

人間の尊厳の客観法的保護

玉 蟲 由 樹 *

1. 基本法1条1項における人間の尊厳の「尊重」と「保護」
2. 連邦憲法裁判所における人間の尊厳の客観法的保護の展開
 - (1) メフィスト決定
 - (2) 墮胎判決
 - (3) 「悪魔の舞踏」判決
 - (4) 航空安全法判決
 - (5) 小括
3. 連邦行政裁判所による人間の尊厳保障の「脱人格化・客観化」
 - (1) ビープ・ショー判決
 - (2) 「レーザードローム」判決
 - (3) 小括
4. 個人の主体性と国家による人間の尊厳の客観法的保護
 - (1) 「種としての人間の尊厳」？
 - (2) 「自分自身からの尊厳保護」？
 - (3) 個人の主体性の保障と人間の尊厳の客観法的保護
5. 結びにかえて

1. 基本法1条1項における人間の尊厳の「尊重」と「保護」

人間の尊厳の不可侵について定めるドイツ基本法1条1項は、その2文において、人間の尊厳を尊重（achten）し、保護（schutzen）することを国

* 福岡大学法学部教授

家の義務としている。このような規定の仕方は、基本法上の他の基本権規定には見られないユニークなものであり、このことは人間の尊厳条項の一つの特色をなしている。人間の尊厳（die Würde des Menschen）が憲法における「最高価値」であり、憲法の価値秩序の中心点であるというドイツ憲法学の共通理解¹に鑑みれば、人間の尊厳が国家によって尊重されなければならないのは当然であるが、本条項はこれを越えて、国家に対して人間の尊厳の「保護」の義務を課している。本条項は国家の保護義務を明文で定めた基本法上の数少ない条文であり²、このことから、人間の尊厳概念は基本権としての性格をも含むのか、それとも客観的法原理にとどまるのかという周知の議論³の帰趨にかかわらず、人間の尊厳については客観法的保護が行われることとなる⁴。

¹ Vgl. Klaus Stern, Menschenwürde als Wurzel der Menschen- und Grundrechte, in: ders., Der Staat des Grundgesetzes, 1992, S.224; Hasso Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, AöR 118, 1993, S.355f.; Wolfgang Graf Vitzthum, Gentechnologie und Menschenwürdeargument, ZRP 1987, S.33f. このほかにも、人間の尊厳は、憲法を「支える構成原理」（BVerfGE 6,32（36, 40f.））、「根本原理」（BVerfGE 25,344（351））などと称される。

² Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte StaatsrechtII, 24. Aufl., 2008, Rn.351. なお、本書については第15版の日本語訳である、ボード・ピエロート/ベルンハルト・シュリンク（永田秀樹・松本和彦・倉田原志訳）『現代ドイツ基本権』（法律文化社、2001年）も参照（ここでの該当部分は116頁）。

³ ドイツにおいて通説とされる見解は、基本法1条1項は主観的な、すなわち憲法異議を通じて実現可能な個人の基本権としての性質をもつとする（基本権としての基本法1条1項）。これに対して、古くはデューリッヒ（Dürig）にはじまり、最近ではドライアー（Dreier）、エンダース（Enders）、ゲッタート・シュタイナッハー（Geddert-Steinacher）などによって支持される見解においては、1条1項は基本権としての性格をもたず、客観法的価値にとどまると解されている。1条1項の基本権としての性格を肯定する立場について、vgl. Wolfram Höfling, in: Michael Sachs (Hrsg.), GG, 4.Aufl., 2007, Art.1, Rn.5ff.; Jörn Ipsen, Staatsrecht II (Grundrechte), 3.Aufl., 2000, Rn. 219; Hans Hofmann, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein, Kommenrar zum Grundgesetz, 10.Aufl., 2004, Art. 1, Rn.8; Pieroth/Schlink,a.a.O. (Fn. 2), Rn. 350. 他方、否定説について、

一般に、人間の尊厳を「尊重」するとは、国家権力に対して不作為ないし介入禁止を要求するものと解されている。すなわち、国家は自らの行為によって人間の尊厳を侵害することが禁じられる⁵。これは人間の尊厳の「防衛的機能」にもとづく要請であり、このことから国家による拷問、奴隷的取扱、人身売買、烙印づけ (Stigmatisierung)、追放などが禁止される⁶。さらに、これらの行為は伝統的な人間の尊厳保障の理解によれば、いかなる理由からも許されず、絶対的に禁止される⁷。いわゆる「救命目的での拷問 (Rettungsfolter)」が許容されうるかという近時の人間の尊厳保障における議論は、直接にはこの人間の尊厳の「尊重」にかかわるものであった⁸。ま

vgl. Günter Dürig, in: Teodor. Maunz, Günter Dürig, Roman Herzog, Rupert Scholz, Grundgesetz Kommentar, 5.Aufl., 1980, Art. 1, Rn.4; Horst Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 2.Aufl., 2004, Art. 1I, Rn. 124f.; ders., Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz, in: Kurt Seemann (hrsg.), Menschenwürde als Rechtsbegriff, 2004, S.36ff.; Christoph Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, S. 101ff.; Tatjana Gedert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 164ff. なお、ドイツ連邦憲法裁判所は多くの判例において、基本法1条1項の基本権としての性格を認めている（たとえば、BVerfGE 1,97 (99,106) ; 15, 283 (286) ; 28, 151 (163) ; 28, 243 (243f.) などを参照）。ただし、クレマー (Cremer) は、連邦憲法裁判所は人間の尊厳の基本権としての性格を具体化することには消極的であり、人間の尊厳が他の基本権と結びつくことなしに単体で問題となる場合、それを「制約の制約 (Schranken-Schranken)」としての客観法的内容でのみ捉えてきたと指摘する。Vgl. Wolfram Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2003, S.243f.

⁴ たとえば、基本法1条1項の基本権としての性格を肯定するヘーフリックが「この〔人間の尊厳の保護に関する〕客観的義務は、被侵害者の主観的保護要請に対応する」と述べるのに対して、基本権としての性格を否定するドライアーは基本法1条1項2文の保護義務にとっては、主観的権利が必ずしも対応する必要がないとして、主観的権利が欠如した状態での客観的義務の存在を肯定している。Vgl. Höfling, a.a.O. (Fn. 3), Rn.47; Dreier, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 125ff; 138ff.

⁵ Dreier, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 135; Dieter Hömig, Menschenwürdeschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Rolf Gröschner/Oliver W. Lembcke (Hrsg.), Das Dogma der Unantastbarkeit, 2009, S.29.

⁶ Dreier, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 139.

た、連邦憲法裁判所の判例との関係では、この側面での保障はとりわけ人の刑法上の取扱について問題とされてきた。終身自由刑判決⁹において連邦憲法裁判所自身が自らの判例を参照しながら述べたように、人間の尊厳の尊重という要請は、とりわけ残虐で非人間的かつ侮辱的な刑罰を禁止し¹⁰、また刑罰は犯行の重大性および犯罪者の責任と適切な比例関係になければならない¹¹ことを意味している。この際、人間の尊厳は刑罰目的での国家による介入に対して、いかなる理由をもってしても踏み越えてはならない限界を設定することで、国家行為にとっての「法的タブー」を作り出しているといえるであろう¹²。

⁷ 人間の尊厳の不可侵性（＝絶対的保障）という伝統的理解と近時の人間の尊厳保障相対化の傾向につき、玉蟲由樹「人間の尊厳保障の絶対性？」福岡大学法学論叢第50巻第4号（2006年）601頁以下、同「人間の尊厳と拷問の禁止」上智法学論集52巻1・2号（2008年）233頁以下を参照。

⁸ ただし、「救命目的での拷問」における問題状況を「加害者の人間の尊厳対被害者の人間の尊厳」という対抗構造で理解する場合、ここでは人間の尊厳の「尊重」という要請と「保護」という要請とが対立していると解する余地がある。こうした見方はとりわけヴィットレック（Wittreck）の議論に見られる。Vgl. Fabian Wittreck, Menschenwürde und Folterverbot, DÖV 2003, S.873ff.; 玉蟲・前掲注7「拷問の禁止」・245頁以下。

⁹ BVerfGE 45, 187ff. 本判決については、日笠完治「終身自由刑と人間の尊厳—終身自由刑判決—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）25頁以下を参照。

¹⁰ BVerfGE 1, 322 (348) ; 6, 389 (439) ; 45, 187 (228) ; 50, 125 (133) ; 50, 205 (215) ; 72, 105 (115f.) ; 109, 133 (150) など。

¹¹ BVerfGE 6, 389 (439) ; 9, 167 (169) ; 20, 323 (331) ; 25, 269 (285f.) など。

¹² Vgl. Martin Nettesheim, Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos, AöR 130 (2005) , S.88; Ralf Poscher, Menschenwürde als Tabu, FAZ v. 2.6.2004, S.8; ders., “Die Würde des Menschen ist unantastbar”, JZ 2004, S.756; ders., Menschenwürde im Staatsnotstand, in: Peter Bahr/Hans Michael Heinig (Hrsg.), Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S.215. ネットスハイムは人間の尊厳を国家権力にとってアンタッチャブルな限界を引く「限界設定」と理解し、ポシャーは決して衡量的相対化に開かれていない「法的タブー」と理解する。とも

このような意味での人間の尊厳保障は、保障の絶対性という特色はあるものの、他の基本権規定の理解における防御権思考と同じ構造をもつものであり、比較的理解がしやすいといえよう。もちろん、人間の尊厳の保護領域は何かという点については、かつてホイス（Heuß）が人間の尊厳を「解釈されない命題（nicht interpretierte These）¹³」と呼んだように、人間の尊厳には概念的不明瞭性がつきまとうため、その保護領域を積極的に画定する試みは困難を極める。それゆえ、連邦憲法裁判所は、人間の尊厳と矛盾するのは人間を「国家行為の単なる客体」とすることだと定義する、いわゆる「客体定式（Objektformel）¹⁴」の助けを借りて、消極的な保護領域の画定を行ってきた。ここで問題となるのは、人間の尊厳とは何かではなく、何が人間の尊厳と対立・矛盾する行為であるかである。しかし、人間の尊厳に対する介入行為が定義づけによって明らかになりさえすればこの意味での人間の尊厳保障にとっては十分であり、消極的な保護領域の画定が侵害認定の場面で機能的に問題となることはそれほど多くはない。少なくとも、ここでは「国家がしてはならないこと」が明らかになればよいのである。

これに対して、人間の尊厳の「保護」には尊重要請を越える意味がある¹⁵。人間の尊厳の保護という要請は、国家権力に対して積極的な作為を義務づける¹⁶。しかも、尊重要請との関係で問題となるのが国家自身の人間の尊厳へ

に人間の尊厳保障の絶対性を強調する伝統的な解釈態度に与するものであるが、これらは日本でもよく知られたドゥウオーキンの「切り札としての権利」テーゼに近い理解の仕方といえることができる。

¹³ Theodor Heuss, in: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes im Auftrage der Abwicklungsstelle des Parlamentarischen Rates und des Bundesministeriums des Innern auf Grund der Verhandlungen des Parlamentarischen Rates, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Bd. 1 (Neue Folge), 1951, S.49.

¹⁴ Vgl. Dürig, a.a.O. (Fn. 3), Art.1, Rn.28.

¹⁵ Pieroth/Schlink, a.a.O. (Fn. 2), Rn.351.

¹⁶ Dreier, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 136.

の介入行為であったのに対して、ここで問題となるのは第三者による介入あるいは「社会的蔑視」である¹⁷。連邦憲法裁判所はその初期の判例である第1次遺族年金決定において、基本法1条1項2文は「たしかに国家に対して『保護』のための積極的作為を義務づけているが、その際、物質的欠乏からの保護ではなく、たとえば蔑視、汚名、迫害、排斥といった、他者による人間の尊厳に対する攻撃からの保護が義務づけられている¹⁸」と述べ、第三者による侵害からの人間の尊厳保護の義務を明確に認めている¹⁹。連邦憲法裁判所はその後の判決においても、国家は、第三者による蔑視、汚名、迫害、排斥といった人間の尊厳への攻撃から個人を保護することが求められ²⁰、また、個人から人間としての尊重を奪ってしまうような行為を防止する義務を負う²¹ということを繰り返し確認している。国家はこの義務を第一次的には、人間の尊厳の侵害を防止する法秩序の形成によって履行する²²。そのため、少なくとも人間の尊厳については、憲法上直接にあらゆる法領域への照射効が生じることとなる。司法は、立法による保護義務の履行がない、あるいは不十分である場合に限り、補充的にこの照射を実現すべき地位に就く²³。それゆえ、司法の場合、第三者による個人の人間の尊厳侵害について直接判断して保護義務を履行することもあれば、立法が第三者による人間の尊厳侵害を防止するためになした法秩序の形成そのもの、あるいは行政

¹⁷ Dreier, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 136.

¹⁸ BVerfGE 1, 97 (104) .

¹⁹ ただし、この決定においては基本法1条1項にもとづく給付請求が問題となっていたため、この言明そのものは「物質的欠乏からの保護」を否定することに主眼が置かれていると考えられる。

²⁰ BVerfGE 88,203 (252) ; 96, 375 (400) ; 102, 347 (367) ; 107, 275 (284) ; 115, 118 (152) などを参照。

²¹ BVerfGE 107, 275 (284) ; 115, 118 (152) などを参照。

²² Dreier, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 136.

²³ Vgl. Höfling, a.a.O. (Fn. 3), Rn.49.

がそれにもとづいて行った具体的な人間の尊厳侵害の防止行為、さらには裁判所による判決について保護義務違反を認定することもあり得る。

こうした保護義務の履行については、一般に、国家機関に広範な裁量の余地が認められるとされる²⁴。基本法1条1項は目的のみを定め、詳細な手段を定めてはいないとの理由から、保護ないし援助を実現するための秩序の形成および規律手段の選択にあたっては国家の広い裁量が必然的に承認されるというのである²⁵。したがって、尊重義務の履行にあたっては、国家が「してはならないこと」の遵守を厳格に要求されるのに対して、保護義務の履行にあたって問題となる、私人間での「してはならないこと」の防止のために国家が「すべきこと」については広い形成の余地が存在する。しかし、他方で、ドイツの裁判所はこれまで数々の判決において人間の尊厳の客観法的保護を取り扱い、そこで国家行為の保護義務適合性を判断してきた。そこでは当然に、基本法1条1項に即した「あるべき保護義務の履行」が完全にはないまでも示される。すなわち、裁判所による人間の尊厳の客観法的保護に関する判断は、国家の保護義務の履行についての裁量に一定の枠をはめる役割を担っているといつてよいであろう。

本稿では、ドイツにおける裁判所判決を素材として、そこに示される人間の尊厳の客観法的保護の論理を検証する。問題となるのは、基本法1条1項2文にいう「保護」にもとづいて、国家にはどこまでの人間の尊厳の保護義務が基本法上生じているかである。ここには第三者による侵害から人間の尊厳を保護するという義務の履行についての基本的な方向性および限界が示される。これを見ることは、人間の尊厳の防御的側面（尊重義務）と保護的側面（保護義務）との関係性を整理する上でも重要である。また近時、学説の中には裁判所による人間の尊厳保護について「脱人格化・客観化」の傾向

²⁴ Dreier, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 149; Höfling, a.a.O. (Fn. 3), Rn.49.

²⁵ Höfling, a.a.O. (Fn. 3), Rn.49.

を指摘するものもある²⁶。すなわち、人間の尊厳の客観法的保護が個々人との関係性を失い（脱人格化）、純粋に客観的な価値観の保護を意味するようになる（客観化）傾向が一部の裁判所判例に見られるというのである。このように人間の尊厳が理解される場合、人間の尊厳概念はともすれば単なる基本権制約ないし個々人にとっての倫理規範の論理へと転化しかねない。これが果たして人間の尊厳の客観法的保護のあり方として適切なものであるかどうかは問題とされねばならないであろう。これはとりわけ、「自分自身からの尊厳保護（Würdeschutz gegen sich selbst）」や「種としての人間の尊厳（die Würde des Menschen als Gattungswesen）」論という構成が基本法1条1項の下で成立しうるかという問題を含む。これらが認められるか否かによっては、人間の尊厳の実体的内容そのものも大きく影響を受ける。これらの問題について検討することは、日本国憲法13条における「個人の尊重」の理解にとっても重要な示唆をもちうるはずである²⁷。

2. 連邦憲法裁判所における人間の尊厳の客観法的保護の展開

(1) メフィスト決定

人間の尊厳保障の客観法的保護はすでに連邦憲法裁判所のメフィスト決定²⁸において行われている。1971年のこの決定は、すでに死亡していた著名な俳優・映画監督のグスタフ・グリュンドゲンスの名誉がクラウス・マン

²⁶ Tobias Auel, Das Menschenwürde-Argument im Polizei- und Ordnungsrecht, Die Verwaltung, 2004, S.243.

²⁷ 個人に焦点をあてた人間の尊厳論と「個人の尊重」との解釈的互換性につき、玉蟲由樹「開かれた人権解釈と個人の尊重」福岡大学法学論叢51巻3・4号（2008）、211頁以下を参照。

²⁸ BVerfGE 30, 173ff. 本決定については、保木本一郎「芸術の自由の憲法的統制—メフィスト決定—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）190頁以下、玉蟲由樹「死後の人格権保護について」仙台白百合女子大学紀要第8号（2003年）48頁を参照。

の著書「メフィスト—その輝かしき経歴のロマン」によって傷つけられていることを認め、人間の尊厳にもとづく保護を死後にまで拡大したことでよく知られている。

この決定の中で、連邦憲法裁判所は以下のように述べる。「その人格ゆえに尊敬されていた人物が、〔人間の尊厳についての〕普遍的な尊重要請のなかで、死後、評価を下げられたり、侮辱されたりすることが許されるならば、これはあらゆる基本権の基礎となる人間の尊厳の不可侵についての憲法上の要請と矛盾することとなろう。したがって、基本法1条1項ですべての国家権力に課せられた、個々人を人間の尊厳に対する攻撃から保護するという義務は死によっては終了しない」²⁹。そしてこのことから、連邦憲法裁判所は、憲法上明文での限界のない芸術の自由（基本法5条3項）が人間の尊厳にもとづく人格保護（*Persönlichkeitsschutz*）の観点から制約されうるとの論理を導き出すのである。

もともとこの訴訟はグリュンドゲンスの養子が提起した出版差し止めを求める訴訟であったが、この訴えを認めた連邦通常裁判所の判決に対して、被告であった出版人が基本法5条3項にもとづく憲法異議を提起したため、連邦憲法裁判所が審理することとなった。それゆえ、本来対立しているのは、グリュンドゲンスの養子のもつ名誉に関する人格的利益と出版人のもつ芸術の自由である。連邦憲法裁判所の決定の中ではこのことに触れた部分が多少見られるものの³⁰、主たる関心事となっているのは明らかにグリュンドゲンス本人の人間の尊厳と出版人の芸術の自由との衝突状況および衡量である。グリュンドゲンスは既に故人であるため、もちろん基本権主体とは

²⁹ BVerfGE 30, 173 (194) . [] 内は引用者。

³⁰ BVerfGE 30, 173 (195f) . 「連邦憲法裁判所は、基本法1条1項によって保護される個人であるグスタフ・グリュンドゲンスおよびその養子の人格領域と、基本法5条3項1文で保障される芸術の自由との間で行われた衡量に際して、裁判所が上記の基本原則を考慮したか否かについて判断を行う」（傍点は引用者）。

見なされないが³¹、人間の尊厳は死後にも効力を及ぼし、出版人の芸術の自由に対する制約根拠となりうるというのが連邦憲法裁判所の論理である。すなわち、ここで行われているのは基本権主体を欠いた状況での人間の尊厳の客観法的保護に他ならない。グリュンドゲンスが自らの名誉についてどのように考えているのか、『メフィスト』の出版によりその名誉が傷つけられると考えているのか、はもちろん明らかではない。少なくとも裁判所は、グリュンドゲンスの意思を（原告である養子の訴えから）推定ないし仮定し、それに対する客観法的保護を行うしかない。連邦憲法裁判所はこの点についてほとんど明らかにはしていないが、「普遍的な尊重要請（allgemeine Achtungsanspruch）」という言葉によってこの問題を巧みに回避しているともいえる。人間の尊厳およびそこから生じる名誉についての尊重要請は、「普遍的」なものであり、これが傷つけられていると客観的に認められる場合には、国家には人間の尊厳の客観法的保護の義務が生じる、というようにである。

もちろん、メフィスト決定の場合、基本法1条1項によって保護される対象はある意味で明確に存在している。それはとりわけグリュンドゲンスの名誉であり、またその帰属主体たるグリュンドゲンス自身ということとなる。裁判所は、グリュンドゲンスの人格を保護することを目的として、人間の尊厳保障の死後効力を認めている。この観点では、いわゆる人間の尊厳保障の徹底的な「脱人格化・客観化」が行われたとまではいえない。しかし、グリュンドゲンスが故人であることに鑑みれば、個人の意思が不明であり、保護対象が現存していない以上、やはり一定の範囲で人間の尊厳の脱人格化・客観化は行われている。グリュンドゲンス本人の意思とは無関係に行われる客観的な人間の尊厳保障が「普遍的な尊重要請」を媒介として実現され

³¹ BVerfGE 30, 173 (194) .

ていることは見逃されるべきではない³²。連邦憲法裁判所は、これに連なる死後の人格ないし身体の不可侵性についての諸決定において、いずれも「普遍的な尊重要請」にもとづく人間の尊厳の客観法的保護に繰り返し言及している³³。このように考えると、人間の尊厳の客観法的保護は、すでにメフィスト決定において「脱人格化・客観化」の可能性を含んでいたともいえる。

(2) 墮胎判決

二度の墮胎判決³⁴においても、連邦憲法裁判所は人間の尊厳の客観法的保護を行っている³⁵。これらの判決において問題となったのは、未出生の存在である胎児に人間の尊厳および生命権（基本法2条2項1文）による保護が認められるかであった。第一次墮胎判決において、連邦憲法裁判所は「人間の生があるところ人間の尊厳がある。主体がこうした尊厳を意識している

³² この意味で、クーニツヒ（Kunig）がメフィスト決定の趣旨を解説するにあたって、連邦憲法裁判所の「結論において適切な見解にとつての支持しうる根拠は『人格的存在』ではないし、ましてや（死者には欠落した）権利主体性でもない。むしろ1条1項は、多くの文化における共通の最低基準に含まれる社会観だけを採用し、かつそれに憲法上の意味を与えている」と述べるのは、連邦憲法裁判所の見解を説明する上では適切であったといえる。Philipp Kunig, in: Ingo von Münch/Philipp Kunig (Hrsg.), Grundgesetz- Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl., 2000, Art. 1, Rn. 15; vgl. auch H.-J. Pabst, Der postmortale Persönlichkeitsschutz in der neueren Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2002, 999f.

³³ BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 5. 4. 2001, NJW 2001, S. 2957ff. (Willhelm Kaisen); BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 27. 7. 1993, NJW 1994, S. 783; BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 18. 1. 1994, NJW 1994, S. 783ff. これらの諸決定については、玉蟲・前掲注28・48頁以下を参照。

³⁴ BVerfGE 39, 1 (第一次墮胎判決); BVerfGE 88, 413 (第二次墮胎判決)。第一次墮胎判決については、嶋崎健太郎「胎児の生命と妊婦の自己決定—第1次墮胎判決—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）67頁以下、第二次墮胎判決については、小山剛「第2次墮胎判決」ドイツ憲法判例研究会・『ドイツの憲法判例Ⅱ（第2版）』（信山社、2006年）61頁以下を参照。

か否か、そして自分自身で尊厳を守るすべを心得ているか否かは問題ではない。人間存在の始期から付与される潜在的な能力は、人間の尊厳を根拠づけるに十分である」³⁶と述べ、胎児に対する基本法1条1項の適用可能性を肯定した。

本稿の関心から問題となるのは、この直前の文章である。すなわち「あらゆる生命を保護するという国家の義務は、それゆえすでに基本法2条2項1文から導き出されうる。この義務はさらに基本法1条1項2文の明示的な規定からも生じる。なぜなら、生成過程にある生命は、基本法1条1項が人間の尊厳に認めた保護にも与るからである」³⁷。そして、この基本的立場はいわゆる国家の基本権保護義務を展開した、よく知られる以下の文章へと展開する。「国家の保護義務は包括的なものである。保護義務は、単に生成中の生命への—明白な—直接の国家的干渉を禁ずるだけでなく、国家に対して、こうした生命に保護的かつ庇護的な態度で臨むべきこと、すなわちとりわけ生命を他者からの干渉からも守ることを要求している」³⁸。

この一連の流れによって、胎児は基本法1条1項1文および2条2項1文の適用を受ける主体として認定され、さらにこの主体に対しては、とりわけ基本法1条1項2文によって国家に要請される保護が行われるべきことが明らかにされている。連邦憲法裁判所の考え方によれば、未出生の生命といえども生命主体であることは疑いがなく、それゆえ胎児もまた基本権主体および人間の尊厳の主体でありうる。もちろん胎児は自らの基本権ないし尊厳に

³⁵ なお、墮胎判決はいずれも抽象的規範統制による提訴であったことからすれば、より客観法的保護に重点が置かれるのは当然であるともいえる。

³⁶ BVerfGE 39, 1 (41)。ここで胎児に対する基本法1条1項の適用根拠となっている「潜在的な能力説」につき、vgl. Dürig, aa.O. (Fn. 3), S. 11; 玉蟲・前掲注28・51頁以下を参照。

³⁷ BVerfGE 39, 1 (41)。

³⁸ BVerfGE 39, 1 (42)。

関する意思を表明したり、その意思にもとづいて何らかの行為を行ったりすることはできないが、これによって胎児への生命権、人間の尊厳の保障が挫折するわけではない。基本権の二重の性格³⁹からすれば、これらの基本法上の保障は、胎児の生命および尊厳を保護するという国家の客観法的保護を要請するのに十分な理由となるということとなる。

ここでも、やはり基本権主体の主観的意思が欠けた状態における客観法的保護が志向されている。胎児の具体的意思は不可知であるため、裁判所はそれを擬制して客観法的な保護を行わねばならない。メフィスト決定ではその際に「普遍的な尊重要請」が媒介となっていたが、墮胎判決においてはこの点は必ずしも明らかではない。「人間の生命は、…基本法秩序においてひとつの最高価値である」⁴⁰こと、胎児の生命権と母親の墮胎に関する自己決定権との間での調整は、墮胎が常に胎児の生命を破壊することを意味するため、不可能である⁴¹こと、などが胎児の基本権主体の主観的意思が不明な状態においても国家による客観的保護を行う根拠となっていると見るべきであろう。基本権主体を欠いていたメフィスト決定の場合と異なり、墮胎判決の場合には胎児が基本権主体として認められたことにより、基本権の二重の性格によって客観法的保護を導き出しやすかった。しかし、基本権の二重の性格に関する支配的見解からすれば、客観法的機能は主観的権利としての基

³⁹ Vgl. BVerfGE 7, 198 (205) ; BVerfGE 39, 1 (41) . 「基本権規範は個々人の国家に対する主観的な防御権のみならず、同時に憲法上の基本決定としてすべての法領域に妥当し、立法、行政および司法にとっての方向づけおよび動機づけを与える客観的価値秩序をも具現している」。Vgl. auch, Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, Rn.279ff.; Enders, a.a.O. (Fn. 3) , S. 373f. 基本権の二重の性格については、とりわけ井上典之「基本権の客観法的機能と主観的権利性—ドイツ基本権解釈学の粗描—」覚道豊治先生古稀記念論集『現代違憲審査論』（法律文化社、1996年）267頁以下を参照。また、玉蟲・前掲注28・53, 55頁以下を参照。

⁴⁰ BVerfGE 39, 1 (42) .

⁴¹ BVerfGE 39, 1 (43) .

本権の意義を補充ないし強化するものと理解されている⁴²。それゆえ、やはり基本権主体の意思が欠けた状態での客観法的保護にはそれなりの明確な根拠づけが必要である。その意味では、母親の権利と胎児の権利保護との衡量において、裁判所が胎児の（将来的な）自己決定の基盤である生命に優越的価値を与えるという方向で客観法的保護を行った⁴³ことは、生命をその基礎とする人間の尊厳の実体的内容は何かという観点で重要であった。すなわち、胎児を母親の一方的な決定の客体とせず、物質的・肉体的な意味においてその生命を保護することによって、胎児の将来的な決定主体としての地位を確保するというのが裁判所の想定した道筋であろう⁴⁴。ここでは、個人（胎児）の潜在的な主体性の確保が人間の尊厳保護との関係で重要視されていることとなる。墮胎が行われる時点では主体的意思が欠けているからこそ、国家による客観法的保護を通じた主体性の確保が要請される。したがって、墮胎判決においては、メフィスト決定での「普遍的な尊重要請」よりも明確な「個人の主体性の確保」という人間の尊厳の客観法的保護の根拠が示されているといえる。

⁴² Piero/Schlink, aa.O. (Fn. 2), Rn.76, 80; BVerfGE 50,290 (337)。なお、ピエロート/シュリンク・前掲注2・73頁を参照。

⁴³ このことは連邦憲法裁判所が「人間の生命は人間の尊厳の肉体的基礎であり、あらゆる他の基本権の前提条件である」（S.42）と述べていることから読み取ることができる。

⁴⁴ もちろん、憲法秩序において生命という価値が占める地位からすれば、「生命保護」という理由だけで十分に国家の客観法的保護が根拠づけられるという考え方もありうる。しかし、連邦軍兵士や消防士などの生命が公共のために義務的に投入されうるといふ事例を考えれば、必ずしも生命保護が常に普遍的な命題として貫徹されるとは限らない。また、墮胎の問題に限っても、優生学的理由および犯罪を理由とした墮胎が合憲となるということの説明がつかない。この点につき、玉蟲・前掲注7・607, 620頁を参照。

(3) 「悪魔の舞踏」判決

連邦憲法裁判所による人間の尊厳の客観法的保護の展開において、最も大きな問題を提起しているのが、いわゆる「悪魔の舞踏」判決⁴⁵である。ホラー映画「悪魔の舞踏（Tanz der Teufel）」での「ゾンビ」に対する暴力行為の表現が、当時の刑法 131 条にいう「出来事の残酷さや非人間性を人間の尊厳を侵害する描き方で示す」ような手法で「人間に対する残酷な暴力行為」を描写していることにあたるかが問われたこの事件において、連邦憲法裁判所は以下のように述べる。「この法律は人間の尊厳の概念を用いることで、明らかに基本法 1 条 1 項の内容と結びついている」⁴⁶。人間の尊厳によって禁止される行為は「人間を国家の単なる客体とし、あるいはその主体性を原理的に疑問視させる取扱にさらすこと」であるが、「この意味での人間の尊厳は、単にそれぞれの個人の個人的尊厳のみならず、種としての人間の尊厳でもある」⁴⁷。そして、「出来事の残酷さもしくは非人間性の描写が、あらゆる人間に備わった基本的な価値要請および尊重要請を否定する考え方を見る者に抱かせ、あるいは強化する場合、もしくは個人ないしグループを人間に値しないと思わせる場合」には、その描写は「人間を、好き勝手に扱われうる単なる客体として処理可能であるとする考え方」を含んでいるがゆえに、「完全に虚構的な出来事についての人間を侮蔑した描写もまた人間の尊厳に対する尊重要請に違反しうる」⁴⁸。

この判決において最も注目すべきは、人間の尊厳の内容として、個人的な尊厳だけでなく、「種としての人間の尊厳（die Würde des Menschen als

⁴⁵ BVerfGE 87,209. 本判決については、西浦公「暴力描写と類推的処罰及び検閲の禁止—「悪魔の舞踏」事件—」ドイツ憲法判例研究会・前掲注34『ドイツの憲法判例Ⅱ（第2版）』・157頁以下を参照。

⁴⁶ BVerfGE 87,209（228）

⁴⁷ BVerfGE 87,209（228）

⁴⁸ BVerfGE 87,209（228）

Gattungswesen)」が示されていることである。連邦憲法裁判所によれば、これは「あらゆる者が、その個性、能力および社会的地位に関係なくもつ」ものであり、「身体的ないし精神的な状況により正常な意識をもって行為できない者にも備わっている」⁴⁹とされる。この言明だけを見れば、「種としての人間の尊厳」は必ずしも人間の尊厳に新しい内容を付け加えるものではなく、あらゆる人間が共通にもつ特性を示したものととれる。実際、ドライアーは、本判決における連邦憲法裁判所の人間の尊厳理解について、あらゆる人間は人間という種に属するというただそれだけの理由から基本法1条1項の保護を受けるという趣旨において個人の保護を強化する意図をもってたと解している⁵⁰。また、アウベルも同様に、連邦憲法裁判所は人間の尊厳の個人的な保障と並んで抽象的な法益としての人間の尊厳の脱人格的保護を打ち出そうとはしていないと述べる⁵¹。しかし、このような評価はあまりにも楽観的すぎるであろう。たしかにこの判決においては、ゾンビが「人間」に該当せず、それに対する暴力行為の表現が人間の尊厳を侵害したことにはならないと結論づけられた。それゆえ、この意味では、人間という「種」とそこへの個人の帰属が憲法的に重要であることが示されたと主張することもできるかもしれない。とはいえ、とりわけ「完全に虚構的な出来事についての人間を侮蔑した描写もまた人間の尊厳に対する尊重命令に違反しうる」という一般論は、人間の尊厳を完全に客観化させる契機を含んでいたといわざるをえない。具体的な個人ではなく、抽象的な存在としての「人間」に対する尊厳を軽視する（しかも、完全に虚構的な）表現が人間の尊厳を侵害しうるとすれば、このような侵害を禁止し、かつ人間の尊厳を保護する国家の義務は個人との関係を失うことになる。しかし、特定の主体に還元

⁴⁹ BVerfGE 87,209 (228)

⁵⁰ Dreier, a.a.O. (Fn. 3), Rn.116.

⁵¹ Aubel, a.a.O. (Fn. 26), S.247.

できない客観的な人間の尊厳を保護するのは、抽象的な価値観・倫理観の保護にすぎないのではないだろうか。

また、この判決において注目すべきもう一つの特徴は、連邦憲法裁判所が人間の尊厳侵害を認定するにあたって採用する、いわゆる「客体定式」が国家の客観法的保護の正当化にあたって用いられていることである。この判決では、人間の尊厳に反するのは「人間を国家の単なる客体とし、あるいはその主体性を原理的に疑問視させる取扱にさらすこと」であるとする、連邦憲法裁判所の「盗聴判決」で採用された客体定式の表現⁵²が用いられている。先に挙げたメフィスト決定および堕胎判決では客体定式が明示的に用いられていなかったため⁵³、第三者による人間の尊厳侵害についても客体定式が採用されうるのかは必ずしも明らかではなかったが、連邦憲法裁判所は本判決においてこのことを明確に肯定している。すなわち、第三者の行為が人間を客体として取り扱うとき、その行為は「人間の尊厳に対する尊重要請に違反」したとみなされ、国家はこれを禁止する義務を負うということになる。このことによって、客体定式は第三者の行為から人間の尊厳を保護するための論理としても妥当することとなった。

本判決においては、結果として「ゾンビ」が旧刑法 131 条にいう「人間」に該当せず、当該映画のビデオカセットに対する回収措置が検閲を禁じた基本法 5 条 1 項 3 文に反するという理由から、回収を命じた判決が覆されたため、人間の尊厳の純粋に客観的な保護そのものは行われなかった。とはいえ、本判決での連邦憲法裁判所の人間の尊厳の見方には問題があることは確かである。また、旧刑法 131 条がこうした人間の尊厳の純粋に客観的な保護

⁵² Vgl. BVerfGE 30,1 (26) . また、盗聴判決以前の客体定式とそれ以後の客体定式との違いについて、vgl. Jens Kersten, Das Klonen von Menschen, 2004, S.444ff.

⁵³ Vgl. Kersten, a.a.O. (Fn. 52) , S.467.

⁵⁴ BVerfGE 87,209 (228f) .

をも目的としていることが憲法上正当と見なされ⁵⁴、これにもとづく「種としての人間の尊厳」保護の可能性を残した点でも問題があるというべきであろう。後述するように、これが連邦行政裁判所に受け継がれた結果が、レーザードローム決定における人間の尊厳保障の完全なる脱人格化・客観化であったことは明らかである⁵⁵。

(4) 航空安全法判決

近年の連邦憲法裁判所の判決の中で、人間の尊厳の客観法的保護のあり方がクローズアップされたのは航空安全法判決⁵⁶である。本判決では、ハイジャックされた航空機が他者の生命を危険にさらす場合に、当該航空機に対して武器による攻撃を行うことを可能とする2005年航空安全法14条3項が、基本法1条1項と結びついた2条1項などに違反し、違憲無効であるとの評価を受けた。本件は、頻繁に航空機を利用する者から提起された憲法異議の事案であり、それゆえ直接の判決理由としては、航空安全法14条3項が憲法異議申立人の人間の尊厳および生命に関する基本権を侵害することが挙げられている⁵⁷。しかし、判決理由の中ではこれを越えた人間の尊厳の客観法的保護が示されている。

本判決の中で連邦憲法裁判所は、航空安全法14条3項の基本法1条1項と結びついた2条1項違反について、大要以下のように述べている。

基本法2条2項1文が保障する生命についての基本権は、2条2項3文により法律の留保の下にあるが、この制限的法律は基本法2条2項と密接な関

⁵⁵ これについては、後述するニーフエス (Niehues) の議論が指摘する通りであろう。Vgl. Norbert Niehues, Die Achtung der Würde des Menschen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: Rolf Gröschner/Oliver W. Lembcke (Hrsg.), Das Dogma der Unantastbarkeit, 2009, S.67.

⁵⁶ BVerfGE 108,118.

⁵⁷ BVerfGE 108,118 (136) .

係を有する基本法1条1項の人間の尊厳保障によっても評価されねばならない⁵⁸。国家には、一方でその行為によって人間がもつ尊厳の軽視の禁止に違反することで生命の基本権に介入することが禁じられる。そして、他方において国家は、あらゆる人間の生命を保護することを義務づけられてもいる。

「この保護義務は、国家およびその機関に対して、個々人の生命に保護的かつ庇護的な態度で臨むべきこと、すなわち第三者からの攻撃および干渉から個々人を守ることを要求している」⁵⁹。「人間の本質には、自由に自ら決定をなし、自由に発展することが含まれ、そして個々人は共同体において原則として固有の価値をもった同権的メンバーとして承認されることを要求するという」⁶⁰ 考え方からすれば、人間の尊厳の尊重および保護の義務は、人間を国家の単なる客体とすることを禁じている。「それゆえ、人間の主体性、その権利主体としての地位を根本的に疑問視するような、公権力によるあらゆる人間の取扱がまさに禁じられている」⁶¹。この観点で航空安全法14条3項を見た場合、国家は、航空機の乗員・乗客を「他者の保護のために行われる救命行為の単なる客体として取り扱っている」⁶²。「このような取扱は、尊厳および放棄することのできない権利をもった主体としての当該諸個人〔乗員・乗客〕を軽視するものである。彼らは、その殺害を他者の救命のための手段として用いられることによって、物として取り扱われ、同時に権利を奪い去られている。その生命が国家によって一方的に利用されることによって、犠牲者として保護を必要としているはずの旅客機の乗客は、人間にそれ自体を目的として帰属する価値を否定されている」⁶³。

また、航空安全法14条3項は、ハイジャックされた航空機によりその生

⁵⁸ BVerfGE 115,118 (152) .

⁵⁹ BVerfGE 115,118 (152) .

⁶⁰ BVerfGE 115,118 (153) .

⁶¹ BVerfGE 115,118 (153) .

⁶² BVerfGE 115,118 (154) .

命が危険にさらされる者（墜落地点にいる者など）に対する国家の保護義務によっても正当化されるものではないとされる⁶⁴。連邦憲法裁判所によれば、航空安全法 14 条 3 項にもとづく攻撃は、旅客機内にとらえられた当該攻撃の犠牲者もまたその生命についての国家的保護を要求しうることを考慮していないとされる⁶⁵。それゆえ、「国家により彼らにこの保護が拒まれたというだけでなく、国家はむしろこの保護されぬ人々の生命を自ら侵害している」⁶⁶のである。そしてこのことは、「この措置が他の人間の生命を保護し、維持するということに仕えるということでも、何ら変わることはない」⁶⁷。

ただし、航空安全法 14 条 3 項にもとづく措置は、無人の航空機、あるいは航空機を地上にいる人間の生命に対する凶器として用いようとする個人にのみ向けられている場合には、基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 2 項 1 文に反するものではないともされる⁶⁸。「国家が違法な攻撃に対して抵抗し、生命を奪われそうな状況にある者に対する保護義務を履行するために攻撃を防ごうとしている場合、航空機を人間の生命の破壊のために濫用しようとし、他者の法益に違法に干渉するような者は、国家の行為の単なる客体として、その主体性を根本的に疑問視されてはいない」⁶⁹。航空安全法 14 条 3 項の規定は、「人間の生命を救うということを目的としている」⁷⁰のであり、「その生命が航空安全法 14 条 3 項にもとづく干渉措置によって国家の保護義務が履行されることにより保護される、もくろまれた航空機墜落の目標地点に

⁶³ BVerfGE 115,118 (154) . [] 内は引用者。

⁶⁴ BVerfGE 115,118 (159) .

⁶⁵ BVerfGE 115,118 (160) .

⁶⁶ BVerfGE 115,118 (160) .

⁶⁷ BVerfGE 115,118 (160) .

⁶⁸ BVerfGE 115,118 (160) .

⁶⁹ BVerfGE 115,118 (161) .

⁷⁰ BVerfGE 115,118 (162) .

いる者は、通常、彼らに対して企図された攻撃から身を守り、とりわけそこから逃れる可能性をもたないのである」⁷¹。

以上のように、本判決の中では多様な主体の生命および人間の尊厳の保障が取り扱われている。すなわち、それぞれ航空機の乗員・乗客、ハイジャック犯、地上にいる人間、の生命および人間の尊厳である。このうち、連邦憲法裁判所が航空安全法 14 条 3 項を違憲・無効とした理由は、とりわけ航空機の乗員・乗客の生命および人間の尊厳を損なうという点にあったと見るべきであろう。そこでは、国家が航空安全法 14 条 3 項にもとづく措置をとった場合、結果として航空機の乗員・乗客を国家の行為の単なる客体として扱うこととなり、これらの者の主体性を根本的に疑問視させることとなるとの評価が行われている。したがって、こうした国家行為は基本法 1 条 1 項 2 文が要請する人間の尊厳への尊重（achten）の義務に反するというのが、違憲判断の直接の理由であろう。

このことから、一見すると、本判決は人間の尊厳の防御的機能に対応した、国家の不作為義務にもとづく判断にも見える。たしかに、航空機の乗員・乗客の人間の尊厳という観点から見れば、そのような結論ともなる。しかし、この解決の背後には、地上にいる人間に対する客観法的保護の論理が存在していなければならない⁷²。なぜなら、航空安全法 14 条 3 項の立法者が懸念したように、ハイジャックされた航空機を撃墜しなければ、地上にいる人間に大きな被害が生じるおそれがあるからである。立法者は、この両

⁷¹ BVerfGE 115,118 (164)。ただし、この後に続けて、連邦憲法裁判所は航空機を撃墜した場合の被害についても指摘した上で、撃墜された航空機の落下地点にいる「人間の生命および健康の保護もまた国家は憲法によって義務づけられている」（164頁）と述べている。

⁷² Vgl. Dieter Hömig, Menschenwürdeschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Gröschner/ Lembke (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 55), S.44.

者の人間の尊厳および生命の衡量において、少なくとも限界的状況においては地上にいる者の人間の尊厳および生命の保護を優先することを選択した。すなわち、航空機の乗員・乗客の人間の尊厳・生命に対する尊重の義務よりも地上にいる者の人間の尊厳・生命に対する保護の義務を優先したということになる。しかし、連邦憲法裁判所はこのような見解に対抗している。先にも引用したとおり、国家が航空機の乗員・乗客の人間の尊厳に不当に干渉してはならないという結論は、たとえ国家の措置が「他者の生命を保護し、維持する」ために行われるものであっても、何ら変わることはないのである。結果的に、連邦憲法裁判所の判断は、地上にいる者に対する客観的保護のレベルを切り下げたということになるのであろうが、結論においてこの判断は正当である。なぜなら、少なくとも、航空機の乗員・乗客と地上にいる人間との間では人間の尊厳および生命についての法的調整は不可能であり、どちらを優先させることもできないからである⁷³。

客観法的保護の論理は、ハイジャック犯の生命および人間の尊厳と地上にいる者の生命（ないし人間の尊厳）⁷⁴との衡量において、より明確に示されている。連邦憲法裁判所によれば、ハイジャック犯のみが搭乗した航空機に対する攻撃は、これによって生じる基本権侵害と保護されるべき法益の重要性との間での全体的衡量の結果にもとづき、適切で、当該個人（ハイジャック犯）に要求可能な防衛措置であるとされる⁷⁵。ここで生じうる基本権侵害とはハイジャック犯の生命権および人間の尊厳から生じる防御（権）要請の侵害であり、保護されるべき法益とは地上にいる者の生命（ないし人間の尊厳）である。この両者の衡量において、連邦憲法裁判所は、明らかに地上に

⁷³ この点については、刑法学からの反論がある。Vgl. Günter Spendel, Eine notwendige Kritik. Luftsicherheitsgesetz und Bundesverfassungsgericht, MUT, 2007, S.62ff. なお、ヘーミヒ（Hömig）は、この両者の衡量にあたって、連邦憲法裁判所は乗員・乗客の人間の尊厳から生じる防御権を優越させたとしている。Hömig, a.a.O. (Fn. 72), S.45.

いる者の生命（ないし人間の尊厳）に対する客観法的保護に優位を与えている。このような論証の直接の根拠は、ハイジャック犯がもはやその主体としての行動によって基本権侵害を受けてもやむを得ない状況に自ら入り込んでいるという点にある⁷⁶。しかし、連邦憲法裁判所が地上にいる者の生命および人間の尊厳への客観法的保護を論証の根底に置いていることは、ハイジャック犯の基本権侵害を許容する文脈において「保護されるべき法益」、「その生命が…国家の保護義務の履行によって保護されるべき者」（これらはいずれも地上にいる者ないしその者の法益を指している）という言葉が用いられていることからあきらかであろう。

(5) 小括

以上のように、連邦憲法裁判所は多くの判決の中で、人間の尊厳の客観法的保護を意識した判断を下している。これは先にも述べたように、基本法1条1項2文にもとづく義務であり、基本法によって裁判所に対して直接要請される働きであることは間違いがない。とはいえ、この義務をどのような内容をもって履行するかという点については、裁判所による人間の尊厳の解釈

⁷⁴ 連邦憲法裁判所はここで地上にいる者の「生命の保護」のみに言及しているが、「人間の生命は、根本的な憲法原理および最高の憲法価値としての人間の尊厳の肉体的基礎」（S.152）であり、生命に関する「保護義務もまた、国家に対して明示的に人間の尊厳の尊重および保護を義務づける基本法1条1項2文にその根拠をもつ」（S.152）ことからすれば、人間の尊厳の客観法的保護の論理もその背後あるいは根底に存在していると見るべきであろう。ここで人間の尊厳の保護が明確に述べられないのは、地上にいる人間の場合、国家の措置によって単なる客体に貶められているわけでもなく、またハイジャック犯によって監禁され、逃げ場のない状況に捕らわれているわけでもないということが影響していると思われる（この置かれた状況の違いについて、vgl. Hömig, a.a.O. (Fn. 72), S.45 (Fn. 141)）。したがって、ここでは、生命を保護することによって人間の尊厳の保護もまた同時に実現可能と考えられているものと思われる。

⁷⁵ BVerfGE 115,118 (163f) .

⁷⁶ BVerfGE 115,118 (164)

のあり方が重要な意味をもっている。

この点、連邦憲法裁判所は、皮肉にも人間の尊厳理解において大きな問題を抱えた「悪魔の舞踏」判決において示されたように、人間の尊厳の客観法的保護にあたっても客体定式を論証の出発点に置いている。すなわち、国家の行為が個人を単なる客体とする場合に人間の尊厳侵害が生じており、そのような行為は基本法1条1項により絶対的に禁止されるという客体定式が、第三者との関係にも転用され、第三者の行為が個人を単なる客体として取り扱う場合には人間の尊厳侵害が発生しており、このことから国家の客観法的保護の義務が生じるというのが、連邦憲法裁判所の考え方であろう。客体定式はこの場合、国家の客観法的保護義務発生的前提条件として機能する。

客体定式は、その漠然性が多くの批判にさらされたこともあり、「悪魔の舞踏」判決および航空安全法判決において示されているように、「人間の主体性、その権利主体としての地位を根本的に疑問視する」取扱いが禁じられるという、盗聴判決で付け加えられた基準によって補完されている⁷⁷。したがって、第三者の行為が人間の主体性を根本的に疑問視するような取扱いを意味する場合に、国家には基本法1条1項2文にもとづく「保護」が要請される。この保護は、論理的に考えて、第三者による個人の主体性への不当な干渉を防ぐことに仕えるものであり、それゆえ保護の目的は何よりもまず個人の主体性の確保である。国家には、人間の尊厳の客観法的保護を履行することによって、個人の主体性の確保ないし主体的自己決定を可能ならしめる基盤を創出・維持するという機能が期待されているということになる。

連邦憲法裁判所の諸判決は、おおむねこの基本路線に沿ったものである。墮胎判決においては、母親による墮胎が胎児の生命および人間の尊厳に対する干渉となることから国家の客観法的保護義務が導かれ、この履行による胎

⁷⁷ Vgl. BVerfGE 30,1 (26) .

見の（潜在的ないし将来的な）主体性の確保が目指されている。また、航空安全法判決においては、地上にいる者の生命ないし人間の尊厳に対する危険を防ぐということが、ハイジャック犯のみが搭乗した航空機を撃墜することの正当化要因となっている。これによって、ハイジャック犯の利己的な目的達成によって生命を奪われる危険性があった者に対して、その主体性が保障されることになるということであろう。これらの生命ないし人間の尊厳の客観法的保護は、個人の主体性を確保・維持するという本来の目的に適っている。

もちろん、先に述べたように、メフィスト決定での死者に対する人間の尊厳保護は、主体の不存在および主体的意思の不存在にもかかわらず裁判所が人間の尊厳を「普遍的な尊重要請」として客観法的保護を発動したという点において問題があった。これを敷衍すれば、個人の主体性および主体的意思に反するような人間の尊厳保障の「脱人格化・客観化」が行われるという危険性は否定できない。また、「悪魔の舞踏」判決は、「種としての人間の尊厳」という個人との結びつきをもたない人間の尊厳の内容を示すことで、人間の尊厳保障の「脱人格化・客観化」に道を開いてしまったといえるであろう。

さらに、航空安全法判決での客観法的保護の論理は、必然的に人間の尊厳保障の「差異化（Differenzierung）⁷⁸」の契機を含んでいるといえる。ハイジャックされた航空機に乗員・乗客がいた場合、これを撃墜することは人間の尊厳侵害に当たるが、ハイジャック犯のみが搭乗している場合には、これを撃墜することが正当化されるという論理構成は、同じく国家の措置によっ

⁷⁸ Vgl. Hans-Georg Dederer, Die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), JöR 57, 2009, S.116. 人間の尊厳保障の「差異化」については、vgl. Matthias Herdegen, Art.1, in: Theodor Maunz/Günther Dürig (hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2003, Rn.50; 玉蟲・前掲注7・636頁以下。

て撃墜される者について、その具体的な状況に応じて異なった評価がなされることを意味する。ここでは、乗員・乗客の人間の尊厳とハイジャック犯のそれとの間で差異化が行われていることとなろう。しかもそれは地上にいる者の生命ないし人間の尊厳の保護との衡量において、乗員・乗客の人間の尊厳にはそれと同等ないしそれ以上の評価が与えられるのに対して、ハイジャック犯の人間の尊厳についての尊重要請は地上にいる者の生命保護に明らかに劣後しているのである。裁判所は、こうした差異化の根拠に、ハイジャック犯がもはやその主体としての行動によって基本権（人間の尊厳）侵害を受けてもやむを得ない状況に自ら入り込んでいるとの論証を置いている。このことは、結局のところ、自由意思によって行動する犯罪者はその行動を理由として同時に自らの人間の尊厳についての尊重要請を縮減されうるということを意味するであろう⁷⁹。

人間の尊厳保障の差異化は、一見すると人間の尊厳保障の「脱人格化・客観化」とは無関係のようにも見えるが、自らの主体的意思決定を理由として人間の尊厳保障のレベルが引き下げられるという意味では、国家の干渉余地を拡大するおそれがある。とりわけ、個人の主体的決定が「人間の尊厳にもとる」あるいは「反社会的」であるという理由によって人間の尊厳の尊重要請に変化が生じることとなれば、それは「自分自身からの尊厳保護」を根拠づける結果ともなろう。こうした差異化が認められるとして、それがどこまで認められるかはなおも検討の余地がある。

以上のように、連邦憲法裁判所の諸判決は、人間の尊厳の客観法的保護を

⁷⁹ Vgl. Dederer, aa.O. (Fn. 78), S.117. 従来、こうした人質犯の殺害については、基本法1条1項への介入には当たらず、あくまで基本法2条2項1文が定める生命の不可侵性に対する権利への介入にすぎないと論じることが多かったように思われる（たとえば、vgl. Friedhelm Hufen, Die Menschenwürde, Art.11GG, JuS 2010, S.8）。しかし、航空安全法判決では、こうした措置が基本法1条1項の問題でもあるとの立場をとっていることが注目されよう。

展開するなかで、一方において、個人の主体性の確保ないし主体的自己決定を可能ならしめる基盤を創出・維持するという保護の方向性を示している。その意味では、人間の尊厳の客観法的保護に当たっても、「個人」およびその「主体性」が保護の出発点に置かれている。しかし、他方で、メフィスト決定、「悪魔の舞踏」判決、航空安全法判決に見られるように、連邦憲法裁判所の態度は「個人」および「主体性」の保護からの逸脱の可能性をも開いているように見える。もちろん、全体として見れば、依然として連邦憲法裁判所の軸足は「個人」とその「主体性」に置かれていると見るのであろうが、そこからの逸脱が現実のものとなれば、人間の尊厳保障の意味合いが大きく変わりうることは否定できない。

3. 連邦行政裁判所による人間の尊厳保障の「脱人格化・客観化」

(1) ピープ・ショー判決

連邦憲法裁判所での人間の尊厳の客観法的保護に関する諸判決が個人の主体性確保を主たる目的として展開してきたのに対して、連邦行政裁判所は第一次ピープ・ショー判決⁸⁰以降、人間の尊厳保障を「脱人格化・客観化」させてきている。

この事件は、いわゆる「ピープ・ショー」の営業許可を求めていた者に対して、営業法 33a 条 2 項にもとづく不許可処分が下されたことに端を発する。不許可処分の理由は、企図された興行が「良俗 (gute Sitten)」に反するという推定を正当化するような事実が存在している場合、営業許可は拒否されなければならないというものであった。これを受けて、当該処分を受けた者が処分の取消しを求めて起こした訴えにおいて、連邦行政裁判所は以下のような判断を下している。

⁸⁰ BVerwGE 64,274. 本判決については、小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998年）277頁以下を参照。

良俗という概念は不明確な、意味充填を必要とする法概念であり、この概念をもって「法は、歴史的な変化に服する、法共同体において重要な秩序条件として認識される社会倫理的な価値観念の参照を指示している」⁸¹。この「重要な社会倫理的秩序構造の中心を形作るのは価値倫理的諸原理であり、その拘束力は憲法コンセンサスにもとづく法共同体が決定したものである」⁸²。基本法の価値秩序は良俗の内容にも波及しており、「基本法に根ざした価値観念に反する行為は、良俗にも反する」⁸³。人間の尊厳の尊重と保護は基本法の主要構成原理であるから、これに反する催事は良俗違反となる。したがって、「不許可処分は、この場合、基本法1条1項2文にもとづく保護義務を公官庁が履行する手段である」⁸⁴。「原告によって企画された興行は鑑賞される（zur Schau gestellt）女性の尊厳を侵害する」⁸⁵。

「基本法1条1項は人間の個人的固有価値を保護している。人間の尊厳が侵害されるのは、個々の個人が客体へと貶められているときである。この際、人間の尊厳を侵害する攻撃は、本件でのように、私人によっても生じうる。憲法上の保護義務にもとづいて、国家はこのような場合に、こうした攻撃に対する防御のために法適用によって与えられた手段を尽くすべく義務づけられている」⁸⁶。

単に女性が裸体を見せることは、その女性の人格的主体性が損なわれない限りにおいて、人間の尊厳を侵害するものではなく、それゆえ通常のストリップ興行は人間の尊厳侵害の観点で原則として異議を唱えられることはないが、「これに対して、ピープ・ショーの場合には、出演する女性に尊厳

⁸¹ BVerwGE 64,274 (276) .

⁸² BVerwGE 64,274 (276f) .

⁸³ BVerwGE 64,274 (277) .

⁸⁴ BVerwGE 64,274 (277) .

⁸⁵ BVerwGE 64,274 (277) .

⁸⁶ BVerwGE 64,274 (278) .

なき（entwürdigend）客体としての役割が与えられている」⁸⁷。それゆえ、ピープ・ショーの手法が鑑賞される女性の尊厳を貶め、これによって彼女の人間の尊厳を侵害しているという判断は正当なものである。

「この人間の尊厳侵害は、ピープ・ショーに出演している女性が自発的に行っているということによって除去される、あるいは正当化されるというものではない。人間の尊厳は、その尊重を個々人が有効に放棄することのできない、客観的で、処分不可能な価値である」⁸⁸。「当該個人の同意が人間の尊厳侵害を排除しうるのは、問題となっている行為あるいは不作為に対する当該個人の同意の欠如が人間の尊厳侵害を根拠づけるまさにその場合にのみ限られる。本件では、人間の尊厳はその個々人を越えた意義により、人間の尊厳の客観的価値から逸脱する主観的な考えを貫徹しようとする当該個人の意図に対抗してでも守られねばならない」⁸⁹。

以上のように、本判決において連邦行政裁判所は、ピープ・ショーの出演女性の人間の尊厳に対する客観法的保護の必要性を強調し、興行に対する不許可処分を国家による客観法的保護の履行と見て、不許可処分の合法性を認定している。連邦憲法裁判所が堅持する客体定式の形式的理解から見れば、本件での連邦行政裁判所による人間の尊厳の客観的保護にはそれなりの理由がある。なぜなら、個人が第三者によって行為の単なる客体に貶められているような場合には、国家には基本法1条1項2文にもとづく保護義務の履行が要請されることになり、その履行は単純法律の解釈・適用によっても媒介されうるからである。したがって、私人の営業行為に他者に対する人間の尊厳侵害が認められる限りにおいて、公官庁がこの人間の尊厳侵害を除去・防止すべく、営業の不許可処分を下すということはありうることである。

⁸⁷ BVerwGE 64,274 (278) .

⁸⁸ BVerwGE 64,274 (279) .

⁸⁹ BVerwGE 64,274 (279) . 傍点は引用者。

しかし、客体定式の実質的理解という観点から見た場合、本判決での連邦行政裁判所の判断にはきわめて重大な問題が生じている。すなわち、ここでは連邦行政裁判所が何をもって個人が行為の単なる客体とされていると認定したかが問題である。連邦行政裁判所は、客体定式の実質的理解に際して、客観的に第三者による個人の人間の尊厳侵害が発生している場合、それを当該個人が自発的に受け入れているとしてもこうした侵害が除去ないし正当化されることはないとして解している。ここではいわゆる「自分自身からの尊厳保護 (Würdeschutz gegen sich selbst)」⁹⁰ という問題状況が示されていることになるが、連邦行政裁判所はこのような場合における国家の人間の尊厳に関する保護義務の発動を明確に認めている。

この点、先にも述べたように、連邦憲法裁判所は「人間の主体性、その権利主体としての地位を根本的に疑問視する」取扱いがある場合に、その取扱いを受けた個人は行為の単なる客体に貶められていると見ている。すなわち、個人の自発的意志の発現が確保されている場合には、個人は行為の単なる客体ではなく、したがって人間の尊厳侵害は生じていないことになる。この考え方によれば、個人の自発的意志の発現が確保されていない状況において、その状況の是正のために国家が介入を行うことは保護義務の履行として正当化される余地がある⁹¹ もの、個人の自発的意志がすでに確保されている状況への国家の介入は保護義務の名の下でも正当化されないはずである。「自分自身からの尊厳保護」は、相当に限定された状況においてしか正当化されない。

それにもかかわらず、連邦行政裁判所が出演女性の自発的同意に対抗して

⁹⁰ Dreier, a.a.O. (Fn. 3), Rn.151

⁹¹ Vgl. Dreier, a.a.O. (Fn. 3), Rn.151: 「このような〔自分自身からの尊厳保護という〕介入が比較的問題のないものとなるのは、介入が権利主体を、その自己決定能力そのものを永続的に自制してしまうことから保護するものである場合に限られる」。〔〕内は引用者。

まで人間の尊厳の客観法的保護を貫徹しようとしたことによって、この保護は個人の人格と対抗し、かつ客観化してしまっている。女性がピープ・ショーへの出演に自発的に同意しているという事実が人間の尊厳侵害を除去する要因とならないのであれば、個人の主体性は人間の尊厳の構成要素ではなくなる。また、このような状況においてもなお人間の尊厳の客観法的保護が追求されるというのであれば、人間の尊厳は「純粹に客観的な価値」として、保護の対象たる個人も含めて、あらゆる個人にとっての義務ないしは行為制限規範へと作り替えられることになる⁹²。「人間の尊厳はその個々人を越えた意義により、人間の尊厳の客観的価値から逸脱する主観的な考えを貫徹しようとする当該個人の意図に対抗してでも守られねばならない」との連邦行政裁判所の判断は、まさにこのことを顕著に示している。人間の尊厳には「個々人を越えた意義」が認められ（客観化）、少なくともこれは「当該個人の意図に対抗してでも」国家によって保護されねばならない意義である（個人の人格との対抗）。この考え方によれば、もはや個人は、基本法1条1項2文にもとづく保護の担い手である国家が考える「人間の尊厳に適う」行動を押しつけられ、そこから逸脱することを許されない存在ともなりうる^{93・94}。

(2) 「レーザードローム」判決

ピープ・ショー判決で行われた人間の尊厳保障の「脱人格化・客観化」の傾向は、2001年のいわゆる「レーザードローム」決定⁹⁵において、さらに進展している。この決定においては、もはや人間の尊厳保障は個人の主体性

⁹² Horst Dreier, Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Dieter Sellner/Günter Hirsch/Gerd-Heinrich Kemper/Hinrich Lehmann-Grube (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S.219.

とはまったく切り離され、純粋な客観的価値の保障を意味するものとなっている。

「レーザードローム」とは、迷路のようになった「闘技場」において、⁹³

⁹³ 連邦行政裁判所のピープ・ショー判決と同様の論理を採用した下級裁判所の判決として、ノイシュタット行政裁判所の、いわゆる「小人投げ（Zwergenweitwurf）」決定がある。「小人投げ（ゲーム）」と呼ばれる、小人症の患者に保護服を着させて「弾丸」あるいは「ボール」に見立て、客がその「弾丸」を投げた距離を競うという興行が営業法33a条1項に反するとして不許可処分を受けたため、処分を受けた者が訴訟を提起したこのケースにおいても、「小人投げ」が人間の尊厳に反するかが問題となった。ノイシュタット行政裁判所は、「客体定式」を採用した上で、以下のように述べている。「いわゆる『小人投げ』は人間の尊厳を侵害する。この興行では、観客から選ばれた人々が一人の—ここでは小人症を患った—人間を可能な限り遠くへと投げることが重要である。投げられる者がこのときスポーツ用具のように扱われることによって、彼には尊厳なき、客体としての役割が与えられている。投げられる人間は、…人々の娯楽のために、観客から選ばれた投げ手の単なる客体とされている。…『小人投げ』の良俗との一致、不一致にとって、異議申立人〔小人症の患者〕が自由意思で投げられることや、興行そのものは尊厳なきものとは感じられないということではかわりがない。人間の尊厳は、その尊重を個々人が有効に放棄することのできない、処分不可能な価値である。営業法上の許可留保を根拠として、会社によって企画された興行の実施方法は、公官庁に対して、基本法1条1項2文にもとづき、法律の詳細な規律によって人間の尊厳の保護を義務づける国家の直接的な共同責任に服する。この保護は、社会的に重要性をもつ営業上の公開興行がその興行の方法によって人間の尊厳を侵害するか否かという問題が、企業ないし出演者の意向に委ねられるときには、その規範力およびそれが社会的共同生活の憲法的秩序にとって有する構成的な意義を失うこととなろう」。VG Neustadt, Beschl. v. 21. 5. 1992=NvWz 1993, S.98 (99)。ここでも「小人投げ」において投げられる側の人間が自ら進んでこれを行っているということは人間の尊厳侵害の認定と切り離されており、あくまで客観化された人間の尊厳保護が追求されている。したがって、人間の尊厳は投げられる側の人間にとっても義務ないし行為制限規範である。なお、「小人投げ」については、フランスにおいても訴訟となっており、同様に人間の「尊厳 (dignité)」との関連が問題となっている。この点につき、小林真紀「フランス公法における『人間の尊厳』の原理 (一) (二・完)」上智法学論集42巻3・4号 (1998年) 167頁以下、43巻1号 (1998年) 55頁以下、小嶋慎司「『名誉』の放棄」上智法学論集52巻1・2号 (2008年) 284頁以下を参照。

レイヤーとなった客が機関銃に似たレーザーポインタを用いて、他のプレイヤーを「撃ち」、その得点を競うという遊技である。原告は、この遊技をホール施設内において営業していた者であるが、被告官庁はこの「ゲーム上の殺人（spielerische Tötung）」に対して、ノルトライン・ヴェストファーレン州公安司法（Ordnungsbehördengesetz NW）14条にもとづき、「公序（öffentliche Ordnung）」に反するとして禁止命令を下した。

この命令の合法性が問題となった訴訟において、連邦行政裁判所は以下のように述べてレーザードロームの人間の尊厳違反を認定している。

連邦憲法裁判所の判例にしたがえば、「公序」とは、その法的意義が本権の基準によって影響を受ける、価値充填を必要とする一般条項であり、価値充填にあたっては「とりわけ人間の尊厳（基本法1条1項）、生命および身体の不可侵性に対する権利（基本法2条2項1文）ならびに国家の権力独占（基本法20条）」が志向される⁹⁶。レーザードロームでの殺人ゲームの催行は、人間の尊厳の侵害となる⁹⁷。

基本法1条1項における人間の尊厳の概念は、基本権システムにおける中心的な構成原理であり、それには人間を単なる客体とし、その主体性を根本的に疑問視するような取扱にさらすことを禁止する、人間の社会的価

⁹⁴ さらにドイツにおいては、この明らかに間違った方向での要請が、少なくとも行政法上の「良俗（gute Sitten）」ないし「良俗違反（sittenwidrig）」という抽象的法概念を媒介として、さまざまな法領域へと照射されることとなる。この点について、シャッツシュナイダー（Schatzschneider）は、「人間の尊厳という基本法上の保護規範が、警察法、飲食店法、建築法における一般条項を通じて奇妙な介入規範へと改変される危険性がある。人間の尊厳侵害＝良俗違反という等式、すなわち良俗違反と人間の尊厳という憲法原則との結合は、予防的警察・秩序法をこれまで特徴づけてきた構造の完全なる逆転へと導いている」と述べる。

Wolfgang Schatzschneider, Rechtsordnung und Prostitution, NJW 1985, S.2796.

⁹⁵ BVerwGE 115, 189.

⁹⁶ BVerwGE 115, 189 (198) .

⁹⁷ BVerwGE 115, 189 (198f) .

値要請および尊重要請が結びついている⁹⁸。「この意味における人間の尊厳は、それぞれの個人の個人的尊厳だけではなく、種としての人間の尊厳（die Würde des Menschen als Gattungswesen）でもある」⁹⁹。

商業的な娯楽遊技が人間の尊厳を侵害するのは、ゲーム行為によって具体的な個人がその人間の尊厳を侵害される場合である。レーザードームにおけるプレイヤー相互の関係においては尊厳を貶める取扱は存在していない。

「プレイヤーはこのゲームにおいては原理的に『機会均等に（chancengleich）』相対している。このことは、一人のプレイヤーを他者によってどうすることもできずに取り扱われる客体として見るということを容易に推察させるものではない」¹⁰⁰。

「しかし、娯楽遊技は、あらゆる人間に備わる基本的な価値要請および尊重要請を否定するような考え方をゲームの参加者に抱かせ、あるいは強めることによって、人間の尊厳の憲法的保障に違反しうる。このことは、人間に対する暴力行為が、参加者にこの出来事に対するサディスティックな喜びをもたらすという意図をもって行われるときにとりわけ生じる。なぜなら、このような傾向は、その生命や身体の完全性が好き勝手に侵害されうる、単なる客体としての人間の処理という考えを内に含んでいるからである。それゆえ、実際の暴力行使と並んで、遊び目的や娯楽目的での虚構的な暴力行為の表現もまた人間の尊厳の尊重の要請を侵害しうる（映画の中での暴力表現について、BVerfGE 87,209 [228] を参照）。このことから、ゲーム参加者と人間への暴力行使とを結びつけることを狙い、彼らに対して—たとえ虚構にすぎなくとも—こうした行為への意欲的な参加を可能とする商業的な娯楽遊技は、そこに内在する、暴力の肯定ないし少なくとも矮小化の傾向ゆえに、

⁹⁸ BVerwGE 115, 189 (199) .

⁹⁹ BVerwGE 115, 189 (199) .

¹⁰⁰ BVerwGE 115, 189 (199) .

そしてこのような傾向がもつ、普遍的な価値観念や社会における人々の行動へのありうる影響のゆえに、憲法上の人間の尊厳保障と一致しない…」¹⁰¹。

娯楽目的でのシミュレートされた殺人は、人間の人格の個性、アイデンティティおよび完全性に対する尊重と相容れない¹⁰²。「参加の自発性およびプレイヤーの相互了解は、基本法1条1項および2条2項1文から導き出されるべき憲法の価値秩序が娯楽遊技の枠内において自由に処分されるものではないため、法的に意味をもたない」¹⁰³。

以上のように、本決定においても連邦行政裁判所は人間の尊厳違反の認定にあたって「客体定式」を採用しているが、形式面から見ても、また実質面から見ても、連邦憲法裁判所の客体定式の理解から大きく逸脱している。客体定式の実質的理解からの逸脱傾向はピープ・ショー判決と同様であるが、本決定においてはその逸脱がさらに大きくなっている点が注目される。全体を通して見ると、客体定式はもはやほとんど意味を失っているというべきであろう。

本決定も認めるように、レーザードロームの参加者間においては、互いが独立した自律的行動をとることから、あるプレイヤーが他のプレイヤーを客体として扱い、その尊厳を貶めているということはない。しかも、娯楽である以上は、ゲームへの参加そのものもあくまで個人の自律的判断に委ねられている。したがって、レーザードロームの興行においても、またその参加においても、客体定式によって禁じられる、人間を客体へと貶める取扱は存在していないのである。ピープ・ショー判決においては、少なくともピープ・ショーに女性が出演することによって、観客から出演女性が物として取り扱われるという消極的要素が強調されていた¹⁰⁴。しかし、レーザードローム

¹⁰¹ BVerwGE 115, 189 (200) .

¹⁰² BVerwGE 115, 189 (201) .

¹⁰³ BVerwGE 115, 189 (202) .

においては、プレイヤーは「機会均等な」存在であり、あくまで自律的・主体的な個人であり続けている。プレイヤーは客である以上、もしゲームへの参加意欲を失えば、自らゲームから離脱することすらできる。この時点で、連邦行政裁判所が前提とする客体定式での人間の尊厳侵害の認定はもはや不可能であったというほかない。

それにもかかわらず、連邦行政裁判所がレーザードロームによる人間の尊厳侵害を認めたのは、レーザードロームの背後にある「暴力的傾向」を重視したからである。ゲームがもつ暴力的傾向が問題視されるのは昨今の日本の状況とも重なるが、本決定ではこうした暴力的傾向が人間に備わった基本的な価値要請および尊重要請を否定するような考え方を生じさせる場合には、それは人間の尊厳違反となると判断されている。それに続く認定の中でも、繰り返し、暴力的傾向をもったゲーム内容や表現が尊厳侵害的な考えや社会的影響をもたらすということが述べられている。しかし、この論証からも容易にわかるように、この場合にも、人間の尊厳を侵害される、あるいは他者によって単なる客体として取り扱われる具体的個人というのは存在していない。述べられているのは、人を客体として扱っても構わないという考え方が生じる「危険性」にすぎない。考え方では具体的個人を傷つけることはできないし、しかも抽象的な危険だけが問題であるならばなおさらである。すなわち、本決定の事案構造の中には、国家あるいは第三者による行為を通じて人間の尊厳を侵害されている「被害者」が存在していないのである。

ゲームの遂行によっても、またその内容および表現によっても、具体的個人に対する単なる客体としての取扱が存在しない以上は、客体定式にもとづく人間の尊厳侵害の認定は困難である。連邦行政裁判所がこの困難性を解決し、「殺人ゲーム」による人間の尊厳侵害を認定する根拠としたのが、人間

¹⁰⁴ Vgl. Tobias Aubel, Das menschenwürdige Laserdrome, JURA 2004, S.259. これはアウベルが指摘するように、「小人投げ」においても同様である。

の尊厳は「各個人の個人的尊厳だけではなく、種としての人間の尊厳」をも保護するとの見方であった¹⁰⁵。ここでの「種としての人間の尊厳」は明らかに、個人とは切り離された、純粋に客観的な価値であり、きわめて抽象的な倫理観に類するものといえる¹⁰⁶。もちろん、これが「侵害」されることによって具体的な個人が傷つくわけではない。しかし、人間の尊厳保障はこうした、いわば「普遍的な尊重要請」¹⁰⁷の保護をも内容として含んでおり、こうした要請に反する行動をとること自体が人間の尊厳を侵害したことになるとというのが連邦行政裁判所の見方であろう。これによって、たとえ人間を客体化する考え方の想起や強化が具体的個人を傷つけることがなくとも、それが社会の共有する価値観に反するという理由づけをもって人間の尊厳侵害が認定されている。

結果として、本判決では、人間の尊厳侵害の認定にあたって個人の主体的同意が考慮されないだけでなく、個人が実際に他者によって単なる客体として取り扱われる必要すらなくなっている。少なくとも連邦行政裁判所のいう「種としての人間の尊厳」が問題となる場面においては、もはや個人という主体そのものが人間の尊厳保障の枠内から外され、また個人の主体性に根拠を置くはずの客体定式が無意味化していることとなろう。したがって、本判決においては人間の尊厳保障の徹底した「脱人格化・客観化」が生じているといえる。そして、このように脱人格化・客観化された人間の尊厳保障は、基本法1条1項2文の保護義務を通じ、具体的には「公序」という抽象的法概念を経由して、個人の自律的行動に対する障壁となっている。そもそもここでいう「種としての人間の尊厳」は明らかに具体的な個人を保護するという目的を有しておらず、あくまで全体的な価値に仕えるものである以上、これが持ち出される場面というのは、自ずと個人の自律的行動に対する制約な

¹⁰⁵ なお、引用文にもあるように、連邦行政裁判所のこの見解は連邦憲法裁判所の「悪魔の舞踏」判決（BVerfGE 87, 209（228））を参照している。

いしは、抽象的なレベルでの、あらゆる個人の「人間の尊厳尊重義務」が問題となっている場面に限られる。この意味での人間の尊厳は個人にとっての制約ないし義務規範に他ならない。

(3) 小括

上述した連邦行政裁判所の2つの判決は、学説からの強い批判にさらされた。その多くは、これらの判決が個人の人間の尊厳から離れて、抽象的・客観的な意味での人間の尊厳を持ち出すことによって、人間の尊厳保障の意味を個人の自由志向的な規範から個人あるいは社会全体にとっての自由制約的な義務規範へと変化させてしまったことを問題視している¹⁰⁶。そもそも、こうした「脱人格化」され、徹底的に「客観化」された人間の尊厳というものを基本法が保障しているのか、そしてこの保護は個人の人間の尊厳をも凌駕するものなのかは、人間の尊厳保障の根幹にかかわる問題であり、とうてい見過ごすことのできない論点であることは疑いがない。これらの判決は、「まさに理想的なかたち」¹⁰⁹で人間の尊厳保障の意味の転換という現実的危険を体現しているといつてよいであろう。

また、このことはしばしば見落とされがちであるが、これらの判決が連邦

¹⁰⁶ Vgl. Aubel, a.a.O. (Fn. 104), S.259.

¹⁰⁷ 連邦行政裁判所が本判決において、メフィスト決定を引用しているわけでも、この言葉を明確に述べているわけでもないが、「あらゆる人間に備わる基本的な価値要請および尊重要請」という表現からは、「普遍的な尊重要請」との類似性を見て取ることが可能であろう。

¹⁰⁸ たとえば、vgl. Wolfram Höfling, Menschenwürde und gute Sitten, NJW 1983, S. 1582ff.; Norbert Hoerster, Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde, Jus 1983, S.96; Henning v. Olshausen, Menschenwürde im Grundgesetz: Wertabsolutismus oder Selbstbestimmung?, NJW 1982, S.2222; Christoph Gusy, Sittenwidrigkeit im Gewerberecht, DVBl. 1982, S.984ff.

¹⁰⁹ Dreier, a.a.O. (Fn. 3), Rn.152.

憲法裁判所の採用する客体定式を引用しながら、この定式をほとんど形骸化させてしまっている点も重要である。客体定式は、それ自体批判の多い定式であり¹¹⁰、これを絶対視することはもちろんできない。客体定式は人間を「単なる客体」とすることを禁じる定式であるが、これは人間のあらゆる客体化を禁ずるような厳格な基準ではない¹¹¹。犯罪者に対する刑罰の執行に典型的に見られるように、国家の行為は往々にして人間をその行為の客体として取り扱うことがあるが、これが客体定式によって禁じられることはない。もちろん「単なる客体」として取り扱うことと、単に「客体」として取り扱うこととの間には質的な相違が存在しており、これが客体定式の中心的意義を形成するのではあるが、それでもなおその境界づけの曖昧さは免れない。

しかし、前述したように、連邦憲法裁判所は盗聴判決において客体定式を「人間の主体性、その権利主体としての地位を根本的に疑問視する」取扱いが禁じられるという基準によって補完した。このことによって、「客体」として取り扱うことと、「単なる客体」とすることとの質的相違について、以前よりは明確な線引きが可能になったことはたしかであろう。このような「客体定式の主体概念との連結」¹¹²は、「客体・主体定式」¹¹³とでも呼ぶべき人間の尊厳保障の新たな基準を見いだしたとして一定の評価を受けている。その意味では、客体定式の実質的かつ中心的意義は、補完された「人間

¹¹⁰ 客体定式はその漠然性のゆえに、しばしば「空虚な定式」とさえいわれる。この点につき、vgl. Matthias Herdegen, Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses, JZ 2001, S.775; Hoerster, a.a.O. (Fn. 108), S.94; Dreier, a.a.O. (Fn. 3), Rn.53.

¹¹¹ Vgl. Friedhelm Hufen, Erosion der Menschenwürde, JZ 2004, S.316f.; Höfling, a.a.O. (Fn. 3), Rn.15. このことについては、連邦憲法裁判所自身が盗聴判決の中で認めている：「人間が、生活環境や社会の発展においてのみならず、自己の利益とは無関係にしたがわねばならない限りにおいて、法の単なる客体であることは稀ではない」（BVerfGE 30,1 (25f.)）。

の主体性，その権利主体としての地位を根本的に疑問視する」取扱いが禁じられるという基準にこそ見いだされることとなろう。

これに対して，連邦行政裁判所の2つの判決は，むしろ客体定式を形式的にのみ理解し，実質的観点への配慮を欠いている。ピープ・ショー判決においては，ピープ・ショーという営業形態の外形的特質から出演女性への人間の尊厳侵害を形式的に認定し，その際には出演女性の主体的意思を考慮しなかった。また，レーザードローム決定においては，ゲームの参加者間には人間の尊厳を侵害するような客体化が存在しないとしながら，ゲームのもつ暴力的傾向が「種としての人間の尊厳」に反するとして，ここでも当事者の主体的意思を考慮していない。先にも述べたように，レーザードローム決定ではもはや客体定式はその意味をほぼ完全に失っているといってもよいであろう。連邦憲法裁判所における客体定式の展開からすれば，人間の尊厳侵害が問題となるのは，単に個人が「客体」として取り扱われているだけでは足りず，個人の主体性が根本的に疑問視されるときでなければならない。連邦行政裁判所の2つの判決のような客体定式の適用の仕方は，個人の主体性を考慮の外に置くことで，客体定式の中心的意義を形骸化させてしまっているといえるであろう。むしろ，このような客体定式の理解・適用によって個人の人間の尊厳を侵害しているのは，連邦行政裁判所自身である。

学説の中には，これらの連邦行政裁判所の判決を支持する立場も存在する。ここではそのうちの注目すべき見解を紹介しておこう。ヒルグルーバー（Hillgruber）は，ピープ・ショー判決を少々他とは異なった観点から，一部においては批判し，一部においては擁護している。ヒルグルーバーによれば，ピープ・ショー判決に対する多くの批判は，出演女性の行為が主体的意思にもとづいて行われていることをもって，これを直接に基本法1条1項に

¹¹² Höfling, a.a.O. (Fn. 3), Rn.15.

¹¹³ Höfling, a.a.O. (Fn. 3), Rn.15.

かかわる問題と理解するが、むしろこれは基本法2条1項にもとづいて保障される一般的行為自由の問題である。なぜなら、尊厳にもとる、あるいは反道徳的な行為を人間の尊厳の保障のもとにおこうとするのは、人間の尊厳からその積極的な内容を奪い去ることになるからである¹¹⁴。しかし、尊厳にもとる行為を行う自由も、人がしたいことをするという一般的行為自由によって保障される。このとき、国家が受け入れねばならない人間の尊厳にもとづく行動の自由がどこまで認められるかは、人間の尊厳の「客観的価値」によって決せられるものではなく、基本法2条1項にもとづき一般的行為自由に対して設定された3つの制約（Schrankentrias）の限界によって評価される¹¹⁵。この意味では、「国家に対して向けられた基本法2条1項の防御権が、基本法1条1項2文2類型の国家の保護義務を限界づける」¹¹⁶のである。したがって、尊厳にもとる行為は、他者の権利を侵害せず、かつ憲法適合的秩序ないしは道徳律に反しない限りにおいて、国家によって受け入れられるものとなる。「それゆえ、人間の尊厳のための国家の保護義務（基本法1条1項2文）は、連邦行政裁判所の見解に反してピープ・ショーの興行に際しては適用されない。しかしだからといって、ピープ・ショーが簡単に許可されるというわけではない。許可はむしろ営業法33a条2項2号にもとづき、ピープ・ショーが人間の尊厳についての憲法の価値決定とは無関係に良俗に反すると評価されうる場合には、拒否されねばならない」¹¹⁷。

ヒルグルーバーの見解において注目すべき点は、個人の主体的意思にもとづくが尊厳にもとる行為を基本法1条1項による保障を受けるものではない

¹¹⁴ Christian Hillgruber, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, 1992, S.105.

¹¹⁵ Hillgruber, a.a.O. (Fn. 114), S.107.

¹¹⁶ Hillgruber, a.a.O. (Fn. 114), S.107. この表現は多少正確さを欠く。ヒルグルーバーの考えからすれば、一般的行為自由が付された限界が人間の尊厳に対する保護義務をも限界づけるというべきであろう。

¹¹⁷ Hillgruber, a.a.O. (Fn. 114), S.110.

とし、その上で一般的行為自由との関係でその制約可能性を論じると同時に、基本法1条1項2文にもとづく保護義務の限界をも設定している点である。ここでは、「尊厳」と尊厳にもとづく「行為」との関係が切断され、とりわけ自らの尊厳を貶める個人の行為が「尊厳にもとる行為」として基本法1条1項の保障から除外されている。そして、あくまで「尊厳にもとる行為」は基本法2条1項による保障を受けるものの、一般的行為自由に対する3制約に服するとされ、これに該当する限りにおいては、国家による人間の尊厳保護をも受けられないとされるわけである。ただし、注意しなければならないのは、ヒルグルーバーにおいて「尊厳にもとる行為」というものが人間の尊厳の解釈においてア・プリオリに存在しているわけではなく、むしろ基本法2条1項の3制約によって制約を受けるべき行為が「尊厳にもとる行為」としてア・ポステリオリに決定されるということである。すなわち、ヒルグルーバーにしたがえば、人間の尊厳の国家による保護を限界づけるのは、とりもなおさず基本法2条1項に示された3制約である。

ヒルグルーバーの見解にはやはり問題がある。「尊厳」と尊厳にもとづく「行為」とを簡単に切り離すことが可能か、またそれをした場合に「行為」の制約が「尊厳」に対する制約とならないのかといった問題をさておいても、人間の尊厳に対する国家の保護義務が基本法2条1項の3制約によって限界づけられるとするのは疑問である。とりわけ、3制約の中でも「道徳律に反する」場合に人間の尊厳による保護が行われないとするのは本末転倒である。この場合、明らかに道徳律は人間の尊厳を凌駕する意義をもつこととなる。すなわち、「道徳律に反しない限りでの人間の尊厳」のみが基本法1条1項により保障され、かつ保護される。もはや人間の尊厳には実体はなく、道徳律がその内容および限界を形成することとなろう¹¹⁸。このような見解は、ヒルグルーバーの意図に反して、基本法1条1項の保障をむしろ矮小化し、その意義を失わせるものである。かりにヒルグルーバーの見解にし

たがった場合には、基本法2条1項の道德律の解釈を通じて、あるいは「良俗」といった法律上の一般概念の解釈を通じて、特定の価値観が人間の尊厳解釈へと「逆流」し、人間の尊厳そのものが脱人格化・客観化することは明らかである。したがって、道德律は人間の尊厳の評価には影響を与えず、むしろ人間の尊厳が尊重・保護されるべき場合、すなわち個人の主体性の維持・確保が問題となる場合においては、道德律に反するという理由によって国家の尊重・保護義務が消滅することはないというべきである。少なくとも、個人の主体性が確保され、その主体的意思によって行為が行われている場合には、道德律が人間の尊厳およびそれにもとづく行為の限界を画すということはない¹¹⁹。

ヒルグルーバーの見解がそうであったように、道德律や「良俗」、「公序」といった一般概念の解釈に客観化された人間の尊厳の解釈が入り込むことは、結果的に人間の尊厳の脱人格化・客観化をもたらし、人間の尊厳を自由制限的な義務規範と変えてしまう可能性があるが、むしろこれを真正面から認めるのがニーフエス（Niehues）の見解である。元連邦行政裁判所長官であった彼は、レーザードローム決定を擁護するに際して、人間の尊厳の自由制限的機能をむしろ正当なものとしている。彼によれば、基本権として数えられる自由権（生命、健康、財産）にとって、ここに示された客観的価値決定が法律上の委任の範囲内で危険防御的な機能を果たし、同時に侵害者に対して自由制限的な方向をもつのは当然であり、このことは人間の尊厳についても同様に当てはまる¹²⁰。その際には、特別な法的根拠をもって人間の尊厳の客観的保護が行われるか、それとも一般条項を介して行われるかはとく

¹¹⁸ Vgl. auch Hoerster, a.a.O. (Fn. 108), S.95.

¹¹⁹ 道德律以外の観点からの制約可能性については、後述4. (3)。

¹²⁰ Norbert Niehues, Die Achtung der Würde des Menschen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: Gröschner/ Lembke (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 72), S.66f.

に問題とならない。一般条項を介したとしても、人間の尊厳の概念は連邦憲法裁判所の判例によって、この権限付与根拠が十分に明確な輪郭をもつくりに具体化されている。そして、連邦憲法裁判所の判例（「悪魔の舞踏」判決）によれば、基本法1条1項は個人的尊厳のみならず、種としての人間の尊厳をも保護しているのであって、このことからすれば、ある者の行為があらゆる人間がもつ基本的な価値要請および尊重要請を否定するような考え方を見る者に抱かせ、あるいは強化する場合には人間の尊厳の尊重要請が侵害されていることになる。このとき「個人はこれによって考慮の外に置かれているわけではなく、『人間』という種に属する者として保護されている」¹²¹。

ニーフエスの見解は、人間の尊厳条項のもつ、他の自由権規定とは異なる特殊性を見誤っている。たしかに基本法上の自由権に関する価値決定が一般法律上の一般概念の解釈に照射され、それを通じて基本権保護が行われることはあるが、この場合、基本権保護は通常的自由権のもつ、実践的整合性（praktische Konkordanz）を志向する衡量に開かれた性格によって影響を受ける。したがって、自由権にかかわる価値決定にもとづく基本権保護は、他の憲法上の法益との衡量によって相対化されることになる。しかし人間の尊厳条項についての通説的見解によれば、人間の尊厳は絶対的な性格を有しており、それゆえ憲法内在的な制約にも法律による制約にも服さない¹²²。人間の尊厳は他の規範によって相対化されることも、他の法的利益との衡量によって相対化されることもないのである。このことから、人間の尊厳については、通常の基本権衝突に際して適用される、実践的整合性を通じてすべての基本権者に対して実質的公平をもたらす解決メカニズムが意識的に否定

¹²¹ Niehues, a.a.O. (Fn. 120) , S.67.

¹²² Vgl. Josef Isensee, Der Grundrechtliche Status des Embryos – Menschenwürde und Recht auf Leben als Determinanten der Gentechnik, in: Otfried Höffe, Ludger Honnefelder, Josef Isensee, Paul Kirchhof, Gentechnik und Menschenwürde, 2002, S.67; vgl. auch BVerfGE 93, 266 (293) .

されている¹²³。したがって、人間の尊厳にかかわる客観法的保護が行われる場合、その保護もまた絶対的性格をもちうることとなる。すなわち、いったん人間の尊厳の客観的保護が開始されると、それと対抗する意思や価値はすべて人間の尊厳の絶対的性格によってまさに考慮の外に置かれ、それが実現する余地はなくなるのである。このとき、人間の尊厳が「種としての人間の尊厳」として解釈される場合、人間の尊厳は個人の尊厳を保護するものではなく、単に「種としての人間の尊厳」のみを保護する規範となる。これらは人間の尊厳の絶対的性格ゆえに両立しないのである。

ニーフエスは、その際に個人は考慮の外に置かれるわけではなく、『『人間』という種に属する者として保護されている』と述べるが、これは結局のところ「人間」という全体的・抽象的な概念に属する者として取り扱われるが、個人という主体的存在としては尊重・保護されていないということの意味するであろう。結果として、国家（裁判所）が考える「尊厳ある人間のあり方」によって、個人の主体性が無視され、押しつぶされることには何ら変わりはない。したがって、ニーフエスの見解は、本来両立が不可能なものを両立させようとしている点で論理的整合性に欠け、結局のところ人間の尊厳の脱人格化・客観化を全面的に認めてしまう点で支持することが難しいであろう。

以上のように、連邦行政裁判所の2つの判決は、人間の尊厳の自由志向的性格および客体定式の実質的理解といった観点から見て、やはり正当化が困難である。むしろ、これらは連邦憲法裁判所が原則として¹²⁴維持してきた人間の尊厳理解からは逸脱したものであったというべきであろう。その意味

¹²³ Vgl. Holger Haßmann, Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrechte und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung, 2003, S.81; Höfling, a.a.O. (Fn. 111) , Rn. 11f.

¹²⁴ 例外はもちろん「悪魔の舞踏」判決である。

では、これらの判決は、人間の尊厳の客観法的保護のあり方を考える上で重要な素材を提供しているともいえる。連邦憲法裁判所の論理と連邦行政裁判所の論理とを比較対照することで、そこには人間の尊厳の客観法的保護のあり方、すなわち保護義務発動の前提条件、保護の目的、さらには保護の限界が示されてくる可能性があるように思われる。

4. 個人の主体性と国家による人間の尊厳の客観法的保護

(1) 「種としての人間の尊厳」？

連邦憲法裁判所および連邦行政裁判所における人間の尊厳の客観法的保護の展開を見たとき、最も問題が大きいと思われるのは連邦行政裁判所のレーザードローム決定である。すでに述べたように、連邦行政裁判所はこの判決において、「種としての人間の尊厳」という人間の尊厳条項の客観的内容を持ち出し、これを手がかりに娯楽遊技であるレーザードロームの禁止命令を正当化した。「殺人ゲーム」ともいわれるレーザードロームに倫理的問題があるかどうかはともかくとして、はたしてこのような純粋に客観的な法内容が人間の尊厳保障の中で承認されるべきか否か、そしてこれを通じて個人の行為に対する制約が憲法上の高度な正当化を受けるか否かは問題であろう。

「種としての人間の尊厳」という考え方は、近年、学説においても展開されつつある¹²⁵。とりわけ、憲法学においてよく知られているのはイーゼンゼー (Isensee) による尊厳論であろう。イーゼンゼーによれば、基本法が保障する尊厳は、個人としてのそれぞれの人間に備わっているものだが、さらに人間性そのもの、すなわち「人間という種 (Menschengeschlecht)」と

¹²⁵ この点につき、とりわけ青柳幸一「人間の尊厳論の『原点』と『現点』」法学研究78巻5号(2005)205頁以下、同「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—」筑波大学法科大学院創設記念・企業法学専攻創設15周年記念『融合する法律学』上巻(信山社、2006年)1頁以下を参照。

もかわりあるものである¹²⁶。とりわけ生命操作技術との関係においては、カメラやハイブリッドを作り出すために人間の遺伝型が動物のものと一体化されたり、ゲノムが再生され、複製される（クローニング）場合に、この意味での人間の尊厳が侵害されうるといふ¹²⁷。そして、このような意味での人間の尊厳は、自由の観点においてではなく、種としての尊厳を軽視してはならないという人間の義務として、人間の自ら尊厳を喪失するような行動の禁止として示される¹²⁸。この議論は、人間の尊厳あるいは生命権の侵害が生じる時点において尊厳ないし生命権の明確な主体が存在しないという生命操作技術に典型的に見られる状況に鑑みれば、たしかに一定の有効性を主張できるかもしれない¹²⁹。そうした場合において、「個々の個人と関連をもたない抽象概念としての人間の尊厳」を参照することには、それなりの理由があるともいえる¹³⁰。

連邦憲法裁判所のメフィスト決定および墮胎判決もこうしたケースにあた

¹²⁶ Josef Isensee, Die alten Grundrechte und die biotechnische Revolution, in: FS für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, 2001, S.253.

¹²⁷ Isensee, a.a.O. (Fn. 126), S.253f., 261.

¹²⁸ Isensee, a.a.O. (Fn. 126), S.261.

¹²⁹ Vgl. Aabel, a.a.O. (Fn. 26), S.248.

¹³⁰ ただし、このような理解は、イーゼンゼーが人間の尊厳の保護領域と生命権の保護領域とを一致したものと見る「連結説」の立場に立つことからの帰結にすぎない。「人間の生があるところ人間の尊厳がある」とする連邦憲法裁判所の見解にもとづくこの立場は、明確な生命主体が想定できないところでは人間の尊厳保障も展開できない。「尊厳なき人間の生」を否定するこの議論は、結果的に「生なき人間の尊厳」をも否定することになる。したがって、生命主体性が疑われる領域（受精卵、胚など）において人間の尊厳保障が問題となる場合には、「種としての人間の尊厳」という客観法的保障を展開せざるを得ないともいえる。すなわち、イーゼンゼーの場合、生命があるところでは「個人の」人間の尊厳が保障され、生命がないところでは「種としての」人間の尊厳が保障されるということとなろう。これに対して、人間の尊厳の保護領域と生命権の保護領域とを分離する「分離説」の立場に立てば、理論上は「生なき人間の尊厳の主体」をも想定可能であるため（たとえば、vgl. Herdegen, a.a.O. (Fn. 110), S.775),

る。これらの判決においては、人間の尊厳侵害が生じた、あるいは生じる時点で、明確な尊厳の主体が存在していなかった。メフィスト決定の場合、グリュンドゲンスはすでに故人であったし、墮胎判決の場合には、胎児は未だ生まれていない。そこで連邦憲法裁判所は、「普遍的な尊重要請」を提示したり、胎児を生命権主体として認定した上で生命権法益の重要性を強調したりして、人間の尊厳保障を「拡張」し、抽象的なレベルにおいて人間の尊厳の客観法的保護義務を発動せざるを得なかった。この意味では、メフィスト決定および墮胎判決における人間の尊厳とは、「種としての人間の尊厳」に近いものであったと見ることもできる。故人および胎児の場合には、その主体性を保障しようにも主体的意思がはっきりしないため、保護が抽象性・客

その主体性を確保・維持するために客体定式にもとづく人間の尊厳侵害の認定が可能となり、こうした問題は生じない。イーゼンゼーの見解は、「種としての人間の尊厳」を持ち出すことによって、もはや自らが標榜する連結説の立場からは乖離している。イーゼンゼーの連結説については、Isensee, a.a.O. (Fn. 122), S.62f.を参照。なお、ドイツにおける連結説と分離説の対立について、Haßmann, a.a.O. (Fn. 123), S.75ff.; 嶋崎健太郎「生命の権利と人間の尊厳」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の想像力・上巻』（信山社、2003年）『日独憲法学の想像力・上巻』311頁以下、玉蟲・前掲注44・601頁以下を参照。

¹³¹ このような評価に対しては、グリュンドゲンスの場合とはまったく、墮胎判決での胎児は抽象的な存在であり、特定の個人との関係性をもたないとの反論がありうる。したがって、この反論からすれば、墮胎判決では人間の尊厳保障の「脱人格化・客観化」がきわめて大きいということもなろう。しかし、この違いは憲法判断の対象となっているのが、墮胎判決の場合は一般的性格を有する法律であり、メフィスト決定の場合は事実行為であることとも関係している。しかも墮胎判決は抽象的規範統制の手続であるがゆえに、その性質上、特定の事件を前提としていない。このため、保護が客観的になるのは当然である。かりに、改正刑法施行後に墮胎を受けた胎児の生命権保護義務を争って訴訟が提起された場合（誰が訴訟を提起するのかが問題であろうが）、これは特定の個人の保護を目的とする判断ともなりうるであろう。法律そのものが、第三者からの人間の尊厳に対する攻撃を許容し、結果として人間の尊厳を侵害している場合、これに対する裁判所の保護は抽象的・客観的にならざるを得ないが、これをもって「脱人格化・客観化」とはいえない。

観性を帯びるのは仕方のないことでもある。こうした際に、人間の尊厳に対する攻撃を受けている個人に対して、その個人の主体性を確保し、維持することを目的として国家が後見的保護を行うことは、ここで問題としているような「脱人格化・客観化」にはあたらない¹³¹。

また、航空安全法判決における客観的保護も、問題ある「脱人格化・客観化」にはあたらない。たしかにこの判決においても、少なくとも地上にいる者の人間の尊厳保護は不特定多数の個人を想定する点で、かなり客観化されてはいる。人間の尊厳侵害が発生しうる時点において特定の人的グループは生じるわけだが、それらの個人の主体的意思がはっきりしない点ではメフィスト決定および墮胎判決と同様の主体的意思の欠如のケースとして理解される¹³²。しかし、この判決においても、抽象的・客観的に理解された人間の尊厳は、地上にいる者の主体的決定を可能にするために用いられている。特定の価値観を押しつけることによって、これらの主体の判断・行為を否定するわけでもなく、完全に保護義務の履行を放棄して人間の尊厳保障を断念しているわけでもない。たしかに乗員・乗客の人間の尊厳と地上にいる者の人間の尊厳との法的衡量は拒否されているが、ハイジャック犯の人間の尊厳との衡量においては、地上にいる者の人間の尊厳に優位性が与えられているのはこのことを示している。かりに、乗員・乗客の人間の尊厳と地上にいる者の人間の尊厳との間で法的衡量が行われ、どちらかに優位を与える判断が下されたとすれば、それは特定の倫理的価値観による人間の尊厳のランクづけが行われている可能性があるといえるが、本判決はこのような事例ではない。ここで用いられている人間の尊厳の客観法的内容はきわめてニュートラルな内容であるといつてよいであろう。

¹³² もちろん、これは航空安全法判決が一般的法律の合憲性が問題となった憲法異議事案であったため、あくまで仮想的な状況設定にもとづく判断が求められていたことと関係している。この意味で、注131で述べた問題がここでも妥当する。

これに対して、レーザードROOM決定での人間の尊厳保障は明らかにこの範囲を逸脱している。ここで保護の対象となっているのは、特定の個人の人間の尊厳ではなく、きわめて抽象的・客観的な価値観念である。レーザードROOMにかかわる個人には人間の尊厳侵害が存在しないのに、ゲームのもつ「暴力的傾向」が抽象化された人間の尊厳を侵害するとされている。このような認定は、誰の主体性をも確保・維持することはないであろう。個人の主体性は人間の尊厳侵害の認定のための要素から外され、それどころか対抗的な要素として語られているにすぎない。個人がレーザードROOMを主催することも、それに主体的に参加することも、抽象的・客観的な意味での人間の尊厳を侵害する行為となる。こうした個人の人格との対抗性および個人の人格との無関係性が、ここで問題としている「脱人格化・客観化」である。

したがって、イーゼンゼーが主張するような「種としての人間の尊厳」論と連邦行政裁判所（および連邦憲法裁判所）が主張する「種としての人間の尊厳」論とはまったく異なった意味合いをもっている。イーゼンゼーは人間の尊厳侵害時点において主体が欠けている状況において意味をもつものとして「種としての人間の尊厳」を提示した。これは、少なくとも個人の主体性を確保・維持する目的と結びついている限りにおいて、人間の尊厳の客観法的内容として正当化しうるものである。しかし、連邦行政裁判所および連邦憲法裁判所の「種としての人間の尊厳」論は、主体が存在し、かつその主体は自由意思によって行為可能であるにもかかわらず用いられている。そして、その目的も主体性の確保・維持ではなく、むしろ主体性の無視ないし否定へと向けられている。この違いを等閑視して、二つの異なった方向性をもつ「種としての人間の尊厳」論を混同すべきではない。後者は「種としての」人間の尊厳論というよりも、むしろ「種そのものの尊厳」論である。

この意味では、ヘーフリンク（Höflich）が、一方で基本法1条1項の客観法的内容として「種としての人間のかけがえのなさ（Unverwachseltbare）」

の憲法的承認を挙げつつ、他方において「基本法の開かれた人間像」を強調して、人間の尊厳保障への特定の倫理的価値観の流入を防ごうとしていることが注目される¹³³。ヘーフリックによれば、「特定の倫理観を用いて生み出された人間の尊厳の客観法的内容は、具体的な尊厳主体に対して適用されてはならない」のである¹³⁴。ここに「種としての人間の尊厳」論の限界が設定されるべきであろう。国家の人間の尊厳の保護義務は、それが人間の尊厳の客観法的内容にもとづくとしても、個人という保護対象の存在を前提とする¹³⁵。それゆえ、個人の人間の尊厳の保護、すなわち個人の主体性の確保・維持が目的とされるときにのみ、国家の客観法的保護義務の履行は憲法上正当なものとなる¹³⁶。個人と切り離された抽象的な価値観の保護は、人間の尊厳の客観法的内容から導き出されるものではなく、憲法上許されないと考えるべきであろう。保護対象たる主体がまったく存在しないときには、人間の尊厳の客観法的保護はまったく空虚なものであるとのドライバーの指摘¹³⁷はこの意味で重要である。

(2) 「自分自身からの尊厳保護」？

それでは、連邦行政裁判所のピープ・ショー判決に見られる、「自分自身からの尊厳保護」ないしは自己加害行為に対するパターンリスティックな人間の尊厳保護はどのように評価されるべきであろうか。この場合、個人の主体的意思にもとづく同意が存在しているにもかかわらず、行為の外面的なあり方が人間の尊厳に反するという理由で、客観的保護が発動されている。連邦行政裁判所の立場から見れば、これは第三者の営業行為によって出演女

¹³³ Höfling, a.a.O. (Fn. 111), Rn.50.

¹³⁴ Höfling, a.a.O. (Fn. 111), Rn.50.

¹³⁵ Vgl. Dreier, a.a.O. (Fn. 3), Rn.117.

¹³⁶ Vgl. Aabel, a.a.O. (Fn. 26), S.248.

¹³⁷ Vgl. Dreier, a.a.O. (Fn. 3), Rn.117.

性が単なる客体として扱われ、その人間の尊厳が攻撃を受けている事案であり、あくまで出演女性の人間の尊厳を保護することに目的があるということになる。この意味では、レーザードローム決定の場合のような徹底した「脱人格化・客観化」は行われていないともいえる。保護の対象たる個人（出演女性）は存在しているし、保護の目的も個人の主体性（少なくとも客体として扱われないという意味での）の確保・維持である。

しかし、こうした保護が当該個人の主体的同意を無視して、あるいはそれとは無関係に行われ、当該個人の望む方向性と異なった方向性をもって具体化される場合には、やはり「脱人格化・客観化」があると見るべきである。正確に言えば、「脱人格化」ではなく「個人の人格に対抗的な」具体化であるが、これも「脱人格化」の一環として理解すべきであろうし、また個人の人格と対抗的に、客観的に理解された人間の尊厳保護が貫徹されるという意味においてやはり「客観化」がある。レーザードローム決定での人間の尊厳の客観的保護にはそもそも憲法上の根拠が欠けていたが、ピープ・ショー判決の場合、客体定式の形式的条件は満たしうるものの、その実質的理解において問題があるといえる。

人間の主体性を根本的に疑問視させるような行為を国家に対して禁ずる客体定式は、私人間における人間の尊厳侵害のケースにも妥当する。したがって、客体定式は、単に国家による人間の尊厳侵害の認定のための基準としてだけでなく、国家による人間の尊厳の客観法的保護が発動するための条件としても機能している。この客体定式の意義と目的が、人間の主体性、すなわち人間の人格の個性、アイデンティティおよび完全性を軽視する行為を人間の尊厳に対する侵害として把握しようとするところにあるのは、前述したところからも明らかである。したがって、「人間の尊厳の個人的保障に対する侵害の認定にとって決定的な基準は、個々人の自己決定権である」とするアウベルの理解¹³⁸は正当なものである。だとすれば、国家による人間の尊

厳の客観法的保護も、同様に個々人の自己決定権の保障をその核心におかねばならない。国家は個人の主体性が危険にさらされているときにはじめて客観法的保護を発動すべきであり、その主体性を国家の客観的保護を通じて確保・維持することこそが人間の尊厳の実効的な保障を意味する。

言い換えれば、国家による人間の尊厳保護が行われるのは、他者の行為によって個人の主体性が根本的に疑問視されるときに限られるのであり、また保護の目的・限界もこのことによって同時に設定される。国家による保護の目的は、あくまで個人の主体性に対する侵害を禁止ないし防止することであり、保護はこの目的を逸脱することを許されない。客体定式は国家による人間の尊厳の客観法的保護の発動条件を規定すると同時に発動限界をも内在的に規定する。ピープ・ショー判決での連邦行政裁判所の人間の尊厳保護は、客体定式にもとづく保護発動の条件を満たしていないだけでなく、結果として国家の保護義務の正当化限界をも越えているということとなる。

また、レーザードローーム決定についてもいえることであるが¹³⁹、こうした個人の人格対抗的な人間の尊厳保障との関係においては、個人の人間の尊厳ではなく、特定の倫理的人間像（Menschenbild）が保護されているのではないかとの疑いが生じる。とりわけピープ・ショー判決に見られる自己加害行為に対するパターンリスティックな尊厳保護が問題となるとき、こうした人間像の問題性は大きくなる。なぜなら、ある者（出演女性）の行動が、たとえそれが個人の主体的意思にもとづくものであったとしても、特定の倫理的価値観に反するとされ、その者を自分自身による加害行為から保護するという理由で人間の尊厳の客観的保護が履行されるとすれば、完全に個人の人格と対抗的な論理として特定の間像が持ち出されていることになるからである¹⁴⁰。この場合、当該個人は自らの行為を特定の間像に照らして「憲

¹³⁸ Aubel, a.a.O. (Fn. 26) , S.243.

¹³⁹ Vgl. Aubel, a.a.O. (Fn. 26) , S.247.

法上（あるいは人間の尊厳保護を具体化する法律上）誤ったもの」であると評価され、その人間像によって行動を制約されることとなる。あるいは、個人は公権力が考える「尊厳ある」行動を強制される。すなわち、個人の主体性と客観的な人間像という倫理観とが真正面から対立し、かつ人間像の側に優越性が認められる。

法的な意味における人間像については、すでに連邦憲法裁判所が、初期の判例において「基本法の間像（das Menschenbild des Grundgesetzes）」として示している。これはあくまで基本法上に成文の根拠をもたない、憲法解釈論上の概念であった¹⁴¹。連邦憲法裁判所によれば、「基本法の間像は、孤立した何ら制約を受けない個人を意味するものではない。基本法はむしろ個人と共同体の緊張関係について、個人の固有価値を侵害することのないようにしながら、個人の共同体関連性ないし共同体拘束性に沿って判断してきた」¹⁴²とされる。基本法の間像は、その後多くの連邦憲法裁判所の判決において繰り返し述べられ¹⁴³、とりわけ「個人の共同体関連性ないし共同体拘束性」が個人の自由を制約する根拠として用いられてきた¹⁴⁴。しかし、この概念はとりわけ基本法1条1項と結びついた基本法2条1項との

¹⁴⁰ これに対して、レーザードローム決定のような場合には、抽象化・客観化された人間の尊厳は、たしかに個人の行動を制約する意味をもつが、個人の主体的意思にもとづく行動を真正面から否定しているわけではない。実際、レーザードローム決定では、ゲームに参加するプレイヤーの行動が互いに人間の尊厳を侵害しているとは考えられていない。人間の尊厳を侵害するのは、人々に人間の尊厳を軽視しても構わないという気を起こさせる、ゲームに内在した「暴力的傾向」である。

¹⁴¹ Vgl. Dreier, aa.O. (Fn. 3), Rn.168.

¹⁴² BVerfGE 4, 7 (15f.) なお、BVerfGE 4, 7については、根森健「『基本法の間像』と基本法の経済政策的中立性—投資助成判決—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）35頁以下を参照。

¹⁴³ たとえば、vgl. BVerfGE 109,133 (151) .

¹⁴⁴ Vgl. Wolfram Höfling, Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, S.111ff.

関連で用いられる、個人の人権行使に対する制約概念であり、決して人間の「尊厳」の範囲を決定するような概念ではありえない。また、「共同体関連性ないし共同体拘束性」から生じる制約は、他者加害的な人権行使に対しては意味をもちうるが、自己加害的な人権行使を制約する根拠とはならないであろう。個人が自分自身を加害する行為について共同体との関連を理由に制限を受けるのは論理矛盾である。これが認められるとすれば、その場合ここでいわれる「共同体」とは共同体を形成する他の個人という意味ではなく、全体的・国家的な意味での共同体であろう。しかし、このような全体主義的・国家主義的概念を基本法が採用しているとは考えられない¹⁴⁵。ここでは、多様な価値観が並存しうる「立憲国家においては『矛盾のない』世界像や統一的な人間像は存在しない」¹⁴⁶のであり、個人は「たしかに連帯領域に拘束されているが、『アルキメデスの点』でありつづける」¹⁴⁷とするヘーベルレ（Häberle）の理解が重要であろう。あくまで、基本法の間像は、基本法が保護する人間ないしその尊厳を限定する人間論的な論理ではなく、他者との関係の観点において人権行使に限界を引く実践的な憲法論上の論理として理解されるべきものである¹⁴⁸。したがって、特定の間像を前提として、しかもそれと人間の尊厳とをほぼ同一視して、個人の尊厳と対抗させるピープ・ショー判決の手法は、連邦憲法裁判所が重視してきた「基本法上の人間像」からも逸脱したものである。

このように考えれば、ピープ・ショー判決に限らず、「自分自身からの尊厳保護」ないしは自己加害行為に対するパターナリスティックな人間の尊厳保護は、原則として人間の尊厳保護の範囲を逸脱している。重要なのは、

¹⁴⁵ Vgl. Hasso Hofmann, Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation—Wissenschaft im rechtsfreien Raum?, JZ 1986, S.259.

¹⁴⁶ Peter Häberle, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 2.Aufl.,2001, S.80.

¹⁴⁷ Häberle, a.a.O. (Fn. 146) , S.77.

¹⁴⁸ この点につき、玉蟲・前掲注27・228頁以下を参照。

ここでも個人の主体性ないしは自己決定である。このことは連邦憲法裁判所がその判例において明確に示していることでもある。連邦憲法裁判所によれば、「基本法1条1項は人間の尊厳を、彼がその個性において自ら理解するようなかたちで、そして彼自身が意識するようなかたちで保護している」¹⁴⁹。主体的な自己決定が個人の側に存在しているにもかかわらず、それを押しつぶすかたちで国家（裁判所）が考える人間の尊厳を保護しようとするのは、客体定式およびそれが保護しようとする人間の尊厳の核心に反している。このことが逆に、個人を主体としての地位から国家のパターナリスティックな措置の客体へと貶めていることは疑いがないであろう¹⁵⁰。すなわち、この保護措置こそが、客体定式にもとづいて、人間の尊厳に反することになりうる。

たしかに人間の尊厳は、私人間において個人にとっての制約規範ないし義務規範として現れることはありうる。これは、私人といえども他者の人間の尊厳を侵害することは許されないという基本法1条1項2文からの要請である。このときには、他者からの侵害に対する国家の人間の尊厳保護義務が憲法上生じる。しかし、この保護義務が正当化されるのは、あくまで他者による侵害から個人を守るという目的があるときに限られる。個人を自分自身の自己決定から保護することは、少なくとも個人の主体性の確保・維持を核心的内容とする人間の尊厳との関係では認められない。人間の尊厳を自分自身も含めたあらゆる個人にとっての制約規範ないし義務規範として理解することは、人間の尊厳の趣旨から逸脱している。

また、人間の尊厳は個人にとっても放棄不可能なものかもしれない。しかし、人間の尊厳が個人の主体性に根拠をもつ限りにおいて、何が個人にとつ

¹⁴⁹ BVerfGE 49,286 (298) .

¹⁵⁰ Vgl. Günter Frankenberg, Die Würde des Klons und die Krise des Rechts, KritJ 33 (2000) , S.331.

ての人間の尊厳にあたるかを判断するのは当該個人であり、その判断にこそ尊厳が認められねば論理矛盾に陥ることになる。女性がピープ・ショーに出演しようと、小人が「小人投げ」において投げられようと、あるいはプレイヤーたちがレーザードロームで撃ち合いをしようと、それを本人たちが自発的意志によって受け入れている限り、彼らが人間の尊厳を放棄したことにはならない。むしろ、その判断・行為こそが、その個人にとっての人間の尊厳の表現そのものでありうる。この意味においては、人間の尊厳の放棄不能性は、規範的にではなく、叙述的に理解されねばならない。

国家による人間の尊厳の客観法的保護はここにも限界を見いだす。すなわち自己加害行為に対するパターンリスティックな介入は、人間の尊厳が問題となっている限りにおいて、当該個人の主体的意思に反するものであってはならない。これは人間の尊厳が個人の主体性およびそれにもとづく自己決定を保障の核心におくことから当然に要請される限界である。自己加害に対するパターンリスティックな介入が許容されるのは、当該個人が肉体的・心理的強制などによって自己決定能力を欠いており、明らかに自己決定が主体的に行われていないと見られる場合などであろう¹⁵¹。こうした事実の推定ないし確認がない限り、人間の尊厳保障の名において個人の主体的意思と対抗的な価値観を国家が押しつけることは憲法上許されることではない。

（3）個人の主体性の保障と人間の尊厳の客観法的保護

以上述べてきたように、ドイツにおいては連邦憲法裁判所を中心として、基本法1条1項2文にいう「保護」にもとづき、人間の尊厳の客観法的保護が展開されてきている。とりわけ、連邦憲法裁判所の人間の尊厳の客観法的保護は、客体定式の実質的理解により、個人の主体性を重視する方向性を示

¹⁵¹ Vgl. Aubel, aa.O. (Fn. 26), S.244.

しており、この原則的な方向性は評価することができよう。しかし、連邦憲法裁判所自身が、たとえばメフィスト決定において「普遍的な尊重要請」というきわめて抽象的な概念を持ち出したり、あるいは「悪魔の舞踏」判決において「種としての人間の尊厳」という明らかに本来の連邦憲法裁判所の見解から逸脱した理解を示したりすることで、人間の尊厳の客観法的保護のあり方を誤った方向へと導く可能性を開いていることも否定できない。これが、連邦行政裁判所における人間の尊厳保障の「脱人格化・客観化」へとつながっていったことは、先に見たところからも明らかであろう。

連邦憲法裁判所による人間の尊厳の客観法的保護を見たときに、そこで最も中心的な役割を果たしているのが客体定式であることは間違いない。これは、最近の人間の尊厳にかかわる判例が、なおも客体定式を引用していることからもうかがい知れる¹⁵²。本稿でも再三述べてきたように、客体定式は盗聴判決での「人間の主体性、その権利主体としての地位を根本的に疑問視する」取扱が禁じられるという実質的要件の追加によって、相当程度明確化され、その本質が明らかになってきている。そもそも裁判において一般に妥当する定式というものは多かれ少なかれ抽象度の高いものであり、また人間の尊厳を積極的に定義することの難しさに鑑みれば、客体定式が曖昧であるとの批判はそれほどの意味をもたないと思われる。重要なのは定式そのものを批判することではなく、客体定式の具体的適用において、裁判所がこの定式の本来もつ意味を逸脱、矮小化しないように監視していくことである¹⁵³。

その意味では、連邦行政裁判所のピープ・ショー判決およびレーザーードルーム決定は、連邦憲法裁判所の客体定式の具体的適用に問題があったといえる。両判決ともに、客体定式をとりわけ実質的観点において用いていれ

¹⁵² たとえば、BVerfGE 109, 133 (149f.) ; 109, 279 (310f.) ; 117, 71 (89) など。もちろん、連邦憲法裁判所が多くの学説からの異議にもかかわらず、客体定式を使い続けることには批判もある。Vgl. Hömig, a.a.O. (Fn. 72) , S.51.

ば、結果は異なっていたはずである。もちろん、このことについては、前述したように連邦憲法裁判所にも責任の一端はある。とくに「悪魔の舞踏」判決における連邦憲法裁判所自身の逸脱がレーザードローム決定を導いたことは疑いのないところである。したがってこの場合、レーザードローム決定のみを挙げて批判の対象とすることには問題があるが、結果として個人の主体性を無視ないし軽視したという点でその問題性は大きい。いずれにせよ、これらの判決は、人間の尊厳保障にとって客体定式の本来もつ意味を論証の中で十分に実現していない例として把握されるべきであろう。ピープ・ショー判決では、個人は、裁判所の考える尊厳ある行為に含まれない行為をしたことを理由に、その行為を制約されることとなった。そして、レーザードローム決定では、個人の行為ないしそれがもつ影響が「種としての人間の尊厳」に反することを理由に、やはり個人の主体的行為が制限された。ともに、判決によって、連邦行政裁判所の考える「人間の尊厳」を押しつけられ、それに反するという理由のみによって主体的な行為を制約されている。客体定式に則って考えた場合、個人をその主体性が根本的に疑問視されるようなかたちで、そして尊厳の恣意的な軽視によって、個人を行為の客体へと貶めているのは、むしろ連邦行政裁判所の判決そのものである。

以上の検討からもすでに相当程度明らかになっているであろうが、本稿での私の立場を以下において改めて述べておくこととしよう。

まず第一に、人間の尊厳の核心には個人の主体性の保障が置かれなければならない。これは人間の尊厳が基本法に規定されることとなった歴史的な背景から見てもいえることである¹⁵⁴。依然として、人間の尊厳保障の核心は、

¹⁵³ このことは、同じく盗聴判決において付け加えられた「尊厳に対する恣意的な無視、その価値の軽視」が禁じられるとの要件に対してなされる、「恣意的でない無視であれば許されるのか」といった批判についても妥当する。Vgl. Dreier, a.a.O. (Fn. 3), Rn.53.

ナチスによる暴虐に対抗するという1949年のコンテキストの中にある。すなわち、基本法においては、ナチスの全体主義的・国家主義的傾向に見られるような、個人を常に凌駕するような価値の存在が否定されている。個人を基本法における「アルキメデスの点」とするところに、人間の尊厳保障の中心的意義がある。

もちろん、人間の尊厳は「人間存在の共通性」を否定するわけではなく、あらゆる個人にとって共通の価値を保障するという側面をももつ。これは多くの論者が基本法1条1項の保障内容のひとつに「基本的な法的平等の保障」を挙げていることから明らかである¹⁵⁴。こうした平等は、人間にとっての共通性をもつ絶対的平等にかかわる平等であり、これは人間全体がひとしく享受する。すなわち、ここではそれぞれの個人の現実的な差異とは無関係に、あらゆる人間に備わった共通性が保障の対象となっているということになる。たしかに、このような意味においては人間の尊厳は個人という単位を超えた客観的な価値の保障でもありうる。しかし、これも個人の主体性を保障するという本来の意味を逸脱するものではないし、人間の尊厳の保障が基本的平等の保障に尽きるわけではない。むしろ、人間の基本的な平等が保障されることを前提として、その基盤の上で個人は主体的な行為を保障されると見るべきであろう。したがって、このことが人間の尊厳に個人を凌駕する価値を認め、それによって個人の主体性を限界づける根拠となるわけではない。

個人は主体的な存在として、とりわけ他律的な人間の特徴づけや均一化さ

¹⁵⁴ Vgl. Schriftlicher Bericht des Abgeordneten Dr. von Mangoldt über den Abschnitt I. Die Grundrechte, Anlage zum Stenographischen Bericht der 9. Sitzung am 6. Mai 1949, Bd.9, 1949, S.6; 西岡祝「憲法と『人間の尊厳』条項—その成立過程—」福岡大学法学論叢第36巻第1・2・3号(1991年)18頁。

¹⁵⁵ たとえば, Adalbert Podlech, Art. 1, in: Rudolf Wassermann (Hrsg.), Reihe Alternativ Kommentare, 2. Aufl., 1989, Rn.17ff.; Höfling, a.a.O. (Fn. 3), Rn.19;

れた人間のあり方についての規定に対抗しうる¹⁵⁶。これを主観的な権利として構成するかどうか¹⁵⁷はさておくとしても、主体的な存在である個人が他者によって決めつけられた尊厳やそれにもとづく行為のあり方を押しつけられ、それによって行動を制約されるとすれば、もはや主体性の保障は不可能となる。したがって、個人の主体性の保障とは、なによりもまず他者が理解した「尊厳」の強制からの保護を意味する。ここでの「他者」には、国家、社会全体、そして他の個人が含まれる。これらの他者がいくら自らの尊厳理解を「正しい」と信じようとも、それが個人の尊厳を限定ないし拘束する根拠とはなり得ない。

このように他者による「尊厳」の押しつけから解放された個人は、おのおのが「尊厳をもった主体」として取り扱われなければならない。それは、他者から見て「尊厳に適った」行為をしている者であろうと、「尊厳にもとる」行為をしている者であろうと変わらない。尊厳は、とりわけ個人のアイデンティティおよびインテグリティを保障する意味においては、きわめて個人的な尊厳でありうる。「尊厳に適う」あるいは「尊厳にもとる」という評価は、客観的には成立しない¹⁵⁸。自らの尊厳を実現する試みに「失敗している」と見える個人も、やはり人間の尊厳による保護を受ける¹⁵⁹。当該個人がその行為によって「尊厳を失った」と見なされることはない。むしろ、個人が自らの主体的意思にもとづいて行動すること（あるいは行動しないこと）こそが、個人のアイデンティティおよびインテグリティにかかわる尊厳を根拠づけている¹⁶⁰。このような意味での尊厳は、個人の主体的

¹⁵⁶ Höfling, a.a.O. (Fn. 3), Rn.37.

¹⁵⁷ Höfling, a.a.O. (Fn. 3), Rn.37: "Recht auf das je eigene Menschenbild".

¹⁵⁸ Ingo von Münch, in: Münch/Kunig, a.a.O. (Fn. 32), Art. 1, Rn. 17: 「人間の尊厳には、第三者（「周囲」、「公共」、「社会」）がその人間の尊厳についての考えを〔尊厳主体である個人に〕押しつけてはならないということが含まれている」（〔 〕内は引用者）；Höfling, a.a.O. (Fn. 108), S.1583f.;

決定が理性的な判断にもとづくものであることを要求しない。「常識外れの (verrückt) 自己表出」もまた人間の尊厳にもとづいて尊重されうる¹⁶¹。

第二に、人間の尊厳保障の核心に個人の主体性の保障がある以上は、連邦憲法裁判所が採用する客体定式もまた、この保障に仕えるものとして理解されねばならない。客体定式の適用にあたっては、個人が国家ないし第三者によって行為の単なる客体として取り扱われることを禁ずるという形式的な側面ではなく、個人の主体性、その権利主体としての地位を根本的に疑問視する取扱を禁ずるという実質的な意味が重視されるべきである。個人が行為の単なる客体として取り扱われてはならないということは、とりもなおさず個人の主体性、すなわちその個性、アイデンティティおよび人格のインテグリティを保障するということであり、これが損なわれるときに人間の尊厳侵害

¹⁵⁹ Höfling, a.a.O. (Fn. 3), Rn.38. なお、このような立場はニクラス・ルーマン (Niklas Luhmann) によって提唱された、人間の尊厳に関するいわゆる「能力理論 (Leistungstheorie)」の立場により強く影響を受けている。能力理論については、vgl. Dreier, a.a.O. (Fn. 3), Rn.56; Wolfgang Graf Vitzthum, Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, JZ 1985, S.206f.

¹⁶⁰ このような能力理論の人間の尊厳理解には批判もある。たとえば、ドライアーによる、能力理論においては要求される能力の確保が (もはや) 不可能な人間の把握ができない、との批判などがそれにあたる (Dreier, a.a.O. (Fn. 3), Rn.56)。たしかに、人間の尊厳を人間存在にもともと備わった属性と見る、いわゆる「付与理論 (Mitgifttheorie)」の立場であれば、精神障害者や幼児が人間の尊厳をもつこともよく説明ができる。しかし、個人のアイデンティティおよびインテグリティの保障が人間の尊厳の保障内容に含まれる限りにおいて、個人のアイデンティティ形成過程という多様で積極的なプロセスを説明することは付与理論にとっては難しい。付与理論は人間の尊厳の保障内容のうち、とりわけ人間の共通性にかかわる保障を説明する理論として、そして能力理論はとりわけ個人のアイデンティティ表出にかかわる保障を説明する理論として理解するのが適切であろう。少なくとも、両理論ともに個人の主体性の保障に重点があると考えれば、これらを二者択一的に理解する必要はない。両理論の個人の主体性保障という観点での理論的接近につき、vgl. Hasso Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, AöR 118, 1993, S.358.

¹⁶¹ Höfling, a.a.O. (Fn. 3), Rn.38.

が生じていることになる。国家ないし第三者が個人の主体性を損なう行為をしている場合、このような行為が人間の尊厳に反する行為として基本法1条1項により禁止される。

また、このとき「客体化」の対象となるのは、特定の個人ないしは少なくとも個人の存在を前提とした主体でなくてはならない。個人に還元することのできない全体的・抽象的な存在としての「種としての人間」や特定の尊厳に関する「価値観」などは、その主体性がそもそも想定できないものである以上は、客体定式によって評価される対象とはならない。これらがいくら影響を受けるとしても、特定の主体あるいは潜在的な主体がその主体性を損なわれる可能性がない限り、人間の尊厳侵害は生じない。この点、胎児や死者は抽象的かつ主体性に欠ける存在ではないかとの批判が可能であろう。しかし、これらの存在が問題となる場合でも、国家や第三者の行為の「犠牲者」は明らかに生じうる¹⁶²。これは航空安全法判決における、乗員・乗客や地上にいる者についてもいえることである。このような場合に、想定可能な範囲内において「犠牲者」を特定し、その主体性の保障を図ることは必ずしも否定されるべきではない。国家は個々の人間、すなわち特定の個人に限らず、個人という存在それ自体を尊重することを義務づけられているのである¹⁶³。

むしろ問題とされるべきは、犠牲者の範囲が特定不能である場合、あるいはそもそも犠牲者が存在しない場合である。かりに人間の尊厳が侵害される（潜在的な）犠牲者が存在し、その範囲が特定可能であれば、裁判所としてもその論証の中において、この問題に言及しうるし、すべきである。墮胎判

¹⁶² 国家による基本権の客観法的保護と「犠牲者」の範囲との関係について、Dietrich Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S.149ff.

¹⁶³ Murswiek, a.a.O. (Fn. 162), S.158.

決の場合、法律に対する抽象的規範統制手続であったため、手続上は具体的な犠牲者は存在していないが、この法律が施行されることによって生命を侵害される個人は想定可能である。また、メフィスト決定においては、当然グリュンドゲンスが犠牲者として想定される。このような場合において胎児や死者といったくくりで人間の尊厳の保障が行われるのは問題とはならない。これは「墮胎により生命を剥奪される胎児」あるいは「名誉を毀損されるグリュンドゲンス」と言い換えたところで何ら変わりはないからである。これに対して、全体的・抽象的な「種としての人間」などが持ち出される場合というのは、潜在的にも犠牲者が存在しないときに限られるとってよいであろう。「悪魔の舞踏」判決やレーザードローム決定に見られるように、個人が自らの判断で鑑賞・参加することができる状況であれば、その者たちは犠牲者になるはずもない。しかし、それでもなお映画やゲームの「反道徳性」を問題にしたいという意図があるからこそ、全体的・抽象的な「人間」などが持ち出されるにすぎない。しかし、これが客体定式によって把握不可能な対象であることは、客体定式を形式的にも実質的にも満たすことのできなかったレーザードローム決定での論証からも明らかであろう。人間の尊厳保障に特定の価値観をもち込むための器にすぎない、全体的・抽象的な「(種としての)人間」は、客体定式によって把握される主体たり得ない。たとえ人間の尊厳に対して生じる危険は抽象的なものであっても、その危険は個人的な法益へと向いていなければならない。

第三に、個人の主体性の保障に仕える客体定式は、人間の尊厳の国家による客観法的保護が発動するための前提条件を提供するものでもある。客体定式は、人間の尊厳の保護領域を消極的に定義づける基準であり、これに該当する場合、国家の行為は人間の尊厳が侵害していると認定され、当該国家行為が禁止される。その意味では、基本法1条1項2文にいう「尊重」義務と密接に結びつく、人間の尊厳の防御機能にかかわる基準である。しかし、本

稿で挙げた判例に見られるように、個人が第三者からの人間の尊厳に対する攻撃を受けている場合には、この定式はその攻撃の基本法1条1項違反を認定すると同時に、攻撃から個人を保護するための国家の客観法的保護を発動させるための基準としても機能している。この場合、客体定式は基本法1条1項2文の「保護」義務と結びついた基準である。

したがって、国家が人間の尊厳に対する「尊重」という不作為義務を越えて、「保護」という積極的な作為義務の履行を要求されるのは、客体定式によって個人の主体性が危険にさらされているということが認定される場合に限定される。実質的に理解された客体定式による第三者からの人間の尊厳侵害の認定が欠けている場合は、そもそも国家による人間の尊厳保護が発動するための前提条件が欠けていることを意味している。すなわち、第三者の攻撃によって特定の個人ないし個人に還元可能な存在がその主体性を根本的に疑われるような状況に陥っているときにのみ、国家は基本法1条1項2文にもとづく保護義務を負うのであって、これ以外の場合に国家が恣意的に保護義務を発動することは許されない。この観点で見ると、ピープ・ショー判決およびレーザーダローム決定には、そもそも基本法1条1項2文にもとづく保護義務の発動条件が欠けていたといえるであろう。

第四に、このことから、基本法1条1項2文にもとづく国家の客観法的保護の履行に関する目的と限界が同時に設定される。客体定式の実質的理解からすれば、国家による人間の尊厳の保護の目的は、何よりもまず個人の主体性の保護にあると考えられる。第三者による攻撃から個人の主体性を保護し、個人が主体的な意思にもとづく行為を行えるような基盤を作り出し、維持することに国家の客観法的保護の目的は固定される。他者から単なる行為の客体として取り扱われるということは、他者の決定に個人が事実上拘束され、これに抵抗することができない状況を意味している。メフィスト決定においては、グリュンドゲンスが故人であるがゆえに小説の出版による一方的

な名誉の侵害に対抗することができず、墮胎判決においては、胎児が母親の胎内におり、母親に決定的に依存しているがゆえに墮胎による生命の剥奪に対抗することができなかった。また、航空安全法判決では、航空機の乗員・乗客は（とりわけ保護義務との関係では）ハイジャック犯によって「武器」の一部とされ、ここから逃れる術をもたない犠牲者であるとされたし、また地上にいる者もテロ行為によって一方的に命を奪われる存在として考えられている。このような状況から諸個人を解放し、自らの尊厳にもとづいた主体的な意思決定を行えるように他者の行為に対して介入を行うことが、人間の尊厳についての客観法的保護として正当化されることとなろう。

これに対して、個人の主体性を確保・維持するという目的から逸脱した保護義務の履行は基本法1条1項2文によって、そして客体定式によって要請されるものではない。したがって、個人の主体性の確保・維持を志向しない、あるいは個人の主体性と対抗的に行われる客観法的保護は、人間の尊厳についての客観法的保護として憲法上正当化されない。これが人間の尊厳についての客観法的保護の限界である。人間の尊厳保障の核心に個人の主体性の保障がある以上は、これに反するような「保護」は保護の名で個人の人間の尊厳をむしろ侵害している。ピープ・ショー判決における「自分自身からの尊厳保護」およびレーザードローム決定における「種としての人間」の保護はこれにあたる。いずれも、個人の主体的決定と対抗的な、抽象的・客観的人間の尊厳を提示し、結果として個人の主体性を制約する方向での「保護」を行っている。これはむしろ国家が「保護」を隠れ蓑に、実際には人間の尊厳に関する尊重義務に違反しているということとなろう。この場合には、人間の尊厳にかかわる「尊重」義務と「保護」義務とがアンビバレントな関係をもつ。すなわち、国家による人間の尊厳に対する客観法的保護は、国家の人間の尊厳尊重義務によって限界づけられるのである。個人の主体性の確保・維持に資することのない保護は、人間の尊厳の防御機能に不当に介

入するものであり、国家の尊重義務に反するという結果を生む。

言い換えると、個人の主体性の確保・維持という人間の尊厳保障の核心は、国家による過少保護の禁止（＝保護義務）と過剰介入の禁止（＝尊重義務）の閾値を同時に設定する。このとき、とりわけ人間の尊厳保障に関しては、過少保護の禁止と過剰介入の禁止との間に存在する、保護義務の履行にあたっての形成自由な領域が他の基本権保障に比べて狭いということがいえるであろう。なぜなら、ここで志向されるのは比較的裁量の余地が広がる、包括的な「個人の保護」ではなく、あくまでそれよりも限定された「個人の主体性の保護」とどまるからである。つまり、国家は、個人が他者による拘束から解放され、主体的な意思決定を行える状況を作り出すためだけに保護義務を負うのであって、個人の主体的意思決定がどのように行われるべきか、あるいはどのような意思決定が行われるべきかについてはコントロールの権限をもたないということになる。人間の尊厳保障の観点では、あくまで国家は個人の主体的自己決定の基盤を作り出すことにその活動を限定される。この活動範囲を越えることは、それ自体、国家の過剰介入を意味することになる。国家の人間の尊厳尊重義務と保護義務との均衡を保つためには、個人の主体性の確保・維持という目的から逸脱しないようにする必要がある。

そして最後に、以上のように人間の尊厳についての客観法的保護においては個人の主体性の確保・維持という核心内容に保護の発動条件、目的そして限界が見いだされねばならないのではあるが、このとき人間の尊厳によって保障される個人の主体的決定は自己決定の範囲に限定されねばならない。このことは一見すると、これまでの本稿での立場を逆転させるものに見えるかもしれない。しかし、あらゆる個人の主体的意思決定が人間の尊厳によって保障されていると見ることはできない。個人の主体性にもとづく決定を全面的に肯定し、それに憲法上、最高レベルの保障を与えることは、むしろ人間

の尊厳の趣旨に反することになる。なぜなら、本稿で問題としたような人間の尊厳の「脱人格化・客観化」によって個人の主体性を損なうことは許されないが、犯罪行為についての決定に典型的に見られるように、個人の主体的決定が他者を加害するような場合には、むしろ他者の権利保護のために個人の主体的決定は制約されねばならないからである。たとえ「常識外れの（verrückt）自己表出」もまた人間の尊厳にもとづいて尊重されうるとしても、これが自己加害の域を越えて、他者を加害するものとなったときには制約は免れまい。どのように些細な、あるいは常識外れな自己表出であっても、それが他者を害することがない場合には、人間の尊厳によって絶対的に尊重・保護されねばならないが、他者加害を含む個人の決定はむしろ人間の尊厳によっては保障されない。

このことは、ある者の人間の尊厳は他者の人間の尊厳およびその尊重要請によって限界づけられることを意味する。すべての個人に対して人間の尊厳、すなわち個人の主体性およびそれにもとづく主体的決定を保障するためには、国家が他者からの個人の主体性に対する攻撃を禁止し、個人を保護しなければならない。このとき、他者の攻撃もまたその者の主体的決定であることを理由に攻撃からの人間の尊厳保護が行われないうことになる。もはや国家による保護は均衡点を見失い、結果的に何も保護できない可能性がある。国家による人間の尊厳の保護が十分に意味をもつために、人間の尊厳によって保障される主体性の範囲が自己決定の範囲に限定されねばならないというのは論理的な帰結である。人間の尊厳の核心に個人の主体性の確保・維持を置く限りにおいて、人間の尊厳あるいはその尊重要請は相互に衝突しうるし¹⁶⁴、その結果、主体性の範囲は実践的整合性の観点から限定されねばならない。

したがって、他者を加害する行為に関する個人の決定は、たとえそれが個人の主体性にもとづくといえども、基本法1条1項の保障から除外され、そ

れが保障されるのは一般的行為自由（基本法2条1項）によると考えるほかはないであろう。この点では、前述したヒルグルーバーの問題意識とそれに対する対処は、ある意味において正しいものであった。ヒルグルーバーは「尊厳にもとる」行為を人間の尊厳の保障から除外したが、むしろ他者を加害する意思決定が人間の尊厳保障から除外されるというべきであろう。他者加害という概念が法的に把握可能である限りにおいて、この概念を通じて特定の人間像や倫理観が人間の尊厳へと「逆流」という事態は回避できる。少なくとも、個人の主体性あるいは自己決定（権）、さらには「常識外れの自己表出」が人間の尊厳によって保障されるとする場合には、そこには他者を加害する行為が含まれないと解さざるをえない。

このような考え方は、連邦憲法裁判所の航空安全法判決において明確に見いだされる。連邦憲法裁判所の述べるところによれば、航空機内でハイジャック犯により監禁状態におかれている乗員・乗客もともと航空機を撃墜することは、乗員・乗客を行為の単なる客体として取り扱っていることになる一方で、航空機にハイジャック犯だけしか搭乗していない場合には、これを撃墜することはハイジャック犯を行為の単なる客体としたことにはならないのである¹⁶⁵。客観的に見れば同じく航空機を撃墜して搭乗している人間を殺害することであるにもかかわらず、このように人間の尊厳による保障が行われるか否かが変わるの、乗員・乗客とハイジャック犯とで他者加害の意図があるか否かが区別されているからにほかならない¹⁶⁶。この場合、ハ

¹⁶⁴ Pjeroth/Schlink, a.a.O. (Fn. 2), Rn.365は、「他者の人間の尊厳を保護するために、ある人の人間の尊厳に介入することもまた正当化されない…。…個々人はたしかにその利益や行動において衝突するのであるが、決して人間の尊厳において衝突するわけではないからである」と述べるが、尊厳そのものは衝突しなくとも、その尊重要請は衝突しうる。この点につき、玉蟲・前掲注44・635頁以下を参照。

¹⁶⁵ 上述2（3）注69該当部分を参照。

イジャック犯は自らの主体的意思にもとづいて「他者の法益に違法に干渉」しているということを理由に人間の尊厳による保障を縮減ないし否定されている。したがって、個人が少なくとも他者加害の意図をもって行動している場合には、国家がその者を外形的には行為の単なる客体として扱ったとしても、保護義務の観点からは人間の尊厳を侵害したことにはならない。この場合、客体定式についても例外が形成されるということになる。

ただし、このような人間の尊厳保障の範囲の限定は、他方で異なった問題を生じさせる可能性がある。他者加害的な決定を人間の尊厳保障から除外することになると、「救命のための拷問」に対して正当化の扉を開く可能性があるのである¹⁶⁷。たとえばダシュナー事件¹⁶⁸において問題となったように、逮捕された誘拐犯が被害者の監禁場所を告白せず、被害者の生命に危険が迫っているような場合、誘拐犯は「他者の法益に違法に干渉」しているわけであるから、この者に拷問を行って被害者の監禁場所を告白させたとしても、必ずしもそれが人間の尊厳侵害になるとはいえなくなる可能性がある。この問題に対して、個人の主体性を核心におく人間の尊厳論からいかなる対応が可能であるかは、なおも検討の必要があると思われる。

また、純粹に論理的には、そもそも人間の尊厳が他者加害の禁止によって

¹⁶⁶ Vgl. Dederer, aa.O. (Fn. 78), S.116.

¹⁶⁷ 「救命のための拷問」およびそれにかかわる人間の尊厳論については、玉蟲・前掲注7「拷問の禁止」・225頁以下を参照。また、川又伸彦「拷問禁止の絶対性について—日本とドイツの憲法論を比較して—」埼玉大学社会科学論集133号（2011年）75頁以下も参照。

¹⁶⁸ LG Frankfurt a.M., Urt. v. 20.12.2004, NJW 2005, S.692. Vgl. Dieter Anders, Aktuelles Forum –Die Diskussion zur rechtlichen Zulässigkeit staatlicher Folter in Ausnahmesituationen, in: Helmut Goerlich (Hrsg.), Staatliche Folter, 2007, S.18ff.; Arthur Kreuzer, Zur Not ein bisschen Folter?, in: Peter Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat?, 2005, S.37ff.; 川又・前掲注167・79頁以下、玉蟲・前掲注7「拷問の禁止」・228頁以下。

限定されうるのが問題となりうるであろう。これは、一般的に人間の尊厳は他のいかなる憲法利益との衡量も受け付けず、また他者の人間の尊厳によっても相対化されることがないと解されているだけになおさらである。もちろん、人間の尊厳とはそもそも他者加害的決定を含まないと主張すればよいともいえるが、一方で個人の主体性を強調しつつ、他方で他者加害的意思決定を排除するという手法が人間の尊厳の相対化の契機をもつことは否定できないように思われるのである。ここでは、他者加害という要素の考慮が、たとえそれがア・プリオリなものであろうとも、ア・ポステリオリなものであろうとも、人間の尊厳の保護領域の確定を左右しているということになる。これを突き詰めれば、ヘルデゲン（Herdegen）が主張するような人間の尊厳保障における「差異化」あるいは人間の尊厳保障の相対化¹⁶⁹へと至る可能性があるというべきであろう。

さらに、本稿での立場は一部の者にとっては、その倫理的直感と相反するものであるかもしれない。すなわち、他者加害的決定のみが人間の尊厳保障から除外されるという場合、逆に考えれば、他者加害がなければどのような決定を個人がしたとしても、それは人間の尊厳によって絶対的に保障されるということになる。これは本稿がまさに主張しようとしたことであり、当然の結論であろう。これに対して、本稿で取り上げたような事例ではなく、たとえば奴隷、拷問といった典型的に人間の尊厳に反するとされるような行為についてもそれが適用されるということに疑問を感じることは少なからずあるであろう。しかし、本稿の立場からはやはりこれらも問題とならない。なぜなら、奴隷や拷問が人間の尊厳との関係で問題となるのは、それが本来、他者による強制という契機を含むからである。本人がそれを望んでいないにもかかわらず他者に隷属させられ、あるいは肉体的・心理的苦痛を与えられ

¹⁶⁹ Vgl. Herdegen, aa.O. (Fn. 78), Rn.22. なお、ヘルデゲンの議論については、玉蟲・前掲注7「絶対性？」・615頁以下を参照。

るからこそ、人間の尊厳に対する侵害と見られるのである。これに対して、個人が自ら望んで他者に隷属するような場合や、肉体的・心理的苦痛を受ける場合には、人間の尊厳を侵害する行為は存在していないというべきである。むしろこれらは個人の主体性の表出として、人間の尊厳によって尊重・保護されるべきである。人間の尊厳は、個人にとっての主観的な「よき生き方」を保障するものではあっても、普遍的・客観的な「よき生き方」を保障するものではないのである。

5. 結びにかえて

本稿で示した人間の尊厳保障に関する理解は、個人に焦点を当てた人間の尊厳論を基礎とする日本国憲法13条の「個人の尊重」の理解¹⁷⁰にも妥当する。個人の尊重規定は、人間の尊厳保障の核心内容である個人の主体性の保障をより明確に示した規定であると言い換えてもよからう。日本国憲法は人間の尊厳という文言自体は採用していないが、人間の尊厳論の現代的傾向が個人という主体の保護を重視する限りにおいて、日本国憲法上の個人の尊重とドイツ基本法上の人間の尊厳とは内容・機能において互換的な概念である¹⁷¹。このことは、本稿で示したドイツの議論によって、より明確に示すことができたように思う。

したがって、個人の尊重規定の解釈においても、本稿で指摘したような個人の主体性の確保・維持という目的が志向される必要があるであろう。すなわち、個人の尊重規定の核心には個人の主体性の保障があるのであって、国家はこれに干渉することはいかなる理由があっても許されない。日本国憲法13条にいう「個人として尊重される」とは、なによりもまず、個人が個人

¹⁷⁰ このような理解につき、玉蟲・前掲注27・211頁以下、とりわけ235頁以下を参照。

¹⁷¹ 玉蟲・前掲注27・237頁を参照。

としてのアイデンティティを確立し、それにもとづいて主体的な意思決定を行うことを保障するものである。しかも、ここでは人間の尊厳保障よりも明確に、文言上、「種としての人間」や特定の価値観による個人の抑圧が禁止されているというべきであろう。憲法13条の意味における「個人」は、全体的に把握され、均質化された、抽象的な「個人（＝人間）」として尊重されるのではなく、あくまで多元的で多様な存在としての「個人」として尊重されなければならないのである。このことからすれば、ピープ・ショー判決での自己加害に対する人間の尊厳にもとづく「保護」や、レーザードローム決定での「種としての人間の尊厳」にもとづく「保護」は日本国憲法13条のもとでもやはり許されない。

ただし、このとき人間の尊厳と個人の尊重との間に大きな規定上の違いがあることも否定できない。すなわち、基本法1条1項2文は人間の尊厳について「尊重」と「保護」を明文で定めているのに対して、日本国憲法13条は個人の「尊重」についてしか定めを置いていない。このことからすれば、日本国憲法13条からは直接、本稿で問題としたような国家による客観法的保護の義務を導き出すことは難しいということとなろう。もちろん、基本権の二重の性格という理解からすれば、個人の尊重規定が個人の主体性についての主観的権利を含むと解する限りにおいて、国家の保護義務を導き出すことは可能であろう。しかし、基本権の二重の性格は日本の学説において未だ受け入れられているとはいい難く、これによって国家の基本権保護義務の議論も十分には浸透していない。また、個人の尊重規定の解釈においては、これを客観的法原理と理解することが多い学説状況においては、基本権の二重の性格をそのまま13条解釈に持ち込むことは難しいであろう。

この点、近時、人間の尊厳を日本国憲法上、13条が定める「公共の福祉」の一部をなすと理解する見解が示されていることが注目に値する。それによれば、日本国憲法においては人間の尊厳に反する行為を禁ずるという要請

が、公共の福祉の一内容として、人権に対する制限規範として妥当するとされる¹⁷²。この議論は、人間の尊厳の意味合いを日本国憲法上はあくまで客観法的原理として理解し、その主体的権利としての性格を否定しようとするところに主眼がある。しかし、人間の尊厳保障が公共の福祉に組み込まれることで、この理解においては人間の尊厳についての国家の保護義務が必然的に生じることになる¹⁷³。というのも、ある者の行為を他者に対する人間の尊厳侵害を理由として制限しなければならないとすれば、このことは同時に侵害の対象となっている個人の人間の尊厳を保護する義務が国家に生じていると考えなければ整合性を欠くからである。いわゆる法的三極関係においては、「尊重」義務と「保護」義務とはパラレルであり、人間の尊厳の尊重のためには人間の尊厳の保護が行われなければならない。法的三極関係におい

¹⁷² 押久保倫夫「日本国憲法における実定規範としての『人間の尊厳』の位置づけ」東海法学35号（2006年）130頁以下および149頁以下を参照。また、樋口陽一も押久保の議論をその大筋について受け入れている。この点につき、樋口陽一・中島徹「《対談》あらためて憲法13条裁判を考える—住基ネット訴訟に関連して」法律時報79巻11号（2007年）74頁以下を参照。

¹⁷³ ただし、樋口の場合、日本国憲法13条にいう「個人の尊重」に「自己決定」という形式とともに「人間の尊厳」という実質が含まれており、これが個人の自己決定のあり方を限定することによって、公共の福祉を経由せずに、私人間での人権制約を根拠づけると解しているようである（樋口・中島・前掲注172・75頁以下）。この場合、個人の自己決定といえども他者の「尊厳」を害することは許されないということになるであろうか。このように解する場合でも、本文中で示した公共の福祉に人間の尊厳を読み込むアプローチと同様に、国家に人間の尊厳を保護する義務が発生するといえる。しかし、樋口の従来議論においては、人間の尊厳という実質は自己決定に対する「自己抑制」を要求するものとして捉えられている。それゆえ、この実質は、他者の人間の尊厳に対する侵害を禁止するにとどまらない、より広範な自己決定の限定を導きうる。この点、本稿で問題としたような「自分自身からの尊厳保護」がどのように評価されるかは問題となりうるだろう。樋口の議論につき、樋口陽一『国法学 人権原論〔補訂〕』（有斐閣、2007年）58頁以下を参照。また、樋口のこのような考え方に対する批判として、玉蟲・前掲注27・241頁以下を参照。

て、ある者の人間の尊厳を国家が尊重しようとするれば、それは単なる国家の不作为によっては実現できず、他者による介入を制限し、これによって積極的な保護を行わなければならないのである。したがって、人間の尊厳が公共の福祉の一内容となり、それによって人間の尊厳に反する行為が制限されるというときには、これを行う国家の客観法的保護義務もまた認められねばならない¹⁷⁴。そして、このような理解においては、本稿で取り扱った人間の尊厳の客観法的保護のあり方が重要な意味をもちうるはずである。

このように解することで、一方で個人の「尊重」は、それについての明文規定をもつ日本国憲法13条前段によって、個人の主体性に対して介入してはならないという国家の不作为義務を要請する。そして他方で、個人の「保護」は13条後段に示される「公共の福祉」によって媒介され、このことから国家に対して個人の主体性という人間の尊厳の核心内容を他者による侵害から保護するという積極的な保護義務が憲法上生じるということになる。このとき個人の尊重に対する侵害行為を認定し、また個人の保護についての国家の客観法的義務を発動する条件を作り出す基準としては、実質的に理解された客体定式が用いられうるであろう。このように解することで、日本国憲法13条もまた、基本法1条1項と同様に、国家に対して個人の主体性を尊重し、かつ他者による侵害から個人の主体性を保護することを要請する積極的な規定として理解されるのである。

¹⁷⁴ なお、公共の福祉の中に他者加害原理を読み込むことが、結果として国家の客観法的（基本権）保護義務を導き出すことにつき、玉蟲由樹「日本国憲法における基本権保護義務論の可能性」憲法理論研究会（編）『憲法変動と改憲論の諸相』（敬文堂、2008年）161頁以下を参照。

