

討議理論における法と道徳

—妥当概念を軸にして—

霜田 求

人々の共同生活が一定の秩序の下で営まれているとき、そこには何らかの社会規範が備わっている。通常、社会規範は社会を構成する制度や組織の決定システムや、集団・個人の意思や行為を拘束または規制する法則および規則（ルール）の総体であり、その中心をなすのが法と道徳だとされる。規範であるということは、たんに「事実として存在する」だけでなく、つねに同時に「妥当する（＝効力を持つ）」という在り方をすることを意味する。それでは、法と道徳に固有な存在様式とされる「妥当 (Geltung)」とはいかなる事態を言い表すものなのだろうか。

従来、法哲学の分野では、法の妥当が「事實的 (faktisch) 妥当」と「規範的 (normativ) 妥当」に区分され、それぞれ法概念の中心を事実性と見るか規範性と見るかという、法概念の基本理解の違いに対応するものと見なされてきた(1)。「法が事実として妥当する」というとき、そこには物理的ないし心理的な事実という形で、社会的事象として一定の位置を占めるものであること（＝事実としての存在）とは異なる含意が認められる。それは、法が体系的連関の中で制定され、裁判所によって適用され、物理的な実力によって保障されていること、そして法共同体の成員によって承認および遵守されていることである。これに対し、「法が規範として妥当する」という場合には、主として規範の拘束性に焦点が当てられる。法体系や法秩序が正統である根拠は何か、成員を拘束することがいかなる根拠によって正当化されるのか、こうした問いに答えることが法の規範的妥当の骨格を形づくる。

ここで、法の拘束性を制裁を伴う強制 - 命令 - 服従システムとして捉えるか、それとも当為（べし）として義務づける力と見るかは、自律や良心といった道徳規範の中心概念とも関連して、法と道徳の関係を考える際に重要な論点となる。また、法が規範として拘束力を持つ根拠に実質的な価値を据える企てをめぐっても、これを「道徳による法の根拠づけ」として認める諸立場（自然法論、法的モラリズム、共同体論など）と、「法の道徳からの分離」を主張してそれを拒否する立場（法実証主義）との間で今なお対立が続いている。さらに、近代の立憲法治社会において確立してきた人権や民主主義が普遍的な原理として承認されつつある一方、善き生の構想の多様化や利害の対立・抗争の拡散といった価値の多元化状況がますます進展する中で、普遍主義的な要求を掲げる規範はいかにして可能かという問いに答えることが求められている。

本稿では、こうした実践的課題を受け止め、規範の「正当性 (Richtigkeit)」を問う実践的討議を中心にして法と道徳の必然的な関連を証示しようとする「討議理論 (Diskurstheorie)」の試みを検証し、その意義を明らかにしたい。はじめに、法の妥当をめぐる議論を「事實的妥当」と「規範的妥当」の枠組みに即して整理し（一）、価値と規範の関係を参照枠として法と道徳の関係についての見解を検討した上で（二）、協同的な意思決定プロセスとしての「手続き (Prozedur, Verfahren)」を中心とする規範の「相互主観的妥当」の可能性を探り、そこから法と道徳の新たな関係づけの方向を示す（三）。

1 法の妥当の二つの位相——当為規範の根拠としての公共的自律へ

(1) 事実的妥当

法の妥当の類型についてはこれまでに多くの法哲学者によって提示されてきたが(2)、今日でもしばしば引き合いに出されるラートブルフ(Radbruch,G.)の所説を手がかりにして考察を始めよう。

ラートブルフによると、「法の妥当」は「法学的妥当」「社会学的妥当」「哲学的妥当」の三つに分けることができる。法学的妥当は、「一つの法規の妥当を他の法規から、命令の法規の妥当を法律から、法律の妥当を憲法から導出しようとする」という法秩序の体系的連関をその内容とする。社会学的妥当は「事実性(Tatsächlichkeit)」に定位する理論であり、その妥当根拠に応じて「実力説」と「承認説」に分かれる。前者は「法はそれを実現しうる実力によって命令されているので妥当する」と、後者は「すでに法共同体成員の大多数が法を承認していることにより、法の妥当を根拠づけられたものとして説明しうる」と主張する。しかし法学的妥当論では、根本規範である憲法の妥当を証明することができないし、社会学的妥当論は成員に強制・命令として法への服従を語るだけで、当為として義務づけるものであるという法の拘束性を説明することができないというように、両者とも限界を抱えている。そこで、法が「正当性」ないし絶対的な「妥当性(Gültigkeit)」を有する「正しい法」として、従って当為としての拘束力を持つものであるという側面を明示するために、「哲学的妥当」という水準が要請されることになる(3)。

一般に法が事実として妥当するというときの「事実性(Faktizität)」は「実定性(Positivität)」とも言い換えられるが、そこには二つの要素が含まれる。一つは「制定性(Gesetzlichkeit)」で、これは法が憲法・法律・法規という体系的連関から成る秩序の中で権威または権力によって定められた手続きに従って制定されたものであること、そして立法権力(議会)、法務行政、司法機関(裁判所)を中心とする立憲法治体制を備えていることをその内容とする。もう一つの社会的な「実効性(Wirksamkeit)」は、法が実際に効力を持っていることが当事者の日々の法実践によって事実として確証されるという事態を指す。具体的には、法が裁判所によって個々の事例に適用されていること、強制執行や制裁の発動により貫徹されていること、そして特定の行動範型が集団内部で成員に遵守され規則的に生起していることである(4)。これらは、ラートブルフが法学的妥当と社会学的妥当で示そうとしている内容にほぼ相当する。

そして、このように法が事実として妥当する根拠は、ラートブルフも繰り返し強調しているように、「法的安定性(Rechtssicherheit)」の確保、すなわち社会の秩序・平和という価値におかれる(5)。この点の評価をめぐって法の妥当についての見解が分岐する。一方は、法が制定性および実効性を確保し、社会の法的安定性を保障していることが法の概念を構成しているとする立場である。ここでは、法が規範として共同体成員に対して強制・命令という形で課されるのか、それとも当為として義務づけるものであるのかは問われない。そうした「規範への問い」はたんに主観的・内面的な「道徳的問い」にすぎず、法はこのような問いから独立して論じられねばならない。例えば、定められた手続きに従って制定された実定法が実効的である限り、それが「人権や民主主義を否定しており正義に反する」

とか「特定の利害を優先しており不公正だ」といった事実的妥当への異議申し立ては、法の外部からのノイズとして却下される。この立場は事実的妥当一元論に立つ法実証主義であり、その姿勢は、戦後ラートブルフがナチス支配に無防備であったドイツ法曹界を厳しく批判した際に用いた「法律は法律だ」という標語に端的に示されていると言える(6)。

これに対して、事実的妥当という位相を法の妥当にとって基本的であることを認めた上で、それが成員に対していかなる拘束性を有するのかという、規範的妥当の位相にも固有の意義を認めようとする立場がもう一方にある。しかしここでも、規範の拘束性をもっぱら強制・命令として捉えるか、それとも当為として義務づける力と捉えるかで、二つの方向に分かれる。前者は事実／規範二元論に立つ法実証主義、後者は規範的妥当論のうちに法と道德の結びつきを認める主張である。

(2) 規範的妥当

そもそも法が規範として強制されるという場合、違反や逸脱に対する公権力による物理的制裁が遵守の根拠にあり、その意味での拘束性は「他律」と見なされる。法が関わるのは成員の「外的ふるまい」であり、仮に法への遵守について「不本意」や「無関心」といった「内的態度」を抱いていたとしても、「合法性(Legalität)」さえ確保されていれば問題はない。内面的な動機と法則に基づく義務観念との一致を要求する「道德性(Moralität)」は法には不要である(7)。ここでは、法の妥当は事実的妥当が中心であって、規範的妥当はあくまでも強制としてそれを補完するものであるにすぎない。

これに対して、ラートブルフが「哲学的妥当」で示そうとするのは、法の規範的妥当は、たんに外的な強制としてではなく当為として各個人を内面的にも拘束するということであった。もちろんその根拠は、物理的な制裁による威嚇ではないし、人々(世間)の称賛／非難という「道德的サンクション」への期待／恐怖でもない。「良心の決断」という内面的道德性だけが法規範の妥当に当為として義務づける力を付与することができる(8)。法の外面性と道德の内面性という二分法を認める点で前の立場と共通するものの、良心の決断という道德的な「自律」が法の規範的妥当の根拠に据えられることにこの立場の眼目がある。つまり、内面的自由(道德的自律)が外面的自由(法の自発的遵守)を可能にするという形で、法と道德の結びつきが積極的に承認されるわけである。

しかしながら、法の規範的妥当が強制ではなくむしろ当為として課されるということは、各個人が自由に法的権利を行使すること、そしてそれが制度的に保障されていることを含意する。また、法規範の拘束性についても、「実力による法の強制保障」という抑圧的機能とは異なる「実力行使の法的規制」、すなわち「個人の自由と安全の確保をめざす法の保障的機能」の側面を浮かび上がらせる(9)。これはむしろ、成員による法実践への集合的参与および法秩序への協同的参画という公共的自律(=民主主義的な立法・自治)を前提とするものである(10)。つまり、近代の立憲法治社会の中では、法の遵守が当為として義務づけられているということは、各個人が、当の社会の成員である限り、否応なく法の協同的意思決定プロセスへの参加者たらざるをえないという責務を負っていることを意味するのである。従って、法規範が当為として妥当する根拠は、もはや良心の決断という私的・内面的自律にではなく、公共的自律に求められるべきであろう。

2 法と道德の関係——価値と規範の関係を手がかりに

(1) 結合説と分離説

法の「規範としての妥当」は、しばしば「価値としての妥当」と言い換えられる(11)。ともに事実性ないし実定性と対比的に用いられるため、明確に区別されていないことも珍しくない。しかし、法、政治、道德といった実践的な領域において、価値への問いが善きもの(こと)や利益(利害関心)に関わるのに対し、規範への問いは正/不正、自由・権利/義務・責任、許容/禁止などを問題とするのであって、それぞれの妥当の仕方は異なる。また、法の規範的妥当の根拠に実質的な内容を伴った価値としての道德(以下これを倫理的価値と呼ぶ)を据えようとする企てと、それとは逆に法の妥当から倫理的価値を排除する見解を対照させるとき、価値と規範の関係が重要な手がかりを与えるはずである。以下では、道德による法の根拠づけに基づく法と道德の結合説と、法の事実的妥当および強制としての規範的妥当だけを認める法と道德の分離説を、それぞれ価値と規範の関係を参照枠にしながら検討を加え、そこから道德概念の新たな可能性を探ってみたい。

始めに、何らかの倫理的価値を法の規範的妥当の根拠におき、それによって法と道德の結合を唱える主張から見ておこう。ここで価値に挙げられるのは、①自然、宇宙、神といった超実定的・形而上学的な価値、②共同体の歴史・伝統・慣習や共通善といった実定的な価値、③宗教的教義や政治的イデオロギーなど信念体系の価値、④近代における人権・平等・民主主義から成る正義価値、といったものである。こうした倫理的価値を法規範の根拠とすることで、それは当為として義務づける力を持ちうるのだろうか。この点に焦点を当てて、①、②からそれぞれ自然法論、法的モラリズムを取り上げてみよう。

現代の代表的な自然法論者の一人であるダントレーヴ(D'Entrèves, A.P.)によれば、「自然法は、或る種の——絶対的な妥当性を有するものと信じられたところの——基本的価値を法的ないしは「規範的」な言葉で公式に表わそうと努めるもの」であり、その際の価値は道德的な「善悪」に他ならない。それゆえ自然法は、「価値と規範が一致する点」でありかつ「法と道德との交叉点」でもある(12)。時空的制約や民族・文化などによる限定を受けない普遍的な価値としての「自然」が、道德的な善の根拠であると同時に法の規範的妥当の根拠でもある、というわけである。従ってまたそれは、共同体成員の内面性(意思・動機)や行為、社会秩序を規制する拘束力としても機能する。一方、法的モラリズムは「共同体の道德的紐帯」や「社会秩序の防衛」を重視し、共同体の慣習道德や多数者の道德感情を普遍的な規範にまで格上げする。例えば、性に関わる領域(同性愛など)や婚姻制度(夫婦別姓など)、出生・生殖への介入(人工妊娠中絶など)における「自由な選択や活動」を「不道德」であると断罪し、場合によっては法的な規制を要求する(13)。

超実定的か実定的かの違いはあるものの、何れも実質的な倫理的価値を規範の根拠に据えた上で、それが法的拘束力を持つことを認める点で共通している。しかしそうした見解は、個人の思想・良心・信教の自由など価値観に関わる自由や権利は最大限許容されるべきだとする近代自由主義社会の了解と衝突することも少なくない。とくに、規範として課される価値にコミットしない者たちにとっては、その拘束性は「価値の押しつけ」や「自由の抑圧」にすぎず、強制・命令として受け取られるものでしかない。当の価値にコミットする者にとっても、たしかにそうした法の遵守は自発的服従であり、そこには当為とし

て義務づける規範的拘束力が認められるように見える。しかし、当の価値それ自体が超越的な權威や共同体の実定性といった所与性を免れえない以上、それを根拠とする規範もまた、ただちに近代立憲法治社会における法規範として普遍的な拘束性を要求することはできない。そこには、関係当事者が当の規範の正当性について自分たちで定めたルール（手続き）に則って論議し、その結果に拘束されるという意味での公共的自律が欠落しているのである。

次に、法の妥当から倫理的価値の要素を排除する法と道德の分離説、すなわち法実証主義の検討に移る(14)。この立場も、実定法の内容や位置づけ、法と道德の関係をめぐって様々な見解に分かれるが、ここではその道德概念に注目して問題点を整理しておこう。

現代法実証主義を代表するハート（Hart,H.L.A.）によると、法の定義ならびに妥当から排除されるべき「道德」は、「在る法」としての実定法と対置される「在るべき法」、そして主観的な「道德的判断」である(15)。「在るべき法」は、道德的な意味で「正しい法」とも言い換えられるが、その内実は、何らかの倫理的価値を規範的妥当の根拠に据えた法に他ならない。それらは、価値の形態に応じて、自然法、神の法、共同体の法、正義の法などと呼ばれる。また、「道德的判断」については、倫理的な非認知主義との関連も指摘されるが、道德的な善悪という価値評価は個々人の主観的な感情や選好を表現したものにすぎず、合理的な理由によってその是非を判定することは不可能だとされる。従って、それは「良心の決断」と同じく道德の内面性を形づくるものとして、さらには「在るべき法」の「べし」とともに道德的な当為として、法の妥当からは分離されねばならないのである。法の妥当は、あくまで「これは法律であり、従わねばならない（従わない場合は制裁が行使される）」ということであって、「この法律は正しい／不正であるので、従うべきである／べきでない」という道德的評価とは峻別されねばならない。法が妥当するということは、事実として効力を持ち、かつ強制・命令として拘束するものである、というのがこの立場の基本的な見解である。

しかし、このように道德の概念を倫理的価値や主観的な評価（判断・決断）に限定し、これを当為としての規範的妥当の根拠とするのでは、ラートブルフの「哲学的妥当」と同様の難点を回避できない。すなわち、近代立憲法治社会に固有の、公共的自律を根拠とする当為規範の妥当という位相が抜け落ちてしまうのである。この点を、法の支配を支える原理としての「正義(Gerechtigkeit)」と関連づけながら、さらに追究してみよう。

（２）規範原理としての正義

先に、正義を倫理的価値として法の規範的妥当の根拠におく見解に言及したが、ここでは、法と道德を架橋する規範原理として捉える方向を指し示す。

さて、事実／規範の二元論をとる法実証主義では、法の妥当が事実的妥当と強制としての規範的妥当に局限されるが、その正義観念も、法の制定性と実効性が確保され、法秩序が保障されていることを要請する適法的正義をその核心に据えるものであった。しかし、「等しきものは等しく、等しからざるものは等しからざるように取り扱え」という法の公平な適用を要請する形式的正義も、普遍主義的要求を掲げる実定法には不可欠であろう(16)。さらに近代法治国家の多くは、その実定法のうちに、個人の基本的自由・権利・義務の平等な配分や、実践的なことごとについて意思決定プロセスが理性的かつ民主的で

あるといった実質的正義への要求を組み込んでいる。従って、そもそも法が事実として妥当するものであるためにも、人権の保障や民主主義的ルールという実質性を欠かすわけにはいかないはずである。

当初、「法的安定性」の理念を「正義」（「平等」を中心とする形式的正義）よりも重視していたラートブルフは、ナチスの支配という「絶対的に不正な法」の支配を経験することにより、それまでの価値相対主義の立場から、「超実定的な価値」としての実質的正義へとその重心を移すことになった(17)。「人権」や「民主主義」といった実質的正義は、「法律を超える(übergesetzlich)法」といういわば近代の自然法として、独自の規範的意義が認められる(18)。形式的正義も実質的正義もあからさまに否定する全体主義的な政治支配の下では、実定法は当為として義務づける規範的拘束力を持ちえず、物理的な暴力による強制か、情報操作による支配によってしかその実効性を維持することができない。

このことから、実質的正義は、自然や共同体の慣習といった倫理的価値とは異なり、法共同体の成員が法実践に参与し、法秩序に参画する者である限り、不可避の先行条件として受け入れざるをえない規範原理として捉えるべきものであることが明らかになる。つまり、実質的正義が法の規範的妥当の根拠であるというとき、その拘束性はたんなる強制・命令ではなく、当為として義務づけるものなのである。それゆえ、正義に反する法の遵守を拒否するということは、「良心的不服従」といった個人の内面的自律に基づく道徳的抵抗であるよりもむしろ、法の協同的意思決定プロセス参加者の公共的自律の行使と解すべきである。

このように、正義原理および自律性を両輪とする普遍主義的な道徳は、法が当為規範として妥当することと深く関係している。討議理論のアプローチの出発点におかれるのは、この新たな道徳概念を実践的討議の手続きとして再構成したものに他ならない(19)。

3 実践的討議と規範の相互主観的妥当——法と道徳の必然的関連

(1) ポスト慣習的道徳と手続きとしての規範

討議理論の骨格を形づくるのは実践的討議の手続き規範である。ある言明が規範として拘束力を持つためには、そこで掲げられる「正当性」という「妥当要求(Geltungsanspruch)」が、実践的討議において関係当事者すべてによって認証されることが必要である。規範の正当性を吟味するためのこうした「手続き」は、それ自身が規範的内容を含む原則・規則から成る。ハーバーマスによるとそれは、実践的課題をめぐる利害の対立・抗争に不偏不当な立場から決定を下す際に従うべき「普遍化原則」、そして検証されるべき規範が正当性を要求しうるための根本条件を表わしている「討議原則」、さらに決定に到るプロセスから外的な強制や力の支配を排除し、普遍化可能な利害関心のみを目指すことを明示したいくつかの「討議規則」である(20)。

こうした手続き規範を中心に据えた道徳は、権利や義務に関わる「規範的問い」を、善き生に関わる「価値評価的問い」から分離させ、具体的な生活形式やコンテクストに依存しない普遍主義的要求を掲げる「ポスト慣習的道徳(die postkonventionelle Moral)」と呼ばれる(21)。そこでは、近代における価値領域の分化と価値観の多元化を踏まえ、人々が自らの生活と一体である義務として社会規範を受け入れている位相(=「社会的妥当」)か

ら、規範として「承認に値する」か否かが問われる位相（＝「理想的妥当」）が自立し、固有の問題領域を構成する(22)。つまり、確信や信念に支えられた具体的な生活形式としての「人倫性」は、法的モラリズムと同様、実定的価値を規範的妥当の根拠とする慣習道徳として強制・命令として拘束するものにとどまり、人々を義務づける普遍的規範としての妥当性を持ちえない。当為として義務づける拘束力が認められるのは、討議の中で普遍化可能な利害関心について合理的な決定が下される場合に限られる。また、「規範的問い」は同時に「正義の問題」でもあり、そこでは個人（討議参加者）の自由・権利の平等な保障と、全員一致の合意または多数決による妥協を組み込んだ民主主義の原理が、討議の手続き規範を支えるものとなる。

近代の立憲法治体制もまたポスト慣習的段階にある法体系である以上、その道徳と同様、規範的問いは価値評価的問いから自立し、その法規範も「事実的妥当」（＝「社会的妥当」）と「理想的妥当」（＝「妥当性」）の二つの位相に分離する(23)。事実的妥当は、「事実として確立されている標準、たんになじんでいるか、あるいは制裁の脅威によって安定化された期待」として、もっぱらコンテキスト内部での妥当が問われる。これに対して理想的妥当では、「妥当要求は、要求としてあらゆるコンテキストを超出すると同時に調整に有効な同意を支えるべきであるとすれば、今ここで掲げられ、かつ受容されねばならない」(24)。ここで注意されねばならないのは、法規範の場合、道徳規範とは異なり、一方で普遍的に妥当することが要求されると同時に、他方で現存社会秩序の維持のために個々のコンフリクトに対して合理的に受容可能な決定を下すことが要請される、という点である。

このことは、アレクシーが法規範の正当化および検証の手続きとして設定する「法的討議」においても問題となっていた。法に関する意思決定の際には、限られた時間内で、現行の法秩序の枠組みを前提に、利害に関わる紛争当事者の間に解決策（妥協案を含む）を提示しなければならない。これは法の妥当の事実性ないし実定性による制約であり、秩序維持および実効性のある決定と執行のため、強制・命令としての拘束力が不可欠となる。

たしかに、「一般的な実践的討議」は、全員一致の合意による規範の正当化という強い普遍主義的傾向ゆえに、決定困難さや不確定性という「限界」と「弱さ」を免れることはできない。しかしながら、アレクシーが「特殊事例テーゼ」——「法的討議は一般的な実践的討議の一特殊事例である」——で示しているように、法規範を問題とする法的討議もまた討議である以上、そのつどつねに「正当性への要求」を掲げ、その批判的検証を経て認証されること（合意）を目指す。そこには、実践的討議の道徳性すなわち、手続き規範における当為として義務づける拘束性が貫かれているのである(25)。

最後に、法の妥当の二重性（事実的妥当／規範的妥当）、そして規範的妥当における拘束性の二側面（強制・命令／当為・義務づけ）という枠組みを踏まえ、討議の手続き規範の新たな妥当の可能性を探り、法と道徳の必然的関連についてまとめておこう。

（２）規範の相互主観的妥当

さて、法は制定性・実効性という事実的なものとして妥当し、法共同体の成員に対して、そのコンテキストの内部で強制・命令という規範としても妥当する。事実的妥当と強制としての規範的妥当のみを法の妥当として認める法実証主義にとっては、法秩序の「正統性（Legitimität）」の根拠もこのような法の妥当（実定法が社会的に通用していること）に存

する。これに対して討議理論は、「先取りされた理性的な意見・意思形成の手続き」すなわち正当性への要求をめぐる合理的かつ民主主義的な意思決定プロセス（＝実践的討議）の規範性を、その根拠におく。つまり「合理的に受容可能であること」こそが「正統性」の条件をなすのである(26)。法治国家の根本規範である憲法およびその制定主体（＝憲法制定権力）、法律および法規・法令の定立、そして立法権力・法務行政・司法機関における意思決定など、個々のレベルでの正当性と法秩序や法体系それ自体の正統性が問われる。また、法が権威ある機関によって制定された強制・命令システムとして、法共同体成員に対してその行動を規制するものとして機能し、逸脱に対しては物理的な制裁を威嚇ないし行使するときも、同じことを問うことができる。法規範の正当性と法秩序・法体系の正統性を承認することができるためには、「コミュニケーションの前提条件」と「民主主義的な意見・意思形成の手続き条件」が満たされねばならない、というのが討議理論のスタンスである(27)。

ここには、平等なコミュニケーション的権利や外的強制の不在を確保することで個人の道徳的自律に基づく人権を保障し、民主主義的なプロセスに決定を委ねるという、近代的な正義原理の要求が組み込まれている。そしてそれは、法共同体成員が集団的自己立法の担い手（＝主権者）であること、すなわち「公民(Staatsbürger)」としての「政治的自律」すなわち「公共的自律」を前提とする(28)。この自律は、先述のように、個人の私的・内面的なレベルでの規範への服従ではなく、法秩序を支える協同の意思決定プロセスの手続き規範の遵守へと拘束されていることを意味する。価値多元化状況という中で、事実として多数を占めている、絶対的に「正しい」価値に基づいている、あるいは伝統・慣習として定着しているといったような、「合理的根拠」を欠いた規範の拘束性を拒否する限り、討議の民主主義的な手続き規範に従うことは必然的な制約なのである。

ポスト慣習的道德においても、規範が普遍化可能な利害関心を追求するものであるという前提を受け入れる限り、討議の原則・規則という手続き規範に従うことは不可避の先行条件であった(29)。法と道德に共通するこうした当為規範の妥当は、「相互主観的妥当」という独自の位相として捉えることができるであろう。当為規範は、ここではもはや超個人的な法則として内面的良心に「べし」を要求するものではない。むしろ、法と道德が共生の枠組みを創出する協同的な営みの中で人々を義務づける力として働く、その在り方を指し示しているのである。

たしかに、ポスト慣習的段階においても、事実性や実定性の規範的効力を普遍主義的な要求に従属させる道德と、実定法の事実性と規範の普遍妥当性との「緊張関係(Spannung)」(30)を免れえない法との間に、重大な相違があることは否定できない。法規範の拘束性は、当為としての妥当であり、かつ強制・命令としての妥当でもある。しかし法と道德の何れにおいても、規範は、正義の原理と公共的自律を根拠としてその妥当性（＝正当性）を要求し、討議において検証されるものであると同時に、そうした手続きそのものとして遵守されることを要求する。当為規範としての妥当というこの局面において、法と道德には必然的（概念的かつ内的）な関連が認められるのである。

〈注〉

以下に挙げる文献について注で引用参照を指示するときは、著者名、出版年、頁数(邦訳書がある場合〔 〕内にその頁数、訳文は適宜変更している)の順に表記する。

Alexy,R. 1991: *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 2.Aufl. (1.Aufl. 1978), Suhrkamp.

— 1992: *Begriff und Geltung des Rechts*, K.Alber.

Habermas,J. 1983 : *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp. [三島憲一他訳『道徳意識とコミュニケーション行為』、岩波書店、一九九一]

— 1992: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp.

— 1994: Nachwort, in:*Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, (4.Aufl. 1994), Suhrkamp.

Radbruch, G. 1932: *Rechtsphilosophie, Gesamtausgabe [=GA.]*, 20Bde., herausgegeben von Arthur Kaufmann, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1987ff. Bd.2. [田中耕太郎訳『法哲学』、『ラートブルフ著作集』第1巻、東京大学出版会、一九六一]

— 1948: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, GA.Bd.3. [野田良之他訳『法哲学入門』、『ラートブルフ著作集』第4巻、一九六一]

加藤新平 一九七六:『法哲学概論』、有斐閣

加茂直樹 一九九一:『社会哲学の諸問題——法と道徳を中心として——』、晃洋書房

霜田求 一九九九:「コミュニケーションと道徳・倫理・政治——公共的自律の可能性——」、入江幸男・霜田求編『コミュニケーション理論の射程』、ナカニシヤ出版

— 二〇〇〇 a:「実践的討議の道徳性——ハーバースとアレクシーを手がかりにして——」、『熊本学園大学経済学部開設三十周年記念論集』

— 二〇〇〇 b:「法・道徳関係と正義のエートス——G・ラートブルフの法哲学における重心移動をめぐって——」、『社会変動とエートスの関係』平成9年度科学研究費補助金研究成果報告書(研究代表者:神野慧一郎)

竹下賢 一九七六:「法の妥当根拠についての考察——戦後西ドイツにおける理論を手がかりとして——」(一)～(四)、『法学論叢』九十九巻二・三・四・五号

— 一九八五:『法 その存在と効力』、ミネルヴァ書房

田中成明 一九九三:『法的空間:強制と合意の狭間で』、東京大学出版会

— 一九九四:『法理学講義』、有斐閣

ダントレーヴ 一九五一:『自然法』久保正幡訳、岩波書店(一九五二)

ハート 一九六一:『法の概念』矢崎光圀監訳、みすず書房(一九七六)

深田三徳一九八三:『法実証主義論争——司法的裁量論批判』、法律文化社

矢崎光圀 一九六三:『法実証主義——現代におけるその意味と機能——』、日本評論新社

(1)加藤 一九七六:二七六、竹下 一九八五:一二五～六参照。

(2)その主要なものについては、竹下 一九八五:第二章参照。

(3)cf.Radbruch 1932:309-10[二一七～八],312[二二一].

(4)竹下 一九八五:第二章第二・三節参照。cf.Alexy 1992:16f.

- (5) cf.Radbruch 1932:304[二一〇].竹下 一九七六 (三) :九〇以下参照。なお、ラートブルフは「法的安定性」の四つの要求として、①法が制定された法であること、②その制定法が事実に基礎をおくこと、③その事実が確定可能であり、実際に使用可能であること、④法が容易な変更から守られていること、を挙げている。cf.Radbruch 1948:147[六三].
- (6) cf.Radbruch 1948:226[二一六].
- (7) ここでまとめたのは、ラートブルフが「法の外面性／道徳の内面性」をめぐる論点を整理したものの一部である。cf.Radbruch 1932:264ff.[一五七以下]この問題については霜田二〇〇〇b:1 - 2で論じた。
- (8) cf.Radbruch 1948:155f.[七九].
- (9) 田中 一九九三:一四九参照。
- (10) 「公共的自律」については、霜田 一九九九で主題的に論じた。
- (11) 竹下 一九七六 (一) :九一参照。
- (12) ダントレーヴ 一九五一:一八一～三、一九〇参照 (表記を一部改)。
- (13) 法的モラリズム (リーガル・モラリズム) については、矢崎 一九六三:第四章、加茂 一九九一:付論 I、田中 一九九四:一三九～四三参照。
- (14) 法実証主義については、矢崎 一九六三:第五・六章、加藤 一九七六:二四七～六七、深田 一九八三:第一章、田中 一九九四:第五・十一章参照。
- (15) ハート 一九六一:二九三参照。
- (16) 田中 一九九四:一七九～一八一参照。
- (17) ラートブルフにおける「重心移動」については、霜田 二〇〇〇bで論じた。
- (18) cf.Radbruch 1948:146f.[六〇～一],218f.[二〇三],226f.[二一七].
- (19) 以下の考察で主に取り上げるのは、ハーバーマス (Habermas,J.) とアレクシー (Alexy,R.) の論考である。両者の「実践的討議」概念については霜田 二〇〇〇aで論じた。
- (20) ハーバーマスによると、「普遍化原則」は「妥当性を持つ(gültig)あらゆる規範は、あらゆる個人の利害関心を充足させるためにその規範に普遍的に従うことから生じると予期される結果および副次結果が、すべての当事者によって強制なく受け入れられうるという条件を満たさねばならない」(Habermas 1983:131[一九一])であり、「討議原則」(ハーバーマスは「討議倫理原則」と呼ぶ)は「すべての当事者が、実践的討議の参加者として、同意を与える(あるいは与えるであろう)規範のみが妥当を要求しうる」(Habermas 1983:103[一四九])というものである。また「討議規則」の核心をなすアレクシーの「理性規則」は以下の通り。「(1) 発話することのできるものは誰もが討議に参加してもよい。(2) (a) 各人はあらゆる主張を問題化してもよい。(b) 各人はあらゆる主張を討議のうちに導入してもよい。(c) 各人は自分の態度、希望、欲求を表明してもよい。(3) いかなる発話者も、討議の内部または外部で支配的な強制により、(1)または(2)で確定された自らの権利を行使することを妨げられてはならない。」(Alexy 1991:169,240)
- (21) cf.Habermas 1983:188ff.[二七一以下]
- (22) cf.Habermas 1983:71[一〇二],137[二〇〇],188-91[二七一～四].
- (23) cf.Habermas 1992:192f.
- (24) cf.Habermas 1992:36f.

(25) この問題については、霜田 二〇〇〇 a :第 2 章第 1 節で取り上げた。

(26) cf.Habermas 1992:242,499;1994:674.

(27) cf.Habermas 1994:664.なお、このような討議理論の法理解は、「意見や利害を異にする人びとが公正な手続的状况のもとで自主的な交渉や理性的な議論によって行動調整を行なうフォーラムとして存立し作動している」という法理解、そして「法システムを合意・議論・手続の三幅対からなる対話的合理性基準の法的「制度化」と位置づけて、その知的地平と内的構造を解明するというアプローチ」というスタンス（田中 一九九三:三～四）とも基本的に一致する。

(28) cf.Habermas 1992:111f.,123,194f.

(29) この点については霜田 二〇〇〇 a :第 1 章第 2 節で詳細に論じている。

(30) cf.Habermas 1992:88,119.