

〔翻訳〕

クルト・ゼールマン

『法学』（第四版・二〇〇七年）（三）

Kurt Seelmann, Rechtsphilosophie, 4. Auflage

© Verlag C.H. Beck oHG, München (2007)

竹下 賢・川口浩一（監訳）
森永真綱・岡上雅美（訳）

目次

はしがき

A 法とは何か

第一章 「代替手段論争」すなわち、法は自明のものではない

第二章 法概念の諸相 (5節まで五九卷一、二号)

第三章 法と類似の諸現象との間での限界付け (以上五九卷五号)

第四章 代替手段の問題及び法がもたらすもの

B 法律以外の諸前提に対する法の依存性

第五章 問題設定の許容性について

第六章 法律以外の諸前提がもつ実際上の意味 (以上本号)

第四章 代替手段の問題及び法がもたらすもの

文獻：Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskursthorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats (1992), Nachdruck Frankfurt a. M. 2001 [河上倫逸／耳野健二訳『事実性と妥当性——法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』(上)(下)(未來社・二〇〇二年)]; Duncan Kennedy, The Critique of Rights in Critical Legal Studies, in: Brown/Halley (Hrsg.), Left Legalism, Left Critique, London 2002, S. 178 ff.; Koch/Rüssmann, Juristische Begründungslehre, München 1982; Luig, Macht und Ohnmacht der Methode, in: NJW 1992, S. 2536 ff.; Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., Heidelberg 1999; Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 6. Aufl., Heidelberg 2005.

1 法の諸相に関するこれまでの記述における概観のまとめとして、代替手段論争について再度取り組むのが最善である。

1. 法、共同体、自由

2 相互作用形式としての法が、積極的な感情にダイレクトに根ざしている共同体と対照的であることは、特に法とその他の相互作用形態の関係を詳細に考察することで明らかになった。すなわち、法による社会化モデルは、友好関係に基づくそれとは別物である。この相違は、カント以来議論されている法の自由保護機能と関係していることは明らかである。

3 直接自然発生的関係や、人倫的信頼原則に基づく関係を損なわないようにするために法的手続を回避することは、当該個人がこうした関係において弱者である限り、それらに縛られることを余儀なくされたり、何らの保護も受けることなく、自己に不利益となる形でそれらを一方的に解消されることになる。そしてこの者は裸の力にさらされ、それを抑制する機関に訴えることは

およそできないことになる——依然として、この地球上の多くの諸国にみられる極めて現実的な問題である。これに対し、法を援用し、少なくとも理念的には中立的である第三者に判断をゆだねることで、直接的関係から自律的に離脱し、自らを自ら自身によって律すること(sich auf sich selbst stellen)を可能にすること⁽¹⁾で、法以外の(außerrechtlich)拘束に対する自由領域が生まれる⁽¹⁾。こうすることで、「コミュニケーション的自由という義務づけからの解放」⁽²⁾としても理解可能な一種の余地が生ずるのである。直接的人倫的關係は、潜在的強制と結びついた法的関係に対する優位性を関与者の自律性に依存するものである以上、もしこれが自律的な中断の可能性、つまりまさに法の援用をも内容としないものであれば、逆説的に、決してこのような人倫的關係ではないことになろう。つまり「連帯関係から自由でない者は、連帯関係に対して自由ではあり得ないのである」⁽³⁾。そうならない場合があるとすれば、せいぜいのところ、この直接的関係の潜在的関与者全員が政治権力、富、社会的地位において絶對的に平等で、しかも基礎となっている(非)法的諸規範全てに関して同意している場合であろうが、このようなことは實際上あり得ない⁽⁴⁾。

2. 法、抽象化、自由

4 社会と共同体の關係に関連する抽象化——法が個々人の個性を顧みない、すなわち法は紛争を解決するのではなく、一定の形態で誘導する(kanalisieren)ものに過ぎない——という観点も、法概念に関するこれまでの考察に照らし、そのポジティブな側面も確認されなければならない。

5 例えば話し合い(Palaver)、「社会内裁判所(gesellschaftliche Gerichte)」あるいは非公式の企業内司法といった、紛争を実際的に(wirklich)「解決」し、人をその個性において把握しようとする試みは、いずれも個人の自由に対する危険性を孕んでいる。理想型の裁判所による係争処理(Streitreglung)は、具体的な係争事件のみを対象とするのが普通であり、刑事裁判においてさえ(特別に重大な犯罪の場合には必ずしもあてはまらないにしても)、紛争関係人の人格が包括的に考察の対象とさ

れることはない。紛争関係人の生活領域から選出された素人による調停や裁判には、紛争関係人を全体的に把握することで自由を制限することにより、場合によっては、より効率的な紛争解決をはかることができるという利点がある。自らが関係人の生活領域に属している者は外部者よりも偏見を抱いており、当該裁判所に包括的な教育目的がある場合には、こうした先入観はいっそう高められることになる。局部的にとどまらず包括的に紛争を解決する試みは、極めて肯定的な評価を受けているけれども、この点にこそ、その裏面が存する。個人の自由は、まさに社会的分化、すなわちここでは特に、個人が自身の社会環境から少なくとも部分的に分離する可能性の所産でもある。加えて、この自由は、社会的コントロール機関による把握は常に部分的でないこと⁽⁵⁾の帰結ともいえる。集団直接的な (gruppenunmittelbar) 係争処理の特に大きなデメリットは、集団が部外者——そして何らかの観点から部外者の烙印を押すことができない者——と対立している場合に如実に現れる。まさしく近隣裁判所 (Nachbarschaftsgerichte) や企業内裁判所 (Betriebsgerichte) は、非常に様々な集団の問題に関して、例えば集団の統一を保つためにスケープゴートを作り出すといった、部外者に対する拒否反応を生じさせるのである⁽⁶⁾。

6 紛争を処理するに際し、紛争関係人の個性を包括的に考慮することは、社会的な近隣圏における紛争の場合、個人領域の制限をも意味することがしばしばであるが、こうしたことは少なくともヨーロッパ文化圏では望ましくないと見なすのが普通であるし、このような見方は世界的にもますます広がっているように思われる。単純な社会における集団直接的な係争処理の大部分を占める家族や配偶者の問題は (単純な社会でも、こうした紛争こそ話し合いによる解決に最も適しているように思われる)、(自由)に選出されたわけではない) 第三者を交えた議論にあまりふさわしいものではないし、公開での処理にはおおよそ適さないものであると、今日では理解されている。

3. 法、解釈学、形式主義

7 代替手段論争において多く話題とされたのは、司法へのアクセスの障碍である。理想型の法的処理を用いるには、多額の費用、

長い時間、多くの社会的な行動能力 (Handlungskompetenz) を要し、さらに「法の専門家 (Rechtstribunal)」、すなわち「独占的に運用されている制裁装置としての特殊な機関」⁽⁸⁾に身をゆだねることになる。このことを先述の抽象化批判と関係づけて見た場合、法の下で大きな権力を持ち、教義学的に (dogmatisch) 「型通りに (nach Schema F)」判断を下す官僚的な者たちのなすがままであるという感覚に現れる留保の複合体 (Konglomerat von Vorbehalten) が生まれることになる。

8 こうした留保の基礎となっている見方は当を得たものであろう。法律家は活動する際、教義学的、すなわち法規範から出発して、厳格な論証の基準 (Argumentationskodex) に則っており、かつ形式主義的に、すなわち確定したフォーマル及びインフォーマルなプログラムに従い、たいていは限られた数の論拠を用いて、関係する市民にとって特に重要であるように思われる事柄の多くを抽象化しているに他ならない。ここでも、法概念の諸相について概観したことに照らし、このような諸現象に対してどの程度ポジティブな評価が同時に与えられるのかという問題が提起される。極度の教義学的形式主義による「法の専門家」の活動がもたらすのは何なのであろうか。

9 まず第一に、予期の安定性、すなわち「法的安定性」が少なくとも一定程度保障されることに、諸問題の法特殊的な加工 (Bearbeitung) の特色が見い出される。このことが内容上意味しているのは、既に言及したように、予期が一定の時間を超えて安定化され、制度的に保障されなければならないということである。⁽⁹⁾予期の安定に対する多数の者の欲求を表すものとして、共同生活の交互的な諸形態の領域における、強力な法制化の推進力 (Verrechtlichungsschub) 以上のものはない。例えば、多くの人間は、可能な限り、婚姻という法的制度に適応しようとしている。あらゆる所で望まれているこうした法的安定性の保障がもたらされるのは、教義学が制度化されること⁽¹⁰⁾で、公平で、制度的に保障された裁定を可能ならしめるからである。もっとも、こうした制度化は、「法的安定性」にとって必要条件ではあるが、なお十分条件ではない。さらに必要なのは、「いかなる諸条件の実現が、具体的な法遵守の命令を出すことにとり十分なものといえるか」という点である。⁽¹¹⁾これに最も適しているのは、「制度的な第三者」、すなわち裁判所やその他の法的な裁定委員会に与えられた、裁定のためのあらゆる諸前提 (当該の法律、さら

には、用いられる法的な論証図式及びあらゆる事実判断ないし評価(12)を明らかにし、そこから決定を演繹する強制力である。

- 10 以上のことと密接に係る法的問題加工のさらなる機能として、コントロール機能が挙げられる。(12) あらゆる諸前提を証明すること (Ausweisung) によってのみ他者による首尾一貫性のコントロールを可能ならしめるのであり、こうした諸前提からの演繹を強制することによってのみ、ある批判に対して事後的に一方あるいは他方の根拠付けを、全体にとっておよそ支持されるべきものではないとして退けることが保障されるのである。もっとも、コントロール機能を可能ならしめるためには、法——規範と解釈上の論証図式——が統一かつ体系的に記述されることも要請される。(13) 一般的な基本的諸概念や法的諸制度が形成されることで法的変化の諸条件と諸限界を確定することができるのである。(13) こうしたことは、まさに予期の「実質的一般化 (sachliche Generalisierung)」と同様に、裁定の対象となつている具体的事案を構成する事柄の多くを抽象化することを前提としている。他者に予期としてなお一般的に理解されるためには、予期が複雑すぎてはならないのと同じように、法的裁定の検証可能を担保すべく、事案を上述の一般化の意味で「本質的なもの (Wesentliche)」に縮減 (Reduktion) することが求められる。
- 11 法解釈学に関する考察は、これまでとしなければならない。法解釈のより詳細な考察は、方法論の領域に属しており、ここでは法哲学と関係する点についてのみ採り上げ得たに過ぎない。(15)

4. 法と不確定性 (Unbestimmtheit)

- 12 もっとも、少なからぬ法の批判者が主張するように、法が実際に不確定なものであるならば、法解釈のこうした積極的機能は単なる幻想であることが証明されることになろう。法的裁定の帰結が現実におよそ確定しえないものであれば、法解釈学は法的安定性と検証可能性のいずれも保障することはできず、法はカント的意味における自由保障機能を全うできないことになろう。
- 13 そもそも、法の不確定性というテーゼは、およそ新しいものではない。法規範が意味論的に不確定なものであるため、解釈が必要であるという必然的な問題は、法律学が存在する以上周知のことである。また、具体的諸状況がいったん諸規範に組み込ま

れ、再度、諸規範が具体的諸状況に適用されるべきものであることから、常に既に、余地 (Spielraum) が存在していたのであった。今日では、法がますます不確定さを増しているといわれるが、これも容認されていることであろう。法の制御能力 (Steuerungsleistung) の低下が余儀なくされ、社会の複雑性の増大を通じて、結果予測 (Folgeneinschätzung) が困難化し、具体的事例における判断の余地の拡大を余儀なくされている。こうしたことから、新たな法において、意味論的な曖昧さがさらに増幅し、単なるプログラム規定 (Programmsatz) が増加しているのである。まさに意味論的な不確定性や、特定の事例の解決を目的とした特定の規範の妥当性に関する判断において、政治的、経済的な利益判断の侵入口 (Einfallsstor) が存在することは、今日では自明のように思われる。

14 それでもやはり、法は完全に不確定なものだとするテーゼは維持できないと思われる。なぜなら、意味論上ないし実用上の (pragmatisch) 余地は、あらゆる判断が規範のテキストと一致することをおよそ意味していないからである。¹⁶⁾ さらに、相互に競合し、かつ不確定な多くの解釈ルールが前提とされている場合であっても、同じことである。すなわち、これらのさらなる不確定性によって、不確定性が増すわけではないし、いわんや高まるわけでもない。なぜなら、こうしたことを通じて、もともと不確定である領域が拡大されるどころか、むしろそれを縮小する中で複雑化されているに過ぎないからである。加えて、法は完全に不確定なものだというテーゼは、社会的帰結が偶然のものではないとするテーゼと結びつくことで、法を完全に外部的に規定すること (Außenbestimmung) を前提とすることになろう。しかし、このように他の社会的サブシステムによる完全な制御を想起するのは、社会学的に稚拙である。

15 ただし、法の不確定性は完全なものではないにしても、これにより法哲学に対する問題が提起されているのである。法の余地は、やはり存在するのであって、しかも今日では以前にも増して拡大しているところ、これはどのようにして埋められるのであろうか。すなわち法律や解釈上のプログラムが我々のことを配慮したものではない (im Sich lassen) 場合にも、根拠付けが可能な規範的諸規準が存在するのであろうか。政治的、経済的利益が法を決定する要素であるとき、優先的利益は存在するのであ

らうか。存在するとすれば、いかなのもであろうか。これは超実定的正当性基準の合理的検証可能性の問題である。次にこの問題について取り組むべきである。

- (1) Elscheid, Die Verrechtlichung sozialer Beziehungen als Problem der praktischen Philosophie, in: Neue Hefte für Philosophie 17 (1979), S. 37 ff. (48) 参照。特にマインリナー及び女性の権利について Duncan Kennedy, The Critique of Rights in Critical Legal Studies, S. 184 参照。
- (2) Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, S. 152.
- (3) Elscheid (前掲注(一)), S. 55. この思想がシェリングとフタタにわたる伝承を有するかどうか Smid, Einführung in die Philosophie des Rechts, München 1991, S. 165 ff.°
- (4) しかしそのような場合でも、実際の理由から、法的に協同した方がこれを放棄した場合よりも、確かに多くの自由が生み出されるかどうかという v. d. Pforden, Rechtsethik, München 2001, bes. S. 244ff., 262f.°
- (5) この点も「社会内裁判」の問題性について Schönfeldt, Vom Schiedsmann zur Schiedskommission. Normdurchsetzung durch territoriale gesellschaftliche Gerichte in der DDR, Frankfurt a. M. 2002°
- (6) この部外者問題及び共同体の疎外機能について、今日もなお読む価値がある。Hegenbarth, Sichtbegrenzungen, Forschungsdefizite und Zielkonflikte in der Diskussion über Alternativen zur Justiz, in: Jb. f. RSoz. u. RTh. Bd. 6 (1980), S. 48 ff. (70)° Gottwald, Verfahrensmässige Bedingungen alternativer Konfliktregulierung, in: Brand/Strempel (Hrsg.), Soziologie des Rechts, FS Blankenburg, Baden-Baden 1998, S. 635 ff. 参照°
- (7) Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., Nachdruck Tübingen 2002, S. 18.
- (8) Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts (1947), hrsg. v. Rehbinder, 4. Aufl., Berlin 1987, S. 297.
- (9) 大塚の第二章 Rn. 61ff. 参照°
- (10) Rühers, Rechtsstheorie, S. 203 以下 解釈学の「安定化機能」について°
- (11) Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 141.
- (12) この点について Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl., Nachdruck Frankfurt a. M. 2001, S. 331 f.;

Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 115 ff. („Begründung und Kritik“) 参照。

(13) Rüthers, Rechtstheorie, S. 203 f. (「拘束機能とノーマン機能」) 参照。

(14) 上述の第二章 Rn. 61ff. 参照。

(15) 体系的基盤をもたない個別事例の正義を内容とする「かわゆる」「カーブイー司法 (Kadjuusiz)」と規範的平等との関係について、詳細は Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, S. 24 ff. 参照。

(16) 方法的に正しい解釈をしながら、恣意性を望まない結論に至りうる方法の証明を試みるものとして、Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus がある。この点で疑問があるものとして、Luig, Macht und Ohnmacht der Methode, S. 2536 ff.。主観的解釈の余地を限定する可能性について、Kramer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Bern u.a. 2005, S. 40ff., 270ff. を参照。

(森永真綱・訳)

B. 法律以外の諸前提に対する法の依存性

第五章 問題設定の許容性について

文献：Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, Nachdruck Frankfurt a. M. 2001; Böckenförde, Zur Kritik der Wertbe-gründung des Rechts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a. M. 2006 [堀内健志訳「法の価値による根拠づけ論批判」人文社会論叢社会科学篇第五号 (二〇〇一年) 一八一頁以下]; Günther, Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1992; Carl Schmitt, Die Tyrannei der Werte, in: Schelz (Hrsg.), Die Tyrannei der Werte, Hamburg 1979, S. 9 ff.; Smid, Einführung in die Philosophie des Rechts, München 1991; Waldron, Law and Disagreement, Oxford 2004.

1 ここまですなわちAにおいては、社会の共同生活における他のいくつかの規制形式と比較しながら法の特徴（「法概念」）を概略してきたが、ここで視点の向きを変えてみよう。ここで問題とすべきは、次のことである。すなわち、法は自らに課せられた任務を履行しようとするとき、法律以外の諸前提（*Prämissen*）として、常に既に何を必要としなければならないのだろうか。そして、この諸前提は合理的に探究できるものなのだろうか。

2 しかし、その前に明らかにしておかなければならないのは、そもそも法哲学が、非実定的な正しさの基準という問題を正統にも（*legitimerweise*）提起しうるのかということである。もちろん、伝統的な自然法に拘束力があると感じる者からすれば、これに対する答えは明らかにイエスである。しかし、「法倫理」という標題の下に、まさに非実定的な正しさの基準に取り組み現代の法実証主義者にとってもまた、その答えは肯定的なのである。ここでは、実定法が正しさの基準に沿わない限り、この基準の下では「法」ではないと主張しているにすぎない（上述第二章 Rn. 16）。

3 しかし、法に対して、非実定的な正しさの基準が意味をもつかについてはるかに懐疑的で、この基準に鑑み法に「自律性」があるかを懸念する声もまた存在する。以下では、この問題を(1)「価値の方向づけ」という観点において、そして、(2)法的文脈において、考察することにする。

1. 価値の方向づけは危険か

4 法学は、あらかじめ価値を基礎づける試みすべてを遮断するという意味で「自律的」でなければならないのだろうか。これを肯定する方向で語られるのは、人間の価値表象がさまざまであることに鑑みて、法と国家による価値の方向づけは、どのようなものであれ、必然的に、個人や集団（他の価値方向をもつ人々）を不利に扱うことになろうということ、すなわち「最低限の倫理（*Minimalethik*）」に法が方向づけられるならば、共通の法秩序から少数者が排除されるであろうということである。⁽¹⁾ 価値の方向づけは、理性に方向づけられるべきことを留保したとしても、法的判断が民主主義的正統性を有することを理由に、す

に疑問があるとされている。——利益衝突の場合には、妥協が問題となるにすぎないというのである。⁽²⁾

5 もっとも、このような立場それ自体が——法は「自由、平等、友愛」⁽³⁾を保障しなければならないという立場のように——一定の基礎的な評価に結びついていることが多い。なぜなら、価値の方向づけに対する批判は、まさにそれら諸原則についてのこれらの論証の危険性から生じているからである。それでは争いは価値の類型的相違に過ぎないのであるか。それとも諸見解の間にさらなる相違が存在するのであるか。

6 上述の議論の脈絡の意味における諸原則⁽⁴⁾（「自由、平等、友愛」）は、一般的に妥当し、両立しうるが、価値は、目的に方向づけられた最適化ルール（Optimierungsregeln）であり、互いに衡量されるべきものであり、個別事例において多少なりとも妥当し、その都度の価値のランク付けが議論を通じてもたらされることなく、このカテゴリーの経済的な由来に応じて、原則的にすべてを用い、算定される⁽⁵⁾。したがって、諸原則による方向づけは、法の一般化的な性格を意味し、価値の方向づけは、個別事例の合目的な判断を強調することを意味する⁽⁶⁾。価値の方向づけに対する批判の背後にあるのは、次のような危惧である。すなわち、法が、あらゆる同種の諸事情に対してあらかじめ（民主主義的立法者が）判断を下すという伝統的な枠組みを離れて、すべての考えられる利益を（事前には計算不可能なやり方で）個別事例の判断の中で相互に比較衡量するような、一般的な「衡量法学」に発展するということである⁽⁷⁾。実際上この点に法治国家に対する危険性が存在している。というのも人間の尊厳の保護（後述第十二章）といった衡量になじまない根本的要素（Grundlage）がその存続に不可欠だからである。加えて、ここでは再び、代替手段論争における一般化と個別化の相剋（上述第一章および第四章）、並びに、現代法が、コンテキストを統制するために、一定の範囲において諸決定を法適用者に委ねなければならないのか、そしてこのような衡量の必要性がどの程度増大するのかという問題性である。もっとも法の任務についてこのように論証する場合、たとえこのコンテキストにおいて比較衡量が必要になるとしても、単純な「価値の方向づけ」に対する異論は、もはや妥当しない。なぜならば、この場合、何らかの価値がもはや法を形成するのではなく、価値の重要性が、（例えばすでに挙げた諸原則によるなど、別の方法によって根拠づけられた）法の必

要件によって決定されるからである。⁽⁸⁾ 加えて、法的安定性が失われることが懸念されるが、これは衡量における比重に関する一般的な基準によって（刑法における正当化緊急避難の周知の事例を例にとれば、一定の利益侵害に対する刑の重さの違いによって）ある程度埋め合わせることができるだろう。

7 しかしながら、（すでに概念的にであれ、あるいは望ましい目的設定についてであれ）法をもっぱら上述の自由、平等、友愛といった「構造的諸原則（Strukturprinzipien）」に方向づけようとする場合ですら、これらの諸原則のより詳細な説明と同じく、その根拠づけには非実定的な正しさの基準に関するより精確な考察が必要となる。しかし、諸原則に対する疑念がある場合の他に利益衝突の場合、直ちに妥協を模索する者もまた、これを維持できるように、妥協と同様に自分自身の立場をできる限り合理的に根拠づける方がよい。

2. 法特有の討議

8 実定法を超えた正しさの基準が法哲学の一つのテーマとすることが許容されるかという問題は、次のような、異なっているが内容的には密接な関係にある議論連関において表れる。すなわち、法特有の討議は、一般的な道徳的討議の特殊事例にすぎないのかという問題においてである。これを否定する者は、はじめから法的ではない正当性の基準を、法に関連するものとして根拠づけるのに苦慮することになる。

9 「特殊事例テーゼ」は、討議倫理学（Diskursethik）（これについては、後述第九章2b）に近しい論者において、2つのヴァリエーションの形で表れる。一方のヴァリエーションによれば、法的な討議と道徳的な討議とは、同じあり方で普遍可能性の原則および非強制性（Zwanglosigkeit）または平等な参加の機会といった一定の討議ルールに方向づけられる。法的討議は、法律による拘束のような補完的前提にのみ服する。⁽⁹⁾ もちろん、このような前提の下では、同一のまたは少なくとも類似の実定的な正当性の基準を両論証に当てはめ、そこからこうした基準を展開するのは自明のことである。他方のヴァリエーションによれ

ば、根拠づけの討議と適用の討議との間で、非実定的な正しさの基準について区別され、法的討議は、あくまでも適用の討議の特殊事例にすぎないとみなされ、⁽¹⁰⁾ここでは、規範の不偏不党な適用に重点が置かれる。この適用の討議もまた、アリストテレスに始まる道徳的な規範の適用論の全伝統に立ち入らなければならぬ。

10 「特殊事例テーゼ」のすべてのヴァリエーションに対しては、それらが「自然法の含意からまだ完全には解放されていないこと」に基づく、道徳に対する法のミス・リーディングな従属⁽¹¹⁾を示唆しているという批判がなされている。それでは、法哲学は、いずれにせよ道徳においては構造的に類似した形で行われているように、非実定的な正当性の基準と混成されることはおよそ許されるべきではないのだろうか。そうではないということは、特殊事例テーゼに批判的なハーバーマス自身が容認している——彼の見解によれば、限定的に法に適用されるのが道徳的討議だというのではなく、道徳と法は（双方の領域にとり等しく重要な）根拠づけの構造的抽象的な理解を、異なったやり方で具体化することを必要としているにすぎないとされる。⁽¹²⁾したがって、そのような見解からも、法の基礎として、非実定的な正しさの基準を求めることは正統 (legitim) なのである。

11 以上のことから、——その帰結はまったく別として——非実定的な正しさの基準は何かという問題が、法哲学にとって正統な課題設定を意味することを出発点とすれば、ある程度経験的に、一方では、立法を観察することにより、他方では、判例にそして最終的には法律家の日常的業務に——これらすべての領域で、非実定的な正しさの基準が中心的な役割を演じる——提起される基本問題を観察することにより、このテーゼを裏づけるべきなのは当然である（第六章）。このような正しさの基準の実際上の意義を述べた後、正義概念（第七章）および「自然法 (Naturrecht)」（第八章）に関する歴史的な展開を手短に概観する。もっとも、規範を合理的に根拠づける可能性に関するアクチュアルな議論（第九章）、並びに、正義（第一〇章）、公共の福祉（第十一章）および人間の尊厳（第十二章）について取り扱う中でこれを具体化することが中心となる。

(1) このような根拠づけをもって、シュミットは、ホプズとシェリングへの優先的な方向づけで非実定的な正当性の基準のあらゆる探求を拒否する。Smid, *Einführung in die Philosophie des Rechts*, 2^{te} ed. S. 25 ff., 43 ff., 165 ff. を参照。

- (2) Rühers, Rechtsstheorie, S. 361 f. 民主主義との調和が欠けることを理由とする法評価論に対する批判については Walsron, Law and Disagreement, S. 8 f.°
- (3) 例へば Smid, Einführung in die Philosophie des Rechts, S. 50°
- (4) Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt a. M. 1985, S. 134 ff. 及び既に述べた用語を用いる。これは、Alexy 諸原 則の基礎となるべき。この意義は、たゞ用語の相違による。Penski, Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln, in: JZ 1989, S. 105 ff.°
- (5) Böckenförde, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, S. 67 ff.; Carl Schmitt, Die Tyrannei der Werte, S. 9 ff.
- (6) この類として、Pawłowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., Heidelberg 1999, S. 382 ff. (Rn. 853 ff.)°
- (7) Pawłowski (註釋社(9)), S. 353 ff. (Rn. 803 ff.).
- (8) たゞ、この Böckenförde, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, S. 83 及び註釋社(9)°
- (9) Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S. 33 f.
- (10) K. Günther, Der Sinn für Angemessenheit, S. 309.
- (11) Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats (1992), Nachdruck Frankfurt a. M. 2001, S. 286.
- (12) Habermas, (註釋社(11)), S. 286 f.

(岡上雅美・訳)

第六章 法律外の諸前提がもつ実際の意味

1 法哲学に対する立法者の依存性

文種: Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 2. unveränd. Aufl., Freiburg/München, (Studienausgabe, Freiburg/München 2002); Alexy/Koch/Kuhlen/Rübmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003; Auer, Materiali-

sierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, Tübingen 2005; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1972; Gadamer, Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 2 Bde, 5. Aufl., Tübingen 1986 [轡田収他訳『真理と方法：哲学的解釈学の要綱 1・2』（一九八六年・法政大学出版局）]; Koch/Rübmann, Juristische Begründungslehre, München 1982; Kramer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Bern 2005; Lorenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin u.a. 1995; G. Müller, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 2. Aufl., Zürich 2006; Noll, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg, 1973; Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 1986; Sack, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten, in: NJW 1985, S. 761 ff.; Schneider, Gesetzgebung. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Heidelberg 2002; Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt a. M. 1971.

1 立法が理論的に研究されるようになったのは、そう長いことではない。もっとも、ここ数十年来、立法理論ないし法定立論への諸々のアプローチが存在する。それらは、具体的な国家法の形態とは別に、立法経過と、その際にとくに法哲学に相応しい任務に携わるものである⁽¹⁾。

2 これによれば、各立法の経過は、次のように大まかな道筋で記述される。第一に、立法者にとって、およそ何らかの事柄が問題とならなければならない。すなわち、立法者は、ある状況について規制が必要だと考えなければならない。すでにここで、価値的な決定が立法作業を決定するということは自明である。何らかのものについて規制が必要であると考えるかどうかは、ある特定の状況が社会的に不都合であると評価するか否かに依る。そのような「不都合な状態」が複数あると判断され、したがって、立法理論の言い方によれば、複数の「問題からの刺激 (Problemimpuls)」が存在し、これが、立法者が実際に規制しうるよりも多い場合には、優先順位の衡量が必要となり、さまざまなレヴェルで、一貫性のあるコントロールが必要となる⁽²⁾。優先順位の

ヒエラルヒーについても、規範的な基準が必要である。しかし、立法者が必要な事実認識を入手しようするときのみ、評価といわれるものを有意義に行うことが可能となる。「問題からの刺激」は、場合により、ある特定の法制度が実際何らの役割も果たしていないという疑いが生じることから現れることがある。法的事実研究の創始者であるアルトゥール・ヌスバウムは、一九一四年にこれを無記名土地債務 (Inhabergrundschuld) 「訳注・ドイツ民法一一九五条」から主張した⁽³⁾。もしくは、長い間「普遍取引約款」において当てはまってきたように、現実の法生活 (Rechtsleben) が法律の規制外で新たな制度を發展させたことは明らかである。立法者が、このような制度を立法作業に取り込もうとする場合、第一に、その事実の傾向に近づくためであるいはそれを軌道修正するために、それらの事実の形態について正確に情報を得なければならぬ。実際の慣行は確かに認められるが、特定の価値的決定へ方向づけて変更されることがしばしばある。このことは、例えば、刑事手続における合意 (Absprache) の法的規制に関する現在の考察に妥当する。このことは、場合によっては、比較的長期のプロセスを辿ることがあるということ⁽⁴⁾は、遺伝子工学の領域における世界的な立法が示すところである。ここでは、新たな發展と新たな事実の創出に対して、再三に渡って対応してゆかなければならない。

3 優先順位が定められて初めて、目的の観念を展開することができる。これについても、もちろん、規制すべき領域における事実の正確な認識、並びに、存在する諸利益の衡量、場合によっては価値のヒエラルヒーの構築が必要である。立法者が、例えば妊娠中絶を法律で規制しようとするとき、立法者が決定しなければならないのは、そもそも未生の生命は生存権をもつべきか否か、場合により、どのような要件の下に、未生の生命の価値が、妊娠と対置される妊婦の利益状況と衡量することが許されるのか、どのような法的衝突 (攻撃的緊急避難の基本的考え方か、それとも防禦的緊急避難の考え方か) が基礎に置かれるべきか、そして、その後、このようにして得られた決定を現実化するために、そもそも刑法が有用な手段たりうるのか否かである。⁽⁴⁾ 積極的安楽死 (aktive Sterbehilfe) が例外的に許容されるかについての立法的決定において、利益衝突 (自己決定権およびその代替物並びに——誰によって定められるのか——死に行く者の尊厳 対 人間の生命、および、死に行く者に対して家族が圧力をか

ける可能性を評価するにあたっての「ダムが決壊」の危険のみならず、予想しうる事実状況（そもそも「ダムが決壊」および／または生命の短縮への圧力の虞があるのか）もまた、検討の対象である⁽⁵⁾。したがって、事後予測的な要素もまた、ここですでに尊重されるべきである。他の領域で規制したときの効果と結果が評価されなければならず、これは、新たに事実認識を要する。最終的に、法律が公布される時、その法律は、場合により結果から遡ってコントロールを受けべきであろう。ここでもまた、再び、法的事実研究が必要とされる。そこで例えば、少年の観点からの少年労働保護に関する研究が存在するが、これは経営における法律違反についての資料を立法者に提供することができるものである⁽⁶⁾。

4. したがって、立法経過においてすでに、法社会学的な考察と法哲学的な考察との双方が行われなければならない。しかし、——たとえ少数であれ——立法過程に法社会学を利用した例が存在するのに対して、法哲学を利用した例は、ほとんど現れてこなかった。立法と結びつく価値評価の問題が、法哲学関係者には、合理的な討議にまったくなじまない「政策的な」ものと位置づけられたと推測するのめ外的外れではないように思われる。このような判断が正しいか否かを我々は特別に（後述第一〇章）明らかにすることにしてしよう。

2. とくに争いのある基本問題における法的価値評価

5. 法の実現において、価値決定を行うのはもっぱら立法者であり、他方、裁判官は単なる法適用者すなわち「法を語る口」にすぎないという理解が、一八世紀末および一九世紀初頭にもなお広く行き渡っていたが⁽⁷⁾、今日では、立法と判例は、その創造的活動に関して、単に段階の差であるにすぎないという見解が支配的となった。判例は、もっぱら当てはめの作業でしかないという理解は、実際、単純に過ぎる。判例は、法律から導き出しえない正しさの基準に基づかなければならないということは、まず、とくに争いのある基本問題の若干の例で見られるという。非実定的な正しさの基準に依拠していることが明らかである多くの法領域から、ここでは、ますます現代的となつていくバイオテクノロジーの二つのテーマだけを選び出すことにしよう。すなわち、

(a) 生殖医療と(b)臓器移植である。(c)「道徳律」および「善良の風俗」の語に由来する概念が、考察を補充する。第一の問題領域では、ここでとくに人間の尊厳が重要となり、第二の問題領域では、(配分的)正義が、そして第三の問題領域では、評価権限の配分が問題となる。

(a) 生殖医療と人間の尊厳

6 生殖医療の法規制においては、「人間の尊厳(この概念の一般的な問題性については後述第二章)」が中心的な役割を演じている。例えば、ドイツ基本法(第一条第一項)並びにスイス連邦憲法(第七条)およびその他の憲法において、基本権のカタログの前にもしくはその冒頭で、人間の尊厳の保護がまさに一般的に宣言されている。スイス連邦憲法は、さらに、生殖医療についての特別規定(第一一九条)を含む。同規定では、この領域について、今一度、明示的に「人間の尊厳の保護」が定められている。したがって、「人間の尊厳」は、法律家が憲法に携わるときに、しかしまた、ドイツでは「胚保護法(Embryonenschutzgesetz)」、あるいはスイスでは「生殖医療法(Fortpflanzungsmedizinergesetz)」に携わるときに、解釈しなければならない概念である。しかし、それを適用するにあたり、法律上の定義がなく、実定法はまさに限定的な拠り所ではない。解釈のために行われるべき考察——それにより、非実定的な正しさの基準を探求することが必要だということを明らかにする——をここで手短かに解説することにしよう。

7 とくに生殖医療において、人間の尊厳への侵害を非難する背後には、具体的に何があるのだろうか。そこではその概念は、少なくとも三つの異なった内容で充足されており、それらはすべて検討になじむものである。すなわち、それらは、人間の尊厳を指し示すことで、その討議に関わる状態が端的に隠されてしまう具体的な三つの原則である。それらは、「自然に反することをもたらしはならないという原則、偶然性(Kontingenz)すなわち個人の発生の偶然に介入してはならないという原則、そして最後に、人間を道具化するなわち単なる手段に貶めてはならないという原則である。

8 態度の「反自然性 (Unnatürlichkeit)」への言及は、議論の相手方の一部を満足させるだけであろうし、それゆえに世界観の偏っていない国家においては、法的禁止を正当化することはできない。さらに、「人間の尊厳」を、人間の発生の偶然性を侵害してはならないという意味で理解することもできよう。⁽⁸⁾ もっともその場合、我々は、保護法益として、我々の「人間像」を持ち出すものだとすることを忘れてはならない。⁽⁹⁾ どのような範囲で——再び、世界観の偏っていない国家において——、他の者が抱く人間像を侵害することが要罰的な不法たりうるのかということとは、とくに刑法学にとって（刑罰法規も問題となる）容易には探求できない問題であろう。それでも、二〇世紀の数度の刑法改正は、処罰を他者侵害の場合へと限定するという指導的観念の下にあったのであり、例えば、かつて「風俗犯 (Sittlichkeitsdelikte)」と呼ばれていたものは、それが性的自己決定権や健全な性的発育を保護するような範囲でのみなお認められている。反自然性および偶然性の侵害に対するこのような非難から区別されるべきなのは、ヒト胚の道具化に対する非難である。すなわち、ある特定の行為態様が、胚を、非常に高次の目的がある場合ですら許されない特定の目的のための単なる手段に貶めてしまうという非難である。⁽¹⁰⁾ 他者を手段化することの禁止は、もちろん、古くからの論拠づけの常套句であるが、昔から、その具体的な表れには争いがあった。例えば、カントは、他の者に対する刑罰の威嚇効果による刑罰の根拠づけを、「手段化」の観点から激しく非難したが、⁽¹¹⁾ 彼がすべての相対的刑罰論を拒否した点で、この留保は、今日、もはや受け入れられていない。⁽¹²⁾ たとえ、ある者がその意思に反して単に手段にされることの禁止を厳格に考えるとしても、多くのことがなお説明を必要とする。それでも、緊急避難や戦争での殺人の場合には、すでに生まれた生命ですら、場合によっては、単なる財産上の利益または国内の領土要求の犠牲にされるのであり、しかも、後者の場合は、各個人に落ち度のあるなしを問うこともない。⁽¹³⁾ したがって、（許容されない）単なる手段化と、（なお許容される）手段化との境界は、どこにあるのだろうか。結局、これは既存の法に従って決せられないのだから、手段化の禁止は、何らの内容も与えられないということになるのだろうか。⁽¹⁴⁾

9 しかし、限定的な範囲で「余剰の (überzählig)」胚を用いた研究や着床前診断が法倫理的に是認できると考えるならば、法

の内部でさらなる問題が生じる。それどころか、道徳的に是認できる行為が、その望ましくない副次効果の点で、非常に問題があるように思われることもあり、それ故、法的禁止が考慮されなければならない。例えば、よく知られている「ダムの決壊」という論拠は、ここに位置づけることができよう。余剰な胚を用いた研究または着床前診断は、もしかすると——これは経験的に検討されるべき問題であろう——、他の人において、人間の生命の価値評価を侵害するかもしれない。胚研究を認めれば、人体を使った研究を阻止するハードルが低められるという理由から、すでに生まれた人間の生命に対する危険も発生するのだろうか。あるいは、余剰な胚を用いた研究を許容すれば、女性に着床させようより多くの胚を試験管の中ですでに発育させることへの刺激はなくなるのだろうか。「ダムの決壊」と密接に関連するのが、予測しえない未知のリスクという論拠である。この論拠もまた、特定の研究や診断手続を一般的に非難するのではなく、いずれにせよ現在の知識状況では、リスクを見積もることは不可能であり、それ故、禁止が求められる⁽¹⁵⁾。これは、例えば、胎盤治療に対して、したがって、後世に受け継がれる可能性のある遺伝子への侵襲に対して提起される⁽¹⁷⁾。その場合、リスクとは、例えば、予見できない疾病であり、また例えば、「今日ではこれをもはや持っていてはならない」というモットーの下で将来の障害者を扱ってしまうことになるという社会的危険でもありうる。もっとも、そのような一貫した「ダムの決壊」や「リスク」という論拠は、義務的な人間の尊厳の論拠とは異なって、例えば高次の研究の利益との衡量へ立ち入ることを——懸念されるダムの決壊が、まさに人間の尊厳のような、差引勘定しえない諸原則に関するものでない限りは——原則的に拒否しない。

10 もっとも、法にとつてとくに考慮されるべきなのは、不確かな損害のリスクがあれば、それだけで法律的保護が生じるわけではなく、考えうる損害が非常に大きければ、確実性が僅かな程度でもすでに十分だということである⁽¹⁸⁾。

11 生殖医療との関連における「人間の尊厳」の解釈には困難があるということを手短に概観しただけで、基本問題と対峙する際の法的作業においては、非実定的な正しさの基準と積極的に取り組むことがつねに不可避であるということが明らかとなる。

(b) 臓器移植と配分的正義

- 12 このように非実定的な正しさの基準を援用しなければならないということの第二の例は、乏しい医療資源の分配、ここではとくに臓器移植のための、死に行く者からの臓器の分配である。ドイツ移植法は、配分基準については何も述べておらず、その限りで純粹に医学的基準が問題となるという印象を喚起しようとしている。移植法第十二条第三項は、単に、「医学の知識状況に相応した規則、とりわけ結果の見込みと緊急性に従った」やり方とのみ言っている。スイスでの最近の議論は、これと異なる。そこでは、中心的な正義の問題が（そしてそれと共に、平等原則の適用問題が）臓器の配分順位に潜んでいる。なぜなら、スイス連邦憲法は、一九九九年以来、憲法第一一九条 a 第二項において明文で、数少ない臓器の「正しい」配分を要求しているからである。二〇〇七年の新移植法は、臓器の配分にあたっての差別の一般的禁止を定める（スイス移植法第一七条第一項）が、——順位を定めることなく——医学的緊急性、医術的有用性や待機時間といった「重要な諸基準」を掲げる（同法第一八条第一項）。同年の臓器配分規則もまた、その限りで、明確な優先順位を定めていない。実務で活動する法律家に対して、そのような準則に鑑みて、正しさの基準と両立しうる配分基準の序列の問題が提起される。
- 13 しかし、その場合、臓器の配分は、いかに規制されるべきなのか。これについて、とくに三つの配分基準が考えられる。すなわち、効率性、待機時間および緊急性である。⁽¹⁹⁾
- 14 効率性とは、数少ない臓器が最大の有用性をもたらす場合に、それを使用するという意味である。これは、なお期待できる、場合によっては質的に測定しうる余命に標準を合わせなければならない。効率性を指導的基準にしようとするならば、それにより、まさに高齢者や重病者が不利に扱われることになろう。これは、平等取扱いの原則、しかしまた人間の尊厳原則の点での困難につながる。もっとも、より大きな個人的有用性へこのように方向づけられること——より大きな全体的有用性への方向づけとは異なる——を、他の要素と並ぶ一つの要素として、正しさの基準の範囲からあらかじめ排除することは許されないだろう。
- 15 待機時間への方向づけは、さまざまな社会的権限が共に待機リストの順位づけに影響しうるにもかかわらず、確かにある意味

で平等取扱いの要請をよりよく保障する。しかし、待機時間を第一の基準とする場合に、我々の正義感覚に反するのは、治療の緊急性が度外視され、したがって、待機リストの第一順位にいる者がなおいくらか待機することができるのに、第二順位にある者の死を甘受することである。

16 緊急性への方向づけは、臨床の個別事例で、現在の法に合致する。緊急に治療を必要とする者に治療を施さないことは、それどころか刑法上問題となろう。しかし、二名の者が等しく緊急に臓器を必要とするのに、臓器が一つしかない場合、医師は、新たに(第二の)決定基準を必要とする。ここでは、効率性と待機時間が再び、その第二の決定基準に考えられることとなろう。平等取扱いを保障する待機時間モデルは、現在の法によれば、このような利益衝突状況において決定的なものとなりうるが、そこではもちろん、幼児を除外しなければならない。というのは、幼児は、当然、待機時間が長いことはありえないからである。純粹に医学的な基準(例えば、臓器が直ちに拒絶反応を起こす)を超えて、効率性がここで、例えば極端な状況において重要となりうるか否か(例えば、九〇歳の者と一八歳の者が緊急に腎臓を必要とする)の問題は、一般の倫理の議論においてなお詳細に探求されなければならないだろう。

17 実定法上、明確な基準の序列が定められていない限りで、法律家は、決定状況において、そのような倫理的問題に立ち向かわなければならない。ドイツ法によれば、明確な法律上の基準がある場合でもなお、法律家には問題となろう。これらの基準は、なお憲法に違反することがありうるものであり、したがって、連邦憲法裁判所によって、再び、基本法第三条に現れているような正しさの概念に従って判断されなければならないだろう。

(c) 「道徳律」、「善良の風俗」その他の諸事例

18 ドイツの連邦通常裁判所刑事部およびスイス連邦最高裁判所は、倫理に適うか違反するかの問題にしばしば携わらなければならない。ほぼすでに伝説化し、その間法律史に属するものとなった努力が、連邦通常裁判所の売春仲介判決

(Kupperleurtell) である。⁽²⁰⁾ 大刑事部は、婚約者間での性交渉が、刑法典旧第一八〇条および第一八一条の意味における「猥褻な (unzüchtig)」にあたるか否かについて決定を下すように求められた。大刑事部は、基本的に以下のような理由をもって、これを肯定した。すなわち、婚姻外の性交渉は、道徳律に違反するのであり、道徳律とは、以下のように特徴づけられる。「道徳律の諸規範は、それ自体に妥当性をもつ。その（強力な）拘束力は、既存のおよびその他の諸価値の秩序並びに人間の共同生活を支配する当為原則に基づく。それらは、服従を要求して名宛人とした人々が、実際にそれらに従い、それを承認するか否かとは別に、妥当する。それらの内容は、何が妥当かに関する見方が変わっても、変化するものではない」と。⁽²¹⁾ 連邦通常裁判所は、ここで、具体的事案の解決について、変化することのない道徳律の存在と、この道徳律のその固有の理解とを前提とする。

19 これに対して、一五年後（一九六九年）に現れた「ファニー・ヒル」判決（Fanny Hill-Urteil）における倫理規範は、まったく異なるもの、すなわち、時代の変化に服したものであるように思われる。同判決では、「ファニー・ヒルの想い出（Die Memoiren der Fanny Hill）」という著書が、刑法典旧第一八四条第一項第一文の意味における「猥褻文書」にあたるかを決定することとなった。連邦通常裁判所は、スイス連邦最高裁判所のほぼ同時期の判決（BGE 96 IV 64）とまったく同様に、物の見方が変遷するということを根拠に、以下のように述べて、これを否定した。「この意味で、何が共同体に有害か、そして、それにより、性に関連する記述がどこまで許されるかの限界がどこに引かれるべきかに関する見方は、時代に条件づけられ、時代とともに変化する。」⁽²²⁾

20 倫理規範が変化に服するものだと考えるとき、もちろんそこから、変化の有無を判断するのに、誰の見方が重要かを明らかにしなければならぬという難点が生じる。連邦通常裁判所は、上述の判決において、判例が「性に対してとりわけ奥手な人々や異常なほど寛大な人々の見方に方向づけられてはならない」と指摘し、スイス連邦最高裁判所は、「とくに繊細でも道徳的に墮落してもいない」市民が基準だとした。すなわち、平均的な意見に照準が合わされるべきなのは明らかだという。連邦通常裁判所は、学生組合規定決闘 (Bestimmungsmensur) 【訳注：学生組合員が全員行なわなければならないと規定される最小限定の決

闘」に、刑典旧第二二六条 a (現在の第二二八条) の意味における倫理違反が認められるか否かの問題について、これとは違った決定を下した。連邦通常裁判所は、この規定を次のように被告人に有利に限定的に解釈した。「それ故、このような刑法の意味においては、まったく正当に物事を考えるすべての人々の礼儀心から見て、疑いもなく犯罪的で、処罰の必要がある不法なもののみを、善良の風俗に対する違反だと考えることができる」⁽²³⁾。

21 このような問題は、すべての法領域で生じる。「倫理」という概念域が、国民における社会倫理の理解に関連するということは、ここにおいて、今日では一般に承認されている。例えば、連邦財務裁判所は、所得税法第三三条第二項第一文の意味における倫理的な援助義務 (Beistandspflichten) について、「国民に承認された」見方を基にする。これによれば、同性愛者の共同生活もまた、援助義務の根拠となるという⁽²⁴⁾。しかしまた、「善良の風俗」は、まさに「歴史的な変化に服する社会倫理的価値観」または「支配的な社会倫理的確信」⁽²⁵⁾ 以外の何物でもないという根拠に基づいて、連邦憲法裁判所の二つの「ピープ・ショウ」判決 („Peep-Show“-Entscheidungen) が判示するように、方法的に異なった方法を提示することができる。すなわち、営業規則第三三条 a 第二項第一号の意味における「善良の風俗」を基本法第一条第一項における「人間の尊厳」概念によって充足し、同概念を「価値倫理的な原則」として理解した上で、これを一定の哲学・価値観による構想に基づいて規範的に決定することができる⁽²⁶⁾。しかし、公刊された文献を見ると、その限りで「法共同体を支配する確信」⁽²⁷⁾ について推測し、この意味で「善良の風俗」を確定することもできる。

22 基本的な形の価値評価を最上級審の判例に用いることについて、法哲学がどのような道を進むかという問題に対する解答として、ここで見てきた諸判決は、非常に興味深い。「永遠の道徳律」という言い方をする判例は、もしかすると、そのような永遠の道徳律を形に表すために努力する法哲学の一種に興味があるのかもしれない。もっとも、悪くすると、そのような「永遠の道徳律」という主張は、決定の社会的受容の要請を引き出し、またはそれどころか判決の根拠づけを引き出す方法にすぎないこともありうる。しかし、倫理規範は変化に服すると主張する場合、二つのやり方で行われうる。一つは、裁判所として、その時点

での倫理状況を規範的に規定する（「今日、かく振る舞うべきである」）ように要請することができる。これは、法律上、明確な指針がない限り、固有の法倫理的な理由づけを必要とする。もっとも、このために、すでにかなり厳格な法哲学的討議が必要である。他の一つは、実際に主張されている社会規範または社会的な価値評価を模索し、これを決定の道筋にしようとすることができる。

23 この問題領域に関連する一般条項の意味についての議論において、そのような決定の方法的諸問題が取り上げられた。ある見解によれば、裁判官は、（例えば、民法典第二四二条または刑法典第二二六条aのように）一般条項を問題としなければならぬのだが、裁判官独自の価値判断を打ち立てるべきであり、それにより、実際の、場合によってはまったく別の行為態様に反しても「倫理を形成する（„sittebildend“）」態度をとるべきである。⁽²⁸⁾ 裁判官の見解のみが重要だということは、もちろんこのような「倫理形成的な」推進力（Impetus）をまったく除いても主張されうる。⁽²⁹⁾ 反対説によれば、上で引用した諸決定は、言葉通りに受け取られるべきであり、提起された問題について、どのような見解が実際に社会に存在するかが検討されるべきであるという。裁判官は、自らの社会性に基づいて、この見解が直感的に正しいと考えると想定したくないのであれば、これは、経験的・社会学的研究を前提とすることになる。今日では、双方の観点が一般条項に含まれていると考える傾向がある。トイプナーによれば、一般条項は、三つの機能を営む。すなわち、以下のような、受容機能（Rezeptionsfunktion）、変換機能（Transformationsfunktion）および委任機能（Delegationsfunktion）である。⁽³⁰⁾

24 受容機能とは、一般条項を用いることにより、安定した基準と評価を継承するという意味で、法以外の社会規範を受け容れるという意味である。⁽³¹⁾ そのような社会規範にとって特徴的なのは、行為態様の通常性の他に、このような通常性からの逸脱は何らかの制裁で対処され、このような事情（行為態様の通常性と制裁）は当事者によって是認されるであろうということである。法実務では、このような社会規範を探求することが目指されており、それは、従来、明らかに競争法においてのみ行われた。⁽³²⁾ すなわち、特定の商人が通常一定のやり方で活動するとき、彼らは、他の者にもこれを期待し、この期待を正当だと考えるだろうか。

25 変換機能とは、未だ拘束的な行為モデル（規範）となるには至っていない、国民における価値表象を、一般条項を介して法へと受容することである。これは、社会規範の受容よりもずっと困難である。さまざまな選択が存在する場合（何が原則であろうか）、法適用者には、相互間の決定についての基準が必要であり、この基準は、まさに経験的には獲得しえないからである。

26 これにより、変換機能はすでに次のような委任機能と密接に関連する。すなわち、裁判官は、法律上の目的表象の基準に従い、自身で拘束的な行為基準を設定しなければならないが、純粹な立法活動が、一般条項を通じて裁判官に委任されている。変換機能では、少なくとも、なお経験的な資料収集が、裁判官自身の価値評価の基礎であったが、委任機能では、これもまた欠落する。裁判官が、双方の場合に恣意的に決定を行おうとしないのであれば、裁判官は、法哲学が探究するのと同様に、合理的な決定基準を模索しなければならないだろう。

27 ここに掲げた諸機能（受容機能、変換機能および委任機能）のうち、個々の場合においてどれが持ち出されるのかは、それぞれの一般条項の文言およびその通説的な解釈に依存するばかりではない。例えば、ドイツ民法第二四二条、スイス債権法第八条第二項、第二一三条第二項、オーストリア民法総則第八三三條、第九一四條、フランス民法典第一一三五條、イタリア民法典第一三四〇條、国際的商品売買に関する契約に関する国連条約第八條第三項において「取引慣行 (Verkehrssitten)」を掲げていることは、「信義誠実」が、どのみち適用する（すなわち、諸概念をもって特徴づけられる考察の対象に近づけるように書き換える）のが困難だということをもったく度外視しても、ここで社会規範のみを探求すべきだとか、探求できるという意味でなくともよい。法実務において、従来、競争法の分野においてのみ、実証的社会学が援助を要請されてきたということは、まったく偶然ではない。その見解が問題とされるべき人的範囲が大きくなり複雑化すればするほど、一義的な社会規範というものを確定するのはいっそう困難となる。したがって、ここで挙げた諸判決の事例において、「とくに性に対してとりわけ奥手な人々」および「異常なほど寛大な人々」または「まったく正当に物事を考えるすべての人々」を連邦通常裁判所が援用したことは、裁判所が、意見の聴取（誰の？）の可能性をおよそ考えなかったのではなく、実際には、まったく自明に、このような価値づけの

問題を決定するよう委任されていたことから出発したという事情を隠し隠すことになろう。他の者の意見を掲げたことは、ここでは、正当化の意味のみをもつ⁽³³⁾。裁判官は、その職務によって、まったく正当に物事を考えるすべての人々の代表として理解される⁽³⁴⁾。

28 事実の主張について、どのような場合に、最上級審判例で経験的な研究が行われるべきなのかまたは可能なかを決定することは、ここでの任務ではありえない。基本的な制限、しかしまた多くの実際上の諸問題とりわけ費用の問題のために、この方向での真剣な検討がこれまで妨げられてきたのだろう。法自体が、多くの規範において「道徳」を明示的または黙示的に体现するものなのだから、最上級審判例においてしばしば如何にして法哲学的な考察が前提とされたのかは、もっぱら若干の事例を挙げただけで明らかになったことであろう⁽³⁵⁾。

3. 法律家の日常における価値評価

29 法的な基本原則の決定が、「人間の尊厳」、「正義」または「倫理」のような諸概念に携わるにあたり、法哲学の関心にあたる価値評価を行うということは、法律の素人にすらすぐに分かることだろう。しかし、はるかに重要なものは、つねに固有の法解釈学がつねに問題は提起するが、自ら解決をしないような状況を、法律家は日常的に作り出すということである。その限りで、実定法の「未解決領域⁽³⁶⁾」ということがいわれ、それは、明示的な具体化を大きく超えて、実定法がその内容を定めていない正しさの基準との関連を、この実定法は必然的に前提とするということになる。法律家は、ここで、決定をしなければならぬ。

(a) 解釈における言語学の余地

30 法解釈学について、このような決定状況に属するのは、まず、周知のように、法律解釈における困難さである。文法に正しく方向づけられているにもかかわらず、なお、そのような困難に陥りうるこの原因を、最近の方法論は、とりわけ言葉に認める

ことのできる二つの性質に求めている。すなわち、言葉は、「多義的」または「曖昧」なことがある。

31 多義性とは、一個同一の言葉について、さまざまな意味上の用法があり、さまざまな文脈の中でさまざまな意味を持ちうるということである。「Star」という言葉を考えると、文脈によって、鳥〔ホシムクドリ〕、俳優〔スター〕または眼病〔そこひ〕を意味することがある⁽³⁷⁾。もっとも、さまざまな意味が、非常に近い意味で用いられていることが多い。詐欺構成要件（ドイツ刑法典第二六三条、スイス刑法典第一四六条）の意味における「損害（Schaden）」は、例えば、経済的不利益であることもあれば、単に法的に保護された地位の侵害であることもある。

32 これに対して、曖昧性とは、多くの対象についてのある言葉の用法が、はっきりと明確であったりあまり明確でなかったりすること、しかし、「その中に」一義的にはその言葉に組み込むことができないうものが存在すること（「中立な候補者」（neutrale Kandidaten））を意味する⁽³⁸⁾。例えば、何者かが車を破壊したとき、これがドイツ刑法典第三〇三条の意味における「損壊（Beschädigen）」であることは、一義的に、通常の用語法（物質的侵害＝損壊）に合致する。他方、単に車を他の色に塗り替えただけの者は車を損壊してはいないということも明らかである（もっとも、法解釈とはもはや関係のない刑事政策的理由から、刑法でこれは争われている）。その中に、それに関して、通常の用語法からだけでは、それが「損壊」に属するか否かを決められない行為が存在する（例えば、空気弁を外すことにより、タイヤから空気を抜くこと⁽³⁹⁾）。

33 さて、文言もコンテキストもさらなる手助けとならないような場合には、どのように決定するのだろうか。（歴史的な）立法者の意思または立法の「理由（ratio）」が問題となる（主観的もしくは客観的な目的論的解釈）。二つの解釈が互いに衝突する場合に、それらがどのような順位にあるかという問題は、ここでは取り扱うことが出来ない。その代わりに関心の対象となるのは、両者の場合、どのような考慮がなされるべきかということのみである。立法者意思を問題とする場合に、これについて、場合により、公に明らかにされた立法理由から、若干のことを引き出すことができる。あまりしばしば起こることではないが、一義的な立法目的を見出すことができるとき、どのような解釈がその都度の目的にふさわしいかについては、経験的知識が必要で

ある⁽⁴⁰⁾。これは、もちろん「客観的—目的的」解釈について同じく妥当する。この点で、社会科学的や自然科学的な知見あるいはその双方が、そこでは不可欠である。

34 このことは、比較的明らかな目的が存在する場合に、とくに行政法において、明らかである。刑法のように、きわめて観念的に形成される法領域では、その立法目的が非常に一般的となることが多いだろうことから（特定の法益の保護、特定の犯罪行為対策）、そのようなやり方は、すでにずっと困難である。我々の例（ドイツ刑法典第二六三条、スイス刑法典第一四六条における「損害」、ドイツ刑法典第三〇三条における「損壊」）において提起された問題に答えるために、「財産の保護」または「所有権の保護」という目的から、なお明らかになることはあまりない。裁判官は、具体的な「規制の理由 (ratio legis)」を——それが、立法者から裁判官に対して明文で与えられていない場合と同じように——問題とするだろう（例えば、裁判官は、「損害」概念を、法秩序の統一性の思想から厳格に解釈し、または、刑法から自由な領域を生じさせないという努力から広く解釈することによって、そして、被害者の利益の範囲に方向づけられて、裁判官は「損壊」概念を「本来の用途に従った利用方法の侵害」としても解釈し、または刑法の「最後の手段機能 (ultima-ratio-Funktion)」の観点からこのメルクマールを限定的に解釈することによって）。裁判官が、その時々で、自らの決定を正確に根拠づけようとするならば、複雑な正しさの考慮をするようになる。これは、また特別な形態の客観的な目的論的解釈すなわち「効果による方向づけ」にもあてはまる。その効果から決定を正当化するために、原則的に経験的な法事実学が必要であるのみならず、裁判官による効果の評価もまた、決定のために必要となる。⁽⁴¹⁾

(b) 価値評価

35 言語上の裁量から生じる経験的問題および価値評価の問題と並んで、独自の解釈問題であり、直接に——「多義性」または「曖昧性」を確定するという道を経ることなく——法適用者に価値評価を行うように求めるような、特別な「価値的概念」が法律の文言になお存在するか否かは、簡単に答えられない問題である。「価値的概念」または「価値評価による充足を必要とする」

概念として考えられるのは、例えば、「期待可能性」、「不適切な」、「不当な」、「著しい侵害」、「危険な」、「猥褻な」等々である。一方で主張されているように、そのような「価値的概念」は、まったく独自の問題領域ではない。解釈問題は、それらの概念の記述的な構成要素が「曖昧（上述(a)参照）」である場合にのみ、生じるという。価値的な構成要素は、（ここで考えられているのは、立法者の）積極的なまたは消極的な立場決定のみを表すにすぎず、別個の解釈問題を作り出すものではない。⁽⁴²⁾これに対して、このような「価値的概念」は、法適用者にとっては、善いもの、期待可能なものまたは望ましいものをさまざまに記述的に規定することを可能にするという見解もある。⁽⁴³⁾

36 しかし、これにより、「価値的概念」における解釈問題は、いずれにせよ記述的構成要素の「曖昧性」からも生じるということについての一致が支配的となった。もっとも、第二の見解は、次の点で正しいと認めることができる。すなわち、すべての「価値的概念」の共通の性格が存在するのは、記述的な意味により一義的には確定されない領域について、その価値評価的な意味の構成要素を通じて、暗黙のうちには、立法者が法適用者へ価値評価権限を付与しているという点においてである。一般条項（上述2を参照）についていえば、例えば、ドイツ民法典第二四二条、スイス民法典第二条、イタリア民法典第一三七五条のように、ほとんど確定されていない記述的内容を伴う価値的概念によって定められている規定が考えられることが多い。そのとき、記述的な内容を規定する際に、価値評価権限の付与に鑑みて、上述2で述べた選択肢がとくに明らかとなる。すなわち、裁判官は、社会生活において事実上主張され、それ以上に、場合によっては社会規範になっている価値評価に従って見解を形成すべきなのか、それとも自身の価値評価を根拠づけるべきなのかである。しかし、このような決定状況は、客観的—目的論的解釈から必要とされる決定の都度に存在するのであって、狭義の「価値的概念」の場合に限って存在するわけではない。

37 「価値評価による充足を必要とする」概念との関係でとくに注目し値するのは、ドイツ刑法典第三四条である。同条によれば、正当化の存在にとって、「保護される利益が侵害される利益に著しく優越すること」が要件となる。しかし、例えば、第一二二—二二五条および第一二二—二二七条で、単に「(不)均衡」のみを掲げるフランス刑法典や、第五二条および第五四条において「均

衡した」という語を用いるイタリア刑法典とは異なって、ドイツ刑法典では、明文で価値評価が引き合いに出されている。すなわち、「著しい優越」か否かの決定は、「相対立する利益の衡量、つまり関係法益とそれを脅かす危険の程度を衡量して」行われるものとされる。法律は、法適用者に価値評価について十分な手がかりを示していないが、法適用者には、衝突する利益の価値評価が求められる——法適用者は、どちらの利益がより高く評価されるかを決定しなければならぬ。確かに、問題となる法益——そして、単に「名だけを掲げ」れば、法益侵害に対する法定刑が、その場合すなわち衡量の際に、一定の役割を演じるべきである。すなわち、具体的な事例における価値評価のために、実定法からは少なくとも直接には引き出し得ない、なお別の基準が提示されなければならない。純粹に理論的に問題となるのは、ここでもまた再び次の二つの解決方法であろう。裁判官は、二つの衝突利益のうち、どちらがより高次の利益だと考えられているかについて情報を得るか、あるいは、法秩序の指導的な考え⁽⁴⁴⁾方から、または法秩序に先行し、それ故とくに根拠づけを必要とする価値のヒエラルヒーから利益のヒエラルヒーを引き出そうとするかのどちらかである。

38 「価値評価による充足を必要とする」概念を、經驗的に探究しうる内容とを結び付けることがしばしば見られるということをお指摘しておこう。ドイツ刑法典第四七条第一項は、六月以下の自由刑を科すことが「法秩序の防衛のために不可欠な(Notwehr der Rechtsordnung unerlässlich)」ときどき、例外的に、それを科すと定める。「不可欠な」は、価値的概念である。「法秩序の防衛」とは、今日、通説によればドイツ刑法典第四七条が例外的に刑罰目的として許容する「一般予防」であると理解されている。したがって、法秩序を維持するために威嚇刑を「不可欠」だと考えるか否かを評価するのに、裁判官は、まず、さまざまな刑罰の一般予防効果についての考察を行わなければならない。なぜなら、裁判官の価値評価は、この經驗的な先行問題の解決如何によるからである。しかし、この領域はこれまで研究が始まったばかりであり、⁽⁴⁵⁾それが研究され、むしろ刑罰の包括的な一般予防効果に対して疑念が生じつつある限りで、実務は、この場合、独自の社会的な「日常理論(Alltagstheorien)」に目を向けていることがわかる。したがって、このような不確実な基礎に基づき、「不可欠性」について規範的な決定が行われ

ていることになる。

(c) 法律の解釈の領域を超えた規範的諸前提

39 法適用者が法律のみを解釈しているわけではないということは、一般的に知られている。法律は、決定を見出す規範的諸前提の中で、決して唯一の前提ではない。

40 例えば、法律が明文で裁量を容認する場合がある。この裁量を行う者は、法律を解釈するのみならず、明らかに、法定構成要件の補足をも求められている。そこから、ここで行われるべき価値評価および経験的知識を導入するために、基本原則においても、主観的および客観的な目的論的解釈のために語られていることが妥当する。⁽⁴⁶⁾

41 これとまったく同様なのが、「勿論解釈 (argumentum a fortiori)」、「類推」、「反対解釈 (argumentum e contrario)」のような、法固有の推論の諸形式である。⁽⁴⁷⁾ 事実関係が特定の点で互いに相乗的な関係に立つのか、類似的なのか、または、異なっているのかを決定することは、再び、事実の認識のみならず、価値評価の基準を必要とする。法律における矛盾は説明され、調和されるべきであるし、間隙は埋め合わされなければならない。したがって、単なる解釈を大きく超えて、調和を行い、補充する形の法原則が、「法適用者」によっておおよそ最初に形成されなければならない。

42 決定のこれらの規範的な諸前提すべてにとって、経験的な知見もまた必要であるためにいっそう、これは決定の本来の事実的側面、事実関係の確定にもあてはまる。法効果が結びつく事実の確定は、方法論上、一般に認められる作業である。⁽⁴⁸⁾ 証拠調べにおける裁判官の事実の認定のみならず、妥当する関連性 (決定論的経験則) の主張ならびに統計的および蓋然的経験則が、ここで取り入れられる。⁽⁴⁹⁾ もっとも以下のことも妥当する。経験的知識を決定する規範的前提に必要なように、法的に重要な事実関係を確定するために規範的考察が必要である。すなわち、どの法規制に関連するのかの考察である。ある特定の事案に関して、法律解釈が生じるように——車のタイヤから空気を抜くという上述の例にとどまれば、ドイツ刑法典第三〇三条の意味における

「損壊」があるか否かの問題が提起されるという理由から——、他方では、特定の構成要件要素をもつ特定の法律に関してのみその法的に重要なメルクマールに基づいて、「事案」を調べることができる。

43 この問題性は、ハイデッガーおよびガダマーが展開した最近のヘルメノイティークを法律学へ継受することを促進した⁽⁵⁰⁾。もつとも、論者の中には、そこに許容される論理的な循環を捉えることができずに、裁判官による法発見は、必然的に循環手続であることを指摘する者もいた。つまり、事実関係を構築することができるように、まず法律を発見しなければならず、事実関係は、その法律の下に整理することができる。しかし、法律のメルクマールは、第一に、事実関係に基づいて具体化されるのだから、法律は事実関係に関してのみ判断しうる。したがって、事実関係は、その最終的な形を法律からのみ獲得するが、これが、再び事実関係の解釈を必要とする。しかしながら、なぜこの「ヘルメノイティーク的循環」が、ある一つの解決に決着を見出すのかを説明するために、「あらかじめの理解」のカタログを参照する必要がある⁽⁵¹⁾。場合によっては適切となる法律を法律家がかかじめ理解しておくことは、すでに場合により法律にあてはまるかもしれない事例を指し示す。これにより、アプローチが保障され、だんだんと法律と事例が、あてはめを可能にする関係へともちこまれることになるという。

44 法律学的なヘルメノイティークの構想に、矛盾が残らないわけではない。ある事例を法律にあてはめることで法発見にとって十分であると主張する者は確かにいない（そして、おそらく前世紀以来、何人もこれを主張していない）が、言語分析に興味をもつ、「ヘルメノイティーク的循環」理論の批判者は、これが法適用の手続の基礎にある意味論的諸問題を未だ十分に精緻に明らかにしていないと、この理論を非難する⁽⁵²⁾。実際は、事実関係といったん選択された法律による規制との間で揺れ動くのではなく、⁽⁵³⁾まず、適用される法律について仮説が打ち立てられるが、それは事実関係を詳細に検討すれば、また再び却下されるかもしれない。そこに「循環」を認めることはできないだろう。

45 ここで記した法律以外の法的討議の諸形式を指摘したことは、もちろん法的なヘルメノイティークの功績であることに変わりはない。法的決定は意味論に貶められ得ないという主張⁽⁵⁴⁾によってこれが考えられるというとき、それには完全に賛同することが

できる。しかし、法的決定について完全な演繹を求める要請は、矛盾しているわけではない。すべての事実的前提と規範的前提を放逐するよう、方法的な要請が強まれば強まるほど、まさに正しさについての考察の重要性もまた、法実務にとってますますよく認識されることになろう。

46 したがって、まとめとして次のことを確認することができる。すなわち、一見ただけですでに非実定的な正しさの基準に向づけられた上級裁判所判例の諸判決のみならず、法律家の日常において、法律に明文では掲げられていない指導的な諸原則に方向づけられるのは不可避だということである。法の獲得が恣意的に行われぬように望むならば、非実定的な正しさの基準を、恒常的に、できる限り合理的に探究する必要がある。⁽⁵⁵⁾

- (1) 立法理論について一般的に、Schneider, Gesetzgebung, G. Müller, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl., Zürich 2006; Richli, Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Gesetzgebung, Basel u.a. 2000°
- (2) 優先順位のヒエラルキーについて、Noll, Gesetzgebungslehre, S. 72 ff.; 一貫性のコントロールについては Kunz/Mona, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, S. 105 f. を参照。
- (3) Nussbaum, Die Rechtsstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht, Tübingen 1914, in: Rehbinder (Hrsg.), Die Rechtsstatsachenforschung. Programmschrift und praktische Beispiele von Prof. Dr. Arthur Nussbaum, Berlin 1968, S. 24.
- (4) 一九八八年の委員会報告について、同年八月二六日の（スイス）連邦評議会の意見表明における（不完全であるが、一例ではない）考察方法 BBl. 1998, 5376 を参照。
- (5) Bänziger, Sterbehilfe für Neugeborene aus strafrechtlicher Sicht, Zürich 2006 に掲げる重要な特別事例についてもその論拠を参照。
- (6) Diekershoff/Kliemt, Diekershoff, Jugendarbeitschutz aus der Sicht der Jugendlichen, Essen 1972 を参照。
- (7) 思想史について、詳しくは Ogorek, Richterking oder Submissionsautomat?°
- (8) Jonas, Biogenetik und Ethik, in: Universitas 1987, S. 111 ff. (113).

- (9) リネヒルツツ Gutmann, Gattungsethik als Grenze der Verfügung des Menschen über sich selbst? In: v. d. Daele (Hrsg.), Bioethik. Sonderband Leviathan, Wiesbaden 2005, S. 235 ff. Birnbacher, Gefährdet die moderne Reproduktionsmedizin die menschliche Würde? in: Leist (Hrsg.), Um Leben und Tod, Frankfurt a. M. 1992, S. 267 ff. 46' 個人の尊厳と種属の尊厳' ちなわが「種族としての人間の独自性と代替不可能性の像」とを区別する (268)。これに対して懐疑的なもの、Leist, Eine Frage des Lebens, Frankfurt a. M./New York 1990, S. 214。
- (10) リネヒルツツ Höfling, Die Forschung an embryonalen Stammzellen in verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Maio/Just (Hrsg.), Die Forschung an embryonalen Stammzellen in ethischer und rechtlicher Perspektive, Baden-Baden 2003, S. 141 ff., S. 150°
- (11) Kant, Metaphysik der Sitten, Allg. Rechtslehre, Anm. E zu § 49, S. 452 ff.
- (12) Stratenwerth, Schweizerisches Strafrechts, AT I, 3. Aufl., Bern 2005, S. 33 ff. の「広く享有された見解のみを参照。」
- (13) Eser, Forschung mit Embryonen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, in: H.-L. Günther/R. Keller, Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik, 2. Aufl., Tübingen 1991, S. 263 ff. (285).
- (14) 例えに Leist (前掲注(9)), S. 214 f. 国産 Birnbacher (前掲注(9)), S. 271. また「一方で、正当化的緊急避難の場合に他者の道義化を明らかに受け入れる R. Merkel, Forschungsobjekt Embryo, München 2002, S. 124 の指摘を、他方で、ドイツ刑法典第三四条第二文の適切性条項における内在的制約を参照。」
- (15) 予測しえない未知の危険と云う論拠は、Steinworth, Experimente mit Embryonen, in: Logos 1995, S. 406 ff. (407). とへに「使うにせられた」胚研究は、その論拠の意味は、Seelmann, Haben Embryonen Menschenwürde? Überlegungen aus juristischer Sicht, in: Kettner (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, Frankfurt a.M. 2004, S. 63 ff.°
- (16) リネヒルツツ 結果を、Rehmann-Sutter, Politik der genetischen Identität. Gute und schlechte Gründe, auf Keimbahntherapie zu verzichten, in: Rehmann-Sutter/Müller, Ethik und Gentherapie, 2. Aufl., Tübingen 2003, S. 225 ff.°
- (17) Rehmann-Sutter (前掲注(9)), S. 181.
- (18) その点に、とへに環境法にも「将来への配慮の原則 (Vorsorgeprinzip)」と云うべき言明がある。リネヒルツツ、ゼーレンマン『法哲学』(11)

Rippe, Der Vorrang der schlechten Prognose, NZZ 2006, S. 65を参照。

- (19) リベールの基準について Birnbacher, Organtransplantation — Stand der ethischen Debatte, in: Brudermüller/Seelmann, Organtransplantation, Würzburg 2000, S. 13 ff. (25 f.)°
- (20) BGHSt 6, 46 ff.
- (21) BGHSt 6, 46 ff. (52).
- (22) BGHSt 23, 40 ff. (42). スイスについて BGE 117 IV 276 ff. (279)° BGE 96 IV 64 ff. (70) を参照。あつちが、このこと、スイス連邦最高裁判所が、二〇〇二年に「公共道徳の保護」が必要だと指摘して、動物との性行為または人間の排泄物を用いた性行為の記述物の販売を処罰することを、表現の自由と調和しようと判断するのを妨げなう。BGE 128 IV 201 (207 ff.).
- (23) BGHSt 4, 24 ff. (32).
- (24) BFH, NJW 1991, 2312.
- (25) BVerwGE 64, 274 ff. (276) を見よ BVerwG, NVwZ 1990, 668 ff. (668)° 国判決について Discher, Die Peep-Show-Urteile des BVerwG — BVerwGE 64, 274 を見よ BVerwG, NVwZ 1990, 668, in: Jus 1991, S. 642 ff.°
- (26) 例をよみ BVerwGE 64, 274 ff. (276)°
- (27) 例をよみ BVerwG, NVwZ 1990, 668 ff. (669)°
- (28) 例をよみ Stammler, Die Lehre vom richtigen Rechte, Berlin 1902, S. 12 ff.; Eb. Schmidt, Schlangermensur und Strafrecht, in: JZ 1954, S. 369 ff. (374 f.)°
- (29) 明示的に述べられていることについて 例をよみ OVG Schleswig, NJW 1992, S. 258 f.°
- (30) Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, S. 60 ff.° 一般条項の諸機能について Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 61 ff.°
- (31) これについて システム論的に見れば、一般条項により未知の情報がシステム内在的に構成されることを指摘する Huwiler, Privatrecht und Methode, Bern 1999, S. 22 f.°
- (32) リベールの Knaak, Demoskopische Umfragen in der Praxis des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts, Weinheim

- 1986; Th. W. Mueller, Die demoskopische Ermittlung der Verkehrsauffassung im Rahmen des § 3 UWG, München 1987 を参照。世論調査の利用を抑制する上には批判的なのだが、Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2007, S. 21 f.。スイス連邦最高裁判所は、ある刑事手続において、倫理観および羞恥心について「世論調査が、これに果たした役割」と述べた (BGE 103 IV 96)。
- (33) これに関連して、一般条項を具体化する際に、「個人主義的方向づけと集団主義的方向づけとの間での価値評価の対立について」が、Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, bes. S. 166 ff. を参照。
- (34) 委任規範としての一般条項の理解について、Rüthers/Stadler, Allg. Teil des BGB, 14. Aufl., München 2006, § 26, Rn. 29°。
- (35) これと関連する方法論上の問題については、U. Neumann, Positivistische Rechtsquellenlehre und naturrechtliche Methode. Zum Alltagsnaturrecht in der juristischen Argumentation, in: R. Dreier (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, Stuttgart 1990, S. 141 ff.°。
- (36) Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, S. 118.
- (37) Koch, Die Auslegungslehre der Reinen Rechtslehre im Lichte der jüngeren sprachanalytischen Forschung, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rühlmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre, S. 155 ff. (159).
- (38) Koch (前掲注(37)), S. 158 f. 記述的構成要件要素の多義性と曖昧性について、Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 52 ff.°。
- (39) ハルビヒウスが BGHSt 13, 207 ff. を参照。
- (40) Koch/Rühlmann, Juristische Begründungslehre, S. 216 を参照。
- (41) Gast, Juristische Rhetorik. Auslegung, Begründung, Subsumtion, 4. Aufl., Heidelberg 2006, Rn. 238 a.E. を参照。
- (42) Koch (編訳社(37)), S. 159 f. 同様に Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 54 ff.
- (43) Alexy, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen in: Hassemer (Hrsg.), Argumentation und Recht, Wiesbaden 1980, S. 181 ff. (191).
- (44) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 112.

- (45) Dölling, Generalprävention durch Strafrecht — Realität oder Illusion?, in: ZStW 102 (1990), S. 1 ff. (2f.). 「積極的」一般予防に於て v. Hirsch, Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtliche Abhandlungen, Berlin 2005, S. 20 を参照。
- (46) Koch/Rußmann, Juristische Begründungslehre, S. 236.
- (47) 同上の 57 ff. Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 173 ff.°
- (48) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 99 ff.
- (49) Rüssmann, Allgemeine Beweislehre und Denkgesetze, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rußmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre, S. 369 ff. (370 ff.); Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 125 f.
- (50) Gadamer, Wahrheit und Methode; Heidegger, Sein und Zeit, 19. Aufl., Tübingen 2006, § 32.
- (51) Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 135 ff. 同上の 57 ff. Habermas, Erkenntnis und Interesse, Sonderausgabe 2003, S. 204 ff.° 櫻井 同上の 57 ff. F. Müller, Juristische Methodik, 8. Aufl., Berlin 2002, Rn. 271 ff.°
- (52) Rottleuthner, Hermeneutik und Jurisprudenz, in: Koch (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, Kronberg/Ts. 1976, S. 7 ff. (23 ff.); Kuhlen, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, Berlin 1977, S. 162 ff.
- (53) 同上の 例を以て Englisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963, S. 15°
- (54) U. Neumann, Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik, in: Hassemer (Hrsg.), Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, Heidelberg 1983, S. 49 ff. (55).
- (55) 上の論議を以て Hofmann, Rechtsphilosophie, in: Koslowski (Hrsg.), Orientierung durch Philosophie, S. 118 ff.°

(岡上雅美・訳)