

E・W・ベッケンフェルデ 「法の価値による根拠づけ論批判」

堀 内 健 志 記

私の報告の問題の立て方は、法哲学的なものであり、法理論的若しくは法方法的なものではない。法の価値による根拠づけが法哲学的地位として生産性に富むものであるかどうかの問題である。所与の法秩序にそれが内在し留まっているその解釈の手段としての諸価値や価値概念に頼ることが生産性に富むかどうか、が問題なのではない。もちろん、このことは成り行きによっては諸価値や価値概念の法方法的使用について若干の所見を述べることを排除するものではない。つまり、法哲学的地位と法律学的解釈との間にはこの後者が基本的に法とは何かとどこから法はその正当性を受け取るのかということについての把握によって共に刻印づけられるというかぎりにおいてある関連が存するのである。私の報告の目標の方向にとっては、この所見はけれども第二次的なものである。

法哲学的地位としての法の価値による根拠づけの核心的言明は、実定法がその実質的基礎を価値に見い出すのであり、この価値は法によって実現され得るものであるということにある。つまり、法秩序じしんは一つの価値秩序であり、そういうものとして示されなくてはならないのであり、そのときのみ法秩序は現実法に法なのであり、単に、恣意的な強制秩序なのではないと言うのである。かかる解答は、連邦共和国の社会において我々の今日に至るまで広範に煽られての承諾を見い出しているのである。法の価値による根拠づけは、自然法或は一種のそれへの帰還とならずに法実証主義から離反する一形式として現れた（し、なおそのように見える）のである。1976年以来連邦共和国において行われた基本的価値論争は、法の基礎として価値を援用することを一つの決まり文句（*locus communis*）となす余計なことを行ったということになる。

まさしくそれ故に、法の価値による根拠づけが生産性に富むものかどうかという問題を立てることが時宜を得たもののように見えるのである。以下において私は、まず第一に哲学的カテゴリーとしての価値概念の生成と内容について検討したい。さらには、この価値思考じしんの内容と帰結、そして最後に法哲学的な法の根拠づけ方法としての価値思考の適合性について取り扱いたい。

I 哲学的カテゴリーとしての価値概念の生成と内容

1. 哲学的な根拠づけカテゴリーとしての価値は、特定の精神的、哲学史的な状況から生じたものである。価値という用語は、その日常語的用法とならんで、確かにもともとある物について要求

される価格との関連において常に用いられてきたものである。それ故に経済的な考察や経済的思考の領域においてである。古典的な国民経済学は価値や評価することについて語り、カール・マルクス (Karl Marx) は、資本主義経済形式においてはたえず労働者ではなくて、資本所有者に流れ込む"余剰価値"の理論を構築したのである。けれども、このことは"価値"に決して哲学的な、規範的な重要性を付与するものではなかった。"価値"や"価値じしん"の表現を使用したカントにあっても、哲学的な根拠づけカテゴリーの性格は彼には欠けているのである。

そのような意義を価値概念がはじめて持つようになったのは、古典的な哲学の本質概念の融解と形而上学の終えんの結果としてである。近代の自然科学及びこれに付随している機能的な因果科学的に方向づけられた合理性の凱戦行列でもって、これは19世紀において究極的に実現されたのであるが、"自然"とはいまや経験的に測定可能な、因果科学的に言明可能な現実に属したところのものであった。自然がラジカルに対象化されて、物の外面的な現象、物がそれに基づくところの運動・素材の諸関係、つまりは物の知覚・測定可能な事実性だけに関わるものとなったのである。このことは生命のある自然についてと同様に外面的な物（生命のない自然）について妥当したのであり、人間の自然もこのようにして対象化されたのである。自然は以後補助手段 (telos) 無しとなり、人間の生活界との関連においてはじめて生ずる意味を失ったのである。

そのように把握された自然概念は、実際に倫理的・道徳的な行為や法の基準及び規範的基礎としてはもはや考察し得ないものであった。つまり、この種のある"存在"はそこに"善 (bonum)"を認識したり、若しくはそこからある"当為"を合理的に根拠づけをして導出することをもはやいかなる点においても許すものではなかった。因果科学的に認識・言明し得ない現実領域に対しては、倫理的・道徳的な行為や法の根拠づけを含めて、これらがもしも無（存在しないもの）として示されるべきでないならば、従って新たなカテゴリーや言明形式が見い出されねばならなかったのである。そのようにしてのみ、人間もはじめから因果法則的な経過の網目細工のなかに組み込まれずに、固有の責任能力のある自由で自己責任のある実在として身を守ることが出来たのであった。

これが、哲学的意味においても価値や評価することが語られ、また価値概念が哲学的概念として流布するに至る精神的状況なのである。価値概念は失われた古い自然概念、また善 (bonum) の概念に対する代用物として立ち現れ、精神的なもの、歴史的・文化的なもの、そして規範的なものの領域を言明能力あるものに成すべきものである。このことは、新たな目的論的に空の自然概念への明らかな対置において現れたのである。かかる意味において、ニーチェ (Nietzsche) は"すべての価値の評価の変更"を語り、それでもって精神的・倫理的な思考の変革を意味し、例えばウィルヘルム・ディルタイ (Wilhelm Dilthey) やその他の者によって精神科学的認識は精神的及び文化価値の固有の経験から生ずる価値関連の認識として把握され、そしてこの価値における思考は哲学、まずはじめに新カント学派の起源のそれへと入り込むのである。

2. その際に価値概念が持つ意義は、それにもかかわらず、古い自然概念に対する一つの新たなレッテルのそれではない。だから、この内容や規範的機能が別の名前のもとでさらに存続するとい

うようなものではないのである。哲学的価値概念は、むしろはじめから"存在"と"当為"との（新カント学派的な）二元論のなかにはめ込まれているのである。哲学的価値概念は、どんなにこの二元論がその上にもたらす難問から逃れるために生来したのだとしても、その哲学的価値概念はしかし、この二元論を自らの不変の前提として有しているものなのである。価値は、- 決して存在的な所与からは導出され得ない規範的なカテゴリーとして - 存在の行態から、例えば人間の実在とか或は測定とかからは獲得され得ないのである。価値はそれから完全に解き離されて、一つの固有の法則定立的な (nomoeidisch) 世界を形成するのである。その存続形式は、妥当する (Gelten) という様式である。この妥当するということは、当為と存在との間の一つの移行関連を表現するものである。つまり、これは現実の行為において、又は制定された若しくは承認された規範において実現に至ることに急迫するものである。

価値の妥当性が言明され又は要求されることによって、それにもかかわらず、- 価値としての単なる表示を越えて、- 価値とは本来何であるのかということも、また価値に要求する性質、まさにその妥当性が何に基づくものなのかということも説明されておらないのである。価値は、倫理・規範的な実在として単純にそこに在ることなのだろうか？ 一体、良い"価値"と悪い"価値"というものがあるのだろうか、価値哲学の用語における価値と無価値と言うような。或は、あらゆる価値はそれじしんから良いものであり、得ようと努められるべきものなのだろうか。"価値"を（良い）価値と成し、その妥当性を喚起するものは何なのであるだろうか、そしていかにしてある価値が証明され得るのだろうか。様々の価値の間での闘争ということが考えられ得るのだろうか、そしていかにしてそれが解決され得るのだろうか。価値の段階秩序というのは存するのだろうか - そしてそれはどのようにしてであろうか - ？ - 哲学的カテゴリーとして価値に頼ることが直ちに提示するこれらの諸問題に、哲学的価値思考、わけても価値哲学は解答することを試みている。その際、これらの解答の種類や内容に対して、哲学的価値思考の種々の方向の間で区別されなくてはならないのである。

II 価値思考の内容と帰結

哲学的価値思考は - 中継的な過渡期的状況を度外視すると、- とりわけ次の三つの刻印づけにおいて際立っている。すなわち、新カント学派的に刻印づけられた哲学及び法哲学の列にある主観的価値思考と、後期の、価値哲学、とりわけマックス・シェラー (Max Scheler) やニコライ・ハルトマン (Nicolai Hartmann) の客観的価値思考、そしてその間に立つのはウイヘルム・ディルタイ (Wilhelm Dilthey) の生の哲学の生活界へ向けられた価値考察であり、これはテオドール・リット (Theodor Litt) やエドアード・シュブランガー (Eduard Spranger) によって歴史的・文化的に刻印づけられた"精神の価値法則"へ至るものである。

1. これらの刻印づけは、その価値の導出や根拠づけにおいて、その探究の様式において、そしてそれに付与される特質において区別されるのである。

(a) 主観的価値思考の場合には、例えばそれがマックス・ヴェーバー (Max Weber) によって描き出され、擁護されたごとく、価値は定立に基づき、それは主体の評価、価値づけの表現である。個人は彼の主観的な確定から価値を定立し、承認するのである。個人が特定の事柄、行為或は行為目標に自ら、自らのために積極的関連性の意味においてある価値を与えることによってである。そこから (主観的な) 価値づけ、価値判断が生ずるのである。これらは経験、文化水準、倫理的自覚などによって内容的に定まるものであろう。けれども、そこからこれらの価値の特質を受け取るのではなく、主体によるその承認と積極的な価値の関連づけから受け取るのである。価値づけ、価値判断がこれらをもたらす観点或は基本的評価に還元されるので、価値づけ、価値判断はその主体の世界観を認識させるのである。

価値が多様なことや強烈さというのは個人から由来する異なった種の評価や価値判断から生ずるのである。したがって、価値というのは合理的に証明・根拠づけ可能なものではないのである。主体の (或は多数の主体の) 価値決定は、確かに合理的な動機を有するのかも知れないが、しかし決して合理的認識の行為ではない。結局のところ、価値は見積もりや信条に基づいて形成され、生成、存続し、それによって - その妥当性の要請において - 構成され或は破棄されるのである。

(b) これに対して、客観的価値思考の場合には、価値それじしん存在する、また理想として存在する現象的な所与である。価値は、"それじしん"と価値哲学は言うのであるが、すなわち主体の価値を把握する行為から独立に存在するのであり、そのかぎりでは客観的なものである。そしてまた価値は"理想的に"すなわち空間や時間から独立に存在するのである。価値にふさわしいのは、いわゆる要求の性格であり、採用と実現への一つの規範的な内包なのである。

このあらかじめ与えられる客観的価値思考は、個々の主体によっていかにして経験され、認識されるのであろうか? 客観的価値思考は、確かに価値を"認識すること"から出ている。けれどもこれは固有の種の認識であり、何れにしても決して合理的な認識ではないのである。この価値は主体によってある種の価値の視点、故意的な価値感覚において把握されるのである。その際、問題になっているのは、マックス・シェラー (Max Scheler) が言うごとく、(1)非合理的な、すなわち討議的論理から独立の、(2)感情的な、結局同情や反感に基づいた、そして(3)直観的な、直接の見解に基づくものであり、思考を仲介しない行為なのである。そのようにして経験し得る客観的価値の領域は、そこには価値考察の方法と論理が付随しているところのある固有の存在形式において、因果的現実の領域とならんで存在しているのである。この価値領域は、- 現象的に - 所与として前提されている。すなわち、価値は、そのようにマックス・シェラーが言うのであるが、"独立した道徳的生活の事実"であり、ある特定の経験の種の一部を成すものである。価値は、導いて来られるのではなく、或はそちらの方で根拠づけられるものである。"存在する"というのは、価値への洞察を仲介するための、事柄に適合的な公式化なのである。これは、そこから客観的価値思考が生ずるところの非合理的な、直接の見解や感情的経験に基づく認識形式に相応するものである。

わけても現象学に関連して、客観的価値思考とプラトンのイデア論との近似性を容認することが

一目瞭然であり得るかも知れない。しかし、これは誤解であろう。プラトンのアイデア、倫理的・道徳的な行為の最終的方向づけとして現れる善のアイデアは、正義のアイデアと同様に前もって、直接に生ずるものではない。そのアイデアは、問いと解答、弁明と受け入れの形式において根拠づけをする語り合いがその一部を成すところの弁証法的な意思の疎通の長い道程の最後に明らかになるのである。そのアイデアは、多数の諸現象において共同で産出するものへの討議的に前進する洞察の結果なのである。非合理的な、直観的・感情的な視点において、直接分かるところの客観的価値というのは、決してプラトンのアイデアの形式ではなく、むしろ根拠づけのない直接性へ墮落したその代用物なのである。

(c) 生活界に向けられた価値考察は、価値を一方では何らかの個人によって"自由に"定められたものとしてではなく、他方では個人の認識行為から独立の理想的な実在としても見ないものである。むしろ、個人とそれらを取り巻く世界との間の相反関係からもたらされるのである。この相反関係によって、客観的・精神的所与としての精神的及び文化的世界の構造が、個人の価値経験や価値判断へ規範制定的に作用するのである。しかし、個人じしんにおける経験も、これは結局は非合理的に世界観の或は信条の状況によって刻印づけられているのであるが、その際に生産的に関与しているのである。もちろん、その経験は"感覚のひも"として機能するところの、個人において範疇的に構想される"価値の方向づけ"を通してさらにもう少し客観化されているのである(シュプランガー)。その結果は、歴史的に生成した生活界において含まれていて、ヨリ詳細に形成される精神的・文化的な客観化の一つの規範的原子価(価値を帯びたもの)であり、言わば、価値を定立する主観主義と客観的・普遍的な理想主義との間のまん中にあるものであり、形而上学における支えなしでの理想主義後のヘーゲルの継続の試みなのである。

2. これらの価値思考の種々の方向に - 価値の導出や資格づけに様々のものであるということと別にすると、 - 一定の把握は共通している。すなわち、それらは価値の存在様式及び価値のランク・段階秩序に関連しているということである。

(a) 価値が存在しているその様式として、妥当するということが見られる。価値は在るのではなく、妥当するのである。それはどういうことを言うのだろうか? 価値が妥当するということを確認することは、新カント学派的な存在と当為との区別の諸条件のもとで、価値の規範性を提示し、確立する試みなのである。このことは、義務づけの性格のものが価値じしんのなかに移されることによって行われるのである。義務づけの性格のものを指示するある意欲或は - 方法的に許されないとされる - ある存在からの根拠づけへ立ち還ることなしにである。主観的価値思考の場合にはここには特別の問題が存しないのである。そこでは価値はどっちみち主体の価値決定から生ずるものであり、それ故に価値が自発的に持っているはずの要求するという性格も、意志的に(volitiv)説明され、また導出され得るのであるから。妥当性の基礎は、(主観的な)承認のなかに存するのである。客観的価値思考の場合には別である。価値哲学にとって、価値が妥当するということは直ちに導出し得る、先験的に把握し得る性質を意味するのである。あらゆる理想的に存在する価値は現実

的に（空間・時間的に）存在するものに作用し、すなわち、それを実現されるべきものであるというような形である。価値の妥当性というのはそのように理想的な当為の存在（Seinsollen）を意味するのであり、そこから現実の当為の存在が直接生ずるのである。そこでは現実に存在するものはそれによって決定されるにふさわしいのである。すなわち、価値は、そのなかで具体的になり、把握し得るようになる規範的な行態を期待する場所として現れるのである。生活界の価値考察にとって、価値の妥当性は「精神の価値法則性」に宿るのであり、これはその個人と - 経験について私と生活界との相反関係において仲介されて - 勧誘的に對抗するものである。

妥当することの存在様式は、要求する、かり立てる、実際攻撃的な価値の性格を根拠づけるのである。価値はプラトンのアイデアのようにそれじしんに宿るのではなく、存在論的に基礎づけられているのではないのである。価値はその実効性をその妥当性のなかにはじめて持つのであるから、価値は必然的に実現すること、実施することへと目指され、指し向けられているのである。あるものが妥当するということは、たえず新たに現実化されるものではない。それが現実に存在する主体としての行動する人間の行態を具体的にかつ把握しうるように決定するのであるから、発散し、非現実的になり、また消失するのである。

(b) 価値のランク・段階秩序はすべての価値思考の方向づけにとって中心的な問題を提示している。あらゆる価値はそのようなものとして抽象的かつ一般的なものであり（自由、文化、安全、連帯性、自己決定、生命）、直接かつ無条件に妥当する。生活界の価値考察の場合にのみ、価値はその妥当性の直接性をももちろん放棄することなしに、さらにもう少し歴史的・文化的に特殊化される。このことは、一方では多様な「価値の領域」に導き、他方では多数の並存する価値要求や妥当性の要請に導くのであり、後者は部分的に交差し、部分的に相互に排除し、何れにしてもしかし、すべて同時には実現され得ないものである。古い自然概念とは違って、価値は生活現実態からのまたそこにおける内的な程度というものを決して持たない。価値は、みずからその都度全体に、全体において自由、安全、自己決定等に関わるのである。それにもかかわらず、価値がその当為妥当性において倫理的・道徳的な行動に対する行態の要求として実行しうるものであるべきときに、これはある価値のランク・段階秩序によってのみ解決され得るものである。諸価値のなかで相互に優・劣のランクの関係に立つより低いまたより高い価値が存しなくてはならない。

客観的価値思考の場合、この価値の優先システムは、価値がその一部を成している種々の領域のランクの高さによって客観的に生ずるのである。すなわち、一つの価値段階の勾配、有用性（必要性の領域）から真理（科学）、美（芸術）、聖（宗教）に至るまで一つの価値ヒエラキーが存するのである。つまり、精神的価値は実質的なものに優位し、文化的価値は経済的なものに優位し、道徳的価値は有用的なものに優位する。それらのランク段階は諸価値にある程度まで付属するものである。主観的価値思考は、価値そのものと同様にそのランクの高さやここから生ずる優先システムを主観的に見ることになる。その優先システムは決して客観的所与ではなく、どのような価値づけが一定の基本評価から個々の価値に分配されるかによってそれぞれ、一つの評価・立場の問題であ

る。そのような基本評価や優先システムによって通常世界観が形成されるのである。グスタフ・ラートブルッフはかかる根拠に基づいて法哲学的価値地位として、個人主義、団体主義、超人格主義を相互に対置している。生活界の価値考察は諸価値のランクに対してとりわけ所与の精神的・歴史的な価値情勢を目指しているのである。すなわち、この価値考察はその時代の精神的、文化的価値意識によって刻印づけられかつもたらされるのであり、もちろんそれはこの意識と共に変化するものである。

価値のランク・段階系列は、あらゆる価値の根拠づけの実践的操作可能性にとって不可避であるが、これは一つの重要な帰結を持つことになるのである。すなわち、あらゆる価値は、その妥当性の力及びこれと結合する現実的な要求の性格にとって、一つの部分価値を持つということである。この部分価値は諸価値の衡量に際してその高さ・その価格を決することになる。この価値・価格関係は、価値概念の経済的な由来により、またこのことを証明するのであって、価値思考への入り口を不可避的に見出すことになるのである。あらゆる価値は、それが客観的価値であれ、主観的価値であれ何れにしても、衡量し得るものであり、価値づけ、それでもって評価を上げるか或は下げるかということに服するのである。すなわち、あらゆる価値は、そのより高い価値に対しては価値のないものとなり、しかし、より低い諸価値に対しては固有の実施力を持つことになるのである。最高の価値だけは、価値・評価序列へ編入されるとしても、その上に立っているのである。が、価値ランク或は評価の強さによってそれぞれ複数の最高価値が存し得るのである。そして価値はその時々抽象的かつ一般的に妥当するのだから、妥当性の全体性へ向けられていて、あらゆるより高い或は最高の価値は、より低い価値を犠牲にして実施されることを目指しているのである。だから、それはマックス・ヴェーバーが確言した諸価値及び諸評価の闘争に至るのであり、また同様にすでにニコライ・ハルトマン (Nicolai Hartmann) によって記述された「価値の専制政治」に至るのである。最高の価値は最高の価格をも要求し、現実には値を高くつけ過ぎるのであり、その完全な妥当性のために最高の賞金を要求するのである。

少なくともしかし、ある価値の具体的な部分価値や諸価値間の衡量がそれによって決せられるところの一つの基準というものが存在するのだろうか？価値思考の諸主義は、これに関して決して適切な、問主観的に仲裁し得る解答を持ち合わせてはいないのである。主観的価値思考の場合には、ここでも客観的認識ではなく、主観的決定の事柄であるところの評価や価値定立が問題なのである。客観的価値思考は、価値の抽象的なランク段階を指示し得るだけである。しかし、これはその抽象性において、具体的な衡量やランク決定のための基礎としては生産性に富むものではない。なにかなく、諸価値間の基礎づけ関係のための一つの理論或は一つの規範像とか、ある価値の価値高度と切迫性との間の実践的行動を指導するための生産性に富む一つの区別が欠如しているのである。かなり幅広い議論がこの問題について確かに観察してきたし、描写することが出来たが、しかし一つのどうかして合理的に証明された、(直観的な) 定立を越えた解決へは導き得ていないのである。確かに、自由や人間の尊厳は単なる(生物学的な)生活よりもより高い価値があり、文化は価

値序列において経済より高いところにあると言われ得る。しかし、このことは、文化が経済の根拠に基づいてのみ展開され得るもので、経済が文化の領域において日々の生業のための世話によって活動を自由に行うことを可能にするのであり、ある生活は自由と人間の尊厳のもとで共に一緒にのみ可能であり、が、"裸の"生活なしには不可能であるということは何ら変えるものではない。全体の脅威に対して人間の自由の最高価値を護るために緊急の場合に人間の肉体的死（その"裸の"生活の犠牲）をも我慢するという - 実際に主張される - 思想は、生活及び自由を無にすることにのみ導くのである。 - 生活界の価値思考は結局その時代の精神的意識における価値情勢を指示しているのである。これは確かに主観的価値定立に対してもう少し客観化された要素であるが、しかし、それはそれでその時代の動向において、またそれと共に流れていくものである。

一目瞭然であることの代わりに、人間の生活の諸条件や不変なものへ立ち還りつつ価値の諸関係と基礎づけ関係を仲介することを試みる場合には、人間的・自然 - 新カント主義的存在の因果科学的言明可能な自然ではなく、目的論的本質的自然 - への帰還が不可避となる。それでもってしかし、価値論証は放棄されることになる。価値論証のなかにおいて、客観的価値思考の場合にもある価値の部分価値の特定及び諸価値間の衡量も - それでもって価値の衝突や価値闘争の解決も - 結局基準のないままに留まるのである。すなわち、それは故意的な価値感情に委ねられ留まるのである。この価値感情は価値でもってその段階の高さをも感じるものであり、具体的に見積もりやその考え方に留まるのである。

Ⅲ 法の根拠づけとしての価値思考

価値思考の内容と諸帰結についてのかかる分析は、法の価値による根拠づけの可能性について重大な疑いを呼び起こすのである。ここでは追求されるべきでない価値思考の一般的な、哲学的な諸問題については考慮外として、これらの疑問は法哲学的視点から次のように根拠づけられるのである。すなわち、価値思考は、(1)その出発点において、法の根拠づけとしてではなく、法秩序の枠内における個人的な、倫理的・道徳的な行動の根拠づけとして計画されているのである。また、価値思考には、(2)合理的な、討議的仲介を目指された基礎が欠けているのである。これはそれにもかかわらず、法が平和秩序であり、それに留まるべきであるなら、まさに法の根拠づけにとって不可避なものである。さらに、法実践において、(3)法の基礎として価値へ立ち還ることは - 価値の合理的根拠づけが欠如しているために - 、裁判官や法学者の並びに社会の現時の、支配的な日々の価値・評価的方法的にコントロールし得ない主観的意見、見解を法解釈、適用及び教育へ流入するための水門を開くことになるのである。

1. ゲルハルト・ルフ (Gerhard Luf) は、法哲学における価値概念に関する重要な研究において、価値概念を法の根拠づけに引き寄せることは、価値倫理学がまずはじめに法的な行動の諸条件にではなくて、倫理的な行動のそれに没頭することによって、特別の困難に突き当たることになることに言及しているのである。この疑念は、最近実質的価値倫理学が法と倫理性との区別を破棄し

ているというようにして、激化されているのである。つまり、そこから生ずる法の倫理化でもって、その倫理学は法の合理性や自由の可能性の諸条件を保障する一般的な秩序としてのその性格を放棄することになるというようにしてである。

価値思考、とくに価値哲学は実際に、- わけてもその成立状況からして - 個人の自由な道徳的行動の方向づけを一般的に説明し、指導することへ向けられているのである。それらは、カントの意味において道徳的自律をその前提に有し、これに関わっている。が、それでもって法が本質的になさねばならないその外的な諸条件や諸限界について目指してはいないのである。価値の規範的衝動、その妥当性は勧誘的に倫理的主体に向けられていて、これによって受容されることを欲するのであるが、しかし強制の適用によって支えられる無条件の法の妥当性要請を意図してはいないのである。このことを基礎とするときに、- 客観的価値思考についても - あらゆる法の根拠づけにとり奇異なことを引き起こす多くのことが理解され、容認されるのである。すなわち、感覚や見解或は価値決定を目指すこと、先例の効力や経験に対する合理的論証の後退、高いまた最高の価値を持つ一つのランクの序列について、闘争の場合にたえず優位が与えられるべき価値を高めること等々がそれぞれである。人間存在の良き生活や終末を目指す古い徳論の継承の意味において、そして - カントと共に達成された - 範疇的な命令の充足の議論の基礎でこのことは適切であり、が、何れにしても議論に値するようには見えかねないものである。法的規範・命令の基礎づけの視点のもとではそれははじめから生じないものである。後者の場合には、人間の共同生活における個人の道徳的自由の外的な展開諸条件の保障が中心的なものであり、それでもって、この自由の相互的承認や可能にすることそしてその限界への注意に関するそこへ向けてのこの共同生活の拘束的秩序なのである。

価値思考のこの固有の種及びこれによって決せられるその方向づけは、しかしその説明及び根拠づけ形式を法領域へ転用し、法の根拠づけへ適用することを排除するのである。それでもって、法と道徳性との区別が弁護されるのではない、むしろ道徳的秩序内における法の特異性のみが妥当せしめられる。価値の上への法の基礎づけ及びその価値実現としての資格づけは、法の固有の任務や目的を反映していない単純な転用行為によって、諸価値のなかにおいて道徳的自由に向けられる諸要求として倫理的主体に対抗するところのすべてのものを無条件の注意と強制可能性に向けられた法的な規範化の内容に仕立て上げるための正当化を提供し、実際ひょっとしたらそれを要求することになるのである。その結果は、法による道徳的自由の保護ではなくて、威嚇ということになる。これがたとえ高度の及び最高の価値の印において現れるのだとしてもである。

これに対しては、そのような危険から回避するために、価値の中心的な意義、法についての自由のみが顧慮されねばならないという論拠は対抗され得るものではない。価値の領域には多数の価値が並立しているのである。- 生命、自由、平等、正義、給付、安全その他。それらのランクの高さ並びに価値の闘争の場合のその優位システムは、たとえそれらが出来上がるとしても、法の特異な任務や要求によって決せられるものではない。それにもかかわらず、法の任務や補助手段 (telos) から論証して、それにより一つの価値の意義、ランクの高さ及び決定的なことを決するとき、もは

やその価値は法の（正当づける）基礎や形式力ではなく、そうではなく逆に法にとっての価値の重要性は法の任務や必要性から仲介されるのである。法の価値根拠づけはそれでもって放棄されているのである。

2. 第二の批判 - 合理的かつ討議適合的な論証の基礎が欠けていること - は、価値妥当性の強さ（高さ）及び諸価値内における優位システムの仲介についてと同様に、価値決定及び価値認識にも関わるものである。

(a) 主観的価値思考の場合には、合理的基礎の欠如は明白である。価値は、説明されたごとく、その根拠を主体の評価及び価値決定に有するのである。すなわち、価値はそれが自らにおいて堅固であるかぎり、ある根拠の評価或は評価システムに還元され得るものであり、これらが一つの世界観を形成するのである。これらの評価及び根拠の評価の間においては、正しいと正しくない、真実である或は誤りであるということについて合理的論証の手続では争われ得ない。可能なことは、種々の価値把握の諸帰結を明るみに出して、ひょっとすると事実的な誤謬をも明白にするために、結果の議論をすることだけである。

法の価値根拠づけは、それにより結局は非合理的なものである。それが体系的に実行される時、それは法の種々の可能な価値根拠づけの承認へ至る。これらは、その際決定的なものとして基礎とされる諸価値或は諸価値システムによってそれぞれ、相互に区別し得、対立にまで至るものである。その結果は、- 必然的に - 法哲学的相対主義である。この相対主義は、- そのために法を放棄され得ないのであるから -、（法の -）安定の価値のためにそれぞれの実定法の決断主義的な正当化へ導くのである。グスタフ・ラートブルッフは、新カント学派の哲学を根拠にして主観的価値思考に好意を示し、1932年の彼の法哲学においてその方向づけでもってさらにドイツの法学者たちはNS - 支配へと逃れてしまったのであるが、これを模範的に展開しているのである。その中心的命題は、次のように言う。

何が正義であるかを、誰も確証することは出来ない。だから、何が合法的であるべきかを誰かが確定しなくてはならないのである。そして制定された法が権威的な権力の要求により対立する法的諸見解の抗争を終結させる任務を果たすべきであるとき、法の定立が、あらゆる敵対する法的見解に対してそれにはある実施が可能である一つの意思に帰属しなくてはならないのである。法を実施することが出来るものは、それでもって彼が法を定立するべく資格があることを証明するのである。

(b) 客観的価値思考は、これに対して価値及びそのランク秩序の客観性を要求するのである。が、価値及びその価値序列上のランクの高さのそれ自身存在するものの根拠づけについて唯一の最初から合理的に証明しうる論拠を提供するものではない。それはたえず単なる主張のそばに留まるものである。つまり、価値及びそのランクは道徳的世界の先験的な事実としてまさに現象的に与えられているのであり、それらは経験や直接的見解のなかにおける価値感覚によって把握されるものだと

いうのである。この関連でもたらされる、そこには同様に現象的な存在や普遍妥当性が帰属するところの論理学や数学の公理や命題への参照は的外れである。後者はそうするうちに論理学或は数学のどれかの種が展開されるべきものに従ってそれぞれに、規定、公理的受容としてとくに証明されているものである。価値把握の行為も自己の理論によれば基本的に非合理的なものである。つまり、価値認識は、説明されたごとく非合理的であり、感情的であり、直観的である（上の 2）。その価値認識は、それでもって合理的な根拠づけ（立証）及びコントロールから免れているのである。価値は、価値感覚のなかにおいて直観的に感じられるものであり、価値の客観性やそのランクのなかにおいて経験される。 - 或はそのようにならないというものである。価値をこのようにして感じ、経験しない者は、そこには価値認識の機能が欠如しているのであり、彼は、述べられたごとく価値に盲目だということになるのである。主体の実践的・倫理的な判断、およそ主観性の原理は排除され留まる。そして論拠の代わりに排斥が出てくる。 - そのような理論によって保持され得るところのものをロベルト・シュペーマン（Robert Spaemann）は適切に表現している。"直接性への洞察についての単なる信条はそれじしんみずからすでに実践化された相対主義である。というのは、'ある無味乾燥な保証はある別のものとまさに同様に多く妥当するのである' からである。そして、ただ直接的、主観的確信のなかで現在する内容に対する絶対的の惹起は、昔から '狂信' の名でもってあだ名されているものである。"

客観的価値思考はそのようにしてそれじしんからは法を根拠づけることは出来ないものである。というのは、これは、その秩序任務から必然的に一般的妥当性、それでもって合理的な洞察可能性及び合理的意思疎通の基本的可能性を頼りとしているのであるから。さらには、それにはあらゆる平和にする力が欠けている。価値の闘争や価値の衡量の際と同様に価値認識の際にも、結局証拠に対しては証拠が、価値観に対しては価値観が対立する。それらが - 実際固有の要求によれば - 合理的な証明可能性或は仲介の次元に出立ち得るようなことなしにである。このことは客観的諸価値における思考の攻撃性を根拠づけかつそれをエスカレートさせるのである。結果においてはここでも一つの主観主義、まさに"実践化された相対主義"が支配するのである。ただ、それはそのようなものとして認識されず、またそのために - 固有の把握の客観性及び絶対的正さについて確信して - 偏狭に至ることがめずらしくない。つまり、かつてのロベスピエールの場合のような狂信である。

(c) 生活界の価値思考も、このディレンマからの出口を示してはいない。おそらく、それは価値の超時間的な、歴史超越的な理想と同様に単に主観的な価値の性格を否定するものである。それは価値を人間的な精神を客観化したもの、歴史的に形成されかつ特殊化された精神的・文化的な意味単一体として把握するのであり、これらは精神の一つの価値法則性によってもたらされるものである。それでもって、この思考は確かに価値定立の個人的な主観主義からは免れるが、しかし価値の客観的基礎づけへは到達するものではない。それは現実の価値意識基準に従った時々与えられる精神的・文化的な遺産の価値温存のそばに留まっているのである。それは一片の"客観化された精神"であるが、これは - ヘーゲルの客観的精神とは異なり形而上学から解き離されて - 単に歴史的・

文化的な発展・特殊化に服するのみならず、全体として歴史的・文化的な変遷に任せられていて、それを超越していないのである。

3. 判決や法の文献による法の価値根拠づけについての受入が惹起する実践的諸帰結は - 連邦共和国における判例や文献がそのために沢山の例を提供するのであるが -、この法の根拠づけの形式に対する理論的疑念を解除するものではなく、それを強めるのである。価値根拠づけの合理性の欠損は、とくに法実践において何かつりあいにとれず、或は片付けられていないのであり、むしろ一つの根拠づけの外観がつくろわれているのである。価値や法の価値の性格を引き合いに出すことは、それでもって実体においては根拠づけられず、けれどもより広範な根拠づけから解放することのための根拠づけとして自称することになるのである。このことは、一方では裁判官、法学者そしてさもなくば法形成への関与者の価値関連の主観的把握が妥当している法としての法秩序へ流入するための水門を開くことであり、他方では社会において事実上支配的である或は支配的に見えるそれぞれの現時の価値把握に法律力を付与するための水門を開くことになるのである。このことのために二つの - 全く典型的な - 例に言及しよう。

第一例。連邦憲法裁判所はいわゆるリュート判決 (Lüth-Urteil) で、基本権の妥当性領域・妥当性範囲についての画期的判決において、次のように確言した。すなわち、基本法はそしてその基本権の章において "一つの客観的価値秩序をも構築し、"たのであり、これは同時に一つの価値ランク秩序でもあるのだと。それは、ここから次のようにして基本権の妥当性の力の強化を導出したのである。すなわち、この "価値システム、"はすべての法領域のための憲法的基本決定として妥当しなくてはならないというようにして。それでもって、基本権にその国家に対する主観的権利としての性格とならんで客観的な基本命題規範の性格も承認されたのであり、その規範的効力は市民・国家関係に限られず、すべての法領域 - 刑法や訴訟法と同様に私法 - へも及び、それらのなかに放射するのである。いまや、それはこの基本権の妥当性の拡張のための格好の憲法的根拠を付与することが出来るのであり、この拡張はその結果において全体の憲法構造を議会制的立法国家から憲法裁判所的司法国家へと変更し (た) ののである。しかしながら、このことが "価値、"としての基本権から、また "客観的価値秩序、"としての基本権部分からいかなる範囲において帰結すべきものであるかということは、どうしても見えてこない。(単なる) 国家に対する主観的権利としての基本権もこの性格において価値があるものであり得、またそのように見られる基本権部分の一つの価値秩序であり得る。ここでは、その価値の性格は - 根拠づけとして - 何も持ち出すものはない。が、価値を引き合いに出す固有の論理であることが知られるのである。基本権に価値の性格が承認されることによって、この論理は - 基本権の具体的な法律学的・規範的な形式とは関係なく -、まさに価値それじしんにとって特徴的な性質、とりわけその抽象的なかつ普遍的な妥当性を正当化するのである。

第二例。周知のごとく、人間の尊厳の顧慮が我々の法秩序の最高の法価値として定められるときに、世俗の法秩序に神学的な根拠づけに立ち還ることは拒まれるように見えるので、まずはじめに

広く開かれているこの価値の内容を、その社会においてそれについて存在する諸価値把握への立ち
還りのもとで決定することは、首尾一貫している。同様のことは人間の尊厳の庇護のもと存在する
(最高の-) 価値、"生活についての権利"や"自己決定"についても妥当するのである。それらのし
ばしば紛糾する関係の解決は、- 必然的に - 価値の衡量の形式を採用するのであり、これにより両
量が変数として機能するのである。人間の生活の"生活価値"についての問題も、この生活が一つの
(法の) 価値であるとき、このようにして解答されるのである。法秩序による未出産の子供の千重
の殺害の受容はそのように価値衡量、場合によっては最高の価値間におけるそのようなものの結果
として説明され、根拠づけられ得るのである。

IV 結論

うえに展開された考察は次のようなことを明らかにしているのである。すなわち、法の価値根拠
づけの試みは、それがどのような理論的要求でもって行われるとしても、法をその核心において、
把握し得、積極的に存在する社会における或は社会じしんの主観的価値把握にたえずまたそのみ
に還元するのであり、これらに対して固有の規範的・批判的な基準を含んではないということだ
である。そこから、しかしそれら価値把握には法哲学的に生産性に富むものに欠けているというこ
とが結論づけられ得るのだろうか？

この問いに肯定することは一目瞭然であるかも知れない。けれども、我々は即断してはいない。
一般的拘束的な規範法典が先に与えられていない多元主義的な社会において社会における (共通の)
世界観のほかには法は一体どこに基礎づけられるべきものなのだろうか - そのように反論が述べられ
るところである - ？まさしくそのなかに法の価値根拠づけはその正当性を発見しないのだろうか？
そして何がその代わりとなるべきだというのだろうか？

ここで議論になっている問題に対しては、一つの好意的解釈と一つの批判的解釈とがある。好意
的解釈は、およそ次のように言う。すなわち、法の価値根拠づけは法を社会において生きている価
値意思のうえに基礎づけるのだと。これは一つの実質的な基礎であり、またこれは、一つの完結し
た世界像のうえに立たず、また自由のためにも構築し得ない近代世界においては、踏み越え得ない
ようなものである。その時代における価値意識の変遷は否定され得ない - それは繁栄し或は衰退し、
変化し得る - 。しかし、これは人間存在の歴史性の一部を成すものである。これに対して、批判的
解釈は次のように言う。すなわち、法の価値根拠づけは法をある弱い要素、まさに多元主義的社
会において、しばしばの変更に服し、みずからのなかに決して正しさの保証を提供しない、時代的
価値の同意に基礎づけるものだ。その価値根拠づけは、この同意を同意の外にある基準に従って
その内容を審査するというのを放棄し、むしろ、これを質問せぬにできない要請として受け取る
のである。それでもって、その価値根拠づけは隠れた形式で一つの新たな実証主義、つまり日々
の評価の実証主義に忠誠を誓うものである。これに対してその根拠づけは、現実の同意からもは
やもたらされないときにはいかなる法原理をも維持することが出来ないものである。その根拠づけは、

ただこの原理が行われていないということだけを当てにするのである。それでもって、その根拠づけはおそらく社会的な或は社会文化的なそれであっても、しかし決して哲学的な法根拠づけへは導かないのである。

私は、いかに一つの道がこの批判的解釈へ沿うものであるかということを見ていたのではない。つまり、法の価値根拠づけが社会の時代的価値意識へのその帰還や基礎づけを意味するとき、そこにはもはや正しいことの問題そのものは立てられない。この所与として、事実としての価値意識は、それが合理的な内容を有する故にではなく、またそのかぎりではなく、連結点を形成するのである。この価値意識が単に社会的実証主義の巧みに覆われた形式にすぎないという非難に対して、その時代の価値意識と合理的なことが収斂し、前者が理性をたとえ時代関連的に変遷する刻印づけにおいても、つねに実際みずからのなかに含んでいるという前提が作られ得るときにのみ対抗され得る。けれども、事実的な人間の実践や話し合いでの同意の合理的なことへの一つの基本的信頼から生ずるこの前提がそちら側で根拠づけられるのだろうか？この前提が洞察や経験によって - まさに我々の世紀の精神的な諸活動や多元主義的社会の所与に直面して - 十分にカバーされるのだろうか？私は、ノーと考える。この反対を受け入れるものは、しかし少なくともエルンスト・フォルストホフ (Ernst Forsthoff) とともに、"彼がこの世紀 (これはまだ終わっていないが) の特殊性をその評価を下げることや改めること、その歓喜の叫び (ホサナと叫ぶ声 Hosiannah) と十字架につけられること (Cruzifige)、その果てしない精神的変動をもってして、なお捉えていない、"多くのことに異議を唱えられ得ねばならないのである。

この法の (超実定的) 根拠や尺度についての証明し得る、法みずからに当てられた問題は、それ故に諸価値や価値概念への還元によっては十分に解答され得ぬものである。その問題は、生産性に富むものであるべきならば、ある別の解答を必要とするものである。

(平成九年二月十八日・完)

* 本稿は、Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, ARSP Beiheft 37.1990 S.33 - S.46の試訳である。但し、脚注は省略している。

訳出にあたって、今回も本学の斎藤義彦助教授に数ヶ所にわたりご助言を賜った。記して、謝意を表したい。が、不適切な訳については皆筆者の責任であること言うまでもない。