

憲法的保障としての人間の尊厳

—シュターク論文の翻訳—

渡 辺 中

〔一〕 ま え が き

本稿は、クリスチャン・シュターク教授の論文、**Menschenwürde Als Verfassungsgarantie (CHRISTENTUM, SÄKULARISATION UND MODERNESRECHT, LUIGI LOMBARDI VALLAURI, GERHARD DILCHER 編所収)**の全訳紹介である。

シュターク教授は、現在、ゲッティンゲン大学において公法学教授として活躍なさっておられるが（1975年から2年間ほど、同大学の学長に就任している）、私が同教授の名を知ったのは、私の指導教授、和田英夫教授（明治大学）が昭和52年8月から9月にかけて、約一ヶ月間の日程で、ヨーロッパ諸国、とくに西ドイツ、イタリア、フランスにおける憲法裁判関係の資料蒐集、実地見学さらには公法学担当教授との接見を含む研究調査のために訪欧し（この点については、和田英夫・西ドイツ、イタリア、フランスの憲法裁判管見——大陸型違憲審査制の国々を訪ねて——判例時報 869号以下参照）、西ドイツのライプホルツ教授（元連邦憲法裁判所裁判官）の自宅を訪門した際に、同教授からシュターク教授の御紹介を受けたということを帰国後の昼食会の席で伺った時である。その後、シュターク教授から和田教授のもとへ多くの論文の抜刷をお送りいただくようになり、本稿において紹介する論文もその中の一つである（なお、以前に送付いただいた論文、**Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozeß der Bundesrepublik**, 1976, **Recht und Staat**, Heft 466 / 467 については、私も翻訳補助をさせていただき、和田英夫・『西ドイツの政治過程の

なかの憲法裁判所——シュターク論文の紹介によせて——法律論叢第50巻第6号に紹介させていただいた)。

ところで、「憲法的保障としての人間の尊厳」と題する本論文は、Ⅰ. 基本法における人間の尊厳保障、Ⅱ. 人間の尊厳の精神的基礎、Ⅲ. 人間の尊厳の根源の存続かあるいは死滅か? の3つのテーマの下に12の小テーマ(節)に分けて論述されているが、私が、思わぬ誤訳ないしは不適訳——この点についてはシュターク教授の御寛恕を願うほかない——を顧みずにあえて研究資料として本論文の紹介を試みたのは、ドイツ連邦共和国基本法と同様に西洋の伝統である国家に対する人間の優位性という前国家的ないしは超国家的な人権の観念を肯定し、自然法を承認している日本国憲法下において、人間の尊厳および人権のほぼ完全な保障が広範かつ詳細な人権カタログや憲法国家制度によって完備されており、人権の保障も極めて高い水準に到達するとともに人権をめぐる教義もまたますます緻密さを加えてきているということを一方では高く評価しながらも、他方においてこのような人権の発展に直面しているわれわれの多くは、往々にして人間の尊厳および人権の立脚している精神的基礎を忘れ去っているのではないか、そして、このような精神的基礎が忘れ去られたならば、人間の尊厳および人権の保障は時の経過とともにやがては強大な国家権力によって空洞化され、最早存続することができなくなるのではないか、という疑問を提示するとき、ドイツ連邦共和国基本法下における人間の尊厳保障をめぐる状況を跡づけ、人間の尊厳の精神的基礎を論及しながら、人間の尊厳および人権のほぼ完全な法的保障が完備されるに至っているドイツ連邦共和国基本法下においても人間の尊厳の立脚している精神的基礎が忘却されたならば空洞化されてしまう危険性のあることを事例をあげて喚起し、人間の尊厳保障の存続を希望するならば人間の尊厳や自由の宗教的・形而上学的基礎づけの重要性および人間の尊厳に対する継続的信念の重要性を強調するシュターク教授の提言は、エルンスト・トロエンの「われわれは、宗教的・形而上学的自由の原則を守っていこう。さもないと、われわれは、自由や人格、そしてその進歩を誇っている瞬間に自由や

人格の多くは失なわれてしまうであろう」^(※)との警告を想起させるものであり、わが国の人間の尊厳および人権保障をめぐる私の前述した問題意識に対する一つの有益な手掛りを提供する、いわば導きの糸ともいえる格好の論文であると思われるからである。

なお、本論文の紹介については、シュターク教授より、好意的承諾を得ているを付記し、感謝の意を表したい。

(※) E. Troeltsch, *Die Bedeutung des Protestantismus für die Entstehung der modernen Welt*, 1911, S. 103 (なお、この文献を引用している。C. Starck, *Entwicklung der Grundrechte in Deutschland, Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, Band III*, 1980, S. 93 を参照)。

目 次

〔一〕 まえがき

〔二〕 翻 訳

I 基本法における人間の尊厳保障

- (1) 問 題
- (2) 基本法における人間の尊厳保障の成立
- (3) 人間の尊厳保障に関する解釈補助
- (4) ドイツの法実践における人間の尊厳保障

II 人間の尊厳の精神的基礎

- (5) 古代とキリスト教
- (6) 政治哲学
- (7) 世俗化
- (8) 自由主義と実証主義

III 人間の尊厳の根源の存続か、あるいは死滅か？

- (9) 形而上学的次元の人間の否定
- (10) 形而上学的次元は、意識下にある。
- (11) 人間の尊厳の形而上学的基礎
- (12) 国家と形而上学

〔二〕 翻 訳

I 基本法における人間の尊厳保障

(1) 問題

憲法的保障としての人間の尊厳というテーマは、《キリスト教、世俗化そして近代法》という問題設定と関連して中心的な法教義上の問題を提示する。国家および共同体における人間の地位に関する最高の実定化された法源(Rechtsquelle)としての基本法1条1項の基本的な言明は、重要である。⁽¹⁾すなわち、《人間の尊厳は、不可侵である。これを尊重し、かつ、保護することは、すべての国家権力の義務である⁽²⁾》と。人間の尊厳の援用は、すでに1937年のアイルランド憲法前文の中に見られる。1947年のイタリア憲法は、その41条において、人間の尊厳は私的経済的創意を限界づけるものとして規定している。1948年の世界人権宣言1条によれば、すべての人間は、《生まれながらにして自由であり、尊厳と権利とにおいて平等である》と規定している。1975年以降、新たに発布された西ヨーロッパ諸国の4つの憲法——スウェーデン、ポルトガル、スペイン、ギリシャ——のすべて、およびスイス憲法全面改正草案は、人間の尊厳を政治秩序の基礎として位置づけているか、⁽³⁾あるいは人間の尊厳保障を基本権カタログの冒頭に掲げている。ヨーロッパ諸国の、比較的最近のあるいはごく最近の憲法制定における人間の尊厳のこのような現状に鑑み、キリスト教、世俗化そして近代法をめぐるシンポジウムの範囲において尊厳保障を検討する動機は十分である。

このシンポジウムにおいては、一方では、キリスト教が、どこまで近代法の形成に影響を及ぼしたのか、しかもヒューマニズム、啓蒙主義および革命を通して直接的あるいは媒介的にどこまで近代法の形成に影響を及ぼしたのかという歴史的な問題が取り扱われた。しかし、他方では、現実的かつ将来的な問題もシンポジウムのテーマの中に取り入れられた。すなわち、近代法が、道徳的かつ精神的根源をキリスト教の中にもっているとするならば、その場合に法や法制度が損傷せしめられたり、あるいは根本的に変化せしめられることなしに、法というものがキリスト教的根源から(忘却によっても)どこまで分離され得るのか? ——その際に、ここで検討される人間の尊厳が、中心的な役割を演ずる。なぜならば、人間の尊厳は、国家に対する人

間の関係についてのキー概念（Schlüsselbegriff）⁽⁶⁾として、国家の創建（Staatsgrundlegung）に関わることであり、国家的な組織や仕務の遂行ならびに自由の保障に法的な作用を展開するものであるからである。

（2）基本法における人間の尊厳保障の成立

基本法をめぐる資料は、《憲法の祖父達（Verfassungsväter）が、人間の尊厳についてどのように表象していたのかという点について一定の手掛りを提供する。この問題についてある程度の一致が見られたにせよ、基本法1条の文言のもとで自然法と結びつけることができるのか、あるいは自然法の不確定性ゆえにむしろ自然法を度外視すべきかどうかという議論において重要な役割を演じている。議員・シュミット博士（社会民主党）は、つぎのように述べて、《歴史的な自然法概念》を弁護している。すなわち、《歴史的発展のこの領域において、われわれドイツ人は、国家によって侵害されないものとしてのあれこれの自由を人間に保障する自由の基準の下では好んで生活する気にはなれない》⁽⁶⁾と、人間の尊厳は、議員・ホイス博士（自由民主党）によって《解釈されないテーゼ》⁽⁷⁾と呼ばれている。人間の尊厳についてどのように考えられていたかは、憲法制定会議専門委員会⁽⁸⁾における議員・ジーボム博士（ドイツ党）、ホイス博士、シュミット博士そしてジスターヘン博士（キリスト教民主同盟）との間で行なわれた議論から明確になる。人間の尊厳保障と密接な関係にある《不可侵かつ不可譲の自由権と人権》の保障のもとに《神によって与えられた(von Gott gegeben)》という文言を挿入すべきであるという議員・ジーボム博士の提案が問題となった。提案者は、つぎのことを必要なことと考えていた。すなわち、《自由権および人権のこの由来を基本法の中に明確に表現しておくということである。言うまでもなく、人間は人間に服従するのではなく、むしろ人間が神によって与えられた、人間自身の中にもっているおきて(Gesetz)、つまり人間の良心というかたちで人間に与えられているおきてにだけ服従する場合にのみ真に自由となる。人間の良心によって定められた自由から責任感が発展し、そしてその責任感から人間がひとり社会的活動を行う能力が与えられる時、神によって与えられた良

心から自由権や人権を求める人間の要求 (Anspruch) もまた発展する。この発展は、これらの自由権や人権が神によって人間に与えられており、それゆえに神によって人間に課されている義務の範囲においてこれらの自由権や人権が保障されなければならないということを人間が絶えず自覚すべきことを前提とする。この真理を、ここで明確に表現するために、われわれは、この三つの文言「von Gott gegeben (神によって与えられた)」を挿入することを願うものである》。

議員・ホイス博士は、神学と関り合いのない憲法制定の世俗的性格を指摘した。そこで、ホイス博士は、《ジーボム博士が表明している 基本的態度を承認するに際して、神の援用をここで一緒に挿入することに対しては賛成できない》と述べている。議員・シュミット博士は、ガレー船に鎖でつながれた奴隷も有しているキリスト教徒の自由と憲法が付与することのできる自由権との間の相違を指摘した。これに対して、議員・ジスターヘン博士は、つぎのように応答している。《われわれは、この提案によって神学を打ち出すつもりは毛頭ない。われわれは、キリスト教徒の自由の問題もここで憲法に持ち込むつもりはない。ただ、われわれは、この提案によって、これらの自由権が神によって人間に付与されたものであり、それゆえにまず最初に国家によって付与されたものではないということを言うことによって、これらの自由権の前国家的性格を今まで存在した文言よりもさらに明確に強調したいと思っただけである。「不可侵かつ不可譲の」という文言によって、このような観念が幾分なりともすでに想起されるものである、と多分言うことはできるであろう。しかし、われわれにとって重要なことは、われわれが、「神によって与えられた (von Gott gegeben)」という文言を挿入することによって、この観念をより明確に、かつより意味深いものとして表現することなのである。そのことによって、国家によるこれらの権利の不可侵性が表現されるのである。したがって、われわれとしては、神学的な意図をこの提案に結びつけるものではない》と。

議員・ホイス博士は、さらにその意図において賛成であると述べているが、

しかし、国家の基本法を制定する場合には、その概念は前国家性に寄与するものではないという意見であった。議員・ジーボム博士は、《神によって与えられた》という文言の挿入を提案することによって、《われわれ国民およびすべての後の基本法の読者に、これらの自由権がどこに由来するのか、そしてすべてのドイツ人に対する極めて重大な責任が自由権の保障と結びつけられているということ》を注意させようとしたのである。議員・グレーブ博士(社会民主党)は、個人的には、これらの自由権や人権は神によって与えられているという見解ではなく、それゆえに、ジーボム博士によって提案された見解は、《少くとも客観的なものの性格をもつものではない》と述べている。議員・シュミット博士は、レンナー議員(ドイツ共産党)の意見表明と対決して基本権の宣言の成立に対するイギリスの清教主義の意義を指摘した。議員・ジーボム博士の提案は、票決において11対10で否決された。

以上において再現された議論は、議員達が哲学的ないしは歴史的根拠から人間の尊厳とこれから必然的に生じてくる人権に、憲法を通して国家によって承認された高い地位を認めたことを示している。疑問の余地なく、憲法制定者は、人間の尊厳を保障することによって、まず民族社会主義政体(ナチ)の人間軽視に対応したのであり、⁽⁹⁾ そのため西洋の伝統である国家に対する人間の優位性に結びつけたのである。⁽¹⁰⁾

(3) 人間の尊厳保障に関する解釈補助

(a) 基本法の人間の尊厳保障の内容を明確にするための実定法上の解釈の手掛りとなるものは、人間の尊厳と因果関係に(《その周囲に》)ある人権(1条2項)およびこれに基づいて規定されている基本権(1条3項)である。すなわち、他人の権利や道徳律の枠内において認められる人権の発展を求める権利、人間の尊厳の物理的な基礎としての生命権、平等、学校や教育に対する強い保障を含む信仰の自由を求める権利、親の権利、名誉保護および青少年保護の限界内において自由な精神的コミュニケーションを求める権利、婚姻および家族の保護、所有権の保障および所有権者の義務、死刑の廃

止および法的審問などである。

(b) さらに、前文の神に対する責任の援用が、人間の尊厳概念を明確にするために重要である。神の援用は、⁽¹¹⁾他の現行諸憲法の中に同様に⁽¹²⁾見い出されるし、最近では1977年のスイス憲法草案に再び規定されているが、⁽¹³⁾確かに規定価値を獲得するに違いない。もちろん、この規定価値は、例えば、一般的な超越関係 (allgemeine Transzendenzbezug)、人間の形而上学的地位そして同時にすべての国家権力の相対性という信条の意味において (消極的にも) 信仰の自由の保護と矛盾するものではない。人間の尊厳の形而上学的基礎は、その法的核心において、国家的あるいは社会的諸権力による総体的な処分 (totale Verfügung) からの人間の究極的な保障を意味する。

(c) 基本法1条2項における平和と正義の結合は、正義なくして平和はあり得ないし、また平和を犠牲にした正義 (の理想) もありえないということの意味している。この言明の基礎となっているのは、人間の尊厳保障の精密化 (Präzisierung) を承認する人間像である。《地上の神の国》あるいは完全な正義を実現せんとする国家権力は、人間の尊厳をゆるがせにしている。

(4) ドイツの法実践における人間の尊厳保障

裁判によって人間の尊厳保障から導き出された一定の禁止や命令 (Verbote und Gebote) は、法実践 (立法および強化された司法) において尊厳保障の法的内実がどのように理解されているかという尊厳保障の法的内実を発見するための有益な基礎資料である。⁽¹⁴⁾個々の保障が人間の尊厳からどのように導き出されているか、そしてそれとともに人間の尊厳について一体どのように理解されているかという示唆が、裁判所の判決の理由づけから明確になる。人間の尊厳は国家のみを義務づけるだけではなく、人間同胞に対して人間をも義務づけるものであるがゆえに、つぎに問題になるのは、国家による尊厳の尊重だけではなく(a)、人間の尊厳の保護もまた問題となる(b)。

(a) 基本法102条による死刑の廃止は、⁽¹⁵⁾連邦憲法裁判所の見解によれば、《人間の生命の原則的価値に対する信条であり、また個人の生命をなんら重

要視せず、したがって市民の生死について越権的な権利を濫用するような政体観に強く反対する国家観に対する信条》である。

連邦憲法裁判所は、人間の尊厳に値する終身刑の執行要件について、《再び自由を共有するであろう機会》が有罪の宣告には残されていると判示している。法治国家原則からの顕著な要請にもかかわらず、終身拘留刑の宣告を受けた者にその者の自由を回復する期待を残している恩赦制度は、人間の尊厳保障から結論として出てくるものである。⁽⁶⁾ 連邦憲法裁判所は、その理由づけとしてつぎのように述べている。⁽⁷⁾ すなわち、犯行者は、自己の憲法上保護された社会的な価値の要請や尊重の要請を侵害され、犯罪防止の単なる客体とされてはならない、と。人間の個人的かつ社会的存在の基礎的な諸前提は、保持されなければならない。国家は、人間の尊厳に値する生存一般をまず形成するところの人間の最低限度の存在をつねに保障しなければならない。自由を回復する機会もなしに、国家が強制的に人間の自由を侵奪することを当然のごとく要求する場合には、このように理解された人間の尊厳とは両立しない。残忍かつ著しく苛酷な刑罰は、ドイツの諸裁判所の判決によれば、人間の尊厳に反する。⁽⁸⁾ バイエルン憲法裁判所は、これをつぎのように理由づけている。⁽⁹⁾ すなわち、《人格 (person) としての人間は、最高の精神的かつ道徳的諸価値の担い手であり、失なわれることのない、そして共同体 (Gemeinschaft) のすべての要求に対しても、とりわけ国家や社会のすべての政治的かつ法的干渉に対して独立かつ不可侵であるところの道徳的な独自の価値を體現するものである》と。性犯罪者の去勢や拷問も残忍な刑罰の禁止に属する。⁽¹⁰⁾

刑事手続上、人間に対する尋問は、その者の人間の尊厳を尊重しなければならない。したがって、尋問手段としての麻薬分析、うそ発見器、自白剤、催眠術および拷問は、人間の尊厳の観点から禁止されている。⁽¹¹⁾

独房の既決囚は、長期間にわたって外界および他の既決囚から完全に孤立して収容されてはならない。なぜならば、人間が他の人間と接触しうること
は人間の尊厳に帰属することだからである。⁽¹²⁾

法的審問の保障（基本法103条1項）は、人間の尊厳の直接的な帰結と考え

られている。⁽²⁴⁾連邦憲法裁判所の判決によれば、《人格の尊厳は、その筋の達しによって(von Obrigkeit wagen) 即座にその者の権利を自由に処分できないということを》要請する。すなわち、《個人は、裁判官による判決の単なる客体にすぎないのではなく、自己の権利にかかわる判決前に手続およびその結果に影響を及ぼしうるために発言の機会を有している》。

国家が、強制的に人間の全人格を記録したり、登録したり、それとともにあたかもあらゆる点において在庫目録(Bestandsaufnahme)に接近することのできる物のように人間を取り扱う場合には、人間の尊厳は侵害される。⁽²⁵⁾——およそ資料調査に関して調査されたり、貯蔵されたりしてはならないものは、生物学的あるいは精神的な人間の訓育によって(durch biologische oder geistige Menschenzüchtung)も獲得されてはならない。それだけに、多数の人間が一定の方向でのみ行動し、考えるように人間を精神的に閉じ込めてしまうようなことは人間の尊厳と合致しない。

(b) 人間の尊厳の極めて重要な基礎としての生命は、人間の尊厳の最高の価値に関わってくるために、国家は、第三者の侵害に対しても人間の生命を実効的に保護すべく義務づけられている。⁽²⁶⁾抑止的效果をもつ刑法の発動や生命に対する侵害が予防される限り予防的效果をもつ警察法および実際に活動する警察の維持は、この目的のためである。

さらに、人間の尊厳は、他の人間の尊厳を侵害するような言論や記述が禁止され、刑法によって制裁が課せられることを要請する。したがって、人間の尊厳は、例えば、住民の一部に対する憎悪(例えば、人種的憎悪あるいは階級的憎悪)をかきたてたり、あるいは住民の一部や個人に対する暴力的な措置や恣意的な措置を呼びかけたりする末期的な人間の抹殺という知能的な準備によって侵害される。⁽²⁷⁾刑法上、民法上の名誉保護も尊厳の中核にある。⁽²⁸⁾

(c) 判決によれば、国家に対して侵害禁止(a)や(第三者による尊厳侵害に関連して)禁止命令や制裁命令(b)を求めることだけではなく、行為命令を求めることもまた人間の尊厳に値する生存の一部である。それゆえに、国家は、肉体的、精神的欠陥のために自らの人格的、社会的発展を妨げられ、自らを

維持することのできない市民に〈人間の尊厳に値する生存を確保するための最低限の条件を保障し〉なければならない。⁶⁰連邦憲法裁判所は、複雑かつ危険な科学技術の発展に鑑みて、禁止命令や制裁命令の前面に情報命令(Informationsgebot)⁶¹を展開している。つまり、情報命令は、人間の尊厳のために起りうる危険を早期に認識するために権限ある国家機関にあらゆる努力を求められうるし、さらに必要な手段によってこれらの危険を予防されうるからである。

Ⅱ 人間の尊厳の精神的基礎

(5) 古代とキリスト教

人間の尊厳保障において示された人間像は、人間の尊厳の宣言や人間の尊厳の保障が歴史的にはそれ程人間が宗教的エネルギーから生きることになくなったごく最近において現われたにせよ、発展史的にはキリスト教と最も密接に結びついている。旧約聖書および新約聖書によれば、人間が神の似姿(Ebenbild Gottes)として創造されている(例えば、創世記 I, 27; エペリ書, 4, 24)という事情が、すべての人間の特別な尊厳の基礎なのである。このことから、人間にはこの世で意のままにされえない独自の価値が生まれてくる。なぜならば、人間は、決して単なる客体や手段にされてはならないからである。——古代哲学もまた人間の尊厳の発展に寄与している。すなわち、最初は市民の尊厳の発展に、後には世界主義的意味におけるすべての人間の尊厳の発展に寄与している。⁶²人間の特別な尊厳は、他のすべての生物から人間をきわだたせている理性の所有と意思の自由の中に見られる。尊厳と結合された古代・キリスト教的な自由の理念は、かなり共同体に拘束されていた。人間は、つねに同胞に依存するものとみなされていた。この同胞性は、都市国家(ポリス)、信者共同体、一般的な博愛そして連帯関係の中に現われてくる。人間の自由は、神の法、自然法、道徳律に結びつけられていた。

キリスト教信仰やキリスト教的生活態度——創造主、仲保者であり救世主であるイエス・キリストならびに聖霊によって導かれる信者共同体(教会)

との人間の結合（宗教）——は、俗界や自然界を超越する。この意味において超越（Transzendenz）あるいは形而上学について語られる。このような形而上学における人間の基礎づけは、人間の自由ならびに平等や博愛の基礎である。なぜならば、すべての人間は等しく神の似姿だからである。したがって、人間の尊厳は、単に人間の自己決定（Selbstbestimmung）を意味するのではなく、むしろすべての人間、それゆえにまた他の人間の独自の価値を基礎にした自己決定を意味する。

キリスト教から人間の尊厳を導き出すことに対しては、歴史的事象、とりわけ教会によって容認され、かつ助成された社会の身分制的な構成、中世の神学者達に継受された古代の奴隷理論ならびに異端者や不信心者を迫害するために教会によって世俗権力が利用されたことなどがもち出されるかも知れない。人間の尊厳に対するキリスト教教会の過誤——寛容がなかったことについても——は、キリスト教から人間の尊厳を導き出すことと矛盾するものではない。⁶⁴

社会の身分制的な構成——教会もこの中に組み込まれていた——は、存続した共同体の歴史的な形態として本来的に人間の尊厳と矛盾するものではない。奴隷理論、不寛容そして不信心者の迫害に関しては、むしろつぎのことが明きらかになるであろう。すなわち、人間の尊厳を完成させるためには、歴史の経過の中でその他の事象や精神的な発展がさらに加わらねばならなかったということである。これに関連して、キリスト教の発展が問題なのか（ヘーゲル）あるいは新たな潮流が問題なのかについては議論するにはおよばない。なぜならば、それを問題としたところで人間の尊厳の理念のバイブル的・古代的起爆については変りはないからである。

(6) 政治哲学

法実践における人間の尊厳と政治哲学における人間の尊厳とは別のことである。法実践においては、まず尊重させることのできた尊厳が自由権の基礎であったのであり、そしてそれが特に人身保護協定（Habeas-Corpus-Pakten）

で確約されたところのものであったのである⁶⁹。これに対して、政治哲学においては、いかなる場合に人間の尊厳はそのキリスト教的な由来を明確に示すのかということが一般的に論じられた。例えば、サムエル・プーフェンドルフは、彼の政治的思惟にとって中心となる人間の尊厳概念を神によって創造された社会的な人間の本性から導き出している。人間の尊厳は、道徳的に拘束された人間の自由⁶⁷および人間の平等⁶⁸の基礎である、と。

カントの尊厳概念は、人間の道徳的自律性から結論として出てくる⁶⁹。カントは、プーフェンドルフとは対照的に自由や尊厳の社会性（Sozialität）を強調するよりも、むしろ人間の個性（Individuität）を強調する。しかしながら、その場合でも人間は依然として道徳律——この道徳律の中には自然法的な伝統が含まれている——に拘束されている。カントは、道徳的法則に対する責務について語っている。なるほど、人間は自由によって可能な、また実践理性によって示された道徳の国の立法者の一員である。しかし、人間はその国の臣民なのであって、その君主ではないのである、と。道徳的自律性の中に横わっている尊厳のキリスト教基礎は、例えば、カントがつぎのように述べる時、さまざまな箇所⁷⁰に現われている。すなわち、〈被造物としてのわれわれの低い段階を誤認し、うぬぼれが神聖なる法則の尊厳（Ansehen）を否定することは、すでに背叛なのである⁴⁰〉と。——ルネッサンス時代以来、神学的に方向づけられてきた形而上学的な伝統から徐々に開放された人類学も人間性理論（*doctorina humanae naturae*）として博物学や人生体験を含んでおり、その中でキリスト教的人間像を生き生きととどめている⁴¹。もちろん、これには例外的なケースがないわけではない。つまり、われわれがホップスを考えればわかるように、人間が相互に闘争状態にある状況の中で人間の平等を基礎づけて観察したり、人間の尊厳をもって人間の評価を市民とみなすような場合には例外的なケースとなる⁴²。

(7) 世俗化

ヘーゲルは、〈まずゲルマ民族が、……キリスト教の中で人間は人間として

自由であるという意識をもつに至った》と考えた。この意識は、まず宗教の一部となり、そして苦難な過程の中でようやく《世俗的なこと》に振向けられるようになったに違いない、と。ヘーゲルは、宗教改革⁽⁴⁵⁾、啓蒙主義⁽⁴⁶⁾、革命⁽⁴⁷⁾などに自由の意識における進歩としての世界史を見た。ヘーゲルによれば、近代世界および近代法は、キリスト教の萌芽から発展した。近代世界の障害物としてではなく、源泉としてのキリスト教は、一方では、近代世界はキリスト教に抵抗して闘いとられたものであるという観念と、他方では、近代世界⁽⁴⁸⁾に対してキリスト教の遺産が守られるべきであるという観念を排除する。世俗化というのは、現世における萌芽の発展とその現実化を意味する。

この意味において、後に発展してくる個人主義——個人主義は、神と人間との直接的な関係において結局は神学的に基礎づけられているが、しかし、これを越えて広範に社会生活においてその効果が現われており、そして個人を国家と対立させている人権宣言において最高頂に達している——の萌芽もまたキリスト教にある。その限りにおいて、エルンスト・ヴォルフは、適切にも、人権宣言を《キリスト教的西洋国家の宗教の所産》⁽⁴⁹⁾であると評価している。この所産は、古典的な世俗化の過程に基づいている。社会生活においては、個人主義が神学的に基礎づけられているわけではなく、むしろ同胞や博愛で一貫していたけれども、神と人間との関係において純粋に神学的に基礎づけられた個人主義は、社会生活に影響を及ぼしている。もちろん、人権は、国家——国家は、社会的諸関係の組織と同一視されてはならない——に対する人間の権利として定式化されている。人権としての個人主義が、実生活および民法において強化されて貫徹されているということは見逃がされてはならないとしても、市民と国家間の個人的権利の範囲の限定 (*individualrechtliche Spärenabgrenzung*) が、機械的に人間相互の関係を支配すべきではない。

(8) 自由主義と実証主義

19世紀における政治および法律の著述家達は、より明確に人間の尊厳——

もちろん、この概念は用いられはしなかったが——に基礎を置いた内面的な人間の自由から出発している。カール・フォン・ロテック⁶⁰は、つぎのような人間における能力を前提にする。すなわち、《二つの衝動間の選択、つまり感性と理性間の自立的決定と恣意的決定を人間に可能ならしめる能力である。そしてこの場合、人間は感性的に決定するかあるいは理性的に決定するかは等しく自由である。このような能力——ここに形而上学的自由の本質、すなわち絶対的に内面的な自由の本質があり得る——を承認することは、際限のないもの、また不可解なものとなるが、しかしそれにもかかわらず、道徳的責任に対する必要な条件である、……》。急進的民主主義者、グスターフ・フォン・シュトルーヴェ⁶¹は、国家学辞典の人權に関する論説の中で、《すべての人間の平等な権利の原則に基づくキリスト教の教義》に人權思想の最初の萌芽を見ていた。《この教義は、一方では、永久かつ不可譲の人權に立ち塞がっていた障害を排除し、そして、それと同時にこれらの諸権利を研究するために強い刺激を与えた》。多くの障害があったにもかかわらず、実を結んだ。一方では、キリスト教が、他方では、歴史と哲学が人間性を一段高く押し進めた、と。

かくして、自由主義においては、人間の尊厳は、人間の権利のために十分に明確な源泉であった。それに続く実証主義においては、権利の精神的・道徳的な基礎が弱められてしまった。パウル・ラーパントは、《法制度の構築、すなわち、個々の法命題の一般的法概念への還元と他方ではこれらの概念から生じる結論の導出の中に》法学の任務を見た。これによると、《すべての歴史的、政治的、哲学的考察は、……具体的な法素材のドグマテークにとって重要なものではなく、そしてあまりにも構築作業の欠陥を隠蔽することに奉仕しすぎた》。このような言明は、権利の精神的基礎に対する自信ある世代の無関心を表明したものであるが、もちろん、これによって、この基礎が明確に否定されたわけではない。少くとも、実証主義は、人間の尊厳遵守の本質的かつ実際的な要素である基本権の法律による保障、法治国家、裁判所による権利保護そして法律適合性の原理（Gesetzmäßigkeitsprinzip）を促進

するかあるいは基礎づけている。しかしながら、法的な保障が完全だからとして、保障の目的が忘れ去られてしまっている。

シュペンハウアーは、人間の尊厳概念の使用について鋭く批判している。⁵⁶ 彼は、価値概念の相対化を狙っていたのでカントの尊厳概念の使用に対して論駁したのである。価値というものは、他の物との比較におけるある物の評価である。したがって、尊厳というのは決して絶対的かつ比類なき価値ではありえない、と。シュペンハウアーが、いかにして人は他の人間に対する共感と愛情 (Sympathie und Liebe) を獲得するかという規則を定立したということも考慮しても、19世紀が人間の尊厳概念をいかに使いこなすことができなかつたか、またどのくらい強く権利が一般的にその倫理的基礎を失っていたかということが再び明確になるであろう。⁵⁷

Ⅲ 人間の尊厳の根源の存続か、 あるいは死滅か？

(9) 形而上学的次元の人間の否定

人間の尊厳のすべての宗教的・形而上学的な基礎づけに対する根本的な否定は、とりわけカール・マルクスに見られる。《宗教批判は、人間にとっての最高の本質は人間なのであるという理論で終焉する》。《しかし人間にとっての根源は、人間自身である》⁵⁸と。それとともに、マルクスは、人間の本質は科学的に解明可能な経済秩序から生じる社会的諸関係の総体の中に見られる⁵⁹という重要な帰結をもって少くとも理論的には人間のあらゆる種類の自己疎外を止揚している。科学的に解明可能な問題としての人間は、その道徳的・形而上学的次元を侵奪され、人間の尊厳を犠牲にしなければならなかったが——それはマルクスの場合だけではない。マルクスは、同様に人権——これは、マルクスにとっては人間の利己主義の単なる保護にすぎない——をキリスト教の所産と見ており、このことから人権を拒否している。⁶⁰

このような問題の捉え方は、現代の行動科学において当然のことながらテーマとして提起される。B. F. スキンナーは、その著書に《Beyond Freedom

and Dignity》というタイトルをつけ、その中で彼はつぎのように述べている。⁶⁰すなわち、〈行動科学は、「自律的な人間」が営んでいるコントロールに疑問をもち、そして環境が営んでいるコントロールを立証しようとするので、行動科学は、価値の観念あるいは人間の尊厳の観念についても疑問を抱く〉と。スキナーは、自由、価値そして尊厳というような概念を必要としない〈行動のテクノロジー〉を信頼している。自由や尊厳は操作上の概念（*operationale Begriffe*）ではなく、準・宗教的あるいは形而上学的観念である。科学は、そのような概念によって不正確に示されている人間の諸状況を操作的な方法に基づいて記述し、変更（！）できるところまで進歩している、と。スキナーは、先ずソビエト連邦に期待した後に、将来は中国共産党下の中国に賭けていること認めていることから、彼自身（憲）⁶¹法上の尊厳保障に対するこのような人間像の結論を出しているのである。

どの立場も、それほど明白であるわけではないし、結論的にそれほど明確に定式化されているわけではない。人間が科学的に解明可能なものであるとするならば、個人の尊厳は成り立たなくなる。特定の方法あるいは特定可能な方法で刺激に反応し、あるいは知覚化（*Sensibilisierung*）によって特定の方法で組織されている神経束（*Nervenbündel*）がなぜに尊厳をもたなければならぬのか？ これは説明できることではない。人は、神経束に尊厳を付与することもできるし、論駁することもできる。——それとともに、心理学、医学、行動科学等々の努力に対しては異論はないが、ただ、その哲学的主張や法秩序を見下すような主張に対してだけは異論⁶²が出される。

無神論的ヒューマニズムは、形而上学的次元の人間を否定し、何か全く新しいもの、〈唯物論と唯心論、悲観論と楽観論との新しい全体的な結合（*une association toute nouvelle du matérialisme et du spiritualisme, du pessimisme et de l'optimisme*）〉（メルローポンティ）であると主張する。たとえこれが何を意味するにせよ、このヒューマニズムのヒューマニスム（*Humanum*）の基準が明確ではない。明きらかに、神的なもの（*Göttliche*）は、非人間的なものとしての自然（*Natur*）と同様に人間性の否定とみなされている。

——人間の任意的な意味設定 (Sinnstiftung) を可能と考え、しかし、一貫して、人間は自由によってつねに危険にさらされている (aufs Spiel gesetzt) と見る実存主義的思維は、内容的に一定しておらず、歴史の中へオープンされたままである。

したがって、スキナー的テーゼの実際化は、徹底した利己主義であると同様に正統 (legitim) である。このような出発点 (Ansätze) も (憲) 法上の尊厳保障の理解のための解釈補助にはならない。なぜならば、保障が空転すべきではなく、あるいはその時々において人間をレイアウトする政策に都合の良いアリバイとして用いられるべきではないならば、保護されるべきもの (das zu Schützende) や尊重されるべきもの (das zu Achtende) は明確なものでなければならぬからである。

(10) 形而上学的次元は、意識下にある。

Verdiesseitung, Verweltlichung, Säkularisierung という言葉は、一般的にキリスト教からの文化の解放を意味するが、それとともに文化の重要な一部としての法のキリスト教からの解放をも意味している。もちろん、この解放過程は、今日の文化や法にとってキリスト教が重要ではないということの意味するのではなく、むしろ対決 (Auseinandersetzung)、新たな基礎づけ (Neubegründung) そして絶えざる発展 (Fortentwicklung) を意味している⁶³。その限りで、また、キリスト教は、近代法にとって重要である。人間のヒューマニスティッシュな基礎づけは、伝統的な《尊厳の標準 (Würdestandard)》に到達すべきである。スキナーの意味での《科学的ヒューマニズム》は、明きらかに拒否される⁶⁴。

われわれに必要とされる試みは、文化や法をこちら側で基礎づけることであって、闘争的に貫徹されなければならないところの文化や法のキリスト教的基礎との対立として考察する必要はない。ヒューマニスト達が、キリスト教は人間の尊厳のために十分に尽力しているわけではないと批判し、そしてそれとともに自由の観念や尊厳の観念の一層の発展、それどころか完成をヒ

ューマニズムの中に見る場合、さらには教会の権限が反駁され、国家と教会の分離が目指された場合ですら、通例、このような基本的な対立が問題となるわけではない。なぜならば、自由の形而上学的、宗教的基礎づけ——ここからヒューマニズム一般がまず起りえたのである——⁽⁶⁵⁾は、この批判の影響を受けるものではないからである。

ハイデッカーによれば、⁽⁶⁶⁾すべてのヒューマニズムは、形而上学に基礎を置いているか、あるいはヒューマニズム自体が形而上学の基礎になっている。サルトルは、《実存主義はヒューマニズムであるか？》という著書の中で⁽⁶⁷⁾このことを認めている。かりに人間の尊厳の基礎が世界的・世俗的に(inner-welt-säkular)に求められたにせよ、人間の尊厳が具体的な個々の人間に帰属するという点でキリスト教的見解との関係が明きらかに示されている。⁽⁶⁸⁾このように理解されたヒューマニズムは、個々の人間が集産主義的(kollektivistisch)あるいは科学技術的に組織された共同体の目的に対する単なる手段にすぎないとするすべての観念を排除する。人間の尊厳の形而上学的に自由な基礎づけの試みは、人間が経験的に完全に把握できるものではないということ的前提にしており、人間の経験的に把握できる性格に同化することのない人間の性格を《内在的超越(immanente Transzendenz)》⁽⁶⁹⁾に関係づける。その場合に、確かに形而上学的に自由に、しかし科学的な探求に馴染みにくいように超越を表象しなければならない。しかし、この探求できない性格、この《役割の超越性(Rollen-transzendenz)》、人間のこの開放性をどこから導き出すのか？。功利主義的なベースに立って、これらを基礎づけるべきではない。——もしかすると、他の人間に対して実力を行使する場合に、まさに功利主義的なベースに基づいてこれらを否定する危険性がある。この後楯になっているのは、つぎのように明確に表現されている評価である。すなわち、《原則としてのこの開放性をなくして、元来、人間の自由、良心的決定の尊厳そして責任一般がどうして存在し得るのか？》。評価は内在的なもの(immanent)とみなされるが、しかし、このことはその形而上学的な次元を排除するものではない。⁽⁷⁰⁾なぜならば、言語という媒体で形而上学を内在(Im-

manenz) にすることはできないからである。このことは、H. L. A. ハートに対しても強調されなければならない。彼は自然法との論争においてつぎのように述べている。すなわち、《事實は、自然法理論があれやこれやの形式で何度も何度も打ち出されているということであり、そしてその意義が神の権威にも、人間の権威にも依存していないということである。さらに、自然法理論は今日でも受け入れることのできないその用語およびその形而上学的伴立 (metaphysische Implikationen) にもかかわらず、道徳と法について理解するために重要な真理を含んでいる。われわれは、この基本的な真理をその形而上学的包理法 (Einbettung) から解放し、単純な表現で新しく定式化しようとしている》と。ここでも、形而上学を言語によって排除しようと試みられている。自然法理論は、分析的法理論の意味において事実として受け入れられている。なぜならば、それが主張されているからである。自然法理論の中に含まれている真理はあらかじめ知っておかねばならないし、その真理は、明きらかに伝統的な人間像から出てくるものなのである。

人間の尊厳——その形而上学的根源から切り離された——は、人間にとって経験できるものであるのか、また憲法的保護が欠落する⁽⁷²⁾かあるいは、それにより近いが、解釈の変更によって葬り去られる場合でも確信や要求 (Überzeugung und Anspruch) であるのかは心理学的な問題である。形而上学的に拠り所を失なった人間の尊厳が解釈の変更によって憲法上の人間の尊厳保護を移動砂丘 (Wanderdüne) のごときものになっていることは政治生活における人間の尊厳という用語の使い方から読みとることができる。例えば、《人間の尊厳から結論として出てくる妻の自決権 (Selbstbestimmungsrecht)》は、胎児の生命権 (Lebensrecht) よりも優位するものとされている⁽⁷⁴⁾。結果責任なしの解放 (Emanzipation ohne Folgenverantwortung)、すなわち、ますます強められている《幸福をもたらす》国家による人間の後見や管理への要請が、人間の尊厳の保護から導き出され、かつそのように解釈された福祉国家が人間の尊厳の帰結と見られることも決して稀ではない⁽⁷⁵⁾。尊厳の社会学的解釈——これは、明きらかに基本法における尊厳の保護を引き合いに出し

ている——によれば、人間は、本来、尊厳を付与されているわけではなく、むしろ人間が尊厳を先ず自ら確立しなければならないという⁽⁷⁹⁾。人間が、自らの尊厳付与（Würdeleistung）（誰が決定するのか？）に依存せしめられる場合、人間自らの行為に対する責任がますます軽減される場合あるいは人間が他の人間（たとえまだ生まれていない人間であっても）の生命について自由に処分し得る場合には、憲法上の尊厳保護は空洞化されてしまう。

(1) 人間の尊厳の形而上学的基礎

人間の尊厳保障は、人間が自らを意識している以上のものであるということから出発している⁽⁷⁹⁾。人間は、合理的な科学の方法によって完全に把握され得るものではない⁽⁷⁹⁾。人間は、形而上学的にオープンなのである⁽⁷⁹⁾。人間の科学的な把握可能性の限界から結論として出てくるのは——全く基本的と思われるのだが——人間に対する法的処分可能性の限界である。この相互関係は、科学的に把握できる人間の側面だけが法的規制に服せしめられ得るということの意味するものではない。科学的に解明できない他人の侵害も制裁を必要とすることは言うまでもない。法は、不変的に、一般的に調和する行動を確保しなければならないし、また他人の権利を保護しなければならない。このことは、人間の尊厳がすべての人間に帰属するという事情から出てくる結論である。その結果、このことから出てくる大部分のものは、権利の一般性（Allgemeinheit des Rechts）ということである。しかし、法的制裁は、人間の究極的領域をつねに処分不可能なものとさせておかねばならない。この例は、上述の(4)以下にある。

もちろん、法的に保障された人間の尊厳は、個々の人間の自らの尊厳付与に依存するものではないが、しかし、人間の尊厳が葬り去られるべきではなく、かつ尊厳保護が空洞化されるべきではないとするならば、人間の尊厳に対する継続的な信念（Glauben）を必要とする⁽⁸⁰⁾。人類学や哲学が今日ほとんど形而上学的傾向を有していないという事情、すなわち、人間の本質を探求せず、むしろ——確かに十分な理由はあるが——人間の行動を調査し、概

念を分析⁶²しかつ個別化するとともに形而上学を批判⁶³するという事情は、直接に法秩序に決定的影響を及ぼすものではない。すなわち、法秩序は、その時代の哲学の潮流の単なる機能 (bloße Funktion) ではなく、人間の尊厳と自由を守りながら人間の共同生活を規律するという独自の任務をもっている⁶⁴。この文化的な問題性を熟考することが法学者と哲学の共通の任務なのである。それとともに、およそ科学的に解決できないものが人間世界にはまだ存在している。そのときどきの (hic et nunc) 人間と関り合っている法は、人間の不可解的なものを考慮しなければならず、それゆえに形而上学に窓を開放しておかなくてはならないのである⁶⁵。確かに、野蛮な結果を阻止することはできなかったが、しかし、残忍な行為それ自体を見抜き、勇気があるならば、それと闘い得るための基準を準備した西洋法文化の偉大な業績は、結局、この点にある。

(12) 国家と形而上学

以上において述べてきた論究は、つぎのことを示している。すなわち、近代国家は、自らの法と平行して、国家自体が保障することのできない諸前提から成り立っているということである。世俗化は、明きらかにへその緒が形而上学的な拠り所と断ち切られていない限りでのみ実現することのできる一つの過程である⁶⁷。このことは、ドイツ国法上、基本法の前文での神の援用によって、人間が信じるがゆえに保障されている信仰の自由によって、公立学校における宗教教育の保障やラント諸憲法における学校教育の目的によって承認⁶⁸されている。

1945年以降のドイツ諸ラントおよび連邦共和国の新たな国家基本秩序の創設のもとで、われわれは明きらかにつぎのことを経験した。すなわち、形而上学的に基礎づけられた人間の尊厳なしの国家がその権力を著しく増大させたということである。形而上学なしには、人間は完全に優越する国家権力のなすがまままになってしまう。人間の尊厳や自由の形而上学的な基礎を忘れたならば、基本法の文言は、恣意的な解釈のなすがまままになってしまう⁶⁹。多分

に、基本法は、救世主の代用（*Heilsersatz*）として神聖なテキストの意義を獲得するかも知れない。世俗化されたバイブル、それどころか秘蹟（*Sakrament*）としての憲法は、放浪し、これらの根源から解き放された概念で国家的な任務担当者に測り知れない権力の増大をもたらすことであろう。基本法の精神的基礎から解き放され、それ自体神聖化された基本法の文言は、今日は福祉国家的徴候のもとで、明日は徳性国家的徴候（*das tugendstaatliche Vorzeichen*）のもとで勝手な解釈、ひいてはすべての似非・宗教的改革政策のなすがままにされてしまうであろう。

形而上学的に基礎づけられた人間の尊厳は、国家に対する人間の関係にとってのキー概念（*Schlüsselbegriff*）である。形而上学に対する国家の関係は、相反並存的（*ambivalent*）である。国家は、形而上学的次元の人間を法秩序によって尊重し、保護しなくてはならない。それを越えて、国家は、形而上学と関り合うものではないし、特に、国家は、信仰も形而上学も義務としてはならないし、国家自らが直接的に形而上学的に基礎づけられてはならない。

〔注〕

- (1) G. DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, AÖR 81 (1956), S. 117 ff.; DERS., *Die Menschenauffassung des Grundgesetzes*, JR 1952, S. 259 ff.; NIPPERDEY, *Die Würde des Menschen*, in *Die Grundrechte*, Bd. 2 (1954), S. 8 ff.
- (2) 同様に、つぎの西ドイツラント諸憲法に見られる。Präambel Baden-Württemberg (1953); Präambel und Art. 100 Bayern (1946); Art. 5 I Bremen (1947); Art. 3 Hessen (1946); Präambel Rheinland-Pfalz (1947); Art. 1 Saarland (1947); als Erziehungsziel u. a. Art. 7 I Nordrhein-Westfalen (1950).
- (3) Schweden Kap. I § 2 I; Portugal Art. I.; Spanien Art. 10 I.
- (4) Griechenland Art. 2; Schweiz Art. 8.
- (5) So Herzog, *Evangelisches Staatslexikon*, 1966, S. XXX.
- (6) Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes (eine zusammenfassende Bearbeitung) von v. Doemming-Füßlein-Matz, in JöR I (1951), S. 48 f.
- (7) JöR I (1951), S. 49.

- (8) 憲法制定会議専門委員会の審議, Bonn 1948-49, 42. Sitzung v. 18. I. 1949, S. 529-531.
- (9) 議員, v. マンゴルト博士の報告は, このことを明確に述べている。Parl Rat (Anm. 8), S. 306, さらに立案された前文の段落の本文は S. 310: <……恣意と暴力の時代の後, 旧来の自由権や冒瀆された人間の尊厳を保護し, 守る決意で>。
- (10) Präambel zum Grundgesetz; Art. 2 der französischen Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte (1789); Abschnitt I der Virginia bill of rights (1776) を参照せよ。
- (11) 教育目的としての神への畏敬は, つぎの西ドイツラント諸憲法に見られる。Art. 12 I Baden-Württemberg, Art. 131 II Bayern, Art. 7 I Nordrhein-Westfalen, Art. 33 Rheinland-pfalz, Art. 30 Saarland.
- (12) Präambel der Schweizerischen Verfassung von 1874, Präambel der irischen Verfassung von 1937 und Eingang der griechischen Verfassung von 1975 を参照せよ。
- (13) この点については, 専門委員会の報告, 1977, S. 18 を参照せよ: 神の援用において <明きらかになることは, スイス国民は自らの国家を最高のものとみなしているということではなく, むしろ人間の尊厳に値する共同生活の秩序の実現のために神の委託を承認しているということである。すべての人間的なものを凌駕する義務の範囲の暗号として, 形式は無神論者すら受け入れることのできるものであろう。……このような方法による憲法の緒言は, 特定の世界観への義務づけを伴うものであってはならず, むしろ単に人間や国家をそれ自体に基礎づけないという基本姿勢を述べんとするにすぎない。そのために, 入口 (der Ingreß) は前文の文言——これは西洋の倫理学が世俗化された形式に反射することを試みたものである——によって補充されなければならない>。
- (14) Anm. 1 sowie DÜRIG, in Manz-Dürig-Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1 (1958), Rdnr. 15 ff; ZIPELIUS, Bonner Kommentar, Art. 1 Rdnr. 7 ff.; PH. MASTRONARDI, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, 1978, S. 65-256; DERS., Die Menschenwürde als Verfassungsgrundsatz in der Schweiz, in JöR 28 (1979), S. 469 ffを参照せよ。
- (15) BVerfGE 18, 112 (117).
- (16) BVerfGE 45, 187 (243 ff.).
- (17) BVerfGE 45, 187 (245) はさらに広く自由剝奪の破棄に関する法的決定を要請している。
- (18) BVerfGE 45, 187 (228 f.).

- (19) Z. B. BGHSt 3, 110 (119); BVerfGE 1, 332 (348); 6, 389 (439); 45, 187 (228).
- (20) BayVfGH 8, 52 (57).
- (21) Art. 3 EMRK: 何人も、拷問または非人間的あるいは屈辱的刑罰あるいは取り扱いに服従せしめられてはならない。
- (22) § 136 f StPO i. d. F. v. 7. 1. 1975 (BGBl. I S. 129).
- (23) BVerfGE 49, 24 (64).
- (24) BVerfGE 7, 275 (279); 26, 66 (71).
- (25) BVerfGE 9, 89 (95).
- (26) BVerfGE 27, 1 (6).
- (27) BVerfGE 45, 187 (254); zum werdenden Leben BVerfGE 39, 1 (42 f., 49 f.).
- (28) §§ 130, 130 a, 131 StGB.
- (29) BGHSt 11, 67 (71); BVerfGE 30, 173 (194).
- (30) BVerfGE 40, 121 (133).
- (31) BVerfGE 49, 89 (132).
- (32) Ernst WOLF, *Die Freiheit und Würde des Menschen*, in *Recht, Staat, Wirtschaft*, Bd. IV (1953), S. 27, 32 ff.; VERDROB, *Die Würde des Menschen als Grundlage der Menschenrechte*, EuGRZ 1977, 207 f.
- (33) FLÜCKIGER, *Geschichte des Naturrechts*, 1. Bd. 1954, S. 127 ff., 163 ff., 191 ff., 215 ff.; WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl., 1962, S. 41 ff.
- (34) HEGEL, *Philosophie der Weltgeschichte*, 1. Hälfte: *Die Vernunft in der Geschichte*, hrsg. v. J. Hoffmeister, 1955, S. 47 ff.; G. RITTER, *Ursprung und Wesen der Menschenrechte* (1949), in R. SCHNUR (Hrsg.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, 1964, S. 205 ff.
- (35) Ernst WOLF (Anm. 32), S. 27, 34 f.; B. DE JOUVENEL, *Über die Staatsgewalt*, 1972, S. 279 f.
- (36) PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, lib. 1, cap. III § 1; lib. 2, cap. III § 20; lib. 3, cap. II § 1, siehe H. WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, 1958, S. 47 ff.
- (37) PUFENDORF, aaO., lib. 2, cap. I § 5.
- (38) PUFENDORF, aaO., lib. 3, cap. II §§ 1, 2.
- (39) Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, hrsg. v. K. Vorländer, 1920, S. 56 ff.
- (40) Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, hrsg. v. K. Vorländer, 1929, S.

- 96 f.
- (41) MARQUARD, Art. «Anthropologie», in *Hist. Wb. Philos.* I (1971), Sp. 363 ff.
- (42) HOBBS, *Leviathan*, cap. XIII; DERS., *Vom Bürger*, cap. I 3.
- (43) HOBBS, *Leviathan*, cap. X.
- (44) HEGEL (Anm. 34), S. 62.
- (45) HEGEL, *Philosophie der Weltgeschichte, zweite Hälfte*, hrsg. v. Lasson, 2. Auflage, unveränderter Nachdruck 1976, S. 877 ff.
- (46) HEGEL (Anm. 45), S. 915 ff.
- (47) HEGEL (Anm. 45), S. 920 ff.
- (48) LÜBBE, *Säkularisierung*, 2. Aufl., 1975, S. 38 を参照せよ。
- (49) Ernst WOLF (Anm. 32), S. 27.
- (50) In v. ROTTECK-WELCKER (Hrsg.), *Staatslexikon*, 2. Aufl., 1847, Bd. V, S. 180; 同様に, 例えば, K. S. ZACHARIÄ, *Vierzig Bücher vom Staate*, 1820, I. Bd., S. 33 ff.
- (51) In v. ROTTECK-WELCKER (Hrsg.), *Staatslexikon*, 2. Aufl., 1847, Bd. IX, S. 65.
- (52) LABAND *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Vorwort zur 2. Auflage (1887), 5. Aufl., Bd. I, S. IX から引用。
- (53) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 441.
- (54) SCHOPENHAUER, *Sämtliche Werke*, hrsg. v. Löhnneysen, 2. Aufl. 1968, Bd. 3, S. 695, 726; Bd. 5, S. 239 f.
- (55) LEGAZ Y LACAMBRA, *Das Recht aus religiöser Perspektive*, in *Festschrift für E. Voegelin*, 1962, S. 343, 354.
- (56) Karl MARK, *zur Kritik der Hegelschen Rechts philosophie* (1844), in *Frühschriften*, hrsg. v. Landshut, 1964, S. 216; «反科学的», «形而上学的古物 (Trödel)» に対しては, auch Adam SCHAFF, *Marxismus und das menschliche Individuum*, 1970, S. 28 f.; Karel KOSIK, *Die Dialektik des Konkreten* 1967, S. 23 ff. zu den Folgerungen für die Politik, S. 215 ff, zum Töten im höheren Auftrag, S. 231 ff.
- (57) A. SCHAFF (Anm. 56), S. 24.
- (58) この点については, 適切にも, KRIELE, *Befreiung und politische Aufklärung*, 1980, S. 53 ff., 250.
- (59) MARX, *Zur Judenfrage* (1843), in DERS., *Die Frühschriften*, 1964, S. 191 ff.
- (60) ドイツ語版からの引用: *Jenseit von Freiheit und Würde*, 1973, S. 28.

- 61) SKINNER, *Futurum II*, 1972, S. 16.
- 62) この点については、適切にも、R. DAHRENDORF, *Homo Sociologicus*, 15. Aufl., 1977, S. 83 ff., 人間全体の捉え方に関する社会学のあつかましさに対しては、S. 85, 不自由と非人間性的手段としての社会学に対しては、S. 88, 92.
- 63) H. LÜBBE (Anm. 48), S. 34 ff., S. 109 ff.
- 64) このことを明確に指摘しているのは、DAHRENDORF (Anm. 62), S. 95.
- 65) Jacques MARITAIN, *Gesellschaftsordnung und Freiheit*, 1936, S. 64.
- 66) *Platons Lehre von der Wahrheit mit einam Briefs über den Humanismus*, 1947, S. 63 f.
- 67) J. P. SARTRE, *Ist der Existentialismus ein Humanismus?*, 1947, S. 65 f.
- 68) MAIHOFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968, S. 26 ff.
- 69) Christian GRAF v. KROCKOW, *Glaube, Demokratie und Politische Erziehung*, in *Aus Politik und Zeitgeschichte*. B 33-34 (1980), DAHRENDORF (Anm. 62) を引き合いに出している S. 25.
- 70) この点については、STEINBERGER の Theodor Geiger との論争, *Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie*, 1974, S. 213 ff を参照せよ。内在の神話については、Jacques MARITAIN (Anm. 65), S. 65 ff を参照せよ。
- 71) H. L. A. HART, *Der Begriff des Rechts*, 1973, S. 259; Hervorhebungen vom Verfasser.
- 72) Dies als Frage an HÄBERLE, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, AöR 99 (1974), S. 437 ff.; richtig dort S. 455; 諸規範は活動する人間の助けを必要とする。このように指摘するのは、W. WEISCHEDEL, *Skeptische Ethik*, 1980, S. 147.
- 73) このような傾向に憂慮するものとして、HERZOG (Anm. 5), S. XXX.
- 74) Deutscher Bundestag, 7. Wahlperiode, 96. Sitzung, sten. Bericht, S. 6492; これに批判的な BVerfGE 38, 1 (43 f.) を参照せよ。
- 75) 人間の尊厳に含まれている社会国家的な最低限度の保障については、STARCK, *Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Bd. II, 1976, S. 480, 522.
- 76) LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, 1965, S. 68.
- 77) これは Karl JASPER の定式である。 *Die geistige Situation der Zeit*, 1932, Nachdruck 1979, S. 135.
- 78) Thomas v. Aquin と Kant の例は、STARCK, *Das Sittengesetz als Schranke der freien Entfaltung der Persönlichkeit*, in *Festschrift für W. Geiger*, 1974, S. 264 ff.

- 79) Hans JONAS, *Organismus und Freiheit*, 1973, S. 69 ff.; Walter SCHULZ, *Philosophie in der uerändertern Welt*, 1972, S. 642 を参照せよ。
- 80) 同様に, HÄBERLE (Anm. 72), S. 445; KRIELE (Anm. 58), S. 54 ff.
- 81) 形而上学的傾向に対してこのことを求めているものに, Arnold GEHLEN, *Anthropologische Forschung*, 1961, S. 141 ff.
- 82) Rudolf CARNAP, *Überwindung der Metaphysik durch logische Analyse der Sprache* (1931), in Janoska-Kauz (Hrsg.), *Metaphysik*, 1977, S. 50 ff.
- 83) M. MERLEAU-PONTY, *Das Metaphysische im Menschen*, in *Metaphysik* (Anm. 82), S. 273 ff.; Günter PATZIG, *Ethik ohne Metaphysik*, 1971, S. 32 ff.; WEISCHEDEL (Anm. 72), S. 36 ff.
- 84) この点について, 哲学の側からは, SCHULZ (Anm. 79), S. 629 ff を参照せよ。
- 85) 同様に, KRIELE (Anm. 58), S. 91 ff., 98 f.
- 86) E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in *Festschrift für Forsthoff*, 1967, S. 75, 93; STARCK, *Vom Grund des Grundgesetzes*, 1979, S. 721, 24 ff., 39 f.
- 87) まさにこの意味で BÖCKENFÖRDE は, その寄稿の終り (aaO., S. 94) で世俗化された非宗教的国家も結局はその市民の宗教的信仰が結びつけている内面的な動因や結合力から存続すべきではないかということを問うている。
- 88) したがって, 世俗化の過程が無神論にならなければならないということは, 基本法から導き出すことができないと同様に歴史法則からも導き出すことはできない。
- 89) WELZEL (Anm. 33), S. 238 f.; STEINBERGER (Anm. 70), S. 217; HÄBERLE (Anm. 72), KRIELE (Anm. 58), S. 55 f., 248 f. u. ö.; BARUZZI, *Europäisches Menschenbild und das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1979, S. 27 ff.
- 90) HÄBERLE (Anm. 72), S. 446 は, 正当にも《憲法神学(Verfassungstheologie)》を拒否している。