

アルビン・エーザー

中間の道を求めて… 原理主義と気侃との間^①

上 田 健 二 (訳)

個人的な序言

当時の連邦議会議長リタ・ズエスムートにとって、彼女が九〇年代初めに、東と西とで対立していた妊娠中絶についての諸規定をひとつの統一法によって克服するという統合条約の委任を包括的な「生命保護法」をもって充足しようとしたのは、ひとつの「第三の道」であった。^② ドイツ連邦共和国の「適応事由モデル」を一方とし、ドイツ民主共和国の「期限解決モデル」を他方とした両者の間の膠着した二正面戦争から抜け出すために、私自身はむしろ「中間の道」という言い方をしたにも^③ かかわらず、われわれの基本的関心事は同じであった。すなわ

中間の道を求めて… 原理主義と気侃との間

ち、これまでの規制諸モデルが役立たなかったことにかんがみて、未生の生命保護にも妊婦の利害とその個人的な答責にもよりよく考慮が払われなければならないような新しい道を見出すということが問題であったということである。このことが繰り返し、やがて他の法政策的に衝撃的な諸問題も刺激的な政策的—学問的な思想交換において話題になった諸々の対話と邂逅へと導いた。非常に豊かな成果をもたらしたこの諸経験に対し、これをもって親愛なる被祝賀者にその六五歳の誕生日によって象徴的な感謝を申し上げたい。

諸々の意見が一致する、もしくは異なっていることもありうるこの道を辿ることが遣り甲斐のあることであるにもかかわらず

同志社法学 五六巻一号 一二三 (一二三)

らず、ここでは単に折に触れての例示的な関連づけをもって、やはり妊娠中絶を問題とすることが求められる。そのさいとりわけ、固まつた両前線の間に中間の、第三の、もしくはそれがどう呼ばれようと新しい種類の、一方とも他方とも完全に歩調を合わせることもない道が探し求められる場合では、明らかに避けて通ることのできない諸々の経験が問題にならなければならぬ。そこで人は突如として落ち着きを取り戻すことができる、そこでは一方または他方の正体が暴き出される、両方を考量する諸々の試みは弱い妥協として信用を失う。要するに対立的な「あれか—これか」が尊敬されるのに対して、架橋的な「あれも—これも」が尊重どころか、そもそも注目を見出すことは難しいということである。

この種のあらゆる偏見にもかかわらず、ここでは、多くの生命領域にとって（より）妥当する、絶対的な原理主義を一方とし、原理のない気配を他方とする両者間のひとつの基本的態度である「中間の道」の「名誉回復」を試みたい。そのさい問題になっているのは、一方または他方の立場の実質的な正当性というよりも、むしろ、多少とも明らかにされている、続けて先を行く認識諸目標に到達するために道具化される論証の出だしのやり方である。

結果に方向づけられた立場決定

——論争的な諸々の想定

道徳的、法的、政治的な、もしくはその他の人間のおよび社会的な行為にとって重要な、遠くにまで及ぶ諸々の目標設定もしくは深く根差している動機づけと基本的な内心的態度についての諸々の確信と立場が前もって決定されていることがありうるということが好んで押しのけられるにしても、それでもそれはひとつの自明の理である。これは、人と人との間のこの種の「前判断 (Vor-Urteil)」が自覚され、これを意見が相違する場合に開示する心積もりがある限りでは、問題をはらんでいない。このことはしかし——認識の欠如からであれ、政治的な術策からであれ、純然たる権力志向からであれ、あるいはより弱い立場に肩入れすることができないという理由からでさえあれ——つねにそうであるとは限らない。これらによって視野が狭められる。色はもはや白か、それとも黒かという見方しかなくなれない。きめ細やかさにとつての意味が消失する。妥協への心積もりは枯渇する。どの立場も硬化し、和解しがたく対立し合う。こうしたことから、中間の道にとつても通り抜けのできる道はほとんど残されていない。

このことをいくらかの例で明らかにするためには、すでに触れたリタ・ブススムートのアンガー・ジュマンにかんがみて、妊娠中絶法の改正諸努力をもつて始めるのは当然のことであるように思わせる。そのさい、さしあたりはもつぱら「適応事由モデル」と「期限解決モデル」としか対立していなかった。しかしこの両極的な前線配置は、われわれがフライブルクのマックス・ブランク外国刑法・国際刑法研究所の側から八〇年の半ば以来、包括的な比較法上の調査を通して公開することができた^④ように、妊娠中絶との交わりにおける多様なニュアンスづけを正當に評価していないことが判明する。それゆえ、少なくとも基本モデルの三極性から出発されなければならないにもかかわらず、これによって切り開かれた——たとえば「窮迫状態」に向づけられた対話モデル」もしくは「自己評価を基盤とした適応事由モデル」という形をしたような——中間の道という可能性は、そもそもそれが注目されるとしても、独自の道として受け入れられるのではなく、たとえ中傷されることさえなくとも、「適応事由モデル」の亜型であるか、それとも「期限解決モデル」のそれであると呼ばれる。立場に応じて「適応事由前線」にか、それとも——こちらのほうがはるかにしばしば「期限解決前線」に打ち込むために、その中間の道としての承認が

中間の道を求めて… 原理主義と気候との間

少くない人々によって依然として頑なに拒絶される、この間に法律になっている「相談モデル」に至るまで——リタ・ブススムートの「第三の道」では、事態はほとんどよりうまく運んでいない、このような——論争的な性格を伴っていることもまではない——前線割り当てを、もつぱら中間モデルの法律上の構成から説明することは困難である。それというのも、「相談モデル」は——そこへと導く他の中間の道と同様に——適応事由様式の衡量諸要素も時間的な段階づけを含んでいることから、——両様式の諸要素の新しい組み合わせを根拠に——ひとつの新しい中間の道と考えることができないのであれば、一方の前線にも他方の前線にも配置されることであらうからである。この拒絶的な態度はそれゆえ、深いところに根差している根本的な内心的態度のなかに見出さなければならぬ、他の諸々の理由を有していなければならない。

○ 根本的な立場を二つにのみ際立たせるとして、未生の生命を（も）ひとつの最高価値と見る者、もしくは、確かに生命も衡量が可能であるが、しかしその決定を決して妊婦にはなく、せいぜいのところ——可能な限りなお裁判所の事後審査を伴って——第三者にゆだねることができると信じる者は、これから逸脱する反対者のいつさいの解決策を——あるいは諸々の

再分化でもあり得るにもかかわらず——打ち砕き、またそれゆえに我慢ができないというわけで、あり得る細分化には目もくれずに拒絶することに傾いている。この見方からはどのような中間の道も邪道である。これとともに人はもちろん、ニュアンスには盲目になり、未生の生命を法的——宣言的に告知するばかりではなく、実際の——効果的にも貫徹する本来の最高目標に関しては近視眼的になる。

○ これに対して、妊婦の自己決定権に優位を認容するか、もしくはいずれにせよ彼女に一定期間にわたって理由づけから免れた妊娠中絶を可能にしようとする者は、すでに相談義務というものを婦人の不適当な制限と見、彼女の最終決断を何らかの急迫状態に適合させることを理由に、これをひとつの偽装された適応事由であると推定する傾向にある。この見方でもまた、立場は結果に準拠して規定される。すなわち、妊婦の諸利益を流布させるために、未生の生命にそもそも一個の独立した生命権が帰属している場合であっても、それは優先権を有していないものとして段階づけられなければならないのである。これに従えば、未生の生命にも原則的な優位しか認容していない規定のすべては、反対側に打ち込まれなければならない。要するに、妊婦のほうに加担しようとすればするほど、未生の生命の

立場は可能な限り押さえ込まれる、ということである。

思考と論証がこのように結果に方向づけられていること——そこでは出発点での諸立場が、前もって決定されている法政策上の諸要求に到達しなければならぬように整えられている——は、胚に対する研究をめぐる論争においていっそう明瞭に観察することができる。胚の——研究を禁止する——権利主体としてか、それとも——研究を許容する——客体としての道徳的および法的な地位がそこで問題になっている限り、すでにこの問題のポイントは切り替えられているのであるが、しかしこの場合ではすでに予断から免れているのではなく、研究者にとって自由な余地が望ましいか、それとも望ましくないかに応じてこのまたはあの意味において答えられる。

○ そのさい胚に対する研究を可能にさせようとする者は、胚の人としての質を否認しなければならないと信じてるのであり、そこでは、即座に着床前段階における妊娠中絶の処罰解除をもつてこれを根拠づけることができると考える。

○ これとは逆に、妊娠中絶と同様に胚に対する研究をも阻止しようとする者は、このことはすでに、胚には受精の時点から人の個性と人格性が承認されることによって防護されていると信じる。

この二つの極端な立場は、しかしながらすでにそれ自体において必然的なものではない。それというのも、一方で胚はすでに人としての人格を有している場合でさえ、それによってどのような侵害からも免れているというわけではないことは、すでに生まれている人の場合であっても免れていないのと同じである。このことへは、生命の法的保護の、いうところの「絶対性」との関係で立ち戻ることしよう。しかし他方で、これとは逆に、妊娠中絶の部分的な処罰解除から胚の当保護性 (Schutzwürdigkeit)「保護に値すること」の欠如を帰結する結果として、それによって胚がいわば「無保護のままに (vogelfrei)」研究目的のためにどのような気候な利用であつても供することができるといふのは、誤っていないかもしれない。それというのも、初期胚に「人」の人格性を否認することができるか、もしくは、どのみち「出産」から「人」という言い方ができる場合であつても、これをもつて胚の——肯定すべきか、もしくは否定すべき——当保護性についての前判断が必然的にも確然的にも言明されているわけではないからである。せいぜいのところ、理由づけがより困難になるといふことであらう。すなわち、一方で決然とした生命保護者は、原理主義的に「胚」の、表向きは絶対的に保護されている「人としての地位」を楯

中間の道を求めて… 原理主義と気候との間

に取ることはできず、他方で、研究者の胚への手出しのために理屈めきで気候な門戸が開かれているわけでもない、ということである。^⑥そこから、多少とも広い範囲にわたる保護立場を根拠づけるためには、これとは別の実質的な根拠を必要としているのである——これをもつて同時に、極端前線というものを回避する中間の道の可能性が開かれることは、言うまでもない。

先入見に囚われた前線配置という、これと同じ現象を、幹細胞研究、治療クローンおよび着床前診断術をめぐる現在の議論に観察することができるといふ。これらすべてに——どのような理由からであれ——反対する者には、彼が受精卵にすでに二分割段階において人の生命の地位を認容し、すでに生まれている人と同じ生命権と同じ人間の尊厳を帰属させることによって、防衛線はすでに勝利を収めていると見られる。これに対して、こうした新しい種類の研究が有している諸々の可能性と医学上の処理に門戸を開こうとする者は、彼が初期胚に固有の法的地位を否認し、そのさいこれを見かけのうえで気候に処分することができるようにすれば、このことを最善の状態で達成することができる^⑦と考える。ところで、この両道のいずれのうえにも結果に準拠した極端な立場が構築されるのであるが、それは、前もって捕捉されている目標を決して水泡に帰せしめないために、

一方では突破の、他方では制御の、すでに広く前地においてブロックすることが求められる。

前もって名指しされている類の立場決定を、その背後にある関心事——一方では絶対的な生命保護か、もしくは他方で可能な限り広い研究の自由か——がそれぞれに真剣に考えられているとして、ともかくも大目に見ることができるとして、それならばある立場に、そこから引き出すことができる帰結に關してしっかりと根拠が与えられるかという、もはやこれにはそれほどの確信を抱くことができない。しかしこれは、出発点での立場が正しいと考えられたからではなく、まさにこれとは逆に、その実行を一貫させていないことからそれが支持できないことが証明され得たであろうがゆえに、そういうことになるのである。胎児は生命権というものを有しているかという問題に關してノルツベルト・ホエルスターが「徹底的な処罰と徹底的な許容という、それ自体において一貫した立場」しか認めていないとき、この種の打算的な動機はこの国では、とくに彼において調達されている。この生命保護の原則的な提唱者は、そのさい相談モデルの徹底した制圧を称揚するが、しかしこれは、彼がこの生命保護の立場それ自体を正しいと考えたからではなく、妊娠中絶の徹底した処罰が欠如していることから、彼自身

の——胚に独自の生命権を否認する——立場のために最終的に弾丸を引き抜いておきたかったからである。⁽⁹⁾この種の論戰的な立場想定で問題になっているのが最終的には前線潜入であるにしても、思考範型は同じである。すなわち、原理的な諸帰結に到達するか、それとも可能な限り自由な余地を保持することができるために、後頭部で前もって決定されている目標をもってある一定の立場が採られるか、もしくは想定されるないしは否認される、ということである。

原理主義的な——そしてこれに対応して反対の側によって激しく疑問視される——立場にとつての主証人は、生命保護の「絶対性」と人間の尊嚴の「不可侵性」である。それゆえ、これによつて實際上、何らかの中間の道が遮断されるのが問われなければならない。

言うところの生命保護の絶対性

すでに初期胚には「人の生命」としての性格が承認されていることをもって必然的に、というわけではなくとも、しかし、これには「絶対的な」生命保護が保障されているということをもつて、ということであれば確かに、実際のところ——未生・既生を問わず生命の——毀滅行為についての、これ以上の議論

はいっさい不要ということになるであろう。これには断定的であるとともに例外なき殺害禁止というものが、そのうえに無条件的な生命維持義務というようなものではよもやなくとも、立ちはだかることになるであろう。この種の生命保護の「絶対性」を、ジャーナリスティックに安っぽく楯に取ることに對してその法的根拠づけが訊ねられるならば、所見はむしろ——無条件的であつて例外がないという意味における「絶対性」というものが、いずれにしてもそのようなものであるように——否定的でさえなくとも、かえつて興醒めというところに落ちて¹⁰着く。

確かに一方では、生命は「処分権から端的に免れた財」と呼ばれており、同様に基本法第二条第二項第一文から帰結する「不可讓な權利」という言い方がされているのに、¹²どうして妊娠中絶のための新しい諸規定をこの「任意処分が可能でないもの」が任意処分可能であるとされるのか。¹³それでもすでに表面さには絶対性を示唆している多くの意見表明のなかに隠されている留保を見出すことができるのである。現にたとえば、連邦憲法裁判所にとって生命の基本権が「基本法秩序の内部におけるひとつの最高価値」を意味しているとすれば、¹⁴どのような例外をも耐え忍ぶことのない最上級である「最高」を不定冠詞

「ひとつの (ein)」と組み合わせることによつて、連邦憲法裁判所も結局のところ承認しているような、諸々の相対化がともに考慮に入れられているように思われるのである。あるいは最近、着床前診断術をめぐる議論のなかで、かつての連邦憲法裁判所所長のエルンスト・ベンダがごくまれに「根拠づけられた例外」しか存在しない「絶対的な生命保護」という言い方を¹⁶するとき、すでに諸々の例外を許容するだけで、言うところの絶対性は根本的に放棄されているのである。さらにとりわけ、確かに「法律に基づいて」のみ「生命への權利」を侵害することができるとしている基本法第二条第二項第三文の法律留保は——これによつていずれにせよ、諸々の侵害に道が開かれてい¹⁵る——を通して、基本法それ自体によつて生命にその保護の絶対性が差し控えられているのである。そのさいこれによつて可能になった生命への諸々の侵害を正当化するために中枢的な尺度として比例性の原則が挙げられるのであれば、これによつて同時に保護に値する他の財に対する生命の衡量という可能性が認容されていることになる。

国家が人間それ自体を生命の危険にさらすか、もしくは、その被害を許容している個別的な諸状況をここで列举することができないにしても、¹⁸基本法は生命保護の絶対性からというより

も、むしろ相対性から出発しているという印象を抑えることができない。周知のように、根拠のないどのような相対化に対しても可能な限り包括的に基本権に肩入れすることでは何の疑いもないギンター・デューリッヒの言葉で言い表すならば、「国家的に遂行されるか、もしくは甘受されるどのような生命毀滅であっても、実際のところ生命への具体的な基本権というこの種の事例においては……『何も残らない』にもかかわらず、基本権の侵害であると考えられるのであれば、それは法を思い違っている」⁽¹⁹⁾のである。

おそらくは驚くに値するでもあろうこの所見がある者にはどれほど気に入らなくても、それでもやはりこの絶対性要求を、「絶対的である」ということを「あらゆる事例にわたって不可侵である」というという意味において理解するのではなく、たとえば衝突事例において許容される比例性の検討に当たっては、秤にかけられている生命と衝突している他の財との順位においてアブリオリに前者に有利な結果になることから出発するというように試みることをもってしても、これを救い出すことはできない。たとえこのために、衝突している両権利間の衡量のためにそこからひとつの「価値段階秩序」をも読み取ることができよう連邦憲法裁判所によって読み取られた「価値に結び

ついた秩序」が引き合いに出されるにしても、これに対しては、これまで連邦憲法裁判所によって呼び覚まされた価値段階秩序が完全かつ完結的に描き出されることに成功しているのかは、方法の問題としてよく考えられなければならない。それというのも、たとえ全般的に規定された——生命、自由、平等というような——諸価値に際立たせられた順位が承認される場合であっても、人はそこで、具体的な衝突事例にとつてどのような言明力のあるシステムも明らかにならない一般的な次元に置かれていからである。⁽²³⁾ある段階秩序においてすべての価値を、衝突しているあらゆる事例にわたって必然的であるような解決策を導き出すことができるような仕方で固定することは、それゆえ可能でないと思われるのであれば、法益の一般的な次元では、生命は表見的に (prima facie) のみ、優位に立つ役割⁽²⁵⁾が帰属していることを争うことはできない。しかしながら生命権のこの原理的な優位をもつてすでに、どのような衝突事例であれ関係するすべての法益との具体的かつ一般的な衡量から解除されているということにはならないのである。この衡量の次元では、「絶対的な」生命保護もしくは「最高価値」という言葉の方が問題解決を助けて先へと進ませるものではない。むしろ、憲法によって必然的に前もって与えられていると憶測され

る価値段階秩序への立ち返りは、——後の憲法裁判所の裁判官であるエルンスト・ヴォルフ・ファン・ベッケンフェルトがかつて言い表したように——それによつて合理的な外見が維持され、実際の根拠づけが回避されるような、別の方法で下された衝突決断を覆い隠している結果として、この種の処理がいわば「……解釈論的決断主義にとつての隠蔽公式」として役立つているのである。⁽²⁶⁾そのさい問題になつてゐるのは結局のところ、危機的な現実諸連関の負担免除を超えて論証的に論駁を加えることができない陣営という尊大へと——そしてこれに対応して絶対性の単なる見せかけへと導く価値主張による正統化である。

他では、「人格」としての胚の地位が、他の諸利益との衡量というものがそもそも許容されているかという問題と結び合わされる場合⁽²⁸⁾には、この絶対性はよりいっそう内部から弱化せられる。これにより、どのような衡量も排除されてゐるところで、ただ生命権というもののしか対応していない「人格」という言い方をするのであらば、衡量することが許されてゐるところ——そして、これは「相談モデル」においてもやはり許されてゐる——ではどこであれ、人格的存在を否認することができない場合には、この憶測上の価値増強は詰まるところ

中間の道を求めて… 原理主義と気候との間

ろ、それほど大した価値を有していないことになる。⁽²⁹⁾これによつて表見的に衡量に抗う価値にまで高度に様式化された「人格」という価値は結局のところ、その法的承認に依存しているがゆえに、(単なる)立法者の任意な産物になつてしまふのである。⁽³⁰⁾しかしこれによつては胚に対しては気候な使用が可能になるという、これに対する明らかな弱点を伴つて——生命への権利というものは全く残らないであらう。

人間の尊厳のインフレ的平価切り下げ

未生の生命に対して絶対的な保護防壁というものがすでに生命への権利によつて確保されてゐないのであれば、そのようなものは基本法第一条において「不可侵である」と宣言された人間の尊厳から、確かに予期することができるよう思われる。とはいえ、「これを尊重しかつ保護することはすべての国家権力の責務である」にもかかわらず、やはり人間の尊厳もまた、人の生命へのどのような侵害に対しても原理主義的な防波堤として役立つことは困難であらう。

確かにこの防壁は、人間の尊厳が単なる原則としてではなく、——生命への権利とは異なつて——法律の介入留保というものによつて突破が可能である結果として、ここでは他の諸利

同志社法学 五六卷一号 一三二 (一三二)

益に対する人間の尊厳の、場合によつてはあり得るでもあろう
 衡量にとつてのどのような余地でもないと言明される限りで
 は、確かに難攻不落である。⁽³¹⁾

とはいえ、「人」の生命としてのその概念上の理解がその時
 間的な始まりと終わりと同様に、周知のように争われていない
 「生命」への権利よりもおおいそう、人間の尊厳の貫徹力は
 決定的に定義上の次元で説明されなければならない。それゆ
 え、人間の尊厳の保障を楯に取ることは、せいぜいのところ人
 間の尊厳が——どのような事情のもとであつても——どのよう
 な侵害をも甘受しない限りで、優れてひとつの「勝者の論拠」⁽³²⁾
 である。一見して絶対的なこの防壁は、しかしながら「人間の
 尊厳」の概念についてもその「侵害」についても意見が一致し
 ていないことによる相対化的攻撃面にさらされているのである
 が、これはとくに未生の生命に関して効果を現わす。それとい
 うのも、「人の生命が現存しているところでは、それに人間の
 尊厳が帰属」し、「發育しつつある生命」もまたこの保護を分
 有するということに帰着する連邦憲法裁判所の見解に従われる
 場合であつてさえ、それでも連邦憲法裁判所自体はこの保障
 を、「いづれにせよ」受精卵の子宮内での着床以後の時間帯に
 おいて想定している——そして、これとともに受精の時点にま

で早めることは確かに排除されなくとも、しかし争いの外にも
 置いていないからである。

人間の尊厳の概念とその侵害をめぐるほとんど見渡し難い議
 論を、ここで暗示的な仕方ではなくとも展開することはでき
 ないが、それでもいづれにせよ、連邦憲法裁判所の政治的に影
 響力の多い判例について、当裁判所は——人間の尊厳の内容的
 に積極的な定義を断念して——本質的に消極的に侵害の成り行
 きから把握されたデューリツヒの「客観公式」に立ち戻ってい
 る。それによれば、その主体としての質を根本的に疑問視し、
 彼を単なる手段にまで貶めるような取り扱いにさらすことは、
 人間の尊厳と矛盾することになる——とはいえ、全般的には
 なく、具体的な事例を考慮に入れてしかこれを言明することは
 できない。⁽³⁶⁾

これに従えば、単に人間の尊厳という「ジョーカー」を、こ
 こでは背後に退いている現代の生殖医学と人類遺伝学の諸問題
 についても、好ましくないとされる諸々の展開を禁止するた
 めに負担しなければならない他のどのような根拠づけからも開
 放されるため、ということをもって引き合いに出すことはでき
 ない。反対にこのカードは、具体的な側面を徹底的に調べるこ
 とによつてその正統化基盤が奪われるために、インフレ的にそ

れが投入されればされるほど、その価値がますます切り下げられる——わが法秩序の当の規範が個別事例に方向づけられた論証の代わりに、社会的な合意からであればもとより、ある問題からいまだはるかに諸々の議論のなかにそれが投入される場合(37)には、その把握可能な言明内実が拡散してしまうであろう。

進行しつつあるグローバルゼーションとともに増大する不安もまた、抑えられないであろう。「人間の尊厳」の理解に単なる個人的ないし特異な世界観上の諸々の考え方や綱領がそれらの根底に置かれていた評価基盤の別段の根拠づけなしに押し込まれることができなければできないほど、同じ文化圏の他の諸国において少なくとも同じ法治国家的立場によつて人間の尊厳と調和するとみなされる諸々の出来事が基本法第一条第一項と調和しないと言明される場合には、それだけいつそう参加した諸集団の個人的な諸立場を早計に拘束力のある憲法解釈として妥当させない慎重さが推奨される。(39)マックス・プランク協会の会長であるフーベルト・マルクルもまた、多くの注目を集めたベルリン談話のなかでいずれにせよ、われわれが「道徳上の窮極的根拠づけ」という高い岸」を占領しようとするよりも、他のヨーロッパ諸国の諸論拠が何であるかを聞きながらよく考えることを、彼がわれわれによき助言として示したとき、実質的に

は——論戦的でなくもないにもかかわらず——ほとんどこのような意味以外には理解されようとはしなかった。その限りで、これらの問題においても比較法は、絶対的な真理への諸々の迷信に対する最善の医学である。(41)

法解釈論の諸々の限界

新たに燃え上がったバイオエシックス論議では、法的論証の役割に関して部分的に、まさに逆説的な諸様相を露呈させた。一方で、それらが基本法の条文と連邦憲法裁判所の諸判例を援用してより確実な基盤に立っていると錯覚しているとすれば、それは確かに法的な討議の参加者たちにあつては驚くに当たらない。非法律家たちもまたそれによつて幻惑され、——とりわけ原理主義的な諸立場が受け容れられる場合では——法的な諸論拠をもつて最も安心していられるかという、もちろんそうとうに法的討議の参加者の閉鎖的なサークルから離れ、重要な社会集団すべての協働のもとに公共的な討議に道を開いているのである。

このような展開は、解釈論上の論証が記述的経験的に現行法を描き出し、論理的・分析的に現行法を概念的・体系的に一貫

させることに制限されていると見、問題をはらんでいる諸事例の解決を案出する途上にはあつても、それでもやはりそこでは純法的なものを超えて政治的なものを指し示している、その規範的—実践的な任務を顧慮しない者にとつてのみ驚くに値する。⁽⁴²⁾ 憲法の正文は、まさに人間の尊厳をめぐる諸々の議論において明らかになつたように、その言語形式からして現行法を内容的に、一義的に明らかにしていないことから、法の適用は単なる説明的な解釈に尽きるのではなく、具体化する働きがはじめて規範の内容を表現するということから、後者はとりわけ憲法上の——そしてそのさいとりわけ基本権についての——諸規定との交わりにおいて重要である。しかしこの発見的な機能をもつてさえ規範的実践的な解釈論は、それが——まさに未生の生命もしくは治療クローンの保護という社会的および法的に高度に争われている緊張領域におけるように——、他でもそうであるように法的な日常作業において問題をはらんだ事例諸状況を解決させることができるような、どのような法的に特殊な道具立てをも提供することができないのであれば、限界に突き当たることになり得る。⁽⁴⁵⁾

このことを明らかにするために、ここで簡単に、法解釈論的手段をもつて憲法的に獲得することができる諸帰結が総括され

ていることが望ましいであらう。受精卵の人の生命としての法的格づけが問題となつている限りであつても、——文法的解釈と並んでとりわけ歴史のおよび目的論的解釈といった——法解釈の古典的な方法をもつて論証され得る。⁽⁴⁶⁾ その場合であつてもすでに未生の生命は国家による保護義務のもとに置かれていたのであり、⁽⁴⁷⁾ また——そこではなお広い範囲にわたつて——胎児にもすでに基本権の担い手としての特性が承認されなければならないという帰結に至り得る。⁽⁴⁸⁾ これによつて獲得された基盤のうちであつてさえ、しかし、原則的に保障されている保護を、同様にすでに言及されている基本法第二条第二項第三文における法律の留保に基づいて——後の連邦大統領であるローマン・ヘルツォークによつて言い表されているように——「説得的な諸論拠から突破する」⁽⁴⁹⁾、先に示された立法者の権能が残されているのである。

これとともにわれわれは、原則的な生命保護を相対化するための、本来的に決定的な問題、すなわちわれわれの社会のどのような根拠から「説得的である」と思わせるかという問題の前に立たされているのである。遅くともこの評価の問題は、しかし憲法によつてはもはや法的に必然的な仕方では答えられない。これとともに人の生命と、これと衝突している諸々の原理

および利益との合理的な衡量、というのが、唯一の基準値として残されているのである。⁽⁹⁾

一般的—実践的な討議

——倫理学上の窮極的な根拠づけの不可能性

憲法・法解釈論から一般的・政治的な討議への越境が、法理論上の諸々の衡量に基づいて憲法上の諸拘束から開放され得ると思われるような相対主義への引渡しとして理解されようとも、それは驚くには当たらないであろう。なぜといって、人は生命保護の問題領域においては「原理主義者」であるか、それとも「無定見」であるしかあり得ないというのは、実際その通りであるのか。⁽¹⁰⁾この種の誤解に対しては全く決然として、先の叙述は、われわれが人の生命をわれわれの社会において保護しようとするのか、またどのようにしてかについてわれわれが問題とする場合に、われわれが置かれている出発点となる立場の記述以上のものは、さしあたり含まれていないという指摘をもって対抗することができる。法の諸概念を現行法がまさに明瞭に前もって与えておらず、それゆえ、評価による具体化というものが必要としているのであれば、人は、このような概念から

憶測上の必然的諸帰結を引き出すのではなく、これを率直にみとめるべきであろう。

人の生命の保護に関してこのことが意味しているのは、先立つて提示されている原則的な保護義務のかなたには、特殊法的な討議の領域が残されているということに他ならない。しかしその場合に問題になっているのは、素朴な解釈学 (Hermeneutik) という意味においてある (表見的には) 客観的に与えられている憲法上の内実の解釈論的再構成ではなく、実践理性に源を発し、その正当性へ向けて検討しなければならぬ価値諸言明である。⁽¹¹⁾そのさい、価値諸言明をもって主張される一定の妥当要求の検討が、一般的な実践的討議というものにおいて成し遂げられなければならないのは自明のことである。⁽¹²⁾

表見的に必然的な諸帰結を伴う概念上の諸確定に対するもうひとつの差異が強調されなければならない。すなわち、「生命か、それともいかなる生命でもないか」という択一的配置の後では思考作業 (あれか、それともこれかの帰結をもって終結するように見える諸見解とは違って) が、胚の原理的な当保護性の承認をもって——原則的には排除されていない——未生の生命の可侵性が逆方向にある諸々の原理と利益を根拠に衡量され得るか否か、またいつ許容されるのかという、本来的な判断

作業がはじめて始まる、ということである。諸々の侵害を正当化するための根拠づけ負担から開放される代わりに、これをもつていつそう高められさへするのである。⁽⁵⁴⁾

これに対して、ある程度までではあつても、原理主義的な諸見解の難攻不落さが生命保護のために優位を承認するに値すると思われる者は、ある認識論上の異論とも向き合わなければならないであろう。道德上の根拠づけの枠内では、抽象的な諸原理から必然的にどのような具体的事例にとつても規範的な基準値を引き出すことができる⁽⁵⁵⁾と信じている者は、その論証を、普遍性をそれ自体として要求することができるような倫理学上の理論のうえに根拠づけなければならないであろう。そのような例が、カントの伝統における義務論上の諸々の倫理学、宗教上の道德論であり、さらには、そこから⁽⁵⁶⁾はもつぱら正しい行為と誤った行為にとつての諸々の基準を帰結することしか求められない、その様々な様式における功利主義である。批判的合理主義の影響のもとに普遍的かつ客観的な真理性と証明可能性という認識論上の理想を放棄した一般的な科学理論とは異なつて、倫理学の領域では様々な流派の多くの提唱者によつて規範的な諸々の確信をある一定の理論に還元し、そこから窮極的根拠づけという意味において説明することが、いまなお試みられて

⁽⁵⁷⁾ いる。しかしながらこの種の窮極的根拠づけは——少なくともポスト形而上学的思考の諸条件のもとでは——どのような倫理学上の理論にもうまくいつていない。極端な言い方をすると、原理主義的な諸見解は、認識論的に見ればどのような原理をも有していないのである。

他では、まさに——たとえば臨死介助の許容もしくは、ある妊娠が期待可能でない場合におけるような——一定の葛藤状況を顧慮すれば、——道德上の指導的な出发点としては疑いもなく正しい諸原理に立ち戻る代わりに——状況、倫理学上の諸考量が、結局のところ適切であり得るのではないかという問題が提起され得るであろう。オズヴァルド・シュヴェンマーによつて適切に言い表されているように、われわれは、「それでもなお理論的に先取りすることもモデル化することもできない生命現象に直面すれば、……われわれの経験に支えられた判断力の考量に差し向けられているのである」⁽⁵⁸⁾。これについては一度、リタ・ズスムートにとつても、彼女が仲裁して成立させた「第三の道」とともに特別の関心事であつた問題領域に立ち返らなければならない。

締め括りの事例…

妊娠中絶における「中間の道」

原理主義と気候との「中間の道」がどのような様相を呈し得るかをわれわれは、すでに冒頭で触れたマックス・プランク研究所の比較法経験的プロジェクトからの最終帰結として「窮迫状態に方向づけられた対話モデル」⁽⁹⁰⁾というものを基盤にしてひとつの規制提案に定式化することを試みた。⁽⁹¹⁾憲法上の諸基準値を無視することなく、われわれにとつてはそこでは——妊娠中絶のための規制モデルを必然的に憲法から引き出すことができると考える解釈論的論証方法とは異なつて——憲法をまさに、一般的な政治的合意というものを必要としている諸々の評価にとつての憶測上の主証人として煩わさないとすることが問題であつた。

未生の生命の原則的な当保護性が問題になつている最初の評価次元では、なお広い範囲にわたる意見の一致を確認することができる一方で、説得的な諸々の根拠からどの範囲まで未生の生命の原理的な保護からの例外があり得るのかという問題とともに、人は衡量の次元に立たされることになる。ここでは——それも全く連邦憲法裁判所の見方からも——人の生命を保護す

る国家の義務を一方として、生命および健康への婦人の基本権（基本法第二条第二項）とその一般的な人格権（基本法第一条第一項と結びつく第二条第一項）が向き合つているのであるが、——そのさい婦人の諸利益を自律の概念で束ねることができるのであるが、——そこで問題になつてゐるのは、自己決定権それ自体のためにではなく、いましがた挙げられた彼女の諸々の権利と自己答責的な主張である。⁽⁹²⁾

衝突している諸利益の比重判定が問題になつてゐる限りで言えば、この次元で価値諸言明は分かれており、その規範的な妥当要求を「より優れた論拠の強制なき強制」⁽⁹³⁾を通して全員が納得のゆく仕方で行ふことができるであらう見方を、これまで討議理論上の意味において結晶として取り出されてこなかったことを見過ぐすことはできない。この比重判定に当たつて顧慮されなければならない諸要素のなから、私はここで、私にはごく重要であると思われる二つの要素だけを強調したい。⁽⁹⁴⁾

第一の要素は、ほとんど全くの支配的見解によつて主張されている、未生の生命と既生の生命との等価性に関係しており、そのさい私自身もそこから出発している。しかしながらこのように認定することは、私には諸々の理由から疑問があるように思われる。それというのもつまりは、生命の具体的——個別的な

見方が有利な結果になるようにするために抽象的——一般的な見方から離れるならば、法史および比較法上の理由も社会心理学上の理由も、その発育の流れのなかではじめて人の生命の価値性が増大することから出発すべきことに賛成しているからである。⁽⁶⁷⁾

第二の視点は、比較可能な先鋭化において他のどのような人間の葛藤状態にも目の当たりに見ることができないような、母と子の肉体的な結合を理由に、そのつど一方の犠牲においてしか解決することができない、連邦憲法裁判所によって「単一体における二体性 (Zweiheit in Einheit)」⁽⁶⁸⁾として記述されるジレンマである。この特異な一回性において未生の生命の保護は、せいぜいのところ——真に受け止められなければならない唯一の葛藤の相手方としての——妊婦に対してその期待不可能な例外状態の承認のもとに撤回されてよいとされるのであれば、誰がこのジレンマを適切な衡量の実行を通して求められるのか、妊婦自身か、それとも彼女の上位に位置している審査機関かという問題が提起される。しかしながらこれは、「気侃」という意味においてではなく、同等の保護に値する未生の生命に対する、妊婦に予期される答責意識においてである。そのさいとくに、未生の生命の効果的な保護というものは、妊婦に衡量が意

識され、彼女にこの最終決断がゆだねられることが多ければ多いほど、それだけいつそう彼女はこれを真剣に受け止めなければならないであろう実際のな認識もまた、ひとつの役割を演じているのである。⁽⁶⁹⁾

この種の「窮迫状態に方向づけられた対話モデル」は、抽象的——図式的な諸考慮によって導かれているのではなく、むしろそれは、具体的な葛藤状況を正當に評価することを試みているのである。他の規範諸科学に並行する行為モデルが探し求められるならば、人は哲学と神学において、道德的に高く掲げられた諸原理でさえ、個別事例にとって無矛盾的にひとつの「當為命題」を導き出すことに成功していない諸々の状況が存在し得ることが同様に強調される、いわゆる状況倫理⁽⁷⁰⁾、学に行き当たる。それゆえ、倫理学上のいつさいの決断にあつては状況に条件づけられた「変型」⁽⁷¹⁾は、規範的ないしは「一般的な」定型と同様に重要である。とくにその直観論的な主観主義への悪化という危険のような状況倫理学の問題性は、確かにつねに意識されていなければならない。⁽⁷²⁾ それにもかかわらず人は——まさに妊娠中絶と臨死介助にかかわる医の倫理において争われている諸領域におけるように——一定の狭く把握された限界領域においては、個別事例において何が期待可能であるのか、可能で

ないのか、何が正しいのか、何が誤っているのかを問題なく事前に、また無関係な第三者が確定することはできないという認識に目を閉じることは許されないであらう。⁽⁷³⁾

たとえば妊娠中絶の領域において最終的に法律になった「相談構想」が、とくに中絶医に対するその説明に關してのように、様々な視点から「窮迫状態に方向づけられた対話モデル」の背後に退いているとしても、それでもこの「中間の道」は、それが手続きによる正当化のひとつの特殊事例を表していることで共通している。⁽⁷⁴⁾ 実質的——実体的衡量という優位に値する通常事例が、規制する国家が一定の衡量事項に關して認識論上の諸々の限界に行き当たるにもかかわらず、しかしある決定を断念することができないがゆえにもはや可能でないからには、手続きによる、またとくに相談による真理と正義の探求を確実にすることが試みられるのである。⁽⁷⁵⁾ これを基盤に、もつともこの場合では何らかの手続き通りにも一貫して獲得された帰結は法秩序によって受け容れられなければならない。⁽⁷⁶⁾ これとともに「中間の道」は、「諸々の規範ないしは法律の理性は……その諸原理の徹底性に義務づけられている……まさに個々人の道徳上の理性ではなく、その諸々の理由づけの自制能力を知っている政治上の理性である——すでにそれだけの理由からしてもその拘束

性を断念することはない」⁽⁷⁸⁾ という（多元論的に方向づけられた）認識にも従っているのである。

結 語

人間の尊厳の不可侵性と生命の法的保護の、言うところの絶対性が疑問視されなければならない場合には、これらの原理的な価値を十分に真に受け止めていないという嫌疑に容易にさらされる。この種の認定は、個人的な道徳上の諸々の確信がある開かれた社会の法秩序へ変換されるよりも厳しい場合には、それだけにいっそう重くのしかかってくるであらう。このような社会は、それが絶対的な原理主義と原理なき気配との間にひとつの中間の道を見出すことを心得ている場合にのみ、調和のとれた均衡を維持することができるであらう。むしろこのことが結局のところ、唯一のまことに人間に相応しいことでさえある。すなわち、ある普遍的な——そしてこれとともに必然的に最高に抽象的な——人間像を考える代わりに、可能な限り具体的な人間の個人的な諸々の能力と確信を正当に評価しているということである。

トーマス・マンはその『魔の山』のなかで対立的な両極端において演じられるナフタとセッテムブリーニとのヒューマニズ

中間の道を求めて… 原理主義と気候との間

ム論争を、ハンス・カストルブの眼に次のように表現させている。「彼らは何でも極端にまでもってゆく……一方で、それでも彼らには、あたかもどこかの真ん中に、……人間的なものがたは人間に相応しいこととして個人的に要求されてよいものが置かれているように思われた。」

人間に相応しいことをその政治活動においてつねに獲得しようと努めること、これこそリタ・ズユースムートの少なからざる功績である。

(1) 資料の整理と草稿に当たったその共同作業に対して私は、*Tobias Fritsche* に格別に感謝すべき立場にある。

(2) これにこつちの *Rita Süssmuth* の最初に公表された意見表明は、見渡したる限りでは、»Vorschlag eines Lebenschutzgesetzes«, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP) 1990, S. 347-368 であつた。これに基づく彼女の『生命保護についての一討議草案 (Diskussionsentwurf eines Gesetzes zum Schutz des Leben)』を彼女は、一九九一年始めにトッテンタで開催された福音アカデミー会議で『統一ドイツにおける未生の生命の保護——ひとつの第三の道』と題する講演のなかで説明し、後こ *S. Heil* (Hrsg.), §218 - Ein Grenzfall des Rechts, *Tütinger Materialien* Nr. 68 (1991), S. 36-44, 117-122, にあつて公刊された。

(3) A. *Eser*, Schwangerschaftsabbruch zwischen Grundwerts-

同志社法学 五六卷一号 一四〇 (一四〇)

orientierung und Strafrecht- Eine rechtspolitische Überlegungskizze, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP) 1991, S. 291-298, auch veröffentlicht in: A. *Eser/H. -G. Koch*, Schwangerschaftsabbruch: Auf dem Weg zu einer Neuregelung, Baden-Baden 1992, S. 85-107, 90-91, 前掲トッテンタ会議の»Schwangerschaftsabbruch: Zwischen - Ergebnisse eines internationalen Vergleichs« (Fn. 2), S. 63-72, 参照。

(4) 様々な個別的な刊行物と並んで、A. *Eser/H. -G. Koch* (Hrsg.), Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Rechtliche Regelungen - Soziale Rahmenbedingungen - Empirische Grundlagen, Teil 1: Europa, Baden-Baden 1988, Teil 2: Außereuropa, 1989, Teil 3: Rechtsvergleichender Querschnitt - Rechts politische Schlussbetrachtungen - Dokumentation zur neueren Rechtsentwicklung, 1999, に記録されている。

(5) 下記のとおりを、vgl. H. -G. *Koch*, Recht und Praxis des Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, in: *Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) 97 (1985), S. 1043-1073, 90-91, *Eser* (Fn. 3), in: *Tütinger Materialien*.

(6) 私はすでに他の箇所においての認識推論の詳細に対決したので、下記のとおりを指示しつづけるに足りるべきである。A. *Eser*, Neuartige Bedrohungen ungeborenen Lebens. Embryoforschung und »Feizotio« in rechtsvergleichender Perspektive, Heidelberg 1990, Insbes. S. 39ff.

(7) N. *Hoerster*, Form: Abtreibungsverbot - Religiöse Voraus-

setzungen und rechtspolitische Konsequenzen, in: Juristische Schöpfung (Jus) 1991, S. 190–194 (194).

- (8) この点から「中間の道」であっても旗幟を鮮明にしたその敵対者である H. Tröndle に捧げられた N. Hoerster, Das »Recht auf Leben« der menschlichen Leibesfrucht - Rechtswidrigkeit oder Verfassungstrik?, in: Juristische Schöpfung (Jus) 1993, S. 192–197 (192) という論考によってもうひとつの点で。

- (9) G・ヤコプスがその最高度に高い「人格」の概念を衡量し得ない生命権に依存させる一方で、しかしこれを明らかに(単なる)立法者の任意処分のもとにあつては置いておくと、その論議の仕方は、同で見かけをもちてはならぬにせよ、それともやはりその思考図式からは遠く隔たつていふように思われる。後の Fn. 28 参照。

- (10) ここに歴史的な視点から見た生命保護の諸々の突破については A. Eser, Zwischen »Heiligkeit« und »Qualität« des Lebens, in: J. Gernhuber (Hrsg.), Tradition und Fortschritt im Recht, Tübingen 1977, S. 377–414. ナービンゲン大学法学部に捧げられた記念論集である。なごうは今日の刑法上の見方から W. Groppe, Der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes und die fragmentarische Natur des Strafrechts, in: A. Kreuzer, u. a. (Hrsg.), Fühlende und denkende Kriminalwissenschaften. Ehrengabe für Anna-Eva Brauneck, Münchengladbach 1999, S. 285–313.
- (11) R. Maurach/F. C. Schroeder/M. Mainold, Strafrecht besonder Teil 1, 8. Aufl. Heidelberg 1995, §1, II Rn. 6.

中間の道を求めて：原理主義と気候との間

- (12) H. Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 48. Aufl. München 1997, Rn. 12 vor § 218.

- (13) H. Tröndle, Über das Unbegrenzbare der Zweiter Bonner Fristenregelung, in: H. Thomas/ W. Kuhh (Hrsg.), Das zumutbare Kind, Herford 1993, S. 161–190 (165).

- (14) Vgl. BVerfGE 39, 1, 42 C. *Beitrag*, Ist die Rechtfertigungsthese zu § 218a StGB haltbar?, Berlin/New York 1984, S. 74.

- (15) Vgl. BVerfGE 88, 203, 253f.

- (16) Vgl. Frankfurter Rundschau v. 16.06.01, S. 5.

- (17) 多々良大平氏、vgl. D. Lorenz, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: J. Isensee/ P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. Heidelberg 2001, Bd. VI, S. 3–39 (§ 128 Rn. 38).

- (18) 致命的正当防衛、戦争における殺人および死刑と比べ古典的な「正統化・三対」を形成する人質事件における「射殺による最終解決」をいかに許容された交通危険における犠牲死を考慮する必要がある。多々良大平氏、vgl. Th. Lenchner, A. Schölk/H. Schröder, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. München 2001, § 32 Rn. 43 ff. *Pl. Kung*, Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. München 1999, Art. 2 Rn. 69, D. *Murswiek*, in: M. Sacks (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. München 1999, Art. 2 Rn. 182, 203; H. D. Jarass/B. Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl. München 2000, art. 2. Rn. 69 以下、A. Eser, Recht und Schutz des Lebens, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. 3, 7. Aufl.

同志社法学 五六巻一号 一四一 (一四一)

中間の道を求めて：原理主義と気候との間

同志社法学 五六巻一号 一四四 (一四四)

Der Verfassungsauftrag zum Schutz des ungeborenen Lebens, JR 1969, S. 441—445 (441f.).

(47) 現に、BVerfGE 39, 1, 36ff.; 88, 203, 251ff. のような判決で、胎が基本権の担い手であるかは、これまでも問に付せられてゐる。

(48) 多くに代わるものとして、また多くの典拠を伴つて *Murswiek*, in: Grundgesetz (Fn. 18), Art. 2 Rn. 146.

(49) これは、*Herzog* (Fn. 46), JR S. 444 に於ける表現形式である。

(50) この衡量の構想については *Alexy*, Grundrechte (Fn. 23), S. 143ff.; *K.Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. Heidelberg 1995, Rn. 318.

(51) *G. von Randow*, in: Die Zeit v. 28.06.01 (Nr. 27), S. 16 (彼は「たゞの否認された」疑問である)。

(52) *H.-M. Paulowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. Heidelberg 1999, Rn. 735: 「堕胎が憲法ゆえに許容されているか否かを、基本法第二一条も第六一条も確定していない。堕胎を許容しているような法律の憲法違反性を確定するような判断は、憲法正文は（そして諸資料も）他では何も提供していないから、世界観および政治的な諸理由（諸評価）を根拠とする他はない。憲法は、妊娠中絶の社会的な問題性を規制する立法者の権限を制限している」という論定はきわめて明瞭である。また *vgl. W. Brugger*, Abtreibungen Grundrecht oder ein Verbrechen?, NJW 1986, S. 896—901 (900f.); *R. Zippelius*, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 73. Lieferung, Heidelberg 1995, art. 1 Abs. u. 2, Rn. 78: 「それゆえ、新しい諸問題に結びつくところから、憲法からの

単なる解釈という方法でそれに答えることが困難であるからには、それが倫理的に至るまでいまだ論に尽くられていないのであれば、いさう困難である。このような問題で必要とされるのは、憲法解釈論ではなく法政策であり、それゆえ開かれた社会において正当と認められるように、多数派の理性に導かれた法的良心に準拠した立法者である」。

(53) これは、この基本的な点に *J. Habermas*, Wahrheitstheorien, in: H. Fahrenbach (Hrsg.), Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walter Schulz, Pfullingen 1973, S. 211—265 (220, 250ff.), *„sollte“*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratischen Rechtsstaats, 2. Aufl. Frankfurt 1992, S. 277ff. 法的な討議と一般的な実践的討議との関係について *Alexy*, Theorie (Fn. 42), S. 324f., 333ff., 346ff. など (S. 161—177) には、真理論としてのその要求における討議理論の批判について。これに対応して、もちろん、妊娠中絶と関係した基本権解釈上の見方から *vgl. W. Höffling*, Die Abtreibungsproblematik und das Recht auf Leben, in: Thomas/Kruth (Fn. 1), S. 119—144 (123) については、ある基本権的構成要件との関連性を否認するために狭い構成要件という根拠に立ち至る者は、憲法上の作業はすでに終わっているのである。続く諸問題と根拠づけ負担は、彼には明らかに担っていない。これに対して、……表見的保護……に達する者にとっては憲法上の討議は、いまやじめて本来的に始まる。彼は、基本権保護についてのひとつの断定的判断を提示することができるといふよりも、彼は、場合によっては逆方向にある諸々の原理と向き

- 合ふ。おやふくは困難な衡量とかわかりあわなければならぬ。」
 447 vgl. *Eser*, Neuartige Bedrohungen (Fn. 6), S. 40ff, 447
 in: *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch Teil 3 (Fn. 4), S. 561ff.
 (55) 合理的にせざる様々なるメーソウのつづの概観によつて vgl.
Nida-Rümelin, Theoretische und angewandte Ethik, in: ders.
 (Hrsg.), *Angewandte Ethik. Die Bereichsethiken und theoretische*
Grundierung, Ein Handbuch, Stuttgart 1996, S. 7 ff.
 (56) 基本的に *K. Popper*, *Logik der Forschung*, 10. Aufl.
 Tübingen 1994. 一般的に科学理論の諸問題については
 vgl. *G. Volmer*, *Evolutionäre Erkenntnistheorie*, 4. Aufl. Stuttgart
 1987.
 (57) Vgl. *Nida-Rümelin*, (Fn. 55), S. 41ff. の所見。おやふくは彼はや
 のふく「倫理的討議の原理主義的極端性」を論定している。
 (58) *O. Schwemmer*, *Ethische Untersuchungen*, Rückfragen zu
 einigen Grundbegriffen, Frankfurt 1986, S. 88.
 (59) Vgl. oben Fn. 14.
 (60) *A. Eser/H. -G. Koch*, Plädoyer für ein »notlagenorientierten
 Diskursmodell«, in: *Eser/Koch*, *Neuregelung* (Fn. 4), S. 173–226.
 (61) *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch Teil 3 (Fn. 4), S. 609–620.
 (62) Vgl. BVerfGE 88, 203, 254.
 (63) すべてに妊娠論議において繰り返し論戦的な諸々の誤解にみえ
 られた内容に關係づけられた自律の概念について詳しくは *A.*
Eser, Schwangerschaftsabbruch: Auf dem verfassungsrechtlichen
 Prüfstand. Rechtsgutachten im Normenkontrollverfahren zum

中間の道を求めて：原理主義と気候との間

- Schwangeren- und Familienhilfegesetz von 1992, Baden-Baden
 1994, S. 44ff.
 (64) Vgl. *Hubermas*, *Schutz-Festschrift* (Fn. 53), S. 240.
 (65) 神ひふく vgl. *Eser*, in: *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch Teil 3
 (Fn. 4), S. 560ff. 569ff.
 (66) Vgl. *A. Eser*, in: *Schöke-Schröder*, *Stratfgesetzbuch*, 26. Aufl.
 München 2001, Vorbem. 9 vor §§ 218ff. における文献紹介。
 (67) いろいろな個別の理由について詳しくは *Eser*, in:
Eser/Koch, Schwangerschaftsabbruch Teil 3 (Fn. 4), S. 577ff. —「
 れによつて」の諸々の段階づけによる理由を——とくに冒頭で批
 判された意味において無視できない見方に対応して——私が習得
 したところによつて「よく最近に *Herdegen* (Fn. 34), JZ
 2001, S. 775ff. へ」「人間の尊厳の段階づけられた保護」という
 のに賛意を表している。
 (68) BVerfGE 88, 203, 252, 276. それから先に及ぶ諸婦結を
Mahrenholz/Sommer (BVerfGE 88, 341ff.) の少数意見がよつから
 引出している。神学上の見方から「単一性における「対性」
 によるものの視点の評論が「*C. Creutz*, *Die »Zweitwelt in Einheit«*
 von Mutter und ungebohrenen Kind, München 1997, にも見られる。
 (69) この側面は、とくにリタ・ズエヌマートの「第三の道」につい
 てについての役割を演じている。Vgl. (Fn. 2) ZNP 1999, S. 368 bzw.
Tutzenger Materialien S. 39, 42.
 (70) *Bruggen* (Fn. 52), NJW 1986, S. 900 f.; は正当にも「普遍的
 な、純粋に原理に方向づけられた態度の妊娠中の問題性における

中間の道を求めて： 原理主義と気候との間

状況に関係づけられた諸衝突を指摘している。

- (71) *J. Fleischner*, *Moral ohne Normen?*, Gütersloach 1967, S. 23, は一般倫理学の見地からこのように言明している。Vgl. *D. Bonhoeffer*, *Ethik*, 2. Aufl. München 1953, S. 14f., S. 161ff., 261ff.
- (72) 他多くの文献指示を伴って vgl. *F. Furger*, *Einführung in die Moraltheorie*, 2. Aufl. Darmstadt 1997, S. 193.
- (73) これにこづけば、妊娠中絶にこづけるキリスト教義上の視点から、vgl. *K. Barth*, *Kirchliche Dogmatik*, Bd. III/4, Die Lehre von der Schöpfung, Zürich 1951, S. 480: 「それはまれな状況になるであろう。……それらは、本来的にすべての関与者が大きな孤独のうちに神の前に責めを負う、そこから彼らの決断を実行しなければならぬであらう状況になるであろう。」Vgl. auch S. 482.
- (74) Vgl. *Eser/Koch*, *Schwangerschaftsabbruch* Teil 3 (Fn. 4), S. 614ff. §§ 3, 4), 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100 101 102 103 104 105 106 107 108 109 110 111 112 113 114 115 116 117 118 119 120 121 122 123 124 125 126 127 128 129 130 131 132 133 134 135 136 137 138 139 140 141 142 143 144 145 146 147 148 149 150 151 152 153 154 155 156 157 158 159 160 161 162 163 164 165 166 167 168 169 170 171 172 173 174 175 176 177 178 179 180 181 182 183 184 185 186 187 188 189 190 191 192 193 194 195 196 197 198 199 200 201 202 203 204 205 206 207 208 209 210 211 212 213 214 215 216 217 218 219 220 221 222 223 224 225 226 227 228 229 230 231 232 233 234 235 236 237 238 239 240 241 242 243 244 245 246 247 248 249 250 251 252 253 254 255 256 257 258 259 260 261 262 263 264 265 266 267 268 269 270 271 272 273 274 275 276 277 278 279 280 281 282 283 284 285 286 287 288 289 290 291 292 293 294 295 296 297 298 299 300 301 302 303 304 305 306 307 308 309 310 311 312 313 314 315 316 317 318 319 320 321 322 323 324 325 326 327 328 329 330 331 332 333 334 335 336 337 338 339 340 341 342 343 344 345 346 347 348 349 350 351 352 353 354 355 356 357 358 359 360 361 362 363 364 365 366 367 368 369 370 371 372 373 374 375 376 377 378 379 380 381 382 383 384 385 386 387 388 389 390 391 392 393 394 395 396 397 398 399 400 401 402 403 404 405 406 407 408 409 410 411 412 413 414 415 416 417 418 419 420 421 422 423 424 425 426 427 428 429 430 431 432 433 434 435 436 437 438 439 440 441 442 443 444 445 446 447 448 449 450 451 452 453 454 455 456 457 458 459 460 461 462 463 464 465 466 467 468 469 470 471 472 473 474 475 476 477 478 479 480 481 482 483 484 485 486 487 488 489 490 491 492 493 494 495 496 497 498 499 500 501 502 503 504 505 506 507 508 509 510 511 512 513 514 515 516 517 518 519 520 521 522 523 524 525 526 527 528 529 530 531 532 533 534 535 536 537 538 539 540 541 542 543 544 545 546 547 548 549 550 551 552 553 554 555 556 557 558 559 560 561 562 563 564 565 566 567 568 569 570 571 572 573 574 575 576 577 578 579 580 581 582 583 584 585 586 587 588 589 590 591 592 593 594 595 596 597 598 599 600 601 602 603 604 605 606 607 608 609 610 611 612 613 614 615 616 617 618 619 620 621 622 623 624 625 626 627 628 629 630 631 632 633 634 635 636 637 638 639 640 641 642 643 644 645 646 647 648 649 650 651 652 653 654 655 656 657 658 659 660 661 662 663 664 665 666 667 668 669 670 671 672 673 674 675 676 677 678 679 680 681 682 683 684 685 686 687 688 689 690 691 692 693 694 695 696 697 698 699 700 701 702 703 704 705 706 707 708 709 710 711 712 713 714 715 716 717 718 719 720 721 722 723 724 725 726 727 728 729 730 731 732 733 734 735 736 737 738 739 740 741 742 743 744 745 746 747 748 749 750 751 752 753 754 755 756 757 758 759 760 761 762 763 764 765 766 767 768 769 770 771 772 773 774 775 776 777 778 779 780 781 782 783 784 785 786 787 788 789 790 791 792 793 794 795 796 797 798 799 800 801 802 803 804 805 806 807 808 809 810 811 812 813 814 815 816 817 818 819 820 821 822 823 824 825 826 827 828 829 830 831 832 833 834 835 836 837 838 839 840 841 842 843 844 845 846 847 848 849 850 851 852 853 854 855 856 857 858 859 860 861 862 863 864 865 866 867 868 869 870 871 872 873 874 875 876 877 878 879 880 881 882 883 884 885 886 887 888 889 890 891 892 893 894 895 896 897 898 899 900 901 902 903 904 905 906 907 908 909 910 911 912 913 914 915 916 917 918 919 920 921 922 923 924 925 926 927 928 929 930 931 932 933 934 935 936 937 938 939 940 941 942 943 944 945 946 947 948 949 950 951 952 953 954 955 956 957 958 959 960 961 962 963 964 965 966 967 968 969 970 971 972 973 974 975 976 977 978 979 980 981 982 983 984 985 986 987 988 989 990 991 992 993 994 995 996 997 998 999 1000

申し出に、教授はすでに二〇〇三年一月二七日の返信をもって快諾されている。訳者の健康上の理由および他の研究上の案件を先決的に処理することを余儀なくされていることから、このプロジェクトの遂行がいまだ遅延したままである。そこで、アルビン・エーザーのこの分野での仕事のいわば総括としての意味を有するとともに、彼の人の生命保護領域における刑事立法の基本的立場ないしは態度が明瞭に示される本論文の訳文の公表を、とりあえず本誌において先行させることにした。これに対する訳者の全般的な評価は、企図されている前述の訳書の『訳者解説』のなかで取り組むことにしたい。ただひとつのこと、すなわち彼の刑法における生命保護領域についての基本的な立場は、訳者の最も敬愛するドイツの先生の一人であり、すでに二〇〇一年四月一日に他界されているアルトゥール・カウフマンの死後刊行論文であり、すでに本誌二九七号二〇四頁に訳出されている『生命の法的保護の相対化²』(Arthur Kaufmann, Relativierung des rechtlichen Lebensschutzes?, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, S. 849–863) から読み取れる、生命保護領域における硬直した原理主義的な立場を廃棄し、個別具体的な諸状況を熟慮した最も望ましい解決策を模索するという基本思想と——用いられるチームや根拠づけの仕方にはそれぞれに独自のものがあるとはいえ——原則的に同じものであるということだけを、ここで指摘しておきたい。

なお、原著者は、前記マックス・プランク研究所長に在任中に妊娠中絶法についての同研究所挙げての大規模な、おそらく世界にも例を見ないほどの組織だった調査を実施し、その結果を踏まえて妊娠中絶法改革を総括的に展望し、そのうえで彼にとって最も望ましいと思われる改革

正草案をすでに提示している。彼とその親密な同行者であり、マックス・プランク研究所の共同研究員であるハンス・ゲオルク・コッホとの共著という形をとった『国際的に比較した妊娠中絶 所見——認識——提案』(Albin Eser/Hans-Georg Koch, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich: Befunde - Empirismen - Vorschläge. Ein Projektbericht, 2000) がそれであり、これも本誌二八七号二七五号以下に私によるその日本語訳が掲載されている。その『訳者あとがき』でアルビン・エーザーのこの問題についてのその取り組みを概略的に叙述した。本訳文の読者には、これを併読されることを切に望みたい。

それはともかくとして、いずれにしても訳者は、アルビン・エーザー先生には、格別に感謝すべき立場にある。それというのも、先生が一九八五年三月一二日に日本刑法学会関西部会主催のもとに同志社大学で『ドイツ堕胎法の改革——その展開と現状——』と題する講演をされたことが機縁となつて妊娠中絶法のあり方の問題に取り組むことになって以来、数々の資料提供を惜しまなかったばかりでなく、一九九三年には、ドイツ連邦憲法裁判所によっていわゆる第二次妊娠中絶判決が下された五月二八日を挟んで前後半年間にわたってマックス・プランク協会の研究助成金を得てドイツにおける妊娠中絶法改革の問題に集中的に取り組む機会を与えて頂いたからである。それに由来する諸成果を訳者は——臨死介助にかかわる諸論文とともに——『生命の刑法学』(ミネルヴァ書房、二〇〇二年)と題する一冊のモノグラフィイとして刊行することができたのである。先生の献身的なご支援がなければ、本書が成らなかったことだけは確実である。その意味において訳者は先生には心か

中間の道を求めて… 原理主義と気配との間

ら感謝するとともに、向後はまさに義務免除教授（Enpflichtet Professor）として自由な立場からご健勝のもとにますます著作活動に励んで頂くことを心から祈念するばかりである。

同志社法学

五六卷二号

一四八（一四八）