

アルトウール・カウフマン

## 法哲学の問題史②

上田健二(訳)

### 二、二、四 第二次大戦後の新しい始まり

歴史的経験は、古典的な自然法論も古典的な法実証主義も無力を曝け出したことを教えている。その硬直した規範体系を伴う自然法は、きわめて単純な構造を伴う社会では機能するでもあろうが、きわめて繊細な経済システムを伴う現代の高度に複雑な社会にとつては、それは十分ではあり得ない。他方で法実証主義は、当時の立法者をなお強い道徳意識が導いていたという理由から、確かに終わりつつある十九世紀の偉大な立法諸作品をもたらしたが、しかし現代の独裁ではこの前提がもはや直ちには与えられていない。汚濁法はもはや教壇事例にすぎない

のではなく、現実になつているのであり、純形式的な法律概念は無能を曝け出したのである。<sup>(18)</sup>

### 二、二、四、一 自然法のルネサンス

法がそこで識別がつかないほどにまで転倒させられたナチズムの恐るべき恣意的支配の後では、もちろん多くの人が第二次世界大戦後のゼロ時点において再び自然法に立ち帰るべきであると信じた。すでにジャン・ポールがどのミサも、どの戦争も新しい自然法を提供すると嘲笑している。とはいえ、あの年々の法的窮迫状態にあった諸々の裁判所は、ナチス不法国家に「自然法的な」諸考慮を手助けとして反応し、正義に適ってい

ないか、もしくはそのように思われた法律諸規範を除去し、「超実定的な本質法」を援用して事件に判定を下すより他にも、いったい何をなすべきであったとされるのか。「自然法のルネサンス」<sup>(10)</sup>は大いに難詰されたが、それは確かに実際にも合理性と理性性の産物ではなかったのあるが、しかしこの非難は本来、判例に「法律上の不法」に対する心構えを全くさせていなかった法学、とくに法哲学に当てはまったのである。そういうわけでやはり、裁判所のあれほど多くの「自然法上の」誤判も宥恕されなければならないのである。

この「自然法のルネサンス」それ自体はエピソードであった。しかし何かが引つ掛かったままである。もちろん、婚姻前の性交の猥褻性をめぐる事件における一九五四年二月一七日の連邦通常裁判所決定<sup>(11)</sup>のような奇怪な判定は、少なくとも言葉のうえからはもはや見られない。この裁判所の刑事部は、「倫理法則の諸規範」を引き合いに出してこれを次のように性格づけた。「単なる習俗」、「単なる儀礼」の「弱い拘束性」とは違って、その(強い)拘束性は、「諸価値と人間の共同存在を支配している当為諸命題の前もって与えられ、甘受しなければならぬ秩序に基づいている。それらは、それらが服従への要求をもって立ち向かっている人々がそれらに現実服従し、承認し

ているか否かにかかわりなく妥当している。それゆえにその内容は、妥当しているものについての見方が変わることを理由に変わることはあり得ない。」

連邦通常裁判所が立ち至った帰結(婚前性交は客観的な倫理法則に違反し、それゆえに猥褻である)を批判することは、今日では省くことができる。しかし次の二つの点が確認されなければならぬ。すなわち、一、ここで呼び出される「倫理法則」——別の用語では「自然法」、もしくは単に(「実定的法律」とは区別される)法——は、何か実体的なもの、無時間的なもの、超実定的なもの、それは、出来上がつてそこにあるといったものの、ひとつの現在高、ひとつの状態である。二、この「倫理法則」もしくは「超実定的な法」から具体的な諸帰結を、法的な諸判定を純演繹的に導き出すことができ、事実関係をそのもとに「当てはめる」ことができる、ということである。これはひとつの実体存在論的な当てはめ思考である。そしてわれわれは、いまなおそこから全く抜け出していないのである。

## 二、二、四、二 新実証主義

五〇年代の終りと六〇年代の始めに始つた新実証主義は、超

実定的な法に向けられたいっさいの思想を確かに非難したが、しかし思考構造はこの場合と自然法論の場合とは同じであったし、また現に同じである。このことを、一般的に言い表すことができる。自然法論（考えられているのは「古典的な」、絶対主義的で合理主義的な自然法論である）と法律実証主義とは確かに存在根拠、法の妥当性についての見解において法哲学的に存在論的に異なっている。前者では、それは前もって与えられていてつねに同じにとどまる「人間の本性」であり、後者では、それは、すでに現存している自然な秩序とは結びついていない可変的な「立法者の意志」である。法理論的・方法論的に見れば、しかしながら両者は法発見過程の理解において異なっている。（合理主義的な）自然法論からは、絶対的な法的諸原理から実定的な法的諸規範を、そしてそれらからは次いで具体的な法的諸判定を導き出すことができ、（規範主義的な）法律実証主義からは、立法者の諸々の指令を助力として（「法律諸素材」）同様に、経験に立ち戻ることなく純演繹的に、「厳格に論理的な」意味において推論することができる。もちろんつねに経験が流れこんでいるのであるが、しかしそれが反省されることはなかった。それだからこの二つの思考モデルによれば、

具体的な、実定的な法は、何か硬直したもの、アブリオリに固

定されたものである。自然法と法実証主義という、あれほどに明白な敵対者である両者のこの事情は驚くべきことのように思われもしようが、しかしそれは徹底的にその内的な諸根拠を有しているのである。両者は公理論的に方向づけられている、両者の根底には法典編纂的な思考が置かれている、そしてとりわけ両者は、相応かつ厳密な諸認識の閉じられた体系に到達しようとする合理主義的な体系哲学に義務を負っているのである。

よく見れば、新実証主義は根本において、自然法論は支持し難いというひとつの論拠しか自らのために有してもいなかっただのである。それだから実証主義が正しくなければならぬということ、自然法か、それとも実証主義かという選択肢が排他的なものであろう場合にのみ、必然的なものである——これが人間の諸々の思考以来完全に無批判的に自明のこととして仮定される。たとえばハンス・ケルゼンがその『純粋法学』で与えたような実証主義の哲学的裏づけというものは、今日ではどこにも見られない。人は懐疑的な諸念から実証主義者になるのである。時代精神にとつて特徴的なのは、ハンス・ウルリッヒ・エヴァースが世紀の変わり目の実証主義者たちの憂慮すべき見解を再び拾い上げたように、「最も非難すべき法秩序であっても」と彼は言う、「なお義務づける価値というものを有し

ている……。』それというのも、それもいまだ「最小限の保護」を保障しているのであり、そして「この機能のためにそれは……その内容を顧慮することなく、ひとつの価値を有しているからである」<sup>(10)</sup>。

この見解もおお、ともかくも理解が可能であるにしても、それでもそれは、今日われわれに課せられている諸々の問題へのひとつの解答では決してない。自然法ルネッサンスのカントの「背後への」後退は失当であった。だがナチス独裁の「法的転倒の」背後への「後退は、それよりもいっそう失当でなくもない。われわれに課せられていることは、立法と法律の適用における恣意の制限である。すなわち、法における「不可任意処分的なもの」を発見することが問題になっているのである。自然法か、それとも実証主義かに、第三は与えられず（*tertium non datur*）に固執される限り、それへの満足のゆく解答というものは存在しないであろう。まさに戦後の議論が実見して（*ad oculos*）<sup>(11)</sup>、この選択肢がひとつの袋小路に導いていることを明らかにしている。誰もが何千回となく提出された論拠と反対論拠を知っているが、しかし、彼が自分の立場を確信的に根拠づけることができないという理由で、誰もが反対者にその立場を改めさせることができないのである。

## 二、二、四、三 機能主義

しかし、実体存在論的自然法論に、とりわけニクラス・ルーマンによって提唱されているような機能主義的な法観というのが対置される場合にも、この袋小路に導く。この機能主義によれば、法が正しいということは重要でなく（「正義」もしくは「不可任意処分的なもの」はそもそも存在しない。それらはむしろ、それらをもつてよき意図であることが誓われるシンボルにすぎない<sup>(12)</sup>）、高度に複雑な社会というものにおいて決定的なのはもつぱら、法が、それが「複雑性を縮減する」というようにして機能するということである（これには確かに何かがあるが、しかし法はそうにして完全にどのようにも用いられることになる）。「不可任意処分的なもの」を実体存在論的に理解された、硬直した、物化した、石化した「自然<sup>(13)</sup>」のなかには置くことができず、それはまた、ロゴス、神の法もしくは古い自然法の意味における合理主義的な人間の本性というような「前もって与えられているもの」であることを必要としない<sup>(14)</sup>。だがこれは、法においてはそもそも不可任意処分的なものとは存在しないということに対するどのような論拠でもない。カントが実体的存在論を克服したのは確かである。しかしチャールズ・S・パースは、特性の賓辞しか知らなかったアリ

ストテレスとカントの論理学から関係の賓辭の論理学というものへ突き進むというようにして、実体的なものから諸々の連関と関係へと大きな一歩を踏み出したのである。この一歩は、法哲学と法理論においてはいよいよ持つて跡づけられなければならない。だがわれわれは広く先回りをしてしまっている。

われわれは、実体存在論的、自然法論と機能主義的、法律実証主義とのかなたにある道を見出さなければならぬのである。この両陣営の間の陣取り合戦を克服するための一撃を、すでにグスタフ・ラートブルフが与えていた。彼の作品が全体として見られるならば、彼の立場が自然法と実証主義のかなたに置かれていることが明らかになる。これについては、やがてより厳密に述べられるであろう。

## 二、二、四、四 法改革のための他の諸々の試み

しかしその前にわれわれはなお、ナチスに由来する法的窮迫状態を克服する、つまりは法的思考における恣意には、法における不可任意処分的なものという思想を通して対応するという、第二次世界大戦後の課題に方向づけられたいくらかの試みを評価することにした。そのさい問題であったのはつねに、主としてマックス・ヴェーバー（一八六八—一九二一年）とグ

スタフ・ラートブルフ（一九七八—一九四九年）によって提唱されていた価値論的相對主義を、克服することはではなくても、それでも限界づけることでもあった。

## 二、二、四、四、一 先驗的（現象学的）法理論

法秩序の革新にとつての重要な刺激は、エドモンド・フツサル（一八五九—一九三八年）の現象学をもつて始まった（フツサールの重要な弟子であり、カトリック信仰に改宗したユダヤ人女性、エデイス・シユタインは一九四二年にアウシュヴィッツで謀殺された）。現象学の理論によれば、それ自体として存在する諸々の真理は「形相的」および「現象学的還元」のもとに、もしくは「現存在の偶然的な諸々の差違」を「括弧で括る」ことによる純粹の自己所与において、それも嚴格に分明に、錯誤から免れて相應に顕現する。この最高度に複雑な認識方法（フツサルは「現象学的方法」を「一八九四—一九七三年」に靴の現象学を読むとよい。この例は特徴的であつて、それというのも、現象学的方法は明らかに単純な構造をした諸対象の場合にのみ機能するが、いくらか複雑なもの、そのうえにそれが法であるような規範的なものの場合では機能しないからである。立法者が実質的に正しい規制を置きたいの

であれば、彼が顧慮しなければならぬ先験的な諸要素を際立たせるといふゲルハルト・フッサールとアドルフ・ライナツハ(二八八三—一八一三年)<sup>(19)</sup>の努力は成功を収めなかった。

## 二、二、四、四、二 事物論理構造

この理論は、現象学の論理学—認識論上の変形に基づいている。その第一保証人がマックス・シェラー(一八七四—一九二八年)である価値論的な変形が持続的に影響を及ぼしているのである。それによってとりわけハンス・ヴェルツェル(一九〇四年—一九七七年)とその弟子ギュンター・シュトラーターンヴェルト(一九二四年生まれ)が鼓舞されている。彼らの理論によれば、法全体が、行為等々が規範化されるべきであるのであれば、法律上の規定を拘束する「事物論理構造」——たとえば人間の行為の、故意の、正犯—共犯—関係の諸構造——によって貫徹される。<sup>(20)</sup>

## 二、二、四、四、三 事物の本性

第三の方向は「事物の本性」をもって論証する。それは最近の法哲学をきわめて持続的に捻り多いものにしたのであり、そのことは見渡し難い文献でも書き留められる。すでにラートブ

ルフが「事物の本性」を通して法の革新を試みていたのであるが、しかし彼はそれを、それを介して彼がすでに早くに提唱していた「存在と当為との方法二元論」<sup>(21)</sup>を緩和することができ、新カント学派の意味において「思考形式」としてのみ理解していた。そのさいラートブルフは、しかし事物の本性に法源としての性格を承認しなかった。<sup>(22)</sup>次いでこれを行ない、「事物の本性」を「具体的自然法」という意味における新の法源として把握した人こそ、マルチン・ハイデガー(一八八九—一九七六年)の実存哲学に由来しているヴェルナー・マイフォーファー(一九一八年生まれ)である。<sup>(23)</sup>

## 二、二、四、四、四 新ヘーゲル主義

なお多くの人に言及されるべきであろう。しかしわれわれはこの巡回を、たとえばユリウス・ビンダー(一八七〇—一九三九年)<sup>(24)</sup>、ヴァルター・シエンフェルト(二八八八—一九五八年)およびカール・ラレンツ(一九〇三—一九九三年)<sup>(25)</sup>によって代表されているヘーゲル主義への一瞥をもって了えることにしよう。新ヘーゲル主義が決して実証主義的でなかったことから、彼はその限りで、崩壊後に法の革新に寄与するのどのような困難も有していなかった。他方で、しかし彼は明白な理由(権

威的国家理論) から、ナチスの運命に巻き込まれた結果として、「具体的秩序思想」(カール・シュミット、一八八三—一九八五年)への援用も、そこにどれほど多くの賢明が差し込まれているにせよ、いまやそれほど信頼するに足りるものとは思われていない。

## 二、二、四、五 形式的な諸方向——分析的法理論、

### 規範論、法論理学、トピック論、レトリック論

法における「不可任意処分的なもの」を求めるこのような努力のすべてが興ざめへと、それどころか幻滅へと導いたのは、とくに圧倒的にいまなお客観的な認識概念に固くつなぎ止められていたことに基づいている。<sup>(26)</sup>このことが部分的に再び形式的な法理論に、とくにバートランド・A・W・ラッセル(一八七二—一九七〇年)とアルフレッド・N・ホワイトヘッド(一八六一—一九四七年)の厳格に数学的に方向づけられた哲学に、しかしまたルートヴィク・ヴィトゲンシュタイン(一八八九—一九五一年)の言語哲学に基礎を置いている法の分析理論に立ち向かうことへと導いたのであるが、その主要な提唱者が、今日ではH・L・A・ハート(一九〇七—一九九二年)、アル

フ・ロス(一八九九—一九七九年)、カツイミエルツ・オパチエク(一九一八—一九五一年)、アレキサンダー・ペチエニク(一九三七年生まれ)、アウリス・アールニオ(一九三七年生まれ)であり、法と道徳との、ならびに経験的な諸命題と規範的な諸命題との分離に当たつての論理的な言語分析を通して、法についての厳格に分明な、「明証的な」諸言明をなすことを求めている。<sup>(27)</sup>この間には多くの者が「ルールズ」に限定したこの法的分析論にはもはや満足せず、むしろ、とりわけロナルド・ドゥオーキン(一九三一年生まれ)に見られるように、システムを「法の一般的諸原理(General Principles of Law)」辺りまで拡大されるのであるが、もつともルールズとのその関係は最高度に争われている(これについては、後に多くのことが述べられる)。いずれにせよこれによつて、その最も重要な著作をハンス・ケルゼンが残していた規範理論は大いに捻り多いものにされた。ここでもK・オパチエクが先駆的な役割を果たした。<sup>(28)</sup>形式的な法理論のなかでも重要なものももちろん、カール・エンギツシュ(一八九九—一九九〇年)、ウルリヒ・クルーク(一九一三年—一九九三年)、イルマー・タムメロ(一九一七—一九八二年)、オタ・ヴァインベルガー(一九一九年生まれ)がそれを代表していると言えよう。法論理学<sup>(29)</sup>でもある。法論

理学のひとつの特別な形式が、ゲオルク・ヘンリツク・フォン・ライト（一九一六—二〇〇三年）が展開しようと試みた義務論的論理学である。<sup>21)</sup>

これらの方向がどれほど断念することができないものであり、またそれらの代表者たちがどれほどの功績を挙げたにしても、それでもやはりそれらが実質的な法哲学に取って代わることはできない。そのうえ純形式的な法理論には、法をひとつの「公理論的な体系」（クルーク）に閉じ込め、それを流動的な生活にとって近づき難いものにしてしまうという危険が待ち伏せている。最近では、古来の伝統（アリストテレス、キケロ）の再生のもとに「アポリア的」処理を展開し、これによって「開かれた体系」<sup>22)</sup>のなかに準拠を見出すことができるようなトビック論ないしはレトリック法学がこれに対応する試みをしている。この解決が意味しているのは、開かれた体系における論証である！ この解決を論証理論は解釈学と同様に旗印にしているのである（詳しくは後に多くのことが述べられる）<sup>23)</sup>。

## 二、二、四、六 分析論—解釈学—論議

なお分析論—解釈学—議論について一言。法哲学の革新は、内容のない概念は空虚であり、概念のない直観は盲目であると

いうカントの洞察から出発しなければならぬ。今日の理論的な論議の基盤のうえでは、これを次の公式に乗せることができる。すなわち、解釈学のない分析論は空虚であり、分析論のない解釈学は盲目であるという公式である。もつとも過去数年間においては、両方向は互いに補い合うというよりも多く闘い合ってきた。分析論的方向は解釈学を、それは非合理的であると非難する（それは当たっていない。解釈学それ自体は非合理的なものではない。それは、合理的でないか、もしくは純然として合理的でない諸過程に、そしてこのようにして法哲学に光を当てるのである）。解釈学は解釈学で、それが法哲学の、そもそも人間の現実的な諸問題に対するどのような解答も持ち合わせていないことを分析論になすりつける（この種の解答を手に入れることを、それは全く求めもしない。それゆえ、分析論が、それだけで法哲学を代表するという要求を高めるときに、それは憂慮すべきものになる）。

最近では、互いに対立することをやめ、ともに連れ立ってゆくという顕著な傾向が示されている。この方向へ向けてのきわめて重要な一步を、すでにゲオルク・ヘンリツヒ・フォン・ライトがその著『説明と理解』（一九七四年）のなかで踏み出している。この関連では、その著『法律適用についての論理学的研



究』(一九四三年)が実証しているように、論理学的思考と解釈学的思考とを結びつける技術をすでにわがものにしていたカール・エンギツシユも挙げられなければならない。

続いて挙げられなければならないのは、一九八六年に刊行されたその著『法の帝国(Law's Empire)』のなかでガダマーと取り組んでいるロナルド・ドゥオーキンである。ホセ・ド・ソウサ・エ・ブリト(一九三九年生まれ)は、その著『法と倫理の哲学(Philosophia do Direito e do Estado)』のなかで分析論と解釈学との共演を、なおいつそう明瞭に叙述している。そしてこれ以外の名称も、たとえばアンドレス・オレロ・タッサラ『法学と哲学』(一九七八年)をこれに付け加えることができよう。ほんの数年前に大多数の分析論者があつさりと解釈学に移行している。事態は根本的に変わつていたのである。法学的解釈学の文献は雪崩のように増えてきているのであり、またこれは、決してドイツ語圏に限られたことではない。われわれはまことに分析論を、しかしまた解釈学をも絶対視することができないのである。

## 二、二、五 自然法と法実証主義の彼方

自然法と法実証主義との間の「第三の道」もしくはかたにに向けた探究は、(純形式主義的および機能主義的な方向をいったん度外視するとすれば)今日では世界に広がる法哲学の当のテーマである。

### 二、三、五、一 グスタフ・ラートブルフ

先の一七三頁ですでに述べられているように、自然法と法実証主義との見通しのない陣取り合戦を克服した最初の人がグスタフ・ラートブルフ(一八七八—一九四九年)であった。今日的な隠語で語られようとするならば、ラートブルフはその法哲学をもつてひとつの「パラダイム転換」を、ヘーゲル以来ほとんど例外なく形式的に営まれた、大抵は「法の一般的理論」と名づけられた(ラートブルフによって「法哲学の安楽死」と呼ばれた)法哲学からの方向転換と、諸々の形式や構造だけでなく、諸内容がそこで問題になつていような実質的な法哲学の新たな根拠づけを成し遂げたのである。もつともラートブルクもまたケルゼンと同様に、彼がアプリオリな、一義的な、必然

的な諸言明は、諸形式についてのみ可能であり、諸内容については可能でないと考えた限りで、カント主義者であった。だがケルゼンがこの理由から形式的なものに自らを限定したのに対してラートブルフは、それにもかかわらず諸内容について、諸価値について哲学した。このために彼は、そのカント主義的な立場からして、ひとつの代償を、ひとつの大きな代償を、すなわち価値論的(法哲学的)相対主義という代償を支払わなければならなかったのである。

ラートブルフに関する文献のなかでは、彼の生涯のなかで、とくにその法哲学のなかでひとつの「大変革」が、「ダマスカスの体験」というものさえ存在したのか、それとも、彼において疑いもなく確認することがき、彼によっても否認されていない諸々の変化は、亀裂なく前へ前へと進行する発展というものの表現であったのかという問題をめぐって激しい論争が燃え上がっている。極端な言い方をすれば、かつての「実証主義者」ラートブルフは、ナチス不法国家の印象のもとに「自然法論者」に変わったのかという問題である。

ラートブルフの作品には、この種の大変革を裏づけることができるであろう箇所が存在している。しかし反対の意味の引用を挙げることも困難ではない。すでに一九一九年にラートブ

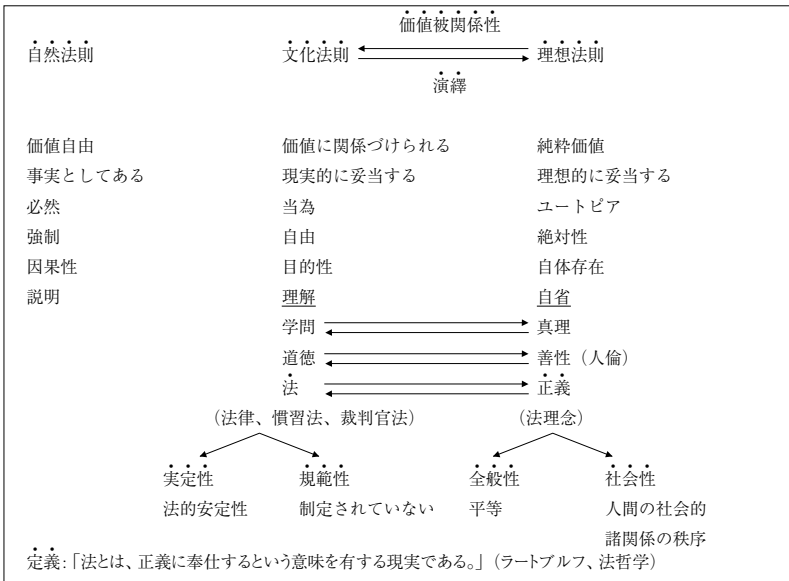
ルフは実証主義を「権力の偶像崇拜」と呼んでおり、すでに一九一四年の『法哲学綱要』には、「明らかに不正な法のためのどのような正当化も考え出すことはできない」という文が載っている<sup>(20)</sup>。他方で、彼はナチス不法国家の印象のもとにあっても完全に法実証主義から開放されたのではない、彼は法理念のひとつの構成要素である法的安定性を決して漠然とした自然法というもののために犠牲にしなかった。ラートブルフがかつて、ある実体的に把握された自然概念から客観的でつねに真なる法的諸命題を導き出すことができるとする、「古典的な」自然法の革新を考えていたことを示唆するものは全く存在していない。彼が自然法とみなして承認したのは、すでにフォイエルバッハの場合と同様に、国家的立法に先置きされており、任意処分が可能でないが、しかしそれにもかかわらず歴史的存在であるような、ある種の人間の諸権利、それゆえに大体において、われわれが基本のおよび人間的諸権利と呼んでいるところのものである<sup>(21)</sup>。

ラートブルフは昨日の敵対的な諸立場に弧を張るひとつの橋である、彼の法哲学は、全体として見られ、恣意的に個々の言明が取り出されることがなければ、その足場を自然法と実証主義のあなたに置いている。この橋をなしているのは、ラートブ

図表3 存在と当為との関係（三つの基本的見解）

存在	1. 存在と当為とは同一である（「方法一元論」） 古典的（理想主義的）自然法論 （トマス・アクィナス、新トマス主義者、ヘーゲル）	2. 存在と当為とは異なっている（「方法二元論」） カント、新カント主義者（ケルゼン、ラートブルフ） 法実証主義（ベルグボーム、ゾムロ） 分析的法理論（ハート、ロス）	3. 存在と当為とは等価的である；相互連関（「方法的両極性」） 弁証法（ヘーゲル主義者：シェンフェルド、ビンダー、ラレンツ ——マルクス主義者：プロッホ、クレンナー） 類比：当為と存在との相応化としての法 （アルトウール・カウフマン、ヴィンフリット・ハッセマー） 事物の本性：理念の素材被規定性—素材の理念被規定性 （後のラートブルフ、マイホーファー）	当為
	↓		↓	
	<p>感覚的世界（Mundus sensibilis） 現象人（Homo phainomenon） アポステリオリ（a posteriori） 直観 知覚可能な現象 経験的</p> <p>経験 内在的 開かれた体系 トピック論（問題学） 事例 具体の一実証的 実力（事実的） 有効性 他律 強制 因果性</p> <p>利益法学 法社会学（法心理学） 「事物」 「基盤」 .....</p>		<p>叡知的世界（Mundus intelligibilis） 本体人（Homo noumenon） アプリオリ（a priori） 概念 本質 超経験的 （「形而上学的」） 思考 超越的 閉じられた体系 公理学 規範 抽象的—一般的 権力（精神的） 妥当性 自律 自由 目的性（目的論） 合目的性 概念法学 規範理論 「本性」 「上部構造」 .....</p>	

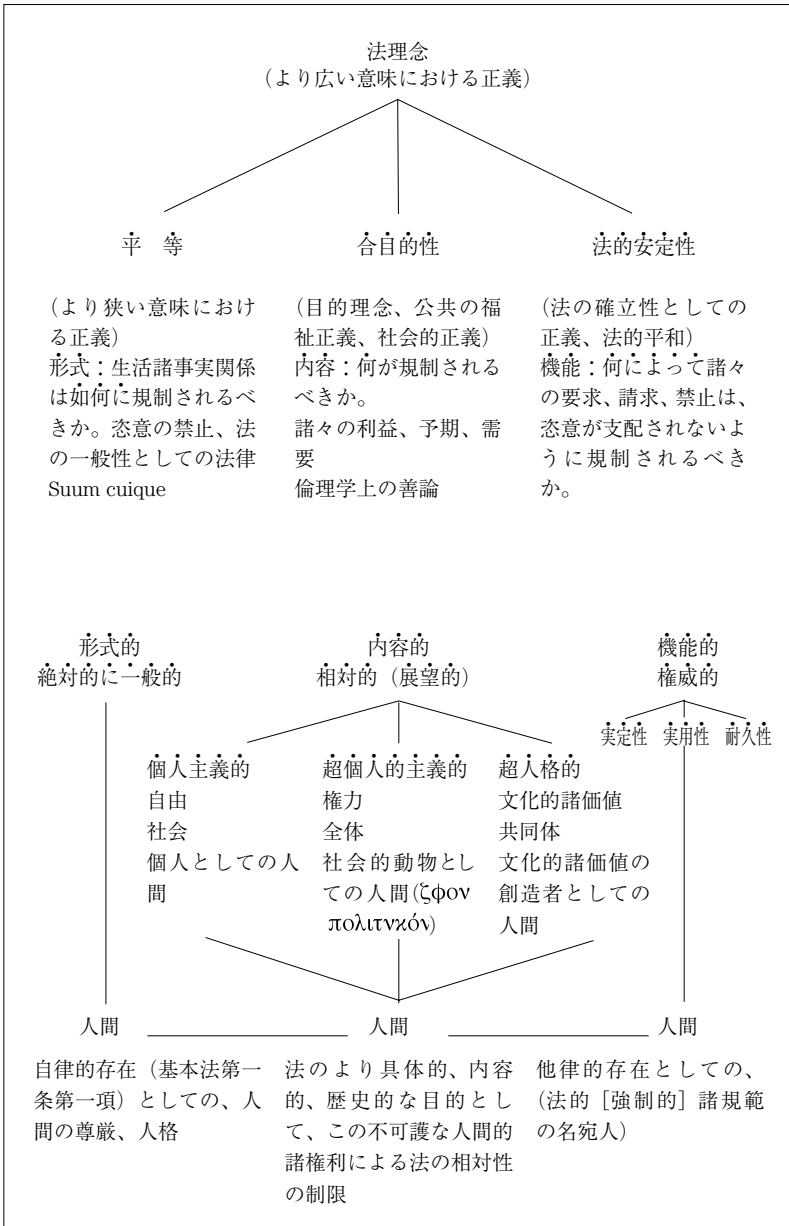
図表4 グスタフ・ラートブルフによる法の概念



ラートブルフにあつては何よりも先ずその法概念である。古典的自然法では「法」は絶対的な価値、すなわち正義と同置される。実証主義的な法概念にとつては、内容はそもそもどのような役割も演じていない。不正な「法」であっても、それが形式的に正しく作り出されてさえいる限り、この法概念に該当する。彼が生涯にわたつてそこに立ち止まつており、それにはどのような変化も存在しなかつたラートブルフの法概念は、この両方向のいずれからの帰結でもない。彼は実際のところ、ひとつの「第三の道」を表しているのである。

ラートブルフの法概念を理解するためには、その哲学の系譜について、簡潔にいくらかのことが述べられなければならない。彼の哲学上の出発点は、かつては南西ドイツのカント主義であり、そのさいとりわけエミール・ラスクの価値論的端緒の影響を受けており、もうひとつは存在と、当為との方法二元論(存在と当為との、現実と価値との関係は法哲学の根底的な問題である。図表3(前頁)では主要な諸方向がその諸帰結とともに描出されている)である。ここから彼は自然諸科学の価値自由な態度、倫理学の評価的態度、その間にあつて文化的諸科学の価値関係的な態度、およびそのうえに宗教の価値超克的な態度を区別した<sup>(23)</sup>。文化に属している法は価値に関係づけられて

図表 5



いる。それは、正義に奉仕する、という意味をもつた現実である。<sup>(20)</sup>この法概念は二つの方向から注目に値する。ひとつには、それは実証主義的ではない、ということである。実証主義的な法概念は、法とは形式的に正しく発せられた任意な内容の諸規範の総体であるとしか述べていない。「法それ自体」は全く存在しない。それは法律諸規範に対するひとつの総称にすぎない。これに対してラートブルフにあつては、正義に関係づけられ、それへと方向づけられている諸規範だけが法たる質を有している。もうひとつには、「正しい法」が絶対的な法価値、すなわち正義と同置されることから、ラートブルフの法概念は、自然法的ではない、ということである。諸価値それ自体は、ラートブルフの価値論の見解によれば理念的な世界にのみ属しているのであつて、現実の世界には属していない(これについては図表4および以下を見よ)。ラートブルクにあつては「近似値的な仕方」でしか正しい法は存在していないのであるが、しかし「非難すべき法」は彼によって、その初期においても決して受け容れられなかった。彼が一九四六年にそれをもって大きな名声を博した「法律上の不法」の無効性についてのラートブルフの理論は、根本において彼がすでに初期に(すでに一九一四年の『綱要』のなかで)構想した法概念のひとつの帰結にす

ぎず、彼はただ力点を、初期ではそれを法的安定性の側に、後期ではより多く実質的正義の側に置くというようにして、変えただけである。

ラートブルフはその法の定義から、正義の理論というものを、それも正義の諸内容の理論を展開することを考えていた。彼はこれをすでにきわめて早くに成し遂げており、また彼によって考え出されたモデルは、たとえ当然のことながら展開が彼の死以後は滞つたままではないとはいえ、法哲学上の正義論議の基盤になつてゐる(一八一頁の図表5は、このような形でラートブルフによつて呈示されているものでは決してないが、しかしそれは、私が「彼との」対話から知るように、彼の晩年の法哲学上の見解に対応している。この図表は、あたかも人間が法理念の発露であるかのように、「上」から「下」へ向けて読まれる必要はなく、むしろ事態は、法理念は人格的な人間のさまざまな形態における理念であるということにある)。

ラートブルフの正義の理論は、平等原理(等しいものは等しく、等しくないものは相応に異なつて扱ふこと)は確かに絶対的に妥当するが、しかし形式的な性格しか有していないということから出発する。それゆえ、ある内容的な原理、すなわち目的の理念がこれに付け加えられなければならない。これは実質的

であるが、しかし相対的にしか妥当しないのであって、それというのも、法の三つの最高価値、すなわち個人主義的な価値、超個人主義的な価値、超人格的な価値がその順位に決着をつけることができず、意のままにされているからである。そこから、法的安定性のためには法内容を権威的に確定することが必要である。もつともラートブルフの理論は、そこには相対主義を犠牲にして諸価値も組み込まれているがゆえに、またしても実証主義的ではない。またそれは、法理念から「絶対的に正しい法」が帰結されないがゆえに、自然法的ではない。これについて詳細に述べることは、残念ながら任意に処理できる紙数が許していない。

とはいえ、ひとつの点がこの箇所で見目されなければならない。ラートブルフは全くのはじめから、彼が「客観的解釈説」を信奉していた限りでも、正統的な実証主義を乗り越えていた、ということである。一貫した法実証主義者であれば、裁判官（および法的に判断するその他の者）は、法律に具体化されている立法者の意思に拘束されていなければならない（これを厳密に考えると、制度的法秩序の無欠缺性が前提とされる）。これに対して客観説によれば、歴史的立法者が事実として何を求めていたのかが重要でなく、いずれにせよもっぱらそれだけ

が重要なのでなく、むしろ法律ないしは考えられた今日の立法者であれば、この特定された状況にとつていまいこと（*hic et nunc*）何を意図しなければならないかが重要なのである。

多くの批判者が、ラートブルフの法哲学はそもそも「体系」というものを有しているのかを疑ってきた。この疑問には全く根拠はないというわけではない。それというのもラートブルフは、自然法と法実証主義流儀の「閉じられた体系」というものを呈示していなかったからである。しかし「開かれた体系」というものであれば、彼の法哲学には明瞭に現存している。このためには一連の手がかりが、たとえば「開かれた体系」と客観的解釈説、「整序的諸概念」（「類型的諸概念」）の理論および、格別に重要であり、ラートブルフによって斜体で強調されているにもかかわらず大抵は見過②されている法学的解釈学への対応が、それも法学的実証主義の再生と関連して存在しているのである。もちろんラートブルフを、シュライエルマツハー、デイルタイ、ガダマーの意味における解釈学者と呼ぶことは決してできない。しかし彼がどれほど解釈学的思考に通じていたかは、ラートブルフがその『法哲学綱要』（いまや一九九三年のラートブルフ全集第三巻（Gustav Radbruch Gesamtwerke, Band 2, 1983）五八頁以下）に付した、きわめて具象的な注が

示している。「法概念の演繹はひとつの明白な循環において進展する。それは法を、法価値を——そのために法価値が妥当を要求しているものを——迂回して見出そうとするが、しかしい

まや、その制度的な構成部分が法である共同体と関連づけることによってしか法価値を規定することができない。しかし、たとえ共同生活のある法免疫的な概念を獲得することには成功しなるとされようとも、それにもかかわらずわれわれの演繹が、すでにあの循環推論であるがゆえをもって無価値であることにかならないであろう。法の現実が、ひとつがアプリアリな、もうひとつがアポステリオリなというように、たとえこの構成部分のいずれもが他との関連づけによってしか規定され得ないであろうとも、二つの構成部分に分解されることによって、それは明らかになるであろう。まさにこのような循環推論において、すべての哲学が永遠に認識し得ない秘密を経巡って進展しているのである。このような循環哲学のやり方は、しかし両側からトンネル掘削を試みることに、両側から法概念に着手することという——二つの坑道が互いにおつかるならば、それでうまくゆくのである。哲学においてはすべてを包括する思考の内面的な一貫性より以外の真理証明は全く存在し得ないのである。それは少なくとも先験的でもある真理のひとつの徴候である。」

解釈学とは何であるかについての、これと同様の適切な性格づけに出遭うまで、解釈学上の文献のなかに長期をかけて捜し求めることができるのである。

## 二、三、五、二 キリスト教法哲学

キリスト教法哲学（仮にそのようなものが存在するとして）の領域においても、実証主義に辿り着くことなく伝統的な自然法の袋小路から抜け出る試みに欠けるところはない。カトリックの自然法論に関して言えば、それは決して実証主義のとりこにはならなかった。それは、自然法の理念は死んだと信じられた当時でも、この理念を固持し、それをさらに学問的に探究している。私はヴィクトール・カトライン（一八四五—一九三一年）とヨゼフ・マウスバッハ（一八六一—一九三一年）だけを挙げておく。今日の場面は、もはや最も一般的な諸原理しか自然法として妥当させようとしないことによって特徴づけられている一方で、きわめて影響力のある現在の自然法論者、ヨハネス・メスナー（一八九一—一九八四年）が言うように、残りのすべては「社会の成員の意志にゆだねられる」ものとされる。<sup>(20)</sup> 実質においていっそう厳格なやり方をしているのがハインリッヒ・ロンメン（一八九七—一九六七年）である。彼は、もはや



次の二つの規範しか自然法として承認していない。「正しいことを為し、正しくないことを避けることおよび古来の尊い原則、すなわち各人にその分を。」カトリック自然法論者が包括的な、普遍的に妥当する自然法秩序への思想を放棄したことは確かに認められなければならない。しかしそれは、それが法における不可任意処分的なものを全く数少ない最も普遍的な諸原理に短縮するというようにして、別の側面から過度に営んでい

るのではないかは、ひとつの問題である。

プロテスタントの法理論は、当然のことながら法実証主義の弱点に対応するのにより大きな難問を抱えてきたのであって、それというのも、自然法の伝統というものがここには存在しなかったからである。それでもすでにスイスの神学者エミール・ブルンナー（一八八九—一九六六年）の一九四三年の著書「正義」が、この陣営においても自然法と実証主義のかたの新しい岸に通ずる道がこじ開けられていることを示している。いくらか後に（一九四八年に）フランスの福音派の法哲学者ジャック・オーリユ（一九二—一九九四年）の著書「法の神学的基礎づけ」が現われ、そこで同様に、カール・バルト（一八八六—一九六八年）によって創設された「キリスト教学的」方向から法の革新を促進する試みが企てられた。ドイツではとりわ

けエルンスト・ヴォルフ（一九一四年生まれ）がこの意味において研究したが、しかしエリック・ヴォルフ（一九〇二—一九七七年）と連邦通常裁判所初代長官ヘルマン・ヴァインカウフ（二八九四—一九八一年）もこの関連で言及に値する。ここでは全くプロテスタント的な側面から「自然法的に」論証されたが、しかしそのさい古典的な自然法理念を再び蘇らせていない。そのさいどのような方向に照準が合わせられたのかは、クラウス・リッター（一九一八年生まれ）の著書の題名「自然法と法実証主義との間」にはつきりと表現される。しかし自然法に対しては、原則的に控え目にとどまっている。考えられているのは自然法の諸規範というよりも、例えて言えば、家族、教会、国家、財産といった、「神の財団」としてすべての国家権力に先置きされている「諸制度」である。これがいわゆる「制度的法観」であり、そのもともとの創始者はフランスの国家学者であるモーリス・オーリユ（一八五六—一九二九年）であり、ドイツ語圏では主としてハンス・ドンボイス（一九〇七—一九七七年）によって代表される。

## 二、二、五、三 法人間学

最近では多くの地盤を獲得し、法の革新のために寄与してき

た(そしてこれはしばしば自然法―実証主義―論争の克服という意味においても)ひとつの教科が法人間学である。

すでにラートブルフの正義理論が一貫した継続においてすべての法の根拠と目標としての人間を指し示している(もう一度一八一頁の図表5を参照)とともに法人間学を指し示している。もっとも彼自身はこの種のを練り上げていない。これは、当時では時代の趨勢ではなかったのである。そもそも人間学は長期にわたって学問の一人の継子であった。これについては、諸々の説明が存在している<sup>(24)</sup>。

もちろん哲学においてはすでにつねに何らかの仕方人間を問う問題が存在していたのであるが、しかしこのテーマは支配的な中心点にはなかった。古代は、人間がその一部とみなされた宇宙を巡って、自然を巡って巡回した。同様に中世では、人間は神に発する創造秩序の一分枝であった。プラトン、アリストテレス、アウグスチヌス、トマス・アクイナス、ニクラウス・フォン・クエスにおける人間学という言い方は、それゆえにできないのである。せいぜいのところストア学派に自然法的人間学というもの<sup>(25)</sup>の初期の端緒を発見することができるのであり、多くの者が「… natura enim iuris explicanda nobilis est, eaque ab hominis repetenda natura, considerandae leges quibus

civitates regū rebeant」というキケロの発言に今日でも妥当する法人間学<sup>(26)</sup>の研究の綱領的命題を認めようとしている。このように見れば、近代の自然法にも――ホッパス、スピノザ、ロック、トマジウス、ベンサム、ルソーに――ならびになおヒューゴ、アーレンスそしてレダーにも法人間学の問題提起を確認することができる。しかし本来的な意味における人間学というのは、これらすべての潮流は、それらが全く圧倒的に人間を前もって与えられた世界秩序から開放するどのような可能性も知っていなかったがゆえに、意味していない。そして近代が人間を、それを担っている諸々の根拠から解き放ち、彼を自分自身で立たせたところでは、それは彼を理性の「主体」として、認識の主体として、結局のところ超越論的な主体もしくは汎神論的な全一理性としてしか見なかつたのである。カントもまたその『実用的見地における人間学』(第一版、一七九八年、第二版、一八〇〇年)〔洪谷治美訳(カント全集15『人間学』、岩波書店)所収一頁以下〕においては倫理的人格としての人間に對してのみ関心をもっていたのであり、その被造物としての特有性における人間に對してではない。

現に確かに多くの「人間像」が存在したが、しかしそれらが人間学であるのでは全くない。突発はフリードリッヒ・ヴィル

ヘルム・シェリングに生じ、次いで生の哲学がこのテーマを取り上げたのであり、アルトゥール・ショーペンハウアー（すべ  
ては先の二、二、三、三、五）もここで言及されなければなら  
ないのであるが、しかし独自の科学的人間学というものはエ  
ドモンド・フッサール（先の二、三、四、四、一）の現象学的  
方法を通じてはじめて可能にされた。それから出発したマツク

ス・シェラー（先の二、三、四、四、二）は、人間学上のテ  
ーマをはじめて明確に定式化するとともに、現代の哲学的人間  
学の先駆者になった。<sup>(20)</sup>後の人々は、たとえばルートヴィック・  
クラージェス（二八七二—一九五六年）、ヘルムート・プレスナ  
ー（一八九二—一九八五年）、エーリッヒ・ロタツカー（一八八  
八—一九六五年）、アドルフ・ポルトマン（一八九七—一九八  
二年）、アーノルド・ゲレン（一九〇四—一九七六年）はす  
べて、多かれ少なかれ現象学によって形づくられている。実存  
哲学の内部では、とりわけジャン・ポール・サルトル（先の  
二、二、三、四）が人間学的研究を行った。<sup>(21)</sup>すでにアンリ・ベ  
ルグソンが先鞭をつけていたフランスにおける人間学は、総じ  
てその大きな展開を経験している。ガストン・バヒエラート  
（二八九四—一九六二年）とモーリス・メルロー＝ポンテーイ  
（二九〇八年—一九六一年）だけを挙げておこう。最近では行

動研究が人間学的研究のひとつの重点をなしている。ここでは  
コンラート・ローレンツ（一九〇三—一九八九年）が先駆的な  
業績を果たしている。

前述のことは、法人間学の固有の歴史というものは存在して  
いないことを理解させる。それどころか、現在においてさえ、  
この名称の教科というものがいまだ確立されていないのであ  
る。ヴォルフガング・フィケンチャヤーは適切にも、この視点に  
おける方法上の意識がいまだ展開し始めたばかりであると述べ  
ている。<sup>(20)</sup>ある一定の法人間学上の問題提起に向けていまだ全く  
意見が一致していないのである。とりわけヤン・M・ブレック  
マン（一九三〇年生まれ）とエルンスト＝ヨアヒム・ランベ  
（一九三三年生まれ）<sup>(21)</sup>に代表されるひとつの方向は、法人間学  
に明白な法哲学的力点を置いている。それは、法を人間の規定  
から正統化しようと試みる（そこにこの『法哲学の問題史』も  
流れ込む）。その最も重要な代表者がレオポルド・ポスピシル  
であるもうひとつの方向は、法人間学「法人類学」をひとつ  
の純経験的な教科と見る。その研究領域を内面化、順応および  
同化という見出し語をもって、次いで行動学的、心理学的、民  
俗学のおよび様々な法人類学、さらには逸脱行動の観察と記述  
ならびに文化のおよび副次文化的な行動様式をもって暗示的に

指し示すことができる。

ヨゼフ・J・M・ファン・デア・フェン(一九〇七—一九八八年)がそのライフワークの大半を捧げた<sup>(23)</sup>本来の哲学的人間学は、今日では生命工学とくに遺伝子工学の時代において眼に見えて増大する位置価値を獲得している。後に続く多くの世代に対して諸々の効果を伴って世界の相貌を変えかねないこの主の技術がどの程度まで「公共善(bonum commune)」と、人間の幸福と調和するのか。基本法第一条第一項に定められた人間の尊厳の尊重は、この関連では何を意味しているのか。<sup>(24)</sup>

今日の法哲学において、われわれはもともと法とは何であるかを知らないという意識が支配的であるとすれば、それは、そもそも人間とは何であるかについての、もつと深いところにある茫然自失のひとつの反省である。ドストエフスキーはかつて、「蟻はその蟻塚の公式を、蜜蜂はその蜂の巣の公式を知っている——しかしそれ以上のことを彼らは知る必要はない。ただ人間だけがその公式を知らない」と言った。<sup>(25)</sup>

## 二、二、五、四 開かれたシステムにおいて論証する

こと

先に(二、二、四、五)、両者ともに閉じられた体系の合理

主義的な理念に捕らわれている自然法と実証主義の克服は、本質的に体系の開示を通して達せられたこと、開かれたシステムにおける論証!という解決策は法学的解釈学も法学的論証の理論も旗印に掲げていたことが述べられた。これについて、次にいくらかのことが述べられなければならない。

## 二、二、五、四、一 解釈学

自然法と実証主義は客観主義的な認識概念に、実体存在論的な法概念に、既述のように、閉じられた体系というものの理念に専念してきた。解釈学——その古典的思想家は、フリードリッヒ・エルンスト・ダニエル・シュライエルマッハー(一七八六—一八四三年)、ヴィルヘルム・ディルタイ(一八三三—一九一一年)、マルチン・ハイデッガー(一八八九—一九七六年)、ハンス・ゲオルク・ガダマー(一九〇〇—二〇〇二年)である——はこれらすべてのドグマに宣戦を布告した。

解釈学(Hermeneutik)のもとに、エルンスト・フリードリッヒ・ダニエル・シュライエルマッハーの一語に従えば、通例として「理解の技術理論」が理解される。これが正しい分だけ、解釈学は他の諸々の方法のなかのひとつの方法であるという、しばしば出合う見解は、やはり当たっていないのである。

それが特殊的に理解諸科学の場合に方法論的な諸機能をも有していることは、確かである。しかしその本質からして、それはどのような方法でもなく、先験的哲学である。これはすでにシユライエルマツハーの場合にそうであったし、後の天才的な解釈学者、たとえばデイルタイ、ガダマー、リコールの場合にもそうであった。それは、意味理解の可能性一般の諸条件を挙げるといふ意味において先験的哲学である。それはどのような方法も指定していない。それは、どのような諸条件のもとに何らかのものを理解することができるのかを述べているだけである。そして理解する精神に接近できないであろうものは何も存在していないことから、解釈学は普遍的な性格を有しているのである。<sup>(註)</sup>「物理」についての、もしくは「宗教」についての、「法」についての理解と同様に先験的な諸条件のもとにある。解釈学のこの普遍性は、しかしどのような場合でも絶対的なものであるとして誤解されてはならない。解釈学は、世界と、そしてまた法と交わる多くの方法のひとつであり、それゆえにそれは他の諸理論、たとえば分析理論もしくは論証理論に対して眼が閉じられてはならない——それどころか、それはまさにこれらの理論の必要性を指示しているのである。

意味理解の可能性の先験的諸条件がどのようなものであるかを、ここでは短くまた不完全に指摘することしかできないであろう（詳しくは後の「本書『現在の法哲学と法理論への案内』の」Schubertによる第六章のなかで）。

解釈学は客観的な認識概念に対して、異議を申し立てる。それは理解の諸現象のための主観—客観—図式（認識する者は対象を、主観的な諸契機を混入させることなく認識する——対象の意識における模写としての認識）を廃棄する（これは、今日では自然諸科学においてさえもはや争われていない）。むしろ理解することとはつねに客観的であると同時に主観的であり、理解する者は「理解の地平」にも入り込んでいるのであり、彼は理解すべきものを単に消極的にその意識のなかに模写するのではない、彼はそれを形態化するのである——もしくはこうである。彼は事例を単に法律のもとに「当てはめる」だけで、この成り行きにあつては完全に外部に留まっているのではなく、彼は、そう呼ばれているところの「法の適用」にあつてはひとつの積極的に形態化する役割を演じているのである。そして、法の客観的正当性というものを解釈学的な理解過程の外に求めることが無目的であるのと同様に、理解諸科学における合理性を理解する人格性から切り離そうとするどのような試み

も失敗するものと定ま<sup>(28)</sup>っている。

しかし認識における主観―客観―図式の廃棄は、たとえば状況倫理学やサルトルの実存主義へとといった主観主義へと方向転換すること、を決して意味していない。解釈学者の思考は瞬間の偶然に捕らわれたままであるのではなく、「われわれがそこに立っている公的な世界の共通の地盤」としての、「われわれがそこから生きてくる公的な洞察の確保された現在高<sup>(29)</sup>」としての伝統の「遺産」から生きてるのである。解釈学は、「理解しようとする者は、伝承によって語られる事物と結びつけられており、伝統との連結を有しているか、もしくは獲得して、伝承から語るということ」から出発する。そして形式主義的な合理主義者のすべてに対しては、そのように理解する伝統と理性との間にはどのような法則も成り立っていないと、もう一度言っておこう。

法の発見が単に当てはめという消極的な行為にすぎないのでなく、法の発見者がともそこへ入り込むひとつの形態化的な行為であるということは、法は実体的なもの、ではいさぎもないこと、それは、シュティフターの『ヴィチコ』に言われるように、「諸事物のなかに」置かれているのではなく、むしろすべての法は比例的な性格を有していること、法は何か連関的な

ものであり、それは人間同士の、そして諸事物との関係において成り立っていることを意味している。このような法的思考にとつては「開かれたシステム」しか、そしてこの意味において「相互主観性」しか存在し得ないのは、このさい自明のことである。

意味を帯びたものを理解するということがひとつの純然たる受身的な成り行きではないのであれば、それはつねに理解主体のひとつの自己理解でもあり、そして何よりもこれである（彼は判定を「法律」からのみ受け取り、一定の態様にあるその人格から受け取るのではないと思っている裁判官は、ひとつの錯誤に、それも運命的な錯誤に屈服しているのであって、それと<sup>(30)</sup>いうのも、彼は自分自身に依存したままであるからである）。理解する者が「前理解」（ヨゼフ・エツサー）もしくは「前判断」（ハンス・ゲオルク・ガダマー）をもってテキストに歩み寄る場合にのみ、彼はテキストを言語にまで持ち来らせることができるのであり、彼が――彼を担っている伝統のすべてとともに――理解の地平にともに入り込む場合にのみ、彼が（暫定的な）帰結としてすでに先取りしていたものを、彼は論証的に根拠づけることができるのである（「解釈学的循環」もしくは「螺旋」<sup>(31)</sup>）。解釈学は論証理論ではないが、しかし前者は後者を

必要としているのである。

## 二、二、五、四、二 論証理論

いましがた述べられたことからして、ひとは解釈学と論証理論とは密接な親交を結んでいると考えたい気になるであろう。しかしながらそれがそうではないのである。論証理論 (Argumentationslehre) は主として分析論に由来している。この由来を、今日でもほとんどの論証理論家に確認することができる。論証理論が教えるところのすべてを報告することは、ここでは可能でも、また必要でもない。とくに、ウルフリット・ノイマンが述べているように、法学的論証の当の理論というものはそのもも存在していないのである。現に、「トピク論」と「レトリック論」を論証理論の特別な種類とみなすことができるかということからして、すでに疑問である。それでもまさに論証理論と結びつけられる「開かれた体系」の理念に関してさえ、論証理論家たちの間で意見の一致を見えない。「開かれた」体系というものはそもそもどのような体系でもなく、それゆえに体系的思考は問題的思考 (アポリア的思考) というものに席を譲らなければならないという意見が (たとえばシュレッケンベルガーによって) 唱えられる。ともかくもどの論証理

論家も自然法と実証主義流儀の閉じられた体系というものを弁護していないのである。当てはめ思想もまた、論証理論とは無縁である。その最も重要な諸帰結のひとつがまさに、文法的、論理的、歴史のおよび体系的解釈という四つの「契機」(論証の様式) の閉じられた数しか存在していないとする (実証主義はこの限界づけを要求している)、サヴィニーに由来する、今日でもなお完全には克服されていない解釈論が誤りであることを証明したことである。法的な諸判断がそれらによって根拠づけられるには、挙げられた四つよりもはるかに多くの論拠が存在しているのである。たとえば法的安定性もしくは正義の保障、帰結評価、法感情、実用性、法的統一性等々。可能な論拠の数は原則的に限られていないのである。

論証理論の (しかしまた他の諸理論、たとえば契約理論の、討議理論の、そもそも倫理学の) 全く中核的ではあるが、しかし際立って困難な問題は、諸論拠の順位を問う問題である。現により強い諸論拠とより弱いそれらが、「勝者の諸論拠」と「敗者の諸論拠」が存在している。様々な段階づけの優先原則が存在している。しかし、論理的に必然的であるような、純然たる合理的な諸基準に立脚しているような段階秩序というものが存在するのか。それとも事情は、カール・エンギツシュが言

うように、「事例から事例へと、満足のゆく帰結へと導く解釈方法を選ぶこと」<sup>(20)</sup>が裁判所の実務である、というようなことにあるのではないか。

ところでしかし、われわれはすでに、その取扱いを第二、三節で留保されている方法論議の真つ只中に置かれている。そこで、論証理論を特徴づけているいくらかの数少ない視点だけに注目する。

「開かれた体系」はすでに挙げられた——それとも、そもそもそれに代わるどのような体系も「問題思考」でない。

次に、解釈・規準の完結したカタログは全く存在しないということである。既述のように、論証の数は限られておらず、支配から免れた合理的な討議においてはすべてが許容されなければならないのである。

その限りで論証理論は解釈学と手に手を取り合って互いに進行する。

とはいえそのさい、論証理論は、それが解釈学をひとつの非合理的な形而上学とみなすがゆえに、反・解釈学的になる。しかしながらこれは、先にすでに述べられたように、ひとつの誤謬である。解釈学は合理的である。それは、非合理的なものと同可能な限り合理的に交わるという標語に従って、法発見の場合

がそうであるように、(全体的または部分的に)非合理的な諸々の成り行きと取り組むのである。

さらに、論証理論は反・存在論的であるが、そのさい「存在論的」という言葉が無反省に「実体存在論的」に切り詰められる(解釈学も実体存在論には反対である)。他では、論証理論も「存在論的」含意に基づいていることには全く疑いはない。<sup>(21)</sup>

最後に、論証理論は主観・客観図式の解釈論的廃棄とともにするのではなく、客観性を主張する、<sup>(22)</sup>それどころか、諸論拠の完全性と諸々の偶然性の排除をさえ要求する。<sup>(23)</sup>しかしこれはひとつの推定上の客観性にすぎないのであり、この点において論証理論は、分析的法理論もまたこれまでにそれができなかったように、いまだに自然法と法実証主義を超えていないのである。そしてこの推定上の客観性が純「論証的合理性」に代わる一片の「論証的権威性」<sup>(24)</sup>でもあることを意味していないか。

大多数の論証理論家が相対主義の問題を気遣っていないか、もしくはほんの周辺部分でしか気遣っていないこともまた、この「客観主義」にとって特徴的である。また、(ある)論証理論の提唱者の多数が学問と哲学における多元論を、そもそも否認するのではなくても、それでもむしろ否認すべきひとつの現



象であると考えていることがこの客観要求に特有のものであるが、これは、大多数の討議理論家と分かち合っているのも偶然ではないひとつの態度——時代錯誤的な態度であつて、それとというのも、多元論は真理発見におけるひとつの障害ではなく、真理に、もちろん「客観的な」真理というものではない（われわれはこれに到達することができない——教会だけがこれを要求することができるのであり、だからこそ教会はその内的な根柢をもつて反多元論的である）が、しかしそれでも「相互主観的な」真理に立ち至るためには最高に重要なひとつの条件であるからである。

ウルフリット・ノイマンが論証理論の見地から解釈学を「もちろん合意と相互主観性、論証と反省は解釈学的思考の専門領域ではない。しかし法学的解釈学はこれらの契機を、法の分析理論とは異なつて、テキストをもつて解明することができる。分析理論がテキストの意義と相互主観的な了解を、それがテキストの意義を全般的な意味論上の原則に従つてしか規定することができないという理由から、互いに引き離さなければならぬのに対して、解釈学的思考は『正しい』判定というものの構造の成り行きにテキストを組み込むことを可能にする」と判断するとき、確かに彼は正鵠を射ている。

## 二、二、五、五 「法の一般的諸原理(General Principles of Law)」の理論

自然法—実証主義—論争のディレンマから抜け出ようとする試みが、なおいくらか存在している。最後にわれわれは、これらの努力のなかでも特別に興味深く、今日では激しい議論の対象になつていくひとつの変形、つまりはとりわけ英米法圏において(スカンデナヴィア法圏においても) 討議されている法の、一般的諸原理(General Principles of Law)に注目することにしよう。ところで「法の一般的諸原理」と「法の諸原則」(法的諸規範)とを区別することは、ドイツの、それどころか大陸ヨーロッパの法理論においては長期にわたつて定着している。しかし英米領域において「一般的諸原理」と「ルールズ」とを区別することは、もっぱらずでに、そこでの法はケイス・ローであつて制定法ではないという理由からひとつの特別な意義を有している。またそのうえ、英米の理論は新しい、興味深い特色を議論に持ち込んでいる。

一般的諸原理について語られまたは書かれる場合には、先ずロナルド・ドゥオーキンの名が浮かんでくる。ドゥオーキンが最初に「一般的諸原理」と「ルールズ」との関係を——いずれにせよ英米(スカンデナヴィア)法圏において——ひとつ

の理論にまで展開した限りで、これは当を得ている。しかし、彼が先ずもつてこの問題を熟考したということではない。私はすでに一九六八年に『命令と規範 (Directives und Norm)』を書いているアルフ・ロスを挙げるだけしておく。

ドゥオーキンの立場を理解するためには、その師H・L・A・ハートの法理論について簡潔にいくらかのことが述べられていなければならない。<sup>(20)</sup>その実証主義的な分析論からハートは、(しかし法をもつばそこに根拠づけることはできない慣習の他では)規範的な拘束力を有している「ルールズ (Rules)」しか認めない。しかしながらこの「ルールズ」はつねに厳格であるとは限らない。それは「薄明地帯」、「漠然とした余地」を許す。ある困難な事例(「ハード・ケース」)が法原則によって一義的に覆われていないのであれば、裁判官がその裁量に従って判定を下す。裁量の幅の枠内であればつねにその判定は正しい。

ここの箇所で、つまりはハートが停止するところでドゥオーキンは開始する。<sup>(21)</sup>裁判官はどのようにして相異なる見解がそこでは成り立っている困難な事例において、それにもかかわらずある一定の判断に達するのか、と彼は問う。彼の見方によれば、これはひとつの解釈の成り行きである。<sup>(22)</sup>もつとも、これだ

けではハートの立場に対して何ら根本的に新規なものではないであろう。

新規なものは、ドゥオーキンが「ルールズ」だけでなく、——実証主義的な見解とは反対に——法的に、それも立法、行政、司法の三つの国家権力に対して拘束力を有している「法的、一般的諸原理」をも認めていることである(彼は主として法の三つの根本的価値、すなわち正義、公正および法治国家性を挙げる)。この意味において彼はその理論を「実証主義に対する総攻撃 (General attack on positivism)」として把握する。<sup>(23)</sup>「ルールズ」と「諸原理」との間の差異をドゥオーキンは、前者がすべてかゝそれとも一無かの機能を有しており、そこからどのような幅をも許さないのに対し、後者は比重判定と意義の次元を有していることと見ている(わが刑法では、刑罰の幅の理論と点の理論との争いに対応している)。これとともにいずれにせよ、実証主義的な法概念は飛び越えられているのである。

ドゥオーキンによれば、裁判官はとりわけハード・ケースの解釈に当たっては「一般的諸原理」を顧慮しなければならぬ。彼は、ひとつの事例にとつてはつねにひとつの正しい解決しかあり得ないと確信している。もちろん彼は、そのためには

選択というものが、裁量というものが全く存在していない、このただひとつの、正しい解決を見出すためには超人的な能力をもつた法律家というものが前提とされなければならないことをはっきりと認識している（ドゥオーキンは彼をヘラクレスと呼ぶ<sup>(23)</sup>）。この「ヘラクレス」はもちろん、ひとつのフィクションであるが、しかしドゥオーキンは少なくとも、裁判官が「薄明地帯」の解明のためにその裁量権を行使するに当たっては「一般的な諸原理」を顧慮することを要求しているのである。

ドゥオーキンの理論はこの間に多くの者によつて攻撃され、修正されているのであるが、ここではこれに詳細に立ち入ることはできない<sup>(24)</sup>。「法の一般的諸原理」というテーマは、すでに言及されたように、わが国においても久しく存在している。最近では、このような法的諸原理を超える「第三の道」を見出すとすする諸々の試みも存在している。たとえばカール・ラレンツは、もっぱら法的諸原理——契約は拘束する（*Pacta sunt servanda*）、信義誠実、責任原理、平等取り扱ひ原理、比例性原理およびその他いくらかのもの——を超えるだけで「正しい法」に到達しようとする。ここに立ち現われる数多くの問題のひとつはこうである。法的諸原理は、もっぱらそこらだけで、正しく具体的な法的諸判定に至り得るには、（ドゥオーキンの

場合とは異なつて、原理は原則としてどのような余地をも許さないにせよ）余りにも抽象的かつ内容的に貧弱ではないか。そして、ドゥオーキンが考えるように、たとえ「ヘラクレス」に對してだけであつても、ひとつの、そしてただひとつの正しい解決しか存在しないのか。それともむしろ事情は、規範的なものの場合では、まさに記述的なもの場合に重要である「不可能である」、「必然的である」、「強制的である」という話法ではなく、主として「納得がゆく」、「辻褄が合つている」、「当を得ている」というような話法が存在している結果として同じ疑問についての全く複数の相異なる法的見解が等しく「納得がゆく」ものであり（法律家は好んで「是認できる」という言い方をしている）、この意味において「正しい」ものであり得るといふことにあるのではないか。この疑問は、いったん不問にしておくことにしよう。

英米の領域では、伝統的な実用主義と実証主義から抜け出ようとする何らかの試みも存在している。最近では「法の批判的研究（*Critical Regal Studies*）」が耳目を集めている<sup>(25)</sup>。しかしながらわれわれは、いまだ始まつたばかりのこの理論には、すでに紙幅という理由からして立ち入ることができない。あたかも現代の法哲学はもっぱら英米（スカンディナヴィ

ア、オーストリア)に根を下ろしているかのような、多くの場所  
 所で支配的な印象は、そもそも払拭されなければならないので  
 ある。現在の法哲学のいくらかでも均整のとれた像を伝えるた  
 めには、これに対して他の諸国の法哲学者たちのきわめて数多  
 い努力もまた評価されなければならない。ロマン語諸国もしく  
 はポーランドだけでも考えて見よ。「正しい法」——もしくは  
 は、それでもやはりより良き法——を追求している努力のすべ  
 てを描出することは、しかしながら本書の枠を飛び出すことにな  
 るであろう。

最後の各節ではすでに法認識の「如何に」について多く話題  
 になつてはいるが、これは、すでに冒頭で強調されたように、法  
 発見の「如何に」が考慮に入れられていないのであれば、法の  
 「何」については全く問題にされ得ないであろうことから、避  
 け難いことであつた。力点をより多く「何」にか、それともよ  
 り多く「如何に」に置くことができるだけである。以下におい  
 てわれわれは重点的に法認識の「如何に」と、そのさいとりわ  
 け法学方法論と取り組むことにしよう。

## 二、三 最近の法学方法論の歴史的展開

われわれはここでは、われわれの現在の諸問題の側面のもと

でのみそれが重要であることから、法学方法論の最近の歴史に  
 限定しなければならないし、また限定することができる。とは  
 いえ、ヴォルフガング・フイケンチャーによるより以前の、そ  
 してまた外国の(ロマンズ語諸国の、英米の)諸法の方法の包  
 括的な叙述をはつきりと指示しておくことが怠られてはならな  
 い。関心のある者はここにきわめ豊富な教示を見出す。<sup>20)</sup>

### 二、三、一 立法理論

この節の始めに立、法理論への簡潔な指摘が、これが通例とし  
 ては法学方法論の枠内では論じられることはないにもかかわらず、  
 ず、なされなければならない。今日までの伝統的な法学方法論  
 はつねに法律から具体的な法的諸判定を獲得する手続きだけを  
 扱ってきた。それをもって正しい法律に至る方法については、  
 一言も述べられてこなかったし、また述べられていない。

なぜそうであるのかは、自然法も法実証主義もどのような立  
 法理論も必要としなかったことから説明することができる。自  
 然法教義によれば、実定的法律 (lex humana) は前もって与え  
 られている自然的法律 (lex naturalis) から純論理的推論を通  
 して導き出された(いずれにしても、このように処理されると  
 信じられた)。法実証主義の支配のもとでは立法は学問として

ではなく、政治の課題として通っていたのである。

自然法と法実証主義の時代はこの間に過ぎ去っているのである、立法も科学的な方法に服しているという認識が、徐々に道を切り開いてきた<sup>(26)</sup>。そのさい立法手続きは、法適用手続きの構造を示していることが明らかにされている。はたしてヴェルナー・マイホーファーもまた、「立法技術のほとんどすべての疑問と処理にわたって『裏返された当てはめ』が問題になっている」ということを話題としている<sup>(27)</sup>。ところで、「当てはめ」というのは、ここでもそこでも決定的に方法論的な道具立てではなく、正しくは、ひとつの顕著な「法定立と法適用との相補性」が成り立っているということである。われわれはこれを、なお後に短く叙述するであろう——ただ短くというのは、残念ながら展開は、現代の立法理論が法学方法論と並行して進展していることへと導いたからである。これを、ここで修正することはできない、ということである。

## 二、三、ニ フリードリッヒ・カール・フォン・サヴ

### イー

最近の法学方法論は、少なくともドイツ語圏に関して言えば、フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニーをもって始

まる（すでに先の二、二一、三、三、一参照<sup>(28)</sup>）。彼の方法論とその基盤のうえに出発した伝統的な方法論をよりよく理解するために、私は、伝統的な方法論の最も重要な諸点を描出している二つの図表を前置きする（そのさい図表7「二〇二—二〇三頁」は技術的な理由からのみ独自化させられている。それはもともと図表6「二〇〇—二〇一頁」に、それも「解釈」の全く右側に属している）。これらの図表は、現代の方法論もこの基盤のうえに構築されていなければならないという認識から作成されている。現に伝統的な解釈規準は、多くの方法論家（マルチン・クリーレ、ヨゼフ・エッサー）の意見とは違って、いまままでにどのような明確な優先原則も見出されていないという理由で無価値なのではなく、すでに読者には知られているように、この四つの規準以外に他の数多くの論証型が存在しているという理由で無価値なのである。法を適用する者であれば、まづはいったん古典的な諸論拠に立ち止まることはお手のものであらう<sup>(29)</sup>。

この二つの図表は、法学的方法論についての、これに続くすべての論述にわたって携帯されることが求められる。

われわれがまず図表6を観るならば、われわれは「法の適用」と「法の発見」とは法的判定過程の二つの異なる場面であ

ること気づく。これが伝統的な方法論の出発点である。通常事例は「法の適用」であり、そこではある事例を、おそらくは解釈を必要としているが、しかしそれ自体として完全な(適切な)規範のもとに(場合によっては複数の規範のもとに)「当てはめる」ことが問題になつてゐる。これは「バルバラ様式(modus barbarus)」(これについては後の第七章「本書でのウルフリット・ノイマンによる「法論理学」の章である」、七、二を見よ)に従つたひとつの純論理学上の三段論法として念頭に浮かぶ。つまりは、たとえばこうである。

すべての謀殺者は終身拘禁をもつて罰せられる

Mは謀殺者である

Mは終身拘禁をもつて罰せられる

この成り行きの場合では法を適用する者は消極的であるままである。彼はふたつの客観的な等級のもの、すなわち事例と規範を互いに帰属させるのである。

もっぱら法律が——例外的に——欠缺しているところ、どのような「出来上がった」法規範も判断されるべき事実関係のた

めに備わっていないと考えられるところのみ、裁判官が「法発見行為」というものにおいて法創造的に——いわば立法者の代理人として——行動することが求められる。これについては、スイス民法典第一条(図表6、二〇〇頁)を見よ。

裁判官が法創造的に行動することができるか、ないしは行動しなければならぬか、またどの程度までかという問題に、法学者は数世代にわたつて取り組んできた(詳しくは第五章で)。われわれは先に(二、一、三、四)、裁判官は可能な限り厳格に法律の文字に拘束されなければならないことを見てきた。(フォイエルバッハその多は、解釈禁止規定が必要であるとさえ考えた。)サヴィニーの考慮もこの点に賭けているのである。

その初期に由来する『法学方法論』(一八〇二—一八〇三年)<sup>(88)</sup>のなかで、彼は、確かにあからさまに実証主義的ではなかったが、しかしそれでも実証主義的な諸要素を含んでいたような立場を占めた。サヴィニーは解釈を、「法律に内在している思想の再構成」として理解する。このために彼は法解釈の四つの規準を展開したのであるが、これがそれ以来「古典的解釈論」と呼ばれる(またそれに図表7、二〇三頁が基づいている)<sup>(89)</sup>。最初のものは文法的要素である。その対象は、「立法者の思考か

らわれわれの思考への移行を媒介する」言葉である。第二のものとして論理的要素が加わる。その対象は思想の分類整理であり、個々の部分がそのなかで互いに成り立っている論理的な関係である。第三のものは歴史的要素である。それは、「制定された法律の時点において現存している法事情のために法原則によって規定された状態」にかかわる。そして最後に、第四に体系的要素である。それは、「法制度と法原則のすべてをひとつの大きな統一へと結びつける内的な関連」に関係している。

この図式には「拡張」解釈と「縮小」解釈が見られない。サヴィニーはそれらを、それらが立法者の立場を超えているがゆえに許されないと考えた。決定的な解釈基準は歴史的立法者の意志でなければならない。これによってサヴィニーは「主観的解釈説」を信奉した。法律の意味または目的（法律の根本義〔ratio legis〕）なくしては「法の根本義〔ratio iuris〕」に準拠する「客観的ないしは目的論的解釈説」を彼は、法律の目的は法律の内容になつていないという理由づけをもって否認した。これは全く実証主義的に考えられているのであつて、それというのも、法実証主義は確かにまさにその意味に向けて法律を超えるということとは許されないとする理論であるからである。そこから主観説はあらゆる時代にわたつて法実証主義の理想郷であつ

た。その最も重要な切り札は法的安定性である。これに対して客観主義者は正当にも、生活諸関係の絶え間のない変化が顧慮されないのであれば、法律は硬直し、そこから不当な諸帰結をもたらさないわけにゆかないことを指摘する（法の歴史性）。しかしよく考えられなければならないのは、極端な客観説というものは裁判官を法律の破壊者（egibus solutus）にし、権力分立原理に違反するであろう、ということである。それゆえ、振り子は時にはより多く客観説へと向けて、また別の時にはより多く主観説へ向けて打つというのは、もつともなことである。<sup>(28)</sup>

サヴィニーにもこの点（そしてこの点だけに限らず）においてひとつの変化があつた。彼はどのみちその初期においても純然たる主観主義者では決してなかつたのであつて、それというのも彼は、驚くべきことに、欠缺補充のための類推を許容していたからである。彼はもちろん、類推はそれ自体から生じる実定的法律の補充であると考えた。彼はその後の後期（『現代の使命』「先の一、二、三、三、一」および『現代のローマ法体系』）においてサヴィニーはしかし次いで、そもそもその『方法論』の立場から広い範囲にわたつて一線を画した。法律の優位はいまではもはや謳われず、本来的な法源はむしろ「国民精

図表 6

い・わ・ゆる法の発見

法的諸規範の追加効果

「欠缺補充」

評価すべき事例がある法規範に規定されていない。ないしは、直接的には規定されていない。しかし充足可能な欠缺が問題になるのは、法律の「計画に反する」欠缺の場合であって、法律の「根拠のある沈黙」の場合ではない。過失自傷の不処罰はたとえば、意図的である（刑法では悪しき方法にて獲得されたる (in malam partem) 類推は禁じられているという理由からしてすでに、ここではもちろん、「欠缺充足」というものは為し得ない。）——とはいえ、誰の「計画」が決定的なのか、誰によってある規定が「予期」されるのか。歴史的立法者か、それとも構想された今日の立法者というものか。あるいは、現実の歴史的立法者としての今日の立法者か (G. ヤール)。

裁判官による自由な法形成

個別的に適合する法的諸規範が欠如するばかりでなく、むしろ法規範の全体が規定されていない。例：譲渡担保。法のこの継続形式には、いわゆる目的論的縮小、言い換えれば、ある規範の核心領域さえ限定することが含まれる。たとえば刑法第二六六条の縮小=財産管理義務の侵害に向けられた背任。有名なスイス民法典第一条第二項を見よ（オイゲン・フーバーの創作）：「法律は、それが文言もしくは解釈によればそれらのためにある規定を含んでいるすべての法律問題に適用される。法律からいかなる規定も読み取ることができない場合は、裁判官は慣習法に従って判断し、慣習法が欠如しているところでは、彼が立法者として提示したであろう原則に従って判断する。彼はその場合、確証された理論と伝承に従う。」立法者としての「王君のような」裁判官！



(伝統的な、F.C.サヴィニーによって基礎づけられた方法論に基づく)  
法学的方法

いわゆる法の適用  
ある事例のある法規範のもとへの「当てはめ」  
における法的諸規範の直接的効果

当為

存在

事例を配慮した  
法規範からの構成  
要件の解明  
「解釈」

「演繹」

法律を顧慮した事例から  
の事実  
関係の解明  
「構成」

「同時」の様式における帰納  
関係  
相応化  
類似  
法とは「存在と当為との相  
応化である」。 (A・カウフ  
マン)

類比 (狭義)

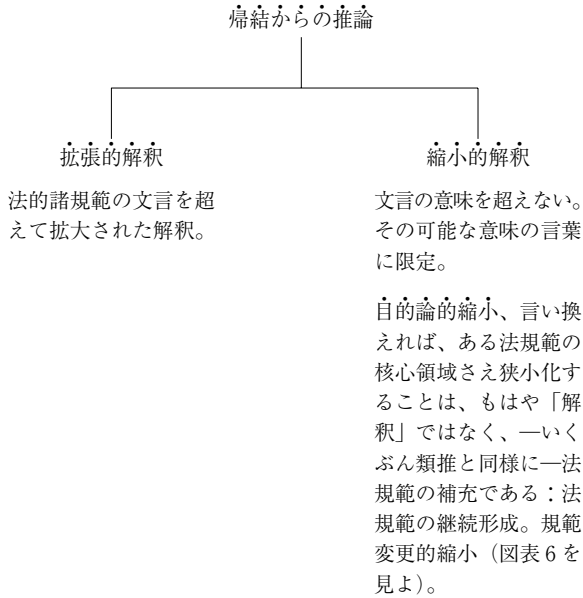
逆転推論

類似からの証明 argumentum a simile. より堅固なものからの論証 arugumentum a fortiori (より大なるものから、より小なるものへ。 a maiore ad minus, a minore ad minus) も、これに属する。法的諸擬制はその本質からして法律によって整理された類比である。

反対からの論証 argumentum a contrario (例: RGSt. 29, 111. ある財物の窃盗だけが処罰可能であることから、電気エネルギー窃盗は刑法第二四二条に該当しない)。

方法の選択、優先原則の決定の場合に問題になっているのは価値的諸判定である。その最も重要な手段は反省、論証、討論である。

図表 7



*BverfGE*1, 299 : 「ある法律の解釈にとっての尺度となるのは、それに表現されている客観化されている立法者の意志、ならびに法律規定の文言、意味連関ならびに認識可能な規定の目的から明らかになる意志である。」

法学的解釈

法的諸規範の内容と射程の解明

伝統的な、F・C・フォン・サヴィニーによって基礎づけられた方法論を基盤として

手段による区別

文法的または哲学的解釈

考えられたものの追考：認識されたものの認識、文言、言語使用、可能な言葉の意味、ある規範の核心領域と周辺領域との区別。文脈：ヴィトゲンシュタイン：ある言葉の意味は言語におけるその慣用にある。

論理的—体系的解釈

ある考えられたものの正当性についての思考、継続思考、窮極思考。

形式論理的解釈

諸概念から法的諸効果が推論される。「概念法学」

目的論的解釈

ある個別規範の目的、意味を問う問題—法律の根本義 (ratio regis)、ないしは複数の法秩序または全体としての法秩序—法の根本義 (ratio iuris)：「利益法学」

主観的（歴史的）解釈

歴史的立法者または現実の歴史的立法者としての今日の立法者 (G. ヤール) 問題！→法的安定性

客観的解釈

法律の客観的な意味。ある構想された歴史的立法者という尺度。問題！→活気性

フォン・サヴィニー：解釈とは法律に内在する思想の再現である。

四要素：

1. 文法的要素
2. 論理的要素
3. 歴史的要素
4. 体系的要素

神」である。法的諸原則は法的諸制度、類型的な生活諸関係からの直観と抽象によって生成されなければならない。拡張および縮小解釈は許容される。目的論的解釈もまた、サヴィニーはこの点では控え目であり続けたにせよ、もはや嚴格に非難されない。法律の「根拠」からの、もしくは「一般的な法思想」からの解釈はもはや解釈ではなく、裁判官の権限には属していない法の継続形成であろう。

方法選択という中枢問題については、サヴィニーは四つの規準の順位というものを必要としていないと考えたのであって、それというも、これらの規準は、「そのもとで任意に選択することができような解釈の四種類ではなく、解釈に成功することが求められるならば、ひとつになって効を奏さなければならぬ相異なる行動である」<sup>(20)</sup>からである。連邦憲法裁判所もまた、古典的な解釈諸論拠のもとで完全に調和のとれた状態が成り立っているというように見ている(図表7、二〇二頁)ように思われる。しかし、カール・エンギシュが「彼は用いられる定式化によって問題を覆い隠している」としてサヴィニーを非難するとき、彼は確かに正しい。現実にはこの方法が矛盾した諸帰結に導くことがあり得るのであり、実際のところ裁判所の実務にはしばしば、「事例から事例にかけて満足のゆく帰結に導く

解釈方法を選ぶ」という処理を観察することができる<sup>(21)</sup>。

## 二、三、三 概念法学

裁判官の法創造禁止は、法律には欠缺が存在しているという理由からだけでなく、すでにどの解釈も解釈者が主体としてとにも演じる法律の任意な処理を意味しているという理由から、やがてこれを貫徹することができないことの実が明らかになった。しかしながらこの事情を公然と容認するには、いまだ長期は熟していなかった。むしろ相異なる種類の論証を通して主観―客観―図式を維持しようと試みられたのである。この試みのひとつが、十九世紀に数多くの帰依者を有していた概念法学であるが、しかしその方法は今日でもなお、意識的か無意識的かを問わず、多くの法律家に用いられているのである。

必ずしも無条件的に実証主義に捕らわれているわけではないこの概念法学にとって特徴的であるのは、法的諸命題の諸概念からの演繹である。たとえば、「法人」という概念から、法人は「人」であるがゆえに、侮辱能力と刑罰感受能力を有しているという帰結が導き出される。諸概念が認識源として役立つのである。これに従えば本質から実存が帰結することにな

この存在論主義のうえに、「最も完全な存在」という概念から必然的にその実存が証明されるという、あの有名な神の存在論的証明が基づいている（そうでなければ、それは完全ではないであろう）。

概念法学の方法は、法律はそれ自体から、生活諸事情に関連づけることなく、生産的であることの証明のために、その提唱者たちに役立てられた。ゲオルク・フリードリッヒ・プフタはその『諸制度の課程』（一八四一年）の第一巻のなかで、その頂点にひとつの最高の概念が置かれており、それからはまずきわめて抽象的かつ一般的な諸概念が、次いでそれらからはしかし再び、より具体的で内容的な諸々の概念が導き出されるといような全「概念ピラミッド」というものを展開した。ラレンツはこれを次のように描出している。「層から層にかけてピラミッドは広がりや失ってゆきつつ高さを獲得する。広がりや、言い換えれば素材の充満が大きければ大きいほど、高度は、言い換えれば見通しはわずかになる——そして逆も真である。広がりや、ある『抽象的な』概念の内容に、高さはその範囲（適用領域）に対応する。頂点に最も普遍的な概念が置かれており、そのもとに残りのすべての概念が、つまりは種と亜種に属する諸概念が当てはめられ、したがってそこへは基盤のどの点から

も、一連の中間項を通して、そのつど特殊性を脱落させてゆくというやり方で登り着くことができる場合に、論理的体系の理想は完結する。」<sup>(20)</sup>プフタはこれをまさに『概念の系譜学』と呼ぶ。合理主義的な自然法の方法との類縁性が目に飛び込んでくるが、しかしこれはそれほど驚くには当たらないのであって、それというのも、自然法と実証主義とは方法的に密接な類縁関係にあるからである。すなわち両者はともに、法をより高い、最終的には最高の当為から演繹的に導き出すことができると信じている、ということである。そのさい問題はつねに次のこと「のみ」である。導き出される概念すべての内容をともに規定する最高の概念の内容はどこからやってくるのか。そして、そこへのひとつの循環にどう対応するのか。

プフタはいまだ最高の概念の法倫理的内実というものを想定していた。これに対してルドルフ・フォン・イェーリング（一八一八—一八九二年）はこの前提を脱落させ、純帰納的に処理する。彼はその初期の作品のなかで、彼が後に自らに辛辣な嘲笑を浴びせることになった自然史的方法<sup>(21)</sup>というものを提唱した。時代は、法学が自然諸科学の思考方法に準拠する自然主義のそれである。それが一風変わった開花に駆り立てた。「諸概念は生産的である。それは対<sup>(22)</sup>になって新しい概念を生み出す」<sup>(23)</sup>

というイェーリングの文はよく引用される。もしくは、彼はこの構成法学をこう特徴づけた。それは、それらが「現存し得なくもないという理由から」<sup>(20)</sup>新しい法的諸命題の発見へと導く、と。

だがわれわれはいまやこれを続けて追跡することはせず、概念法学の時代からベルンハルト・ヴィンドシャイト（一八一七—一八九二年）<sup>(21)</sup>に言及するだけにしておこう。彼は先に（二、二、三、四）すでに描出されたあの「正統な」実証主義を提唱したのであり、それによれば、倫理的な実体をもって前提とされる立法者というものは、単に鶴の一声を発するだけではない立法者というものは、法律のなかに「諸国民の理性」を表現しているのである。ラレントツは「立法者の理性に対する信念を通して法律実証主義は緩和される」という言い方をしている。<sup>(22)</sup>ところで、その実証主義をすでに心理学的なものに向きを変えていくヴィンドシャイトは、方法問題においてもひとつのきわめて穏健な立場を占めた。確かに彼は実証主義者として主観的解釈説に賛意を表したが、しかし立法者の「意志」を理想化した。この意志の「客観的な理性性」が問題になっているということである。これによって彼は実際的に、その危険を被ることなく、客観説に接近するような位置に関係づけたのである。

続く時代において、つまりは十九世紀の後半と二十世紀の前半においては、しかし次いで客観的解釈説がますますその真価を発揮した。カール・ビンディング、アドルフ・ヴァッハ、ヨゼフ・コーラー、グスタフ・ラートブルフ、ヴィルヘルム・ザウアー。この転換は主として、形式主義的な概念法学が法のますます大きな空虚化へと導いたことによって惹き起こされた。客観的解釈説を用いていまや抽象的な法律概念が再び意味をもって濃縮されようとしたのである。これに対応してラートブルフに、法学的解釈は「認識されたものの認識」ではなく、「前に考えられたことを後から考えることではなく、考えられたものを突き詰めて考えることである」——「解釈者は法律を、その創造者がそれを理解したよりもよく理解することができる。法律はその起草者よりも賢明であり得る——それはその起草者よりも賢明でさえなければならぬ」と謳われている。<sup>(23)</sup>問題となっているのは法律であつて、立法者ではない——もしくはホップスとともに言えば、「立法者とは、その権威によって法律がまず作り出された者ではなく、その権威を通してそれが法律であることを継続させる者である」。<sup>(24)</sup>

## 二、三、四 經驗的法実証主義

客觀的解釈説は、法律の諸概念を、意味をもって濃縮させようとする。しかし、では、この意味はどこからやってくるのか。概念法学者たちはそれを法律に求めた。「内在的な目的論」が話題となつたのである。しかし、法律の諸概念を「一対化する」ということは、法律の意味空虚化へと導くばかりである、ということはずでに明らかになっている。それゆえ、法律の外にある何か契機となつているものが、それも自然法に立ち帰ることは議論の対象外になつていゝることから、法的な諸事実についで把握されなければならない。ここに經驗的法実証主義が始まるのであるが、これは法を内心的な世界のひとつの出来事として、心理学上の事実として把握するか、もしくは外部的な世界のひとつの出来事として、社会学上の事実として把握する。

これとともに、これまで不問に付せられていた領域が法学の視界に登場することになり、これが続く時代のきわめて稔り多い影響を及ぼすことになつたのである。他方で、法的諸事実に向けて方向を調整することは、法に固有のもの、すなわちその規範性が視界から失われ、またこのことが諸々の結果をもたらす

ことになつた。<sup>(30)</sup>

## 二、三、四、一 エルンスト・ルドルフ・ピアリング

エルンスト・ルドルフ・ピアリング（一八四一—一九一九年）とともに、本来の心理学的法理論が始まる<sup>(31)</sup>。經驗的法実証主義の提唱者たちは当然のことながら、法の妥当を証明することの難点を抱えているのであつて、それというのも、彼等はこの妥当を何らかの価値（「法理念」）のなかにはなく、何らかの出来事のなかにしか裏づけることができないからである。そのさい二つの出来事、すなわち承認と権力、合意と大権に考慮が払われる。ピアリングは最初の道を踏み出した。彼によれば法とは、社会のなかでそれ自体として承認されるところのものである。当然のこととして、法に承認を拒絶する人々はどうするかという疑問が直ちに高まつてくる。ピアリングは、承認は持続的な習慣性の態度であり、そこから間接的な承認で十分であると考える。しかし、法に全く意識的に反対する者、たとえば確信犯人に対しても法は妥当するのかわつた疑問が、これによつて答えられていない。これに対してすでにヘーゲルが、法を破る者は、これを論理上必然的に承認しているという

考えを思いついている。たとえば窃盗犯人は確かに所有権を手に入れようとするとともに、必然的にその法的保護を肯定しているというわけである。これに対して答えられなければならないのは、承認はひとつの心理的現象であって論理学的現象ではない、ということである。最近ではニクラス・ルーマンが承認を機能主義的に説明しようと試みた。これによれば、承認は確信からの賛同を意味するのではなく、ある複雑な社会においては、法に服従する者も機能する場合、彼が可能な限り障害から免れていることを学習し、システムに順応している場合のみ、システムは機能することができるのであって、それというのも、彼もまた全システムの一部である結果として、最終的にはシステム自体が承認を産み出すからである。——ピーアリングに立ち返ると、彼についてなお言わなければならないのは、彼は客観的解釈説の歴然とした敵対者であったとうことである。彼によると、法律の解釈とは、成立史（「法律の素材」）を手がかりとして法律の精神ではなく、立法者の現実の意思を究明することである。もっとも、この精神を解明することができないところでは、「信義と誠実に従って」解釈されなければならない。

二、三、四、二 ルドルフ・フォン・イェーリング  
 先に（二、三、三）すでに述べられたように、ルドルフ・フォン・イェーリング（その著書『権利のための闘争』（一八七二年）「村上純一訳、岩波文庫」は世界に広がる声望を博している）は、彼によって初期に提唱された構成法学から後に身を引き離している。このことが行われたのは、とりわけ二巻からなる著作『法における目的』（一八七七—一八八三年）においてである。この著作のモットー「目的が全法の創造者である」は新しい方向を明瞭に示している。イェーリングは「論理的なものの礼賛」に決然と反対したのであって、それというのも、法学は数学では全くないからである。彼によれば、決定的なのは目的の考察であり、これが、諸々の目的が法を独自にもたらずではないことから、疑問は目的の主体に向けて投げ掛けられる。イェーリングは、彼が「各人は、彼がそこで他人のために、自分のためにも、また自分のために、他人のためにもというように行為するという、共通している諸目的のために協働すること」として理解した社会が本来の立法者であるとみなした。これとの一風変わった矛盾において、しかし彼は国家の法定立独占という法律実証主義的な見解に固執した。「法とは、ある国家に妥当している強制規範の総体である……。国家は法の唯一



の起源(である)。<sup>(36)</sup>しかし、それはともかくとして法は、それがその内容を受け取る社会的な目的に関係づけられる。「法問題のすべては、社会の生活諸条件を確保することを目的としている」と謳われる。イヤーリングはもはや論理学的に、そしてまた心理学的にも論証せず、社会学的・功利主義的に論証した(ここにはつきりとすでに、後にマックス・ヴェーバーが取り組むことになった目的合理性と価値合理性との関係の問題に言及されている)。<sup>(36)</sup>では、諸々の目的の評価はどこからやってくるのか。これは、彼の法学の、そして少なからず、彼にその創始者を有していた利益法学のアキレス腱である。

## 二、三、四、三 利益法学

「利益法学」<sup>(36)</sup>によって法学の概念法学からの完全な解放がなされ、遂げられたのであるが、しかし、論理学の優位ではなく、生活諸価値の優位を!というスローガンのもとに時としてきわめて憂慮すべき法律の概念性に対する拒絶ということも成し遂げられたのである。しかしながら利益法学——その代表的人物はフィリップ・ヘック(一八五八—一九四三年)であり、多の指導的な頭腦の持ち主がハインリッヒ・シュトール(一八九一—一九三七年)とルドルフ・ミュラー＝エルツバッハ(一八七

四—一九五九年)であった——は、その生活への開示をもってきわめて稔り多いものであることの実を明らかにした。ラレンツは次のように叙述している。「それは時代とともに、それが徐々に、単に形式・論理学的に根拠づけられているにすぎない硬直した法律諸概念のもとへの当てはめという方法を、複雑な事実関係を考量的に判断するという、そしてまたそのさい問題になつてくる諸利益を順位に固有の評価的諸尺度に従つて評価するという方法に取り換えたのである。これとともにそれは裁判官たちに良心を手に入れさせ、しばしば見せかけ上の理由づけを余計なものにしたのである」<sup>(36)</sup>。確かに、これは正しい。しかしメダルの裏面は、法理論的にきわめて疑わしい、しばしば全く無反省的な法実現過程の根拠づけである。諸々の利益——諸々の生活欲求、欲望、期待、役割——は、一方では法の因果的要素とみなされる(「遺伝学的利益法学」)。他方で——そしてこのことは経験的・社会学的実証主義としては十分に一貫していない——それらは価値としても、当為としても理解される。すなわち、利益は利益評価の尺度でもあるとされるのである。しかし、この秘密に満ちた弁証法的な飛躍、量から質への、存在から当為への移行という事態はどのようにして生ずるのか。法理論的には利益法学に満足することはできない。しか

し方法論的には、ラレンツが適切に強調しているように、それは持続的な成果を有していたのである。確かにそれは客観的解釈説を否認したが、しかし、それが法律を解釈する者に法律の根底に置かれてある利益状況とその評価を指し示すというようにして、それは法律を生命に向けて開示したのである。法律が完全に欠缺している場合には、裁判官は目的論的な視点から法を「自らの指示によって補充する」権限を有しているとされる（「生産的利益法学」）。

## 二、三、四、四 自由法運動

利益法学の明白な諸々の弱点を、自由法運動のきわめて明晰な頭腦の持ち主であるヘルマン・カントロヴィッツ（一八七七—一九四〇年）がすでに一九一〇年に『法学と社会学』と題する論文のなかで透き通るような明白さでもって発見した。「それを顧慮しなければ、法ゆえに何が優先すべきであるとされるのかではなく、どのような利益が事実として現存しているのかを決定するのは確かにできないことから、『利益状況』の正しい取り扱いは法律目的の知見を前提としている。」<sup>(38)</sup>かくして、またしても目的と意味を問う問題である。それらはどこからやってくるのか。自由法運動<sup>(39)</sup>——これはオイゲン・エーアリッヒ

（一八六一—一九二三年）にまで遡り、「自由信仰の」との意識的な類比を意味している——がひとつの解答を与えようと試みた。それが理解されようとするのであれば、自由法で問題になっているのは、合理主義的な自然法に対する非合理的な反対運動というよりも——これはとうに死んでいると考えられた——、論理学的・形式主義的な概念法学との、何らかの類の「パンデクテン主義」と「スコラ哲学」に対するそれであることが知らなければならない。それは生の哲学の遺産を相続したのであり（先の二、二、三、三、五を参照）、その精神的な始祖はショーペンハウアー、ニーテエ、ベルクソンである——自由法一般でない限りで、とくにエルンスト・フックス（一九五九—一九二九年）<sup>(40)</sup>における、この雄弁な主唱者におけるように、ひとつの全く非哲学的な方向であった。

「自由法」、これは根本において法律からの自由を意味している。確かに自由法論者たちはつねに「反―法律―寓話」に、彼らは裁判官に（妥当な）法律を無視することを、法律に反対して判定することさえ教えたがっていると考ええることに反対した。実際のところ、自由法の法律家たちはこの種のことを教えたのではない。彼らは、法律が欠缺を示している場合には、裁判官はどのように処理すべきかを述べようとしただけである。

しかし、そしてこれがいまや跳躍点である、自由法論者の見解によれば、法律は、それが関連規定をそもそも含んでいない場合にはじめて欠缺しているのではなく、それが事例を明白かつ一義的に判定していないところですでに欠缺しているのである（H・L・A・ハートの意味における「ハード・ケース」）。そしてこれはもちろん、少なくとも争われている事例ではつねに欠缺事例と同然である。カントロヴィッツは、「少なくとも欠缺が言葉として現にあること」および、「ありそうもない偶然」だけがある法律事件を直截に適用すべき法命題に該当すること（31）を継ぎ合わせ得ることを安んじて主張することが許されると考えた。（32）とはいえ、裁判官はどこに「自由な法を」を見出すのか。そもそも法はどこからやってくるのか。カントロヴィッツは実証主義的―主意主義的に、あるべきものすべてはひとつのあるものであつて、それというのも当為は意欲だからであると考えた。（33）ヘルマン・イザイ（一八七三―一九三八年）もまたこれと同様の見解を表明した。（34）彼は裁判官の判定に法律からの演繹では全くなく、ひとつの意志行為、ひとつの決断を見た。つねに法感情が判断を先取りしているのであつて、論理的な―見かけのうえで論理的な―根拠づけは後になつてはじめて行われる、というわけである。これには、後になお示すであろう

ように、ひとつの正しい思想が差し込まれている。実際のところ「解釈学的前理解」は、ある意味連関の解釈にとつてのひとつの条件である。しかし、この前理解は法感情のひとつの関心事にすぎないのか。そして後に続く根拠づけは見かけのうえで論理的であるのか。

これについて小余論を加えよう。法感情は最近になつて再び注目を集めているが、そのさい一方では「法感情の合理性」ということが、もう一方では「法感情との訣別」<sup>(35)</sup>というが話題とされる。両者ともに誇張である。一方で法感情は合理的でなく、もう一方では、法の発見は純合理的な活動では全くなく、医学と同様にひとつの（それだけではない）技術を、「善と公正の技術（ars boni et aequi）」<sup>(36)</sup>をも意味していることが無視されてはならないであろう。この技術が大いに関係している法感情に、ラートブルフの一言によれば、「帰結を先取りし、次いで法律に事後的にそのための根拠と限界を後追いさせることが求められる」。（37）これになおラートブルフが後に付け加えた言葉…「法感情は、特殊なものから普遍的なものへ、普遍的なものから再び特殊なものへと移行する機敏な精神というものを要求する」<sup>(38)</sup>は、ひとつの全く解釈学的な思想である。法感情とは、正しい諸々の前理解をもつ技術であると総括すること

ができる。裁判官はどのような法感情も、どのような前理解も有しておらず、いずれにしてもこれを判定に持ち込まないことが求められるというのも、彼はやはり「法律にのみ服している」からであるというのは、奇妙なことだと言う言う他はない。裁判官はもっぱら法律に服従しているというこのフィクションは、裁判官による判断の見せかけ上の根拠づけへと導いている以外のどこにも導いていないのである。

## 二、三、四、五 経験的法社会学

意欲は、当為というものでは全くない。立法者または裁判官が何かを欲していることからは、おそらくはもつぱら必然というものだけが生じてくるでもあろうが、しかし義務づけというものは決して生じてくることはない。法的な当為をどう根拠づけることができるのかという疑問に対して、自由法は解答を負わされたままである。しかし純経験的に営まれる法社会学もまたこの解答を与えることができなかつた。その誤りは、それが社会学的な事実の究明を引き受けたということにあつたのではない。これは重要であつたし、また現に重要である。誤りであつたのは、それが自ら解釈論的法学に取って代わろうとしたことである。先に挙げられたオイゲン・エーアリツヒが、

「抽象的な概念形成と構成で飾り立てる笑うべき仮装大会は永遠にやめ」なければならぬことを要求したとき、この種の皮肉をおそらくは時代精神から理解することもできようが、しかしそれは危険である。法律の概念性と形式の無視がどのような法の転倒をもたらし得るのかを、われわれは経験しているのである。

社会学の、そしてまた法社会学の「偉大な古き人」はマックス・ヴェーバー(一九六四—一九二〇年)であつたし、また現にある。彼の法社会学は嚴格に経験的であり、これについては、彼が時として「理解社会学」という言い方をしていたという事情も、無視されてはならない。まさにわれわれにとつて關心の対象となつている妥当問題においても、彼はひとつの経験的な立場を提唱した。彼は、ある法規範に「論理的に正しく帰属されるべき」「規範的な意味」と、「事実として」ある共同体の内部において、「共同体の行動に関与している人々が……一定の秩序が妥当しているものとみなしており、それゆえに彼ら自身の行為をそれに準拠させる公算が成り立っているがゆえに」<sup>(33)</sup>生じてくるものとを正確に区別した。これによれば、「経験的な妥当」とは、一定の個人が、「経済的諸財をその任意処分において保持するか、もしくは将来的に……確保する」<sup>(34)</sup>、

「計算可能な公算」を意味するが、しかしこれは、「そのために備えられている強制装置」というものの支援」を前提として<sup>(33)</sup>いる。かくして法は結局のところ、権力のうえに根拠づけられる。すなわち、命令説である。しかしながら、法的諸規範を必要とあらば貫徹させることができる国家権力からは、これはヴェーバーがもちろん認めていたことであるが、せいぜいのところ予期、公算が生じることはあっても、決して当為が生ずることではないのである。

あの時代の、つまりはおよそ今世紀「二十世紀」の半ばに至るまでの社会学は、それもそれが経験的に、言い換えれば自然諸科学のやり方で処理したという理由で、法についての本来の「科学」であると理解された。そのさいそこから出てくることのできたものを、たとえばフランツ・フォン・リストの、一連の咽喉運動、音波の刺激、聴覚の刺激、大脳の成り行きとしての侮辱の「科学的な」定義が示している——当然のことながらフォン・リストは侮辱の「本質」が名誉心が傷つくことにおいて成り立っていること知っていたのであるが、しかしこの規範的内実には「科学的な」認識は、まさに接近することができな<sup>(34)</sup>いとされるのである。この珍妙な例が、どれほど根本的に法解釈学が誤解されたのかを明らかにしている。フランツ・イエ

ルザレム（一八八三—一九七〇年）<sup>(35)</sup>は、解釈論的法学で問題とな<sup>(36)</sup>っているのは真理ではいささもなく、もっぱら政治上の諸々の目標設定にすぎないと考えた。かくして法学がそもそも「正しい法」に気遣うということは、もはや全くな<sup>(37)</sup>っていたのである——そして事実としてそれがするようにすることは、もはや全くな<sup>(38)</sup>かった（先の二、二、三、六参照）。

## 二、三、五 論理的法実証主義、とくにハンス・ケルゼンの「純粹法学」

まさにこれとは対立した側面から、今世紀「二十世紀」の最も重要な法哲学者の一人であり、『純粹法学』の創始者であるハンス・ケルゼン（一八八一—一九七三年）<sup>(39)</sup>が同様に、規範的な法解釈論は科学では全くな<sup>(40)</sup>く、法政策であるという帰結に達している。ケルゼンは、ルドルフ・カルナップ（一八八一—一九七〇年）を取り巻く新実証主義もしくは論理実証主義のウィーン・サークルから出た。この哲学的方向によれば、論理的に「証明する」ことができるものだけが有意味的かつ理解可能である。それゆえ、形而上学的な類の諸言明、とくに諸々の価値と規範に関するそれらは無意味である。諸々の評価は感情の表

現としてしかみなされないものである。<sup>(33)</sup>

「純粋法学」は規範主義的もしくは規範論理の実証主義の最も重要な形態化である。ケルゼン自身はそれを「法実証主義の当、理論」と呼んだ。<sup>(34)</sup>そしてこれには理由がある。心理学のおよび社会学的法実証主義をケルゼンは、それらが事実のみ携わっていることから、法学とはみなさなかつた。法学は当為と規範とに関係しているのであつて、それはひとつの規範科学である。新カント主義者としてケルゼンは、当為と存在とを、そしてこれに対応して記述的(説明的)な考察方法と命令的(規範的)なそれとを厳格に区別する。純粋法学で問題になっているのは、後者のみである。実証主義の理論としてそれは、しかし法的諸規範の諸内容ではなく、形式的な(論理的な)諸構造のみを対象として有しているのであつて、それとというのも、前者は科学的な認識に親しまないからである。ケルゼンにとつて正義はひとつの「人類の麗しき夢」にすぎず、われわれはそれが何であるかを知らないし、また決して知ることにはならない。<sup>(35)</sup>(今日ではニクラス・ルーマンが、真理と正義はそもそものような価値をも意味しておらず、単に「象徴的機能」を有しているにすぎない。「それはよき意図であることを誓い、よき意志に訴え、前提となつている合意を表現し、了解の可能

性を要請することに役立つている」という帰結を引き出している。)

「純粋法学」とは当為が、それも、どのような倫理的価値でもなく、ひとつの単なる構造にすぎない「純粋に」法的な当為がかかわる。最高の要請は、それゆえに「方法の純粋性」である。現に『純粋法学』の冒頭で直ちに言われる。「それが自らを法についての『純粋な』理論と呼ぶのであれば、その理由は、それが法に向けられた認識のみを確保することであり、またそれが、厳密に法として規定されない対象に属しているすべてのものを排除しようとするからである。これが意味しているのは、それがとりわけ多の異質な諸要素を排除しようとしている、ということである」——ケルゼンはそのようなものとしてとくに心理学、社会学、倫理学および政治理論を挙げる。ケルゼンを正当に評価するためには、そう思われるように、彼の価値中立的な法哲学の背後に置かれている学問上のエトスをよく考えてみなければならない。彼は法学を、「絶対的諸価値の喧伝(マックス・ヴェーバー)として、政治上およびイデオロギー上の諸々の意見の隠れ蓑として濫用されることから保持しようとするのである。全く不当にも、しかし次いで「純粋法学」自身がこのような仕方でも濫用されているのである。

ケルゼンは当為の理論を幾重にも、また様々に根拠づけた。最も重要なことだけを伝えることにしたい。もともとこの見解にとつては、たとえば初版からの次の文章が特徴的である。「いわゆる不法が立ち現われるならば、不法効果が立ち現われる『べきである』と言われるならば、この『べきであること』『当為』が意味しているのは、——法のカテゴリ——法的諸条件と法的諸効果とが法命題に共に属しているという特殊な意味だけである。法のこのカテゴリ——そしてこれによつてそれは先験的な法理念から原理的に区別される——はひとつの純形式的な性格を有している。それは、そのようにして結びつけられた構成要件がどのような内容を有していようと、法として把握されるべき作用がどのような種類のものであろうとも、適用が可能であり続ける……。純粹法学は、法命題においてある一定の条件に結びつけられた効果を国家的強制作用であらしめる。それが刑罰であり、民事上または行政上の強制執行である。それによつてのみ条件づける構成要件が不法として、条件づけられるそれが不法効果として格づけられるのである。ある一定の人間の行為を違法として、不法行為として妥当しなければならぬとさせているのは、何らかの内在的な質ではなく、あるメタ法的な規範との、道徳的な価値とも、しかし

これが意味しているのは実定法を超越する価値であるが、それとの関係でもなく、唯一もつぱら、それが条件としてある強制作用をもつてこの態度に反応するということである。<sup>(33)</sup> ここで当為が方法に反して何か事実的なものに、国家的強制に還元されているということは無視することはできない。そしてさらに、この「純粹」当為は内容では全くなく、それゆえにそこにとどのような内容をも考えることができることは明らかである。「ある規範はある無意味な内容をも有し得る。」<sup>(34)</sup> 第二版においても、「どのような任意な内容も法であり得る」と言われている。ケルゼンの理論は「法的空虚」であるとヘルマン・クレンナーによつて意地悪な呼び方がされるのは、それだから全く根拠のないことではない。

後にケルゼンは、規範の妥当についてのその理論を修正した。<sup>(35)</sup> 彼は法をひとつの仮定的判断、彼が帰属と呼ぶひとつの根拠——帰結——関係と見る。これによれば、法命題は国家机关のある行動に関するひとつの言明であり、それが意味しているのは、何人かが規範の構成要件に該当する仕方で行動する場合に、ある一定の国家机关はこの、そしてあの制裁を彼に対して課すであろう、ということである。しかしこの種の言明がどの程度まで単なる予期以上のもの、つまり真の当為というものを

根拠づけることができるのか。これは、国家機関それ自体が再び、それによって課すべき制裁を課さない場合には、制裁を加えることを約束している第二の法命題を通して「義務づけ」られることによってのみ可能であろう。しかし、容易に見て取ることができるように、このような仕方では法義務は、このような強制作用のひとつの無限遡及に溶融してしまわないわけにはゆかないであろう。しかしながら統制機関の系列が無限に進行することはできないことから、ケルゼンは、矛盾から免れ、意味ある秩序の仮定としての「根本規範」というものを要請することが余儀なくされると見、これについて彼は、それは「自然法の一規範のように」妥当すると述べている。かくして結局のところ当為は、ケルゼンにあってはひとつの倫理的カテゴリーである。

ケルゼンの方法論で興味深いのは、彼が、それが古代の、とりわけまたスコラ哲学の法論によって根拠づけられたのと同様の「法秩序の段階構造」に精通しているということであるが、ただ「彼の場合では」最高の場所にはもちろんロゴス、客観的な理念、永遠の法律ではなく、先に言及された「根本規範」が置かれているだけのことである。しかしケルゼンは、法の実現を徹底的に、憲法（その妥当を「根本規範」が保障している）

から法律を経て裁判官の法の言い渡し行為に至るまでに進展するような過程として把握する。法的諸制度と法的諸命題の意味展開を、彼はもちろん、その端緒からして科学として理解することができない。それは法政策である。このことが問われないとしても、法は完結的に法律のなかに差し込まれているのではない結果として、法をそこから単なる形式論理的な手続きを介して取り出すことはできないという彼の認識は正しいように思われる。法律は法を求める者に大抵の場合、構成的な、法創造的な行為を通して充足されなければならない余地というものも許しているのである。この行為は、ケルゼンにあっては法政策である。科学は様々な判定の可能性を、判定の枠組みを論定することしかできず、そもそもつばらこのことだけがケルゼンによって解釈と呼ばれるのである（ドゥオーキン・解釈実務としての法…参照）。

「純粹法学」は法理論を際立って稔り多いものにした。とはいえ、それは実務によってほとんど顧慮されることはなかったのがあるが、それは分らないことでもないのであって、それというのも実務は、諸々の形式とカテゴリーをもってするだけでは多くを始めることができないからである。

経験的実証主義が規範を視野から失ってしまったのと同様



に、規範論理の実証主義は現実生活を視野から失っているのである。形式と素材、如何にと何とが互いにどのように関係しているのかという問題は、依然として法哲学の最も差し迫った問題のひとつである。

## 二、三、六 中間決算

### 二、三、六、一 合理的な価値判断？

これまでの諸々の論述が熟慮されるならば、とりわけ合理的な価値判断は存在するのかという疑問が提起される。われわれが見てきたように、繰り返し二つの法理論が交代している。一方では、規範論理の実証主義、概念法学および純粹法学のように演繹的に処理する法理論が、他方で、ルドルフ・フォン・イエーリングの法論、経験的法実証主義、利益法学、自由法運動および経験的法社会学のように帰納的に処理する法理論が、というように。そしてこの両方向のいずれもが真の法学であることを主張している。仔細に見詰めるならば、ひとつの方向ももうひとつの方向も当の法学ではなく、せいぜいのところそのひとつの側面にすぎない。演繹的に処理する法理論は適切にも法の当為的性格を強調するが、しかし法の存在的諸契機、すなわち

法的諸事実を無視する。帰納的に処理する法理論では、これがまさに逆になっている。それは存在、現実を見ているのであるが、しかし、どのようにしてここから価値視点なしに當為に到達することができるのかを根拠づけることができない。純演繹をもつてするだけでは、後になお示すであろうように、やってゆけないのであるが、しかし純帰納をもつても同じであった、それというのも価値視点なしには全く、やってゆけないからである。それだからこそ、価値を帯びたものの領域には科学的な諸認識は存在するのかという疑問が提起されるのである。<sup>(24)</sup>

### 二、三、六、二 法学——ひとつの科学か

いったい法学は、そもそもひとつの科学であるのかという問いをもつて、大抵の場合にここで締め括られる。しかしわれわれはここでこの問題をさらに追及することはせず、「本書」第一章「ウルフリット・ノイマンの論橋・『法学の科学性』」を指示するだけにしたい。<sup>(25)</sup> ただ一対の視点が拾い上げられることだけが求められる。ひとつの視点は、法学の科学的性格を、それも、とりわけカール・R・ポッパー（『探究の論理』）のように、演繹的方法だけが科学的な方法であるところ、法学は規範的に、そしてこれとともに純演繹ではない処理をしているとい

う根拠をもつてそれが否認される。<sup>(36)</sup>ここでは、真の科学では演繹しか営むことができないという前提が問題をはらんでいるのである。もうひとつの視点は、たとえばリチャード・M・ヘア

ー(一九一九—二〇〇二年)のように、「観察明証」というものが存在しているのと全く同様に「価値明証」というものも存在しているという見解である。これによれば、「aは善である」という規範的言明を普遍化することは、「aは赤い」という記述的言明を普遍化することと全く同様に可能である。しかし、これも同様に分明ではない。たとえ演繹の排他的許容というポツパーのテーゼが受け容れられないにせよ、それでも規範的なものの領域における意見の一致と相互主観性が部分的に、記述的なものの領域におけるのとは別の要素に依存していることは認容されなければならない。他方、法的なもの、そしてそもそも規範的なものの領域においても明証化と誤謬証明、(たとえ転用された意味においてであれ)経験と観察、理解を得させることと合理的に論証すること、相互主観性と普遍化可能性は存在しているのであり、それらがここで真なる(正しい)諸認識を問題とすることを許容するのであり、そこから、もちろん、われわれはドゥオーキンが言うヘラクレスの力を任意に用いることができないことから、ただひとつの、それだけが真の

解決であるのまれであるが、他と同様に「是認できる」解答と並んで「納得がゆく」、「辻褄が合っている」解決を可能にしているのである。

## 一、三、六、三 当てはめ方法

今日の裁判実務が方法論上の視点のもとに観察されるならば、ここでは時間が止まったままであるという印象を受ける。十九世紀におけるのと同様の当てはめ方法が、なお支配しているのである。それどころか、裁判官は「法律にのみ服する」という命題がいまだに妥当しているのであり、また察するに、實際のところ判決を個人的な価値判断とともに流れ込ませていることなく、客観主義的に、唯一もつぱら法律から読み取っていることと確信している裁判官がいまだに存在している。現に——ただ一例だけを挙げるならば——連邦通常裁判所は座り込みによる封鎖についての判決<sup>(36)</sup>のなかで、これが非難性条項に関するものであっても、刑法第二四〇条「強要罪」のもとに当てはめたにすぎないと主張した。しかし、どのようにして「非難すべき」といった、際立つて漠然とした概念(厳密に考えればそもそも概念というのは問題にならないのであって、なぜとってそれを構成する諸要素はいったい何であろうか)に「当てはめる」

ということが、言い換えれば、何らかの純論理的な三段論法を介して純演繹的に唯一もつぱら正しい解決を裁判官の側からのいっさいの評価を混じえずに見出すことができるのか。もしくは、「客観的な倫理原則」、「良俗」、「衡平かつ適正に思考するすべての者の礼節感情」、「通説」といったような要素にかんがみて「当てはめること」を考えてみよ。ここでは至る所で裁判官自身の価値観が共に流れ込んでいないのか。彼らはこのような(およびこれに類似する多くの)事例を判定するに当たって全く前理解を、決して法感情を有していないのか。もちろん彼らはこれを有しているのであり、またこのことで彼らを非難することはまことにできない。彼らを非難しなければならぬのは、彼らが彼らの前理解、彼らの価値判断、彼らの法感情を反省していないことから見せかけ上の諸根拠を判決のなかに書き込んでいることであり、彼らが精妙に論証するのではなく、結局のところ有無を言わせぬ断言(Machspruch)というものを下していることである(誤解されないために言えば、権力なき、決断なき法の言い渡しは可能でなく、権力が論証的に正当化されなければならぬことである<sup>(30)</sup>)。

## 二、三、六、四 推論の種類

これまでのところ、われわれは二種類の推論、すなわち演繹と帰納としか出遭っていない。

## 二、三、六、四、一 演繹

演繹は科学にとつて不可欠である(ただし、それだけでは十分ではない)。それは一般的なものから特殊なものへの推論であり、バルバラ様式(modus barbara)(先の一九八頁の事例を参照)に従ったひとつの三段論法である。推論は必然的であるが、しかし真の帰結に至るか否かは、前提の真理性に依存している。次のような演繹が見られる。第一前提・立法者によつて形式的に正しく発せられたすべての法律が法である。第二前提・ナチス人種諸法は立法者によつて形式的に正しく発せられている。帰結・ナチス人種諸法は法である。

純演繹的に処理する法学というものの最も行き渡っている科学的根拠づけは、ラートブルフとケルゼンによつて提唱された当為と存在の方法、二元論に置かれており、これに従えば、当為というものはつねにもうひとつの(より高い)当為に遡ることができただけであつて、決して存在するものに遡ることはできない<sup>(30)</sup>。もし法を純演繹的に見出すことが可能であれば、実際の

ところいつさいの法的な疑問に対してはつねにひとつの正しい解答しか存在しないであろう。しかしド、ウ、オーキンの、「ヘラクレレス」にしてはじめてこれが可能であつて、他では、方法二元論は機能しないのである（法発見に当たつて当為から存在への橋をどのようにして架けることができるのかを、ラートブルフが後に、「事物の本性」を介して、と答えた）。

## 二、三、六、四、二 帰納

帰納もまた、いずれにせよ現実に携わるすべての科学にとつて、それゆえにまた法学にとつてもひとつの不可欠な道具立てである。演繹が純分析的であり、そこから新しい諸認識に導くことがないのに対して、帰納は革新的であり、それは新しい諸々の洞察に導くのであるが、しかしそれは必然的ではない。完全な帰納の場合にのみ、したがつてすべての例示が観察されている場合にのみ、特殊なものから普遍的なものへの推論は必然的であるが、しかしこのことは数学的にのみ生ずるのであつて、実践的に生ずることはない。

法学ではとりわけ経験的な諸理論が、もつぱら事例だけから何らかの規範の助力を借りることなく法的判定に至ることができると信じた（これはある程度までひとつの「逆転した方法」二

元論」である）。しかし純帰納的に具体的な法的判定に至ることではないのは、それが純演繹的には不可能であるのと同じである。

## 二、三、六、四、三 類比とアブダクション

われわれは、純演繹的にも純帰納的にも法に立ち至ることはない。これはひとつの重要な帰結である。われわれは演繹と帰納から成り立っているような推論を用いる。この種の推論形式として、類比とアブダクションという二つのものが存在している。類比は、知られている特殊なものから知られていない特殊のものを推論するのであるが、しかしこれは一般的なものを経てのみ可能である。一、地球は  $a b c d +$  有機的生命という特性をもつたひとつの惑星である…二、火星は  $a b c d ?$  という特性をもつたひとつの惑星である…三、火星には有機的生命が存在している。この推論はある一般的なものを経てのみ、つまりは事象の合法性を条件としてのみ可能である。類比が新しい諸認識に、しかし仮定的な基盤のうえで導くこと（それゆえ、それは實際上すべての科学に慣れ親しまれている）は明白である。それはつねにひとつの問題をばらんだ推論であり、つねに対立する推論、反対からの論証 (argumentatio a contrario)

が可能である（火星の場合では、たとえば地球よりも希薄な大気しかなく、それゆえに火星ではどのような有機的動物も存在していないというように、先のものとは別の推論を根拠づけることができるのである）。類比の場合では認識されるべきものがそれ自体において、ないしはそれ自体について（その本質において）ではなく、知られている別のものとの間に成り立っているひとつの関連（関係）において認識される。それは、知られているいくらかの要素が一致していることから知られていない他の諸要素においても一致していることへの推論（推理）である。しかし現実には全く等しいことも全く等しくないことも存在しないことから、この推論はつねに問題をはらんで、いることになる。

類比（これは帰納よりも演繹に近い）よりもいっそう不安定であるのが、とりわけパースが展開したアブダクションである。ここでは、知られているある一般法則から知られている特殊なものを経て知られていない特殊なものが推論される。パースの例…一、この袋から出てきたすべての豆は白い…二、これらの豆は白い（このことは知られているが、しかし袋から出てきたのか否かは知られていない）…三、これらの豆はこの袋から出てきている。パースによれば、アブダクションはとり

わけ諸々の仮説の発見に役立つ。類比は仮説をもって作業するのであり、アブダクションは仮説を見出すのである。われわれは、以下においてアブダクションに携わることはない。

## 二、三、七 法実現の過程における段階構造

われわれは、それが多くの人によつて展開されている、なかでもトマス・アクイナスとハンス・ケルゼンによつて展開されている法実現の課程における段階構造から出発する（この場合では、「段階」という言葉は比喩的に理解されなければならない<sup>(33)</sup>）。そのさいわれわれは次の三つの段階を区別しなければならない。第一段階をなしているのは、抽象的、一般的、超実定的かつ超歴史的法的諸原理である。第二段階に立っているのは、具体化された、一般的、形式的、一般的、超歴史的不是ないが、しかしそれでも多少とも長い時間帯にわたつて（法律期間）妥当している法的諸原則（法的諸規範）である。第三段階は、具体的、実質的、実定的、歴史的な法的である。もしくは、簡潔に表現すれば、法原理——法規範——法的判定ということになる。そのさいこの順序は、ひとつの論理的なものとしてのみ理解されてよい。存在論的には、この関

係は逆になるのであって、それというのも、具体的な法は存在により接近しており、法原理(法理念)よりも存在帯有的だからである。

もうひとつの理解にとつていまや二つのテーゼが基底であり、両者は等しく重要である。第一テーゼは、挙げられたどの段階も欠くことができないことを意味している。すなわち、法原理がなければ法原則はなく、法原則がなければ法的判定はない、ということである。第二テーゼが意味しているのは、どの段階も(論理的に)次のより高い段階から単純に演繹することはできない、ということである。すなわち、法的諸原理からのみ引き出される法原則はなく、法原則からのみ引き出される法的判定はない、ということである。

第一のテーゼをもってわれわれは、何らかの価値視点がなくとも権力から(ホッブス)、意志から(自由法運動の主意主義)、利益、予期、隣人的役割から(利益法学、法社会学)法に到達することができるとするあの諸々の見解から距離を置く。「事実的なものも規範力」(ゲオルク・イエリネク)は現存しておらず、法的な諸帰結は、価値と関係づけられている事実、すなわち「倫理的な」権力、「理性的な」意思、「価値的な」利益からしか引き出すことができないのである。

第二の、ここでとりわけ関心の対象になっているテーゼをもってわれわれは同様に、価値視点、原理、規範、当為しか見えず、ここから直截に現実の法に到達することが可能であると考え、あの一方的な「規範主義的な」方向を拒絶する。このような試みに欠けることはなかった(古典的自然法、概念法学、規範論理の実証主義)というのも、やはり「規範的なもの事实力」は、理念から現実へ、当為から存在へと架橋するためには、同様に有益な魔法の公式として現われるからである。しかしこの存在論主義、単なる諸概念から存在を演繹することは、純粹に規範的であるだけではやってゆけず、つねに経験が流れ込んでいくことの誑かしに基づいているのである。

われわれはここで再び、法の発見は演繹的・機能的に、つまり、類比的に処理されることを確認した。存在の契機と当為の契機が必要とされるのである。法とは本来的に類比的なものである。立法もまた、存在の契機がなければ、そのために法律が妥当することが求められる、先取りされた可能な諸事例がなければ可能でない。

演繹的・帰納的がつねに同時的である法実現のこの過程が、相前後もしくは並立してではなく、図表的に描出されようとするならば、互い違いの螺旋階段と似たようなものであるに違

ないであろう。ラートブルフのトンネルの例（一八四頁）は、おそろくいつそう具象的であろう。

## 二、三、八 法学的的方法の解釈学的理解

先に（二、二、五、四、一）解釈学が方法としてではなく、言語および意味理解一般の可能性の諸条件を指定する先験、哲学として紹介された。問題となっているのは肉体を持った裁判官の事実上の前理解ではなく、主観—客観—図式のかなたのその思考形式、現実的な、内容的なその意味理解である。<sup>(28)</sup>とこころで、しばしばこの事実上の方法的なやり方も解釈学と呼ばれる。これは確かに許されているが、ただ、この種の「解釈学」は先験哲学ではなく、方法であることが認識されていなければならないのである。解釈学に対して加えられる諸々の異議申し立て——非合理的、主観的、非科学的——は、ほとんどつねにこの第二の種類の解釈学にかかわっているものであり、それらはいで法学方法論一般にも妥当する。

われわれは以下において解釈学的方法を展開するのではなく、法発見に当たって方法的に生起している（もしくは生起すべき）ことを解釈学的な視点のもとに観察することしよう。

問題となっているのは、法学的的方法の解釈学的理解である（これは、法的方法の他の諸理解もあり得ることを含んでいる——ただこれが絶対化されてはならないであろう）。

読者には、以下に述べることについてはつねに図表6と7（二〇〇—二〇三頁）が念頭に置かれるように請われる。

### 二、三、八、一 前理解、循環、解釈、構成

われわれは、連邦通常裁判所がかつて判定を下した次の刑事事件<sup>(29)</sup>から出発する。事実関係は全く単純であるように思われる。ある男があるレジ係の顔面に塩酸を振りかけた後に彼女から財布を奪った。決定的な法律問題は、塩酸は重強盗の意味における「武器」に該当するかである（刑法第二五〇条。そこに言う「もしくは道具または薬剤」は連邦通常裁判所判決が下された後にはじめて導入された。明らかに立法者は連邦通常裁判所判決をきわめて信用が置けないと見たのである）。本来的な実証主義的見解に従って法律の解釈と事実関係の認定とは分離された場面であるとみなされるのであれば、それは及びすぎではないであろう。塩酸はその文言からしても可能な言葉の意味<sup>(30)</sup>（それは確かにきわめて類似している）からしても決して武器ではない。他方で、ある規範を顧慮しない事実関係の認定は、

塩酸はひとつの武器であるかという疑問に導くことはない。見られるように、有意味的な前理解がなければ決して重要な法的諸問題に到達することはないのである。よく理解するということは、ここでは理解過程の「循環」でもある。重強盗が何であるかを私が知っている場合にのみ、私は具体的事案を重強盗の一事例として理解することができる。しかしながら重強盗が何であるかを、私は具体的事案の正しい分析なしには知ることができない。法律規範のある「構成要件」への形態化(解釈)は事例に即して行なわれ、事例のある「事実関係」への形態化は法律規範に即して行なわれる——そしてこの形態化はつねに、当てはめに先行する創造的な、創意に満ちた行為である(「明白な」諸事例においてであつても形態化と当てはめは合体して現われる)。

事例と規範は方法的過程の「原素材」にすぎず、それらがカテゴリー的に異なる次元に位置していることから、両者が、未加工のままでは、互いに組み込み合うことは全くない。規範は抽象的・一般的に規定される当為に属しており、事例はその無限に数多い要素をもつて未分類のままに無定形な存在に属している。共属するということは、規範が経験をもつて、事例が規範性をもつて、それらが互いに「相応しており」、そしてこの

相応が論証的に根拠づけるといふ仕方では濃縮されてはじめて可能である。

## 二、三、八、二 同置化理論

法的な判断においては規範と事実関係とが「相応化」まで持ち来たらされなければならぬのである(そのさい類比が話題になる)。別の言い方をすれば、規範と事例は、両者がカテゴリーの異なる次元に置かれており、それゆえに本来的に等しくないことから、積極的に形態化する行為において「同置化され」なければならぬのである(「同置化説」・カール・エンギシュ、アルトゥール・カウフマン)。決して決断や当てはめにすぎないものではないこの同置化は、解釈にすぎないものでもなく(構成でもあり)、事例と規範が同じではなくとも、それでも、それもある一定の点、すなわち法の根本義(*legis iuris*)において類似していることを条件としてのみ可能である。規範と事例を「同置化すること」ができるためには、意味理解の同一性というものが成り立っていないなければならないのである。

さて、連邦通常裁判所はどのようにして「塩酸」と「武器」とを同置するに至ったのか。文言と可能な言葉の意味からでは、これは可能でない。体系的要素もこれに導くことはないの



であつて、それというものも、法秩序（武器法）においてはどこにも科学製剤を武器として扱つていないからである。主観的（歴史的）解釈も同様に、歴史的立法者はこの種のことを考えていなかったことを明らかにしている。連邦通常裁判所は客観的に目的論的な拡張的解釈というものに基づいてのみ、この帰結に到達したのであるが、これは広く類推に踏み込んでゐる。

客観的—目的論的解釈というものは、裁判官をして法律の支配者とさせるという理由で、すでにそれ自体として疑わしい。他のすべての規程が同置化を禁じている場合には、類比するといふことは許されていないのである。それゆゑ、連邦通常裁判所は、反対からの論証（argumentum e contrario）を用いて重強盗というものを否認しなければならなかつたのである。

## 二、三、八、三 裁判官による法の自由な継続形成

呈示された図表のすべての含意を、ここで詳細に説明することは可能でない。しかし、なお述べるべきはこうである。すなわち、伝統的な実証主義的方法論は「法の適用」を通常事例とみなし、法の発見を、法の適用からは質的に異なっている例外事例とみなしている、といふことである。ところで、「裁判官による法の自由な継続形成」は、ここで裁判官が権力分立原理

を無視して立法者に取つて代わつてゐるがゆゑに、実際のところさわめて問題をはらんでゐる。<sup>(30)</sup> そのさいこれはそれほど新しいものではない。いま一度トマス・ホップスを挙げよう。彼によれば、立法者は、その権威を通して法律がはじめて作られた者ではなく、その権威を通してそれが法律であることを持続させる者である。<sup>(31)</sup> そしてまさに、「単なる」法の適用を通して法律は法律であることを継続してゐるのである。現に相異なる法発見モデルも質的ではなく、法律の進展の程度によつて區別されるのである——数的な諸概念——一義的な文言——可能な言葉の意味——類比／逆転推論——裁判官による法の自由な継続形成、というように。

法律が完結していないといふことは、実証主義的な見解とは反対に、何ら欠陥ではなく、それは先験的で必然的なものである。法律を一義的に言い表すことはできず、またそれは許されてもいないのであつて、それというのもそれは、その多様性が無限である諸事情のために創設されているからである。それ自体として完結した、出来上がった、欠缺のない、一義的な法律といふもの（この種のもが仮に可能である限りで）は、法の発展を停止させてしまふであらう。このことは法律の言語にとつても重要である。法律の諸概念は、数的諸概念のわずかな諸

事例を別にして、一義的ではなく、それらは抽象的—一般的な概念ではなく、そこではあれかこれか (entweder — oder) ではなく、多かれ少なかれ (Mehr- oder-Minder) が妥当している類型的諸概念、整序的諸概念である。重強盗の意味における「武器」は概念というものでは全くなく、ひとつの「類型」である。もちろんここに、そしてまさにここに、このような類型概念がどの程度まで開かれることが許され、抽象的—一般的な概念がどの程度まで限界を設定しなければならぬかという問題が提起される。これを詳細に述べることは、使用可能な紙数を超えるであろう。

## 二、三、八、四 立法の方法

すでに先に述べられたように、立法の方法は法の適用のそれと類似している。法の適用(法の発見)はひとつの類比的な手続きであり、そこでは法律(当為)と事例(存在)とが、抽象的な法律から(事例に即した)「解釈」を通してひとつの具体化された「構成要件」が、個別的な(無定形な)事例から(法律に即した)「構成」を通してひとつの類型化された「事実関係」が成り立つというようにして互いに(相關的に)濃縮されるのである。比較のための第三者 (tertium comparationis) は「意

味(法の根本義)であり、そこにおいて構成要件と事実関係は互いに相応する(それらが相応しないのであれば、法を適用することはできない)。これと同様に、——もしくは、こう言いたいのであれば、この手続きを「逆転」して、——立法をも把握することができる。各人にその分を (suum quique)、契約は守られるべし (pacta sunt servata)、黄金律、定言命法、公正の、寛容の、答責の諸原理およびその他多くのもの(当為)といった法理念ないしは法の一般的諸原理と、規制されるべき、立法者によって思想的に先取りされた可能な生活諸関係(存在)とが相關的な(類比的な)手続きにおいて、両者が互いに「相応する」にいたるまでに濃縮されなければならないのである。ここでもまた、「同置化」ということが行なわれているのである。立法者は、「本質的である」とみなすことができる(たとえば行為能力の)視点のもとに「等しい」ものであることの実を示している生活諸関係の一群を、ひとつの概念的に言表された法規範について総括し、これに対してひとつの法的效果を指定するのである。平等原理の実現のために等しいとして「同置される」ものは、しかし実際は決して現実的に「等しい」ものではない。七歳の者は一七歳の者と等しくはないが、しかし何らかの減退した行為能力の同置化が結果としてもたら

されなければならないのである。同時にこの種の同置化はつねに不同置化でもあることが明らかになる。すなわち、いまだ七歳に達していない者とすでに一八歳に達している者は、規範から除外される、ということである。

## 二、三、八、五 方法の選択

根本問題は依然として方法の選択である。裁判所は、この点では恣意的に処理している。そのさい、現代の論証理論は注目すべき進歩を成し遂げた。とくにロベルト・アレクシーがきわめて印象深い規範的な論証および優先原則を案出した。<sup>(85)</sup> 弱点はただ、これらの原則は確かに合理的な討議には適合するが、裁判手続きには適合しないことにある。アレクシーはもちろん、これを合理的な討議の「特殊事例」として把握するのである<sup>(86)</sup>が、これは正しくない。裁判手続きは支配から免れておらず、当事者たちは法律に、欠陥のある法律にも結びつけられており、手続きは無限に、もしくは「諸論拠の飽和」(このような飽和についての意見の一致はいつ存在するのか)に至るまでということだけであっても、継続することができず、合意がなくては終結する。それは真理と正義にのみ奉仕しているのではなく、法的平和にも、そしてとりわけこれに奉仕しているのであ

り、そのために裁判所の諸々の判断は、たとえ不当なものであるが、確定力において成り立つのであるが、これは合理的な討議の場合では全く不可能である。ある裁判手続きの当事者すべてが実際に「合理的に論証することを要求している」のか否か、アレクシーがその特殊事例について本質的なものと呼んだ<sup>(87)</sup>このことは、(刑事) 裁判官であるか、もしくはかつてあった者にとつてはきわめて疑わしいと思われようが、しかしたとえそうであれば、ただそれだけでは、「合理的」という言葉が全く形式的なカテゴリーにまで薄められるのではなく、そのもとにとりわけ内容的な理性性 (rationality, intellectus) が理解される限りで、裁判手続きからはいまだどのような合理的な討議もならないであろう。

他では、次章で優先原則の問題についてなおいくらかのことが述べられるであろう。

## 二、四 正義の手続き理論

われわれが知っているように、カントはその『超越論的論理学』において、「純粹直観は、そのもとに何かが見られる単なる形式」を含んでいるにすぎず、「純粹概念だけでは、対象一般を思考する形式を含んでいるにすぎない」という帰結に到達

した(先の二、二、三、三、二を見よ)。経験に由来するような諸々の内容は、アポステリオリにしか妥当しない。これがその通りであるにしても、しかしそれでも、より安定した諸々の内容を形式から獲得することができるのかを、いったんは試みられるべきであろう。実際のところ、「純粹形式」が知覚の錯覚を免れている諸内容を生み出すことができるのというこの思想は多くの思想家を魅了した。第三章(三、二、三)で示されるように、根本的にはすでにカントの定言名法がこの種の理念に発している。今日ではこのような試みは大抵の場合、「手続き理論」と呼ばれる<sup>(9)</sup>。次章においてこれについてより多く述べられることから、われわれはここで、われわれの意図にとつて必要なことに限定する。

## 二、四、一 システム理論

タルコット・パースنز(一九〇二—一九七九年)にまで遡り、わが国では主としてニクラス・ルーマンによつて提唱されるシステム理論は、これによれば「正当性」、「正義」、「真理」といったものもそもそも存在しないことから、条件つきでしかこれを正義の手続き理論とみなすことができな<sup>(10)</sup>い。これらむしろ、これらを用いてよき意図であることが誓われるか、もし

くは前提とされた合意を表現するひとつのシンボルにすぎない。それというのもこの理論によれば、システムの機能が包括的であり、そこからシステム外の諸立場からするこれに対する批判は可能でないからである。システムは自らを産出し、その(学習過程を通しての)承認それ自体、すなわち『手続きによる正統化』<sup>(11)</sup>である。問題になっているのは正義が実現されることではなく(そのようものもともと存在しない)、システムが社会的複雑性を縮減するというようにして、それが機能するということである。

ルーマンのこの構想は、確かにそれ自体からこれを論駁することはできない。しかし彼は同時に、全く一貫して貫徹される純手続き理論というものはどのような内容をもはや許さないことを示している。「如何に」から発する「何」はそもそも存在せず、「如何に」が存在するばかりである。そこから法は絶対的にどのようなにも用いられるようになる。またたとえこの機能主義が理論的に議論の余地がないと思われても、それでもこれは実践的な諸々の理由から退けられなければならない——「その果実であなた方はそれを認めよ！」といチャールズ・S・パースの格言に従つて<sup>(12)</sup>。機能主義の果実は法にとつてこれがよくないのである。

## 二、四、二 契約モデル

いまやこれとは別の、機能主義的ではない手続き的な諸構想がどのようにして諸々の内容に立ち至ることを試みているのかが問われる。そこで、「社会契約」(ルソー、ホッブズ)の理念のある種のルネッサンスを意味している契約モデルに、先ず言及されなければならない。<sup>(10)</sup>最もよく知られているのはジョン・ロールズ(一九二二—二〇〇二年)<sup>(11)</sup>であり、彼にあつては、道徳的に判断する者が、権力的差異を締め出し、すべての人にとって等しい自由を保障し、そして——これが問題のポイントである——彼自身が将来の秩序において占めるであろう地位については誰にも知らせないような擬制的な原初状態(「始原的立場(original point)」に置くこと)〔無知のヴェール〕によつて普遍化可能な規範を獲得するということが問題になつていく。このような擬制的な原初状態においては契約の当事者たちは、次の点で意見が一致するとロールズは考へる。すなわち、一、二つの基本原則、つまり等しい基本的な諸自由ならびの機會の平等を求める等しい権利、および二、二つの優先原則、つまりは自由の優先ならびに給付能力および生活水準に対する正義の優先。これは広い範囲にわたつて納得がゆくものでもあろう。しかし、どうして擬制的な契約当事者たちはこのような原

則に到達しているのか。ロールズが一定の内容的な正義についての考え方を——そして当然のことながら彼自身ないしは彼の社会、より現実には二十世紀のアメリカ社会を想定しているがゆえに彼らはそこに到達しているのである。ロールズの原初状態において取り決められるものは、われわれの今日の道徳的および法的な理解に対応しており、そしてこの理解が止まるところで、ロールズによる諸々の論証の説得性も終わる。

諸内容はそれゆえ、形式から、手続きから、いずれにしてもそれだけから獲得されることはないのである。論証における循環を無視することはできない。これは決して非難ではなく、ひとつの認定である。そのさいロールズが正義の諸内容に立ち至っていることは、全く積極的に評価されなければならない。ここで彼は、実証主義的な見解からはあり得ない(というのも、法に反対するような法も存在せず、実証主義にとつてはいつさいの法律が、きわめて恥ずべき法律も法だからである)抵抗権のための場所も再び見出している。不正な法律に対する服従義務の問題が詳細に論議される。<sup>(12)</sup>しかしそのさいロールズは、不正な、暴君的な国家および法秩序に反対する(たとえば第三帝国における抵抗のような)<sup>(13)</sup>「古典的な抵抗権」にはそれほど関心をもつておらず、彼の関心の対象になつているのはむしろ

ろ「ほとんど正義に適っている」社会における抵抗への権利であり、彼はこれを「抵抗」では全くなく、「市民的不服従」と名づける<sup>(54)</sup>。どのような諸条件のもとにロールズが法治国家における抵抗というもの（それというのもの、もっぱらこれだけが重要である）を是認されるとみなしているかについては、ここでは情報を提供することができない。このテーマの現実性の大きさは知られており、これがひとつの重要なテーマであるということは、「市民的不服従」の、ないしは私自身の用語では「小銭の抵抗権」の目標設定から明らかになる。すなわち、「ほとんど正義に適っている」法治国家における「小さな」抵抗は、不法国家、そしてこれとともに「大きな」抵抗の必要性という事態に全く至らないために、敢行されなければならない、ということである<sup>(55)</sup>。

## 二、四、三 討議モデル

手続的正義論に立ち戻ることしよう。ユルゲン・ハバーマス（一九二九年生まれ）は、道徳的な論証において解決することが求められる諸々の課題は、独語的に克服され得るのではなく、協働の努力というものを必要としているとしてロールズに意義を申し立てた。これによれば、道徳的な諸々の論証は、

障害を被った合意を修復するという目標に役立つ。それというのも、規範に随伴した諸々の相互作用の領域における諸々の衝突は直截に障害を被った規範的理解に帰着するからである。ハバーマスは契約モデルに討議モデルを対置するのであるが、これは、少なくともロールズの構想と同じほどの反響を見出した。

ハバーマスは、真のないしは正しい諸内容をコミニケーションの過程から獲得しようとする課題を提起するのであり、そのさい理論的討議の場合では経験的事実の真理性が、実践的討議の場合では規範的な諸言明の正当性が問題である。それ自体としてひとつの問題であるのは、正しい諸規範を真なる諸事実と同様に根拠づけることができるのか、言い換えれば価値明証というものが観察明証というものと同様に相応の仕方で存在しているのかである。もうひとつの特殊問題は、法的な論証はそもそも合理的な討議に該当しているのかという問いにかかわっている。この二つの問いについては、先にすでに態度が表明されている。

ハバーマスは、根拠づけられた合意だけがある何かの（経験的な諸事実の、法的な諸規範の）真理性ないしは正当性の基準であり得ることを無視していない。では、何がこの合意を正統

化するのか。ハバーマスはきわめて注目すべき仕方で答える。「より優れた論拠の力」はもっぱら討議の形式的な諸特性によって明らかにされ得るのであり、諸命題の論理的一貫性のように、論証連関の基底に置かれている何か、もしくは、諸経験の明証性のように、外からいわば論証のなかに侵入して、く何かによってではない、と。では、討議を真理性ないしは正当性として証明するような形式的諸特性とは何であるのか。シュテフェン・トゥルミン<sup>(10)</sup>に習ってハバーマスはこれらの基準を「理想的な発話状況」というものの諸条件、すなわち、討議参加者全員にとつての機会の平等、言論の自由、どのような恩典も与えられていないこと、うそ偽りのないこと、強制から免れていることに認める。

実際のところ、ここには大体において合理的かつ理念的な討議の諸条件が置かれているといつてよい。しかし、どのようにしてそれは、その基底にはやはりまさに何か置かれていないところで、ある何か(経験的な諸事実、法的な諸規範)の真理性ないしは正当性を生み出すのか。われわれはここで再び、われわれはすでにカントに観察したような形式からの素材の偶然発生を、内容的な正義のすべての根拠づけにあつてわれわれに出遭うような「自然法的循環」をもつことにならないか。ハバ

ーマスのモデルもまた割り切れない。確かに「より優れた論拠」という原理」はつねにひとつの解決を可能にするが、しかしハバーマスにあつては優先原則というものが全く存在していないことからすべてが無規定なものにとどまり、「より優れた論拠」という原理」は結局のところ、ひとつの「空虚な原理」であるということになる。

この点ではロールズのモデルのほうが、その差額原理から一定の論拠の倫理的優位というものを、そのようにしてとりわけ、劣悪な状態に置かれている人には優先的に決定する論拠が認容されているという原理を導き出すことができるという理由から、「討議モデルを」凌駕している。これは、私が「消極的功利主義」と呼んだものとある種の類縁関係を有している。大多数の最大幸福を目標とする「積極的功利主義」(「幸福」をどのように普遍化することができるのか。不幸な人々をどうするの)の代わりに、それは災厄の最大限に可能な減少を要求することをもつて満足する、言い換えれば、努められなければならないのは、災厄を何としてもできるだけ僅少な程度に喰い止めることであり、これに伴う負担が最も寛大な仕方であらなければならないということである。そして、疑わしきはより広い寛容の幅を所持している論拠もしくは財が優先することが

妥当するとする寛容の原理にも、ここで言及されなければならないのであるが、そのさいこの原理はつねに答責原理（ハンズ・ヨーンナス）との関連のもとに見られなければならない（これが、たとえば、寛容が、未生児に対してもではなく、妊婦に対して用いられなければならないのかという、難しい問題に導くことはあり得る。所与が異なることに、より広い寛容の幅がどこに成り立っているかに応じて答えられなければならないひとつの衝突である）。

一 討議もしくは合意理論もまた、これを仔細に観察すれば、諸々の内容が、いずれにせよ主として経験に由来していることを示している。それらをもつばら形式から、手続きから取り出したと信じている者は、ひとつの自己欺瞞に陥っているのである。諸内容が経験に——少なくとも経験にも——由来しているのであれば、それらは絶対的には妥当しない。そしてそれゆえに、合意原理もまた真理のどのような「究極的な根拠づけ」をも保障しているのではなく、もつともらしいこと、本当らしいこと、危険をはらんだ決断よりも多くのものでは全くない。手続的諸理論に対して非難が加えられなければならないのは、それらの諸々の論証のなかに循環と証明されていない諸々の仮定が見出されるということについてではなく、このことが明る

みに出されていないことについてである。真理性または正当性について内容的な言明をなす者であれば何人も、論理学も内容的な諸々の定義をもつて作業しなければならないのと同様に、証明されていない諸々の仮定のうえにそれを構築することが強いられているのであり、その限りで循環的に処理しなければならないのである。しかしこれは、内容的な根拠づけそれ自体に対するどのような異議申し立てでもなく、ただその絶対性に対する異議申し立てであるにすぎない。

前述のことは、それがとりわけカール・オットー・アーベルによつて展開されているような討議倫理学にも当てはまる。そこで問題になっているのは「善と悪」への、「善き生活」への、「生命界」への問いではなく、もつばら「正しい——正しくない」であり、そのさい何が正しい、もしくは正しくないかという問いは、もつばら形式的な諸原則に向けられる。何が「正しい」のかを決定するのは、ある「理想的なコミュニケーション的共同体」において、合意の内容を顧慮することなく、たとえこれが絶対的な悪（合憲的に成立した汚辱法）であつても合意するに至っている人々の合意である。合意のこのような疑わしい役割は別論としても、この種の合意はつねに、経験的に確認することができない、ひとつの擬制的な合意にすぎないので



ある。ある主張された妥当は、あたかも全員の合意がはじめてこの主張を確認することができるかのように扱われなければならないとされる。事実としては確かにこの合意を手に入れることはできないのであって、それというのも理想的な討議は、もっぱら討議倫理学者の頭のなかで演じられている、どのような内容をも原理的に有していない、ひとつの思考過程にすぎないからである。討議倫理学はただひとつの道徳的原理を、つまりは普遍化の原則を有しているにすぎない。それゆえに、このような純手続的倫理学を支持することができないがゆえに、善の概念に負っているような賢慮 (sophistic) の倫理学に立ち帰られなければならないとするチャールズ・テイラーは正しいのである。

われわれは、討議モデルは誤りではないが、しかしそれは十分に補充を必要としてみるとみなしている。真理の合意理論は真理の収斂理論というものにまで拡充されなければならないのである。

理性原理 (理性は「その批判のすべての企てに服して」いなければならない) から討議を支える三本の柱、すなわち論証原理、合意ないしは収斂原理、可謬原理が生ずる。

論証原理によれば、合理的な討議は、すべての論拠がそこで

許される自由な論証共同体から成り立っている。合意を通して相互主観性を創り出すことがその目的である。互いに作用し合うことにおいて認識と承認が成り立つ (カントとは対照的にパス)。

論証原理は、合意ないしは収斂原理と可謬原理による補充を必要としている。これが意味しているのは、どのような合意も究極的なものではないこと、むしろどの言明も、どの推論も、どの論拠も原則的に誤謬であり得、それゆえに原理的に修正が可能である、ということである——合意原理、到達したどのような合意も究極的なものではないという命題は可謬的ではないことを例外として、というのも、究極的な合意というものが存在し得るということが他に妥当するのであれば、これは合意原理の対立物であろうからである。

ところで、可謬論に立ち止まり続けるのは確かにできず、「積極的に」論証することともなされなければならない。しかし、合理的に論証することでも何をなすことができるのかは、確かに疑問である。カール・R・ポPPER (一九〇二—一九九四年) の「批判的合理主義」によれば、ある言明が完結的かつ必然的に証明されているという意味において積極的に根拠づけることと証明することは可能でない。それらを事実につい

て挫折させるといふようにして、諸々の言明の誤謬を証明し、諸々の理論に論駁を加えること、しか可能でないのである。この背後には、長い目で見て in the long run である言明、ある仮説、ある理論およびこれに類するものの誤謬を証明することが可能でない場合には、われわれの誤謬が長期間のうちに取り消されているという理由で、それらの真理性を想定することが根拠づけられているという、すでにパースに見られる思想が置かれている。

誤謬を証明することが科学において傑出した役割を演じているということは、何ら疑いのないところである。このことはとくに法において当てはまるのであって、それというのも、われわれは大抵の場合、何が「正しい法か」もしくは「何が良俗か」を直截に言い表すことはできず、何がたまたま不法でしかないとしか、何がたまたま良俗に反しているとしか言いようがないことを言い表すことができるにすぎないからである。しかし誤謬を証明することだけで満足することはできない。実践的な学問は誤謬を証明するだけではなく、根拠づけることもしなければならぬ。このためには帰納が、ポPPERがそれを科学の方法として許容しようとしないうちにもかかわらず、不可欠である。言い換えれば、われわれは経験に立脚しなければならぬ

いのである。

合意理論の弱点は主として、それが、経験がなくても何か実質的なものに決着をつけることができることと信じていることにある。その根底に置かれている、真理は現実それ自体に（真理の対応理論）ではなく、現実についての諸言明にのみかかっているという、真理についての見解と関係している（真理の合意理論）。しかしこれは、その一面性において正しくはあり得ない。真理発見はこのようにして、合意に達した悪も正統なものとして承認することを強要する独りよがりの営みに化す——形式的に正しく合意に達しているものは偽でも悪でもあり得ないという命題がずうずうしくも信奉される場合は別として（全員、合意だけが真理を作り出す力を有しているという思考上の逃げ口上は、この種の全面的な合意というものは存在せず、また決して存在することにはならないがゆえに、実際には役立たないのである）。

達成された合意というものは、——すでに合意し得ることであっても——真なるもの——「正しい法」——が現存していることに対するひとつの最も重要な徴表ではある。しかし、究極的な根拠づけというものは、それはあり得ない。このようなことは、総じて言えば、合意理論がそれを試みているように、

純形式的には可能でないのである。

## 二、四、四 収斂モデル

ある言明の真理性ないしは正当性にとつての本来の基準は、ある合意が現存していることでもなく、複数の互いに独立している主観が同じ対象に関して実質的に収斂する諸々の認識に到達しているという事情である。この「真理の収斂理論」(これは、真理の対応理論という古い思想を再び拾い挙げて(28)は、どの認識も主観的な契機は別の起源に由来しているが、これに対して、客観的な契機はそのつど同じ存在者に由来するという思想から出発する。主観的な諸契機は互いに対照し合い、互いに弱め合うか、もしくは解消しさえする。これに対して客観的な諸契機は全員を存在しているもの統一一点へと差し向け、そのようにして根拠づけられていることが確証されるのである。

これとともにわれわれは再び対応理論に、そして主観的存在論に到達しているのではない。われわれは、規範的なものの諸認識は認識する者の産物である——とはいえ、認識する者の産物でもあるのであって、自分の神の毛を掴んで自分を沼から引き上げるミュンヒハウゼンになぞらえられてはならない

からには、もつぱらその産物であるのではないという立場を堅持する。実践的な、規範的な討議もまた、しかしそれがハバースのモデルには(表向きには)有していないような「対象」というものを持たなければならないのである。

ところでしかし、規範的な諸々の討議の場合では、どのような実体的な対象も存在しないことを確認しておくことは、どこでも重要である。けれどもここから、このような討議では、たとえいまだある種の断片的な状態においてであれ、討議の外に成り立っている何かがそもそも欠如しているというように帰結されるならば、それは誤りである。それに同一性を付与する訴訟対象のない訴訟というものは存在しないことは、法律家であれば誰もが知っている。しかし彼はまた、一方では、この訴訟対象は訴訟対象としてすでに出来上がったものとして与えられているのではなく、法関係の性格をもった歴史の出来事として訴訟の前に置かれていること、他方で、しかしこの訴訟対象は訴訟において始めてそのより厳密かつ具体的な輪郭を獲得するということも知っている。規範的な諸科学——倫理学、規範論、法学——の「対象」は実体ではなく、諸々の関連、関係である。パースが踏み込んだ、つまりは属性賓辞しか知らなかったアリストテレスとカントの論理学から関係賓辞の論理学

というものの大きな一歩は、法哲学と法理論においてはよいよもって追体験されなければならない。

討議理論が、どのように、理性的に論証されなければならないかについての形式的な諸原則——「理想的な発話状況」というものの諸条件——しか指定しなかった限りで、それは、ある合意が形式的に正しく成り立っているという確認を根拠づけることとしかできないのであり、ある内容的な何か、たとえば諸規範の真理性ないしは正当性が達成されていることをそれが主張することはできないのである。合理的な、合意を獲得する討議それ自体は、何が真または正であるのかを、そして何をわれわれはなすべきであるかを告げていない。それは、討議に参加する者の知識と経験に取って代わるものではなく、これを出来上がったものとして前提にしているのである。討議参加者が討議に、討議それ自体ではない何らかの内容、何らかの「テーマ」を与えてはじめて（そのさいこのテーマの厳密な固定化は、討議が進展するにつれてはじめて生ずる）、討議は真なる、ないしは正しい諸帰結に導くのである。

## 二、五 人格的に裏づけられた手続き的正義理論 というものの構想

われわれの諸々の考察は、次の決定的な問いにおいて極まってくる。それではいったい、正義に関する討議の「対象」、「テーマ」とは何であるのか。これまで述べられたすべてから、この（決して実体的なものとして理解されてはならない）対象は法発見過程の全く外にも、その全く中にも置かれていない——そうでなければわれわれは再び実体存在論にか、もしくは機能主義に着地していることになるであろう。われわれは、存在的であると同時に、手続的であるような現象を用いる。求められるこのものは人間でしかあり得ないのであるが、しかしこれは経験的な人間ではなく、人格としての人間である。しかしこれは倫理的または人間学的な意味における人間ではなく、「役割」としての、人その他の人との間に、もしくは人と事物との間に成り立っている諸々の関係の調和体としての人間である。すべての秩序はこの種の関係的性格を有しているのである。人間の人格的な諸々の関係こそ、法的な討議を同一化する当のものであって、それというのも、根本的に法はつねに各人に人格として帰属しているものを彼に保障すること、すなわち各人にその分

を「与えよ」(Summ quique) によつてのみ(とりわけ基本的および、人間の諸権利の保障によつて)、正統化され得るからである。それゆえにすでにヘーゲルが、「一個の人格であれ、そして他の人々を人格として尊重せよ」と述べているのである<sup>(9)</sup>。

しかし注意せよ、人格は実体ではない、人格は関係、より正確には、関係づけるものと関係づけられるものとの構造的な統一体であることに<sup>(10)</sup>。この意味において人格は規範的討議の「如何に」と「何」、「主観」と「客観」とがひとつ、つにおいてある、この討議の過程の外にも内にもあり、与えられているものであるとともに課せられているものである、それは静態的でも無時間的でもないが、しかしその動態的・歴史的な形態において任意に処分することができない。そこから、「解釈学的」循環がすべての理解を人間の人格性に根拠づけ、それゆえに廃棄することができないことが明らかになる。そして、真理の収斂理論は対応および合意理論に対する第三の理論ではまったくなく、むしろ両者の意味ある結合であることも可視的なものになる。

とはいえ、この収斂理論に対しても認識論的な冷静さが要請されている。それは根本において、認識過程において客観的なものがどのようにして主観的なものから際立っているかという

ことしか示していない。しかしそれ自体は両者を互いに分離する手段では全くない。主観・客観図式の意味における全般的・抽象的な分離というものは関係的なものと人格的なもの、主観であると同時に客観であるものの場合ではどのみち存在し得ない。両契機の分離、というものはもともと全く問題でもなく、主観的なものに対して客観的なものを保持すること、意見的なものに対して実質的なものを保持することが問題になっているのである。この保持はもっぱら具体的な法発見手続きにおいて行なわれる。まさにここに法発見手続きの過程的な性格が置かれているのである。

しかし、どのようにしてこの種の保持が知覚されるのか。客観的なものの保持を確定するため、最も重要な手段が合意である。しかし合意の真理性ないしは正当性にとつての根拠は(理想的な仕方で確保された)合意それ自体ではなく、真理性(正当性)の本来的な基準としての収斂である。

この見方からは、先のように理解された正義、人格的に裏づけられた手続き理論を詳述することは法哲学だけの課題ではあり得ず、法がゆだねられているすべての人の問題である。これには討議を必要としているのであるが、しかしそれは理想的な思考モデル(「理想的な発話状況」という形態におけるばかり

ではなく、「事件」に、関する現実的な諸々の経験と確信がそこで交わされる(裁判所を通した)事実として現存している論証諸共同体における討議である。この種の現実的な討議が経験的な基盤というものの必要としていることを、いま一度はつきりと強調しておこう。真なる諸内容を形式から思考過程を通して獲得することができるのであれば、それはうますぎる話であろう。しかしこの世界が成り立って以来、この種の話はいまだ全く起こっていないのである。

この問題史的論述から引き出すべき結論が存在するとは、それはこうである。法の理念は、人格的な人間の理念である。そうでなければ、それは全くの無である。

- (188) 根底的なのは、G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, in: SJZ 1946, 105 ff.; GRGA Bd. 3, 1990, S. 83 ff. ラートブルフの『法哲学』の死後刊行された第四から第九版の冒頭に転載されている: GRGA, Bd. 2, 1993, 「小林直樹訳」実定法上の不法と実定法を超える法『実定法と自然法』(ラートブルフ著作集四、東大出版会、一九六九年)二二〇頁以下)
- (190) いまなお読むに値するのは、F. v. Hippel, *Die Perversion der Rechtsordnungen*, 1955.
- (191) それのごとく詳しくは、A. Kaufmann, *Die Naturrechtsrenaissance*

der ersten Nachkriegsjahr - und was daraus geworden ist, in: Festschr. f. S. Gager, 1991, S. 105 ff. [上田健一訳「戦後初期に自然法のルネッサンス——およびそこから生まれてきたもの——」アルトゥール・カウフマン(上田健一・竹下賢・長尾孝雄・西野基継編訳)『法・人格・正義』(昭和堂、一九九六年)一九二頁以下)]

K. Kühl, *Rückblick auf die Renaissance des Naturrecht nach dem 2. Weltkrieg*, in: G. Köhler/M. Heintzel/Schupp (Hrsg.), *Geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1990, S. 331 ff. ——別の観点から見た今日の自然法について R.P. George, *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, 1992, 最近の論文に『H. Hruschka, *Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgaben der Rechtswissenschaft*, in: JZ 1992, 429 ff. を見よ。

- (201) BGHSI, 6, 46-6, und 147.
- (202) H. U. Evers, *Der Richter und das unethische Gesetz*, 1956, S. 141, 72. 今日でも数少ない法実証主義の信奉者の一人が、N. Hoerster, *Verteidigung des Rechtspositivismus*, 1989, 以下を。他に E.J.-Lampe, *Grenzen des Rechtspositivismus*, 1988; R. Dreyer (Hrsg.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, in: ARSP-Beihft 37, 1990; ders., *Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?* in: RfH 18 (1987), 368 ff.; W. Kravtitz, *Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?* in: RfH 18 (1978), 209 ff.; G. Marvino, *Positismo e Giurisprudenza*, 1986; G. Zaccaria, *Diritto positivo Positita del Diritto*, 1984.
- (203) その最もよく知られた作は: N. Luhmann, *Legitimation durch*

Verfahren, 1969. [今井広道訳『手続を通過しての正統化』(風光社、一九九二年)]

- (95) ヲレノシテ誰ノベテ、*Kaufmann/W. Hasserer*, Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 1971, S. 27 ff.; *R. Dreier*, Recht - Moral - Ideologie, 1981, S. 270 ff.; ネットンノ正義問題ノシステム理論的新定式化(1985)。最近ノオノノトノヲカキ、*L. Phillips/H. Scholler* (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*; Arthur Kaufmann, zum 65. Geburtstag, 1984.

- (96) ヲレノシテトモ ヴェル、*Arthur Kaufmann*, Recht und Rationalität (Fn. 71), S. 1 ff.; bes. S. 24 ff.

- (97) ヲレノシテトモ ヴェル、*W. Siegmüller*, Hauptströmungen der Gegenwartphilosophie, Bd. 1, 6 Aufl. 1978, S. 429 ff.; bes. S. 43 f.

- (98) *G. Husserl*, Recht und Zeit, 1955, S. 14 ff.

- (99) *Reinach*ノ趣ヲ重要ニ作ラセ：Zur Phänomenologie des Rechts; Die apriorische Grundlagen des bürgerlichen Rechts, 1953. しかしまた、今日でも読むに値する彼の次の現象学ノ案内にも言及されなければならぬ。A. *Reinach*, Was ist Phänomenologie? 1990.

- (100) ノノ立場ヲオモハシ明瞭ニ提唱シテオケテ、*G. Stratenwerth* in: Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“, 1975.

- (101) *G. Radbruch*, Vorlesung (F. 9), § 1.: 「民衆ノ価値」; GRGA, Bd. 3, 1990.

- (102) *G. Radbruch*, Die Natur der Sache als juristischen Denkform, in: Festschrift zu Ehren von R. Raun, 1948, S. 157 ff.; GRGA, Bd. 3, 1990, S. 229 ff.

- (203) *M. Manhofer*, Die Natur der Sache, in: ARSP 44 (1958), 145 ff. 自身の見解(1957) *Arthur Kaufmann*, Analogie (Fn. 28),:

「事物の本性」は存在こそ為る事例と規範とを結合肢(「賦性」)に於ける; 参見(9)。(ヲレノシテトモ ヴェル、*P. Nehf*, [Hrsg.], Legal Knowledge and Analogy; Fragments of Epistemology; Hermeneutics and Linguistics, 1991)に於ける多くの論考を参照)

- (204) 最近ノオノノトノヲカキ、*F. Romeo*, Analogie: Zu einem relationalen Wahrheitsbegriff im Recht, 1991, 44-45; *A.W. H. Langhain*, Das Prinzip der Analogie als juristischen Methode, 1992. 批判的意見の仲間(1991)に於ける(9)参見(9) *R. Dreier*, Zum Problem der „Natur der Sache“, 1965. 「事物の本質」(1957)ノ他の文献(4) *A. Kaufmann* (Hrsg.), Die ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 4-243.

- (205) 彼(1957) ヴェル、*R. Dreier*, Recht - Staat - Vernunft, 1991, S. 142 ff.; エリナス・ゴントー(一八七〇-一九三三年; 第二帝國)ヲナチズムとの間の一人の法哲学者。

- (206) 今日でもなお読むに値する著作 *K. Lorenz*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff objektiven Zurechnung, 1937, 参見(9)。

- (207) *G. Stratenwerth*はわれとは異なる(1975)でありは合理的に「事物の本性」を把握した。(19)の点(19)の立場とあちあち類似している。

- (208) 文献から、*H.L.A. Hart*, Der Begriff des Rechts, (英語から), 1973; *ders.*, Recht und Moral, (英語から), 1971; *F. Barros*, Rechts-

- gung und Rechtsordnung: Eine Kritik des analytischen Rechtsbegriffs, 1984; *G. Robles*, Rechtsregeln und Sprachregeln: Eine Abhandlung zur analytischen Rechtslehre, 1987; *J.-M. Pryster*, Rechtstheorie als analytischen Wissenschaftstheorie, in: *G. JahrbW. Mainhofer* (Hrsg.), Rechtstheorie, 1971, S. 13 ff.; *E. Tugendhat*, Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie, 1976; *H.-J. Koch*, Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976; *K.L. Kunz*, Die analytische Rechtstheorie: Eine .. Rechts .. theorie ohne Recht? 1077; *H. Eckmann*, Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie: Der Begriff des Rechts und der Rechtsinterpretation, in: ARSP 89 (1983), 299 ff. — 実践的の関連を伴ったの分析論的研究 ;
- E. v. Savigny*, Die Überprüfbarkeit der Strafrechtssätze, 1967.
- (208) *H. Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, 1979 (泉澤平七)
- (209) *K. Opatek*, Überlegungen zu Kelsens .. Allgemeine Theorie der Normen .., 1980; *ders.*, Theorie der Direktiven und der Normen, 1986, 和訳を° 大谷 隆夫° *O. Weinberger*, Norm und Institution, 1988.
- (210) *K. Englisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963; *U. Klug*, Juristische Logik, 4. Aufl. 1982; *I. Tammelo/H. Schreiner*, Grundzüge und Grundverfahren der Rechtslogik, 2 Bde., 1974/1977; *O. Weinberger*, Rechtslogik: Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristischen Denken, 1970.
- (211) *G. H. von Wright*, An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action, 1968; *ders.*, Deontic Logic Revisited, in: RTH 4 (1973) S. 37 ff. 大谷 隆夫° 森田 大蔵° *G. Kalinowski*, Die präskriptive und die deskriptive Sprache in der deontischen Logik, in: RTH 9 (1978), 411 ff.; *A.G. Coing*, Konstitutive Regeln und Deontik, in: *Ethics: Foundations, Problems and Applications*, 1981, S. 82 ff.
- (212) *カール・ロビンソン*° *K. R. Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, 2 Bde. 6. Aufl. 1980. (第一卷はトマン・ヤロフ 59°) —— *カール・ロビンソン*° *カニンガム*° *A.F. Uitz* (Hrsg.), Die offene Gesellschaft und ihre Ideologie, 1986. 藤本 邦彦 林 栄彦° 意味を導く *カニンガム*° *C.W. Connors*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 61 ff.; *W. Fikentschn*, Methode des Recht in vergleichender Darstellung, Bd. 2, 1975, S. 66; *R. Zippelius*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1989, S. 76 ff.
- (213) *T. Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1984; *Ch. Perelman*, Das Reich der Rhetorik: Rhetorik der Argumentation, 1980. *W. Schreckenberger*, Rhetorische Semiotik, 1978; *F. Hoff*, Juristische Rhetorik, 3. Aufl. 1985; *O. Ballweg* u. a. (Hrsg.), Rhetorische Rechtslehre, 1982; ; *K. Lüderssen*, Juristische Topik und konsensorientierte Rechtsgelung, in: *Festschr. f. H. Coing*, Bd. 1, 1982, S. 549ff; *G. Struck*, Topische Jurisprudenz, 1971; *O. Weinberger*, Topik und Plausibilitätsargumenten, in: *Festschr. f. H. Coing*, Bd. 1, 1982, S. 549ff; *G. Struck*, Topische Jurisprudenz, 1971;



- (19) *O Weinberger*, Topik und Plausibilitätsargumentation, in: ARSP 65 (1973), 17 ff. *W. Gask*, Juristische Rehorik 2. Aufl. 1992.
- (20) 公理的体系「トポシク論および」(構造主義的の理解された)開かれた体系の問題性について *H. Otto*, Methode und System in Rechtswissenschaft, in: ARSP 33 (1969), 493 ff.
- (21) 法の体系的明瞭か、混濁的か? *J. Stelmach*, Die hermeneutische Aufassung der Rechtsphilosophie, 1991, S. 44 ff.; 135 ff.
- (22) *D. Duortkin*, Law's Empire, 1986, S. 55 ff.
- (23) *G. Radbruch*, Rechtsphilosophie (Fn. 177), S. 110.
- (24) *J. B. von St. A. Kaufmann*, Gustav Radbruch - Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat, 1987, S. bes. 20 ff. 「ブルトマン・カフマン」(中義勝・山中敬一訳)『マスター・ノートブック』(成文堂、一九九二年)「三頁以下」
- (25) *G. Radbruch*, Ihr jungen Juristen!, 1919, S. 13.
- (26) *G. Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 171; vgl. auch Rechtsphilosophie (Fn. 177), S. 178 f., GRGA Bd. 2, 1993.
- (27) 先づ「三」四を思ふ。
- (28) 以下の *G. Radbruch*, Vorschuile (Fn. 9), S. 94 ff. GRGW Bd. 3, 1990, S. 221 ff. を見よ。亦「前掲の「法をいふ」を「法をいふ」に「さす」を、vgl. auch *R. Zippelius*, Rechtsphilosophie (Fn. 212), S. 46 ff.
- (29) *Radbruch*, Rechtsphilosophie (Fn. 177), S. 87ff. [前掲 (17) 記書 一〇五頁以下]
- (30) *Radbruch*, Rechtsphilosophie (Fn. 177), S. 119. [前掲 (17) 記書 一四七頁] 同様に「初期」の「Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 29ff.», GRGA Bd. 2, 1993. を「後」の「Vorschuile (Fn. 9), S. 32 ff.», GRGA Bd. 3, 1990, S. 150 ff.
- (31) *Radbruch*, wie Fn. 189.
- (32) *Radbruch*, Rechtsphilosophie (Fn. 177), S. 119 ff., 142 ff., 154 ff.
- (33) *Radbruch*, Rechtsphilosophie (Fn. 177), S. 205 ff.
- (34) *Radbruch*, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, in: Internationalen Zeitschrift für die Theorie des Rechts 12 (1938), 46 ff.; GRGA, Bd. 3, 1990, S. 60 ff.
- (35) *Radbruch*, Vorschuile (Fn. 9), S. 79.; GRGA, Bd. 3, 1990, S. 194.
- (36) *J. Messner*, Das Naturrecht, 1950, S. 345.
- (37) *H. Rommen*, Die ewige Wiederkehr des Naturrecht, 2. Aufl. 1947, S. 235.
- (38) *M. Hourton*, La theorie de l'institution de la foundation: 2. un ivoir de la theorie der Institutionen, 1965.
- (39) *H. Donobois* (Hrsg.), Recht und Institution, 1956. 最近 *G. von St. A. v. K. E. Heinz*, Zur Theorie der rechtlichen Institution, RTh 23 (1993), 106 ff.
- (40) 現代人問答の簡略な案内を提供して「さす」 *K. Lorenz*, Einführung in die philosophische Anthropologie, 2. Aufl. 1992 年。尤 *G. Hoegffner*, Philosophische Anthropologie, 1982.
- (41) *Cicero*, De Legibus, I. 17. [岡道男訳「法律のこころ」(キネロー 選集 8 岩波書店) 一九三頁: 「じつと、わたしたちは法の自然本

性を解明しなければならぬし、それを人間の自然本性に求めなければならない。』

- (26) 原「たムネ」 E.-J. Lampe, Rechtsanthropologie, in: Ergänzebares Lexikon des Rechts, Lfdr 18 vom 7. März 1986.
- (27) 原「たむね人間」 「鏡」 めきたん、ふなからち存在「つうせ」 たムネ<sup>45</sup> vgl. Radbruch, Der Menschen im Recht, 1927; K. Engisch, Der Mensch im Recht, in: Weltbild des Juristen, 2. Aufl. 1965, S. 26 ff.; H. Sinzheimer, Das Pöbarn des Menschen im Recht, 1933; U. Klug, Das Menschenbild im Recht, in: W. Silber (Hrsg.), Das Menschenbild der Gegenwart, 1955, S. 35 ff.; J.-J. van den Ven, Jus Humannum (Fn. 34), S. 18 ff.; Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie (Fn. 38), S. 22 ff.; F. Köpp, Das Menschenbild im Recht und in der Rechtswissenschaft, in: Rechtsstaat, Kirche und Sinnverantwortung: Festschr. f. K. Obermaier, 1986, S. 35 ff.; H.-O. Müller-Sens, Überlegungen zum Zusammenhang von Menschenbild und politischer Ordnung, in: Menschenwürde-Soziale Gerechtigkeit-Europa. Festschr. f. E. Pirkel zum 60. Geburtstag, 1985, S. 103 ff.
- (28) M. Scheler, Der Stellung des Menschen im Kosmos, 1928, 6. Aufl. 1962. [亀井裕・山本達記『宇宙における人間の地位』(フーラー著作集13、白水社) 所収一頁以下]
- (29) Sartre, Critique de la raison dialectique, 1960. ベルタヌ主義的に形つけられた人間学である。構造主義の視点から見た人間学というものを提示したのは、C. Lévi-Strauss, Structurale Anthropologie, 1966. キリスト教の視点からは<sup>46</sup> Wolfhard Panthenberg, Anthropologie in theologische Perspektive, 1983.
- (30) W. Fikentscher, Methoden (Fn. 212), I Bd. 1975, S. 60.
- (31) M. Broekmann, Recht und Anthropologie, 1979; E.-J. Lampe, Rechtsanthropologie: Eine Strukturanalyse des Menschen im Recht, 1970; ders., (Hrsg.), Beiträge zur Rechtsanthropologie, in: ARSP-Beihft 22, 1985; ders., Grenzen des Positivismus: Eine rechtsanthropologische Betrachtung, 1988.
- (32) Pospisil, Anthropologie des Rechts: Recht und Gesellschaft in archaischen und modernen Kulturen, 1982. 被「りこむ」 Peter Landau, Anthropologie des Rechts: zur Rechtsanthropologie von Leopold Pospisil, in: FamRZ 1986, 126 ff.
- (33) 原「たむね」 J.M. Von der Ven, Jus Humannum; Das Menschliche und Das Rechtliche, 1899, ヲ「る」 原「鏡」 めきたん<sup>47</sup> Dens, Recht. Mensch, Person. - Eine rechtsanthropologische Anfrage an die Rechtsvergleichung, in: W. Hassner (Hrsg.), Dimension der Hermeneutik, Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, 1984, S. 15 ff., きん<sup>48</sup>。——「りこむ」他の文献から、なま<sup>49</sup>のなま<sup>50</sup>のなま<sup>51</sup>。 Hans Rüggele, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie: Philosophische Anthropologie des Politischen, 1969; H. Zeman, Evolution des Rechts: Eine Vorstudie des zu den Evolutionprinzipien des Recht auf der anthropologischen Grundlage, 1987. 小論等の中から重要なものとして: Thomas Würdenberger, Über die Rechtsanthropologie, in: Mensch und Recht; Festschr. f. Erik Wolf zum 70. Geburtstag, 1972, S. 1 ff.; W.



- 73 (1987), 467 ff.; *ders.*, Das hermeneutische Bewusstsein der Juristen, in: RTh 18 (1987), 344 ff.; *J. Uastala*, Legal Dogmatics, Epistemology and Radical Hermeneutics, in: ARSP-Behft, 40 (1991), 116 ff.; *G. Zaccaria*, *Ermenutica Giuridica Contemporaria*, 1990; *Ch. Weinberger/O. Weinberger*, Logik, Semantik, Hermeneutik, 1979; *F. Wiacker*, Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik, 1963.
- (247) コレは「こころをさす」思辨を『J. Schmach, wie Fn. 246, S. 19 ff. n. ö., 同頁46。』
- (248) Vgl. *J. Habermas*, Der Universitätsanspruch der Hermeneutik, in: Hermeneutik und Dialekt, Festschrift f. H.-G. Gadamer, 1979, S. 37. *M. Frank*, Das individuelle Allgemeine, 1977, S. 147 ff.: 「解釈学」の普遍性概念の根拠(75): 巻の序46。
- (249) *R. Willmann*, Der existenzialontologische Begriff des Verstehen und das Problem der Hermeneutik, in: Hassener (Hrsg.), Dimensionen der Hermeneutik (Fn. 246), S. 41, 48.
- (250) *W. Mañkofer*, Naturrecht als Existenzrecht, 1963, S. 44.
- (251) *Gadamer*, Wahrheit (Fn. 246), S. 270.
- (252) *Gadamer*, Wahrheit (Fn. 246), S. 265. 卷の序に「Arthur Kaufmann, Recht und Rationalität (Fn. 71), 8頁以下を参照46。』
- (253) コレは「こころをさす」A. Kaufmann, Richterpersonlichkeit und richterliche Unabhängigkeit, in: Festschr. f. K. Peters, 1974, S. 285 ff.
- (254) 「解釈学」の循環」に「こころをさす」A. Kaufmann, Der Zirkel-
- schluss in der Rechtsfindung, in: Festschr. f. W. Gallas, 1973, S. 7 ff. 巻の46。最近の「こころをさす」J. Steinhilber, wie Fn. 246, S. 554 ff. をさす「裁判官」の「W. Siegmüller, Der so genannten Zirkel des Verstehens, in: Natur und Geschichte, X. Deutscher Kongress der Philosophie, 1973, S. 21 ff. コレは「こころをさす」をさす「M. Flommet, Die Rezeption (Fn. 246), 17 ff. —— 「解釈学的循環」に「こころをさす」をさす「Hassener」の「Tarbestand (Fn. 346) の存在をさす」である。
- (255) 価値理論に「こころをさす」の文献を「さす」の「見渡」をさす「こころをさす」の「さす」をさす「Z. Steinhilber, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. 1991; U. Neumann, Rechts-ontologie und juristische Argumentation, 1978; *ders.*, Juristische Argumentationslehre, 1986; *A. Aarnio*, On Legal Reasoning, 1877; *ders.* u. a. (Hrsg.), Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation, in: Rth-Behft, 2, 1981; *M. Atienza*, For a Theory of Legal Argumentation, in: RTh 21 (1990), 393 ff.; *N. MacCormack*, Legal Reasoning and Legal Theory, 1978; *A. Pezerink*, Grundlagen der juristische Argumentation, 1983; *ders.*, u. a. (Hrsg.), Reasoning on Legal Reasoning, 1979; *Ch. Perleman*, Juristische Logik als Argumentationslehre, 1979; *M. Pavcnik*, Juristische Verstehen und Entscheiden, 1993; *W. Husserl/A. Kaufmann/N. Neumann*, Argumentation und Recht, in: ARSP-Behft, N. F. Nr. 14, 1980; *H. Roddingen*, Pragmatik der juristischen

Argumentation, 1977; R. Gröschner, Theorie und Praxis der juristischen Argumentation, in: JZ 1985, 170 ff.; O. Weinberger, Logik und Objektivität der juristischen Argumentation, in: Gedächtnisschr. f. I. Tammelo, 1984, S. 557 ff.; N. Horn, Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation, in: RTh 6 (1975), 145; G. Struck, Zur Theorie der juristischen Argumentation, 1977; H. Yoshino, Die logische Struktur der Argumentation bei der juristischen Entscheidung, in: Rth-Beihft. 2 (1981), 235 ff.; E. Hergendorf, Argumentation in der Jurisprudenz; Zur Rezeption analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung des Jurisprudenz, 1991.

- (256) U. Neumann, Argumentationslehre (Fn. 255), S. 1 ff.
- (257) この「は」とりわけ、その『法学方法論』第六版（一九九一年）でも多様な批判にもかかわらず解釈の「古典的な」諸基準に固執し（S. 320 ff.）、「ネ」から本来の法学的論証の理論に「つ」の「よ」な余地を「有」つ「よ」な「K. Lorenz」の「つ」言「え」る。最近の「よ」の「よ」つ「つ」D. Buchwald, Die Canones der Auslegung und rationale juristische Begründung, in: ARSP 79 (1993), 16 ff.
- (258) 「つ」の「つ」主要な功績を果たしたのは「Friedrich Müller」である。「よ」や第三版を重ねる「よ」の「Juristische Methodik」(1987)を見ても、「よ」も「つ」の「つ」他の「よ」を「前」「た」た「よ」「よ」「Josef Esser」や「M. Kriele」や「等」の「よ」な「つ」れ「は」な「よ」な「つ」。
- (259) K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl. 1983 (復刻版 1989), S. 83.

(260) U. Neumann, Rechtsontologie (Fn. 355)で「これを確証しつゝる。も「よ」ら「よ」それは「つ」の「よ」含意を「よ」また「よ」に「明」示「す」る「つ」に「よ」つて「な」る「つ」わ「け」て「は」な「よ」。

(261) O. Weinberger (Fn. 255)。「よ」ら「よ」Weinbergerは節度を保つて「よ」る。「認」識「的」な「よ」正「し」い「法」に「よ」——「絶」對「的」な「よ」意味「に」お「よ」つて——導く客観化というものは存在しない。それが可能である「つ」を「前」提にする者は、「私」見「に」よ「れ」ば、「実」踐「の」領「域」に「お」け「る」の「よ」同「様」に「認」識の領域における永遠の努力と探究を伴う人間の条件 (conditio humana) を誤解し「よ」る「よ」である。」U. Neumannにお「よ」つて「明」瞭に客観主義な基本的傾向「よ」ら「よ」る「よ」を「認」め「る」「つ」が「よ」ある「よ」が、「し」か「し」な「れ」ば「よ」(「正」當「に」も)「法」的「決」定「論」(「形」式「論」理「的」な「三」段「論」法「と」し「つ」の「よ」単「なる」當「て」は「も」「よ」ら「よ」つ「つ」の「法」発「見」)を否認し「よ」る「よ」。

(262) 本文で述べた見解を「よ」りわけRobert Alexyに帰し「よ」る「よ」前「版」第一「六」章「の」J. Schneider/U. Schloth「よ」見「よ」。

(263) Vgl. Horn, Rationalität (Fn. 255). 私見によればHornは誇張し「よ」る「よ」が、「し」か「し」な「れ」ば「よ」客「観」主「義」的「な」諸「立」場「は」「よ」れ「よ」自「体」に「よ」つて「は」決「し」て「よ」り「合」理「的」な「立」場「と「は」な「よ」。

(264) Vgl. A. Kaufmann, Hermeneutik (Fn. 246), S. 209 ff. bes. S. 219 ff. (Kapitel „Toleranz“). H. F. Zacher, Die immer wieder neue Notwendigkeit, die immer wieder neue Last des Pluralismus, in: Festschr. f. S. Gagné, 1991, S. 579 ff. #44「よ」つて「よ」H. Krings, Was ist Wahrheit?: Zum Pluralismus des Wahrheitsbegriffs, in: Philosophisches Jahrbuch 90 (1983), 20 ff. 次「よ」で「な」る「よ」「た」た「よ」ら「よ」

F. Becke, Theologische Dimensionen der Verantwortlichkeit unter den Bedingungen des weltanschaulichen Pluralismus, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. XIV (1989), 61 ff.; G. Brydeß (Hrsg.), Laissez-faire-Pluralismus, Demokratie und Wirtschaft des gegenwärtigen Zeitalters, 1966; W. Sadurski, Moral Pluralism and Legal Neutrality, 1999; M. Mikami, Pluralism and Unity of Law Substance, in: ARSP 78 (1992), 22 ff.; Th. Mayer-Mary, Werte im Pluralismus, in: JBl 1991, 681 ff.; J. Braun, Pluralismus und Grundkonsens, in: RTh 23 (1992), 97 ff.; M. Walter, Sphären der Gerechtigkeit: Ein Prädoyer für Pluralität und Gleichheit (英語版) 1992.

- (265) U. Neumann, Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik, in: Hassermer (Hrsg.), Dimensionen (Fn. 246), S. 56.
- (266) 根底的な法の本質、J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990. 自身はすでに長年前に、法の一般的な諸原理、法の諸原則および法的諸規定のシステムを提案している。A. Kaufmann, Gesetz und Recht, in: Existenz und Ordnung: Festschr. f. Erik Wolf, 1963, S. 357 ff. (数多々の文献指示を伴っている) [宮沢浩一訳「法律と法アルトゥール・カフマン」(宮沢・渋谷・原訳編)『現代法哲学の諸問題』(慶應義塾大学法学研究会 一九六八年) 六五頁以下, auch in: ders., Rechtsphilosophie (Fn. 38), S. 131 ff. Vgl. auch A. Troller, Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft, 1965.
- (267) 以前の次の作品も注目に値する。Werner Lorenz, General

Principles of Law, Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities, in: American Journal of Comparative Law, 13 (1964), ff. xviii; Dworckin 4の巻58か前「ルールズ」の諸原理との関係についての論議の「説明したW. Fikentscher, Methode des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. 2: Anglo-Amerikanischer Rechtskreis, 1975, S. 82, 113 ff., 251 ff.

- (268) この二つの本質 H.L.A. Hart, Der Begriff des Rechts (英語版) 1973.
- (269) Dworckin 4の理論を「主として次の三つの著書のなかで展開した。Taking Right Seriously, 1978 (クニッテ版)； Bürgerrecht ernst genommen, 1990), A Matter of Principle, 1985, Law' Empire, 1986. Dworckin 2の副次的な文献は「この間に膨大な数の二つの本質。情報量に富む本の二つ。C. Binmer, Recht als interpretative Praxis: Zu Ronald Dworkins Allgemeine Theorie des Rechts, 1988. 次の本 P. Madurek, Ronald Dworkins konstruktive Methode im Text des reflexiven Äquilibrium, in: RTh-Behaft 2 (1981), 213 ff. J. Hund, New Light on Dworkin's Jurisprudence, ARSP 75 (1989), 468 ff.; J. Usitalo, Legitimacy in Law's Empire: Burk and Paine Recollected, in: ARSP 75 (1989), 484 ff. in: ARSP 75 (1989), 484 ff.
- (270) Dworckin, Law's Empire (Fn. 269), S. 45, u. o. を見よ。
- (271) R. Dreyer, in: ARSP-Behaft 25 (1985), S. 6. 興味深さの「On Correll」がその著書「The Defence of Natural Law」1992のなかで「ロナルド・ドゥワーキンをはっきりと彼の保障人に数え入れてい

を「*praxis*」である。

(272) 「*praxis*」は「最近の『*Socialist*』*W. Grunick*, Über Schuld und Sprache; Semantische Studien zu den Grundlagen der Punksprache- und Spielraumstheorie, 1967.

(273) 「*praxis*」的方法」に「*praxis*」*Duonking*, Law Empire (Fn. 269), 239 ff., 380 ff. u. ö.; *ders.*, Bürgerrechte (Fn. 239), 6 頁を所収見す。

(274) 言及されることは「*praxis*」の「*praxis*」である。N. *MacCormick*, Principles of Law, in: Juridical Review 19 (1974), 717 ff.; A. *Pessenik*, Principles of Law, in: RTh2 (1971), 17ff.; *ders.*, Legal Rules and Moral Principles, in: Rth-Beihft 11 (1991), 151 ff.; *Bendit*, Law as Rule and Principles, 1978; S. *Schauer*, Playing by the rules, 1991. 次のように *R. Alexy*, *J. Llongpart*, *J.W. Murphy*, *T. Schramm*, *R.A. Schney*, *C. Willmann*, in: ARSP-Beihft 25 (1995) の諸論稿。——「*praxis*」領域から「*praxis*」Zum Begriff der Rechtsprinzipien, in: RTh-Beihft, 1 (1979), 59 ff.; *U. Pevsky*, Rechtsgrundsätze und Grundregeln, in: JZ 1989, 105 ff.; *J.R. Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, 1989; *ders.*, Rechtssystem und praktische Vernunft, in: ARSP 78 (1992), 145ff.; *D. Horstler*, Die aktuelle Diskussion über die Fiktion von Rechtsprinzipien, in: ARSP 77 (1991), 257 ff.; *F. Bdlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze in der Löwegrube, in: Rth 22 (1991), 119 ff.; *I. Llongpart*, Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien, 1976. ——「*praxis*」の特別な変形を論じた。

法哲学の問題史②

を「*praxis*」*W. Fikentscher*, Die Verwendung von Analogie und Allgemeinen Rechtsprinzipien in der Rechtsprechung, in: La Sentenza in Europa; Metodo, Tecniche e Stile, (Padova), 1988, S. 83 ff.

(275) *K. Lorenz*, Richtiges Recht Grundzüge einer Rechtslehre, 1979.

法的諸原理に「*praxis*」*vgl. auch R. Dreier*, Recht (Fn. 204), S. 83 ff. 113 ff. 私が「*praxis*」を正しく理解して「*praxis*」に「*praxis*」*彼に*あつては「法の原理」は「基本法第二〇条第三項に「法」と呼ばれているものと同じである。執行権と司法は「法律と法に結びつけられている」とするこの条項は「やはりひとつの新しい道を意味しているのだから」「それとどうの」「*praxis*」*それまで裁判官は「法律にのみ」義務づけられている「それとどうの」法律に（単に結びつけられているだけであつて）「服従する」と言われてきた（また基本法の他の箇所では第九七条でいままお言われている）からである。基本法第二〇条第三項はきわめて歓迎に値するひとつの新規なものだからである（もともと「法律と法は同じではなかつた」と認識はきわめて古くからのものであり、ただそれは実証主義のもとに失われてしまったにすぎないのである。とはいへ「*praxis*」*用*いられている法の概念が法の一般原理に帰着するというのは「*praxis*」*私*には疑わしいように思われる。」「*praxis*」に「*praxis*」*vgl. A. Kaufmann*, Gesetz und Recht (Fn. 266), 6 頁を所収見す。*

(276) 「*praxis*」*S.P. Martin*, Ist das Recht mehr als eine bloße Tatsache?; Neuere Tendenzen in der anglo-amerikanischen Rechtslehre, in: RTh 22 (1991), 525 ff., 6 頁情報を獲得す。

同志社法学 五七巻二号 一四七 (六五三)

- (27) ヲレノコトニ付テ K. Lorenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 11 ff., の簡潔であるが、しかし卓越した概要を見らる。
- (28) W. Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, 5. Bd. 1975 - 77, 第三巻が、この問題の対象になつてくる中央ヨーロッパ法圏の最近の方法史を扱つており、第四巻は解枳論の部分を含んでゐる。法学方法論の一般的な文献に關しては、第一章の文献目録を指示してもよい。
- (29) P. Noll, Gesetzgebungstheorie, 1973, のこの著作が先驅的なものとして扱つてゐる。
- (30) W. Mathoyer, Gesetzgebungstheorie, in: G. Winkler/B. Schuler (Hrsg.), Gesetzgebung, 1989.
- (31) K.A. Molnau, Komplementarität zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung. In: K.-H. Schönburg (Hrsg.), Wahrheit und Wahrhaftigkeit in der Rechtsphilosophie; Hermann Klenner zum 60. Geburtstag, 1987, S. 286 ff., 及び H. Krenner, Analyse der Wechselwirkungen zwischen Rechtsanwendung und Gesetzgebung, in: K.A. Molnau (Hrsg.), Einflüsse des Wirkens des Rechts und seiner gesellschaftlichen Wirksamkeit auf den sozialen Rechtsbildungsprozess, 1982, S. 77 ff.
- (32) サウイニーに關するをわめて膨大な文献から、この二つの最近の作品にだけ言及して置く。H. Krenner, Savignys Forschungsprogramm der Historischen Rechtsschule, in: ders., Deutsche Rechtsphilosophie (Fn. 105), S. 29 ff.; D. Noll, Savignys
- (33) 同志社法学 五七巻二号 一四八 (六五四)
- (34) Anschauung und Kanis Urteilskraft, in: Festschr. f. Göng, Bd. 1, 1983, S. 615 ff.
- (35) P. Ratsch, Vom Nutzen der überkommenen Auslegungscannones für die praktische Rechtsanwendung, 1988, 及び R. Zeppelins, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 1990, S. 39 ff., 及び。
- (36) 「欠缺問題」についてはきわめて多くの文献が存在している。このことは C.-W. Canaris, Die Fstellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, を指示するに十分である。
- (37) F.C.v. Savigny, Juristische Methodenlehre (Kollegnachschrift von Jacob Grimm), hrsg. von G. Wesenberg, 1951.
- (38) これに付テ J. Rückert の興味深い指示を伴つて Lorenz, Methodenlehre (Fn. 277), S. 12, 及び最近のこの J. Rückert, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, 1984.
- (39) 完全な形態化におつたそれが見られるのは、Savigny の晩年の作品: System des heutigen Römischen Rechts, 8 Bde., 1840/49, 及び 1. 4. Kap. S. 206 ff., 及び。
- (40) これに付テ Ulrich Schloth, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983, 及び主観的解釈と客観的解釈の眞の選択肢というものは存在しないと指摘して置く。
- (41) F. Savigny, System (Fn. 259), S. 215.
- (42) K. Engisch, Einführung (Fn. 259), S. 82.



- (191) *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 277), 111-112, 114, *J. Bohmer*, Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puffa (1798 - 1846), 1975, 24-26.
- (192) *v. Jhering*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1884 (巻 1 111 版の復刻版, 1964).
- (193) *v. Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1 Bd., 2, 3. Aufl. 1866, S. 40.
- (194) *v. Jhering*, Geist (Fn. 393), 3. Bd. 2. Abs. 2. Aufl. 1869, S. 392.
- (195) 主要作品: *B. Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3 Bde, 7. Aufl. 1891.
- (196) *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 277), 6, 28.
- (197) *Radbruch*, Vorschule (Fn. 9), S. 206 f.; GRGA Bd. 3, 1990.
- (198) *Radbruch*, Vorschule (Fn. 9), S. 208; GRGA Bd. 3, 1990, 245 の引用。英語の表現形式は *F. Somló*, Juristische Grundlehre, 3. Aufl. 1927 (復刻版 1973), S. 96.
- (199) *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 277), S. 38, の註解 2, 111-112, 114, 115.
- (200) 彼の主要作品は「Juristische Prinzipienlehre」, 5. Bde., 1894-1917, 148-20.
- (201) 211-212, vgl. *N. Luhmann*, Rechtssoziologie, 2 Bde, 3. Aufl. 1987.
- (202) *v. Jhering*, Der Zweck im Recht, 6-8. Aufl., 1923, 1. Bd., S. 87.
- (203) *v. Jhering*, Zweck (Fn. 32), S. 320. — *v. Jhering* の 211-212 の 20 わめて詳細な叙述と評価を提示しようとするのは *F. Kienhüser*,

Methoden (Fn. 278), 3. Bd., S. 101-282, 41 の詳細な関心を有している 24 頁に 211-212 の 20 *Mario G. Espino*, Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber, 1984; *ders.*, Studien zu Jhering und Gerber, 1984.

- (204) *v. Jhering*, Zweck (Fn. 302), S. 462.
- (205) トミンス・マハーバーの目的合理主義と価値合理主義については *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, 2. Aufl. 1992, S. 18 ff., [松尾孝雄訳「ポスト現代の法哲学」] マルター・カウフマン(上田・竹下・長尾・西野編訳)『法・人格・正義』(昭和堂、一九九六年) 二二七頁以下] を見よ。
- (206) 111-112, 114, *Elisheid/Hassener* (Hrsg.), Interessenjurisprudenz, 1973, 256, 257 頁を見よ。
- (207) *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 277), S. 58.
- (208) *Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. insbes. S. 5; *ders.*, Begriffsbildung und Interessentjurisprudenz, 193, S. 30 f.
- (209) *H. Kantorowicz*, Rechtswissenschaft und Soziologie; Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre; hrsg. von *Th. Wertenberger*; 1983, S. 130.
- (210) 彼の 111-112 については *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie (Fn. 38), S. 231 ff.
- (211) *Ernst Fuchs*, Gerechtigkeitstheoretische; Ausgewählte Schriften zur Freiheitslehre; hrsg. *Albert S. Foulkes* und *Arthur Kaufmann*; 1985, 24-26.
- (212) これは有名な *Gnaeus Pavius* という仮名のもとに刊行された

- ① ノン・ノムナ : Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906, S. 15  
 (in: Rechtswissenschaft [Fn. 309], S. 18) に載る。p. 58°
- (31) *Kantrowicz*, Kampf (Fn. 312), S. 34 (Rechtswissenschaft [Fn. 309], S. 30). 法や規範論的 (規範的) の意義を根拠 (たぐひ) とし、*Ch. Meinenheim*, Recht und Rationalität, 1984, を引く。
- (31a) 1) の題意は、*Meinenheim* の注に、*Hermann Isay* Rechtsnorm und Entscheidung, 1929.
- (15) *E.-J. Lampe* (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtslehre, Bd. 10, 1985; *E. Riezler*, Das Rechtsgefühl, 3. Aufl. 1969; *Rumelin*, Über das Rechtsgefühl, 2. Aufl. 1948; *M. Biehler*, Rechtsgefühl, System und Wertung, 1979; *G. Ostertreich*, Im Dschungel der Paragrafen; Rechtsgefühl zwischen Klischee und Information, 1984; *R. Zippelius*, Rechtsphilosophie (Fn. 312), S. 123 ff.; *K. Obermeyer*, Über das Rechtsgefühl, in: JZ 1986, 1 ff., を引く。
- (316) *K. Zapka*, Rationalität des Rechtsgefühl, in: RUP 1987, 19.
- (317) *W. Mager-Hesemann*, Abschied vom sog. Rechtsgefühl, in: ARSP 73 (1987), 405 ff.
- (318) *Celstus* を引く。最近の論文として *Ulpian*, Dig. I. 1. 2 pr.
- (319) *G. Radbruch*, Geburtshilfe und Strafrecht, 1907, S. 3; GRGA Bd. 1987, S. 429.
- (320) *G. Radbruch*, Über das Rechtsgefühl (1914/15), GRGA, Bd. 1 1987, S. 429.
- (321) *E. Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, S. 274.
- (322) 1) *Johannes Winckelmann* の著作の編集された *Max Weber* の Rechtssoziologie, 1960, を用いる。これについて *W. Kelsen*, vgl. *F. Loos*, Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers 1970; *K. Engisch*, *Max Weber als Rechtsphilosoph und Rechtssoziologe*, in: *Max Weber-Gedächtnisschr.* 1966, S. 67 ff.
- (323) *M. Weber*, Rechtssoziologie (Fn. 322), S. 54.
- (324) *M. Weber*, Rechtssoziologie (Fn. 322), S. 5, 57 f.
- (325) 1) *Loos* の論文を、vgl. *G. Radbruch*, Zur Systematik der Verbrechenlehre, in: Festsig. f. Reinhardt v. Frank, Bd. 1, 1930, S. 161 ff.
- (326) *F. Jerusalem*, Kritik der Rechtswissenschaft, 1948.
- (327) *W. Kelsen* の著作、規範論的法学の批判のケルゼンの意義が決定的見解 (1) を持つ。死後 (一九七九年) に刊行された „Allgemeine Theorie der Normen“ を引く。これは (1) *Opelke*, Überlegungen zu Hans Kelsens „Allgemeine Theorie der Normen“, 1980; *M. Rath*, Fiktion und Heteronomie; Hans Kelsens Normentheorie zwischen Sein und Sollen, in: ARSP 74 (1998), 207 ff.
- (328) 1) *W. Kelsen* の著作、最近の論文として *W. Krawietz/H. Schelski* (Hrsg.), Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, in: RTh-Bdheft 5, 1984; *R. Dreier*, Recht (Fn. 105), S. 217 ff., 241 ff.; *C. Valga*, Hans Kelsens Rechtsanwendungslehre, in: ARSP 76 (1990), 348 ff.; *L. Gianfronoglio*, Hans Kelsen on the Deduction of Validity, in: RTh 21 (1990), 181 ff.; *L. Villar Borja*, Kelsen in Columbia, 1991.

- (32) *Kelsen*, Was ist die Reine Rechtslehre? in: Festschr. f. Z. Glaucoetti, 1953, S. 153.
- (33) *ホヰビ* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, 248コト。
- (34) *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, 1953, bes. S. 43.
- (35) *Luhmann*, Positives Recht und Ideologie, in: ARSP 53 (1967), 567 f. 「ホヰビ」を註して「45 Kaufmann/Hassermann, Grundprobleme und der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtslehre, 1971, S. 27 ff.
- (36) *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, S. 1. (「リヒト」ではなく「生物学的なホチキス」)。? 2. Aufl., 1960 (複製版 1976), S. 1.
- (37) *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 333), S. 24 ff.
- (38) *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 333), S. 104.
- (39) *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. (Fn. 333), S. 201.
- (40) *H. Klemmer*, Rechtslehre; Verurteilung der Reinen Rechtslehre, 1972, コホヰ「リヒト」を註して「45 vgl. W. Schild, Die Reine Rechtslehre; Gedanken zu Hans Kelsen und Robert Walter, 1975.
- (41) *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. (Fn. 333), S. 201.
- (42) *Kelsen*, Die philosophische Grundlagen (Rn. 107), S. 20. 「ホヰビ」:  
「意味のな」言ひ換えには無矛盾的な秩序をこころみるの要請や  
もつて法学は純実証主義の限界を超えざる。この要請を断念する「  
ホヰビ」しかし同時に法学の自己溶解ひんぱん。それがなければ  
「正しさ」の論議をこころみることができない。」「法学の最小限」  
が問題となる「ホヰビ」を註して「45 S. 66, 89. 82. 94.
- (43) *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. (Fn. 333), S. 228.

- (44) *Kelsen*, Existentialismus in der Rechtswissenschaft?, in: ARSP 43 (1957), 161 ff., 166.
- (45) *G. Winkler*, Glanz und Elend der Reinen Rechtslehre; Theoretische und geistesgeschichtliche Überlegungen zum Sein und Sollen in Hans Kelsens Rechtslehre, 1988.
- (46) 註して「46 *Kaufmann*, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, 2. Aufl. 1992, S. 20 ff. 「長尾孝雄訳「ホスター現代の法哲学」ルール・カウマン(土田・竹下・長尾・西野編)『法・人格・正義』(昭和堂、一九九六年)所収二四六頁以下」
- (47) 私「リヒト」再び、別段の詳細な叙述を指示しなければならぬ  
5° *A. Kaufmann*, Über das Problem der rechtswissenschaftlichen Erkenntnisse, in: Gedachtnisschr. f. Armin Kaufmann, 1989, S. 1 ff.
- (48) *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie zum Mittenden, in: Jura 1992, S. 297 ff.
- (49) 純然たる論議的な基礎をこころみることの法理論を打たなければ  
よめる試み(「たまたま」*Koch/Rügmann* ヨコヒル)は、ちたコト  
また失敗コトス。
- (50) *R.M. Hare*, Die Sprache der Moral, 1983, S. 135 ff., 144 ff.
- (51) *BGHSt* 35, 270. 「ホヰビ」を註して「47 法的な「46 *A. Kaufmann*, in: NJW 1988, 258 1 ff.
- (52) 「ホヰビ」を註して「47 vgl. *D. Grimm*, Methode als Machtfaktor, in: Festschr. f. H. Coing, Bd. 1, 1982, S. 469 ff.
- (53) 「ホヰビ」を註して「47 *G. Radbruch*, Vorschuhe (Fn. 9), S. 19; GRGA Bd. 3, 1990, S. 137 f.; *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 333), S. 44

- を所を見よ。これにこのつてをわめて啓発に富んでくるのは G. *Elischerid*, Das Problem von Sein und Sollen in der Rechtsphilosophie Immanuel Kants, 1968.
- (15) *Ch. S. Peirce*, Collected Papers (教養三種書), *ders.*, Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, Hrsg. von K.-O. Apel, 2. Aufl. 1976. *L. Schultz*, Das rechtliche Moment der pragmatischen von Charles Sanders Peirce, 1988.
- (16) *カウフマン* 著、大塚進一訳、*カウフマンの法律論*、A. Kaufmann, Analogie (Fn. 28), S. 10 ff.
- (17) 法的諸原理がそのいふ諸事情のやむにやむを充足せられざるやむな形では、それゆゑに超越史的にはなす。Vgl. *J. Liompart*, Die Geschichtlichkeit der Rechtsphilosophie, 1976.
- (18) *カウフマン* 著、大塚進一訳、*J. Steinbach*, Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie, 1991, 42ff.°
- (19) *BGHSt* 1, 1.
- (20) *カウフマン* の註、vgl. *U. Neumann*, Der ... Mögliche Wortsinn als Auslegungsgrenze der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH, in: *U. Neumann/J. Rahlf/E. v. Savigny*, Juristische Dogmatik und Wissenschaftslehre, 1976, S. 42 ff.; *G. Baumann*, Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht, in: MDR 1958, 394 ff.
- (21) *カウフマン* の註、*U. Schloth*, Theorie und Praxis der subjektiven Auslegung im Strafrecht, 1983; *W. Naucke*, Der Nutzen der subjektiven Auslegung im Strafrecht, in: Festschr. f. K. Engisch, 1969, S. 247 ff.
- (22) *カウフマン* の註、vgl. *R.D. Herzberg*, Kritik der teleologischen Gesetzesauslegung, in: NJW 1990, 2523 ff.; *J. Willenzwei*, Teleologisches Rechtsverständnis, 1989.
- (23) 大塚進一著、大塚進一訳、*P. Verhoeven*, *Mertens*, Zur Kritik des grenzenlosen Gesetzesverstehens, in: ARSP 76 (1990), 516 ff.
- (24) 大塚進一著、大塚進一訳、*P. Wacker*, Gesetz und Richteramt: Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung, 1958; *R. Lautmann*, Freie Rechtsfindung und Methode der Rechtsanwendung, 1967; *R. Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986; *F. Müller*, Richterrecht, 1986.
- (25) *F. Somló*, Juristische Grundlehre, 2. Aufl. 1927 (復刻版 1972), S. 96, 以下は註釋の本々°
- (26) 註に於て、*A. Kaufmann*, Analogie (Fn. 28), S. 44 ff., 42ff.°
- (27) *R. Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. 1991.
- (28) *R. Alexy*, Theorie (Fn. 362), S. 261 ff., 426 ff.
- (29) *カウフマン* の註、*カウフマン* 著、大塚進一訳、*A. Kaufmann*, Läßt sich die Hauptverhandlung in Strafsachen als rationaler Diskurs auffassen?, in: *H. Jung/H. Müller-Diez* (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens; Gerhard Kielwein zum 65. Geburtstag 1989 S. 17 ff.
- (30) *R. Alexy*, Theorie (Fn. 363), S. 428 f.

- (367) 〔これについて詳しくは、Arthur Kaufmann, Recht und Rationalität, in: Festschr. f. W. Mahhofer zum 70. Geg., 1988 S. 11 ff.; ders., Prozedurale Theorie der Gerechtigkeit, 1989 [上田健二訳]「正義の手続き理論」アルトゥール・カウフマン(上田・竹下・長尾・西野編訳)『法・人格・正義』(昭和堂、一九九六年)所収一三九頁以下〕
- (368) N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1981. [今井広道訳]『手続きを通じた正統化』風光社、一九九一年〕これについて(多くの例証を伴って) Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer, Grundprobleme (Fn. 196), S. 27 ff.
- (369) Ch. S. Pierce, Collected Papers, 8. Bde. 1931 ff., 1111-1114, S. 204-205, 464 f.
- (370) 〔これについては多くの文献が存在している。最近のものから、次のものが挙げられよう。I. Kern/H.P. Müller (Hrsg.), Gerechtigkeit, Diskurs oder Markt?, Die Neuen Ansätze in der Vertragstheorie, 1986; O. Hoffe, Politische Gerechtigkeit: Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, 1987, S. 441 ff.; W. Bender, Ethische Urteilsbildung, 1988, S. 92 ff.
- (371) J. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975 (5. deutsche Aufl. 1991) [穴島釣次監訳]『正義論』(紀伊国屋書店、一九七九年); ders., Gerechtigkeit als Fairness, 1977. 〔これについて詳しくは、O. Hoffe (Hrsg.), Über John Rawls Theorie der Gerechtigkeit, 1977.
- (372) Rawls, Theorie (Fn. 371), S. 386 ff.
- (373) Arthur Kaufmann (Hrsg.), Widerstandrecht, 1972, 200-201 実録

法哲学の問題史②

- 版を見よ。
- (374) Rawls, Theorie (Fn. 371), S. 399 ff. 抵抗権を顧慮した多数決原則の問題については a. a. O. S. 392 ff. を見よ。
- (375) 〔これについてはすでに多くの文献が存在している。たとえば次のものを見よ。Peter Grotz (Hrsg.), Zivil Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983; W. Hassemer, Zivil Ungehorsam - Eine Rechtfertigungsgrundlage?, in: Rudolf Wassermann, 1985, S. 325 ff.; R. Dreyer, in: Recht (Fn. 204), S. 39 ff.
- (376) Vgl. Arthur Kaufmann, Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit, 1991.
- (377) J. Habermas, Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, 1983, S. 76 f. [三島憲一・中野敏男・木前敏明訳]『道徳意識とコミュニケーション的行為』(岩波書店、一九九一年)一〇八/一〇九頁]
- (378) Habermas, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1964, 127 ff. 170.
- (379) St. Toulmin, Der Gebrauch von Argumente, 1978.
- (380) Habermas, Vorstudien (Fn. 378), S. 160, 174 ff. —— 〔これと同様の端緒は、Ch. Perelman, Die Gerechtigkeit, 1967, S. 149 ff.; 「普遍的聴衆」に見られる。
- (381) 理性的な話し方ないしは理性的な行為の実践から科学的な諸認識を「循環から免れて」根拠づけようとするひとつの興味深いあるが、しかし説得的でもなく試みを「構造主義者たち」が、P. Lorenzen, O. Schwemmer, J. Nelstrittigs, F. Kambartel, u. a. が見よ。

同志社法学 五七巻二号 一五三(一六五九)

トリス、<sup>90</sup>。

- (38) Vgl. I. Kern, Von Habermas zu Rawls, Praktischer Diskurs und Vertragsmodell im entscheidungslogischen Vergleich, in: Kern/Müller (Hrsg.), Gerechtigkeit (Fn. 370), S. 93 ff.
- (38) Rawls, Theorie (Fn. 371), S. 391 ff. u. ö.
- (38) 文献指示を伴った A. Kaufmann, Nach-Neuzeit (Fn. 367), bes. S. 51. [前掲記書「137頁」を参照。]
- (38) 下記の Habermas, Vorstudien (Fn. 378), S. 179, 244, 250, 267, K.-O. Apel, Diskurs und Verantwortung: Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral 1988, S. 8, 117 f., 143 ff., 347 ff., 406 ff., 442 ff. u. ö., 447 ff. が保障を述べた原文で。
- (38) K.-O. Apel, Diskurs (Fn. 385), 65を参照。最近のこのように K.-O. Apel/M. Kemmer (Hrsg.), Zur Anwendung der Diskurstheik in Politik, Recht und Wissenschaft, 1992.
- (38) O. Weninger, Die Rolle des Konsenses in den Wissenschaften, im Recht, und in der Politik, in: RTh-Bericht 2 (1981), 147 ff.
- (38) Ch. Tugend, Die Motive einer Verfahrensethik, in: W. Kuhlmann (Hrsg.), Moralität und Stitlichkeit: Das Problem Hegels und Diskurstheik, 1986, S. 101 ff.
- (38) 詳しは A. Kaufmann, Nach-Neuzeit (Fn. 367), S. 45 ff. [前掲 (36) 記書「五七頁以下」]
- (38) Kant, Kritik der reinen Vernunft, B 766 f. 今日では「カール・ホッバーに習って「批判的検証の理念」と呼ばれているものは、これと大きくは異なる」となる。

- (38) 以下に続くようにこの書に詳しくは (m. w. n.) Arthur Kaufmann, Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit, in: ARSP 72 (1986), 425 ff.
- (38) 以下は K.R. Popper, Logik der Forschung, 7. Aufl. 1982, 他 6 指示のように (ホッブズ) のように 8 Inner Kakatos 2 Hans Albert (S. 391), S. 438 f., 440。
- (38) Vgl. Klaus Oehler, in: Charles S. Peierls, Über die Klarheit unserer Gedanken; Einleitung, Übersetzung, Kommentierung von Klaus Oehler, 1986, S. 97 ff., 112.
- (38) 「法律上の不法」についてのラートブルフの公式 (先S. 112) 五 (一) は「この誤謬証明以外の何ものをも意味しない」。
- (38) R. Wilmann, Induktive Logik und Jurisprudenz, in: RTh 9 (1978), 43 ff.
- (38) Habermas, Vorstudie (Fn. 379), S. 149 ff.
- (38) 最初の諸論者: Arthur Kaufmann, Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus, in: ARSP 46 (1960), 55(m.w.N.) ff. [原秀男・野村文男訳「法哲学的相対主義の克服」の思考] アルトゥール・カウフマン (宮沢・渋谷・原編訳) 『現代法哲学の研究——法存在論的研究——』(慶應義塾大学法学研究會、一九六八年) 三七頁以下] ders., Wissenschaftlichkeit (Fn. 391), S. 441 ff.; ders., Die strafrechtliche Aussagelehre auf dem Prüfstand der philosophischen Wahrheitstheorien, in: Festschr. f. J.

Baumann, 1992, S. 119 ff.

(38) フレイトドは、vgl. *L. Bruno Puntel*, Wahrheitstheorien in der neueren Philosophie, 1983, S. 173 ff., 205 ff.

(39) 井上正一, *Arthur Kaufmann*, Vorüberlegungen (Fn. 90) S. 260 註 [前掲 (90) 訳書一二四頁以下]

(40) フレイトドは、次のような重要な予備的諸作業がなされなければならない。 *W. Mathofer*, Recht und Sein, Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie, 1954; *L. Philizis*, Zur Ontologie der sozialen Rolle, 1963.

(41) フレイトドは「秩序は実体ではなく、関係である (Ordo non est substantia, sed relatio)」と語られる。 Summa theologica I, 116, 2. 同様に *W. Mathofer* は「諸々の相対の絡み合」としての秩序という言葉を用いる。 Von Sinn der menschlichen Ordnung, 1956, bes. S. 64 ff.

(42) *Hegel*, Grundrissen der Philosophie des Recht (Fn. 129), § 36. 「クーゲル」(藤野渉・赤澤正敏訳) (世界の名著 中央公論社) 一一三頁]

(43) 井上正一 (m. w. N) *Arthur Kaufmann*, Vorüberlegungen (Fn. 90), 5 註 69。

(44) フレイトドは、*K. Lüderssen*, Erfahrung als Rechtsquelle, 1972.

#### 脚注

*Böckenförde, Ernst Wolfgang*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2002\*.

*Engel, Karl August*, Geschichte der Rechtsphilosophie, 1831 (復刻版

1967).

*Pfaffenher, Wolfgang*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, 5. Bde., 1975 - 1977.

*Flückiger, Felix*, Geschichte des Naturrechts, I. Bd. Altertum und Frühmittelalter, 1954.

*Friedrich, Carl J.* Die Philosophie des Rechts in historischen Perspektive, 1955.

*Hergendorf, Eric* (Hrsg.), Wissenschaftlicher Humanismus, Texte zur Moral- und Rechtsphilosophie des frühen logischen Empirismus, 1998\*.

*Höffe, Vittorio* (Hrsg.), Die Rechtsphilosophie des Deutschen Idealismus, 1989.

*Kaufmann, Arthur*, Theorie der Gerechtigkeit: Problemgeschichtliche Betrachtungen, 1984.

*Klemm, Hermann*, Deutsche Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert, 1991.

*Landau, Peter*, Rechtsphilosophie unter der Diktatur, Drei Beispielen deutschen Rechtsdenkens während des Zweiten Weltkriegs, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtslehre und Rechtssoziologie Heft 29, 2002\*.

*Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991.

*Marcé, René*, Geschichte der Rechtsphilosophie: Schwerpunkte - Kontrapunkte, 1971.

*Ruffel, Hans*, Das Naturrecht: Ein Beitrag zu seiner Kritik und

- Rechtsfertigung von Standpunkt grundsätzlicher Philosophie, 1944.
- Strömholm, Stig*, Kurze Geschichte der abendländischen Rechtsphilosophie (紫紺6・5), 1991.
- Verdross, Alfred*, Abendländische Rechtsphilosophie; Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau, 2. Aufl. 1963.
- Welzel, Hans*, Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl. 1862 (翠泉堂 1996).
- Wesel, Uwe*, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften, 1985.
- Wiacker, Franz*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit - Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 1967 (復刻版 1996).
- Wolf, Erik*, Das Problem der Naturrechtslehre; Versuch einer Orientierung, 3. Aufl. 1964.
- ders.*, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl. 1963.
- Zippelius, Reinhold*, Geschichte der Staatsideen, 10. Aufl. 2003.