

# R・アレクシー「理性法体系の観念と構造」

(Robert Alexy, Kiel; Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems; in Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) Beiheft 44, 1991, S.30-S.44.)

堀 内 健 志 記

同時代の法哲学の主要テーマの一つを成すものに、法と実践理性との関係についての問題がある。この関係がいかに措定されるべきかということは、同様に論争的な次の二つの問題に依存しているのである。

第一は、実践理性というのはおよそ可能なのか、そしてどの範囲においてそうなのかということである。

第二には、それが可能であるとして、実践理性は法にとって重要性を有するのか、また、いかなる範囲においてそうなのかということである。

それに対応して、私は二つの部分に分けて熟慮してみたいと思う。すなわち、第一部では、実践理性或は実践的合理性の手續の観念が設定される。そして第二部では、この観念が一つの包括的な法体系理論の枠内で展開されるのである。

## 理性と討議

### 1 討議作法の体系

実践理性或は実践的合理性の概念は、不明確なものであり、論争的なものである。この概念を説明するための実りある枠組みを提供するのが、手續の理論 (prozedurale Theorien) である。この理論は、合理的選択若しくは決定の理論と合理的論証 (Argumentation) の理論とに分けられうるものである。そしてここでは、そのうち後者だけが考察されるべきものである。合理的実践的論証のお手本となっているのは合理的実践的討議の理論というものである。この理論によれば、ある規範はそれが一定の手續、つまり合理的実践的討議の結果でありうるときに正しいのである。この手續の必要条件は討議作法として定式化されうるものである。すでに私は別の場所においてこれらを二八の作法の体系に総括することを試みたことがある。実践理性は、この作法体系に従えば実践的な諸洞察へ到達できるところの力であると、定義されうるものである。従って、この討議作法の体系はまさに実践理性の一つの法則本 (Gesetzbuch) と同様のものを定式化することを要求するのである。その作法には非常に多様なものがある。そのことによって実践理性というものが非常に複合的な力を持っているということが明らかになるのである。以下のごとく六つのグループからなる作

法が区別されうるのである。

第一グループの作法は、真理若しくは正しさが問題であるところのあらゆる言語上の伝達が可能となる諸条件を定式化するものであって、それ故に“基本作法”と称されうるものである。それは次のようなものである。

(一・一) 話者は矛盾したことを言うてはならない。

(一・二) あらゆる話者は、彼が自ら信ずるところだけを主張する必要がある。

(一・三) aというある対象にFという實辞を適用するあらゆる話者は、aとすべての重要な点において同様であるあらゆる対象にもFを適用する用意が無くてはならない。

(一・三') あらゆる話者は、彼がそれを主張するものにすべての重要な点において同様であるすべての局面において同じように主張するであろうそのような価値・義務づけの判断のみを主張しなくてはならない。

(一・四) いろいろの話者が同じ表現を様々の意味あいを用いてはならない。

この第一の作法グループは合理性のミニマルな条件を含んでいるが、第二の作法グループはマクシマルな条件を総括しているものである。その出発点を成しているのが次のような一般的基礎づけ作法と言うものである。

(二) あらゆる話者は、彼が主張するところのものにつき、論拠づけることを拒否する正当な理由を挙げることができるのでなければ、要求に応じて証明しなくてはならない。

あることを論拠づける者は、少なくともその論拠づけに関しては、他者を少なくとも対等の権利を持つ討議のパートナーとして受け入れるのであり、決して自ら強制を行使したり、また他の者によって行使される強制に支えられたりすることを申し立ててはならないのである。さらに彼は、その主張を単に討議のパートナーに対してのみならず、それ以上にあらゆる者に対して弁明しうることを必要とする。これらの対等の権利を持つこと、普遍性そして強制が無いことについての要請は、次のごときハーバース流の理想的な対話局面の観念に相応する三つの作法として定式化されうるものである。

(二・一) 発言しうるあらゆる者が討議に参加することができる。

(二・二) a あらゆる者があらゆる主張を問題にすることができる。

b あらゆる者があらゆる主張を討議に持ち込むことができる。

c あらゆる者が彼の観方、願望そして要求を表明することができる。

(二・三) いかなる話者も、討議の内・外で支配する強制によって、上の(二・一)及び(二・二)に確立された彼の権利を履行することを阻止されてはならない。

これらの作法は、討議理論の合理性概念にとって特徴的なメルクマールを定義づけるものであ

る。従って、これらは“理性作法”と称されうるのである。この理性作法というのはただおおよそにのみ実現しうるものにすぎない。理性作法はそれによって実践理性の理想的な性格を表現するのである。制度化された法的手続が必要であるということに導くのは、本質的にこの討議手続の弱さによるものなのである。

第三の作法グループはより技術的な種類のものであり、論証負担の作法である。これらの作法は、様々の人々を不対等に取り扱おうとする者のための(三・一)論証負担を確立し、また従来話題とされなかった規範を攻撃論駁する者のための(三・二)又は先行する議論に関連を持たない議論に寄与することをもたらす者のための(三・四)論証負担を確立するのである。逆にまたそれらの作法は、すでに論拠を挙げた者に対しては反対の論拠が挙げられないかぎりさらなる論拠を拒む権利を与えるのである(三・三)。が、この論稿ではこれらの作法について提示することは断念されなければならない。

第四グループを形成するのは論拠形式である。六つの基本形式が区別されう。すなわち、1は単一規範の言明を規則(Regeln)により論拠づけるもの(四・一)、2は帰結への言及(四・二)、3は帰結への言及によって規則を論拠づけること(四・三)、4は規則により規則を論拠づけること(四・四)、5、6は規則と原理(Prinzipien)との間の絶対的(四・五)及び条件づき(四・六)の優越関係の論拠づけである。が、この論拠形式についてもここではより詳細に説明されなくてよいであろう。ただ、これらは論拠形式としてなお討議作法ではないということだけは書き留められよう。けれども、これらを一定の形式の論拠の使用を許可したり又は指図したりする作法へ変形することは困難を伴うほどのものではないのである。

これまで述べられてきた諸作法は、なお非常に多くのものを未決定のままにしている。かかる理由から第五の作法グループが必要である。これはより特殊に実践的論証の固有の性格に関わるものである。つまりは論拠づけ作法のグループである。その一つである真っ先の下位グループは次の普遍化可能性思考の三変形を表現するのである。すなわち、役割交換原理(Rollentauschprinzip)、同意原理(Konsensprinzip)、そして公開原理(Publizitätsprinzip)がそれである。

(五・一・一) あらゆる者は、彼によって主張された規範的言明のなかで開陳された、あらゆる個人の利益を満足させるための規則からの諸帰結を、彼がこの個人の局面に置かれている仮設的なケースの場合にも受容しえねばならない。

(五・一・二) あらゆる個人の利益を満足させるためのあらゆる諸帰結は、すべての者によって受容されえねばならない。

(五・一・三) あらゆる規則は公然としていてかつ普遍的に教えやすいものであらねばならない。

その第二の下位グループを形成するのは、規範的信念の発生の批判的検討についての二つの規則である。すなわち、その歴史的・社会的起源の検討の規則及び個人的・精神的起源の検討の規則がそれである。

(五・二・一) 話者の道徳的見解の基礎になっている道徳的規則は、批判的に見たる歴史的起源

においてその検討に持ちこたえうるものでなくてはならない。ある道徳的規則は、次のような場合にかかる検討に持ちこたえないということになる。すなわち、

- (a) その規則が、確かにもともと合理的に正当づけられえしたが、そうするうちにしかしその資格を失ってしまった場合。又は、
- (b) その規則が、すでにもともと合理的に正当づけられえなかったものであり、しかもそのための新たな十分な根拠をも挙げられえない場合である。

(五・二・二) 話者の道徳的見解の基礎になっている道徳的規則は、その個々の発生史の検討に持ちこたえねばならない。ある道徳的規則は、それが社会化の条件として正当づけられえないような根拠でのみ得られたものである場合に、かかる検討に持ちこたえないということになる。

このグループの最後の規則を成すのは次のごとき実現可能性の命令(Realisierbarkeitsgebot)である。

(五・三) 事実上与えられた実現可能性という限界は、厳守されなくてはならない。

第六の作法グループ、すなわち過渡期の作法(Ubergangsregeln)のそれは、実践的討議においてはしばしばこの討議形式の特殊な手段でもって解決されえない問題が生ずるという事実に対応するものである。つまり、それは事実問題、言語・概念上の問題、そして実践的討議じしんに関する問題なのである。過渡期の作法はそのような問題を解決するためにこの実践的討議を、経験的(六・一)、言語分析的(六・二)、討議理論的(六・三)討議と結合するものなのである。

## 2 討議理論の諸問題

この作法体系に対しては、それが一つの“合理性の混合概念”を表現するのであって、これは事態の解明には役立つのだと批判されてきている。しかし、それに対しては、実践的合理性というのは複合的な事柄なのであるという異議が唱えられるべきである。複合的な対象の分析の結果は複合的なモデルでしかありえないのである。決定的な問題はその結果がその対象を正当に評価することになるかどうかということなのである。さらには、いくつかの作法はある道徳的な内容を提示していることが批判的に主張されてきている。このことは何れにしても、普遍化可能性要求についての欲の多い主張を表明しているところの諸作法(二・一、二・二、三・一、五・一・一、五・一・二、五・一・三)にあてはまる。けれども、実践的合理性の概念が道徳的内容を提示してはならないであろう場合にのみここから批判は生ずるものと言えるであろう。が、私の見解では実践的合理性或は実践理性の完全に発展した概念のなかに、道徳的内容を受容することは、単に許されるのみならず必要ですらあるのである。

討議理論の決定的な問題となるのは論拠づけ問題と適用問題とである。論拠づけ問題の場合に重要なことは、規範的言明の論拠づけのための規則としての討議作法それじしん果たして論拠づけなしうるものであるのかという問題である。この問題はしかしここでは取り扱われる必要はないであろう。ただ、討議作法を論拠づけることが試みられうるいくつかの方法が存することだけ書き留め

られよう。その際に、前仮設分析 (Präsuppositionsanalyse) の方法に役立てられる先験的実践的な (transzendental-pragmatisch) 論拠づけが特別の役割を演ずるのである。普遍化可能性の観念の様々の局面がおよそ論拠づける場合には、これらは相対的に形式的な討議作法でもあるのである。

ここでは、第二の問題、つまり適用問題を前面に持ち出さなくてはならない。この適用可能性の観点のもと討議理論の主たる弱点は、その作法体系がたえず諸々の運用の最後の数のところで十分に一つの結論に到達することに同意するような手続を提供しはしないということに存するのである。これには三つの理由がある。まず第一に、この討議作法というのは手続の最終点について確言することを含んでいるものではないのである。最終点は関与者の時々存する規範的信念や利害解釈であったりするのである。第二に、この討議作法はすべての論証の歩みをきっぱりと定めるものではないのである。第三に、そしてこのことが体系的には最も重要な点なのであるが、一連の作法はおおよそ (approximativ) 充足しうるといったものにすぎないのである。

いま、 $a_1$  と  $a_2$  の二人がある実践的な問題を討議作法により定められた手続の枠内で解答を試みるとしよう。  $t_1$  の時点で  $a_1$  が  $N_1$  を、  $a_2$  が  $N_2$  を提案し、その際  $N_1$  と  $N_2$  とは一致しないものとする。手続終了を記す時点  $t_2$  において、とりわけ関与者等について次のようないくつかの解答を並べることができる。すなわち、(1) 両者は  $N_i$  で一致する。  $N_i$  は  $N_1$  若しくは  $N_2$  と同じであることもありうるが、そうであらねばならないわけではない。(2) 両者は  $N_i$  に同意しない。(3)  $a_1$  は  $N_i$  に、  $a_2$  は  $N_j$  に賛成する。が、  $i \neq j$  である。これら三つのケースを専門用語ではっきり示すことが合目的である。第一のケースでは、  $N_i$  は討議作法、その充足の程度及び関与者との関連で、  $t_2$  の時点で討議的に必然的ということである。第二のケースでは、  $N_i$  は一致して討議的に不可能ということである。第三のケースでは、  $N_i$  も  $N_j$  も同等であり、それ故に討議作法、その充足の程度及び関与者との関連で、  $t_2$  の時点で討議的に不可能でも必然的でもなく、単に討議的に可能であるにすぎない。

このような所見は広範な諸帰結をもたらすのである。それらを理解するためには、理想的な討議と現実的な討議との間が区別されるべきである。すべての点で理想的なる実践的討議とは、無制限の時間と、無制限の関与者団及び完全に強制が無いことという諸条件のもとで、完全な言語・概念的明瞭さと完全に経験上の情報が与えられていること、完全なる役割交換の能力と用意がありそして完全に偏見から自由であるという構造を有する手続のもとで実践的問題への解答が求められることによって定義づけられているのである。このすべての点で理想的な討議の概念は多くの問題をもたらすのである。ここではただ、すべての点で理想的なる実践的討議というものが果たして絶えず一つの同意へ、従ってこの意味において十分にあらゆる実践的問題に対して正しい一つの解答へ導くものかどうかということにのみ関心を向けることにしよう。私の見解ではこの問題は断言しえないのである。というのは、いましがた挙げられた現実的でない諸条件のもとで現実の人間の行態を絶えず確実に予測する手続が無いのだからというのではない。そうではなく、人間には討議に抵抗的な人間学的多様性というものがある、それが理想的諸条件のもとでも実践的な、それ故に価値評価が入る問題において一つの同意を排除しうるといふことがありうるからである。

理想的な討議の場合においてすら  $N$  も  $\neg N$  もその手続の結果であるという可能性が存するという

ことは、一見すると厄介な諸帰結をもたらす。はじめに与えられた定義によれば、かかる場合には  $N$ も  $\neg N$ も“正しい”と称されうるものである。けれども、より詳細なる観察によってこのことは耐えうるものであることが分かるのである。しかも、このことは例えば自然主義 (Naturalismus) 、直観主義 (Intuitionismus) 及び感情主義 (Emotivismus) によって提案されるような実践的な正しさといったより単純な問題の解決ははるかにより厳しい批判にさらされているという事実と直面して耐えうるものなのである。まずはじめに書き留められるべきことは、 $N$ も  $\neg N$ もその手続の結果でありうるということからある人がその規範体系においてある反対論を受容する必要があることを帰結するものではないということである。あらゆる個人の規範体系にとって、反対論の自由の要求は存し留まる。ただ様々の人間の一致しない規範体系は許されるのである。反対論がある問題をさらに一層和らげることを討議の可能性の概念は許容しているのである。 $N$ も  $\neg N$ も正しいものでありうるということは  $N$ も  $\neg N$ も討議が可能であるということの意味するに他ならない。ある矛盾を持つ二つの構成員が可能でありうるということには批判は存しないのである。

人はこのことをすべて認容しえようが、それでもしかしここで実践的正しさの概念を許容されないほど相対化した提案がなされていて、これはすでに“正しい”という表現の最も重要な意味論的必要条件と調和しえないものと考えらるであろう。これを避けるために正しさの概念は正しさの絶対的概念と相対的概念とが分離されるべきである。

討議理論の手続的正しさの概念はあらゆる実践的問題に関してある唯一正しい解答が存することを前提としていないということは、その概念がどの点においても絶対的性格を有しないということの意味するわけではないのである。その概念はいずれにせよ規制的な (regulativ) 観念としてある絶対的な性格を有するのである。規制的な観念としてこの正しさの概念は、あらゆる実践的問題に関して単にそれを見つけ出すことのみ妥当するある正しい解答がすでに存在するということを前提としているのではないのである。むしろ、その唯一正しい解答は得ようと努められるべきある目標であるという性格を有するのである。実践的討議の関与者たちはある唯一の正しい解答が存在するかどうかに関わらず、彼らの主張や論拠づけが意味深いものであると考える場合にはその解答が唯一正しいものであるとの要求を持ち出さなければならないのである。このことは、討議において一つの解答を唯一正しいものとして選んで印を付けられうるような実践的問題が存しうること、しかしどの問題がこれに当たるのかははっきりしていないものであるから、あらゆる問題において唯一正しい解答の発見を試みることはやりがいのあることであるということのみ前提としているのである。かかる意味において、絶対的な手続的正しさという規制的観念及びそれとともに理想的討議の観念は意義深い論証のための必要前提であるのである。

現実の討議というものはどの点においても理想的な討議と言えるものではない。すなわち、現実の討議は、制限された時間、制限された関与者団、強制の無いことも制限されているという諸条件のもとで、制限された言語・概念的明確さ、制限された経験的情報収受、制限された役割交換能力、制限された偏見からの自由でもって、実践的問題への解答が試みられるということにより規定されているのである。が、これらの諸制限にもかかわらず、現実の討議は理想的な討議と概念的に結びついているのである。ある論敵を論証をもって説得しようと試みるものは、この論敵が理想的な諸条件のもとでは賛成せざるをえないであろうということをも前提としている。もちろん、この前

提は絶対的な正しさの保障を意味するものではない。現実の討議の結果についてそれじしん相対的な正しさ以上のものが与えられるものではないのである。この相対性というのは、関与者、討議の終結の時点及び討議作法の充足の程度に存するのである。同様にこの相対性は現実の討議の討議として必然的な、不可能な及び単に可能なる諸結果に関連しているのである。

実践理性の手続の構想について私が熟慮してきたところの結論は、次の二つに分けられる性質のものである。一方においては、討議理論は実際の論証実践についての包括的理性を明るみにだすことができるものである。他方においては、理想的討議や絶対的な手続の正しさの概念のなかに示されるその理想的性格が明らかになるのである。このことは現実の討議の次元では短所であることが証明される。結果の相対性や討議的に単に可能であることの領域が広いことがその例証である。適用可能性の観点のもとでは、それ故にこのことが最後の言葉となるのであれば限られた価値しか持たないであろう。が、このことが最後の言葉ではないことが今や明示されるべきことである。

## 法体系と実践理性

討議理論はその完全な価値を国家と法の理論においてはじめて展開しうるのである。そのような理論は討議理論の単なる適用の場面ではなくして、理論内在的な根拠からこれを補充するために必要なものなのである。討議理論は法体系の理論なしではうまく行かず、また後者も前者なしではうまく行かないのである。この相互依存性の場合、実践的合理性の理想的・制度化されていない局面と現実の・制度化されている種類の局面との合同劇が重要である。この合同劇を把握するためには法体系の次の二つのモデルが結合されるべきである。その一つは手続の体系としての法体系のモデルであり、その二は規範体系としての法体系のモデルである。この結合によってはじめて実践理性に位置づけられた法体系の完全に展開された概念へと導かれることになるのである。

### 1 手続の体系としての法体系

手続の体系としての法体系について私が思慮しているものの土台を成しているものは、次の四段階の手続のモデルである。すなわち、第一段階には一般的な実践的討議の手続が、第二段階には国家的法定立の手続が、第三段階には法律学的討議の手続が、そして第四段階には裁判所の訴訟の手続がある。第二と第四の手続、つまり国家的法定立と裁判所の訴訟の手続は制度化されているものであるが、これに対して第一と第三の手続は制度化されていない性格を有するものである。ある手続は、それが確定的な (definitiv) 結果が創出されることが確保され、これが法的に拘束的であるように法規範によって規定されている場合に、“制度化されている”と称されるべきである。モデルの意義はこの四つの手続の必要性を一步一步論拠づけて行き、またそれらの間に存する諸関係を説き明かしていくことに存するのである。

一般的な実践的討議から国家的法定立の手続への歩みは討議手続により討議的に単に可能であるという広い空間から、また現実の討議の結果の相対性から基礎づけられる。討議的な可能性がもしも法的妥当性を包含するとするならば、多くの社会的闘争は矛盾した諸規則を手掛かりに解決されるべきこととなってしまおうであろう。討議手続には結果の特定性について諸限界があることが、そ

れによってより広範な手続を通じて決定的な結果を確立する必要性を基礎づけるのである。かかる認識の論証が、例えばカントにおいてそうであるように強制論証（Zwangsargument）と結合されるものである。たとえ結果が討議的にのみ言えば必然的であり若しくは相対的でないこと（nichtrelativ）が不可能であるとしても、それを法規範へ変形しておくことは必要であろう。というのも、討議においてある規則へすべての者が同意してもそれをすべての者が必ずしも遵守するという結果をもたらすものではないからである。けれども、多くの規範においては若干の者がそれに直ちに遵守しえない場合には、もはやそれを遵守することは誰に対しても期待されえないのである。より広範な手続の結果はそれ故に単に決定的であるのみならず法的にも拘束的であらねばならないのである。国家的法定立というのはそのような手続なのである。

制度化されていない討議手続から制度化された法定立手続への歩みはしかし、より多くの理由から討議原理から別れを告げるということの意味するものではないのである。国家的法定立の手続は討議の対象でありうるのである。討議原理を主張する者は、法定立手続が可能なかぎり高度にこの原理に相応することを要求するであろう。普通選挙権に基づく議会の立法手続の制度化は、国家の立法次元での所与の関係のもと可能なかぎり広範なる討議原理の実現の試みとして理解されるのである。

討議理論と立法との間での第二の関連に導くものは基本権である。基本権は単純立法者との関係においては本質的に消極的な権限規範なのである。基本権は立法者が決定しえないこと及び決定してはならないことを確立するのである。討議原理に位置を定めて立法手続を形成するものは、可能なかぎり高度に討議を可能にすることを基本権的に確保しようとするであろう。それ故に、彼は基本権を意見の自由から集会・結社の自由を越えて恣意的拘禁からの保護にいたるまで確立するであろう。基本権はその承認若しくは承認しないことについて議会の単純多数に任せられえないほどに重要なポジションであることはごく一般的に妥当することなのである。討議原理に位置を定めている憲法制定者は少なくとも憲法討議において討議が必要であることが明らかとなった個人のポジションをすべて基本権として憲法のなかに採り入れるであろう。

第三の関連は、立法手続の枠内で少なくともある合理的議論が行われることのなかに存するのである。合理的議論が諸利益のグループ間での一つのゲームやテレビ雄弁学によって取り換えられるときに、これに対して向けられる批判は討議原理に位置づけられうるものである。かかる批判は、立法手続の実施のあり方に対してもまたその結果についても向けられうるのである。かかる批判ができるということは、討議的に正当づける憲法においては基本権により保障されている。

それ故に、立法手続、それと共に憲法及び法体系を採用することは確かに一方において無制限なる討議を制約することを必然的に含むものであるが、しかし他方においてこの代償に対しておおよそ実現可能な程度において討議原理を具体化する可能性をわれわれは受け取るのだとすることができるのである。

第三の手続の、つまり法律学的討議が必要となるのは、さらにまたこれに先行するものの弱点、この場合には国家的法定立の手続の弱点があるということから帰結するのである。歴史的な諸経験からもまた体系的に熟慮してみても次のことが明らかになるのである。すなわち、いかなる立法手続と言えどもあらゆる法的問題が浮上する前に規範を用意して、そこから個別のケースにおい



て法的に何が命ぜられているのかが経験的諸前提との共同でもって論理的に帰結するか若しくは、疑いのない法律学的方法のルールを借りて必然的に論拠づけられうるということは不可能であるということである。

このことに対して責任がある根拠としては次の三つのことのみが挙げられよう。それは法の用語の曖昧さ、法律学的方法のルールの不確かさ、そしてすべての考えるケースの諸情勢をあらかじめ展望することが不可能であることである。それでもあらゆるケースにおいて法的に何が命じられ、禁じられ、若しくは許可されているかという問題へのある合理的に論拠づけられた解答が与えられるべき場合には、この合理性についての欠陥は閉じてふさがれなくてはならない。法律学的討議というのはこのことを目指しているのである。

この法律学的討議はそれが拘束されていることによって一般的な実践的討議から区別される。そこにおいては、ただちに何が最も理性的な解決であるかではなくて、時々法体系において何が最も理性的な解決であるかということが問われるのである。時々法体系において最も理性的な解決というのは、妥当している法規範への拘束を顧慮し、また判例 (Prajudizien) や法学により形成されたドグマチックを配慮して最もよく論拠づけるところのものである。これら三つの拘束ファクター、つまり法律、判例及びドグマチックは確かに多くのものを確立するのである。しかしながらそれらはまた多くのものを未決定のままにしているのであり、このことが争いのある法律学的問題が無数にあることに対する種々の説明の一つである。その未決定のままになっている場合には、結局何が命じられ、禁じられ及び許可されているかということ、それ故に実践的な問題が絶えず問われているのである。これらの問題に関して特殊法律学的な道具の助けをもってしてだけでは解答が見い出されえない場合には、一般的な実践的討議へ還元することのみが残されているのである。このことはしかし、法律学的討議の手續は、その討議において理性的解決を重要事となさんとする場合に、次の二つのルール体系によって定められるべきことを意味するのである。その一つは、法律、判例及びドグマチックへの拘束を表現するところの法律学的討議の特殊なルールによってであり、もう一つは妥当している法秩序の枠内で理性的に論拠づけうるという法律学的判断の要請に配慮するところの一般的な実践的討議のルールによってである。このことは、法律学的討議が一般的な実践的討議の特定の拘束により特徴づけられた特殊なケースであるというテーゼの一つの根拠となるのである。同時にまた、法律学的討議はうえに定義された意味において制度化されない手續の一つなのであることが明らかとなるのである。だから、二人の法学者がかのルールを維持したにもかかわらず全く異なった結果に至ることはありうるものであり、そのどちらも法的に拘束力はないのである。確かに、法律、判例及びドグマチックへの拘束に基づいた場合には法律的討議の結果の不確かさは一般的な実践的討議のそれに対してかなり制限されたものとなる。けれども、すでにこの特殊ケースのテーゼはこれらの拘束にもかかわらず普遍的なる結果の確かさの点は達成されえないものであることを包含しているのである。

この最後のところが、第四の手續、つまり裁判所の訴訟が必要となることに対する本質的な根拠の一つなのである。裁判所の訴訟は立法手續と同様に一つの制度化された手續である。裁判所の手續はこの手續の終結の後にいつも一つの法的に拘束的な解決のみが存するように法規範によって規定されているのである。そこでは、論証されるのみでなくして、決定されるのである。が、この後

者は決して理性を排除することを意味するものではない。裁判所の訴訟のルールもその実施並びにその結果についても三つの先行する手続の光のなかで、合理的批判もまた合理的正当づけもできるものなのである。

手続の体系はそれをもって全部である。その性格は、討議と制度、論証と決定、それによって理想と現実との間の結合によって規定されるのである。もちろん、この完全性というのも法体系の手続的な側面にのみ関してである。まだ、その実質的な側面は把握されていない。これをも組み入れるためには、規範体系としての法体系が考察されるべきである。そのときにはじめて法体系のモデルが完結するのである。

## 2 規範体系としての法体系

一つの規範体系としての法体系についての私の理論の基礎は規則(Regeln)と原理(Prinzipien)との区別ということである。その基本構造を成すものは次の二つのテーゼである。第一は、純粋な規則モデルも純粋な原理モデルも受け入れえぬものであり、規則次元のものと原理次元のものとを結合したモデルがあるということである。第二は、この規則・原理モデルもこれで十分なものではないということである。規則の次元のものや原理次元のものと手続の次元のものとを結合するところの三次元モデルがはじめて実践的合理性の諸要求に適合するのである。それをもってこの円が完結するのである。

### (a) 規則と原理

規則と原理とは、原理が最適化命令(Optimierungsgebote)であるに対して、規則が確定的な(definitiv)命令の性質を持っていることにより区別されるのである。最適化命令として原理は何らかのものが法的にまた事実的に可能なことに関して相対的にできるだけ高度に実現されることを命ずる規範のことである。このことは、原理は様々の程度に充足されうるものであり、その命じられる充足の程度は単に事実上の可能性のみならず、規則によるのほか本質的に反対の原理によって規定される法的可能性にも依存するものであることを意味するのである。この後者のことは原理というものが衡量しうるものでありかつまたその必要があるものであるということを含むのである。衡量は原理にとって特徴的な法適用の形式である。これに対して、規則はたえず単に充足されうるか又は充足されえないかという規範である。ある規則が妥当しまた適用しうる場合には、まさにそれが要求していることをなすことが命じられているのであり、それ以上でもそれ以下でもない。規則はこの意味において事実上及び法的に可能なことの枠内において確定しているものを含んでいる。それは衡量しうるものでもまたその必要のあるものでもない。それに対する特徴的な法適用形式は包摂(Subsumtion)である。

問題は、ある法体系において、これが実践理性についての最高の程度のものであり実現すべきときに、規則と原理との関係がいかに定められねばならないか、ということである。このためには、次の三つのモデルが考察されるべきである。つまり、純粋規則モデル、規則・原理モデル、及び規則・原理・手続モデルがそれである。

## (b) 法体系の純粹規則モデル

純粹な規則モデルにおいては、法はもっぱら規則から成り立っている。これは一方において拘束性・確実性と他方において未決定性・不確実性ととの固有の結合へ至るのである。規則があるケースの決定を確定するかぎりにおいてその純粹規則モデルは最高の程度の拘束性・確実性を示す。規則が決定を確定するのは、この決定がその実態につき争いのない叙述をすることでもって一緒にその規則から論理的に帰結するか、又は法律学的解釈の確かな規則の適用のもとでその実態につき争いのない叙述をすることでもって一緒にその規則から必然的に論拠づけられうる場合である。規則がそのように決定を確定していないかぎり、そして法律学的方法論から洞察してもまた疑わしいケースというのが日々生ずるものだということからこのことがかなりの範囲においてあてはまるのであるが、裁判官は、純粹規則モデルにおいては定義どおりに規則によってのみ法的に拘束されうるのだから、彼はあらゆる法的拘束なしに決定しなくてはならないのである。かかる帰結は、純粹規則モデルにおいてはもはやその下ではいかなる疑わしいケースも存しないような立法によってのみ回避されえようが。けれども、そのような立法は不可能なのである。それでもって純粹規則モデルの本質的欠陥は明らかである。最適の (optimal) 立法や法律学的解釈による完全なる規則の使用によってさえも決して完全な拘束性・確実性を保障することはできないのである。拘束性と確実性とは純粹規則モデルにおいてはすべてか或は無かの事柄である。決定することが厳格に拘束されるか或はおよそ拘束されないかである。純粹な規則モデルはそのかぎりにおいて必然的に合理性の欠陥を示すことになるのである。

このことはしかし、純粹規則モデルがただちに理性的でないということの意味するものではない。正当な立法者の決定への拘束や法的安定性は多層的手続モデルの枠内において合理的に論拠づけられうる要求なのである。法的安定性ということは、制度化されていない実践的討議から制度化された国家的法定立の手続へ移行することに対する本質的な根拠を成しているものである。そこで作り出される決定への拘束とはこの歩みの一つの帰結なのである。けれども、決定的なポイントは法体系への実践理性の諸要求がこの法的安定性や法律の拘束性に汲み尽くされるものではないということである。

一般に次のように考えることができよう。すなわち、純粹規則モデルに必然的な合理性の欠陥は規則の実質的次元のものと法律学的討議の手続との結合によって排除されうるであろう。そのような手続の次元のものへ問題を直接かつ完全に置き換えることは、規範の次元に関して純粹規則モデルにおける以外には合理性につき何も可能なものがないであろう場合には、実際正しいといえるであろう。ここに規則・手続モデルが生ずるのであり、これは確かに、多層的手続モデルの一つの局面に光を当てるものであるが、しかしそれに合理的構造につき何も付け加えるものではないであろう。そのような規則・手続モデルが実践理性の諸々の可能なものを汲み尽くすものでないことは原理の次元へ目を向けることによって明示されるのである。

## (c) 法体系の規則・原理モデル

純粹規則モデルに対してのラジカルな選択枝は純粹原理モデル、それ故法体系がそれによるともっぱら原理から成り立っているという観念である。純粹原理モデルはしかし、その不確実性及び柔

軟さのために法的安定性という放棄しえぬ要請や制度化された法定立機関の決定への拘束という多層的手続モデルにおいて論拠づけられた要求にも矛盾することになる。

規則・原理モデルの場合、それ故に — 規範次元に関して言えば — それによると法体系が規則からも原理からも構成されている法体系の理論の場合には、事態は異なっているのである。このモデルにおいては、一方において規則次元の拘束力は原則として維持され留まっているのである。他方においては、純粹規則モデルに必然的であった合理性の欠陥は、原理がたえず関与してそのために原理の形式での法的基準を手掛かりにして決定されえないということはあるえないといふかぎり、排除されることになるのである。

規則・原理モデルについての主たる問題は、原理を法体系に受容することがおよそ純粹規則モデルの合理性の欠陥を排除することに寄与しうるのかという問題に存するのである。ある純粹規則モデルの信奉者は、原理でもっては何も得られないのだと批判するであろう。相反する原理の存在がたえず与えられているために、すべてのことが論拠づけられうることになろうといふのである。そのためにまた、人がこの原理を法体系に数えるのか或は数えないのかは、違いがないといふのである。裁判官の決定が覆い隠されてしまうだけであるといふ。排除されるといふのはただ外見のみにことにすぎないといふ。それは、たえず法的論証が可能であるといふことだけを意味し、法体系がたえず一つの解決を含んでいるといふことを意味するものではないといふのである。

かかる批判に対峙するために、原理というものが、任意に人がそれを利用しうるような単なる観点若しくは局所 (Topoi) 以上のものであることが証明されるべきである。原理といふのは、これ無しではありえないであろうような法律学的論拠づけや決定の合理的形式へ至るがゆえに、それ以上のものなのである。この合理的形式の最も重要なものは最適化命令としての原理の性格から直接生ずる。かかるものとして、原理は事実的及び法的な可能性に関して相対的に可能なかぎり広範に実現されることを要求するのである。事実的な可能性に関して、最適化命令は二つのことを意味する。第一に、ある措置 M は、それが P 1 という原理を促進することに適切でないが、P 2 という原理を阻止することに適切である場合に、P 1 と P 2 との関係では禁止されていることを意味する。第二に、ある措置 M 1 は、P 1 を少なくとも同様に良く促進するところの M 2 というある選択枝がそれに対して存在し、かつこれが P 2 をより少なく阻止する場合には、P 1 と P 2 との関係では禁止されているといふことを意味するのである。これらパレトの最適性 (Pareto-Optimalität) の觀念に表現を与えるところの二つのルールは、単なる推論 (Subsumtion) や解釈の領域から合理的な決定の領域へと導くことになるのである。このとりわけ経済学において探究されている合理的な決定の領域が法律学にとっても違和感の無いものであることは、いましがた呈示された二つのルールが適切性 (Geeignetheit) や必要性 (Erforderlichkeit) の原則として憲法の基本構造に属しているということでもすでに認識されうることである。法的な可能性との関連で言えば、最適化命令が狭義での比例 (Verhältnismäßigkeit) 原則に相応するものなのである。この原則が重要になるのは、P 1 のあらゆる充足が P 2 の不充足を意味する場合である。この場合には、次のようなルールが衡量法則 (Abwägungsgesetz) として形成されうる。すなわち、P 1 の不充足若しくは侵害の程度が高ければ高いほどますます、P 2 の充足の重要性がそれだけより大きいものでなくてはならないといふことである。衡量法則の背後にある觀念は、無差別曲線 (Indifferenzkurven) の助けでも

って明らかにされうるのである。

まさにこの衡量法則は、原理次元もあらゆる問題に関して充分なる一つの解答を確立するというものではないことを示しているのである。侵害・重要性の程度という概念は、ただ主体者間で結果について必然的評価をするということにいたりうるであろう一つの測量をすることからは回避されるのである。それでも、さきに挙げられた三つのルールはしかし合理的な論拠づけ構造へ導くものである。さらには、原理が数多のヨリ広範な合理的構造へ導くものであるということ——ここではただ、優位のための諸条件や一応の (prima facie) 優位の体系の確立とか主観的権利の制約構造のみ挙げられてよいだろう——を考慮するとき、原理次元の採用は実践理性の要請であることが明らかになるのである。

#### (d) 規則・原理・手続モデル

原理次元が規則次元と一緒にしてもあらゆるケースにおいて結果を厳密に確立するものでないという事実は、何も批判を根拠づけるものではないのである。原理もまた規則もその適用についてみずから規定するものではないのである。それらはただ法体系の受動的な側面のみを意味するのである。その積極的な側面を形成するのは手続の体系である。このようにして法体系の三次元モデル、つまり規則・原理・手続モデルが生ずるのであり、これが規範の次元を手続の次元と体系的に結合するのである。

### 3 理想と現実

何れにしても、あらゆる発達した法体系は全法体系若しくはその個々の部分領域の法的理想を表現する原理を含んでいるというのがよく論拠づけられた推論なのである。ドイツ連邦共和国の法体系において、最高の原理は人間の尊厳 (Art.1 Abs.1 GG)、自由 (Art.2. Abs.1 GG)、及び平等 (Art.3 Abs.1 GG) の三つの基本権原理並びに法治国、民主主義及び社会国 (Art.20,28 Abs.1 Satz1 GG) の三つの国家目標・構造原理である。これらの諸原理でもって、新たな時代の理性法の主要観念は、一九・二〇世紀の社会運動の要求に表現を与えている社会国原理のために補充されて、ドイツ連邦共和国の実定法のなかに編入されているのである。それらの主要観念は、実定法としてもそれらはおおよその (approximativ) ものではあるが実現可能性のなかに示される溢れ出るような性格をもっているのである。別の法体系もその法的理想を別の諸原理によって表現することができよう。ただここでは、それが発達した法体系である場合にはまず第一に法的理想を原理の形で包含し、第二にこの原理が実践理性の要求を表現することを要請しているのだということのみ重要である。

それでもって、実践理性に位置づけられた法体系は二重の理想的及び二重の現実的広がりを持つことが明らかである。二重の理想的広がりというのは、手続の次元においてはおおよそではあるが討議作法の実現可能性について、それから原理次元においてはその溢れ出るような性格について示されるのである。二重の現実的広がりに対応するのは、手続の次元においては制度の必要性であり、それから規範の次元においては規則を放棄しえないということである。法体系における理想と現実の結合、一方では討議と原理との、他方においては制度と規則との結合が完全に発展したる実践理

性の観念へと導くのである。

\* 本稿は、表題に付したごとく R・アレクシーの法・社会哲学国際学会雑誌に掲載された論文の試訳である。内容的には R・アレクシーの主著である R.Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* 2.Aufl 1991 や R.Alexy, *Theorie der Grundrechte* 1985 で展開されているところと変わりはないように思われるが、これらが要約されているので、手短に内容を知るうえで便利かと考えて翻訳した次第である。従って、ヨリ詳しくは前記モノグラフィーも参照されたい。また、註は省略してある。

なお、R・アレクシーの基本権論については、別に堀内「人権の法理論的分析」(菅野喜八郎教授古稀記念論集掲載予定)でやや詳しく検討を加えておいたのでそちらも参看願いたい。

最後になったが、訳出に当たっては、数箇所につき本学の斎藤義彦助教授のご助言を賜った。ここに記してお礼を述べておきたい。

(了・平成八年九月二一日、脱稿)