

法的判断の正当化と討議理論

ギンター = アレクシー論争を素材として

大西貴之*

目次

1. はじめに
2. 特殊事例テーゼ
3. ハーバーマスの法適用論
4. 特殊事例テーゼ批判
5. 基礎づけと適用の区別
6. 小括

1. はじめに

法的判断の正当化、厳密に言えば法適用における単称的判断の正当化はどのようにしてなされるべきか。この問いは、法哲学において法律学的方法論または法的思考論と呼ばれる領域に関わるものであり、現代に至る長い歴史を通じて提起され続けてきた問題である¹⁾。近時この問題に対して、「議論」が果たす重要性が注目を集めている。広く法において「議論」一般が有する重要性としては、主に次の点が挙げられる。第一に、何らかの公共的決定を下す必要があるにも関わらず、実体的な価値判断の基準について一致が得難いような状況において、「議論」はその平和的な解決方法として見なしうる。第二に、「議論」では各人による説得の試みを通じて

* おおにし・たかゆき 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

1) 田中成明『法的思考とはどのようなものか』(有斐閣, 1989), 亀本 洋『法的思考』(有斐閣, 2006), 青井秀夫『法理学概説』(有斐閣, 2007), 広渡清吾「法的判断論の構図」『社会科学研究』55巻2号113-153頁(2004) [『比較法社会論研究』第13章所収], 石部雅亮「法解釈方法の比較史」『南山大学ヨーロッパ研究センター報』16号1-14頁(2010)。

合意が目指されるが、その合意によって得られる結果の正しさは暫定性を伴う。つまり議論を通じて得られた結果は繰り返し批判にさらされ続け、それに耐えうるものでなくてはならない。そして第三に、議論のなかで各人の主張はそれを支える根拠が問われる。したがって各人が共有しうるような原理への探求が共同で試みられることで、耐え難い対立や困難に対する克服への道を切り開く可能性が与えられる²⁾。

また「議論」に注目することの意義は法理論的観点においても見出される。U. ノイマンによれば、「法的議論の理論こそが法的決定論と法的決断主義との間にあるべき第三の道を進むものである³⁾」。つまり法的議論の理論とは、一方で、法律があらかじめそこから引き出されるべき決定を用意しており、裁判官の決定をそのような所与に対する認識として理解する法的決定論と、他方で、裁判官の決定を純粹に意思的な行為と理解し、法的三段論法における大前提への小前提の包摂をドグマ化して、恣意の隠蔽に利用する法的決断主義との隘路から抜け出し、合理的な根拠づけ (rationale Begründung)⁴⁾ という法的正当化の核心的な営為の重要性を認める試みであると言える。

このような議論に注目するアプローチは、前世紀後半来の実践哲学の復権の動きと呼応して様々なかたちで展開されてきたが、その一つとして挙

2) 平野仁彦・亀本 洋・服部高宏『法哲学』178-179頁(有斐閣, 2002)

3) ウルフリット・ノイマン(亀本 洋・服部高宏・山本顯治・平井亮輔訳)『法的議論の理論』2-3頁(法律文化社, 1997)Ulfrid Neumann, Juristische Argumentationslehre, 1986.

4) Begründung は一般的に「根拠づけ, 理由づけ, 基礎づけ」として互換的に訳される。しかし、一方でアレクシー、他方でハーバーマス・ギュンターにおいて用語法が異なり、この点が本稿での議論にとって重要となる。ハーバーマス・ギュンターにとっては、Begründung は一般的規範の Begründung を指し、その規範が具体的に適用することと区別するために用いられている。それに対してアレクシーにとっては、Begründung は広く言明や主張などを正当化 (Rechtfertigung) 一般と同義で用いられる。本稿では以上のことに留意して、「適用」と区別する意味で用いられる、一般的規範の Begründung に対しては「基礎づけ」という語を限定的に用い、その区別に関わらない場合には「根拠づけ」という語を用いる。

げられるのが「討議理論」である⁵⁾。この理論は、規範や判決の正当性に
関わる議論手続を「討議 (Diskurs)」として捉え、その討議の公平性を保
証しようとする理想的諸条件への依拠を特徴としている。代表的論者の一
人であるロバート・アレクシーによれば、「規範的言明が正当 richtig であ
るのは、その言明が手続の結果であり、そのときに限られる」⁶⁾と捉える
「手続的理論」としての性格を討議理論は有するとされる。

したがってこの理想的契機を含んだ「討議」の法における位置づけが討
議理論においては重要な意味を有している。つまり討議理論においては、
公平性を保証するための「討議」をどのように構成し、現実の人間を取り
巻く社会の「法」に結び付けるかという「討議の法的制度化」の問題が重
要となる。この問いに対する一つの答えとしてアレクシーの『特殊事例
テーゼ』が挙げられる⁷⁾。このテーゼは、制度化されていない「一般的実
践的討議」の概念を出発点として、そしてその概念との「共通性」と「差
異」の両観点から法的議論の特質を明らかにするというアプローチを示し
ている。しかし特殊事例テーゼには提示以来、数多くの批判が寄せられて
きた⁸⁾。そのなかでも本稿で取り上げるのは、討議理論の提唱者であるユ
ルゲン・ハーバーマスと研究グループでの同僚であったクラウス・ギュ
ンターによる批判である。

ハーバーマスとギュンターはともに「適用討議の理論」という前提に依
拠して特殊事例テーゼ批判を展開している。彼らの批判が目目に値するの
は、その批判が「特殊事例テーゼ」の完全な撤回を求めるものではなく、

5) Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. 1991 [以下 TJA と表
記]; Habermas, *Faktizität und Geltung*. 1992 [以下 FG と表記]; Klaus Günther, *Der
Sinn für Angemessenheit*, 1988. [以下 SA と表記].

6) Alexy, *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*, in: ders.,
Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, S. 95.

7) Alexy, TJA, S. 32.

8) ヴァインベルガー、カウフマンやノイマンからの批判に対する再反論は Alexy, TJA,
Nachwort (1991), S. 399-435. 詳細については、山本顯治「アレクシーの法的論証理論に
ついて」山下正男編『法的思考の研究』515-545頁（京大大学人文科学研究所，1993）。

部分的な修正を求め、法的制度化の問題への取り組みとしてオルタナティブを提示している点にある。さらには、彼らの取り組みとアレクシーとの差異は、法的正当化をどのように捉えるかという根本的な点にも及ぶものとなっている。つまり、「法における討議(Diskurs im Recht)」をどのように捉えるかという問いが、まさに法的判断の正当化をどのように捉え、さらにはその正当化枠組をどのように構成・制度化すべきかという問いへとつながっているのである。

しかしその一方でアレクシーからもハーバーマスの依拠する理論的基礎を掘り崩すような強力な再反論が試みられている点が注目される。

本稿は、ハーバーマスによる法的判断の正当化手続の捉え方を対象として、討議理論内部での理論的乖離についての考察を行うことを目的としている。この検討を通じて、ハーバーマスの理論が有するアレクシーとの差異が、単なる理論的差異に止まるものではなく、実践的に重要な帰結をもたらすことが明らかにされる。本稿の背景をなすのは、討議理論がいわば手続的な観点からのアプローチを試みることで、冒頭に示した法哲学の古層にある問題に対してどのような貢献をなしているのかを明らかにするという問題関心である。そしてその解明は、「理性の制度化 The Institutionalization of Reason としての法」を追求するうえでの視座を提供する一助となると思われる⁹⁾。

そこでまずは、出発点としてアレクシーの「特殊事例テーゼ」を取り上げる(2.)¹⁰⁾。次いで、ハーバーマス、正確にはギュンターと共同戦線を

9) Robert Alexy, My Philosophy of Law: The Institutionalization of Reason, in: L. J. Wingens (ed.), The Law in Philosophical Perspectives, 1999, pp. 23-45.

10) Alexy, TJA. 日本におけるアレクシーの法的議論の理論や特殊事例テーゼに関する論考については枚挙に暇がない。さしあたり、亀本 洋「法的議論における実践理性の役割と限界(一) (四・完)」判例タイムズ550-55号(1985)[同『法的思考』(有斐閣, 2006)所収], 山本顯治「アレクシーの法的論証理論について」山下正男編『法的思考の研究』515-545頁(京都大学人文科学研究所, 1993), 植松秀雄「法的弁証理論の『非』存在論主義的地平について」岡山大学法学会雑誌40巻3・4号(1991)459頁以下, 田中成明「法的思考についての覚え書 R. Alexy と平井宜雄の理論展開を機縁に」山

張る『事実性と妥当性』以降のハーバーマスの法適用論に焦点を当て（3.）¹¹⁾、ハーバーマスの批判及びそれを精密化したギュンターの批判の検討へと移る（4.）¹²⁾。そしてそれに応えるアレクシーからの再反論（5.）¹³⁾を経て、最後にハーバーマスとアレクシーの間に横たわる理論的差異とそれがもたらす帰結について暫定的ではあるが考察を行う（6.）。

2. 特殊事例テーゼ

アレクシーの討議理論において特殊事例テーゼとは、「法的討議は一般の実践的討議の一特殊事例である」という一文に示されるように、まず一般の実践的討議の理論を構築し、次いでそこから法的討議の諸規則・諸形式を捉える試みである¹⁴⁾。この試みでは様々な議論が複雑に入り組んでい

下正男編『法的思考の研究』547-584頁（京都大学人文科学研究所，1993），酒匂一郎「法と道徳との関連 R. ドライヤーと R. アレクシーの所説を中心に」法政研究59巻3-4号（1993），松原光宏「基本権の多元的理解をめぐって（一）（四・完）」法学新報103巻6-9号（1997）などがある。

- 11) Habermas, FG; Günther, SA; ders, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, in: Rechtstheorie 20 (1989), S. 163-190; ders, Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral, in: ARSP Beiheft 45 (1991), S. 36-76.; ders, Warum es Anwendungsdikurse gibt. - Entgegnung auf Matthias Kettner, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 1 (1993), S. 379-389. ギュンターの法理論に関する日本における研究として，平井亮輔「討議倫理学における適用問題」法哲学年報（1989）189-196頁，阿部信行「生ける直感・思慮ある服従・適用討議」東北法学12号（1994）38-102頁，那須耕介「法の不確定性と行政過程（一）・（二）完」法学論叢139巻4号（1996）34-54頁・141巻2号（1997）45-63頁などがある。
- 12) Günther, Critical Remarks on Robert Alexy's "Special-Case Thesis", in: Ratio Juris 6 (1993), S. 143-156. [以下では CR と表記]
- 13) Alexy, Normenbegründung und Normanwendung, in: FS Werner Krawietz, (Hg.) A. Aarnio/S. L. Paulson/O. Weinberger/G. H. v. Wright/D. Wyduckel, 1993, S. 3-17; wieder abgedruckt in: R. Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, S. 52-70. [以下では NN と表記] Übersetzung ins Englische: Justification and Application of Norms, in: Ratio Juris 6 (1993), pp. 157-170.
- 14) Alexy, TJA, S. 32.

るが、本稿において問題となるのは、一般的実践的討議の概念と、その概念と法的討議の関係であるので、その部分に焦点を合わせて進めていく。

(1) 一般的実践的討議の規則と形式

一般的実践的討議は、22の規則と6の議論形式によって構想される。さらに22の討議規則は、合理的な言語コミュニケーションが成立するための条件を定式化している「根本規則」、実践理性の実現の場たる実践的討議の理想的性格を表す「理性規則」、当事者間での論証負担の公正な配分を規定する「議論責任規則」、実践的議論における根拠づけの特質を示す「根拠づけ規則」、実践的討議から他の形式の討議への移行を可能にする「移行規則」という五つのグループから構成される。

(1.1) 発話者は自己矛盾してはならない

(1.2) 発話者は自分の信じることしか主張してはならない

(1.3) 述語Fを対象aに適用する発話者は、すべてのレレバントな点からみてaと同じ他のあらゆる対象にも、Fを適用する用意がなくてはならない

(1.3') 発話者は、すべてのレレバントな点からみて、それと同じ状況でも主張する用意のある価値判断・義務づけ判断しか主張してはならない

(1.4) 発話者どうしは、同じ表現を異なった意味で使用してはならない

第一のグループである「根本規則」のうち、(1.1)は無矛盾性、(1.2)は誠実性、(1.3)と(1.3')は記述的・評価的な表現を状況に左右されることなく使用する用意、(1.4)は様々な話し手の言語使用の共通性を要請する。(1.3')は、ヘアの定式化した「普遍化可能性原理」に対応している¹⁵⁾。ここで留意すべきは、ハーバーマスもまた普遍化可能性原理を用い

15) R. M. Hare, *Freedom and Reason* (1965).

ているが、その内実は異なることである。ハーバーマスの普遍化可能性原理については、後述する。

- (2) 発話者は、根拠づけの拒否を正当化する理由を挙げることができない限り、求められれば自らの主張を根拠づけなければならない
- (2.1) 発話できる者は誰でも討議に参加してよい
- (2.2) (a) 各人は、あらゆる主張を疑ってよい
- (b) 各人は、あらゆる主張を討議に持ち込んでよい
- (c) 各人は、その態度、願望及び欲求を表明してよい
- (2.3) いかなる発話者も、討議の内外を支配している強制によって、上の規則によって確保される彼の権利を主張することを妨げられてはならない

「理性規則」は、ハーバーマスの「理想的発話状況」の概念から一部着想を得て討議理論の合理性を特に表すメルクマールを定義している。その出発点となるのは、あらゆる主張に一応（*prima facie*）の根拠づけ義務を規定する規則（2）である。それ以外の規則は、討議へ参加する権利や討議における自由を定めている。第一の規則は、発話者が自由に討議に参加できること（2.1）を、第二の規則は、討議において自由にあらゆる主張に反論（2.2.a）、提示すること（2.2.b）、意見や希望、利害関心や欲求を表明すること（2.2.c）を認める。第三の規則は、各人が権利主張において妨害を受けることを禁じている（2.3）。

- (3.1) ある人を別の人と異なる扱いをしたい者は、それを根拠づける義務を負う
- (3.2) 討論の対象となっていない言明や規範に異議を唱える者は、その理由を挙げなければならない
- (3.3) ある論拠を挙げた者は、反論があった場合にのみ、さらなる論拠を挙げる義務がある

(3.4) 先行する発言とは関係のない主張や発言を討議に持ち込む者は、なぜ持ち込んだのかを根拠づけなければならない

第三のグループは「議論責任規則」である。これらの規則は、不平等な取扱い(3.1)や、これまで疑われていなかった規範へ批判(3.2)、また過去の議論で引き合いに出されなかった主張の正当化(3.4)をするための規則を定める。反対に、すでに論拠を提示した者は、反対の論拠が提示されない限り、更なる論拠を挙げる必要はない(3.3)。

(4.1) T

$$\frac{R}{N}$$

(4.3) F_R

$$\frac{R'}{R}$$

(4.5) R_iPR_k 又は $R'_iPR'_k$

(4.2) F

$$\frac{R}{N}$$

(4.4) T'

$$\frac{R'}{R}$$

(4.6) $(R_iPR_k)C$ 又は $(R'_iPR'_k)C$

第四のグループが議論形式のグループである。(4.1) 事実 T と規則 R による単称的規範命題 N の根拠づけ、(4.2) 帰結 F への指摘による単称的規範命題 N の根拠づけ、(4.3) 規則 R に従うことの帰結 F_R の指摘による規則 R の根拠づけ、(4.4) 規則 R' による規則 R の根拠づけ、(4.5) 規則どうしや原理どうしの絶対的優先関係の根拠づけや、(4.6) 条件 C の下での優先関係の根拠づけの六つの形式が区分される。R'_i と R'_k はそれぞれ R_i と R_k の一つの解釈を表す。(4.5) において「 R_iPR_k 」は「R_i が R_k に優先する」、 「 $R'_iPR'_k$ 」は「R'_i が R'_k に優先する」、(4.6) における「 $(R_iPR_k)C$ 」は「ある状況 C の下では R_i が R_k に優先する」、 「 $(R'_iPR'_k)C$ 」は「ある状況 C の下では R'_i が R'_k に優先する」を示す。

(5.1.1) 各人は、自分の主張する規範的言明で前提されている、規則が各人の利害関心充足に対して有する帰結を、彼がその当事者と同じ状況にいるという仮説的な場合にも、承認することができなければな

らない

- (5.1.2) 規則が各人の利害関心充足に対して有する帰結は、すべての人が承認することのできるものでなければならない
- (5.1.3) あらゆる規則は、明快で一般に教示可能でなければならない
- (5.2.1) 発話者の道徳的見解の基礎にある道徳規則は、批判的な歴史生成における吟味に耐えることができなければならない。道徳規則がこのような吟味に耐えないのは、
 - a) それが、当初は正当化されえたものであったが、その後その資格を失った場合
 - b) それが、当初は合理的に正当化され得なかったものであり、その規則を支える十分な理由を新たに挙げられない場合である
- (5.2.2) 発話者の道徳的見解の基礎にある道徳規則は、その個別的な生成史の吟味に耐えることができなければならない。道徳規則がこのような吟味に耐えないのは、それが正当化されえない社会的条件を基礎としてのみ、継受された場合である
- (5.3) 実現可能性が有する、事実的に所与の限界は遵守されるべきである

第五の「根拠づけ規則」の第一のサブグループは、一般化可能性の三つの変化形であり、それぞれ役割交換の原理（5.1.1）、合意の原理（5.1.2）、公開性の原理（5.1.3）である。第二のサブグループは、規範的熟慮の生成に対する批判的吟味のための二つの規則であり、一つは歴史的 社会的発生の吟味のための規則（5.2.1）、もう一つは個体的 精神的発生の吟味のための規則（5.2.2）である。第三のサブグループは、実現可能性原理によって構成されている（5.3）。

- (6.1) いつでもいかなる発話者にも、理論的（経験的）討議に移行することが可能である
- (6.2) いつでもいかなる発話者にも、言語分析的討議に移行すること

が可能である

(6.3) いつでもいかなる発話者にも、討議理論的討議に移行することが可能である

第六のグループは、実践的討議の結果は他の形式の討議の結果に左右されるという事実を考慮した「移行規則」である。移行規則は、一般的実践的討議を経験的討議(6.1)、言語分析的討議(6.2)、討議理論的討議(6.3)と結びつける。移行先である別の形式の討議はそれぞれ事実問題、言語・概念上の問題そして実践的討議それ自体に関わる問題を対象とする。

以上の規則と形式によって構成される一般的実践的討議の概念に関連して確認されるべきであるのは、以下の点である。まず一般的実践的討議の規則体系において理念として目指される「実践理性」或いは「実践的合理性」は様々な要素からなる混合物であるということである。これは、諸規則が様々な仕方でも根拠づけられうることに関わっている¹⁶⁾。したがってアレクシーが提示する、一般的実践的討議の規則と形式は暫定的なものであり、常に修正に開かれている「構想(Entwurf)」である。次いで「理

16) Alexy, TJA, S. 225-232 では、技術的根拠づけ・経験的根拠づけ・定義による根拠づけ、超越論的 語用論的根拠づけが挙げられている。また討議規則の「規則」としての性格は当初、「原理」との区別を念頭に置いたものではなく、原理と規則の両者を含みうる広い意味で用いられている。R. Alexy, Probleme der Diskurstheorie, in: R. Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, S. 109-126. ある論稿では一般的実践的討議の規則自体の根拠づけを、「原理」と「規則」の区別を導入して発展させている。そこでは「理念」としての実践的合理性に仕える「原理」である一貫性・目的合理性・吟味可能性・整合性・一般化可能性・誠実性の六つの原理が、一部では重なり合いながらも討議「規則」の体系を支えているとされる。したがって競合しうる諸原理の優先関係を表したものと、規則は捉えられる。A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, Grundlagen der juristischen Argumentation, in: W. Krawietz/ R. Alexy (Hg.), Metatheorie juristischer Argumentation, Berlin 1983, S. 45-50. このうちの「規則」と「原理」を討議上のものに限らず、規範体系全体へと一般的に応用して構想されているのが、規則・原理・手続による法体系の三次元モデルである。R. Alexy, Idee und Struktur eines vernunftigen Rechtssystem, in: ARSP Beiheft, Vol. 44 (1991), S.33-44. 三次元モデルに関しては、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(二)完」法学論叢133巻4-5号(1993), pp. 15-16.

「理想的討議」と「現実的討議」が区別される必要があるとされている¹⁷⁾。一般的実践的討議の規則のうちには、近似的のみにしか充足されえない規則として、例えば理性規則が含まれている。したがってすべての規則が完全に充足されたと仮定したなかで成立する理想的討議と、実際に近似的のみに充足されない現実的討議では、扱われる正当性概念が異なるものとなる¹⁸⁾。理想的討議では、ただ一つの結果のみが導かれるのであり、絶対的正当性が統制的理念として働く。それに対して現実的討議では、幾つかの結果、時には対立し合う結果が導かれうる。この討議において用いられるのは、複数の結果を「正しい」とすることを許容する相対的正当性概念である。したがって一般的機実践的討議は現実に行われる以上、複数の結果が生じうる。

(2) 特殊事例テーゼ

以上の規則と議論形式によって構成される一般的実践的討議に対して、法的議論が「特殊事例」であるとはどういうことか。テーゼは、三つに区分される。第一のテーゼは、「法的討議においては実践的問いが問題となる」、第二テーゼは、「実践的問いは正当性要求によって議論される」、第三テーゼは「実践的問いの法的議論は、特殊法的な諸制約のもとで行われる」。そして特殊事例テーゼには二つの意味が込められており、一方では、法的議論が一般的実践的討議にとって「一事例」であることとして連続性

17) R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Nachwort (1991), S. 410-417.; R. Alexy, *Probleme der Diskurstheorie*, in: R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, 1995, S. 109-126.

18) アレクシー自身は討議形式の区別規準として、「理想的討議」と「現実的討議」を用いている。Alexy, TJA, *Antwort*. さらにこの点を敷衍して「理想的討議」・「現実的討議」・「事實的討議」(後に「討議理想」「討議原理」「事實的討議」)の三つに区分する見解として Carsten Bäcker, *Die diskurstheoretische Notwendigkeit der Flexibilität im Recht*, ARSP Beiheft 103 (2005), S. 96-110.; *Begründen und Entscheiden*, 1. Aufl., 2008, S. 127-165. カーステン・ベッカー(足立英彦訳)「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」金沢法学54巻1号(2011)

が強調され、他方では、「特殊」であることとして、独立性が強調される。したがって第一テーゼと第二テーゼは両討議の連続性を、第三テーゼは独立性を示している¹⁹⁾。

(a) 第一テーゼ

法的に営まれる活動のうちには、規範的言明の根拠づけだけではなく事実の確認を対象とするものもある。そのような事実の確認としては、妥当する法の記述や将来の裁判の予測も含まれる。この第一のテーゼは、実践的問いに立ち入らないような活動を排除することを含意しない。重要なのは、そのような活動と並んで、実践的問いの解決に関わる法的議論があるということであり、その法的議論は実務においてだけでなく、法学において中心的な意義を有していることである²⁰⁾。

(b) 第二テーゼ

法的討議において掲げられる正当性要求は、一般的実践的討議における正当性要求から区別される。主張や提案、判決として下される規範的言明は、純粋に理性的であるのではなく、「妥当する法秩序の枠内において理に適うように (vernünftig) 根拠づけられうる」。まず、あらゆる法的討議には、基礎づけが提示されることが確認できる。あることを基礎づける者は、自らの基礎づけが確かなもので、自らの主張が正しいということを要求する。第二に、大半の国の法秩序では、裁判官がその決定を基礎づけることを実定法上義務付けられている²¹⁾。したがって法的決定は実定法により正当性要求のもとに置かれることとなる。第三に、「国民の名の下にN氏を、十分な理由を述べることなく、十年の自由刑に処する」という判決を下す裁判官は遂行的矛盾を犯している²²⁾。そのような判決は、道徳的

19) この点を指摘するものとして、山本、前掲注(10)参照。

20) Alexy, TJA, S. 263-264.

21) § 30 Abs. 1 BVerfGG; § 313 Abs. 1 Nr. 6 ZPO; §§ 267, 275 Abs. 1 StPO.

22) 人がある言語行為を行う場合に、自らが主張している言明の命題内容と矛盾する前提に基づいていることを意味する。

意味で誤りであるだけでなく、妥当な法的決定の性格を必然的に喪失していることになる。第四に、正当性要求は法的な基礎づけや決定にとって構成的であり、そのことは法的議論が正当性をめぐるものであることが稀ではないことによって指摘される²³⁾。

（c）第三テーゼ

第三テーゼによれば、法的討議は特別な制約を被る。この制約が法的討議を一般的実践的討議から区別する。法的討議は、一般的実践的討議に加えて、特殊法的な制約によって特徴づけられる。その制約とは、アレクシーによれば、妥当な法の拘束、つまり法律、先例、教義学による拘束である。この第三テーゼに対しては、次のような反論が考えられる。法的議論において実践的問いが問題となり、正当性要求が掲げられていると認めるとしても、法的議論は、その議論が被る特殊な制約のために、討議として捉えられないという反論である。法的議論においては、確かに根拠づけられるべき規範的言明が無制約な状況のなかで各人の同意を得ることが求められないが、妥当な法秩序に志向する各人がその規範的言明に同意するに違いないことが求められる。ここで準拠されているのは、制約があるにせよ、理に適った討議である。むしろ問題となるのは、訴訟が「法的討議」と言えるかどうかである。訴訟では、訴訟規則や時間の圧力、正しい判決ではなく自己に有利な判決を求めようとする当事者の動機、特に刑事訴訟の場合非対称的な役割分担などがある。しかし当事者は、主観的には自らの利益を追求しているとしても、正当性要求を掲げると言える。訴訟は確かに単純に討議として捉えることを許さない。しかしそのような反論に対して言えることとして当事者は少なくとも、自らの論拠が理想的な諸条件の下で同意を見出すようなものであるように、論拠を提示する。アレクシーによれば、討議理論は、すべての法的論争が強制のない無制約のコミュニケーションの意味での「討議」として見なされえず、ただ正当性要求、さらには理想的諸条件への準拠の下で議論が行

23) Alexy, TJA, S. 264-268.

われることを前提としているのである²⁴⁾。

(3) 法的討議の規則と形式

以上の三つのテーゼを踏まえて提示されるのが、法的討議の規則と形式である。法的討議で掲げられる要求は、「妥当する法秩序の枠内で理に適ったかたちで根拠づけ可能であること」であり、法的討議においては、この要求の二重性（「妥当する法秩序の枠内で根拠づけ可能であること」と「理に適ったかたちで根拠づけ可能であること」）が法的討議の規則と形式の体系によって捉えられる。法的討議の規則と形式は、内的正当化と外的正当化に区分される。内的正当化とは、一定の諸前提から論理的に推論されることを、外的正当化とは、その諸前提の正当性を根拠づけることを意味する²⁵⁾。

内的正当化の規則と形式は、法的な具体的当為判断は一般的規範命題からそれ以外の前提と一緒に演繹可能でなければならないことを求める。内的正当化の最も一般的な形式は以下の形をとる。

- (J.1.2)
- (1) $(x)(Tx \quad ORx)$
 - (2) $(x)(M^1x \quad Tx)$
 - (3) $(x)(M^2x \quad M^1x)$
 -
 -
 -
 - (4) $(x)(Sx \quad M^px)$
 - (5) Sa
 - (6) ORa (1) (5)

24) Alexy, TJA, S. 269-271.

25) 内的正当化と外的正当化の概念については、Alexy, TJA, S. 273 さらには J. Wróblewski, Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision, in: Rechtstheorie 5 (1974), S. 39 ff.

(J.1.2) では(1)は一般的規範（Tは構成要件，Rは法律効果，Oは「～すべし」という義務論的演算子で「xがTならばxはRすべし」を表す。），(2) (4)は意味論的規則であり，構成要件を具体的ケースにおいて疑いなく当てはめることができるほどに精密化する規則である。(5)は(2) (4)を通じて(1)と結び付けられる個別的事実命題である。(6)は(2) (5)を通じて(1)から推論される具体的当為判断である。この論理式は，内的正当化の多様な形式の一つであり，拡張や短縮が必要とされる場合もありうる²⁶⁾。そして以下の(J.2.1)から(J.2.5)の諸規則が内的正当化に関わる規則である。

(J.2.1) 法的判断の根拠づけのためには，少なくとも一つの一般的規範を挙げなければならない

(J.2.2) 判断は，少なくとも一つの一般的規範とそれ以外の言明とから論理的に導出されねばならない

(J.2.3) aがTであるかどうか疑わしい場合，或いはaがMであるかどうか疑わしい場合，その場合は常に，この問いに答えを与える規則を挙げなければならない

(J.2.4) それが当該事例に当てはまることもはや争い得ないような表現に到達するまで，展開段階を積み重ねる必要がある。

(J.2.5) できるだけ多くの展開段階を挙げるべきである

法的討議の核心をなすのは，外的正当化である。法的討議の枠内では，外的正当化の規則と形式は六つのグループに区別される。(2.1) 経験的議論・(2.2) 解釈・(2.3) 教義学的議論・(2.4) 先例利用・(2.6) 特殊法的議論と一般的実践的討議の各々の形式と規則である。一般的実践的討議の

26) 最も単純な内的正当化形式を示すのが，(J.1.1)である。

(J.1.1) • (1) (x)(Tx ORx)
 • (2) Ta
 (3) ORa (1), (2)

規則と形式については既述なので、ここではそれ以外の独自の規則と形式にのみ関わる。

(2.1) 経験的議論の規則と形式

一般的実践的討議規則の(6.1)が当てはまる。

(2.2) 解釈の規則と形式

解釈の形式としては問題となるのは、規則 R から内的正当化の前提となる R' が解釈規準 (canons der Auslegung) [意味論的解釈, 発生論的解釈, 目的論的解釈など²⁷⁾] をもとにしてどのように導かれるかである。

(2.2.1) 意味論的解釈の形式

(J.3.1) R' は W_i に基づいて R の解釈として受け容れられねばならない

(J.3.2) R' は W_k に基づいて R の解釈として受け容れられえない

(J.3.3) W_i も W_k も妥当しないがゆえに, R' を R の解釈として受け容れることは可能であり, R' を R の解釈として受け容れないことも可能である

W_i と W_k は意味論的規則を指す。R' の (J.3.1) (J.3.3) は意味論的規則を用いてなされる論法として三つのパターンが示されている。

(2.2.2) 発生論的解釈の形式

(J.4.1) • (1) R' が立法者によって望まれている

(2) R'

(J.4.2) • (1) R でもって立法者によって Z が追い求められている

• (2) $\neg R' \quad \neg Z$

(3) R'

27) 「(2.2.4) 歴史的・比較的・体系的解釈は一定の形式として示されない。」

(2.2.3) 目的論的解釈の形式

- (J.5) • (1) OZ
 • (2) $\neg R' \quad \neg Z$
 (3) R'

R' は意味論的規則を通じての R の一つの解釈である。 Z は目標、 O は義務論的演算子、 OZ は「 Z を実現するべし」、「 $\neg R' \quad \neg Z$ 」は「 R' でなければ Z は達成されない」を意味する。

(2.2.5) 解釈の諸規則

- (J.6) 解釈規準に属するいかなる論拠形式も、その形式に含まれるすべての前提が提示されるべきである
- (J.7) 法律の文言又は歴史上の立法者の意思を表現する論拠は、その他の論拠に優位を認めるための理性的理由が挙げられない限り、他の論拠に優先する
- (J.8) 様々な形式の論拠のウェイトは、ウェイトを測る尺度となる規則 *Gewichtungsregeln* に従って定められねばならない²⁸⁾
- (J.9) 解釈規準に属する、持ち出すことの可能なすべての論拠が考慮されるべきである

(2.3) 教義学的議論の規則

- (J.10) あらゆる教義学的命題は、疑問に付される場合には、少なくとも一般的実践的論拠を用いて根拠づけられねばならない
- (J.11) あらゆる教義学的命題は、狭い意味での体系的吟味にも、広い意味でも体系的吟味にも耐えうるものでなければならない

28) ここで述べられている *Gewichtungsregeln* は、最適化命令を直接意味しているわけではない。Alexy, TJA, S. 306. 最適化命令については、とりわけ Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, in: *Ratio Juris* 13 (2000), S. 294-304; ders., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in: *Ration Juris* 16 (2003), S. 433-449.

(J.12) 教義学的論拠は可能である場合、用いられるべきである

(2.4) 先例利用の一般的規則

(J.13) 先例は、ある決定に賛成又は反対するために挙げられうる場合には、挙げられるべきである

(J.14) 先例から逸脱しようとする者は、議論責任を負う

(2.5) 特殊法的論拠形式(反対解釈, 類推, 背理法による解釈)

(2.5.1) 形式

(J.15) • (1) $(x)(OGx \supset Fx)$
(2) $(x)(\neg Fx \supset \neg OGx)$ (1)

(J.16) • (1) $(x)(Fx \supset F \text{ sim } x \supset OGx)$
• (2) $(x)(Hx \supset F \text{ sim } x)$
(3) $(x)(Hx \supset OGx)$ (1), (2)

(J.17) • (1) $O \supset Z$
• (2) $R' \supset Z$
(3) $\neg R'$

ここで問題とされているのは法律家独特の推論様式としての反対解釈, 類推, 背理法による解釈である。(J.15)では(1)「 x は G すべきならば, x は F である」から(2)「 x が F でないならば, x は G すべきでない」が導かれている。(J.16)では「 $F \text{ sim } x$ 」は「 x が F に類似していること」を意味し,(1)「 x が F である又は x が F に類似しているならば, x は G すべし」と(2)「 x が H であるならば x は F に類似している」から,(3)「 x が H ならば G すべし」が導かれている。(J.17)では(1)「目標 Z を実現すべきでない」と(2)「 R' ならば Z である」から(3)「 R' はない」が導かれる。

(2.5.2) 規則

(J.18) 特殊法的論拠形式はその形式に含まれるすべての前提が提示されるべきである

(4) 法的討議と一般的実践的討議の関係

それでは法的討議と一般的実践的討議の関係はどのように捉えられ、両者はどのように結び付けられるのか。この点が特殊事例テーゼの内容に関わり、また後で見ることになるギュンターによる批判に大きく関わっている（4. 参照）。それは四つの点で見出される。(a) 一般的実践的討議の性質ゆえに法的討議が必要であること、(b) 正当性要求において部分的に一致すること、(c) 法的討議の諸規則と諸形式が一般的実践的討議のそれらと構造的に一致すること、(d) 法的議論の枠内において一般的実践的討議が必要であること、この四点である²⁹⁾。

(a) 法的討議の必要性は一般的実践的討議の諸規則や諸形式の弱点から生じる。その弱点とは、その諸規則や諸形式が定義する手続は、たいていのケースにおいて一つの結果に至らず、何らかの結果に至る場合であっても、一義的な確定性を保証しないということである。まず討議参加者がどのような規範的前提から出発すべきかを、討議規則は規定しない。討議の出発点をなすのは、實際上目前にあり、両立しえないことも度々である規範的確信である。またすべての議論の段階が確定されているわけではなく、そして幾つかの討議規則は近似的にしか満たされない。それゆえ常に一致が得られない可能性が存在する。確かに、討議的に必然的なものとして幾つかの規範的言明は要請される。またその規則を否定することは討議的に不可能である。しかし一定の規範的言明の否定も肯定も討議規則に抵触することなく正当化されうる、そのような討議上可能なものの領域は広範に残されている。こうした状況や実際上の決定の必要性からして、討議上可能なものの領域をできるだけ合理的な仕方では制限する手続に合意することは、実践的討議において根拠づけ可能である。そのような手続の例が、多数決原理や代表性原理に支えられた議会立法規則であり、様々な訴訟法規定である。

29) Alexy, TJA, S. 349-359.

立法手続において産出される法規範はすべての問題を解決するわけではない。法規範が法的決定を完全に確定させるわけではないのは明らかである。法の言語の曖昧さ、規範衝突の可能性、法的規律を必要とするがその規律が存在しないケースがありうるという事実、さらには特別なケースにおいて規範の文言に反しても決定を下す可能性などがそのことを示している³⁰⁾。

このことをさらに精緻化したのが、「四段階モデル」である³¹⁾。四段階モデルは一般的実践的討議 Pp, 国家による法定立手続 Pr, 法的討議 Pj, 裁判手続 Pg の四つの段階からなる。Pp における討議上可能な結果の範囲は、社会的に許容される結果の範囲に等しく相当するものではない。普遍化可能性・形式的正義の原理などは同様の社会的コンフリクトが同じ規範に従って解決されることを要求する。しかし社会的なコンフリクトは矛盾しあう規則によっては解決され得ない。社会的コンフリクトが規則によって解決されるべきであるならば、一般的実践的討議 Pp が有する結果確定性の限界は、法定立手続による討議上可能なものの範囲の確定が必要であることを根拠づける。Pp が常に一つの結果に至るわけではないのは、参加者が合理的手続を遂行してもその各自の規範的確信が相異なるものとなりうるということに起因する(「認知的不確定性」)。さらに、結果が討議上必然なものや不可能なもの、つまり一つであったとしても、その結果を法規範へ実定化する必要性は否定されるわけではない。討議においてある規則にすべての人が同意したということは、すべての人による服従に必然的につながるわけではない(「動機付けにおける不確定性」)。したがって決定や遂行のための機関を備えた法秩序が必要とされる。そしてこの必要性は、国家による法定立手続 Pr, 法的討議 Pj, 裁判手続 Pg の三つの

30) Alexy, TJA, S. 349-351.

31) A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, Grundlagen der juristischen Argumentation, in: W. Krawietz/ R. Alexy (Hg.), Metatheorie juristischer Argumentation, Berlin 1983, S. 51-57.; R. Alexy, Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystem, in: ARSP Beiheft, Vol. 44 (1991), S. 33-44.

手続の必要性へと細分化される³²⁾。

Pr は議会規則などに応じて様々な形式がありうる。しかし Pr が定立する規範は、後の時点で法適用者が経験的前提と合わせて「必然的に」具体的ケースにおいて一つの法的な義務付けを導き出すことのできるような規範では事実上ありえない。Pr によって産出される法的素材に関して複数の決定が可能であるケースが多くあるということによって、法的討議 Pj が必要であることが根拠づけられる。

法的討議で掲げられる要求は、「妥当する法秩序の枠内で理に適ったかたちで根拠づけ可能であること」であり、Pj においては、この要求の二重性が法的討議の規則と形式の体系によって捉えられる。

Pj における外的正当化の規則と形式の分析は法的議論の特殊性を示している。この特殊性は、Pp にはない三つの点での制約である。それは、(1) 妥当な法規範 (2) 先例 (3) 法教義学である。この理に適っていない (unvernünftig) とはいえない制約によって、討議上可能な領域は縮減される。とはいえ完全に排除されるわけではない。法的討議の規則と形式は一般の実践的討議の規則と形式を参考としたものであるため、Pj は Pp と結果の不確定性を共有している。Pj に関して可能な領域である「法的に可能な領域」は、討議上可能なものよりも小さいが、結果を確定させるまでには至っていない。

したがって Pj の結果不確定性が第四の手続として裁判手続を必要とする。Pg の結果は一般の実践的討議の規則や法的討議の規則を別にすれば、訴訟規則によって左右される。訴訟規則は Pg の後に唯一の結果が生まれるように導くものである。Pg では Pr と同様に議論されるだけでなく決定も下される。Pp, Pr, Pj の段階を踏んではじめて、Pg において決定が下されるということは、理に適っていると言える。

32) アレクシーの四段階論とロールズによる正義原理実現段階の四区分（原初状態・憲法制定会議・立法段階・司法段階）やケルゼンの段階構造論との類似性について指摘するものとして、田中前掲注(10)。

(b) 法的議論における正当性要求は、一般的実践的討議のそれとは異なり、問題となる規範的言明が理性的そのものであることに関わるのではなく、その規範的言明が妥当する法秩序の枠内において理に適ったかたちで根拠づけられうることに関わる。それゆえ法的議論の理性性は常に、法律によって規定されている限りにおいて、立法の理性性に相関している。法的決定の無制約の理性性は、立法の理性性を前提とすることになるだろう。立法の理性性は、当該社会において実践的問題が理に適ったかたちで解決されることに係っている³³⁾。

(c) 内的正当化の諸規則と諸形式は、(1.3')の普遍化可能性原理の応用である。この原理は、「等しきものは等しく扱うべし」という形式的正義の原理に相当する。この内的正当化の諸規則や諸形式が法的議論の骨格をなす。したがって同じ原理が一般的実践的討議の基礎であり、法的討議の基礎でもある。

一般的実践的討議でも法的討議でも、経験的議論が意義ある役割を果たす。規範的前提について一致があるが、事実について争われることは度々ある。それゆえ、双方の討議において、いつでも理論的(経験的)討議への移行を可能にする規則(6.1)が妥当している。

解釈規準としてまとめられた議論形式の幾つかは法的議論の拘束に役立つが、その拘束はまったく理に適っていないとは言えないものである。他の議論形式は、一般的実践的議論形式の変形である。目的論的議論形式(J.5)は一般的議論形式の変形として見なされうる。

教義学的議論としての法学(Rechtswissenschaft)は、法秩序の存立を条件とした、一般的実践的討議の制度化として捉えられる。この制度化によって、一般的実践的討議だけでは可能ではない働きが得られる。教義学的議論は、時間的・人的・内容的観点において拡大される。判決の一貫性は、無矛盾性(1.1)・普遍化可能性(1.3')や(3.1),(3.2)によって直

33) Alexy, TJA, S. 351-352.

接要請され、判決の細分化は、理性規則（2.2）に表された、すべての論拠の考慮という要請によって間接的に要請される。この諸要請を満たすことに対応するのが、教義学による安定化・先進・制御・発見的機能である。

先例使用の基礎をなすのは、普遍化可能性原理（1.3'）と（3.2）である。したがって先例使用も一般的実践の理由に基づいている。

同様のことが特殊法的議論形式の利用にも当てはまる。反対解釈の変形は論理規則の応用、したがって（1.1）の応用である。また類推は普遍化可能性原理の応用の特殊ケースと見なされ、背理法による解釈は基本的議論形式（S）³⁴⁾や（4.3）の変形と見なされる³⁵⁾。

(d) 法的議論は一般的実践的討議に一貫して依存しており、それゆえ一般的実践的討議は法的議論の基礎をなすと言える。この見解は、一見、これまでのテーゼ、法的議論はまさしく一般的実践的討議の弱点により必要とされるということ、法的議論においては、特に法学としての制度化や先例の拘束により、一般的実践的討議では可能ではない働きが得られるということと矛盾しているように思われる。法的議論が一般的実践的討議に依存しているとすれば、なぜ法的議論が必要とされるのか、そして法的議論の働きはどのようにして発揮されるのが問題となる。

しかし法的議論が一般的実践的討議に依存しているということは、法的議論が一般的実践的討議と同一であるとか、一般的実践的討議に還元されるということを意味しない。法的討議において必要とされる一般的実践的議論は、特別な形式で、特別な規則に従って、特別な条件の下で行われる。この特別な形式や規則が、議論の深化にも分化にもつながる。深化も分化

34) (S) • (1) OZ
 • (2) ¬M ¬Z
 (3) OM

O は義務論的演算子、Z は目標、M は手段を表す。Alexy, TJA, S. 292.

35) Alexy, TJA, S. 353-354.

もともに、一般的実践の理由から必要である。したがって法的議論とは、一般的実践の理由から必要とされ、その構造において一般的実践の原理に依存し、一般的実践的議論に左右され、特別な形式で特別な規則に従って特別な条件で行われ、それゆえ特別な働きを有し、一般的実践的議論に還元することのできない、一般的実践的議論の特殊形式と見なされる³⁶⁾。

一般的実践的議論と法的議論の関係についてのアレクシーの主張に示されたのは、一般的レベルから法的レベルへの連続性と同時に特殊性である。例えば、(a)と(d)で示された両議論の相互依存関係は、両議論が各々独自性を有し、区別可能であることを前提としている。その一方で四段階モデルが明らかにするように、一般的実践的議論で生み出される結果が、直接的な形であれ間接的な形であれ、法的議論へと引き受けられていく関係にある。また (b) 両議論においてともに「正当性要求」が掲げられる点で一致していることや (c) 議論を成立・規律するための条件である議論規則に対応関係が見られることは、確かに両議論の共通性を表している。しかし留意されるべきは、(b)については「正当性要求」の内容が両議論において異なる点、(c)については法律・判例・教義学のような、法的議論の規則の特殊性を規定する要因もまた法的議論の理性性を否定するものではない点である。

3. ハーバーマスの法適用論

(1) アレクシー理論との分岐

ハーバーマス自身による法の捉え方、特に裁判に対する捉え方は著作ごとに大きく変遷している。1971年ルーマンとの論争での論考においては、裁判は戦略的コミュニケーションの一例として捉えられ、議論は「反制度」的性格を有するとされていた³⁷⁾。この見解からの転換点となったのは、

36) Alexy, TJA, S. 354-355.

37) Habermas, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung

アレクシーの存在であった。つまり一方で、1972年の『真理論』³⁸⁾において提示された諸概念（実践的討議と理論的討議、真理の合意説など）が、「特殊事例テーゼ」を提唱するアレクシーの『法的議論の理論』³⁹⁾に影響を与え、他方で1981年の『コミュニケーション的行為の理論』において、ハーバーマスはその特殊事例テーゼに対して明示的に賛同を示したのである⁴⁰⁾。

しかし、1991年普遍主義的徳のコミュニケーション理論的基礎付けを試みた『討議倫理学』において、ハーバーマスが道徳規範の具体的状況への適用についてクラウス・ギュンターの見解を（「適用討議の理論」）を採用したことが、アレクシーとの理論的差異の端緒となった⁴¹⁾。その差異がより明確になったのが、『事実性と妥当性』である⁴²⁾。ここにおいてハーバーマスは、討議倫理学での規範適用の捉え方を、法規範の適用にも応用し、アレクシーの「特殊事例テーゼ」の不十分さを次のように指摘するに至っている。

アレクシーはこの討議[法的討議]を妥当する法に拘束された道徳的・実践的討議の部分集合として特徴づけている。それに応じて彼は、一般的討議規則を、すっかり定着した法律解釈実践を範とした特殊規則

mit Niklas Luhmann, in: Jürgen Habermas, Niklas Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, 1971, S. 200-201. ハーバーマス『社会理論か社会テクノロジーか?』J. ハーバーマス, N. ルーマン(佐藤嘉一, 山口節郎, 藤澤賢一郎訳)『批判理論と社会システム理論: ハーバーマス=ルーマン論争』(木鐸社, 1987)

38) Habermas, Wahrheitstheorien (1973), in: Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1984, S. 127-183.

39) Alexy, TJA.

40) Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, 1981, S. 62. コルゲン・ハーバーマス(河上倫逸, M. フープリヒト, 平井俊彦訳)『コミュニケーション的行為の理論(上)』(未来社, 1985)

41) Habermas, Erläuterungen zur Diskursethik, 1991, S. 137-142. コルゲン・ハーバーマス(清水多吉, 朝倉輝一訳)『討議倫理』(法政大学出版局, 2005)

42) Habermas, FG.

と議論形式によって補完している。不確定性テーゼ〔討議規則は唯一の決定へと必然的に至らしめるものではないという認知的不確定性〕を無効とするためには、この実践から取り上げられて方法論において体系化された手続原理や解釈公理が、道徳的実践的討議の一般的な手続条件を、妥当する法の拘束を顧慮して特殊化しているに過ぎないことをアレクシーは示さねばならない。このような主張をなすには、それぞれの討議形式において用いられる規則と議論形式の構造的類似性を簡潔に示すだけでは不十分である⁴³⁾。

ハーバーマスのこの批判を明確化したのが、ギュンターによる論考である⁴⁴⁾。そしてこの論考とそれに対するアレクシーの応答⁴⁵⁾が、いわゆるギュンター＝アレクシー論争である⁴⁶⁾。以下では、『事実性と妥当性』以降の、アレクシーとの差異を明確にしたハーバーマスの法適用論を取り上げる。

(2) ハーバーマスの討議理論と法適用

ハーバーマスによれば、法に関わる問題には至るところで事実性と妥当性の緊張関係が様々に形を変えて現れている。法適用、特に裁判においては、それが法的安定性の要請と合理的承認可能性の要請の拮抗として現れ

43) Habermas, FG, S. 284. []内筆者補足。Klaus Günther, 14. Juristische Diskurse, in: H. Brunkhorst/R. Kreide/C. Lafont (Hg.), Habermas Handbuch, 2009, S. 72-74. さらにこの点に関わるものとして、内村博信『討議と人権 ―ハーバーマスの討議理論における正統性の問題』65-81頁(未来社, 2009)。

44) Günther, CR.

45) Alexy, NN.

46) 両者の見解の差異やこの論争自体については、様々な論者によって紹介、検討されている。Ingrid Dwars, Application Discourse and the Special-Case Thesis, Ratio Juris 5, 1992; Ota Weinberger, Basic Puzzles of Discourse Philosophy, Ratio Juris 9, 1996; George Pavlakos, The Special Case Thesis, Ratio Juris 11, 1998; Peng-Hsiang Wang, Coherence and Revision—Critical Remarks on the Günther—Alexy—Debate, ARSP Beiheft 110, 2005; Carsten Bäcker, Begründen und Entscheiden, 2008, S. 194.

る。一方において、法的安定性の要請とは、既存の法秩序の枠内で無矛盾な決定が下されることを求める。他方において、その決定は合理的な決定として法的共同体の構成員によって承認されうるように、理に適った仕方
で根拠づけられたものでなければならない。つまり、「裁判の合理性は次の点にある。つまり偶然的に成立した法の適用が、それが法的安定性と正当性を保障するためには、いかにして内的には無矛盾に実施され、外的に合理的に根拠づけられうのかという点である⁴⁷⁾。」そしてこの両要請が、
様々なアプローチにおいてどのように満たされるかについて検討を経た⁴⁸⁾

47) Habermas, FG, S. 244. 傍点は原文イタリック体の部分。

48) それぞれのアプローチに対して、ハーバーマスは次のように評価する。

法律学的ヘルメノイティークについては、適用される規範と当てはめられる事態は相互に具体化又は構築しあう循環関係にあるという法解釈の特質を表している。規範と事態の間に関係を作り出すのは、裁判官の前理解である。この見解では、裁判官のこの前理解は倫理的伝統連関のトポスによって形作られているとされる。判決の合理性は「制定法に先立って存在する法的賢慮」によって検証されることであることになるが、この前理解によって制御された理解の循環過程は、裁判官が偶然的に生を享けた法形式と生活形式のなかで歴史的に維持されてきた諸原理によって行われるに過ぎない。つまり法的安定性と正当性の要請は、歴史的に維持されてきた倫理的伝承による権威によって満たされることになる。

リーガルリアリズムについては、裁判官の判決実践においては法の外部にある諸要素による影響を受けて選択が行われているという洞察を開く。しかしその法に懐疑的な捉え方によれば、決定は裁判官の裁量に委ねられることになり、法的安定性の要請はその意味を失ってしまう。

法実証主義については、上記二つの法理論とは異なり、法システムの完結性・自律性を強調するが、裁判官の判決実践においては法的安定性の保障が正当性の保障を上回るものとして捉えられることとなる。

ドゥオーキンの理論については、「切り札」としての権利、規則と原理の区別、構成的解釈などを積極的に評価し、自らの所論に取り込んでいる。その一方でハーバーマスによれば、ドゥオーキンの理論は哲人裁判官ハーキュリーズという強力な理想化を欠くことができない。しかしその構成は独白的な想定に立っており、無限の議論過程という対話的な構成に取って代わられるべきとされる。Habermas, FG, S. 242-270.

ハーバーマスによる様々なアプローチへの評価、特にドゥオーキンの理論への評価の詳細については、植木一幹、「R. ドゥオーキンの「インテグリティとしての法」の理論に関する一考察 J. ハーバーマスによる批判を手がかりに (一),(二)・完」法学論叢135巻4号(1994)、136巻3号(1994)参照。ドゥオーキンとハーバーマスにおける

うえで、ハーバーマスが最終的に最も適切なアプローチとして支持するのが、「法的適用討議の理論」である⁴⁹⁾。

ギンターによって彫琢された「適用討議の理論」は、そもそも討議倫理学に対する補完理論として提示されたものである。討議倫理学では、道德規範の基礎づけが討議として捉えられ、その討議においては「普遍化可能性原理」が論議規則として中心を占める。普遍化可能性原理(以下「U原理」)は「あらゆる妥当な規範は、その一般的遵守から各人それぞれの利害関心の充足にとって恐らく生じるであろう結果や副次効果がすべての当事者によって強制なく受けいれられうるという条件を満たさねばならない」⁵⁰⁾として定式化される⁵¹⁾。このU原理を通じて獲得される道德規範の「普遍性」が、現実の具体的状況との接点を失わないよう「文脈性」へと架橋するための方策として示されたのが、適用討議の理論である。

ギンターはハーバーマスによって提示されたU原理についてより詳細な検討を加えている。つまりU原理には強い解釈と弱い解釈の二通りが可能である。強い解釈によれば、「ある規範が妥当かつどの事例でも適切であるのは、それぞれすべての状況における一般的な規範遵守が有する各人にとっての結果や副次効果が、すべての人によって受け容れられうる場合

「法と政治」のあり方についての相違について、両者は対談を行っている(ギンターのコメント付)。U. ベーム編(長倉誠一/多田茂訳)『哲学の原点 ドイツからの提言』183-212頁(未知谷, 1999)参照。

49) Günther, SA; ders, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, Rechtstheorie 20, 1989; ders, Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral, ARSP-Beiheft 45, 1992; ders, Warum es Anwendungsdiskurse gibt, Jahrbuch für Recht und Ethik 1, 1993.

50) ユルゲン・ハーバーマス(三島憲一, 中野敏男, 木前利秋訳)『道德意識とコミュニケーション行為』(岩波書店, 1991) Jürgen Habermas, Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, 1983, S. 75.

51) ちなみに当初『道德意識とコミュニケーションの行為』では、U原理は公平性 Unparteilichkeit の理念を表現するものとされていたが、後の『事実性と妥当性』では、より抽象度の高い原理である「討議原理(Diskursprinzip)」が道德の領域で特殊化したものが普遍化可能性原理であるとして、位置づけを微妙に修正している。

である」⁵²⁾。この解釈では、確かに公平性の理念が十全な意味で満たされることになるが、この場合には適用可能なすべての状況が予見可能であることが前提となる。したがってすべての適用可能な状況をあらかじめ想定する「完璧な規範 perfekte Normen」は、無限の時間と知識を必要とするため、人間の認知的限界からして不可能である。そこでギンターが採用するのがU原理の弱い解釈である。弱い解釈によれば、「ある規範が妥当であるのは、一定不変の事情の下で（unter gleichbleibenden Umstände）、一般的な規範遵守が有する各人にとっての結果や副次効果が、すべての人にとって受け容れられうる場合である」⁵³⁾。

しかし弱い解釈を採用した場合のU原理においては、ある規範が特定の状況で適用されるのかどうかという、いわゆる「適用問題」が主題化されないことになる。ギンターによれば、それを補完するのが「適切性原理（Angemessenheitsprinzip）」である。その原理によれば、「ある規範が当該状況において適用することが正当か否かを決定できるのは、我々が当該状況のあらゆるメルクマールを考慮し、この規範が当該状況に適切か否かを吟味する場合のみ」である⁵⁴⁾。

したがって規範の基礎づけと適用の問題は区別され、それぞれを吟味する手続が「討議」として捉えられる。つまりそれぞれが、規範の妥当性を吟味する「基礎づけ討議」、規範のある状況での適切性を吟味する「適用討議」として捉えられる。またギンターによれば、両方の討議は一方を他方へ解消したり、融合させたりしてはならず、併存しあって相互に補完しあうとされる。

そして適用討議で要請されるのが、「状況解釈の完全性」と「規範の整合性」である。「状況解釈の完全性」とは、当該状況のメルクマールが提示し尽くされねばならないことを意味する。より具体的には、第一に、そ

52) Günther, SA, S. 50.

53) Günther, SA, S. 53.

54) Günther, SA, S. 55.

の状況解釈に含まれる記述が真であること、第二に、当該状況で適用可能な一つの規範の可能なすべての意味ヴァリエントが汲み尽くされること⁵⁵⁾、第三に、当該状況で適用可能なすべての規範が汲み尽くされること、という三つの要請を表す。各人によってなされる状況解釈は、完全性を求められるとしても、一定の観点からの選択、どのメルクマールが重要であり、どのメルクマールが重要ではないかという選択が行われざるを得ない。そのため、主張者である一方当事者は、他方当事者からなされる異議に対して更なる理由づけまたは修正に迫られる。理論的には、重要とされるメルクマールをすべて考慮し、重要とされないメルクマールをすべて排除し、当事者が合意するまでこの作業は続けられる。

「規範の整合性」要請は、状況解釈の完全性の第三の要請である、「当該状況で適用可能なすべての規範が汲み尽くされる」ことにおいて、規範衝突が生じた場合に働く。ギュンターによれば、整合性の基準となるものは、特定の規範的観点を際立たせたり、規範の妥当性に関わるような実質的尺度であってはならず、形式的なものでなければならないとされる。定式化すると、「規範 N_x が状況 S_x において適切であるのは、 N_x が S_x において適用可能な他のすべての規範 N_l と両立可能である場合である（すべての意味ヴァリエントにも同様のことが当てはまる）」⁵⁶⁾。

以上のように素描された適用討議の理論が、法においてどのように応用されるとハーバーマス及びギュンターが捉えているのか。

確かに法的討議は道徳的適用討議を模範として検討されるが、それはどちらの〔討議〕場合も規範の適用の論理が問題となっているからである。しかし法規範はより複雑な程度の妥当性を有するがゆえに、

55) Günther, SA, S. 290.

56) 規範 N_l はある生活形式 L_x に属し、基礎づけ討議において正当化されうる規範を意味する。適用討議で吟味されるのが、「正当化されえた」規範ではなく、「正当化されうる」規範としているのは、我々がある状況において、当の規範が過去に基礎づけ討議において基礎づけされたかどうかを知り得ないからである。Günther, SA, S. 304-305.

法的決定の正当性を道徳的判断の妥当性と同一視し、その限りで法的討議を道徳的（適用）討議の特殊事例として解するなどということは許されないのである⁵⁷⁾。

ハーバーマスにとって、抽象的な討議原理（「すべてのありうる当事者が合理的討議への参加者として合意しうる行為規範こそが妥当（gültig）である」）は、一方で道徳の領域においては普遍化可能性原理へと、他方で法の領域においては民主主義原理へと特殊化されたものと捉えられる⁵⁸⁾。これによって道徳との関係において法の自律性が示される。ハーバーマスによれば、法の領域では、法規範の基礎づけが行われる立法が前面に登場する⁵⁹⁾。したがって法規範の妥当性は、普遍化可能な利益を表すものだけでなく、具体的な共同体における価値や妥協の結果を表しうるものとして、より複雑性を増したものと捉えられる。

さらに、法的適用討議は、道徳的適用討議とは異なり、それ自身裁判手続として制度化される。

法的討議の手続法に基づく制度化は、論証論理の内実には干渉するものであってはならない。手続法は、規範的 法的な論証それ自体を規律するのではなく、適用討議の論理に服する開放されたコミュニケーション過程の制度的枠組を、時間的、社会的、内容的な観点から保証するのである⁶⁰⁾。

57) Habermas, FG, S. 286. ()内は原文, []内は筆者。

58) 前掲注(50)参照。

59) 「法的討議はむしろ本来的に、民主的に制定された法に関係しているのであり、……それ自身として制度化されている。」Habermas, FG, S. 287.

60) この点についての批判として、U. Neumann, Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas, in: ders, Recht als Struktur und Argumentation, 2008, S. 23-34. ノイマンによれば、ハーバーマスの討議理論において結果の正しさは、コンセンサスを担う「論拠の質」と「手続」によって支えられており、手続の正統化の働きを唯一の正しい真理の探究という目的に関係付けている。そのために、ハーバーマスは実的に正しい決定を保証することや訴訟当事者が有する裁判外の利益

つまり法的適用討議は、道徳的であれ法的であれ、基礎づけ討議とは根本的に区別され、また法の自律性・法による制度化の観点から、道徳的適用討議とも区別される。

4. 特殊事例テーゼ批判

以上のようなハーバース＝ギュンターの見解を踏まえて、その見解がアレクシーの特殊事例テーゼ批判にどのようにつながっていくのかを検討する。ここでは、アレクシーの「一般的実践的討議」の概念をどう捉えるかが論争の鍵となっている。ギュンターからすると、「一般的実践的討議」は普遍化可能性原理を含んでいる以上、基礎づけ討議として見なさざるを得ず、本来適用討議であるべき「法的討議」を、基礎づけ討議の特殊化として捉えるという帰結に至ることになってしまう。

ギュンターの批判は大きく分けて三点から構成される。

第一に、「一般的実践的討議が有する性質のゆえに、法的討議が必要であること」への批判である⁶¹⁾。

アレクシーの見解では、一般的実践的討議は法的議論によって埋め合わされるとの関係にあるとされる。つまり、一般的実践的討議の規則から生じる結果の大半は、討議上可能なものであり、必ずしも一つの結果ではなく、時として矛盾しあう結果が生み出されることもある（認知的不確定性）。さらには、一般的実践的討議はそこから何らかの一つの結果に至ったとしても、その結果の実現は保証されない。つまり実現するかどうかは当事者の自発的意思に委ねられる（動機づけの不確定性）。この認知的不確定性と動機づけの不確定性を縮減するために、法の以下の二つの特質が

を擁護することには還元されない手続規則固有の規範的重要性を疎かにしているとされる。そのような固有の意義を表す例として示されるのが、「違法収集証拠の利用禁止」や「法的聴聞 (rechtliche Gehör)」の原理である。法的聴聞の原理においては、被告人の発言は真理の発現かどうかに関わりなく尊重される。

61) 2.(3)(a)への批判。Günther, CR, pp. 144-152.

必要とされる。つまり、法が強制可能性を有する諸手段と結びついていること、そしてその不確定性の縮減のための制度として立法手続と司法手続が確立されていること、この二つの特質によって、不確定性の解消、つまり具体的ケースの確定的決定とその実現へとつながる。

しかし以上のアレクシーの見解は、制度を通じて一つの結果へと縮減される具体的ケースの決定と、その決定の「合理的基礎」となる判断とを区別することができないとギュンターは指摘する。つまり「具体的ケースで一つの決定が下されることを保証できないという一般的実践的討議の欠点は、決定形成の諸制度の問題だけでなく、議論の問題でもある」⁶²⁾。したがって「特殊事例テーゼが正しいとされるのは、法規範が道徳規範と同様に、一般的実践的討議において基礎づけられるが、認知的及び動機づけの不確定性における欠損を補うものとして制度にのみ結び付けられている場合である」⁶³⁾との批判をギュンターは展開する。法規範の妥当性要求は、万人に向けられるものではなく、具体的な法的共同体の構成員に向けられている。また法規範が産出される手続は、一般的実践的討議ではなく、制度化された手続である。さらには前述のように、法規範は普遍化可能な利益だけでなく、特定の共同体の価値や妥協の結果を表すものでもある。このことを捉えてギュンターは、「法的議論は、制度的にだけでなく、概念的にも法に準拠している」と主張する。またアレクシーの見解では法的推論の位置づけについても問題を生むとされる。アレクシーの見解によれば、法に限らず実践的問題は何であれ、法的推論を通じて個別ケースにおいて一つの解決を探し求められることとなってしまう。しかし、個別ケースで一つの解決を探し求めるというこの課題は、法的推論だけの専権ではなく、道徳的推論においても果たされうる。具体的ケースの認知的不確定性の弱点から要請されるのは、制度化された法的議論それ自体ではなく、別のタイプの議論であり、ギュンターによればそれこそが適用討議であ

62) Günther, CR, pp. 146.

63) Günther, CR, pp. 146.

る⁶⁴⁾。

続いて第二の批判は、「法的議論と一般的実践的討議は正当性要求において部分的に一致すること」に対して向けられる⁶⁵⁾。正当性要求とはあらゆる規制的発話行為によって掲げられ、実践的討議においては普遍化可能性原理によって形成されうる妥当性要求である。普遍化可能性原理は、他の討議規則以上に、実践的討議において核心的地位を占める。法的推論は妥当な法に準拠しているがゆえに、法的な正当性要求は合理的な立法に依存している。アレクシーによれば、法における正当性要求には、一方で、妥当な法秩序の枠内での法的決定の正当性に関わる側面、他方で、実定法の合理性や正義に関わる側面の二つがあるとされる。

しかしアレクシーによる正当性要求のこの捉え方に対して、ギンターは、適用討議の導入が、正当性要求の二つの側面の区別により資するとする。つまり法的推論において掲げられる正当性要求は、妥当性要求とは区別される法的な適切性要求と捉えられる。

最後の第三の批判は、「法的討議の諸規則と諸形式が一般的実践的討議の諸規則と諸形式に構造的に一致することに関わる⁶⁶⁾。アレクシーは内的正当化と外的正当化に関連して、このテーゼを述べている。

内的正当化に関しては、そこに含まれる規則や形式はすべて、普遍化可能性原理から導出されるとされているが、これに対してギンターは、アレクシーの普遍可能性原理の捉え方つまり(1.3')は、実践的討議のみの特質ではなく、言語使用一般の規則に過ぎないと指摘する。

またギンターは、アレクシーが外的正当化に関わる諸規則として提示しているものは、普遍化可能性原理に関わるものではないと批判する。ギンターからすると、アレクシーが提示する法的討議の規則・形式の大

64) とはいえ、適用討議であっても具体的ケースにおける単称的判断には至らないこともありうる。その限りにおいて、法的手続が、適用討議の制度化として重要となる。Günther, CR, pp. 152.

65) 2.(3)(b)に対応。Günther, CR, pp. 152-154.

66) 2.(3)(c)に対応。Günther, CR, pp. 154-156.

半は、直接であれ間接であれ、具体的ケースにおける単称的規範命題の正当化に関わるとされる。解釈規準や法教義学、判例も同様に、一般的実践的討議の規則・形式の特殊化ではなく、具体的ケースにおける単称的規範命題の正当化に関わっている。したがって、アレクシーの提示する法的討議の規則や形式は、必然的に一般的実践的討議に関係づけられているわけではない。そのため、法的討議の規則や形式には異なる意味が与えられるべきとなる。

以上三つの批判の基礎にあるギュンターの主張は、適用討議と基礎づけ討議の区別を考慮に入れたかたちで特殊事例テーゼは修正されねばならないことを示している。つまりアレクシーがリストとして提示する法的討議の諸規則や諸形式は、一般的実践的討議を特殊化したものではなく、適用討議を特殊化したもの、つまり状況解釈の完全性と規範の整合性の二つの要請を法との関わりで特殊化したものと捉えるべきと主張している。

確かに、ギュンターはアレクシーの一般的実践的討議を「道徳的基礎づけ討議」として捉えている。もちろんこれは、ギュンターやハーバーマスの討議類型の区分（法的／道徳的，基礎づけ／適用）に従えば、そうならざるを得ないものであり、また一般的実践的討議概念の良い意味では「融通の利きやすさ」、悪い意味では「曖昧さ」にも起因していよう。しかし、ギュンターによるこの捉え方は、一般的実践的討議に与えたアレクシー自身の意図とは反し⁶⁷⁾、あまりに狭く捉えていると言える。いずれにせよ重要なのは、一般的実践的討議の規則・形式と、法的討議の規則・形式との間には、双方ともに討議である以上、類似性や結び付きがあるのは当然であるが、一般的実践的討議の規則・形式から法的討議の規則・形式を導き出し、正当化することには困難を伴うということである。

67) Alexy, *The Special Case Thesis*, *Ratio Juris* 12 (1999), pp. 374-384.

5. 基礎づけと適用の区別

ギュンターからの批判に対して、アレクシーは直接応答する形をとるのではなく、ギュンターの適用討議の理論に対する内在的批判を展開する。基礎づけと適用の区別がなされることには疑いがないとしても、「基礎づけ討議と適用討議として区分」して、それが討議理論による公平性解釈のうちで最善のもの」と言えるかどうかという問いを提起する⁶⁸⁾。そこで、アレクシーはギュンターが用いた規範衝突の例、「約束を守るべし」という規範と、「窮地にある友人を助けるべし」という規範の衝突するような状況を利用する。つまりaは、スミスにパーティーへ行く約束をしたが、その約束を果たす前に、彼の友人ジョーンズが重病に罹り、彼の助けを必要としていることを知る。この助けは、パーティー開催時のみに行うことができる。このような規範衝突が生じている状況Sを挙げて、内在的観点から自らの主張を展開する。

規範の衝突状況は三段論法で表すと、

- () (1) あることを約束した者は、それをなすように義務付けられる(一般的規範 N1)
- (2) aは、スミスのパーティーへ行く約束をした。
- (3) aは、スミスのパーティーへ行くよう義務付けられる。
- () (1) ある友人が窮地に陥り助けを必要としていることを知った者は、彼を助けるよう義務付けられる(一般的規範 N2)
- (2) aは、友人ジョーンズが重病に罹り、助けを必要としていることを知った。
- (3) aは、ジョーンズを助けるよう義務付けられる。

68) Alexy, NN, S. 56-57.

となり、さらにその三段論法を論理式で示すと、

- () (1) $(x)(T_1x \supset OR_1x)$
 (2) T_1a
 (3) OR_1a

- () (1) $(x)(T_2x \supset OR_2x)$
 (2) T_2a
 (3) OR_2a

となる。(ここで「 T_1 」は「ある行為 h をすることを約束した」、「 R_1 」は「 h をする」、「 O 」は義務論的演算子を意味する。「 $(x)(T_1x \supset OR_1x)$ 」は「 x が h をすることを約束したならば、 x は h すべし」、「 T_1a 」は「 a が h をすることを約束した」、「 OR_1a 」は「 a は h すべし」を示す。同様に「 T_2 」は「友人が窮地に陥っていると知った」、「 R_2 」は「友人を助ける」を表す。)

この論理式からすると、適用問題が生まれるのは、規範 N_1 の状況 S への適用や規範 N_2 の S への適用の中ではなく、それ自体見れば問題のない二つの適用どうしの関係においてである。つまり、規範の衝突が生じているのは、(1)の一般的規範のレベルではなく、(3)の個別的規範のレベルである。第一に N_1 と N_2 が妥当し、第二に状況 S が T_1 と T_2 を示すがゆえに、両方を満たすことはできない二つの個別的規範に至り、そうして「衝突問題」へと至る。

この衝突問題を解決するために想像しうるモデルとして三つの選択肢がある。第一に、両方の規範からの義務付けがある。その場合、判断者は一方を選択すれば、結局その他方に反することになるので、必ず誤って行為することになる「悲劇的モデル」と言える。第二に、両方の義務付けが失われる。つまり規範が衝突した場合、従うべしという義務付けをどちらも失う。最後に、規範が衝突した場合、どちらか一方の義務付けだけが存在

する。アレクシーは、この三つのモデルのなかで正しい解決策となりうるのは最後のものであると述べる。

それでは規範衝突の場合、どちらか一方が、義務付け、つまり確定的拘束力を持つべきであるとして、(1)のレベルと(3)のレベルの関係、一応 (prima-facie) の拘束力をもつ規範のレベルと確定的拘束力をもつ決定のレベルの関係はどのようなものであるのか。まず、両者の関係が無関係とする構成がありうる。この場合、元々ある N1 と N2 に、さらに OR_{1a} (または OR_{2a}) が付け加わるだけである。この構成では、一般的規範を吟味するのは基礎づけ討議であり、個別的規範を吟味するのは適用討議として、基礎づけ討議と適用討議を容易に区別することができる。しかし、具体的行為の段階での義務付けに一般的規範が関係なくなってしまうという不都合な帰結に至る。また別の S と同じような (同じ重要なメルクマールを有する) 状況 S' において、OR_{1a} または OR_{2a} のどちらが優先されるかはアドホックなものとなる。そうすると、合理性の基本的な要請である、平等な取扱いに反することとなる。

それに対して、第二の構成として、prima-facie のレベルと確定的決定のレベルがリンクすると考える場合、アレクシーは具体的状況における適切性についての決定が、基礎づけを必要とする修正を含むことになると指摘する。つまり、規範衝突において、仮に OR_{1a} が確定的な拘束力を有する場合、その意味内容を反映した規範が、prima-facie の拘束力を有することとなる。そのことをアレクシーは

N₁^k: あることを約束した者は、それをなすよう義務付けられる。但し、友人が窮地に陥り助けを必要としてことを知った場合を除く

として示す⁶⁹⁾。N₁^k は N2 との関係を外条項として N1 に組み込んだ規範である。N₁^k は prima-facie の拘束力を有し、状況 S において確定的拘

69) Alexy, NN, S. 63.

束力を得る規範である。つまり二つのレベルの間でのリンクを認めることは、 N_1^k を認めることを意味する。そのような構成をギュンターがとっているとされる箇所として、ギュンターが文言使用規則（Wortgebrauchsregeln）について述べている部分をアレクシーは指摘する。

例えば、()の例では、 $(x)(Mx \supset T_2x)$ ：「重病に罹った者は、窮地に陥った者である」という文言使用規則が、実際には(1)と(2)の間にもう一つの展開段階として付け加わる。そしてこの文言使用規則は、(1)と合わさって、

$(x)(Mx \supset OR_2x)$ ：友人が重病に罹ったと知った者は、彼を助けるよう義務付けられる

という新たな規範が推論されていることとなる。文言使用規則を用いて新たに作られる規範に対して、ギュンターは基礎づけが必要だと見なしている⁷⁰⁾。アレクシーの指摘によればこの場合、 N_1^k と同様に、文言使用規則は(1)と(3)をリンクさせる働きを担っている。

したがって、ギュンターの理論からは二つの構成を読み取ることが可能であるが、合理的な構成であるのは、第二の構成である。ギュンターが第二の構成をとっているとすると、適用討議において基礎づけが必要となる。では、そうするとそもそも基礎づけ討議と適用討議の区別を維持できなくなるのではないかと、アレクシーは疑念を提起し、さらに続けてギュンターからなされるであろう反論について検討する⁷¹⁾。

第一に、「解釈が共通に妥当と受け容れられた規範や原理の意味を基礎として、そしてその意味の限界内にある」⁷²⁾ 限りで、基礎づけ討議は必要ない、つまり例外条項を組み込んだ修正である N_1^k が、 N_1 と N_2 の理想的な整合的体系の確立に資するならば、基礎づけの必要はない、という反論である。しかし、この反論に対しては、 N_1^k は N_1 と N_2 に対して追加

70) Günther, SA, S. 291.

71) Alexy, NN, S. 55.

72) Günther, Ein normativer Begriff der Kohärenz, S. 40.

の規範的内容を示すものであることは明らかである。

第二に、基礎づけ討議と適用討議とは異なった仕方です。「状況」に関わっていると、その違いが、両討議の区別を維持させる、そのような反論が予想される。すなわち、基礎づけ討議において適用状況は「仮説的」にのみ用いられているのであり、具体的な適用状況とは異なるとされる。しかしアレクシーは基礎づけ討議における「仮説的状況」の捉え方には二通りありうるとする。第一が、「原則事例」として捉え、意図的に単純化されるべきであるとする場合である。しかし、この場合、基礎づけ討議は、prima-facie の拘束力を持った規範に関わるものではなく、単なる「トボイの討議」となってしまう恐れがある。別の捉え方は、「近似化」として、できるだけ現実と同様に多様であるべきとする捉え方である。この場合、適用討議と基礎づけ討議の区別は二点に還元されることになる。両討議ではそれぞれ異なる問題設定がなされ、異なる解答が与えられること、基礎づけ討議では数多くの状況、適用討議では一つの具体的な状況に関わること、この二点しか二つの討議の違いとして認めることができなくなる。

以上より、アレクシーの所論によれば、「基礎づけのみの討議」と「適用のみの討議」としての区別は断念されるべきことになる。いかなる適用討議も必然的に基礎づけ討議を含み、その基礎づけ討議に適用討議の結果が左右されるということが事実としてあり、そしてその事実が二つの独立した討議形式として対比させることを許さないという帰結に至るのである⁷³⁾。

6. 小 括

以上のようなギュンター = アレクシー論争に対する評価には賛否両論が

73) 同様に基礎づけ討議と適用討議の区別に対する批判として、Matthias Kettner, Warum es Anwendungsfragen aber keine "Anwendungsdiskurse" gibt, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 1 (1993), S. 365-378. これに対してギュンターも応答を試みているが、十分なものとは言い難い。Günther, Warum es Anwendungsdiskurse gibt. S. 379-389.

含まれる。本稿において取り扱ったハーバーマス・ギュンターの理論は、法的議論をいかにして法的に制度化するかという問いについて、アレクシーに対するオルタナティブとなりえるのだろうか。まず両者の理論的差異を改めて確認したい。

両者はともに、法的議論を各人が自らの主張を理由によって支え、合意を目指す「討議」として捉える点で共通している。第一に両者が異なるのは、どのような討議をモデルとして法的議論は捉えるかという点である。ハーバーマスは、基礎づけと適用の区別こそが討議形式を区別する重要な指標であると捉え、法的議論にとってモデルとなるのは適用討議であると捉える。それに対して、アレクシーにとっては、特殊事例テーゼに示されるように、あくまでも法的議論のモデルとして根本にあるのは一般的実践的討議である。第二に、そのモデルが法的に制度化されるということをもどのように捉えるかという点でも両者は異なる。ハーバーマスは、法的基礎づけ討議である民主的立法過程を通じて法的議論の制度化がなされる点に注目し、いわば制度化のプロセスに焦点を当てる。それに対してアレクシーは、一般的実践的討議とその制度化の結果である法的議論の類似性と差異への考察に重きが置かれている。第三に、法的議論の捉え方が異なることは、そこで行われる法的判断の正当化の捉え方を左右する。一方でアレクシーにとって、特殊事例テーゼの第一テーゼにあるように、法的判断の正当化によって求められるのは広く実践的問いの解決である。他方でハーバーマスにとっては、あらかじめ妥当とされた妥当な法規範が特定の具体的状況において適切であるかどうか、法的判断の正当化における主題とされる。そして最後に規範衝突、厳密には両立し得ない個別的規範の競合が生じた場合、ハーバーマスは法体系の整合性に依拠することで優先関係を確定しようと捉えるのに対して、アレクシーは優先関係の確定には「基礎づけ」が不可避であると捉える。

しかし、アレクシーによる反論のなかで確認したように、基礎づけと適用の区別を討議形式としての区別に対応させることには厳しい批判があり、

ハーバーマス・ギュンターとアレクシーの理論的差異

	ハーバーマス・ギュンター	アレクシー
討議形式の区別基準	基礎づけ / 適用	理想的 / 現実的
法的議論の制度化モデル	適用討議	一般的実践的討議
法的制度化の含意	制度化のプロセスに焦点 民主的立法に注目	制度化の結果に焦点 類似性と差異の強調
法的判断の正当化の 位置づけ	妥当な法規範の具体的状況 での適切な適用・状況関連性	実践的問いの解決
規範衝突における優先 関係の確定	法体系の整合性への依拠	適用における基礎づけの 不可避

規範の衝突問題は形式的規準としての「規範の整合性」だけでは解決できず、基礎づけを必要とする。つまり、ギュンターの述べる意味での「適用」を越え出なければならないと言える。しかし、その一方で法的議論を適用討議として、厳密には適用のみの討議として捉えることができないとしても、ハーバーマスやギュンターが主張した特殊事例テーゼの不十分さは解消できていない。つまり一般的実践的討議は「制度化された」法的議論のモデルとして捉えるにはあまりに広い曖昧さを残していると言えよう。したがって「常に短し禪に長し」の感は否めず、このことは法的議論を何らかの「討議」と捉えることの困難を示している。しかしこの困難性は、討議理論の否定や撤回を求める外的批判の論拠とも受け取ることができるが、内的批判としてより良い討議理論の構築を求める契機とも捉えることもでき、筆者はむしろ後者として捉えるほうが実りあるものではないかと考える。

それでは以上のようなハーバーマスとアレクシーの理論的差異がどのような帰結をもたらすのか。その一例としてあげることができるのは、裁判の正統性・権力分立の問題に関わる問題である。ハーバーマスはある論考の中で、一般的実践的討議の概念は、権力分立にとってセンシティブではないという疑念を提起している。

裁判官がそのような一般的実践的討議が提供する、理由制約のない空間に一步足を踏み入れると、裁判所と立法府の権力分立を示す「レッドライン」が曖昧になる。特定の法律の適用に関して、裁判官の法的討議は、立法者が実際に主張した諸理由あるいは少なくともその規範を議会で正当化するために動員しえたであろう諸理由に制限されるべきである。さもなくば、裁判官は、一般的に言えば司法は、民主的正統性の唯一の保証を提供する機関や手続から独立するという問題を孕んだものになるだろう⁷⁴⁾。

つまり、ハーバーマスは、基礎づけ討議と適用討議の区別を維持し、それを立法と司法のいわば「棲み分け」に資するものとし、それゆえ裁判の正統性を画限するための基準として用いている⁷⁵⁾。したがってハーバーマスの立場からすると、裁判を中心とする法的議論をどのような討議形式として捉えるかという問いは、法的判断の正当化のあり方を左右し、さらには立法と司法の制度配置、権力分立のあり方をめぐる問いにもつながっているとされる⁷⁶⁾。それに対してアレクシーは立法と司法の権限配分の問題について「法的議論の理論」においては明示しているわけではない。少なく

74) Alexy, The Special Case Thesis に対する応答として, Habermas, A Short Reply, Ratio Juris 12 (1999), S. 447.

75) この点についてギュンターがハーバーマスと同様の立場を採っているのかは明確ではない。そのことの根拠となるのは、規則に対する彼の捉え方である。彼は、規則と原理の区別は規範構造の区別ではなく、あくまで規範適用の区別と捉えている。つまり、ある規範の単純な包摂が適切かどうかは、適用討議においてはじめて問われる。このことを踏まえてギュンターは、「立法者のような一定の制度が規範の適切性について決定を下していた場合、その規範は規則のように適用される」と述べている。したがって司法を適用討議の概念に直接結び付けているわけではない。Günther, SA, S. 336-337.

76) 確かにハーバーマスの棲み分けは、「デモクラシーのラディカル化」、もっと言えば法の民主的正統化に対する司法による積極的配慮や謙抑性を表現するのに資する側面がある。しかし、そのような対応関係が法と政治の区別という論点を前にしてはあまりに素朴すぎることは法律学方法論上の過去の議論から明らかである。またその区別基準を認めたとしても、その区別が現実の司法実践に対する批判として通用するのかどうかは改めて問われねばならない。

とも言えるのは、法的議論 (juristische Argumentation) の理論は立法的議論 (legislative Argumentation) 理論の構築によって補完されるべきであると彼が考えており、法的議論理論だけでは権力分立の問いに答えることができないことである⁷⁷⁾。とはいえ、法的議論の理論が立法との関係に無関心なわけではない。アレクシーにとっては、あくまでも法的推論の問題の枠内においてはであるが、司法による衡量 (Abwägung/ balancing) が「立法」をどのようにして、そしてどこまで尊重するべきかという論点として現れる。そこでは特に、原理間衡量における「形式的原理」の位置づけが問題となる。

ここにおいて理論的にも実践的にも重要な、ハーバーマスとアレクシーのもう一つの重要な差異、つまり原理間衡量をめぐる争いに突き当たる。この争いについて考察を加えるには、これまでの構造論上の検討だけでなく、方法論上の検討にも立ち入る必要がある。とりわけ一方ではハーバーマスが依拠する他の理論的前提、特に規範と価値の区別や R. ドゥオーキンから独特な仕方ですり入れた方法論について、また他方でアレクシーによって展開される衡量に対する精緻な分析についての検討が必要となるが、これらについては次の課題としたい。

[附記]

本稿執筆に際して、立命館大学法学部とミュンヘン大学法学部の協定に基づく DAAD (ドイツ学術交流会) のプログラムにより、約 5 ヶ月間のミュンヘン留学の機会を得た。本稿はその研究成果の一部である。留学にあたってミュンヘン大学の Rudolf Streinz 教授および本学の出口雅久教授には大変お世話になった。この場を借りて、御礼申し上げる。

77) Alexy, TJA, S. 352. 近時「討議的立憲主義」構想を素描ながら打ち立てたことは、そのような補完として捉えることができるかもしれない。Alexy, Balancing, constitutional review, and representation, in: International Journal of Constitutional Law (I o CON) 3 (2005), S. 572-581. 松原光宏「ドメスティック・グローバルモデルとしての比例原則 R. アレクシー基本権理論をめぐる現代の論争」法哲学年報 (2010) 179頁。