

人間の尊厳論

——クリスティアン・シュタルクの憲法構想について——

菟原 明

- 一 課題設定
- 二 人間の尊厳の背景史とその理解——人間の尊厳の根拠づけ
- 三 基本法における形而上学的に理解された「人間の尊厳」の機能
- 四 結びにかえて

一 課題設定

ドイツ公法学（―者）の理論またはその解釈論を理解するうえで、その重要な思想的バックボーンの一つをなすともいべき宗教の、とりわけキリスト教（―神学）のもつ意味の重要性をわれわれは見逃すことはできない。このことはまた、ドイツ公法学者の多くが同時に、教会法に関するなんらかのモノグラフィ―または論稿をものしている点にも示されるであろう。⁽¹⁾これと同じく、基本法を理解するうえで見逃すことができないのは、基本法を支える精神的支柱の要ともいえる基本法の冒頭の規定、すなわち、第一条第一項に掲げられた「人間の尊厳」規定（Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt）が、どのよう

イツ公法学（―者）等によって捉えられているか、の検討である。

この「人間の尊厳（die Würde des Menschen od. Menschenwürde）」規定に「基本法総体の鍵概念（der Schlüsselbegriff）⁽²⁾」であるとか、「一切の人間共同体の文化人間学的前提（die kulturanthropologische Prämisse jeder menschlichen Gemeinschaft）」⁽³⁾であるとか、はたまた「最高価値として総ての基本権価値体系を支配する（die Würde des Menschen beherrscht als oberster Wert das ganze grundrechtliche Wertsystem）」とか「根本的な構成原理（das tragende Konstitutionsprinzip）」⁽⁴⁾と、説かれることがある。⁽⁵⁾とはいえ、このように人間の尊厳規定は理解されるとしても、クリスティアン・シュタルクのいうように「人間の尊厳を一つの定式で把握することは度外視」⁽⁶⁾されるべきであり、その意味では抽象的に定義することは不可能であろう。また、D・シュマルツの説くように、「人間の尊厳概念（強調は原文、以下同様）は、概括条項の性質をもつ、不確定の法概念として、具体化を必要とする。第一歩は、尊厳を価値として限定することである。人間は、国家と国家共同体にとって最高の価値である。しかし、より厳密に定義することは不可能である、それ故に、人間の尊厳は、積極的な概念規定は断念して、侵害諸事例から規定され得る」⁽⁷⁾とすれば、以上のような人間の尊厳規定の特徴づけから、この概念に関してなにかが明確になるわけではない。

T・ゲッタート・シュタイナーのいうように、「『人間の尊厳』という概念は、新聞雑誌の日常のレトリックとなっているだけではなくて、この概念は、たとえば、原子力技術、コンピュータ技術または遺伝子技術、兵役拒否または庇護権のそれであれ、社会政策上の、それと同時に、たいていはまた法政策上の原則的諸問題をめぐる憲法上の議論をも随伴することは稀ではない。憲法位階の法益としての環境保護、自然保護または動物保護の意味、しかしまた、国家の保護義務そして手続保障は、部分的には、基本権教義学の『迂回路』⁽⁸⁾抜きに、憲法そのものの根本的規範（die Fundamentalnorn）すなわち人間の尊厳から導き出されている」とするならば、あらゆる問題が、（憲）法学の領域に

かぎらず、あらゆる分野で、人間の尊厳をめぐる問題と化し得るであろう。⁽⁹⁾ そうであればこそ、「人間の尊厳」をめぐる論点は、あるいは浩瀚なモノグラフィであるいは様々な論稿で、あるものは体系的にあるものは個別のテーマで検討対象とされているだけではなく、さらにまた、どのような観点から、この「人間の尊厳」を論ずるか、たとえば、自然法論にもとづいてか、⁽¹²⁾ 倫理的・神学的視点からか等々、⁽¹³⁾ この問題を扱う文献は枚挙にいとまがないといってよい。⁽¹⁴⁾ 人間の尊厳をめぐる文献や、連邦憲法裁判所の判決が日々新たに世に問われる理由の一端は、基本法にとって、「人間こそがその核心にあり、そして、基本法により構成された国家権力は、人間の自由と福祉とに仕えるべきである」⁽¹⁵⁾ が故であろう。

本稿は、このような人間の尊厳それ自体にかかわるような諸問題を直接問うことを課題とするのではなくて、目下の私の研究テーマでもある、ゲティンゲン大学公法担当教授で、現在のドイツの著名な公法学者クリスティアン・シュタルク教授 (Professor Dr. Christian Starck) の憲法構想を理解する作業の一環として、同教授の「人間の尊厳」に関する諸論稿を検討対象とする。彼が基本法にいう「人間の尊厳」をどのように理解し、そして、彼の「人間の尊厳」論が、その憲法理論においてどのように位置づけられているか、を問うことを課題とする。それに際して、具体的には、まず第一に、シュタルクによって、基本法第一条にいう「人間の尊厳」概念の背景をなす理念史とは、いったいどのような歴史的発展をみ、また、どのようにそれが理解されてきたのか、ついで、第二に、基本法下での「人間の尊厳」に関する諸問題に彼がどのように対応しているのか、を検討する。最後に、彼が、基本法構造のうちに「人間の尊厳」をどう位置づけているか、を問うことをもって結びにかえる。⁽¹⁶⁾

(1) たとえば、vgl. Ch. Starck, Staat und Religion, in: JZ 55. Jg., 2000, S. 1ff. シュタルクのその構想を検討したものとして、菟原

明「『民主制的憲法国家』の基礎としての『宗教』の役割—クリスティアン・シュタルクの憲法構想の理解のために—」(大東法学第九巻第一号、一九九九年)三三三頁以下参照。宗教改革以降、現在にいたるまでの「国家と教会」との関係につきたとえば、vgl. Christoph Link, Staat und Kirche in der neueren deutschen Geschichte. Fünf Abhandlungen, Peter Lang, 2000. 405以下もたゞ vgl. Axel Frhr. v. Campenhausen, Zum Stand des Staatskirchenrechts in Deutschland, in: BayVBl. 1999 H. 3, S. 65ff.; ders., Entwicklungsstufen der Religionsfreiheit in Deutschland, in: Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht, Bd. 47 (2002) S. 303 ff.; ders., Die Trennung von Staat und Kirche in Deutschland und das kirchliche Selbstbestimmungsrecht, in: Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht, Bd. 47 (2002) S. 359ff.

(2) Vgl. A. Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4. neubearbeitete Aufl., Carl Heymanns Verl., 1997, S. 540.

(3) P. Häberle, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, Zweite, ergänzte Aufl., 2001, S. 47.

(4) 2002年11月27日 vgl. BVerfGE 6, 32(41); 30, 173 (193); 32, 98 (108); 45, 187 (227); 69, 1(22)usf.; M. Sachs, Verfassungsrecht II. Grundrechte, Springer, 2000, B 1 Die Garantie der Würde des Menschen, Art. 1 Abs.1 GG Rdnr. 4. 邦国註釋書「ドイツ」 vgl. J. Menzel (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive, Mohr Siebeck, 2000が利便である。

(5) 2002年11月27日「人間の尊厳」の論拠としての用い方について W. G. Vitzthum, Gentechnologie und Menschenwürdeargument, in: ARSP. Beiheft 33, 1988, S. 120が「だが、人間の尊厳の論拠としてのインフレンス(強調は原文)使用は、不快感を惹き起すインフレンスである。人間の尊厳概念のインフレンス利用はどうか」 vgl. I. v. Münch, Die Würde des Menschen im deutschen Verfassungsrecht, in: J. Ipsen und E. Schmidt-Jortzig (Hrsg.), Recht - Staat - Gemeinwohl. Festschrift für Dietrich Rauschning, Carl Heymanns Verl., 2001, S. 38f.; K. Tanner, Menschenwürde im Dauertest, in: Zeitschrift für Evangelische Ethik, 45. Jg., 2001, S. 6.

(6) Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, Präambel・Art. 1 bis 19, 4. Aufl., Verlag Franz Vahlen, 1999, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 16. 2002年11月27日 vgl. G. Morgenthaler, Freiheit durch Gesetz. Der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte, Mohr Siebeck, 1999, S. 211ff.; W. G. Vitzthum, Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, JZ 40. Jg., 1985, S. 202.

(7) Vgl. D. Schmalz, Grundrechte, 3. Aufl., Nomos Verl., 1997, S. 155; R. W. Fas, Der Verfassungsstaat des Grundgesetzes, Mohr Siebeck, 2002, S. 81が「連邦憲法裁判所判決を引証しつつ、人間の尊厳の保護領域につき、消極的にしか定義されない」といふ。すなわち、「人間の尊厳の保護領域は、人間が、けっして国家の単純な客体とされてはならず、したがって、人間の主体たる特質す

- なわち人格存在が原理的に問題となるような扱われ方は禁止される。』とのような消極的な定義がある (E50, S. 175)』と。
- (8) T. Gedert - Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, Duncker & Humblot, 1990, S. 15f.
- (9) 人間の尊厳の「多目的武器 (Mehrzweckwaffe)」化問題について vgl. K. Tanner, Menschenwürde im Dauertest, in: Zeitschrift für Evangelische Ethik, 45. Jg., 2001, S. 3. また N. Hoerster, Ethik des Embryonenschutzes. Ein rechtsphilosophischer Essay, Philipp Reclam jun. Stuttgart, 2002, S. 24 以下「人間の尊厳は、たんなる兵器として役立つべきでない」と指摘する。
- (10) 近年のそのような作品としてたとえば C. Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, Mohr Siebeck, 1997 など挙げられるであろう。人間の尊厳概念の歴史、その意義および基礎について、最高基本価値への信頼性の問題、人間の尊厳に対する現代の具体的な挑戦へのその適用可能性について論じるものとしてたとえば vgl. F. J. Wetz, Die Würde der Menschen ist antastbar. Eine Provokation, Klette - Cotta, 1998; ders., Menschenwürde und Grundgesetz, Nachdenkliches zum 50. Jahrestag, in: Mut, Nr. 382, 1999, S. 72ff.; ders., Die Würde des Menschen - Ein Phantom?, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. 87, 2001, S. 311ff.; 尊厳規範の教義学的構造の解明を企図する際について、本稿の検討対象であるニクスマンの人間の尊厳に関する諸論稿の言及については多分註(8)の T. G. - Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, Duncker & Humblot, 1990; 人間の尊厳、寛容および真実性に関する基本的省察を、倫理学の現実的な具体的なテーマと結びつた議論を展開しようとするものなど vgl. H. Kreß, Menschenwürde im modernen Pluralismus. Wertdebatte - Ethik der Medizin - Nachhaltigkeit, Lutherisches Verlagshaus, 1999.
- (11) たとえば人間の尊厳と生命保護の関連性等の学際的研究として vgl. G. Rager (Hrsg.), Beginn, Personalität und Würde des Menschen, Verlag Karl Alber, 1997; H. Hepp, N. Knoepfler und Ch. Schwanke, Verantwortung und Menschenbild. Beiträge zur interdisziplinären Ethik und Anthropologie, 2. verbesserte Aufl., Herbert Utz Verlag Wissenschaft München, 1997. 生殖医療および生命権との関係について vgl. U. Körner, Menschenwürde des Embryo, Fortpflanzungsmedizin und menschlicher Lebensbeginn, Humanitas Verlag, 1999; ders., Menschenrechte in der medizinischen Forschung, Arzethos und Forscherinteresse im Konflikt, Humanitas Verlag, 1999; U. Fink, Der Schutz des menschlichen Lebens im Grundgesetz - Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des Lebensrechts zur Menschenwürdegarantie, in: JURA 22. Jg., 2000, S. 210ff. 遺言の解析と人間の尊厳について vgl. M. Tjaden, Genanalyse als Verfassungsproblem, Peter Lang, 2001; またその関係について vgl. Udo di Fabio, Der Schutz der Menschenwürde durch Allgemeine Programmsätze - Rechtsgutachten, Bayerische Landeszentrale für neue

Medien, 2000; D. Dörr, Big Brother und die Menschenwürde. Die Menschenwürde und die Programmfreiheit am Beispiel eines neuen Sendeformats, Peter Lang, 2000; W. Schmitt Glaeser, Big Brother is watching you - Menschenwürde bei RTL 2, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), 33. Jg., 2000, H. 9, S. 395ff.; H. Hartwig, „Big Brother“ und die Folgen, in: JZ 55. Jg., 2000, H. 20, S. 967ff.; E. Hintz/M. Winterberg, „Big Brother“ - Die modernen Superstars als „Reformer“ der Verfassung, in: ZRP 34. Jg., 2001, S. 293.

(21) たゞぢぢ vgl. M. A. Cattaneo, Naturrechtslehre als Idee der Menschenwürde, Franz Steiner Verlag, 1999 な、自然法の意味を自由と人間の尊厳の保護と擁護のうちをこみ、自然法の理念は、人間を、つまりは人間の位格 (die menschliche Person) を、国家に対して、国家の諸制度に対して守護し、擁護する企図にあると捉え、自然法論の意味を、自由と人間の尊厳との関連で、①生命倫理学の領域、②刑法の領域での問題に関連して論ずる。その際、とりわけ①の領域では、完全な「学問の自由」は人間の尊厳を侵害するものであり、したがって、許されない、という。たとえは、妊娠中絶に関連して、人間の生命の第一段階で人間の位階を、胚として、つまりは物 (Sache) として取り扱うことは、人間の尊厳を侵害する、という。

(22) たゞぢぢ vgl. W. Huber, Gerechtigkeit und Recht. Grundlinien christlicher Rechtsethik, Chr. Kaiser Güntersloher Verlagshaus, 1996, insbes. Kap. IV. S. 222ff.; ders., Rechtfertigung und Recht - Über die christlichen Wurzeln der europäischen Rechtskultur, Nomos Verl., 2001; W・ノーンー／H・E・ナーター著、河島幸夫訳『人権の思想—法学的・哲学的・神学的考察』(新教出版社、一九八〇)° なぢぢぢ vgl. W. Vögele, Menschenwürde zwischen Recht und Theologie. Begründungen von Menschenrechten in der Perspektive öffentlicher Theologie, Chr. Kaiser Güntersloher Verlaghaus, 2000. insbes. S. 265ff. W・ノーンーは、人権に対する神学の三つの課題、①人権の普遍性の根拠づけ、②人権の内容、および③人権の実現に対するキリスト教の教会の貢献、を区別しつつある (たゞぢぢぢ vgl. W. Huber, Menschenrechte - Christenrechte, in: Im Auftrag der Synode der Evangelisch-reformierten Kirchen in Nordwestdeutschland herausgegeben vom Landeskirchenvorstand, Recht nach Gottes Wort. Menschenrechte und Grundrechte in Gesellschaft und Kirche, Neukirchener Verl., 1989, S. 82ff.; りぢぢぢ vgl. Ch. Starck, Von der Schwierigkeiten, klar über Menschenrechte zu sprechen, in: Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht, 1990, Bd. 35, S. 242ff.) な、W. Vögele は、そのふたつを、①の課題をテーマとし、研究計画の対象は、公共神学 (Öffentliche Theologie) (りの定義をりぎ、S. 23f.; W. Huber, a. a. O., S. 14) の観点からする、人権と人間の尊厳の正当化モデルである (S. 17)° なぢ、本書は、W・ノーンー等から、対話や書簡のやりとりを通じてのものもあつた教授資格請求論文である (S. 21)° りぢぢぢ vgl. R. Anselm, Die Würde des gerechtfertigten Menschen. Zur Hermeneutik des Menschenwürdearguments aus Perspektive der evangelischen Ethik, in: Zeitschrift für Evangelische Ethik, 43. Jg., 1999, S. 123ff.; ders., Rechtfertigung und Menschenwürde,

in: E. Herms (Hrsg.), Menschenbild und Menschenwürde, Chr. Kaiser Güntersloher Verlagshaus, 2001, S. 471ff.; W. Thönissen, Menschenwürde und Religionsfreiheit in der Sicht katholischer Theologie, in: Zeitschrift für Evangelische Ethik, 44. Jg., 2000, S. 23ff.; T. Brose, M. L. - Bachmann (Hrsg.), Umstrittene Menschenwürde. Beiträge zur ethischen Debatte der Gegenwart, Morus-Verl., 1994.

(14) たとえば、基本法第一条第一項に関する注釈書であつたといつる参考文献の目を種々「このことはそのちから明らかである」とその一例として vgl. Ch. Starck, GG, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 287.

(15) W. Brugger, Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte, Nomos Verl., 1997, S. 6.

(16) シュタルツは「人間の尊厳」の問題につき種々の論稿に触れつつながら、本稿との関連で「人間の尊厳」を対象としたことと重要な論稿としてあつたものを① v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, Präambel・Art. 1 bis 19, 4. Aufl., Verlag Franz Vahlen, 1999; ② ders., Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat, in: Der demokratische Verfassungsstaat, Mohr Siebeck, 1995, S. 186ff. (採田 JZ 1981, S. 457-464: 西田); ③ Der demokratische Verfassungsstaat, Mohr Siebeck, 1995, S. 186ff. (採田); ④ ders., Menschenwürde, in: Ergänzbares Lexikon des Rechts, Luchterhand(LdR 81), 1996, S. 1 ff.; ⑤ ders., Die künstliche Befruchtung beim Menschen. Verfassungsrechtliche Probleme, in: Freiheit und Institutionen, Mohr Siebeck, 2002, S. 87ff. (採田 Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentag, Bd. I, C. H. Beck, 1986 (本稿の要約として) ders., Der tiefgefrorene Mensch, in: Mut, 1989, Nr. 259, S. 50ff.); ⑥ ders., Wider die Verdinglichung menschlicher Embryonen, in: Freiheit und Institutionen, Mohr Siebeck, 2002, S. 131ff. (採田 Der moralische Status des Embryons, in: Neue Zürcher Zeitung v. 14./15. April 2001・Nr. 87, S. 59. Staatspolitisches Forum) 等がある。また、本稿における論稿を引用するに際しては、たとえば、①のコンメンタールは、Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. x とういふことと表記する。

二 人間の尊厳の背景史とその理解——人間の尊厳の根拠づけ

1 基本法への人間の尊厳の導入

基本法制定者は、基本法の保障する基本権の章の冒頭第一条に「人間の尊厳」規定をおき、それを尊重し、保護する

ことに国家権力を義務づけた。その制定過程において、人間の尊厳規定を（歴史的―）自然法と結びつけることや、「解釈を受けない命題（nicht interpretierte These）」と理解されるべきであるとか、人間の尊厳保障と密接に関連する「不可侵、不可譲の自由権と人権」という保障に、それらの前国家性を強調すべく「神によって与えられた（von Gott gegeben）」という文言を接合すべきであるとか、の見解の対立があったにせよ、⁽¹⁾しかし、シュタルクの指摘するように、「各議員が哲学的ないしは歴史的な理由から、人間の尊厳とそこから帰結する人権とに、憲法を通じて国家により承認される高位性を認めていた」⁽²⁾ということが、各議員に共通した認識として看取される。これと同様の指摘は、F・J・ヴェッツの、「われわれの憲法創設者は、国民社会主義の時代以降まさしくとくに、個人の強さ、弱さに関わりなく、人間そのものに対する敬意（Respekt）が…国家権力のみならず他者によっても破壊されてはならず、それ故にまた、法的に保護されるべき人間の理念的的核心に対する敬意が、存在しなければならぬ、という觀念の明白性に明らかに信をおいた」⁽³⁾、という指摘にもみられる。これによって、彼ら基本法制定者は、ヴァイマル憲法の保障した基本権保障に対する反省、否それ以上に、国民社会主義労働者党（＝ナチス）による人間性無視にとどまらず、人間そのものを抹殺する不法＝不正な暴力支配に対する対抗として基本権を位置づけようとして意図したことは、よく知られている。⁽⁴⁾基本法制定者は、まさしく「西洋の伝統である国家に対する人間の優位（Vorrang des Menschen vor dem Staat）を結びつけることによって、国民社会主義体制の人間無視に対応したのである」⁽⁵⁾。たとえば、E・W・ベッケンフェルデは、このことを、法における人間像の変化を扱った講演のなかで、「現在の法における人間像を問うとき、時代は、一九四五年以後に出発点をとられねばならない。ナチ体制の間の不法（＝正）支配とテロとは、実定法そのもののなかに個人の主観的地位の意識的なメタ・実定的な基礎づけをもたらした。前文と同じく基本権カタログに読みとれ、また、そのような基本権カタログとして構想されている基本法の第一条は、この基礎づけを以下のように表現している：『人間の尊

厳は不可侵である。それを尊重し、保護することにすべての国家権力は義務づけられる。』、ということ、⁽⁶⁾ 実定法そのもののなかに個人の主観的地位の意識的なメタ・実定的な基礎づけが意図されたことを強調している。⁽⁷⁾ あるいはまた、前連邦憲法裁判所長官J・リムバッハは、「事実、人間の尊厳の不可侵性と自由な人格の発展への告白は、まず第一に人間を無視したナチ体制への回答であった」⁽⁸⁾と、とある講演のなかで述べる。もっとも、この基本法の文言は、W・ジモニスのいうように、人間の尊厳が繰り返し侵害された、侵害されている、という疑いもない事実⁽⁹⁾に鑑みれば、本来的には「人間の尊厳は、不可侵たるべきである (Die Würde des Menschen sei (= soll sein) unantastbar)』⁽¹⁰⁾あるいは、もっとひらたくくだいていえば、「われわれは、人間の尊厳は侵されてはならないことを欲する」、という内容でなければならぬといえようか。⁽⁹⁾しかし、いずれにせよ、「第二次大戦後のドイツの憲法制定者にとって、とりわけ、基本法の創設者にとって、人間の尊厳の保護は、真正の基本権であるべきであって、それ故に、たんに一般的原理ではなく、あるいは、いわゆる国家目標規定でもない」、⁽¹⁰⁾ということは自明の理であった。

ところで、基本法に導入されたこの「人間の尊厳」概念は、哲学や神学では長い歴史をもつが、それと較べて、憲法では短い歴史しかもたない⁽¹¹⁾、と説かれるように、実定憲法に、「人間の尊厳」が導入されるようになったのは、二〇世紀になってのことであり、とりわけ、ドイツの諸憲法に書きこまれるにいたったのは、第二次大戦後のことである。さらにまた、この「人間の尊厳」概念につき基本法は、詳細に概念規定することを断念していることからすれば、法的概念としての人間の尊厳概念を理解するためには、その前提作業としてこの概念の理念史的背景なり、その根拠づけを問うことがまずは求められよう。「人間の尊厳」という憲法上の概念を獲得することは、解釈を通じて行われ得る。憲法が全体として、すなわち、体系的解釈を通じて、歴史的発展経過の意義において、どのような哲学上の人間の尊厳概念に憲法が従っているか、をはっきりと認識させることはあらゆる点で考えられ得ることである⁽¹²⁾」ならば、そこでまず、基

本法第一条第一項に導入されたこの「人間の尊厳」とはいったいどのような思想史的背景をもつ概念と、シュタルクによって理解されたのであろうか。⁽¹³⁾ まずこの点から論を進めていくことにしよう。

2 人間の尊厳の精神的前提としてのキリスト教的人間像

種々多様な哲学的、世界観的思考が、「人間の尊厳」概念の定義等をめぐり、議論を展開している。そのようなものなかで、シュタルクはとりわけ、キリスト教的なそれ、人間（文）主義的・啓蒙主義的なそれ、マルクシズムのそれ、システム理論的なそれ、そして行動主義的なそれ、に論究する。⁽¹⁴⁾ しかし、「人間の尊厳」概念が主として西洋文化に由来するとすれば、⁽¹⁵⁾ 西洋文化を貫通し、刻印づける精神的基礎としてシュタルクが強調してやまないのは、古典古代およびユダヤ的根源をもつキリスト教であり、そして、キリスト教において規定的な「神の似姿」⁽¹⁶⁾（創世記第一章第二七節、エペソ人への手紙第四章第二四節）としての人間像である。彼はいう。「文化は、本質的に人間が自己自らにつき有する人間像によって規定される。ヨーロッパ文化の人間像は、本質的にその古典古代とユダヤ的根源をもつキリスト教を通じて規定される。このことを、ヨーロッパの歴史の継続性からのみ理解され得る啓蒙主義も変えることはなかった。……過去という深い泉を覗き込んでみれば、われわれの法文化の源は、神の似姿としての人間の観念、原罪論、キリスト教的愛の活動、そして教会と政治的支配との分離の先行形式のうちに認識される⁽¹⁷⁾」と。そうであれば、「人間の尊厳」概念の根源は、一九四八／一九四九年の基本法制定過程においてはじめて刻印づけられたのではなくて、この概念は、発展史的にはキリスト教のうちに、（キリスト教的）神学に志向した形而上学的伝統のうちに、とりわけ、その人間像のうちに看取されることとなろう。そうして、一切の人間の特別な尊厳の基礎が、人間は神の似姿として創造されたことからすれば、そこから帰結するのは、「人間には、この世で処分不可能な固有価値が生じたのであり、それ故に、

人間は、けっして単なる客体または道具とされてはならない⁽¹⁸⁾」ということであり、「キリスト教の信仰と生活態度…は、世俗的なものと自然的なものを超える。この意義で、たとえば超越性と形而上学とについて語られる。形而上学における人間のこの基礎づけは、人間の自由および博愛にとっての根本である。その理由は、すべての人間は、等しく神の似姿であるからである。したがって、人間の尊厳は、人間の単純な自己決定を意味するのではなく、一切の人間の、それ故にまた、他の人間の固有価値の基礎に基づく自己決定をも意味する⁽¹⁹⁾」。もっとも、すべての人が（いずれの宗派であれ）キリスト教を信奉する者ばかりで構成されてはいない現代国家において、このような神の似姿のうちに、人間の尊厳の根拠づけを求めることには説得力がない、との批判も当然に予想される。これに対し、彼は以下のように応える。「たとえ基本法が保障するような人間の尊厳は、直接神の似姿から導出され得ないとしても、何故なら、このことは、誰にも共通する信仰を前提とすることにならうからであるが、人間の尊厳保障は、一切の人間の唯一無二性（die Einzigartigkeit）という世俗化された人間主義的（humanistisch）観念から帰結するのであり、この観念と一切の包括的なこの世の絶対性要求とは一致し得ない。この絶対性要求が、国家、社会的グループはたまた個々の人間によって主張されようと関わりない⁽²⁰⁾」、と。

シュタルクは、この神の似姿としての人間像を特徴づけて、「聖書的・神学的人間像」あるいは「神学的個人主義」の人間像⁽²¹⁾、とも捉えている。彼のいう、この人間の尊厳概念の基底にある「聖書的・神学的」人間像あるいは「神学的個人主義」の人間像とは、同時に、自由に、自らの責任で行為し得る人間像を前提とする民主制的憲法国家の人間像でもある。それは、また、ヨーロッパ文化の本質的な要因でもある、聖書的・神学的出発点を、神に対する個々人の責任のうちにもつ個人の法的地位でもある。この神学的個人主義が、「人間の尊厳保障の創出にとっての精神的前提、胚を表す⁽²²⁾」とすれば、この保障のためには、たとえば、この神学的個人主義は、人間主義（Humanismus）、宗教改革および

啓蒙そして(フランス)革命と立法⁽²³⁾という世俗化の過程に服することになったとはいえ、たとえば、ルネサンス時代以降の神志向的な形而上学的伝統から解放された人間学といえども、その「人間本性論 (doctorina humane nature)」のうち⁽²⁴⁾にキリスト教的人間像は保持されており、あるいはまた、人間の倫理的自律性、個性性に尊厳の基礎を求めたカント哲学⁽²⁵⁾においてもキリスト教的基礎づけは示されていることからすれば、その世俗化の過程においても、その根底においてキリスト教との結びつきは喪われることはなかったといわれる⁽²⁶⁾。

さらにまた、このような神の似姿として人間の尊厳を刻印づける彼の理解は、基本法前文、(新・旧)諸州憲法の前文にいうドイツ国(州)民の「神と人間に対する責任 (Verantwortung vor Gott und den Menschen)」という定式のうちにも求められるのであり⁽²⁷⁾、この前文の言述は、人間の尊厳の解釈にとって無視されることがあってはならない、と⁽²⁸⁾いう。とはいえ、もちろん、動機づけのこの定式でもって、キリスト教への義務づけとか人格神 (ein persönlicher Gott) への義務づけとが表されたのではないし、また、連邦共和国がキリスト教国家と性格づけられたわけでもない。このような理解は、当然に信仰の自由を考慮すれば禁止されるであろう⁽²⁹⁾。そうであれば、この点に関連して、G・ツェルマークの、「ヘッケル、ホーラーバッハやシュタルクのような(ミカートやフォン・カムペンハウゼン以外の)キリスト教の立場に立つ著者たちは、神関連性でもって、キリスト教国家が組織されるのではないことを強調している。前文のこの神の関連性に、今日総じて規範的意味が与えられるかぎりにおいて、通常この規範的意味はただ、それが、国家宗教としての無神論の拒否を表わしており、そして、宗教的契機をまったく無視する厳格な政教分離国家は基本法に適合しない、という点に看取されるにすぎない⁽³⁰⁾」、という指摘は適切であろう。

シュタルクは、憲法前文での「神」援用を、(消極的でもある)信仰の自由に抵触してはならないという前提のもとに、人間と国家とは、自らをそれ自身にもとづいて根拠づけるものではない、ということを表現し、西洋の倫理を世俗

化された形式で反映する、と位置づけた。彼はいう、「人間に対する責任と関連して神に対する責任は、形而上学的な根源をもつ人間像を言い表している。人間は、唯一現世的に理解されるのではない。これとともに、人間に対する国家権力についての限界が示される。一切の世俗的な絶対性要求は斥けられ、人間相互の諸関係を規律する法についても、そうである。基本法の個々の規範が、人間の形而上学的関連性を確認している。：前文との関連でこれらの諸規定は、人間の尊厳を形而上学のうち根拠づけることを指示している。とはいえ、これらの規定は、(消極的でもある)信仰の自由の保護と抵触してはならない位置価 (Stellenwert) をもつ。たとえば、人間の一般的な超越論的可能性、形而上学的地位、と同時に、すべての国家権力の相対性への信奉という意義において、そうである。形而上学的基礎とは、その法的核心において、国家のまたは社会的権力による全体的な処分に対する人間の最後の拠り所を意味する。人間の尊厳のこの形而上学的基礎は、：信仰強制をなんら意味しない⁽³¹⁾、と。そうであれば、シュタルクは、前文における神に対する責任を援用することで、人間の尊厳のキリスト教的概念における人間の形而上学的次元での基礎づけを意図しはするもの⁽³²⁾、J・エヌーシヤットの指摘するように、前文における神の援用につき、ある程度の法的重要性を肯定しているとはいえ、それを厳格に法律学的意味で理解される、と主張するものではないといえよう⁽³³⁾。

- (1) 「尊厳」規定の制定過程における各議員の意見状況⁽³⁴⁾ vgl. JöR. NF. Bd. 1, 1951, S. 48ff.; Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 1; ders., Fn. 16, ②, S. 186ff.; C. Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, Mohr Siebeck, 1997, S. 404ff. ³⁴ vgl. E. H. M. Lange, Die Würde des Menschen ist unantastbar : der Parlamentarische Rat und das Grundgesetz, Decker & Müller, 1993, S. 118ff., 128ff., 153f.; F. J. Wetz, Die Würde der Menschen ist antastbar. Eine Provokation, Klett - Cotta, 1998, S. 71ff.; ders., Menschenwürde und Grundgesetz, in : Mut 382, 1999, S. 76ff.

- (2) 人間の尊厳保護は、憲法改正立法者にとっても不可侵とされる (基本法第七九条第三項) ことで、人間の尊厳の尊重命令と保護命

令の解釋が示すところ。上記の如く vgl. K. - E. Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG, Nomos Verl., 1999, S. 212ff.

(3) Vgl. F. J. Wetz, Menschenwürde und Grundgesetz, in: Mut 382, 1999, S. 79.

(4) など及び vgl. Ch. Starck, Das Grundgesetz nach fünfzig Jahren: bewährt und herausgefordert, in: JZ 54. Jg., 1999, S. 474 (以下及び) 松原明「ヒューマン・基本法五〇年に際して」大東文化大学法学研究所報第一〇号(二〇〇〇年三月三十一日)； Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 9, 16; ders., Fn. 16, ⑤, S. 91; K. - E. Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes, Nomos Verl., 1999, S. 212, 223f. などの標題を参照すること。 W. H. - Riem, Das Grundgesetz - Fundament auch der Zukunft?, in: Modernisierung von Recht und Justiz, Suhrkamp, 2001, S. 169f. など 将来の歴史を考慮する D. Grimm, Die Zukunft der Verfassung, in: Die Zukunft der Verfassung, Suhrkamp 1991, S. 397ff.; J. Limbach, Das Bundesverfassungsgericht, C. H. Beck, 2001, S. 11f. など 彼等は 現行の裁判による憲法訴訟をいたし置かずとも 憲法裁判権を憲法の優位による構想を具するものとする。 上記及び vgl. J. Limbach, Vorrang der Verfassung oder Souveränität des Parlaments?, Stiftung Bundespräsident - Theodor - Heuss - Haus, 2001, S. 12; dies.》 Im Namen des Volkes. Macht und Verantwortung der Richter 《, Deutsche Verlags-Anstalt, 1999, S. 130; 其の邊に (Neo-Nazi) の集会・示威行進の自由を認めざるを連邦憲法裁判所とノットライン・トーマンに兵士及び警察官等による憲法違反の訴えに対する vgl. BVerfGE: Grundrechtsschutz für Demonstrationen, in: DVBl. H. 13, 2001, S. 1054ff.; OVGNRW: Zum Verbot von Neonazi-Demonstrationen, DVBl. H. 20, 2001, S. 1624ff. 上記の判例及び如く vgl. S. Bejin, Neonazistische Demonstrationen in der aktuellen Rechtsprechung, in: DVBl. H. 1, 2002, S. 15ff. などの vgl. M. Goldbach (Hrsg.), Mit juristischen Waffen gegen Rechts. Zur Wirksamkeit von Partei- und Versammlungsverboten, Evangelische Akademie Hofgeismar, 2003.

(5) Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 2; ders., Fn. 16, ②, S. 186f.; ders., Fn. 16, ③, S. 1119; ders., Fn. 16, ④, S. 1; H. Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, in: Verfassungsrechtliche Perspektiven, Mohr Siebeck, 1995, S. 105.

(6) E. - W. Böckenförde, Vom Wandel des Menschenbildes im Recht, Rhema - Verlag, 2001, S. 24.

(7) メタ・実定的な基礎づけを考へること及び法の基礎にある価値評価の問題となるものが、上記の如く vgl. Ch. Starck, Zur Notwendigkeit einer Wertbegründung des Rechts, in: Freiheit und Institutionen, Mohr Siebeck, 2002, S. 15. 以下「シマタシタ」 「法の基礎にある価値の正しきものための判断基準として」 (1) 歴史の経過のなかで、人間の共同生活によって経験的に例証可能な実践的なその維持と結びついている価値の間主観的な承認と、 (2) 人間学的な基本的所与(人間の本性)を法の根拠づけに際して顧慮するに必要の「必要性」を認める。

- (8) Vgl. J. Limbach, Über die Menschenwürde, in: Vorgänge, Heft 4/2001, S. 73. 以下の「本稿で彼女は、「人間の尊厳への告白は、今日の諸関係や社会的な諸要求に照らして解釈することが妥当である」とナミックな構想である。憲法の解釈と適用とは、過去にではなく、現在と将来に関連づけられた事業である」ともいう(S. 74f.)
- (9) Vgl. W. Simonis, „Menschenwürde“ und „Würde des Menschen“ – Überlegung zu einer aktuellen Debatte, in: Stimmen der Zeit, 2001, 5, S. 346. 彼はまた「人間の尊厳を「いざれにして」も「その本質的核心において苦痛からの自由であり、苦痛なき生活である」と捉える。そして「苦痛は、—それは、身体的なものであるか、心的なものであるか、いままでもなく究極的には分離できないのであり—それ自体悪でもある。悪とは、敵対的なもの、不愉快なもの、絶滅を欲するものである」という(S. 351)。
- (10) I. v. Münch, Die Würde des Menschen im deutschen Verfassungsrecht, in: J. Ipsen und E. Schmidt – Jortzig(Hrsg.), Recht – Staat – Gemeinwohl. Festschrift für Dietrich Rausching, Carl Heymanns Verl., 2001, S. 29.
- (11) I. v. Münch, a.a.O., S. 27. 法律学的な歴史の浅さの理由として「I・フォン・シモンヒは、①人間の尊厳が、人身の自由や所有権のような伝統的な法益ではないこと、②人間の尊厳内容が法律学的に捉えがたく、その内容は学際的な局面を顧慮しなければならぬこと」とある(同(S. 28))。
- (12) Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 3.
- (13) 実定憲法へのこの尊厳概念の導入に「き」 vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 1; ders., Fn. 16, ②, S. 186ff. また「尊厳概念の歴史史について詳細に論じるものとして」た「き」 vgl. F. J. Wetz, Die Würde der Menschen ist antastbar. Eine Provokation, Klette – Cotta, 1998, S. 14ff.; R. Anselm, Die Würde des gerechtfertigten Menschen. Zur Hermeneutik des Menschenwürdearguments aus Perspektive der evangelischen Ethik, in: Zeitschrift für Evangelische Ethik, 43. Jg., 1999, S. 127 ff. Th. Münster, Würde als absoluter und rationaler Begriff, in: ARSP 2001, H. 3, S. 299f. は「人間の尊厳という概念と関連して、歴史的な変化があるとすれば、その変化は、人間の尊厳の関係の変化に、実定法を超える法と実定法との交差位置(Schnittstelle)に、もしくは、かつて実定法を超えるまたは自然的に構想された関心の実定法化の問題に関連するはずである。他方で、尊厳の憲法的、人間的そして自然法概念すなわち法的諸局面の概念は、哲学的な概念とは区別され得る。そのかぎりにおいて、別の関係として、尊厳の前国家的な見解と哲学的な見解との間には緊張が生じる。とくに、この概念の自然法の見解は、機能的な前実定主義化の地位の点にあり、憲法的・実定法的観点から、とくにその不可侵定理を通じて基礎法的(grundlagenrechtlich)または公理的(axiologisch)諸条件を充足するが、一方、尊厳概念の哲学的な論述は、もっぱら(ausschließlich—強調は原文)法システムへの転移に関心をもつわけではない。むしろ、それは、哲学的な論述として、別の非法的な概念基礎づけの途を追求するが、その中核にあるのは、まず第一に法システムではなくて、たとえば文化人間学的な、エスニック的なまたは単純にただ社会科学的問題

設定が優越的である」といふ。

- (14) Vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 3; ders., Fn. 16, ②, S. 193ff.
- (15) *これたごきみだ* vgl. F. J. Wetz, Die Würde der Menschen ist antastbar. Eine Provokation, Klette - Cotta, 1998, S. 15; ders., Menschenwürde und Grundgesetz, in: Mut 382, 1999, S. 72ff. *そのび* ヴェッツは以下のようにつづく。「人間の尊厳の概念は、主に西洋に由来する。この由来の点で、この概念は、たいていは二通りのやり方で用いられている。第一は、人間の生まれながらの特質を表すものとして、であり、それは、本質標識 (Wesensmerkmal = 彼はこれを存在規定 Seinsbestimmungともいう) ともいわれる。これによれば、個人は、彼が人間であること (Menschsein) によってすでに、その行動や彼が生活する社会的諸関係には関わりなく、特別な尊厳をもつ。人は、腕や足を備えているように、尊厳をもってこの世に生まれる。しかし、つぎに、尊厳は形成委託 (Gestaltungsauftrag) をも意味する。これによれば、私たちが尊厳をもつかどうか、また、どの程度でかは、私たち人間自身、私たちの生活様式、そして私たちの社交上の礼儀作法 (Umgangsformen) に依存する。この関連では、尊厳は、まず個人の功績以上のものと、つまりは社会的業績とみなされる。…具体的な形成委託としての尊厳の観念は、ただ総ての西洋文化だけを貫き通しているが、しかし、自然的に備わっているものとしてのまた人間の本質規定としての尊厳の理解はそうではない」と。
- (16) Vgl. Ch. Starck, Das Christentum und Kirchen in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union ihrer Mitgliedstaaten, in: Freiheit und Institutionen, Mohr Siebeck, 2002, S. 29ff.; P. M. Huber, Das Menschenbild im Grundgesetz, in: Juristische Ausbildung, 1998, H. 10, S. 505; P. Häberle, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, Zweite, ergänzte Aufl., Duncker & Humblot, 2001, S. 19ff. *これたごき* 荒原明「『民主制の憲法国家』の基礎としての『宗教』の役割—クリスマン・シニタルクの憲法構想の理解のために—」(大東法学第九巻第一号、一九九九年) 七七頁以下もみよ。
- (17) Ch. Starck, Freiheit und Institutionen, Mohr Siebeck, 2002, S. 1.
- (18) Ch. Starck, Fn. 16, ⑤, S. 92f.; ders., Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 16; ders., Fn. 16, ②, S. 193.
- (19) Ch. Starck, Fn. 16, ②, S. 193. 人間の尊厳のキリスト教的概念を、人間の形而上学的な次元に根拠づけることについては、シニタルクの一註 (16) 掲記の論稿にかぎらず、彼の論稿の随所に表現されている。なお、U. Karpen, Gott im Grundgesetz, in: Grundlagen von Staat und Recht, Verl., Mauke, 2001年、「その超越性の基礎を神のうちに看取することができない者は、それを現世的 (wellich) 形而上学に頼る。宗教と哲学的形而上学は、姉妹である。形而上学は、存在 (das Sein) を神によることなく理解しようとする。宗教と形而上学とは、とりわけ、行動規則を究極的に根拠づけようとする。このような行動規則が、法と国家の基礎である。…形而上学と宗教とは、倫理的規準を定立する。…両者—キリスト教的倫理と現世的倫理—は、『ヨーロッパ文化の根本要素に属する。ヨーロッパの四つの支柱は、ギリシャ哲学、ローマ法、キリスト教、人間主義および啓蒙主義である』(S.99)、「基本法は、

キリスト教的ヨーロッパの伝統のもとに位置づけられており、キリスト教的倫理のもとで、法、正義、民主制、社会国家を追求して「来る」(S.102)と云々を、vgl. ders., Das Menschenbild in der Sicht des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland, in: Grundlagen von Staat und Recht, Verl. Mauke, 2001, S. 30ff. また、vgl. A. Lange, Das, christliche Menschenbild“ der CDU, in: Die neue Ordnung, 2002, S. 29ff.; A. Saberschinsky, Menschenrechte und christliches Menschenbild, in: Die neue Ordnung, 2002, S. 84ff.

- (20) Ch. Starck, Fn. 16, ⑤, S. 93; ders., Fn. 16, ④, S. 1; ders., Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 5は、「世俗化の過程において、神学的、現世的な (außerweltlich) 志向性をもつ自由概念や尊厳概念が、現世的な (innerweltlich) 概念の代父となった。その構造的な親近性は、一方で神に対する、他方で世俗的な共同体の権威に対する、個人である人間 (der individuelle Menschen) の地位の強調に依拠する。人間の自由地位が、その神学的土台から分離され、そして、この地位が世俗化されると、カントの哲学上の言述にいたる。…… (しかし) われわれは、基本法第一条第一項の冒頭におかれた人間の尊厳の構想が、世俗化されたキリスト教の諸命題に依拠しているか、また、啓蒙主義の産物であるか、につき争う必要はない。一切の個々の人間が尊厳をもつという観念は、二つの潮流に依拠している。この観念は、その萌芽をキリスト教の人間像のうちにもち、そして複合的な世俗化の過程のなかで、哲学的に練り上げられ、法的に確保されることになった」と。自由な多元的社会において、国家の中立性を前提とする基本法のもとでは、①国家は、キリスト教的人間像を、もはや普遍的拘束力をもつやり方で人間の尊厳の理念のもとにおき、法主体として人間を定義するのに援用することは許されないし、②これと同様に、理性的形而上学的解釈の基礎にある人間像、それにもとづく理性哲学的な尊厳解釈も、それが誰に対しても適用され、拘束力をもつべきとされた途端、自由主義的で、多元的な共同体と一致しなくなる、と云々を、F. J. Wetz, Die Würde der Menschen ist antastbar. Eine Provokation, Klett - Cotta, 1998, S. 93; ders., Menschenwürde und Grundgesetz, in: Mut 382, 1999, S. 80f.

(21) Ch. Starck, Fn. 16, ②, S. 193; ders., Der demokratische Verfassungsstaat, Mohr Siebeck, 1995, S. 1.

(22) Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 5.

(23) Vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 5. 世俗化の問題につき、荒原明・前掲一註(16)四五頁以下参照。

(24) われわれは、vgl. J. N. - Rümelin, Menschenbild und Ethik im postgenomischen Zeitalter, in: Universitas, 2001, Nr. 666, S. 121ff. 彼は、「ストア学派は、特殊人間的な尊厳概念、すなわち、その社会的背景には左右されない人間に固有である尊厳概念を展開したが、その規範内容に関していえば、近世初期の人間主義 (Humanismus) の壮大な革新運動の源は、このストア学派にあるといいい、この人間主義は、人間を自然的存在 (das Naturwesen) からできるだけ広く引き離し、人間を文化的存在 (ein Kulturwesen) としようとした、という。また、H・J・マルクス「人間の尊厳—ルネサンスの貢献—」(南山神学第二三号、南山

大学創立五〇周年記念論文集、一九九九年）二五九頁以下もみよ。

- (25) これにつき、たとえば、カントは、平田俊博訳「人倫の形而上学の基礎づけ」『カント全集第七巻 実践理性批判 人倫の形而上学の基礎づけ』（岩波書店、二〇〇〇年所収）七五頁で、「自律が、人間などあらゆる理性的本性の尊厳の根拠である」という。なお、同訳書七四頁では、「目的の国においてはすべてのものは、価格をもつか、それとも尊厳をもつか、そのいずれかである。価格をもつものは、何か別の等価物で代替できる。ところが、それとは逆に、一切の価格を超越した崇高なものは、したがっていかなる等価物も許さないものは、尊厳をもつ。…それゆえ人倫性だけが、そして人倫性を具えているかぎりの人間性だけが尊厳をもつ」と。また、たとえば、vgl. J. Hruschka, Die Würde des Menschen bei Kant, in: ARSP 2002, S. 463ff. は、「人倫の形而上学』（樽井正義・池尾恭一訳『カント全集第一巻 人倫の形而上学』（岩波書店、二〇〇二年）の第二部「徳論の形而上学的定礎」で展開された「現象的人間」と「可的人間」論（たとえば訳：三二〇頁以下）により「人間の尊厳を基礎づけ、功利主義を批判する。さらに、カントの尊厳概念は」vgl. K. - E. Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes, Nomos Verl., 1999, S. 214ff.; C. Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, Mohr Siebeck, 1997, S. 189ff.; W. Schweidler, Das Unantastbare. Beiträge zur Philosophie der Menschenrechte, Lit Verl., 2001; G. Luf, Menschenwürde als Rechtsbegriff. Überlegungen zum Kant - Verständnis in der neueren deutschen Grundrechtstheorie, in: Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag, Springer, 1998, S. 307ff. 連邦憲法裁判所の客体定式「カントの影響は」vgl. T. G. - Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, Duncker & Humblot, 1990, S. 31ff.
- (26) Vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 5; ders., Fn. 16, ②, S. 193ff. シュタルンゼ, Fn. 16, ⑥, S. 196ff. 「一方で、キリスト教が、他方で、歴史と哲学が、人間性をより一段と高い段階へ引き上げた」と述べる点により、人間の尊厳理解にとって歴史と哲学の「重要性を併せ指摘する。また」vgl. J. Reiter, Über die Ethik der Menschenwürde, in: A. Raffelt(Hrsg.), Wege und Weite. Festschrift für Karl Lehmann, Herder, 2001, S. 443ff.
- (27) 「カント」vgl. W. Weinholt, Gott in der Verfassung. Studie zum Gottesbezug in Präambeltexten der deutschen Verfassungstexte des Grundgesetzes und der Länderverfassungen seit 1945, Peter Lang, 2001. 基本法および一定の各州での前文における「神関連性（Gottesbezug）」は、歴史的にはナチ、旧東ドイツの独裁体制に対する対応と捉えられるが（S. 2, 7ff., 113f., 256ff.）とりわけ、一九九三年ニーダーザクセン州での憲法改正に際して「神」の文言を前文に導入するかどうかに関する賛否の論拠づけ（115ff.）（一九九三年憲法には規定されなかったが、最終的には、一九九四年に州民イニシアティブの結果、導入された）は、興味を引く。なお、基本法の「神」概念につき、言語分析的、教義学的観点から論ずるのには、vgl. M. Hofheinz, Der Gott des Grundgesetzes. Zur Problematik der Rede von Gott in deutschen Verfassungstexten, Verl. Hartmut Spenner, 2001. また、福音主義の立場から

基本法における「神の問題性」を問うのは、たゞ「vgl. W. Greive(Hrsg.), „Gott im Grundgesetz?“, Evangelische Akademie Loccum, 1994.

(82) Vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ②, S. 189ff. だが、神と交わる「責任 (Verantwortung)」について vgl. P. Saladin, Verantwortung als Staatsprinzip. Ein neuer Schlüssel zur Lehre von modernen Rechtsstaat, UTB, 1984. 本書で「キリスト教的倫理とキリスト教的人間学の核心的概念である」(S. 23) として「国家原理としての責任の問題を追究する。彼はまた、人間の尊厳原理の形而上学的根拠づけの必要性について、シュタールの立論」として Ch. Starck, Fn. 16, ②, S. 193ff., 203ff. 以下、これを説くことである (197ff.)。

(85) Vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ①, Präambel Rdnr. 36; Art. 4 Rdnr. 22. 以下、vgl. M. Sachs(Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl., C. H. Beck, 1999, Präambel(P. M. Huber), Rdnrn. 35- 36.

(86) Vgl. G. Czermak, „Gott“ im Grundgesetz?, in: NJW 1999, H. 18, S. 1301. 以下、彼は「神の神関連性は、法的には独自の内容を欠くが故に不必要であり、したがって、削除すべきである」(S. 1302) である。

(87) Vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 6; Präambel Rdnr. 36; ders., Fn. 16, ②, S. 189ff. 憲法評議会は「神の呼びかけを通じて、神なき経験をしたNS国家や、さらに、無神論のスターリニズムから距離をとろうとしたのであり、また、「神」という言葉と、実定法を超える価値を結びつけようとしたことを指摘するのは、J. Ennuschat, „Gott“ und Grundgesetz, in: NJW 1998, H. 14, S. 955.

(88) Vgl. H. Steiger, „Verantwortung vor Gott und den Menschen...?“, in: A. Raffelt (Hrsg.), Wege und Weite, S. 665ff.; T. G.-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, Duncker & Humblot, 1990, S. 112ff.

(89) Vgl. J. Ennuschat, „Gott“ und Grundgesetz, in: NJW 1998, H. 14, S. 955. Ch. Starck, Fn. 16, ①, Präambel Rdnr. 31, 38.

三 基本法における形而上学的に理解された「人間の尊厳」の機能

以上みてきたように、シュタルクは、キリスト教的、形而上学的背景のもとで、神の似姿として「人間の尊厳」を理解した。彼はいう。「人間の尊厳を形而上学的に根拠づける諸々の企図は、人間は経験的には完全に捉えられるのではない、ということから出発するのであり、人間の経験的に把握可能な性格のうちには現れない人間の性格を、『内在的

な超越性(immanente Transzendenz)に関連づけるのである⁽¹⁾』と。彼のこのような理解を支える精神史的論拠は、西洋文化の精神的基礎をなすものこそ、古典古代およびユダヤ的根源をもつキリスト教であり、基本法に表れた「人間の尊厳」保障は、このような精神的基礎の世俗化の過程における産物であること、また、この「人間の尊厳」保障は、基本法あるいは諸州の憲法前文に規定された「神(と人間)に対する責任」という文言と関連づけて理解されねばならないこと、に求められているといえよう。たとえば、人間の尊厳の根拠が現世的・世俗的に探求されるとしても、キリスト教的見解との関連性は、シュタルクのいう「神学的個人主義」の人間観からすれば、人間の尊厳は、具体的な個々の人間に帰属する、という点に明瞭に表れているのであり、したがって、またそれは、人間の自然被拘束性や共同体被拘束性を超える形而上学的次元(eine metaphysische Dimension)に論拠づけられている。

それでは、彼によって、この「人間の尊厳」論は、基本法のもとでいったいどのような機能・役割を担うと捉えられているのであろうか。それを、二つのレベルで問題とすることにより問うてみることにする。まず第一に、人間の尊厳の「担い手」論に関連して、ついで、第二に、とりわけ国家との関連で、みていくこととしよう。

1 人間の尊厳の担い手と関連して

(1)第一条第一項にいう「人間の尊厳」保障が、同条第三項にいう「以下の基本権」の解釈とも関連して、単なる客観法と理解されるべきか、主観法的性格をも有し、したがって、基本権性をもつかかどうかにつき、たとえば、人間の尊厳の主観法的内容は、個別の基本権のうちに把握されており、また、第十九条第二項の本質内容保障を通じて保護されることから、基本権性が否認される、あるいは、その特殊な規範構造からして、基本原理であって、基本権ではない、とする等の理由で、これを否定する論者が一方に位置し⁽²⁾、他方で、しかし、人間の尊厳保障は、第一条第一項以後に定

式化された総ての基本権の根源であり、同時に、それ自体主要な基本権であるとして、あるいは、今日ではその適合能力を通じて高度に現実性をもった基本権となっていることを指摘し、その基本権性を強調する論者が位置する。⁽³⁾ シュタルクは、主として、①第一条第一項の体系的解釈からすれば、第一条の三つの項の関連性、すなわち、第一項の人間の尊厳保障、第二項の第一項から流出する人権への信条告白、第三項の人権の基本権への実定化から、第一項のうちに基本権自体の源としての一つの基本権（ニッパードアイの命題である）が看取されるということ、②主観的権利としての人間の尊厳保障だけが、人間の尊厳の尊重を欠いている憲法改正法律に対する憲法異議を可能とするということ、等の理由をあげること、人間の尊厳保障の基本権性を承認する立場を採る。⁽⁴⁾

人間の尊厳保障規定の基本権性をも承認する立場を採るシュタルクにあって、それでは、基本権性を有する人間の尊厳保障の担い手は誰と想定されたのであろうか。彼はいう。「人間の尊厳の担い手は、人間によって産み出されたすべての生命体（Lebewesen）であり、また、死者やその遺体の尊厳保護のために、法主体性が問題とされることなく、その死をも超える」と。⁽⁵⁾ 人間の尊厳の主体は、人間と証明されたあらゆる生命体（死者をも含む）であるとする、最も広い定義を採用する彼の論拠づけは「人間の謙抑（die Bescheidenheit des Menschen）」のうちに求められている。すなわち、人間の生命に尊厳を特定の段階からはじめて認めようとする試みはすべて、限定づけの問題を必然的に伴うが、尊厳を定義上拒否することは人間の職務（Amt）でも、法律の職務でもあり得ないのであり、人間によって産み出されたすべての生命はその創出（Zeugung）の瞬間から人間の尊厳の担い手である、という点に求められている。⁽⁶⁾ そこから帰結するのは、①人間の尊厳は、精神的・心的価値体験能力（die Fähigkeit zum geistig - seelischen Wertelernen）とは結びつけられない、②自ら自覚的であるかまたは尊厳を自ら知覚し、理解していることも要しない、すなわち、H・ドライアーのいう「私意識」、理性、自己決定能力を前提しない、⁽⁷⁾ さらに、③N・ルーマンの「自己表出」

の成果をあげ得る者、人間の尊厳を自ら確立し得る者にだけ人間の尊厳は帰属するわけでもない⁽⁸⁾。したがって、シュタルクの、当初から人間存在のうちに備わっている諸々の可能性で充分であるとする、最広義の人間の尊厳の論拠づけからすれば、その主体となり得るのは当然に一切の人間であり、それ故に、F・J・ヴェッツのいう「形成委託」としての尊厳を担う者だけではあり得ず、乳児、精神疾患のある者、身体的奇形のある者(児)でもあり得る⁽⁹⁾。

(2) それでは、人間の尊厳の担い手、換言すれば保護を受ける人間生命はいつ始まるのか。出生後の生命体が、人間の尊厳の担い手であることは自明であるが、それ以前ではどうか。彼の最近の論稿で問題とされた二つの事例を手がかりとして、これをみてみよう。

(a) 連邦憲法裁判所判決の、「人間の生命が存在するところ、その生命に人間の尊厳が帰属する⁽¹⁰⁾」との観点からみれば、(生物学的・生理学的認識からすれば、受精後一四日から人間個体の歴史的存在という意義における生命が存在するといわれる)、未出生生命である胎児(nasciturus)の生命、厳密には受精した人間の卵細胞も人間の尊厳の担い手に含まれることとなろう。これとの関連で、シュタルクは、一九九九年に連邦薬事局(Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte)が許可した墮胎薬ミフェグューネ(Mifegyne、いわゆる以前のRU486)の問題性を問う。同薬は、月経停止後四九日以内に使用することで、また、プロスタグランディン(子宮収縮剤)を併用すればほぼ一〇〇%近くの確率で、人工流産を結果する、とのことである⁽¹¹⁾。シュタルクは、同薬の許可により、連邦憲法裁判所第二次墮胎判決の未出生生命を救うという助言および期限モデルの目標は体系的に掘り崩されてしまい、その結果、立法者自身が、未出生生命のための助言モデルの保護効果を廃止してしまったのであり、それ故に、ドイツの墮胎立法は全体として違憲となり、改正を要するものとなった、と評価する⁽¹²⁾。というのも、ミフェグューネは、月経停止後四五日から四九日までだけに投与されてもよいことから、助言期限は一週間に短縮され、助言はただたんなる形式として実施されるにすぎ

なくなるからである。

(b)さらにまた、人間の尊厳の担い手は、人間と証明されたあらゆる生命体と捉えるシュタルクの見解からすれば、このような生命体はいつから始まるのか、人間の尊厳の担い手の始期をいつから求めるのか、が問われる。すなわち、人間の尊厳保護が、卵細胞の受精（細胞核の融合）とともに、それ故に、子宮壁への卵子の着床（卵着床≡Nidation）以前にすでに始まるのか否か、胚は人間の尊厳の保護対象であるか、の問題である。⁽¹³⁾ 生殖医療の問題、とりわけ人工授精や、胚（Embryo）に関わる問題を扱う論稿のなかで、シュタルクは、生殖医療は現在、①体外受精した卵細胞の子宮への着床段階から、②体外受精した卵細胞の着床前診断による胚子の選別可能な段階を経て、③受精した卵細胞が研究手段として、遺伝疾患の手がかりをつける（消極的優生学）ためにか、将来よりよい人間を培養する（積極的優生学）ために利用され、消費される段階、にいたったという。⁽¹⁴⁾ このような発展段階を前にして、人間の尊厳の担い手は、人間と証明されたあらゆる生命体である、とするシュタルクのテーゼからすれば、「受精した人間の卵細胞の自然的な終局性は、任意に評価されない法の先行条件である。それ故に、胚は、原理上人間の尊厳保護ないし生命保護に与る」⁽¹⁵⁾のであり、したがって、当然に胚も人間の尊厳の担い手と想定されることとなる。⁽¹⁶⁾ そうであれば、①一方で、研究目的で人間の胚を作製すること（Erzeugung）が禁止されることは胚にも尊厳保護が及ぶ必然的帰結であり（胚保護法等参照—輸入胚の利用許可をめぐる問題は耳目に新しい）、②他方で、胚子の着床前診断は、功利主義的思考にもとづいてこれが実施されるとき、今日では遺伝子疾患をもつ後継者を避け、明日には子どもの品質基準を確保するための胚の選別を結果する、ということを引き起こすこととなる。⁽¹⁷⁾ それ故に、胚を費消することでもって行われる、遺伝子操作（治療）あるいは人ゲノム研究等に鑑みれば、人間の尊厳は、単純に悪しき目的≡悪意でもって侵害されるだけでなく、良き目的≡善意によっても侵害される危険がある、ということだけは決して忘れられてはならないのである。⁽¹⁸⁾

シュタルクは、人間の尊厳保護は、卵細胞の受精とともに始まると解するが、これに対して、H・I・G・デーデラーは、人間の尊厳保護が胚へどのようにして及ぶかにつき、「橋渡し構成 (Brückenkonstruktion)」を採る。それによると、基本法第一条第一項の成立史は、明らかに人間の尊厳保護を出生した人間にのみ認めており、したがって、「人間としての発育 (die Entwicklung als Mensch)」(強調は原文)の『橋 (Brücke)』を経てのみ、人間であること (Menschsein) の地位、と同時に基本法第一条第一項第一文の人間の尊厳保護は、出生した人間から胚へと「いずれにしても、卵着床から「遡及的に及ぶ」⁽¹⁹⁾、と構成される。そうであれば、この見解にあっては、「人間としての発育」を指すものではない、治療上のクローン処置によって創出された胚には、基本法第一条第一項第一文の意義における人間の尊厳保障は帰属せず、したがって、治療上のクローン処置は、基本法第一条第一項第一文の意義における人間の尊厳保障に違反することはない、という結論となる。すなわち、体外の胚 (die Embryo in vitro) には、どのような「橋」も架かってはいないのである。ここでは、人間の尊厳保障の対象となる胚 (「橋」の架かっている胚) とそうではない胚とが選別、差別化されることとなる。このような選別なり、差別化を誰が判断するのか。それは、おそらくは研究者であり医師である、と想定される。そうであれば、この「橋渡し構成」には、医師や研究者に未出生生命や胚に対する絶対的支配権が帰属する、という危険性がつねに孕まれているといえることとなる⁽²⁰⁾。

2 とくに国家との関連で

つぎに、人間の尊厳を「神の似姿」とみるキリスト教的、形而上学的な根拠づけは、とりわけ国家との関連で、いったいどのような機能を果たすこととなるのであろうか。⁽²¹⁾

まず第一に、人間の尊厳が形而上学的に根拠づけられるということは、上述したように、人間は、経験的には把握不

可能であり、人間の性格が「内在的な超越性」に関連づけられることにより、そこからまた、人間は未完成であり、開放性をその特質とすることが帰結する。それ故に、人間をその対象とする国家の法は、人間の基底にあるこのような特質につねに止目せねばならず、「窓を形而上学に開いておかねばならない。」これによって、(世俗的である) 国家に対して、その法に服する人間のあらゆる生活に対する絶対性要求、権力要求は排除され、国家権力の相対性(国家責務に關していえば、国家による平和、自由、社会的調整の確保責務)・現世的性格が、帰結する。国家が、絶対性要求をなすところ、ドイツ国民の国家に対する「抵抗権」の根拠づけもまた、この人間の尊嚴の形而上学的次元から想定可能となろう。⁽²²⁾ いわゆる全体主義国家、独裁国家批判機能である。それはまた、人間の尊嚴の宗教的・形而上学的基礎づけを否認する国家の論拠づけイデオロギーとしてのマルクス主義批判の、社会主義国家批判の機能も果たす。これらの、いわば形而上学を最初から否認する国家体制ではないにせよ、その国家の憲法(もちろん、ここでシュタルクが問題とするのは基本法である)が、人間の尊嚴の形而上学的根拠づけを喪失したとき、どのような結果を惹起することとなるのか。シュタルクはいう。「世俗化された聖書としての、あるいはさらにその根源から切り離された流浪する概念をともなうサクラメントとしての憲法は、国家職務の担い手に計り知れない権力の増大をもたらすこととなろう。そうなる」と、その精神的基礎から切り離され、自ら神聖化された基本法の文言は、勝手な解釈に委ねられ、それとともに、一切の準宗教的改革政策に委ねられてしまうであろう。今日は福祉国家のもとで、明日は美德国家(tugendstaatlich)の兆候のもとに⁽²³⁾、と。このように人間の尊嚴が形而上学的次元に基礎づけられることにより、人間の尊嚴は、一方で、国家権力に対する監視機能と、他方で、国家権力の正当化機能を果たし得る。だが、逆に、国家は、特定の形而上学的基礎づけのうちに自らを根拠づけることは、それが国家の絶対性要求を帰結するが故に、いうまでもなく許されることではない。「形而上学的に基礎づけられた人間の尊嚴は、人間と国家にとっての鍵概念である。国家と形而上学との関係

は、両面価値的である。国家は、法秩序を通じて人間の形而上学的次元を尊重し、保護しなければならない。それを超えて、国家は形而上学とは関係をもたない。とりわけ、国家は、信仰も形而上学も義務づけてはならないし、なおのこら自らを直接形而上学に基礎づけることがあってはならない。⁽²⁴⁾もし、そのようなことがあれば、おそらくは、国家の平和は確保されず、基本権、とりわけまた宗教の自由も危殆化され、社会的調整は不可能となり、その結果、人間の尊厳は、カオスへと国家を導く根源ともなり得る可能性を秘めた概念へと、転落することとなるであろう。

(1) Ch. Starck, Fn. 16, ②, S. 200. シュタルクは「Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 4」で「人間をこのように形而上学的に根拠づける」とは、「人間の未成熟性と開放性」とに一致する」ともいう。また、「人間の本質と尊厳に適合するのは、人間の不完全さと不充分さであり、いさまでもなく同様にまた、これらを凌ぐ人間の少なくとも潜在的な能力でもある」というのは「E. Benda, §6 Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht, in: E. Benda, W. Maihofer u. H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., Walter de Gruyter, 1994, Rdnr. 16.

(2) だんべんぞう vgl. G. Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, S. 119ff.; T.G.-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art.1 Abs.1 Grundgesetz, Duncker & Humblot, 1990, S. 167, Fn. 596, insbes. S. 172; C. Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, S. 110ff.; H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. I Artikel 1-19, Mohr Siebeck, 1996, Art. 1 I Rdnrn. 67-74.

(3) だんべんぞう vgl. H. C. Nipperdey, Die Würde des Menschen, in Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 11f.; F. Hufen, Entstehung und Entwicklung der Grundrechte, in: H.-P. Schneider (Hrsg.), Das Grundgesetz in interdisziplinärer Betrachtung, Nomos Verl., 2001, S. 52f. 同く彼ぞう「ユニオン連邦共和国を「ユニオン基本権共和国」と特徴づける(S. 41)」。

(4) Vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnrn. 24-27; ders., Fn. 16, ③, S. 1120; ders., Fn. 16, ④, S. 2; ders., Fn. 16, ⑤, S. 90. 基本法第一条第一項は「体系的解釈」目的論的解釈からしても「主観的権利であって、客観的法ではなく、基本権である」といふのだんべんぞう vgl. K. Lehnig, Der verfassungsrechtliche Schutz der Würde des Menschen in Deutschland und in USA. Ein Rechtsvergleich, Lit. Verl., 2003, S. 21f. シュタルクに批判的なのはたごぞう vgl. T. G. - Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 170. シュタルクはまた「人間の尊厳保障は、直接適用される法である」と捉える。その理由は「国家権力を

義務づけられる第一条第二項第二文の定式から、そして、間接的には第七九条第三項からこのような理解は生じる」という（vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 23）。

(5) Vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnrn. 17-22; ders., Fn. 16, ③, S. 1120; ders., Fn. 16, ④, S. 1f.; ders., Fn. 16, ⑤, S. 93ff.; ders., Fn. 16, ⑥, S. 134では「人間の尊厳の担い手は、人間の配偶子（Gameten）に由来する生命体すべてであり、それがどのような発育状態であろうとも、そうである」という。人間の尊厳保護が、「死」をも超えるという点に「きまた」 vgl. Th. Harks, Der Schutz der Menschenwürde bei der Entnahme fötalen Gewebes, in: NJW 2002, H. 10, S. 717f.

(9) Vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnrn. 17-21; ders., Fn. 16, ③, S. 1120; ders., Fn. 16, ④, S. 1f.; ders., Fn. 16, ⑤, S. 96.

(7) H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. I Artikel 1-19, Mohr Siebeck, 1996, Art. 1 I Rdnr. 50.

(8) N. Luhmann, Grundrechte als Institution, Duncker & Humblot, 1965, S. 69ff.; N. ハーモン著、今井弘道・大野達司訳『制度としての基本権』（木鐸社、一九八九年。ただし、第一版の翻訳）八六頁以下、とくに九九頁以下（第一版の翻訳）参照。N・ルーマンは「尊厳は、人間に生まれながらに備わっている（Naturanstattung）のびはなく、業績（Leistung）を通じて獲得されねばならない」（3. Aufl., 1986, S. 68）という。

(6) Vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 17; ders., Fn. 16, ③, S. 1120; ders., Fn. 16, ④, S. 1f.; ders., Verfassungsrechtliche Probleme der deutschen Abtreibungsgesetz, in: D. Dörr, U. Fink, Ch. Hillgruber, B. Kempen u. D. Murswiek (Hrsg.), Die Macht des Geistes. Festschrift für Hartmut Schiedermaier, C. F. Müller, 2001, S. 378.

(10) Vgl. BVerfGE 39, 1(41); 88, 203 (252). なお、シュタルクの未出生生命の基本権保護義務の問題につき、菟原明「クリスティアン・シュタルクの憲法構想について」ネット再統一に関する諸論稿を基礎として（二）」（大東法学第六巻第一号、一九九六年）一頁以下参照。

(11) Mifegyne をインターネット検索したところ二〇〇二年九月一日現在で、一五件ヒットした。そのうち、<http://www.sataclinic.com/> 等から得た情報。なお、RU486については、編集委員・近藤均他『生命倫理事典』（太陽出版、二〇〇二年）丸本百合子解説（六七八頁）をみよ。

(12) Vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnrn. 84-86; ders., Mifegyne und die Abtreibungsgesetzgebung, in: NJW 2000, H. 37, S. 2714ff.; ders., Verfassungsrechtliche Probleme der deutschen Abtreibungsgesetz, in: D. Dörr, U. Fink, Ch. Hillgruber, B. Kempen u. D. Murswiek (Hrsg.), Die Macht des Geistes, 2001, S. 384ff., S. 389（同頁で「シュタルクは、総括的に「立法者が、シフェキエーネの許可条件を創設したことから、立法者自身が、未出生生命のための助言モデルの保護効果を廃止した。堕胎立法は、

- 未出生生命の効果的な保護という観点のもとで改正を要する」(とらび); ders., Problems of New Abortion Legislation in Germany, in: *Medicina e Morale*, 2001/3, P. 461ff.
- (13) これにひき Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 18; ders., Fn. 16, ⑤, S. 93f. シュタルクは、刑法、または神学上の教説もこの問題に対して解答を与えないという。
- (14) 生殖医療の現状につきたとえば、菅沼信彦著『Reproductive Medicine 生殖医療 試験管ベビーから卵子提供・クローン技術まで』(名古屋大学出版会、二〇〇一年)が有益。
- (15) Vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ⑥, S. 134.
- (16) そうであれば、「業績にもとづく尊厳論」を主張するN・ルーマンの理論に拠るポドレック(Podlech)や、受精後三五日の脳機能の活動とともに、人間の尊厳は始まるとする立場は、批判されることとなる。もっとも、シュタルクは、原理的に平等な尊厳保護や生命保護と、人間生命のその都度の発育状況にもとづく諸々の差別、未出生―出生、(精神的)疾病―健康、老齡等は、一致可能であり、したがって、生命権が侵害されなにかぎりにおいて諸々の価値判断は可能であり、これらの価値判断は、個別の法秩序においてまったく別様であり得る、と指摘することも忘れてはならない(Ch. Starck, Fn. 16, ⑥, S. 134)。
- (17) これにひきたとえば、vgl. C. D. Classen, Die Forschung mit embryonalen Stammzellen im Spiegel der Grundrechte, in: DVBl, H. 3, 2002, S. 141ff.; ヒト性幹細胞の輸入と利用等に関する「幹細胞法(Stammzellgesetz)」が、二〇〇二年七月一日に施行をみたが、「憲法上の処女地における憲法の具体化」法たる同法の問題点(とらび) vgl. H.-G. Dederer, Verfassungskonkretisierung im Verfassungsneuland: das Stammzellgesetz, in: JZ 58. Jg., 2003, H. 20, S. 986, insbes. S. 989ff. 山崎純「ユニオン生命政策はレピコン河を渡るか?」(創文、No. 439, 2002) 一一頁以下。これとの関連で、学問・研究の自由の限界問題(とらび) vgl. BVerfGE 47, 327 (369)。ちひび vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ⑥, S. 136f. この研究目的での人間の胚の作製は、カントに遡る、連邦憲法裁判所も採用している、いわゆる「客体定式」に反することともなる。ちなみに、これにつきカントは、『人倫の形而上学の基礎づけ』(一七八五)で、「自分の人格のうちにも他の誰もの人格のうちにもある人間性を、自分がいつでも同時に目的として必要とし、決してただ手段としてだけ必要としないように、行為しなさい」(平田俊博訳「人倫の形而上学の基礎づけ」)「カント全集第七巻 実践理性批判 人倫の形而上学の基礎づけ」(岩波書店、二〇〇〇年所収)、六五頁』、という。
- (18) 人間の尊厳の「善意」による侵害可能性につきたとえば、vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 13. また、とりわけ人間の尊厳を基礎に、「このような問題」とりわけ着床前診断等の憲法上の問題点を考えるに際して有益なのは、vgl. Deutscher Bundestag(Hrsg.), Schlussbericht der Enquete-Kommission. Recht und Ethik der modernen Medizin, Leske + budrich, Obladen 2002; その連邦議会への勧告(とらび) S. 232ff. をみよ。また、vgl. B. B. - Wunderlich, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsprob-

lem, Mohr Siebeck 2002, S. 147ff.

- (19) Vgl. H.-G. Dederer, Menschenwürde des Embryo in vitro?, in: AöR, Bd. 127, H. 1, 2002, S. 14. 「橋渡し構成」につきたとえば、彼は以下のようにいう。「この主張されている『橋渡し構成』は、特定の宗教的、哲学的またさらに世界観的に基礎づけられた『人間の尊厳理論』を前提としない。また、『橋渡し構成』は、胚は人間の尊厳の『潜在的な』担い手である、という思想に依拠してもしない。むしろ、卵着床からの (ab Nidation) 『人間としての発育』は、卵着床からの胚に、基本法第一条第一項第一文の人間の尊厳保障が帰属する、というための『橋 (Brücke)』を根拠づける。というのも、卵着床からその『人間としての発育』以降、人間は生誕を経て死にいたるまで、その人間生命の区々の段階を経めぐらうともつねに同一のすなわち同じ個体であるから」(S. 12, 24ff.)¹⁾」
- (20) Vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ⑤, S. 95; ders., Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnrn. 84-90. N. Hoerster, Ethik des Embryonenschutzes, 2002, S. 109ff. もみよ。彼は、同書一二三頁以下で、一定の遺伝的特質を検査した後の、着床のための胚の選別と、特定の方向で遺伝的操作を行った後のそれとを区別することを説く。
- (21) この部分は、菟原明『民主制的憲法国家』の基礎としての『宗教』の役割―クリスティアン・シュタルクの憲法構想の理解のために―(大東法学第九巻第一号、一九九九年)と重複するところもあり、同稿の参照も願う。
- (22) 人間の尊厳を無視、否定するような国家に対する抵抗権といった極限事例にいたらないためにも、国家は人間の尊厳の尊重義務および保護義務を履行しなければならない。ドイツの法実践における尊厳保護につき、vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnrn. 29-38; 尊厳保護の個別法分野での具体化につき、ders., Fn. 16, ①, Art. 1 Abs. 1 Rdnrn. 43-106. シュタルクの抵抗権の問題に関連する論稿につきたとえは、vgl. Ch. Starck, Recht auf Widerstand in der Demokratie (Zur christlichen Berufsethik-Kirche im Gespräch, H. 13, hrsg. vom Bistum Essen, 1988; ders., Artikel „Widerstandsrecht“, in: Görresgesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. 5, 7. Aufl., 1989, Sp. 990-993.
- (23) Vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ②, S. 203.
- (24) Vgl. Ch. Starck, Fn. 16, ②, S. 203; P. Saladin, Verantwortung als Staatsprinzip, S. 199.

四 結びにかえて

基本法の保障する「人間の尊厳」を、神の似姿としての人間を基底におく形而上学のうち基礎づけることは、現世

内的・世俗的国家を超える西洋文化の伝統にもとづく規準の設定を意味する。また、この人間の尊厳は、世俗化のプロセスを経ること、そのような規準を実定化した国家の憲法の、国家権力の相対性をつねに認識せしめることを可能とする。と同時に、とりわけ人間の尊厳を具体化する基本権に基礎をおく憲法には、「憲法の優位 (der Vorrang der Verfassung)」が確保されねばならない⁽¹⁾。この憲法の優位を構成する内実としてあげられるのは、一般的には、基本権の保護 (この基本権保護の核心をなすものこそ、人間の尊厳保障である) と連邦国家上の権限配分である⁽²⁾。そうであれば、シュタルクの憲法構想を追究するにあたって、つぎに検討されるべき課題は、彼の説く「憲法の優位」とはなにか、でなければならぬであろう。

(1) 憲法の優位に関するシュタルクの論稿については、vgl. Ch. Starck, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ch. Starck / A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Westeuropa, Teilband I, Nomos, 1986, S. 11ff.; ders., Rechtsordnung der Gesetze. Einführung, in: Ch. Starck (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1995, S. 9ff.; ders., Verfassung und Gesetz, aaO., S. 29ff. シュタルクは、同書で人間の尊厳について、形而上学にかえて自然法を持ち出し、以下のように表現する。「人間の尊厳条項 (基本法第一条第一項) および『現世 (Welt) におけるすべての人間共同体の基礎としての不可侵、不可譲の人權』へのドイツ国民の信条告白 (基本法第一条第二項) を通じて、自然法が実定法のなかに編入され、同時に、自然法的法律概念と実定法的法律概念間の緊張は新たな衣装で復活した、しかも、非常に実効的に」(S. 9) である。

(2) Vgl. Ch. Starck, Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß, in: P. Badura u. H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, Mohr Siebeck, 2001, S. 1ff. [本稿の翻訳と脚注は渡辺中「憲法秩序および政治過程における連邦憲法裁判所—シュタルク教授のテーゼによせて—」(国士館法学第三四号八一頁以下) がある] あるいは「憲法の優位」については、vgl. R. Wahl, Vorrang der Verfassung, in: Der Staat Bd. 20, H. 1, 1981, S. 485ff. Jetzt, in: R. Wahl, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, Suhrkamp, 2003, S. 121ff.; J. Limbach, Vorrang der Verfassung oder Souveränität des Parlaments?, Stiftung Bundespräsident - Theodor - Heuss - Haus, 2001, S. 11f. など

の優位は、憲法に法秩序における最高の権威を賦与する考えであり、この原理を刻印づけるに三つの標識があるという。すなわち、第一に、憲法と単純法律とが区別可能であること、第二に、立法者を憲法に拘束すること、第三に、係争事例において国家の法行為の憲法適合性の審査を行う権威をもつ裁判所制度、である。R・ヴァールは、なお第四に、個人の基本権のために、主権的国民の自己拘束として憲法を理解することを付け加える (S. 490f.)。

【追補】

本稿は、もともとは二〇〇二年九月四日に、本誌以外に寄稿し、掲載を予定していた論稿であるが、改めて本誌に寄稿することにしたものである。最初の寄稿時より一年有余が経過し、この間にも、クリスティアン・シュタルク教授の本テーマに関わる重要な論稿、たとえば、*Verfassungsrechtliche Grenzen der Biowissenschaft und Fortpflanzungsmedizin*, in: JZ 57. Jg., 2002, S. 1065ff. が公にされたりした。しかし、同論稿は、当初、掲載予定していたものに寄稿後公刊されたことから、本稿では、これにまったく触れることができなかった。この論稿については、別の機会に改めて検討したく思う。

なおまた、二〇〇三年九月二二日、本誌への寄稿二日前に、「人間の尊厳」の問題を考えるうえでもきわめて興味深い日独共同シンポジウムの成果、龍谷大学「遺伝子工学と生命倫理と法」研究会編(代表・石塚伸一)『遺伝子工学時代における生命倫理と法』(日本評論社、二〇〇三年)を、石塚伸一先生よりお贈りいただいた。本稿では、これを利用して、この場を借りて、記して謝意を表させていたきたい。

(二〇〇三年九月二四日提出)