



首尾一貫性の規範的概念

——法律的論証の理論のために——

クラウス・ギュンター著

マンフレッド・フーブリヒト訳

ロールズが「反省的均衡関係」の概念を道徳論に、そしてドウォーキンが「包括的法理論」の構築方法を法理論に導入して以来、首尾一貫性の原理の果たす役割の重要性がましている。⁽¹⁾ この概念の可能な使用方法の多様性に対応するのは、「首尾一貫した」という述語の意味の多様性である。

「首尾一貫性」が無矛盾性の原理より広い意味を持っているという点についてのみ、意見が一致するように見える。

全ての首尾一貫性の理論は、道徳的個別判断と原理との関係に係わっている。我々がこの原理と直感的になされた判断を対比することによって、この関係はテスト手続および構築の方法としての役割を果たし得るのである。もしこの二種類の規範的命題が矛盾する場合に、判断と原理の「均衡関係」が達成されるまで、我々は、直感的判断に照らして原理を、また原理に照らして直感的判断を修正し続ける。このような相互維持関係の規模・射程は、我々の原理と判断の正当性の基準となり得る。我々がこの手続に従って特定量の原理に一種の「倫理」として体系的に秩序づけ得るならば、我々は反省的均衡関係を「倫理の判断手続」として見なし得る。⁽²⁾

科学理論との類似点は明白であり、ロールズその他の理論家もこれを強調している。⁽³⁾ 理論的命題の体系をデーターによって立証し、矛盾し合うデーターの場合に理論的命題を修正するという仕方と同様に、我々は原理を正当化するために道徳的個別判断を利用するのである。そうすることによって理論の「統一性」は、正当化する力を取得する。⁽⁴⁾ システム理念との

著しい近接こそ、首尾一貫性の原理が法理論にとって魅力ある所以である。⁽⁵⁾

原理を正当化する首尾一貫性の原理の能力に対して数多くの批判がなされてきた。まず第一に、規範的命題を特殊の道徳的意味において正当化するために、「首尾一貫性」が十分であるという主張は、少なくとも説明が必要である。首尾一貫性はむしろ、全ての理論に対して向けられている合理性の要求である。⁽⁶⁾ その関連で、我々は、トゥゲントハットが指摘した倫理の「理論主義」の危機を無視できない。次に、理論の構築のモデルに従う判断手続の構想において、理論の構築者がどういう観点から論証するかは、明確ではない。もし、彼が道徳的個別判断と合致する原理を、第一人称と第二人称の観点から再構築すると、彼が第三人称の観点から、正義感の経験論を構築するために道徳的感情を言語学的データーのように利用するのは全く異なっている「事柄」について論証することになる。⁽⁷⁾ 最後に、我々の個別判断と原理の首尾一貫した解釈による正当化が、この二つの構成要素の循環的關係に依拠するかどうかは明確ではない。即ち、もし個別判断がそれらが依拠する原理を「承認」する機能を果たすべきものであるならば、個別判断によって、以前個別判断によって正当化されたものとしてみなされたもののみが、正当化されている。しかし、個別判断は、例えば先入観、歪曲等に由来する可能性がある。それ故、ロールズは「考え尽くした判断」に対して——それらが正当化機能を果たし得るために——復元的な条件を要求しなければならない。⁽⁸⁾

以下、私は、ファインバーグによって、間接的にドウォーキンによっても提案されているこのモデルを詳しく説明したい。両者は、我々が道徳的に考慮する際、我々が利用する全ての原理と判断を常に問題視しないという直感的に説得力のある想定に基づいて論証する。我々はむしろ、一人で、あるいは他人と共に、規範的命題の特定量を所与のものとして承認する。所与のものとして前提されているそうした規範的命題に基づいて、我々は既に道徳的内容のある結果を生産できる。即ち、個別判断と直面する際、我々は——それぞれ正当なものとして見なされている原理——そう

した異なっている原理の衝突を解消しなければならない。⁽⁹⁾

しかし、直感的判断に不意なもの、予期できないものが含まれているが故に、この方法は、我々が承認する原理と直感的判断の全体に関する知を拡大するという意味でのみ生産的である。それは、伝承された志向が最早役立たない、新奇な尋常ではない状況においては常にそうである。我々の理論的志向だけではなく、我々の道徳的志向もそうした状況に直面する可能性がある。我々の原理、また原理全体、場合によって我々の「倫理」、即ち我々の原理を体系的に秩序づける道德論を修正することによってのみ考慮できるメルクマールは、この状況に含まれている可能性がある。数多くの場合、我々は具体的状況に照らして直感的に判断する。可能な状況の限定されていない多様性およびそれらに対応する様々なメルクマール構造は、我々の直感的道德考察が依拠する原理の意味を、常に変更する。それ故、一つの状況において正しいものと見なされている道徳的個別判断が、一瞥すれば、我々が通常妥当するものとして承認する原理と合致しないということを、我々は頻繁に経験する。

勿論、我々が新しい事案と直面する場合に、判断と原理を相互に修正する必要がある、即ち、我々が一つの事案について新しく判断する場合に、それはそうである。しかし、もし変化した状況によって惹起された事案の新しい側面が反省的均衡関係を流動化するならば、我々は首尾一貫性の原理を事案自体に特殊化できる。そうすることによって、我々は初めて真に「生産的領域」に達する。

この考察が正しければ、首尾一貫性の原理は、我々が「反省し尽くした」道徳的判断と結合する期待に対応する。しかし、今まで提案されたモデルは、このことを明確にしなかった。この期待の寄せられるところは、判断がなされたり、あるいは判断の関連づけられる具体的状況に対するこの道徳的判断の「適切性」である。我々の直感的判断が状況のより多いメルクマールを考慮すればするほど、我々は反省的均衡関係を実現する際、個別事案の全ての道徳的に重要な側面が考慮されているという蓋然性がより高くなる。そうした判断は、それが妥当する原理に依拠するからだけで

はなく、原理が具体的状況に対して適切に適用されているからも、正しい判断として見なされているに違いない。それ故、この判断は、一つの原理あるいは数少ない原理の「厳格な」適用によって成立する判断より、より「適切」である判断として見なされている。

適用状況になされたこのような経験に基づいて、我々は首尾一貫性の原理を再構築すると、首尾一貫性論が何故に我々の道徳的判断と原理の正当性および妥当性を根拠づける課題を果たす能力が限定されていることは明確になる。我々は変化する状況の下で、我々の原理が可能な新しい意味を取得することを期待する時に、首尾一貫性について考察するということが正しければ、我々の判断の正当性は、直感的判断が数多くの状況メルクマールを考慮し、従って正しいと見なされている原理の内容、即ち反省的均衡関係の状況全体を変更する度合いに依拠する。しかし、その結果、可能な適用状況とは無関係で我々は原理を正しいものとして見なし得るかという問題は、最早首尾一貫性のモデルの枠の中に解決できなくなる。

私は以下、首尾一貫性の論拠が何よりも先ず規範の非党派的適用にとって重要であることを説明したい。そのために、私は先ず討議理論に基づいて規範の根拠づけと規範の適用の区別を導入し、正当化しようとする（Ⅰ）。次に私は、首尾一貫した解釈の原理を、適用の討議において我々は妥当する規範の適切な適用の要求を正当化し得る原理として解釈する（Ⅱ）。最後に私は、道徳的論証の参加者の観点から再構築されている首尾一貫性の原理の適用方法を法律的論証に関連づける。その際、アレクシーが提案した一般的・実践的討議の特殊の方法としての法律的論証の理論を、我々は修正しなければならないことが明確になる。私は、法律的論証が規範適用の適切性を問題とする道徳的適用討議の特殊の方法であるというテーゼを正当化しようとする（Ⅲ）。

註

- (1) *John Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt 1975, S.37ff; *Ronald Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt 1984, S.144ff., 266ff.; *Neil MacCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford 1978, S.152ff.;

- ders.*, Taking the “Right Thesis” Seriously, in: *ders.*, Legal Right and Social Democracy, Oxford 1982, S.126ff.; *ders.*, Coherence in Legal Justification, in: Theorie der Normen (FS Weinberger), Berlin 1984, S.36ff.; *Joel Feinberg*, Justice, Fairness and Rationality, in: The Yale Law Journal 81, (1972), S.1004ff.; *Aulis Aarnio*, The Rational as Reasonable, Dordrecht et al. 1987, S.199ff.; *Aleksander Peczenik*, Grundlagen der juristischen Argumentation, Wien, New York 1983, S.170ff.
- (2) *John Rawls*, Ein Entscheidungsverfahren für die normative Ethik, in: D. Birnbacher, N. Hoerster (Hrsg.); Texte zur Ethik, 4. Aufl., München 1982, S.124ff.
- (3) *Rawls* (FN 1), S.38 (Anm.7); *Ernst Tugendhat*, Bemerkungen zu Rawls’ “Eine Theorie der Gerechtigkeit”, in: *ders.*, Probleme der Ethik, Stuttgart 1984, S.10ff. (S.12ff.)
- (4) *Rawls* (FN 1), S.39.
- (5) *Robert Alexy*, *Aleksander Peczenik*, The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality, Diskussionspapier Symposium "The Legitimacy of Law", The Murikka-Institute Finland, 4.-7. August 1988.
- (6) *Tugendhat* (FN 3), S.16.
- (7) Ebd. S.13.
- (8) *Rawls* (FN 2); *Norbert Hoerster*, John Rawls’ Kohärenztheorie der Normenbegründung, in: O. Höffe (Hrsg.), Über John Rawls’ Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt 1977, S.57ff. (70); *Ernst Tugendhat* (FN 3), S.17. 経験的理論による反省的均衡関係の拡大について、*Norman Daniels*, Wide Reflective Equilibrium and Theory Acceptance in Ethics, in: The Journal of Philosophy 1979, S.256.
- (9) *Feinberg* (FN 1), S.1019f.; *ders.*, Harm to Others, Oxford 1984, S.18. Dworkin のインテグリティ (全一性) の概念を参照, *Ronald Dworkin*, Law’s Empire, Cambridge/Mass. 1986, S.165ff.

1. 完全な規範の理想

妥当する規範の討議的根拠づけの目的は、規範がその一般的順守に対する一般的利害を表現することを保障すべきである。この一般的利害は、全ての個人の利害の相互的考慮によって成立する。利害考慮の相関性は、一般的規範順守のために上げられている根拠の説得力に依拠する。規範は全

ての個人が根拠に基づいてそれを承認する場合に根拠付けられているものとなる。他の動機ではなく、根拠の力のみが発揮されるために、我々は理想化されている特定の論証条件が満たされていることを前提としなければならない。その条件とは、根拠づけの全ての方法にとって妥当する意味論的、論理的完結性の規則および発言の順列の特別な規則と並んで、何よりもまず全ての関与者の自由で平等な参加の可能性である。最後に述べた前提条件の下でのみ強制のない、合理的に動機づけられている合意を期待できる。この条件によって、規範の妥当性の普遍的相関性が保障される。⁽¹⁰⁾

参加者が無制限の知と限定されていない時間を有し得るのは、もう一つの理想的条件である。⁽¹¹⁾この前提の下で、討議の参加者は全ての個々の可能な適用状況における一般的規範順守の結果と付随効果を予見できなければならない。従って知は、現時点で我々が見極め得る状況、また一般的順守の場合にどういう結果と付随効果が生じ得るかを示すために、明示的に討議に利用され得る若干の類型に限定されていない。むしろ、全ての可能な適用状況の全てのメルクマール、即ち状況の完全な記述が対象とならなければならないことは求められている。この条件が満たされているということを、全ての参加者が前提し得る場合にのみ、全ての参加者が全ての個々の状況における一般的規範順守の自己の利害への効果を判断できる。この場合、規範の妥当要求を根拠づける際、討議の参加者が対象とする状況と異なる「適用状況」は最早存在しない。「適用状況」と討議の対象である状況は一致しているということになる。こういうふうに根拠づけられている規範は「完全」なものとして見なし得る。この規範は、全ての個々の可能な適用が既に討議の対象であったから、またその適用の適切性がその妥当性の意味に含まれているから、自己の適用を規定することができる。具体的規範順守が個々人の利害を侵害し得る全ての状況は、既に根拠づけの討議に考慮されている対象であったということになる。討議の参加者は、規範の順守が一般化できる利害を侵害する状況が存在しないことを確信している。

「完全な」規範の理想は我々の道徳的直感に相当するかもしれないが、

それは数多くの理由から問題を孕んでいる。例えば、討議の参加者が無制限の知と限定されていない時間を有し得るという想定は明らかに非現実的である。しかし、この想定は反事実的に充たされているものとして見なされている前提に依拠するかもしれない。この場合、無制限の知と限定されていない時間の想定は、他の理想化されている論証条件と同様に、規範の妥当要求に関する論証の語用論的前提となる。しかし、この結合が必要であるかどうかは疑問である。ここにまた別の概念上の問題があるが。私は次に、我々が規範の妥当性の非党派的根拠づけと個別事案における規範の非党派的適用をはっきり区別するというテーゼを擁護したい。妥当する規範の語用論的理解と全ての個別事案における適用の適切性は別のものであることを、我々は説明し得るならば、我々は全ての可能な個別事案の場合に全ての考えられ得る利害衝突を予見しなければならないという想定必要性もなくなる。妥当する規範の適用の適切性について、我々は実践的理性の側面を別の形で利用てきるかを考慮しなければならない。

1. 内的規範衝突と外的規範衝突

もし我々是一个の規範を「妥当な」ものと見なす場合、全ての個々の適用状況を考慮しないことは、この述語の日用語的使用から既に明確である。若干の状況の下で一般化し得る他の規範と衝突し得ることを分かっている規範に、我々はこの述語を帰するものとする。例えば、「約束を守らなければならない」という規範が若干の状況の下で「隣人が窮地に陥っている場合、助けなければならない」という規範と衝突するであろうことを我々は知っている（そして当該の規範の妥当性に関して討議するときに、それは簡単に予見できる）。特定の事情の下で、私が同時に両者の規範ではなく、どちらか一つのみを順守する場合がこれである。この両者の規範において具現される利害は疑いもなく一般化可能である。衝突の予測可能性にも係わらず、我々はこの二つの規範を無効なものとは見なさない、両者の規範の一つの妥当性に関する討議が、衝突可能性の故に反対の結論を導き出したりすれば奇妙に感じるであろう。

例えば「貴方にとって有利である限り、約束をまもらなくてもいい」という規範の妥当性を吟味するときは、事情は違う。この場合においても、一般的規範順守の効果が一般化可能な利害に、例えば約束の尊重を信頼する者の利害を侵害することは、簡単に予見できる。しかし前者の場合と違って、我々はこのような衝突を規範の一般化可能性、従ってその妥当性を否定する根拠として認めるであろう。両者の場合に一般的規範順守の予見可能な結果と付随効果が他人の一般化可能な利害と衝突するにも係わらず、我々はそれぞれの異なった結論に達する。前者の場合に、我々はその衝突にも係わらず規範を妥当するものとして見なし、後者の場合に、それを妥当するものとして見なさない。

予見可能な衝突事案のこのような異なった取り扱いの理由は明白である。前者の場合には、それぞれ一般化可能な二つの規範が衝突する。後者の場合には、明らかに衝突する二つの規範の一つのみが関与者にとって一般化可能なのである。この相違から見れば、前者の衝突ではなく、後者の衝突のみが規範の妥当性に関する論証にとって重要であるということを、我々は容易に推測できる。規範が適用されている際に予見可能な利害衝突の指摘が、両者の場合にそれぞれ異なっている語用論的役割をはたしていることで、我々はこの相違を討議論的に説明できる。前者の場合、適用状況の全てのメルクマールの考慮過程においてパースペクティヴの転換が行われる。討議の参加者は、どのような一般化可能な利害が規範の適用の結果として侵害されうるかを確定するために、彼らが現に直面する状況を引き合いにだす。誠実さの要請と救助義務が衝突するこの状況とは無関係に、他の一般化可能な規範の衝突が考えられる。しかし、あり得る衝突事案の原則的に制限されていない予見は、誠実さの要請を妥当しない規範として無視する根拠を、我々に与えはしない。

それに対して後者の場合には、すべての状況に同様に係わっている利害が専ら問題となる。約束を破る許可が使用されるすべての状況においては、約束の尊重を信頼するものの利害は侵害される。この場合には、討議の参加者が現に直面する、あるいは将来に直面するであろう状況とは無関

係に、我々は侵害された利害を特定できる。参加者は互いに、すべての適用状況において変更しない事情の下で一般的規範順守から生ずる効果のみを考慮すれば良い。全ての状況において変更しない事情の下で共通の利害が既に侵害されるなら、当該規範は妥当し得ない。即ち、この場合、衝突する二つの利害の一つのみが一般化し得るものである。パースペクティヴ転換の下で討議の参加者は Yes か No かの判断をせざるを得ない。以下私はこの種の衝突を⁽¹²⁾内的衝突、それに対して前者の衝突を外的衝突と呼びたい。内的衝突は規範の妥当性に係わる。内的衝突は、実際の適用状況とは無関係で特定し得るものである。それに対して、外的衝突は適用状況においてのみ特定し得るものである。

もし規範妥当性と衝突に対する態度の関係に関するこの説明が正しければ、我々は救助義務と誠実さの要請を——この規範が衝突し得る状況が存在することを我々は知っているにも係わらず——妥当する規範として認め得る。この事情は妥当性にとって重要ではない。誰かが救助を必要とする全ての状況には、我々は同時に約束を守らなければならないことではない。そして約束を守らなければならない全ての状況には、我々は同時に救助義務を有することではない。それ故、救助を必要とするものも、約束尊重の利害を有すると、我々は論証できる。反対もそうである。

2. 規範の妥当性と適切性

たとえ外的衝突が規範の妥当性に関する論証にとって重要ではなくても、それらが⁽¹³⁾道徳的に重要でないという結論をここから引き出すことは不可能である。この結論は明らかに我々の道徳的直感と矛盾するであろう。特に道徳的に複合的状況において我々は前者の（内的）衝突を解決しなければならないことが多いという推測は正しいからである。全ての適用状況において変更しない事情と関連付け得ない利害が衝突の場合に侵害すれば良いということは、けして規範の妥当性に関する討議の結論であり得ない。よく使われている次の事案を例として上げる。X なる人物が友人スミスの晩餐会に出席することを約束した直後に、友人ジョーンスが重病で

緊急に救助を求めているという連絡があった。これは、約束を守らなければならないという規範の妥当性に関する討議において、我々は予見できるような状況である。しかしながら、討議において、救助の義務との予見可能な衝突が故に、この規範が妥当しないという結論にはいたらないと同様に、我々は具体的状況に鑑みて、誠実さの要請の妥当な規範の適用から、この場合救助を控える義務が生ずるという論拠も認めないであろう。

妥当性に関する討議のなかで前提された事情と異なった事情が存在しない場合にのみ、この論拠は説得力を持つであろう。しかし、この場合はそうではない。他方、以前に説明された前提に従って、妥当性に関する討議の規則は、根拠づけの際、全ての適用状況において異なっている「他の」事情を考慮することを命じていない。妥当性は、変更しない事情の下での一般的規範順守が共通の利害であるということにのみ依拠するが故に、利用された状況記述をこの状況へ限定するのは十分である。即ち、変更する事情に照らして状況記述が完全である必要はない。

規範適用の際、我々はこのような選択的状況解釈に依拠すれば、我々は、我々の道徳的直感に明白に矛盾する結論に達する。Xが、援助しなかった理由に、約束遵守の命令を上げるとすれば、彼は、妥当性に関する討議において前提された状況断面のみを重視したということになるだろう。つまりそれは、約束を頼りにしている者に、彼は約束を与えたという状況断面である。彼の友人ジョーンズの、同様に一般化できる援助を受けるとする利害は、適用状況の全てのメルクマールを考慮しなければならないという道徳的義務が存在する場合に初めて重要となるであろう。非党派性の理念からこのような義務が生ずるのは、明白である。しかし、完全な規範の理想を持ち出すことなく、いかにしてこの義務を根拠され得るかは明白ではない。

もし我々は妥当性の概念を、変化しない事情の下での利害考慮の相関性へ限定するならば、この概念には、全ての事情の下での規範の適用の適切性が最早含み込まれていない。行為状況に照らして妥当する規範は、一応適用しかされ得ない。規範が前提とする事情が適用状況に包含されている

場合には、それは常にそうである。しかしこの場合、全ての状況に変更する事情を考慮する完全な状況記述によって、我々に変更しない事情を補充しなければならない。妥当性に関する討議が、その定義からして、この課題を果たし得ないから、以下「適用討議」と名づけられている、独自の討議が必要である。この討議に参加すると、我々は規範の妥当性によって前提されている観点を、全ての状況に変更しない事情へ拡大しなければならない。適用討議において妥当する規範は、「今はpをすべき」という個別規範を正当化するための一応妥当する根拠の役割しか果たさない。どういう根拠が決定的であるかを、関係者は、彼らが完全な状況記述に基づいて全ての重要な「一応の」根拠を取り上げた後で、知っている。この原理に照らして、ジョーンズが援助を必要とするから、援助を与える義務を我々は無視できないという反論は論拠の機能を果たす。しかしながら、この論拠は最早衝突する規範ではなく、状況の全ての事情の考慮の下での適切性に係わるのである。

個々の適用状況の全ての事情を考慮しなければならないという要求を二分化することによって、我々は完全な規範の理想を間接的に実現する。即ち、我々はある時点で全ての個々の適用状況の全ての事情ではなく、我々は当該適用状況において特定の時点で全ての事情を予想する。そうすることによって、規範が若干の状況において他の妥当する規範と衝突することを我々は知っているにも係わらず、我々は若干の規範を妥当するものとして見なすという問題は解消される。もし我々は妥当性の概念を規範によって変更しないものとして前提されている事情へ限定するならば、注目を集める衝突事案の場合に、一応適用可能な規範の妥当性ではなく、その適切性が重要であることが明らかになる。完全な規範の理想は、適切性の概念を妥当性の概念に誤って包摂する。妥当性と適切性のこのような概念上の区別は、妥当性討議の場合、我々は無制限の知と限定されていない時間の非現実的前提を放棄できるという望ましい付随効果を齎す。変更しない事情の下で一般的規範順守からいかなる結果と付随効果が生ずるかは、通常は限定されている時間に既存の知に基づいて確定され得る。

3. 妥当する規範の一応の適用可能性

この節の最後に、以上の再構築提案に対してなされ得る若干の反論に、私は簡単に答えたい。その第一は一応適用可能な規範の拘束力と「規範性」(a)、その第二は適用討議の名目上の不要性(b)、その第三は根拠づけと適用の循環的関係の危機(c)に係わる。

a) 妥当する規範が一応適用可能であるということは、適用の際実践理性が役立たないということを意味するものではない。即ち、我々が完全な規範の理想を志向すれば、一応適用可能性が合理的意味をもつことが明らかになる。適用討議の参加者は、一応適用可能な規範を個別判断を正当化するための根拠として認める義務がある。一応の適用可能性の留保は、逆に個別判断を正当化する際、妥当する規範が適用可能であることを引き合いに出すのは十分ではないということのみを意味する。このような根拠を引き合いに出すものは、必要の場合にこの根拠がこの状況において全ての他の一応適用可能な規範と両立し得ることを示さなければならない。一応の適用可能性の留保は、討議の参加者に相互の論証負担を課す。それに従って参加者は、完全な状況記述に適用可能な妥当する根拠の制限や放棄を根拠づける義務がある。⁽¹⁴⁾

b) そのつど我々がおかれている状況に我々は根拠付け討議を直接に関連づけられるが故に、妥当性と適切性を区別することは無意味であるというのが第二の反論である。この場合、適用状況の完全な記述に含まれている全ての事情は、提案者がこの状況に持ち出す規範の変更しない事情に属することになる。しかし、この反論は、「完全な規範」の疑問視されている理想の単なる裏返しになる。即ち、規範の妥当性は、その適切性によって吸収されることになってしまう。全ての適用状況において妥当し、明確に適用可能である完全な規範の代わりに、我々はただ一つの状況において「妥当」する特別規範しか利用できないことになる。しかし、完全な規範の理想のそうした裏返しは、我々が妥当する規範を一応適用可能な根拠として最早前提とすることのできないが故に、我々は全ての状況において道徳的白紙状態に直面するという短所がある。全ての状況において、妥当す

る複数の一応適用可能な規範が存在するが、唯一の適切な規範しか存在しないということを我々は前提とするならば、この短所はなくなる。

妥当する規範の一応の適用可能性は、妥当する規範が道徳的に重要ではない、そして妥当性に関する討議が不必要なテスト手続であるということを決して意味はしない。いかなる根拠が決定的であるかを、我々は適用討議において初めて確認できる場合にも、我々は規範的根拠の妥当性に関する検査手続を必要とする。上に説明したように、提案された規範が本当に共通の利害を表現するかを、我々は妥当性に関する討議において検討する。変更しない事情の下で承認できないものは、我々の理性関心とは矛盾する。適用討議について言えば、それは次のことを意味する。即ち、我々の理性関心とは矛盾するものは、適用討議において一応の根拠として利用されてはいけな

と。c) 第三に、妥当性と適切性の区別は循環論法によってのみ可能であるという反論もなされている。根拠付討議においても、規範の命題的内容を理解し得るために、我々はその規範を少なくとも仮説的に状況に適用しなければならぬとの指摘がある。しかし、この場合、我々は適用討議に初めてなされるべき解釈を、仮説的適用の際にも、既になさなければならぬか否か問わなければならない。従って、所与の状況における一応妥当する規範の確認は既に、適用討議に明白になされている解釈が少なくとも暗黙に前提されているかどうかは、ここで提案された適用討議の概念を、我々は吟味しなければならない。

根拠付け討議の参加者も、規則に従うことは何を意味するかを知らなければならない。しかし、仮説的適用の場合に、参加者が規範表現を同一の意味で利用することに合意するのは十分である。それは、我々が根拠付け討議において論証する同一の命題的内容でなければならない。それに対して、全ての衝突事案を考慮するために、仮説的に導入された適用状況が完全に定義されているかは重要ではない。むしろ、規範表現の同義的利用は、根拠付け討議の目的を達成されうる最低限の前提条件である。即ち、当該規範が共通の利害を考慮するかを、参加者は共同で確認しようとす

る。この場合に、我々はこのような規範が絶対に無効であるか、あるいは一応適用可能であるかを判断できる。

しかし逆に、規範が一応適用可能であることを判断するために、我々は適用討議を開始するときに、すでに妥当する規範を「適用」しなければならないことは問題である。妥当する規範が「S」の状況に一応適用可能であることについて判断するために、我々は少なくとも暗黙のうちに適用を行わなければならなかった。しかし、この予めに行われた適用によって、適用討議は決して無用ではない。我々の一応の適用が依拠する解釈や意味規則は、完全な状況解釈に基づいて正当化されうるかは、我々は初めて適用討議において確認できる。適用討議は、この一応の適用の反省形態である。

今まで、討議理論の観点から、妥当する規範とその適切な適用を区別しなければならないということのみを、私は示した。しかし、我々はいかなる基準に基づいて規範適用の非党派性について判断するし、その際、我々がいかなる論拠を利用するかは、まだ明らかになっていない。

註

- (10) *Jürgen Habermas*, Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm, in: ders., *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt 1983, S.53ff.
- (11) *Klaus Günther*, *Der Sinn für Angemessenheit, Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt 1988, S.37ff.
- (12) 行為様式の道徳的一般化を格率の二重の否定として再構築するという *Albrecht Wellmer* の提案は、内的衝突のテストにかかわる。*Albrecht Wellmer*, *Ethik und Dialog*, Frankfurt 1986, S.22. アレクシーが提案する規則と原理の区別は、内的・外的規範衝突の区別を規範の構造から適用の構造へ移転させる。即ち、規則の衝突可能性は内的衝突のタイプに属させるばあいに、全ての規範について妥当するし、原理の衝突可能性は、外的衝突のタイプに属させる場合に、全ての規範について妥当する。*Robert Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, S.71ff. *Günther* (FN 11), S.268ff.
- (13) 「道徳的複合状況」の概念について *Wellmer* (FN 12), S.127f.
- (14) *Searle* は対話内在効果の概念から同じような義務を導出する。*John Searle*, *Prima Facie Obligation*, in: J. Raz (Hrsg.), *Practical Reasoning*, Oxford 1978, S.81ff.

II. 妥当する規範の首尾一貫したシステムの理想

適用討議は、個別的判断を正当化するために、我々が一応の根拠として利用する規範そのものが妥当するというを前提とする。適用討議の参加者は、予め妥当する規範的根拠の特定量を共有する。彼らはすでに、根拠が承認に値することを確定したし、そして変化しない事情を考慮しながら、合理的洞察に基づいて、なにをすべきか、なにをすべきではないかについて合意している。彼らが妥当する規範の同一のシステムを共有しているため、道徳的個別判断の正統化が問題になるとき、適用討議においてどのような根拠が妥当するものとして前提され、それ故に一応適用可能な規範として考慮されねばならないことを、暗黙のうちに確定しているのである。首尾一貫性のモデルもそれに依拠する、規範と原理の「所与性」の意味するところは、これ以外ではない。

適用討議の場合、規範を主題化する観点が変化する。規範の妥当性ではなく、規範の状況関連が問題なのである。どの規範がある状況において適切であるかは、討議の参加者が全ての一応適用可能な規範を完全な状況記述と関連づけられたときに、初めて確定される。その際、討議の参加者が先ず完全な状況記述を利用できるか、ついで全ての一応適用可能な規範を知っているか、あるいは状況記述が適用可能な規範の前理解「に照らして」成立したかは、さして重要ではない。解釈学的循環論法の問題を、我々はここで度外視することができる。適用状況において一応適用可能な規範がどの規範と衝突されるかは、参加者が状況記述の全ての重要なメルクマールを適用可能な規範と関連づけたときに初めて知っている。

1. 選択行為

従って、一応適用可能な規範の提案者は、彼の個別的判断が依拠する規範の妥当性ではなく、規範の適用の適切性を主張する。この状況において反論者は、規範的根拠それ自体が承認に値することではなく、根拠が個別的判断を維持する力を疑問視する。我々の事案において、全ての参加者

は誠実さの命令の妥当性を否定しない。しかし、Xがスミスのパーティに出席すべきという個別的判断は、この状況においてこの規範によって適切に正当化されるかは、不明確である。単純な解釈を利用すると、我々はこの問題の重要性を十分に評価できない。「貴方は（今ここで）pをしなければならない」という個別的判断は、簡単に「Sの状況においてpをしなければならない」という規範と「Sが存在する」という確定によって正当化される。しかし、この図式を我々の単純な事案に適合することによって、この状況においてXがスミスのパーティに出席しなければならないという結論を出す場合に、誠実さの命令が正しく適用されたことを疑問するであろうということが明確になる。

規範および状況記述に使われている「S」の意味の同一性が前提されているため、この単純な図式は説得力をもつ。しかし、この意味の同一性は最初から存在しない。それはむしろ、我々が規範を「解釈」し、他のメルクマールに対して適用状況の特定のメルクマールを「重要な」ものとして特徴づける過程の結果である。我々はこの選択行為も批判できる。例えば反論者は、「貴方はなぜ状況のこの事情をのみ注視するか、他の事情を無視するのか」を問う可能性がある。我々の事案の場合に、Xが友人を助ける状況の側面ではなく、スミスにパーティに出席することを約束したという状況の側面のみを「重要」と見なしているかを問う可能性がある。誠実さの命令に照らして、この問いに答えるのは不可能である。Xがスミスに対する受諾が約束であり、この解釈が根拠に基づいても正当化できることを説明しながら、誠実さの命令を定義しようとしても不十分である。「約束を守らなければならない」という規範は、原理によってあるいは妥当性討議において根拠づけられるという主張も不十分である。このような正当化は、すでに選択された状況解釈を前提としている。このような正当化と、援助を命令する、一応適用可能な規範を関連づけることは不可能である。我々の規範理解を前提とするのではなく、それを主題化するとき初めて、我々は適用状況において衝突する規範を認識する。規範解釈を選択行為として主題化しうるために、完全な状況解釈が必要である。

2. 選択規則と語用規則

それ故我々は、規範解釈過程において既に規範適用の際、状況の全てのメルクマールを考慮するという原理に従わなければならない。これに対して、規範の解釈による意味の確定と状況のメルクマールの選択は別のことであるという批判は可能であろう。話し手と聞き手が規範を正しく理解するかは、我々は適用状況とは無関係に吟味できる。規範を構成する用語の適用規則が同時に状況に対する規範の適用の選択規則である場合においても、我々はこの二つの規則を異なる基準を基に判断する。しかしながら、規範を適用する際全ての状況メルクマールを考慮するという原理は、決して状況に依存する意味形成の理論を必要としないというのが、この反論への返答となろう。語用規則の確定に関する討議が他の一応適用可能な規範との全ての外的衝突を考慮しなければならないということのみが要求されている。選択規則としての語用規則の性質が主題化されうる場合にのみ、我々はこの要求を満たすことができる。なぜなら、この場合にのみ、外的に衝突する規範は、一応適用可能な規範として特定することが可能である。しかし、選択規則としての語用規則の主題化は、完全な状況解釈を前提とする。

いかなる解釈が状況記述と一致し、この解釈をいかに正統化しうるかという問題は従って、他の一応適用可能な規範の考慮から切り離してはならないのである。我々が何故この事情を考慮し、他の事情を考慮しないかという反論者の問いに、他の事情が「重要ではない」と答えるときに、我々は明らかに以上の区別をつけない。従って、他の規範の考慮は予め我々の解釈に入り込んでいる。解釈学においてこれは「前理解」と名付けられているのであり、そして科学論はこれを「発見の文脈」に属させる。ここで導入された適切性の概念に基づいて、我々は少なくともこの問題の一つの側面を合理的に再構築できるというのが、私のテーゼである。即ち、解釈の選択性は正当化を必要とし、適用討議において正当化可能なのである。

3. 首尾一貫した解釈

しかし、我々が規範を適用する際、同時に状況に適用可能な全ての他の規範を考慮することは、いかに可能であろうか。私は我々の単純な事案にもどる。

(N1) 友人ジョーンズを助けなければならない

という個別的判断のために複数の正当化が考えられるが、その一つのみが適切性の基準に適う。この個別的判断を

(NI) 窮地にある友人を助けなければならない

という規範に基づいて正統化することは可能である。それは前述の図式に相応するのである。即ち、「Sにおいてpをしなければならない」という規範と「Sが存在する」という確定から、「今ここでpをしなければならない」という個別的判断が生ずる。その上、個別的判断の正当化は、その一般的承認に値することをだれでも疑問視しない妥当する規範に依拠する。しかし、この個別的判断が規範の適切な適用に依拠するかを確定するために、より複雑な正当化が必要である。妥当する規範として (N1) は一応のみ適用可能である。それ故、提案者が他の、当該状況においても一応適用可能である

(NII) 約束をまもらなければならない

という規範になぜ従わないかを、反論者が質問する可能性がある。一応の留保が故に、我々は状況の全てのメルクマールを考慮しなければならないからして、この一応適用可能な規範も適用討議の対象とならなければならない。この規範もそれ自体妥当するものであり、我々は (NI) に従うならば、当該状況において侵害されることになる。(NI) の適用の適切性を証明しようとする提案者は、いまや論証の義務をもっている。彼が

(NII) が無効であることを主張できないから、彼はいかなる条件の下で衝突する (NI) と (NII) の規範が当該状況において両立しうるかを示さ

ざるをえない。この段階において完全な状況記述に適用可能な規範の首尾一貫した解釈が始まる。我々の単純な事案の場合に、この解釈の結果を先取るのは難しくない。その結果は例えばこうである。

(NIII) 突然に窮地にあったものを助けるためには、重要でない約束を守る必要はない。

我々の事案の場合に、(NIII) は、ジョーンズを助けなければならないという個別的規範 (N1) の唯一適切な正当化である。しかし、この直感的に説得力のある結果は、いかに首尾一貫した解釈によって根拠づけうるのであろうか。

この問いに答えるために、私はもう一つの直感を利用する。我々の単純な事案に関する結果からして、約束を守らなければならないという命令の意味には、当該状況において我々は当然ながら援助義務を優先しなければならないということが含まれているといわざるをえない。しかし、道徳的に復元的な状況の場合、我々はこの確信をたまにしかもっていない。

この問題を解決するために、数多くの学者は、衝突する規範や利害を「考量する」ことを提案した。⁽¹⁵⁾しかし、これらの提案は、規範や原理が価値や財と同一なものであり、少なくとも価値や財へ転換されうるものであるということを前提とする。価値や財のみが少なくとも隠喩的意味において測定されうるものである。その結果、価値や財を考量すること、そうすることによって衝突する価値の一つを優先することが可能である。我々の関連で以上の見解に関する議論は不可能である。しかし、規範的命題と評価的命題の区別を放棄する必要がないということを、私はここで強調したい。

この選択肢を認めない場合、次の解決方法しか残らない。即ち、もし X が誠実さの要請も援助の要請も承認するならば、ジョーンズを助けるという個別的判断が状況に適切である規範として正当化しうるように、いかなる他の原理に基づいてこの両方の要請を両立させられるのかを、示さなければならない。この場合、誠実さに対して援助の要請を優先することは、

選好判断や財の考量の結果ではなく、全ての適用可能な原理の最善の理論の結果であらう。⁽¹⁶⁾ この理論はこの原理の意味を包括的に説明しなければならないであらう。優先関係を命令する規範は、全ての可能性に照らして競合する目的の最善の実現としてではなく、全ての事情の考慮の下での、この2つの原理の規範的意味の最善の実現として見なさなければならない。

このモデルに対して2つの批判は可能である。a) 衝突する規範の首尾一貫した解釈は、道徳的に行為する主体の判断の自己完結性の問題でしかない。この問題を解決するために討議を行う必要がない。b) 複数の原理を序列する秩序の再構築としての首尾一貫した解釈は、新しい規範の構築と根拠付けを必要とする妥当要求の導入なくして不可能である。従って、以上になされた妥当性と適切性の区別は余計である。しかし、この反論は根拠がない。

a) 首尾一貫性のモデルは規範の適切な適用を孤立した行為者の問題として取り扱う印象を与えるように見える。しかし、この印象は表面的のみに正しい。勿論、個々の道徳的行為者は、ある状況において他の原理を無視しながら特定の原理に従おうとする場合に、常に自分に対して自分の判断を吟味しなければならない。Xが誠実さの要請および援助の要請を妥当する規範として承認する場合、根拠を提出せずに約束を守るためにスミスのパーティに出席すると、彼は首尾一貫した態度を取らないことになる。個別的事案において衝突する原理を完結的な理論として秩序づけるといふ原理の道徳的根拠は、道徳的に行為する人格の内的判断の無矛盾性の問題を解決することに見いだすことではない。我々がパースペクティブを拡大すると、そのことは明らかになる。即ち、妥当する規範の場合、我々は少なくとも、それらが全ての関与者に共有されている規範であることを前提することができる。しかし、外的衝突の場合、我々は妥当する規範を承認しないから、全ての個人が一般的に承認された、妥当する規範に基づいて状況Sに適切なものは何であるかについて異なっている判断に達することを、我々は否定できない。⁽¹⁷⁾ 参加者が一応の根拠として適用討議に利用する、妥当するものとして承認された規範に関する合意に達するという前

提の下で、完結な理論は参加者の共通の営みの結果としてのみ正当化されうる。適用討議の参加者は、妥当する原理や規範を共有する人格として相互に尊重する。この尊重は、完結な理論が共通に求められている時に、ある状況において衝突する全ての原理が考慮されている場合にのみ明確な形をとる。そうでない場合、我々は考慮の対象にならなかった参加者に対して任意的に行為し、共有された原理を一方的で党派的に適用することになる。

b) 外的衝突の問題を解決するための提案によって根拠づけ討議と適用討議の区別が再びなくなるという批判も可能である。完結な理論を再構築する際、我々は、共有された妥当な規範の特定量に属しない、新しい規範を発見し、構築することを避けなければならない。構築なくして再構築は不可能である。従って、発見された規範を、構築すべき完結な理論を支える正当な要素として承認しうる前に、繰り換えして新しい根拠付け討議を行わなければならないという批判。しかし、共有された、妥当なものとして承認された規範と原理に基づく、その意味の枠を超えない解釈がなされているかぎり、この批判は当たらない。この枠の中、我々は衝突する規範の理想的で首尾一貫した体系を構築しようとする。我々が構築しようとする理想的体系を支えるために利用された全ての新しい規範は、共通で妥当するものとして承認された規範の特定量に属するものである。規範がその特定量に属しないことを判断するための基準は、首尾一貫した解釈の外には存在しない。新しい規範が最早この体系に属しないということを、参加者のみが判断することができる。この規範の妥当要求が問題になる場合、規範が一般的利害を表現し、妥当するものとして承認された規範の特定量に属すべきかを、参加者は根拠づけ討議において決めることができる。

4. 首尾一貫した解釈のパラダイム

このように、完全な規範の理想と結びついている理念に、我々は再構築的に接近した。即ち、全ての可能な個別的適用事案において我々が規範の一般的順守を正当化しうる場合に初めて、規範の妥当性と適切性は一致

する。ここで提案された手続きに従って、我々は、無尽蔵の知と無制限の時間の前提の下で討議において適用状況を予測しうるかのごとく、規範を適用しなければならない。それは、規範がこの状況において唯一適切であるという判断の意味である。しかし、我々が全ての適用状況の変更しない事情のみを考慮するから、我々は根拠づけ討議においてこの要求を満たしえない。他方、我々が正当化なしにある状況の特定の側面を一方的に考慮しながら、規範を適用する際、非党派性の理念を損ないたくなければ、この要求を無視することができない。非党派性の理念と結びついているこの要求を満たすことは、時間軸の上に適用討議に移される。若干の状況において規範 NI が規範 NII と衝突する可能性があるということを知っているにもかかわらず、我々は規範 NI を妥当するものとして見なす場合、我々は、全ての妥当する規範が最終的には全ての適用状況において唯一適切な解答を可能ならしめる理想的で首尾一貫した体系を反事実に前提する。換言すれば、実践理性は自分に対する矛盾を起こさない。適用討議は、我々が全ての妥当する規範によって提起する要求を満たしようとする手続きなのである。

勿論、全ての妥当する規範の首尾一貫した体系の理念を実現するのは不可能である。衝突可能な規範の図式を変化する完全な解釈の全ての適用状況において、我々はこの体系を構築する。全ての妥当する規範がある状況において全ての他の適用可能な規範による首尾一貫した補充を必要とするならば、その意味は全ての状況において変わる。それ故、我々は歴史に依存する。なぜなら、歴史は全ての妥当する規範全体の異なっている解釈を必要とする、予測不可能な状況を作り出すからである。

観察者の観点からこのモデルは、構成員によってほぼ承認され、個々の適用状況において共通の再構築的努力の結果として適切な解決を可能ならしめる形で秩序づけられている、序列されていない妥当する原理からなる生活形態を構成する。内的観点から見れば、根拠づけ討議のみが非党派性原理の妥当性の側面を強調するが、全ての可能な外的衝突のための首尾一貫した原理の特定量を創出することができない。適用討議は非党派的

適用の観点を強調するが、ある状況の全てのメルクマールの完全な考慮のみを求める。この状況の下で、我々の行為の道徳的志向は明らかに困難である。しかし、我々はこの理想の代りに、我々が今ここで妥当するものとして見なす規範を序列する「パラダイム」や図式を利用する。以上に明らかになったように、このような秩序が可能な適用状況との関連でのみ構築されうるものであるから、このパラダイムは特殊の状況の一般化された解釈によって構成されている。我々が典型的で期待しうる衝突事案を解決する場合、我々は通常はこのような多かれ少なかれ体系化された秩序を援用する。この秩序は、我々のその都度の状況評価およびそれに対応する道徳的な一応の判断を包含する背景文脈を形成する。他の文化的志向知と並んで、このパラダイムは、我々がその都度におかれている生活形態の一部である。従って、それぞれの近代的生活形態は、自由と平等の序列関係の問題を独自の形で解決した。その際、当該パラダイムが変化不可能であり、全ての衝突事案の場合に常にただ一つの解決を規定するというのを、我々は決して主張することができない。パラダイムが特定の社会的実践の参加者に対して、全ての道徳的に重要な状況において適用討議によって適切に完全な状況解釈に適用されなければならない原理の序列されていない、一応にのみ適用可能な全体に基づいてのみ判断することを要求しないから、パラダイムは勿論偏見、歪曲された状況評価および妥当する規範の党派的で一方的適用の源泉でもある。この消極的結果が固定化されえないために、パラダイムは全ての生活形態とは無関係に、非党派性の二つの側面に関して批判可能でありつづけなければならない。即ち、変化した利害状況において利害考慮の相関性が最早維持されえなくなっている場合に、それは個々の規範の妥当性の側面、また、一般化された状況解釈が最早完全な状況解釈と一致しない場合に、それは個々の規範の首尾一貫した関係の側面である。

註

- (15) R. M. Hare, *Moral Thinking*, Oxford 1981, S.117ff.; Günther Patzig, *Der*

kategorische Imperativ in der Ethik-Diskussion der Gegenwart, in: ders.,
Tatsachen, Normen, Sätze, Stuttgart 1980, S.169ff.; *Alexy* (FN 12), S.125ff.;
MacCormick (FN 1), S.129ff.

(16) *Dworkin* (FN 1). Dworkin の理論との相違はあとでより詳しく説明する。

(17) 倫理委員会が報告する経験について *Alastair MacIntyre*, Does Applied Ethics
Rest on a Mistake?, in: *The Monist* (76), 1984, S.498ff.

III. 法理論の首尾一貫性原理を解釈するための提案

社会に、適切な適用を可能にするために、共有された妥当する原理全体と一般化された状況解釈を結合する図式やパラダイムが形成されることは、行為状況の事情で説明される。規範の適用もまた限られた時間と不完全な知の条件の下でなされねばならない。その結果、関与者が全ての状況において新たに適用討議を開始することができない。しかし、道徳的「制度」は、判断を必要とする状況において限られた時間と不完全な知の圧力によってのみ成立するわけではない。行為状況は「二重の偶然性」のメルクマールによっても特徴づけられている。即ち、他者は、私が共有された妥当する規範および原理全体を実際に順守することを予測できなければならない。そうでない場合には、妥当する適切な規範に基づいて自分の行為を合理的に動機づけることを、他者から要求するのは不可能である。従って、討議倫理の道徳原理から、実際の一般的な規範順守を保障するために、経験的判断形成を促進する手段を利用する容認を導きだされる。

ある規範が実定的に妥当することがある時点でどこかで規定された場合、妥当する規範がいかなる状況において、いかなる名宛人によって、どういう形で適用すべきかについて個別的判断がなされうる場合、個別的判断を実際に順守することの動機が経験的に成立させうる場合にのみ、我々は規範の実際の順守を期待することができる。限られた時間、知の不完全性と行為者の間の二重の偶然性は法体系の制度化を生起させる。

勿論、規範制定、規範適用、執行のそれぞれのレベルで判断を生ぜしめうるメカニズムは、道徳原理の手続き的内容を吸収してはいけない。道

徳的規範および判断と異なり、実定的に妥当する法規範や拘束力をもつ判決は、個々人が合理的動機からのみそれらを順守することを要求しない。しかし、実定的に妥当する法規範や拘束力をもつ判決は、合理的に動機づけられた承認や順守を度外視してはいけな^い。個々人が道徳的論証に基づいて、規範の妥当性および適切性を承認するために良き根拠が存在するという結論に達しうる場合にのみ、それはそうではない。それ故、規範制定および規範適用の制度化された手続きは、規範の妥当性や適切性に関する道徳的論証を度外視してはいけな^い。それはどういうふうに可能になるかは、以下で法律的適用討議に関して明らかにしたい。そのために先ず、法律的論証の特徴を道徳的適用討議の特殊のケースとして、それは一般的・実践的討議の特殊のケースであるというテーゼから区別することが必要である。

1. アレクシーの特殊ケースのテーゼへの批判

アレクシーによれば、「妥当する法秩序の枠における理性的根拠付け」の目的は、法律的論証を特徴づける。この制度的制限は、また実践的討議⁽¹⁸⁾において根拠づけが可能である。一般的・実践的討議の規則および形態が数多くの場合に結果を生み出さない、そして結果を生み出すならば、最終的な確実さを保障しない判断手続きを規定するから、この制限が必要である。このような「不安定性の空間」において社会は自分の「判断需要」を充足できない。「この状況および実際に存在する判断需要から見れば、討議的に可能なものの枠をできるだけ合理的形で制限する手続きについて合意を求めるのは、理性的であり、実践的討議において根拠づけることが可能である⁽¹⁹⁾」。それ故、益々制限された条件の下で判断を産出する、立法および裁判所による法適用の手続きを制度化するのが、理性的である。法律的論証は所与の法規範と裁判所の個別的事案の判断の中間にある。

しかし、一般的・実践的討議を制限する必要性は、それらが構造的理由により明確な判断を提供できないという論拠に基づいて討議倫理的に根拠づけられうるかは、問題である。実践的討議は原理的には明確な解答を

産出しなければならない。そうでなければ、討議倫理的な普遍化可能性の原理を道徳原理として根拠づけるのは、無意味であろう。合理的・実践的論証の理想化された前提が行為要求や判断要求の現実的条件のもとでも充たし得るか否かは、別の問題である。アレクシーが指摘した「不安定性の空間」は、我々が討議と社会の実際の判断需要を対比させる時に初めて克服されうる。しかし、この空間は何よりも先ず討議の構造自体に含まれていない三つのファクターによって成立する。即ち、我々は合理的論証の前提に基づいてだけでなく、限られた時間、不完全な知、二重の偶然性によっても特徴づけられている条件の下で判断を産出しなければならない。

アレクシーによれば、この制限にもかかわらず、法律的論証と一般的・実践的討議の間に部分的的一致と構造的的一致が存在する。法律的論証においても根拠が実践的正当性をもつことが要求され、その結果、この2つの論証様式は「部分的に一致」とされている。しかも、一般的・実践的討議の構成要素である若干の原理、規則、論拠形態は、法律的論証にも利用され、その結果、この関連で「構造的⁽²⁰⁾一致」も見いだされうる。以下、私は(a) 法律的論拠を特徴づけている(討議倫理の意味における)実践的正当性の要求ではないこと、(b) 一般的・実践的討議のために必要であるだけでなく、十分である規則および形式が法律的論証において——正当にも——利用されていないことを示したい。それ故、アレクシーが内的正当化と外的正当化として提案した法律的論証の討議性を別の形で根拠づけることが必要となる。何故、法律的論証が討議として制限された条件の下でなさなければならないことを、根拠づけと適用のもう一つの分化によって初めて根拠づけられうるということは、私のテーゼである。

a) 規範的命題の正当性に関する要求は、法律的論証において、その命題が「絶対に理性的であるにではなく、それが妥当する法秩序の枠で⁽²¹⁾理性的に根拠づけられうる」ことに係わっている。それに対して、討議倫理の意味における実践的正当性の要求は、規範の妥当性や規範が一般的に承認に値することに係わっている。実践的討議において規範が論拠として利用されていることが可能であるが、その妥当要求は仮想化される。上にすで

に説明したように、問題視される規範が一般的で相互の利害を表現するかを、討議において初めて確かめられねばならないのである。

この意味で、妥当する法秩序の枠で規範解釈およびその根拠づけとして機能する規範的命題は同時に実践的正当性の要求を出せない。「妥当する法秩序の枠での理性的根拠づけ」は——その定義からして——妥当性の根拠づけではない。むしろ、規範や法秩序全体の妥当性は、法律的論証において前提されている。アレクシーが提案した規則 J.2.1. と J.2.2. に従えば、内的正当化は前提された普遍的に妥当する規則から出発する。⁽²²⁾しかし、そうすることによって、妥当性の討議の本質的な要素、つまり全ての関与者の利害の相互の考慮が前提されている。もし法律的論証が規則の妥当性を前提とするならば、法律的論拠は、問題となる規範の妥当性に係わる論拠と同様な要求をなすことができない。そうでない場合には、我々は常に規範についてではなく、その解釈について討議するであろう。実践的に正しい規範の解釈の実践的正当性を根拠づけるのは、無意味である。この場合に少なくとも、規範と比べて解釈に実践的正当性がどの程度「もっと」含まれていることを証明しなければならないであろう。それ故、アレクシーのモデルは、規範とその解釈の区別をなくす危険に直面する。一般的・実践的討議において「問題となる規範的命題が絶対」に理性的でなければならないが、法律的論証において「妥当する法秩序の枠で」のみ根拠づけられうることを認めることによって、アレクシーはこの危険を認識している。⁽²³⁾討議倫理において「妥当性」が全ての関与者にとって絶対に承認に値すること以外を意味しないから、「絶対」は問題の核心である。この場合に、妥当する法秩序の「枠」における根拠づけは、通常の妥当性の根拠づけでしかないことになる。「法律的判断の無制限の理性性が……立法の理性性」を前提とすることを、アレクシーも認める。従って、法律的論証は一般的・実践的討議の特殊なケースではなく、別の討議に属することになる。即ち、アレクシーは法律的論証の論理を根拠づけのモデルに従って構築する。

b) しかし、我々は法律的論証を根拠づけの討議として構築すると、法

特殊的制限は討議性の喪失を意味する。そのことは、アレクシーが主張する両種の討議の「規則や形態の構造的な一致」によって明らかになる。アレクシーが提案する全ての規則と形態は、一般的・実践的討議の論証規則として構成的な討議倫理的普遍化可能性の原理の関連が欠如している。

そのことは先ず、アレクシーによれば、ヘーアの解釈による意味論的普遍化可能性の原理（規則1.3.1）の適用事例として正当化されている内的正当化の規則と形態について妥当する。外的正当化の場合にも、討議倫理的普遍化可能性の原理を構成的規則として法律的論証に導入する規則と形態が見られない。

確かに、意味論的考察は討議にとって必要な条件であるに違いない。この考察は論証の「論理」の構成要素である。しかし、意味論的考察は、それらがモノローグとしてなされうるし、討議を必要としないことは、その特徴である。従って、全ての関与者の利害の相互の考慮に係わる普遍化可能性の原理の種類は、初めて討議にとって十分である。アレクシーはそれを一般的・実践的討議の「根拠づけ規則」の中に取りあけるが、法律的論証の規則や形態には見られない。以上の説明の結果として、当然ながら法律的論証は、この規則が根拠づけること、つまり規範の妥当性を所与のものとして前提としなければならない。

確かに、いかなる条件の下で「構造的な一致」が存在するかについて議論するのは可能である。しかし、内的および外的正当化のために利用されている規則や形態が一般的・実践的討議においても利用されているということは、法律的論証を「特殊ケース」として特徴づけうるような一致を根拠づけることができない。このような規則や形態は他の論証モデルにおいても正当化されうる。しかし、討議倫理的普遍化可能性の原理のみが一般的・実践的討議にある論証のタイプに従属させるために必要であるだけではなく、そのために十分である場合に、法律的論証はこの討議のタイプの特殊ケースでありえないということになる。何故なら、根拠づけ討議を特徴づける唯一の規則は、法律的論証に利用されていない、そして利用されてはならないのである。

2. 道徳的適用討議の特殊ケースとしての法律的論証

法律的論証を道徳的適用討議の特殊ケースとして解釈すると、我々は以上の問題を解決できる。適用討議は——その定義からして——規範の妥当性を前提とする。この前提の下で、法律的論証を討議として、妥当する法秩序の枠での理性的根拠づけとして見なすことは有意義である。その際、一般的・実践的討議を制限する必要がない。何故なら、規範や規範的命題の妥当性をその対象にならない。我々は討議の制限を別の地平に求めなければ成らない。法律的論証は限られた時間と不完全な知の条件の下で判断を産出しなければならない。このような「負担減少の機能」は、何よりも先ずドクマーティクの命題が引き受ける。

状況記述とともに規範から状況への適用の移行を個別的判断の形で可能にする一つの語用規則が援用されるのは、内的正当化にとって十分である。しかも、私はII.節に示したように、語用規則の選択は、語用論的文脈をもつ。この文脈によって語用規則は同時に完全に記述された状況に照らして選択規則として特徴されている。この再構築によって外的正当化のステータスも変わる。外的正当化は選択行為の反省形態となる。我々が規範を適用することによって表現する適切性の要求を、この規則や形態に基づいて正当化されうるのは、我々は確かめなければならない。討議的方法で全ての一応適用可能な規範の首尾一貫した解釈を可能にするのは、この規則や形態の機能である。語用規則を選択する際に生ずる一方的で党派的規範適用の危険は、ヘーアの意味論的普遍化可能性の原理のみを実現する規則や形態によって排除できない。

この仮説が正しければ、アレクシーが提案した解釈やドクマーティクや先例利用の規則や形態、また一般的・実践的原理および経験的論証は、完全に記述された状況に照らして規範適用の首尾一貫した正当化の課題を果たし得るような形で再構築されねばならないはずである。例えば、我々は解釈のカノンを、意味を確定する際に原理の考慮を規定する規則として理解できる。特にドウォーキンおよびマッコーマックは、規範適用において原理に指導されている論証の論拠として先例の役割を強調⁽²⁷⁾した。しかし、

共通の原理の適用を可能にするメルクマールに照らして異なっている事案を比較できるかは、全ての衝突する原理の考慮を可能にする完全な状況記述によってのみ根拠づけられうる。ドクマーティクの命題に基づいて、一般化された状況記述に関する首尾一貫した解釈のパラダイムの性質が明確となる。

首尾一貫性の原理が規範解釈を正統化するために必然的な条件であるということは、最近数多くの法理論は認めている。他の補充的に使われている原理に対して、首尾一貫性の原理をどういうふうに評価すべきかに基づいて、我々はこの法理論を区別することができる。数多くの場合には、首尾一貫性の原理は、無矛盾性のより厳格な原理と、首尾一貫した形で正当化された原理の相互に衝突する2つの特定量に対する判断を可能ならしめる高度な規範的内容をもつ原理と結合することになる。例えば、マッコーミックは首尾一貫性の原理を集散的財を考量する結果主義的原理によって補充する。またアールニオーとペゼニックは、価値を選好する秩序を有する観衆の生活形態に、この原理を関連づける。⁽²⁸⁾ 規範解釈の首尾一貫した正当化が同時に唯一正しい解決のために十分な条件であるというラジカルな首尾一貫性理論を、ドウォーキンが提案する。しかし彼は、首尾一貫性の条件を、人間の力を超える能力をもつ「ヘルクレス判事」の無制限の課題として高める。⁽²⁹⁾

ドウォーキンの原理の首尾一貫した解釈の理論が、私はここで提案した論証モデルに一番近い。しかし、彼の理論のラジカルな性質は、首尾一貫性の原理が適用討議の論証規則として再構築されることによって弱められることになる。その重要な結果の1つは、一人の行為者がその理想からして首尾一貫性の原理を適用することができないことである。このことによって「ヘルクレス」という理想的な存在は無用である。首尾一貫性を適用討議へ限定することのもう1つの結果は、この原理に基づいて規範の正当性も根拠づけうるという要求を、我々は放棄しなければならないということである。そのことは、問題となる規範の妥当性を対象とする根拠づけの討議においてのみ可能である。個別的規範は、それが妥当する規範とそ

の適切な適用に依拠する場合に、正しいであると我々は判断できる。

* この原稿は、Murikka 研究所開催の “The Legitimacy of Law” のテーマに関するシンポジウムにおける著者の修正、補充された講演によるものである。批判的議論の中でされた指摘は、Robert Alexy, Georg Henrik von Wright, Jerzy Wroblewski に感謝する。

註

- (18) *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt 1978, S.264,272,351.
- (19) Ebd. S.350: *ders.* (FN 12), S.498ff.
- (20) *Alexy* (FN 18), S.351ff.
- (21) Ebd, S.351
- (22) Ebd. S.275
- (23) Ebd. S.272
- (24) Ebd. S.351
- (25) Ebd. S.279,352. *Aulis Aarnio*, *Robert Alexy*, *Aleksander Peczenik*, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, in: W. Krawietz, R. Alexy (Hrsg.), *Metatheorie der juristischen Argumentation* (Schriften zur Rechtstheorie, Heft 108), S.9ff. (43).
- (26) *Habermas* (FN 10), S.97
- (27) *Dworkin* (FN 1), S.188ff.; *MacCormick* (FN 1), S.155ff.
- (28) *MacCormick* (FN 1), S.129ff.; *Aarnio* (FN 1), S.221ff.; *ders.* (FN 25), S.75ff.; *Peczenik* (FN 1), S.197ff.
- (29) *Dworkin* (FN 1), S.182ff.