

R・アレクシー「法実証主義批判」

堀 内 健 志 記

法実証主義をめぐる論争における主要問題は、法と倫理との間に必然的な関連が存するのか、ということである。この問題に対する解答は、広範囲な諸帰結をもたらすのである。それらは法概念の定義から法体系の観念を超えて、法律学的論証の理論へまで及ぶものである。最後に、法の理解や法学及び法律学的実践の自己理解が問題となる。このことが、従来何故に多大な理論的労苦にもかかわらず、一般的な満足のかく解決が見い出され得なかったかということを示すのである。

私のテーゼを言えば、法と倫理の間には概念的に必然的な関連が存するのであって、法実証主義は包括的理論として、そのことに失敗しているのである。このテーゼを明らかにし、基礎づけるために、まずはじめに、この実証主義的な区分テーゼとその反対のもの、非実証主義的な結合テーゼについて一瞥される。続いて、両テーゼが論究されるべき一つの概念的枠組が提示される。最後に私は、実証主義が決定的な点において正しくないということを示すことを試みるものである。

区分テーゼと結合テーゼ

すべての実証主義的理論は区分テーゼを主張している。これは、法概念が倫理的な要素を含まないように定義されるべきだということの意味しているのである。それでもって、実証主義的理論にとり二つの定義要素、すなわち、権威的な制定性のそれと社会的実効性のそれのみが残ることになる。法実証主義の多くの変形はこれら二つの定義要素の様々な解釈の仕方や重要視のありようから帰結することになるのである。

これに対して、すべての非実証主義的理論は結合テーゼを主張している。これは、法概念が倫理的要素を含むように定義づけられるべきだということの意味しているのである。その際に、ますます真剣なる非実証主義者は権威的な制定性及び社会的実効性の要素を法概念から排除していないのである。彼を実証主義者から区別するものは、むしろ法概念が事実を目指すところのこれらのメルクマールとならんで、倫理的な要素をも含めるように定義づけられるべきだという立場なのである。改めてここに極めて様々な解釈の仕方や重要視のありようが可能となっているのである。

区分テーゼとか結合テーゼとかということは、いかに法概念が定義づけられるべきかということの意味しているのである。このようにして、そのことはすでにそれを支えている論拠を表現することなくして、論証の結果を公式化しているのである。それを支えるために持ち出されうる論拠は、三つのグループ、すなわち、分析的、規範的、そして経験的なグループに分けられうるものである。

が、ここでは分析的な論拠と規範的な論拠について考察を限定したいと思う。これらは、正しく法実証主義に関する議論の中心に位置するものなのである。

実証主義的区分テーゼのための最も重要な分析的論拠として言われるものは、法と倫理との間には概念的に必然的な関連が存しないということである。この論拠はしばしば“区分テーゼ”と称されるのである。が、もしこの分析的論拠が法概念が倫理とは関係なしに定義づけられるべきだというテーゼととり違えられる危険が存しないならば、これに対してなにも批判され得ないであろう。両者がとり違えられてはならないということは、非実証主義者、それ故に結合テーゼのある唱導者がある実証主義者にさきの概念的必然性が存しないということを全く容認していることから認識されうるのである。彼は、法概念が倫理的要素を組み入れて定義されるべきであるという彼のテーゼを分析的でない論拠で支えることができるのである。そのような分析的でない論拠として、ここでは取り扱われない経験的論拠とならんで、なかんずく規範的論拠が問題となってくるのである。

区分或は結合テーゼは、ある一定の目標を達成し、或はある一定の規範を充足するために、法概念に倫理的要素を組み込まないのかそれとも組み込むことが必要なのかということが明らかにされるときに、規範的論拠によって、支えられるのである。そのようにして根拠づけられる結合或は区分は“規範的に必要である”と称されうるものである。規範的論拠が問題になるのは例えば次のような場合である。すなわち、区分テーゼのために、これのみが言語・概念的な明瞭さへ導くのだとか、或はこれのみが法的安定性を保障するのだということが述べられる場合、又は結合テーゼのために、この助けをもって法律上の不正の問題が最も良く解決され得るだろうということが主張される場合がそれである。

法概念に関する最近の議論においては、概念の分析によっては法実証主義に関する論争は解決され得ないという程に、多義的で漠然としているのだという把握が流布しているのである。かかる論争においては、ヘルスター（N.Hoerster）の言葉でもって言うならば、“ある規範的な確立、ある確定的なる提言”が重要であろう。そのような概念形成は、規範的論拠若しくは合目的性を熟慮することによってのみ確定的に正当づけられ得るものである。その際に強調されるべきことは、法概念はあらゆる点で未決定のまま開かれているということが主張されることにはならないということである。もしそうであるならば、規範的な熟慮に基づいて、その意味が原則として任意に確立せられ得るということの意味するであろう。主張せられることはただ、法と倫理との関連について未決定のままに開かれているということである。このテーゼは法と倫理との関連が概念必然的でもなければ、また概念的に不可能なことでもないというテーゼと等しいのである。

実証主義にとって、この問題を規範的次元へ移し変える格好の理由が存するのである。実証主義的区分テーゼが言うには、法概念は単にいくつかのみならずすべての適用様式において、倫理的要素を含まないように定義づけられ得るというのである。区分テーゼは、この全体的な説明において法概念への倫理的要素の組み込みがそのすべての適用様式において概念的に不可能であろう場合にのみ、分析的論拠によってだけで支えられ得よう。けれども、このことが事実でないことは次のことから認識されうるのである。すなわち、“規範Nが規則に従って制定されかつ社会的に有効である、しかしそれが基本的原理に抵触するが故に、法ではない”というような命題は矛盾を含んでおらず、また“規範Nが規則に従って制定されかつ有効である、が、それは法であろうか？”とい

う問いは無意味ではないという状況が存するのである。ひょっとしたら分析的論拠によってだけで説明されるところのものは、倫理的要素の組み込みが概念的に不可能であるという“法”表現のいくつかの適用様式が存するということである。しかし、このことは実証主義的区分テーゼが言うところのものではないのである。

従って、もしある実証主義者が、彼の区分テーゼの全体的な説明をうまく行くとの見通しをもって弁明しようとするならば、次の二つの主張を提出しなくてはならないのである。第一には、彼は分析的次元において法と倫理との間のあらゆる概念的に必然的な関連を否定しなくてはならず、第二に、規範的次元において倫理とは無関係な定義のためにより良い理由づけがあることを主張しなくてはならないのである。これに対して、非実証主義者の方は、これらの二つの主張のうち一つを論駁すれば、彼の結合テーゼの弁明がうまく行ったことになるのである。彼は、法と倫理との間の何らかの概念的に必然的な関連が存するというを示すことが出来れば、第一の主張を論駁したことになるのである。これを試みることは、概念的論拠の重要性に鑑みて、魅力的である。それ故に、次のところではこの概念的に必然的な関連を問題としようと思う。

概念的枠組

法と倫理との間に概念的に必然的な関連が存するという私のテーゼの根拠づけは、四つのものの区別から成り立つ概念的枠組の中で行われ得よう。

1 概念と妥当性

第一の区別は、妥当性の概念を含む法の概念とこれを意味しない法の概念との間の区別である。この区別のきっかけが存するということが容易に認識され得る。だから、“Nは一つの法規範であるが、Nは妥当していない、もはやそうではない、まだそうではない”と、矛盾することなく言うことが出来るのである。さらには、理想的な法体系を考案したり、そして“この法体系は決して妥当しないだろう”と、矛盾を侵すことなしに、述べる事が可能なのである。逆に、妥当している法を主張するものは、妥当性について述べる必要がない。彼は、単に“法がこのことを要求している”と言い得るのである。それをもって、妥当性の概念を含む法の概念が可能であると同時にこれを意味しない法の概念も可能であるということは明らかである。

実証主義を詳しく論ずるためには、妥当性の概念を含んだ法の概念を選択するのが当を得ている。かようにして、問題を平凡なものにすることが避けられるのである。というのも、法を始めから妥当性の広がりに関係なしに、例えば外面的な行態に対して、一クラスの規範として定義するところにその平凡化の本質があるのであり、その場合のことを言えば、任意の内容を持つ外面的な行態のための規範を思い浮かべることが可能であるが故に、法と倫理との間に概念的に必然的な関連が存し得ないということになるのである。妥当性の概念を法の概念のなかへ組み入れるということは、この概念のなかへ法定立、法適用、そして法実施という制度的なコンテクストを組み込むことを意味しているのである。かかるコンテクストは、概念的に必然的な関連性の問題にとり、重要であり得るのである。

2 規範と手続

第二の区別は、規範体系としての法体系と手続としての法体系との間の区別である。手続の体系として、法体系は規則に基づき規則によって導かれる行為の体系であり、これによって、規範が制定され、根拠づけられ、解釈され、適用され、実施されるのである。結合テーゼは規範体系としての法体系に関連するかぎりにおいて、それはどんなに調達された規範創設手続のものであってもこの結果若しくは産物に関連するものなのである。それ故に、結合テーゼはそのかぎりにおいて法体系の外面的側面を対象とすることが出来る。これに対して、手続の体系としての法体系の倫理との必然的関連が主張される場合には、その内面的側面が問題になるのである。

3 観察者と関与者

第三の区別は、観察者の視点と関与者の視点との間の区別である。この二元論は多義的なものである。ここでは、次のような解釈において二元論が用いられるべきである。すなわち、関与者の視点に立っている者とは、ある法体系において、何をこの法体系が命令し、禁止し若しくは許可しているか、そして何についてそれが授權しているのかということについての論証に参加する者のことである。この関与者の視点の中心に立つのは裁判官である。他の関与者、例えば法学者、弁護士、或は法体系に関心のある市民が、法体系の特定の内容に対して賛成若しくは反対の論拠を提示する場合、彼らは、裁判官が正しく決定しようと欲するときいかに決定しなければならないかということに最後には関係を持つのである。観察者の視点に立っている者とは、ある特定の法体系において何が正しい決定であるかを問うのではなく、ある特定の法体系において事実としていかに決定されるかを問う者のことである。そのような観察者のための一例であるのは、黒人妻と共に南アフリカを旅行したいと思ったが、彼の旅行が法律上は単独となることを思い悩むノルベルト・ヘルスターの言う白人アメリカ人の場合である。

4 定義と理想

第四の区別は、法と倫理との概念的に必然的な関連について二つの異なる種が存することに関連するものである。その第一の種は“ 確定的な ”、第二の種は“ 資格を付与する ” と称されるべきものである。確定的な概念的関連が問題になるのは、ある特定の倫理的基準を充足しない規範或は規範体系は概念的理屈からして法規範或は法体系ではないと主張される場合である。資格を付与する概念的関連が問題になるのは、ある特定の倫理的基準を充足しない規範或は規範体系は、確かに法規範或は法体系であるが、しかし、概念的理屈から欠陥のある法規範或は欠陥のある法体系である場合である。決定的なことは、その主張されている欠陥が、法的な欠陥であり、単に倫理的なものではないということである。資格を付与する概念的関連を目標とする論拠は、ある法体系の現実のなかに必然的に法的理想が含まれているのだという前提に支えられているのである。それ故に、“ 資格を付与する ” の代わりに“ 理想的な関連 ” とも言うことが出来る。

5 組み合わせ

このいま説明された枠から、法と倫理との間に必然的関連が存するというテーゼでもって非常に

様々のことが意味され得るものだということが明らかになる。四つの概念的枠の区別、それ故妥当性とは関係ない法概念と妥当性と無関係でない法概念との間の区別、規範と手続との間の区別、観察者と関与者との間の区別、そして確定的関連と資格を付与する関連との間の区別に、概念的に必然的な関連と規範的に必然的な関連との間の区別を加えると、これらの区別に含まれるメクマールの組み合わせは三二個可能になるのである。あらゆる組み合わせに対して、必然的な関連が存するというテーゼも存しないというテーゼも形成され得るのである。それ故に、全部で六四個のテーゼが生ずることになる。いま関連の問題について言うと、この六四個のテーゼの間には疑いなくいくつかの包括する関係があり、テーゼのいくつかの真理或は虚偽がほかのものの真理或は虚偽をもたらすことになるのである。さらには、いくつかの結合が概念的に不可能だということもあり得るのである。けれども、このことは法と倫理との間の必然的な関係についての論争において、多数の異なる主張が問題となっているという基本的な洞察について何ら変更を加えるものではないのである。かかる論争に成果が見られないことに対する説明として、論争の関与者がしばしば彼らの弁明しているテーゼが彼らの論駁しているテーゼとは別のものであることを認識せずに、彼らお互いに話が食い違っているのだと言うことが許されよう。この説明は、五つのここで顧慮された区別とならんで、可能なテーゼの数が六四個をはるかに超えて増やすことが出来るほどにさらに広範なものが考えうるのだということが考慮されるときに、一層納得を得るものなのである。

ここでは、テーゼが多いということはすでに二つの点で制限されているのである。すなわち、第一に概念的に必然的な関連のみが追求されるべきこと、そしてその際、第二に妥当性の概念を含む法概念について探究されるべきであることである。これをもって、八つの組み合わせ、それ故に一六個のテーゼのみ残ることになる。さらなる単純化が合目的的であるように見える。八つの残った組み合わせのうち二つの極端なもののみ取り扱われるべきである。

第一の組み合わせは、法をもっぱら規範の体系と見る者を選択する。その際、観察者の視点を採用して、確定的な概念的関連について問うことにする。それ故に、概念的理​​由から何らかの倫理的基準に対しての抵触がこの規範体系の規範から法規範の性格を、又は全規範体系から法体系の性格を奪うのかどうかについて問うのである。かかる問いに積極的に答えようとする者は、規範若しくは規範体系の法的性格が不正若しくは不正義 (Unrecht oder Ungerechtigkeit) の一定の重さの超過によって概念的理​​由から失われてまうということを示さなくてはならない。たとえ特定され得るとしてもその不正の重さが超過することによって法の性格が喪失するというこのテーゼはまさに、ドライヤー (R. Dreier) に従えば、“不正の論拠”と称されるべきものである。その際、強調されるべきことは、この不正論拠というのは全く様々のヴァリエーションで現れ得るということである。ドライヤーの場合には、それが関与者の視点から基礎づけられるところの規範的に必然的な関連を目途にしたものである。このヴァリエーションは“内的”とか“規範的”とかと称されうる。が、ここでは観察者の視点から判断され得るところの概念的に必然的な関連がもっぱら問題とされるべきである。従って、“外的”とか“分析的”とかと分類され得るところの不当論拠のヴァリエーションだけが議論になるのである。

規範、観察者、及び定義の概念によって示される視点と対照的なものは、それに対しては手続、関与者、及び理想の概念が特徴的であるところの視点である。かかる視角から法と倫理との間の概

概念的に必然的な関連を明らかにしようとする者は、倫理的な正しさの要求を含む正しさの要求が法定立や法適用の手續において関与者によって必然的に持ち上げられるのだということを示そうと試みることが出来るのである。このテーゼは“正しいことの論拠”と称されるべきものである。たとえ両者の場合において、概念的に必然的な関連が問題であるとしても、不正論拠の関連は“硬い”と、また正しいことの論拠の関連は“軟らかい”と言われ得るものである。まずはじめに、硬いテーゼのほうから見るとしよう。

不正の論拠

不正の論拠は、ある法体系の個々の規範若しくは全体としての法体系に関連づけられ得るものである。

1 個々の規範

個々の規範に関する不当の論拠についてのおそらくもっとも良く知られている叙述は、グスタフ・ラートブルッフ (Gustav Radbruch) から由来するものである。彼の有名な公式の言うところによれば、“正義と法的安定性との間の闘争は、実定的な、規則と力によって確保される法が、たとえ内容的に正しくなく、合目的的でないとしても、優位を保つというふうには解決され得るであろう。実定法律の正義に対する矛盾が、法律が“正しくない法”として正義に道を譲らなくてはならないほどに耐え難い程度に達するのでなければである”という。

この公式の議論はほとんどもっぱら規範的論拠でもって行われてきている。だから、この公式はラートブルッフにとって正義と法的安定性との両価値の間の一つの衡量の結果、それ故に規範的吟味の結果なのである。彼によって提案されたこの法概念への倫理的要素の受容は、正しくない国家の挑戦に対して法学者を武装させるために必要なことであろうと思われる。ドライバーによれば、たとえ新たな立法者が活動しないままである場合であっても正しくない支配の打破へ向けてその法的帰結を除去し得るためには、このラートブルッフの公式は必要であるはずである。批判者たちも概念的論拠の上に支えられているのではない。ハート (H.L.A.Hart) は区分テーゼのために言語・概念的な明瞭さや誠実さの長所を理由に挙げ、またヘルスターは法哲学的な定義の提案が法律的な不正に対しての抵抗を高め得るということを疑問視しているのである。

ここではただ、ラートブルッフの公式が法体系をもっぱら規範の体系として考察する観察者の立場から見て、概念的に必然的な関連を表現するのかそれとも概念的に不可能な関連を表現するのかについてのみ注意を払ってよいだろう。例として、一九四一年一月二五日のライヒ市民法についての第一命令が役立ち得る。これによって移住ユダヤ人から民族上の理由からドイツ国籍が剥奪されたのである。連邦憲法裁判所はこの命令をラートブルッフの公式を引き合いに出して始めから無効であると看做したのである。同時代の民族社会主義的法体制の観察者、例えば外国の法学者が、彼が祖国の法学者向けの専門雑誌のために民族社会主義的法体制についての報告を書こうとしたら、市民権を剥奪されたユダヤ人Aのケースをいかに叙述しただろうか。祖国であらゆる者は、

- (1) Aはドイツ法に従って市民権を剥奪された、

という命題を理解しただろう。なんらの釈明も添えられなかったならば、これは、

(2) Aがドイツ法に従って市民権を剥奪されていない、

という命題では、事実とならないのである。この命題に何もこれ以上の情報も添えられなかったならば、彼は虚偽の情報を流したとか或は紛糾させるということになっただろう。すでにこのことは、ここで考察された状態において法概念への倫理的要素の組み込みが必然的でないことを示しているのである。むしろ、かかる状態においてそのような組み込みが概念的に不可能なのかどうかを問うきっかけが存するのである。われわれの観察者の報告が次のような命題を含んでいるということは容認されよう。

(3) すべてのドイツの裁判所や官庁がAを市民権を剥奪された者として取り扱い、しかもその際、ドイツで有効な法体系の妥当性基準に従って規則通りに制定されている規範の文言上支えられているとしても、Aはドイツ法によれば市民権を剥奪されていない。

かかる命題は考察された状態において、矛盾を含んでいると認められ得る。これをもって、個々の規範に関連する確定的な、法概念への倫理的要素の組み込みが単に概念的に必然的でないのみならず、それを超えて概念的に不可能である“法”表現の使用が観察者の視点において存在するということが明らかであるのである。これに対して、われわれの観察者は彼の報告を直ちに次のような未決定の問いをもって終結し得るといふ異議は申し立てられ得るものではないのである。つまり、

(4) Aはドイツで妥当している基準によれば規則通りに市民権を剥奪されている。しかも、その市民権剥奪は社会的にも有効である。が、それは正しいことであるのか？ と。

この問いをもって、観察者の立場が放棄されているのである。かてて加えて、なお確定的な関連が問題なのか、それともすでに資格を付与する関連が問題なのかということは明らかではないのである。これをもって、この問いはここで考察されている状態の外へ超えて出ているのである。それ故に、ラートブルッフの結合テーゼは、個々の規範を考察し、確定的関連について問うところのここで考察された観察者の状態においては、法と倫理との間の概念的に必然的な関連の上には支えられ得ないということが確立され得るのである。その際、もちろん実証主義が個々の規範に関連づけられる不当の論拠の外的、分析的ヴァリエーションの場合には正しさを保持するということから、内的、規範的ヴァリエーションの権利付与のためには何も導かれまいということは強調されるべきである。

2 法体系

個々の規範に関することは、しかし全体としての法体系の場合に必ずしも妥当するものではないのである。そのために、全体としての法体系と倫理との間で概念的に必然的な関係が存するのかが問われるべきである。再び、この問題は法をもつばら規範の体系として考察し、確定的な関連について問うところの観察者の立場から提出されるべきである。

法体系との必然的な関連に立ち得る二種の倫理的要求が区別され得る。形式的要求と実質的要求がそれである。形式的な倫理的基準と法体系との間の必然的な関連を主張する理論の一つの例は、ラー (L.L.Fuller) の内面的法倫理 (internal morality of law) の理論である。ラーは、ここに法律の一般性 (generality of law) 、公開性 (promulgation) 、及び遡及効 (retroactive laws)

の禁止のそれと同様に、法治国性 (legality) の原理を数えている。これに対して、実質的な倫理的基準と法体制との間の関連が問題になるのは、オトフリート・ヘッフェ (Otfriet Höffe) が一定の基本的な正義基準を充足しない規範体制は法秩序ではないと主張するときに見られるのである。これらの基本的正義基準は彼によりとりわけ法体系のすべての構成員に向けられる謀殺や故殺そして強盗や窃盗の禁止を要求する共同の安全の原理を含む個別の優越原理によって決定されるのである。

そのような関連の論究の際には、事実的関連と概念的関連との間が明瞭に区別されるべきである。一般的な規範を含まない、或は内密の規範だけの、或はもっぱら遡及効のある規範を含む法体系、又はその構成員の生命も自由も財産も保護しない法体系は、世界や人間に存在する固有の性質に鑑みて、継続的妥当性への、従ってかかる意味での継続的存在への機会を有しないということは、単純ながら、しかし重要な経験的事実なのであって、ここではけれどもこれ以上に追求されなくてよいであろう。問題はむしろ、そのような体系がなお法体系の概念のもとに入るのかどうか、ということである。

継続的妥当性を包含するか否かとは全く関係なしに、概念的理​​由からすでに法体系ではないところの二つの種類の社会秩序がある。無意味な社会秩序と略奪的な (prädatorisch oder räuberisch) 社会秩序がそれである。無意味な秩序というのは、あるグループの個人が単数若しくは複数の支配者の堅実な目的も認識し得ず、また被支配者の継続的な目的の追求も不可能なように支配されている場合に存するのである。ある武装した過激な革命家のグループによって支配されたかなり多数の数の人間が想像される。被支配者は権利を有していない。その武装したグループ内においてはあらゆる権力行使が許されている。この許可規範以外には、一般的規範が妥当していない。武装者は、被支配者に対して一部矛盾のある、たえず変わりやすい、そして一部充足し得ないような個別命令を発するのである。被支配者がある命令に従属する場合、そのとき権力への恐怖からそうするのである。そのような秩序はすでに概念的理​​由からして法体系ではないのである。

この無意味な秩序は、過激革命家が組織化された山賊に発展する場合に、略奪的な (prädatorisch oder räuberisch) もとなるのである。これは、少なくとも武装者のもとで権力の禁止や命令のヒエラルキーが取り入れられていることを条件とする。さらには、被支配者に対して彼らが継続的に搾取の格好の対照であり留まるために配慮するという唯一の目的を有する一つの法体系が発せられることが仮定される。一つの極端な例を選ぶならば、山賊の主要な収入源の一つは、彼らが規則的に被支配者をその道具を売却するために殺していくことにあるというものである。かかる目的のため出来るだけ元気のよい犠牲者を意のままにするために、彼らは被支配者に喫煙、飲酒、及びあらゆる腕力の行使を禁止するのである。山賊に対しての権利をこの規則は基礎づけるものではない。その搾取の目的はあらゆる人に明らかなるものである。山賊はこれをもみ消すことに少しの苦労も見せない。山賊のもとに妥当している規範体系が法体系であるのかどうかについては議論があり得るが、その全体系は何れにしてもすでに概念的理​​由からしてそれは法体系ではないのである。このことを基礎づけるために、いまや第三の秩序が考察されよう。

長々と見てきて、略奪的な (prädatorisch) 秩序は合目的的ではないということが明らかになっている。山賊は従って公認されることを得るために努力している。山賊は発展して支配者になり、

それでもって略奪的な（prädatorisch）ものは一つの支配者秩序になる。被支配者の搾取に彼らは固執するのである。搾取の行為はしかし、規則に導かれた実践手続で行われる。この実践はあるヨリ高度の目的、例えば民族の発展という目的に役立つが故に正しいのだと主張される。その事柄上搾取について支配者の利益にのみ役立つところの個々の被支配者を殺すことや物を略奪することは何時でも可能であり留まるのである。それらの行為は、しかし、ある一定の形式で、例えば支配者グループの三構成員による一致した決定に基づいて実施されなかったり、また民族の発展という目的により公式に正当づけられていない場合には、罰せられるのである。被支配者の多くはこの正当化を受容するのであり、また支配者の大抵の者はそれを信じているのである。

このような展開の歩みでもってしかし、一つの土台が踏み越えられている。この体系は疑いなく極端に正しくないのである。それでもなお、それを“法体系”と称することはもはや概念的に排除されていない。それでもって、どこにその支配者体系と過激な革命家の、及び山賊の体系との違いが存するのかが問題として提起される。この違いは、何らかの一般的な規則が存するというところにあるのではない。このことはすでに山賊の体系において当てはまるのである。またその違いは、その支配体系がすべての者にとって、たとえ生命、自由及び財産の保護の最小限の次元に関するものであれ、同じように有利であるということに本質があるのでもない。というのも、被支配者を殺すことや物を略奪することは山賊の体系においても何時でも可能であり留まるのであるから。決定的な点はむしろ、支配体系の実践において正しいことに関しての要請が根拠づけられていて、しかもあらゆる者に対して惹起されるということである。この正しいことに関しての要請は法の概念の必然的要素なのである。法と倫理との結合はこの要請によって組み立てられるのである。このことがいまから基礎づけられるべきである。この基礎づけが成功するときには、実証主義は、法体系に関して、規範、観察者、及び定義の概念によって示されてきた実証主義にとって好都合であった状況においてすら、ここで失敗することになるのである。

正しいことの論拠

この最後の例において、法体系はすでに単なる制定され、有効なる規範の体系以上のものであった。いまや、一つの全く新しい視点が取り入れられる。それは、法体系を手続の体系として把握し、かつそれを関与者、例えば裁判官の視点から考察する場合に、法と倫理との間に少なくとも資格を付与するという種の概念的に必然的な関連が存するののかという問いによって決定されるものである。

かかる問題に関する私の積極的な解答は、三つの理論、すなわち要請の理論、原理の理論、及び特別ケースのテーゼの形での討議の理論の上に支えられているのである。これら三つの理論は、法的な正しさの観念の種々の局面をもたらすのである。この観念は法と倫理との概念的に必然的な結合に導くのである。

正しいことの論拠はドライアーの原理の論拠と密接に近似する。このドライアーの原理の論拠は、合体テーゼ、開放テーゼ、最適化テーゼの三つのテーゼから成り立っている。合体テーゼは“すべての発達した法体系には法倫理的...諸原理が合体されているのだ”と言う。開放テーゼは“かの合

体に応じて、高度に発達した法体系の実定法は法倫理的論証のために開かれているのだ”と言う。最適化テーゼは法体系に対して次のことを意味する。すなわち“そこでは法的理想のおおよその実現が法義務として定められているのであって、“このことは裁判官に対して彼が漠然としている領域や衝突がある領域において、“法外的な基準にさかのぼる必要はないのみならず、こうしてはならないのである。なぜならば、彼にはすべての決定に重要な基準が法的に妥当する諸原理によってあらかじめ与えられているのだから。”

実証主義に対してのこの諸原理に支えられた論証は、ヘルスターやハッフェによって批判されてきている。諸原理がある法体系の一部を成すのか、どの原理がそうなのか、ということは実定法の事柄であり、そのかぎりでも偶然のことであり、それが法体系の一部を成す場合に、その諸原理が実証主義的な法概念を打ち壊すことにはならないというのである。かかる批判に返答するために、ドライヤーの原理の論証は三つの点においてさらに形成し続けられるべきである。すなわち、それはまず第一に、要請の理論によって補充されるべきである。これはすべての論証の基礎を成すものである。第二に、合体が偶然的なものから必然的なものへ到達するために、原理の論証が普遍化されるべきである。これは原理の理論において行われるのである。第三に、この原理理論は特別ケースのテーゼの形で討議理論と結合されるべきものである。このようにして、法と正しい倫理との間に一つの関連が創られるのである。

1 要請の理論

要請の理論は、個々の法規範や個々の法的決定もまた全体としての法体系も正しいことについての要請を必ず惹起するのだということを言うのである。このような要請を明示的にも黙示的にも惹起しない規範体系は、法体系ではないのである。そのかぎりでは、要請テーゼは一つの確定的な意味を持っているのである。このような要請を確かに惹起するが、しかし実現しない法体系は、法的に欠陥のある法体系である。この点においては、要請の理論は一つの資格を付与する意味を持っているのである。個々の法規範や個々の法的決定の場合には、もっぱら資格を付与する意味が要請の理論に帰属するのである。これらの個々の法規範や個々の法的決定が正しいことについての要請を惹起せず或は実現しない場合には、これらは法的に欠陥があるのである。

要請の理論は、二つの方法で論駁され得る。第一に、この要請は法と概念的に関連があるのかが争われ得る。第二に、この要請がもしも概念的に法と関連があるとしても、それは倫理的な内包を含まない平凡な内容を持つものであると主張され得るのである。

この第一の批判を論駁するために、二つの例を考察しようと思う。まず第一の例として、少数が多数を抑圧する国家Xのある新憲法第一条が問題とされる。少数が多数を抑圧することの利得をヨリ広く享受し、しかも信用を保とうと願う。その少数の憲法制定集会がそこで、憲法第一条として次のような命題を決めるとする。

(1) Xは、主権的、連邦制の、かつ正しくない共和国である。

この憲法条項は、なにか欠陥を持っているのである。問題は、どこに誤りが存するのかである。

その誤りは、ただこの条項が合目的でないところにあると人は言い得るかもしれない。少数は正しくない状態を維持しようと欲する。この目的を達成する機会は、けれどもこの状態が正しいの

だと少数が少なくとも詐称しない場合には、沈んでしまう。そのような技術的な誤りは事実存在する。けれども、この技術的な誤りは、この条項が欠陥を持っているということを説明するものではないのである。人はこの新しい条項がこの共和国条項でもって以前存した君主制を廃止するという事だと受け取るであろう。さらには、抑圧されている多数が以前の君主を深く尊敬していて、そのために共和国の採用による目下の状態は“正しくない”として国家を特徴づけることによるのと同様に強く危険に晒されているのだと受け取られよう。そのときは、もしもこの不正義条項の採用がもっぱら技術的な誤りであるならば、共和国条項でもってその憲法制定者は、不正義条項でもって同様の誤りを犯していることになるだろう。けれども、これは事実ではない。

であるからして、この条項が欠陥を持っているということに対しては、別の説明が存しなくてはならないのである。人は倫理的な欠陥を持っていることを受け取り得るであろう。そのような誤りは直ちに存在する。けれども、これもまた完全な説明でないこと容易に認識され得る。不正義は、特定の人種に属している者に特定の権利が与えられていないことに存するのだというふうには受け取るだろう。倫理的な誤りの観点のもとでは、この不正義条項が削除され、この人種に属している者に権利を与えない第二条によって置き換えられた場合に、事態は何も相違することを意味しないであろう。欠陥を持っているという観点のもとでは、それでもなおある相違が存し留まると思われるのである。

これに対する説明は、憲法テキストの起草を通してある流布していたがしかし必然的でない慣習に違反することになって、それ故に慣習上の誤りが存するということにあると言い得よう。疑いなく、ある流布していた慣習に違反するであろう。けれども、それはこのこと自体だけではなお完全なる説明ではない。違反することになった規則は、単なる慣習以上のものであるのだ。このことは、その規則が事情や優位関係が変わっても変更され得ぬものであることから認識され得よう。その規則はむしろ憲法制定の実践に対して本質を規定するものである。この最後のところは、

(2) Xは正しい国家である、

というような条項は憲法において、冗長なものであるということによっても明らかになるのである。

このことでもって、概念的誤りということのみ残るのである。憲法制定行為と必然的に正しいことについての要請が結合しているのであり、これはこの場合とりわけ正義についての要請であるのである。ある憲法制定者が、彼の憲法制定行為の内容がこの要請を否定する場合には、たとえ彼がこの要請をその執行でもって惹起するとしても、ある演技的な矛盾を侵していることになる。

第二の例について、ある裁判官が次のような判決を宣告したとする。すなわち、

(3) 被告は、これは誤りであるが、終身の自由刑に処せられる。

この命題は解釈を必要とする。そこで、例えばその裁判官はその判決が実定法に抵触するのだと言いたいことがあり得る。しかしまた、彼は判決が確かに実定法に相応するが、正しくないのだと言いたいということもあり得る。解釈のあれこれには多くの問題へと導くが、ここでは取り扱わないことにしよう。ただ、次の解釈だけは注意を引く。すなわち、

(4) 被告は、これは妥当している法の誤った解釈なのであるが、終身の自由刑に処せられる。

裁判官は、この判決でもって疑いなく彼の社会的役割を忘れていたのであり、そして彼はおそらくすべての法体系において、妥当している法を正しく解釈することを彼に義務づけている実定法の規

則に違反することになるのである。しかも、彼がその判決を一掃せずに、裁判官の法服をまとい宣告した場合には、社会的規範にも違反したことになるうし、またその解釈が確かに誤っているが、裁判官がその解釈が正しいと信じて、要求するような場合でも、その判決は実定法の規則に違反したことになるであろう。これとは逆に、裁判官が彼の解釈が誤っていると誤解して受け取って、判決においてこの誤解を公表することは実定法に違反しないような場合でも、一つの誤りを犯していることになるだろう。このことは、ここに存するところのものはある社会的な若しくは法的な規則違反以上のものであることを明らかにしているのである。この裁判官は、一つの演出的な矛盾を、そしてかかる意味において一つの概念的な誤りを犯しているのである。裁判官の判決でもって、法は正しく適用されることについての要請がたえず惹起されるのである。たとえ、この要請の実現が非常に少ないものであるとしてもである。かかる刑の宣告の制度的行為の執行でもって惹起される要請に判決内容が矛盾しているのである。

これらの二つの例は、ある法体系への関与者が極めて種々の次元において、必然的に正しいことへの要請を惹起するものであることを示しているのである。それでもって、もちろんこの要請が法と倫理との概念的に必然的な関連へと導くのだということはまだ述べられていない。これを説明するために、いまから原理の理論を考察するとしよう。

2 原理理論

原理理論の基礎を形成しているのは規則と原理との区別である。規則は、特定の諸前提を充足する場合には何かを確定的に命令し、禁止し若しくは許可し、又は確定的に何かの権限を与えるところの規範である。そのために、規則は単純化して“確定的命令”と称され得るものである。規則のための特徴的な適用形式は、包摂である。これに対して、原理は、最適化命令である。そういうものとして、原理は何かが事実的なまた法的な可能性に関して相対的に可能なかぎり高程度において実現されることを命ずる規範なのである。このことは、原理が様々の程度において充足され得るものであり、またその命ぜられている充足の程度は単に事実的のみならず法的可能性にも依存するのだということを意味しているのである。ある原理の充足の法的可能性は、規則によるほかに、対向する諸原理によって本質的に決定される。この最後のことは、諸原理が衡量し得るものでかつそれを必要とするものであることを含んでいるのである。この衡量は、原理にとって特徴的な適用形式なのである。

この規範理論的区別から法と倫理との間の必然的関連への道は、“合体テーゼ”、“倫理テーゼ”及び“可干渉性テーゼ”と称せられるべき三つのテーゼのかなたへと向かっているのである。

(a) 合体テーゼ

合体テーゼは、少なくとも最小限発達したあらゆる法体系は必然的に原理を含んでいるということを使う。合体は、完全に発達した法体系が問題である場合には、容易に確かめられ得る。ドイツ連邦共和国の法体系は一つの教育的な例を提供するのである。その基本法は、人間の尊厳 (Art.1 Abs.1GG)、自由 (Art.2 Abs.1GG)、平等 (Art.3 Abs.1GG)、法治国、民主制、社会国家 (Art.20, 28Abs.1Satz1GG) の諸原理でもって、実定法原理としての法と国家との新時代の倫理の基本原則

をドイツ連邦共和国の法体系に合体させている。これに相応することは、合体の技術や重要視の仕方の違いに関係なしに、法治国的・民主制型のすべての法体系に妥当するのである。別の型の法体系は別の諸原理によって特徴づけられている。それだから、民族社会主義の法体系の一部を成すのは実定法原理としての人種原理と指導者原理なのであったわけである。

実証主義者は、このことに異議を唱えないであろう。彼はおよそ規則のみならず原理も法体系の一部を構成することに反対しないということを出発点としてであるが、彼はしかし、ここから法と倫理との間の何らかの概念的に必然的関連が生ずるということについて異議を唱えるであろう。彼のテーゼでは、あらゆる諸原理の合体はもっぱら実定法の事柄であるということになる。かかるテーゼは、二つの下位のテーゼに分けられ得る。第一のものは、ある法体系におよそどのような諸原理が合体されるかは実定法の問題であり、この意味において偶然的なものであるということである。第二のものは、どのような諸原理が合体されるかは実定法の問題であり、この意味において相対的なものであるということである。第一のテーゼ、つまり“偶然的な合体のテーゼ”と称され得るもののみが、ここで擁護されるところの合体テーゼに抵触するのであり、これは諸原理の必然的合体を主張されるものである。それ故に、まずはじめにこの第一のテーゼのみが取り扱われよう。“相対的な合体のテーゼ”と称され得る第二のテーゼは、のちに論究され得るであろう。

すべての法体系が必然的に原理の構造を持つ規範を含んでいるかという問題は、関与者の視点、しかも難しいケース、すなわちその解決が所与の権威的な素材から直ちには引き出され得ないようなケースを決定しなければならない裁判官の視点から解答されるべきである。裁判官が原理に支えられているかどうかの基準は、彼がある衡量を行っているかどうかということである。次のような命題が妥当するのである。すなわち、ある者が原理に支えられているときには、彼はそのとき衡量を行っているのであり、ある者が衡量を行っているときには、彼はそのとき必然的に原理に支えられているのである。この命題の第一部分は対向する諸原理においてその実現可能性の限界を見い出す最適化命令としての原理の構造でもって基礎づけられ得る。第二部分の基礎づけは、衡量の構造へ言及することに本質が存するのである。対向する理由が存し、それは時々それ自体として受け取るならば、ある決定に取り適切な理由を成し、また一応別の決定を要求する別の理由が存するが故に直ちにはある確定的な決定には導かないときにはまさに、ある衡量が必要なのである。そのような理由は原理であるか、或はその理由がこの原理に支えられているのである。このことは、裁判官が疑わしいケースにおいてある衡量を行うすべての体系は原理を含んでいるということの意味するのであろうか？

これに対しては、衡量されるという単なる事実はそれらの間で衡量されるところの諸原理が法体系の一部を成すということをおお意味するものではないということが批判され得よう。諸原理は単なる倫理的な若しくは何か別の方法で資格づけられ得る諸原理であり、衡量が必要であるということは外法的な合理性の要請であるというのである。これに対しては、法体系というのはここで単に結果の意味における規範の体系としてのみならず、手続の体系としても考察されるのであり、関与者の立場から彼が決定や根拠づけの手続において考慮する理由というのは手続、それでもって体系の一部を成すのであると異議を唱え得るのである。かたくなな法体系理論の信奉者は、これでもってもちろんまだ満足しないであろう。彼を論駁するためには、裁判官が特定の決定・根拠づけの手

続を遂行しているという単なる事実への言及以上のことが必要である。これが法的に命ぜられているということが説明されなくてはならない。このための鍵は、正しいことへの要請である。裁判官の判決との必然的結合のためには、この要請は法的な要請であって、単なる倫理的なものではないのである。かかる正しいことへの法的要請にこれを実現する法的義務が符合しているのであり、全く同様にそこにこの義務違反の法的帰結の本質が存するのである。二つの衝突する原理が異なる解決を要求している疑わしいケースにおいて正しいことへの要請を実現するために、或はその原理のうちの一つは妥当しないと説明され得る。このことはそれがもはやいかなるケースにおいても重要であってはならないということの意味している。或はまた、一つの衡量が行われ得る。そうすると、すべての局面の考慮のもと、その一つの原理がそのヨリ良い理由を与え、しかしそれでもなお他の原理に優位が与えられているということが述べられる場合には、正しいことへの要請は必然的に実現されないことになるのである。それでもって、衡量がおよそ問題になるすべての法体系において、衡量、それ故にまた諸原理の考慮が法的に命ぜられているということが明らかである。このことは、衡量がおよそ問題になるすべての法体系において、原理が法的理由から法体系の必然的要素であるということの意味するのである。手続は、そのような体系において法的理由から法体系の一部を成すのである。

いかなるケースも疑わしいものとして受け取られず、だからいかなるケースにおいても衡量が問題にならなかったそういう法体系が存したかどうかは、一つの興味深い経験的な問題である。そして、そのような体系がおよそ法体系であるのかどうかということは、体系上重要な概念的問題なのである。けれども、ここではこの問題を追求しないでおこう。何れにしても、そのような体系が、もしもおよそ一つの法体系であるべきだとしても、それは最小限にすら発達していない法体系であろう。それでもって、最小限の発達段階からすべての法体系は必然的に原理を含んでいるという命題が妥当するのである。以下において、すべての法体系が必然的に原理を含んでいるということが話題になるとき、それはこの命題に含まれている制約の意味において行われ得ることになる。

(b) 倫理テーゼ

最小限の発達段階からすべての法体系が必然的に原理を含んでいるということから法と倫理との間に必然的な関連が存するということは帰結しない。だから、例えば多くの法体系、つまり法治国的・民主制的型のすべての法体系には法と国家との近代的倫理の基本的原理が合体されているという単なる事実はなお法と倫理との間の必然的な関連を根拠づけるものではないのである。あらゆる実証主義者は、まさにこれらの諸原理の合体が実定法に基づき、そのかぎりでは相対的なものであると主張し得るのである。

合体テーゼから法と倫理との必然的な関連へ至るためには、二歩で前進さるべきことが存するのである。第一歩目では、法体系において必然的に原理が現存していることは法となんらかの倫理との間の必然的な関連へ導くのだということが示されるべきである。このテーゼは、ここで“倫理テーゼ”と称されるべきものである。第二歩目では、さらにこの法となんらかの倫理との間の必然的な関連は法と正しい倫理との間の必然的な関連へと導くのだことを示すことが試みられる。

第一歩目は、何らの問題も引き起こすものではない。難しいケースにおいては、実践的問題に関

してある解答を見出すこと、それ故に何があるべきかという問題が重要なのである。ここに関し
てある解答を与える諸原理のもと、たえず何らかの倫理の一部を成すところのものが見出される
のである。たとえ、“倫理”のもと正しい倫理が理解されていないとしてもである。倫理テーゼは、
それでもって相対的に弱い主張を含むのである。それはただ、時々法体系と何らかの倫理との間
に必然的な関連が存するということ言うにすぎない。ともかくもしかしこのテーゼは、法体系が
時々その基礎になっている倫理によって影響されるという一般に流布している見解よりもより
強力なものである。倫理テーゼは、単に事実にではなく概念的に必然的な関連を主張しているの
である。

法と何らかの倫理との間の必然的な関連が法と正しい倫理との間の必然的な関連へと導くのだと
いうことを根拠づけることが本質的により重要である。この関連の最初の要素が原理理論の第三の
テーゼ、可干渉性テーゼから生ずるのである。

(c) 可干渉性テーゼ

あらゆる原理は、最適化命令として可能なかぎり広範なその実現を要求する。この要求は衝突す
る諸原理の対向する要求にその限界を見出すのである。ここから帰結することとして、法体系に
おいて正しいことへの要請が必然的に惹起され、そして法体系が必然的に原理を含むときには、そ
こにおいてすべての考慮されるべき諸原理が含まれており、かつ正しく重さが計られているところ
のある体系を展開する法的命令が法体系において必然的に妥当しているということである。これが
可干渉性テーゼである。この可干渉性テーゼをドライヤーの最適化テーゼは含んでいるのである。

この可干渉性の概念をさらに詳細に明らかにすることはここで必要でない。そのような分析がな
くとも、倫理の正しさにとって可干渉性の意義がどこにあるのかということは述べられ得るのであ
る。ある倫理は、それが可干渉性がないほど、その程度に誤りなのである。法体系は、それ故に正
しいことへの要請のために、それが必然的な関連を受け取るところの倫理体系が可干渉性があると
いう法的要求を必然的に含んでいるのである。ある法的決定は、それが可干渉性のない倫理に支え
られている場合には、必然的に法的誤りなのである。このことは、上に説明された意味における確
定的でない、資格を付与する関連なのである。

可干渉性への要求は、だが法と正しい倫理との間の完全に展開された必然的な関連をなお構築し
てはいない。というのは、ある倫理が確かに可干渉的かつ十分に可干渉的であるが、しかしそれ
でもなお誤りと判断されねばならないということがあり得るのだから。引き続きしかしこの可干渉
性への要求は、あらゆる倫理によって実現されない正しいことの基準へと導くのである。さらに多
くのものを得るために、いまや要請の理論及び原理理論に次いで、第三の正しいことの論拠を支え
る理論、特別ケースのテーゼの形での討議理論が取り扱われるべきである。

3 討議理論

出発点は、再び正しいことへの要請ということである。正しいことへの要請は根拠づけが可能で
あることへの要請を包含している。さて、裁判官の判決の根拠づけには非常に種々のものが考え得
るのである。スペクトルは、伝統や権威への単なる言及からすべての視点を考慮する合理的な論証

にまで及ぶのである。決定的な点は、根拠づけ可能性への要請が批判的な視点を開いているということである。裁判官の判決が根拠づけられないか或は非合理的と資格づけられる基準に従って根拠づけられるか、或は悪く根拠づけられているかということは、その判決からなお裁判官の判決であるという性格を奪うものではない。そのかぎりにおいて、根拠づけ可能性の要請は決して確定的なものではなく、資格を付与するという意味を持つにすぎない。けれども、根拠づけ可能性への要請は、ヨリ良いものであることが証明される、また根拠づけの実践の改正へと導き得る論拠を提示する可能性を創出することになるのである。このようにして、必然的に惹起される根拠づけ可能性への要請は、現代の法体系において展開に至っているごときものよりもヨリ高度な水準の根拠づけの発展可能性を感しているのである。

何かを根拠づける者は、少なくともその根拠づけに関して他の者を同等の権利を持つ者として承認し、自ら強制を行使したり、また他人により行使される強制に支えられたいしなないということを示すべく、少なくとも先に表明するのである。さらには、彼はその主張が単に時々根拠づけをする名宛人に対してのみならず、それを越えてあらゆるものに対して弁明し得ることを必要とするのである。かかる同等の権利を持つことや普遍性への要求は一般化可能性の概念に基づく手続的倫理、つまり討議倫理の基礎を形成しているのである。この正しいこと、根拠づけ、そして一般化可能性の概念の間において討議理論が造り出すところの関連は、法律学的討議が一般的実践的討議の一つの特別ケースであるというテーゼの助力でもって、法に伝達され得るのである。このテーゼが適切であるならば、近代法体系にとり直接妥当し、また前近代的法体系にとってもおそらく規範的な法的発展理論の枠内において根拠づけられ得るであろうところの、法と普遍主義的倫理との間の必然的な関連が構築され得よう。さらには、このテーゼが真実である場合には、その実定法的表現を基本権や民主制原理のなかに見出したところの普遍主義的倫理が正しい倫理或は一つの正しい倫理であるということのみここでは主張され得るのであるが、法と正しい倫理との間に必然的な関連が見い出されていることになるだろう。

その特別ケースのテーゼに対しては多くの批判が惹起されている。それらの批判が制度化されている法律学上の手続的討議としての意味にかぎり、ここでは放置しなければならない。この場では、法律学的論証それじしん、それ故にその論証が行われる制度化された手続から独立に、それが拘束的結論へ導くときに、実践的討議への現実的或は可能なる寄与として意味づけられ得る一つの論証であるのかどうかということだけが、重要である。疑わしいケースというのは、法の性質がそれでもって確立され得るところの測定器械のほうである。それ故に、ある疑わしいケースにおけるある決定の根拠づけが実践的討議の現実的或は可能なる寄与として意味づけられ得るかどうか、問われよう。

最も重要な問題は次のことからもたらされるのである。すなわち、法律学的決定でもって、これが直ちに正しく根拠づけられ得るのだということが要求されるのではなく、ただそれは時々妥当している法秩序の枠内においてある正しい根拠づけが出来るというに過ぎないこと。このことはその決定が法律、先例、及びドグマティックの顧慮のもと、合理的に根拠づけられ得る場合に当てはまるのだということ。ウルフリート・ノイマン (Ulfrid Neumann) は、法律学的論証にとって本質を規定するこの諸限定が法律学的論証と一般的実践的論証との間の質的な相違に導くことを主張す

る。彼は、このことを法律学的論証は非理性的な法律に支えられねばならないことがあり得るといふことでもって根拠づけるのである。この概念的な合理性と法律学的な合理性との分離は性急である。この分離は、二つの局面を見逃している。第一のものは、一般的実践的討議の結果の開放性に鑑みて、議会主義的立法のごとき制度化された決定手続の採用に対して合理的理由が挙げられ得るのであり、だからして法律学的討議に見られる権威からくる限界はこれから合理的手続の性格を奪うことにはならないのであるということである。第二の、ここでより重要な局面は、非理性的な或は正しくない法律をきちようめに適用する法律学的決定というのはそれでもって必然的に惹起される正しいことへの要請を決してあらゆる点において実現するものではないということである。この要請は個々の決定に関連して決して確定的な意味を持つてはいないので、それは確かに、非倫理的な或は正しくない法律が法的に妥当するときには、一つの法的に妥当する決定である。そしてまた、法的安定性や権力分立のそれのごとく、形式的諸原理が非倫理的な或は正しくない法律を要求するということもあり得る。それでもなお、その決定は正しいことへの要請という資格を付与された性格のために、ある法的な欠陥を抱えている決定なのである。その決定は決して法的に完全な決定なのである。

これでもって、法と倫理との間の概念的に必然的な関連に対する私の論拠は完成している。その核心部分を成すのは正しいことへの要請である。これはただ全体としての法体系にとっては一つの確定的意味を持つものである。その外的場合には、この要請は一つの資格を付与する性格を有するのであり、法体系が同様に手続の体系として関与者の視角から考察されるときにそれが明確になるのである。一方では原理理論の枠内において、他方では討議理論の枠内において、この要請についての説明は、法が概念的に必然的な、理想的な広がりを持提示するものであり、これが手続的な、普遍主義的な倫理の枠内で展開され得るものなのである。

* 本稿は、Robert Alexy, Zur Kritik des Rechtspositivismus, in; Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie, Beiheft 37.(1990) S.9-S.26 を訳出したものである。

この論稿は、同誌に掲載されていてこれから引き続き訳出を予定している、Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts との間で戦わされた、近年の公法学方法論に関する注目すべき内容となっているものである。

しかも、R・アレシーの研究のなかで、人権論や違憲審査基準に関するものについては、わが国で紹介する研究が見られ、筆者も何度か論文をものしているのであるが、しかし、公法学方法論については紹介や吟味が充分になされていない。とくに、法実証主義と価値論の問題、そしてこのような図式からの克服については、古い問題であるのみならず、これからも決して見逃すことの出来ない大きな課題であることに注意する必要がある。そのような意味において、本稿が、少しでも参照されるならばこれに過ぐるものはない。

なお、訳出にあたっては、数ヶ所にわたり本学の斎藤義彦助教授の手を煩わした。ここに謝意を表したい。ただ、不適切な部分があるとすれば、それは皆筆者の責任である。ご指摘、ご批判を賜れば幸甚である。また、註は省略している。

(完・平成九年一月一日)