

翻訳 クルト・ゼールマン 『法哲学』（第4版・二〇〇七年）（七・完）

著者	竹下 賢, 川口 浩一, 森永 真綱, 杉本 一敏, 中空 壽雅, 飯島 暢
雑誌名	関西大学法学論集
巻	60
号	6
ページ	1469-1425
発行年	2011-03-10
その他のタイトル	Kurut Seelmann, Rechtsphilosophie, 4. Auflage (7)
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/4814">http://hdl.handle.net/10112/4814</a>

〔翻訳〕

クルト・ゼールマン

『法学』(第四版・二〇〇七年)(七・完)

Kurt Seelmann, Rechtsphilosophie, 4. Auflage

© Verlag C.H. Beck oHG, München (2007)

森永真綱・杉本一敏・中空壽雅・飯島 暢(訳)  
竹下 賢・川口浩一(監訳)

目次

はしがき

A 法とは何か

第一章 「代替手段論争」すなわち、法は自明のものではない

第二章 法概念の諸相 (5節まで五九卷二号)

第三章 法と類似の諸現象との間での限界付け (以上五九卷五号)

第四章 代替手段の問題及び法がもたらすもの

B 法律以外の諸前提に対する法の依存性

第五章 問題設定の許容性について

第六章 法律以外の諸前提がもつ実際上の意味 (以上六〇卷一号)

第七章 正義論——手短な歴史の概観

第八章 自然法

第九章 現在の規範の基礎づけ論争

(2節まで六〇卷二号、3節以下本号)

第十章 現代の正義論

(1節まで六〇卷四号)

第十一章 共通善

(1節まで六〇卷五号)

第十二章 人間の尊厳・新しい中核的概念

第十三章 法の自律

(以下本号)

【監訳者あとがき】

【補遺】

2. 個人的利益と公共善の間における利益衝突の仕方

15 次に、個人的利益と公共善は一般的にどのような形で衝突しうるかについて、検討することにしよう。<sup>(15)</sup>第一に、社会において、特定の型のあらゆる個人的利益が同一で、しかも競合せず、それら全てが相互調和的であるという場合も当然ありうる。その例として、社会において、全員がきれいな空気や水に対して利益を有し、しかもこのきれいな空気や水が不足しておらず、一方の余剰が他者の不足を意味しないという場合が挙げられよう(もつとも、こうしたことは、水については、今日すでに、ますます疑わしくなっているが)。倫理的問題は、空気や水の汚染によって他者の使用を妨げた場合にはじめて生じることとなる。より困難で、衝突の危険を孕んでいる状況は、長期的ないし一般的な個人的利益は他者の諸利益と一致しているが、短期的ないし具体的な利益がこれらと一致しない場合である。このことは交通規則で例示できる。全体としても各個人にとっても、ルールがない場合に比べて、人命保護の強化に役立っている以上、あらゆる者は、交通規則に対して利益を有している。しかし、このように交通規則の存在と遵守に対する共通の原則的利益が認められるにもかかわらず、具体的な場面で、交通関与者のうちのひとりだけが、彼から見れば優越的ですからある暫定的利益を有しているという場合も、完全に想定可能である。例えば、その者が、一定の時間に到着するために交通規則における許容を超えて、ある場所により早く到着することにつき、個人的な事情を有してい

る場合である。

16 このように、一般的には当該規則から利益を得ているが、具体的な状況で個人的利益に反するという状況は、その規則違反につき公善に適合するもつともな根拠がある場合には（例えば正当化的緊急避難として）、事情によっては正当化される。そうでない場合、すなわち規則違反に個人的利益しか認められない場合には、「ただ乗りのジレンマ (Tritbretfahrer dilemma)」の問題となる。つまり、その規則を欲しつつも、当該規則から彼自身に生じる帰結を個別事例において拒むということである。こうして、他者が規則を遵守していることから利益を得ていながら、自分自身はこれを遵守することを拒むのである。<sup>(16)</sup>

17 一定の集合的利益 (Kollektivinteresse) が全ての個人によって抽象的には良いものとみなされているが、しかしそれが短期的具体的にとどまらず、長期的ないし一般的にも個人的利益を侵害する性質のものである場合、状況の葛藤はさらに高まる。例として以下のものが想起されよう。すなわち、張り巡らされた鉄道網に対してあらゆる者は利益を有している。そのため、こうした鉄道網は、抽象的にはあらゆる者の利益となっている。しかし、ある個人の家の近くに線路を敷くことを決めた場合、この者の個人的利益と線路の敷設はおよそ相反することとなる。<sup>(17)</sup>

18 先に挙げた事例と同じように、こうした場合にも、諸個人は、それが交通規則であろうと、国家によって張り巡らされる鉄道網の規則であろうと、諸規則の存在に対して利益を有している。鉄道事例の場合、公用徴収や特別の犠牲に対する権利で知られているように、共同体のための特別な義務の負担に対して共同体側から特別の補填を必要があることは明白である。

19 最も困難なのは、一方では集合的利益を見いだすことができるものの、他方で、個人の側では、抽象的な個人的利益すらおおよそ見いだすことができないような諸事例の解決である。この例として、あくまでも第三者にとって有益であるにすぎない「不要な (überzählig) 人胚 (Embryo)」、あるいは病状の進行具合からすると、その研究の医学的な成果を後日享受し得ないことが確実な者を用いた研究が挙げられる。先に挙げた事例のように、家屋の近くに線路を敷設する場合、騒音に悩まされる居住者もこれを利用することが可能であるが、かかる場合とは異なり、ここで挙げている諸事例においては、このような利益のかけらす

ら存在しないのである。かように共通善を目指すことを義務づけることもなお正当化できるであろうか。こうした義務づけの根拠は何であろうか。

### 3. 共通善を目指すことの義務づけの根拠づけ

20 明白に対立する個人的利益がまさに存在する場合、あるいはそうした利益も存在する場合に、共通善を指針とすることの義務づけの諸論拠を探求しようとしても、その答えは決して簡単には出ない。

21 まず、十八世紀の二つの古典的な論証戦略、すなわち既に検討した功利主義（上述第十章 *Pr. 2ff.*）と合理的エゴイズムを見てもみよう。功利主義は、行動ないし行動規範を、それらが最大の全体効用をもたらすかどうかを基準に吟味する<sup>(18)</sup>。功利主義は、明らかに、大抵は共通善と一致する全体効用の志向を最高の倫理的価値とすること以外の目的をおよそ備えていない倫理学的理論である。専ら第三者にとってのみ有用な人間の利用ですらも、そうした利用にさらされるといふ危険があるにすぎず、しかもその危険が、その利用により生み出される効用に比べて、はじめから既に、多数の者の生命の質を全体的により強く侵害するものでない限りは、正統化しうることになろう。直感的にふつうに感じられる、功利主義のデメリットは、共通善を優先する決定に基づいて、個人的利益の完全な犠牲を求めため、不正義と思われる帰結（詳細は上述第十章 *Pr. 5ff.*）にしばしば至りうるという点にある。

22 同様に古典的な合理的エゴイズムの理論は、正反対の結論に至る<sup>(19)</sup>。この理論は、合理的な一定の長期的な個人的効用を指針とし、通常は、これを、こうした個人的効用の指針化が少なくとも長期的に見れば共通善にも資するものであるという付加的想定と結びつけるのである。このようにして、合理的エゴイズムもまた、個人的効用と共通善の間の葛藤を一面的に解決するものである。この一面性に対しては、同様に直感的な留保が向けられる。すなわち、合理的エゴイズムは、上述のただ乗り問題と対決しなければならぬ。このようにして、本理論はたしかに規範を受け入れた方がよいことの理由を根拠づけることは可能である。

しかしながら、この受け入れられた規範を常に、すなわちこれが少なくとも短期的ないし具体的には、個人的利益を侵害することが明白である場合にも、遵守すべきであることを、合理的エゴイズムは根拠づけることができない。それゆえ、合理的エゴイズムは、長期的ないし一般的な個人善と共通善が一致する場合にのみ、共通善の指針化を個人的に正統化することが可能であるにすぎないのである。

23 早くからこの問題性は意識され、まず契約説の様々なバリエーションを用いて縮減<sup>(20)</sup>する試みがなされた。それによれば、その一般的存在が個人的効用をもたらす規範を個々の場合にも従うべきであることの根拠は、規範に承諾することで、他者との関係において、この規範を遵守する義務も負うとされる。これは、既に同様に上述したように(第九章 Rn. 22f)、実際の歴史的な意味で唱えられることは稀であり、ふつうは、個人間の契約が、もし仮に締結されれば、同様の内容を備えていたかどうかを問うものに過ぎない。その遵守が個々の場合に何ら利益をもたらさないにもかかわらず、自分自身が承認した規範を守るように仕向けることが、倫理的に許される理由は何かという問いに対しては、締結した当該契約を破ることはできないとすることが理性的であると回答することになる。

24 もっとも、仮設的契約は、何を契約内容とすることが理性にならなっているかを問うものである以上、契約そのものではなく、理性を基準としていることから、<sup>(21)</sup>ここでも再び(その他の点は、上述第九章 Rn. 23ff 参照)、共通善の指針化の根拠づけにとって、契約説は不十分であることが明らかになる。ジョン・ロールズは、このことを彼の現代的な契約説のバリエーションにおいて、再度知らしめたのである。それゆえ、彼の自己理解は<sup>(22)</sup>一貫したものであり、それはカント的な原則倫理学(Prinzipienethik)の現代的解釈によって得られたもので、行動格率の普遍化可能性——ここでは共通善——を指針とすることは個人の理性や道徳の指針化の所産に他ならないとみなすことで、いわば功利主義と合理的エゴイズムの難点を回避しようとしている。しかしながら、結局において「理性の事実(Faktum der Vernunft)」と「道徳観念(moral sense)」の混同による道徳的義務の根拠づけは、比較的脆弱であるように思われる。

25 筆者の印象が誤っていないければ、個人善と共通善の調整を追求する場面において、今日再び、ヘーゲルの間主観性の哲学と法的主体の相互承認モデル<sup>(23)</sup>が重要性を増しているように思われる。このモデルによれば、承認は、法的主体性たりうるための相互的な基本的条件 (Konstitutionsbedingung) として理解されている。共通善を法秩序として承認せず、他者を法的主体として承認しない者は、相互的に条件付けられた相応の承認を自分も受けないことから、自分自身の法的主体性を損なっているとされる(上述第二章 Rn. 68 ff. 参照)。かようにして、承認モデルは、一方では、共通善の指針化の必要性の根拠を示している。もっとも他方で、例えば純粹に第三者の利益になるにすぎないような、他者を専ら効用の対象とみなし、さらに相互承認の主体としてすら取り扱わないような医学実験の場合に、その利益を抽象的にすら考慮しないような形で共通善に基づいて侵害することから個人を守ることになるのである。

26 カントはこの相互承認を、既に、ヘーゲルがそれをまさに社会化 (Vergesellschaftung) の基本的条件であるとみなす以前から、人間の「尊厳」の承認であると特徴づけていた。<sup>(24)</sup> 今日では、尊厳は、生命倫理に関する議論や、さらに文化および人種間の分析におけるキーワードとなっているが、このような承認理論の再評価がその基礎にあるのは明らかである。そこで、規範の根拠づけの議論の第三の適用事例である「人間の尊厳」に関する近時の議論について、以下で取り組むことにする。

- (15) これと関連する様々な共通善の理解についての詳細は、Koller, Das Konzept des Gemeinwohls, S. 14 ff.
- (16) ただ乗り問題については、Buchanan, The Limits of Liberty, Indianapolis 2000, S. 47 ff.
- (17) 本事例及び類似の事例については、Anderheiden, Gemeinwohlförderung durch die Bereitstellung kollektiver Güter, in: Brugger/Kirste/Anderheiden, Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, S. 391 ff. (399 ff.)°
- (18) さしあたり、Höffe, Einführung in die utilitaristische Ethik, S. 12 ff., S. 28 ff. 参照°
- (19) 例えは、Hume, A Treatise of Human Nature, B III, T. II, Abschn. 11; Mackie, Ethik, S. 216 ff.
- (20) 概観を与えるものは、Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages, S. 59 ff.
- (21) Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 140 ff.

- (22) Rawls, Die Idee des politischen Liberalismus. Aufsätze 1978-1989, hrsg. von Wilfried Hinsch, Frankfurt a.M. 1994, S. 80 ff.
- (23) <ローゲルの相互承認論について> Siep, Anerkennung als Prinzip; Wildt, Recht und Selbstachtung; Honneth, Kampf um Anerkennung。
- (24) Kant, Die Metaphysik der Sitten (初出1797年), Werkausgabe Bd. IV, Wiesbaden 1956, S. 601.

(森永真綱・訳)

## 第十一章 人間の尊厳 (Menschenwürde) : 新しい中核的概念

文種 : *Angehrn/Baertschi* (Hrsg.), Menschenwürde — La dignité de l'être humain, *Studia philosophica* vol. 63, Basel 2004; *Beyleveld/Brownsword*, Human Dignity in Bioethics and Biolaw, Oxford 2001; *Dillon* (Hrsg.), Dignity, Character an Self-Respect, New York 1995; *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung — Zur Dogmatik des Art. 1 GG, Tübingen 1997; *Dürig*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktischen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, in: *Archiv für öffentliches Recht* 81 (1956), S. 117 ff.; *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts und Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (初版1811年), Werkausgabe Bd. 7, Frankfurt a.M. 1970 [(高峯一愚訳) 『法の哲学 : 自然法と国家学 上・下』 (東京創元社・一九六二年)]; *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (初版1785年), Werkausgabe Bd. IV, Wiesbaden 1956 [(樽井正義・池尾恭一訳) 『カント全集第一一巻 人倫の形而上学』 (岩波書店・二〇〇一年)]; *Luf*, Menschenwürde als Rechtsbegriff, in: *Zaczyk/Köhler/Kahlo* (Hrsg.), FS Wolff, Berlin 1998, S. 307 ff.; *Margalit*, The Decent Society, Cambridge/Mass. 1998, dt. Übers., Politik der Würde. Über Achtung und Verachtung, Frankfurt a.M. 1999; *U. Neumann*, Die Menschenwürde als Menschenbürde — oder wie man ein

Recht gegen den Berechtigten wendet, in: Kettner (Hrsg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Frankfurt a.M. 2004, S. 42 ff.; V. Neumann, *Menschenwürde und psychische Krankheit*, in: KritV 76 (1993), S. 276 ff.; Raz, *Value, Respect and Attachment*, Cambridge 2001; Spaemann, *Über den Begriff der Menschenwürde*, in: Bockenforde/Spaemann (Hrsg.), *Menschenrechte und Menschenwürde. Historische Voraussetzungen — säkulare Gestalt — christliches Verständnis*, Stuttgart 1987, S. 295 ff.; *Stoeker* (Hrsg.), *Menschenwürde. Annäherung an einen Begriff*, Wien 2003.

1 人間の尊厳は、近年、法哲学においても新たな中核的概念の一つとなっているものである。それに関する公刊物の数を見れば、正義 (*Gerechtigkeit*) という概念をほとんど凌駕しているといってもよい。これには、次のような様々な理由がある。まず、正義という概念をめぐっては意見の一致が見られていない。この点ひとつをとって見ても、正義に適った (*gerecht*) 社会などというものがおよそ現実の目標となり得るものなのか、このような状況下では、共生のための最低限の条件として、(もっと慎ましく)、万人共通の尊厳というものを関心の対象とした方がよいのではないだろうか。こういった懐疑論が、時に、上の事情の背景に見られるのである。さらに、物質的な財の正義に適った配分ということに対しても疑義が唱えられている。つまり、物質的な財の正義に適った配分といった事態がおよそ実現可能だとして、仮にそれに成功したとしても、そもそもそれだけで、共生のための基本的条件が十分に充たされたことになるのだろうか、というわけである。そこにはさらに別の何か、つまり正に、他者の尊重、他者の尊厳の承認といった要素が加わらなければならないのではないか、という疑問が提起されているのである。以上のことに加え、特に人権に関する議論が、人権を論証するための基礎となるものを模索してきたという事情も挙げられる。このような基礎づけを人間の尊厳に見出すという考え方は決して珍しいものではない。「人間の尊厳は不可侵である。……それゆえ、ドイツ国民は、人権が侵すべからざるもの、譲り渡すべからざるものであることを宣言する……。」このように規定するドイツ基本法(第一条第一項、第二項)も、人間の尊厳と人権との間に上述のような演繹関係があることをその前提とするもの

に他ならない。そして、最後に挙げられるのが生命倫理学である。近年の生命倫理学は、誰が人格 (Person) ひいては権利の主体 (Subjekt von Rechten) となり得るか (初期胚 (früher Embryo) もそこに含まれるか)、という問題を提起することによって、尊厳の問題に、新たに具体的な現実性を与えているのである (この点については上述 § 6 Rn. 6 以下)。

2 人間の尊厳について議論する場合、その議論が哲学的に見て不毛な政治的アピール活動の域を出ない、といった事態になることを望まないならば、少なくとも、問題の次元を次のように区別して考えなければならぬ。——もっともこれらは部分的に重なり合う関係にある——。(1.) 「第一に」人間の尊厳の保護がその保護対象としているものは、精確にいえば何なのか (例えば人格 (Person) なのか、具体的個人 (konkretes Individuum) なのか)、(2.) 「第二に」保護の根拠は何に求められるのか (例えば、人間が神の似姿であるから (Gottebenbildlichkeit) か、種への帰属性 (Gattungszugehörigkeit) のゆえか、法秩序にとって体系的に必要不可欠だからか、承認の相互関係性のためか)、(3.) 保護される者はどのような要件を充足しなければならぬか (例えば、理性を持っていることか、帰責能力を持っていることか、或いはいずれも不要か)、である。

## 1. 保護の対象

### (a) 人格の尊厳 (Person-Würde)

3 人間の尊厳をめぐる戦後の議論を見てみると、まず第一に、万人に平等に与えられる権利主体性 (Rechtssubjektivität) という意味に解された人格 (Person) の保護、というものがその前面に出されていたという点に疑問の余地はない。人間が制度上不平等に取り扱われることに対抗し、特定人を「非人間」ないし「下等人間」だと決めつけることに対して抵抗するには、あらゆる人間の尊厳を「人格」として、つまり法的に他者と同等のものとして尊重することこそが、法的秩序の下における共生の基礎として大切な事柄であって、この点を強調することがまずもって肝要だったのである。そういうわけで、人間の尊厳の侵害とは、この人格性 (Personsein) を否認すること、屈辱を与えることというのであり、そこにいう屈辱の本質とは、普遍的な法的

平等の関係から特定人を排除するという点に求められたのである。

4 ギュンター・デューリッヒ (Günther Dürig) は、一九五六年に、人間の尊厳についてのこのような考え方を憲法上の議論へ<sup>(1)</sup>と取り入れた。デューリッヒの考えでは、人間がその権利主体性を剝奪されたとき、そこに価値序列の倒錯の端緒が認められる。デューリッヒの見解によれば、尊厳の意味するところは、人間が「自由」であるということ、そして各人がこの自由を有するがゆえにその限りで人間は「平等」でもある、ということである。——これらは、一八世紀から一九世紀への世紀の変わり目において人格概念に見られた伝統的な要素に他ならない。このような考え方は、尊厳をめぐるカントとヘーゲルの古典的な議論に依拠している。<sup>(2)</sup>カントにおいては、他者の尊厳を尊重するという徳の義務 (Tugendpflicht) があるとされた。しかしこれは、法の義務 (Rechtspflicht) としてその履行を強制され得るものとは考えられていなかった。その後ヘーゲルになると、他者を人格として尊重することが (根本的な) 法の義務であるということが明言されるに至る。「人格性はおよそ権利能力を内包する。……それゆえ法の命令は、人格たるべし、そして他者を人格として尊重すべし、というものになる。」<sup>(3)</sup>このように、他者を、その尊厳において尊重されるべき主体——ヘーゲルのいう権利主体 (Rechts-Subjekt) ——として観念するならば、これは他者を単に客体 (Objekt) として格付けすることは相容れず、むしろ反対に、カントも明言するように、他者は「単なる手段としてではなく、それ自体、目的であるもの」として扱われなければならないことになる。<sup>(4)</sup>デューリッヒは、このような考えを、彼の有名な「客体の公式」 (Objektformel) へと取り入れている。これによると、人間の尊厳それ自体が侵害されたといえるのは、具体的な人間が、客体へと、単なる手段へと、代替可能な数量へとおとしめられた場合だというのである。<sup>(5)</sup>

5 しかしそうだとすると、このような観念に従う限り、他者の幸福だけを理由として個々人が自由に処分されるような事態があつてはならない、ということになる。他者を侵害するなという禁止は、原理上常に、他者を助けよという命令に優先するからである。例えば、移植を強行すれば一人の人間の臓器によって複数の患者の生命を救うことができる、という状況があつたとしても、そのようなことが実践されてはならないのである。そうすると、人格の尊厳の保護は、法において比較衡量が許される範

困 (Verrechenbarkeit) の限界を画するものであるとともに、道具化の禁止 (Instrumentalisierungsverbot) を定立するものだといえることになる。

6 戦後のドイツの判例は、人間の尊厳の保護とは「品位をおとしめ (Erniedrigung)」、烙印を押し (Brandmarkung)」、迫害し (Verfolgung)」、追放すること (Ächtung)」から人を保護することであると判示している<sup>(6)</sup>。また、国家的共同社会の中で市民として生きるという、制限なしに認められるべき権利を否認されている人はいないか<sup>(7)</sup>、その共同社会における「下級の構成員」と決めつけられている人はいないか<sup>(8)</sup>、といったことを問題としている。これらの判例も、上に述べた伝統の上に立っているのである。

(b) 欲望主体 (Bedürfnis-Subjekt) の尊厳

7 個々人がその尊厳を毀損されるのは、その人格性すなわち権利主体性を否認され、または制限される場合だけではない。経済的な不平等によっても、その尊厳を毀損されることがある。——少なくとも、不平等によって生存のための最低限度に達しない生活を強いられるような場合にはそう言えるだろう——。これは、上で述べてきた事柄とは異なり、判例及び学説において遅い時期になってから初めて登場してきた考え方である。この社会国家の構想は、今や、経済的に疎外された状態もまた尊厳の問題として把握する、という傾向が強まってきたことにつれて、憲法理論的な構造を備えるものとなってきたのである<sup>(9)</sup>。このような考え方は、最初から自明とされていたわけではない。それというのも、尊厳というものは、もともと人格との関係で考えられていたからである。権利主体として理解される人格は、法的に平等な取り扱いを受けることによるのみ、且つ、それによって既に、その地位が保障される。これに対して、経済的主体の尊厳を保護するためには、各人の所与の経済的条件に応じた不平等な取り扱いが要求されることになるのである。

(c) 具体的個人 (konkretes Individuum) の尊厳

8 個々の人は、必ず自然的・文化的な違いの下に置かれており、それぞれか、根本的に言えばあらゆる他者とは異なった運命

の下にあるわけだが、このような個々人が、すなわち具体的個人として尊厳の保護主体になると考える場合には、単なる人格の尊厳の保護というものを考えた場合と比べて、事情は相当に異なったものとなる。

9 近時、尊厳の保護に関するこのような理解が議論の対象となってきた。ここでもまた同じように、議論はまずもって判例において現れてきている。裁判所は、例えば在監者について、人格性が「好ましくない形で」変容してしまうことが危惧されるので（ここで、人格性というものが具体的個人のことを念頭に置いて言われているのは明らかである）、<sup>(10)</sup>これを防がなければならない<sup>(11)</sup>。人間が個人的・社会的に存立するための基本的条件は維持されなければならないと判示しているが、ここで裁判所は、この問題を人間の尊厳に関わるものと解しているのである。また、人間の尊厳の保護は「個々人を、その固有の価値において、そして、個人としての唯一無比の者であると同時に、場合によっては別様でもあり得た者として承認すること」、例えば、高齢の施設入居者であるといった具体的な生活状況に着目してこれを承認することを旨とする<sup>(12)</sup>、といった見解が判示されてもいるが、このような見解の根底にあるのも、人間の尊厳に関する同様の理解なのである。

10 しかし、人間の尊厳をこのように具体的個人の尊重という意味において理解するという見方は、尊厳の理解の新たなタイプとして学説においても広がりを見せている。それによると、人間の尊厳とは、「市民と、国家・社会におけるその社会的環境との間の関係性を、ありのままに記録したもの」に他ならないという。かくして人間の尊厳は、自分自身の欲求と他者からの要求との調停として理解されるべきものであり、これは「自己を確立する (Identitätsverdung)」プロセスである。<sup>(13)</sup>「そこで、」人間の尊厳の実現にとって特に危急の条件とされるのは、人格的な自己同一性の維持、そして心理的・精神的・知性的な統合性の維持だ<sup>(14)</sup>ということになる。

11 人間の尊厳の主体となる者がこのように個人化されて捉えられるようになったのは、特に一九八〇年代以降のことであったが、それは偶然の経緯ではなかったと言えよう。ここ二〇年間における生命倫理をめぐる論議が、二つの観点から見てこのような展開に寄与したのではないかと思われるのである。「第一に、」クローンによる「人間の培養」に異論を唱える論者が、容易に思い

つくことではあるが、人間の尊厳というものを盾にとつて、受肉の偶然性 (zeitliche Kontingenz) (「肉体を得ること」が) 一回限りのことであり、且つ、その機会を他者によって左右されないこと) を権利として要求した、ということである。この偶然的な受肉の結果が、まさに具体的個人に他ならないわけである。「第二に」しかしまた、生命科学技術の研究に賛意を表し、ジョン・ロックの系統に属する狭い人格概念を持ち出して、時間的な連続的同一性 (zeitliche Diachronität) という要件 (これについては Rn. 27 以下も。) を援用する論者もまた、尊厳主体について、全く類似した個人化の傾向を持った帰結を支持しているのである。つまり、偶然性の要請も、意識に関連づけられた人格性の観念も、双方とも同じように尊厳概念の個人化と調和するのである。

(d) 古い観念における、人格の尊厳と個人の尊厳との関係

12 尊厳についてのさらに別の考え方は、——もしかすると、これが歴史的には最も古いものかもしれないが——、尊厳を自己中心性の抑制 (Rücknahme von Subjektivität) に見出している。この観念によると、尊厳というものは、尊厳の保持者が自然的事実としての自分自身に対して距離を置く、ということとその前提とする。自分自身を抑え、相対化することができる実在としての人間が、正にそのような能力ゆえに「絶対的な自己目的」<sup>(15)</sup>となる、というのである。厳密に言えば、「尊厳についての」この第三の観念が既に、人格の尊厳と個人の尊厳との関連性を言い表している。自然的事実としての自分自身に対して距離を置くことができるということ、つまり、自分自身の願望に対して態度決定ができるということが、人間を自らの本源的欲求から自由なものとし、その点で人間を相互に平等なものとして描き出すのであり、それゆえ、伝統的理解に従って言えば、人間を権利主体という意味にいう人格にする。しかし、このような自己統制のやり方と範囲とが、各人に対して、まさしく各人の個人たる刻印を与えてもいるのである。かくして、このようにすぐれて伝統的な尊厳の理解の中に、既に、人格としての側面と、個人としての側面とが、等しく含まれているのである。人格の尊厳と個人の尊厳という二つの観念は、それぞれ片方だけでは、人間の尊厳ということでもって理解されている事柄を完全に捕捉することができないと思われる。

(e) 尊厳の内容を決めるものをめぐる争い

13 最近の議論もまた、保護対象のこのような「二元的性質」の現れとして理解できるものである。

14 古い議論において見られたように、尊厳を例えば「人格」(Person)にのみ属するものとして捉えるならば、個人が法共同体の成員であるという事情が持ち出されることによって、場合によっては尊厳というものが法的な要請となり、個人と対立するものになる。そのとき、尊厳ある行動をとることが法的義務になってしまうのであり、個人は、自分自身の尊厳の内容について決める支配権を失うのである。この点は、デューリッヒが人格の尊厳の觀念について述べた古典的な文章の中に、特徴的に表現されている。すなわち、人間の尊厳に攻撃が向けられた場合、具体的個人が自由な決断能力に基づいてその攻撃に同意していたとしても、やはり人間の尊厳が侵害されたものと言える<sup>(16)</sup>、というのである。この考え方は、極端な事例(自ら奴隷に身を落とすこと)によって法的権能を全面的に放棄するような場合)を念頭に置くならば、受け入れることができるようにも思われる。自分の法的権能を失うという権利を持ち出す者は、矛盾した事柄を要求しているとも言えそうだからである。しかし、「極端な事例だけを考えるのではなく」一般的な行動指針として考えた場合、人間の尊厳を「このように」パターンリスティックに理解するならば、——尊厳をすぐれて個人化して考える立場も批判するように——、人間の尊厳が、外部の攻撃から保護するという原理から、自己侵害に対して干渉するという原理へと変貌することになってしまう。

15 人間の尊厳をこのようにパターンリスティックに理解することは、リベラルな法治国家にとって問題がないとは言えない。しかしこのような理解が、例えばドイツ連邦行政裁判所の有名な「のぞき見ショー」判決(上記 § 6, Rn. 21を参照)においても影響を与えていたのである。同判決では、営業法にいう「良俗」(guten Sitten)の解釈にあたって、女性の裸体が人目に触れる状態に置かれた場合には、それが女性の自由意思に基づく場合であっても、その女性の人間の尊厳が侵害されたことになるとされた。尊厳についてのこのような見方は、フランスのコンセイユ・デタの二件の判決にも見出される。そこでコンセイユ・デタは、発育不全の人が賭けの競技(「こびと投げゲーム」)において賭けの対象として利用されることを禁止したのであるが、それ

は、彼ら自身の意に反してでも彼らの尊厳を保護するという目的に出たものであった。<sup>(18)</sup> 人間の尊厳をこのような形で理解するならば、特定の人間像、(Menschenbild) を保護することにつながる危険がある。<sup>(19)</sup> それゆえ今日では、人間の尊厳という概念にとって極めて重要な生殖医療や遺伝子工学をめぐる議論において、個々人に義務を課すような形で「種の尊厳」を保護することの正当性や、個人の尊厳の保護が持つ射程範囲などが、とりわけ議論の余地あるものとして検討されているのである。<sup>(20)</sup>

## 2. 保護の根拠

16 尊厳の尊重主体をめぐる議論が非常に錯綜していたように、人間の尊厳の根拠をめぐる分析もまた大変多くの側面を内包している。

(a) 神の似姿？

17 人間の尊厳を根拠づける伝統的なやり方は、聖書において明言されている神の似姿性 (Gottesebnildlichkeit) ²、つまり、人間が神の姿に似せて創造されたものであるという点にその根拠を求めている。<sup>(21)</sup> さらに細かくいえば、神の似姿であるとは厳密にいつて一体どういうことを意味するのか——それは、人間が神の理性や神の意思形成を分有しているということなのか、それとも単に、神によって呼びかけられ、受け入れられる者だということなのか<sup>(22)</sup>、という点をめぐるは今も昔も争いがあるところである。しかし、信教の自由が認められている多元主義的国家にあっては、このような根拠づけに直接立ち戻ったところでそれには何の法的意義も認められない、という点に異論はないであろう。

18 しかしながら、根拠づけのためのこのような伝統的手法は、それが一般に受け入れられている限りにおいてはあるが、その役目を十分に果たし得るものだったという点は認めざるを得ない。というのも、全ての人間が平等な尊厳を認められる立場にある、ということ根拠づけようとするならば、全ての人間が一人の高位の位階にある者によって平等に受け入れられ、平等に遇されている、という理由を挙げるのが一番ではないかと思われるからである。

19 人々がその遺伝子上の仕様において同じである、という経験的事実を根拠として挙げることも考えられるが、このような経験的事実では尊厳を根拠づけるという役割を十分に引き受けることができない。というのも、人間の遺伝子上の仕様が動物のそれよりも高次の尊厳を基礎づける、といったことがどうして言えるのかという問題が出てくるからである。人間は共通の遺伝子上の仕様を備えている、というだけの理由で、それ以上の根拠づけなしに人間に尊厳を認めることは、今日では、単に種に帰属することだけを理由として無根拠に優位性を肯定する「種絶対主義」(Speziesismus)として厳しい評価を受けており、それは正当なことである。<sup>(23)</sup>このように種を特別扱いするのは十分に練られた考え方だとは言えないが、「しかし逆に」この考え方に反対するあまり、例えばスイス連邦憲法第一二〇条第二項第二号のように、「被造物〔諸動物〕の尊厳」(Würde der Kreatur)の保護へと行き着くことにもまた同じように問題がある。このような考え方をとると、少なくとも肉食主義でない人や、革靴を履いている人(つまりおそらくは国民の大多数)においては尊厳概念を階層化すること(Tiefestufung)に結びついてしまうのであって、その点に鑑みれば、この考え方も全体的に見て全く危険のないものだとは決して言えない。すなわち、このような「尊厳」の考え方は、明らかに、衣・食の目的のためならば完全に道具化するということも否定しないからである。

(b) あらゆる法秩序の前提条件？

20 尊厳の保護を世俗的に根拠づける一つのやり方として、人間の尊厳が万人に平等に認められるということを基礎としなければ法秩序が成り立ち得ない、という事情を挙げることができる。すなわち法秩序というものは、権利主体たる各人が、少なくとも権利を保持するという資格をお互いに認め合うことをその前提とするのであり、そうでなければおおよそ権利関係というものが生起し得ない、と言われるのである。

21 しかし、では歴史的に見てみるとどうなのかと言うと、人格として平等な法的地位を万人には認めず、ひいては平等な尊厳を万人には認めないような法秩序も現に存在したのである。特に、自由民と奴隷との間に根本的な身分の違いを認めるような社会がこれに当たるとは明白であろう。従って、万人に対して人間の尊厳を認めることが、国家体制が機能するための必要条件と

なっているわけではないのであり、この点は疑う余地がない——例えば古代ギリシアや古代ローマの例を考えてみればよい——。また、国家社会主義ドイツにおいても、国家法秩序の内部において、これと似た種類の地位の差異が認められていたところである。これに対して、法治国家たるもの、このような地位の差異を認めてはならず、万人を平等な法的権能を持つ者として遇しなければならぬ<sup>(24)</sup>と反論するならば、この反論が正しいことも疑いのないことである。しかしこの反論は、万人が平等に持つ尊厳を尊重されなければならない、ということ述べているのに他ならない。つまり、これは規範的な言明に他ならないのであって、これが尊厳の根拠づけであるというならば、それは論理上の循環を犯して初めてそのように言えるにすぎない。

22 もっとも、法治国家というものを証明不要な公理 (Axiom) として受け入れる場合には、上のような論理の問題は回避できる。つまり、少なくとも人間を法的に平等に遇しなければならぬ法治国家であるならば、個々人の権利を尊重するための前提として、各主体が権利を保持する資格を備えていることを承認しなければならない、という点を、前提とされている論証によって十分に根拠づけることができるのである。これは確かに、他者の尊厳を尊重することの「究極的な根拠」となるものではないが、しかし、法治国家に住まうことを「既に」選んだ者にとっては、一つの根拠づけとなるものである。

(c) 自尊心 (Selbstachtung) と自己表示 (Darstellung)

23 お互いを尊重せよという命令が出てくる根拠として、さらに、我々の自尊心というものが外部からの承認に依存しているという事情を挙げることができるだろう。特に、哲学に関する文献においてはこのような関連性が強調されているし、それどころか尊厳の侵害が直接に自尊心の侵害として定義されている。人が尊厳を傷つけられたと言えるのは、人が自分自身について自信を持つ (sich selbst achten) <sup>(25)</sup> ことができないような状況に置かれた場合だ、というわけである。現代哲学において人間の尊厳の問題に新たに焦点を合わせたアヴィシヤイ・マルガリット (Avishai Margalit) の著書『良識ある社会』 (The Decent Society) は、尊厳の侵害をそのようなものとして定義づけ、次のように述べている。単なる侮辱も、人を他者の目から見て惨めな状態に置くのだから、これを社会的害悪だと言うことができる。しかしこれに対して、尊厳の侵害に特徴的だと言えるのは、被害者自

らが納得せざるを得ない理由をもって、自分の自尊心を侵害されたと感じざるを得ないということである。<sup>(26)</sup>

24 このように、自尊心というものを介して人間の尊厳を規定することは、到底自明のこととは言えないし、人間の尊厳を具体的な個人 (konkretes Individuum) の尊厳として理解する考え方に則ってこれを定義づけるのでなければ、このような定義規定をとることはできない。人間の尊厳が侵害されるのは個々人が権利主体 (Rechtssubjekt) すなわち人格 (Person) として尊重されなかった場合だ、というふうに考えたとしても、尊厳に関するこのような考え方においては、自尊心というものとの関わりが決して必然的なものとして出てこないからである。それどころか、人は、低い人格的地位 (minderes Personstatus) に格付けられ、または人格ならざるもの (Nicht-Person) として処遇される場合であっても、原理上、自尊心は持ち続けることができる。また反対に、人格的地位を傷つけられない場合であっても、自尊心が失われることはあり得るのである。これに対して、人間の尊厳とは具体的個人の尊厳のことである、と考える場合には、そこに言われるような人間の尊厳は、外部からの毀傷に左右されるものだということになる。(単に) その人格の面を疑問視された者ならば、なお、自分の個性 (Individualität) というものの中に退避場所を見出すことができるが、具体的個人の尊厳「を傷つけられた場合」には、もはや「それ以上の」退避場所がないからである。

25 ここに述べたように、尊厳とは、自尊心を外部から害されないこと、侵害されることなく個人の主観的基準を固持できることをいう、と考えるならば、尊厳というものは同時にまた、自己イメージ (Selbstbild) を固持することを意味することになり、その自己イメージを表出 (Darstellung) するにあたっては外部から保護されるのでなければならぬことになる。<sup>(27)</sup> 時に、人が内心で考えているところとは異なった自己イメージを外部から享受する、という選択肢もそこには含まれる。それどころか社会は、内密な生活圏における自由裁量を人に認めたり、本性を暴露されるという窮状に人を置くことを例外的な場合に限ったりするなど、このような「自己イメージの自己表出の」行動を支援する任務があるのだ、とさえ言えるだろう。<sup>(28)</sup> 多くの国で認められている「うそ発見器」の禁止、すなわちポリグラフの禁止も、次のように根拠づけられることになる。すなわち個々人は、「自

「自己イメージを」自己表出する専権 (Darstellungsmonopoli) を要求できてしかるべきだ、ということである。——但しこれは自己表出の専権であって情報の独占権 (Informationsmonopoli) ではない。〔従って、例えば〕個々人の血液を、単なる客体として「血中」アルコール「濃度の」検査にかけるということは許されるとしても、個々人の身体につき、その自己表出機能の反応を測定することによって、「個々人の」意識的な自己表出とその「身体的」反応とを対比させ、そこから何かを引き出すようなことは許されないのである。

### 3. 尊厳保護のための主観的要件

26 これまで、保護されるべき客体や、特に保護の根拠について考察をしてきたわけだが、それらを基にして考えると、尊厳とは、(自己表出という) 実践的行動の結果 (Resultat einer (Darstellung-) Leistung) のことではないか、という印象を持つことが許されるだろう。そしてそうだとすると、尊厳の保護にとって何らかの主観的要件を要求することが許されるか、という点が一般的に問われなければならない。この点は特に、理性の使用 (Vernunftgebrauch) と帰責能力 (Zurechnungsfähigkeit) との関連において議論されている。

(a) 必要なのは理性の使用か、帰責能力か、それとも双方か？

27 今日の生命倫理の議論においては、実際にカント<sup>(29)</sup>やロック<sup>(30)</sup>を援用して、理性の使用またはその潜在能力があることが、人格と認められるための、ひいては尊厳を保護されるための主観的要件と解されているところである。その際、理性の使用というメルクマールに含められるのは、時間的に長く持続する自己意識 (Ichbewusstsein)<sup>(31)</sup>、とりわけ自分の将来についての意識である。個人は、このような意味の人格性を備えることで初めて将来に関心を持つことが可能となり、ひいては、このような関心を侵害され得ることになるからである。しかし「それだけではなく」、この意識を前提にしなければ、およそ権利を持つ資格という意味で尊厳というものを考えることはできない、と論じられているのである。

28 自己の統制 (Selbstkontrolle) を尊厳のメルクマールとし、まさにこのような自己統制ができる者、したがって帰責能力のある者にだけ尊厳を認めるといふ論調もある。<sup>(32)</sup> これもやはり類似の議論である。このように考える場合、権利を持つという能力は、鏡像的に、義務を履行できるといふ能力から出てくるものだといふことになるだろう。

この「理性の使用と帰責能力といふ」二つの要件を要求することに対しては、次のような異論が提起されるだろう。このような要件を前提にして考えると、無能力であるがゆえに尊厳の保護を最も必要とするような人が、まさに尊厳の保護を剝奪されることになってしまう、といふことである。例えば心的異常を抱えた人、精神に重度の障害がある人がそうである。

29 もっとも、このような異論に対しては、まずもって具体的個人とその個人の行う自己表出とに準拠した尊厳概念が、既に一つの反論となっている。このような尊厳概念は、最初から、『狂気による』自己表出も尊重されなければならない<sup>(33)</sup> という原理をその出発点としているからである。人によって異なる個人性の表出を尊重の対象と考えるならば、誰一人として、その身体的形質を理由に、またはその能力の欠損ゆえに「尊厳ある者」の範疇から除外されてしまう人はいないのである。もっとも、もはやどんな形でも自己表出しているとは明らかに認められない人のことを考えてみると、上のような反論では、まさに無能力者こそが特別な尊重を必要とするといふ我々の直観を裏付けるのに十分ではない。例えば無意識状態の人、何年間も昏睡状態にある人の場合がそうである。それにも拘わらず、これらの人にも「尊厳」といふものを観念することができ、それでいてこの概念を単に社会的要請に合わせた無内容なスローガンにしてしまわないような、一定の理由づけの転用 (Überleitungsargument) が検討されてきている。このような理由づけは、例えば理性があるといった、通常人に備わっている属性の持つ効果を、この属性が備わっているかが個人的に疑われるような人に対しても転用し、そうすることで尊厳の保護を全うしようといふものである。

(b) 理由づけの転用？

30 その第一のものとして、アリストテレスの伝統に則った考え方があつた。つまり、人間は原則として (Grundsätzlich) 上記の特別な能力を備えているといふこと、すなわち、これらの能力が人間というものの本質 (Substanz) をなしているといふことに着

目するのである。「誰かにおいて」これらの能力に欠ける点があったとすれば、それは単に偶発的に、個別具体的な個人の形成に際してそうなったにすぎない、というわけである。しかし、このような欠損があったとしても、それは、当該個人を評価する際には何の意味も持たない。というのも、個々人は、理性的であり帰責能力があるという一般的な本質を共有しているからである。<sup>(34)</sup>しかし、以上のような理由づけに納得するのは、アリストテレスの存在論に納得している論者だけであろう。

31 もっと一般的に広まっているのは、むしろカントへの共感を示した、次のような論拠である。すなわち、他者が理性的存在と認められるかを決める、というように思い上がった行為は、それ自体が既に他者に対する（許されざる）調査である。そして、（個人的に）尊厳が帰属する者を人間として定義づける、というが如きは、その行為が権力性と結びついているがゆえに、人間の尊厳という思考方法に含まれている平等の要請（Gleichheitsgebot）を、ひいては人間の尊厳それ自体を廃棄してしまう<sup>(35)</sup>うのである。このような論拠の欠点といえるのは、（例えば、大脳がない状態で出生する無脳症児の場合のように）、理性や帰責能力が完全に欠けていることを誰もが認めざるを得ない場合には、この論拠を持ち出すことができないのではないか、という点である。

32 また別種の理由づけの転用として、今はまだ理性または帰責能力が備わっていない、という者を尊厳の保護へと取り込むことを特に念頭に置いた論拠がある。この論拠は、原理的に相互承認（wechselseitige Anerkennung）というものについての考察から出てきたものである。相互承認は、単に二人の人間の間で生ずるものではない。むしろ、あらゆる人間が承認関係の全体的な網の中に置かれているのであり、この承認関係の網こそが、人が社会的に承認されることの条件をなしている。この承認関係の網がおよそ存続して行くためには、当初は自分自身が「まだ他者を」承認する能力を持っていない人であっても、まずいったんは非対称的な承認関係の中に取り込まれる、という過程が繰り返されなければならない。<sup>(36)</sup>社会契約論者（Kontraktualist）であれば、このような取り込みを理論構成するにあたって、「第三者のための契約」という構成を援用するしかないだろう。しかし、ここにいう承認モデルに第三者を取り込むというのは、「第三者のための契約」の場合とは違って、任意になされる事柄ではな

い。ここにいう承認とは、常に認められる恒常的状态でなければならぬものであり、この前提からいって、そこにいう第三者の取り込みというものも所与の条件でなければならないのである。しかしながら、このような論拠には二つの不都合がある。「第一に」、このような論拠は、一定の属性を今はまだ具備していない者の尊厳を尊重すべきことを、必要なこととして根拠づけることができるが、しかし、永久にそのような属性を具備しない者については尊厳の尊重を根拠づけられないということである。そして「第二に」、なぜ潜在的に承認能力のある全ての者が最初から承認を受けなければならないのか、その理由を示すことができないのである。

33 以上から明らかになったのは、まさに近年における人間の尊厳をめぐる熾烈な議論にも拘わらず、これまでのところ、この概念の法哲学的な観念としては見解の一致が達せられていない、という現状である。そこでさしあたり、現代の憲法は、軒並みこの概念を法秩序の基礎に据えるか、または少なくとも基本権のカタログに加えるかしており、原理上、人をこの保護領域から排除するということ望んでいない、という点を確認することで満足しておくほかはない。<sup>(37)</sup> 政治的決定も言っているように、もはや「裸の」人、つまり権利者たる地位を剝奪され、または剝奪される可能性のあるような人が存在してはならないのである。このような憲法秩序は、少なくとも、あらゆる人をあらゆる他者と平等な権利主体として遇する、ということとその前提として要求するのであり、かくして通例、他者の幸福や社会の幸福のために「人を」完全に道具化するようなことは相容れないのである。そして、近時広く見られる傾向といえるのが、このような保護を、原理上、個人的な自己イメージの保持というものに関連づけた上で、——境界事例の場合には別論としても——誰も自分の尊厳を維持するよう義務づけられてはならない、という結論を導き出すような論調である。「種の尊厳」という概念はこのような傾向に逆行しており、リベラルな法治国家にとって危険の無いものではないが、特に生命倫理の議論においては、このような概念が益々活況を呈してくるかもしれない。この点については、今後の展開を待ってみなければならぬだろう。

(1) Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, S. 127.

- (2) 『人の尊厳と自由』 Seelmann, Person und Menschenwürde in der Philosophie Hegels, in: H. Dreier (Hrsg.), Philosophie des Rechts und Verfassungstheorie. Geburtstagssymposium für Hasso Hofmann, Berlin 2000, S. 125 ff.
- (3) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts und Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (1821), Werkausgabe Bd. 7, Frankfurt a. M. 1970, § 36, S. 95.
- (4) Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), Werkausgabe Bd. IV, Wiesbaden 1956, S. 66; また Kant, Metaphysik der Sitten (1797), 回書 S. 600 ff. を参照。『のよみな文脈にまつて「尊厳」といふ言葉が明示的に用いられるところの』の部分だけである。『の自由目的という考え方の意味内容にまつて』 Raz, Value, Respect and Attachment, S. 124 ff.
- (5) Dürig, (徇職法一), S. 127.
- (6) BVerfGE 1, 97, 104.
- (7) BGHSt 16, 49, 56.
- (8) BGHSt 21, 371, 373.
- (9) 生存の最低限度の問題が、次第に尊厳の問題として認められてきた経緯について、H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz—Kommentar, 2. Aufl., Tübingen 2006, Art. 1, Rn. 94, Fn. 243 を参照。『スミス連邦裁判所が「正当に」人間の尊厳の保護から生存の維持や尊厳を主張する』。BGE 121 I 367。一九九一年に国連総会が「決議第一三四号にまつて」「極度の貧困」を「人間の尊厳の侵害」であると宣言する。
- (10) BVerfGE 45, 187, 238 ff.; 64, 261, 272 f., 277 f.; また BGE 97 I 45 (未決勾留と人間の尊厳に関わるもの) を参照。
- (11) BVerfGE 45, 187, 228; 72, 105, 115 f.; BGE 121 I 367.
- (12) BGE 127 I 7, 14 f. 共に『 BGE 124 I 40, 45 f.
- (13) Härberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. I, Heidelberg 1987, § 20, S. 839 ff., Rn. 46 ff.
- (14) Höffing, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz—Kommentar, 4. Aufl., München 2007, Art. 1, Rn. 28.
- (15) Spaemann, Über den Begriff der Menschenwürde, S. 300, S. 303; 『人としての尊厳』 Kolnai, Dignity, in: Dil-

- lon (Hrsg.), Dignity, Character an Self-Respect, S. 72 ff. 「人間性」(Humanity) とは「尊厳を授ける行為」(crowning act of Dignity) である。『系統的議論』(1997) Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Religion I. Bd., 4. Aufl. der Jubiläumsausgabe (1837), Bd. 11, Stuttgart-Bad Cannstatt 1961, S. 323.
- (16) Dürig, (前掲注1), S. 126.
- (17) BVerwGE 64, 274 ff. (278).
- (18) 以下のコメント・データ一九九五年判決について、Beyleveld/Brownsword, Human Dignity in Bioethics and Biolaw, S. 25 ff. けれど、人間の尊厳とは両刃の剣であり、その概念の立て方次第で個人に権能を与える手段ともなれば、国家の強制の具にもなる得る、と適切に述べらる。
- (19) 以下の論争について、U. Neumann, Die Menschenwürde als Menschenbürde, S. 42 ff.; J.-P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern, 1999, S. 4. 「人間の尊厳という原理が意味しているのは、ある特定の客観的な人間像を保障するということではない。このような保障は、人の内在的な尊厳を確証し、人を拘束から解放するものではなくて、むしろ人を圧迫するものである。」
- (20) 以下の二つは概観したもののよう、Birnbacher, Gefährdet die moderne Reproduktionsmedizin die menschliche Würde? in: Leist (Hrsg.), Um Leben und Tod. Moralische Probleme bei Abtreibung, künstlicher Befruchtung, Euthanasie und Selbstmord, Frankfurt a. M. 1990, S. 266 ff. (268 f.); 並びに Seelmann, Haben Embryonen Menschenwürde? Überlegungen aus juristischer Sicht, in: Ketner (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, Frankfurt a. M. 2004, S. 63 ff.
- (21) 創世記 (Gen) 1, 26-27; 創世記 9, 6.
- (22) 神の似姿性に関する議論の若干の要約、Konodylis, Stichwort „Würde“ in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland Bd. 7, Stuttgart 1976, S. 645 ff. を参照。
- (23) 種絶対主義に対する批判について、Merkel, Frühneuthanasie. Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, Baden-Baden 2001, S. 468 ff.
- (24) 24 権利主体性としての人間の尊厳について、Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, S. 502 f.



(8) 近代における法の歴史的展開について Agamben, *Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*, Nachdruck Frankfurt a. M. 2006. [邦訳・ホモサケル]

(杉本一敏・訳)

## 第十三章 法の自律性？

文献：H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2. Aufl., Baden-Baden 1990; Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskustheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992), Nachdruck Frankfurt a.M. 2001 [河上倫逸・耳野健二訳『事実性と妥当性——法と民主的法治国家の討議理論に関する研究(上)(下)』(二〇〇二年・二〇〇三年・未来社)]; Hegel, *Gurndlinien der Philosophie des Rechts* (1820), Werke Bd. 7, Edition Moldenhauer/Michel, Frankfurt a. M. 1996; *Höffe, Philosophie der ökologischen Krise*, Moskauer Vorträge, 2. Aufl., München 1994; *Rückert, Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Hannover 1988; *Stratzenwerth, Freiheit und Gerechtigkeit, Ein Kapitel Rechtsphilosophie*, Bern 2007.

1 最近「共同体主義者」においてなされた「善き生」による正義の問題についての議論の蓄積や人間の尊厳をめぐる論争は、このB編の出発点に置かれた問題、つまり、非実定的な正しさの基準をそもそもどの程度法に取り入れることが許容されるのかという問題へと立ち返るものである。非実定的な正しさの基準を完全に法から排除しえないことはいままでもない。カントに倣い実定法が理性法よりも優位であることを理性法上根拠づけようとする者でさえも理性法に依拠しており(上述第五章)、また、非実定的な正しさの基準がすでに明文を持って、あるいは方法論上必要なものとして導入されているのであるから、法実務はそれを用いらずにすませることはできない(上述第六章)。

2 しかし、だからといって、法が一定の範囲においてそのような非実定的な正しさの基準から免れることに意味がない、あるいは必要がないとまでいえるか否かという点までもが確認されたわけではない。法哲学上は、ここでは、如何なる根拠づけ可能な規範や正義観念を、それが必要な場合に強制力を持って貫徹可能かという問題が重要である。これらは周知のようにすべてが十分に根拠づけ可能な規範ではないが、法規範は強制的な方法で貫徹可能な規範として特別な正統化が必要である。それらが法規範として必要な場合には関係者の意思に反して貫徹されるべきであり、それゆえその効力を直接関係者の承認から導き出すべきでないとするれば、それは、まず、承認されかつ遵守の期待可能な(第9章欄外番号43以下を参照)規範に還元され得るのでなければならぬ。しかし、その範囲はかなり狭いものとしなければならぬであろうか。もっぱら自由を保護する法治国家を、疑わしい場合には、実質的な利益を志向する社会国家や経済的目標よりも優先し(2.)、できるだけ個別具体的な考慮は断念し、法における一般化が個別化よりも優先することを承認しなければならないのだろうか(3.)。しかしながら、まずはこれらの議論の基礎にある「自律性テーゼ」について、ここでもう一度要約しておくことにしたい(1.)。

### 1. 「自律性テーゼ」

3 ここで「自律性テーゼ」と特徴づけるものは、すでに本書の様々な箇所で取り上げてきた。とりわけ、カントにおける法と道徳の区別(第三章欄外番号11以下)や価値志向性との関係(第五章欄外番号4以下)においてこの問題を論じた。法が外部的自由の保護に自己を制限し、その他の実質的な正しさの観念の実現をできる限り断念すべきであるということに関する個々の論拠は、以下のように要約することができる。

#### (a) 自由の論拠

4 実質的な正しさの基準を志向する法は、自由を不必要に制限する。つまり、他者に同一の行為可能性を維持するために必要となる以上に自由を制限するのである。たとえば、他者に対して積極的に贈与することの強制、すなわち慈善活動の強制は、他者

の目的設定に従属させ、そのことで自由を侵害する。

(b) 法的安定性の論拠

5 この論拠は、法と道徳の区別に際して、すでに幅の論拠という発現形式において述べた（上述第三章欄外番号19以下）。法が、実質的な正しさの観念を志向する形で義務を課そうとする場合には、しばしば命令を使用せざるをえないが、そのことによって、義務違反の認定が極めて困難なものになる。このような幅の論拠は、法的安定性のために、なお以下のような抵抗の論拠によって補充することができる。すなわち、法の名宛人が、法を実質的な基準に従って評価し、事例ごとに妥当しないものを選びだすということになれば、このことは、「法律状態全体を破壊するものと考えざるを得ない」<sup>(1)</sup>。法が、自ら実質的な非実定的な規準に従って判断しようとすれば、さらに個人にまさに自らを模倣するようにしむけることになるというのがこれである。

(c) 民主主義の論拠

6 特に法適用者が非実定的な正しさの基準をそれが避けられない場合以上に使用することに反対する論拠として、さらに民主主義の論拠をあげることができよう。すなわち、法適用者は、民主主義によって正統化される立法者の決定にできるだけ背かないようにすべきであるという論拠がこれである。<sup>(2)</sup> この論拠は立法を憲法裁判所のコントロールの下に置く準備が実際にも整っている場合にのみ妥当するという見解には、説得力がない。なぜならば、憲法への方向づけという形で憲法裁判所のコントロールによっては、付加的な非実定的な正しさの基準は何ら導入されないからである。

(d) 多元主義の論拠

7 多元主義の論拠は次第に重要になってきた。宗教上や世界観の上で多元的な共同体においては、——その上、その共同体の文化的多元性は移民によって一層増大されているのであるが——、ある一つの価値体系を貫徹することは、自由を危殆化するだけでなく（自由の論拠については上述(a)）、平和も危殆化することになる。異なる世界観を信奉する者が平和的に共存することができるのは、法が多数の世界観が平和的に共存するように自制し、そのことで正しさの基準についての立場決定を差し控える

場合のみである。したがって、法は、自己の存在可能性という価値以外の如何なる価値にも関係づけることは許され<sup>(4)</sup>ない。この「自律性テーゼ」を上述の二つの領域でのその実践的な効果に基づいて詳細に考察してみよう。

## 2. 法についての内容要請

### (a) (形式的な) 法治国家と (実質的な) 社会国家

8 自律性テーゼの意味での法に関して、まず第一に明白であると思われるのは、法が実質的な(とりわけ経済的な)平等を確立するためのあらゆる試みを放棄するということである。つまり、それによれば、法以外での不平等は法的平等の必然的な結果であり、法以外での不平等は法的平等によってまさしく正当化される。法以外での平等は、——(たとえば、学校、教育、職業での社会的弱者の奨励のような)同一機会の保障のために——法的には不平等な取り扱いをまさに要請することになる。したがって、法的に平等な取り扱い<sup>(5)</sup>は、そのような補償を禁止することになる。

9 今日では、「自律性テーゼ」の基礎にある自由概念をまさに援用して、このことに対し、以下のように激しい反駁が加えられている。すなわち、法的平等を維持するためには国家による経済的補償さえも必要となる、法的自由の原理は条件が異なる場合にはもっぱら権利の物質化によってのみ貫徹できるという反駁がこれである。このような社会国家思想の基礎にある考慮、——これは、ローレンツ・フォン・シュタインの「不自由は必要である」<sup>(6)</sup>という言葉にすでに見いだすことができるが——、このような考慮は、たとえば、以下のように根拠づけることができるであろう。すなわち、法的自由は事実上の自由を伴わなければ価値がないが、事実上の自由は現代社会においては市場を通じて自然に創出されるものではなく、市場はむしろまさに深刻な社会的差別を生み出す。まさしく現実のさまざまな不平等を埋め合わせるためには、ここでは、法的に不平等に扱うという法形態をとって国家が介入することが必要である<sup>(7)</sup>というのがこれである。この種の例としては、労働法や賃借法があり、たとえば、その解約規定は、貸借人や雇業者よりも賃借人や被用者にとって明らかに有利なものとなっている。あるいは

は、もっと簡単な例としては、明らかに不平等な、つまり貧者にのみ賦与される国家による社会扶助 (Sozialhilfe) をあげることが出来る。

10 このような問題を、早計に、「個人主義的法から社会法へ」<sup>(8)</sup> というスローガンによる歴史的過程モデルに位置づけてはならない。社会的な不平等の顧慮は、原理上、「本質的に異なっているものを異なって扱う」という観点の下で、古代以来正義の問題なのである(このことについては、上述第7章欄外番号2以下)。以上の考察によれば、法以外での不平等の法的補償は、決して法に関する最近のテーマであるというわけではない。変化を繰り返してきたのは、ただ、法以外でのどのような不平等を法において顧慮し補償すべきであり、何を、つまりどのような不平等を顧慮せずにおくべきかという点についての理解である。このことは、本質的には、正義をめぐる議論の問題であり、それについては上述第十章ですでに述べたところである。「存在保障措置 (Daseinsvorsorge)」という標語の下で単なる緊急扶助の範囲を超えてすべての者に一定の物質的な基礎支給 (Grundausstattung) をするための論拠として、<sup>(9)</sup> カントの法定義の意味での自由をも援用するという傾向が、その間に生じたことは、もちろん、正当なことであったといつてよいであろう。したがって、自律性テーゼは、社会国家思想と決して矛盾しないのである。

11 カント的な伝統にその本質がある「正義の道徳」と並んで、「福祉と分配の道徳」<sup>(10)</sup> をもその目標設定の基礎とすることを法に求めるならば、もちろん「自律性テーゼ」と抵触することになるであろう。その場合には、社会国家的行動を外部的自由の概念から導き出すという試みはもはや行われず、連帯性と同胞的行動という考え方のもとで、自由とは異なる人道的な贈与のための根拠が法に導入されることになる。このようなやり方は、一方で法批判(上述第一章)の伝統にその本質を有し、他方で共同体主義的な思潮(上述第十章欄外番号24以下)においても看取することができる。

12 この点に、法の自由のみを志向する自律性原理に関する重要な誘因がある。カントを批判的に継受し、そのような補充の許容性の根拠を追求する者は、それをすでにヘーゲルに見いだすことができる。ヘーゲルによれば、まさにカントの自由意思の原理を出発点とする場合に<sup>(11)</sup>、各個人の困窮性をもその内容とすることは、人格間の特殊な法的承認に属することになる。だが、

ヘーゲルは、——たとえばもっぱら幸福倫理 (Glückseligkeitsethik) との関係でカントの自由意思原理について考察を加えた際に——この点に決定的な欠陥を看取している。すなわち、現存するすべてのものの抽象化、全ての実質の抽象化において、この種の意思の一般性はまさに特殊性を肯定し、この意思の一般性は、まさに特殊なものとしての内容それ自体と対立する。特殊性に関する抽象化意思として、それは、首尾一貫した方法で、内容からもその特殊性を抽象化しようとするものでなければならず、そのように自己破壊的に作用するというのがこれである。ヘーゲルは、それゆえに、このような空虚な自由概念とフランス革命のショックとを関連づけたのであった。<sup>(12)</sup>

13 かくして、ヘーゲルの伝統においても、法を必要性へと方向づけることを拒否するため、あるいはこれをせいぜい自由概念を経由して限定的に承認するための説得力のある根拠が何ら存在しない以上、ヘーゲルの「反対モデル」は、実践的な結果においては、上述部分で言及したカントの自由概念を経由して直接配分的正義を根拠づけようとする現代の試みとせいぜいのところニュアンスの点で異なっているにすぎない。法を必要性へと方向づけること、すなわち「意思の特殊性」は、ヘーゲルにとって決して決定的な言葉ではないが、すべての者の必要性という観点の下で、問題となる他者とその必要性が一般的な原則から特定されることについての根拠をまさに提供するものである。<sup>(13)</sup>ヘーゲルにとって、法とは、特殊な必要性を一般的に妥当させるものとして、法以外での不平等を補填する国家の活動がそれ自体すべての者の自由に対する危険となることを妨げるものでなければならぬ。生存の可能性を賦与する福祉的な国家がそのような補填活動により個人に事実上禁治産宣告をすることになれば、この限界はいずれにせよ超越されることにならう。ここで引かれるべき限界線がどこに置かれるべきかということとは、もちろん法哲学上示すことは一般的には困難であるし、歴史的展開においても紆余曲折があった。

(b) 生態学と法

14 法の自律性テーゼと自由概念に対する疑念は、近年「生態学的倫理学」によっても提起されるところとなっている。法を自由概念から始めることは、生態学上破壊的な占有—所有意思として解釈される。反対モデルとして提示されるのは、人間と自然そ

の他との共同体を促進するという要請である。<sup>(15)</sup>

15 ここでは、二つの問題が区別されることになる。まず第一に、自由、合意、承認あるいは利益維持といった諸原理を志向する最近の倫理学は、——そして、それゆえこれらに由来する法概念は——、人類の存続の必要性と生態学的大災害の阻止の必要性とをそもそも根拠づけることができるのかという問題と、第二に、自律性テーゼに基づく法は、今日ないし将来に生きる人間の毀損を含む生態学上の損害を阻止することが原理的に可能かどうかという問題とがこれである。ここでは、今日主張されることが稀ではない、自然は「それ自体のために」保護されなければならないという命題は除外される。<sup>(16)</sup> そのような「生物中心主義 (Biozentrismus)」は、それ自体否認される。なぜならば、それは、よりによって人間にその利益を後回しにすることを要求し、そのことで人間に道徳上特別な地位を認めようとするようになるからである。<sup>(17)</sup> 生物中心主義が、通常実際にそのように考えられることは稀であり、むしろ特定の、まさに自由のみを志向する法理解に対する批判として考えられているのである。

16 将来なお人類が存在するに違いないということは、存在の価値により客観目的論的に論議する「古典的な」倫理学からのみ導き出すことができる。<sup>(18)</sup> 万が一現在存在するすべての人間が、後の世代を完全に回避しようとすることで一致したとするならば、この決定を完全に実現するにあたり、およそ誰についても自由権や利益の侵害を論ずることはできないということになる。したがって、現代の倫理学は、人類の存続の必要性を保障することはできない。このことを可能とする客観目的論的倫理学は、他面において、法の「自律性テーゼ」と明らかに一致しないが、しかし、徹底した生態学者にとっては放棄し得ないもののように思われる。

17 客観目的論的な生存倫理学は、二つの異論に直面する。まず第一に、上述部分で考察したように（上述第九章欄外番号35）、「最終根拠」の理論と同一の理由付けの問題に陥るであろうということ、第二に、後の世代を阻止するという人間の一致した決断が下されることは、その蓋然性がきわめて低いというだけでなく、その結果において、おそらくそれに反対する将来の個々の人間を実際に阻止することができるように遺漏なくコントロールすることはできないという異論がこれである。

18 したがって、依然として重要なのは、自由概念のみを志向する法が今日や将来の世代の生態学的な利益を守ることができるかどうかという問題だけである。<sup>(19)</sup> 特定の程度を超える生存条件の毀損が自由の毀損として捕捉されうるということは、社会国家の議論を指摘することで(上述(a))すでに示した。しかし、生態学者の異論は、この点についてはさらに以下の内容を含んでいる。すなわち、生態学上の損害を理論的に自由侵害と理解できるということは、この損害が他面において実際上はまさしくある特定の法理解の結果である場合には、彼らにとり十分ではないということである。

19 法に対するそのような批判を提示し根拠づけようとする場合には、「公共心が少なければ少ないほど、利己心が多い」というスローガンによって道徳的な態度を批判するだけでは十分ではない。その場合には、自由のみを志向する法に関して、それが環境負荷に対しほとんど反対操縦を行わない、あるいはそれどころか環境負荷を促進するような要素自体が示さなければならぬ。このことは、たとえば、その自由志向が実質的な社会計画の禁止や個人に答責される損害のみへの対応という結果を生じる法には妥当しないであろう。そのような法に対する批判は、しかしながら、すでに言及した批判と共に、再び、個人の必要性を考慮に入れることのできない自由意思という内容空虚な概念に向けられることになる(上述(a))。

20 個人に答責される間違った行為にのみ対応する法は、環境破壊の領域では、實際上機能しない。というのは、この領域では、累積的かつ共働的作用、さらに企業活動上の分業や純粹に統計的に捕捉される因果関係を理由とする帰責の困難さが、古典的な個人責任追求を広範にわたり免れさせることになるからである。<sup>(20)</sup> 確かに、たとえば刑法においては、その個別化された社会倫理的無価値判断に鑑み、個人責任を踰越することは許されないといいてよいであろう。——このことは、だが純粹な連関性の論拠であり、むしろ現代のシステム軋轢を刑法によって克服することに成功する可能性に対する疑念を正当化する。しかしながら、一般的に、法は、危険責任と保険法を連結することや、行政法上の危険防止の領域での何らかの創造力に基づいて、環境への危険化を減少させる可能性をまさに有しているのである。社会国家に解する論議におけるのと同様に、必要性を原理上志向することにより、道徳だけでなく法もまた非合法的なものと見なされないことのみが前提条件である。したがって、自律性テーゼはこの

ような理由から制限が必要である。

### 3. 法における一般化と個別化

21 「自律性テーゼ」との関連で以上とは別の一層根本的な問題は、法はできるかぎり個別事案の衡量とは無関係でいるべきか否か、その最も重要な任務はそれゆえ一般化なのかどうかという問題である。そのことで問われているのは、どのような判決が下されるかあらかじめ完全に予測可能であることにより法的安定性を維持することの意義は何かということである。<sup>(21)</sup>

22 もちろん、今日では、そのような理念が方法論上の問題点を持っていることを看過するほど愚かな者はいない。それどころか、一九世紀に、——長い間一般に行き渡っていた先入観とは異なり——裁判官は単なる「法を事実当てはめる道具 (Subsumtionsautomat)」であるという考え方が支配的であったのではない。<sup>(22)</sup>したがって、今日の議論において重要なのは、方法論上可能な枠内で、一般化の理念をより強く追求すべきなのか、それとも個別化をして個々の事案での正義という理念をより強く求めるべきなのかという問題である。この問題において、結局のところ「法実証主義」と「自然法論」が規範的に対峙しているのだと理解するとしたら、もちろんそれは間違いである。たとえ個別化に賛成する者に対して非実定的な正しさの基準に依拠することになるという問題がより明確に提示されることになるとしても、このことは、依然として上述の原理上の差異と関係しない。そしてまた、まさしく一般化を支持する者はその代わりにある特定の自由概念を援用することになり、個別化を支持する者は規範と一般条項によって法適用者に明らかになお沢山の法創造の自由を認めるか、あるいは決定を強く関係者に委託する法で完全に満足することになろう。

23 一般化という考え方の信奉者にとっては、個別事例の衡量の法により、法の一般妥当性が、それどころかそもそも一般的カテゴリーという形での思考が問題とされていることは明らかである。<sup>(23)</sup>彼らは、個別事例の衡量の予測可能性が欠如し、事例毎の単なる合目的な決定が恣意的であるため、自由が毀損されることを危惧するのである。<sup>(24)</sup>しかもまた、衡量に必然的に結びついて

いるところの価値志向性のために法的平和に対する危険があると考える。なぜならば、たとえば個別事例では、常に容易に紛争になりかねず暴力に変化するような道徳的なコミュニケーションが生じることになるからである。<sup>(25)</sup>

24 法における個別化に賛成する者も、様々なレベルでの論証を行っている。まず第一に、すでに代替手段論争において取り上げた(上述第一章)基本的な考え方、つまり、具体的状況、具体的紛争、具体的な人間を基準とすることの方が、紛争を形式化する形で加工するよりも紛争を実質的に解決するのに役立つという考え方がこれである。<sup>(26)</sup> さらに、次のような考え方もある。すなわち、法の介入と常に結びついている暴力の予告や執行を、<sup>(27)</sup> 討議的要素を個々の法的決定に組み込むことを通じて——このことはいずれにせよ個別事案の衡量ということになるのであるが——最小にしうるという考え方がこれである。現在のところ、一般化に懐疑的な者たちの間でもっとも頻繁に主張されているのは、法は、そもそも効果を生じるためには、慎重な操作、すなわち文脈に適合した操作に制限されなければならず、それゆえに共働作業ないしは妥協点を探ることを志向しなければならないという見解である。このことを、刑事訴訟での合意から、技術的な大規模施設建築の許可決定、補助金の賦与や不正競争法、賃借物の裁判による清算に至るまでの現実が示している。<sup>(28)</sup>

25 これらすべての現象をもつばら法の「衰退の歴史」として認識するとすれば、それは思慮がたりないものであるといつてよいであろう。現代法の特質として個別化を賞賛するならば、そのことは、他面において、法が、まさに方法論上の理由から、昔から一般化要素と個別化要素の共働(これについては既に上述第三章欄外番号40)によって生じたこと、つまり特殊法的な承認概念からのみ(上述第二章欄外番号8以下)理解されうる共働から生じたことを、看過することになるであろう。もちろん、近時、個別化思想がやや有力になってきたということはできよう。このことにはさまざまな理由がある。まず第一に、強制、しかも合法的な強制、正当化される目的のための手段としての強制をも共に含むところの強制に対しての感受性が高まったことをあげるこ  
とができる。第二に、いずれにせよ、一般の認識において、社会関係の複雑さが増大していることである。さらに、立法者の操縦願望の効果と副次効果の連鎖が、それらが多くの事例においてなお自由の重要性という点で評価されうる以上に複雑すぎる行

為集合体に埋め込まれていることである。とりわけ社会計画による行動に際しては、それが個人の自由をどの程度拡大したり制限したりするのかという一般的な予測を行うことは益々少なくなっているのである。<sup>(29)</sup>

26 おそらく、それゆえにまた、法における個別化は一般化により保障される自由を危殆化するという見解は懐疑をもって取り上げられることになる。法的平和と自由に対する危険は、その時々的重要な地位に基づいて討議的に検証され得ない判断が下される場合にのみ、このような懐疑の結果として生じうるのである。だが、このことを阻止するのが、非実定的な正しさの基準について可能な限り合理的な議論をすることについての責任を意識している実務、法哲学的に啓蒙されている実務の任務なのである。

- (1) Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797), *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Werke Bd. IV, Wiesbaden 1956, S. 440.
- (2) Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford 2004, S. 8 ff. Kelsen の民主制の論拠は「*ラッパ*」 H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie* bei Hans Kelsen, S. 278 ff. 参照。
- (3) Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Studienausgabe der 2. Aufl., Freiburg u.a. 2002, S. 97 f.
- (4) 註釋は「*ラッパ*」 Smid, *Einführung in die Philosophie des Rechts*, S. 51 ff.
- (5) Smid, *Einführung in die Philosophie des Rechts*, S. 149.
- (6) L. von Stein, *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts*. Stuttgart 1870, S. 411. *社会国家思想の歴史*は「*ラッパ*」 Hofmann, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*. S. 197 ff.
- (7) Dworkin, *Equality, Luck and Hierarchy*, in: *Philosophy and Public Affairs* 31 (2003), S. 190 ff. (198); Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, S. 483 ff.; Koller, *Soziale Gerechtigkeit, Wirtschaftsordnung und Sozialstaat*, in: Kersting (Hrsg.), *Politische Philosophie des Sozialstaats*. Weierwist 2000, S. 120 ff. (142 ff.).
- (8) 一九三〇年の Radbruch の著作のタイトルがこれである。この著作が再録された者として Radbruch, *Der Mensch im Recht*, Göttingen 1969, S. 35 ff.

- (6) 正義的分配について M. Köhler, *Iustitia distributiva. Zum Begriff und zu den Formen der Gerechtigkeit*, in: ARSP 1993, S. 457 ff.
- (10) Stratenwerth, *Freiheit und Gleichheit*, S. 88, im Anschluss an Carol Gilligan, *Die andere Stimme*, dt. Übers., 5. Aufl., München 1999, S. 93 ff.
- (11) Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820), §§ 4 ff., S. 46 ff.
- (12) Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820), § 5, S. 52.
- (13) Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820), § 7, S. 54 ff.
- (14) 権力の歯止めをかけた同時に行使される国家のシムント問題について Raiser, *Grundlagen Rechtssoziologie*, Tübingen 2007, S. 262 ff. 参照。
- (15) Baruzzi, *Freiheit, Recht und Gemeinwohl. Grundfragen einer Rechtsphilosophie*, Darmstadt 1990, S. 211 ff. 並びに Höfle, *Philosophie der ökologischen Kreise*, S. 69 ff. 及び、リヒターやホルバネルが自然法論的立場の立場を徹底して主張している。
- (16) リヒターについての批評的考察のち Krebs, *Hat die Natur Eigenwert?* in: Gröschner/Morlok (Hrsg.), *Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten des Umbruchs*, ARSP Beiheft 71 (1997), S. 194. 動物保護を例として自然保護の倫理的根拠についての様々な問題点について一般的考察について J.-C. Wolf, *Tierethik, Neue Perspektiven für Menschen und Tiere*, Erlangen 2005.
- (17) たむべ Hoffe, *Animal morale, Über das Fundament einer ökologischen Politik*, in: ZRP 1993, S. 394 ff. (398) の類型的批判を見よ。
- (18) Steinvorth, *Klassische und moderne Ethik, Grundlinien einer materialen Maratheorie*, Reinbek 1990, S. 62 ff.
- (19) 肯定的なもののについて Rawls, *A Theory of Justice* (1971), Cambridge/Mass. 2005, S. 251 ff., (回書の内容を正確に記述する) Übers., *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 14. Aufl., Frankfurt a. M. 2005, S. 319 ff.) 肯定的なもののについて Stratenwerth (権注⑩), S. 99 ff.
- (20) リの立場を批判する点について 註釋者 Seelmann, *Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht*, in: NJW 1990, S. 1257 ff.

- (21) この概念の様々な問題点について v. Arnould, Rechtssicherheit- perspektivische Annäherung an eine „idee directrice“ des Rechts, Tübingen 2006 参照。
- (22) Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M., 1986; Rückert, Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive. S. 62 ff.
- (23) Smid, Einführung in die Philosophie des Rechts, S. 46 ff.
- (24) Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., Heidelberg 1999, S. 25 ff. (「カーネギー法 (Kadjustiz)」).
- (25) Smid, Einführung in die Philosophie des Rechts, S. 56. この点については Radbruch (前掲注8) Carl Schmitt のように継承され、しかしながら、Nicola Hartmann によっても「価値専制」として言葉が生じた。Bochenförde, Zur Kritik der Wertegründung des Rechts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a. M. 2006, S. 67 ff. (78) を参照のこと。
- (26) この意味において、ロマン学派と青年時代のヘーゲル (この点については、上述第一章欄外番号15以下並びに第一章欄外番号26以下とくにあげられた著者) の伝統における Radbruch (前掲注8)。この立場をイスラム教国の裁判官に投影したのが、H. Jung, Kadjustiz, in: Kühne u.a. (Hrsg.), FS Rolinski, Baden-Baden 2002, S. 209 ff.
- (27) 「市民の合意の技術としての協議」を指摘した Benjamin, Zur Kritik der Gewalt (1921), Gesammelte Schriften Bd. II 1, hrsg. von Tiedemann/Schweppenhäuser, Frankfurt a. M. 1980, S. 192.
- (28) K. Günther, Vernunftrecht — nach dem versäumten Augenblick seiner Verwirklichung, KJ 1992, S. 178 ff., 183.
- (29) Günther, (前掲注28), S. 185. 法的思考における一般化と個別化について一般的なものとしては、同名の ARSP Beihft 45 (1991), hrsg. v. U. Neumann.

(中空壽雅・訳)

【監訳者あとがき】

今回で、第四版の全訳が完了したが、昨年(二〇一〇年)に第五版が公刊された。第五版の前書きによると変更点は次のようなものである。「この第五版は、入門に必要な範囲において二〇〇七年の第四版以降の文献を考慮し全体的に改定し、部分的に補充

したものである。現行法から例に関しては——この点は新規のものであるが——この版においては原則としてドイツ法だけではなくオーストリア法ならびにスイス法の規定も参照した。新しく追加されたのは、そのアクチュアリティだけでなく、今後も継続的に論点として意義を保ち続けることが予想される『法と宗教』の一節である。」今後、この第五版に基き、今回訳出した第四版の改訳作業を行い単行本として公刊する予定であるが、今回補遺として第三章第四節として追加された「法と宗教」の部分を以下で訳出し掲載する。

【補遺】

第三章 法と類似の諸現象との間での限界付け

4. 法と宗教

61 法と宗教の関係が、法哲学の分野で非常に重要な役割を果たすという事は長い間なかった。しかし、ようやくここ数年来、再び強く前面に押し出されて来るようになった。この点に関する最も重要な理由は以下のようなものである。つまり、従来ヨーロッパの大部分で殆ど広まっていなかった宗教——特にイスラム教——を信奉する多くの移民の存在がいまや日常的に認められるようになったことである。これによって、多くの者には、まず動揺がもたらされるだろう。しかし、他方で新たな関心が生まれることにもなる。つまり、その文化的な意義を含んだ形での宗教という現象に対する一般的な関心だけではなく、まさに法と宗教の関係付けについても関心が生じて来るのである。どの程度、法は宗教の問題に干渉できるのか？ その際に、自由と平和を保障する法の機能はどの点に認められるのか？ 法は修学義務に服する子供達を、彼ら或いはその両親達が宗教的に動機付けられた一定の留保を水泳の授業に対して示す場合にも、この授業を強要できるのか？ 少数派の宗教に属する者達に対して、民衆の中の多数派は、宗教的な或いは宗教上の活動と結び付いたシンボルについて公の場で指図を行うことが許されるのか

〔イスラム寺院の塔であるミナレットの禁止〕？ 多数派の宗教は、異なる信仰を有する者達或いは無宗教の者達が異議を唱える場合には、その宗教的なシンボルを公の建物内で用いないように法的に義務付けられてしまうのか（「教室内の十字架」）？ 少数派の移民は、独自の法秩序に従って生活を行うことが許されるべきなのか（「イスラムのシャリア法」）？

62 以下では、まず（中世の最盛期と初期近代という）法と宗教が交差する二つの時期を基にして、伝統的な西欧文化において法と宗教の間に緊密な結合が見られる点を示すことにする（a）。その後、様々な世界観に対する法の今日的な中立義務について簡単に触れることにする（b）。

(a) 歴史的な相互作用における法と宗教

63 中世の最盛期では、教会の行政構造、告解の実践方法、神学について様々な変化が見られた。これらの変化は、教会及び神学に関する法律化として通常解釈されている。<sup>(60)</sup>

64 一世紀から一二世紀への転換期においては、各地域の教会及び神聖ローマ帝国に対して教皇首位権が貫徹される際に、行政に関わる専門家と行政の手法への需要が高まることになった。このような需要は、方法論によって裏付けられた指導に基づくローマ法の教育や教会法の集積及び新たな規則の制定なしには満たされ得るものではなかった。

65 一二一五年の第四回ラテラノ公会議においては、告解制度の行政的な中央集権化と毎年一回の告解を全ての信徒に義務付けることが決議されたが、これにより更に告解の領域でも行政に関わる多大な需要が生じることになった。告解が大量に発生する現象として処理されなければならなかったのである。その際に、聴罪司祭は、様々な指導原理、想定し得る罪過及び悪徳に関する体系的な叙述、それらの罪の重さの序列化、適切に段階付けられた制裁の体系を必要とした。告解に基づく帰責が、ローマ法及び新たに登場した法曹身分によって体系化されなければならなかったのである。

66 しかし、以上のような法化の突き上げに、救済に関する信仰も晒されることになった。カンタベリー大司教アンセルム（一〇三三―一一〇九）によって、法律的な思考のひな型に強く規定された新たな種類の救済神学が確立され<sup>(61)</sup>、それによると、人間の

神からの背反は、神に対してなされた侮辱であるとされる。この侮辱については、贖罪として悔い改めることが必要とされる。しかし、問題の次元に鑑みる限り、当該の侮辱について人間が贖罪を履行することは不可能であり、専ら神自身のみが、贖罪のために十分な大きさの犠牲を提供することが可能となる。しかし、神は人間の代理人として、神自身が人間である場合にのみ、そのような犠牲を提供することが可能である。アンセルムによれば、このような理由から、神は人間のために人間にならなければならない。しかし、神には責任はないのであるから、神は自らの贖罪の履行によって一つの贈物を捧げることになり、当該の贈物については、それはそれである報いを通じて相殺される必要がある。そこで、キリストは人間に当該の報いを与え続けることになる。ここでは、(侮辱、贖罪の履行、代理、贈与、報酬といった) 様々な法的な取引行為が濃密な形で互いに密接に関連し合っている。

67 一六世紀における更なる断面に目を向ける場合には、宗教から法に対する逆の作用というものが特によく認識されるようになる。まさに我々は法学の神学化について語る<sup>(62)</sup>ことができるのである。

68 一六世紀においては、アメリカ大陸の発見、それに伴うそれまで全く未知であった諸文化との接触、宗教改革派と反改革派の対立といった様々な展開が現実<sup>(63)</sup>に生じていた。これらの事柄が、多種多様な実定法規を超える共通の(自然)法への大いなる欲求を生み出した。また、新たな種類の経済的な発展も様々に見受けられたが、これらについては、十分には実定法規が存在しなかったため、前記の動きを後押しする要因となった。この点につき、トマス・アクィナスの神学は、明確な形で構造化されており、様々な諸問題に対して社会的な解決を用意するものであったが、その再発見を通じて、前記の欲求への対処が神学に内在するものとして約束されることになった。トマス・アクィナスは法について特に重要な言明を様々に行っており、それらは法律家達によっても受容されていたが、当該の言明についての注釈書が出されるようになったのである。これらの新しい注釈書における論拠付けの核心部は神学的なものであったが、むしろこれにより、法律的なテキストが持つ権威に対して一定の自由が獲得されることになった。例えば、法律家達には、硬直化した契約の諸類型から解放されることが可能となり、様々な契約について

ただその道徳的な許容性のみから判断を行って、その類型の多様性を許容できるようになった。いずれにせよ、婚姻法、相続法、経済法といった法律も、神学的なテキストの助けによって、形式性から自由となり、意思と信頼に方向付けられた諸規則へと到達することが可能となったのである。

69 中間的な結論として以下の事柄を確定することができる。西洋の文化において、法は、宗教を様々な方法で形成してきたし、宗教も法からの新たな指針というものを繰り返し許容してきたのである。また、初期啓蒙期、つまり一七世紀末期以来、法は宗教の自由という標語の下で宗教に関する様々な限界を明確な形で設定してきたわけであるが、このことは法と宗教の対置としては全く新しいものというわけではない。既にほぼ我々の文化の創始時期といえる時代においても、ソポクレスのアンティゴネーの中では、ポリスの実定法と暴君クレオーンによる支配の形態での国家至上原理は、兄弟を宗教的な規範に則って埋葬したいというアンティゴネーの希望に反するものとされていた。<sup>(63)</sup> 当該の対立を、法が自由の側面を主張する場面として初めて解釈したのは、いずれにせよ近代における西洋社会の政治哲学とその実践であった。今日では、法と道徳(前述2)という観点の下で、前記の事柄に関連する諸問題がおおいに論じられている。昨今のこのような展開は、政治的なものの世俗化とも表されているが、古くから見られた法と宗教の間での相互的な影響力という問題を完全に解消し得るものではない。それ自体として世俗化された社会もまた、その構成員達が受け入れる世界観という背景と共に存在しているからである。では、今日においては、どの程度の範囲で宗教は法を規定することができるのだろうか？

(b) 諸宗教に対する近代法の中立性

70 近代法は、様々な宗教に対して中立的でなければならぬ。この点は、宗教の自由からだけでなく、国家が市民達と関わり合う際に要請される平等原則からも導き出される事柄である。

71 とところで、中立性は様々な形で理解され得る。法が様々な宗教を単純に私的な事柄であると宣言し、国家の領域から広範囲に排除するという理解も一つの可能性としてあるだろう。従って、例えば、いかなる種類のものであれ、学校内で宗教的なシンボ

ルを身に付けることは、生徒達にも常に禁止されることになる。ここで問題となるのは「消極的な」世界観の自由である。特にフランスにおける世俗主義のモデルなどは、中立性に関する当該の類型に近い<sup>(64)</sup>。このような立場のシステムの不都合は、法が全く中立的な態度をとるわけではなく、宗教に対して無関心な立場、更に言えば宗教というものに背を向ける立場を優遇してしまふ点にある。

72 前記のような難点の回避を試みるのが、「積極的な世界観の自由」の構想(むしろこれこそが特定の領域におけるドイツ、オーストリア、スイスの法状況に対応するものであろう)である。これによると、国家に対して、表明された世界観に関する全ての欲求に原理的に積極的に対応すること、いづれにせよ厳格な平等的取り扱い(「中立性」)の下、選択的な優遇をせずに、世界観に関する欲求の実現を援助することが求められる<sup>(65)</sup>。

73 生徒及びその親達が見望むのであれば、「積極的な世界観の自由」へと方向付けられた法は、教室内の十字架を許容することになるであろう。しかし、異なる世界観に依拠する他の全ての共同体の構成員達も厳格な中立性の下で同様に扱われる必要がある。つまり、希望する場合には、彼らの宗教的なシンボルを取り付けることが認められなければならないだろう。また、これによれば、宗教的な動機に基づいた服装の規則や一定の服装を愛好することの遵守は、公の空間だけでなく、公の建物内においてさえも、各人に委ねられる事柄になると思われる。当該の建物に当てはまる建築様式上の諸制限については、世界観に対して中立的な建築法に基づく場合にだけ、その方向付けも許されるのである。法に関して異なる考えが様々に持たれていたとしても、それらが互いに両立し合い、法治国家的な諸原則に適合する限りでは、国家がそのような考えに完全に譲歩することも許されよう。しかし、国家的な法が妥当する領域に限っては、宗教に基づく諸共同体の内部の法が国家的な法に矛盾することは許されないのである。このような構想に従う場合に専ら生じ得るのは、国家の諸機関及び外部に向かって活動する国家公務員、例えば女性教員も当該の自由権を享受するのか否か、或いは反対に国家による中立性違反を回避するために、国家機関や公務員については、「消極的な世界観の自由」の諸規則に基づいて取り扱われる必要があるのか否かという争いである。後者の点を肯定するとき

は、国家的な職務を執行する際に宗教的なシンボルを目立つ形で身に付けることは公務員には絶対に許されないという帰結に至ると思われる。

74 諸宗教に対する法の中立性という要請に基づいた方向付けがなされる場合、近代の国家は、統一的な世界観を自己の基礎として単に貫徹する必要がないだけではなく、異なる形の宗教的な傾向を有する諸個人及び諸集団からの影響にも拘わらず、もはや諸宗教を自己の諸前提に関する現実的な保証人としてあてにすることが全くできなくなる<sup>(66)</sup>。もはや国家は自己の諸前提を自ら創出しなければならぬのである。このことは、人権、人間の尊厳、人格の保障といった諸カテゴリーを通じて、或いは民主主義的で法治国家的な諸制度を通じてなされる。しかし、だとすると、これらのカテゴリーや諸制度はどのようにして正当化されるのだろうか？

75 以上述べてきた幾つかの論点をより綿密な形で解明していくためには、非実定的な正当性の諸基準を合理的に基礎付ける可能性について検証を行わなければならない。これがいまやより明瞭な形で示されるに至ったのである。しかし、その前にまずはこれまで言及してきた事柄の概括を試みるべきであろう。

(9) Harold Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (1983), Neudruck Cambridge, MA/London 1999, S. 85 ff., 165 ff. (dt. *Recht und Revolution, Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, Neudruck Frankfurt a. M. 2009).

(10) Anselm von Canterbury, *Cur deus homo*, Darmstadt 1963, Nachdruck 2009.

(11) Kurt Seelmann, *Theologie und Jurisprudenz an der Schwelle zur Moderne. Die Geburt des neuzeitlichen Naturrechts in der iberischen Spätscholastik*, Baden-Baden 1997.

(12) 本文で述べたような、まさに法と宗教の関係という背景の下でもマンティゴネーは法哲学的な意義を有している。この点については、Fischer, *Vernunft als Norm. Gesellschaftskonstruktion und Lebenshorizont*, Frankfurt a.M. u.a. 2005, S. 4 ff. を参照。

- (64) 近代における法と宗教の関係の異なる諸類型及び特に中立性に関する様々な構想については、Barghava, *Secularism and its Critics*, Oxford 2009 を参照。
- (65) このよびな構想の意味と中立性を論じているのは、Stefan Huster, *Die ethische Neutralität des Staates*, Tübingen 2002, S. 179 ff. 「緩むところ」のドイツ語をこつて、中立性のテーザに対して批判的なのは、Roellecke, *Religion-Recht-Kultur und die Eigenwilligkeit der Systeme*, Berlin 2007, S. 15 ff.
- (69) *リベリズムのついで* Volkmann, *Der Preis der Freiheit. Über die geistig-kulturellen Grundlagen des liberalen Staates*, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), *Recht und Religion in Europa. Zeitgenössische Konflikte und historische Perspektiven*, Göttingen 2008, S. 87 ff., 99.

(飯島 暢・訳)