

# Carsten Bäcker, Rechat als institutionalisierte Vernunft ? : Zu Robert Alexy diskurstheoretischer Konzeption des Rechts

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	<a href="http://hdl.handle.net/2297/28975">http://hdl.handle.net/2297/28975</a>

《翻訳》

カーステン・ベッカー

「制度化された理性としての法？」

ロバート・アレクシーの討議理論的な法構想について

足立英彦

〔要旨〕アレクシーが主張するように、理性を制度化することが、事実性と妥当性の間に位置する正当性という形式を作り出すことを意味するならば、制度化された理性は法であろう。作りだされたものが完全であるならば、それは正法 (richtiges Recht) であろう。理性を制度化するためにアレクシーの法理論が提案する道具は、法の討議理論である。詳しくいうと、アレクシーが提案するのは、実践理性の熟慮手続と、法体系の意志決定機関として現れる手続とを結合する討議理論的構想である。それゆえ、アレクシーは法の討議理論的構想を提示する。本稿はこの構想の検討を行うものであるが、その際、この構想自体に含まれる問題点と、この構想の討議理論的枠組みに関する問題点とに焦点を合わせることにする。

ロバート・アレクシーの法哲学は三つの中核的要素をもっている。法の議論 (Argumentation) 理論、基本権の原理理論、および非実証主義的法概念である。この各々の中核的要素は、アレクシーの三つの単著において順次その基本的部分が形成された。彼の法の議論理論はとくに彼の博士論文『法的議論の理論：法的な理由づけの理論としての合理的討議の理論』<sup>1</sup> (一九七八年) を、原理理論はとくに教授資格請求論文『基本権の理論』<sup>2</sup> (一九八五年)

を、そして法概念は「法の概念と妥当性」(一九九二年)における彼の思想を基礎として<sup>3</sup>いる。この三つの中核的要素から、アレクシーはこれまで百編以上の論文において、互いに密接に組み合わされた包括的な法哲学を構築した。この包括的な法哲学を包み込む概念 (Konzept) をアレクシーは「理性の制度化」とみなしている。

理性の制度化を、もつと正確にいうと実践的理性の制度化を、アレクシーは、事実性と理念性の間で実践的正当性を生み出す過程として理解している。<sup>5</sup> この生成の結果が法 (Recht) であり、完璧な結果であるならばそれは正法である。法の討議理論はこの生成過程の道具の役割を果たしているが、それをアレクシーは討議理論的な法構想において詳しく説明している。

## A 討議理論的な法構想

アレクシーは一九七九年にヘルシンキで行った講演で初めて自分の討議理論的な法構想を明らかにした。この講演は一九八一年に「法的議論の手続的理論の理念」として、当時の「法理論 (Rechtstheorie)」の別冊において公表された。この著作でアレクシーは四つの手続を区別している。一つ目は一般的な実践的討議の手続 (P<sup>1</sup>) であり、二つ目は国の法制定手続 (P<sup>2</sup>) であり、三つ目は法的議論の手続 (P<sup>3</sup>) であり、四つ目は裁判所の訴訟手続 (P<sup>4</sup>) である。これら全体から法の四階層手続モデルが生まれる。

### I アレクシーによる法の四階層手続モデル

この、一九七九年に一五頁で展開された四階層モデルを、アレクシーは改めて一九八五年出版の教授資格論文「基本権の理論」で説明した。ただしそこではかなり簡略化されて約一頁半となった。<sup>8</sup> そこで彼は自分のモデルの目的を、「手続的な道徳諸理論のとくに有望な型」としての討議理論を「法の理論と結合する」こととした。<sup>9</sup> この、討議理論と法理論を四階層手続モデルにおいて結合するという理念は、アレクシーによる法の討議理論の中核的な考

えとみなすことができる。

簡略化された四階層モデルは、少し用語が変更されて、「(1) 一般的な実践的討議、(2) 立法過程、(3) 法的討議、(4) 裁判過程」となった。<sup>10</sup> 第一階層の一般的な実践的討議では、一般的な実践的問題が、とりわけ道徳的問題が検討される。あらゆる討議は、複数の、討議的に可能な候補を一般的な実践的問題の答えとして生み出さるので、したがって討議は決定を確定しないので、第二階層が、すなわち立法者が立法手続において討議的に可能な候補の間で決定を下すことができるという階層が必要となる。<sup>13</sup> それゆえ法律は、一方で一般的な実践的討議における熟慮に則して、他方で立法者の決定から生み出されるのである。

このモデルの、つぎに続く二つの階層は、成立した法律に基づく法体系の機能の仕方をより詳しく叙述するためのものである。一般的・抽象的な法律でもって、個々の事例に対する適切な解決策は予め示されない。変転する我々の環境に関する我々の理論的認識には限界があるのであって、そのことはとくに法的ルールの棄却可能性(Defeasibility)<sup>14</sup>や基本権のような憲法上の基本規定の原理的性質に反映している。立法者は、法律が適用される際に残っている未確定の問題すべてについてあらかじめ決定することはできないが、それは最終的には我々の理論的認識の限界に基づいている。<sup>15</sup> 第三階層の法的討議の責務は、立法のあとでも未確定の実践的問題に対する、すなわち立法者が上記の理由で、何であれ決定を下さない具体的または抽象的な問題に対する可能な解答を提供することである。その第三階層の法的討議は、第一階層の一般的で実践的な討議とは、立法を基礎とする法体系(法律、判例、解釈学)からなる制限がある点で異なっている。<sup>16</sup> 法的討議においては、一般的で実践的な討議の場合と異なり、「何が端的にもっとも理性的な解答なのか、ではなくて、何が法体系の中でもっとも理性的な解答なのか」が問われるのである。<sup>17</sup>

第四の階層である裁判手続が導入されるのは、この法的討議にも弱点があるためである。法的討議は、法的な問

題に対して、複数の同様に討議的に可能な、法的な言い方では「主張可能な」諸解答を提供することができる。それらの諸解答のどれかに決定することは、行為を効果的に操作するためには必要である。そのような決定は第四階層の裁判手続が管轄する。<sup>18</sup>

## Ⅱ 法の理性性、法の二重の性格

アレクシーの初期の作品で生まれたこの四階層モデルは、かなりあとになって発展させられ、相互に結び付けられたテーゼ、すなわち理性の制度化、法の理性性、法の二重の性質というテーゼの本質的成分をすでにすべて含んでいる。とりわけ、討議的には決定不可能な、一般的な実践的問題の決定のために第二階層を、すなわち立法手続を設定することは、アレクシーの法の討議理論の、そしておそらく彼の法哲学全体の心臓部を形成している。というのは、その設定は、少なくとも、法を實踐理性の実現のための道具として導入することを意味し、したがって法の必要性の証明を提供するからである。<sup>19</sup>

しかしながらアレクシーにとって、實踐理性は自らを実現するために法を必要とする、というのは事の一面にすぎない。他方で、法は自らが正当であるために實踐理性を必要とする。アレクシーによれば、

「理性は、現実化されるために法を必要とし、法は、正当であるために理性を必要とする。」<sup>20</sup>

この二つ目の側面はアレクシーの非実証主義的法概念を表現するものであり、すでに四階層モデルの中に備えつけられている。それは、決定を行う階層を討議結果に拘束し、その拘束が体系を支えているということの中に表れており、その拘束でもつてすべての法的決定は一般的な実践的・討議的可能性の枠内におさめられる。というのは、第二階層の立法者も、第四階層の裁判官も、討議的に可能な、つまり理性的な解答のみを選択できるからである。

このことから明らかになるのは、このようにして生まれる法は、理想としての理性を、法律及び裁判所の決定の現実性と結びつけるということ、したがって法は理性の制度化を招来するということである。

現実たる法体系と理想たる実践理性との融合は、さらに、アレクシーの法の理性性という理念の本質部分を表している。<sup>21</sup>法はこのモデルにしたがえばその定義によって理性的である。なぜなら法は一般的な実践的討議における討議的可能性の枠内にとどまり、したがって一般的な実践的理性に照らして理性的なものの枠内に必然的にとどまるからである。<sup>22</sup>法はアレクシーによれば現実の次元と理想の次元という意味での二重の性質を示すが、このモデルは同時にその理由を明らかにする。<sup>23</sup>理想の次元とは、実践理性を基礎にしているということであり、それは一般的で実践的な討議という形で表れる。現実の次元とは、決定過程が必要であるということであり、それは討議の弱点に由来する。以上のことから、このモデルで現実化される、したがって、討議の二階層——一般的な実践的討議・法的討議——と法的決定過程の二階層——立法過程・裁判過程——を結合するということの中には、一般的な実践的理性を法と結合するというアレクシーの構想の全体的な骨子が含まれているのである。

### III 四階層モデルの諸問題

アレクシーは、討議理論の一種としての四階層手続モデルについて、その可能性を認めるだけではなく、そのモデルを「討議理論の理論内在的な理由に基づく必然的な展開」である<sup>24</sup>とみなす。そうすると、討議理論は法体系の必然性を理論内在的に理由づけることになる。すなわち、討議理論を基礎として行為指針の体系を、しかも機能不全に陥らないような体系を構築しようとするならば、熟議だけしか提供できないという討議理論の弱点が、<sup>25</sup>決定を下し強制を科す審級を、つまり決断を要求するのである。この審級は法体系を供給する。ここで留意すべきなのは、理由づけが理論内在的であるということから、このモデルの成否は、そしてまた法の必然性の有無は、討議理論自体の理由づけにかかっている、ということが帰結する点である。討議理論を理由づけできるか否かは依然として未

解決の問題であり、それに対する答えを本稿が提供することはできない。<sup>26</sup>

その代わりに、四階層モデルをモデルの内部から見ると明らかに未解決の側面について論じよう。たとえば、どの法制定手続が他のどれよりもすぐれているのかを、たとえば民主主義は貴族支配よりも、または議会主義は君主主義よりも優位に立つのか否かを判断する基準を討議理論は提供できるのだろうか、と問うことができる。また、このモデルは荒削りすぎるのではないか、すなわちこのモデルは、現在ドイツで支配的な、そして部分的には非常に複雑な法体系上の手続を、とりわけ憲法裁判権の手続を適切に再現することができるだろうか、という問いも立てることができる。この二つの問題に以下では簡単に立ち入ろう。

#### 1) 国家形態中立的か、それとも熟慮民主主義を支持するか

討議理論はコミュニケーションを、すなわち特定のルールにしたがって特定の手続の中で進行する意見交換を、真理探究という目的のための手段として喧伝する。その限りで、討議理論は、市民のコミュニケーション能力の保証を基本条件とするような国家形態を前提とせざるをえない。この点において重要なのが、アレクシーによって理性ルールと呼ばれる基本的な討議ルールである。このルールによれば、討議においてはとくに平等と自由が支配的でなければならない。

しかしながら、この理性ルールを討議原理として理解するならば、私が他の論文で指摘したように、<sup>29</sup> 討議理論は特定の国家形態を要求するのではなく、理性ルールにできるだけ近づくような、すなわち討議原理をできるだけ広範囲に満たすような国家形態を要求することは明らかである。簡単にいえば、討議理論は、討議状況の最適化を要求するのだから、討議状況が最適化されるような国家形態を要求する（討議状況最適化の要請）。<sup>30</sup> 熟慮民主主義は、そのような意味では現時点で最適な国家形態である。

未解決なのは、討議理論は代表民主制を好むのか、それとも直接民主制を好むのかという問題である。この問題に対する答えは、所与の討議の前提をどの程度理想主義的に考えるかによる。より理想主義的に、市民を完璧な討議参加者とみなすことができればできるほど、直接民主制がより優位となる。逆により現実主義的に、市民を不完全な討議参加者とみればみるほど、討議を職業とする参加者が選挙民の代表として討議を行う代表民主制または議会民主制が優位となる。

したがってアレクシーによる法の討議理論構想は国家形態中立的ではなく、民主制を求める。<sup>31</sup> ただし、討議理論によって求められる国家形態は進化に対して開かれている。結局、相対主義的な討議理論という理解に基づけば、どんな国家形態を討議理論が求めるかは、その時その時に支配的な討議理想と、経験的に見出される討議状況に依存するのである。<sup>32</sup>

## 2) 四階層では十分に複雑でないこと

アレクシーの四階層手続モデルは、その簡潔性に大きな魅力がある。この簡潔性の代償は、えてしてそうであるように、複雑性の喪失である。この喪失はいろいろな部分で目につくが、ここではそのいくつかのみを挙げよう。

たとえば、立法過程の階層の前に憲法制定の階層を別に置かなくてもよいのかという問題がある。立法権限を創設するのは憲法である。憲法制定の階層は、次に続く討議階層、すなわち、憲法の規定に拘束されている立法過程の法的討議階層を条件づける。そうであれば、モデルは六階層に拡大する。<sup>33</sup>

さらに不明確なのは、討議理論の基本的な要請である決定拘束性、すなわち先行する決定に対して拘束されるということが、<sup>34</sup> どの程度、このモデルの立法過程の階層と裁判過程の階層に反映しているのか、という点である。具体的にいうと、法律に立法者が拘束されることや、先例に裁判官が拘束されるということが、どのような交錯をモ



デル内で、モデルの熟慮の階層と決断の階層の間にもたらずのか、その交錯はどの程度、討議理論的に正当化されるのか、という問題である。

また、これまで解決されていないのは、階層同士が互いにどのように影響を与えあうのか、すなわち、司法の決定はどのような形で立法に影響を及ぼしうるのかという問題である。この問題は部分的には憲法裁判権の特別な地位に対する考慮にかかわっている。アレクシーの四階層モデルにおいては第四階層に割り当てられるこの司法組織「憲法裁判所」は、立法による決定を取り消すだけでなく、立法に対して、将来の立法上の決定にとつての指針をも与える。したがってこのモデルは直線的にはとらえられない。すなわち、下から上への連結が許されなければならぬ。

その上さらに、このモデルは執行の次元を、とくに行政の次元を欠いている。ただしこのことについて、アレクシーはすでに応答している。ヴァインベルガーからの批判に対して、アレクシーは、第四階層には裁判過程だけが含まれるのではなくて、「個別規範の二次的生成のための国家的過程すべて」<sup>35</sup>が、したがってとりわけ行政過程も含まれるとする。そうであれば、第四階層は法適用過程の階層となる。しかしながらアレクシーは、「簡略化という理由で」<sup>36</sup>第四階層を引き続き裁判過程の階層と呼んでいる。こうしてアレクシーによってなされた第四階層の拡張は、実際にはいくつかの問題を抱えている。その問題の中でとくに考慮すべきなのは、行政過程で制定された個別規範も裁判過程の審査にさらされるという点である。この審査は、裁判所の判決に対して審級の進行においてなされる裁判所の審査とは異なった種類のものであるが、アレクシーのモデルでは第四の階層にしかおくことができない。

最後に、階層相互の区別可能性について、とくに二つの熟慮過程と二つの決断主義的過程の区別可能性について問題視することができよう。決定を下すために、立法者や裁判官は、それぞれの討議を、すなわち前者は一般的な

実践的討議を、後者は法的討議を自ら用いなければならない。決定を下す者は、自ら討議的に可能な種々の解決策に思い至ってはじめて、存在生成的な決定権限を行使することができるし、また行使しなければならない。<sup>37</sup> どんな候補の中から決定すべきなのか知らなければ、決定者にはなにも決定できない。それゆえ結局は、決断主義的階層の内部で熟慮が行われるのであるが、その熟慮は本来、他の二つの階層で行われるとされているものである。このように考えると、四階層のモデルではなく二階層のみのモデルへと縮小するようにも思われる。

## B 討議理論の二次元モデル

アレクシーの討議理論的な法構想をよりよく理解するためには、その構想の基礎にある討議理論の構造を把握することが助けとなる。アレクシーの討議理論は、構造的な二元性をその特徴とするが、その二元性は、法の二重の性質というアレクシーの主張によれば、法にも認められるものである。

### I アレクシーによる、理想的な討議と現実の討議の区別

従来の討議理論の理解の特徴は、アレクシーやユルゲン・ハーバーマスの場合、二種類の討議を、すなわち理想的な討議と現実の討議を区別することにある。<sup>38</sup> 理想的な討議は完全な討議として、現実の討議はそれより制限的な討議として理解される。理想的な討議は現実の討議に比べていわば尺度のようなものとして働く。このような様式で討議の二次元モデルが成立する。そのモデルの理想的な次元は理想的な討議であり、現実の次元は現実的な討議である。

アレクシーは理想的な実践的討議をつぎのように定義している。

理想的な討議の定義はつぎの通りである。「時間が無制限にあり、参加資格も無制限であり、強制が完全に欠

如しているという条件の下、完全な言語的・概念的明確性が確立されつつ、また、経験的事実が完全に知られており、立場交換のための能力と準備が完全であり、偏見から完全に自由であるという条件の下で、実践的問題の答え<sup>39</sup>が探求される討議。

理想的な討議に対して二次元モデルでは二つの基本的な機能が与えられる。第一に理想的な討議は正当性の基準として働く。しかし理想的な討議は、アレクシーが述べるように、「定義上、実際には遂行されえない」ので、理想的な討議は、実践的な当為文の正当性基準として、「ある規範Nは理想的な討議の結果でありうるか、と問われる」<sup>40</sup>限りに於いて用いられる。したがって理想的な討議は仮説的な正当性基準となる。簡単にいえば、二次元モデルでは、理想的な討議をすれば正しいとみなされるであろうものが正しいとみなされなければならないのである。他方で理想的な討議は現実の討議に対する尺度として働く。現実の討議は理想的討議にできるだけ一致すべきである。アレクシーは「絶対的に手続的な正当性という規制理念と、理想的な討議の表象」とを、現実の討議における「有意義な議論の必要条件」であるとすら考えている。<sup>41</sup>このような形で、理想的な討議には、二次元モデルにおいて、現実の討議にとっての「目指すべき目標という性格」<sup>42</sup>が与えられる。<sup>43</sup>簡単にいえば、理想的な討議は現実の討議の規制理念として、したがって現実の討議の尺度であり同時に現実の討議を正当化するものとして機能するのである。

アレクシーによる現実の実践的討議の消極的な定義においては、理想的な討議との違いがとくに明確になっている。その定義によれば、「現実の討議はあらゆる側面において理想的な討議ではない」<sup>44</sup>それに対応して現実の討議の積極的な定義は、アレクシーによれば、

「現実の実践的討議は次のように定義される。時間が限定され、参加資格も限定され、非強制性も限定的であるという条件の下で、言語的・概念的な明確性も限定的であり、また、経験的事実も限定的にしか知られておらず、立場交換の能力も限定的であり、また偏見からの自由も限定的であるという条件の下で、実践的問題の答えが探求されること。」<sup>45</sup>

この、現実の討議の定義と理想的討議の定義との違いは、とくに、<sup>46</sup>条件が完全であることと限定されていることとの間にある。

現実の討議を導入することは、討議理論の二次元モデルにおいては、実際には不可能な理想的討議に、実際に可能な、まさに現実的な討議をあてがうことで、その理想的討議を守るために必要とされる。しかし現実の討議にも問題がある。現実の討議に本質的な問題は、討議手続の結果としての単なる討議的可能性という現象から避けがたく生じるところの、正当性の相対性<sup>48</sup>から生じる。詳しくいうと、正当性の概念は、アレクシーによれば、現実の討議においては、「(1) 討議ルール、(2) 討議ルールの充足度、(3) 参加者、(4) 時点、の側面において」<sup>49</sup>相対的である。

## II 二次元モデルのいくつかの問題

討議理論の二次元的構想には無視できない難問や不整合性があるが、その難問や不整合性のいくつかは討議理論の理由づけ可能性の問題へとつながっている。それらの難問・不整合性のすべてが重要というわけではなく、また解決不能というわけでもない。しかし少なくとも三つの難問または不整合性は二次元モデル上、明らかに無視できない。

第一の、そしておそらく最も重要な難問は、理想的な討議の究極的な理由づけ可能性の問題である。理想的

な討議がたとえ単なる仮説的な正当性または真理性基準という役割に甘んじなければならぬとしても、討議理論は理想的討議の概念の絶対的な正当性を、そしてこの意味で究極的に理由づけされることを前提としなければならぬ。しかしながら、この世界において、そのつど一回だけ遂行可能な、その限りで実際に可能な現実の討議に基づいて、どのように理想的な討議の概念が認識されるのだろうか。提案されている超越論的語用論的な、または普遍語用論的な理由づけの試みは、このジレンマを完全には解決できない。<sup>50</sup>

第二の難問、これはむしろ不整合性であるが、それは理想的討議の機能を現実の討議の尺度として詳しく検討する際に生じる。実際には達成不可能な理想としての理想的討議が、実際に行いうる現実の討議にとつて、どうやって利用可能な尺度となるのだろうか、という問題である。

第三の難問は、二次元的構想で固執される、規制理念としての絶対的な正当性という幻想である。絶対的な理想というのは必然的に幻想のままである、なぜなら理想的な討議は実行できないからである。おのずと出てくる他の選択肢は、絶対的な正当性の概念を—規制理念としても—完全に断念し、代わりに相対的な正当性を、達成しうる最高の尺度として受け入れ、保持することであろう。<sup>51</sup> 絶対的な正当性概念を断念するならば、言明の正当性の単なる仮説的な基準という、理想的な討議の疑わしい機能をも放棄しなければならないだろう。

これらの三つの問題から、討議理論の破綻が導かれるわけではない。しかしこれらの問題は、私が他の論文で、一次元的な討議モデルの提案で行ったような、相対主義的な転向を要求する。この、相対主義的な討議モデルという考えを、私はここで今日詳しく説明できないが、そのモデルの核心は、第一に、理想的な討議の階層を完全に放棄し、第二に、討議原理を媒介的・尺度提供的な要素として導入することにある。<sup>52</sup>

### C 特殊事例テーゼ

アレクシーの四階層の討議理論的な法構想の本質的な部分は、二つの討議階層である。アレクシーがすでに「法的議論の理論」で展開した特殊事例テーゼは、第一階層の一般的な実践的討議と、第三階層の法的討議の関係を詳しく説明しているので、以下ではそのテーゼを簡単に考察することしよう。

この二つの議論または討議形式の間の基本的な違いは、アレクシーによれば、「法的議論が（・・・）、現在有効な法による拘束を受けている―どのよう拘束されているかは常に確定されなければならないのだが―ことによって」<sup>53</sup>特徴づけられる点にある。この制約にもかかわらず、法的討議は実践的討議であり、またその制約のため、実践的討議の一特殊事例であるという。

#### I アレクシーの特殊事例テーゼ

特殊事例テーゼは端的につきのように表現される。<sup>54</sup>

「法的討議は一般的な実践的討議の一特殊事例である。」

この特殊事例テーゼの理由づけのためにアレクシーはさらに三つのテーゼを提案する。

- (1) 法的討議では実践的な問題が扱われる。すなわち何がなされ、若しくはなされなければならないべきか、又は、何がなされ、若しくはなされなくてよいかという問題が扱われる。<sup>55</sup>
- (2) 実践的問題は「正当性への要求」をともないつつ討議される。<sup>56</sup>

(3) 実践的問題に関する法的討議は特殊な法的制限の下で行われる。<sup>57</sup>

法的討議がその下で行われる特殊な法的制限を、アレクシーは、すでに先ほど示唆したように、「とくに法律への拘束、判例の考慮の要請、「および」制度的に行われる法学によって形成された解釈学への依拠」であるとす。<sup>58</sup>

最初の二つのテーゼは、法的討議では実践的討議が重要である、ということを理由づける。もし法的討議が、正当性要求を掲げて議論される実践的問題を扱うものであるならば、法的討議は実践的討議である。第三のテーゼは法的討議の特殊な性質を明らかにする。法的討議は特殊な制限の下で行われるので、一般的な実践的討議ではなく、一般的な実践的討議の一特殊事例である。したがって第三のテーゼは、狭義の特殊事例テーゼと呼ぶことができる。<sup>59</sup>

アレクシーの法哲学にとって決定的に重要なのは、特殊事例テーゼが法と道德の必然的な関係を表現しているということである。なぜなら、「特殊事例テーゼは、法的討議は一般的な実践的討議を必然的に含んでおり、後者は道德的討議を必然的に含んでいるということを行っている」からである。<sup>60</sup>

## II 特殊事例テーゼのいくつかの問題

アレクシーの特殊事例テーゼは激しくまた対立的に議論されたし、また議論されている。まず、同様のテーゼを唱えたり、アレクシーの特殊事例テーゼを支持したりする一連の著者がいる。この著者に数えられるのは、たとえばニール・マコーミック、アレクサンダー・ペチュニク、マーティン・クリーレである。マコーミックの考えによれば、法的議論は、道德的な議論の一つの特殊な、高度に制度化された、形式化された型式の例である。

道德的な推論 (reasoning) は法的な推論とほとんど関係がない、というわけではない。どちらかといえばむしろ、法的推論は、道德的な推論の一つの特殊な、高度に制度化された、形式的な型である。<sup>61</sup>

ベチュニクは、「法的推論は道徳的推論の『特殊ケース』<sup>62</sup>であり、「法的議論は実践的議論の『特殊事例』<sup>63</sup>であると述べている。マーティン・クリーレはアレクシーの特殊事例テーゼに明示的に同意し、法的討議を「一般的な倫理的討議の『特殊事例』<sup>64</sup>」と述べている。

これに対してハーバーマスは当初、特殊事例テーゼに反対していたが、それは、法的討議の典型例としての裁判過程はコミュニケーション的な行為よりも戦略的な行為によって特徴づけられている、という理由からであった。<sup>65</sup>ハーバーマスはこれらの疑念をその後一時撤回したが、<sup>66</sup>特殊事例テーゼを他の理由から今は拒否している。それは、特殊事例テーゼが、「自然法の含意からまた完全には自由になっていないかのような、道徳の下への法の従属という誤った」<sup>67</sup>意味を含んでいるからであるという。ウルフリット・ノイマン、<sup>68</sup>ヴェルナー・クラヴィッツ、<sup>69</sup>アルトウール・カウフマンは、ハーバーマスの以前の評価を支持し、裁判過程は戦略的な行為でありコミュニケーション的な行為ではないという理由で、特殊事例テーゼを拒否する。批判者のグループには他にクラウス・ギエンター<sup>71</sup>がいるが、彼は特殊事例テーゼを拒否するのではなく、そのテーゼを他の討議理論的文脈においている。<sup>71</sup>特殊事例テーゼと、そしてそのテーゼとともに主張される法・道徳の関係とかかわる様々な問題や批判に関する議論をここで行うことはできない。結論的には、特殊事例テーゼは批判に対して、少なくともも相対主義的な討議モデルを採用するならば擁護しうる。<sup>72</sup>もつとも、特殊事例テーゼが実際に法と道徳の必然的な関係を示すことができるのか否かについては、この擁護によつては未解決のままとなる。<sup>73</sup>

#### 訳者解説

本稿は、著者のカーステン・ベッカー(De Christian Baker ドイツ・キール大学法学部アレクシー講座上級助手)が、二〇一〇年一月二〇日開催の日本法哲学学会学術大会(西南学院大学)ワークショップ「R・アレクシーの法



哲学」での報告のために書き下ろした独文原稿（冒頭の要旨のみ英文）を足立が翻訳したものである。著者は、同ワークシヨップの第一報告者であったので、ワークシヨップ開催責任者である足立は、著者に対して、アレクシーの法的討議（議論）理論の紹介に重点をおいてほしいという要望をあらかじめ伝えておいた。そのため本稿は、アレクシーの法的討議理論の骨子を簡潔に紹介する大変優れた作品となっている一方、著者自身の見解の説明は抑制的なものとなっていることをお断りしておきたい。

この独文原稿は、Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP), Band 97, Heft 3 (2011)に掲載予定であるが、それに先立って日本語訳を「金沢法学」で公表することについては、著者からARSPを出版するFranz Steiner Verlagに同意を得ていただいた。

訳文中、一一でかこつた部分は訳者の補足である。翻訳の際には、服部寛氏（松山大学法学部講師）より貴重な助言をいただいた。また、著者・訳者の旅費について、科研費（21730006）の助成を受けた。

1 ラルフ・ドライヤーの指導によるこの博士論文は、審査を受けるために一九七六年にゲッティンゲン大学へ提出された。同論文は一九七八年に初めて出版され、一九八三年にはズーアカンパ学術文庫として第一版が刊行された。それ以降二度訂正なしに二版で後書が追加されて一版を改めて出版され（一九九〇年二版、一九九六年三版）、さらに三度増刷された（二〇〇一年、二〇〇六年、二〇〇八年）。この『法的議論の理論』は、英語（一九八九年、二〇一〇年増刷）、スペイン語（一九八九年、一九九七年増刷、二〇〇七年増補）、ポルトガル語（二〇〇一年、二〇〇五年改訂版）、イタリア語（一九九八年）、中国語（二〇〇二年）、リトアニア語（二〇〇五年）、韓国語（二〇〇七年）で入手可能である。日本語への翻訳は準備中である。

2 同じくラルフ・ドライヤーの指導の下で成立したこの教授資格請求論文は、審査を受けるために一九八四年にゲッティンゲン大学へ提出された。この論文はまず一九八五年にノモス出版社より出版され、一九八六年には同様にズーアカンパ学術文庫として出版された。一九九六年の改訂なし第三版はこれまで二度増刷された（二〇〇一年、二〇〇六年）。この『基本権の理論』は、スペイン語（一九九三年、一九九七年・二〇〇

- 一年増刷、改訂第二版二〇〇七年）、英語（二〇〇二年）、二〇一〇年増刷）、韓国語（二〇〇七年）、ポルトガル語（二〇〇八年）に翻訳されている。日本語への翻訳は準備中である。
- 3 この著作はラルフ・ドライヤーとの共同研究プロジェクトの枠組みから成立し、アルバー出版社から一九九二年に出版され、それ以来三回、改訂せずに新版が出されている（一九九四年、二〇〇二年、二〇〇五年）。この『法の概念と妥当性』は、これまでスウェーデン語（一九九七年）、イタリア語（一九九七年）、韓国語（二〇〇〇年、第二版二〇〇七年）、英語（二〇〇二年、新版二〇一〇年）、スウェーデン語（二〇〇五年）、アラビア語（二〇〇六年）、ルーマニア語（二〇〇八年）、スロベニア語（二〇〇九年）、ポルトガル語（二〇〇九年）で翻訳された。
- 4 たとえば、Robert Alexy, *My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason*, in: L. J. Wiggins (Hg.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Dordrecht et al 1999, S. 23–45 を参照せよ。彼の法哲学の非常に要約された概要は、dens., 5 Questions, in: M.E.J. Nielsen, *Legal Philosophy: 5 Questions*, o. Ort 2007, S. 1–11, 2–8 を参照せよ。
- 5 Vgl. Robert Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, in: ARSP 95 (2009), S. 151–166, 159.
- 6 Robert Alexy, *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*, 整理と Arnio, A./Nishino, I./Ustalo, J. (Hg.), *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation*, Rechtstheorie Beiheft 2, Berlin 1981, S. 177–188 を公表され、再版 Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main 1995, S. 93–108（本稿はこの版から引用）に掲載された。
- 7 Vgl. Alexy (Fn. 6), S. 105. P<sup>1</sup>, P<sup>2</sup>, P<sup>3</sup> と同じ手続の標示はアレクシー自身による。P<sup>4</sup> だけは、アレクシーは詳しくは説明しづらな（Vgl. S. 98）。
- 8 Vgl. Alexy (Fn. 2), S. 499–501.
- 9 両方の説明は、Alexy (Fn. 2), S. 499.
- 10 Alexy (Fn. 2), S. 499f.
- 11 アレクシーは、道徳的討議と一般的な実践的討議の区別を重視している。彼は一般的な実践的討議を「実践的な討議であって、その中におよぶ道徳的・論理的およびプラクティシクな問題と根拠が相互に結びつけられてくるものなゆえに」（Robert Alexy, Jürgen Habermas’ Theorie des juristischen Diskurses, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M. 1995, S. 165–174, 173）と理解しづらな。アレクシーによれば、一般的な実践的議論とは「おおよそ道徳的論拠が優越的な地位を占める」（Robert Alexy, *Recht und Richtigkeit*, in: W. Krawietz/R. S. Summers/O. Weinberger/G. H. v. Wright (Hg.), *The Reasonable as Rational*, Berlin 2000, S. 3–19, 14；vgl. auch dens. [Fn. 5], S. 164）。
- 12 討議におよぶ、同様に討議的に可能な複数の決定が選択肢となる可能性をアレクシーは「認識の問題」と呼ぶ（Alexy [Fn. 5], S. 158）。この認識問題は、討議の決定規定性の弱さをいさなす（vgl. Carsten Bröckel, *Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie*）。

rie des Rechts, Baden-Baden 2008, S. 155ff.)<sup>13</sup>

13 かなり以前の四階層手続モデルの説明では、第二階層はもともと広げられていた。立法とはなく、「国による」とも多様な「・・・」法制定手続でもあって、「司法によるものから国会による包括的な法典化によるものまで」徐々に知られる法体系の発展」によって豊かなものとして、その限りで歴史の各次元を見やるようなもの」とも述べた (Aulis Aarnio/Robert Alexy/Aleksander Peczenik, Grundlagen der juristischen Argumentation, in: W. Krawietz/R. Alexy [Hg.], Metatheorie juristischer Argumentation, Berlin 1983, S. 9-87, 53; 同の論文は2011年前にわたる三回に分けて英語で公表されている: The Foundation of Legal Reasoning, in: Rechtslehre 12 [1981], S. 133-158, 257-279, 423-448)。そのような考え方をすると、第二階層と第四階層の区別の問題が生じるが、アレクシーは「立法過程の制度化」をとりあえず「国家による立法の次元」の典型例と理解している (Robert Alexy, Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems, in: R. Alexy/R. Dierler/U. Neumann [Hg.], Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute, ARSP Beiheft 44 [1991], S. 30-44, 37)。この問題は、同様に述べた入念な検討が必要である。

14 棄却可能性すなわち法外ルールの撤回可能性およびルールと原理を区別する基準としての棄却可能性という提案については、詳しくは Carsten Backer, Rules, Principles, and Defeasibility, in: M. Borowski (Hg.), On the Nature of Legal Principles, ARSP-Beiheft 119, Stuttgart 2010, S. 79-91 を参照せよ。

15 Vgl. Aarnio/Alexy/Peczenik (Fn. 13), S. 54: 「実際に存在しているすべての法秩序においては(・・・)複数の法的な決定が可能であるような事例が常に多くあるが、その理由は」「法の文言の曖昧性から、問題の状況のすべてを把握するには限られた人間の能力や、社会関係の変化にもなつて法的問題に対して出すべき解答も変化するという事実にあるまで多様である。」

16 Vgl. Alexy (Fn. 2), S. 500. 同のモデルからは、とりあえず法的討議が立法者の決定に拘束されることだけが出てくる。四階層手続モデルが、アレクシーが主張するモデルの判例と解釈学命題の拘束機能と与える影響については、Backer (Fn. 12), S. 255-258 を参照せよ。

17 Robert Alexy, Diskurstheorie und Rechtssystem, in: Synthesis Philosophicae 5 (1988), S. 299-310, 308.

18 「ラビ」(法的) 討議の結果開放性、つまり決定非規定性は、討議理論の本質的な問題であり、また同時に第四階層の必要性のための本質的論拠である。この問題の他にも、第二階層の必要性のアレクシーによる理由づけの場合と同様、実現に関する問題と組織に関する問題がある。これら二つの問題については、Backer (Fn. 12), S. 186-189 を参照せよ。

19 Vgl. etwa Robert Alexy, The Reasonableness of Law, in: G. Bongiovanni/G. Sartor/C. Valentini, Reasonableness and Law, Dordrecht u.a. 2009, S. 5-15, 13: 「理性をそれ自身の弱さを適用すれば、法の必然性が導かれる。」

20 Alexy (Fn. 19), S. 13.

21 Vgl. Alexy (Fn. 19), S. 13: 「現実と理想の融合は法の理性性という理念の本質部分である。」

- 22 しかし、この意味において必然的な法の理性性は、討議的に可能な答を生み出す際に討議の誤りがない場合に限られるが、そのような誤りを現実において排除することはほとんど不可能である。それゆえ、法の理性性というアレクシーの理念は理想として理解されるべきである。
- 23 Vgl. Robert Alexy, *The Dual Nature of Law*, in: *Ratio Juris* 23 [2010], S. 167–182, 167.
- 24 Alexy (Fn. 6), S. 104.
- 25 討議理論の弱点: 討議理論の古典的な形式と相対主義的な形式については Bäckler (Fn. 12), S. 155–158 を参照せよ。
- 26 アレクシーによる理由づけの要約は Bäckler (Fn. 12), S. 50–57。その批判は S. 57–114 を参照。また、本稿九頁以下 [1–11] も参照せよ。
- 27 実践理性の領域においては、すなわち人はどのように行為すべきかという問いにおいては、真理探究という目的は、正しい行為を認識するという目的になる。
- 28 アレクシーの理性ルールは三つの基本的な要求を定式化しており、その基本的要求、すなわち平等な取り扱い、非強制性および普遍性の要求は、アレクシーによる討議理論の超越論的語用論的理由に基づけば、討議において必ず掲げられなければならない。アレクシーによる、これらの要求の理性ルールへの変形については、Alexy (Fn. 1), S. 239f. 参照。
- 29 Vgl. Bäckler (Fn. 12), S. 139–141.
- 30 Vgl. Bäckler (Fn. 12), S. 165.
- 31 これについては Alexy (Fn. 5), S. 162 が明確に述べている。「討議理論は熟慮民主主義を求める。」[本稿注五二の直前の本文を参照せよ。]
- 32 討議理想の究極的理由づけを認めない相対主義的な討議理論の提案については、本稿注五二の直前の本文を参照せよ。
- 33 憲法が権限の設定だけを行い、したがって立法過程を、その意味で基礎的な規範だけを定めるのならば、第二の討議階層は一般的な実践的討議のままとなろう。そうであっても、誰が、これから形成されなければならない法体系において基本的な決定を下さなければならないのかという問いは、別の討議を前提とするのであって、そのような討議はアレクシーの四階層モデルでは欠けている。
- 34 先行する決定への拘束に対して、要求の性格を認める提案については、Bäckler (Fn. 12), S. 246–251 を参照せよ。
- 35 Robert Alexy, *Ota Weinbergers Kritik der diskurstheoretischen Deutung junger juristischer Rationalität*, in: P. Koller/W. Krawietz/P. Strasser (Hg.), *Institution und Recht*, Berlin 1994, S. 143–157, 155, dort Fn. 37.
- 36 同右。
- 37 かくして大きな問題は、討議の細分化から生じるのであって、その細分化は基本的にすべてに開かれた討議という理念とは対立する。一つの解決策は、独自の討議を対話的な討議と結びつけることであるかもしれない (vgl. dazu Bäckler [Fn. 12], S. 87f.)。
- 38 ただしハーバースにとっては、むしろ理想的な発話状況と現実の発話状況について語る方が重要であろう。

- 39 Robert Alexy, *Probleme der Diskurstheorie*, in : ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M. 1995, S. 109–126, 113.
- 40 二つの引用は Alexy (Fn. 39), S. 116 (強調部分 [等号] は「アレクシーの」原文より)。
- 41 二つの引用は Robert Alexy, *Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems*, in : ders./R. Dreier/U. Neumann (Hg.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*, Stuttgart 1991, S. 30–44, 35–46。
- 42 Alexy (Fn. 41), S. 35.
- 43 Alexy, *Thirteen Replies*, in : G. Pavlakos (Hg.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford/Portland 2007, S. 333–366, 361 は彼の討議理論における理想と現実の間の弁証法をとくに鋭く表現している。「討議の参加者は具体的な歴史状況における現実の間であり、その人間は理想的な議論ルールを守りつつ正しい道徳的判断に達しようとするが、そのような理想的な議論ルールが完全に遵守されることは決してありえない。そのような事情のもとでは、正しさへの近接のみが可能である。そういった理由のため、現実の討議で達成される合意は、実際には、正当性や客観的妥当性を構成しえない。そのような合意は実践的問題に対する一解答を提供する試み以上のものでは決してありえず、その解答はせいぜい規制理念としての正当性に合致するだけである」(強調部分は原文より)。
- 44 Alexy (Fn. 41), S. 35 (強調省略)。
- 45 Alexy (Fn. 41), S. 35.
- 46 現実の討議の定義には立場交換の準備という要素が欠けているが、これは単なる校正ミスと思われる。
- 47 討議的可能性という概念が成り立つのは、少なくとも現実の討議では、実践的問題に対して常にただ一つの解答だけが正しいとみなされるわけではない、ということによる。現実の実践的討議においては、討議的に必然であるものや討議的に不可能であるものがあるが、複数の、ときには対立する主張が同様に討議的に可能であるとみなされなければならないこともありうる。アレクシーによる、討議的可能性、必然性および不可能性というカテゴリーの用い方については Alexy (Fn. 1), S. 35 v Alexy (Fn. 39), S. 123f を参照せよ。これらの概念を単なる段階的な討議様相として理解するについては Backer (Fn. 12), S. 205f を参照せよ。
- 48 Alexy (Fn. 39), S. 124 では「正当性概念の相対化」。
- 49 Alexy (Fn. 39), S. 124.
- 50 従来は討議理論は、理想的な討議という概念の究極の理由づけを超越論的哲学を経由して達成しようと試みてきた。アーベルは、超越論的語用論的な方法を選び、ハーバーマスは普遍語用論的な方法を追求する。アレクシーは「弱い」超越論的語用論的理由づけを試みている(この方法、とくにアレクシーの方法について詳しくは Backer (Fn. 12), S. 49–57 を参照せよ)。
- 51 これと同じ趣旨のことをすでにヴァインベルガーが述べている。「正当性の絶対的な性質を著者「アレクシーのこと」は理由づけるのだが、そ

《翻訳》カーステン・ベッカー「制度化された理性としての法？」  
 ロバート・アレクシーの討議理論的な法構想について」

- れを著者は、規制理念として、実践的問に対する唯一の正しい答えを発見すると言う目標を定めることによって行う。そのような要求は、それを満たすことには必要ならぬことを我々が知るならば、役に立たぬ」(Ota Weinberger, Der Streit um die praktische Vernunft. Gegen Scheinargumente in der praktischen Philosophie. in: R. Alexy/R. Dreier [Hg.], Rechtssystem und praktische Vernunft, Stuttgart 1993, S. 30-46, 43)。
- 52 註脚の一次記述に引く「誰か」は Backer (Fn. 12), S. 127-165 を参照せよ。
- 53 Alexy (Fn. 1), S. 262.
- 54 Alexy (Fn. 1), S. 32.
- 55 Alexy (Fn. 1), S. 263.
- 56 Alexy (Fn. 1), S. 263.
- 57 Vgl. Alexy (Fn. 1), S. 263.
- 58 Alexy (Fn. 1), S. 34; vgl. auch ders. (Fn. 5), S. 163.
- 59 Ähnlich etwa Ulfried Neumann, Neuere Schriften zur Rechtsphilosophie und Rechtslehre, in: Philosophische Rundschau 28 (1981), S. 189-216, 211, und Georgios Pavlakos, The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law, in: Ratio Juris 11 (1998), S. 126-154, 127.
- 60 Alexy (Fn. 5), S. 164.
- 61 Neil MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford 1978, S. 272. のように「ローマンはアレクシーの特殊事例テーゼへの同意を明確にした」(vgl. Neil MacCormick, Legal Reasoning and Practical Reason, in: Midwest Studies in Philosophy VII [1982], S. 271-286, 282)。
- 62 これはレクニクスの論文のタイトルである。Vgl. Aleksander Peczenik, Legal Reasoning as a Special Case of Moral Reasoning, in: Ratio Juris 1 (1988), S. 123-136.
- 63 Peczenik (Fn. 13), S. 147.
- 64 Martin Kiehl, Recht und praktische Vernunft, Göttingen 1979, S. 33. ただし「レクニクスのテーゼは、「アレクシーのテーゼは、この特殊事例が、倫理的な討議の理論が実用的になりうるような領域を完全に覆いつくさるべきである」という精緻化する必要がある」。
- 65 Vgl. Jürgen Habermas, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann, in: ders./N. Luhmann (Hg.), Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?, Frankfurt a.M. 1971, S. 142-290, 200f.
- 66 ハーバーマスは自らの評価を撤回し、明示的にアレクシーに同意した。「このような事情から私はかつて、裁判所の審理を戦略的行為と想定する方へ傾いた。[...]その後、私はアレクシーによって、法的議論は制度的に枠づけられているものの、実践的討議の特殊事例として把握されなければならないならぬ」ということを確信を寄せられた (Jürgen Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1: Handlungsrationalität und ge-

selbsttätige Rationalisierung, Frankfurt a.M. 1981, S. 62f., dort Fn. 63 [ユルゲン・ハーバーマス(河上倫達ほか訳)『ロジックニケーンメン的行為の理論(上)』(未來社、一九八五年)七六頁)]。

67 Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 4. Aufl. Frankfurt a.M. 1994, S. 286 [ユルゲン・ハーバーマス(河上倫達、耳野健二訳)『事実性と legitimacy』(未來社、二〇〇二年)二七四頁]。Gegen dieses Argument Alexy (Fn. 5), S.164.

68 Ulfried Neumann, Juristische Argumentationslehre, Darmstadt 1986, S. 85 [ナルフリット・ノイマン(龜本洋ほか訳)『法的議論の理論』(法律文化社、一九八六年)九二頁]。

69 Werner Kravtitz, Rationalität des Rechts versus Rationalität der Wissenschaften?, in: Rechtstheorie 15 (1984), S. 432-452, 438.

70 Arthur Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse, München 1999, S. 96f. [アルトゥール・カウフマン(土田健二訳)『概念と法思考 附・法獲得手続の二合理的分析』(昭和堂、二〇〇一年)二八三頁以下]；ders., Läßt sich die Hauptverhandlung in Strafsachen als rationaler Diskurs auffassen?, in: H. Jung/H. Müller-Dietz (Hg.), Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens, Köln et al. 1989, S. 15-24, 21.

71 キュンターは法的討議を一般的な実践的討議の「特殊事例」とは見なせず、「法的議論を道德の適用としての討議の特殊事例」として理解する(Klaus Günther, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, in: Rechtstheorie 20 [1989], S. 163-190, 188)。「」の反応の背後にある「キュンターによる」理由づけ討議と適用討議の区別やアレクシーの討議モデルに対する批判については、Bäcker (Fn. 12), S. 193f.を参照せよ。

72 特殊事例「ナーサ」の議論については、Bäcker (Fn. 12), S. 195-303を参照せよ。

73 Vgl. Bäcker (Fn. 12), S. 248-251, insb. 250f.