

法と道德との関連 : R・ドライヤーとR・アレクシー の所説を中心に

酒匂, 一郎
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1972>

出版情報 : 法政研究. 59 (3/4), pp.141-228, 1993-03-26. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :



法と道德との関連

—— R・ドライヤーとR・アレクシーの所説を中心に ——

酒 匂 一 郎

はじめに

第一節 議論の枠組

第二節 不法論証

第三節 原理論証

第四節 正当性論証

おわりに

はじめに

法と道德（あるいは正義）との関係をめぐる問題は、いうまでもなく、法理論にとって古くて新しい根本問題の一つである。今世紀中葉以降でも、たとえばハートーフラー論争、ハートードゥオーキン論争といった、法実証主義者と非実証主義者との間での論争が展開されてきたことは周知のとおりである。ところで、最近こうした論争をいわば引

き継ぐような形で、ドイツ連邦共和国において一つの法実証主義論争が繰り広げられた。この論争は、一九八六年、NJW誌に発表されたラルフ・ドライヤーの「法の概念」と題する論文を直接の契機として⁽¹⁾いる。同論文において、ドライヤーが法実証主義批判を展開すると、これに対してノルベルト・ホェアスターが同年に同誌に掲載された「法実証主義の擁護」と題する論文で反論する⁽²⁾。その後、翌年には、Rechtstheorie 18において、ヴェルナー・クラヴィエツがドライヤー批判の論陣に加わり、同じく同誌でドライヤーはこれに対する反論を行っている⁽³⁾。そして、一九八八年にはIVRドイツ連邦共和国支部学会で法実証主義をめぐる論争が展開されている(ARSP Beiheft 37)にそこで⁽⁴⁾の議論は収められている。この論争では、ホェアスターがあらためて法実証主義を擁護するのに対して、ロバート・アレクシーがドライヤーの法実証主義批判を受け継ぎ、さらに彼独自の法理論に基づいて発展的にこれを展開させている⁽⁵⁾。同論争では、その他一〇名の法学者あるいは法理論家が、それぞれの視点から法実証主義を擁護もしくは批判する論陣を張っている⁽⁷⁾。その後、ドライヤーはこの論争における彼自身とアレクシーの議論を振り返る論文をARSP Beiheft 44に載せている⁽⁸⁾。本稿は、この論争におけるドライヤーおよびくにアレクシーの議論を検討しようとするものである。

ドライヤーとアレクシーの議論は論点としては重なる部分があり、したがって本稿では、以上の論争をいわば年代記風に追うのではなく、多少とも体系的に再構成しながら検討することにする。ドライヤーの法実証主義批判は、戦後ドイツ連邦共和国における自然法論の復活をめぐるハートーフラー論争、そして近年のハートードゥオーキン論争における非実証主義的立場からの議論の基本的論点を、それぞれ「不法論証」および「原理論証」として再構成することからなっている。アレクシーの議論は「不法論証」の可能性を吟味し、「原理論証」を彼独自の観点から「正当性論証」として構成し直すものである。以下では、まず法実証主義の特徴づけとドライヤーおよびアレクシーの議論の

基本枠組を押えた後、「不法論証」、「原理論証」、「正当性論証」という順に検討していくこととする。

- (1) R. Dreier, Der Begriff des Rechts, in NJW 1986, Heft 14, S.890-896; auch in ders, Recht-Staat-Vernunft, 1991, S.95-119. 以下では、引用は後者から行う。Begriff へ略記する。
- (2) N. Hoerster, Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, in NJW 1986, Heft 40, S.2480-2482.
- (3) W. Krawietz, Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus? Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Begriff des Rechts bei Ralf Dreier und Norbert Hoerster, in Rechtstheorie 18, 1987, S.209-254.
- (4) R. Dreier, Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus? In Erwiderung auf Werner Krawietz, in Rechtstheorie 18, 1987, S.368-385.
- (5) N. Hoerster, Zur Verteidigung der Rechtspositivistischen Trennungsthese, in ARSP Beihft 37, 1990, S.27-32.
- (6) R. Alexy, Zur Kritik des Rechtspositivismus, in ARSP Beihft 37, 1990, S.9-26. 以下では、Kritik へ略記する。
- (7) E.-W. Böckenförde, Ch. Starck, W. Kersting, K. Kühl, J. Rückert, J. Schröder, U. Neumann, H.-J. Koch, G. Robbers, W. Brugger.
- (8) R. Dreier, Zur gegenwärtigen Diskussion des Verhältnisses von Recht und Moral in Bundesrepublik Deutschland, in ARSP Beihft 44, 1991, S.55-67. ドライヤーによれば、一九七〇年から一九八九年までの間に、法と道德との問題に関して著された著作および論文は少なくとも九十九本あり、そのうちの五三が非実証主義的立場をとり、三四が実証主義的立場をとっている。残りは明確な立場表明を伴っていない。Vgl. op.cit., S.55.

第一節 議論の枠組

一 法実証主義の特徴づけ

法理論における実証主義と非実証主義との論争を理解するためには、双方の立場の基本的特徴を押えておくことが必要である。もっとも、実証主義と非実証主義という分類ははじめからターゲットを双方の立場のうちの一方に絞っている。この分類は、法実証主義の基本的特徴を挙示して双方を特徴づけるほうがその反対の手續よりも比較的に容易であろうということに基づいているが、ドライヤーとアレクシーの法実証主義批判をめぐる議論を検討しようとする本稿の目的にとっても、この分類を利用して、法実証主義の基本的な特徴づけから出発することが好便である。

周知のハートの挙げるメルクマールを手がかりにしよう⁽¹⁾。ハートによれば、英米の文献で法実証主義とされるのは次の諸主張の一つ以上を採用するものである。①法は人間の命令であるということ。②法と道德、あるいは在る法と在るべき法との間には必然的な関連が存在しないということ。③法的概念の分析またはその意味の研究は重要であつて、それは法の歴史的な研究、社会学的な研究、あるいは道德、社会的目的、機能などの観点からする批判的な評価とは(けつして対立するわけではないが)区別しなければならない、ということ。④法体系は「完成した論理的体系」であり、その体系内において、正しい判決は、予め定められた法のルールから論理的手段のみを用いて導出されるというこゝと。⑤道德的判断は、事実に関する陳述と異なり、合理的な論証や証拠、証明によつては下されえないということ(「倫理学における不可知論」)。もちろん全ての法実証主義者がこれら五つの主張の全てを唱えるわけではなく、ベンサムとオースティンは②③を主張するが、④⑤を主張してはいないし、またケルゼンは②③⑤を主張しているのであつて、①④を主張してはいない、とされる。

この議論によれば、右に挙げられた法実証主義者に共通するのは②および③の主張であるということになる。しかし、それぞれの主張に関する意見の差異も取り込む形で法実証主義の基本的特徴を示すメルクマールを構成することができる。そして、それらは大別して三つの問題領域に区別することができる。

ハートの挙げる第一の主張は基本的に神法や自然法を退ける趣旨であり、法の人定性という広い意味での実定性を主張するものであるとすれば、ケルゼンやハートのように規範やルールに照明を当てる実証主義もこれに含めることができる。このように捉えられたメルクマールは、法の実定性の主張（「実定法主義」あるいは「実定法一元論」）であり、⁽²⁾ その下に命令説や規範説を含めることができ、さらには社会学的な観点からの慣習説をも含めることができる。実定法主義は、ハートの挙げる第二の主張、すなわち法道德分離主義あるいは「在る法主義」⁽³⁾とともに、実証主義的法概念において「何が法であり、何が法でないか」という対象の限定という問題領域をなす。この問題領域では、法と非法（とくに道德）とを識別する比較的明確な分析的存在あるいは経験的なメルクマール（主権者の命令、根本規範、承認のルール、強制的貫徹、事実的受容、システムの自立化など）が問題となる。

第三の主張は法の分析的研究を経験的研究および批判的研究から区別して、その独自の意義を説くものであり、基本的な研究視角あるいは方法に関する問題領域に関わる。しかし、経験的研究も広い意味では実証主義的と称されるから、ここでの基本的な区別はむしろ分析的研究および経験的研究と批判的研究との間にあるとすべきであろう。この意味での法実証主義の基本的特徴はその価値中立的な考察態度とりわけ道德中立的な考察態度にある。⁽⁴⁾ 第五の主張はこのような価値中立的な考察態度を採用する理由づけの一つを示すものであり、この第二の問題領域に関わるものとみなすことができる。ベンサムやオースティンがこの第五の主張を提起していないということは、法実証主義が必ずしも価値相対主義と必然的に結びついているわけではないことを示している。ハート自身も法に対する道德的批判の可能性を否定していない。それどころか、ハートにおいては、法に対する道德的批判の可能性を明確にすることが、分析的研究と批判的研究との、そして法と道德との区別の理由づけの一つとされている。⁽⁵⁾ いずれにしても、価値中立的なあるいは道德中立的な考察方法を法理論の中核に位置づけ、このような視角から法の問題を規定し、これに

価値関係的なあるいは道德関係的な考察方法による規定要素を組み込むことを批判する点に法実証主義の基本的特徴の一つがある。

最後に、ハートの挙げる第四の主張は法の解釈適用のあるいは法源の問題領域に関わる。この主張はいわゆる法の無欠缺を主張する概念法学的法実証主義を特徴づけるものといふべきであり、ハートによればこれを「分析法学者」の主張とするのは根拠がない⁽⁷⁾。事実、周知のように、ドゥオーキンのハートの法実証主義に対する批判の論点の一つはその司法的裁量論をめぐるものであった。比較的に明確な法認定テストに合致するものだけを法源とするハートの法実証主義においては、適用すべきそのような法源が存在しないようなハードケースが生じた場合、裁判官はもはや法的には拘束されず、法によらない裁量（とくに道德的裁量）を行うことになる⁽⁸⁾。これに対するドゥオーキンの批判およびそれに結びついて展開されたドライヤーおよびアレクシーの議論については、第四節で取り上げることになる。いずれにしてもこの場合、法を論理的に完結した無欠缺な体系とみなすかどうかは、法実証主義か否かのメルクマールとしては適切でない。そこで問題となるのは、いわゆるハードケースにおいては裁判官は政治的道德的問題に関わらざるをえないが、その場合に裁判官はもはや法的に拘束されないのかどうか、あるいはそこで裁判官が用いる基準はもはや法的基準ではないのかどうかである。したがって、ここでも法実証主義の基本的特徴は法と道德とを分離する主張、法を比較的に明確な認定テストによって確認されるものに限定する実定法主義にあり、その意味では第一の問題領域のコロラリーと見ることもできる。

さて、以上から帰結するのは、法実証主義の中心的なテーゼは法道德分離テーゼであり、さらに実定法一元論（および司法的裁量論）、価値中立的考察方法によって特徴づけられる、ということであろう。ドライヤーもほぼこれに対応する三つのメルクマールによって法実証主義を特徴づけている。

二 ドライヤーの議論の枠組

(1) ハートの挙げる第二の主張に同じく、ドライヤーも「すべての実証主義的法理論の一般的テーゼ」を法と道徳との間の「必然的関連」の否定にあるとする。⁽⁹⁾ この場合、法とは実定法を意味し、道徳は、伝統的に自然法とか理性法とかあるいは正義と呼ばれてきたものを指す。したがって、実証主義の主張は逆にいえば「いかなる任意の内容も、したがって正義の基礎的な原理に反する内容も、実定法でありうる」ということを意味する。これに対して、ドライヤーは何らかの倫理的最小限が法と必然的に関連していることを示そうとすることになるわけである。

第二に、ドライヤーによれば、実証主義的法理論における法（実定法）の概念の定義を構成する主要な要素は、個別の規範あるいは規範体系の権威的制定性 *authoritative Gesetztheit* と社会的実効性 *soziale Wirksamkeit* である。⁽¹⁰⁾ これらの要素のうちどちらを重視するかによって、法実証主義のタイプは区別される。制定性を重視する理論はとくに法学的あるいは分析的法理論に見出され、実効性を重視する理論はとくに社会学的理論に見出される。⁽¹¹⁾ しかし、いずれにしても、実証主義的法概念においては、実質的正当性 *materiale Gerechtigkeit* という道徳的要素が排除されている点で共通している。ドライヤーは、実定法という概念をより広く捉え（「法的に妥当する法」 *rechtlich geltendes Recht*）、⁽¹²⁾ 権威的制定性および社会的実効性という要素に実質的正当性の要素を加えることによって、実証主義的法概念を「法倫理的に豊かなものにするあるいは修正する」ことを提案することになる。⁽¹³⁾

第三に、ドライヤーは、社会学的法実証主義と分析的法実証主義に典型的な視点をそれぞれ観察者の視点と関与者の視点として区別する。この区別はハートの外的視点と内的視点との区別に対応するが、⁽¹⁴⁾ ドライヤーはこの区別をハートとは別の意味に用いる。ドライヤーはそれを説明していないのでその正確な趣旨は明らかではないが、この区別を法理論家自身の法に対する視点の区別としても用いるという趣旨であろう。この意味で、ドライヤーによれば、

ケルゼンやハートの分析的法理論は、その自己理解では、法に対してもっぱら記述的な姿勢、したがって観察者の視点に立っており、こうしてたとえば裁判官が事実上抱いている法概念を記述するのである。ところが他方では、分析的法理論は、法と道德とを結合させる裁判官の法理解を批判する。つまり、分析的法理論は、実際には、裁判官がもつべき法概念を展開しているわけであり、したがってそこには一つの矛盾がある、というのである。⁽¹⁵⁾ ドライヤー自身は、自覚的に関与者の視点に立ち、したがって後でみるように、「裁判官のもつべき法概念」を展開するということになる。⁽¹⁶⁾

(2) 以上のようなドライヤーの法実証主義理解およびドライヤー自身の理論戦略に対して、ホエアスターとクラヴィエツが批判を展開する。ホエアスターの批判は視点の問題に関わっている。彼によれば、ケルゼンやハートは、その「分離テーゼ」を、何らかの事実的な言語慣習についての「経験的確認」empirische Feststellungとして理解しているのではなく、彼らの分離テーゼは一つの「定義の提案」であり、「規範的提言」normative Festsetzungである。⁽¹⁷⁾ このことと、提案される定義が記述的なものであることとは区別されなければならない。法実証主義は記述的な道德中立的な法概念（「実効的な社会的強制秩序」）を提案するが、それは言語的概念的明確さを求める学問的関心に導かれており、理論的な有用性を主張するのである。それだけでなく記述的概念は実践的にも有用であると考えられる。実践的問題に関心を抱く市民や裁判官も、さしあたりまず、ある規範違反が典型的な国家的サンクションを引き起こすかどうかを知ろうとするであろう。たとえば、白人のアメリカ人がその黒人の妻と南アフリカを旅行し、そこでの出来事に考察を加えるとすれば、アパルトヘイト法は人権に明白に反するがゆえに妥当な法ではないとする自然法論的言明は、このアメリカ人にとってなんら安心を与えるものではないだろう、というわけである。⁽¹⁸⁾ 分離テーゼは一つの規範的提言であるというホエアスターの議論についてはドライヤーは後にこれを認めている。⁽¹⁹⁾ このホエアス

ターの議論は、分離テーゼを一定の目的に照して支持する論証であり、後で触れるアレクシーの「規範的論証」の一つの典型である。

クラヴィエツの批判は、きわめてポレーミッシュなもので、法実証主義を修正するというドライヤーの議論戦略に向けられる。クラヴィエツによれば、ドライヤーは法実証主義を修正すると自称しているが、基本的には自然法論や理性法論を法実証主義に対置する図式を抜け出しておらず、この対立図式を抜け出ようとしている新しい法理論の動向を看過している。⁽²⁰⁾ この新しい動向を示す法理論の特徴は法を制度として捉える点にあるが、制度主義的法理論も、自然法論的制度主義、実証主義的制度主義、そして「ポスト実証主義的制度主義」*Nachpositivistischer Institutionalismus* が区別され、⁽²¹⁾ 新しい動向はこの実証主義からポスト実証主義への移行にある。そのような動向を示している法理論としては、たとえばN・マコーミックやO・ヴァインベルガーなどイギリスやオーストリアの制度的法理論（クラヴィエツによれば、これらはまだ完全に実証主義を抜け出していない）や、M・ヴェーバーからH・シェルスキーを経てN・ルーマンそしてクラヴィエツ自身までの西ドイツの「ポスト実証主義的制度主義」などが属する。⁽²²⁾ この広範な動向からすれば、今日の法理論の戦線はもはや自然法論と実証主義の間ではなく、実証主義とポスト実証主義との間にある、したがってドライヤーの議論はもはやアクチュアリティをもたない、というわけである。クラヴィエツが乗り越えられるべきとみなしている実証主義は、一方ではケルゼン流の一面的に規範主義的な理論と、他方では強制による貫徹を重視する強制理論的法理論とを指しているようであり、これに対して彼は、規範理論を制度理論あるいはシステム理論と結合し、また強制ではなく一般的な社会的予期 *Erwartung* を法概念の中核におく法理論を提唱しようとするのである。⁽²³⁾ クラヴィエツの制度概念は実定法制度だけでなく、もっと広いとくに社会学的な意味での制度をも含んでいるが、本稿では「自然法論と法実証主義との彼方」⁽²⁴⁾ を目指すというこうした制度主義的法理論に立ち入ること

はできない。ただ、少なくとも実定的法制度の意義は本稿の議論にとっても重要なものとなる⁽²⁵⁾。なお、クラヴィエツは、ドライヤーの結合テーゼに対しては厳しく批判しており、その意味では彼の立場も分離テーゼをとるものである以上、ドライヤーの分類からすれば依然として法実証主義に属することになる⁽²⁶⁾。

以上の議論からしても、実証主義と非実証主義との論争は、法概念に道徳的要素を組み込まない立場と組み込む立場とのいずれをとるかについての論争を焦点とすることになる。そして、こうした論争にはいくつかの区別されうる種類があり、またかなり錯綜した概念枠組のもとで行われており、これを適切に分析しておくことがこの論争を理解する上で不可欠である。次にこの点に関するアレクシーの議論をみておくことにする。

三 アレクシーの議論の枠組

(1) 法実証主義と非実証主義との間の論争は、法の概念の定義の中に道徳的要素を含めないか否か（分離テーゼ Trennungsthese か、結合テーゼ Verbindungsthese か）をめぐる論争である。アレクシーは、これらのテーゼを根拠づけようとする論証として、三つのものを区別する⁽²⁷⁾。第一は、分析的論証 analytisches Argument であり、法と道徳との分離ないし結合の概念的必然性を示そうとするものである。アレクシーによれば、分離テーゼを支持するもつとも重要な論証は、法と道徳との間には概念必然的な関連は存在しないとするものである⁽²⁸⁾。もつとも、アレクシーは分離テーゼを支持する分析的論証の例を示してはいない。第二は、規範的論証 normatives Argument であり、何らかの目的ないし規範を引き合いに出して分離ないし結合の「規範的必然性」を示そうとするものである。たとえば、分離テーゼだけが言語的概念的明確性をもたらすとか法的安定性を保証するとかによってこのテーゼが根拠づけられる場合、あるいは逆に結合テーゼだけが「法律的不法 gesetzliches Unrecht」の問題をもつともよく解決するという理由で

このテーゼが支持される場合、規範的論証が問題となっていることになる。⁽²⁹⁾ 第三は、経験的論証 empirisches Argument であり、たとえば結合テーゼを支持するために、一定の最低限の道德的要請を満たさない法体系は、社会および人間の現在のあり方に照すとき、「持続的な妥当あるいは持続的な存在のチャンスをもたない」とするような論証である。⁽³⁰⁾

さて、法実証主義者の分離テーゼは「法と道德との間には必然的関連はない」というものであるが、アレクシーによれば、このテーゼは、一般的に理解するならば、第一にそれらの間にはいかなる概念的必然的関連もないということだけでなく、第二にそれらの間にはいかなる規範的必然的関連もないということを意味するはずである。したがって、一般的な形態の分離テーゼの論証には、法と道德との間にはいかなる概念的必然的関連もないという分析的論証の他に、さらに規範的論証が必要である。これに対して、結合テーゼの主張者は、法と道德との間に何らかの概念的必然的関連が存することか、あるいは規範的必然的関連が存することのいずれかを論証すればよい。⁽³¹⁾ 後でみるように、アレクシー自身はある意味の概念的必然的関連を論証しようと試みることになる。法はその概念においていくつかの側面をもっているとするれば、それらのうちの一つの側面において道德との何らかの必然的関連が示されればよい、というわけである。そうした論点の確定のために、さらにアレクシーは論証の概念枠組を分類する。

アレクシーは、分析的あるいは規範的な論証における概念枠組を特徴づける理論的観点として、それぞれ二項的な次の四つのものを挙げている。①提示される法概念は妥当概念を含むか否か、②法体系を規範の体系として捉えるかそれとも手続の体系として捉えるか、③観察者の視点を採るか関与者の視点を採るか、④法と道德との関係を「定義的な」definierend 意味で考えるかそれとも「資格づけ的な」qualifizierend あるいは「理念的な」ideal 意味で考えるか、である。⁽³²⁾ まず、アレクシーによれば、妥当概念から切り離れた意味論的な法概念が可能であることは、規範Nは

法規範である、しかしそれは妥当しない／もはや妥当しない／まだ妥当しない」という言明が可能であることから理解できる。他方、一定の現行法に依拠して「法はこれこれを要求している」という場合、その法概念にはすでに妥当の意味が含まれている。アレクシーによれば、法の概念に妥当の概念を組み込むことは、法制定・法適用・法執行といった制度的コンテキストを法の概念に組み込むことになる。第二の区別は、法の二つの側面を区別するものであり、手続の体系としての法体系は、規範を制定したり根拠づけたり解釈したり適用したり執行したりする、ルールに基づきルールに導かれる諸々の行態の体系であり、規範の体系としての法体系は規範産出の手続の帰結ないし産物である。第三の観察者の視点と関与者の視点との区別は、ハートの外的視点と内的視点との区別に対応するものであり、すでにみたように、ドライヤーもこの区別を論じていた。関与者は、「ある法体系の中で、この法体系が何を命じ、何を禁じ、何を許容し、また何へと権限づけるかについての議論に関与する者」であり、その代表は裁判官であるが、法学者や弁護士やその他法に関心をもつ市民も、その法体系の中で何が正当な判決であるかについて議論する場合、関与者である。これに対して、「一定の法体系において何が正当な判決であるかを問題とするのではなく、事実上どのような判決がなされるかを問題とする者」は、観察者の視点を採用。先に触れたホエアスターの「アメリカ人」がこのような観察者の例として挙げられる。最後の第四の区別は、分析的論証において問題となる概念的必然性の種類に関わる。しかし、この区別は主要には結合テーゼを支持する論証における区別に関わるものである。たとえば、法と道德との結合を、一定の道德的基準を満たさない規範ないし規範体系は概念的根拠からして法ではない、という仕方で論証するならば、問題となっているのは「定義的な」概念必然的関連である。これに対して、一定の道德的基準を満たさない規範ないし規範体系もたしかに法規範ないし法体系であるが、概念的根拠からして法的に欠陥のある法規範ないし法体系である、という仕方で論証すれば、問題となっているのは「資格づけ的な」あるいは「理念的な」概念必

然的関連である。

(2) これらの観点の組み合わせに応じて、分離テーゼないし結合テーゼを支持する論証は多様なものになりうるが、アレクシーがとるのは〈妥当概念を含む／手続体系としての法／関与者の視点／理念的関係〉という概念枠組である⁽³³⁾。これについて若干コメントしておく必要がある。第一に、妥当概念を含む法概念という観点をとること自体はほとんど問題はないであろう。しかし、妥当の問題はそれ自体法理論のもっとも重要な問題の一つであり、議論の対象となっているのはいかなる妥当概念を採用するかということである。図式的にいえば、そこでは三つの妥当概念、つまり事実的妥当、規範的妥当、理念的妥当が区別される。これらの妥当概念はそれぞれ法理論の三つのモデル的分野、すなわち法社会学、法学、法哲学の基本的視角に対応し、さらに、可能な法概念の三つの構成要素としてドライヤーが挙げるもの、つまり社会的実効性、権威的制定性、実質的正当性に対応する⁽³⁴⁾。分析の実証主義の法妥当論は、権威的制定性を法妥当の核心的基準とし、これに社会的実効性を条件として付するものである。アレクシーによれば、真剣な非実証主義者はこれらの妥当要件を無視するものではなく、それらに実質的正当性の要素をも組み込むべきことを論証しようとするものである。いずれにせよ、妥当概念を含む法概念という観点をとるとしても、妥当概念そのものが論争の対象となるのである。第二に、手続が法の一つの側面をなすことはいうまでもない。アレクシーはこの側面において法と道德との概念必然的関連を示そうとするのであるが、法と道德との関係の問題に関連して法概念を規範から手続にまで拡張する議論は、もう一つ論証責任を加えることになるだろう。手続としての法において道德との関連が示されたとしても、ある規範が法規範とみなされるかあるいは道德規範とみなされるかの問題は残るからである（第三節参照）。第三の視点をめぐる問題も複雑である。まず、この視点の区別は法理論家自身の視点の問題ではない。後者の問題はむしろ先の論証様式の区別に関わる。規範的論証を行う者は自ら法実践に関与する者の立場にあ

り、そのような立場で道徳関連的な法概念を採用すべきかそれとも道徳中立的な法概念を採用すべきかを提言することになる。⁽³⁵⁾ もちろん、法実証主義者も非実証主義者もこのような立場をとることができる。もっとも、その場合彼は純粋な理論家であるのではない。これに対して、分析的論証を行う者はそのような実践的提言を直接に行うのではなく、法への実践的関わりに対してさしあたり一定の距離をとることになる。したがって、分析的論証を行う者はいわば誰かの視点を借りなければならない。この視点の区別がここで問題となっている視点の区別である。ここでも、実証主義者も非実証主義者も、観察者の視点を借りることもできれば、また関与者の視点を借りることもできる。つまり、観察者あるいは関与者の視点において法はどのように捉えられるのかが問題となるのである。しかし、さらに複雑なのは、観察者も関与者も実は単純な視点をもつわけではないということである。アレクシーの観察者および関与者の区別は具体的な人物の区別というより、むしろ区別されるべき視点のいわば人格化である。これに対して、典型的な具体的人物を考慮すると、たとえば裁判官はたんに実践的関与者であるだけでなく、法規範を法規範として記述する関与者でありうる。⁽³⁶⁾ 逆に他国の法について考察する外国人はたんに記述的観察者であるだけでなく、それに評価を加える観察者でもありうる。こうした区別を考慮しておくべきなのは、法実証主義は裁判官にとって記述的な法概念が必然的であることを示そうとすることができからである（第二節参照）。最後に、定義的および理念的という区別はおそらく単純すぎるであろう。たとえば、ある規範が何らかの要件を欠いているがゆえに法的欠陥をもつというのには、その要件がどのようなものであるかに応じて多様な場合がありうるからである。とりわけ、その要件が制度的背景をもった要件であるか否かは重要な区別であり、この区別の軽視がアレクシーの議論の一つの弱点となっている（とくに第四節参照⁽³⁷⁾）。

さて、先の四つの観点で概念枠組をなしうる観点がすべて尽くされるわけではない。アレクシーももちろんそれを

否定しない。たとえば、以上に述べた区別の他に、ドライヤーもアレクシーもその論証の中で用いている区別がある。個々の規範ないし決定に着目するか全体としての法体系に着目するかとの区別であるが、この区別はとくにアレクシーの議論においては重要な意味をもっているのである。とはいえ、以下の議論のための予備作業としては不十分ながら以上で満足せざるをえない。

(1) H.L.A.Hart, *The concept of law*, 1961, p.253-254.

(2) 矢崎光圀「法実証主義の再検討」(『法哲学年報』一九六三年、六六―一三頁)は、「法実証主義の四つの源泉」として、実定法主義、経験主義、在る法主義、その信念を挙げ、さらにそれぞれを順に、決定主義と規則主義、社会学的・心理学的と論理的・分析的、規則主義的と決定主義的、法の確実性の信念と法の蓋然性の信念に区別し、法実証主義の核心を、規則主義―在る法主義―論理的・分析的―法の確実性の信念の組み合わせに見る。また、加藤新平『法哲学概論』(一九七六年、二四七―二六一頁)は、法実証主義とよばれる諸種の思想・学説には、「認識の対象を専ら実証的経験的所与に限定し、経験を越えた形而上学的なもの(事物の隠れた本質、究極の原因や理念等)によって経験世界を基礎づけたり方向づけたりしようとする一切の試みを否定する反形而上学的・実証主義的思考態度」という共通の特徴が見られるとし、さらにその法思想の分野での特徴として、実定法一元論、法―道徳区別論、価値自由な学問観を挙げる。そして、法の一般理論の分野では、論理的分析的な法実証主義と自然主義的法実証主義を区別し、法の解釈適用の分野では、概念法学的法実証主義と制定法実証主義(「厳格な先決例拘束主義」も含む)を区別する。法実証主義の特徴づけについては、他にたとえば田中成明「判決の正当化における裁量と法的規準」(『法学論叢』九六巻四・五・六合併号所収)一六九―一七六頁、深田三徳『法実証主義論争』(一九八三年)四―一一頁などを参照。

(3) 矢崎前掲書を参照。

(4) 加藤前掲書を参照。

(5) cf.Hart, *op.cit.*, p.205-207.

(6) 矢崎前掲書、九九頁参照。もっとも、いわゆる概念法学も法律(慣習法や制定法)の欠缺はもちろん認めていたのであり(Vgl. G.F.Puchta, *Pandekten*, 1845, Nachdruck 1982, S.25f) 後の概念法学批判の要点は法律の欠缺の補充の方法にあったと

らざる (Vgl. Ph. Heck, Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?, 1905, Interessenjurisprudenz, Hrsg. v. G. Ellscheid und W. Hassemer, 1974, S. 41-46)。もちろん、もっと本質的には法を概念的なものとして理解するかそれとも現実的なものとして理解するかとの差異が存在したのであろう。

(7) Hart, op.cit., p. 253. もっとも、田中前掲論文一七二—一七三頁によれば、オースティン、ケルゼン、ハートらの分析的法実証主義においては、司法的立法の事実の承認はあるものの、その構造や性質への立ち入った論究がなく、また司法的立法の事実の承認と分析的な法実証主義の法体系構造論の基本テーゼとの間の論理的・構造的整合性如何の問題が十分に自覚されていない。

(8) 司法的裁量論をめぐるドゥオーキンの法実証主義批判については、深田前掲書(第四章、第五章)、田中前掲論文などを参照。ただし、ハートのルールの概念には狭義のルールだけでなく原理や政策にあたるものも含まれていることをドゥオーキンも認めている (Dworkin, Taking rights seriously, p. 58-59)。

(9) R. Dreier, Begriff, S. 96.

(10) Dreier, Begriff, S. 96-98. しかし、全体としての規範体系について「権威的」制定性を語るのには正確とはいえない。

(11) もちろん、この分類はきわめて概略的であり、たとえば、ハートの法概念の定義的メルクマールを「権威的制定性」に見るとすれば、必ずしも正確ではない。ドレイヤーは、ハートの承認のルールの定式化の一例(イギリスでは「女王が議会において制定したものが法である」)に依拠している。しかし、承認のルールは、それ自体制定されたものとしてよりも、慣行的なものとして考えられており、またこのルールは慣習法をも妥当する法として認定しうるであろう(もっとも、この点に関しては、ドゥオーキンの批判もあるが)。とはいえ、この認定基準によって下位の法的ルールは「権威的に認定される」という意味も含めた広い意味で理解するならば、ハートの法概念の定義的メルクマールもこの広い意味での「権威的制定性」を指示するものとみることができよう。本稿の以下の議論においては、「権威的制定性」をこの広い意味に用いることにする。

(12) Dreier, Begriff, S. 110. ドレイヤーは、「事実存在する法」*existierendes Recht*、「実定法」、「法的に妥当する法」は、法学的観点からは同義である、とする。なお、法の「実定性」の概念に関するクラヴィエツの批判に答えた論文(Dreier, Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?, S. 376)では、実定法概念を、権威的制定性だけをメルクマールとして把握される制定法というもっとも狭いものから、社会的実効性も含めたメルクマールによって理解される慣習法や裁判所の慣行という中間的なものを経て、「法的に妥当する法」というもっとも広いものまでを区別している。この広義の実定法は裁判官が用いる基準としての原理をも含める趣旨である。なお、第三節注(17)を参照。

- (13) Dreier, Begriff, S.98f.
- (14) Hart, op.cit., p.86-87.
- (15) Dreier, Begriff, S.111.
- (16) Dreier, Begriff, S.110.
- (17) N.Hoerster, Verteidigung des Rechtspositivismus, S.2481.
- (18) Hoerster, op.cit., S.2481.
- (19) Vgl. Dreier, Begriff, Nachtrag, S.117; ders, Zur Gegenwärtigen Diskussion des Verhältnisses von Recht und Moral in der Bundesrepublik Deutschland, 1991, S.57, Fn.5. なお、この点については、後出注(35)を参照。
- (20) W.Krawietz, Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?, S.223f. ドライヤーとクラヴィエツとの論争は法理論の各々の基本構想の差異にも基づいている。ドライヤーは、権威的制定性、社会的実効性、実質的正当性という三つの側面を法の基本的要素とみなし、これらを統合する法理論を構想するのに対して（Vgl. Dreier, Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?, S.370-373）、クラヴィエツの基本構想は自然法論から実証主義を経てポスト実証主義（という法理論の一種の進化理論（「理論代替」 Theoriesubstitution）に基づいている（Vgl. Krawietz, Recht als Regelsystem, 1984, S.158-202）。また、ドライヤーがアレクシーとともに、ハーバーマスの社会理論に依拠するのに対して（第二節注(4)参照）、クラヴィエツはルーマンの社会理論に依拠している。しかし、これらについては、ここで立ち入ることはできない。
- (21) Krawietz, op.cit., S.237; auch vgl. ders, Ansätze zu einem Neuen Institutionalismus in der modernen Rechtstheorie der Gegenwart, JZ 1985 15/16, S.708f.
- (22) Krawietz, op.cit., S.233-237.
- (23) 規範理論と制度理論およびシステム理論との結合について、Vgl. Krawietz, op.cit., S.238. クラヴィエツのこうした法理論はどちらかというと社会学的色彩が強い。彼によれば、こうした制度主義的法思考の新しい形態は、「その断固とした反形而上学的、反実証主義的、反規範主義的な法把握」によって特徴づけられるが、この法把握によれば、法は「あらゆる法的規制の規範的側面を否認されることなく、しかしまたよりいっそう事実に存在する実効的な社会的秩序として理解される」（Krawietz, Ansätze zu einem Neuen Institutionalismus in der modernen Rechtstheorie der Gegenwart, S.709）。また、規範主義および実証主義に近い立場に立っている今日の法学者たちでも、法学的強制理論ないしサンクション理論を不適切なものとして退けている、ということについて、Krawietz, Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?, S.220. ドライヤーが法社会

学の実証主義者の例として挙げるヴェーバー、ガイガー、ルーマンについて、クラヴィエツは、これらの法社会学者の法概念の核心をなすものが強制秩序という点ではなく、社会的に確立された一般的予期という点にある、とする。もっとも、ドライヤーは社会的実効性という場合強制ないしサンクションを中心に考えているわけではない。この点については、Dreier, *Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, S.375.

(24) Krawietz, *Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, S.227.

(25) 第四節、第五節参照。

(26) クラヴィエツは、法概念の中に理性の名によって最小限の倫理的正当性ないし正当化可能性を組み込むことは、たんなる主観的道德化に滑り落ちる危険を孕んでいるとして、ドライヤーが法の概念の中に権威的制定性と社会的実効性の他に実質的正当性を組み込むことを批判する (Krawietz, *Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, S.211)。なお、ドライヤーは、クラヴィエツの法理論も分離テーゼを指示するという意味では実証主義的理論であるとみる (Dreier, *Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, S.376)。

(27) R.Alexy, *Zur Kritik des Rechtspositivismus*, ARSP Beiheft 37, 1990, S.10.

(28) Alexy, *op.cit.*, S.10.

(29) Alexy, *op.cit.*, S.10.

(30) Alexy, *op.cit.*, S.17.

(31) Alexy, *op.cit.*, S.11.

(32) Alexy, *op.cit.*, S.11-14. なお、最後の *definierend* と *qualifizierend* (oder *ideal*) という区別の用語について、ドライヤーは、この区別は結合テーゼにおける区別であるが、論争は分離テーゼと結合テーゼがそれぞれ提案する法概念の定義に関するものであるから、*definierend* という用語はまぎらわしく、*klassifizierend* としたほうがよいとする (Dreier, *Zur gegenwärtigen Diskussion des Verhältnisses von Recht und Moral in der Bundesrepublik Deutschland*, S.58f)。この指摘は適切だと思われるが、以下ではさしあたり「定義的」という訳語をもちいる。また、*qualifizierend* の訳語として「資格づけ」的这一のはなじまないで、「ideal」(「理念的」)のほうを用いることにする。法と道德との間に理念的な意味での概念必然的関連があるというのは、法と道德との結合が概念的根拠からして必然的な理念ないし要請である、ということの意味する。もっとも、この理念ないし要請をみたしていない法規範や法的決定も法規範や法的決定としての性格を失うわけではなく、法的な欠陥をもつというにとどまるが、こうした意味での理念や要請あるいは法的欠陥は多義的であり、必ずしも「理念」とい

う言葉がイメージさせるであろうような理想的—倫理的意味だけをもつわけではない。もっとも、この点の区別がアレクシーにおいては明確でない点が本稿では問題となる。

(33) Alexy, op.cit., S.18.

(34) このような三つの妥当概念の区別については、Vgl. G.Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl., 1950, S.174-183. また、法の妥当の概念については、竹下賢『法 その存在と効力』（一九八五年）を参照。

(35) 先に触れたホェアスターの議論はこの意味に理解される。もっともアレクシーによれば、ホェアスターのような議論は、法実証主義に関する論争は概念的分析によっては決定されえないという見解を含意している。そして、このこと自体が、法と道徳との間にはいかなる意味での概念必然的関連も存在しないという分析的な分離テーゼの弱さを意味している、とみている。Vgl. Alexy, op.cit., S.11. たしかに、法と道徳との間にはいかなる意味での概念必然的関連も存在しないということが論証可能であるならば、分離テーゼの規範的論証は本質的に不要であり、ただ結合テーゼの支持者の幻想を指摘するものにとどまるであろう。しかし、分離テーゼないし結合テーゼを支持する分析的論証がそれぞれ何らかの概念的枠組のもとで可能であると考えれば、そのいずれを採用すべきかあるいは重視すべきかはおそらく規範的論証の問題となるであろう。

(36) この意味では、観察者と関与者という区別だけではなく、たとえば外部者と内部者という区別も必要であろう。

(37) 前出注(32)参照。

第二節 不法論証

一 ドライヤーの不法論証

ここでまず、ドライヤーの「法の概念」の骨子を要約しておこう。ドライヤーはこの論文で法の定義を与えるようにするのであるが、その際、法の定義を与えることの目的を考慮することによって議論の枠組を確定しようとする意識に基本的に導かれている。法の定義は、法を考察する基本的な類型的視角を提供する学問領域、法社会学、法理論、

法哲学に依じて異なったものでありえ、それぞれの学問領域で定義の適切性が問われうる。ドライヤーの与えようとする定義は法理論的なものであり、法理論的定義の「適切性」*Adäquatheit*の基準は次のような点にあるとする。⁽¹⁾ 彼によれば、法理論は〈法の一般理論〉*allgemeine Rechtslehre*であり、法の解釈と適用の一般理論として理解される。したがって、法理論の提示する法概念の適切性は、法の解釈と適用にとっての「有用性」*Fruchtbarkeit*によって規定される。⁽²⁾ (この意味ではドライヤーの議論は規範的論証となる)。つまり法理論の提示する法概念は何よりもまず裁判官の実践に焦点を当てるものでなければならず、しかも関与者としての裁判官の視点に立って法を捉えるのでなければならぬ。このことはより具体的には次のようなことを意味する。⁽³⁾ まず、第一に、法の範囲(ないし法源)という点では、法理論はそれを裁判官にとって妥当する法つまり実定法(「法的に妥当する法」)に限定しなければならない。第二に、その提示する法概念は、「裁判官が職業上もつべきところの法概念を定式化する」ものでなければならない(ドライヤーが、ケルゼンやハートの法概念は裁判官が事実に抱いている法概念を記述するものであるとする点に対する、ホエアスターの批判については先に触れた)。第三に、裁判官がもつべき法概念は、裁判官がその普遍性を主張しうるような法概念でなければならぬ。この点について(結論を先取りすることになるが)ドライヤーは、カントの法哲学および歴史哲学や、その超越論的ないし普遍的語用論(アーペルないしハーバーマス)による展開に基づいて、「民主主義的立憲国家(自由な諸国家の連合という理念と結びついた)の法概念」が普遍的妥当性を要求しうる法概念として位置づけられうる可能性⁽⁴⁾があるとする。

以上のような法の定義の目的設定からすれば、ドライヤーにとっては、権威的制定性と社会的実効性だけを要素とする法実証主義的な法概念は不適切である、ということになる。そこで、ドライヤーは、彼が〈不法論証〉*Unrechtsargument*および〈原理論証〉*Prinzipienargument*と呼ぶ法実証主義批判の議論を手がかりとして、⁽⁵⁾「実証主

義的法概念の修正」を試みるわけである。不法論証は、一つには戦後ラートブルフが主張した自然法論的立場に代表され、これにもう一つの形態としてドライヤーはM・クリーレの議論を加えている。原理論証としては、ドゥオーキンのハート批判、およびそれを発展的に継承するものとしてのアレクシーの議論が取り上げられる。ドライヤーはこれらの法実証主義批判の検討に基づいて、最終的に、権威的制定性と社会的実効性という実証主義的要素に実質的正当性の要素を加えた、次のような法の定義を与えることになる。「法は次のような規範の総体である。すなわち、国家的に組織された規範体系あるいは国家間の規範体系がおおかた社会的に実効的であり、最小限の倫理的な正当性あるいは正当化可能性を示している限りにおいて、この規範体系の憲法に属する諸規範と、この憲法に適合して制定され、かつそれ自体として、最小限の社会的実効性あるいは実効性のチャンスをもち、最小限の倫理的正当性あるいは正当化可能性をもつ諸規範、これらの規範の総体である」⁽⁶⁾。

原理論証については次節で検討することにして、本節では不法論証について考察する。ドライヤーによれば、不法論証は二つの形態に、すなわち個々の法規範に関わるものと法秩序全体に関わるものとに区別されうる⁽⁷⁾。個々の法規範についての不法論証は戦後ラートブルフが主張した次の有名な定式によって代表的に規定される。「正義と法的安定性との衝突は、次のような仕方で解決される可能性がある。すなわち、制定と権力によって安定化された実定法が、内容的に不正で反目的である場合にも優位するが、しかしこの優位は、実定法の正義に対する矛盾が耐えられない程度に達して、法律が『不正な法』として正義に譲らざるをえない場合には除外される、とすることである」⁽⁸⁾。ラートブルフはこのような観点から、正義がまったく追及されておらず、正義の核心をなす同等性が実定法制定に際して意識的に否認されている場合、その法律は〈不正な法〉にすぎないのではなく、むしろ総じて法ではない（「法律的不法」gesetzliches Unrecht）とするのであり、ここからドライヤーの不法論証という言葉はきているわけである。もう

一つの不法論証、つまり法秩序全体に関わる不法論証はM・クリーレの議論によって代表させられる。この不法論証によれば、実定法に従う義務は、実定法秩序全体が最小限の倫理的正当性ないし正当化可能性を有していることを前提する（クリーレによれば、この前提は、その法が民主的立憲国家の諸原理を基礎とする法体系の一部である場合に満たされる）。この不法論証は、邪悪な法律に対する何らかの抵抗を道徳的にのみならず法的にも正当化することを認めている点では、ラートブルフの不法論証と同じであるが、問題の法律の法としての性格づけの問題にとって、その法律が公布され施行される法体系全体の性格が重要な意味をもつという仕方では、ラートブルフの定式にもう一つの観点を付加するものである。⁽¹⁰⁾ このような不法論証に基づいて、ドライヤーは、すでにみたように、法の概念の定義に、個々の規範および規範秩序全体の最小限の倫理的正当性ないし正当化可能性という要素を組み込むわけである。

二 不法論証をめぐる議論

ラートブルフの定式が戦後西ドイツの戦後処理裁判において受け入れられ、〈自然法の勝利〉として評価されたこと、そしてこれに対して実証主義的立場からハートが批判を加えたことは、⁽¹¹⁾ 周知のとおりである。ハートによれば、ナチス時代の合法なしかし邪悪な行為を自然法によって有罪とする選択肢の他に、二つの選択肢が可能であった。一つはその行為を無罪とすること（これが悪しき選択肢であることはハートも認める）であり、もう一つは遡及処罰の規定を含む立法をまわって有罪とすることである。これら二つの選択肢のいずれを採用するかは、二つの道徳的な邪悪（行為自体の邪悪と遡及処罰の邪悪）のいずれを選択するかの問題、しかし誠実であろうとすれば避けることのできない「道徳的ジレンマ」の問題であり、後者を採るとしてもこのようなジレンマにおけるやむをえざる選択であることを自覚しておく必要がある。これに対して、自然法によって有罪とする選択肢はこのジレンマの存在を隠蔽するものとなる。悪法

問題への真のリベラルな解答は、「法は法」というスローガンを邪悪なものと素朴にみなすことではなく、「よろしい、しかしそれ「悪法も法であるということ」は問題を終結させるものではない、法は道徳ではない、したがって法をして道徳にとって代らせるな」というものである。⁽¹²⁾ このハートの批判に対して、ドライヤーはフラーの議論に類似の議論で反論している。⁽¹³⁾ つまり、彼はそのような状況におかれた裁判官の視点に準拠する。もし事後立法によるべきであるとしても、立法府が事後立法を何らかの理由で行わない場合に、裁判官はどうすべきかという問題に答えられない。この場合に、裁判官が法実証主義的法概念に固執するならば、その帰結は耐えがたいものになるだろう。この事情を法理論も考慮すべきであり、法理論は「法概念をめぐる争いを市民の肩に転嫁して済ますわけにはいかない」としななければならない。⁽¹⁴⁾ というわけである。

不法問題についてのハートとドライヤーの議論は、どちらも簡単には退けることのできない重さをもった規範的論証である。ハートの議論はリベラルな政治道徳への確信に支えられており、ドライヤーの議論は深刻な経験に基づく正義への訴えを背景としている。こうした実証主義者と非実証主義者との議論の対立を、オットフリート・ヘッフェは、どちらの議論も理由をもっているがゆえに、法理論における一つのアンチノミー、法実証主義と法道徳主義とのアンチノミーと捉え、このアンチノミーの解決は双方の主張をそれぞれ弱めることにあるとする。⁽¹⁵⁾ 不正な法は直ちに法として妥当しないわけではないという実証主義の主張は、個々の法規範については十分な根拠をもっている。正義の哲学の伝統（キケロ、アウグスティヌス、トマス、そして「法における人間」等におけるラートブルフも含めた）が不正な法を不法と同一視しているというのは、ヘッフェによれば一つの神話にすぎない。個々の規範について不正＝不法とするヘラディカルな法道徳主義⁽¹⁶⁾あるいは法律道徳主義⁽¹⁶⁾は、この点で退けられなければならない。本来の法道徳主義によれば、正義との関連は全体としての法秩序についてのみ要求されうる。まったく正義を欠く国家は盗賊団と区

別できないという、アウグスティヌスの言葉に代表される法道徳主義の主張は、十分な根拠をもっている⁽¹⁷⁾。この意味での正義をも放棄するならば、実証主義は分析的法理論に他ならないというテーゼも、一つの神話となる⁽¹⁸⁾。ヘッフェによれば、正義原理は二重に機能する。一方で、「法および国家を規律する原理」rechts- und statsnormierendes Prinzipとして機能し、他方で、「法および国家を構成するあるいは定義する原理」rechts- und statskonstituierendes oder -definierendes Prinzipとして機能するのである⁽¹⁹⁾。

このヘッフェの議論によれば、不法論証は、定義的な意味では、個々の規範については退けられなければならない、法秩序全体についてのみ正当性をもつ、ということになる。この議論は、法と道徳との関連を、定義的な意味では、個々の規範については否定し、法体系全体については肯定する、という点で、後にみるアレクシーの議論と同様の構造をもっているが、以上の限りでは法実証主義者は法秩序全体の正義への概念必然的関連をなお争うであろう。たとえば、ホェアスターによれば、法実証主義者にとっては、「国家的強制秩序の正統性に関する問題は、法概念の確定によつてはけつして予め答えることのできない問題であり⁽²⁰⁾」、法への服従の問題は法的问题ではなく、道徳的問題である。法律家は、法哲学の枠内で、法倫理学上の正統性の問題にも携わるが、だからといって、「法律家あるいは法哲学者は、その法倫理学的な見解と、その法の定義つまり妥当する法秩序の基準に関するその理論とを、同一視すべきであるということにはならない⁽²¹⁾」。つまり、法秩序全体と道徳との関連は、道徳的問題としては可能であるとしても、法の概念の定義には関与しない問題である、というわけである。ホェアスターはこの議論にケルゼンの規範的論証を付け加えている。つまり、結合テーゼを実際に使用すれば、それはその社会を構成している国家的強制秩序を無批判に正統化することになる⁽²²⁾、というものである。こうした規範的論証そのものについては最後に触れることにして、次にアレクシーの不法論証に関する議論をみておこう。

三 アレクシーの議論

アレクシーによれば、先のドライヤーの不法論証は、〈規範としての法／関与者の視点／定義的關係〉という概念枠組による規範的論証である。彼は不法論証を吟味するために、〈規範としての法／観察者の視点／定義的關係〉という概念枠組による分析的論証を展開する。⁽²³⁾ ここでも、不法論証は二つの形態に区別されて吟味される。

個々の規範についての不法論証を吟味する分析的論証のために、アレクシーは〈ナチス法体系についての同時代の観察者、たとえば自国の法律雑誌にナチス法体系についての報告記事を書こうとしている外国の法律家〉という状況を想定する。ユダヤ人の移民Aが一九四一年の帝国国籍法第一条によって国籍を剥奪されるという事件について、この法律家が〈Aはドイツ法によって国籍を剥奪された〉と報告するならば、この報告の意味はなんらの説明もなしに読者に理解されるだろうが、〈Aはドイツ法によって国籍を剥奪されていない〉と報告する場合、付加的説明がなければ読者は誤った情報を伝えられるか、あるいは混乱することになる。また、この法律家が、当の法律が実効的な法体系の権威的制定手続によって成立したものであることを認めつつ、なおAがドイツ法によって国籍を剥奪されていないというとすれば、そこには矛盾が生じているとみることができる。これらのことは、「観察者の視点からする〈法〉という言葉の使用法には、個々の規範に関わる法概念への道德的要素の定義的組込が、概念的に必然的でないばかりか、さらに概念的に不可能なものがある」ということを示している。⁽²⁴⁾ したがって、アレクシーは、個々の規範についての不法論証は、定義的な関連を問題にする観察者の視点においては、法と道德の概念必然的な関連に依拠するものではない、とする。

法体系全体についても、アレクシーは同様の概念枠組において吟味する。この吟味のために、アレクシーは三つの思考可能な社会秩序を比較する。⁽²⁵⁾ 一つは武装した暴徒たちの支配する〈無意味な秩序〉であり、ここでは暴徒たちの

あらゆる暴力行使を許容する規範以外にはいかなる一般的な規範も妥当していない。この状況はフラーの法の内面道徳にいう一般的規範が存在していない状況に対応するといえるが、アレクシーも、このような秩序はそもそも概念的な理由からして法秩序ではないとする。第二の秩序は〈盗賊団の秩序〉であり、ここでは武装した支配者たちの間に組織があり、少なくとも彼らの間には暴力禁止と命令系統に関する準則体系が成立しており、さらに被支配者たちは自虐や相互の暴力行使を禁じられている。しかし、この準則体系は被支配者たちからの持続的な掠奪のためにのみ定立されているのであり、支配者たちはそのことを隠そうとしない。この状況はヘッフェの盗賊団の秩序に対応するといえるが、アレクシーも、このような秩序も全体としては概念的根拠からしてやはり法体系ではないとする。しかし、その根拠は個々の被支配者の殺害や彼らからの掠奪が許容されているからなのではない。⁽²⁷⁾その根拠は第三の秩序である〈支配者の秩序〉Herrscherordnungとの比較によって明らかになる。盗賊団は、長期的にみてその秩序が合目的でないことに気づき、正統化 Legitimation を獲得しようとして、〈支配者の秩序〉へ移行する。〈支配者の秩序〉の目的は実質的には依然として被支配者からの搾取にあるが、搾取の行為は一定の準則にしたがってなされ、しかもそのような行為はたとえば民族の発展というより高い目的に資するがゆえに正当であると主張され、多くの被支配者がこの正当化を受容し、ほとんどの支配者がこの正当化を信じている。アレクシーは、この秩序は依然疑いもなく不当であるが、これを法体系でないとする概念的根拠はない、とする。では、〈無意味な秩序〉および〈盗賊団の秩序〉との〈支配者の秩序〉との差異はどこにあるのか。アレクシーによれば、それは、一般的規範の有無でも、生命・自由・財産の保護の有無でもなく、正当性の主張 Anspruch auf Richtigkeit の有無にある。「決定的な点は、支配者の体系の実践においては正当性の主張が結びつけられており、すべての成員に対して提起されている、ということである。この正当性の主張が法の概念の必然的な要素の一つである。法と道徳との結合はこの主張によって定立されている。」⁽²⁸⁾

以上のように、アレクシーは、結論としては、法体系全体についてはその道徳との定義的な概念必然的な関連が論証されうる、とするのである。しかしながら、その根拠づけは、法体系における実践には正当性の主張が必然的に結びついているということにある。ここでは、その法秩序における実践が準拠的な観点となっている。つまり、〈規範としての法ではなく手続としての法／観察者の視点ではなく関与者の視点〉が概念枠組となっているのである。この概念枠組の変更は後にドライヤーが回顧するように、アレクシーの議論を見通しにくくしている。⁽²⁹⁾この根拠づけの問題については第四節で検討することにして、以下では不法論証に関連して若干の検討を加えておくことにする。

四 不法論証に関連して

以上のアレクシーの議論は、個々の規範についての不法論証は観察者の視点からすると結合テーゼの概念的必然性を示すことはできないこと、そして法秩序全体については関与者の視点から結合テーゼの概念的必然性を示すことができること、これを示そうとするものである。ここでは、この議論そのものを検討することは控えて、後論のために、アレクシーの議論が触れていない問題、すなわち関与者の視点からする個々の規範についての分離テーゼの論証と、観察者の視点からする法秩序全体についての分離テーゼの可能性、あるいは法実証主義的法秩序概念について検討しておこう。

(1) 個々の規範についてアレクシーが指摘したのは、結合テーゼは〈個々の規範／観察者の視点／定義的關係〉という概念枠組においては、分析的には論証できないということである。つまり、この枠組においては、「規範Nは、一定の道徳的要請をみたしていないがゆえに、法ではない」という言明に表現されるような規範評価的法概念は概念必然的ではない、ということである。逆にいえば、道徳的要素を含まない法概念の使用が可能であり、またそれが必然

的である場合が存する、ということである。その意味では、この枠組はたしかに分離テーゼにとってはおそらくもつとも有利であるといえる。しかし、法実証主義はこの概念枠組における法概念だけを主張しているのではない。それは、〈個々の規範／関与者の視点／定義的關係〉という枠組においても、分離テーゼが、したがって規範記述的法概念が分析的に論証されうる、と主張するのである。たとえば裁判官の視点においても、個々の規範について分離テーゼないし記述的概念が必然的である、とするのである。ホエアスターによれば、たとえばある裁判官が道徳的には正しいかもしれないが法的には根拠づけられない判決を下したとすると、法実証主義者はこの判決を批判する（「この裁判官はどのように判決すべきではない」）が、この批判は「固有の意味で規範的な判断」ではなく、当該の法秩序の観点からすると当の判決はその法秩序の妥当する法に衝突する、という「記述的な（規範記述的な）判断」である。⁽³⁰⁾ここでは、法実証主義者は、裁判官の規範評価的な法概念を批判するのであり、したがって裁判官も当該の法秩序の観点からみた規範記述的な判断を下すべきこと、あるいは規範記述的な法概念をもつべきことが求められている。この議論からすれば、裁判官がそのような法概念をもつべきなのはその法秩序の観点から判断した場合であり、したがってその法秩序のゆえに裁判官は規範記述の法的義務を負う、ということになるであろう。次に、このような法実証主義的議論の一つのモデルを再構成し、これに対して不法論証がどのように関わるかを考察しよう。なお、関与者の視点をとるのは分析的な法実証主義であるから、このモデルも基本的に権威的制定性を基本的な定義的メルクマールとする分析的な法実証主義の議論のモデルである。社会的実効性だけが定義的メルクマールとされるならば、法規範とその他の社会的規範とを定義的に区別することはできないであろう。

議論の簡潔のために、まず、何らかの権威的決定がなければ、社会的関係について〈それがいかにあるべきか〉を決定することが不可能であるかあるいはきわめて困難であるという基礎的な条件を前提する。次に、立法者および裁

判官の職位のある秩序を、したがって、誰が立法者であり誰が裁判官であるかを規定するルール、およびそれらの職位の關係に関するルールの存在する秩序を前提する。さて、立法者は社会的問題を權威的に決定するための一般的なルールを權威的決定によって制定する。これらのルールは〈法〉であるが、どのルールが法であるかは立法者の權威的決定による。そして立法者の權威は誰が立法者であるかを規定するルールに依存する。もし、立法者の職位しかないとなれば、これらのルールを個別的問題に適用することは各々の一般市民に委ねられる。この場合、具体的な社会的問題についての決定は依然として不可能であるかあるいは困難である。他方、裁判官は具体的な社会的問題について權威的決定を下す。その決定は個別的な意味での〈法〉である。どの決定が法であるかは裁判官の權威的決定による。そして裁判官の權威は誰が裁判官であるかを規定するルールに依存する。もし、裁判官の職務しかないとなれば、〈裁判官の語ることが法である〉というルール懷疑主義的な状況が生じる⁽³¹⁾。もし、立法者の職位と裁判官の職位との關係についてのルールが存在しないとすれば、何が法であるかについては混乱が生じるか、あるいはまったく相互に分離した二つの法が存在することになる。もし、裁判官の職位が優位するとすれば、依然ルール懷疑主義的な状況が生じ、社会的問題についての權威的決定という点では立法者の職位は無意味になる。したがって、両者の職位の關係については、一般的ルールについては立法者の職位が優位するというルールが必然的である。さて、以上のような状況においては、裁判官の權威的決定を下す權威はその權威を規定するルールおよび職位の優位關係についてのルールに依存し、裁判官はこれらのルールに拘束され、さらに、立法者の權威的に決定する一般的ルールに、裁判官にとっては既存の規範に拘束される。裁判官にとって既存の規範を記述することが義務であり、したがって記述的な法概念が裁判官の視点にとって必然的となる。

この立法と司法との基本的な法制度に着目する再構成がまとはずれでないとすれば、記述的法概念の必然性は、裁

判官はその職務上記述的な基準によって法を認定する義務を負う、ということに基づく。この義務を、ホエアスターの用語を借りて、〈規範記述義務〉と呼ぶことにする。この義務は裁判官の職務上の義務あるいは法制度上の義務であるから、法的義務である。この意味で、裁判官にとって記述的法概念が必然的である、ということになるのである。ところで、この論証は、逆にいえば、この裁判官の規範記述義務に対抗しうるような法的義務は裁判官にとってはさしあたり存在しない、ということの意味であろう。しかし、規範記述義務に対抗しうるような法的義務も存在しないかどうか、またそのような義務はいかなる意味でも法的な性格をもたないかどうかは、一つの問題である。次の三つの場合が考えられる。第一に、記述的基準によって認定される規範によっては解決できないハードケースが生じる場合、第二に、記述的基準によって認定される規範が基礎的な倫理的原理に著しく反している場合、第三に、裁判官の決定権威の根拠である権威が基礎的な倫理的原理に著しく反しているあるいは秩序全体の正統性が著しく損なわれている場合である。第一の場合の問題は〈原理論証〉の問題であり、次節で検討する。

第二および第三の場合が〈不法論証〉の問題であることは明らかである。第二の場合の問題は、記述的基準によって認定される規範を倫理的観点から評価する義務ないし権限が裁判官にとって存在するか、もし存在するとすればそれは法的な性格をもちうるか、ということである。規範評価が裁判官にとって法的なものであることが概念上不可能でないことは、たとえば、法令審査権が実定法上規定されている場合には、裁判官は既存の規範を評価する法的権限をもつということから明らかである。もちろん、この権限を規定することが実定法にとって必然的であるということとはできない。ましてや、規範評価を実定法上の「義務」として規定することは立法権を著しく侵害することになり、混乱は免れえないであろう。しかし、例外的状況において、つまり規範が基礎的な倫理的原理に著しく反している場合に、裁判官がこれを倫理的に評価する何らかの義務が存しうることを、法実証主義もまったく否定するわけではな

い。たとえば、ハートの悪法問題に対する回答（「これは法である、しかしあまりに邪悪であるから適用することも服従することもできない」⁽³²⁾）は、そのような何らかの義務の可能性を示唆している。法実証主義が主張するのは、それは端的に道徳的義務であり、法的義務ではない、ということである。しかし、ここでは二つの義務が衝突している。裁判官は法的な規範記述義務を一方で負っており、他方で道徳的な規範評価義務を負っている。そして、これら二つの義務は正反対の判断を要求する。フラーやドライヤーが指摘したのはこのような義務衝突が裁判官にとって生じる可能性がある、ということだったといえる。⁽³³⁾これに対して、規範の記述ないし認定はその遵守の要求とは区別されると、法実証主義は反論するかもしれない。規範の記述ないし認定がその遵守の要求と区別されうるのは、たとえば法学者の規範記述が直ちにその遵守要求を意味するわけではないことから明らかである。法実証主義の法概念もそのような区別に依拠することができる。⁽³⁴⁾しかし、裁判官がその職務において規範を記述することはたんに理論的な行為ではなく、その規範の遵守の要求をその法秩序の名に行うことでもあることはいうまでもない。裁判官にとっては義務の衝突が起こりうる。そしてこの義務衝突は、いわゆる道徳的義務が端的にたんなる道徳的性格しかもたないのではないことを意味する。裁判官はいずれの義務に従うにしろ、それら二つの義務の衡量に基づいて決定を下さなければならぬ。この場合、法的義務は同時に道徳的意味を、逆に道徳的義務が法的意味をもつであろう。このことは、少なくとも例外的状況においては規範評価義務が何らかの意味で法的意味をもつ可能性があることを示唆するであろう。この意味では、不法論証は〈手続としての法／関与者の視点〉という枠組においては少なくとも理念的な意味での必然的な関連に依拠することが可能であるといえよう。

第三の場合も、裁判官は法的義務と道徳的義務との衝突に陥るという点では、基本的には第二の場合と同じ問題を含んでいる。しかし、これら二つの場合の間には決定的な差異がある。第二の場合には、たとえば法令審査権という

形で裁判官の規範評価の権限を実定法上規定することが概念的に可能であったのに対し、第三の場合には、規範記述義務の根拠を問うことを裁判官の権限として実定法上規定することは概念的に不可能である、ということである。それは裁判官の裁判官としての制度的意味を端的に否定することになる。第二の場合には、なお裁判官は裁判官として決定を下すことができるが、第三の場合には裁判官の決定はもはや裁判官としての決定ではない。その場合、裁判官は自己の裁判官としての義務および権限を規定する権威的根拠の上位に立ってその根拠を問うことになるからである。この権威的根拠はその法秩序の基礎を構成する根拠に属するから、この根拠を問うことはその法秩序の正統性を問うということになる。裁判官は裁判官としては、法秩序の正統性を問うことはできないのである。したがって、ホェアスターのように裁判官の規範記述義務に焦点をあてる分析的法理論が、法秩序の正統性の問題を法的問題ではなく道徳的問題とするのは、この意味では一貫しているということができる。しかし、もちろん分析的法実証主義は法秩序全体に関する概念を道徳的に規定するわけではなく、この場合には基本的に観察者あるいは記述者の視点をとることになる。

(2) さて、アレクシーによれば、法体系は定義的な意味で概念必然的に正当性主張を掲げている。したがって、正当性主張を掲げていないものは法体系ではない、ということになる。このテーゼの論証は〈主張理論〉において与えられることになるが、それは関与者の視点をとるものである。その検討は第四節で行うことにして、ここではこの法概念の観察者にとっての意味とこの法概念に対抗するであろう実証主義的法秩序概念をみておこう。

アレクシーが〈盗賊団の秩序〉と〈支配者の秩序〉との区別のメルクマールとしているのは、正当性主張とその受容の有無である。〈支配者の秩序〉においては、この秩序の目的（たとえば民族発展といった目的）が、支配の正当化根拠として維持されており、それが少なくとも受容されている。換言すれば、そこには〈正統性〉Legitimitätが成立して

いるのである。アレクシーの法秩序概念にとっては、この正統性が定義的なメルクマール要素として組み込まれることになる。しかし、この法秩序概念は観察者にとっても必然的であろうか。この問題に対する答えが否定的なものたらざるをえないことは明らかである。⁽³⁵⁾ 彼は、たとえば〈盗賊団の秩序〉（この命名はすでに道徳的非難の色彩をもっている）において、実効的な準則体系（あるいは準則に基づく支配体系）が成立していることをもって、この秩序を〈法秩序〉と呼ぶことができるだろう。もっとも、それを法秩序と呼ぶとき彼は自然科学者類似の純然たる観察者ではありえない。そうした秩序を法秩序として理解しそのように呼びうるためには、彼はすでに何らかの法秩序の観念をもっているでなければならず、その観念は基本的には彼自身が彼の祖国の法秩序に属していることによって形成されているであろう。したがって、彼は祖国の法秩序と比較して、この秩序に同時に評価を加えることになるだろう。とはいえ、この秩序に祖国あるいはその他の法秩序との最小限の共通性を発見して、「これが彼らの法秩序なのだ」と言うことができるのである。さらに、こうした観察者でなくても、同様に〈法秩序〉の認定に正統性を必要としない場合がありうる。ドライヤーが触れている、国際法上の国家承認の一般的慣行はその好例であろう。⁽³⁶⁾ そこでは、国家承認の要件は、基本的に「一定の地域と住民とを統治する実効的・自主的・永続的な政治権力」が確立していることである。⁽³⁷⁾ ある秩序の〈国家〉としての認定は同時にその〈法秩序〉としての認定をも含むとすれば、この場合、〈法秩序〉の認定のメルクマールは基本的に実効的な政治的統治秩序の存立であることになる。以上からすれば、アレクシーの法秩序概念における法と正統性という意味での道徳との結合は、観察者のあるいは外部者の観点からは定義的な意味で概念必然的であるとはいえない。

実証主義的法秩序概念は以上のような観察者あるいは外部者の視点にさしあたり依拠することができる。ここでは、秩序を法と認定するための主要な記述的基準は権威的制定性ではなく、事実に制定されたあるいは慣行的に存在す

る秩序の、実力説的な意味においてにせよ慣習説的な意味においてにせよ、何らかの意味での実効性が主要なメルクマールとなる。すなわち、ある秩序全体を〈法〉と呼ぶのは、権威的制定性の基準によって認定されるものを〈法〉と呼ぶ場合とは異なる意味においてでなければならないのである。ある秩序を法と認定するためのこうしたメルクマールは、分析的法実証主義においては、最上位の法的権威の実効性である。ケルゼンにおいては憲法の、ハートにおいては承認のルールの実効性である。ところで、そうした秩序を法秩序として他の秩序から区別する所以のものは、そうした秩序の実効的な最上位の権威がまさに最上位のものであり、その権威によって成立する秩序が一定の自主性と独立性をもつことである。したがって、ある秩序が法秩序と呼ばれうるのは基本的にその秩序が国家の秩序である場合である、ということになる。ところが、ケルゼンにおいてもハートにおいても、国家は逆に実効的な法秩序によって説明される。ケルゼンによれば、「国家（その本質的要素は国民・領土・国家権力である）は、相対的に集権化した・時空的に妥当領域を限定された・主権的なあるいは国際法を媒介とした・おおかた実効的な法秩序、として規定される。」⁽³⁸⁾そして、国家を独立の実効的秩序として他の秩序から区別する所以である国家権力は次のように規定される。

「国家権力とよばれる関係が他の権力関係から区別されるのは、国家権力関係が法的に規制されていること、すなわち、国家統治者として権力を行使する人々が、法規範の制定と適用によって権力を行使する権限を、法秩序によって与えられていること、つまり国家権力が規範的性格をもつこと、この事情による。」⁽³⁹⁾また、ハートも国家を規定して次のようにいう。『国家』という表現は、本来あるいは『その性質上』法の外にある人や物の名ではなく、次の二つの事実⁽⁴⁰⁾に言及する方法である。すなわち、第一に、ある領域の住民が、立法院、裁判所および第一次的ルールといったその特徴的構造をもつ法体系によって与えられた秩序あるいは政府の形態のもとに住むこと。第二に、その政府が曖昧だが一定の独立性を享有すること。」⁽⁴⁰⁾したがって、ある秩序が法秩序とよばれるのは、その秩序がたんに自主独立の

実効性をもつということによってだけでなく、その秩序自身の特殊な内部構造によって、つまりその秩序の最上位の権威によって権威づけられる諸規範および諸決定（これらはその権威によって権威づけられていることによって法規範および法的決定とよばれる）が一つの秩序を成しており、その秩序の統治作用が権威的な法規範によって行われているということによってである。換言すれば、合法性の体系が独立の実効性をもって存在することによって、その秩序は法秩序とよばれるのである。

以上のきわめて概略的な説明が基本的にはずれでないとすれば、分析的法実証主義においては、法秩序は独立の実効性をもった合法性の体系として規定される、ということができる。これに関して二つのコメントを付して以下の議論の準備作業としておこう。第一に、この法秩序規定には、〈メートル原器〉にたとえながら法の妥当の問題についてハートが指摘したのと類似の、一種のパラドックスが存在する。すなわち、独立の実効性という条件を度外視すれば、個々の規範や決定を〈法〉とする所以のもの、つまり秩序全体が、それ自身によって〈法〉とされるものによって、〈法〉とされるのである。もちろん、部分の名によってその全体を指称するということは不可能ではないし、権威的制定性と実効性とを法概念の基本的要素とするという点では一貫しているということができる。それでもなお、それら部分と全体とが〈法〉という同じ名称で呼ばれうるのはいかなる根拠によるのかという問題は残る。この問題は、ケルゼンにおいてはそれらの規範性、ハートにおいてはそれらの内的側面の指摘によって説明されることになるであろう。⁽⁴²⁾しかし、さらにその規範性や内的側面がいかなる構造をもつのかが解明されなければならず、このためには関与者の視点が必要となるであろう。第二に、ヴェーバーによれば、支配の合法性はそれ自体一つの正統性である。⁽⁴³⁾つまり、一つの秩序内部で合法性の体系が成立しているということは、そのことによってその秩序全体が一つの正統性をもっているということである。そこでは統治作用の、したがってまた立法や司法の権威的決定の合法性に対する何

らかの信念が成立している。ここでも関与者の視点からの分析は、たんなる制度の記述においては現われないこの事情に焦点を合わせることになるであろう。

- (1) R.Dreier, Begriff, S.108.
- (2) Dreier, op.cit., S.109f.
- (3) Dreier, op.cit., S.110-113.
- (4) カント解釈の問題についても、クラヴィエツはドライヤーを批判する。彼によれば、ドライヤーは、理性的啓蒙を掲げるハーバーマスの流のカント解釈に依拠して、カント法理論の理性法論的側面を過度に重視し、その制度主義的側面を軽視している (Krawietz, Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?, S.250-254)。クラヴィエツ自身は、カウルバッハのカント解釈に依拠しているが、この問題についてもここでは立ち入ることはできない。なお、後でみるように、アレクシーはその〈討議理論〉においてハーバーマスに明らかに依拠しているが、ドライヤーはアレクシーの〈討議理論〉には必ずしも同調していない (Vgl.Dreier, Zur gegenwärtigen Diskussion des Verhältnisses von Recht und Moral in der Bundesrepublik Deutschland, S.65f)。
- (5) Dreier, Begriff, S.99-107.
- (6) Dreier, op.cit., S.116. なお、ドライヤーは、この法の定義から明らかにように、国際法についてもその概念の要素として最小限の倫理的正当性ないし正当化可能性を組み込んでいる。ドライヤーによれば、今日の国際法上の国家承認の慣行は基本的に実効性だけを承認要件としている (「有効支配原理」 Effektivitätsprinzip) が、この場合にも、何らかの最小限の倫理的正当性ないし正当化可能性をその要件に含めるべきだとするのである (Dreier, op.cit., S.102f)。なお、この点については、後出注(37)を参照。
- (7) Dreier, Begriff, S.99-103.
- (8) G.Radbruch, Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, 1946, in Rechtsphilosophie, 4.Aufl., 1950, S.353.
- (9) Radbruch, ebenda.
- (10) Dreier, op.cit., S.102.

- (11) Vgl. Dreier, op.cit., S100f. 註1 cf.H.L.A.Hart, Positivism and the separation of law and morals, Harvard Law Review, Vol.71, 1958, p.619.
- (12) Hart, op.cit., p.618-620.
- (13) cf.L.L.Fuller, Positivism and fidelity to law - A reply to Professor Hart, Harvard Law Review, Vol.71, 1958, p.655-657.
- (14) Dreier, Begriff, S.101. かつ、フラーの議論は裁判官が悪法を適用すべきか否かの選択を迫られる場合のジレンマを指摘するものであり、ジュリヤヤーの議論とは局面が異なる。
- (15) O.Höffe, Politische Gerechtigkeit, 1989, S.122f.
- (16) Höffe, op.cit., S.124.
- (17) Höffe, op.cit., S.127.
- (18) Höffe, op.cit., S.129.
- (19) Höffe, op.cit., S.128f.
- (20) N.Hoerster, Zur Verteidigung der rechtspositivistischen Trennungsthese, S.30f.
- (21) Hoerster, op.cit., S.31.
- (22) Hoerster, op.cit., S.32.
- (23) R.Alexy, Kritik, S.15f.
- (24) Alexy, op.cit., S.16.
- (25) Alexy, op.cit., S.16-18.
- (26) cf.L.L.Fuller, The morality of law, 1964, p.38-39.
- (27) Vgl.Höffe, op.cit., S.159. そうではなく、法体系全体についての定義的な正義要素として、殺人や強盗の禁止を要請する集合的安全 kollektive Sicherheit の原理が挙げられている。ちなみに、これに対して、善益や負担の分配などの具体的正義の諸原理は、法を定義する原理ではなく、法を規制する原理とされている。
- (28) Alexy, op.cit., S.18.
- (29) Dreier, Zur gegenwärtigen Diskussion des Verhältnisses von Recht und Moral in der Bundesrepublik Deutschland, S.61.

- (30) Hoerster, Verteidigung des Rechtspositivismus, S.2481.
- (31) cf.K.N.Llewellyn, A realistic jurisprudence: The next step, in Jurisprudence, 1962, p.22. なお、この「法とは裁判所が語るところのものである」というのもっとも単純な主張に表現されるような意味でのルール懷疑主義を想定する。ルール懷疑主義の多義性に応じた批判については、Hart, The concept of law, p.120-150.
- (32) Hart, op.cit., p.203. ハートが法的義務と道徳的義務との衝突を認める点については、また、cf.Hart, Law, liberty, and Morality, 1963.
- (33) 前出注(14)参照。
- (34) 法実証主義が裁判官の法概念を批判する場合、裁判官の法的義務ないし責務を指摘することになる。裁判官が法的義務と道徳的義務との衝突に直面する場合、この批判は法的義務を優先させるべきことを主張することになり、もはやたんに規範記述的な判断なのではない。もっとも、さらに実証主義が法的義務と道徳的義務とは異なるというとき、これは道徳的義務が優先させられうることを述べるものとなるだろう。法的義務と道徳的義務との区別をいうことは、この場合法的義務が道徳的観点から拒否されうるということを言明することにはかならない。
- (35) Vgl.Dreier, Zur gegenwärtigen Diskussion des Verhältnisses von Recht und Moral in der Bundesrepublik Deutschland, S.64.
- (36) 前出注(6)参照。
- (37) 波多野里望・小川芳彦編『国際法講義』(一九八二年)七八頁。他に、たとえば、田畑茂二郎『国際法講義 上』(一九六八年)六四一六五頁。なお、波多野・小川編『国際法講義』では、第二の要件として「国際法を守る能力と意思」が挙げられるが、これらは第一の要件がみたされていれば基本的には推定されるとされている。
- (38) H.Kelsen, Reine Rechtslehre, 2.Aufl., 1960, S.293.
- (39) Kelsen, op.cit., S.292.
- (40) Hart, The concept of law, p.216.
- (41) Hart, op.cit., p.106.
- (42) ケルゼンが根本規範を想定するのは、法体系全体の規範性を説明する、つまり法体系全体の実定的な頂点をなす憲法の規範的妥当性を説明するためであったということが出来る。また、ハートの承認のルールも内的側面をもち、その受容が少なくとも公的機関の大部分において存在することを前提する。しかし、ケルゼンにおいては根本規範の理論的位置づけが(後に変

更されたことが示すように）必ずしも明確ではなく、ハートにおいては承認のルールの受容という事態の規範的性格が明確ではないのである。

(43) たとえば、M・ヴェーバー（世良晃志郎訳）『支配の諸類型』（一九七〇年）一〇頁を参照。

第三節 原理論証

一 ドライヤーの原理論証とそれに対する批判

前節の議論からすれば、結合テーゼは観察者の視点という観点においては定義的な意味で概念的に必然的とはいえない。つまり、観察者の視点からすれば、一定の道徳的要請をみたしていない規範や規範体系は概念的根拠からして法ではない、ということにはならないのである。しかし、結合テーゼを支持する論証が別の概念枠組のもとで展開されうる可能性はそのことによって直ちに否定されたわけではない。〈原理論証〉は関与者の視点という観点において結合テーゼを分析的に論証しようとするものである。ドライヤーによれば、〈原理論証〉は、「すべての発展した法体系には、その構造および／あるいは妥当根拠のゆえに法実証主義的法概念を突き破るような性格をもつ法的基準、すなわち原理が内在している」⁽¹⁾ことを示そうとするものであるが、この論証はとくに裁判官の視点という観点においてなされるのである。ところで、原理論証は、法実証主義批判の論証としては、準則（ルール）と原理との区別に基づいたドゥオーキンのハートの法実証主義批判に由来する。⁽²⁾しかし、原理の性格をもつ規範についての議論はドイツでも自由法運動や評価法学 Wertungsjurisprudenz の中で展開されてきており、⁽³⁾また西ドイツ連邦憲法裁判所の「価値秩序

判決」Wertungsrechtsprechungの形で実務的にも重要な役割を果たしてきている⁽⁴⁾。これらを発展的に継承しながら精力的に議論を展開しているのがアレクシーである。ドライヤーの議論は、これらを「原理論証」という法実証主義批判の一つの論証形態としてまとめるものであり、ここでもまずドライヤーの議論の枠組にしたがって原理論証の要点を説明しておくことにしよう。しかし、その前に準則と原理との区別に関するドゥオーキンとアレクシーの議論に触れておかなければならない。

(1) 原理論証は準則と原理との規範理論的区別に基づく。ドゥオーキンによれば、その差異は次の点にある。第一に、準則は実証主義者のいう比較的明確な法認定テスト（「系譜テスト」test of pedigree）によって確認されるのに対して、原理についてはそのようなテストが存在しない⁽⁵⁾。第二に、準則は要件に該当する事実が存在すれば一義的に法的効果を生ぜしめるような仕方で（「すべてか無かという形で」in an all-or-nothing fashion）適用されるのに対して、原理は一義的に特定の決定を生ぜしめるような仕方では適用されない。要件が満たされても直ちにそれに対応する効果が生じるわけではなかったり、要件そのものが一義的效果を生ぜしめるような形で規定されていなかったりする。それは、むしろ論証を一定方向へと導く根拠を提供するのである⁽⁶⁾。第三に、この第二の点に関連して、規範衝突の際の解決の仕方において準則と原理とは異なる。準則同士が衝突する場合、一方が妥当するならば他方はそれ以降端的にその妥当を失うという仕方では解決されるのに対して、原理が衝突する場合、一方が優先されるとしても他方は端的に妥当を失うのではなく、事例によっては後者が前者に優先することがありうる。原理は「重さ」weightという性格をもっており、したがって原理の適用は衡量を伴うのである⁽⁷⁾。以上の議論は、ドライヤーの表現を借りれば、第一の区別は妥当論的区別であり、第二および第三の区別は構造論的区別である、という仕方では分類することができよう⁽⁸⁾。

アレクシーは、ドゥオーキンの構造論的区別論は準則と原理とのたんなる程度の区別ではなく質的区別を主張する

もの（「強い分離テーゼ」）であるとして、これを基本的に継承しながら、その難点を克服するために次のように修正する。⁽⁹⁾ まず、ドゥオーキンの第二の区別論（準則適用の「すべてか無か」的性格）*Alles-oder-Nichts-Charakter*）は、準則適用の例外がすべて数え上げられうるというテーゼを必然的に伴っている。例外の数が確定していれば、準則はその例外の場合も含めて、つねに一意的に適用されうることになる。しかし、すべての例外が数え上げられるというこのテーゼはいうまでもなく支持しえない。とすれば、準則と原理との適用形式における差異は程度の差異でしかなくなり、したがって、単純な「すべてか無か」という基準によるドゥオーキンの第二の区別論は「強い分離テーゼ」としては成功しない。⁽¹⁰⁾ これに対して、ドゥオーキンの第三の区別論は、基本的に支持可能である。たしかに、準則の衝突の場合も、原理を参照させる趣旨の一般的な留保条項が伴っている場合、この留保条項によってある準則の適用が否定されるとしても、その準則は以後端的に妥当を失うわけではない。しかし、準則の衝突が一方の準則の端的な失効という形で解決される事例の存在は依然可能であり、したがって、留保条項の考慮は規範衝突にかかわる準則と原理との基本的区別を変更するものではない。⁽¹¹⁾ この基本的な区別は、アレクシーによれば、両者の「一応的性格」*prima-facie-Charakter* の差異として再構成されうる。⁽¹²⁾ 準則の場合、通常は、一定の要件が満たされれば一定の法的効果が生じる。原理に基づいてある準則についての例外を設けようとする者は、判例の変更を行おうとする場合と同様に、その理由を示す責任を負う。これに対して、ある原理が他の原理によって制限される場合には、制限を主張する者が第一に理由提示の責任を負うわけではない。準則が原理によって適用を制約されるためには「歴史的」確定が必要であるが、原理が他の原理によって制約される場合そのような確定は必要ではない。さらに、アレクシーはこの差異を準則と原理との規範的要求の様態の差異として説明する。準則の要求には、基本的に、それに従うか否かのいずれかが対応するのに対して、原理は、その内容を「法的小および事実的に可能な範囲でできる限り最大限度に」実現す

ることを要求する。この意味で、準則は「一意的命令」definitive Geboteという性格をもつものに対して、原理は「最大化命令」Optimierungsgeboteという性格をもつ⁽¹³⁾、というわけである。

(2) さて、ドライヤーは、妥当論的区別論と構造論的区別論との差異に応じて、原理論証を二つの形態、妥当論的
原理論証と構造論的原理論証とに区別して、検討している⁽¹⁴⁾。ここでは、ドライヤーが触れている限りでのドゥオーキ
ンの議論を、まずドライヤーが構造論的形態の論証と呼んでいるものから、みておこう。それは、法実証主義の司法
的裁量論の批判という形をとっている。「ルールのモデル」におけるドゥオーキンの議論は、概略次のようなもので
あった⁽¹⁵⁾といってよいだろう。ハートの法実証主義の法概念によれば、〈法〉は〈系譜テスト〉によって認定されるルー
ル(準則)だけから構成される。したがって、具体的な事例において適用すべき準則が存在しない場合、裁判官はそこ
では、「法の外に出て」、何らかの裁量 discretion に基づいて準則を変更したり、新たな準則を創出したりすること
になる。ところが、そのようなハードケースにおいても、裁判官はたんに任意に裁量を行うのではなく、準則とは性格
の異なる基準すなわち原理に拘束されている、と考えなければならない。裁判官が裁量によってある準則を変更しう
るのであれば、裁判官は結局その準則に拘束されていないことになる。この場合、そうした変更の条件や限界につい
ての何らかの原理に裁判官が拘束されているとしないならば、拘束力ある準則はごく限定され、裁判官はほとんど
〈法〉に拘束されない、ということになってしまうであろう。したがって、この原理の重要な役割からすれば、〈法〉
にこうした原理をも含めて理解すべきである。以上が構造論的論証であるとすれば、妥当論的論証は次のようなもの
である。⁽¹⁶⁾ ドゥオーキンによれば、原理はハートの法実証主義者の〈系譜テスト〉によっては確認されえない。ところが
が、裁判の実際においては裁判官はそうした原理としての性格をもつ基準を用いている。したがって、こうした裁判
官が実際に用いている原理規範をも法に属するものとみなすべきだとすれば、〈系譜テスト〉は法を認定する基準と

しては役立たないことになる。原理は、法曹や一般市民が長い期間のうちに適正と感ずるようになったものとして、「制度的支え」institutional support によって（あるいは「共同体道德」community morality や「政治的道德」political morality を構成するものとして）存在する。⁽¹⁷⁾ こうした原理を（系譜テスト）類似の何らかのテスト（たとえば「制度的支えのテスト」）によって確認しようとしても、一義的な基準はえられない。したがって、こうしたテストを構成することによって、一方で実証主義的な認定テスト基準を保持し、他方で原理規範をも法に属するものと見なそうとする形で、法実証主義を修正することも不可能である。

以上のようなドゥオーキンの議論について、ドライヤーはこれを実証主義的法概念を突き破るものと評価するが、妥当論的論証についてはその独自の意義を高くは評価していない。ドライヤーによれば、発展した法体系においては、ほとんどの重要な道德的・政治的基礎原理が憲法原理として実定法に内在している、あるいは包含されている⁽¹⁸⁾（包含テーゼ）Inkorporationsthese と呼ばれることになる）。そうした原理としては、たとえばドイツ連邦共和国憲法では、基本権規定と、いわゆる国家目的規定、法治国家原理、民主主義原理、社会国家原理などがある（ドライヤーによれば、これらの原理はカント的な普遍主義道德の要請と一致する⁽¹⁹⁾）。この点を考慮すると、妥当論的理論論証は意義を失うことになる。それが意味を保ちうるとすれば、「制度的支え」や「共同体道德」に属するものとは確認されえないがなおきわめて重要な原理（たとえば人種差別禁止原理）が、一定の法体系の観点からだけでなく、法一般の観点からして、法概念に属することが拒絶される場合だけである。しかし、この議論は、一定の道德的原理に著しく反する規範体系は法体系ではないとする、体系全体についての不法論証に合流することになる、というわけである。⁽²⁰⁾ したがって、ドゥオーキンの議論が原理を法に組み込む理論戦略をとっているとすれば、ドライヤーの議論は以上のように（包含テーゼ）を伴っているから、実定化された原理を手がかりに法と道德との必然的関連を示そうとすることになる。⁽²¹⁾ 原理はアレ

グシーの規定によれば「最大化命令」という性格をもち、その内容である「道徳的理念の近似的実現」を要求する規範である。こうした原理が憲法レベルの規範として実定法に包含されているならば、この憲法によって、規範衝突や曖昧な事例においては、これらの原理規範の「比例原則」Verhältnismäßigkeitsgrundsatzにしたがった衡量によって決定を下すことは法的義務となり、「在る法を在るべき法に可能な限り近づける」ことが法的に命じられていることになる。この場合、原理の衡量は同時に法的問題であって、たんに道徳的問題なのではない。こうして、この憲法は法と道徳との必然的関連を打ち立てていることになる、というわけである。⁽²²⁾

(3) さて、たしかに、重要な原理の全てが憲法原理として実定法に包含されているとすれば、原理の妥当根拠の差異を指摘する形で実証主義的法概念を批判することは、その限りでは無意味になる。しかし、ドライヤーの「包含テーゼ」は実証主義からの別の重大な批判にさらされることになる。こうした批判をアレクシーの定式化を借りていえば次のようになる。⁽²³⁾ 第一に、実定法がそのような原理を包含するとしても、それを包含するか否かは実定法の決定する問題であり、したがってその包含は法にとって必然的ではなく、偶然的であるにすぎない（偶然的包含テーゼ）。第二に、実定法がこうした何らかの原理を必然的に包含するとしても、どの原理を包含するかは実定法の決定する問題であり、したがって、その包含は相対的であるにすぎない（相対的包含テーゼ）。第一点については、たとえば、グラヴィエツは次のようにドライヤーを批判する。⁽²⁴⁾ たしかに、歴史的な生成という観点から見れば、政治的指導理念と憲法原理との間には、したがって道徳と法との間には一定の関連がある。しかし、立憲国家においては憲法がすべての法の究極的な規範的妥当根拠として機能するのであり、それらの政治的道徳的原理が法として妥当するのは憲法において実定化されることによる。実定化されることによって法としての妥当を獲得する原理を、法概念の要素に組み込むことによって、実定法の法としての判定基準とするのは、生成の問題と妥当根拠の問題を混同するものである、

というわけである。また、第二点については、たとえばホエアスターは、法概念のうちに組み込まれる道徳が実際に「啓蒙された」 aufgeklärt 道徳である、という保証はないしその蓋然性もない、と批判するのである。⁽²⁵⁾

ドライヤーは、その後、ホエアスターの批判については一般的には正しいとして受け入れている。⁽²⁶⁾ もっとも、彼はカントの普遍主義道徳の可能性を放棄するわけではなく、問題は倫理学の領域に移るといえよう。他方、クラヴィエツの批判に対しては、〈包含テーゼ〉はそれだけで実証主義的法概念を突き破るのではなく、包含されている原理が法の解釈と適用の局面で果す重要な役割を指摘する構造論的論証と結びつくことによって、つまり原理の考慮が裁判官にとって法的義務となり、法実証主義が法から排除するものが法に組み込まれることによって、はじめて実証主義的法概念は突き破られるのだ、と答えている。⁽²⁷⁾ しかし、原理考慮が法的義務となる前提には〈包含テーゼ〉があり、この限りでは依然として〈包含テーゼ〉の難点は克服されているとはいえない。もし、包含の必然性が論証されなければならないとすれば、実定化されている原理を手がかりにするのではなく、ドゥオーキンにおけるように端的に原理の法への組込の必然性を論証しなければならない。先にみたドゥオーキンの論証は、裁判官が実際に原理の考慮に依拠していることを指摘するだけでなく、裁判官にとって原理の考慮が職務上の義務であることを示そうとするものである。この論証はいわゆる〈権利テーゼ〉に基づいており、裁判官はハードケースにおいても各人の権利義務関係（それは発見されるべき事態として存在している）を発見的に確定する義務があり、この義務をみたすためには既存の規範だけではなく、既存の規範や他の決定を支える基準と整合しうるような基準を考慮しなければならない、とするものである。⁽²⁸⁾ その後、ドゥオーキンは、こうした法理論を、一方では権利義務関係についての唯一正しい解答が存在しうるという〈正答テーゼ〉⁽²⁹⁾ right answer thesis、他方では正答の発見へ向けての諸々の解釈の営みの連続的で整合的な総体としての法という思想（〈統一性としての法〉 law as integrity）という形で展開することになるが、⁽³⁰⁾ ここではこれに立ち

入ることはできない。次には、これとは別のアプローチによって裁判官の原理考慮義務を論証しようとするアレクシーの議論を検討することにする。

二 アレクシーの原理理論

結合テーゼを支持するアレクシー自身の論証は〈正当性論証〉Gerechtigkeitsargumentと呼ばれ、それは、〈主張理論〉Anspruchstheorie、〈原理理論〉Prinzipientheorie、特殊事例テーゼという形での〈討議理論〉Diskurstheorie、の三つの理論からなる⁽³¹⁾。この〈正当性論証〉は全体としてドライヤーの〈原理論証〉に対応するとされるが、主張理論と特殊事例テーゼという形での討議理論はアレクシーの論証独自の要素であり、本節でみてきた〈原理論証〉に直接対応するのは原理理論である。もちろん、原理理論は、主張理論を前提とし討議理論へ展開されることによって始めて一つの論証を構成するところの、一つの要素である。とりわけ、原理理論は主張理論を前提としてはじめて根拠づけられる。とはいえ、〈原理論証〉の議論との直接的な対応関係における原理理論の特徴を浮き彫りにするために、原理理論をさしあたり他の要素から切り離して検討することが便宜であろう。

原理理論が前提する主張理論の基本的テーゼは、個々の規範および決定もまた法体系全体も必然的に正当性の主張を掲げる、というものである⁽³²⁾。ただし、次節でみるように、このうち、個々の規範および決定の掲げる主張は概念必然的であるとしても理念的な意味においてであり、したがって、この主張を掲げない判決あるいはこの主張を実現しない判決も判決であることを直ちにやめるわけではない、とされることに注意しておかなければならない。いずれにしても、原理理論は、この主張理論のテーゼを分析の基礎として、道徳的な性格をもつ原理規範が必然的に法体系に属すること、しかも何らかの整合的な道徳体系に属する原理規範が必然的に法体系に属すること、を論証しようとする

るものである。原理理論自体がさらに三つのテーゼ、すなわち、〈包含テーゼ〉〈道徳テーゼ〉〈整合性テーゼ〉からなる。⁽³³⁾これらの議論は、ドライヤーの原理論証に対する二つの批判、すなわち原理規範の包含は実定法の問題であり、したがって包含されているとしても偶然的であり、また相対的である、という批判に答えようとする。〈包含テーゼ〉は〈偶然的包含テーゼ〉に答えるものであり、〈相対的包含テーゼ〉に対しては〈道徳テーゼ〉をへて〈整合性テーゼ〉で答えられる。もっとも、〈相対的包含テーゼ〉に対する回答は討議理論において完結することになる。

〈包含テーゼ〉は、少なくとも最小限に発展した法体系はすべて必然的にいくつかの原理を含むというものであり、このテーゼの論証は概略次のようになされる。⁽³⁴⁾第一に、ハードケースにおいて裁判官が「衡量」Abwägungを行うとすれば、彼は必然的に原理に依拠する。衡量が必要な場合というのは、競合する複数の理由があり、その各々はそれ自体ではある決定のための十分な理由であるが、他の理由があってそれが一応別の決定を要請するがゆえに、直ちには一意的な決定に導かない場合であるが、そのような理由は原理であるかあるいは原理に依拠するはずだからである。第二に、ここで手続体系としての法という観点がとりいれられるわけだが、裁判官が決定および根拠づけの手続において考慮する理由は、その法体系の手続に帰属し、したがってこの法体系に帰属する。しかし、裁判官が一定の決定および根拠づけの手続を用いるということだけではなく、さらにそのような手続を用いることが法的に命じられているということが示されなければならない。そこで、主張理論のテーゼが組み入れられることになる。すなわち、第三に、判決は必然的に正当性主張を掲げているが、この主張は判決との必然的な結びつきによって、たんに道徳的な主張ではなく法的な主張であり、さらにこの法的な主張にはそれを実現する法的な義務が対応する。したがって、ハードケースにおいて判決が正当性主張を実現するためには原理を考慮することが法的義務となる。こうして「総じて衡量が問題となるすべての法体系において、原理は法的な根拠からしてその法体系の必然的な要素である⁽³⁵⁾」ということ

になる、というわけである。

〈道徳テーゼ〉は、右のような原理のうちには何らかの道徳的原理が含まれる、というものである。ハードケースにおいては、実践的な問題への答えを見出すこと、つまり「なにが存在すべきであるか」が問題となり、これに対する答えを与える原理のうちには何らかの道徳的な原理が⁽³⁶⁾つねに存在する。アレクシーによれば、このことは法と道徳との事実的な関連を示すだけでなく、〈包含テーゼ〉に基づいて、それらの間の概念必然的関連を示すことになる。⁽³⁶⁾最後に、〈整合性テーゼ〉は、これらの道徳的原理は整合的でなければならないということが、法的命令として、その法体系に属する、というものである。このテーゼの論証も主張理論を前提とする。すなわち、まず、法体系も全体として必然的に正当性主張を提起する。そこで、法体系が必然的に原理を含むとすれば、その法体系において考慮されるべきすべての原理を含みかつ正当に尊重する法体系を展開せよという法的命令が、必然的にその法体系において妥当する、というわけである。これは次のようにも表現される。「法体系はその正当性主張のために、この法体系が必然的に関わる⁽³⁷⁾ところの道徳体系が整合的であるべきであるという法的要請を、必然的に含む。」⁽³⁷⁾もっとも、この整合的道徳体系がいかなるものであるかは、ここでは直ちに規定されうるわけではない。整合的な道徳体系が邪悪であることもありうるからである。

以上の議論は、手続としての法体系には何らかの道徳的原理が必然的に帰属すること、しかも整合的な道徳体系を構成する原理が必然的に帰属すること、これを示そうとしたものである。注意しなければならないのは、原理の必然的帰属の論証は判決が理念的な意味で必然的に正当性主張を掲げるということに基づいているから、以上の論証によって示されたとされる法と道徳との必然的関連も理念的なものである、ということである。したがって、原理を含まない体系を直ちに法体系でないとするものではない。しかし、法体系はその概念からして原理を含むことが必然的

理念である、とするのである。

三 アレクシーの原理理論の検討

原理の性格をもつ規範が、たとえば人権規範や一般条項として、成文化されている法体系は今日ではもちろん少ない。しかし、それらを含むことが法にとって概念的に必然的であるかどうかは、一つの理論的問題であり、〈原理論証〉の問題はまさにこの問題である。この問題が何らかの形で肯定的に答えられるならば、法と道徳との何らかの意味での概念必然的関連が示されたことになる。前節の第四項で触れたように、分析的法実証主義の分離テーゼを支持する分析的論証が、何らかの記述的基準（たとえば〈立法者が権威的に制定したものが法である〉）によって裁判官は法を認定する法的義務を負う、ということに基づいているとすれば、この論証を少なくとも相対化するためには、この規範記述義務に対抗しうるあるいは少なくともこの義務を補完しうる何らかの法的義務の存在を指摘することができればよい。〈原理論証〉の第一の問題はこのような法的義務を指摘することにかかっている、⁽³⁸⁾ といってよい。実際、ドゥオーキンの議論も、ドライヤーの原理論証も、アレクシーの原理理論も、この点に関わっているのである。すなわち、〈原理論証〉は、裁判官の規範記述義務に対して、いわば〈原理考慮義務〉を提示しようとするものである。問題はそのような義務の必然性の論証であり、アレクシーの議論はこれを分析的に論証しようとするものである。しかし、こうした義務の必然性が論証されたとしても、そこから原理が法体系に必然的に属するということが帰結するか、ということが第二の問題である。ここでは、この二つの問題についてのアレクシーの議論を中心に検討し、もう一つの問題（〈整合性テーゼ〉の問題）はこの第二の問題に関連して触れることにしよう。

- (1) 第一の問題は、原理の考慮は裁判官にとって必然的な法的義務である、ということを示すことである。これに

ついでのアレクシーの論証において問題となりうるのは、まず、ハードケースにおいて裁判官は衡量を、したがって原理考慮を必然的に要請されるのか、ということである。法実証主義は、そのようなケースにおいては裁判官は裁量 Ernesen の行使を授權されているにすぎず、衡量を必然的に要請されているのではない、と反論しうるであろう。

もっとも、厳格な制定法実証主義や「厳格な先決例拘束主義」がとられているならば、⁽³⁹⁾裁量の行使すら授權されているとはいえないであろう。しかし、一般に準則の欠缺が不可避であり、しかも判決を下すことに対する要請が存在するとすれば、少なくとも裁量の行使は必然的であるといえる。分析的法実証主義はもちろんこれを認めるが、こうした裁量の行使という要素が法と道德との必然的関連を示す証拠として提示されるのを拒否するのである。⁽⁴⁰⁾これに対して、アレクシーの論証は、判決は正当性主張を提起しているというテーゼに基づいて、そこから判決は可能な限り合理的な根拠づけを与えることを要請されているとし、既存の法規範によっては決定を根拠づけられないハードケースにおいては原理考慮による根拠づけを与えることが要請される、とするものであるといえる。しかし、これによって法実証主義の反論に十分に答ええているとはいえない。たしかに、可能な限り合理的な根拠づけを与えることは判決にとっての一つの必然的な理念であるとしても、それが裁判官を拘束する法的義務であるとは直ちにはいえないからである。のみならず、実定法規範ではない原理をハードケースにおいてとはいえつねに考慮することは、場合によっては裁判官の権限を越えるものとすらみなされうるであろう。

したがって、重要なのは、原理考慮の要請が裁判官にとって理念的に要請されるとしても、この要請は法的義務であるか、という問題である。もちろん、憲法に基本権規範が規定されていたり、一般の法律に一般条項が含まれていたりする場合には、必要な場合にこれらの原理の性格をもつ規範を考慮することは法的義務であろう。これは一般の準則の場合と異ならない。そのような原理規範が実定化されているということは、原理考慮義務が法的義務であるこ

とが概念上不可能ではないことを示しているが、原理規範の包含の必然性を論証することが論件である以上、実定化された原理を出発点となしえないことはいうまでもない。アレクシーの論証は、法を手続の体系として捉えることに基づいている。判決は手続の一つとしてそのような意味での法に属する。判決と一般的な正当性主張、正当性主張とその実現義務としての原理考慮義務、これらの間に必然的な含意関係が存在するならば、判決が手続の体系としての法に属することによって、原理考慮義務も手続体系としての法に属し、その意味で法的義務である、ということになる。しかし、この論証は成功しているとはいえない。法実証主義は依然として原理考慮義務が端的に法的義務であることを否定しうる。この場合に、法的義務であるというのは、原理規範が一般の準則規範と同様に実定化されている場合に原理考慮義務が法的義務であるというのとは意味が異なっている。後者においては、原理考慮を法的義務たらしめる制度的背景が存在するが、前者にはそれが無いのである。この場合にも原理考慮を端的に法的義務であるといえるかどうかは異論の余地があるのである。しかしまた、判決が可能な限り合理的に根拠づけられることが判決にとっての一つの必然的な理念であり、したがってハードケースにおいて原理考慮が一つの要請たりうるとすれば、この要請を端的に道徳的なものにすぎないと片付けてしまうわけにもいかないであろう。判決が手続体系としての法に属する以上、この要請も何らかの意味で法的であるといえる。ここにも、不法論証におけると同様、法と道徳とが交錯する側面がある。この意味で、原理考慮の要請を法倫理的な要請ないし法倫理的義務と呼ぶことができるであろう。とはいえ、アレクシーは制度的背景をもった法的義務とこのような法倫理的義務とを明確に区別していない。もし両者を混同するならば、法実証主義の異論は依然として妥当するであろう。

(2) 原理規範は法規範であるかという第二の問題についても同じことが当てはまる。原理が成文化されていればそれはもちろん実定法規範であるが、法実証主義は成文化されていないが一定の法制度的背景をもった原理規範をも法

的基準として認めることができる。たとえば、コッホによれば、刑法上の責任原理などのような実定法の基礎に属するような原理、あるいは「主観的ないし客観的目的論的解釈」などの解釈方法によって同様に実定法の基礎を成しているものとして見出される原理は、「法の深層構造に属する原理」として、法体系に属する。⁽⁴¹⁾ コッホはこれらの原理の法としての認定について、ドゥオーキンの〈制度的支えのテスト〉⁽⁴²⁾ 類似の間接的な基準の可能性を示唆しているが、これも〈系譜テスト〉に原理認定のテストを加える準則実証主義的法概念の一つの修正形態にあたるであろう。しかし、いずれにせよ、コッホによれば、こうした原理が法体系に属するといっても、そのことによって法実証主義が反駁されたことにはならない。ドゥオーキンの議論の意義はそのような「法の深層構造に属する原理」にあらためて注目させた点にあるが、それでも、実定法の基礎にあるより明白な原理よりも政治的道德に適合した原理を選択すべきであるというドゥオーキンの法政策的確信を、法実証主義者は受け入れなければならない⁽⁴³⁾ ということにはならない、というわけである。

したがって、ここでも問題は、そうした実定的原理や法制度的背景をもった原理ではなく、それ以外の原理である。アレクシーは、裁判官がその判決の理由とするものはその法体系の手續に属し、したがってその法体系に属するものであるが、そのような理由としての原理が法規範ないし法的基準であるのかどうかについては、明確に述べていない。既存の法規範として認定されていない原理も、可能な限り合理的な根拠づけの要請に基づいて判決の根拠づけに用いられるならば、この手續に属し、したがってこの法体系に属するのであり、その意味で法的基準である、という趣旨であるように思われる。しかし、法実証主義は依然としてこれを拒否するであろう。コッホによれば、規範衝突や曖昧な事例において裁判官がその権限に基づいて何らかのこうした原理を用いて判決を下したとしても、そしてその判決が法的性格をもつことが当然認められるとしても、「その場合にやむなく用いられる道德的基準を法的基準

と呼ぶべきだということにはならない⁽⁴⁴⁾。ここでも、先の区別が導入されるべきであろう。コッホのいうように、実定化されていなければ法制度的背景もたない原理を端的に法規範と呼ぶことにはやはり無理がある。しかしながら、判決に用いられる基準をまったく法的意味をもたない端的に道德的な基準とするのも、それが判決に用いられるというこの意味を軽視するものであろう。いずれにしても、アレクシーはそうした原理は〈手続体系としての法〉に属するという形で、それが端的に法規範であるとする一面性を避けているが、それでもなおそれがいかなる意味で法的基準であるのかを曖昧なままにしているといわなければならない。あえていえば、そうした原理は先の法倫理的義務において考慮されるべき規範として、法倫理的規範とも呼ぶべきであろう。

しかし、そうした規範としての原理はいかなるものでもよいわけではなく、これが〈整合性テーゼ〉の問題であるといえる。すなわち、法倫理的義務において考慮されるべき原理は、一つの整合的体系を構成する諸原理に属するものでなければならない、ということがその法体系において妥当する、というものである。この議論も、ドゥオーキンの「政治理論」あるいは「法理論」に関する議論（さらには「統一性としての法」に関する議論⁽⁴⁵⁾）に似ている。ドゥオーキンによれば、「公務担当者が特定の政治的決定を下す場合、この決定は彼らが下そうとする他の決定をも正当化するような一つの政治理論の中で、同様に正当化されうるものでなければならない」という政治的責任の原則に、裁判官も服しており、こうした「一般的な原理および政策に関するある種の包括的理論、しかも同様に正しいと考えられた他の決定と矛盾なく適合する理論」は、「共同体道德」あるいは「法や社会の諸制度が前提とする政治的道德」を法的問題にとって重要なものとして特定する、とされる。もともと、こうした共同体道德については見解の相違が存するという点に関連して、アレクシーはそれらの対立する見解に関して決定しうるためには、さらに「一般的実践的議論」の導入が必要であるとする⁽⁴⁷⁾。つまり、手続的な普遍主義道德つまり討議倫理の必要を説くことになる。なお、ア

レクシーによれば、原理が相互に衡量を必要とする以上、原理間関係に関する理論は完全ではありえず、したがって将来の決定に対してそれだけで唯一の解答を可能にするものではなく、この点でも法的議論の手續が要請されることになる。⁽⁴⁸⁾ いずれにしても、〈整合性テーゼ〉も〈包含テーゼ〉に依存する限り、整合的道德体系の展開が法体系にとって理念であるとしても、それだけでは直ちに端的な法的義務となるとはいえないであろう。この要請も法倫理的な要請であるといえよう。

アレクシーの〈原理理論〉は、法倫理的原理しかも一つの整合的な体系を構成する原理を含むことが法体系にとって必然的な理念であることを示し、こうして法と道德とが理念的な意味で必然的に関連していることを示そうとするものであった。しかし、それは、制度的背景をもった法的要請ないし法的義務（たとえば規範記述義務）を少なくとも補完する法的義務として、あるいは裁量の法的権限を越えるような法的義務として、原理考慮義務を提示しえたわけではない。原理考慮義務はたしかに端的に道德的義務ではないが、しかしまた制度的背景をもった法的義務でもない。法倫理的原理もたしかに端的に道德的規範にすぎないのではないが、他方また制度的背景をもった法規範でもない。とはいえ、それらはたしかに法にとって必然的な理念として要請されることが示される可能性はあるといえよう。問題は、そうした法倫理的義務や法倫理的規範を、制度的背景をもった法的義務や法規範に対して、どこまで尊重すべきかということである。これは規範的論証の問題である。しかし、規範的論証が可能であるためには、少なくとも判決の可能な限り合理的な根拠づけを必要とするような正当性主張が法にとっての概念必然的な理念なしに要請でありうることを示さなければならないのである。

(1) R.Dreier, Begriff, S.103.

(2) 第一節注(8)参照。

(c) Vgl. Dreier, op.cit., S.103; Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, Rechtstheorie Beihet 1, 1979, S.67-68. ハンターは「リ・マッカー (Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956)」M・リッペン (Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, 1979)」C・W・カーナリス (Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969) などを挙げている。なお、評価法学については、むしろ「あたり」vgl. K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S.118-125. ちなみに「ラレンツは、ヘッサーやクリーレなどの「絶対的懷疑論」(法的論証を直観などの別の方法で発見される決定を後から正統化する道具とみなす)や、フィーベクやペルルマンのトピックやレトリック(決定の正当性ではなく受容可能性を問題にするにとどまる)と対比して、アレクシーの法的議論の理論を積極的に評価している (Larenz, op.cit., S.154)。

(4) Vgl. Dreier, op.cit., S.105. 一九五八年の連邦憲法裁判所の「リュート判決」Lüth-Urteil 以来の価値秩序判決をめぐる論争を「アレクシーは、立憲主義とリীগアリズムとの論争と捉え、その基本的な(リীগアリズムのほうからみた)対立点を次の四点に要約している。①「価値」対「規範」②「衡量」対「包摂」③「憲法の偏在性 *Allgegenwart*」対「単一の憲法の独立性」④「憲法裁判所の憲法守護における全能」対「憲法の枠内での民主的立法者の自律」(Alexy, Rechtssystem und praktische Vernunft, Rechtstheorie 18, 1987, S.406)。」これに対して「アレクシーは、「価値理論の支持しがたい想定を除去して、価値理論を原理理論として再構成する」試みを展開する (Alexy, op.cit., S.407)。」それは、規範を原理と準則とに区別する形で①の対立を調停し、③および④の対立のそれぞれの一面性をしりぞけるといふ形をとることになる。なお、連邦共和国の「基本権解釈学の総論」*allgemeiner Teil der Grundrechtsdogmatik*を展開するものとして、Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985.

(5) R. Dworkin, Taking rights seriously, 1977, p.17, 38-41.

(6) Dworkin, op.cit., p.24-26.

(7) Dworkin, op.cit., p.26-28.

(8) Dreier, op.cit., S.103.

(9) Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, S.64f.

(10) Alexy, op.cit., S.68-71.

(11) Alexy, op.cit., S.72-79.

- (12) Alexy, op.cit., S.78f.
- (13) Alexy, op.cit., S.80; auch vgl. ders, Kritik, S.21: Theorie der Grundrechte, S.75f. また、準則と原理は「現実的当為」*reales Sollen*と「理念的当為」*ideales Sollen*として区別される。原理は理念的当為として可能な限りの現実化を要請することになる。アレクシーによれば、衝突解決様式の差異による基準よりもこの当為様式の差異の基準のほうが優れている。というのは、後者は前者をよりよく説明するだけでなく、絶対的な様式で定式化される原理をも含むことができるからである、とす (Alexy, op.cit., S.82)。原理を「最大化命令」として特徴づけることに對しては批判もある。例えば、K.Günter, Der Sinn für Angemessenheit, 1988 S.268-276. ギュンターによれば、原理を最大化命令として特徴づける場合、原理は「目的論的」teleologischな構造をもつものとして、つまり他の目的や価値との比較によって制限されうる目的や価値として理解され、その「義務論的」deontologischな性格は弱められることになる。このような特徴づけにおいては、たとえば基本権は政策的目的と比較衡量されうる一つの価値として位置づけられるにすぎなくなる。原理を厳格な普遍化可能性の要請によって吟味される規範、他方価値を「集合的な欲求解釈」として位置づけて、両者を区別し、前者による後者の批判可能性を保持しようとするギュンターのこの批判は重要であるが、ここでは立ち入ることができない。

- (14) Dreier, op.cit., S.103.
- (15) Dworkin, op.cit., p.31-39.
- (16) Dworkin, op.cit., p.39-45.
- (17) Dworkin, op.cit., p.40, p.126. なお、ドライヤーは、ドゥオーキンの原理を四つの種類に区別している。①ある法体系の憲法や法律のうちに明示的に規定されている原理、②明示的に規定されていないが、法律や先例や法慣習や解釈学的見解等の形で「制度的支え」によって、法的に妥当するものとして認定されうる原理、③十分に確認できる制度的支えをもたないが、「政治的道德」あるいは「共同体道德」の構成要素であるため、先例に優位する力をもち、この限りでその内容からして法的に妥当する原理、④その法体系の憲法や道德的政治的基礎原理によって法的決定の正統な根拠としては排除されておりしたがって法的妥当から排除されている原理の四つである (Dreier, op.cit., S.106)。
- (18) Dreier, op.cit., S.107.
- (19) Dreier, op.cit., S.104.
- (20) Dreier, op.cit., S.107.
- (21) Vgl. H.-J. Koch, Zur Methodenlehre des Rechtspositivismus. Das Prinzipienargument. Eine methodische Widerlegung des

Rechtspositivismus?, in ARSP Beiheft 37, 1990, S.161.

- (22) Dreier, op.cit., S.105.
- (23) Alexy, Kritik, S.22.
- (24) Krawietz, Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?, S.223f.
- (25) Hoerster, Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, S.2482.
- (26) Dreier, Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?, S.380.
- (27) Dreier, op.cit., S.379.
- (28) Dworkin, op.cit., p.81.87. この意味では、ドゥオーキンにおいては「権利テーゼ」は重要な意味をもっているが、ドライヤーはこれについては触れていない。クラヴィエツは、ドライヤーがドゥオーキンに触れながらその法理論にとって核心的な意味をもつ権利理論に言及しないのは正当ではないと批判する (Krawietz, Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?, S.213f)。たしかに、ドゥオーキンの議論を原理論証として再構成するとすれば、その論証の根拠づけの中核をなすであろう「権利テーゼ」に触れないのは中途半端であろう。もっとも、ドライヤーは法をさしあたり規範および規範体系として理解しようとしており、この意味では権利はさしあたり度外視されることになる (Vgl. Dreier, Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?, S.373f)。ただし、法を規範中心に捉えるかそれとも権利中心に捉えるかあるいはまたその他の接近をとるかは、また別の問題である。
- (29) Dworkin, No right answer?, in Law, morality, and society Essays in honour of H.L.A.Hart, 1977, p.58-84 (Is there really no right answer in hardcases?, in A matter of principle, 1985, pp.119-145). なお、井上達夫「法の存在と規範性——R・ドゥオーキンの法理論に関する一註釈」(上原行雄・長尾龍一編『自由と規範』一九八三年、所収)は、ドゥオーキンの法理論の眼目は、たんに準則と原理との区別によって法実証主義の法モデルを修正する点にあるのではなく、権利義務関係についての真である法命題を見出すために、「現存法」の観念を批判する点にあり、こうしてドゥオーキンの法理論は法実証主義の法モデルに対する「根本的な次元での挑戦」を孕むものである、とする。なお、井上「規範と法命題——現代法哲学の基本問題への規範理論的接近——」(一)〜(四・完)、『国家学会雑誌』第九八巻第一・一二号〜第百巻第三・四号)は、ドゥオーキンの法命題理論の豊かな射程を、規範の意味論的分析を通じて析出しようとする。
- (30) Dworkin, Law's empire, 1986. ここでは、たとえば次のようにいわれる。「統一性としての法によれば、「権利義務関係についての」法命題が、共同体の法的実践についての最善の構成的な解釈を与えるような、正義や公正やデュー・プロセスなど

の諸原理に一致するか、あるいはそれらの諸原理から導出されるような仕方では形成される場合には、その法命題は真である」(op.cit., p.225)。なお、最近までのドゥオーキンの法理論と政治理論との関連を説明しようとするものとして、旗手俊彦『正義のフューリヤ』の法哲学』(一九九一年)を参照。

- (31) Alexy, Kritik, S.18.
- (32) Alexy, op.cit., S.19.
- (33) Alexy, op.cit., S.21.
- (34) Alexy, op.cit., S.21-23.
- (35) Alexy, op.cit., S.23.
- (36) Alexy, op.cit., S.23f.
- (37) Alexy, op.cit., S.24f.
- (38) ただし、ドゥオーキンについては、前出注(29)を参照。
- (39) 一九世紀中葉から一九六六年までのイギリスの「厳格な先決例拘束の原理」については、田中英夫『英米法総論 上』(一九八〇)一五八―一五九頁、一八四頁を参照。厳格な先決例拘束主義が制定法実証主義と同様の機能をもつことについては、加藤新平『法哲学概論』(一九七六)二五八頁を参照。もっとも、田中『英米法総論 下』四七九頁によれば、厳格な先決例拘束の原則のもとでも、先例の基礎となった事実関係と裁判所が現に直面している事件の事実関係とは同一ではないとする「区別」(distinguishing)の技術の駆使によって、判例法が発展させられていった例が少なくない、という。
- (40) Kelsen, Reine Rechtslehre, 2.Aufl., S.249f.Hart, op.cit., p.200-201.
- (41) Koch, op.cit., S.157, 160.
- (42) Koch, op.cit., S.157.
- (43) Koch, op.cit., S.157, 160.
- (44) Koch, op.cit., S.161. かつ、この批判はドライヤー批判としてなされているが、いうまでもなくアレクシーにも向けられている。
- (45) 前出注(28)および(30)を参照。
- (46) Dworkin, Taking rights seriously, p.81, 87.
- (47) Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, S.87.

(48) Vgl. Alexy, op.cit., S.84. また、第四節注(23)を参照。

第四節 正当性論証

一 アレクシーの正当性論証

結合テーゼを支持するアレクシーの〈正当性論証〉は、「法体系を手続の体系としても把握しかつたたとえば裁判官のような関与者の視点から考察する場合に、法と道德との間に少なくとも理念的な概念必然的関連が存在するかどうか」という問題に肯定的に答えようとするものであり、したがって法にとって一定の正当な道德との結合が概念必然的な理念であることを示そうとするものである。すでに触れたように、この論証は〈主張理論〉〈原理理論〉〈討議理論〉の三つの理論から構成される。このうち〈原理理論〉については前節で検討した。それは、法倫理的原理の包含が法にとって必然的な理念であること、そうした原理が一つの整合的な道德体系を構成することが法にとって必然的な理念であることを示そうとしたのであった。ところで、〈原理理論〉は、一方で根拠づけという点では〈主張理論〉に依存し、他方でいかなる整合的な道德体系が法の必然的理念に適合的であるかという点では〈討議理論〉をまつものである。本節ではこれらの点を検討する。しかし、すでに前節で検討したところからすれば、〈主張理論〉の論証は不十分なものであることが予想されるのであり、さらにその可能性を探り、その意義を見定めることが本節の課題である。ともあれ、まずはアレクシーの議論をみることにしよう。

- (1) アレクシーの〈正当性論証〉全体の根幹をなすのは〈主張理論〉である。主張理論は次のように定式化される。

「主張理論は、個々の規範および個々の法的決定も、また全体としての法体系も、必然的に正当性主張を掲げる、というものである。この主張を明示的にであれ黙示的にであれ提起していない規範体系は法体系ではない。この限りで、主張テーゼは定義的な意味をもつ。この主張をたしかに掲げてはいるが実現していない法体系は、法的に欠陥のある法体系である。この観点においては主張理論は資格づけ的な「理念的な」意味をもつ。主張理論がもっぱら資格づけ的な意味をもつのは、個々の法規範および個々の法的決定についてである。これらは、正当性主張を掲げていないかあるいは実現していない場合、法的に欠陥のあるものとなる。⁽²⁾」

この主張テーゼの論証のために、アレクシーは二つの手続ないし行為を取り上げる。⁽³⁾一つは法体系全体の正当性主張に関わる手続ないし行為、つまり憲法制定行為であり、もう一つは個々の法的決定の正当性主張に関わる手続ないし行為、つまり判決行為である。アレクシーによれば、これら二つの行為は必然的に正当性主張を掲げている。その論証は、これら二つの行為を言語行為として捉え、その言語行為の命題的部分において正当性主張を明示的に否定しているような事例(①「Xは主権をもち、連邦制をとる、不正な共和国である」②「被告人を、これは現行法の誤った解釈の結論であるが、終身懲役刑に処する」)を分析する、ということに基づいている。これらの事例における言語行為は決定的な誤謬を犯しているが、その誤謬はいかなる誤謬なのか。たとえば、少数者が多数者を支配する社会において新しい憲法が制定されるとして、その憲法の第1条項が①であるとする、アレクシーによれば、この条項の決定的な誤謬は、支配目的に反するという技術的なものでも、たとえばその不正が人種差別を含むといった道徳的なものでも、また憲法文書作成に関する慣行に反しているといったものでもない。憲法条項の国家規定の中に「不正な」という文言を正直に含めることが少数者の支配目的に反するというのであれば、場合によっては(たとえば新憲法によって打ち立てられる国家が王政を打倒して形成されるが、国民の大多数がいまだに前王を敬愛し、王政を支持している場合)、「共和国」という規

定を含めることも支配目的に反する技術的な誤謬でありうることを説明できない。また、①が道徳的誤謬を犯すものだとするれば、この①から「不正な」を削除して、第2条項で人種差別原理を規定したとしても、道徳的誤謬を犯すという点では差異はないことになる。さらに、憲法文書作成上の慣行的誤謬であるとする、たとえば「Xは正義に適用国家である」というのが冗長な規定であり、こうした慣行に反するものとなることを説明できない。したがって、この①が犯している決定的な誤謬は概念的なものである、とアレクシーはいう。この誤謬の性格は、「Xは正義に適用国家である」という規定が冗長であるということから理解される。この規定が冗長であるということは、憲法の国家規定において、あるいは憲法制定行為一般において、それが「正義に適用」という主張はその行為自体につねにすでに同時に含まれている、ということの意味する。憲法制定行為としての言語行為は、「遂行的に」*performative* あるいはその言語行為の「発話内行為」*illocutionary act* の部分において、つねに同時に正当性主張を提起している⁽⁴⁾。①は、この憲法制定行為が必然的に「遂行的に」掲げている正当性主張を、その命題的部分で否定するものである。この意味で、①は「遂行的矛盾」*performativer Widerspruch* を犯しているのだ⁽⁵⁾、というわけである。アレクシーは、同様の分析によって、②が同じような遂行的矛盾を犯すものであるとする。それは、判決を下すという制度的行為が遂行的に掲げている正当性主張に、その命題的部分の内容が矛盾している、というわけである。こうして、これら二つの例から、「ある法体系への関与者は様々な局面で必然的に正当性の主張を掲げている」と帰結されるのである⁽⁶⁾。

(2) 以上の〈主張理論〉について、正当性主張が法と概念的に関連するとしても、それは道徳的含意を含まないトリヴィアルな内容をもつにすぎない、というありうる批判に答えるために、アレクシーは〈原理論証〉を展開することになる⁽⁷⁾。逆にいえば、〈主張理論〉が十分説得的であるとすれば、前節でみた〈原理理論〉も根拠づけられたことになる。つまり、何らかの整合的な道徳体系を構成するような法倫理的諸原理を含むことが法にとって必然的な理念で

ある、この意味で法と道德との間には必然的な関連がある、ということとは根拠づけられたことになるわけである。しかし、それがいかなる道德体系であるかについては、〈討議理論〉において展開される。

アレクシーによれば、正当性主張はその主張についての根拠づけ可能性の主張を同時に含むが、一般に、あることを根拠づけようとする者は、少なくともその根拠づけに関して、それが「他者にとっても対等の立場で受容可能である」こと、また「自分の主張は根拠づけのその都度の名宛人に対してだけでなく、それを越えて万人に対しても擁護しうる」こと、これを主張する⁽⁸⁾。この対等性と普遍性の要請は、「普遍化可能性の理念に依拠する手続的倫理学つまり討議倫理学 Diskursethik」の基礎を構成するものである⁽⁹⁾。ところで、〈主張理論〉によれば、判決行為は必然的に正当性主張を提起し、したがってまた判決の根拠づけ可能性の主張を提起する。裁判判決手続も主張と根拠づけをめぐる議論 Argumentation の一つ、「法的議論 juristische Argumentation」である。したがって、この「法的議論は一般的実践的討議 allgemeiner praktischer Diskurs の特殊事例である」というテーゼ（「特殊事例テーゼ Sonderfallthese」）が正しいとすれば、討議倫理学が、「正当性、根拠づけ、普遍化可能性という諸概念のうちに打ち立てる連関」は、法的議論についてもあてはめることができる⁽¹⁰⁾。つまり、法と普遍主義道德（基本権と民主主義原理とに実定法的表現を見出しているときれる）との間の理念的な必然的関連が打ち立てられたことになる、というわけである⁽¹¹⁾。

二 主張理論の検討

以上のアレクシーの〈正当性論証〉は法と道德との関係の問題にもう一つの新しい光を投げかけるものである。それは、〈関与者の視点／手続体系としての法〉という概念枠組の下で、法と正当な道德との間に少なくとも理念的な意味での概念必然的連関が存在することを論証しようとするものである。しかし、この論証は、とくにその根幹をなし

ている〈主張理論〉は、実証主義的法概念を分析的に突き破るのに成功しているだろうか。ここではこの問題を検討しよう。〈主張理論〉は関与者の視点をとるから、ここで検討の試金石とするのも分析的な法実証主義の法概念である。

まず、指摘しなければならないのは、アレクシーのいう正当性主張はかなり一般的な正当性の主張として考えられている、ということである。たとえば、〈主張理論〉で分析される判決行為の正当性主張はさしあたり〈現行法の解釈の正しさ〉の主張であるが、〈原理理論〉において問題となる判決行為の正当性主張は、既存の法規範の解釈適用によつては決定できないハードケースにおける判決行為の正当性主張である⁽¹²⁾。このことは、アレクシーにおいては、判決行為の正当性主張は様々な具体的な内容をもちうる一般的なものとしてさしあたり考えられていることを示すであろう。憲法制定行為の正当性主張が一般的なものとして考えられていることは、〈主張理論〉における分析からも明らかである。つまり、それらの正当性主張は形式的な正しさのみならず実質的な正しさをも含みうるようなものとして考えられている。判決や憲法制定行為はこうした一般的な正当性主張を必然的に掲げており、その明示的な否定は一般的に〈遂行的矛盾〉を必然的に帰結する、ということになる。もちろん、アレクシーは、別のところでは、法的議論における正当性主張は、一般的実践的討議における主張とは異なつて、問題となつてゐる規範的言明が端的に理性的であるということに関わるのではない、としてゐる⁽¹³⁾。それでも、ここでの正当性主張はかなり一般的な性格を与えられており、法実証主義はこの正当性主張の提起の必然性が法概念によつて決定的な必然性であるかどうかという点で異論を提起しうるであらう。判決行為や憲法制定行為においては様々な主張が掲げられている。それらのうち、判決行為や憲法制定行為によつて概念必然的な、あるいはそれらが判決行為や憲法制定行為であるために最小限必要な主張は何であるかを分析しなければならない。

- (1) まず判決行為から検討しよう。判決はもちろん様々な主張を提起しうる。それらのなかには、判決行為として

成立するために不可欠なという意味で必然的なものもある。たとえば、それは名宛人に理解されなければならないから、そうした言語的理解可能性を主張しているはずである。また、判決は何らかの事件に関するものである以上、その事件における事実の認定について真理性（ないし蓋然性ないし信憑性）を必然的に主張するであろう。⁽¹⁴⁾しかし、ここで問題なのは正当性の主張であり、そうした主張は判決にとって概念必然的であるかどうかである。アレクシーが「主張理論」で分析している例を取ってみよう。判決は「現行法の正しい解釈の帰結である」という主張をつねに必然的に提起すると言えるだろうか。この主張が有意義であるためにはいくつかの制度的前提が必要である。それは、たとえば立法府によって制定された法規範が存在すること、裁判官はそれを正しい解釈に基づいて適用する義務を負うこと等を前提する。これは分析的法実証主義も認めるであろう前提であり、したがって先の主張はこの立場からも判決にとって必然的な主張とみなされうる。しかし、たとえばルール懷疑主義的な状況が一般的であると想定するならば、この主張は無意味となるであろう。そのような状況においては判決を拘束する既存の規範は存在しないことになるからである。あるいはまた、レトリック法理論や純粹手続的正義論に依拠する裁判理解においては、この主張のレリヴァンスは低いものとみなされるかもしれない。レトリック法理論においては、判決にとって重要なのは、現行法の正しい適用であることよりも、むしろ説得的な理由づけが与えられていることであり、⁽¹⁵⁾純粹手続的正義論に依拠する裁判理解においては、判決が実体法の基準に一致していることよりもむしろ一定の手続の結果であることが重要となる⁽¹⁶⁾だろう。このことは、判決の正当性主張の必然性は何らかの制度的前提やそれについての理解に依存する、ということの意味するであろう。それだけではない。この議論を突き詰めれば、何らかの実質的正当性を主張することすら、判決が判決として成立するためには不可欠なことである、とは言えないかもしれない。裁判官が結審の後、「Aをこれこれの刑に処する」と言った後、「しかし、これは不正である」と付け加えたとしても、それは直ちに判決であること

をやめるわけではない。ここから、法実証主義は「Aをこれこれの刑に処する」と「これは道徳的な意味も含めて正しい」ということとの区別に依拠しうるのである。⁽¹⁷⁾ おそらく、いかなる状況においても判決に必然的な主張は、少なくとも裁判制度だけは前提する、〈これは判決である〉という主張であろう。裁判官が結審の後、「Aをこれこれの刑に処する、しかしこれは判決ではない」と言明するとすれば、そこには致命的な混乱が存在することになる。この言明はその判決行為自体の制度的前提に端的に矛盾するのである。これ以上の判決の主張の必然性は別の制度的その他の前提に依存することになる。

さて、事情が以上のようなものであるとすれば、〈主張理論〉は実証主義的法概念を突き破るための〈原理理論〉を十分に根拠づけえたとはいえないであろう。もし判決にとって一般的な正当性主張を掲げることが必然的な理念であるとすれば、可能な限り合理的な根拠づけを与えることがその同様に必然的な理念であることになり、こうして原理考慮義務が必然的義務として導出されることになる。しかし、この場合必然性には二種類あり、そのうちの一つは制度的背景をもっているという意味での必然性であり、他方は判決を制度的な法的手続でありながら同時により広い合理的な根拠づけが要請されるとした場合の必然性である。法実証主義は前者の必然性は認めるとしても、後者の必然性をも認めるとは限らない。たとえば、規範記述義務は制度的背景をもった義務であり、したがってこの義務をみたしていない判決は直ちに判決であることをやめるわけではないとしても、制度的な意味で法的に欠陥のある判決であることになる。これに対して、原理考慮義務は制度的背景をもたない限り、法制度的な意味での必然的義務ではなく、この義務をみたしていない判決は判決であることをやめないだけでなく、制度的な意味で法的に欠陥のあるものとなるわけではない。それは、前節で触れたように、せいぜい法倫理的な意味で法的に欠陥をもつにすぎない、というべきであろう。とはいえ、この義務はまったく法的な意味をもたないわけではなく、まさにそれが判決という法的手続に関

わりうるという意味では、少なくとも法的な意味をたしかにもちうるのである。しかしながら、そのように言えるためには、判決の主張に広い意味での正当性の主張を含めるべきことが論証されなければならない。そして、それはアレクシーの遂行的矛盾を指摘する議論では十分とはいえないのである。アレクシーは、判決にとって正当性主張を掲げることは定義的な意味で必然的だというのではなく、理念的な意味で必然的だとするのであるが、この〈理念的な意味で必然的〉というのも、いま述べた二種類の意味がありうる。この区別を軽視して、原理考慮義務を端的に法的義務として説明するならば、その議論は、判決の主張を同時にはじめから何らかの道徳的な主張をも含むものとして前提し、そこから判決における法と道徳との必然的関連を導くという、一種の論件先取りを犯すことになるのである。

(2) では、法秩序全体についての〈主張理論〉はどうだろうか。アレクシーは法秩序の定義的メルクマールを正当性主張の有無にみるわけだが、この法秩序概念が観察者にとっても必然的であるとは言えないことはすでに触れた。それでも、アレクシーの論証戦略からすれば、結合テーゼの何らかの概念的必然性が示せるならば、少なくとも法と道徳との必然的関連をいかなる意味でも否定する一般的な形態の分離テーゼは論駁されたことになるから、少なくとも関与者の視点において法秩序と正当性主張との必然的関連が示せればよいことになる。しかし、それは果して成功しているか。

問題は、憲法制定行為あるいは法秩序創設行為が何らかの主張を掲げているとして、その行為に概念的に必然的な主張はどのような主張か、ということである。ここでも、アレクシーはかなり一般的な正当性主張を想定している、といえる。たしかに、法秩序創設行為にはそれをまさに法秩序創設行為たらしめる制度的前提というものはない。したがって、その行為において何が必然的な主張であるかを確定する制度的に明確な基準はない。しかし、この場合にも、一般的な正当性主張を帰属させるだけでは、あらかじめその行為を同時に端的に道徳的な行為として前提してし

まうことになるだろう。その議論が実証主義的法概念を突き破りうるかどうかの検討のためには、実証主義的法概念においては法秩序創設行為はどのような主張を掲げることになると考えられるかを推測してみることが便宜である。

第三節の議論が適切だとすれば、分析的実証主義的法概念においては、法秩序はとりわけ国家の実効的な合法性の体系である。とすれば、法秩序創設行為はどのような実効的な合法性の体系の創設であり、それが何らかの主張を掲げるとすれば、そのもっとも基本的な主張は「この時点以後そのような合法性の体系が妥当し、実効的に保障される」ということであろう。ここでは、関与者が問題だから、この主張は憲法制定権力が以後その国家ないし法秩序の成員となるべき住民に宛てるものと考えてよい。このような合法性の体系の実効的保障という基本的な主張の一つの定式をフラーが与えている。「統治者は市民に次のように言う。『これらは、諸君が従うことを我々が期待するところのルールである。もし諸君がこれらに従うならば、これらのルールが諸君の行為に適用されるルールであることを、我々は諸君に保障する。』この相互性の紐帯が統治者によって最終的にかつ完全に破壊されるときには、そのルールに従う市民の義務を根拠づけるものは何も残っていない。」⁽¹⁸⁾この統治契約的定式は必要な修正を加えれば合法性の体系の実効的保障の基本的主張のモデルとすることができであろう。すでに触れたようにヴェーバーによれば合法的支配も正統的支配の三つの理念型のうちの一つであるから、合法的体系の主張も一つの正統性の主張である。しかし、実証主義的法秩序概念においてはそれ以上のあるいはそれ以外の正統性主張は必然的ではない、ということになるであらう。

アレクシーの「盗賊団の秩序」においては準則体系が成立しているから、明示的ではなくとも黙示的に、合法性の体系としての主張が含まれていると考えてよい。支配者たちがこれを明示化することにし、たとえばフラーの定式を用いたとする。彼らは正直なためこの定式に「この秩序は不正である」という条項を含ませたとした場合でも、彼

らはその秩序を〈法秩序〉たらしめることに概念的に失敗したとは必ずしもいえない。実をいえば、アレクシー自身、〈盗賊団の秩序〉が法秩序であるかどうかについては異論の余地があるとしており、〈支配者の秩序〉への移行については、盗賊団はその秩序が長期的にみて合目的ではないことに気づき、正統性を獲得しようとする、という説明を与えている。⁽¹⁹⁾つまりこれら二つの秩序の間の区別は、経験的論証にも依存するのである。とすれば、法秩序創設行為には一般的な正当性主張が定義的な意味で概念必然的に帰属するというアレクシーの議論も、以上の限りでは、実証主義的法概念を分析的に突き破ることに成功しているとは必ずしも言えないことになるのである。

三 主張理論の可能性

アレクシーの〈主張理論〉は一般的な正当性主張の概念を前提している限り、一般的実践的討議における主張と同等ではないにしてもかなり広い正当性主張をはじめから判決や憲法制定に帰属させることになり、一種の論件先取りの構造をもっている。その限り実証主義的法概念を分析的に突き破ることに成功しているとはいえないのである。それでは、主張理論は法と道德との関係の問題についてまったく分析的な意味をもたないのであるか。以下では、その可能性を探ってみよう。ここでは、判決行為や憲法制定行為の最小限の主張を分析し、それらがすでに何らかの最小限の道德的な意味を含んでいることを示す、という方途をとることになる。

(1) すでに触れたように、判決がその発話内行為において何らかの主張を掲げているとすれば、その最小限のしかし決定的に必然的な主張は「これは判決である」というものであろう。しかし、判決はそもそもそのような主張を含んでいるのかどうか問題となりうる。判決が判決であることは裁判制度を前提し、そしてこの前提が存在するとき判決は端的に判決なのであって、それは「判決である」という主張を含むものとことさらに考える必要はないかもし

れない。ましてや、判決はそのような主張を掲げて、それが根拠づけられることによって、あるいはさらにそれが受容されて、はじめて判決として妥当する、というわけではないとされるかもしれない。しかし、たとえば「Aをこれこれの刑に処す」という言明が判決として失敗する例（たとえば民事裁判の結審の後に言明される場合）を考えると、この場合、この言明には「判決である」という主張は含まれているが、それが一定の制度的前提に一致しないがゆえに、それは判決として失敗しているのだと考えられる。この点を考慮すると、判決は一般に「判決である」という主張を掲げており、それが一定の制度的前提に一致していることによってその主張がみだされる、と考えることは不可能ではない。したがって、判決において、何らかの主張とその根拠づけとは概念上区別されうる。これに対して、その主張の事実的受容は判決が判決であるための必要条件ではさしあたりない。

判決行為が必然的に掲げると考えられる「これは判決である」という主張は、その決定的な性格を変えることなく、たとえば「服従せよ」とか「妥当する」といった主張に言い換えることができる。これらの主張の場合にも、それを命題的部分において明示的に否定するならば致命的な遂行的矛盾が生じる。これに類似した主張は存立する規範も掲げている。たとえば「遵守せよ」とか「妥当する」といった主張が、存立する規範には默示的にしかし必然的に含まれているのであって、それがその規範命題において明示的に否定されているならば、それは存立する規範としての意味を実現することができない。個々の法的決定や法規範に含まれているこの種の主張は、それらの法的決定や法規範としての存立に関わる決定的な主張であるという点で、基本的に同種のものである。この主張を、決定であるかあるいは規範であるかといった差異に応じた意味論的差異を捨象するために、ここでは〈妥当性主張〉 Geltungsanspruch と呼ぶことにする。⁽²⁰⁾

しかし、妥当性主張を再び一般的な意味に理解してはならない。判決の妥当性主張は制度的コンテキストにおいて

成立し、制度的コンテキストを前提しなければ、その判決としての意味は成立しえない。判決が判決として成立するのはこの制度的コンテキストにおいてであり、この制度的コンテキストのルールに適合していることによってである。したがって、判決が判決としての主張を掲げているということは、同時にこの制度的コンテキストのルールに適合していることの主張を掲げている、ということの意味する。それは、判決の妥当性主張が、この制度的ルールへの適合性によって根拠づけられうるという主張である。判決のもっとも基本的な根拠づけ可能性主張は、判決行為を端的に判決行為として成立させる制度的ルールへの適合性の主張、つまりそのルールによって権威づけられている、あるいは授權されている、という主張である。判決の妥当性主張は基本的にこの権威によって根拠づけられうる。それは他の形態の根拠づけられないし正当化なしにでも、さしあたり判決を判決として成立させることができる。判決にいたる手続に瑕疵があっても、判決内容が当事者にとって満足のいくものでなくても、またそれが現行法の正しい適用でなくとも、少なくともこの権威的根拠によって、判決は判決としてさしあたり成立しうるのである。同じことは個々の法規範についても言えるであろう。この場合、たとえばその権威的制定性がその妥当性主張の根拠となる。したがって、存立する法規範はたとえば権威的制定性による基本的な根拠づけ可能性を同時に必然的に主張していることになる。

以上からすれば、判決は基本的にしかも必然的に「妥当性主張」と権威的な「根拠づけ可能性主張」を掲げていることになる。また、これら両者を含めて、基本的なあるいは狭義の「正当性主張」と呼ぶことができる。というのは、妥当性の主張が権威的に根拠づけられうるという主張は、それ自体一つの正当性主張だからである。この正当性主張の必然性は定義的である。この主張が掲げられていない場合には、それはそもそも法的決定としての性格をもたない。実際の判決はこの主張だけではなく、その他に様々な主張を同時に掲げている。現行法の正しい適用であること、判決にいたる手続に瑕疵がないこと、等々。これらは権威的根拠づけとは異なっており、判決そのものを端的に成立させる

ことに関わる根拠づけではないから、さしあたりそれらを一括して〈実質的根拠づけ〉と呼ぶことができる。判決の正当性主張にこれらの主張をも含める場合、それは広義の正当性主張である。判決は、この広義の正当性主張を掲げていない場合がありうるが、〈妥当性主張〉とその〈権威的根拠づけ可能性主張〉とだけからなる狭義の正当性主張はつねに掲げている。アレクシーが、定義的な意味で判決が掲げるわけではないとする正当性主張は広義の正当性主張とみなすことができる。ところで、立法府の存在を前提すれば、判決はこの立法府の権威的決定によって制定された規範の適用であることの主張を、つまりその妥当性主張はそのような規範への適合によって根拠づけ可能であることの主張を提起しているであろう。分析的法実証主義はこれを認めるであろうから、これを含めて判決の最小限の根拠づけ可能性主張を考えることもできる。なお、〈妥当性主張〉と〈権威的根拠づけ可能性主張〉と〈実質的根拠づけ可能性主張〉についての以上の議論は法規範についても言えるであろう。

さて、実証主義的法秩序概念において法秩序創設行為の最小限の必然的な主張は、合法性体系の保障の主張であった。この所見が的はずれでないとすれば、この主張はこの合法性の体系が以後妥当することの主張を含んでいる。したがって、法秩序創設行為も必然的に〈妥当性主張〉を掲げている。この主張も根拠づけられうるものでなければならぬ。ここでは、最小限の根拠づけは〈合法性の保障〉によるであろう。合法性は、権威的に制定された一般的規範が妥当し、権威的に根拠づけられた個々の決定がこれらの規範に合致することによって妥当することを意味するとすれば、基本的には先の分析における狭義の正当性主張と決定の規範適合性の主張（この規範はさしあたり権威的に制定されたという性格によってのみ規定される）とだけから構成されるから、個々の法規範や法的決定の狭義の正当性主張以上のものを基本的に含まない。にもかかわらず、この根拠は実質的な性格のものである。法秩序創設行為の妥当性主張はもはや形式的な権威的根拠によっては正当化されえないから、実質的に根拠づけられるしかない。そしてこの実質

的な根拠が、ここでは基本的に権威的根拠だけからなる合法性の保障なのである。合法性への信頼だけがこの秩序の正統性を構成するのである。そして、実証主義的法概念からすれば、法秩序全体はこの〈妥当性主張〉と〈合法性保障〉による根拠づけ可能性主張とを必然的に掲げざるをえない、ということになる。しかも、実証主義的法概念にとっては、この二つの主張は法秩序全体にとって定義的に必然的であるということになるであろう。ここでも、これら二つを結合して法秩序全体の狭義の正当性主張と呼ぶことができる。もちろん、実際の法秩序はその他に実質的な正当化の根拠を掲げているであろうが、それらは実証主義的法秩序概念にとっては必然的であるわけではないということになる。

(2) 以上の議論に大きな誤りがないとすれば、個々の法規範や法的決定も、そして秩序全体としての法も、定義的な意味で概念必然的に、妥当性主張と最小限の根拠づけ可能性主張とを掲げている、といえるであろう。ところで、これまでのところでは主張の名宛人を考慮に入れてこなかった。これを考慮に入れることによってこの主張の意味するところをもう少し分析しよう。

狭義の正当性主張は、その概念的内容からして、名宛人に対して、妥当性主張の根拠に基づく受容を要請している。もちろん、実際の受容はそれ以外の様々な動機づけをもちうる。しかし、ここで問題なのは、個々の法規範や法的決定や法秩序全体の狭義の正当性主張がその概念的内容からして含意している要請である。たとえば、判決はその名宛人（さしあたり当事者と執行者、さらに間接的には第三者）において判決内容をなしている何らかの事態が生じることを意図している。判決はこの事態を因果的連関において直接生ぜしめるわけではなく、名宛人に対する何らかのはたらきかけを通してその事態が生じることを意図している。もちろん、判決はたとえば一定の契約を端的に失効させるのであって、事実上の受容をまっぴらその契約の失効が法的に生じるのではないが、法的世界は独白によっても成立するよ

うなたんなる意味の世界ではなく、その契約の失効が実践的に意味をもつのはその名宛人においてその意味が理解されるということによってである。判決の妥当性主張はそのようなものとしてその意味が理解されることを要請しているのである。さらに、判決の妥当性主張による名宛人へのはたらきかけにおいて問題になっているのは、判決の判決であることそのこと、あるいは判決が判決として妥当することであって、他の何らかの目的のために判決を媒介的手段として判決以外のことを行うことではない。換言すれば、判決の妥当性主張は、判決の判決としての意味が名宛人に理解されることに基づいて、さしあたりこれのみに基づいて、名宛人に一定の事態が生じることを意図しているのであり、判決の判決としての意味以外の、それとは別の目的たる意味が名宛人において理解されることに基づいて、名宛人に一定の事態が生じることを意図しているのではない。したがって、名宛人が理解するよう求められているのは、たとえば判決を無視することがもたらすかもしれない害悪ではなく、判決の判決としての客観的意味である。判決は名宛人に対して、恐怖や尊敬といった主観的感情に基づいて受容することではなく、判決の判決としての客観的意味の理解に基づいて受容することを要求しているのである。ところで、こうした判決の判決としての客観的意味は制度的コンテクストに依存し、したがって判決は少なくともこの制度的コンテクストのルールに適合していることによって判決として成立するのであった。そして、このことは判決はその根拠づけ可能性の主張を伴うことを意味した。したがって、判決はその概念において、その妥当性主張の根拠に基づく受容を名宛人に要請している、ということができる。この意味の理解と根拠に基づく受容の要請は、名宛人をそのような意味の理解と根拠による受容とが可能な存在、この意味において自由な存在として処遇する、ということを含意する。あるいは、主張とその根拠づけとそれによる受容という要素から構成される議論共同体の成員として処遇する、ということの意味する、ということもよい。

さて、判決の最小限の根拠づけは権威的根拠づけであった。判決は権威的決定であり、それは名宛人に対しては不

服従を根拠づけうるような他の理由の考慮を排除する。ラズによれば、ルールや命令が権威をもつのは、それらがそれ自体一つの行為の理由であると同時に、不服従を根拠づけうるような他の理由の考慮を排除する行為理由（「保護された理由」protected reason）であることによつてである。⁽²¹⁾ 判決はいうまでもなくそのような理由となる決定である。

もちろん、判決のこの権威は根拠づけられなければならないのであるが、その根拠自体がさしあたり権威であるというところが、判決の最小限の根拠づけである。判決が判決として成立するためには、その妥当性主張の可能な限り合理的な理由による根拠づけが必要であるわけではない。しかし、権威的根拠づけはさらにその権威の根拠づけを必要とし、この根拠づけの連関は法秩序全体の妥当性主張の根拠づけにいたる。この最上位の権威自体の根拠はもはや権威ではありえず、実質的なもの、すなわちそれ自身の説得力によつて根拠たりうるものでなければならぬ。こうした実質的根拠がそれ以下のすべての権威的根拠を支えており、権威的根拠に実質的根拠の背景を与える。このことによつて権威的根拠はたんに権威的なのではなく、それは同時に実質的な根拠に貫かれている、といつてもよい。しかし、法秩序全体の最小限の根拠はさしあたり〈合法性の保障〉であつた。このことは根拠づけの連関を再び権威的根拠づけへといわば差し戻すことを意味する。こうして、法秩序全体は権威的根拠づけの連関として完結しているようにみえる。しかし、合法性の保障という根拠はそれ自体は依然として実質的根拠として機能することをやめるわけではない。このことがこの権威的根拠づけの連関を突き破る可能性を示している。法がその概念において含意する議論構造あるいは根拠づけ要請がたんなる合法性以上の正統性を要請すると言えるであろう。この要請についてはさしあたり経験的論証に依拠することができであろう。ハーバーマスによれば、「法そのものに内在する自立的で道德中立的な合理性が合法性を正統化する力の根拠であるというヴェーバーの想定は、確証されたわけではない。根拠づけを必要とする実定法の形式において行使される支配が正統性を獲得するのは、つねに、法の形式的様態に含まれるそ

の道徳的内容によってである。⁽²²⁾もしそうだとすれば、法の実質的根拠づけは合法性の保障だけではなく、さらにより実質的な内容を必要とするであろう。

以上の議論に大きな誤りがなければ、法はその狭義の正当性主張において定義的な意味で概念必然的に道徳と結びついていると言えるであろう。この法の根本的な道徳性はさしあたり形式的である。しかし、法のこの形式的な道徳性はそれ自身の概念のうちに何らかの実質的道徳との法の結びつきを展開する契機を孕んでいるといつてよい。この結合の必然性は、分析的論証を基礎としながらも、経験的論証を伴った規範的論証によって示されうる可能性がある。もちろん、この結合は定義的な意味での必然的な結合ではなく、理念的な意味での必然的な結合であると解すべきであらう。

(3) いまままでの議論をここで要約しておこう。アレクシーの一般的―実質的な正当性主張を直ちに包括的に法的とするには無理があった。法の正当性主張には少なくとも三つのレベルが区別されなければならないだろう。第一は、個々の法規範や法的決定および法体系全体が定義的に概念必然的に掲げている最小限の正当性主張である。それは妥当性主張と最小限の根拠づけ可能性主張とからなる。個々の法規範や法的決定における最小限の根拠づけは権威的根拠づけであるが、法体系全体における最小限の根拠づけは合法性の保障というそれ自体一つの実質的な根拠に基づく。アレクシーが個々の法規範や法的決定は定義的な意味ではなく理念的な意味で正当性主張を掲げるとしたのは、これらにおける正当性主張を実質的な意味で理解していることに基づいている。法体系全体の妥当性主張の根拠づけはそもそも実質的なものでしかありえないから、アレクシーによれば、法体系全体については定義的な意味で概念必然的に（実質的な）正当性主張が掲げられていることになるのである。こうした差異は含みながらも、個々の法規範や法的決定および法体系全体は最小限の正当性主張を定義的な意味で掲げている。それを掲げていないものはいずれも法

ではないといってよい。この意味で、何らかの最小限の正当性主張は法概念そのものに定義的な意味で必然的に帰属している。あるいは、法概念には定義的な意味で必然的に最小限の議論構造が帰属している、といってもよい。

第二のレヴェルでは、この最小限の正当性主張にさらに制度的な背景をもった根拠づけ可能性主張が結びついている。たとえば、立法府を前提すれば、裁判所の判決は立法府の制定した法規範に適合しているという形での根拠づけ可能性主張を掲げることになる。また、原理規範が実定化されている場合、ハードケースにおいてはそれら原理の衡量に基づいているという形での根拠づけ可能性主張を掲げることになる。裁判官にとって、前者においては規範記述義務が、後者においては原理考慮義務が存しうることになる。しかし、判決は権威的決定であり、これらがみだされていなくてもその判決は直ちに無効というわけではない。したがって、この制度的背景をもつより実質的な根拠づけ可能性主張は法にとって制度的―法的な意味において必然的な要請であるにとどまる。それらがこの主張を掲げていないかあるいは実現していない場合、それらは制度的―法的に欠陥をもつ決定である。多審制はこうした欠陥を補正する制度であると言えよう。また、法令審査権が実定化されている場合、その権限をもつ裁判所は規範評価の権限をもつ。この場合、規範評価がより上位の規範とくに憲法規範に照して根拠づけ可能であることが主張されることになる。この主張およびその実現も制度的―法的な意味で必然的な要請であるにとどまる。

第三のレヴェルの正当性主張は、制度的背景をもたない根拠づけ可能性主張をも含む。この主張の要請は、法の議論構造が概念的に含んでいる対話的合理性のポテンシャルのさらなる現実化を要請する理念に基づくものであり、その意味で倫理的―法的要請を産み出さうが、この要請は、法令審査制や実定的原理規範などの制度的前提がない場合、規範記述義務や裁量権限等の制度的―法的義務や権限に端的に対抗しうる法的な義務や権限を構成することはできない。制度的前提がない場合、不法論証における規範評価義務や原理論証における原理考慮義務は、この意味で倫

理的—法的義務であるにとどまるものというべきであろう。とはいえ、それらは、法の議論構造が概念的に含んでいる対話的合理性のポテンシャルのさらなる現実化という理念に基づくものである以上、法の概念に必然的な理念に属するということができる。この意味では、少なくとも普遍化可能な法倫理的原理が実定化されることは理念的必然性をもつということができらるであろう。

アレクシーの主張理論および原理理論は、第一および第三のレヴェルの正当性主張を出発点として、そこから第二のレヴェルの正当性主張およびその実現義務を導こうとしたものとみなされうる。しかし、そこにはやはり無理が存在するのであり、法実証主義は少なくとも第二と第三のレヴェルの区別に依拠しうるし、それには正当な根拠があるといえよう。しかし、第二のレヴェルの正当性主張を支える法制度も実をいえば定義的な意味で概念必然的な制度であるとはいえない。たとえば、立法府がなく裁判所だけからなる法制度を構想するとすれば、この場合には、当然、制定規範を記述する義務は存在しないことになる。さらに、第二のレヴェルの正当性主張を支える制度の創設は、第一のレヴェルの正当性主張が概念的に含む合理性のポテンシャルの一つの現実化とみることもできる。制定法規範の必要である理由がたとえば判決の根拠づけの客観化にあるとすれば、それはそのような合理性ポテンシャルの現実化として説明されうるだろう。アレクシーの主張理論および討議理論はまさにこのような視座に立つものといえることができる。

四 討議理論の視座

アレクシーの〈正当性論証〉においては、〈討議理論〉は〈原理理論〉の帰結（法体系は整合的な道德体系を展開する要請を理念的な意味で含んでいる）をさらに展開して、そのような整合的な道德体系の候補として討議倫理学を示唆する

ものであるが、アレクシーは討議倫理学そのものを〈正当性論証〉において展開しているわけではなく、これについて検討することはここでの課題でもない。ここでは、アレクシーの法理論全体の基本構想の一つの基礎をなしている〈討議理論〉が法をみる基本的な視座について簡単に触れておくことにする。

〈討議理論〉は、法を規範ないし規範体系として捉える視点に対して、手続ないし手続体系としても捉える視点を加えることによって、規範体系と手続体系とを総合する全体的な法理論を構想しようとするアレクシーの法理論の中核をなすものである。これら二つの体系は、規範が手続によって産出・適用されると同時に、他方では手続が規範によって規制されるという仕方で相互に関わり合っている。規範体系はすでにみてきたように、準則と原理とからなるものとして捉えられる。アレクシーは、別のところでは、⁽²³⁾規範体系が準則と原理からなるべきことを、合理的な法的決定を可能にするという目的に照しての、したがって規範的な論証を展開している。準則だけからなる規範体系はいずれにしてもハードケースについての決定を合理的にコントロールできないし、そのような体系が保障する合理性は法的安定性という一面的なものにとどまる。準則に原理が加わると準則欠缺の場合も法的基準によって法的決定は規制されることになる。しかし、この場合も原理間の優先順位や衡量の問題など原理レベルでの無規定性という欠陥は残る。これらの問題をもさらに合理的に規律する可能性を保障するために、司法手続が必要となる。この手続はそれ自体手続規範によって制約されるが、さらに法解釈学方法論をも含めた法的議論の形式や規則の適用によって合理的に規律される。『法的議論の理論』はこうした法的議論の形式や規則の体系を構築しようとするものであった。こうして法体系は準則／原理／手続のモデルによって捉えられることになる。もっとも、こうしたモデルによる法体系においても、実践的理性はただ近似的にのみ実現されうるにすぎず、その十分な現実化は究極的な正当性を保証するのではないが、少なくとも相対的な正当性を保証するとされる。⁽²⁴⁾ また、アレクシーは最近では手続体系をも四つの段

階に区別するモデルを構想している。それは規範の創出・適用の全体を一つの過程として捉えるモデルであり、一般的実践的議論／国家的法制定手続／法学的議論／法適用手続からなる。⁽²⁵⁾ 法制定手続と適用手続は制度化された手続であり、それら以外は制度化されていない手続である。制度的手続の必要は、非制度的手続における結論の不確定性をもたらす実践的不合理性を補完することにある。したがって、たとえば法制定の必要は一般的実践的議論の結論の不確定性から説明されるのであり、一般的実践的議論は制度的手続を必然的に要請するものとされる。⁽²⁶⁾ 他方、制度的手続自体は議論の形式や規則によって規律されなければならないことになる。こうして、法は手続体系と規範体系との動的統合態として把握されるのである。

こうした統合的法理論において、〈討議理論〉は法的手続、つまり法制定手続・法学的議論・法適用手続を法的議論として捉え、それらを一般的実践的議論の特殊事例として理解するものである。もちろん、アレクシーは法的議論が一般的実践的議論に比べて様々に制約されていること、またその制約が法的手続の様態に応じて異なりうることを看過するのではない。しかし、もつとも制約されている訴訟手続においても（そうした制約としてはたとえば、役割分配の不平等性、参加の非任意性、真理追及義務の限定、時間的制約、手続規則による制約、当事者の動機の問題等々が挙げられる）、当事者はたんに戦略的に行為するのではなく、その主張においては〈理想的発話状況〉の想定を必然的に前提せざるをえないのであり、その限りでは法的議論の理論が提示するような議論形式や議論規則の適用による合理的規律の追及が可能である、とされるのである。⁽²⁷⁾ すなわち、法的手続も議論の一種として一般的実践的議論との関連において把握されるのであり、この意味でここでも法と道德との関連がみられているのである。それは、法的手続を、法概念に必然的に含まれている対話的合理性のポテンシャルの制度化という観点からみるものである、といってもよいであろう。

しかし、U・ノイマンによれば、特殊事例テーゼは「二重の意味」をもつ。つまり、一方では法的議論を一般的実

実践的議論の一領域を形成する形態として肯定的に評価する意味と、他方では法的議論を一般的実践的議論の不十分な形態として批判的に評価する意味である。⁽²⁸⁾したがって、特殊事例テーゼに対しては二方面からの批判が可能である。

すなわち、一方で法的議論を肯定的に評価する意味をもつ場合、たとえば制定法規や制度的手続の議論抑圧機能を隠蔽することになると批判されうる。⁽²⁹⁾他方で法的議論を批判的に評価する場合、たとえば制定法規や制度的手続に対して過度に流動的な要素をもちこみ、法的安定性を損なうことになる⁽³⁰⁾と批判されうる。これらの二方面からの批判に對するアレクシーの対応も二方面的である。⁽³⁰⁾すなわち、一方で可能な限り合理的な根拠づけの要請をみたさない法的決定は端的に法的決定であることをやめるわけではないが倫理的—法的欠陥をもつ決定である（したがって、たんに道德的な批判ではなく、何らかの法的な意味での批判が可能でありかつ必要である、ということになる）とし、他方で規範の制定や

手続の制度化は一般的実践的議論の不完全性を補完するものとして位置づけられ、したがって合理性をもつとするのである。そうだとすれば、このことは法概念に必然的に含まれている対話的合理性のポテンシャルの現実化は具体的にはそれ自体競合し合う要請を産み出すということを意味する。立法手続と司法手続との関係づけの問題、規範記述と規範評価（あるいは原理考慮）の関係づけの問題、決定の容易化と可能な限りの根拠づけとの関係づけの問題等々である。特殊事例テーゼが何らかの説明的な力をもちうるためには、これらの関係が、討議理論の基本的要請に適合する形で統一的に説明されなければならない⁽³¹⁾だろう。

(1) R.Alexy, Kritik, S.18.

(2) Alexy, op.cit., S.19. なお、この定式の最初の一文は次のように理解しなければならない。「主張理論は、個々の法規範および法的決定も「理念的な意味で」、また全体としての法体系も「定義的な意味で」、必然的に正当性主張を掲げる、というもの

である。」個々の法規範および法的決定が理念的な意味で必然的に正当性主張を掲げるということは、個々の法規範および法的決定にとって正当性主張を掲げることが必然的な理念ないし要請であるということである。

(3) Alexy, op.cit., S.19-21.

(4) 「遂行的」あるいは「発話内行為」といった言語理論的用語については、J.L.Austin, *How to do things with words*, 1962（坂本百大訳『言語と行為』一九七八）を参照。

(5) 「遂行的矛盾」という概念については、さしあたり、K・O・アーペル「知識の根本的基礎づけ——超越論的遂行論と批判的合理主義——」（竹市明弘編『哲学の変貌』所収）二三八―二四〇頁を参照。ここでは、ヒンティッカに依拠しながら、デカルトの「コギト・エルゴ・スム」の確実性が、「私は、いまこの発言によって、私が現実中存在することを疑う」という発言が含む遂行的矛盾を再構成することによって示される。この場合、「ある事実確認的言語行為 (Kd) がある非―偶然的な前提に依存しているが、主張されている言明 (S) の命題内容がその前提に矛盾している」ということになる (J.Habermas, *Diskursethik-Notizen zu einem Begründungsprogramm*, in ders, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 1983, S.90)。アレクシーは、たとえば「被告人を終身懲役刑に処する、しかしこれは正しくない」というような言明を同様の遂行的矛盾を犯すものとするわけである。しかし、たとえば「向こうのマットの上に猫がいる」というような事実確認的な言明の場合には、「しかし、私はそれを信じない」と付け加えらるゝとすれば、その言明そのものの存立にとって決定的な遂行的矛盾を犯すことになるが、アレクシーの例の場合に「しかしこれは正しくない」と付け加えられることによって、同じように「被告人を終身懲役刑に処する」という言明の存立にとって決定的な遂行的矛盾が犯されることになるのかどうかは、必ずしも確実ではない。

(6) Alexy, p.cit., S.21.

(7) Alexy, op.cit., S.19.

(8) Alexy, op.cit., S.25. この点は正当性主張の前提条件分析によって示されうであろう。

(9) 討議倫理学について、vgl.Habermas, op.cit.

(10) 「特殊事例テーゼ」について、Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, S.32f., 263ff., 357f.

(11) Alexy, *Kritik*, S.26. なお、最近、アレクシーは、ドライヤーとの共同研究を通じて、ドライヤーの「法概念」と自身の「法実証主義批判」に若干の修正（たとえば、不法論証についての規範的論証を加え、討議倫理学との関連には触れないなど）を与え、さらに法妥当論に関する新たな考察を加えて、次のような法の概念の定義を与えている。「法は次のような規範体系で

ある。すなわち、①正当性の主張を掲げており、②おおかた社会的に実効的な憲法に属し、極端に不正ではないような諸規範の総体、ならびに、この憲法に適合して制定され、最小限の社会的実効性あるいは実効性のチャンスをもち、極端に不正ではないような諸規範の総体からなり、③法適用の手続が正当性の主張を実現するために依拠しているところの、そして／あるいは依拠しなければならないところの諸原理およびその他の規範的諸論拠を含む、そうした規範体系である」(R.Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 1992, S.201)。この定義は、基本的には、本稿で検討したドライヤーおよびアレクシーの議論を集約するものといえる。

- (12) この場合には、競合する原理間の適切な衡量を行ったという主張が重要なものとなるだろう。
- (13) Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S.271f.
- (14) こうした「理解可能性の主張」真理性の主張については、vgl.Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd.1, 1981, S.149, 410ff.
- (15) たとえば、ペレルマン『法律家の論理』(江口三角訳)二九三—二九五頁を参照。
- (16) たとえば、谷口安平「手続的正義」(『岩波講座 基本法学 8 紛争』所収)三九頁を参照。
- (17) 前出注(5)を参照。
- (18) L.L.Fuller, The morality of law, p.39-40.
- (19) Alexy, op.cit., S.18-19.
- (20) 法律規範の Geltungsanspruch という用語が法理論上どのような周知のものとあるべきかは議論の余地がある。Vgl.z.B. Radbruch, Rechtsphilosophie, 4.Aufl, 1950, S.175, Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.Aufl, 1991, S.196.
- (21) J.Raz, The authority of law, 1979, p.29.「法が正統な權威を主張しているという法の本質的な属性である」この法の主張が「法的ルールが「保護された理由」であるという主張を含むという」(op.cit., p.30)。
- (22) J.Habermas, Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?, in Kritische Justiz 20, 1987, S.11f.
- (23) Alexy, Rechtssystem und praktische Vernunft, Rechtstheorie 18, 1987; ders, Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystem, ARSP Beiheft 44, 1991, S.39-43; auch ders, Theorie der Grundrechten, S.104-125.
- (24) Alexy, Rechtssystem und praktische Vernunft, 418.
- (25) Alexy, Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystem, S.36-39.
- (26) Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S.255-257.

- (27) Alexy, op.cit., S.269-271.
- (28) U.Neumann, Juristische Argumentationslehre, 1986, S.90f.
- (29) この方面からの批判として、たとえば小畑清剛『言語行為としての判決——法的自己組織性理論——』（一九九一年）一七八—一九〇頁参照。
- (30) Alexy, Kritik, S.26.
- (31) K・ギュンターによれば、一般的実践的議論は、そこで問題とされることの差異に応じて、実践的規範の根拠づけの議論と規範の適用の議論とに区別されうる。したがって、司法手続としての法的議論は一般的実践的議論一般の特殊事例としてではなく、一般的実践的な適用の議論の特殊事例として理解されるべきであるとする（K.Günter, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, in Rechtstheorie 20, 1989, S.183-190）。むしろ、J・ハーバーマスによれば、特殊事例テーゼは、ギュンターの修正形態においても、自然法論的な法の道徳への服属を示唆し、不適切である。現代においては、合理的討議は、一方の道徳的討議と、他方の政治的および法的討議とに分化し、道徳的討議によって根拠づけられるものとしての権利の体系は、民主的立法手続と不偏的司法手続において、解釈され具体化されるという仕方では理解されるべきであるとする（J.Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S.286f）。これらの議論については別稿が必要であり、ここでは立ち入ることができない。

おわりに

本稿は最近のドイツ連邦共和国における法実証主義論争におけるドライヤーおよびとくにアレクシーの議論を検討してきた。それらの議論からの可能と思われる帰結を要約すると次のようになる。第一に、妥当性の主張とその最小限の根拠づけ可能性の主張は個々の法規範および法的決定ならびに法体系の根本的な道徳性を構成し、この意味での

道徳性を欠くものは法ではないとみなされうる。第二に、その都度の具体的な法規範および法的決定ならびに法体系は、実定的なあるいは制度的な背景に基づいたより実質的な根拠づけを要請されており、したがってそのような根拠づけ可能性の主張およびその実現はそれら規範や決定や体系にとって制度的―法的に必然的な要請である。この要請をみたさない場合、それらは制度的―法的な欠陥をもつものとみなされうる。第三に、法の根本的な道徳性は法規範および法的決定ならびに法体系の可能な限り合理的な根拠づけを要請し、したがってそのような根拠づけ可能性の主張およびその実現はそれらの規範や決定や体系にとって倫理的―法的に必然的な要請である。この要請をみたさないものは倫理的―法的な欠陥をもつものとみなされうる。もちろん、この帰結が根拠づけられたかどうかは別問題である。以下では、以上のような形で結合テーゼを批判する可能ないくつかの規範的論証について触れておくことにしよう。

第一の問題は言語的概念的明確性の問題である。以上のような結合テーゼは法と道徳との間に法倫理的という中間領域をもちこむことになり、法および道徳についての言語的概念的曖昧さをもたらすことになる、と批判されうる。⁽¹⁾

たしかに、実証主義的法概念は観察者の視点においても使用可能な汎通性をもつだけでなく、また関与者にとっても言語的概念的明確性という点で有用であるといえよう。⁽²⁾しかし、不法論証や原理論証が示すように、関与者の視点からすればこのような中間領域の存在もまた否定しえないのではないかと思われる。少なくともこの領域の問題を端的に法的問題ではないとして片付けてしまうことはできない。言語的概念的問題として捉える限り、存在しうるこのような領域を指称する言語ないし概念の可能性を、二項的図式で排除してしまうのは不適切でありうるだろう。⁽³⁾

第二の問題は法的安定性の問題である。中間領域があるとしてもそれが具体的にどのようなコントロールされるかが曖昧であり、不法論証的状况は例外的状況であるとしても、原理論証的状况においては結合テーゼは法的実践を過

度に流動化させる危険を孕む、と批判されうる。⁽⁴⁾ たしかに、法と非法とを明確に区別することによってこの領域の問題を処理することは、たとえば法的安定性を保持するという意味で一つの合理的な実践的な方策である。しかし、いふまでもなく法的安定性は法的実践における重要なしかし一つの目的にすぎず、基本権規範や一般条項などが実定化されている今日のほとんどの法体系においては法的思考に様々な形で価値判断や利益衡量が関わってこざるをえないことは周知の事実であるとすれば、⁽⁵⁾ 法的安定性を対置するだけでこの領域の合理的コントロールの問題が解決されるわけではないことも明らかである。

第三の問題はイデオロギー性の問題である。すでに触れたように、一つには、この中間領域においてもちこまれる法倫理的原理の相対性が指摘されうるし、⁽⁶⁾ また一つには、結合テーゼは現行法秩序を無批判に正当化する危険を孕むと批判されうる。⁽⁷⁾ 前者についてはさらに具体的には、ナチス時代の問題は立法府が道徳的に支持しえない法律を制定した点にあるだけでなく、司法が実定法外の任意の原理の考慮によって実定法を掘り崩した点にもあるということ、⁽⁸⁾ またハート・デブリン論争において問題となった道徳の法的強制が司法を通じて行われうるということが、結合テーゼに対する批判として指摘されうる。これらはむしろ重大な問題であり、一片の概念的議論によって片付けられうるものではない。とはいえ、法的手続においても政治的道徳の問題が、その他の問題（たとえば経済的問題や医学的問題）と同様に、立ち現われざるをえないとすれば、政治的道徳的議論が法的議論の中で行われざるをえず、これに対して政治的道徳的議論の相対性を指摘するだけでは解決にならないであろう。ハートもいうように、いかなる原理が法的議論の中で妥当せしめられうるかはそれ自体道徳的吟味ないし根拠づけの問題であるが、⁽⁹⁾ 同時にそれは不可避的に法的議論のなかで取り扱われざるをえない法的問題なのである。また、この関連では、司法による立法権限の侵害が問題とされうる。⁽¹⁰⁾ この点では、裁判所の権限を原理規範の問題に限定し、政策的決定は民主的立法府の権限であり、裁

判所には「社会形成」の権限はないとするのはさしあたり妥当であるといえよう。この場合、民主的立法の手続的整備や基本的原理による立法の制約などがさらに問題となることはいうまでもない。

もうひとつの問題については、実定法規範もつねに何らかの道德的内容の規範を含むということ、そして法はたしかに組織的なかつ公共的な強制的側面をもつということが指摘されなければならない。この場合、実定法にとってその内容は任意であるという言明は、同じくイデオロギーとして機能しうるのである。これに対して、ケルゼンやあるいは最近ではルーマンがいうように、多数者のあるいは法の可変性が指摘されうるが、⁽¹²⁾こうした可変性が法内容の任意性とその強制性が孕む問題をどれだけ補正しうるかが問題となりうるだろう。いずれにしても、実定法規範や制度化された手続の制度性はその都度事実と価値との結合であり、法形式と道德とのその都度の結合である。この結合を実定的法として、道德から分離することはこのその都度の結合を固定化することになりうる。議論の理論と結びついた結合テーゼは、このその都度の事実と価値との結合をつねに法的問題として動的緊張へもたらす回路の要請という形をとることになるだろう。吟味されざる価値を内含した事実が次々と実定化・制度化されて積み上げられていく今日においては、このその都度の法形式と道德とのあるいは事実と価値との結合をつねに再び動的緊張へもたらすことの意義は小さくないように思われる。

- (1) Vgl. Dreier, Zur gegenwärtigen Diskussion des Verhältnisses von Recht und Moral in der Bundesrepublik Deutschland, S. 65. もつとも、ドライヤーはアレクシーの正当性論証がこのような批判を招きうることを指摘するにとどめている。
- (2) 第二節注(18)参照。
- (3) ハートは、平易な表現が可能である限り、疑わしい哲学的言明は避けるべきだとして (cf. Hart, Positivism and the separation of law and morals, p. 620-621) 結合テーゼを批判するのであるが、このような中間領域が存在するとすれば、これ

を表現する言明はたんに疑わしいものというだけではしりぞけられないだろう。

(4) ドライヤーは「価値秩序理論」に対する批判がこのようなものであったことに触れている (Dreier, Begriff, S.114f)。ドライヤーによれば、法の柔軟化をもたらしたのは、むしろ立法者が政治的・道徳的問題に対する具体的な判断を避けて一般条項に逃避したこと、また相互に見渡すことも調整させることもできないほど夥しい立法がなされてきたこと原因しているのであって、価値秩序理論や原理理論はこうして不可避免的に産み出される司法裁量の領域の拡大に対して法理論的な手当を行おうとするものである。

(5) Vgl. Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl, S.120f, 214-229.

(6) 第三節注(25)

(7) 第二節注(22)

(8) 矢崎光圀「法実証主義の再検討」八二―八三頁参照。このような懸念は今日でも存在する。たとえば、インゲボルク・マウス(今井弘道・筏津安恕・住吉雅美訳)『カール・シュミットの法思想』(一九九三年)「第二版への前書き」参照。マウスは憲法規定を軽視する現代の憲法裁判の「創造理論」を、合法性を無視するナチス時代の行政府における創造理論とパラレルに捉えて、痛切に批判している。クラヴィエツがドライヤーの議論を「危険だ」というのにも (Krawietz, Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?, S.221f) 同様の趣旨が含まれているとみることもできる。それでもなお、合法性への依拠によって問題が解決されるわけではないであろう。

(9) cf. Hart, law, liberty, and morality, 1963, p.81-82.

(10) Vgl. Dreier, op.cit., S.65.

(11) Larenz, op.cit., S.426-428.

(12) Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1920, S.37, N.Luhmann, Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, in Ausdifferenzierung des Rechts, 1981, S.374. ルーメンによれば、今日法が受容するのは、もはや規範内在的な質のゆえにではなく、それが改変されうるからである。