したがって、Bの尊厳を侵害しないようにする国家の無条件の義務は、拷問をも無条件で禁じている」⁹²⁾。

また、フーヘンは、拷問の意味を重大な身体的または心理的苦痛を与えること、またはその旨の脅迫をすることと限定的に解した上で、この意味での拷問は、「*一義的かつ例外なく*」(eindeutig und ausnahmslos)(傍点は、原文では、ゴチックになっている)基本法1条によって禁止されているとする。そして、さらに、国家は、そのことによって単に基本権に介入するだけでなく、その正当な存立の根拠をも危うくすることを強調する。犠牲者の人間の尊厳が危うくされる場合にあっても、拷問は、決して正当化されないというのである⁹³⁾。

その他には、例えば、エンダース(Enders)やサンドキューラー(Sandkühler)も、拷問の絶対的禁止を要旨つぎのように説く。基本法は、104条1項で拷問の可能性をカテゴリッシュに排除する特別規定を設けた。身柄を拘束された人間は、いかなる状況においても、精神的または身体的に虐待されてはならない⁹⁴⁾。拷問の禁止と人間の尊厳に対する国家の尊重義務は、比較衡量の不能なものである。規範の適用に際しては、個別的事例において比較衡量してはならない。拷問の絶対的禁止は、憲法制定者が行なった比較衡量の結果なのである⁹⁵⁾。

最後に、国際法との関連では、サンドキューラーは、ドイツも加盟している「市民的及び政治的権利に関する国際規約」7条の拷問禁止条項や1984年に国

92) ピエロート他・前掲注(44)123頁。ただし、同訳書の初版(2001年)にあった「I(被害者)の場合、今まさに脅かされているのは生命であって、人間の尊厳ではない」(122頁)という記述は、訳書の「第2版」では変更されている。

93) Hufen, a.a.O. (Fn.52) S.169f.

94) C.Enders, der Staat in Not, DÖV(2007) S.1041.

95) H.J.Sandkühler, Menschenwürde und Menschenrechte (2.Aufl., 2015) S.314. なお、そのほかに、Höfling, a.a.O. (Fn.54) Rn.20; Podlech, a.a.O. (Fn.56) Rn.73.

連で採択され、ドイツも批准している「拷問等禁止条約」の存在を指摘する。ちなみに、同条約2条2項は、「戦争状態、戦争の脅威、内政の不安定又は他の公の緊急事態であるかどうかにかかわらず、いかなる例外的な事態も拷問を正当化する根拠として援用することはできない」と規定している。また、1993年にウイーンで開催された「人権に関する世界会議」で、「人権に関する世界会議は、人権に関する諸規定及び人道的な国際法によれば、拷問からの自由は、いかなる状況の下でも、したがって、国内的又は国際的不安定又は武力紛争の時にも守られるべき権利である」旨を確認したことを指摘する⁹⁶⁾。また、欧州人権条約との関連では、フーヘンが、欧州人権裁判所が、同条約3条により拷問の原則的禁止を明らかにしたこと、そして、加盟国は警察権力による拷問に対する批判については調査しなければならない旨を強調していることを指摘する⁹⁷⁾。

以上、「救出のための拷問」否認論の主な主張を見てきた。ドイツでは、このような主張が通説的なものと言ってよいと思われる。もっとも、「救出のための拷問」に関しては、否認論の立場をとりながらも、「人間の尊厳」に関しては、その絶対不可侵性に疑問を提示している論者も存在している⁹⁸⁾。ただ、そのような疑問は主として未出生の胎児または胚との関連で提起されていると思われるので、その検討はここでは省略することにする。

V 生命権と「人間の尊厳」の関係

一 「連結説」と「分離説」

ドイツでは、基本法1条1項で規定する「人間の尊厳」と同2条2項に規定

96) Sandkühler, a.a.O. (Fn.95) S.308f.

97) Hufen, a.a.O. (Fn.52) S.170.

98) Herdegen, in :Maunz/Dürig, (Hrsg.), GG Kommentar (Lfg.44,2005) Art. 1 Abs.1, Rn. 43,45がその代表的な論者であるが、ヘルデゲンの議論については、川又・前掲注(85)78頁及び玉蟲・前掲注(11)181頁参照。

する「生命への権利」との関係をどのように捉えるかについて、「連結説」と「分離説」との対立があるとされてきた⁹⁹⁾。例えば、「連結説」を採用するとされる連邦憲法裁判所は、1973年2月25日の有名な中絶（第1次）判決でつぎのように述べていた。「すべての人間の生命を保護する国家の義務は、直接的には基本法2条2項1文から導き出される。その義務は、さらに、基本法1条1項2文の明示的な規定からも生じる。なぜならば、自己発展を遂げる生命は、基本法1条1項が人間の尊厳に与えている保護に預かるからである。人間の生命が存在するところに人間の尊厳が帰属する。」「人間の生命は、基本法秩序の中で最高価値（Höchstwert）を意味している。それは、人間の尊厳のバイタルな（vital）基礎であるし、そして他のすべての基本権の前提でもある」¹⁰⁰⁾。また、航空安全法判決でも、連邦憲法裁判所は、つぎのように述べた。「基本法2条2項1文によって保障される生命への権利は、法律の留保の下に置かれる。しかし、制限法律は、この基本権及びそれと密接に結びついた基本法1条1項の人間の尊厳保障に照らして吟味されなければならない。人間の生命は、根本的な構成原理そして最高の憲法価値としての人間の尊厳のバイタルな基礎である」¹⁰¹⁾。

学説上でも、例えば、シュタルクは、1981年に書かれた論文の中で生命権を「人間の尊厳の身体的な基礎」とした上で、連邦憲法裁判所の判例を肯定的に踏まえながら、つぎのように述べていた。生命（傍点は、原文では、イタリック）は、人間の尊厳のバイタルな基礎として人間の尊厳の最高価値に参与するので、国家は、人間の生命を第三者の侵害に対しても効果的に保護する義務を負う。これにふさわしいのは、抑止的に作用する刑法の投入であり、また、生命に対する攻撃を防止する限りで予防的に作用する警察法及び行動可能な警察

99) 嶋崎・前掲注(35)311頁は、「分離説」の立場から、ドイツの学説判例を詳細に検討した論文である。なお、玉蟲・前掲注(11)72頁以下は、この問題をめぐるドイツの学説を、①「連結・絶対的保障」説、②「分離・絶対的保障」説、③「連結・相対的保障」説、④「分離・段階的保障」説に分けて詳細に検討している。

100) BVerfGE 39.1 (41,42).

101) BVerfGE 115,118 (152).

の維持である¹⁰²⁾。シュタルクは、その後、基本法のコンメンタールの中でも、生命は受精の段階から保護されるという立場を踏まえて、つぎのように述べて、「分離説」を批判した。尊厳の保護と生命の保護（基本法2条2項）を分離し（entkoppeln）、受精卵細胞には生命保護のみを認めて尊厳の保護は認めないようにする試みは、人間の尊厳保障の無制限性を回避して、基本法2条2項に基づいて生命への介入を法律に基づいて認めるねらいをもっている。しかし、このような分離の試みは、一見して納得できるものではない。なぜならば、受精卵細胞もまた人間の生命である以上は、受精卵細胞の生命への介入を認める十分な根拠を見いだすことはできないからである。というのは、人間の生命への介入は、他の人間の生命を脅かし、その脅威が殺害によってしか防ぐことができない場合にのみ認められるからである。受精した卵細胞は、誰の生命をも脅かしてはいないのである。医学的適応の場合のみが、周知の事例である。この場合には、胎児が、母親の生命を脅かしているからである。尊厳保護と生命保護とを分離することで、体外受精卵細胞の生命への介入を可能とすることもできない¹⁰³⁾。

また、イゼンゼーも、つぎのように「連結説」の立場を採用している¹⁰⁴⁾。生命があるところには、尊厳も存在する。基本法1条1項と結びついた形で生命権がしばしば引用されることは、この基本権の意味をよく捉えている。尊厳との関連では、人間は、そのすべての段階で人間的な資質を備えている。尊厳は胚にも帰属する。「分離説」は、「人間の尊厳」を理性的な者そして能力のある者の範囲に限定しようとしているが、それは、自らの力で国家や社会で自己主

102) Starck, Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat, JZ (1981) S.459.

103) Starck, a.a.O. (Fn.58) Art.1 Abs.1, Rn.20.

104) Isensee, a.a.O. (Fn.76) S.120f. なお、M.Kloepfer, Leben und Würde des Menschen, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd.2 (2001) S.77も、「生命は、最高の憲法的価値である」という認識から、「連結説」の立場に立つとされている。クレッパー説に対する批判としては、嶋崎・前掲注(35) 334頁以下及び玉蟲・前掲注(11) 66頁以下参照。

張をし、攻撃に対して防禦できる者に限定している。人間の尊厳は、その保護をなんら必要としない者に対する基本権のプレミアムとなる。尊厳は、人間のすべての生存状態において認められる。人間の尊厳は、生命権の保護領域と完全に重なるし、それは、生命権に限定されない。むしろそれを超えて作用する。また、人質を救出するための最後の手段としての人質犯の殺害は彼の人間の尊厳を侵害したことにはならない。なぜならば、彼は、自由な決定によって犠牲者の生命を、従ってまたその尊厳を脅かしているからである。かれは、その行為について責任を負うことで、その尊厳は尊重されるのである。

これに対して、「分離説」の代表的な論者であるドライアーは、連邦憲法裁判所の妊娠中絶事件判決に示された見解は「生物学的・自然主義的な誤謬」を犯しており、「人間の尊厳の保障と生命保護とは切り離す(entskoppeln)べきである」(傍点は、原文ではゴチック)として、つぎのように「分離説」の立場を主張している¹⁰⁵⁾。生命は、基本法1条1項の必要条件(*conditio sine qua non*)であっても、十分条件(*conditio per quam*)ではない。人間の尊厳は、生命保護と同一ではないし、人間の尊厳の侵害は、人間の生命の侵害(否認)と同一ではない。基本法2条2項1文と基本法1条の人的担い手も重なることはない。両者の規範は、異なった保護利益に関わっている。そのことは、人間の尊厳の一般的な侵害が通常は当該人間の死をもたらしたり、またはその死を目的としてなされるわけではないことによっても明らかである。またその逆にあらゆる殺害行為が同時に基本法1条1項と衝突する訳でもない。そのことは、人の生命が、公共のためにまたは他の人の生命の救出のために賭される場合(兵士、警察官、消防士の生命を賭する義務)に照らせば、明白である。緊急事態に際しての殺害や人質救出のための警察官による射殺も、違法な侵害者や人質犯の人間の尊厳の侵害とは正当にも見なされないのである。

また、デニングァー(Denninger)も、要旨つぎのように述べて「分離説」の立場を説いている¹⁰⁶⁾。生命権は、法律の留保の下におかれる。つまり、立法者は、

105) Dreier, a.a.O. (Fn.26) Rn.69,70.

106) E.Denninger, Embryo und Grundgesetz, KritV(2003)S.203ff. なお、Herdegen,

他のより高次の憲法上の利益及び基本権と比較衡量をして比例原則に従って調整を行なうことができるが、他方で、人間の尊厳（基本法1条1項）の「不可侵性」からは、その絶対的な保護請求権が導き出される。人間の尊厳は、基本権の根柢として、他のどの個別基本権とも比較衡量はできないのである。一方で「尊厳」の侵害は、個人の物理的・生物的な生存、つまり基本法2条2項の意味での「生命」の侵害を伴わない形で生じうる。例えば、欧州人権条約は、第2条の生命権と並んで第3条で「拷問または非人道的なまたは品位を貶める取扱い又は処罰」を禁止する旨の保護領域を規定している。他方で、もし生命の侵害が一切許されないとすれば、妊娠中絶の際のさまざまな適応(Indikation)も認められないことになるであろうし、また、緊急時において自己の生命を犠牲に供する兵士達の法的義務も認められないことになるであろう。

二 両者の相違点と密接な関連性

この問題については、日本でもすでにさまざまな検討がなされており、「分離説」を支持する見解と¹⁰⁷⁾、「連結説」を支持する見解¹⁰⁸⁾の双方があるが、私自身は、現在のところ、つぎのように考えている。

(1) 両者の相違点

まず第一に、「人間の尊厳」と「生命権」との間には、「分離説」が説くような相違点が存在することは否定できないであろう。その一つは、「人間の尊厳」

aa.O.(Fn.98)Art.1 Abs.1.Rn.57も、「出生前の尊厳の保護の問題は、基本権上の生命権の保護の開始とは厳しく区別されなければならない」として、「分離説」の立場を採用している。

107) 嶋崎・前掲注(35)の他に、玉蟲・前掲注(11)も、「分離・段階的保障」説の立場を支持している。さらに、押久保倫夫「死刑廃止規定と『人間の尊厳』」東亜大学研究論叢24巻9号(2000年)16頁なども、「分離説」を支持している。

108) 西野・前掲注(35)『人間の尊厳と人間の生命』70頁は、「基本的には、連結説に立ちつつ、具体的適用において分離説を取り入れる方向が、妥当であるように思われる」としている。また、石村修「『公共の福祉』の原意と機能」専修ロージャーナル16号(2020年)60頁は、「ドイツ基本法の人間の尊厳は、2条の2項の『生命権』と一体となって主観的な権利と客観的な権利との部分を構成している」と述べている。

はいわば絶対的な保障を受け、憲法改正によっても変更することができない規定とされている(79条3項)のに対して、生命権については、「法律の根拠に基づいて」であれば、制限することも許されるとされている(2条2項)ことである。基本法上、人間の尊厳は、生命権に比較してより手厚い保護を受け、より優位の人権規定とされているのである。したがって、例えば、警察官が、緊急不正の侵害に際して、やむを得ない場合には被疑者を射殺することも一般的に許されているのである。二点目は、両者の保護領域の違いである。例えば、「人間の尊厳」の侵害は、必ずしも生命権の侵害を伴うわけではなく、生命権の侵害を伴わないでも、人間の尊厳の侵害はありうる(例えば、拷問などによって)ことなどである。また、その根拠付けはいろいろとあり得るとしても、一般には死者についても、「人間の尊厳」は保障されており、この点でも保護領域の相違が認められるということである。さらに、未出生の生命体(胎児または胚)について人間の尊厳が認められるか否かという問題についても、能力理論や承認理論の立場に立てば、両者を切り離して捉えることが可能となってくるといえよう。

それでは、「分離説」が主張するように、両者は、明確に別個の人権として分離して考えるべきなのかといえ、私は、両者には密接に関連している事項あるいは領域も存在していると考えている。「分離説」がそのことをややもすれば、軽視するとすれば、それは、両者には密接な関連があることを見過ごすことになりかねないことに留意すべきと思われる。そこで、以下には、両者には密接な関連性もあることをいくつか指摘することにしたい。

(2) 両者の密接な関連性

(i) 成立背景の共通性

まず第1は、両者はその成立の歴史的背景を同じくするということである。いずれもナチスの残虐な生命の侵害と人間の尊厳の否認に対する反省から生まれたという共通点があるということである。両者ともに、かつてのワイマル憲法では、ボン基本法のように明示的には保障されていなかったが、ナチス時代に対する反省を踏まえて、ボン基本法に取り入れられたという共通体験が存

在しているのである¹⁰⁹⁾。しかも、この点をより普遍化していえば、そもそも、第2次大戦後の国際社会で「世界人権宣言」(1948年)が採用され、その中で「人類社会のすべての構成員の尊厳」(前文)と「すべての者」の「生命権」(3条)が規定されたのは、二度にわたる世界戦争が「人間の尊厳」と「生命」とをともに侵害するものであるという共通体験が存在していたからであるといつてよいのである¹¹⁰⁾。この意味でも、「人間の尊厳」と「生命権」とは同じ歴史的成立根拠を有しているといつてよい。あるいは、両者は、第2次大戦の「戦争の惨禍」により生み出された双生児であるといつてもよいのかもしれないのである。

(ii) 精神と身体に関連性

第2は、そもそも人間は、身体と精神とから成る生命体として存在している(その他に靈魂(Seele)が存在するか否かについては、ここでは問わない)。そのような人間存在が「尊厳」をもつという以上は、連邦憲法裁判所の判決がいうように、「生命権は、人間の尊厳のバイタルな(vital)基礎」であることは否定しがたいのであって、この意味での両者の密接な関連性は認めなければならないと思われる。生命権を保障することが人間の尊厳を確保することになるし、人間の尊厳を確保するためにも生命権を保障することが必要であるといふことは、一般的には(保護領域に一定の相違があることは認めるとしても)認められざるを得ないと思われる。

そもそも、身体と精神との関係をどのように捉えるかは、古くから論議されてきた哲学的・医学的難問である。デカルトが、両者は分離してとらえるべきであるとする心身二元論を説いたことは有名であるが¹¹¹⁾、これに対しては、心身一元論の立場からする批判が出されてきたことも承知のところである。例え

109) Di Fabio,in : Maunz/Dürich,(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar(Lfg.43,2004)Art.2 Abs.2,Rn.9.

110) 世界人権宣言などにおける「尊厳」や「生命権」については、小坂田裕子「国際人権法における人間の尊厳の位相」法学セミナー2017年5月号47頁参照。

111) デカルト(井上庄七ほか訳)『省察 情念論』(中公クラシックス、2002年)127頁以下参照。

ば、市川浩は、その著書『精神としての身体』の中で、つぎのように述べている。「誤解をおそれずにいうなら、身体が精神である。精神と身体は、同一の現実につけられた二つの名前にほかならない」¹¹²⁾。また、1950年代に登場した「心脳同一説」によれば、脳の神経細胞群がある興奮パターンを描くとき、たとえば痛み（を感じる）が生じる。二つの出来事は同一視されることになる。一般に、心的な働きは、脳の活動と共に起こる。ということは、両者は、同一なのであるとされるのである¹¹³⁾。私は、身心二元論と身心同一論のいずれが正しいかについては、現在の時点で回答を持ち合わせていないが、ただ、これらの議論を見て言えることは、心（精神）と身体とが密接な関係にあるということである。両者を単純に分離すれば事が済むわけでは決してないと思われる。そのことは、基本的には、生命権と優れて精神的な営みから生まれた人間の尊厳との関係についても当てはまるように私には思われる¹¹⁴⁾。

(iii) 規範構造上の関連性

第3に、ボン基本法の規範構造上の関連性をも指摘できると思われる。すなわち、ボン基本法第1条は、第1項で、「人間の尊厳は、不可侵である。これを尊重し、かつ保護することはすべての国家権力の義務である。」と規定したあとに、第2項で、「それ故に（darum）、ドイツ国民は、……不可侵にして譲り渡すことができない人権（Menschenrechte）を信奉する」と規定し、さらに第3項で「以下の基本権（Grundrechte）は、直接に適用される法として、

112) 市川浩『精神としての身体』（1992年、講談社学術文庫）196頁。

113) 木村慎哉「19世紀以降の身心関係論」新岩波講座哲学第9巻『身体 感覚 精神』（岩波書店、1986年）71頁。

114) なお、嶋崎・前掲注（35）343頁は、分離説の立場から、「生命権の保護対象である生命は生物学的・医学的概念であり、その保護領域の確定は第一義的には、生物学的・医学的知見を基礎とすべきである。これに対して、人間の尊厳は、精神的・倫理的・哲学的・世界観的概念であり、その保護領域の画定にあたっては、価値的なものの混入は避けられない。」とする。しかし、生命は、生物学的・医学的概念であるとしても、生命権の保護領域の画定にあたっては、価値的・法的・政治的な判断の混入は、避けられないと思われる。そのことは、アメリカにおける妊娠中絶をめぐる長年の論争を見るだけでも明らかであると思われる。

立法、執行権及び裁判を拘束する」と規定している。つまり、第2項でいう「人権」及び第3項でいう「基本権」の中に第2条2項の生命権が含まれていることは当然であるとすれば、この第1条の条文は、「人間の尊厳」の不可侵性を根拠として、以下の人権及び基本権の一つである「生命権」が保障されるというように読み取ることができるのである。「人間の尊厳」がそれ自体主観的な基本権であるのか、それとも単に原則を定めたものにすぎないかについては、ドイツで争いがあるが、いずれにしても、「生命権」の保障の根底には、「人間の尊厳」が存在することは基本法の構造上否定できないといえよう。サンドキューラーは、人間の尊厳を人権の根拠にあると捉えると共に、人間の尊厳の具体化として人権を捉えているが¹¹⁵⁾、そのことは、生命権と人間の尊厳の関係についても基本的に妥当するといえるのである¹¹⁶⁾。

(iv) 死刑廃止条項と人間の尊厳

第4に、両者の密接な関連性は、例えば、ボン基本法102条の死刑廃止条項をめぐる議論にも示されている。同条は「死刑は、廃止されたものとする」と規定しているが、そもそもこの規定そのものが、「人間の尊厳」条項や生命権条項とその歴史的制定背景を共有するといつてよいが¹¹⁷⁾、1950年代以降、この規定を廃止して死刑制度を復活しようとする動きが見られて、そのことの憲法

115) Sandkühler, a.a.O. (Fn.95) S.271.

116) なお、嶋崎・前掲注(35) 344頁以下は、人間の尊厳と生命権の関係について、①前者が一般法で、後者が特別法、②反対に前者が特別法で、後者が一般法、③両者が並列する関係の三つが想定されるが、嶋崎自身は、③の立場をとるとしている。しかし、本稿の立場からあえて選択するとすれば、①の立場が基本法の趣旨にも合致しているように思われる。

117) 死刑廃止規定の歴史的背景については、vgl. B. Düsing, Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe (1952) ; K. Flemming, Wiedereinführung der Todesstrafe in Deutschland? (2007) S.19ff. また、田口精一「ドイツ基本法における死刑の廃止について」前掲注(17) 53頁以下参照。なお、フレミングによれば、ナチス時代の死刑数は、連邦司法省の調査によれば、16,000人になるとされ、それにさらに、戦争裁判所(Kriegsgerichte)によって少なくとも25,000人が死刑判決を宣告されたとされている。

上の可否が議論されてきた。この点、憲法79条の改正手続きをもってしても死刑廃止条項を改正して死刑制度を再導入することはできないとする議論が多数説を占めてきたが¹¹⁸⁾、その主要な根拠の一つが「人間の尊厳」に求められているのである。

もちろん、基本法79条3項で改正できないとしているのは「連邦の諸ラントへの編成、立法に際しての諸ラントの原則的協力、または、第1条及び第20条にうたわれている基本原則」だけであって、そこに102条は含まれていないが、死刑制度の再導入は基本法1条1項に違反して許されないとされてきたのである。例えば、ショルツ (Scholz) は、つぎのように言っている。死刑禁止 (条項) の改正不可能性は、ひとえに79条3項と結びついた1条1項による人間の尊厳の保護の枠組みにおいて生じる。1条1項と102条は、相関的である。死刑の禁止は、人間の尊厳の保護の主要な具体化を構成する。1条1項と102条とのこのような関係に基づいて死刑禁止 (条項) の改正不可能性の問題は答えられるべきである。かりに死刑の再導入が1条1項に違反してなされた場合には、そのような憲法改正立法は、79条3項と結びついた1条1項の観点からは、違憲の憲法規範 (verfassungswidrige Verfassungsnorm) となる¹¹⁹⁾。また、ポドレツヒ (Podlech) は、つぎのように言っている。死刑の執行は、犯罪者の最終的かつ完全な客体化 (Objektivierung) である。尊厳の遵守が、人間を単なる客体として取り扱うことを禁止する以上は、人間の尊厳の遵守は、死刑の宣告と執行を禁止している¹²⁰⁾。さらに、フーヘンもつぎのようにいう。人間の尊厳に対する侵害は、死刑による人間の究極的な客体化 (ultimative Objektstellung) によっても生じる。これは、基本法102条によってだけでなく、基本法1条によっても、ドイツでは、永遠に (für immer) 排除されてい

118) 例えば、C.Degenhart, in :Sachs,Grundgesetz Kommentar (8.Aufl.2018) Art.102,Rn.7 は、「102条を憲法改正の方法で変更できるかどうかについては、圧倒的に (überwiegend) 否定されてきた」としている。

119) K.Scholz, in: Maunz/Dürich (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar (Lfg.54,2009) Art.102, Rn.29.

120) Podlech,a.a.O.(Fn.56) Art.102,Rn.48.

る¹²¹⁾。このように、ドイツでは、死刑の廃止条項を基本法の改正によって廃止して死刑を再導入することは「人間の尊厳」に違反してできないとするのが、多数説となっているのである。このような議論からしても、人間の尊厳と生命権とは密接な関連があることが認められると思われる。

たしかに、ドイツでも、「人間の尊厳」条項は限定的に解釈すべきであって、死刑廃止をその中に読み込むことは困難ではないかといった議論も存在している。例えば、フレミング (Flemming) も、そのように解しているが¹²²⁾、ただ、フレミングの場合は、102条を廃止したとしても、死刑制度の導入は、基本権2条2項の生命権を比例原則に違反して侵害することになるので許されず、またドイツが批准している欧州人権条約やEU基本権憲章に違反して認められないとしているので、結論は変わらないが、生命権を持ち出している点が注目されよう。たしかに、「人間の尊厳」は絶対的な保障を受けるとされるだけに、その内容は限定的に解釈すべきであるとする議論は理解できるが、その限定的な解釈に際しても、「肉体的、精神的統合性の確保」が「人間の尊厳」に含まれるとすれば¹²³⁾、死刑制度の廃止は「人間の尊厳」の尊重の趣旨にかなうといつてよいと思われる¹²⁴⁾。

121) Hufen, a.a.O. (Fn.52) S.172.

122) Flemming, a.a.O. (Fn.117) S.88.

123) 押久保・前掲注(107) 20頁は、「人間の尊厳」の「切り札性」を守る観点から、「死刑の禁止を人間の尊厳から帰結されるものとする主張には賛成できない」としている。しかし、他方で、押久保・前掲注(89) 453頁では、「人間の尊厳の絶対性の放棄による人権・基本権の変容は、……とりわけ被疑者、刑事被告人、受刑者の基本権において、その危険性が強い」と述べている。後者の議論が成り立つのであれば、死刑廃止の復活も「人間の尊厳」を侵害するとするのが、首尾一貫しているように思われる。

124) ちなみに、日本の最高裁判所は、1948年の死刑合憲判決(最大判1948年3月12日刑集2巻3号191頁)において、「生命は尊貴である。一人の生命は、全地球よりも重い。死刑は、まさにあらゆる刑罰のうちで最も冷厳な刑罰であり、またまことにやむを得ざるに出ざる究極の刑罰である。それは言うまでもなく、尊厳な人間存在の根元である生命そのものを永遠に奪い去るものだからである。」(傍点・引用者)

(v) 生存権と人間の尊厳

第5に、両者の密接な関連性は、生存権の根拠付けの議論からも指摘できると思われる。改めて指摘するまでもなく、ドイツでは、日本国憲法25条が保障している生存権に関する明示的な規定は存在していないが、基本法1条1項の「人間の尊厳」条項が、生存権の保障の根拠とされているのである。そのことは、そもそも、ワイマール憲法151条1項が、「経済生活の秩序は、すべての人に、人間の尊厳に値する生存(menschenwürdiges Dasein)を保障することを目的とする正義の諸原則に適合するものでなければならない。」と規定していたことからしても、しごく妥当なものとなされよう¹²⁵⁾。

学説においても、つとに、バッホフ(Bachof)が、1953年のドイツ国法学者大会において行なった「社会的法治国家の概念と本質」と題する報告において、要旨つぎのように述べていた。基本権の出発点に位置する人間の尊厳は、単に自由を要求するだけでなく、社会保障の最低限をも要求している。基本法2条2項(生命への権利と身体的不可侵)も、もちろん限定的な範囲においてであるが、社会国家规定と見なすべきであろう。私見によれば、この規定を国家の介入による生存の否認の禁止のみと捉えるのは適切ではなく、とりわけ基本法1条1項と関連させて生存の最低限度の積極的な保障についても定めているとみなすべきであろう¹²⁶⁾。その後も、例えば、シュタルクは、人間の尊厳に値する存在には、判例によれば、単に介入禁止や(第三者による尊厳の侵害について)国家への禁止・制裁の要請のみならず、行動要請も含まれている、それによれば、国は、身体的・精神的虚弱により人格的・社会的発展を妨げられ、自

と述べた。傍点箇所は、上記の連邦憲法裁判所の中絶判決とほぼ同趣旨とってよいが、結論が真逆のものとなっているのは、「生命は尊貴である」という言葉が、最高裁にとっては単なる飾り言葉でしかなかったことによるのであろう。

125) Häberle, a.a.O. (Fn.77) S.319 は、ワイマール憲法151条の規定を「人間の尊厳条項(Menschenwürdetext)」とみなし、それはたしかに憲法の頂点にそびえ立つものではなかったが、しかし、すでに憲法の一領域(経済社会領域)を指導していたとする。

126) O.Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL (Heft 12, 1954) S.41ff.

らを維持することができない市民に対しては、人間の尊厳に値する生存のための最低限度の前提条件を確保しなければならないと述べている¹²⁷⁾、イゼンゼーも、すぐ後に述べる連邦憲法裁判所判決をも引用しながら、つぎのように述べている。人間の尊厳から、人間の個人的及び社会的生存の基本的前提条件を保持することについて配慮すべき国家の義務が導き出される。社会国家目標と人間の尊厳との結びつきから生ずる人間の尊厳に値する生存の最小限度(Existenzminimum)は、基本的には処分不可能なものであるが、ただ、立法者による絶えざる具体化を必要とする¹²⁸⁾。ちなみに、ピエロート他の前掲書によれば、「人間の尊厳」の根拠づけに関する前記三つの学説のいずれもが、「最低限度の生存の保障」を「人間の尊厳」の保護領域とすることでは一致しているとされているのである¹²⁹⁾。

そして、2010年の連邦憲法裁判所のいわゆるハルツIV判決は、要旨以下のように述べたのである。「基本法20条1項の社会国家原理と結びついた基本法1条1項から生じる人間の尊厳に値する生存の最低限度の保障を求める基本権は、救助を必要とするすべての者にその肉体的生存にとって、また社会的、文化的、政治的生活への参加のために最小限度不可欠な物質的な前提条件を保障するものである。基本法1条1項から生じるこの基本権は、すべての個人の尊厳の尊重を求める同条項に基づいて絶対的効力をもつ請求権と並んで、基本法20条1項と結びついた保障請求権として、独自の意義を有する」。もっとも、「人間の尊厳に値する最低限度の生活の保障に関して、憲法から直接生じる給付請求権は、人間の尊厳に値する生存の維持に必要不可欠な手段にのみ及ぶ」¹³⁰⁾。

また、連邦社会法典が規定する求職者のための基礎保障における制裁規定の

127) Starck,a.a.O.(Fn.102)S.459.

128) Isensee,a.a.O.(Fn.76)S.111.

129) ピエロート他・前掲注(44)118頁。

130) BVerfGE125,175(175,223)。この判決については、嶋田佳広「2010年2月9日ドイツ連邦憲法裁判所違憲判決」賃金と社会保障1539号(2011年)71頁、斉藤純子「最低生活水準とは何か—ドイツの場合」レファレンス2011年9月号117頁、玉蟲・前掲注(11)215頁など参照。

合憲性が問題となった事件で、連邦憲法裁判所は、2019年にハルツIV判決を踏まえてつぎのように判示した。「憲法で保障されている、人間の尊厳に値する生存の最低限度の保障を求める給付請求権は、身体的生存の確保と同様に、社会的、文化的及び政治生活への最低限の参加の確保のための一体的な保障として絶対的に必要な手段に及ぶものである。この保障権が基本法1条1項の基本権に根拠づけられていることが意味することは、立法、執行及び裁判（基本法1条3項）が人間をぎりぎりの身体的な生存状態におとしめてはならず、単なる生存以上の尊厳をもって、かくして社会の構成員として社会的参加をも保障されるようにすることを意味している」¹³¹⁾。

たしかに、これらの判決は、基本法2条2項の生命権については明示的には言及していないが、ただ、「最低限度の生存」保障の基礎には、生命権の保障が含まれていることは明らかであろう。この点は、バツホフが前引したようにつとに指摘している通りである。そして、日本国憲法においても25条の生存権保障の中身に、生命権の保障が含まれていることは明らかであろう¹³²⁾。以上のような点からしても、人間の尊厳と生命権との密接な関連性は否定しがたいものと思われる。

(vi) 生命についての自己決定権と人間の尊厳

最後に、生命権の内容の一つとして生命についての自己決定権があることは、「II 基本的人権としての生命権」で述べたが、まさにこの点に関連する連邦憲法裁判所の判決が2020年に出されたのである。ドイツの刑法217条1項(2015年改正)は、他者の自殺を援助する目的で、その者に自殺に関する機会を業として提供し、手配し、または仲介した者を処罰する旨を規定していたが、連邦

131) BVerfGE152,68(113).この判決については、石塚壮太郎「求職者のための基礎保障における制裁とその比例的限界——社会法における制裁判決」自治研究97巻2号(2021年)151頁参照。

132) この点については、拙稿「生存権をめぐる今日的課題」龍谷法学45巻2号(2012年)175頁参照。なお、個人の尊厳・人間の尊厳と生存権(広義の意味)の関連性を日本の具体的実例に則して検証した論文として、遠藤比呂道「個人の尊厳と人間の尊厳」石川健治編『学問／政治／憲法』(岩波書店、2014年)193頁参照。

憲法裁判所は、自殺介助団体などによる憲法異議に基づいて2020年2月20日に、要旨以下のような理由でこの規定を違憲としたのである¹³³⁾。

「自由な自己決定と自己答責の能力をもった人間が自らの生命を絶つという権利は、一般的人格権（基本法1条1項と結びついた2条1項）の保障内容に含まれる。」「自らの生命を終わらせるという決断は、人間的人格にとって本質的な（existentiell）意味をもつ。この決断は、自身の自己理解の現われであり、かつ自己決定と自己答責の能力をもつ人間の本質的な表現なのである。」「自己決定により死を求める権利が基本法1条1項の人間の尊厳の保障に根拠づけられるということは、自らの生命の終焉に関する自己責任による決定については、さらなる根拠づけも正当化も不要であることをまさに意味している」。

「たしかに、生命は、人間の尊厳のバイタルな基礎である。ただ、そのことから、自由意志に基づく自殺が基本法1条1項で保障されている人間の尊厳に矛盾するという結論を導き出すことはできない。……むしろ、自らの生についての自己決定による処分は、自律的な人格の発展という人間の尊厳に内在する理念の直接的な表現なのである。それは、たとえ最後の表現であったとしても、尊厳の表現なのである。」「基本法1条1項と結びついて2条1項によって保護される自殺をする権利は、そのための援助を第三者に求める自由、そしてその援助が提供されるかぎり、それを求める自由も含まれている」。

連邦憲法裁判所のこのような判決は、自殺の権利を自己決定と自己答責の能

133) BVerfGE153,182(260ff). この判決については、神馬幸一「ドイツ連邦憲法裁判所第2法廷2020年2月26日判決：ドイツ刑法第217条の違憲性（1）～（3）」獨協法学112号（2020年）471頁、同113号（2020年）423頁、同114号（2021年）345頁に全訳が、そして九州大学ドイツ刑法判例研究会「ドイツ刑法判例研究：ドイツ刑法典第217条の合憲性について」法政研究87巻4号（2021年）170頁に判決理由の訳が掲載されている。本稿は、これらの訳を参考にした。また、この判例の評釈としては、神馬幸一「『業としての自殺援助罪（ドイツ刑法第217条）』の違憲性」判時2456号（2020年）140頁、秋山紘範「業としての自殺援助禁止の違憲性」比較法雑誌54巻4号（2021）249頁、玉蟲由樹「業務上の自殺援助の禁止と自己決定にもとづく死の権利——自殺ほう助判決」自治研究97巻7号（2021年）147頁参照。

力をもつ人間の自由意志に基づくかぎりでは基本的に容認するものであって、日本などで尊厳死に関して指摘されるような厳しい条件は不要としている点で画期的な判決とすることができる。このような判決に関しては、「ドイツ刑法学は結論を支持する方向で概ね一致している」¹³⁴⁾とされるが、ドイツの世論では、相反する態度表明がもたらされ、「特に（生命）倫理学及び緩和医療学の領域からは、批判的な見解が公表されている」¹³⁵⁾という。

この問題に関して、ドイツの憲法学説は、当初は自殺の権利を否認する見解が有力であったように見える¹³⁶⁾。それは、ナチス時代に「安楽死」の名の下に多数の障害者が殺害されたという苦い体験があったからである¹³⁷⁾。ボン基本法の制定以降も安楽死（Euthanasie）という言葉はほとんど用いられず、その代わりに臨死介助（Sterbehilfe）とか尊厳死（Sterben in Würde）あるいは自殺の権利（Recht zur Selbsttötung）といった言葉が多く用いられてきたのは、そのような過去があったからである。安楽死という言葉は今日でもドイツではあまり用いられていないが、尊厳死や自殺の権利などに関しては、憲法学説も多く取り上げられており、しかも、近年では、他の欧米諸国の影響もあってか、尊厳死や自殺の権利を認める見解が有力になってきているように見える。

ただ、尊厳死や自殺の権利を認める場合にも、その憲法上の根拠をどこに認めるかについては、学説は、大きく、①基本法1条1項の「人間の尊厳」に求める見解¹³⁸⁾、②「人間の尊厳」と結びついた形での一般的人格権（2条1項）

134) 秋山・前掲注（133）275頁。

135) 神馬・前掲評釈注（133）142頁以下。

136) Dürig,a.a.O.(Fn.14) Art.2 Abs.2,Rn.12 ;D. Lorenz,Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit,in:Isensee/Kirchhof(Hrsg.),HStR,Bd.VI（1989）Rn.62.

137) この点については、ヒュー・G・ギャラファー（長瀬修訳）『ナチスドイツと障害者「安楽死」計画』（1996年、現代書館）およびサンス・E. エヴァンス（黒田学ほか訳）『障害者の安楽死とホロコースト』（クリエイツかもがわ、2017年）など参照。

138) Dreier,a.a.O.(Fn.26) Art.1 Abs.1,Rn.154; Herdegen,a.a.O.(Fn.98) Art.1 Abs.1, Rn.85;Podlech,a.a.O.(Fn.56) Art.1 Abs.1,Rn.55.

に求める見解¹³⁹⁾、そして③2条2項の「生命権」に求める見解¹⁴⁰⁾があるように思われる。これらの諸見解の中で、上記連邦憲法裁判所は、②の見解を採用したのである。

もっとも、このような連邦憲法裁判所の判決については、憲法上はいくつかの問題点が指摘されうると思われる。例えば、自殺の権利を尊厳死の場合に限定することなく一般的に認めるとすれば、連邦憲法裁判所が、妊娠中絶判決でかくも生命権の保護義務を重視したこととどのように整合するのかという問題がある。たしかに判決は、「生命に関する自己決定を危殆化する影響が見出される場合は、自己決定と生命を保護する国家の義務は個人の自由権よりも優先されることになる」と述べているが、この判旨と自殺する権利を基本的に容認する判旨との整合性を具体的にどのようにとるかは簡単ではないと思われる。また、連邦憲法裁判所がしばしば採用してきた、そして本判決でも採用している「客体定式」と自殺の権利との関連はどのように理解するのかという問題もあると思われる¹⁴¹⁾。さらに、基本法2条1項の一般的人格権を「人間の尊厳」

139) H.Bethge, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IX (2011) Rn.41 ; Hufen, a.a.O. (Fn.52) S.166f. なお、Bethgeは、人間の尊厳に値する自律的な自殺の権利は、基本法2条2項の生命の権利とも関連することを認めている。

140) ピエロート他、前掲注(44) 138頁、U.Fink, Rcht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: a.a.O. (Fn.76) S.155.

141) ちなみに、カントは、前掲注(46)『人倫の形而上学』294頁で、「自己自身の人格における人倫性の主体を壊滅するということは、まさしく、目的それ自体である人倫性そのものの存在を、その主体に関しては、この世から根絶するに等しい」と述べて、自殺を否認している。他方で、カント全集20巻(御子柴善之ほか訳)『講義録Ⅱ』(岩波書店、2002年)154頁では、「生命の維持は最高の義務ではなく、むしろ、ひとは、ひたすら立派に生きたということのため、しばしば生命を放棄しなければならない」とも述べている。このようなカントの見解からすれば、尊厳死は許容されうが、安楽死は正当化することはできないというのが、井上義彦「カント倫理学と生命倫理」土山秀夫ほか編『カントと生命倫理』(晃洋書房、1996年)22頁以下の捉え方である。

と結びつけた場合に認められるのは、いわゆる尊厳死の場合だけであって、自殺の権利を一般的に認めることではないのではないかといった疑問もありうると思われる¹⁴²⁾。

ただ、これらの問題点の検討は今後の課題として、本稿では、いずれにしても、生命についての自己決定権と人間の尊厳とが密接に関連しているということを確認するにとどめることにしたい。

VI 「個人の尊重」と「人間の尊厳」

一 両者の関係に関する学説

この問題については、日本では、ほぼ三つの見解が唱えられてきた。第1の見解は、両者は基本的に同じ内容をもっているとするものであり（一元説）、これがこれまで多数説であったとすることができよう。これに対して、第2は、両者は別個の意味内容をもつとする見解であり（二元説）、第3は、両者の同質性と異質性を共に認める見解である（折衷説）。

まず、第一の見解をとる宮沢俊義は、憲法13条前段の「個人の尊重」規定は、個人主義ないし人間主義を表現したものと解され、この点では、ボン基本法の「人間の尊厳」規定も、「同じ趣旨である」とする¹⁴³⁾。芦部信喜も、「日本国憲法の言う個人尊重の原理も、各個人を最高かつ固有の価値を有する人格として尊重する原理であり、……人間尊厳の原理と異なる主旨のもので解すべきではない」¹⁴⁴⁾とする。また、田口精一も、日本国憲法の「個人の尊重」や「個人の尊厳」は、ドイツ基本法の「人間の尊厳」と「その趣旨において同じであるこ

142) Vgl., T. Hillenkamp, Strafgesetzbuch, „entleert“ Grundrecht, JZ (2020) S.618; F. Rostalski, Freiheit und Sterben, JZ (2021) S.477; U. Neumann, Interessen und Bedürfnisse als Basis des Prinzips der Menschenwürde, in: Neumann, u. a. (Hrsg.), Menschenwürde ohne Metaphysik (2021) S.171.

143) 宮沢俊義『憲法Ⅱ（新版）』（有斐閣、1974年）214頁。

144) 芦部・前掲注（7）58頁。

とは明白である」¹⁴⁵⁾とする。さらに、高橋和之は、この立場を支持してつぎのように言う。「個人の尊厳は、個人を全体の犠牲にすることを禁ずるのみならず、非人間的に取り扱うことも当然に禁じていると解すべきであるし、また、人間の尊厳も、個々の人間を全体の犠牲にすることを禁じているはずであるから、その意味で両者の価値観に基本的な差異があるわけではない」¹⁴⁶⁾。

これに対して、第二の見解をとるホセ・ヨンパルトは、「人間の尊厳」は類としての人間が（動植物や物などに対して）その人格性の故に不可侵の尊厳を有することを示すのに対して、「個人の尊重」は共同体や社会との対比で、個人の価値を強調するものと理解されるべきこと、また、個人は人間として尊厳を有するのであって、個人として尊厳を有するものではないこと（個性だけでは尊厳を根拠づけることができない）、さらに、「人間の尊厳」は文字通り不可侵の原理であるのに対して、「個人の尊重」は法律などによる制限が可能であることなどを理由として両者の相違を強調する¹⁴⁷⁾。

また、押久保倫夫も、ヨンパルトとは別の観点から、両者の相違を強調する。押久保によれば、『『人間』は類概念としての意味を持ち、それに一般的属性とされるものを結合すると、理念的人間像が提示される。そして、それに適合しない人間が存在する場合、評価的区別として機能する危険性を有する。『理性』等も（…）その可能性を免れていない。それに対して、『個人』という場合は、必然的に個性を伴う存在を意味し、個性とは各人の違い、即ち多様性を本質とするものである。それゆえに『個人の尊厳』、『個人の尊重』は『人間の尊厳』とは異なり、主体の限定を受け付けない」¹⁴⁸⁾。また、「共同体拘束的な『人間の

145) 田口・前掲注(17) 8頁。

146) 高橋和之『立憲主義と憲法<第5版>』（有斐閣、2020年）81頁。辻村みよ子『憲法（第7版）』（日本評論社、2021年）139頁は、憲法24条にいう「個人の尊厳」は「個人の、人間としての尊厳」の趣旨であると述べており、「一元説」に含めることができるとされる。

147) ヨンパルト・前掲注(9) 77頁以下、同『日本国憲法哲学』（成文堂、1995年）110頁以下。

148) 押久保倫夫「『個人の尊重』か『人間の尊厳』か」法の理論19号（2000年）205頁

尊厳』ではなく、団体にも対立しうる先鋭な『個人主義』を銘記させる『個人の尊重』を強調する必要がある」。その理由は、「日本では、『個人主義』はいまだに稀薄なのが実状といえ(る)」からである¹⁴⁹⁾。

さらに、第三の立場をとる青柳幸一は、「個人の尊重」と「人間の尊厳」には「同義性と異質性」があるとして、その理由を次のように述べる。まず、「日本国憲法の『個人の尊重』は、家制度の廃止という特殊日本的な要件がさらに加えられるが、ドイツ基本法の『人間の尊厳』の第一義的意味と同じ内容をもつ。つまり、国家に対する個人の優越である。人間である個人があって、初めて国家があるのである。この価値決定が、ドイツ基本法においても日本国憲法においても、国家の存立基盤である」。他方で、「英・米・仏流の『個人主義』とドイツ流の『人格主義』との本質的な差異」がある。この点で、「日本国憲法13条の『個人の尊重』は、……『人格主義』ではなく、『個人主義』の立場に立つと思われる」。¹⁵⁰⁾

以上のような諸見解の中で、私は、従来から多数説の立場をとってきた¹⁵¹⁾。たしかに、前述したところからも明らかなように、ドイツでの「人間の

以下。

149) 押久保倫夫「憲法13条」芹沢斉ほか編『新基本法コンメンタール・憲法』(日本評論社、2011年)100頁以下。

150) 青柳・前掲注(35)『個人の尊重と人間の尊厳』(尚学社、1996年)35頁以下。なお、石川健治「公法における『人』の属性」公法研究75号(2013年)53頁は、「人間の尊厳」と「個人の尊厳」の関係について、「これら二つの定式の違いは、『個体』(『部分』)と『全体』を等位においた上で両者の弁証法的往復を考える立場に対する、許容可能性にある」と述べて、青柳とは別の意味で「折衷説」の立場をとるようにもみえる。ただ、他方で、「『人間の尊厳』を錬磨すると、人格という仮面のなかから、『個人の尊厳』という一層研ぎ澄まされた原理が現われてくる形になる」と述べている点からすれば、結論的には、一元説に近い立場を採っているようにもみえる。

151) 拙編著『新現代憲法入門(第2版)』(法律文化社、2009年)101頁。なお、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)16頁では、「人間の尊厳」は、一人一人の人間の「人格」の自立(律)性の意味をもって解釈される限りにおいて「個人の尊重(尊厳)」と同じ内容のものであると書いた。その

尊厳」に関する議論は、その根拠づけや内容などに関して、日本における「個人の尊重」に関する議論に比較して非常に多様な形でなされてきたといえることができる。それは、ボン基本法では1条1項に「人間の尊厳」に関する規定があるのに対して、日本国憲法の場合は13条に規定されているといった条文上の位置づけの違いもあるのかもしれない。また、内容的に関しても、ドイツの場合は、「人間の尊厳」はそれ自体基本権であるという位置づけが一般的になされているのに対して、日本での多数説は、「個人の尊重」は基本原理を定めたものであるとしている点も、違っている。さらには、ドイツの場合は、「人間の尊厳」を「尊重し、保護することはすべての国家権力の義務である」として国家の保護義務を明記している点も、日本の場合とはちがっているといえよう。ただ、このような違いが見られるにもかかわらず、基本的な点では、両者の趣旨または意味内容は同じであると、私は考えている。

その理由は、第1に、「個人の尊重」も「人間の尊厳」も、ともに、過去の全体主義・国家主義に対する反省、そして政府の行為によって起こされた戦争の惨禍に対する反省を踏まえて規定されるに至ったという、その制定背景の同質性である。第2に、「二元説」の立場からは「人間の尊厳」は類としての人間の尊厳が主として考えられているといわれるが、しかし、ドイツで「人間の尊厳」の主体として議論されているのは、主として「個人」であることは前述したところから明らかであろう。たしかに、連邦憲法裁判所は、「悪魔の舞踏」判決で、「類としての人間」の尊厳にも言及したが、これはむしろ例外と言ってよいのである。第3に、この点とも関わって、「人間の尊厳」の場合には、人格主義的に人間像を理解して、その「社会的拘束性」を強調することになりやすいことが指摘される。たしかに、連邦憲法裁判所の「投資助成判決」では、「基本権の社会的拘束性」が指摘されたが¹⁵²⁾、ただ、その後の連邦憲法裁判所の判例の動向を見れば、日本の最高裁判所以上に個人の人権を重視した判決を

結論には変更はないが、理由付けについては、本稿のように加筆訂正することにする。
152) BVerfGE4,7(15). この判決については、根森健『『基本法の人間像』と基本法の経済政策的な中立性』前掲注(40)『ドイツの憲法判例』26頁参照。

出してきたことは否定できないであろう。むしろ、日本の最高裁の方が「公共の福祉」の名の下に人権の「社会的拘束性」を重視する傾向があることは否定できないと思われる。

第4に、「二元説」からは、尊厳は人間に帰属するのであって、個人に帰属するものではないといった指摘もなされるが、尊厳の根拠を人格性に認めたとしても、それは個々の人間に帰属するものとしても捉えることはできるのであって、個人の尊厳を否認することにはならないと思われる。第5に、「人間の尊厳」は絶対不可侵のものであるのに対して、「個人の尊重」は絶対不可侵のものではなく、法律によって制限できるといった指摘については、「個人の尊重」も、「公共の福祉」による制約を受けない規定になっていて、基本原理としては不可侵といってよいのであり、この点でも、両者の違いを強調することはできないと思われる。

第6に、日本では、「個人の尊厳」は、国民主権の基礎でもあるという形で両者の関連性が指摘されてきた。例えば、宮沢俊義は、つぎのようにいう。『『個人の尊厳』とは、人間社会のあらゆる価値の根元が個人にあると考え、何にもまさって個人を尊重しようとする原理をいう。……個人がすべての価値の根元だということになれば、政治権力の源も、個人にあると考えざるを得ない。しかも、個人はすべて平等である。したがって、すべての個人が政治権力の源でなければならない。ここで、必然的に国民主権の原理が生まれる』¹⁵³⁾。また、清宮四郎は、「日本国憲法における根本規範の内容としては……国民主権主義、基本的人権尊重主義および永久平和主義の三つの原理がそれに該当するであろう。そうして、さらに、これらの原理の根底にある原理として、『個人の尊厳』という原理が考えられる』¹⁵⁴⁾としている。さらに、芦部信喜は上述の宮沢の指摘を受けて、「この個人尊厳の原理から人権と主権の原理が導かれるとする考え方は、私……と実質的に同じ趣旨とすることができる」¹⁵⁵⁾と述べている。

153) 宮沢俊義『憲法(改訂版)』(有斐閣、1962年)68頁以下。

154) 清宮四郎『憲法I(第三版)』(有斐閣、1979年)33頁。

155) 芦部信喜『憲法学I』(有斐閣、1992)47頁。

これに対して、ドイツでは、「人間の尊厳」が「憲法的秩序の内部における最高の法的価値」(BVerfGE45,187(227))とされるとともに、基本権はもちろんのこと、国民主権との関連性についてもつぎのように指摘されてきた。例えば、ヘーベルレはいう。最終的には、すべての(国家)権力は市民から発する。それ故、人間の尊厳の尊重と保護は、憲法国家の「基本的義務」である。人間の尊厳のうちに国民主権はその最後の、そして最初(!)の根拠を有する¹⁵⁶⁾。また、ポドレツヒも、尊厳は、多数の決定に服するものではない、尊厳は、民主主義の条件(傍点は、原文では、ゴチック)である¹⁵⁷⁾と述べているし、さらに、フーヘンは、つぎのように述べている。基本法1条1項は、他の基本権との関係並びに基本法20条との関係において根本規範である。したがって、人間の尊厳の価値内容を、基本権のみならず、民主主義、共和制、社会国家、法治国家、そして一定程度において連邦国家も具有しているのである¹⁵⁸⁾。このような指摘を踏まえるならば、「個人の尊厳」も「人間の尊厳」も、ともに、国民主権や民主主義の根拠として位置付けられており、この点でも、両者は共通性を有しているといつてよいと思われる。

最後に、二元説の立場をとるヨンパルトも、押久保も、「人間の尊厳」を解釈論によって日本国憲法に取り入れることを提案している。ヨンパルトの場合は、「人間の尊厳」を解釈論によって日本国憲法に導入して、死刑の違憲論を導き出している¹⁵⁹⁾。しかし、死刑の違憲論は、憲法13条の生命権や「個人の尊厳」などによって根拠づけられうるのであって、わざわざ「人間の尊厳」論を引き合いに出す必要はないと思われる。また、押久保は、「日本国憲法においては『人間の尊厳』は、18条、25条、36条等の背後あるいは基盤にあるものとして想定しうる概念として、導き出すことできる」¹⁶⁰⁾とするが、これらの人権規定は、それ自体で、法的意義をもつのみならず、その背景又は基盤には「個人の尊厳」

156) Häberle, a.a.O. (Fn.77) S.351.

157) Podlech, a.a.O. (Fn.56) Rn.16.

158) Hufen, a.a.O. (Fn.52) S.143.

159) ヨンパルト・前掲注(9) 254頁以下。

160) 押久保・前掲注(35)「それでも『人間の尊厳』は絶対である」458頁。

があると解することも可能であると思われる。あえて、「人間の尊厳」と「個人の尊重」を区別する積極的な意味は存在しないと思われる。

二 改めて「尊厳」の意味と根拠について

以上において、ドイツの「人間の尊厳」論との対比において、日本における「個人の尊重」論のあらましを見てきた。日本における「個人の尊重」は、憲法24条が「個人の尊厳」を規定しているので、「個人は尊厳をもつ者として尊重される」と解することができるが、ただ、かりに「人間の尊厳」と「個人の尊重」が基本的に同じものであるとしても、何故に個人は尊厳をもつものとして尊重されなければならないのか、あるいは、何故に人間は「尊厳」をもちうるのか、そもそもそこである「尊厳」とはなにを意味するのかといった問題は、なお残るといってよいように思われる。これらの問題に関して、日本では、ドイツ以外の国の議論を踏まえた議論もなされているので、以下には、それら議論のうちの主な論点について簡単に検討することにする。

まず、「尊厳」の意味についてであるが、『広辞苑』では、「とうとくおごそかで、おかしがたいこと」としているが、英語圏の政治哲学者のマイケル・ローゼンは、「尊厳」の意味の使われ方を歴史的に考察した上で、「尊厳」については、①「地位としての尊厳」、②「本質としての尊厳」、③「態度としての尊厳」、④「適切な敬意をもって扱われるべきこと」の4つの使い方がなされてきたことを明らかにしている¹⁶¹⁾。ここにおいて、「地位としての尊厳」とは、その人間がもつ地位あるいは位階との関係で用いられるものであって、かつてはこの意味で「尊厳」が用いられるのが一般的であった。しかし、カントによって「尊厳」は人間存在の「本質」に関わるものとして用いられて以来、この意味での尊厳（「本質としての尊厳」）の用い方が一般的となった。さらに、「態度としての尊厳」とは、地位とか人間性とかではなく、人間の振るまいの中に尊厳を

161) マイケル・ローゼン・前掲注(70)15頁以下。なお、倫理学の領域からする研究については、加藤泰史編『尊厳概念のダイナミズム』（法政大学出版局、2017年）、加藤泰史・小島毅編『尊厳と社会』（上・下）（法政大学出版局、2020年）など参照。

見い出そうとするものである。例えば、フリードリッヒ・シラーによれば、尊厳とは、「苦しみの中の静けさ」を意味しているという。これらの中で、「地位としての尊厳」は、かつては用いられていたとしても、近代憲法の下で「法の下の平等」が確立した体制の下ではもはや通用力を持たなくなったと思われるし、また「態度としての尊厳」や「敬意をもって扱われるべきだという考え方」は、倫理学の領域では、重要な意味をもつとしても、法律学の領域では、必ずしも有効性を持ち得ないように思われる。結局、法律学の領域で今日問題となり得るのは、二番目の「本質としての尊厳」であると思われるが、ただ、このような議論に関しては、もちろん、異論も見られるのは当然であろう。

例えば、蟻川恒正は、アメリカの法哲学者であるウォルドロン (Waldron) などの議論¹⁶²⁾を参考にして、「個人の尊厳」についてつぎのように言う¹⁶³⁾。「アンシャン・レジームの法においては、『尊厳』は、高い身分に属する者に明瞭かつ排他的に随伴していた。『尊厳』の普遍化仮説が憲法上の権利にも妥当とするならば、高い身分の普遍化としての個人の憲法上の権利は、新たにその権利主体となろうとする者に対し、立憲主義の『法システム』の期待する行為を行なう意思と能力を有していることの一般的証明を要求しているはずである。……かつての高い身分に属する者に対して保障された憲法上の権利は、社会公共のための義務の履行を、その権利行使の目的ないし性質の裡に内在させていた(ノブレス・オブリジュ)と解することができる。……そうであれば、新たに憲法上の権利の保障を受けようとする(かつての高い身分なき)個人に対しても、社会公共のための義務の履行が権利行使の目的ないし性質として要請されるべきこととなる」。

このように、「個人の尊厳」を「高い身分の普遍化」として捉える蟻川自身の議論をどのように、理解したらよいのであろうか。蟻川のこのような捉え方

162) J.Waldron, Dignity, Rank, and Rights (2012) p.33は、自らの仮説として、「人間の尊厳(傍点は、原文ではイタリック)の近代的観念は、身分の高い方向での平等化(upwards equalization)を含意している」と述べている。

163) 蟻川恒正『尊厳と身分』(岩波書店、2016年)55頁以下。また、同『「個人の尊厳」という逆接続』憲法問題33号(2022年)140頁も参照。

は、たしかに、「尊厳」の用法の歴史的背景の説明としては適切なものといえるとしても、日本国憲法の下での「尊厳」の意味理解としては妥当性を欠くものと思われる。蟻川のこのような議論のねらいは、「個人」も「尊厳」の担い手となった以上は、「個人」は社会公共のための義務の履行をすべきだということ、私なりに平たく理解すれば、憲法12条が規定するように「この憲法が保障する自由及び権利は、国民の不斷の努力によって、これを保持しなければならない」（傍点・引用者）という責務を負うべきだということにあるように思われる。その趣旨は理解できるが、しかし、すべての国民にそのような義務を要請し、しかも、そのような義務を履行し得ない者は「尊厳」を持ち得ないということに仮になるとすれば、それは、「個人の尊厳」の趣旨には合致しないことになると思われるし、また、そのような議論は、天皇制を例外として身分制を廃止した日本国憲法の下では、蟻川自身が認めているように、「『平等』思想や普遍的な『人権』理論と容易には接合しない可能性を持つ」ことになると思われる¹⁶⁴⁾。この点、ドイツでは、前述したように「人間の尊厳」の内容には、「平等」も含まれていると一般に理解されていることも留意されるべきと思われる¹⁶⁵⁾。

つぎに問題となるのは、人間は何故に尊厳をもつのかという基本問題である。

164) ただし、蟻川が、同書73頁以下で「『個人の尊厳』と九条」を論じて、「九条は、『軍隊』ではない自衛隊の、『軍人』ではない自衛隊員を、『個人の尊重』が全うされない戦場という究極の場所……に立たせないことを人びとに約束する規定であるはず」（91頁）と述べている点については、全面的に賛同できると思われる。もっとも、このような議論を説く上で、「尊厳」を「高い身分の普遍化」と捉える必要性はないように私には思われる。

165) ちなみに、ユルゲン・ハーバーマス（三島憲一・速水淑子訳）『ヨーロッパ憲法論』（法政大学出版局、2019年）34頁以下は、ウォルドロンの見解について、「こうした考え方は、各人に平等に与えられた人間の尊厳という意味を捉えきっているだろうか」と、疑問を呈している。なお、アメリカにおける「尊厳」論については、松田浩「『自己統治』と『尊厳』」辻村みよ子先生古稀記念論集『憲法の普遍性と歴史性』（日本評論社、2019年）61頁、宮下紘『プライバシー権の復権——自由と尊厳の衝突』（中央大学出版部、2015年）など参照。

この難問に関して、ドイツでの議論のあらまははすで見てきたが、日本での議論は、小林直樹にその代表例をみることができる。すなわち、小林は、「人間の尊厳」の根拠について従来一般に説かれてきた見解には、①神が人間にその尊貴な地位を与えたという見解、②生命そのものが尊貴であるという見解、③人間はその精神によって他の生物の上にあるという見解の三つがあるとした上で、三つの見解を具体的に検討している¹⁶⁶⁾。そして、①については、「現実の人間はどうみても『神の似姿』として造られたとは考えられない」とし、また、②の見解については、この見解をとれば、すべての生命について平等に尊重されるべきとする「生命平等」の考え方が説得力をもつことになるが、しかし、そのような立論は「現に行なわれている自然界での闘争や、弱肉強食の法則的現象と衝突するし」、「人間が現に行なっている動植物の摂食も、有害生物（病原菌や害虫など）の殺戮も、生命平等論とは折り合いのつかぬ行動である」とする。そして、こう見てくると、「人間の尊厳的地位を裏付けるものとしては、他の生物とは明らかに一線を画す、人間の高次の精神（とその活動）だけが、最後に残る根拠となろう」とする。

もっとも、小林は、このように述べつつも、人間にも、「尊厳に値しない醜悪・劣悪な面」があり、「残虐な流血や愚行を繰り返してきた」。この「反尊厳の負の面」を忘却若しくは隠蔽することはできないとする。その上で、小林は、このような両面（「二元的分裂」）を人間は持ちつつも、善・美・正の追求（上方指向）を自らの課題とする、そのような指向性を本来的に含むとあってよく、「人間の“尊厳”はつまるところ、このような精神的な志向性により認められる、と私は解する」と結論する。

このような見解に関して、私見をごく簡単に述べれば、まず、人間が「神の似姿」として造られたという見方については、科学的根拠に基づくものとはいえないので私も採ることができないと考える。ただ、生命そのものが尊貴であるという根拠づけは「生命平等」論に陥るといふ小林の見解については、私としてはにはわかには賛同できないと考えている。この点に関しては、私は、つき

166) 小林直樹『法の人間学的考察』（岩波書店、2003年）34頁以下。

のような見解を基本的に支持するからである。「われわれは、(人間と)同じように植物の生命や昆虫の生命を尊重するわけではないのだ。ウイルスの生命や病原菌の生命にいたっては、逆に攻撃を仕掛けさえする。生命尊重は人間の名に値する生命について適用されるのであり、これは、事実上、一つの価値判断にほかならない」¹⁶⁷⁾。さらに、人間の尊厳はつまるところ人間の「精神的志向性」に求められるとする点に関しては、そのような「精神的志向性」を持たない人間についてはどのように考えるのかという問題が残ることになると思われる。そのような「精神的志向性」をすべての人間に期待することができないとすれば(例えば殺人者など)、そのような人間については「人間の尊厳」を否定することになるのかといえば、私は、そのような人間についても「尊厳」は認められるべきだと考えている。結局は、「個人の尊重」のところで述べたと同じことに帰着するが、「人間の尊厳」は、一人ひとりの人間が代替不可能な唯一のかけがえのない存在であり、またやがては死すべき有限の存在であることにその根拠が求められるというのが、現在の時点での私の考えである。そのような存在であるからこそ、一人一人の人間の生(命)の営みは尊く厳かなものであると思われるのである¹⁶⁸⁾。

Ⅶ 小結

日本国憲法は、「個人の尊重」と「生命権」を13条で規定し、ドイツのボン基本法では、1条で「人間の尊厳」を、2条2項で「生命権」を規定している。いずれも、第二次世界大戦で政府の行為によって引き起こされた戦争の惨禍に対する反省を踏まえて制定されたものである。日本では、「個人の尊重」と「人間の尊厳」では、違いがあるとする見解が見られるが、本稿では、その制定の

167) フランソワ・サルダ(森岡恭彦訳)『生きる権利と死ぬ権利』(みすず書房、2000年) 109頁。

168) なお、少子化社会対策基本法17条は、「生命の尊厳」などについて国民の認識を深めるよう必要な教育及び啓発を国及び自治体は行なう旨を規定している。「生命の尊厳」を重視している点では、本稿の趣旨にも合致するものと思われる。

歴史的背景のみならず、その内容に関しても、例えば、ドイツでも尊厳の主体は主として個人とされていることなどに照らして、基本的には同じ趣旨のものであることを明らかにした。また、「生命権」と「人間の尊厳」とは、分離して考えるべきか否かをめぐって、ドイツでは「連結説」と「分離説」の対立があり、日本でも双方の見解が見られる。しかし、本稿では、両者には相違点があることを認めつつも、密接な関連性があることをいくつかの点について示した。日本では、生命権を幸福追求権の一種として捉えて、それ自体独自の人権と捉える見解が必ずしも一般的にはなっていないだけに、この点を強調しておくことは重要と思われる。

「生命権」と「人間の尊厳」の関係に関しては、ドイツでもコロナの世界的流行（パンデミック）の中で改めて問題とされてきた。コロナの中でさまざまな社会経済活動の自由が制限され、そのことは「人間の尊厳」の否認にも通じるとして、「人間の尊厳」を守るためには、多少の生命の犠牲は致し方ないといった議論も出されてきたのである¹⁶⁹⁾。それに対して、ハーバーマスは、クラウス・ギュンターと交わした往復書簡の中でつぎのように述べている¹⁷⁰⁾。「尊厳は、肉と血をもった死すべきひとりひとりの主体としての個人、それぞれそのつどの意図をもって動いている個人に体现されているのです。とすると、国家の無条件的な保護義務は、概念的な理由からして単に法人格の尊厳に向けられているだけではなく、むしろそれと同じように、この人格自身の生命と身体的不可侵性に、そして行動の自由に向けられていることになります。条文のこうした読み方からすると、基本法2条2項に宣言されている生命保護は人間の尊厳と

169) とりあえずは、vgl., H.M.Heinig,u.a.,Why Constitution Matters-Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise,JZ(2020)S.861; D. Murswiek, Schutz-Freiheit-COVID,DÖV(2021)S.505.

170) ユルゲン・ハーバーマス×クラウス・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。この往復書簡は、週刊新聞のDie Zeit 7.Mai 2020に掲載されたものであるが、編集部が付けたタイトルは、Lebensschutz oder Freiheit?(生命の保護か自由か?) というものである。なお、本稿の引用文は、訳文に若干の変更を加えたものである。

概念的に組み合わせられているだけに、法律によって制限可能な人格権の中に埋没させてよいことにはならないのです」(64頁以下)。コロナ禍にあっても、というよりはむしろ、コロナ禍にあつてこそ、「生命権」と「人間の尊厳」との間には密接な結びつきがあることを指摘したものとってよいであろう。

もっとも、ドイツと日本とでは「生命権」の規範内容に関して一定の違いがあることも確かであろう。それは、日本では憲法9条が存在するのに対して、ドイツでは侵略戦争の禁止条項(26条)は存在するが、憲法9条のような戦争の全面放棄と戦力不保持に関する規定はないことに起因している。この点とも関わって、樋口陽一は、つぎのように述べている。「個人が自分自身の自己決定をもってしても侵してはならない価値が人間の尊厳である以上、ましてや、(国民主権の名による正統化が試みられてきたとしても)国家の『自己』決定によってそれを得ることはできないはずである。そして、侵されてはならない『人間の尊厳』として、何より生命の尊厳があることは、いうまでもなからう。」「人間の尊厳=生命の不可侵の論理は、戦争放棄が立憲主義秩序の中でそのような位置を占めるべきことを、要請しているはずである。そしてそのためにこそ、憲法9条は、護持されるに値するはずである」¹⁷¹⁾。

日本では、憲法9条があることによって「生命権」の規範内容に平和的生存権が含まれることは本稿の「Ⅱ 基本的人権としての生命権」で述べたが、それは、「人間の尊厳」=「個人の尊重」の規範内容とも密接不可分の関連性を有していると思われるのである。ロシアによるウクライナに対する侵略戦争は国連憲章と国際法に真正面から違反する行為であるが、それは、同時に戦争が人々の「生命権」と「人間の尊厳」をもっとも根底的に侵害するものであることをも改めて示しているように思われる。

171) 樋口陽一「憲法9条と立憲主義」法学セミナー2007年11月号45頁。