

◇ 学位論文審査要旨 ◇

大 西 貴 之

法的思考における討議理論の可能性と限界

審査委員 主査 平 野 仁 彦

副査 渡 辺 千 原

副査 野 口 雅 弘

〔論文内容の要旨〕

1 本論文の概要

本論文は、討議民主主義あるいは熟議民主主義を思想的基盤とする「討議理論 (Diskurstheorie)」の、法理論としての可能性と限界を考究したものである。

討議理論は周知のように、民主主義のラディカル化の推進を唱える J. ハーバーマースによって提唱された。その様々な観念や着想は、社会理論、政治理論としてのみならず、法の解釈・適用のあり方や法的権利の本性理解といった法哲学的問題にも再考を迫る。果たして、法的思考の主題となる「法的なるもの」の捉え方に討議理論はいかなる視野を開くのか。またそれは、法制度や法実務のあり方にどのような影響を及ぼすのか。法的思考における討議理論の可能性と限界を見定めようとする本論文のモチーフがそこにある。

論文では、ハーバーマース討議理論の法的含意を批判的に検討するために、同じく討議理論に与しながら、法的討議の理解、法解釈方法論、法的権利の位置づけと理解において注目すべき差異を示している R. アレクシーの法理論を取り上げている。とりわけ、両者の間で直接的または間接的に展開された論争に着目することによって、討議理論の真価と法理論としての討議理論の含意を彫琢しようとしている。

そして、法理論としての討議理論の批判的検討を、本論文では、討議を本質とすると捉えられる法的思考が司法という制度枠組と相関的なものであること、また法的思考が権利の制度的保障にかかり、権利の有無に関わる一定の価値判断を伴う実践であるということから、「構造的観点」と「実体的観点」に分けて考察を展開している。

構造的観点における考察では、討議理論においては裁判官及び裁判内外の当事者による法的判断の正当化過程を「法的討議」として捉える点で共通しているものの、「法的討議」において想定される法適用行為の射程が、ハーバーマスとアレクシーでは大きく異なることが明らかにされる。そしてこの法的討議概念における理解の差異が、司法による法創造の射程を構造的に大きく規定するものでもあることが指摘される。

また、実体的観点における考察では、法の解釈・適用に方向づけを与えるハーバーマスの手続主義的法パラダイムについて検討を行っている。手続主義的法パラダイムの基礎にある人権体系の統合的理解では、法の民主的正統化の強調によって政治的権利が人権体系において中心的な位置づけを得ている一方で、社会権は相対的な基礎づけしか与えられない。そのため、私的自律に専ら資する社会権保障の射程が問題となるような裁判においては、手続主義的法パラダイムは法の解釈・適用に一定の指針を与える役割を十分に果たすことが困難となる。実体的考察では、さらに、集合的利益に対する人権の優先性テーゼが、価値判断の正当化実践としての法的思考のあり方を大きく左右することについて検討を行っている。権利を「防火壁」と捉えるハーバーマスの理解は、法解釈の一方法としての「衡量 (Abwägung)」を否定する。しかしアレクシーは、司法における衡量判断の合理的解明を試み、ウェイトフォーミュラを提示して、法原理が相互に衝突する場合に衡量を行うことは不可避であり、原理間の優劣を確定するための衡量プロセスは裁判内外の参加者による判断に依存し、その判断の正当性は討議を通して吟味されることになるとしている。こうした解明から、アレクシーに対するハーバーマスの批判は法の理論として十分な力を持っていないとする一応の結論が示されている。

以下、本論文の構成を示したうえで、その内容を紹介する。

2 本論文の構成

本論文は、以下の構成からなる。

はじめに

第1章 討議理論の基本的枠組

第2章 討議理論の構造的観点における考察

第3章 討議理論の実体的観点における考察

第1節 人権体系の統合的理解

第2節 権利の優先性と衡量

おわりに

（本論文のうち、第2章該当部分については、「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——」の題名で立命館法学338号（2011年12月）91-134頁にてすでに公表されている。また第3章第1節該当部分については、「討議理論における人権概念の位置」の題名で立命館法学347号（2013年6月予定）にて掲載決定されており、第3章第2節該当部分については、「権利の優先性と衡量——ハーバーマースとアレクシーの論争を手掛かりとして——」との題名で『高等研報告書1201 法と倫理のコラボレーション——活気ある社会への規範形成——』（研究代表者服部高宏、国際高等研究所発行、2013年3月発行）にて採録決定されている。）

3 本論文の内容

「はじめに」では、本論文の基礎にある問題意識とその出発点及びそれらの問題に対するアプローチ方法が述べられている。法的判断の正当化という個々の裁判官や法律家が行う実践的営為の在り方は法秩序の全体的構想や権力分立論とどのような関係にあるのか。司法・裁判を通じて行われる法規範の形成・創造の働きは、法秩序の動態にどのように寄与するのか。この問題は、法哲学における二つの部分領域である法律学的方法論と正義論を横断するものである。一方で法律学的方法論においては、裁判官や法律家の法的思考や法的判断の正当化がどのように行われるか、あるいは行われるべきかを問い、裁判官や法律家の実践的営為の射程を見定められる。他方で正義論の文脈では、包括的な視点から法秩序の全体像をどのように捉えるかが問われ、そこには司法のあり方についての問いが含まれている。これらの双方の領域に対して統合的な理論を提示するものとして、「討議理論 (Diskurstheorie)」がある。この理論構想は、法や道德などの規範の妥当性や正当性を「討議 (Diskurs)」を通じて基礎づけうるとする認知主義的見解に拠って立ち、道德理論・政治理論・法理論などの様々な学問領域に亘る広範な射程を有する主張を展開している。

冒頭に述べられた本論文の問題意識にとって、正義論及び法律学的方法論を射程に収めた討議理論は、重要な示唆を与えると考えられる。なかでも本論文が出発点とするのは、ドイツの社会哲学者 J. ハーバーマースが『事実性と妥当性 (Faktizität und Geltung)』の序言で述べている次の主張である。「国民はむしろ民主主義をよ

り推し進めることを求めているように見えるのだが、それにかかわらず民主主義が確立している国々ですら、自由を保障するための既存の諸制度がもはや十全に機能しているわけではない。もちろんこうした不安定さにはより深い理由があるように私には思われる。——すなわち完全に世俗化した政治という旗印においては、徹底した民主主義（ラディカルデモクラシー）がなくては法治国家を手にもすることも維持することもできない、ということが予感されているのである。」この文脈において討議理論は、とりわけ民主主義過程全体を市民による討議の場として捉え、その意義や価値を積極的に擁護する「討議民主主義」とも呼ばれている。このような民主主義のラディカル化を推進するものとして位置づけられるハーバーマスの所論については、比較的新しい議論領域でもある「市民社会論」や「立法過程論」のなかでも取り上げられることが多く、研究の深化や議論の蓄積も相まって多くの示唆を与えている。しかし討議理論の主張はそこに尽きるものではなく、法の妥当性概念や法の解釈・適用という所謂「法哲学」固有の諸問題に対しても多くの示唆を与えている。

このような背景の状況のもと、本論文は、民主主義のラディカル化または法の民主的正統化の契機を重視する討議理論を対象として、討議理論の諸想定が有する法・裁判・司法に対する帰結について批判的検討を行っている。その際、重要な手掛かりを与えるのが、同じく討議理論論者でありながら異なる法的思考理解をとる法哲学者 R. アレクシーとの理論的対比である。本論文での検討は、法的思考が有する二つの側面に分けて行われている。一方では、法的思考が主に司法的裁判の制度枠組と相関関係にあるという、法的思考の構造的側面に焦点を当て、他方では、法的思考が法の解釈・適用において一定の価値判断を正当化する実践であるという、法的思考の実体的側面に関してである。これら2つの側面から討議理論の可能性と限界を検討している。

第1章「討議理論の構造的観点における考察」では、ハーバーマスの討議理論全体を貫く基本的諸概念について概観され、法が果たす役割や位置づけが明らかにされている。ハーバーマスの所論は、コミュニケーションの行為と戦略的行為の二元的な相互行為論と生活世界と行政・経済システムの二元的な社会理解が基礎に置かれている。戦略的行為がサンクション等を用いて相手方を経験的に動機づけ自らの成果を志向するのに対して、コミュニケーション的行為は相手方との同意を目指す態度によって遂行される。基本概念である「討議」は、コミュニケーション的行為が上手くいかなくなった場合に、その行為が掲げる妥当要求を主題化し、その真理性や正当性が吟味されるコミュニケーションの行為の反省的継続として理解され

る。このような相互行為概念を基軸として、生活世界は社会統合を通して再生産されるコミュニケーションの行為の資源であり、システムは貨幣と権力をコードとして作動するものと捉えられる。『事実性と妥当性』において法は、生活世界からシステムへの変換機としての役割を果たすべきだとされる。この役割を果たすうえで、法は、道徳的討議、倫理的・政治的討議およびプラグマティックな討議等の複合からなるプロセスを通して、正義や集合的善、合目的性の観点から基礎づけられる必要があるとされる。この基礎づけプロセスは、制度化された議会に加えて、非制度的な領域である「公共圏（Öffentlichkeiten）」によって支えられる。議会は自己充足的に法の正統化を遂行しえず、公共圏との相補性を通じて民主的に正統化される。

第2章「討議理論の実体的観点における考察」では、法の基礎づけプロセスや民主的正統化を基礎に置くハーバーマスの討議理論が、法的議論（juristische Argumentation）の理論として、どのような示唆を与えるのかが検討されている。ハーバーマスとアレクシーにおいて共通しているのは、法的判断の正当化が、裁判官のモノローギッシュな行為ではなく、法律家や法学者を含めた裁判内外の当事者による協同のプロセスである「法的討議」を中心にして捉えられる点にあり、また法的決定論と法的決断主義の隘路を回避し語用論的に「合理的基礎づけ」の意義を明らかにした点にある。しかし、法的討議をどのように理解するかはハーバーマスとアレクシーで異なっている。ここでその手掛かりとされるのが、ハーバーマスおよびその高弟である K. ギュンターとアレクシーの論争である。

アレクシーは「法的討議は一般的実践的討議の一特殊事例である」と説く「特殊事例テーゼ（Sonderfallthese）」によって法的討議を捉える。このアプローチは一般的実践的討議において要請される討議規則や議論形式を明らかにして、それとの共通性と差異から法的討議を理解する試みである。特殊事例テーゼでは、(a) 一般的実践的討議が有する二つの（認知的・動機づけの）不確定性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両討議は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) 法的討議の枠内において一般的実践的討議が必要であること、以上のことから法的討議と一般的実践的討議の関係が規定される。

これに対して、ハーバーマスは、K. ギュンターの「適用討議（Anwendungsdiskurs）」概念に基づいて法的討議理解を自らの理論に全面的に摂取している。ギュンターによれば、すべての適用可能な状況をあらかじめ想定するような「完璧な規範」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り、そ

れゆえ規範の基礎づけと適用は区別され、この区別がそれぞれ基礎づけ討議と適用討議として論証論理の異なる討議類型の区別をなすとされる。このことに基づいて法規範の基礎づけ討議においては、法規範の妥当性が、討議原理に基づく民主主義プロセスを通じて、道徳的・倫理的・プラグマティックな諸理由の複合的観点から法共同体の構成員による受容可能性として問われる。法規範の適用討議としての「法的討議」では、具体的状況において適用可能な複数の規範のうち、どの規範を選択することが適切であるか、その適切性が吟味され、規範衝突が生じる場合には、法規範体系の整合性に基づいて衝突は解消される。さらにハーバーマスは、基礎づけ討議と適用討議のこの区別を立法と司法の権限配分の基準としても用いている。それゆえ、ギュンターおよびハーバーマスの法的討議理解によれば、アレクシーの特殊事例テーゼで法的討議のモデルとされている一般的実践的討議は道徳的基礎づけ討議であり、アレクシーが特殊事例とする法的討議は適用討議をモデルとすべきであるとするギュンターの理解からして誤りだと批判されるのである。

しかしアレクシーからの反論によれば、規範の基礎づけと適用は区別されるが、それが討議類型の区別となるわけではなく、一般的規範 $N1 ((x) (T1x \rightarrow OR1x))$ と $N2 ((x) (T2x \rightarrow OR2x))$ の衝突がある場合に、 $OR1a$ と $OR2a$ のどちらが優先するかの判断を導き出すためには他の一般的規範 (例えば $N1k : (x) (T1x \wedge \neg T2x \rightarrow OR1x)$) が必要とされる。 $N1k$ は、 $N1$ と $N2$ からは導き出されない追加の規範的内容であり、したがって規範衝突の解消には、新しい規範を「基礎づける」ことが必要とされる。以上の論争から明らかになるのは、適用討議において想定される「適用」では、法規範体系の整合性という要請では回収できない「基礎づけ」として行われる新しい規範の創造的形成の次元を否定することになるということである。またハーバーマスは、基礎づけ討議と適用討議の区別を維持し、それをさらに立法と司法の権限配分の基準に用いているため、このような法的討議理解は司法の役割を構造的に狭めることにつながっている。

第3章第1節「人権体系の統合的理解」では、法の解釈・適用に対して一定の方向づけを与える「法パラダイム」のあり方について、その基礎にある人権体系の統合的理解に立ち返って検討される。自由主義法パラダイムでは、近代的私法によって制度化され、市場メカニズムの自発的作動に委ねられた経済社会が想定されており、この経済社会では、各人が固有の生活設計を可能な限り合理的に追求できる市場の参加者として私的自律を発揮することができる。そして、自由主義パラダイムには、この経済社会のなかで個人に一定の消極的な法的地位を保障すれば、社会全体の公正が実現されるという規範的期待が結び付けられ、所有権や契約の自由を基

礎とした経済社会の想定における合理的市場参加者のモデルから、法実践を導く視点が開かれる。したがって自由主義法パラダイムにおいては、消極的な法的自由の平等を基本原理として、諸個人が可能な限り広い行為自由を有することが求められる。それに対して、社会国家法パラダイムは、自由主義的法パラダイムの諸想定に対する批判から生まれたものである。様々な生活条件の格差が拡大することによって、平等に保障されるべき権利であるにも拘らず、その権利行使の機会が不均等であるなら、保障の前提条件が崩れてしまう。この法パラダイムには、様々なバージョンがありうるが、経済市場における合理的個人の想定は現実的に維持しきたいという認識から、社会権の原理的承認および社会政策上の国家任務の拡張を認める点で共通している。したがって社会国家パラダイムは、配分的正義を基本原理として、社会権や社会的・経済的不平等を是正するための法規制などを活用した事実的自由の平等な配分を求める。

しかしハーバーマスによれば、両パラダイムは一面的に私的自律の保障を目指す点で同様の欠陥を有している。そのような隘路のなかでハーバーマスが提示する「手続主義的法パラダイム」は、私的自律は公的自律との内的連関を維持すべきであることを強調している。このパラダイムによれば、私的自律は、公的自律を保障する限りにおいて保障され、このような観点の下で法の解釈や適用がなされるべきだとする。それに対してアレクシーは手続主義的法パラダイムが法の解釈・適用における一定の方向づけを与えるという働きを十分に果たすことができないとの批判を展開する。法パラダイムをめぐる両者の論争は、人権体系の統合的理解における両者の差異に起因している。ハーバーマスの手続主義的パラダイムの基礎に置かれる、私的自律と公的自律の内的連関および「等根源」の関係を示すのが、権利体系論である。私的自律に関わる権利カテゴリー（主観的行為自由、法共同体の構成員資格、提訴可能性）には、「政治的自律に基づいて具体化」されるという留保が付されており、また社会権は、手続主義的法パラダイムに基づいて、私的自律と公的自律の同時保障という観点で、その射程が画定される。

これに対して、アレクシーによる人権の基礎づけ論では、人権体系は自律論証、合意論証、民主主義論証によって相互補完的に基礎づけられるとし、民主主義過程に基づいて導き出される可能性を部分的にしか認めていない。アレクシーによれば、人権とは民主主義的性格と非民主主義的性格の両方を備えており、そのため権利体系論は人権の非民主主義的性格に矛盾し、手続主義的法パラダイムは法実践を導く指針としては不十分であるとされる。両者の人権の統合的理解はともに、法的に制度化された人権の道徳的内容を討議概念から導き出す点に大きな特色があり、

法実証主義に対抗して現代において法概念と道徳的内容との必然的結合を主張しつつも、従来の自然法論とは一線を画す「法道徳主義 (Rechtsmoralismus)」として位置づけられる。しかし、人権体系のうちに内在している、公的自律と私的自律の「等根源」的關係を指摘すること、法パラダイムにおいて等根源的關係を権利解釈の基準として用いることは別の問題であり、私的自律に専ら資する社会権保障の射程が問題となるような裁判においては、手続主義的法パラダイムは法の解釈・適用に有効な指針を与えるものではないことが明らかになる。このことは、私的自律のみの保障や私的自律に専ら資する社会権が司法的保護の局面においてもたらず法秩序形成の可能性を狭めることにつながっている。

第3章第2節「権利の優先性と衡量」では、司法的裁定において確固たる地位を占めている「集目的目標や政策に対する権利の優先性」が討議理論においてどのように解釈されうかが検討されている。とりわけドイツ連邦憲法裁判所の判決実務において重要な役割を果たし、それ以外の国々でも高い関心を集めている「比例性原則 (Verhältnismäßigkeitsprinzip)」とその部分原則である「衡量 (balancing/Abwägung)」との関係における権利の優先性テーゼの解釈が本節での主題となっている。この問題をめぐって、衡量は権利の優先性の両立不可能であると説くハーバーマスと、衡量は合理的な法的正当化の方法の一つであり、権利の優先性の両立可能であることを説くアレクシーの対立がある。そしてこの対立は、比例性原則および衡量による判決の正当化を維持してきたリュート判決以降のドイツの連邦憲法裁判所の判決実務に対する態度の違いにも関わっている。

ハーバーマスによれば、衡量によって可能なのは、まず一定の結果を生じさせることだけであって、その結果を「正当化」することはできないとするものであり、さらに裁判所が衡量を用いることによって基本権は、集目的目標や政策・価値のレベルへと格下げされ、「防火壁」としての厳格な優先性を失うことになることとされる。この批判の基礎にあるのは、「規範」と「価値」の区別であり、ハーバーマスの考え方によれば、基本権解釈において衡量を認めることは、他の法的な「財」との柔軟な序列関係を認める「価値」として捉えることを意味し、そうすることで「規範」としての性格を失うか維持できないこととなる。従ってそのように捉えられた基本権に基づいて下される判決もまた、特定の共同体において魅力的であると裁判官が主観的に評価するものの表現にすぎず、正当性要求を主張するもの、つまり「正当化」されたものとは見なされない。それに対してアレクシーは、法原理を最適化命令と捉え、原理間の衝突を具体的状況で解消するには衡量が不可欠であることを説く。両者の論争は衡量が法的判断の正当化のための方法論として可能かどうか

かという点に基づいている。この問題に対して重要な洞察を与えるのが、合理的な衡量プロセスを捉える試みとしてのアレクシーのウェイトフォーミュラ（衡量定式）論である。

ウェイトフォーミュラの分析において明らかになるのは、衡量プロセスが、一定の前提（対抗する各々の原理の抽象的ウェイト、原理に対する介入の強さ、原理の実現に關して一定の措置が基づく経験的想定信頼性・安定性）から結果（原理間の優先関係の確定）を導く内的正当化の構造を有し、その結果の正当性は裁判内外の参加者の討議による外的正当化に依存することが明らかとなる。それゆえ討議による外的正当化自体が問題視されない限りにおいて、衡量の正当化可能性に対する批判は斥けられうる。また集合的利益に対する権利の優先性は、衡量と矛盾しない仕方では解釈可能である。衡量プロセスにおいて顧慮されうる対象となる「利益」に一定の枠を設定すること、そして権利の抽象的ウェイトを集合的利益のそれに比べて大きく位置づけることによって、権利の優先性は十分に衡量プロセスと両立可能なものとして観念可能である。そもそも衡量を排除するような権利の「絶対的優先性」は、権利を「ルール」として規範構造を異にする「原理」と捉える以上、観念することが困難である。したがって法的判断の正当化において合理的衡量の可能性を排除することは、法の解釈・適用の方法論の観点から裁判官や法適用者の権限・射程を狭めることにつながっていることが明らかとなる。

「おわりに」では、本論文の全体が次のようにまとめられている。

構造的考察においては、アレクシーの特殊事例テーゼに対するハーバーマス＝ギンターの批判及びそれに対するアレクシーの反論が取り上げられ、そこでは討議理論は、裁判所を中心とする司法の制度的枠組を法的討議として理解し、判決を裁判官のモノローグや単なる制度手続の遵守の結果ではなく、裁判内外の当事者を含めた討議の合理的結果として捉えることを可能とする。しかし、その法的討議の制度化モデルをどのように理解するかは討議理論においても大きく異なる。ハーバーマスは、司法を基礎づけ討議から峻別された適用討議として理解し、そうすることで、法的三段論法からの単称的判断の導出には新たな規範を「基礎づける」という契機が含まれているという法的思考の特質を見遇ごすこととなっている。さらにはその峻別を立法と司法の権限配分を規定する基準に用いているために、ハーバーマスは法の民主的正統化を担う基礎づけ討議としての立法過程を強調する反面、司法の権限射程を狭める方向に向かっている。また実体的考察では、手続主義的法パラダイムをめぐる論争から討議理論における人権の統合的理解を検討した。

アレクシーの批判は、手続主義的法パラダイムが本来法パラダイムとして有するべき法の適用や解釈を導く背景知識としての役割を十分に果たすことができないというものであった。人権解釈の争いにおいて公的自律との関係を顧慮することは必ずしも十分な解決策となり得るものではない。それは、ハーバーマスが人権の体系的理解において核となった公的自律と私的自律の等根源関係を、法解釈実践にも貫こうとしたことによる。そのため人権と民主主義の緊張関係、とりわけ私的自律の司法的保護の局面で重大な意義を有する人権の非民主主義的性格を十分に考慮することが困難となっている。さらに、司法的裁定における集合的価値に対する個人的権利の優先性、所謂「権利」テーゼは討議理論においても異なる解釈が可能である。権利とは規範であり、他の価値と同列に扱ってはならないとするハーバーマスの主張からは、一方で権利の絶対的優先性が導かれ、他方で判決の正当化方法としての比例性原則および衡量を否定することにつながっている。しかしながら権利の優先性と矛盾しない仕方での合理的な衡量を観念することは可能である。このことを明らかにしているのが、アレクシーのウェイトフォーミュラ論である。アレクシーによれば、ウェイトフォーミュラは、権利や集合的利益を含めた様々な原理の具体的ウェイトを確定するための議論構造を明確化する働きを有している。法的討議において規範衝突の際に優先関係の確定のための基礎づけも認めるかどうかという構造的考察で明らかになった問いは、衡量という方法論を非合理的な方法論と見なすべきかどうかという問いと結びついている。あらゆる規範の優先関係をあらかじめ確定することは現実的に可能ではないことから、法的判断の正当化の局面で競合する規範どうしの優先関係を確定する必要がある。そして優先関係の確定には個別の価値判断が必要となる。

以上の考察から次のことを明らかにしている。すなわち、デモクラシーのラディカル化を推し進めることは、ハーバーマスが言うように、法治国家や法の支配の維持に不可欠なかもしれない。しかし民主的正統化の意義の拡大は、司法や法的思考が有する創造的機能を無化することになってはならない。法秩序の動態を適切に理解し、あるべき法秩序論を構想するうえで、民主的立法の局面だけではなく、法的思考に基づく司法の法規形成の局面も適切に視野に入れることが不可欠である。そしてこれを、本論文における結論としている。

〔論文審査の結果の要旨〕

以上の通り、本論文は討議理論の法理論としての可能性と限界について、主としてハーバーマス＝アレクシー論争を手がかりに、「構造的側面」および「実体的側

面」から法哲学的考究を試みたものである。

法的思考に関しては今日、ロールズやドゥオーキンに見られる解釈学的なアプローチ、ハーバーマスやアレクシーに代表される討議理論的アプローチ、そしてサンスティンやバーミュールらによる制度論的アプローチが注目されている。討議理論は、とくに立法、行政および司法にわたる法的営為を「討議」を本質とするものと捉え、議論ダイナミズムの中に位置づけることによって、法の民主主義的正統性および多元的秩序形成のあり方を追究しようとするものである。

討議理論の法理論としての可能性および限界を探求した本論文の意義は次の3点に見出される。

第一に、共に討議理論に与するハーバーマスとアレクシーを検討の俎上に載せることによって、法を政治的決定や超越的規範の具体化としてでなく本質的に「討議」として捉えることの意味を、異なる理論の様相の中で明らかにしていることである。討議民主主義の考え方からハーバーマスは法の基礎づけ討議と適用討議を区別し前者の優位性を主張する。アレクシーは、民主的立法や公的自律の優越的重要性を説くのではなく私的自律をも含んだ個人的権利の制度的保障を重視するがゆえに立法に対する司法の独自性を説く。しかしそれでも、法的正当化の議論においてはウェイトフォーミュラおよび内的正当化／外的正当化の理論に見られるように「討議」の要素と不可分であることを認めるのである。具体的な事案を前に、適用されるべき法が何かを意味論的な次元で争ってきたかつての自然法論と法実証主義の対立を語用論次元へと高め、状況を離れてはありえない議論ダイナミズムの中に法的実践を位置づけたのである。しかも、本論文でふれられているように、討議理論における法の捉え方は、特殊事例テーゼで問題にされたように、立法や司法といった制度配置問題に密接にかかわり、他方ではルールと原理の区別、法的整合性の追求など、解釈学的問題にも関連している。論争の分析を通して討議理論の法理論としての射程の広さおよび他のアプローチとの連関を明らかにした功績は大きい。

第二に、法に関する討議理論の論争を構造的側面と実体的側面に分けて論点を整理し、論点ごとにハーバーマスとアレクシーの理論的差異を明確にしている。対比を通じた理論分析は討議理論的で効果的である。整理の仕方および分析の手法には独自性が見られる。本論文では、次元の異なる法理論課題に司法の位置づけに関わる論争の重要な相違を見出している。その相違はしかし、討議理論としての共通性の上にある。構造的側面で明らかになった特殊事例テーゼの意味、実体的側面で浮かび上がった公的自律と私的自律の関係、あるいは適用討議において追求される整

合性とウェイトフォーミュラに見られる比例性原則の含意など、討議理論における 2つの側面の関連性とともに、こうした諸観念自体が今後の法理論に新しい地平を開きうる理論要素となりうるであろう。

第三に、構造的側面および実体的側面からの考察によって。本論文はハーバーマスの討議理論の法理論としての狭さおよび限界を指摘している。確かに、法的制度として立法、行政および司法にそれぞれ独自の意味があるとするならば、すべての法的営為を立法に還元する見方は法の実務に適合的でない。従って、一般的な法理論としてはアレクシーの討議理論の方に説得力がある。しかしそれは、立法理論としての討議理論の限界をいうものでは必ずしもない。「価値」をめぐる討議は立法においてこそ全面的に展開されうる。むしろ法の基礎づけ討議の重要性を主張し、規範と価値の区別を説く見解には、その可能性が示されている。立法論と司法論の違い、それぞれ異なる仕方での討議理論の可能性、そのようなことを暗に示し得ている点においても、討議理論内部での論争を取り上げた意義は大きい。

なお、審査委員会では、本論文に表された著者の研究力について評価する意見があった。議論の解明にあたり一次文献にきちんと当たれていること、ハーバーマスやアレクシーの難解な議論を咀嚼し明快に整理して分かりやすく説明できていること、争点の明確化や考え方の違いを表形式にまとめ得ていることなどについてである。ただ、先行研究との関連および本研究の位置づけと独自性の明確化が十分なされていないとはいえないこと、本論文で取り上げられたハーバーマスおよびアレクシーの理論的対立点に関わる主張がそれぞれの理論全体の中でどのように位置づけられるかの解明も十分なされていないとは言い難いことも付言しておかなければならない。これらは申請者にとって今後の研究課題となるであろう。

論文審査に関わる公聴会は2013年2月7日(木)午後3時から5時まで学而館2階第2研究会室において行われた。

論文にまとめられた研究内容とその成果について一通りの報告の後、出席者より様々な質問がなされた。質問は、出席者の専門により、政治学的、公法学的、私法学的、そして基礎法学的な多様な観点に及んだ。例えば次のような問かけがなされた。法理論として見た場合、ハーバーマスの考え方の一番の問題点は何か。ハーバーマスの法に対する考え方はコミュニケーション的合理性理論の段階と後期の『事実性と妥当性』の段階では異なると思われるが法の討議理論としてどう見られるか。ハーバーマスもアレクシーもカントの影響を受けているが、それぞれの討議理論においてカント的要素はどのような点にあると言えるか。討議理論の法解釈方

法論としての意義はどこにあるのか（星野=平井論争に対応するものがあるか）。アレクシーのウェイトフォーミュラはどのようなことを意味するのか。例えば、性同一性障害者の性転換に関するドイツ憲法裁判所の判断はウェイトフォーミュラに照らしてどう評価されるか。司法における裁判官の法創造的機能を認めることは、例えば刑事法の罪刑法定主義原則からすると問題があるのではないか。ハーバーマスの規範と価値の区別、アレクシーのルールと原理の区別は対応していないように思われるがどう理解すべきか。本論文では、討議理論の可能性と限界の説明が企図されているが、可能性についての考察が十分なされていないのではないか。

これらの質問に対し、報告者は論旨を明確にし、場合によってはそれを補足敷衍して、適切に応答した。強調されたのは次の諸点である。法の民主主義的正統性を問題にすることは大事であるが法の生成をすべて立法に回収しようとする議論には無理がある。法的なものの捉え方が討議理論が出る前と後で異なっており、討議理論が出てからは「討議」のどの部分を重視するにせよ、法が討議的性格のものであることは共通して認められてきたと思われる。法の解釈と適用には法が討議的ものである以上その創造性を認めないわけにはいかない、罪刑法定主義によって立法拘束が強い刑事法領域も例外ではない。討議理論における規範と価値の区別およびルールと原理の区別は同一ではない、ドゥオーキンの法理論における原理と政策の区別を媒介にすれば、両者の区別と対応関係が明らかになると思われる。ウェイトフォーミュラにおいて各変数の数値化は実際上困難であるが正当化議論の検証には役立つツールとなる。アレクシーのカント主義とハーバーマスのカント主義は異なっており、後者は定言命法の考え方の討議理論的継承であるのに対して、前者は討議主体の自律性に力点が置かれている。アレクシーはロールズに言及していないが、ウェイトフォーミュラはロールズ反省的平衡（reflective equilibrium）の考え方につながるところがあるように思われる。

こうした公聴会でのやり取りは、論文の主旨を明らかにするばかりでなく、各質問者の関心に応える示唆をも齎したように思われる。

〔試験または学力確認の結果の要旨〕

審査委員会では、本学位申請者が本学学位規程第18条第1項該当者であること、論文に引用ないし参照されている欧語文献などから高い外国語読解能力を有していること、また、公表済みの論文を含めて本学位申請論文全体の研究水準が十分に高いこと、そして上記公聴会における各種質問に対する適切かつ丁寧な応答などから

して、申請者が博士の学位に相応しい学力と十分な学識を有していることを確認した。

よって、審査委員会は全員一致で、本学位申請者に対し、本学学位規程第18条第1項に基づき、「博士（法学 立命館大学）」の学位を授与することが適当であると判断した。