

法の存在と解釈についての覚え書

——現代ドイツ法哲学の法実証主義批判——

竹
下
賢

目次

はしがき

一 現代法哲学の二つの傾向

二 法 の 存在論

1 ニコライ・ハルトマンの存在論

2 法哲学への受容

3 受容の問題点

三 法律学的弁証理論

1 法律学的解釈学

(1) 哲学的解釈学

(2) 法哲学への受容

2 レトリック法律学

(1) レトリックとトピック

(2) レトリック法律学の学説

3 法律学的論証理論

(1) 論証理論の諸傾向

(2) 法的論証の正当化

あとがき

は し が き

第二次大戦後のドイツでは、ナチズムの法理論を人権の理論によって克服しようとする再生自然法論が、法秩序の再編のために基盤を築いた。しかし、五〇年代の末から六〇年代のはじめにかけて、この再生自然法論の理論的脆弱性が批判されるようになり、これに対抗する実証主義的な法理論が、クローズ・アップされるに至った。

最近、ラルフ・ドライヤーは神戸レクチャーとして、「ドイツにおける現代法哲学の主要学派」というテーマで講演を行ったが、そこでドイツの法哲学の戦後の歴史を三つの時期に区分している。その第一の時期は「自然法のルネサンス」として特徴づけられ、それに続く第二の時期は大まかには「法実証主義のルネサンス」の時期とされる。この法実証主義の基礎を提供するのは、広義の分析哲学であり、それにはポッパの批判的合理主義、ロレンツェンの構成科学論、さらにケルゼンの分析的法哲学が含まれる。⁽¹⁾

この法実証主義を支える哲学的実証主義は、六〇年代にドイツ社会学の分野で、⁽²⁾ 解釈学論議 Hermeneutikdebatte と実証主義論争 Positivismusstreit において、自己⁽³⁾ に対して批判的な学派と論争する。ドライヤーによれば、その過程を通じて、制限的な方法をとる実証主義にそれぞれの仕方でも反対する批判理論、⁽⁴⁾ 解釈学、そしてシステム理論が、法学の領域に影響を与えるようになる。分析哲学をも含むこれら諸学派の相互批判を通じて、七〇年代の後半に、法哲学は第三の時期に移行する。現代の第三期において、ドライヤーは論証理論、システム機能主義、新アリストテレス主義という三つの学派を重要なものとみなしている。⁽⁵⁾

このように、六〇年代の「実証主義のルネサンス」は七〇年代の後半には、反実証主義的な諸学派に道を譲ること

になる。つまり、ドライヤーによれば、戦後のドイツ法哲学の流れは、自然法論から実証主義へ、そしてそこから反実証主義へと至る。その見解の詳細は別として、私はこのような時期区分に基本的に賛成する。この時期区分は戦後ドイツの法哲学史をみる上で、重要な視座を提供してくれるように思う。

本稿は、こうした法哲学の現代史の時期区分でいえば第二期から第三期への移行期の論点に、つまり、法実証主義に対する批判に焦点を合わせる。とはいえ、その批判を私なりに重要だとみなす二つの切り口で取り上げるのである。それは一方では、法そのものをどのように捉えるかに関する理論に、他方では、法の適用をどのようにみるかに関する理論にかかわる。その際、ドライヤーの挙げた反実証主義の諸学派へは、部分的に言及するにすぎない。後者の理論との関連で、第二期のヘルムホルツ解釈学と第三期の論証理論とを問題にするが、前者の理論との関連では、それと第三期の新アリストテレス主義との関係が問われうることを、ここで指摘するだけにとどめる。

一 現代法哲学の二つの傾向

以下では法実証主義に対して批判的な学説を取り上げるのだが、最初に、批判の対象である法実証主義の基本見解を、二つの側面で示すことにする。そして、この二つの側面のそれぞれに対する批判として、本稿で問題にする二つの系統の諸学説の大まかな理論傾向をみておきたい。

ここにいう法実証主義の基本見解というのは、規範と事実の二つの側面から説明することができる。これによれば、法は人為、とりわけ制定行為という決断の産物であって、事実から生起する。この発生過程は、因果的な実証科学によって究明されうる。しかし、事実上いったん成立した法は、事実としてではなく規範、すなわち当為命題として法

共同体成員を義務づける。このような当局命題としての法は、一般的なものから具体的なものへと演繹的な体系秩序を構成するとされる。

このような実証主義の基本見解に対して、まず第一の理論傾向である存在論は、規範と事実、換言すれば當為と存在の二元論を批判する。右にみた基本見解には、法を事実としてみる見方と規範としてみる見方とを峻別する、方法二元論が基礎にある。これに依拠していればこそ、事実上の生起としての法と事実から超越した規範秩序としての法とが、二元的に存立しようという見解が可能になる。しかし、法実証主義的・二元論は、結局、法の規範性を事実性に解消してしまい、事実上成立した法をすべて義務づけるものにしてしまうことになる。これは法の規範性を正当に評価するものではない、という批判が成り立つ。

こうした二元論に対する批判は、再び自然法論の規範主義に陥ることを避けて、その規範主義の源泉でもある二元論を構成する認識論の平面から、存在論の平面へと議論を移動させることに向かう。二元論の思考は認識行為を優先するあまり、法それ自体の現実存在を忘却し、認識構成によってその分裂した像を与える。これに対して存在論の思考は、法のある種の現実とみて法の現実存在を回復しようとする。これによれば、法は精神的な存在であって、規範性と事実性とをあわせもつ實在なのである。

次に、第二の理論傾向は法実証主義の法適用理論を問題にする。すでにみたように、法実証主義は規範秩序の演繹体系を想定するが、その体系は具体化の方向に向かって、個々の事件に対する具体的判決に接合していく。法体系が事実を具体的に規制するためには、一般的法規は判決にまで具体化されねばならない。これによって、事実は法規に包摂されるのだが、その際、法適用としての判決は、一般的法規からの演繹によって得られるとされる。

これに対する批判は、法実証主義によるこうした包摂モデルが、法適用構造の過度の単純化であり、または基本構造の誤った把握だと主張する。法適用において重視すべきことは、判決の演繹上の前提をなす法規がどのように提示されるかということではない。そうではなく、具体的な事件との関連で法規から導出された判決は、どのように正当化されるのかということが根本問題なのである。この側面を主観の問題とか事実の問題とみなして価値論的にとりあげない二元論が、いまや批判される。この批判によれば、法適用の過程とは、むしろ法規と事件の相互作用の中から判決が導き出される事態なのである。こうした基本的な認識が再建され、それが第二の理論傾向の出発点を形成するのである。

以上の二つの理論傾向は、現代の西ドイツ法理論の主たる思潮になっていて、以下ではこれらをより詳細にみていくことにする。

二 法の存在論

1 ニコライ・ハルトマンの存在論

右にのべた第一の理論傾向は、認識論を優先する方法二元論の法把握に対抗して、存在論の平面で法がある種の現実として理解する。このような理論傾向はヘルムート・コーイング、ハインリッヒ・ヘンケル、カール・ラレンツの見解にみられるが、彼らはともに法を「精神的存在」とみなす。しかも、その「精神的存在」の理論については、いずれにおいてもハルトマンの存在論が援用されている。⁽⁴⁾したがって、まずハルトマンの存在論をみておくことにする。彼のいわゆる「批判的存在論」は、第一に、認識論優位の思考が客体に向かう認識の方向を主体の側に屈折させて

いることを批判し、もともとの「まっすぐの方向」に復帰させるべきだとして、客体を重視する存在論の立場を強調する。これによって存在論の課題となるのは、認識カテゴリーとして構成されてきたものを存在カテゴリーとして再構成していくことである。このような存在論は第二に、旧来の存在論のもつ超越的で独断的な傾向を否定する批判的存在論でもある。これによれば、提示される存在カテゴリーは確定的ではなく仮説的であって経験の分析によって支持され、検証されねばならない。

これらの基本傾向をもったハルトマンの存在論は、何よりも「実在的なもの」を中心的な考察対象とする。彼によれば、実在の世界は「物質」「生命」「心」「精神」の四層構造からなり、法はこの第四の「精神的存在」に属している。「精神的存在」は「時間性」と「個別性」のカテゴリーを備えた「実在的存在」であり、精神的な存在者は事物や生物と同じ時間の流れの中にあり、同じように生成し消滅していく。このような精神的なものとしての法の見方が、法のある種の現実とみなす傾向にあることは明白であろう。⁽⁵⁾

2 法哲学への受容

こうしたハルトマンの見解は、すでに列挙した三人の学者によって法哲学に導入される。まずラレンツは早くから自己の立場である「客観的観念論」が法を客観的な「精神的形象」とみる点で「現象学」と一致している、ということを指摘していた。この「現象学」は法を精神的存在とみるハルトマンの見解に帰着させられ、この見解によってはじめて、存在空間に当為として妥当する法の存在形式が理解可能になるとされる。⁽⁶⁾

次にコイニングは、ハルトマンに依拠して法を「精神的存在」、それも「客体化された」精神として捉え、さらに

それをテキストに定着させられた精神的内実だと考える。彼によれば、このような精神的内実は当為あるいは妥当要求を意味していて、法はこの側面においては事実を超越していて、新カント主義の主張はそのかぎりでは正しいとされる。⁽⁷⁾

最後にヘンケルは、三者のうちでもっとも熱心にハルトマンの存在論を自己の法哲学に導入しようとしている。とりわけ彼は、ハルトマンの實在についての四層構造論に立脚して、法の事理的側面を究明しようとする。彼によれば、法現実とは多次元にわたる諸側面をもっていて、基本的には事理的側面と理念的側面の二次元を有している。そして、ハルトマンの四層構造論は、前者の事理的側面の究明に対して寄与するものとされる。⁽⁸⁾

3 受容の問題点

ハルトマン存在論の導入は、少なくともコーイングとヘンケルにおいてかならずしも十分なものとはいえない。彼らの法哲学上の基本見解はかなり似通っていて、その不十分さを共通して指摘することができる。それは根本的には、彼らの存在論を指向する理論では、なお二元論の色彩が強いことである。彼らにとって法現実とは、存在と当為の合一体であるが、現実領域における合一の構造が明らかにされておらず、両者は二元的なままにとどまっている。

そのことは典型的にコーイングの見解にみられる。コーイングは次のように述べている。「換言すれば、法秩序は『精神的存在 geistiges Sein』であり、それも『客観化された objektiert』あるいは固定化された精神的存在、すなわち、テキストに定着させられた精神的内実 geistiger Gehalt である。法秩序はそのようなものとして、一定の人間によって具体的な心理的思考行為をもって把握され、熟考され、遂行されるかどうかにはまったく拘らずに、現存す

る。ところで、精神的存在にはさまざまな種類のものがある。……精神的存在としての法の独自性をなしているのは、それが拘束力をもった秩序、それが『当為 Sollens』⁽⁹⁾であり、換言すればその妥当要求 Geltungsanspruch なのである——実現への要求が倫理的価値の本質をなしているのとまったく同様に。この独自性をもはや演繹的に導き出すことはできない。そのかぎりでも新カント主義はまったく正当な見方をしていた。というのは、法秩序に当為の性格を付与するまさに根本規範についてのケルゼンの学説もまた、根本的に、法がまさに『妥当している gilt』ことを確認することを、そして、本質的に事実的な承認に拘らずに妥当していることを確認することを越え出ることはいからである⁽⁹⁾。

コイニングによれば、「精神的存在」は「精神的内実」とも呼ばれるが、それは何と新カント主義という超越論的に妥当する規範として把握されている。こうした把握は、新カント主義の超越論的認識論への批判から出発するハルトマンの存在論を、まったく理解するものではない。ハルトマンは、精神の生は本質の無時間的存在とどのような類連づけについては、ケルゼン自身が、コイニングのように法の妥当要求を価値の実現要求に対応させて考えてはいない、ということを描きおこなねばならない。ここでは詳論を避けるが、ケルゼンは「理性の機能は認識にあって意欲にはない」という理由から、「実践理性、すなわち規範を定立する理性」の概念を否定しているのである⁽¹⁰⁾。結局、コイニングの精神的存在の学説は、ハルトマンの説にもケルゼンの説にも合致しない⁽¹¹⁾。

次にヘンケルにおいては、立法や法適用との関連で存在と当為の合一性が、人格的存在を結節点にして説明されていて、客観的精神と主観的精神の関係についてのハルトマンの見解への接近がみられる⁽¹²⁾。しかし、ヘンケルの場合に

も、法の理念的側面はあくまで超越的、普遍的に把握されていて、ハルトマンの实在論の立場が看過されている。ハルトマンは、「時間性」と「個別性」のカテゴリーによって識別される「实在的存在」を、それらのカテゴリーをもたない「理念的存在」よりも優位においている。

このように、ハルトマンの存在論の受容は、場合によっては、その根本において彼の理論を継承するものではないといえようが、やはり、右の学説に存在論的な理論傾向がみられるのは確かである。それは、法を単なる事実としてでもなく、事実を超越した規範としてでもなく、時空間の内部の精神的な現実として理解する立場である。ハルトマンの見解は、現代法哲学のこうした一つの理論傾向を規定している。

三 法律学的弁証理論

第二の理論傾向は、具体的な事件に直面し、何らかの法規範を解釈して、事件に対する判決を導き出すという、法適用の構造に焦点を合わせる。この理論傾向は、こうした法適用の構造の実態に相応した方法論を探究しようとしている。このような動向は、ドイツにおいて、前述の理論傾向である法存在論よりも普及していて、それだけに多くのヴァリエーションがある。しかし、それでも冒頭で概説したような共通の基本的見解がみられる。その見解において、法規と事件との相互作用の中から判決を導き出す過程として法適用をみる、いわば法適用の弁証的把握といったものに注目し、ここでは、多くのヴァリエーションを一括して、法律学的弁証理論と呼ぶことにした¹³⁾。これに属する諸理論については、それぞれが基礎にしている法哲学上の理論を基準にして、類型化していくことができる。以下では、比較的有力な理論類型を取り上げることになるが、それは法律学的解釈学^(ヘルメネウティク)、レトリック法律学、法律学的論証理論

の三者である。

1 法学的解釈学

(1) 哲学的解釈学

まず法学的解釈学^{ヘルムハイテグ}であるが、これは哲学上の解釈学^{ヘルムハイテグ}を導入して法解釈の方法論を提示しようとする。では、その哲学的解釈学とは何か。もともと解釈学とは、聖書であれ法典であれ、テキスト解釈の構造を明らかにしようとする、古代ギリシア以来の伝統をもった解釈構造論である。この解釈学のあらたな論議は、シュライエルマッヘルによって始められた。彼は「理解」の概念を軸にしてテキスト解釈の構造を明らかにし、そこに解釈者の創造的要素が必然的に介入すべき側面があることを指摘した。

その後、ヴェルヘルム・ディルタイからマルティン・ハイデッガーに至る解釈学の展開は、テキスト理解の側面を重視するものであり、前者では解釈者の追体験が、後者では解釈に先立つ解釈者の存在理解が強調された。現代の解釈学者H・G・ガダマーは、両者の理論を受け継ぎながらテキスト解釈の理論を示したが、これによって周知の現代解釈学論議が開始されたのである。

彼によれば、テキスト解釈のためにはそもそも解釈者が何らかの前理解をもってテキストに向かうのでなければならぬ。一方で、この前理解によって解釈者はテキストをその現在の関心に応じて解釈するが、他方ではテキストが解釈者の前理解を変更をもする。こうした「解釈学的循環 hermeneutischer Zirkel」の中でテキスト理解が達成されるのであり、理解の目指すところは、テキストの書かれた経験世界と解釈者の生きている経験世界との融合である。¹⁴⁾

(2) 法哲学への受容

ガダマーはこのような解釈構造論を歴史解釈を典型的な例として構成している。しかし、法律解釈もそのひとつの模範例とされていることからすれば、この解釈理論の法律学への受容は逆輸入だといえることができる。⁽¹⁵⁾ この受容は、マルティン・クリーレ、ヨーゼフ・エッサー、ヨアヒム・ルシユカの先駆的業績を通じてであったが、⁽¹⁶⁾ それはそのままの移入ということではなく、そこには法適用を念頭においた修正が加えられていた。つまり法適用において問題なのは、過去のテキストと現在の解釈者との相互関係ではなく、かつてカール・エンギッシュが指摘したところの、規範の要件事実と具体的な事態との間の「視線の往復」なのである。⁽¹⁷⁾

この点をガダマーの見解との対比で明確にしたのがラレンツであり、法解釈の中心をなす対立項は、テキストの過去と解釈者の現在ではなく、法規範の一般性と事件の個別性であるとする。これらの間の相互的な循環関係から、一定の解釈が生まれるのである。⁽¹⁸⁾ アルトゥール・カウフマンの場合には、法解釈はそれ自身がひとつの実践的な行動であるということが強調される。法律が未完であることは法律の本質に根差すことであって、つねに歴史的な状況の中で具体化されねばならない。そしてこの具体化のために、人間の、とりわけ裁判官の形成的な行為が必要とされる。⁽¹⁹⁾ こうしたカウフマンの見解には、ラレンツの場合とは異なって、再び解釈者が法解釈の重要な要素として浮かび上がってきている。

これらの見解に照らしてみれば、法解釈の一般的な構造は三要素によって構成できるように思う。さしあたり法解釈は具体的な事件に対する判決の獲得をめざすもので、その意味で法適用でもある。このような法解釈は、法規範（テキスト）、事件、そして解釈者の三極構造の中で、弁証的な相互関係を通じて事件に対する一定の決定が導き出され

る過程にほかならない。このような三極構造のうちいずれの要素が重視されるかによって、法律学的解釈学の諸学説に相違が生じるといえる。

これら法律学的解釈学に最初からつきまとっている問題は、法解釈過程ないし法適用過程を通じて得られた決定が、どのように正当化されるのかということにある。というのは、もともとの哲学的解釈学において、獲得された解釈の正当性を判断する規準が与えられていなかったからである。そうした規準の探求は、ガダマーにみられるように、論証ないし推論に注目するレトリックの理論につながるものである。⁽²⁰⁾

2 レトリック法律学

(1) レトリックとトピック

哲学的解釈学は、このようにレトリックの理論に接近するのだが、それは法律学との関連では次のようにいうことができる。法律学的解釈学において究明された、法適用過程に特殊な理解の構造が、レトリックの理論によって、その理解されたことの論証力ないし正当化の側面から再構成されるということである。このような解釈学からレトリックへの接近の場合には、論証（推論）の説得力の根拠が、結局は事物によって規定された普遍的な理解の過程の中にもとめられるという、基本傾向を指摘できる。

ところが、ここで取り上げるレトリック法律学の依拠する法哲学は、普遍的なものからする事物理解に規定された論証を問題にするのではない。それはアリストテレスのレトリック論に遡上ることのできる、弁証的推論に関する理論であり、シャイム・ペレルマンとテオドル・フィーヴェクのレトリック法律学はこれを基礎にしている。⁽²¹⁾ 両者に

は重点のおき方に相異がみられ、前者は論証による説得に、後者は論証の論拠に注目しているといえよう。ここではフイーヴェクの理論をみていくことにするが、その前にアリストテレスの『レトリカ』を中心にした議論を紹介しておくことが適当であらう。

アリストテレスによれば、まず推論とは、前提された事柄からそれとは別の事柄が必然的な帰結として論議される方式のことである。このような推論には、主として（狭義の）論証と弁証法的推論の二種類がある。ここにいう論証は真実の前提から出発する推論であり、これに対して弁証法的推論は通念から出発する。このように前提の種類によって推論が区別され、一方は確実な真理が、他方は承認を期待できる真実らしい意見が前提となる。

トポスの理論は、レトリック的推論とも呼ばれる後者の弁証法的推論にかかわる。この種の推論は通念から出発して一般に説得力をもった結論に至る論議であり、この論議は命題からなる。トポスとはこれら命題が説得的になるための手立てであり、語源的にいえば、弁証法的推論が成功するための命題構成の場である。このようにトポスは、あくまでレトリックによる論議の成功、つまり他人の説得とその同意の獲得とに結びついている。⁽²²⁾

(2) レトリック法律学の学説

フイーヴェクはこうしたレトリックおよびトポスの理論にもとづいてレトリック法律学を提唱する。彼によれば、学問上の専門諸分科は一般に何らかの問題の出現に対応して成立する。このように成立した専門諸分科のうち、あるものは一定の基礎命題を確定し、それによって学問内容を体系化する。これに対して他のものは、こうした基礎命題を発見できず、つねに出発点となった問題に立ち返らねばならない。法律学は後者のタイプの学問でありそこで支配的なのは体系思考ではなく問題思考である。

法学の全体構造を規定しているのは、一般的なものから具体的なものまでの複合的な問題群である。もともと一般的で根本的な問題は、「いまここでの正義は何か」ということである。この根本問題が社会現実の多様性に応じて細分化され、そのもつとも具体的形態が判決の下されるべき事件にほかならない。

このように問題に規定された思考方法にあつては、体系的思考方法のように全体から出発しそれと調和する問題が選ばれるのではなく、問題から出発しそれに対応した解答を引き出すための視点ないし前提が捜し求められる。このような前提の発見のための技術がトピカであつて、問題思考は論理ないし判断の技術ではなくトピカを、狭義の論証ではなく弁証法的推論を重視する。

フィーヴェクによれば、トポスは通念に対する賛否に際して用いられる視点であり、それは問題解決をもたらす論拠と考えられる。こういった論拠は複数のトポスつまりトポイであるが、問題に即応した「トポイ・カタログ」を発見し提示することが、法学の中心課題だということになる。そして、この「トポイ・カタログ」は具体的問題に規定された弁証法的推論の構造内に位置づけられるのであり、体系思考に導かれた論証になじむものではない。²³

フィーヴェクにおける問題思考と体系思考との対置図式は、択一的なものとして理解されるべきではなからう。²⁴むしろそれは理念型のようなもので、現実の思考はその両極の間でそれぞれの程度を異にして成立しているといえよう。通常、法学において指摘される体系思考も、けつして固定的で閉鎖的な体系に固執するものではなく、具体的な問題による体系修正に開かれている。この法理論の意義は、法学的思考における問題思考の側面に注目させ、その構造を従来の論証とは異なるレトリック的推論として明らかにしている点にある。

3 法律学的論証理論

(1) 論証理論の諸傾向

フィーヴェクの理論にみられるようなレトリック法律学において、やはりな疑問として残るのは、論拠をもって提示されたレトリック的推論がいかにかに正当化されるのかということである。それが他人の説得を規準にするといっても、現実の説得状況にはさまざまなものがあり、個別的状况に応じた無原則な承認が規準にされることになったり、何であれ事実上の承認によって推論が正当化されてしまうことにもなる。このような傾向に対して、ここにいる論証理論は分析哲学の手法を利用して法的論証の合理化をはかり、それによって論証の正当化のための普遍的規準を探ろうとする。

こうした理論においては一般に経験分析的な傾向が強いが、それでもその内部に法的判断の独自性を認める立場も存在している。これとは逆に分析的・経験的傾向の強いものは法規範の意味を、分析的言語哲学の意味論によって明らかにされた規則の助けを借りて確定しようとする。これによれば、法規範の意味は経験的に確定することのできる社会で一般に適用している意味理解に還元される。こうした立場によれば、法的論証は他の科学における論証と変わりがなく、右の意味理解によって合理化され、正当化される。⁽²⁵⁾

これに対して法的論証の独自性を主張する立場は、それが最終的に事実の認識に帰着させられる法則的論証ではなく、人間の評価的要素に依存した規範的な論証であるとする。ここでとりあげるロベルト・アレクシーの学説はこの立場に属する。そこでは、法的推論の規範的前提が非理性的であることが認められながら、その前提の正当化が問題にされる。

(2) 法的論証の正当化

アレクシーは法的論証に関する理論を二段階の正当化手続に即して構成する。第一段階は法的論証の演繹的正当化の段階であり、法的判断が一定の諸前提から論理的に導き出されるといふ側面である。この段階は内的正当化と呼ばれるが、その諸前提をなしているのは法規範やその他の規範的諸命題であり、また経験的諸命題である。問題はこの規範的諸命題がいかに正当化されるのかということである。それが制度としての法体系から直接に得られることは稀である。だとすれば、法的判断の正当化は、とりわけ規範的諸命題の正当化に依存することになる。

この内的正当化の前提となる規範的命題の正当化が、第二段階の正当化であり外的正当化である。このような外的正当化は、規範的命題が非論理的に獲得される規則ないし手続を提示することによってなされる。つまりアレクシーは、規範的命題が合理的な討論の手続の結果である時に正当化されるといふ、実践的論証の形式的合理性の理論に依拠している。

法的論証はこのような一般的な実践的論証と同時に特殊法的論証によって規定されている。法的討論は一般的実践的討論とは異なって、制定法、先例、解釈法学 *Rechtsdogmatik* などに制約されている。これによって法的論証は、一般的な実践的論証よりもその確実性が高められることになる。一般的には討論可能なものの広範な領域は右の制約によって縮小され、不確実性はそれだけ低減する。

しかし、特殊法的論証も必然的に一般的な実践的論証に結びつかねばならない。制定法との関連ではその解釈を基礎づけるために、また、解釈法学や先例との関連では、それらが提供する規範的命題を基礎づけるために、一般的な実践的論証が必要である。さらには、特殊法的論証の形式的要件について、一定の選択を行う場合、その基礎づける

ために、一般的な実践的討論における正当化の要件が要請されねばならない。この要件は合意をもとめて討論する状況の手續を規制し、それによってその状況を形式的に正当化する⁽²⁶⁾のである。

このようなアレクシーの立論について、全般的にいえることは、特殊法的論証としても、また一般的な実践的論証としても、法的論証が手続的な形式的要件によってのみ正当化されているということである。おそらく、論証の実質内容を問題にすることのない、こうした形式的合理主義に、その学説の強みと同時に弱みを見出すことができよう。法的論証の討論としての位置づけについてはある側面ではそれを是認できようとも、法学の教義学性に規定された法解釈や、とりわけ刑事裁判にみられる職権主義的訴訟手続のもとでの法適用を顧慮するとき、その限界を意識せざるをえないのである。

あとがき

本稿は、現代ドイツ法哲学の諸学説のうち、法実証主義の理論に対する批判とみなしうる、二つの理論傾向について、その概略を論じたものである。これら二つの流れは、一方では、存在と当為とを二分する認識論的な法把握に關して、他方では、法規から判決の導出過程を三段論法的にみる法適用把握に關して、それぞれ法実証主義に異論を唱える。しかし、これらの理論傾向は、すでに大きな流れになっているとはいえず、法実証主義の各々の把握に代えて何らかの統一的な見解を提示しえたかということになると、いまだそうとはいえない。そのためには、反法実証主義の諸学説の比較検討が必要であり、議論の整理が求められているのである。本稿がそのための導人的役割でも果たすことができれば、筆者にとって幸いである。

最後に、ここで取り上げた二つのテーマ、法の存在と法の解釈との関係について、少しだけ述べておくことにしたい。すでに前述（一五二頁参照）の言及からも伺えるように、存在論と解釈学（ヘルムハイチウ）の両者を早くから擁護していたのはアルトゥール・カウフマンであった。その主張するところをより詳しく引用するなら、次の通りである。「このようにテキスト理解は純粹に受容的なものではなく、実践的で形成的な行為である。そしてこのような行為によって、具體的で歴史的な法が生成する。ここには、また再び、存在と当為の方法二元論の維持できないことが示されている。これによれば、事態の探究と法の適用とは、時間的に前後する二つの別の過程であるとされるのだが、これは欺瞞以外の何ものでもない。というのは、一定の規範的な観点のもとでなければ、ある事態を事態として認識することは、まったく不可能であるからである。それどころか、事件の規範的な性格づけと法律規範の具体化という、この一続きで、*uno actu* 進行する過程によって初めて、そもそも事態と法規範とが作り出される」⁽²⁷⁾。

この引用箇所およびそれ以下の部分の論述において、カウフマンは自己の立場から法の存在論と解釈論との関係を説明している。法適用に関係づけられる以前の事態を「原料 Rohmaterialien」と呼んでいるところなど、事実上の行為としての事態を、何ら意味を担っていないものとみなしているかのようで、その見解における二元論の残滓が気にはなる。しかし、そこから、解釈そのものが規範と事実の弁証的統合であるという、解釈の存在論的構造が読み取れるのである。

とはいえ、「法の弁証理論」で扱った解釈学（ヘルムハイチウ）以外の諸学派、レトリック法律学と法律学的論証理論は、解釈についてのこのような存在論的把握を共有してはいない。これらとともに、法適用過程における実定法規範以外のもの作用を認めるのではあるが、後二者はこの作用の技術的な合理化を問題にしているように思えるのである。山内得立

によれば、⁽²⁸⁾ アリストテレスの学問体系は、理論と実践の二学科に分けられるのではなく、それに制作を加えた三学科に区分されるという。この制作を行う能力が技術であって、技術は理論と実践とを総合する任務を帯びている。そして、レトリックは詩学^{ポエティカ}と並んで制作的学問に属する。

このようなアリストテレス理解からすれば、前述のガダマーのように(二五二頁参照)、レトリックを「実践」に引きつけて捉えるよりも、「技術」として見る後二者の見解が正しいのかも知れない。だが、なお議論の余地がありそうなアリストテレス解釈の問題を越えて、「実践」と「技術」の関係が、また、とりわけ「実践」の意味が哲学的に問われうる。こうした問題への取り組みによって、法哲学においても形式主義的な合理主義の不十分さを補正する道が開けるように思う。

(1) 一九九二年九月二二日、神戸レクチャー京都講演における配布原稿、Ralf Dreier, Hauptströmungen gegenwärtiger Rechtsphilosophie in Deutschland, S. 25f. 参照。

(2) Vgl. a. a. O., S. 45f.

(3) Besonders vgl. a. a. O., S. 19.

(4) Vgl. Helmut Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Berlin 1969, S. 291ff., Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1977, S. 172ff., und Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Springer-Verlag 1979, S. 126 f. u. S. 238f.

(5) ハルトマンの見解について、詳細には、竹下賢『法その存在と効力』(ミネルヴァ書房、一九八五年)二〇一頁以下、同「精神的存在としての法——ニコライ・ハルトマン——」大橋智之輔・田中成明・深田三徳編『現代の法思想』(有斐閣、一九八五年)一五五頁以下参照。

なお、ハルトマンの法哲学的研究の最近のものとしては、松坂佐一「実質的価値論の法学への影響に関する研究覚書」名古屋大学『法政論集』第二二四号、一九八九年、一頁以下がある。また、わが国におけるハルトマンの翻訳・文献について

- は、少し古いが、ニコライ・ハルトマン、杉田勇・永島輝雄訳『範疇法則』（博文社、一九七一年）一三二頁以下参照。
- (6) Vgl. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer-Verlag 1960, S. 121.
- (7) Vgl. Coing, a. a. O., S. 291 f.
- (8) Vgl. Henkel, a. a. O., besonders S. 216.
- (9) Vgl. Coing, a. a. O., S. 291 f.
- (10) Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, S. 198.
- (11) ウルフリート・ノイマンは、ハルトマンについては本稿とほぼ同旨の、ケルゼンについては本稿と異なったコイニングへの批判を展開し、次のように適切に結論づけている。コイニングは「ハルトマンの哲学から客観化された現存ということを、ケルゼンの学説から法の規範性ということを取り出す。こうした結合から出て来るものは、ケルゼンの法理論にも、ニコライ・ハルトマンの哲学にも棲み家をもたない、定立された規範的現実の肥りすぎの形象なのである」(Ulrich Neumann, *Neuere Schriften zur Rechtsphilosophie und Rechtslehre*, in: *Philosophische Rundschau*, 28. Jahrgang, Tübingen, 1981, S. 192)。なお、ケルゼンに関するノイマンのコイニング批判は、ケルゼンの根本規範が存在的な ontisch 領域に属するのではなく、超越論的・論理的な transzendental-logisch 領域に属するということを、コイニングが理解していないということにある。しかし、この批判がコイニングのケルゼン理解との関連で、より実質的なものになるためには、さらに本文のような批判をつなげる必要があるように思う。
- (12) Henkel, a. a. O., S. 177 ff.
- (13) ここでは「理論傾向を一括する名称に何をあてるかは、それに相当する諸々の言葉が、それぞれに独自の哲学史上の意味あいをもっているだけに、かなり難しい。ここでは「弁証理論」という言葉を使ったが、それは植松論文に示唆を得るものである。ただし、同論文では主として Argumentation に「弁証」という訳語が用いられている。本稿では、Argumentation に「論証」という訳語をあてて、狭義で用いる。植松秀雄「判決の理由づけについて——法思考のパラダイム転換——」岡大大学『法学会雑誌』第三九卷第一号、一九八九年、一頁以下、および同「法的弁証理論の『非』存在論主義的地平について」岡山大学『法学会雑誌』第四〇卷第三・四号、一九九一年、九一頁以下参照。
- (14) Zunächst vgl. Ulrich Schroh, *Philosophische und juristische Hermeneutik*, in: A. Kaufmann/W. Hassemer (Hrsg.), *Ein-*

führung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart, 1976, 5. Aufl., Heidelberg 1989 (初版の邦訳「浅田・竹下・永田・福滝・真鍋・山中訳『法理論の現在』(ミネルヴァ書房、一九七九)、S. 306 ff. なお「地平の融合・Verschmelzung der Horizonte」については vgl. H.-G. Gadamer, Wahrheit und Methode, 1960, 4. Aufl., Tübingen 1975, S. 284ff., insbes. S. 289.

(15) Vgl. Gadamer, a. a. O., S. 307 ff.

(16) これらの業績についての詳細な批判的検討として、青井秀夫「現代西ドイツ法律学的方法論の一断面」東北大学『法学』第三九巻第一号、九九頁以下、第三・四号、一九七五年、五九頁以下、参照。

(17) Vgl. Karl Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1942, 2. Aufl., Heidelberg 1960, S. 15.

(18) Vgl. Larenz, a. a. O., S. 191. コッパは次のように述べられている。「規範の適用者にとつての主要問題は時間的な距離ではなく、規範の必然的一般性とあらゆる具体的『事件』の特別性との間の距離である。それを架橋する、とよりむしろ媒介するのは、規範の『具体化』という課題であるが、これをガタマーは正当に『生産的な法的補充の遂行』と呼んでいる」。

(19) Vgl. Arthur Kaufmann, Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik, 1975, jetzt in: derselbe, Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, Carl Heymanns Verlag 1984, S. 85. 「このようにナキスト理解は純粹に受容的なものではなく、実践的で形成的な行為、gestaltendes Handeln である。そしてこうした行為によってはじめて、具体的に歴史的な法が生成する」。

(20) たとえばガタマーは次のように述べている。「あらゆる人間の共同生活を支えている実践的な思慮は、数千年にもわたってレトリックの伝統の中で生き続けてきたのだが、実践哲学はこの実践的な思慮に科学的な正当化を施す。それゆえ、実践哲学では解釈学的な問題が中心となる。一般的なものが具体化されることによって、はじめて一般的なものに一定の内容が付与されるからである」(Gadamer, Das Problem des historischen Bewusstseins, in: derselbe, Kleine Schriften IV, Tübingen 1977, S. 145)。

(21) レトリックのレトリック法律学については、以下を参照。Chaim Perelman, L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation, Vrin 1977 (三輪正訳『説得の論理学——新しいレトリック——』(理想社、一九八〇年))。

- (22) アリストテレス、山本光雄訳『弁論術』(アリストテレス全集16)(岩波書店、一九六八年)参照。本文の概説にあたっては、山内得立『ギリシアの哲学V』(弘文堂、一九六〇年)四〇四頁以下、山本光雄『アリストテレス』(岩波書店、一九七七年)二〇八頁以下を参照した。
- (23) Vgl. Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz — ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung* —, 5. Aufl., 1973 (植松秀雄訳『トピクと法律学』(木鐸社、一九八〇年))なお、さしあたり植松秀雄「問題思考」矢崎光圀編『現代の法哲学』(有斐閣、一九八一年)二二三頁以下、同「レトリック法理論——法の賢慮と法律学——」長尾龍一・田中成明編『現代法哲学Ⅰ法理論』(東京大学出版会、一九八三年)一〇三頁以下参照。さらにレトリック法理論について、より一般的には、岩倉正博「法適用と議論」竹下賢編『実践地平の法理論』(ミネルヴァ書房、一九八四年)七九頁以下、小畑清剛「裁判のレトリック論的位相——関係論的地平から——」同編著書一一頁以下参照。
- (24) フィーヴェクは最晩年において、このような趣旨で論じている。Vgl. Viehweg, *Reine und Rhetorische Rechtslehre*, in: *Revue Internationale de Philosophie*, 138, 1981, S. 547ff. ちなみに、一九八三年三月一七日、関西大学福龍博之教授とマインツ大学教授オットマー・バルヴェーク教授とともにフィーヴェク教授の自宅を訪問した際に、私は同教授からこれの抜刷りを頂戴した(教授は一九八八年七月二十九日に逝去された)。
- (25) これについては、竹下賢「法思想の現在ドイツ」阿南成一編『法思想史講義』(青林書院、一九八四年)二五〇頁以下参照。
- (26) Vgl. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp 1978. 本文の概括にあたっては、亀本洋「法的議論における実践理性の役割と限界——N・マコーミックとR・アレクシーの見解を手がかりに——」判例タイムズ一九八五年五五〇号、五五二号、五五四号、五五五号所収、五五四号一七頁以下、五五五号二二頁以下参照。また、vgl. Ulrich Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darnstadt 1986, S. 78ff.
- (27) Kaufmann, *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus*, in: a. a. O., S. 85.
- (28) 山内得立前掲書、四四二頁以下参照。