

H.-J. Koch,Zur Methodenlehre des Rechtspositivismus

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/371

H.-J. コッホ「法実証主義の方法論のために ——原理という論拠／それは法実証主義を 方法的に論破するものか——」(翻訳と紹介)

岡田 正則・藤澤 宏樹*

**H.-J. Koch, "Zur Methodenlehre des Rechtspositivismus :
Das Prinzipienargument - Eine methodische Widerlegung
des Rechtspositivismus?"**

— Übersetzung und Überblick —

Masanori OKADA & Hiroki FUJISAWA

<紹介>

著者ハンス＝ヨアヒム・コッホ教授は、1944年生まれ。1971年にフランクフルト大学で学位取得後、E・デニングーの下で助手をつとめ、1972年に同大学講師となり、1978年に教授資格を取得。同年よりハンブルク大学教授(公法・法哲学担当)。1981年から現在に至るまで、ハンブルク上級行政裁判所の裁判官も兼務している。

著作には、法学方法論に関して、Koch (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie* (1976年), ders. (Hrsg.), *Seminar: Die Juristische Methodenlehre im Staatsrecht* (1977年), 教授資格論文を一部補筆したders., *Unbestimmte Rechtsbegriff und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht* (1979年), および, Koch / H. Rüßmann, *Juristische Begründungslehre* (1982年) などがある。これらは、ドイツにおける理論と実務をふまえて、分析(法)哲学——ないし法律学における“言語論的転回”——の成果を発展させたものだといえる。行政法のテキストとして、Koch, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1. Aufl. (1984年), Koch / R. Rubel., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. (1992年), 他に、建築法・環境法分野の著書、EuGRZ誌上などでの

基本権に関する論文等、多数の著作を公けにしている。

本稿は、「法実証主義と法の価値関連性」(*Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*)と題する法哲学・社会哲学雑誌別冊37号(*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)*, Beiheft Nr. 37, hrsg. v. R. Dreier, Stuttgart 1990)所載の、Hans-Joachim Koch, *Zur Methodenlehre des Rechtspositivismus: Das Prinzipienargument - Eine methodische Widerlegung des Rechtspositivismus?*の試訳である。同書は、1988年10月12～14日にゲッティンゲンで開催された法哲学・社会哲学国際学会連合ドイツ支部の学会の報告集であるが、コッホ報告は、法実証主義を批判するロベルト・アレクシー(キール大学教授/公法, 法哲学)とこれを擁護するノルベルト・ヘルスター(マインツ大学教授/法哲学・社会哲学, 法社会学)の総会報告を受けて、第2分科会(法実証主義と法学方法論)において、法実証主義擁護の立場から行われた(ただし、同書序文によれば、報告当日病気のために、ヘルムート・リュスマン(ザールブリュッケン大学教授)が報告を代読した、とのことである)。

本論文は、ロナルド・ドゥオーキンのルールと原理に関する議論を詳細かつ批判的に検討することをつうじて、R・アレクシーやR・ドラ

イヤーの法実証主義批判に対するひとつの反批判を提示している。どちらかといえば、これらの法実証主義批判の矛盾や不十分さをつくものである。法実証主義に基づく彼自身の方法論と実定法解釈については——建築法典などの実定法や行政裁量問題への言及を通じてその片鱗を窺うことはできるものの——、前掲の彼の著作をひもとく必要があるだろう。

* * *

ハンス＝ヨアヒム・コッホ「法実証主義の方法論のために——原理という論拠／それは法実証主義を方法的に論破するものか——」

アレクシーとヘルスターの総会報告において、法実証主義に対する賛否両論が詳しく披瀝された。ここでは多くの観点のうちから一つを選び出し、いわばルーペの下でじっくり考察することにしよう。R・ドゥオーキンの原理という論拠を、である。この論拠は、判断を法学的に基礎づけるための方法論から法実証主義を論駁するものと思われる。

1. ハード・ケースをめぐるハートとドゥオーキン

もし、そもそも法実証主義者の主張が、裁判官は自己の判断の前提をもっぱら法律上の規範から取り出しうるし、またそうすべきである、ということであったならば、これはまったく今日まじめな考察に値する立場ではない。というのは、H・L・A・ハートをはじめとする現代の法実証主義者たちもまた、法秩序の開放性およびこれと不可分の裁判官の任務——つまりあれこれの法律に照らしてみても不明確な事案（ハード・ケース）を道徳的基準にもとづいて判断するという任務——を強調するからである⁽¹⁾。法と道徳の分離は不可欠だという法実証主義のテーゼは多義的であるが、上述のような脈絡でこのテーゼが言明しているのは、次のことである。すなわち、法律上の基準が存在しな

い場合には、裁判官は、道徳的観点からハード・ケースを判断する権限を与えられており、このような判断もまた開放的に——いわば法的な「装い」をこらすことなしに——行われなければならない、ということである。このことは、法律が判断を十分に羈束している場合には裁判官は道徳的観点から判断してはならないという要請と難なく合致する。

まさしく、ハード・ケースは道徳的観点から判断されるべきだというこの法実証主義のテーゼに決然と立ち向かっているのが、ドゥオーキンである⁽²⁾。彼の見解によれば、裁判官はハード・ケースにおいても道徳的観点ではなく法的観点から判断するのだ。その際に、厳密に考えると、法的観点と道徳的観点の分離はもちろん不可能だ、とされる。法規範か道徳規範かという分類を回避するこのような判断基準をドゥオーキンは原理と名づける。

2. 法原理の概念

ドゥオーキンによれば、法秩序は別々の構造をもつ規範を含む。ひとつがルール、もうひとつが原理である⁽³⁾。ルールということでドゥオーキンが理解しているのは、要件＝効果構造（Wenn-Dann-Struktur）をもった我々によく知られている法規定、すなわち要件の構成要素を充足する場合には一定の法効果を与えるという法規定、のようである。ドゥオーキンはこれを次のように述べる。「ルールは全か無かの方法で適用できる。ルールが条件として定める事実が存在しているならば、ルールは妥当するか——この場合にはルールの提供する答えが受け入れられねばならない——妥当しないかのいずれかであり、ルールは判断に対しては何も寄与しない」⁽⁴⁾。他方で、ドゥオーキンは、原理には二つの特質があると述べる。(1)原理は「むしろ一つの根拠を提示するもので、その根拠は一定の方向を指し示す論拠ではあるが、一定の判断を必然的にもたらすものではない」。(2)もし二つの原理が相互に矛盾するなら、——ルールの場合

合とはちがって——一方が無効になるわけではない。むしろ相対立する原理の「相対的重点」が、その時その時の判断のために考慮に入れられるべきだ、と⁽⁶⁾。

適用自動主義 (Anwendungsautomatismus) の思想——構成要件が充足されるなら法効果を言い渡すことができるという思想——は、公準とされているルールと原理という別々の規範構造の特徴づけとは合致しないように思われる⁽⁶⁾。要件＝効果構造を有する「厳格な」法規範も、周知のように、この種の完結的で静的な性質をもってはいない。むしろ、しばしば必要かつ可能であるのは、新たな事案に直面した場合に、法律上の要件を規範の目的に照らして拡張したり限定したりして解釈することである⁽⁷⁾。このような規範の明確化は、将来の経験という開かれた地平に向けられたものであるので、ある一定の時点で十分な意味内容をもって確定的になされうわけではない。この限りで、要件＝効果構造を有するいわゆる厳格な法規範の適用も、さらなる規範明確化の留保の下にあるのだ。

これに対して、ルールと原理との区分に適合するように、同じくドゥオーキンによって導入されたのが相異なる対立処理方法 (Kollisionsverhalten) であると思われる⁽⁸⁾。ドゥオーキンがいうには、互いに矛盾するルールの間では一方が無効だが、このことは互いに矛盾する原理についてはあてはまらない。いずれにしても、この点について、まずもって限定のためにいわざるをえないのは、規範間の矛盾は多くの場合、一方の規範が他の規範の例外として理解されることによって処理されうることである。しかしながらこのことは、ドゥオーキンが原理に特徴的だとした対立処理方法とは異なる。互いに矛盾する原理の間では、通常＝例外関係はおよそ成り立つはずがない。私のドゥオーキン理解では、むしろ原理は抽象的には同格であって、一定の場合に後景に退かねばならない原理であっても、他の場合には優先されうるといふ意味で同格なのである。

要約すると、さしあたり次のことを確認できる。ルールと原理は対立処理方法にしたがって区別することができる。ルール間の矛盾は、一方のルールをもう一方のルールに対する原理上の例外だと説明するか、あるいは当該ルールを無効だと説明することによってはじめて、解消できる。[他方、] 原理間の矛盾は、別個の問題群については別個の優先順位の判断を下すことによって、解決されるのである。

当然のことながら、疑問がわいてくる。規範間の矛盾をこのような別々のやり方で解決すること、つまり、規範に関してこのように別々の対立処理方法をつけ加えることが、どのようにして客観的に正当化されるのか、と。R・アレクシーは、この点について、次のような説得力ある論述をした。それによれば、一方では、充足できるか否かという性質の事柄を命じる規範が存在し、他方で、これとは区別されるべき規範が存在する。すなわち、多かれ少なかれある程度充たすことができる事柄や可能な限り広汎に実現されるべき事柄を命じる規範、である。後者が原理であり、上述の特性のゆえに最善化の要請として特徴づけることもできる、とされる⁽⁹⁾。規範が多かれ少なかれある程度実現されうる状態を命じている場合、そしてこの場合にのみ——とアレクシーの考察を進めることができるのだが——、規範間の矛盾の解決は、いくつかの問題群についてはある原理が優先し、他の問題群については他の原理が優先するという意味で、有意義である。このようにして、同時には最大化できない二つの状態について、ともかくある程度の事柄が実現されるのである。

したがって、原理について特徴的な対立処理方法は、最善化できる状態を命じている規範が相互に矛盾する場合にのみ可能であるように見えるとしても、だからといって、このような場合においては原理という仕方に応じて常に一つの対立の解決が選択されうることにはならない。原則論として、最善化できる状態を命じている諸規範の間に対立がある場合であって

も、それらの規範の一つに絶対的優先性が認められるべきだ、ということが考えられるだろう。この限りでは正しい対立の解決についての問題は、そしてそれゆえ原理がここで注釈されたような意味で存在しているのかどうかの問題も、実定法の規準にもとづいて判断されるべきなのである⁽¹⁰⁾。重要なのは、原理に基づいて対立の解決が可能であるとしても、それが選択されるべきでもあるかどうかを明らかにすることである。こうした局面が「法原理」という定義の中で考察されねばならないのだ。したがって、ある規定がまさしく原理であるのは、その規定が最善化できる状態を表現しており、少なくとも同じ特質をもつ規定によって制限されうるし、いかなる規定に対しても絶対的優先性が割り当てられるべきではない場合である。

3. 連邦共和国の法秩序における法原理

今しがた定義された意味での法原理は、連邦共和国の法秩序において一つの有力な、それどころか基礎的な役割を演じている。基本権を原理とみなしうる限り、その役割は基礎的である。連邦憲法裁判所は、日頃の裁判において、基本権を当然にも原理として扱うが、このとき、ロベルト・アレクシーによって基礎づけられたこのような理論的な整理⁽¹¹⁾は、やはりないがしろにされたままである。日頃の裁判において連邦憲法裁判所が強調するのは、基本権は根本において同格だということである。たとえば、言論の自由と人格保護との関係について、次のようにいう。「憲法の意味によれば、両者の憲法上の価値は、基本法上の自由で民主的な秩序の本質的構成要素であるので、どちらも原則上の優先性を主張できない」⁽¹²⁾。このことが裁判官に示しているのは、紛争事件における憲法上の二つの価値は「衡量され」ねばならない、ということである。もしこうしたことをうまく行えない場合には、「事案類型に合致した判断形成と個別事案の特別な事情とを考慮した上で、いかなる利益が後景に退かねばならないのかを判断しな

ければならない」⁽¹²⁾。

かくして、原理に典型的に見られる対立の解決が——憲法的意思により裏づけられて——要請されるのである。このようなことは、連邦憲法裁判所判決も示しているように、基本権が最善化可能な状態を命じているがゆえに、可能なのである。つまり、程度の差はあれ人格保護に多くのことが、そして程度の差はあれ言論の自由に多くのことが、保障されうるのである。また、これと同様のことが、基本権と基本権を制約する法律にもあてはまる。つまり、諸々の基本権に対しても、立法者による基本権制約的な目標設定に対しても、絶対的な優先性を当然のこととして付与することはできないのである。基本権に対しては、明示的に規定された制約を目にして、[他方で、]立法者の基本権制約的な目標設定に対しては、これと基本権との結びつき（基本法1条3項）を前にして、絶対的優先性を割り当てることはできないのである⁽¹³⁾。

建築・専門計画法においても、法典化された法原理が特別の役割を果たしている。周知のように、日頃の適切な連邦行政裁判所の判決によれば、建築法典1条5項中に（確定的ではないが）列挙された利益のいずれに対しても、抽象的な優先性は割り当てられない。むしろ計画策定者の任務は、具体的事件において、正しい衡量の要請という基準に従って、関連する利益間の均衡を慎重に図ることなのだ⁽¹⁴⁾。かくして、たとえば一定の状況下では、環境保護の利益よりも経済的利益に優先性が与えられるべきことになろう。そして、他の状況下では、衡量の結果、環境保護の利益が選好される（されてよい）ことになりうる。同様のことは、各時点での専門計画上の衡量原則の枠組みのなかで注意が払われるべき利益についてもあてはまる。

計画法においては、諸利益の抽象的な同格性と慎重な均衡化の要請とは当然のものとして通用するテーゼであり、したがって計画上での裁量授権の原理的性格についての洞察はむしろ簡単に済ませてよいだろう。これに対し、いわゆ

る通常の効果裁量の場合には、根本において同一の問題があるにもかかわらず、この問題はほとんど論及されない。周知のように、支配的学説のいうところでは、裁量授権とは、主に当該授権の目的（行政裁判所法114条、行政手続法40条も参照）による制約を受けた法効果の選択である。裁量権行使の主要問題の一つは、多様な問題群に関する相反的な権限付与目的について適切な調整を図るという点にあるのだが、このことはほとんどテーマとされていない⁽¹⁵⁾。たとえば道路法上の特別使用に関する決定は所轄行政庁の裁量の下にある。この裁量が認められるのは、通行の安全および便宜という目標と他の利用上の利益（例えば政治的あるいは商業的宣伝）との調整を導くためである。その際、利用上の利益の一つが抽象的優先性をもつことは決してない。むしろ、通行の安全と便宜も、状況次第で、劣位に扱われることがある。このことが法解釈論上に現れているのは、目標というものは常に憲法上の比例原則の基準にもとづいてはじめて貫徹することが許されるのであって、それゆえ、ある目標のための利用は均衡を失するほどに他の目標を犠牲にしてはならない、という点である。これ以外の点については、いかなる裁量権行使も基本権を尊重しなければならないということに、争いはない。このような次第で、授権目的と関連基本権との間で慎重な調整が行われねばならない、ということになるのである。つまり、ここで肝心なのは、上述のような立法者による基本権制約的な目標設定に対しては基本法一条三項のゆえに決して抽象的な優先性は付与されない、ということである。

計画法および裁量授権に関する以上のような考察からすると、次のような一般化に行きつくことになる。すなわち、法秩序が行為を最善化可能な目標と結びつけてはいるが、その結びつけの程度が紛争事件においていかなる目標も抽象的な優先性をもちえない程度であるときはいつでも、[法規範と] 原理との結合が存在する、ということである。しかし、ここにみられるよ

うなことは、主観的目的論およびいわゆる客観的目的論⁽¹⁶⁾の解釈枠組のなかでも、たいていは原理との結びつきを用いて考慮することができる。なぜなら、すべてではないにしても多くの法規範は、目的論的解釈の枠組のなかでも相応に顧慮されるべき別々の目標設定について調整を図るのに役立つからである。原則として、ある目標に抽象的な優先性が付与されるべきではないであろう。とりわけ、法律解釈の枠組みの中でも論理必然的に関連してくる基本権の位置づけが、法律の目的として抽象的に同格に尊重されるべき場合には⁽¹⁷⁾。

しかし、以上のような論拠でもって、今やあらゆる法規範を原理と宣言すべきだ、などというつもりはまったくない。むしろここでの主張は、法的ルールの枠組みの中にも原理の要素が存在する、ということである。同様のことをドゥオーキン⁽¹⁸⁾は次のように述べる。「『十分な理由のある』『過失により』『不当な』『重大な』というような文言」を有するルールを適用する場合、その適用はこれらの文言によって原理と目標設定とに依存せざるをえないし、このことによってルールそれ自身が原理に近づいている、と⁽¹⁸⁾。

たとえば、我々の私法秩序に関して基礎的な原理が論題となる場合、そこでいわれている原理とは、たいてい——これまで論じてきたような——法典化された原理ではなく、より詳細な主張を要するという意味で、法典化された法の基礎にある原理なのである。いずれにせよ、原理は、昔も今もつばらこのような意味でドイツの議論において理解されている⁽¹⁹⁾。原理を現行法のいわば深層構造としてみる視点は、ドゥオーキンにおいても見受けられる。たしかに、彼の出発点は、明らかに、法典化された規範も原理でありうるということである⁽²⁰⁾。しかし、彼が主に着目しているのは次のような法規定である。すなわち、[彼によれば]「明示的な確定的・制度的ルールを正当化するものとして関連の裁判で用いることのできるような最も適切な

法理論の中で、一定の役割を」当該法規定が果たした場合には、これらの法規定は現行法上の原理なのだが、このような法規定に彼は着目しているのである⁽²¹⁾。

一定数の原理を現行法上の「最も適切な法理論」として特別扱いすることの根拠づけが困難である点⁽²²⁾に、ドゥオーキンは、法実証主義が排斥されるべき本質的理由があると考えている。つまり、ここで言及された「最も適切な法理論」たる原理は「既存のルール⁽²³⁾の正当化をめざさねばならないが、「その際の正当化の理由は、ここでいわれているような法理論を保有している法律家たちの意見に即して共同体の政治的あるいは道徳的な関心事や伝統が当該ルールを現実的に裏付けているという状況の下で、当該ルールがこのような関心事と伝統を確認しようとしていること、である。このような正当化のプロセスは、法律家を政治的および道徳的な理論の奥深くへと引き入れるにちがいないし、その際には、『制定根拠』という『テスト』——我々の政治制度の二つの異なる正当化理由のうちいずれが優越するのかを確定する際に用いることのできるテスト——が存在すると正確にいえる地点をはるかに通り越してしまわざるをえない⁽²³⁾。同様のことは、別の立場から、次のように述べられる。すなわち、「成文法の現存の規定すべてと先例とを調和させるような何らかの類の原理をみつけること」は不可能であるが⁽²⁴⁾、原理間の選択が熟慮されねばならない場合、そのうちの一方が、今日まで継承されている法的関連資料 [=立法者意思・立法事実関連文書など] によりよく適合するのに対し、他方が正しい政治道徳により近いとするならば、後者が選択されるべきだ、と⁽²⁵⁾。

まさしくこの最後に述べられたドゥオーキンの要請、つまり疑問の余地のある場合には正しい(?) 政治道徳にふさわしい原理を選択すべきだという要請をみれば、実証主義に対する彼の論駁が失敗に終わっていることが明白になる。というのは、いうまでもなく、いかなる法

実証主義者も、ドゥオーキンの法政策的な信念——政治道徳により近い原理を選択し、そのことによって、実定法の基礎にあることがより明白な原理を無視すべきだという信念——を共有する必要はないからである。法実証主義は、疑問の余地なく、実定的な法的関連資料によりよく適合する原理に優先性を与える。

この「法実証主義の立場をとる」場合に、「妥当する」法原理を確認するための適切な認識ルールをめぐる問題についても、一貫性をもって答えることができるように思われる。もちろん——そしてこの点でドゥオーキンは正しいと認められるべきなのだが——この場合には単なる制定根拠という規準 (*Herkunftskriterium*) では不十分である。なぜなら、法の「深層構造」はいかなる規範制定者によっても命じられていないからである。しかしながら、法が妥当するための十分な規準である間接的な制定根拠という規準は明確化できると考えてよいだろう。この推論の直観的な根拠を連邦共和国の法はありあまるほど提供している。たとえば、現行刑法の基礎には責任原理 (*Schuldprinzip*) があるということに、疑いの余地はまったくない。おそらくは誰もが一致するこのような刑法学の視点は、一連の法典化された規範が可罰性を行為責任にかからしめているということに基づいている。さらに、ある原理が「妥当している」法原理として承認されうるためにはどのくらい強固に確認されなければならないのかは、なおよく考えられるべきであろう。しかし、現代においてこの境界が不明確だからといって、次の点は少しも変わらないのだ。すなわち、多くの事案においては、各人の道徳的信念とはまったく無関係に、ある原理が現行法の深層構造に属するか否かをすぐにでも言明できる、という点である⁽²⁶⁾。原理の帰属性について不確かさが残る限りは、道徳的視点にもとづいていることを明示して判断すべきである——法実証主義の要請と合致するように。

いずれにせよ、より原則にかかわる問題とし

て問われねばならないのは、明示的に法典化されてはいない原理が、現実に現行法の一部なのか、および／もしくは、その一部とすべきなのかどうか、である。原理を用いる解釈上の論証は、主観的および客観的目的論の解釈も共有しているといえるだろう。そうしたものとして例えば、刑法上の責任原理は、法律関連資料に基づいて明らかになる立法者の行動の格律なのである。それゆえ、このような目標設定に即した解釈方針を採用することは、まさしく主観的目的論の解釈にほかならないが、この解釈は、次のような憲法上および憲法理論上の問いに直面せざるをえない。すなわち、目標についての立法者の考え方に即した解釈方針の採用が、基本法による法律への裁判官の拘束に合致するかどうか、である⁽²⁷⁾。

客観的目的論の解釈は、必ずしもともに理解されてはいない隠喩法に基づいて法律の目的自体をも疑問に付すのだが、この解釈は実のところ、一定の制約範囲内での目的の選択を言い表しており⁽²⁸⁾、したがってまた、ドゥオーキンが記述した実定法関連資料の正当化の手順とかなりの程度一致する。現実には、客観的目的論の解釈の枠内で検討しなければならないのは、すでに部分的に解釈されている規範の基礎にいかなる制定目的が存在しうるのである。この場合、通常、恣意的ではないにせよ多様な目的が考慮に入れられる。依然として残っているこのような判断余地を、法適用者は、理性的な格律によって、それゆえ自己の道徳的判断によって、充填しなければならない。この判断を行うために、裁判所は憲法によってその職務を任されているのである。それゆえ、以上のような点からしても、法の深層構造を用いたりこれを出発点とする論証を終始一貫して法実証主義的に組み立てることは可能だと思われる。

最後に、ここでは、原理の論証が主観的および客観的目的論の解釈の枠内で再構成できるのかどうか、あるいは、法原理の妥当性をめぐる修正・緩和された制定根拠という規準が定式化

できるのかどうかについては、留保しておきたい。というのは、法秩序が法典化された原理も法典化されていない——つまり法典化された法の深層構造に属する——原理も含むという事情があるからといって、即座に法実証主義が論破されるわけではないからである。そこで次に検討されるべきことになるのが、判断を法的に基礎づける際に原理が果たすあるいは果たすべき役割が、法実証主義の方法観を打ちこわすのかどうか、である。

4. 裁判官による判断の理由づけにおける法原理

実証主義的な認識方法では法原理の妥当性を認定することはできない、というテーゼよりもいっそう大きな破壊力を秘めているのは、おそらく、ドゥオーキンが雄弁に主張し擁護した次の見解であろう。すなわち、裁判官がハード・ケースにおいても探求しなければならないのは「両当事者の権利がどのようなものであつて、遡及的に何かを創作することではない」という見解である⁽²⁹⁾。このことは、法秩序はつねに一つの正しい決定を内包しているという、ドゥオーキンが同様にはっきりと擁護したテーゼを含んでいる⁽³⁰⁾。

とりわけ、連邦共和国の行政法学がこの間、不確定法概念の解釈と適用については多くの場合ある判断が唯一正しい判断だとは証明できない、という見解に達しているのだから⁽³¹⁾、これとは正反対のドゥオーキンのテーゼが批判的な目で見られるのも致し方ないであろう。残念ながらドゥオーキンの論証はほとんど実りあるものではない。

ドゥオーキンが議論の中で繰り返し受けてきた異論は、原理をそれ自体で用いてみてもあまりにも不確定であるので特定の個別事例の判断を余すところなく正当化することはできないし、また、とりわけ原理間に対立がある場合には一定の判断が法的に命じられてはいないのだ、というものである。残念ながら、ドゥオー

キン、さらなる根拠——裁判官が関連の原理を考慮に入れて判断の普遍的な正しきの弁明に用いることができるような根拠——を示すことによって、この批判の誤りを論証してこなかった。むしろ彼は、少なくとも原理上でこのような手続がどのように想定されねばならないかについていかなる根拠も示せないからやむをえず科学論上の啓蒙の立場を採ったにもかかわらず、この立場を進んで採ったように見せかけたのだ。ドゥオーキンは、批判された哲学理論についての特徴点を詳論することなく、承認された証明手続がまったく存在しない場合であってもある命題が真だとすることは可能だ、と述べる⁽³²⁾。このテーゼは——必要な差異を付した上で——受け入れられねばならないだろう。ただしその際には、最善化の原理についてのドゥオーキンの見解を容認する必要も、ましてや受容する必要もない。というのは、裁判官が唯一正しい判断を追求する場合に課せられる課題を詳細にみるなら、ドゥオーキンの見解は成り立たないと考えざるをえないからである。

すでに詳細に論じたように(上述の2)、原理の決定的な指標はその抽象的な同格性にある。もしいま、判断を求められている事案が二つの原理の対立の間にあるとするなら、判断の基礎となる優先関係の条件を考案することが裁判官の課題である。それゆえたとえば、いかなる状況の下で人格保護は言論の自由に優先するのが、より厳密に論じられねばならない⁽³³⁾。理由の付されたこのような優先関係の判断でもって、原理は司法機関を通じて時代の推移の中で各々の相対的重点を保持する。しかし、原理についてのこのような相対的重点に関する判断は、原理それ自身から何かを取り出すことではない。それゆえ、原理の適用によって唯一の正しい判断がもたらされるわけではないということ、——ドゥオーキンによる規定にもあるように——原理の性質中に、その根拠が存在する⁽³⁴⁾。

アレクシーが正当にも主張するところによれ

ば、優先性に関する数多くの司法判断を通じて幾多の原理が蓄積されてきたといっても、それらの原理は、けっして、将来判断を下されるべき全事案についてもただ一つの判断を妥当なものとして確定するわけではないのだ。もちろん、あらかじめ確定されていた諸々の優先関係があつてはじめて論証手続が存在するのであるから、それらがこの手続の出発点であつた。いずれにせよ、この論証は、「すでに確立している優先関係を根拠とすることができずに、白紙状態から出発せねばならない場合には」⁽³⁵⁾別物になるだろう。ただし、このような有意義な試みを推し進めるには、さらに詳細な研究が必要である。

しかしながら、原理間の対立は連邦共和国の憲法に基づいて比例原則を尊重しながら解決されるべきであり⁽³⁶⁾、それゆえ一連の対立解決策が明白に違憲だとして当然に除外されるといった事態があるとしても、このようなことと、通常もしくは圧倒的多数の事案においてさえもある一定の対立解決策を唯一正しいものとして証明できるなどということとは、縁もゆかりもない。

要するに、依然として銘記されるべきなのは、ドゥオーキンの主張とは反対に、法典化されている原理も法の深層構造に属している原理もすべてのハード・ケースの中で原理上唯一正しい判断だけを許容しているとはいえない、ということである。原理は抽象的には同格の立場で最善化を要請するという性格をもつが、この性格は、通常、唯一正しい判断以上のものを許容する。このようなことがあつても、対立解決策は比例原則との結びつきの中で見つけ出されるべきであり、そして時代の推移の中で裁判を通じて一連の相対的で将来尊重されるべき優先性が形成されるという事態は、まったく変わらないのである。

5. 法と道徳の分離

——法原理が存在するとしても

a) 法原理の概念、法秩序の中にいくつかの法原理が存在すること、ならびに裁判官の判断の根拠づけにおいてこれらの原理が果たす役割が論究されたので、本稿のはじめのところで略述した反実証主義的なドゥオーキンの主張をここで詳細に考察することができる。

ドゥオーキンが論難しているのは、実証主義が要請する法と道徳の分離の実行可能性である。というのは、彼の見解によれば、

——いかなる難解な法的事案（ハード・ケース）においても、法的根拠からして発見されなければならない唯一の正しい判断が存在するからであり、

——このような常に存在する唯一の正しい判断のための基準を法原理が務めたし、また務めねばならないからであり、

——それにもかかわらず、これらの原理が現行法に属していることについては、実証主義的に制定根拠を辿っていくやり方に基づくのではなく、最終的には道徳的規準に基づいて判断されるべきなので、法的ルールと道徳的ルールとは厳格には分離できないからである。

このような論証は、最終的には説得力をもっていない。もちろん、[彼が]法学的な判断の根拠づけにおける原理の役割を強調したことは正当かつ重要であって、この点で、法原理というドゥオーキンの概念は、少なくとも原則論上で、法典化された原理へも注意を引きつける。いわゆる法の深層構造に属する法原理に注意を引くにとどまらないのである。憲法や計画法においておよび——より一般的にいえば——そもそも抽象的には同格の目標の間で起こる制定法上の紛争のすべての事案においては、判断方法の問題が生じるが、この問題の検討にあたっては、対応する法原則の原理上の性格に目を向けたことが、かなりの成果をもたらした。もちろん、

これらすべては方法上の理由から法実証主義を論破するものではまったくない。ドゥオーキンによるこの点に関する重要な論証は明らかに維持できない。

次のようなテーゼ、つまり、原理が疑問の余地なく存在しているのだから実証主義的な法の妥当理論——これによればやはりどんな場合でも法の妥当性はある規範の道徳的正しさによって左右されてはならない——は論破されたのだ、などというテーゼは、そもそも説得力をもたない。なぜなら、法原理に関する道徳的な妥当性という規準が必要であることを裏づける際にドゥオーキンが用いる論証は、同時にいくつかの弱点をも含んでいるからである。第一に、ドゥオーキンのテーゼはもともと法の深層構造に属する原理についてだけ重要性をもちうるという点を、考慮に入れておくべきである。第二に、実定法に関連する資料に別々な仕方であくあてはまる諸原理から道徳的にもっとも正しいもの(?)が選出されるべきだというドゥオーキンの要請を、誰も受け入れる必要はない。もっとも適切な原理の選択でみんなが一致することもありうるだろうし、こういったことは、実定法を間接的に拘束している——法実証主義的な意味での——制定根拠という規準だといっていいだろう。しかし第三に、上記の点を別にすれば、道徳的観点に基づいて原理を選択すべきだという要請は、まさしく、[法実証主義により]主張されている法と道徳の分離を前提としている。なぜなら、難解な事案についての判断を実定法が許容していない限り、道徳的原理へと公然と遡及することによって判断基準が選択されるからである。この点は、実証主義的な法の妥当性の規準を論破することには、まったくつながらない。結局、第四に、法の深層構造に属する原理についての学説は、主観的および客観的目的論の解釈という実証主義的視点の枠内でも再構成できるように思われる。

さらに、論証の際に原理は非常に大きな力を発揮するというテーゼ——つまり唯一正しい判

断が存在するというテーゼ——も維持しがたい。原理の構造と法学的論証における原理の役割をよく考えてみるならば、これらの原理は、原則として、ある判断を唯一正しいものとして証明するだけの力を持っていない。たとえ、比例原則の役割と裁判を通じての原理の相対的優先関係の持続的な形成とを考慮に入れるとしても、道徳的観点からすれば、充足されるべき判断の余地がかなり残ったままなのである。そもそも難解な事案の解決に際して法の深層構造に属する法原理が果たす役割は、原理に陶醉して——おおよそこのようにいって差し支えないだろう——過大に評価されるべきではなかろう。たとえば、非常に広範囲にわたりかつ分岐している行政法各論の分野は、明らかに、深層構造についてはほんのわずかなことしか示さない。昔から民法の中心領域にのっての基礎的法原理をめぐる論争が行われてきたし、現に行われていることは、驚くにあたらない。

総じていえば、原理についてのドゥオーキン型の論拠は、法実証主義を不可能なものとして証明してはいないし、それどころか、これを一度もまじめに問題にしていないのである。

b) 最近、R・ドライヤーは、原理についてのドゥオーキンの論拠をとりあげ、連邦共和国の法秩序という特定の条件のためにこれを再定式化した。ドライヤーがいうには、再定式化された原理という論拠は、法実証主義的な法概念が維持できないことを証明したのだ。

あいまいさの余地があるとか規範間に対立があるなどの理由から法秩序とは開放的なものだという所見を、実証主義は次のように解釈しているという。すなわち、実定法は、法的に確定されていない領域では、法以外の——とりわけ道徳的な——基準を用いる権限を裁判官に委ねているのだ、と。これに対して、彼は構造論的なやり方で反実証主義的に原理の論証を行っているが、これによれば、裁判官は外見上で判断余地を認められている領域においても法的に拘

束されているのであって、さらにいえば、「法と道徳の必然的な結びつきを回復する」という方法をとらなければならない、とされる。このような結びつきは、ドゥオーキンのいう意味での原理を出発点としており、そしてこういった原理はとりわけ連邦共和国の実定憲法中に——特に基本権の部分の中に——見出される、といわれる。アレクシーによって精密化されたドゥオーキンの原理概念を基礎として、原理の論証は次のように述べられる。「法的に妥当する原理は、その構造の力によって、実証主義的法概念を追い払う。というのは、原理が道徳的理想のおおよそその実現を法的な義務にしているからである」。ドイツ連邦共和国基本法が「近世の法倫理および国家倫理の主要な諸原理」を実定法として法典化したので、それは「法と道徳との必然的な結びつきを回復したのだ。というのは、このことによって、あいまいさや規範間の対立が存在する場合に現にある法をあるべき法に可能な限り接近させることが当然に要請されるからである」。もちろん憲法上の諸原理は、それらのあいまいさとそれらの間の緊張関係を勘案すれば、解釈と衡量を必要とすることになる。「しかし、これに係わる問題は——これが主張の核心なのだが——法の問題であって、決して単なる道徳問題ではない」のだ⁽³⁷⁾。

ドライヤーの主張は、ドゥオーキンの議論とは——多くの共通点があるものの——明らかに別ものである。ドライヤーにとっては、法と道徳との必然的な結びつきは、道徳とは無関係の妥当規準を原理のために定式化するという問題設定から生じたものではない。基本法の中に重要な諸原理が編纂されていることを考慮して、——このようにドライヤーは明示的かつ正当にもいうのだが——妥当理論的な問題は設定されないのである⁽³⁸⁾。むしろドライヤーは、法と道徳との必然的な結びつきを、まさに基本法中に重要な諸原理が編纂されているという事態から演繹する。すなわち、このことによって道徳的理想への接近が法的義務になっている、という

のだ。しかし、このような主張は納得できるものではない。ある道徳的理想を法的に定めることもできるということは、久しく争われていないし、まじめに争われるべきことでもない。しかし、だからといって決して実定法という基準に即した判断の理由づけが道徳的要請に依存するようになるわけではない。法と道徳との連関は、ここで考えられている事例においては、法が道徳規範を法典化したという理由で、単に事実の上で存在しているに過ぎない。

ドライヤーの主張は、報告で提示された別のテーゼによっても説得力あるものになってはいない。そのテーゼとは、基本法中に道徳的理想が法典化されたことによって要請されているのは、「あいまいさや規範間の対立がある場合には、現にある法をあるべき法に」適合させることだ、というものである。つまり、あいまいさや対立がある場合には、いかなる「現にある法」も存在しないのだ。もしかすると、憲法裁判所裁判官は、その限りで法を定立する権限を委ねられているのかもしれない。もしドライヤーが最終的になお、あいまいさや原理間の対立と結びついた諸問題が法の問題であって決して単なる道徳の問題ではないということをつけ加えるなら、なぜそういったことが法実証主義の分離テーゼを論駁することになるのかは、あまり定かではない。もし裁判官が、自分の判断を根拠づける際の枠組みの中で、自分に応答権限のある問題に答えを出しているなら、答えを出された法的問題が当を得たものかどうかが論じられるべきである。裁判官に対してこの点について実定法がなんらの規準も提供していない場合でも、そのような判断に対しては、裁判官への相応の授権があるという理由で、法的な性格が認められるべきであろう。しかしながら、やむをえず用いられる道徳的な基準は、法的な基準よりもすぐれたものとされるべきではない。いずれにしても、このような用語法に対して、法実証主義の分離テーゼが反駁しているのである。というのは、このような用語法が判断の根拠づ

けに裁判官の道徳的信念が特殊な関わり合いをもつことを覆い隠すのに好都合だからである。定義を通じて法実証主義を論駁している点もまったくとるに足らないものである。

<注>

- (1) H. L. A. HART, *Der Begriff des Rechts*, 1973 (英語版初版, 1961年), S. 173ff; DERS., *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*, in: DERS., *Recht und Moral* 1971 (herausgegeben von N. HOERSTER), S. 14, 29ff.
- (2) R. DWORKIN, *Bürgerrechte ernstgenommen*, 1984 (アメリカ版, 1973年), S. 42ff, 91ff, 144ff.
- (3) 区別の詳細については, R. DWORKIN (o. Fußn. 2), S. 54ff, 130ff. R・アレクシーはこの分類をドイツの議論に導入し (*Zum Begriff des Rechtsprinzips*, in: W. KRAWIEZ u. a. (Hrsg.), *Argumentation und Hermeneutik*, 1979, S. 59), これを彼の『基本権の理論 (*Theorie der Grundrechte*)』(1985年)の基礎としている。KOCH / RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre*, 1982, §§10. 3, 20も参照。
- (4) R. DWORKIN (o. Fußn. 2), S. 58.
- (5) R. DWORKIN (o. Fußn. 2), S. 62.
- (6) R. ALEXY, *Zum Begriff des Rechtsprinzips* (o. Fußn. 3), S. 68ff.
- (7) このような仕方が方法的および憲法的に必要なとされることについては、ここでは省略してよいだろうが, KOCH / RÜSSMANN (o. Fußn. 3), §§18, 2 u. 3および§§21-25を参照。
- (8) この点に関し、より詳細については, R. ALEXY, *Zum Begriff des Rechtsprinzips* (o. Fußn. 3), S. 71ff; DERS., *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, in: ARSP Beiheft Nr. 25 (1985), S. 13, 17ff.
- (9) R. ALEXY, *Zum Begriff des Rechtsprinzips* (o. Fußn. 3), S. 80; DERS., *Theorie der Grundrechte* (o. Fußn. 3), S. 75f.
- (10) KOCH / RÜSSMANN (o. Fußn. 3), §10. 3.
- (11) R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (o. Fußn. 3), passim.
- (12) BVerfGE 35, S. 202, 225.

- (13) このような意味での基本権と基本権制約については, R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (o. FuBn. 3), S. 249ff.もある。
- (14) さらなる論証についての詳細は, KOCH / HOSCH, *Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht*, 1988, 3. Teil, V.
- (15) とはいえ, 参照, KOCH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1984, S. 136f, 229f.
- (16) この点に関する批判として, KOCH / RÜSSMANN (o. FuBn. 3), §18. 3.
- (17) 不確定法概念の憲法適合的な解釈については, さらなる論証も含めて, KOCH (o. FuBn. 15), S. 130ff.
- (18) R. DWORKIN (o. FuBn. 2), S. 64.
- (19) とくにわかりやすいものとして, 参照, K. LARENZ, *Richtiges Recht*, 1979, *passim*, とりわけS. 23ff.
- (20) R. DWORKIN (o. FuBn. 2), S. 63fほか。
- (21) R. DWORKIN (o. FuBn. 2), S. 122f, 詳細な展開はS. 188 ff. (強調は筆者)。
- (22) このような根拠づけの問題については, さしあたり, F. BYDLINSKI, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, 1988, S. 133 ff.の包括的な研究を参照。
- (23) R. DWORKIN (o. FuBn. 2), S. 124.
- (24) R. DWORKIN (o. FuBn. 2), S. 203.
- (25) R. DWORKIN (o. FuBn. 2), S. 543f.
- (26) ドゥオーキンに対する同様の批判を行うものとして, BAURMANN / KLIEMT, *Rechtspositivismus auf die leichte Schulter genommen? in : Österreichische Zeitschrift für Soziologie*, 1985, S. 121, 127ff, 131ff.
- (27) この点については, 参照, KOCH / RÜSSMANN (o. FuBn. 3), §18. 3.
- (28) この点については, 参照, KOCH / RÜSSMANN (o. FuBn. 3), §17 (とりわけS. 163 ff, 176 ff).
- (29) R. DWORKIN (o. FuBn. 2), S. 144.
- (30) R. DWORKIN (o. FuBn. 2), S. 449ff ; 詳細については, DERS., *No right answer? in : HACKER / RAZ (Hrsg.), Law, Morality, and Society*, 1977 (FS für H. L. A. HART).
- (31) 長らく高い評価を得てきた「唯一の正しい判断という原理」に対する批判として, KOCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, 1979, S. 75 ff.
- (32) R. DWORKIN (o. FuBn. 2), S. 453.
- (33) 原理間の相対的な優先性の形成に関する詳細な分析については, 参照, R. ALEXY, *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, in : *ARSP Beiheft NF 14* (1980), S. 181 ff ; KOCH / RÜSSMANN (o. FuBn. 3), §10. 2.
- (34) R. ALEXY (o. FuBn. 8), S. 22 ff.も参照。
- (35) ALEXY (o. FuBn. 8), S. 26 f.
- (36) より詳しくは, R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (o. FuBn. 3), S. 100 ff ; KOCH / RÜSSMANN (o. FuBn. 3), §10. 3.
- (37) R. DREIER, *Der Begriff des Rechts*, NJW 1986, S. 890, 892 r. Sp. f.
- (38) R. DREIER (o. FuBn. 37), S. 893.

※本稿の作成にあたり, コッホ教授から許諾と助言をいただきました。記して感謝申し上げます。