

<翻 訳>

## 「人間の尊厳」の憲法的意義

李 震 山 著※  
鈴 木 敬 夫 訳

1. 序
  2. 「人間の尊厳」が「憲法価値」に転じた意義
    - (1) 人間の尊厳の多義性をはっきりさせる
    - (2) 法実証主義の欠点を補完する
    - (3) 類型化された基本権の概括的規定である
  3. 憲法における「人間の尊厳」の本質
    - (1) 人間こそ目的である
    - (2) 自治と自決が憲法における「人間の尊厳」の核心的内包である
    - (3) 人間の尊厳の権利主体は、すべての人間である
    - (4) 人間の尊厳は上位の憲法原則である
  4. 我が国の憲法は、「人間の尊厳」を明文で保障すべきである
    - (1) 規範方式
    - (2) 人間の尊厳は基本権の機能である
  5. 結語
- 訳者あとがき……李震山教授の人と思想 素描

### 1. 序

人性尊厳(Menschenwürde)は、すなわち「人間の尊厳」(Die Würdes Menschen)であって、時には個人の尊厳をさすが、一般的には「人類の尊厳」といわずに、主として個人の独立性及び個人間の差異を強調する

---

※ 台湾司法院大法官、国立政治大学法律系教授

ものである。だが「多数の人間の尊厳」、あるいはその他の「動物類」の尊厳を否定するものではない。人間の尊厳という用語は、すでに伝統的な倫理道徳、宗教、或いは哲学の用語から徐々に転じて法律用語となり、憲法価値（Verfassungswert）の一部あるいは憲法秩序の基礎（Fundament der Verfassungsordnung）にまでなった。これは、人類が基本権を得るべく奮闘し、人間が自覚してきた軌跡を浮き彫りにさせるに足るものであって、その時代的な意義を表している。本稿は、個人の学術レベルにおいて、ドイツの文献について紹介し議論することを主とするものであることを断っておきたい。

## 2. 「人間の尊厳」が「憲法価値」に転じた意義

憲法は最高の実定法規範として、それ自体価値体系をもっている。この意味でいえば、人間の尊厳は憲法価値秩序の中の根本原則（fundamentals Prinzip der verfassungsrechtlichen Wertordnung）<sup>1</sup> に属し、さらには、侵犯されてはならない人間の尊厳はすでに価値体系の基礎（grundlage eines Wertsystems）<sup>2</sup> にまでなっている。人間の尊厳が憲法価値に転じた事実に至っては、以下に示すように多層的な意義がみられる。

### (1) 人間の尊厳の多義性をはっきりさせる

「尊厳」の二文字には、はっきりした定義がない。ローマ人は、尊厳と

<sup>1</sup> Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1 (Allgemeine Lehrer der Grundrechte 1. Halbband) 1988, S. 28. ドイツ基本法のなかで合憲秩序（verfassungsmäßige Ordnung）に言及したのは、第2、6、8、9、10、12、20などの条文である。そこから、憲法価値、憲法価値秩序、憲法価値体系及び自由、民主基本秩序（freiheitliche demokratische Grundordnung）などの用語が生まれた。広義には、その内容は、共和、民主、法治、社会、さらに連邦国の基本精神にまで及ぶ。人権を十分に保障するための根拠とするのがその主な目的の一つである。人間の尊厳は人権の核心的な地位を占める以上、多くの人が各種の語彙を用いてあの手この手でその重要性を示そうとするのも当然である。

<sup>2</sup> Dürig, in Maunz/Dürig, GG Kommentar, 1992, Art. 1, Abs. I, Rdnr. 1. Dürigは冒頭で「不可侵な人間の尊厳は、価値体系の基礎である」と、その主旨を明らかにした。

は、公衆における個人の名声で、個人が社会に貢献することによって手に入るものである、と考えた。キリスト教は、尊厳を神からの恩賜と考え、人は神によって作られるため、万民みな同等の尊厳をもっており、尊厳の侵害は第三者の手によるものではなく、本人の罪によるものであるという。また、カント (Immanuel Kant) は、尊厳とは、人間の自律 (Autonomie) の結果であって、人は一個人として、基本的に自治すべき範囲内にもかかわらず、さらに他治あるいは他律を受けるようであれば、そこには尊厳はありえない、という<sup>3</sup>。

多元化で、かつ民主的法治を実施する社会において、尊厳についての解釈は、もはや単独に多義的な宗教、哲学、道徳の個別観点によってなすことは難しく、比較的中性的 (Neutralität) な、一般大衆に受け入れやすい定義づけ、すなわち法学的観点が必要となる。というのは、形式的な合法性と実質的な正当性を併せもつ現代の法律は、みな多数の人民の意志の総体的な表れと見なされているからである。とくに憲法はそうである。たとえ憲法では人間の尊厳の概念を具体化しにくいとしても、法学的観点から規則と手続について解釈することによって、少なくともある程度その内包をはっきりさせることができる。とはいえ、それは法律概念に必然的に食い違いが生じないということの意味するわけではない。この点で、人間の尊厳における意味上の論争は、主として人間の尊厳は個人自体の価値なのか、それとも個人の能力、業績にともなって生じた他人認可 (Identität)、評価的報償 (Leistung) 現象<sup>4</sup>なのか、とい

<sup>3</sup> Albert Bleckmann, Staatsrecht II -Die Grundrechte, 3. Aufl., 1989, S. 448. 神学の観点からいうと、人間が人間の神の前での尊厳を自覚することができず、人間の本質と存在がひどく異化されることは、すなわち、人間主体の墮落であり、いわゆる罪である。

<sup>4</sup> Luhmann は、尊厳を「個人の人格完成の自己表出」と定義した。だから彼は、人間の尊厳は一種の能力、成果、自己肯定の表れであると考えている。Vgl. Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, insb. S. 53 ff.これは、W. G. Vitzthum, Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, JZ, 1. März, 1985, S. 206/207 から引用したものである。

う一つの主題をめぐってなされている。これは個人主義と集団主義 (Kollektivismus) の人間観 (Menschenbild) 論者が、人間の尊厳について法学分野でなされた異なる評価例の一つに過ぎない。いずれにせよ、このような議論はすでに純粋な宗教、哲学、倫理学のレベルを脱し、法律のレベルでの整合性に力を入れようとしたものである。

## (2) 法実証主義の欠点を補完する

法学分野では、自然法論者は、人間の尊厳はすべての人間が放棄してはならない、かつ侵害されてはならない法益であって、国家権力によってそれを尊重しかつ保護することは、政府が存在するための主な目的の一つであり、これはまったく疑う余地はないことである、と主張する。一方で、法実証主義 (Rechtspositivismus) 者は、定義づけにくい「人間の尊厳」の旗を高く掲げ、それを人民の基本権と位置づけて、国民はそれを主張することによって公の権利と対峙すれば、国家の権威 (Autorität) は動揺し、法的安定性 (Rechtssicherheit) が破壊されやすくなるため、むしろ人間の尊厳は保障されなくなってしまう、と主張する。このような論争はもはや珍しいものではない。ここでは、多くの法律家にとって周知されている実例を挙げて説明したい<sup>5</sup>。

かつてナチス政権の人民法廷に奉仕した裁判官 Hans Joachim Rehse は、戦後 22 年を経て被告となり、罪名は謀殺幫助罪であった。彼が過去の訴訟事件で陪席審判官として、ユダヤ系のドイツ人を審問したことがあり、そのユダヤ人が非ユダヤ血統の白人と性行為を行なったため起訴されたが、裁判官は事件について十分な証拠調べをしないまま、法律に則して死刑が唯一の選択肢でない罪を、種族冒涇 (Rassenschändung) を理由に被告人を極刑に処したからである。Rehse は、その判決は当時の有効な法律に則ったもので、その法律が道徳の最低限の要求に合うかどうかについては、自分が考慮すべきものではない、と弁解したのに対して、法廷で裁判官は Rehse に、「もし、メガネをかける者はみな処刑さ

<sup>5</sup> Vgl. Konrad Löw, Die Grundrechte, 1977, S. 78.

れなければならないという法律があるとすれば、あなたはどうしますか」と質問したところ、Rehseは「もしそうだとすれば、私はそれに反しないだろう」と、つまり、メガネをかける者を法に則って処刑すると、答えたのであった。法実証主義の影響力がピークに達した19、20世紀の間、Rehseは唯一「悪法もまた法である」という考えをもつ裁判官ではなかったが、ドイツのナチス政権が悪事を働くための道具となって、人間を価値のないものと見なして、それゆえに法律を以てその生命を消滅させることを許し、かつ人間の尊厳を軽視したあのような法律を、何ら疑おうとはしなかった。

ドイツの有名な法哲学者ラートブルフ Gustav Radbruch は1932年に、ヒトラーが政権の座につくまでは、「裁判官にとっては、法規の効力意思 (Geltungswillen) を効力あるものとし、自己の法感情を権威的な法命令の犠牲とし、何が法にかなうかということだけを問題にすべきで、決してそれがまた正義にもかなうか否かを問題にしないことがその職業的義務である」と主張していた。それが15年後の1947年には、「法学は再び、千年来の古代ギリシア、ローマ、中世のキリスト文化及び啓蒙時代における共同の知恵、たとえば神法 (Gottesrecht)、理性法 (Vernunftrecht) を考慮に入れなければならない。簡潔にいうと、制定法を超える法 (übergesetzliches Recht) を制定し、それをを用いて法律の形式がすでに整った法を検証する。というのは、たとえ実定法であっても不備な点があるからである。」<sup>6</sup>と主張するようになったのである。

ラートブルフの思考の変化は法学界にとって代表的な意義を持つが、しかし、ドイツが法実証主義を厳しく詰問したことによって、あまりに

<sup>6</sup> G. Radbruch, Rechtsphilosophie, Leipzig 1932, S. 83 f.; Löw, a. a. O., S. 81. Radbruchの見解とその変化に関しては、林文雄「ラートブルフ (Gustav Radbruch) の法理念論——その正義論を中心に」(第一回馬漢宝講座論文彙編、馬氏思上文教基金会、2005年、第78-90頁に収録)、劉幸雄、枉法裁判の理論と難題、1989年、第56-57頁、馬漢宝「自然法の現代的意義」(馬漢宝著、西洋法律思想論集、東亜法律叢書、1969年、第158-161頁に収録)。Löw, a. a. O., S. 80. を参照されたい。

も手痛い、取り戻せない代償を払ったことは、もはや取り返しがつかないといえよう。こうした背景の下で、本来哲学、宗教、道徳のレベルで議論されていた人間の尊厳の概括化、実証化（pauschal positiviert）を加速的に促進し、それを憲法の上層に位置づけるのは、法実証主義の欠点を補完できるばかりでなく、それをを用いて国家権力を拘束することもできる。これは、民主的法治的であり、かつ人権を保障すると自称する国家にとって、紛れもなく高度な意義を有することである。

ナチス政権の手痛い経験を踏まえ、ドイツのバイエルン州は、1946年の州憲法第100条に、「立法、執行権及び司法は、人間人格の尊厳を尊重すべきである（Die Würde der menschlichen Persönlichkeit）」と定め、国内の法律において保護を受けるべき法益（Rechtsgut）となるよう、人間の尊厳を実証化したため、州憲法の模範になったといえよう。その後、西ドイツの多くの州がそれを模倣し、ついに1949年の西ドイツ基本法は第一条第一項に、「人間の尊厳は不可侵である。人間の尊厳を重んじ、守ることは全ての国家権力の義務である。」と定め、自然法の濃厚な特質をもつ「人間の尊厳」を、憲法を以て受け入れる時代の幕を開いたのであった<sup>7</sup>。これは、立法、司法および執行権の諸権力にとって大きな試練

<sup>7</sup> 1776年6月12日のVirginia bill of rightsと1789年8月26日のフランス人権宣言の中にはいずれも人間の尊厳という用語が現れなかった。フランスのパウルス教会（Paulskirche）制憲国民大会の代表Mohrはかつて、人間尊厳を憲法に挿入する議案を提出したことがある。国際法の分野において重要なものには、1945年の国際連合憲章の前文の「われらの一生のうちに二度まで言語に絶する悲哀を人類に与えた戦争の惨害から将来の世代を救い、基本的人権と人間の尊厳及び価値と男女及び大小各国の同権とに関する信念をあらためて確認する」、1948年12月10日に採択された『世界人権宣言』の前文の「人類社会のすべての構成員の固有の尊厳と平等で譲ることのできない権利とを承認することは、世界における自由、正義及び平和の基礎である」、1966年の『市民的及び政治的権利に関する国際条約』の序言の「この規約の締約国は、国際連合憲章において宣明された原則によれば、人類社会のすべての構成員の固有の尊厳及び平等のかつ奪い得ない権利を認めることが世界における自由、正義及び平和の基礎をなすものであることを考慮し、これらの権利が人間の固有の尊厳に由来することを認める」がある。州憲法の中には、人間の尊厳

である一方、手痛い教訓をしっかりと踏まえ、深い反省に立って、「国家は目的ではない。人民こそ目的である」ということを認めた上での結果でもあるため、この段階の発展は極めて示唆的である。両ドイツ統一後の1990年のドイツ基本法としても適用され続けた。

### (3) 類型化された基本権の概括的規定である

人間の尊厳という用語が憲法のなかに出現しただけでも、それは突破的なことである。が、どのような方式でそれを憲法に表記すればよいか、むしろもっと重要であろう。それを前文に規定し、宣言的機能しかもたせないようにするのもよいであろうし、前述のバイエルン州憲法のように、第100条に規定し、人間の尊厳を法益に転化させて保護するのもよい。また、それを基本権の範疇(Kategorie)に入れて個別の基本人権となるようにするのもよいであろう。甚だしい場合には、それを基本権のスポットライトの下においたうえで、さらにそれを、類型化(あるいは個別化)された基本権の人間の尊厳の保障に関する概括的規定となるようにするのもよい。たとえば、ドイツ基本法の場合がそれである。そうすれば、人間の尊厳の保障に手落ちが生じることを防げるだけでなく、時代と共に進化させることもできよう。

人間の尊厳について、それが憲法のなかの基本権に属するかどうか、また、基本権との関係はどうかをめぐる論争が起きた。この問題について多数の学者は、人間の尊厳は実質的主要な基本権(materielles Hauptgrundrecht)であり<sup>8</sup>、基本権の基準点(Bezugspunkt der Grund-

---

が明文で出現したのは、ドイツバイエルン州憲法、ヘッセン州憲法第3条、プレーメン州憲法第5条、ノルトライン・ヴェストファーレン州憲法の前文、ザールラント州憲法第1条…などがある。また、ヨーロッパ諸国の憲法の中には人間の尊厳に言及したものは、ギリシア憲法第2条第1項(1975.6.9)、スウェーデン憲法第1章第2条第1項(1974)、ポルトガル憲法第1条(1976.4.2)、スペイン憲法第10条第1項(1978.12.29)、トルコ憲法第17条第2項の後半(1982.11.7)がある。Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1988, S. 15 ff. を参照した。

<sup>8</sup> Vgl. Klein, Tragweite der Generalklauseln des Bonner Grundgesetzes, VVD-

rechte)であり<sup>9</sup>、基本権体系の出発点(Ausgangspunkt des Grundrechtssystems)であって<sup>10</sup>、基本権の概括的条項(grundrechtliche Generalklausel)であり<sup>11</sup>、憲法における基本権の価値体系(Wertsystems)に属し<sup>12</sup>、憲法改正限界の重要な憲法原則(tragendis Konstitutionsprinzip)に属する<sup>13</sup>と、主張している。これは、人間の尊厳条項が規範中の規範、基本権中の基本権であることを意味する。個別の基本権の重要な目的の一つは、人間の尊厳が保護され、尊重されるようにすることであり、類型化され、かつ人間の尊厳を保障する機能をもつ各種の基本権は、事実上、人間の尊厳の「部分的独立的断片」(Partiell verselbständigte Ausschnitte)に属する<sup>14</sup>。かといって、他の人権は人間の尊厳の複製版であることを意味しない。むしろ、そもそも人間の尊厳は基本権の一種であるというべきであろう。

人間の尊厳は基本権に属さないと考える理由は、ほとんどがドイツ基本法の規定に基づいている。その第1条第1項では、「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(aller staatlichen Gewalt)の義務である」と規定する一方、同条第3項では、「以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権および裁判を拘束する」と規定しているのである。「以下」(nachfolgenden)の基本権と称する以上、「以上」の人間の尊厳は、解釈の上では基本権に属さな

StRL8, 86 ff.

<sup>9</sup> Löw, a. a. O., S. 68.

<sup>10</sup> K. Stern, Menschenwürde als Wurzel der Menschen- und Grundrechte, in: Festschrift für H. U. Scupin zum 80. Geburtstag, 1983, S. 627 ff.

<sup>11</sup> Löw, a. a. O., S. 68.

<sup>12</sup> Maunz/Dürig, a. a. O., Art. 1, Abs. 1, Rdnr. 5.

<sup>13</sup> ドイツ基本法第79条第3項の規定によれば、憲法改正案はもし基本法第1条と第20条に定められた基本原則に影響(berührt)を与える場合、採決されないことになる。基本権第20条に示された基本原則には、民主、社会、連邦、団体、国民民主権、権力分立、憲法最高性と人民抵抗権(Widerstandsrecht)が含まれる。

<sup>14</sup> R. Spämann, Über den Begriff der Menschenwürde, in: Böckenförde/Spämann, Menschenrechte und Menschenwürde, 1987, S. 295 ff.



いことになる。換言すれば、それは主観的権利 (subjektives Recht) にはなれず、それを以て請求権の基礎 (Anspruchsgrundlage) とすることもできず、憲法の解釈規則 (Auslegungsregel) とするのがせいぜいである。しかし、このような観点に反論する側の理由もきわめて強固なものがある。要約すると以下のごとくである<sup>15</sup>。まず、前述基本法の第1条第3項は、単なる第1項の後半における人間の尊厳に関する確認 (Bestätigung) にすぎない。つぎに、基本法第1章の名称は「基本権」(Grundrechte) であって、第1条第3項は第1章の最初に位置するため、体系から解釈すれば、人間の尊厳は当然基本法の意義に関わるものとして下におかれた基本権である。最も重要なのは、人間の尊厳がもし主観的権利になれないとするならば、人間の尊厳の保障を確実にすることもほぼ不可能である。同時に、基本法の体系にも大きなひびが入ることになってしまう。これは、人間の尊厳を憲法の体系に入れようとする本来の趣旨に背くものである。連邦憲法裁判所はかつてその判決において、人間の尊厳の条項は基本権の特質をもっている、と主張していた<sup>16</sup>。

本稿では、人間の尊厳の条項を独立的基本権と位置づけることに賛同するだけでなく、さらに、平等をそれぞれ「平等権」と「平等原則」<sup>17</sup>と見なすように、人間の尊厳の条項を他に列挙された各基本権の人間の尊厳の保障に関する概括的条項と見なす。概括的条項は規範 (Auffangnorm) を引き受ける機能を持っており、補完性原則 (Subsidiaritätsprin-

<sup>15</sup> Bleckmann, a. a. O., S. 456.

<sup>16</sup> BVerfGE 61, 126 (137). 基本法第19条第4項の権利救済条項と、第93条第1項第4a号の憲法訴願 (Verfassungsbeschwerden) 制度は実務運営上、いずれも人性尊厳への侵害を救済の範囲内に入れている。

<sup>17</sup> 楊仁寿大法官は、解釈 571 号に関する意見書に、日本の学者田畑忍教授の「(日本国憲法) 第14条は、平等権の大原則でもあり、基本的人権の平等性原則でもある」という言葉を引用した。橋本公巨教授もまた、「法の下での平等の規定にはほぼ二つの意味がある。一つは、国民は国家に侵害されない自然平等の権利を有する。国家は国民に対して差別的な扱いをしてはならない。また、国民は差別的な扱いをされてはならない、……。もう一つは、法の下での平等は秩序全体の基本原則で、即ち、憲法は一般的平等原則を表す」と主張する。

zip) に立って構造的規範 (Anlagennorm) の欠落を補完する機能をもっている。広い意味で、構造的規範に欠落が生じて機能を十分に果たせない場合、概括的条項は引き受けて補完して、憲法の基本権保障における完全な機能を発揮するわけである。したがって、人間の尊厳が侵害された場合に、個別の基本権が優先的に適用される<sup>18</sup> が、一般的基本権の要件下において保障されない場合は、基本権を確保するために人間の尊厳の条項が適用される<sup>19</sup>。換言すれば、人間の尊厳は基本権を例示することに

<sup>18</sup> 司法院大法官は、憲法に列挙された権利の保障の中でも人性尊厳に言及した。例えば、解釈 400 号、485 号、490 号、550 号、567 号、585 号、603 号、631 号など。Vgl. Bleckmann, a. a. O., S. 451. K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, § 58, IV 3b.

<sup>19</sup> ここでは二例を挙げて説明する。例一：解釈 372 号によれば、「人格尊厳の擁護と人身安全の確保は、我が国の憲法が人民の自由及び権利を保障するための基本的理念である。夫婦感情を増進させ、家庭暴力を防止することによって婚姻制度を保護するのも、社会の大衆の期待である。」「同居に耐えない虐待」は本来、婚姻家庭権の保障内容の中の禁止事項であるが、当該解釈でも言及されている。「最高裁判所 23 年上字第 4554 号の判例では、『夫婦の一方が他方から同居に耐えない虐待を受けたとき、離婚の請求をすることができるが、但し、一方に不貞行為があったため他方が一時的に激怒し、行過ぎた行為を行なった場合は、同居に耐えない虐待とは見なされない』とある。その行き過ぎた行為は婚姻関係を継続するのに許容される範囲を超えた場合に対して、上述の原則がなお適用され、憲法には抵触しない。』換言すれば、それは依然として「人間の尊厳の擁護と人身安全の確保」の原則に拘束されるべきである。ここから、人間の尊厳の条項は婚姻家庭権の上位条項でなければならないことがわかる。例二：解釈 272 号によれば、「国家の重大な災難に遭遇して、夫婦が離散し再会する見通しが立たない状況下で起こった重婚事件は、一般的な重婚事件と異なる。にもかかわらず、共同生活の事実が実際に長期的に存在していたこの種の婚姻関係に対し、相変わらず上述の第 992 条の規定に基づいてそれを解消すれば、その家庭生活及び人倫関係に重大な影響を与えるので、反って、大いに社会秩序を妨害することになる。この点からいえば、人民の自由及び権利が保障されるという憲法第 22 条の規定に当然抵触するといえよう。国家の重大な災難に遭遇するのは、個人の力や意志ではとうてい変えることができないため、このような状況下では、個人が享有すべき「婚姻家庭権」はもはや完全に「自治、自決」できない。当該個別ケースにおいて、もし「配偶者のある者は、重ねて婚姻をすることができない」という条文に徹底してこだわれば、人間の尊厳は明らかに維持できない。このようなときにこそ、人間の尊厳の条項は、法律の欠落で言及できなかった事項に対し、補完の機能を発揮するのである。

よって具体化されるのに対して、一般に例示された基本権の機能は、人間の尊厳の条項を通じて確保されるものである。

### 3. 憲法における人間の尊厳の本質

我われは、さまざまな角度から憲法における人間の尊厳の意義について論じ、かつ定義づけをすることができる。人間の尊厳の本質(Wesen)についての本稿の以下の論述は、単なる個人の研究を通じて心得えたもののまとめであって、必ずしもまとまったものではないが、これが抛磚引玉になれば幸いである。

#### (1) 人間こそ目的である

「人間を目的と見なす」カントの人間観は、確かに人間の尊厳をめぐる観念の解釈に深い影響を与えている。彼は、人類の理性の本質を以て人間の尊厳を深化し、道徳上の自治(Sittliche Autonomie)を重要基準とする。自治は人間ないし理性あるすべての事物の尊厳の基礎であり、この種の尊厳への尊重は、基本的には人間を一種の道具(物体)あるいは手段ではなく、永遠の目的そのものと見なすことである<sup>20</sup>。

「人間は一個一個の独立した個体からなっている。人間の優れたところは、人間の知能の唯一無二性、人間が思考力を有すること、人間が労働できることにあるばかりでなく、最も重要なのは、人間の場合、その個別と一般の関係は他の事物のように、『類』はその普遍性に関していえば、個別事物を置き換えることも、個別事物のなかの本質的部分を置き換えることもできない、という点である。人間にとって、個体の人間は、人類の普遍性をもつが、その個性に関して、本質に関して、置き換えられることも、簡化されることも永遠にないのである。つまり、宇宙万物のなかでは、人間、個体の人間だけは、その個性と本質が絶対に独立

<sup>20</sup> K. Stern, a. a. O., § 58, S. 8-9. J. Hruschka, Die Konkurrenz von Goldener Regel und Prinzip der Verallgemeinerung in der juristischen Diskussion des 17./18. Jahrhunderts als geschichtliche Wurzel von Kants kategorischem Imperativ, JZ 1987, 941 ff.

し、絶対に自由である。」<sup>21</sup> 人間の尊厳が強調するのはまさに、「人類の尊厳」、「国家の尊厳」または「集団の尊厳」に代替されることのない個人の尊厳である。

カントの人間観を国家あるいは社会に応用すれば、人間は国家及び社会が機能するための手段あるいは客体ばかりでなく、逆に、国家に先立ち存在していた人間は国家の目的である (Der Mensch als Zweck Staats)<sup>22</sup> と、推論できるはずであろう。そこで、集団主義の名の下で人間を国家機器の小歯車 (Rädchen) と見なすことによって、強制収容所、拷問、死刑あるいは集団放逐などの措置を合理化しようとするいかなる行為も、厳しく非難されるべきである。国家行為で、個人の利益に関わるものは、個人が国家行為に影響を与え得る権利を有するという可能性の下で行なわれなければならない。これが人間の尊厳と国家行為の間のはっきりした境界線である<sup>23</sup>。もちろん、国家は人民を経由せず、その目的を達成できるとは考えられない。もし個人の目的が他律でない状況下で国家の目的と合致するのなら、個人が国家の目的達成の手段あるいは方法となるとしても非難すべきではない。たとえば、我われは郵便配達員をみて、これを国家の手段あるいは道具と言ってはいけない。その理由は明白である。ここで強調したいのは、国家は人民を国家機能の単なる (nur) 道具、手段あるいは物品と見なしてはならないということである。人民がその目的を遂行する際、その自治的な「自由空間」を有しており、尊厳はまさにそこから生まれるのである<sup>24</sup>。

個人が目的であることを強調すれば、価値の位階において集団利益が

<sup>21</sup> 高宣揚著『ドイツ哲学の発展』（遠流出版会社、1991年、台湾初版）第96頁。

<sup>22</sup> 詩人の Schiller も次のようなことを言っている。「国家そのものが目的ではなく、国家が重要であるのは、人類の目的の条件を満たしているためである。人類の目的は、人間の全力的な教育を頼りに前進するほかはない。」Vgl. Scholl, Die Weisse Rose, Frankfurt 1973, S. 105.

<sup>23</sup> A. Bleckmann, a. a. O., S. 451.

<sup>24</sup> Vgl. BVerfGE 27, 1 (6).

個人利益より低くなり、集団が個人のために利益を犠牲にするべきであると思われないか、という問題に対して、ドイツ連邦憲法裁判所はかつて、「基本法の間観は、独立し、かつ制約を受けることのない個人主義ではなく、基本法はむしろ、個人と集団の関係を区別し、個人の集団における制約を弁別することによって、個人と集団の緊張した関係をなくし、個人の価値を侵害から守るのである」<sup>25</sup>と意思表示したことがある。端的にいうと、個人は集団と無関係になることは不可能であり、両者の関係をはっきりさせる目的もやはり個人の価値を保護することにある。

「国家は人民の意志があってこそ存在するのであって、人民は国家の意志があってこそ存在するのではない。」<sup>26</sup>人があって国家がないのは想像できるが、国家があって人がないのは想像できない。抽象的で見え隠れする集団の概念を用いて具体的な個人に対抗し、あるいは抽象的な集団主義だけを謳歌してその個体を考慮しないようなことは、非難されるべきである<sup>27</sup>。実際、個人の尊厳が保護され、尊重されれば、集団の利益と尊厳もそれに伴って向上していくものである。反対に、集団主義が過度に強調されるような時空環境のなかでは、個人の尊厳がしばしば無視され、踏みにじられることになる。近代の政治、人権の発展史から、我われは数多くの教訓と啓発を得ることができた。それゆえ、我われは「人間こそ目的である」ということの真諦を理解できてこそ、はじめて人間の尊厳の保障が確実になるのである。

## (2) 自治と自決が憲法における「人間の尊厳」の核心的内包である

自治と自決 (Selbstbestimmung) は、操縦された他治と他決 (Fremdbestimmung) とは相対し、また、「個人こそ目的である」の概念とは表裏の関係にあるため、ほぼ人間の尊厳の本質あるいは核心的内容となっ

<sup>25</sup> Vgl. BVerfGE 4, 7.

<sup>26</sup> これは、ドイツが1948年に Herrenchiemsee 憲法会議で起草された憲法草案の第1条第1項である。原文は、Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Menschen um des Staates willen である。

<sup>27</sup> Löw, a. a. O., S. 72.

ている。個人の自治、自決が確保されるべき範囲に関しては、本稿では、憲法の観点から出発してそれを基本権が正当に行使される範囲内、と規定する。この範囲内では、すべての個人の自治自決が十分に保障され、尊重される。事実上、すべての基本権の中に自治、自決の要素が含まれており、人間の尊厳はそれをまとめた概括的の原則である。以下では、有名な学者何人かの見解を挙げて、その証明に当てたい。

Günter Dürig が人間の尊厳について語る時、常に精神、意識 (Bewußtsein)、自決などの概念とともに論じている。そして、反対解釈法を用いて人間の尊厳をつぎのように定義した。「具体的な個人が、いったん物 (客) 体 (Objekt) として貶めて扱われ、単なる手段あるいは置き換えられる数値と見なされるとき、人間の尊厳はすでに侵害されている。」<sup>28</sup> 一人の個人は、客体、手段、数値として軽く見なされれば、その精神も意識も当然無視されることになってしまい、ましてその自治、自決にいたってはなおさらである。それゆえ、他治、他決の客体にとくになりやすい。この「物体定式」(Objektformel) を用いて人間の尊厳を検証する方法は、長いあいだドイツ連邦憲法に採用されてきた。しかも、自治、自決の包含する意味を徹底的に使いこなしている<sup>29</sup>。Zippelius もそれに近い見解をもっており、個人の自決に対する侵害は、人間の尊厳に対する侵害を構成する、と考えている<sup>30</sup>。

Klaus Stern は、人間の尊厳は各個人自身、そして自身の欲する価値に属し、個人の本質上放棄してはならぬ要素を構成しており、当該尊厳があるからこそ人類が自我的な発展能力 (Selbstverwirklichungsfähig-

<sup>28</sup> Maunz/Dürig, a. a. O., Art. 1, Abs. 1, Rdnr. 18; Benda, Die Menschenwürde, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1983, S. 127: “Menschenwürde ist verantwortungsbewußte Entscheidung zwischen Alternativen.”

<sup>29</sup> Vgl. BVerfGE 27, 1 (6), BVerfGE 38, 105 (114 ff.), BVerfGE 45, 187 (227 ff.), BVerfGE 49, 286 (298), BVerfGE 50, 166 (175), BVerfGE 63, 332 (337 f.).

<sup>30</sup> Maunz/Zippelias/Model/Müller, GG für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl., 1987, in Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Art. 1, Rdnr. 10.

keit)を有している、と考える。人間の尊厳はすべての個人に存在するもので、個人の本質のなかで派生不可能な要素の核心に属する<sup>31</sup>。その核心は、己の欲することをする (um seiner selbst willen) というもので、外に現れると、自治、自決の形をとる。この意味では、人間の尊厳は剝奪することも放棄することもできない。

Albert Bleckmann は、人間の尊厳は自治と同義であると考え、つぎのように述べている。「人間の尊厳の要件は、すべての個人が自分の行動決定において自由を有し、かつすべての人が同等の自由を享有しなければならないことである。したがって、基本法の人間観は、平等かつ自由である個人が、人格が自由に発展できるなかで、自分の生活様式、未来及び行動を自由に決めることを指す。」<sup>32</sup> 人間の尊厳の理念は、個人を基礎とし、個人の自主性が国家よりも重要であるという価値を確信しており、また、すべての人が国家の支配を受けない、独立した生活の領域を保留し、かつそれをもって理性を有する個人の自主的生活の原則とする。

ドイツ連邦憲法裁判所は、人間の尊厳は絶対的な定義をもっておらず、訴訟事件の具体的な状況を見た上で適切に解釈せざるを得ないことを、相当以前から察し認識していた。ドイツ連邦憲法裁判所は人間の尊厳について解釈するとき、いくつかの方法をもっている。まず、前述した「物(客)体定式」を用いて、人が国家行為の目的ではなくなり、逆に、手段、客体となった場合、人間の尊厳が侵害されるとして、反面から強調する。つぎに、真正面から人間の尊厳をはっきり述べている。たとえば、兵役を拒否するものは代替役（兵役の代わりに公的機関で勤務）に就かなければならないという制裁は、人間の本質 (Substanz der Menschlichkeit) を押しつぶすことではない<sup>33</sup>。また、謀殺者に無期懲役を科するのも、現段階の認識では、これは人間の尊厳を侵害したとはまだ断定できない<sup>34</sup>。

<sup>31</sup> K. Stern, a. a. O., S. 6, 36.

<sup>32</sup> Bleckmann, a. a. O., S. 451.

<sup>33</sup> Vgl. BVerfGE 23, 127 (134).

<sup>34</sup> Vgl. BVerfGE 45, 187 (238 f.). 人間の尊厳について解釈するさい、積極的な定

最後に、内在領域 (Intimsphäre) の自由を保護するという理由で人間の尊厳を守る。たとえば、国家が不当あるいは違法な方法を以って個人的な資料を収集、保存、転送、利用するのは、いまや情報自決権 (informationelles Selbstbestimmungsrecht) を侵害することになる。この権利は人間に内在する自由権領域 (innere Freiheit) に属するため、当然、人間の尊厳まで傷つけられるのである<sup>35</sup>。ドイツ連邦憲法裁判所は、人間を物と見なしてはならないのも、また自由の内在領域を重要視するのも、人間は自治、自決すべきものであるということ肯定するための別の表現方法であると、強調している。

人間の尊厳は、具体的な個人を基礎とするが、しかしそれは、一群の人の尊厳が保護の客体 (Schutzobjekt) となってはならないことを意味するわけではない<sup>36</sup>。基本的には、両者は相互に依存しあう関係にある。というのは、小さな個人から、中程度の職業あるいは集団、大きな国家あるいは民族に至るまで、その「基本権」の範囲内で自治と自決ができなければ、当該個人、職業、国家の尊厳は当然不完全なものになってしまうからである。また、人間の尊厳を強調することは、個人の国家、社会に対して果たすべき義務を排斥することではない。逆に、生存権の保障を中心とする社会国家原則 (Sozialstaatsprinzip) も、人間の尊厳が要求する範囲内にあり、すなわち政府は、できる限り人民の人間の尊厳にかなった基本生活条件を確保しなければならない。そして、社会正義の実現への追求にも力を入れなければならない。ただし、義務を履行する際には、人格の発展を実現させるための個人の空間を保留しなければならない。したがって、本稿で強調するのは、まぎれもなく個人の自治と

義を採用するか、それとも消極的な定義を取るかに関する論述は、詳しくは、Christoph Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, Mohr Siebeck, 1997, S. 10-21. を参照されたい。

<sup>35</sup> Vgl. BVerfGE 65, 1.

<sup>36</sup> Vgl. von Münch, Grundgesetzkommentar, Band I, 5. Aufl., 2006, Art. 1, Rdnr. 8.



自決であり、人間の尊厳の本質的内包 (Wesensgehalt) である。それは、最後の予防線であって、侵犯され、剝奪され、あるいは廃棄させられてはならない。古代の自然法には、「人間自身に属するものは、人間に与えなければならぬ」という思想がある。ただ、人間自身が基本的に自治、自決すべき範囲に属するものは何かについての考察は、個別ケースのなかでさらに具体化されるのを学説あるいは司法実務に期待しなければならない。

### (3) 人間の尊厳の権利主体は、すべての人間である

人間の尊厳の権利主体はすべての人間であって、年齢や知能の成熟度によって差別されてはならない。したがって、知的、精神的障害のある者、たとえば、意識喪失者も精神病者も人間尊厳の権利主体であるべきである。もちろん、「人間の尊厳は、個人の精神、心のなかの価値経験能力と共にある。」<sup>37</sup> しかし、自分の精神をコントロールする能力をもっていなければ、当然普通の人と同様の自治、自決能力も持てないはずである。だからといって、これは決して、自治、自決能力のない人は人間の尊厳がない、あるいは人間の尊厳の権利主体ではないことを意味するわけではない。というのは、人間の尊厳が存在するかどうかは、個人の能力に左右される、甚だしきに至っては、人間の主体特質 (Kraft seiner Menschenssubjektqualität) によって決まるとしたら、数多くの人びとが非人、人間以下の者、あるいは物質と見なされてしまい、ついには社会から拒否され、さらには廃棄されてしまう危惧があるからである<sup>38</sup>。このような残酷な結果が生じないように、人の行為能力の有無を絶対に人間の尊厳の判断根拠と見なしてはならない。

人間の尊厳は内在価値に重きを置いてはいるが、個人はまた、自分の

<sup>37</sup> Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 1, Ann. III, 3c, Bd. 1, 4. Aufl., 1999.

<sup>38</sup> Vgl. W. G. Vitzthum, Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, JZ, S. 202, 1985.

成果および社会への貢献において、社会集団から認可を得たことで、一定の称賛、肯定が与えられ、尊厳を得る、というのも否定できない。しかし、まさにそこから人間の尊厳が生まれるのだと説き、あるいは、そこから生まれた尊厳しか保護され、尊重される必要はないと強調されれば、犯罪者の人間の尊厳が保障されないことになってしまう。というのは、彼らは社会に何の貢献もないどころか、マイナスの効果までもたらしめているからである。同じ道理で、そうすれば、身心に障害があるため、社会に貢献できない人までとぼっちを受け、彼らの尊厳まで無視されることになってしまう。集団主義から出発して人間の尊厳を理解するのはよくないことだという、その道理はまさにここにある。いかなる残忍な、非人道的な、屈辱的な刑罰、あるいは犯罪者を犯罪対抗の単純な客体と見なす行為は、人間の尊厳を尊重しようとする要請に反するものである<sup>39</sup>。

生物学、物理学の認識によると、妊娠して14日後に命が始まる<sup>40</sup>。胎児が人間の尊厳の権利主体であるかどうかについて、ドイツ連邦憲法裁判所は、「人間の命がいったん始まると、すでに尊厳を有することになる。尊厳のことを意識できるかどうか、あるいは、自主的に尊厳を保たなければならないことを知っているかどうかは、とくに重要なことではない。人間が存在し始めたときから示した潜在的な能力は、人間の尊厳の理由として十分である」と判示した。人間の尊厳が人間価値の一部であることは明らかである。原則上、人間の尊厳の権利主体は命のある人間に限られる。死亡した人間には尊厳があるかどうかについて、肯定的な意見をもつ者の見解<sup>42</sup>によれば、基本権の能力と民法上の権利の能力は一致しているものではなく、多くの文化と宗教において、死者の尊厳ある葬式あるいは死後の安らぎを重要視しているため、解釈にさいしては、

<sup>39</sup> Vgl. BVerfGE 1, 332 (348); 6, 389 (439); 28, 389 (391).

<sup>40</sup> Vgl. BVerfGE 39, 1 (32).

<sup>41</sup> Vgl. BVerfGE 39, 1 (41).

<sup>42</sup> v. Münch, a. a. O., Rdnr. 7.

社会的な倫理道徳を無視することはできない。それゆえ、人間の尊厳をその遺体にまで延長して保護する必要がある。我われは、それを人間の尊厳の放射効果(Ausstrahlungswirkung)と見ることができる。亡くなった者にまで恩恵を及ぼすのは、我が国の道徳倫理規範にも合致している。

生物科学技術、遺伝子工学が次第に発達し、人類が「人工」によって遺伝上の苦境を好転させ、さらに人間を改善し、より長く、よりきれいに、より賢く生きていけるようにした。だが、「人種優生」の発想は、生殖細胞の選択基準の問題で、人間に倫理道徳の混乱への恐怖を抱かせ、全体の心理特質の秩序の維持が難しくなり、人類の脱個人化(Entindividualisierung)危機をもたらす一方、個人の水平化(Nivellierung)も脅かされる。これらはいずれも人間の尊厳に関わることであり、人類を試している。人間の尊厳論も併せて考察するべきであろう<sup>43</sup>。また、意思を伴わないもの、あるいは売買的な臓器移植も、紛れもなく人間の尊厳を侵害している。

生命権は人類が人間の尊厳を維持するためにもっている最も基本的な権利と自由であるとはいえ、法律の現実からみれば、法に則ってそれが剝奪されることは少なくない。道理からいえば、国家機関の組織と職権は、主に基本人権を保障するために存在するものであって、立法手段、多数決原理、民主的手続……を用いるにしても、国家の主人はその使用者に他人の生命を剝奪する権利を授ける理由など有していない。というのは、これは基本権保障の核心だからである。法理論と法規定の間衝突について、我われが反省すべき余地がまだある<sup>44</sup>。また、人類は現実に

<sup>43</sup> W. G. Vitzthum, a. a. O., S. 207-208.

<sup>44</sup> 立法者は、裁判官に他人の生命を剝奪する権利を与えるのは、おそらく憲法第23条を授權の根拠にしている。「以上の各条に列挙した自由及び権利は、他人の自由を妨害することを防止し、緊急危難を回避し、社会秩序を維持し、または公共利益を増進するために必要がある場合を除いて、法律を以て制限することができない。」この条文は立法者に、人民の自由及び権利を、法律を以て制限するための概括的根拠を提供したとはいえ、生命そのものを制限することはできない。まして剝奪するこ

迫られて、人工流産行為の罪をなくすこと、胎児の生命を剝奪する行為の違法性を阻却することを普遍的に認めるようになった。また、植物人間の安楽死の罪をこれ以上問うこともやめた。これは、生命が神聖であるという観点に立脚して、いかなる人も憐憫を理由に、他人の命を放棄したり、奪い取ったりしてはならないという、一般の宗教家や生命権保護団体の観点から徐々に遠のいていく。死刑が氾濫すれば、あるいは生命権が絶対的な尊重を得られなければ、人間の尊厳の保障と尊重は、その根拠をなくしてしまう。とくに死刑の存廃問題は、まさにこの社会の良心的なものを試している。それに取って代わる制裁方法が絶対ないわけではないにもかかわらず、ともすれば死刑に処するのは、もはや人びとが、実質的な公平と正義を追求する知恵、愛と忍耐を失ってしまい、社会に横暴だけが増長されることの表われである。

端的にいうと、自決、自治に反対するような社会構造のなかでは、人間の尊厳が剝奪されやすい。一方、人間の自由の本質が多重異化されると、尊厳を自ら放棄してしまう者が現れてくる。しかも、彼は自ら不適切なことをしたとは、まったく自覚しない。たとえば、圧迫された奴隷が甘んじて他人の奴隷あるいは道具となって人間の尊厳を放棄しようとするのも、自治、自決の結果ではあるが、しかし、「人間の自由は放棄するものではない」ことを内包していること、そして「人間の尊厳の権利主体はすべての人間である」ことの真の意味が無視されているのである。

#### (4) 人間の尊厳は上位の憲法原則である

一般的に、憲法における人間の尊厳の位置づけと評価は極めて高いといえよう。人間の尊厳に論及したドイツの多くの法学上の著作のなかには、形式が異なるものの実質的に同様な人間の尊厳についての論述が見られる。たとえば、最上位の憲法原則（oberstes Konstitutionsprinzip

---

とはなおさらである。生命を剝奪するための法律の根拠が正当なものかどうかは別として、それは実質的憲法の精神に抵触するものかどうかについては、深く追究する必要がある。詳しくは、本書第二章を参照されたい。

bzw. als Verfassungsprinzip)<sup>45</sup>である、憲法の高層(Verfassungsrecht des überragenden Ranges)<sup>46</sup>に位置する、憲法の基本的要求(Grundforderung der Verfassung)<sup>47</sup>である、客観憲法の最高規範(oberste Norm des objektiven Verfassungsrechts)<sup>48</sup>である、実質的基本的規範(materiale Grundnorm)<sup>49</sup>である、憲法秩序における最高の法律価値(höchster Rechtswert innerhalb der verfassungsmäßigen)<sup>50</sup>である、また、基本的法価値における最高の価値(Oberste Wert)<sup>51</sup>であるなどのごとく、用いられた言葉づかいは異なるが、その意図は同じもので、いずれも人間の尊厳への尊重と崇拝を表そうとしているのである。

上位の価値、規範あるいは原則と形容されようとも、人間の尊厳はその一般化、抽象化した人権の実質をもって、具体的な契約および法律関係によって形成された個別権利と区別され、社会生活、国家生活の成立が正当かどうかを判断するための基準となりつつある。それゆえ人間の尊厳は、上位の憲法原則として、おもに政府機関を拘束し、人間の尊厳を尊重し、かつ保護するようにさせるのである。これこそ人間の尊厳を憲法に挿入した最も実質的な意義であろう。

#### 4. 我が国の憲法は、「人間の尊厳」を明文で保障すべきである

基本人権の保障は、これまで我が国ではずっと無視されてきた。一般人の憲法への理解は、国家機関の組織と職権であるにとどまっている。政治家であっても「憲政改革」というと、国家制度の整備に重点を置き

<sup>45</sup> Maunz/Dürig, a. a. O., Art. 1, Abs. 1, Rdnr. 14. Vgl. auch BVerfGE 6, 36. C. Enders, a. a. O., S. 377 ff.

<sup>46</sup> H. C. Nipperdey, Die Würde des Menschen, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Bd. II, 1954, S. 34.

<sup>47</sup> v. Münch, a. a. O., Art. 1, Rdnr. 1.

<sup>48</sup> Maunz/Dürig, a. a. O., Art. 1, Abs. 1, Rdnr. 4.

<sup>49</sup> W. Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968, S. 35.

<sup>50</sup> v. Münch, a. a. O., Art. 1, Rdnr. 2, Vgl. auch BVerfGE 45, 187 (227).

<sup>51</sup> BVerfGE 6, 32 (41); 30, 173 (193); 32, 98 (108).

がちであって、それによって各種の利益の均衡を実現し、統治権を伝承し、国家機制をスムーズにすることを図ろうとするが、しかし国家の根本的な大法のなかに、まだ基本権の章があるのを無視し、そして、憲政革新の終極的な目的は人民の幸福を追求し、人民の基本権を保障することである、ということも理解してはいない。この、人民より国家を優先させる、国家が目的で、人民が手段であるような論理思考は、政治家にも見られるばかりか、大多数の人民もまたそれに違和感をもっていない。それだからこそ、人間の尊厳の保障を憲法に書き入れるのは、人びとを仰天させるような時代的意義を与えるであろう。

### (1) 規範方式

人間の尊厳の保障をもし「前文」に規定すれば、憲法の基本的精神と目的を表すことができるが、しかし、憲法の前文の効力はどうであるか、国家権力の行使を直接かつ有効的に拘束できるかどうかについては、まだはっきりしないところがある<sup>52</sup>。もしそれは宣言的機能しかもたず、あるいは憲法を解釈するための参考原則でしかないとすれば、実質的な意義からみて積極性に欠けている。我が国の憲法増修条文の第10条第6項には、「国家は女性の人格の尊厳を擁護しなければならない。女性の人身安全を保障しなければならない……」と規定している。1992年に制定された当該の憲法増修条文は性質上、やはり基本国策に属する。

人間の尊厳の保障は、憲法の第22条の「人民の他の自由及び権利で、社会秩序における公共利益を妨害しなければ、憲法によって保障される」条項に既に含まれているという解釈からすれば、別に条文を立てる必要はない<sup>53</sup>が、しかし、概括的規定は、列挙原則（Enumerationsprinzip）

<sup>52</sup> 李震山「憲法前文の効力」、『月旦法学教室』第53期、2007年3月、第8-9頁。

<sup>53</sup> 日本の学者には、いわゆる「憲法的自由」という説が見られる。即ち、「憲法の中に列挙された自由及び権利は、……人権の発展軌跡から生まれた歴史的産物であるため、例示的な基本性格を持つのである。また、もしそれは、『我々が日常生活で既に享有している自由及び権利』に属するなら、『一般的自由及び権利或いは幸福追求権』であると見て、広く憲法によって保障されるべきである。だから、憲法の条文

が尽きたときに適用される例外的な規範方式である。一文字にまでこだわって推敲を重ねた要件規定に代わって抽象的な法律用語を用いることによって、立法者に逃げる機会を与えることもできれば、随時法改正の圧力を免れることもできる。しかし同時に危険も潜んでいる。すなわち、当該概念の適用と解釈は執権と司法によって恣意的かつ非公正的になされれば、人民の権益が侵害され、本来求めていた公平正義はただのスローガンになってしまう。もし、自分たちの授権はただ概括してくれればそれで満足するのだ、と認めれば、立法（憲法改正）機関が人民からの委託を引き受けるという憲法上の職務を放棄したに等しく、分権の基本原則に反するのである。まして、人間の尊厳の保障は今ではすでに相当具体的な概念になっており、その目的も非常にはっきりしている。国民主権の概念に導かれた民主的法治国家は、この理念を憲法に取り入れる挑戦から免れてはならない。

上述のことから、人間の尊厳の保障を独立した一つの条文として、憲法によって保障される人民の権利として具体的に書き入れ、すべての国家機関に人民の権利を尊重し、擁護する義務を課するよう勧めたい。この義務の履行はもはや、「現実味がない」とか、「西洋式の民主は取るに足らぬ」とかのような簡単な思考様式で排斥できるものではない。というのは、基本人権の機能、地位は、憲法学において一定の意義を有するため、もしそれが恣意的に行使されることなく、正しく認識されるようになったならば、必然的に人権保障について良質の循環を促すからである<sup>54</sup>。

## (2) 人間の尊厳は基本権の機能である

古典的自由観からいうと、基本権の最初の核心的な任務は、公権利の

---

に明記されず、『憲法的自由』から派生して生まれた人権を抛り所にして『無名の人権』とも称される」。許慶雄著『社会権論』衆文図書公司、1991年6月、第171-172頁を参照した。

<sup>54</sup> 李震山著『多元、寛容と人権保障』元照出版公司、2007年、第2版、第137-145頁。

不法侵害に消極的に対抗することで、そこからいわゆる基本権の防御機能（Abwehrfunktion）が生まれたのである。これによって国家の介入しない範囲が確保され、この範囲内で人民は国家権力の干与を確実に拒否することができる。そうして、人間の尊厳の自由空間が作り上げられ、同時に、国家権力の行為に対して制限することもできる。ドイツ基本法の第一条第一文には、「人間の尊厳は不可侵である」とあって、既にその防御的機能をはっきり示している。単刀直入にいうと、それは、「当為の要求」（Sollensforderung）の法的命令であって、違反は許されない。

法治国家の原理が確立された後、人びとは基本権の消極的な機能に次第に満足できなくなってきた。そこで、いわゆる積極的な請求権機能が育まれ、消極的な防御権機能の不足を補完するために用いられるようになった。ドイツ基本法第1条の後段には「人間の尊厳を尊重し、かつ、保護することは、すべての国家権力の義務である」とある。これは、当該規定に基づいて人民は保護義務の履行を国家に求める権利（Schutzpflichten des Staates）がある、ということを説明するのに十分である。それ故、国家は可能な範囲内で各種の条件を作り出すことにより、人間の尊厳の実現を可能ならしめる義務がある。ドイツ連邦憲法裁判所は、人民による請求作為より、事前に良い組織と完全なる民主的手続きを構築するほうが、実質的積極的な機能に到達することがもっとできると、より積極的に考えている。それは、制度と手続きを通じて基本権を積極的に保障する（Grundrechtsschutz durch Institution und Verfahren）<sup>55</sup>のであって、制度外の激しい抗争をある程度なくすこともできる。

人間の尊厳はまた客観法原則の規範機能をももつ。客観法原則（objektiv-rechtliches Prinzip）は、客観法価値判断（objektiv-rechtliche Wertentscheidungen）あるいは客観法価値秩序（Wertensordnung）とも称される。ドイツ連邦憲法裁判所の一貫した判決<sup>56</sup>によると、基本権は

<sup>55</sup> BVerfGE 69, 315 (355).

<sup>56</sup> Dietel/Gintzel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 9. Aufl., 1989, S.



個人がもつ公権利に対抗する主観的防御権だけではなく、同時に憲法の客観法価値判断でもあり、それは、法秩序のあらゆる領域に適用され、立法、執行権及び司法の準則にもなる。基本権の保障には価値判断と客観法の内容が含まれており、その上層価値はまさに人間の尊厳なのである。人間の尊厳は、それゆえ、法秩序全体の「価値判断の原則的規範」となり、立法、執行権及び司法などの国家機関がそれに拘束されるのは、言うまでもないことである<sup>57</sup>。

当然、人間の尊厳は基本権としてその他の類型（個別）化された基本権と同様で、制限されることがないわけではないが、剥奪されることはあってはならない。その制限とは、法律に則って行なわなければならない以外に、最も大切なのは、その核心的な内容（Wesensgehalt）を制限してはならないことである。そうでなければ、立法の比例原則に違反することになってしまう<sup>58</sup>。人間の尊厳の重要な内容は、生命権が保護され、尊重されてはじめて積極的な意義をもつのである。そこに内包されているもののなかで最も重要なのは、どのような人間でも、国家あるいは他人に、物あるいは作為的に道具と見なされてはいけないことである。つぎに重要なのは、意識を有する者、思考力のある者の自決自治権に対して、私的領域においても、あるいは国家共同の見解の形成においても、絶対的に尊重しなければならないことである。

最後に、本稿では、人間の尊厳の意義は、学説そのものから探るより、むしろその機能から探るべきことを主張したい。人間の尊厳は憲法に

---

50 ff.

<sup>57</sup> 李震山、注釈 54 の著書、第 145-148 頁。

<sup>58</sup> Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 I, Rdnr. 43 ff. Kloepfer, Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25. Jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen, 1976, Bd. II, 405 (416 ff.) (中国語翻訳版は本書第三章の付録を参照されたい) ; Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl., Bd. I, 1999, Art. 1, Rdnr. 31, 71.

よって保障されるべき基本権であることからいえば、人間の尊厳が侵犯されれば、それは違憲を構成するものである。

## 5. 結 語

我われは「人間の尊厳」が内包しているものを十分理解していないこと、あるいはマスターできないことを、人間の尊厳を憲法に挿入することを承認しないための理屈にしてはならない。民主的憲政と称する国家は、このすでに遅れている試練を受けなければならないのである。

人間の尊厳は、本来、国家の実定法より先に存在し、普遍性をもつ固有な「最初の権利」(Urrecht) である。だからこそ、これは、人間が人間であるために本来有すべき権利であって、国家の制定法によって作られた権利ではないのである。とはいえ、国家はそれを憲法に規定することで、実際の行動を以てその価値を認め、それを形式上、憲法秩序の体系に入れたとしても、不適切なことではない。とくに我われがいま置かれている憲政実施の状況下では<sup>59</sup> そうである。少なくとも、人間の尊厳を明文で憲法に書き入れれば、直ちに法実証主義あるいは集団主義を厳しく問責して、個人を道具化するという一貫した思考様式を緩和し、個人の尊厳が光り輝くようにさせることができる。積極的な面をいうと、「最初の権利」を人民に返還することによって、国家と人民の長い間の「武器不対等」の状況を均衡にすることができる。と同時に、多くの抗争を民主体制内で行なうように導き、自然法と実証法の間で理念の対立による不安を解消することもできる。人間の尊厳の概念に至っては、個別ケースにおいて、さらに具体化できる学説と司法実務に期待しなければなら

<sup>59</sup> アメリカ合衆国憲法も制定当初、人民の自由及び権利は人間固有の権利であって、規定を待たずに国家によって保障されるべきであると考えていたが、しかし、1789年3月に憲法が施行された年の9月に既に憲法修正第10条は採択され、そして早くも1791年12月に各州の批准を得て実施されることになった。この憲法修正第10条の条文は、人民権利の保障書であると言える。この種の発展は示唆的である。

ない<sup>60</sup>。

我われは憲法のなかの多くの基本権、たとえば、言論、集会、結社…などが、いまだに確実に保障され、実践されていないからといって、人間の尊厳の条文化など、そのような贅沢な話ができるものかなどと考えてはいけない。考えてみれば、立憲当初は、集会、結社などの自由も絵に書いた餅のようなものであり、その実質的な意義を真に理解できる者は少なかった。しかし、憲法は理想的なものであって、その内容は指導性、教育性をもっており、それによって最も教育され、警告されるのは国家にほかならない。国民主権、人間の尊厳、個人に自治、自決の空間を保留すること、個人が当該領域内で理由もなしに他治他決され、さらに物と見なされるようなことは、民主化を徹底するためにはや回避することのできない根本的な問題となっていることを、我われは知るべきである。

「人権は勝ち取るものである」という言い方は、過去の経験からいうと、確かに事実であって、性質上「原権」に属する権利にとって一種の皮肉にもなる。事実上、「人権」と「権力」は本質上非常に調和しにくいものであるため、人間の尊厳の条文が「紙上の憲法条項」とならないように、我われは「権力」者に、人間の尊厳への配慮の平等性と博愛性を深く体得し、主動的な態度で、民主、法治、社会国制度の構築を徹底し、そして、「人権は勝ち取るものである。時には流血する奮闘をしなければならない」という従来論調を打ち破ることを志するべく、働きかけなければならない。そうすれば、自由、平和、かつ尊厳のある生活が真にやってくるのである。

(本稿は、1991年11月に中国比較法学会(元台湾法学会)の「人間の尊

<sup>60</sup> 近年来、我が国の法学書と司法実務、特に司法院大法官解釈は、人間尊厳の理念と保障について詳しく論述し、十分検討してきた。これに関する評論は、詳しくは、李建良「人間の尊厳が憲法価値としての思想根源と基本課題」(上)、(下)、『月旦法学雑誌』第153、154期、2008年2、3月、第185-207頁、第193-211頁、また、李震山、注釈54の著書、第136-150頁を参照されたい。

「憲法と法制建設」学会シンポジウムにて発表され、その後、1992年3月号の「弁護士通信」（現在、弁護士雑誌と改名）に掲載された論文を、原稿の構成と理念を変更せずに、増修したものである。）

**補完**（著者は別稿で、後記として「人間の尊厳」に関する憲法条項をめぐる大法院の解釈状況を補っているのので、それを以下に掲げたい）

憲法増補条文第10条第5項によれば、「国家は女性の人格尊厳を擁護し、その身体の安全を保障し、性差別をなくし、男女の地位の実質的平等を促進しなければならない」と規定する。また司法院大法官議決積字第三七二号解釈によれば、「人格の尊厳の維持および人身の安全の確保は、わが国の憲法が保障する国民の自由と権利の基本理念である」とする。当該解釈においては、大法官蘇俊雄の共通（一部不同意を含む）意見書と、大法官載東雄、施文森の不文不同意意見書には、「人間の尊厳」（Menschenwürde）という表現が使われていた。積字400号解釈もまた、憲法第15条の財産権は「個人の自由を実現し、人格を発展させ、尊厳を維持するためのものである」として触れている。積字第485号解釈の理由書には、「民生福祉を促進することは、憲法の基本原則のひとつである。……この原則に基づき、国家が人間の尊厳にふさわしい基本的生活の需要を維持するために、経済的弱者である人民に扶助を与え、社会保障制度等の民生福祉措置を設けて、各種の給付を提供しなければならない」と言及して、積字第490号解釈文では、「兵役の義務は人間の尊厳に反しない、憲法上の価値体系の基礎を動揺させるわけではない……」と指摘している。李震山著『人性尊厳与人権保障』（元照出版、2001年再版）、25頁。

#### 訳者あとがき

……李震山教授のひと思想・素描

原著者 李震山 (Chen-Shan Li, 1951～) は、現在、中華民国司法院大法官であるとともに、国立政治大学法律系教授、法学博士である。Ludwig-Maximilians-Universität, München (LMU), Juristische Fakultät, Bundesrepublik Deutschland において、Prof. Dr. Dr. h. c. Heinrich Scholler に師事し、1985年に法学博士の学位を取得された。博士論文の主題は、Die polizeilichen Freiheitsentziehungsbefugniss nach dem allgemeinen Polizeirecht in der Bundesrepublik Deutschland und in der Republik China-Eine rechtsvergleichende Untersuchung. である。代表的な著書は『人性尊厳与人権保障』(元照出版、2000初版、第4版、2012年)であり、本訳稿の原本は、この書の劈頭論文に当たる。<sup>註(1)</sup>他に『多元、寛容与人権保障——以憲法未来列举権之保障为中心』(元照出版、第2版、2007年)、『行政法導論』(元照出版、第9版、2011年)、『警察行政法論』(元照出版、第3版、2014年)等みられる。

台湾憲法学界には、ドイツ憲法思想の大きな影響の下に「人間の尊厳」に関する優れた研究がみられる。<sup>註(2)</sup>なかでも李震山教授は、憲法に「人間の尊厳」を挿入すべきことを説く推進派として知られる。なお、アジアにおいては、いち早く大韓民国憲法第10条において「人間の尊厳」条項、すなわち「すべて国民は、人間としての尊厳および価値を有し、幸福を追求する権利を有する」が導入され、「新しい人権」を展望する上で大きな役割を果たしてきた史実がある。<sup>註(3)</sup>

さて、李震山教授は、本稿において憲法価値としての「人間の尊厳」を掲げ、それを「法実証主義の欠点を補充し、国家権力を制約するもの」と位置づけている。教授は、ラートブルフが1932年の『法哲学』第10章で述べた「法の効力」論すなわち、裁判官の制定法遵守義務論と、1945年の「制定法を超える法」論を比較考察した結果、「ドイツがすでに厳しい法実証主義のために、あまりにも手痛い、取り戻せない代償を払ったことは、今や取り返しがつかない」(然而不可挽救的是、德国已為嚴苛法実証主義付出慘痛而無可彌補之代償)という見解を表明している。<sup>註(4)</sup>そして教授は、この法実証主義の功罪をめぐる議論を礎にして、従来、哲

学、宗教、道徳のレベルで議論されていた「人間の尊厳」という観念が、しだいに一つの法概念として再登場してきた経緯を明らかにして、こうして獲得された「人間の尊厳」を「概括化し、実証化し（pauschal positiviert）、加速的に促進させ、それを憲法の上層に位置づけることは、実証主義の欠点を補完できるばかりではなく、それを用いて国家権力を制約することができる」と見地に到達した。今日、李震山教授の主張は、人間の尊厳を重んじ、これを守護することはすべての国家権力の義務であるとすする立場で貫徹されている。

## 註

(1) 原著『人間の尊厳と人権保障』の目次構成は、以下のとおりである。

第1章 人間の尊厳の憲法的意義 第2章 憲法の観点から見た生命保障 第3章 生命科学技術と生命の尊厳について——人工生殖の検討を中心として 第4章 生命権と自己決定権の関係におけるリビングウイルとホスピスケアの法律問題を論ずる 第5章 憲法の観点からみた人身障害を擁護する権利 第6章 行政の管理と人身の保障について——警察の尋問検査権の検討を兼ねて 第7章 情報自己決定権について 第8章 民主的法治国家と集会の自由 第9章 外国人の憲法上の権利について 第10章 台湾の人権五十年の回顧と展望

(2) 「人間の尊厳」に関する台湾における研究成果は、大概以下のとおりである。すなわち、許志雄「憲法における個人の尊厳の原理」『中国比較法学会学報』第13輯、1992年、50頁-70頁；蔡維音「ドイツ基本法第一条における人間の尊厳」『憲政時代』第18巻第1期、1992年、36-48頁；黃桂興「行政法における人間の尊厳について」城中模編著『行政法における一般法律原則』（三民書局、1994年）、1頁-26頁；陳秀清「憲法における人間の尊厳」、李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集『現代国家と憲法』（月旦出版公司、1997年）、93-120頁；徐振雄「人間の尊厳と自由の優越性」『軍法專刊』第44巻第12期、1998年12月、17-29頁；蔡宗珍「憲法の基本原則としての人間の尊厳の保障」『月旦法学雑誌』第45期、1999年1月、99-102頁；最近の研究として、李建良「憲法価値の根源思想としての人間の尊厳」上下、『月旦法学雑誌』第153期、第154期、2008年2月、185-207頁、3月、193-211頁；その他、時宜に応じたものに、蔡維音による研究報告論文がある。すなわち、「人類遺伝子プロジェクトの基礎的法規範理念としての人間の尊厳—人間の尊厳に内包されている法概念と

その展開可能性」、中央大学哲学研究所および応用倫理学研究室主催シンポジウム論文集『ヒトゲノム計画の倫理的、法律的、社会的意義』1999年、37頁以下。最近の研究として、黄忠正「人間の尊厳の概念と限界」『月旦法学雑誌』第221期、2003年10月、161-174頁が上げられよう。

- (3) 韓国においてもドイツ憲法に導かれた数多の研究成果がみられる。嚆矢的な単行書としては、1996年に出版された金丙坤著『人間の尊厳…憲法理論的研究…』(教育科学社)があげられよう。
- (4) 李震山教授は、従来の実証主義を妄信することによってドイツの法曹たちを無防備にしたとする言説を引いている。この「制定法実証主義断罪説」をめぐって日本では議論がみられる。訳者も、「法律は法律である」(Gesetz ist Gesetz)という原則を価値盲目的に信奉するのは、特定の価値観に拘束された法実証主義者が陥る弱点であることについて何らの異存はない。それは法的安定性を重視するあまり、法目的観の相対性を蔑ろにすれば、延いては正義、法の理念としての「人間の尊厳」を忘れることになるからである。法的安定性は決して、法が実現すべき唯一の価値ではないし、また決定的な価値でもない。ただ、法的安定性が意味をもつのは、法律が正義の沈殿であることを前提としていることによる。ナチ司法における不法な実務に関わった裁判官は、法的安定性が正義の一種であることを忘れ、不法な法的安定性に偏重し、法と権力との同一視を許してしまい、「法の番人」ならず「ナチの番人」へと墮落したのではあるまいか。

こうした議論については、青井秀夫「実証主義の謎…戦後法哲学の現実と課題」『刑事法学の現代的課題』阿部純二先生古希祝賀論文集(第一法規、2004)、巻頭；同著『法理学概論』(有斐閣、2007)第12章、第13章；酒匂一郎「ラートブルフ・テーゼについて」『法政研究』第78巻第2号(2011)、169頁以下；同「枉法と故意—ラートブルフ・テーゼと裁判官の責任」『法政研究』第79巻1・2号合併号(2012)巻頭；鈴木敬夫「制定法を超えた不法実務…ナチ司法とE.ヴォルフの正法をめぐって…」、『札幌学院法学』第31巻第1号(金山剛教授退職記念号、2014)などがみられる。

- ☆ 本訳稿に際しては、台湾における関連資料の収集に関して、台湾国立中正大学法律系暨研究所教授李仁淼氏から、さらには至難な中国語文法、難解な語彙の解釈について、中国華東政法大学外語学院日語専業教研室主任、副教授周英女史から、度重なるご支援をいただいたことに対し記して御礼を申し上げる。とくに周英副教授のご懇切なご教導に衷心より感謝申し上げます。