

資 料

人間の尊厳は不可侵たり続けているか？

エルンスト＝ヴォルフガング・
ベッケンフェルデ

水 島 朝 穂 訳
藤 井 康 博

- I 『基本法註釈書』1条1項
- 1 デューリヒによる註釈はどのように見えたのか？
 - 2 ヘアデゲンが根底から変えた立脚点
- II 新註釈に先行する諸論者
- 1 〔レルヒェ〕
 - 2 〔ホフマン〕
 - 3 〔ドライアー〕
 - 4 〔ツィプリース連邦司法大臣〕
- III 「根柢的なもののゆらぎ」か、法の生き続ける発展か？
- 1 〔「自然法論」か、「純粹国法学」か？〕
 - 2 〔「根柢的なもののゆらぎ」か、法の生き続ける発展か？〕
- 〔補論〕 人間の尊厳保障の基本的内実

訳者解題・あとがき

凡例

- ・原則として後掲 Suhrkamp2006版を底本とした
（例外の補論につき「訳者解題・あとがき」を参照）。
- ・見出しは、後掲 Blätter2004版から、
見出し番号は、後掲 Suhrkamp2006版から、それぞれ付した。
- ・原文中のイタリック体には、傍点を付した。
- ・（ ）は原文であるが、〔 〕による補足は目次も含め全て訳者による。

I

近年、基本法における人間の尊厳保障の内容は、活発に論争となっている。このことは、とりわけここ10年での特に生命医学や生命技術の途方もない進歩によって、惹き起こされている。法学の討議において起きた出来事の兆候を示すのが、マウンツ／デューリヒの長らく指導的役割を演じている大註釈書〔コンメンタール〕の中で、マティアス・ヘアデゲンによって著された、1年あまり前に公刊された基本法1条1項の新註釈である⁽¹⁾。それは、新たに生じた問題状況や挑戦に目を向けたデューリヒ註釈の増補や補訂ではなく、全くの新註釈——ギュンター・デューリヒからの決別——を意味する。

この出来事が兆候を示すそのわけは、1958年に出版されたギュンター・デューリヒの最初の註釈が、ほぼ45年手付かずに〔不可侵に〕(ungeantastet) 註釈書の中にあり続けたからでもある。この間、ほとんど全て基本法の他の条項に二度の註釈がなされ、さらに一部は三度の註釈がなされたにもかかわらず手付かずだったのである。この遅れには理由があった。デューリヒによる第1および2条の註釈は、いわば理念的で規範的な基本的骨格であった。その上に註釈書は全体として展開したのであり、その註釈は、同書に精神的な側面を与え、同書のアイデンティティの一つであった。たとえ、判例・学説の発展や新たに生じた問題状況に直面し、増補または新たな改訂がもう長らく好ましいものであったとしても、うまくいっていた間は、デューリヒの註釈をやめようとは思われなかったのである。

1 デューリヒによる註釈はどのように見えたのか？

デューリヒの註釈は、新たな秩序の展開へ寄与するものとして連邦共和国の創設状況から生まれた。この新秩序は、第三帝国にて権力を濫用して人間の尊厳を幾度となく無視した経験にもとづき、基本法が打ち立てようとしたのである。デューリヒは人間の尊厳保障を以下のように解した。議会代表会議〔基本法制定会議〕の審議とも符合しているのだが、ヨーロッパの精神史において立ち現れた、根底にある「人倫的な価値」を——と彼は表現したように⁽²⁾——

(1) Matthias Herdegen, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz. Kommentar*, Art. 1 I, Stand 2003.

(2) Günter Dürig, in: Maunz/Dürig (Anm. 1), Art. 1 I, Rdn. 1.

実定憲法の中へ引き継がれてきたものと捉える人間の尊厳保障の理解である。それと同時に、実定憲法は、意識的かつ意図的に前実定的な方法で、根柢的なもの（Fundament）を自らに取り込んだのである。また、彼は、この保障があらゆる方面にわたって妥当することを支持し、全法秩序に適用して、基本権の伝統的な妥当領域、市民-国家という関係に限定しないのである。このことに相応するのが、客観法的な規範つまりは根柢規範（Fundamentalnorm）^{訳註1}、「あらゆる法の最上の憲法原理」として1条1項を性格づけることであるという。そうであるならば、かかる原理は、次第に基本法の基本権部分の価値体系と請求権体系において展開するのであるが、もっとも、それ自体は——デューリヒにとっては——主観的な基本権ではないものであった⁽³⁾。なぜなら、そうした基本権は、存続しようとするならば、必然的に制限や衡量に法秩序の関係において服するのに対し、人間の尊厳の尊重および保護の要請は、条文の意図や定式化にもとづいて普遍的かつ「不可侵」なものとして効力を有すべきだからあって、それ自体は憲法改正によって相対化されえないのである（基本法79条3項）。

したがって、人間の尊厳保障の実践的な実定法上の意義は、あらゆる国家行為に関する拘束力のある規準を設定し、一方で国家目的と国家任務を規定し、他方で限界づけることにある。それは、国家—市民という関係において人間の尊厳を尊重し保護することのみならず、それを越えて、国家以外の諸勢力によっても、すなわち社会や諸個人相互の関係から〔私人間で〕、人間の尊厳の侵害が法的に生じないように、全法秩序を形成することも義務づける。

人間の尊厳の内容を、デューリヒは以下のような方法で規定した。それは、1条1項によって実定法へと変容する前実定的な根柢的なもの——当時は通説——を、次のように明言している。「いかなる人間も、その精神の働きによって人間である。その精神とは、非人格的な性質と対照をなし、そして、自らの判断から、自覚し、自己決定し、自身と環境を形成する権能を人間に付与するものである」⁽⁴⁾。自己と環境を形成する以上の自由は、あらゆる人間にとって平等と考えられ、人間自体に固有である。具体的な人間におけるその時々の

訳註1 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Leipzig 1934, S. 62 ff., 横田喜三郎訳『純粹法學』（岩波書店, 1935）101頁以下, 2. Aufl., Wien 1960, S. 196 ff.の「根本規範」（Grundnorm）と異義ゆえ、異なる訳をあてた。

(3) Ebd., Rdn. 4-10.

(4) Ebd., Rdn. 18.

実現ではなく、「平等で抽象的な可能性」、すなわち、実現しようとする潜在的な能力が、決定的に重要なのである。

また、胎児 (Nasciturus) にも、以下に由来する権利を含めて人間の尊厳は、帰属する。すなわち、「生殖の瞬間に、以後もはや不変の、新たな存在と人格性の核 (Wesens- und Persönlichkeitskern) が生起する。その核の中に、かかる人間の […] あらゆる本質的なものや実質的なものが包含される。人間が成長あるいは年を重ねるだろうとしても、常に人間それ自体はあり続けるようにもたらしめるもの、そうした萌芽的に核の中にあるものの展開を、その核は促すのである」⁽⁵⁾。故に、胎児は、その人間の尊厳をもってして基本法 2 条 2 項の意味における生命の基本権の保持者である。

根柢的な客観法的規範としての人間の尊厳保障の広義の内容を、デューリヒは、侵害行為から確定しようとした。その際、その内容を、広く憲法裁判所の判例にまで出世した、いわゆる客体定式 (Objektformel) という導きの糸にもとづき方向づけている。この客体定式は、制御する〔舵取りをする〕(steuernde) 指針であるべきで、包摂定式ではないものという。

2 ヘアデゲンが根底から変えた立脚点

ヘアデゲンによる新たな註釈は、たしかに、結論としては若干の細かな問題でデューリヒの註釈と一致しているが、しかし、ここで重要にも、根底から変えた立脚点につながっていくのである。人間の尊厳保障は、動的で適応力を有するようになり、荒れ狂う怒濤の中にそびえ立つ岩のような毅然とした存在としての性格をすっかり失っている。決定的なのは、実定法への前実定的な精神的・倫理的実質の意識的な継承としての、かかる実質と依然として結びつく人間の尊厳保障の性格の否定である。その否定は、以下のように明らかである。「基本法は人間の尊厳条項によって『宣言的に』国家と憲法より上位にある要請を実定法へ取り込む、という基本法制定会議における支配的な考えは、依然として注目すべき余韻がある…しかしながら、国法の考究にあたっては、実定法概念としての人間の尊厳の、もっぱら憲法条文における (不可侵の) 規定〔規礎〕(Verankerung) と解釈内容〔釈義〕(Exegese) だけが、規準である」⁽⁶⁾。法的概念としての人間の尊厳は、基本法制定会議やデューリヒにと

(5) Ebd., Rdn. 24.

(6) Herdegen (Anm. 1), Rdn. 17.

って極めて重要であった先の精神的・倫理的実との結びつきから、全く自立し、剥ぎ取られ（そして切り離され）ている。これについて言われるべきことは、教養豊かに伝えられてはいるものの規範的な意義のない「精神史的背景」へと移り去っている。基本法における根柢的な規範は、支えとなる機軸を失うことになる。

解釈の導きの糸となっているのは、多義性を取り入れ伝達すること、その際にコンセンサスとして示されたものを考慮すること、〔尊厳侵害の〕明白性の判断を抑制的・懐疑的に追求することである。人間の尊厳保障の基本権たる性格や主観的権利たる尊厳請求権に関わるオプションは、——客観法的な根柢規範として理解する基礎・構造となる選択肢と比べれば、デューリヒとは異なって、むしろ詳細にわたる問題ではあるが——衝突する基本権を主張する際に不可避である衡量や、柔軟な運用への門を開くことになる。その註釈の鍵となる一文であるとされ得るのが、次の文言である。「あらゆる人間のカテゴリアルな〔それ以上は分類できない範疇に入れられた〕尊厳請求権にもかかわらず、尊厳保護の態様（Art）と程度（Maß）は、具体的な諸状況を考慮に入れた分化（Differenzierungen）に対して徹頭徹尾開かれている」⁽⁷⁾。

何をこの一文につき説きうるか、この文は自明に理解できないのか？ 否定も肯定もできる。一方で、尊厳保護の態様について問題となっているならば、上の一文は有意義な分化を担ってゆくだろうし、他方で、上の一文が尊厳保護の程度に焦点を合わせるならば、また尊厳請求権と尊厳保護が分壊してゆくことになるだろう。

後者は、生まれた人間の尊厳保護と出生前の尊厳保護を対置する際に極めて明らかになる。生まれた者はいかなる者についても、ヒトという種（Spezies Mensch）へ属することによって、人間の尊厳の完全な担い手たることは、社会的メルクマルまたは意義ある生命への可能性に左右されず、疑問の余地はない。それに対して、出生前の尊厳保護はといえば、意のままに使えて変化する計算尺となる。註釈は、意識的に伝統的な討議に別れを告げ、「現にある尊重請求権または保護請求権の、〔生命の〕発達に依って決まる強さ（Intensität）に応じた、尊厳保護の成長過程的な（prozesshaftigen）考察」を頼りとして難点を逃れようとする⁽⁸⁾。そのねらいは、以下のことである。一方で、

(7) Ebd., Rdn. 50.

(8) Ebd., Rdn. 56.

尊厳保護がある「かどうか (Ob)」について、すなわち人間の尊厳をヒトの (menschlichen) 訳註 2 生命の最初期段階へ遡って拮げ得る作為的な境界線を避けることである。他方で、まさしく、尊厳保護が「いかに (Wie)」あるかについて、以上のような生命の発達に依る請求権の強さの観点から広範な柔軟性を得ることである。

このことを理解するのは難しいだろう。そう解された尊厳保護は、自ら相対化するとともに、必然的に、人間の尊厳それ自体が合意によっても不可変であり不可侵であることを相対化するようにもなる。見たところそうした印象を抱かされるにもかかわらず、こうした相対化は存続するのであろう。すでに述べた以下の鍵となる一文に立ち返り引き合いに出すことによって、その正当化はなされている。「尊厳請求権は、その範囲に応じておよそ具体的な諸状況へ向けられてよいならば、特別な方法でヒトの生命の発達段階に適用されねばならない」⁽⁹⁾。結局、問題なのは、〔尊厳請求権が発達段階に比例的に〕相応するという解釈者の考えにもとづく、尊厳保護を認めたくえで縮減するための自由余地の法ドグマティック確立である⁽¹⁰⁾。このことは、特に生命医学や人類遺伝学のアクチュアルな問題に目を向けると現実のものとなっており、例えば、確固たる地盤が認識されていない人間の尊厳保障の詳細な刻印について、以下、いくつか態度表明したものをみることで、裏づけられ得よう。

II 新註釈に先行する諸論者

マティアス・ヘアデゲンによる基本法 1 条 1 項の註釈と、の中で明らかに示されている伝統破壊は、青天から降ってきたわけではない。その註釈は、先人なくしてはあり得なかったのであって、現在も他に同様なものがみられる。そこからいくつか取りあげてみよう。

1 すでに1985年、浮かび上がってきている人類遺伝学の問題を契機として、ペーター・レルヒェが、人間の尊厳の拡張的ではなくむしろ制限的な理解を擁護した⁽¹¹⁾。彼は、とりわけ人間の尊厳保障の留保のない立場を維持する

訳註 2 本訳では特に menschlich を文脈に応じて (生物学的な)「ヒト」と「人間」に訳し分けている。

(9) Ebd., Rdn. 65.

(10) Siehe ebd., Rdn. 67.

ために、そして——今日説かれる用語でいえば——衡量に抵抗するために、そう理解した。その点に限っては、それに対して異存はない。というのも、そうした保障を拡大し発展し続けるたびに、そのために新たな問題状況に鑑みて良き理由も説き得るとしても、同時に相対化の危険を密かに孕んでいるからである。このことは、一方でカテゴリーな禁止が要請されるものの、他方でそれにつき更に再度一定の例外が要請されることによるものである。

しかしながら、重要であるのは、このためにレルヒェが選んだ論証の立脚点である。留保なく保護されるべき法益として、人間の尊厳は、「傾向として狭い、かの領域に固執する場合にのみ、その輪郭を護ることはできる。その狭い領域とは、ある種の自明なるものとして法仲間〔法協団体〕(Rechtsgenossen)の同意のあるところであって、また、仮に1条1項が明文上なくとも、『自明に』妥当し、留保なく妥当しなければならないであろう、ある保護領域である」といわれる⁽¹²⁾。そして、彼は次のように付言している。「しかし、人類遺伝学の重要な領域においては、この自明性は疑わしい」。厳密に見れば、このことは、人間の尊厳の内容規定につき、コンセンサスの原理、一般的に現にあるコンセンサス、さらに詳しくいえば、ある特定の時期の一回性ではなく、時宜に適したコンセンサスを考慮することを意味する。優れて有意味であるのは、自明の一致に下支えされうる、かの狭い空間の人間の尊厳の保護領域を固持することである。そうレルヒェはいう⁽¹³⁾。その保障が結びつき続けている、根拠づけとなる精神的・倫理的実内からの剥離が、以上には含まれている。

2 これと比較し得る剥離が、少し後になってハッソー・ホフマンに見出される⁽¹⁴⁾。彼は、天賦理論〔恩寵理論、付与理論〕(Mitgifttheorie)に背を向ける。この理論は、自己存在における、かつ、人間の理性的本性たる、人間の尊厳を人間に固有の資質として根拠づけているように解される——彼の見解で

(11) Peter Lerche, »Verfassungsrechtliche Aspekte der Gentechnologie«, in: R. Lukes/R. Scholz (Hg.), *Rechtsfragen der Gentechnologie*, Köln/Berlin/Bonn/München 1986, S. 99 ff.

(12) Ebd., S. 100.

(13) Ebd., S. 110.

(14) Hasso Hofmann, »Die versprochene Menschenwürde«, in: *AöR*, 118 (1993), S. 353-377.

も、人間の尊厳を、基本法制定会議の構成員の大多数派は、基本法をつくりだす際に何らかの方法で決したのである——そして、同様にニクラス・ルーマンの遂行能力理論 (Leistungstheorie) にも背を向けるのである⁽¹⁵⁾。それらの理論に、ホフマンは、自説として人間の尊厳の社会的な承認理論 (Anerkennungstheorie) を対置させている。人間の尊厳は——彼のテーゼでは——社会的な承認において、社会的な尊重要求を積極的に評価することを通じて構成されるという。この理論は、法的意味において、実質、資質、はたまた、遂行能力といった諸概念ではなく、関係概念またはコミュニケーション概念であるとされ、承認を行う具体的な共同体から切り離せないものと考えられることができる⁽¹⁶⁾。国家の根柢規範としての人間の尊厳の憲法上の保障によって、かように憲法制定権力に参与する者たちの互いの誓約であることが明らかになる。その誓約とは、当該国家を、人間の尊厳のために、原則的に同じ様に自由で尊厳ある公共体構成員として相互承認することに根拠づけようとするものである⁽¹⁷⁾。普遍的な人間の尊厳の理念は、以上の承認理論の動機づけとはなるものの、それ自体は保障の内容または対象ではない。

そう理解された尊厳保障は、人間の尊厳の尊重および保護の要請を、承認を行う当該共同体の構成員に初めから限定し、ホフマン自身が強調するように⁽¹⁸⁾、生まれる前または灯の消えたヒトの生命については、何も語ってはいないのである。胚は、それ自体、これまたホフマンがいうように、社会的な尊重要求をなし得る主体ではない。もっとも、胚は、生きている人間が意思と自尊から自発的に胚に対して負う法的義務の保護客体となる可能性はあり得る。

3 どこまで人間の尊厳保障は及ぶか、この間に1996年にホルスト・ドライアーも基本法1条1項の立ち入った註釈の中でより詳細に取り組んだ⁽¹⁹⁾。これは、特に、この間にますます明白に浮かび上がってきた人類遺伝学と生殖医学の挑戦を背景としている。ドライアーは、一方で、人間の尊厳は無条件に

(15) Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution*, Berlin 1965, S. 68 ff., 73 f. mit Anm. 54 u. 56. [今井弘道・大野達司訳『制度としての基本権』(木鐸社, 1989) 99頁以下, 106-107頁, 134-136頁]

(16) Hofmann (Anm. 14), S. 364.

(17) Ebd., S. 369.

(18) Ebd., S. 375.

(19) Horst Dreier, in: Dreier (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, Tübingen 1996, Art. 1 I.

保障されるという性格と、衡量に抵抗することを固持しており、他方で、生まれていないヒトの生命を人間の尊厳保障の射程から除外することを支持している。胚は人間の尊厳の地位を有しない。「胚には、人間の尊厳を構成しているあらゆる前提（自我の意識、理性、自己決定する能力）が欠如している」⁽²⁰⁾。キリスト教の変型の天賦理論〔恩寵理論〕によってのみ、意識がなく生まれていないヒトの生命を1条1項の保障の中に取り込むことが論証で根拠づけられ得るといながらも、しかし、宗教的・世界観的に中立な国家においては、その天賦理論が受け容れられる可能性は非常に限られているという。法律の留保によって段階的な解決が様々なヒトの生命の発達段階に即して可能であろうところでは、彼は、そうした生まれていない生命の保護を1条1項から2条2項へ移行することを推奨する⁽²¹⁾。以上によって、〔ホフマンとは〕別の根拠づけ方途で、胚の扱いについて柔軟性と衡量余地が、マティアス・ヘアデゲンによる尊厳保護の成長過程的な考察よりも、高くはないにしても、同じ程度に達する。

4 同様の方向へ——まさに現在——現職の連邦司法大臣ツィプリース氏のテーゼが進もうとしている。彼女もまた胚を、少なくとも着床まで、人間の尊厳の担い手とは考えていない。というのも、胚は、〔受精卵が〕着床して母親と共生する前に自発的には人間へかつ人間として発達し得ないため、とのことである⁽²²⁾。したがって、胚は、とりわけ人類遺伝学と生命医学の問題状況に鑑みて特に問題がある試験管内の（in vitro）胚の場合、人間の尊厳がない。なるほど、ツィプリース氏も、胚を——もつとも、これまた段階づけられた

(20) Dreier (Amn. 19), Rdn. 50. 新版の2. Aufl. 2004では、この文がないが、以下のことは固持されている。すなわち、人間の尊厳が必要とする——もちろんまず形成されるべき——人格の担い手であることも、人間の尊厳条項の適用可能性を自動的には導かず、——初版のように——生まれていない生命の保護の法的判断を、人間の尊厳から生命保護へ、基本法1条1項から基本法2条2項1文へ移すことが推奨されるということは固持されているのである vgl. ebd., Rdn. 67 und 70.

(21) Dreier (Amn. 19), Rdn. 51.

(22) Brigitte Zypries, »Vom Zeugen zum Erzeugen? Verfassungsrechtliche und rechtspolitische Fragen der Bioethik.« Rede beim Humboldt-Forum der Humboldt-Universität zu Berlin am 29. 10. 2003, Typoskript S. 5 f. (in: <http://www.bundesjustizministerium.com>)

——基本法 2 条 2 項にもとづく生命保護とは認定している⁽²³⁾。これによって、たとえば研究の自由との関係において、保護の事前対策が可能になる。しかし、研究の自由は、カテゴリーな態様ではないのだが。以上の方法で、成立しまたは要請される法律の意図、特に胚保護法の改正へ目を向ければ、動態性と衡量の柔軟性に行き着くことになる。

しかしながら、この立脚点は——ホルスト・ドライアーの立脚点も同様に——他の立脚点を度外視せんとして、少なくとも根底から法ドグマーティクにおいて反論にさらされている。もし、基本法 1 条 1 項が、一定の人間の尊厳のみまたは一定の特性および能力をもつ人間の尊厳のみならず、人間一般の (*des Menschen*) 尊厳、したがって、すべての人間〔何人、各人〕の (*jedes Menschen*) 尊厳の尊重を保障し、それゆえ、人間存在〔人間であること〕 (*Menschsein*) のみともっぱら結びつくならば、この意味における人間ではなく人間存在として振り分けられていない存在または存在物 (*ein Wesen oder eine Entität*) は、それにもかかわらず、いかに、基本法 2 条 2 項の「*jeder*」^{訳註 3} であり、生命の基本権の担い手であり得るのか？ この権利は、ヒトの (*menschlichen*) 生命の保護と関連づけられるのであって、生命を有する哺乳動物または生命一般の保護とは関係なく、したがって、生命の保護は、ヒトという存在 (*menschlichen Wesen*) にのみ帰属し得ることになる。逆にいえば、生命の基本権の担い手「*Jeder*」である者は、必然的に、ヒトという存在のみがこの権利を有し得るので、人間の尊厳とその保護の分け前にもあずかることになる。このことは、基本法 1 条 1 項から離れて 2 条 2 項のみへ、生まれていないヒトの生命の保護を移行するという、決断主義的な性格、すなわち、法ドグマーティク〔法解釈学〕をほとんど維持できない性格を示している。そして、これは、人間の尊厳保障に特有な、不可変である性格から逃れるための、結論ありきの目的構成である。

III 「根底的なるもののゆらぎ」か、法の生き続ける発展か？

我々が確認し得る人間の尊厳保障の内容と射程の理解における諸変化によっ

(23) Ebd., S. 4 unten, S. 5.

訳註 3 「*jeder*」を、ベッケンフェルデは「すべての人間」「何人も」(*jeder Mensch*) と解している。なお、ドライアー自身ではないが、同編の註釈書の中では「母体内の生命」も含めて解されている。Helmuth Schulze-Fielitz,

て、いくつかの問題が我々に課されている。その諸変化は、我々の基本法秩序が依拠している「根柢的なものゆらぎ」(Rütteln am Fundament)か、はたまた、基礎となる法的保障もなし、なきなければならない、新たな問題状況と挑戦に鑑みた、法の生き続ける発展の (lebendiger Fortentwicklung des Rechts) 現われか？そして、さらに前実定的な根柢的なものから人間の尊厳保障を剥ぎ取ること、すなわち、ヘアデゲンのように人間の尊厳を「純粹国法学における概念」と理解することは、必然的なものとなってしまうのか、もはやコンセンサスの得られない自然法的または客観的価値秩序の論拠の束縛から実定法へ解放することなのか？まず後者の問いに、それから前者の問いに立ち入りたい。

1 私がFAZ論説で行なった人間の尊厳保障の前実定的な根柢的なものの指摘は⁽²⁴⁾、幾度か自然法への回帰として解釈された。最もそう決めつけるのはフーベルト・マルクルによるものである⁽²⁵⁾。彼にとって驚くべきことは、あたかも人間の尊厳が、人間の文化的な産物ではなく、人間の思考や理解のいかなる変化も諸概念の意味変化についての人間の決定の変化も到達不能とするプラトンのアイデアであるかのごとく、憲法裁判所のかつての一員〔ベッケンフェルデ〕が今日なお人間または人間の尊厳という概念を極めて自然法的・存在論的に扱うことができるような有様である⁽²⁶⁾。人間の尊厳が前実定的に自然法的に所与のものであるとすることは、マルクルには、法学者の高みからのまさしく解釈高権的な却下されるべき要求と思われている⁽²⁷⁾。このことに私は〔反論するどころか〕同意することすらできる。ベッケンフェルデは、常に、実定法を全く真剣に受けとめることを支持してきたが、だからといって歴史的・政治的な文脈から実定法を切り離して捉えることには反対もしてきており、法学者としてこの歳になって自然法論者にはなりはしなかったのである。

in: Dreier (Amn. 20), Art. 2 II, Rdn. 40.

(24) Ernst-Wolfgang Böckenförde, »Die Würde des Menschen war unantastbar«, in diesem Band S. 379-388.〔訳註15〕

(25) Hubert Markl, »Wer bestimmt, wann das Leben beginnt? Zur Frage der Deutungshoheit über den Lebensbeginn«. Vortrag zum Tag der Geisteswissenschaften der Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, Berlin, 2003.

(26) Ebd., S. 11.

(27) Ebd., S. 13.

私は自然法や自然法思考を非常に高く評価しているが、自然法は、そこから発する現行実定法の一部や内容ではなく、法倫理の領域、実定法を批判したり場合によっては実定法から正統性を剥奪したりする領域や、当該実定法の改正や改善を推進する領域に属している。

人間の尊厳保障の前実定的な根柢的なものを参照することは、実定法としての基本法 1 条 1 項の内容を突きとめるのに必要不可欠な一部に他ならない。その際、問題は、憲法制定者としての基本法制定会議が、根柢的な憲法規範として 1 条 1 項の尊重と保護の要請を確定することによって意図し望んでいたことを問い質し、確認することである。

基本法制定会議を突き動かしたのは、精神的・哲学的に刻印された概念の継承であった。その概念は、憲法化される法概念として、国家行為の根柢たる規範的原理としてかように拘束力をあらしめようと、キリスト教の伝統と特にイマヌエル・カントの啓蒙思想の所産における概念の根源から概念輪郭をはっきりとさせてきた。それとともに、前実定的にあるもの (etwas vorpositiv Vorhandenes) は、実定法へ取り込まれたのである。このことは、基本法制定会議の審議や時代環境によっても明確に認識され得る⁽²⁸⁾。そうであるならば、まさに憲法の父たち母たちの意識にある人間の尊厳の概念を特徴づけた内容面は、法学的に解釈する際に、簡単には度外視または逸脱され得ないのである。こうした前実定的内容面は、人間の尊厳保障を取り入れるに際して、新たに築かれるべき憲法秩序に着眼した意識的な制定行為が問題になっただけに、なおさら度外視されてはならないのである。基本法制定会議は、そのつど新たに学際的に中身を満たされるべき多かれ少なかれ空の概念の容器に、規範的原理として拘束力をもたせて不可変更性 (基本法 79 条 3 項) を付与しようとしたのではない。そうではなく、内容を詳細に定めた根柢的なものを据えようとしたのである。こうした根柢的なものを固持し、起こり得る時代精神の発展に対

(28) 関連するのは、とりわけ基本原則問題に関する委員会における審議であり、vgl. Der Parlamentarische Rat 1948-1949. *Akten und Protokolle*, Bd. 5, 1 u. 2, bearb. Von Eberhard Pikart und Wolfram Werner, 1993, さらに詳しくは 3. Sitzung vom 21. 9. 48, ebd., S. 38-50; 4. Sitzung vom 23. 9. 48, ebd., S. 62-82; 22. Sitzung vom 18. 11. 48, ebd., S. 584-602; 23. Sitzung vom 19. 11. 48, ebd., S. 603-609; 32. Sitzung vom 11. 1. 49, S. 910-927. 総じて siehe von Doemming/Fußlein/Matz, »Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes«, in: *JbR* 1 (1951), S. 41 ff., S. 48-53 (Art. 1), S. 54-66 (Art. 2).

してその不可侵性を固持することは、根柢的なるものを実定規範にする意思に相応するのであって、法学者たちの寡奪した解釈高権からくる解釈の過剰ではない。以上のような拘束力を有する根柢的なるものと決別し、「天賦理論〔恩寵理論〕」というレッテルによって歴史の変遷を強調することは、憲法定者者を貶めることを意味する。

2 以上と同時に、我々は、法に特有である、生き続ける発展やまたそこでの変化という第一に設定した問題に直面している。フリートヘルム・フーフェンは、これについて自身のテーゼを非常に鮮明に定式化した。現在、よりいっそう明らかとなるのは、「一定の状況において定式化された人間の尊厳保障は、国内および国際的な文脈で1949年の時点の状況に執着されるべきではなく、——あらゆる憲法と同様——新たな挑戦ゆえに発展し続けなければならないことである」⁽²⁹⁾。さらに、強調すべく、以下のようにいう。「人間の尊厳が、研究や医学にとって遮断壁として設けられ、または、人間の自己決定と対立させられるならば、抽象的原理としての人間の尊厳は人間それ自体に対して向けられ得ることが、よりいっそう認識される」⁽³⁰⁾。このような参照し得る方法論の前提に拠って、ツィプリース氏は、論じているのである。

以上について何を述べるべきか？ 確かに、法は、活ける法 (lebendiges Recht)^{訳註4}として、時代の進展と新たな挑戦から解き放たれることはあり得ず、法の規範的内実において成立期に硬直することはあり得ない。法は、たとえ法秩序機能を失わないものとしても、法概念において現前の変わりゆく社会的また精神的な現実が規範的に波及せざるを得ないのであって、現実から孤立して現実と無関係になってはならない。それゆえ、法秩序には少なからず開かれた概念がある。その概念の具体的な内容は、確固たる核心から生じて、発展し続け、また変化し得るものである。それどころか、論拠をさらに補強しようとして、次のような法概念までもが存在する。その概念自体、社会や倫理における一定のものを見方を参照し、これらをその時々の内実において法の中へ取

(29) Friedhelm Hufen, »Erosion der Menschenwürde?«, in: *JZ* 2004, S. 313.

(30) Ebd.

訳註4 Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München/Leipzig 1913, S. 393 ff., 河上倫逸/マンフレート・フーフリヒト訳『法社会学の基礎理論』（みすず書房, 1984）480頁以下の「生ける法」(lebendes Recht)と同義だが、異なる訳をあてた。

り込み、法的サンクションを加えるものである。この点で、水門概念〔流入概念〕(Schleusenbegriffe)^{訳註5}が論じられ得る。この水門概念のうち最もよく知られているのは、警察法上の公の秩序の概念である。その下で、かの社会的な規範は——法規範ではなく——理解される。関係集団の考え方にもとづく社会規範の遵守は、繁栄共生の不可欠な前提の一つに数えられる⁽³¹⁾。こうした社会規範は、——その移り変わる内実において——法へと受け継がれる。

かくして、人間の尊厳においても、そうした水門概念を見てとることは、失当なのであろうか？ その水門概念は、そこに、その規範的な内実として、そのつど社会とその精神的・倫理的さらには学際的な討議においてその下で理解されるものを含めて考え、この意味で一般的なコンセンサスによって支えられているものである。そして、人間の尊厳の概念が、オリジナルな法概念ではなく、長い法伝統の中で生じてきたのだが、精神的・哲学的な概念であるという理由からも、水門概念とすることは失当なのであろうか？ このことは、多くは逃げ道として容易に思いつくだろうし、歩き易い逃げ道でもあるかもしれないが、誤った道である。

訳註5 ベッケンフェルデは、早くからこの概念を説いていた。ここでは2例のみ挙げる。Ernst-Wolfgang Böckenförde, »Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs«, 1969, in: ders. (訳註7), S. 143 f. (樺島博志訳「法治国家概念の成立と変遷」初宿編訳・(訳註11) 27頁では「導入概念」との訳をあてる)。そこでは、語義自体からは曖昧で一義的に解釈を確定することはできない「法治国家」概念が、この「水門概念」に属するという。その「水門概念」とは、「それ自体から決して『客観的』、完結的に定義されえず、むしろ、変遷する国家・憲法理論の諸概念が流入すること (Einströmen) に関わっている […] ただし、概念の内実が完全に変えられてしまったり、つまり、継続性が失われたり、単なる空疎な定式へと成り下がってしまったりはしない」。その例に ebd., S. 144, Fn. 2では「自由・所有権条項」「自由な民主的基本秩序」も挙げられる。また、ders., *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2. Aufl., 1981, S. 388 は、憲法を形成する基本決定は、政治的・法的または倫理的・法的で、動態的な、法的意義を獲得する秩序理念によって、ドグマティックな機能、すなわち「水門概念」であらねばならない旨を説く。そこでは、(本論文では「水門概念」とすることに批判的である) 1条1項〔人間の尊厳〕が挙げられていた。つまり、「水門概念」は、かつては明確な政治的・倫理的理念を法へ転換させるための概念であったが、本論文では単なる参照概念にとどまっている。

(31) Drews/Wacke/Vogel/Martens, *Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder*, 8. Aufl., Bd. 2, Köln/Berlin/Bonn/München 1977, S. 130.

たしかに、人間の尊厳の概念は、その具体的効果において一度きりには固定されていない、むしろ一定の変動幅を示し、新たな挑戦に対応して反応でき、また反応しなければならない徹頭徹尾開かれた概念である。しかし、この具体的効果は、確固たる核心から規範的な基本的内実につながる。そして、この基本的内実は、水門概念の意味では理解され得ず、そう理解することは人間の尊厳概念の規範的な意味と矛盾する。水門概念は、そのプラグマティズム〔実用性〕やプラクティカビリティ〔実行可能性〕を志向する機能性を、常に、法秩序によって予め設けられた基礎や原理（Grundlagen und Prinzipien）の枠内でのみ有している。この機能性は、こうした規範的な性質を備えた基礎や原理を解体することなくして、基礎や原理それ自体へ転用されえない。水門概念としての人間の尊厳、このことによれば、犯すことも侵すこともできないものとして妥当すべき基本法秩序の根柢的な規範が、移ろいゆく時代精神表象に応じて変わりやすいものへと変わってしまうであろう。基本法1条1項は、移り変わる表象に対応した単なる循環式瞬間湯沸かし器となってしまうかもしれない。仮にそうならば、その表象を、その湯沸かし器なる1条1項が、上げたり下げたりしながら、そのつど不可侵や不可変へと高めるのである。このような〔時代表象を上下流入させる水門概念へと人間の尊厳をする〕ことは、1条1項の規範的な意味ではあり得ず、そして、基本法制定会議によって全くもって意図されてはいないことであった。

〔補論〕 人間の尊厳保障の基本的内実

しかし、人間の尊厳保障が完全無疵であり続けて、移り変わる要求と時代精神表象に身をゆだねるべきでないならば、いったい何を人間の尊厳保障は内容とするのか？

この保障の基本的内実、すなわち、現に開かれているにもかかわらず人間の尊厳保障の確固たる核心の存続〔存立〕を形成するものが何であるかは、現在見たところよりもあまり議論されていない、と私には思われる。人間の尊厳の内容を規定する様々な立脚点につき、こうした核心の存続は、カントから借用された「目的それ自体」(Zweck an sich selbst) という定式、または、連邦憲法裁判所から付された「それ自体のための現存在」(Dasein um seiner selbst willen) という定義によって言い換えられる。その定義の中に、自らの主体としての位置づけや承認、自らを展開する自由、たやすく意のままにされ得る物

のような辱めや道具的な扱いを受けないようにすることが、実定的なものに変えられており、尊重され保護されることが肝要である諸権利の正当性 (Recht auf Rechte)^{訳註 6} が含まれている。

こうした人間の尊厳の相対化と不可侵性をめぐる論争に特有な争点と要点よりも、当該保障が生まれた人間と並んでまだ生まれていないヒトの生命にも帰属するかどうか、どこまで及ぶか、という問題のほうが重要である。このことは、人類遺伝学、生命技術や生殖医学の発展によって容易に思い浮かぶ。1 条 1 項の規範的内実から発する当該問題に答えるために、4 ないし 16 細胞の接合子〔受精卵〕(Zygote) に資質を付与しようと模索するのではなく、生きている、生まれている人間の尊厳を出発点とすることが得策ではある。生まれている人間が人間の尊厳の担い手たることに、全く争いはない。そうであるならば、問題は、どこまでヒトの尊厳のこうした承認がすべての人間〔ヒト〕の生命発達過程へまで及ばなければならないか、またそれとともに、どこまで承認が実際にあり続けるか、ということである。尊厳の承認と尊重は人間の生命発達過程における一定の位置で初めて始まるが、それより前はこの生命発達過程が意のままにされ続ける場合、そう主張されるように、それで十分なのか、あるいは、生命の始原から、当該ヒトの生命の最初期に、尊厳の承認と尊重がなければならないのか？ 後者のみが、それ自体のための現存在、または、目的それ自体が実際にあり続け、内容の空疎な熱弁となるべきではない場合であり得る。完全な存在〔人間存在〕(Wesen) を際立たせる尊厳は、その存在〔人間存在〕に特有な歴史から切り離され得ず、むしろ歴史と共にあってこれを包含しなければならない。

詳しくいえば、人間にその尊厳ゆえ責任のある、承認と尊重の生命発達過程の一定の局面を例外にしようと、または、こうした尊重を成長過程的に段階づけようと模索されるならば、たとえば、8 ないし 16 細胞になったばかりであれ、あるいは、不確定な着床へ未だ至っていないのであれ、いずれにせよ、それゆえに、個々の人間個人その者 (einzelnen individuellen Menschen selbst) の発達に裂け目がつくられている。その者の尊厳の尊重がいかなる人間それ自

訳註 6 基本法 1 条 1 項 1 文「人間の尊厳」を、(師のベッケンフェルデと同様に権利それ自体ではなく) 人間として人間の権利能力、権利主体であり得ることを承認する「諸権利の正当性」と解釈する Christoph Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung: zur Dogmatik des Art. 1 GG*, Tübingen 1997, S. 502 f. による。

身にも妥当すべきならば、尊重は、その者に初めから、その者の（*seines*）生命の最始期に認定され、そこまで及ばなければならない。その者が——目的それ自体ではなく手段化や恣意性に対して護られずに——最初に一度は幸運にも乗り越えてきたにちがいない、そうした〔尊厳の〕間欠期の後になって初めて尊重されるわけではないのである。

こうした形成され発達する人間の固有な生命の最始期は、まさに受精（*Befruchtung*）の時であって、それより後になって始まるのではない。受精によって、ヒトの生命の形でもある精細胞と卵細胞に対する、新たな独立したヒトという生物（*menschlichen Lebewesen*）が形づくられる。それは、そうなるほかない一定の染色体一組を接合することによって、紛うことのない個〔これ以上分割できないもの〕（*individuell*）と特徴づけられる。このことは——自然科学上争いなく——個々の人間の生物学的な根柢なるものである。その後の精神と心の発達は、そこにすでに基礎が置かれている。そして、人間は、身体・精神・魂の統一体（*Leib-Geist-Seele-Einheit*）である。つまり、個々の染色体一組が固定された後に、もはや発達するという資質へ刻み込まれるものはない。発達の遺伝子プログラムは、完全に現にあって、もはや補充する必要はなく、自らの組織に応じて、生命発達過程の流れにおいて内部から展開する。もちろん、全てこのことは、外部から多種多様で不可欠な助力や促進なくして、生じ得ない。そうした助力とは、栄養の供給、母体などとの接触や交換のように、それ自身も影響を刻印するものである。このことは、自発的に自ら発達する可能性の疑いなく必要な諸条件であるが、諸条件は、発達なるものそれ自体ではない。そして、諸条件は、あらかじめ存在しているのみならず、生まれた後も一部なお比較的長期間は存在し続けるのである。自然に、そうして生じている生命発達過程へさらに影響を及ぼされること、また、発達過程が——たとえば着床の途上で——唐突に終わり得ることも、事実ではあるものの、自然に受精によって発達過程の始期が終結することはない。このことは、生活世界においても十分に納得がゆく。両親は、精確に、いつの営みから娘または息子が生まれたか、知っていることは珍しくない。こうした、たとえば後の着床または脳皮質の形成ではなく、成立する受精の時点から、両親にとって子どもの生命の始期は始まるのである。受精によるヒトの生命の始期は、全く決して直観に反するものではない。

したがって、ヒトの胚に人間の尊厳の保護とそれとともに生命の権利も帰属するかどうかは、存在論的な根本主義の発露ではなく、早くも8ないし16細胞

が経験的に人格 (Person) として資格を付与され得るかどうかには依存していることもあるし、また依存しないこともある。重要であるのは、むしろ、基本法の言明しているような、人間の尊厳の承認が、その規範的内実にもとづいて、その内実が恣意的に縮減されないならば、すべての人間の生命の最初の始まりまでをも含んでおり、そこまで及ぶべきことである。

訳者解題・あとがき

Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Bleibt die Menschenwürde unantastbar?* の翻訳が以上である。同論文は、現在、もはや歴史的名著というべき同『法・国家・自由——法哲学、国家理論、および、憲法史に関する研究』〔増補版〕(ズーアカンフ社、フランクフルト・アム・マイン、2006年)の最終章に新たに取められた最後かつ最新の論文である^{訳註7}。その初出は『ドイツ・国際政治雑誌』2004年10月号に掲載されたものである^{訳註8}。この雑誌論文 *Blätter*2004 版の改訂版が Suhrkamp2006版にあたる。微細な字句の修正のほか、*Blätter*2004版1225-1227頁の「人間の尊厳保障の基本的内実」の項目は、Suhrkamp2006版では割愛されている。本訳は、この未収部分も「補論」として訳出した。以上のもとになったのは、講演会「根柢的なるもののゆらぎ? —— 基本法の人間の尊厳保障の新解釈をめぐる論争」(ハインリヒ・ベール財団、人間・倫理・科学研究所、2004年6月11日、ベルリン)での講演である^{訳註9}。

ベッケンフェルデ (1930年9月19日カッセル生まれ) は、周知のようにドイ

訳註7 Ernst-Wolfgang Böckenförde, »Bleibt die Menschenwürde unantastbar?«, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit : Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, erweiterte Ausgabe, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 2006, S. 408-419. [同書所収論文を Suhrkamp2006版と略記する] 同書は1963年からの18の論稿を収める。初版は1991年。本論文は、「法・国家・自由の相関性」に新たなアクセントを付け加えるだろうという (ders., Nachwort, in: ebd., S. 420 f.)。

訳註8 Erstveröffentlichung in: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 10 (2004), S. 1216-1227. [同誌所収論文を *Blätter*2004版と略記する]

訳註9 Vortrags auf der Veranstaltung »Rütteln am Fundament? Die Debatte um eine Neuinterpretation der Menschenwürde-Garantie des Grundgesetzes« der Heinrich-Böll-Stiftung und des Instituts Mensch, Ethik, Wissenschaft (IMEW) am 11. 6. 2004 in Berlin.

ツの国法学者（1956年法学博士^{訳註10}，1961年哲学博士）で，フライブルク大学などで公法，憲法史・法学史，法哲学の正教授を歴任した^{訳註11}。そこでは，いわゆる自由保障のための「市民的法治国家の配分原理」「国家と社会の二元論」に基礎を置くシュミット学派の白眉として，有力説を築いてきた^{訳註12}。また，1983年12月20日から1996年5月3日まで連邦憲法裁判所第2法廷の裁判官も務め，多くの少数意見を残し，多数意見としても民主的正統化の理論など判例に影響を与えてきた^{訳註13}。そして，連邦議会において「憲法改革」調査委員会〔「憲法改正」審議会〕の専門委員（1971-76年）も務め，近年も2006年に連邦議会の発行する後掲雑誌で小論を展開している。なお，裁判官任官の背景には，キリスト（カトリック）教徒ありつつ，ドイツ社会民主党（SPD）党員でもあるということがあったが，もちろん一党一派に偏頗することなく，緑の党の関連財団である（同じくカトリック教徒，戦争「廢墟文学」で著名なノーベル賞作家の名を冠した）ハインリヒ・ペール財団の催す上記講演会の講師として招かれたわけである。

関連論文も交えて触れておきたい。まず本論文のⅠ．で述べられたように，デューリヒの『基本法註釈書』1条（1958年）を，ヘアデゲンの『基本法註釈書』1条（2003年）は一新させた。そこでは，ヒトの生命の発達段階に応じて尊厳を上げ，その衡量，「人間の尊厳の相対化」へと門を開いたのである^{訳註14}。

訳註10 この博士論文（1958）の増補部分が，訳註5の前掲書（1981）にあたる。

訳註11 参照，とりわけ，E・W・ベッケンフェルデ著／初宿正典編訳『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社，1999），同「編訳者あとがき」同書419頁の略歴。

訳註12 参照，まずもって邦語文献では，同書所収の諸論文のほか，樺島博志「解説」同書405頁以下，同「自由主義的基本権理論の再構築（1）（2・完）——ベッケンフェルデとシュミットの基本権理論の視点から」自治研究71巻12号（1995）106頁以下，72巻3号（1996）108頁以下，小貫幸浩「自由国家の法理と，E-W. ベッケンフェルデの憲法学」高岡法学12巻1号（2000）17頁以下，藤田宙靖「E・W・ベッケンフェルデの国家と社会の二元的対立論」『行政法の基礎理論』上巻（有斐閣，2005）〔初出1976-77〕80頁以下，赤坂正浩「国家法人説とベッケンフェルデのアンシュタルト国家論」『立憲国家と憲法変遷』（信山社，2008）287頁以下〔初出2007〕，渡辺康行「『憲法』と『憲法理論』の対話（5）」国家学会雑誌113巻5＝6号（2000）391頁以下の憲法解釈方法論ないし憲法理論・国家論など。

訳註13 渡辺康行「憲法裁判官としてのベッケンフェルデ」法律時報72巻9号（2000）64頁以下の特に11の少数意見の通観。

それに対して、ベッケンフェルデは、本論文にも挙げられているようにフランクルター・アルゲマイネ紙で「人間の尊厳は不可侵だった」と題して嘆いた^{訳註15}。これも反響を呼び、議論を活性化させた。さらに、自らの立場を再検討・詳解・明解にすべく、諸々の反対説も考察し、発展させたのが本論文である。

また、II. において、ヘアデゲンへの嘆きは遡り、レルヒェから始まって〔その弟子のクレプファーも^{訳註16}〕、ホフマン、そして、その弟子のドライアー^{訳註17}へも向けられる。もっとも、ヘアデゲンとドライアーには少なからず違いがあり、胚の扱いを柔軟にするものの、ドライアーには基本法2条2項「生命権」と分離された1条1項「人間の尊厳」を相対化させる意図はないだろう。にもかかわらず、2008年、(後述の拷問禁止についても)「ドライアーの相

訳註14 なお、ヘアデゲンは、国法・比較憲法・行政法・欧州法・国際法・国際経済法・生命技術法など幅広く専門としている。特に、教授資格論文 Matthias Herdegen, *Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts*, Berlin/New York 1989の主に「実定法」としての「良心の自由」といった法実証主義的なリベラリズムや、ders., *Internationales Wirtschaftsrecht*, 1-7. Aufl., München 1993-2008, 榑崎みどり監訳『国際経済法』〔第2版〕(中央大学出版部, 1999)といったネオリベラリズムへの傾斜には歯止めを置く著作で日本でも知られてきたが、それらの延長線上に、1条1項に対する自由余地の法解釈学と「純粹国法学」が位置づけられるのであろうか。最近の関連論文に、ders., »Deutung der Menschenwürde im Staatsrecht«, in: G. Brudermüller/K. Seelmann (Hg.), *Menschenwürde: Begründung, Konturen, Geschichte*, Würzburg 2008, S. 57 ff.; ders., »Das Absolute ist relativ«, in: *FAZ* vom 18. 12. 2008.

訳註15 Böckenförde (Anm. 24) [=訳註7], S. 379-388, Erstveröffentlichung in: *FAZ* vom 3. 9. 2003, S. 33 und 35.

訳註16 本論文では取り上げられていないが、相対化説である Michael Kloepfer, »Leben und Würde des Menschen«, in: P. Badura/H. Dreier (Hg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2, Tübingen 2001, S. 77 ff.; ders., »Humangentechnik als Verfassungsfrage«, in: *JZ* 2002, S. 417 ff. 他の学説も併せて参照, 玉蟲由樹「人間の尊厳保障の絶対性?」福岡大学法学論叢 50巻4号(2006)601頁以下。

訳註17 Dreier (Anm. 19)と重なる邦語文献として、ホルスト・ドライヤー(押久保倫夫訳)「人間の尊厳の原理(基本法第一条一項)と生命倫理」ドイツ憲法判例研究会(栗城壽夫・戸波江二・青柳幸一)編『人間・科学技術・環境』(信山社, 1999)69頁以下がある。

対性理論」などとレッテルを貼られ、胚保護を擁護する連立与党のキリスト教民主同盟（CDU）によって、（連立与党 SPD 推薦の）連邦憲法裁判事の任官を拒否された。

そして、レッテルといえば、III. において、ベッケンフェルデは、「自然法論」「天賦理論〔恩寵理論〕」とレッテルを貼られたことに反論している。たしかに、ベッケンフェルデの宗教論については、近年まとめられた『時代の挑戦における教会とキリスト教信仰——政治・神学の憲法史に関する諸論稿1957-2002年』〔第2版〕（2007年）のように、長年にわたる背景がある^{訳註18}。しかし、これが「人間の尊厳」と直結しているかは少なくとも本論文を通しては読みとれない。キリスト教や、カントの人倫の形而上学を背景とする、自然法は高く評価して切り離せないとしつつも、実定法への刺激にとどまるというのである。他方で、人倫、特に、その時々¹⁹の社会の倫理が流入する「公の秩序」のような「水門概念」（さらに「水」を触れられない〔不可侵な unantastbar〕熱湯へ高める「湯沸かし器」として「人間の尊厳」を捉えることには否定的であった。やはり、ベッケンフェルデは、基本法制定史も含め「歴史」に重きを置いている。

さらに、具体的に、生命医学・技術への適用問題も補論されている。そこでは、「人間の尊厳」の相対化の是非よりも、どの時点から尊厳保障を認めるかを問題としている。こうした問題は、多くの紹介や論文がある^{訳註19}。ベッケンフェルデ自身も、法学誌で「規範的原理としての人間の尊厳——生命倫理の議論における基本権」、医学誌でも「『それ自体のための現存在』——基本法の言明しているような、人間の尊厳の承認が、生命の最初の始まりへまでも及ぶべきである」と本論文の結びを掲げて説いている^{訳註20}。

訳註18 Böckenförde, *Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit : Beiträge zur politisch-theologischen Verfassungsgeschichte 1957-2002*, 2. Aufl., Münster 2007.

訳註19 とりわけ、青柳幸一「ドイツ基本法1条1項『人間の尊厳』論の『ゆらぎ』——憲法における人間」同編『融合する法律学』上（信山社、2006年）とくに34頁以下、42頁以下が、他の諸論稿も交え、考察している。最近では、西野基継「人間の尊厳と人間の生命をめぐる最近のドイツの議論（1）～（4）完」愛知大学法学部法経論集173, 175-177号（2007-08）。

訳註20 Böckenförde, »Menschenwürde als normatives Prinzip : die Grundrechte in der bioethischen Debatte«, in: ders. (訳註7), S. 379-388, Erstveröffentlichung in: *JZ* 2003, S. 809 ff.; ders., »,„Dasein um seiner selbst willen“ : die

なお、一方、同じくアクチュアルな問題として、『視点 連邦議会』において2006年の航空安全法違憲判決にも触れたベッケンフェルデの「人間の尊厳」論と拷問禁止の射程についてや^{訳註21}、他方、ベッケンフェルデの「人間像」論と思想史・学説史・制憲史については^{訳註22}、他日を期したい。そのうえで、「人間の尊厳（の尊重と保護）」と日本の憲法（学）における「個人の尊厳（の尊重）」との比較が重要となろう。

ベッケンフェルデ教授、ズーアカンフ社のプレス氏には、翻訳と面会を御快諾いただき、また、本学・本研究員の戸波江二教授にも、その御紹介をいただき、御世話になった。心より御礼申し上げる。

Herzlich danken wir Herrn Richter des Bundesverfassungsgerichts i. R. Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Ernst-Wolfgang Böckenförde und Herrn Ulrich Breth, Suhrkamp Verlag.

Anerkennung der Würde des Menschen, wie sie das Grundgesetz ausspricht, ist auch auf die ersten Anfänge des Lebens zu erstrecken«, in: *Deutsches Ärzteblatt*, 2003, S. A 1246.

訳註21 Böckenförde, »Die Garantie der Menschenwürde«, in: *Blickpunkt Bundestag* 4 (2006), Debatte. 拷問禁止のゆらぎは、Herdegen (Anm. 1), Stand 2005, Rdn. 45; ders., (訳註14) S. 64-66; Dreier (Anm. 20), Rdn. 133も。なお、対外的・対内的安全については、参照、水島朝穂「E・W・ベッケンフェルデの非常事態規定モデル」『現代軍事法制の研究』（日本評論社、1995）253頁以下〔初出1984〕。

訳註22 例えば、Böckenförde, »Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung«, in: ders. (訳註7), S. 58 ff.; Erstveröffentlichung in: K. Michalski (Hg.), *Der Mensch in den modernen Wissenschaften*, Stuttgart 1985, S. 91 ff.