
 翻 訳

合法性と正当性 (2・完)

——ワイマール期におけるカール・シュミット、
ハンス・ケルゼンおよびヘルマン・ヘラー——

デイヴィッド・ダイゼンハウス (著)

池端 忠司 (訳)

訳者はしがき

ここで訳出するのは、カナダの憲法学者・法哲学者であるデイヴィッド・ダイゼンハウス (David Dyzenhaus) の著書、*Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Clarendon Press (Oxford 1997) の、その第5章にあたる部分である。なぜこの章だけを訳するかは、すでに本訳稿の前編にあたる本誌の前号 (52 巻第1号) に掲載した「合法性と正当性 (1)」の「訳者はしがき」において記したので、それを参照していただきたい。

5

ワイマール期からの教訓：

合法性の正当性

私たちと同時代の法的小説および政治的理論のための教訓をワイマールから得るどんな試みも、ワイマールの危機が西欧または北米が今日直面するどんな危機とも異なるとともに、そのうえ、より劇的であったことを考慮し

なければならない。しかし、私が第1章で主張したように、明白な共振がいくつか存在する。すなわち、私たちと同時代の英米の法理論上の討論は、私たちと同時代の法実証主義および自由主義について本質的ではあるが、これまで黙示的であった前提条件が視界に入るにつれ、ワイマール期の討論に急速に酷似して来る。

秩序がその始まりにおいてどのように可能かという問題は、おおむね解決済みであるという前提条件が、これである。この考えこそが、私たちと同時代の実証主義者がそれをもって法の従属者（臣民）に法の道徳的正しさを継続的に問うべきであると処方するところの自信を可能ならしめたものである。私たちと同時代の法実証主義の綱領が、H. L. A. ハートによって、第二次世界大戦の恐怖に十分に気づいていた中で、その段取りが整えられた一方で、彼は、秩序の問題を全体的に言えば解決していた諸国——西洋の自由主義的な民主国家群——が、解決できなかった諸国に勝利したように見えたために、この自信を持つことができた。

その前提条件が現在十分に明らかになるとともに攻撃にさらされるのは、西洋の政治的および法的秩序の正当性を疑いの中に投げ入れる新たな危機のためである。ある限度までこの危機は理論の危機である。最近の政治哲学を構成する材料である、共同体論者、フェミニスト、民主主義者、自由主義者の間の討論は、いまでは法理論においてありふれたものになってきた。その結果として、法理論は、法の正当性や法秩序の本質について諸々のラディカルな疑問に応答しなければならないことを自覚している。

しかし誰もが想像する通り、理論上の危機は、実践上の危機の現れである。一方で、既存秩序の制約内で自らの欲求を抑えられ、充足できないと感じる集団による、政治的および法的秩序に対する国内的な異議申し立てが存在する。他方で、東欧、旧ソ連、バルカン諸国、アフリカ、その他の地域における近年の様々な事件により西洋が検討するように強いられる、内乱の奈落の底が存在する。

私が示唆したように、これは法理論上の危機であるどころか、自由主義の危機である。1995年の書物で、ジョン・ロールズは、つまり今世紀のも

っとも著名な自由主義の哲学者は、彼と彼以外の自由主義者がかりうじて近年になって、政治的な (*political*) 自由主義の原理を展開したという事実、に、彼の「大きな ('great')」戸惑いを表明した¹⁾。しかし、もちろん自由主義は、西洋でさえも、一般的な政治的合意の基礎であるとはもはや想定できないため、政治的にならざるを得ない。

自由主義が政治的であると受けとるものについてのロールズの理解は、多くの点でロナルド・ドゥオーキンの法理論と共通する。法が生得的に正当であるとドゥオーキンが信じていることを想起せよ。すなわち、法の正当性は、その法の中に暗に含まれた道徳的価値観に存しており、その道徳的価値観は、裁判所がハード・ケースでその法を解釈するときに表に引き出される。これらの価値観は、彼が主張するところによれば、自由主義の基礎的原理である。同様にここでロールズは、西洋の政治秩序に内在する価値観が存在すると主張するが、その価値観は、政治秩序の基本原則についての「重なり合う合意 ('overlapping consensus')」のその政治的安定を作り出すために、表に引き出されなければならないものにすぎない²⁾。しかし、ドゥオーキンの自由主義の法理論と、ロールズの自由主義の政治哲学を互いに映し出す鏡像にさせる、その内在性という主張は、ドゥオーキンの法理論への虚無主義的な批評にロールズを傷つきやすくするにちがいない。要するに、ロールズは、基本的な政治的価値観が何であるかを確約することによってのみ、政治の問題を解決しようと試みている。

本章では、私は、まず第一に、シュミットが自由主義に典型的であると考えたジレンマの広がりその一端に、政治的自由主義というロールズ版がどのようにしっかりとしがみついているかを示したい。そのもう一方の端は、ケルゼンの純粋法学によって占拠されているので、私は、レオ・シュトラウス (Leo Strauss) の言い回しでの「自由主義の地平 ('horizon of liberalism')」を超えて一手を打つ (move) が必要であると示唆する予定である³⁾。つぎに、私は、どのように法的小および政治的理論についてのユルゲン・ハーバーマス (Jürgen Habermas) の近著が、その一手の最適な、私たちと同時代の具体例であるかを示す予定である。しかし、私は、また、へ

ラーの立場が、この一手のための根拠を提供する以上のことをしていると主張したい。というのも、いくつかの重要な点で、ヘラーの立場は、ハーバーマスの立場よりも勝っているからである。

5.1 正当化理由に関するシュミットとロールズ⁴⁾

第2章の次の言葉を想起せよ。すなわち、自由主義を批判するその他の論者からシュミットを区別するものは、自由主義が疑わしい特定の立場にコミットすると彼が理解しない点である。彼は、自由主義を、たとえば諸々のイデオロギーの中でのグローバルな中立性に本質的にコミットするものであるとも受けとらないし、あるいは、自分自身のためにグローバルな優位性を断言する互いに競い合う諸々のイデオロギーのための何らかの実体的な基礎を探そうとする立場に本質的にコミットするものであるとも受けとらない。彼は、自由主義が、法の本性についての実証主義の見解と、よりいっそう連携するとも、あるいは何らかの形で実定法が服するそれを超える高次法が存在すると主張する見解と、よりいっそう連携するとも、主張しない。彼は、自由主義が、自ら有する真理を想定するとも、あるいは真理に何ら訴えないとも主張しない。そして、彼は、自由主義が政治的であるとも、反政治的または無政治的であるとも主張しない。むしろ、彼の立場が際立っている点は、自由主義が、それらの選択肢の間を、あちこち往復運動を行う運命にあると主張することである。

結局、自由主義がこの往復運動を行う運命にあるということは、シュミットにとって、自由主義それ自体がそのような運命にあることを意味しない。それどころか、彼には、自由主義が一般的にその本拠地を構えることを恐れているように見えることが何度かある。ある程度、この恐れは、自由主義がその政治を非常にうまく隠すかどうかにかかわらず見え、自由主義の政治とは、政治を排除した政治である。要するに、自由主義の中立性という見地は、善についての相異なる概念の間で中立的であることとは、まったく異なり、自由主義の中立性と対立して徐々にそれらすべて

の概念を掘り崩すことになるし、その結果、自由主義それ自体が持つ一種の同質性——つまり、自由主義的な個人であるところの、市場志向的な、利己的かつ快樂主義的人間からもっぱら構成された社会の同質性——をもたらしことになる。

しかし、一般的には、シュミットは、自由主義の運命という問題が多元的共存の深さに左右されると考えた。いくつかの社会は実際には多少とも実質的に同質的な人口を有するため、自由主義を一種の政治的な上部構造として持つ余裕があるというのも、真実であるかもしれない。あるいは、また、多元的共存の社会は、社会のほとんどの政治的エネルギーを惹きつける脅威、つまり外敵を持つかぎり、あるいはそのような外敵をねつ造できるかぎり、国内的な政治から注意をそらすことができるというのも真実であるかもしれない。この第二のオプションに関して、シュミットであれば、冷戦が終結したときに、特定の自由主義的な民主制の秩序の正当性に対する国内での異議申し立てが高まるのは偶然ではないと考えたであろう。ひとたび国外の強力な敵が姿を消したならば、国内の諸々の敵は、自分を強引に売り込むための政治的空間を持つ。

実際に、ごく最近まで、自由主義的な政治理論が、自由主義的な政治的および法的秩序に対する諸々の集団による異議申し立てを扱わなかったということは、自由主義的な政治理論についての公正な記述であったであろう。というのも、自由主義の第一位の争点は、個人と国家の関係であったからであり、すなわち、政治的および法的秩序の正当性の問題は、大方は個人が国家に対抗していかなる権利を保持すべきであるかという問題であったからである。また、自由主義の法理論にとって、その問題は、それらの権利を侵害した制定法を審査するという点でまったく自然に司法の役割になった。

しかし、事情が一変した。しかもジョン・ロールズの最新の書物でもっとも際立った形で。ロールズの新著のタイトル、『政治的自由主義 (Political Liberalism)』は、自由主義が現実世界のために政治理論を構築する必要に対応する彼の意図を物語る。さらに、その著作は、自由主義に

対するシュミット流の批評に、直接的に異議を申し立てているかのように見える仕方が始まる。

ロールズは、自由主義が第一位に応答しなければならないものが、国家に対抗して個人がどんな権利を保持するのかという問題ではなく、多元的共存という事実を所与とすると、安定がどのように可能になるのかという問題であることをまさに示唆するように見える⁵⁾。大方の期待に反して、啓蒙運動は、私たちが自分たちの共同生活を秩序づけるための理由という点で包括的な基礎を発見することを望み得るような時代へと私たちを引き渡さなかった⁶⁾。啓蒙運動が私たちをそこから解放したところものは、政治的対立、つまり基本的価値観をめぐる対立が、主として対外的な事柄の問題として、とことんまで戦い抜かれたところの実質的に同質的な諸々の共同体である。啓蒙運動は、政治的対立が、対外的な事柄としてもはや閉じ込められないどころか、むしろ政治的対立が国内政治を特徴づけるような国民国家の時代に、私たちを置き去りにし、また善き生活について互いに対立する理解を持った諸々の集団が権力の掌握をめぐり互いに競い合うような国民国家の時代に、私たちを置き去りにした。それゆえロールズは、心地よい理性の時代ではなく、敵対する神と悪魔の間の選択の時代を、啓蒙運動が私たちにもたらしたものであるというウェーバー主義的・シュミット主義的説明を、いまや、受け入れるように見える。さらに、彼は、世界の終末を思わせるこの選択の性質についてのシュミットの見解を共有するのは明らかである。

この衝突に関して新しいことは、それが善についての人びとの考え方に妥協を許さない超越的な要素を導入することである。この要素は、状況や疲労によってのみ緩和される致命的な対立を強いるか、さもなくば、平等な良心の自由および思想の自由を強いる。これら最後に挙げたものに基づき、固く基礎を築かれかつ公開で認められる以外、正義についての理に適った政治的な考え方は、まったく不可能である。政治的自由主義は、このような和解できない隠れている対立の絶対的な深さを、

心にとどめることによって始まる⁷⁾。

ロールズは、その著作(『政治的自由主義』)が、彼の古典、『正義論(*A Theory of Justice*)』⁸⁾において詳説された自由主義のヴィジョンを維持するために欠かせない観念の記述以上のことをしていないと主張する。とりわけ『政治的自由主義』は、『正義論』の次のような問いに対する解答を詳説する。すなわち、多元的共存という現実を前提とした場合、自由主義の社会は安定した社会であり得るかという問題である。しかし『正義論』の核心にあるイメージと、対立の溝が深い多数の集団間の対立というイメージとの間には、非常に大きな違いがある。というのも、前者では、ロールズは、「原初状態('the original position')」という思想、つまりロールズが個人性と等しいと考えるいくつかの能力を除いて⁹⁾、自分たちが誰であるかについての知識を奪われている個々人という考えに基づいて彼の理論を基礎づけた。さらなるどんな知識も奪われて、それらの個々人は、「無知のヴェール('veil of ignorance')」の下で、公正な社会の原理を構築しなければならない。

原初状態という観念は、善に対する権利の優位というロールズの感覚を表明するものであった。つまり、私たちの目標や目的は、「私たちの本性を第一義的には明らかにせず」、むしろ、私たちの本性は、私たちが自分たちのために善を選択する方法を支配する原理によって明らかにされる。選択を行う自我は、選択を正しく制約する原理によって支配される自我であり、そのために、権利によって支配される自我は、選択することがよいと思われるものについてのどんな理解よりも、規範的に優位する¹⁰⁾。

そのとき、自由主義上の個々の自我は、善についての相異なる様々な考え方の中から選択する力を持った存在として構成され、それゆえ、個々人は原初状態を所与とするとき、道徳的な能力を保持する。しかし、この自我は、善についての特定の考え方に構成的な愛着をいっさい持たない。このような個人性の心像に従いながら、自由主義的な正義は、善についての互いに競合する諸々の考え方の中で中立的である、権利の枠組みを構築し

なければならない。

原初状態という考えには、宗教的または神学的なニュアンスがある。それは、無垢の時代への回帰についての考えであり、その無垢の時代では、個々人は彼らの選択を、現実世界の知識によって墮落されず、汚されずにいることができる。それどころか、『正義論』においてロールズは、彼の理論が理想的なものであり、理想の世界にだけ適用すると述べた。それゆえ、彼は、「それほど幸福ではない条件の下で（‘under less happy conditions’）」¹¹⁾——つまり私たちが自由主義の独り善がり（complacency）としてイメージするものが現実世界によって邪魔されるような条件の下で——いかなる正義の原理が採用されるべきかという仕事を脇に置いた。

ロールズは、注意しなければならないことだが、このような理論を自由主義だけの理論とは見なかった。すなわち、それは、自由主義的な民主制の理論でもあった。そして自由主義的な民主制の原理は、直観または啓示によってではなく、無知のヴェールの下に置かれた個々人の間の熟議によって私たちに与えられるべきであった。それゆえ、社会がその共同生活をどのように規制するかを決定するプロセスに、ロールズが民主制的な熟議を組み入れていたという考えを人が持ったとしても、無理からぬことであろう。しかし、この考えは誤りであることが判明した。熟議は、自由主義の哲学者の唯我論的な考えでしかあり得ない。というのも、そこでの個々人は、個人性を奪われているために、ロールズが白状したように、彼らのうちの誰一人として独力でその熟議を引き受けられないからである¹²⁾。

そして、ロールズが自分の理論を理想世界に閉じ込めなければならなかった理由の一つは、その理論が、それをすでに受け入れた者を、つまりロールズの自由主義のイデオロギーの教義にすでに賛同した者のみを説得しようとしたからであると思われる。人は、個人性以外の何かがそれに続いて登場する以前に、個人性についての彼の心像を受け入れなければならない。

この心像は、それが善についての——選択の生についての——見解を前提にしたという理由で、意見が分かれるところであると主張され、また、

個々人が、必ずしも自分たちの選択ではない愛着によって構成される仕方をうまく説明できなかったという理由で間違いであると主張された¹³⁾。それゆえ、ロールズに残された仕事は、彼の立場を、自由主義の単なる言い換えではなく、それ以上のものと受け取るべきであると、彼の批評者に確信させることであった。

ロールズにとって選択可能な一つのオプションは、他者に対して自分の心像を正当化する試みであったであろう。しかし、そうではなく、彼は、二本の柱からなる議論を提示した。第一に、彼は、この心像にとっての決定的な構成要素が、彼の理論が本気で取り組まれている諸社会のその公共的文化に、すでに埋め込まれている——それら（この心像にとって決定的な構成要素）は、自由主義的な民主制の諸社会の内部での「重なり合う合意（‘overlapping consensus’）」の一部である——と主張する。第二に、彼は、このような合意が単なる重なり合いではなく、すべての市民の賛同を命じることのできる正当化の構造を持った重なり合いであると主張する。

ロールズがこの選択可能なオプションの採用を望んだ理由が、多元的共存という事実であったことは、『政治的自由主義』から明らかである。もしも自由主義が理想的な理論以上のものであるべきであるとするならば、もしもそれが私たちの現実世界においてその役割を果たすべきであるとするならば、その原理は、自由主義をすでに受け入れている者以外の他の集団にも受け入れることのできるものでなければならない。そうであるとするならば、ロールズの理論は、次のような「正当性についての自由主義的な原理（‘liberal principle of legitimacy’）」の陳述として、受け取られる。すなわち、

私たちが政治的権力を行使することは、それが憲法に従って行使されるときにのみ十分に妥当である。そしてその憲法の基本原則は、すべての市民が、自由で平等なものとして、彼らが共有する人間理性にとって受け入れ可能な原理および理念の観点から見て道理上（reasonably）支持されるはずである¹⁴⁾。

しかし、ここでの理に適っていること (reasonableness) という観念は、両義的である。憲法の価値観が根拠のある正当なものであり、それゆえその憲法が市民に支持されるはずだという予測が理に適っているという理由で、市民はその憲法を支持するはずだと言うことができるのか。あるいは、その価値観がすでに市民によって受け入れられ、そのためにその支持が正当化に左右されないという理由で、その予測が理に適っているのか。

ロールズは、彼の理論が、その価値観がすでに承認されているという偶然的な事実に依拠することを欲しないことは明らかである。このような事実は、もちろん安定性が存在するという主張を信用できるものにする一方で、社会の中で広く承認され、それゆえ安定の基礎を約束する価値観であればどんなものにも正義の観念を還元してしまうように思われる。そのような基礎は、単なる暫定協定 (*modus vivendi*)、同意のうちの偶然に重なり合った領域であろう。

ロールズは、彼が継続的な安定を欲するという理由からも、暫定協定という基礎を拒否し、私たちが、たまたまいまこの場で共通に抱く価値観の持続力を適切にも疑う。このような価値観の安定は、私たち全員が心変わりをしないという点に左右される。したがって、重なり合う合意という価値観は、正当性に関する自由主義的な原理が求める正当化理由の構造をはっきりと示さなければならない。それらの価値観は、自由で平等な市民の共有する理性に訴えなければならない¹⁵⁾。

そのために、ロールズは、彼の理論が道德上の根拠に基づいて正当化されるために、それゆえ、支持されることが道理上期待され得ると言いたいのである。しかしそのとき、それは、現実の熟議のいかなるプロセスにも支配されない自由主義的なイデオロギーの唯我論的な言い換えの方向にロールズを後退させるように見えるかもしれない。それにまた、正当性の原理についての陳述において顕著に見られ、それどころか本書の至る所にある市民の役割という点での個人に対するロールズの新しい強調は、彼の新規の企てを、原初状態における熟議という考えが行ったものほど、民主制的なものにしない。

私たちは、なぜロールズがいま政治的な (*political*) 自由主義と呼ばれる原則を提唱するのかを理解することなく、これらの点を評価できない。『正義論 (*A Theory of Justice*)』は、善き生についての自由主義的な見解を採用した個人だけがロールズの理論を採用するはずだという印象を明らかに与えた一方で、いまロールズは、善き生についての自由主義の見解から自由主義を分離することを欲する。ここで彼は、包括的原則としての自由主義と、政治的原則としての自由主義を区別することによってその分離を行う¹⁶⁾。

包括的原則としての自由主義は、次の二つの見解を含意する。その一つは、個人は自由主義の処方箋どおりに生きるべきという見解であり、もう一つは、社会を秩序づける方法が正義についての自由主義の原理に従うことであるという見解である。この二番目の見解こそが、ロールズが政治的自由主義と呼んだものであり、彼は、その見解が自由主義的な個人性の見解からも、包括的原則のための、その他のどんな実体的な出発点からも分離できると主張する。

その政治的な特質は、第一に、道徳的概念なのに、政治的自由主義は、善き生の道徳的概念ではなく、政治の道徳的概念である——それは、私たちの社会の、すなわち近代立憲主義的な民主制の「基礎的構造 (*basic structure*)」を明確に説明する——という点に存する¹⁷⁾。第二に、政治的自由主義は、いかなる特定の包括的原則からもそれが分離しているという理由で政治的であり、あるいは、ロールズが指摘するように、それは「支えなしで立っている (*freestanding*)」¹⁸⁾。第三に、政治的自由主義は、その内容が、「民主制の社会の公共的政治文化において黙示的なものと理解される、いくつかの基本的な観念 (*certain fundamental ideas seen as implicit in the public political culture of a democratic society*)」の観点から表明されているという点で、政治的である。要するに、あらゆる包括的原則の実体的な出発点を内容とする、「背景 (*background*)」や「社会的 (*social*)」文化との対比によって政治的なのである¹⁹⁾。

ロールズは、これらの特徴が、政治的自由主義を、複数の包括的な自由

主義が依拠することになるところの、個人性についての——つまり自律的選択の結果としての生という価値についての——見解へのどんなコミットメントをも回避することを可能にすると断言する。また、それらの特徴は、また、政治的自由主義がそれ自身のためのどんな真理主張も回避することを可能にする²⁰⁾。政治的自由主義は、そのとき、包括的な自由主義的原則との対比においてのみ政治的であるわけではない。むしろ、さらに付け足すとすれば、それは「形而上学的 ('metaphysical')」ではない²¹⁾。なぜならば、それは、道徳的な人格についての優先的な概念にコミットしていないからであり、それは、善く生きるとは自律的な自由主義的個人の生であると主張する必要がなく、それがそれ自身のために真理を主張する必要があるからである。それは、自由で平等な市民が個々に保有する特定の包括的原則がどんなものであれ、自由で平等な市民という観点から見て、それがもっとも理に適った原則であることだけを主張すればよい。中立性は、私たちが渴望すべき属性ではもはやない。というのも、『正義論』がそれを有したように、それは、個人性または自律性についての自由主義的な見解が求めるものだからである。むしろ中立性は、私たちが何らかの包括的原則から政治を分離するときに、私たちが有するものである。

しかしこの一手は、ロールズが政治的自由主義の政治的本質を議論するところではないけれども、いろいろところで彼が注意するように呼びかけた第四の点において政治的自由主義を政治的にする。私がいま示めそうとしているように、まさにこの点において政治的自由主義は、シュミット流の政治理解において政治的である。

ロールズは、すべての包括的原則が政治的自由主義と両立するわけではないことをもちろん認める。彼は、次のように述べる。

政治的自由主義は、理に適った包括的原則が民主制体制の不可欠なものを否認しないことも前提にする。もちろん社会は、理に適っていない、かつ不合理な、さらにいえば正気を失った包括的原則を封じ込めるかもしれない。それらの場合、その問題は、それらの包括的原則が社会

の統一性または正義を掘り崩さないようにそれらを封じ込めることである²²⁾。

理に適っていない原則を封じ込めるという争点は、その著作では直接的には本気で取り組まれていないが、これをどのように行うことができるかについて意味のある手がかりがいくつか存在する。もっとも重大なことに、ロールズは、政治的自由主義が、ある包括的な原則をその他のそれよりも選好しないという意味で中立的であると主張するにもかかわらず、それは、別の意味で中立的でない。もっとも重要なことに、それは、その帰結という点で中立的ではない。たとえば、理に適っていない原則は、自由主義的な民主制という立憲主義的な条件にそれら理に適っていない原則をさらす公共的文化によってその基礎を掘り崩されることになる²³⁾。

それどころか、ロールズは、理に適っていないわけでもないが単に非自由主義的である原則さえも、同様にその基礎が掘り崩されることになると述べる²⁴⁾。ここで彼は、政治秩序に異議申立てをしないような政治的に無関心なセクトを念頭に置いており——それらは、それらの特定のコミュニティの壁を超えて自らの価値観を強く主張することに関心を持たないが、それらのセクトがそれらのコミュニティ内で強く主張する価値観は、自由主義からかけ離れている。このようなセクトは、それらが個人の自律的な生を奨励しないという点だけでも非自由主義的になる。しかしそれらのセクトは、理に適っていないわけではない。というのも、それらは政治的自由主義の制約に服するからである。それゆえ、理に適っていないものとは、まさに、政治的自由主義それ自体に異議を申し立てるグループである。

そうだとすれば、ロールズは、自由主義の社会が理に適っていないグループを正当性をもって扱う——封じ込める——ことができるかを説明しなければならない。彼は、自由主義がその憲法秩序を構成する際に、多元的共存という事実それ自体 (*per se*) に対処する必要はなく、むしろ理に適った多元的共存という事実だけに対処しなければならないと主張する。自由主義の憲法秩序は、政治的自由主義を自らに受け入れさせることができる

包括的な原則を抱くグループのためにだけ工夫が凝らされているのである。

加えて、ロールズは、重なり合う合意という内容の一つの長所とは、その内容が真理であると主張する必要があるため、それが異なる立場によって承認され得るということであると主張する。真理のための主張は回避されなければならない、とロールズは示唆し、その理由を次のように述べた。つまり、多元的共存という事実を所与とするとき、第一に、単一の道徳的権威はもはや存在しないという理由であり²⁵⁾、また、第二に、真理のための主張は、合意という渴望される目標に代わって、派閥主義や不同意を促進するという理由である²⁶⁾。すなわち、もしも安定が保障されるべきならば、人は合意を確立しなければならず、そこに合意がもたらされるためには、ジョセフ・ラズ (Joseph Raz) が指摘したように、人は認識論上の禁欲を守らなければならない²⁷⁾。

しかし、私たちは、これが政治的自由主義を元の理想上の理論の安定期に戻すと考えるべきでない。すでに示唆したように、政治的自由主義は、多元的共存という事実（またそれゆえ合理的な多元的共存という事実ではなく）が広く行き渡っている現実世界のための理論である。私が追求する重要な点は、次のように説かれ得る。すなわち、ロールズにとって、自由主義的な憲法秩序は、理に適った多元的共存を基礎に構築されるが、それによって、その自由主義的な憲法秩序は、理に適っていないグループを扱うために武装することにもなる²⁸⁾。さらに、その自由主義的な憲法秩序のいざという時の方策は、立憲的であり——その方策は、理に適っていない原則に敵対的な公共的文化を作り出す以上のことを行う。そこにこそ、政治的自由主義がその帰結について中立的ではない第二の方途が存在する。

これらの立憲的な方策は、公共的理性という考えに含まれるものであり、このテーマは、その著作の唯一の完全に新しい章を構成する²⁹⁾。公共的理性は、政治的自由主義で使い始める論法である。このような論法は、包括的原則のその実体的基礎に訴えかけることを禁止する。したがって、その論法は、そのような原則の正しさに訴えかけることをなおさら (*a*

fortiori) 排除する。

一つの読み方によれば、つまり、この主題についてロールズが言ったにちがいない大半の内容によって裏付けられる読み方によれば、ロールズは、次のような不条理な立場を提案しているように見える。すなわち、自由主義の憲法秩序において公共的討論には包括的な立場がいっさい含まれないという提案である。マイケル・サンデル (Michael Sandel) が指摘したように、この立場が非現実的であるだけでなく、しばしば非自由主義的でもある³⁰⁾。

第一に、その立場は、受け入れることができない仕方で現実の政治的議論を歪める。たとえば、公共的理性は、ゲイのカップルが次のように要求することを禁止する。つまり、同性愛のライフスタイルが、善であると認められなければならないものという理由で、あるいは少なくとも異性愛のライフスタイルと同程度に善であると認められなければならないものであるという理由で、異性愛のカップルだけに付与される権利をゲイのカップルが要求することを公共的理性は禁止する。むしろ、公共的理性に従うためには、彼らは、法律が、ライフスタイルについてそれが何であれ、いっさいの道徳的判断を含むべきではないと主張しなければならない。しかしそのような最後の主張は、救済されるべき過去の不正が救済され、差別的実践が排除されるために、自分たちの道徳的価値の承認が不可欠であると考え、それらのゲイにとって受け入れることはできないであろう。

第二に、法律がライフスタイルに関してはいかなる道徳的判断も表明すべきではないという主張、グローバルにもあるいは特定の領域にも、道徳を国定することの廃止のための主張は、ロールズが排除しようと思った類の道徳的な正当化理由を要求する。すなわち、道徳公認の禁止を擁護する論拠は、自立した個人の生の価値について話す包括的な自由主義の立場に直接的に訴えなければならない³¹⁾。

サンデルは、公共的討論を健全に見せかけるこのような試みが、国内の自由主義者の論敵にとってと同様に自由主義者にとっても受け入れられないと正当にも考える。例えば、そのような試みは、リンカーンが公共の場

で奴隷制の不正を主張することを排除したであろう³²⁾。しかしロールズの自由な政治的言論への権利に対するまさに強いコミットメント³³⁾は、公共的理性のための彼の簡潔なテストを含む、彼が述べたことの大半にもかかわらず、ロールズには通常の討論を検閲する意図がまったくなかったことをサンドエルに暗に示したであろう。その公共的理性のためのテストは次のようなものである。

私たちが公共的理性に従っているかどうかをチェックするためには、私たちは、次のように尋ねることができるかもしれない。つまり、私たちの主張が、最高裁の意見という形で提示されたならば、私たちにどのような印象を与えるであろうか、理に適っているという印象か、正義感を踏み躪るという印象か³⁴⁾。

ロールズはここで、通常の討論が、最高裁の意見に似ることになるとは言っておらず、むしろ、ただ公共的理性が最高裁の意見に似ていると言っているのである。彼は、憲法遵守のために立法や政府行為を審査する権限を持った裁判所を意味させているところの最高裁が立憲体制の下で欠かせないことを否定する。しかし、これは、彼がそのような裁判所が立憲体制においては「公共的理性の具体例（‘exemplar of public reason’）」³⁵⁾であると主張していることを所与とすると、弱い否定である。

彼の言いたいことは、たとえ討論が最高裁の意見に似ていようとも、公共的理性という考えに攻撃的な内容が立法の中に生き残るならば、それらの内容は、最高裁によって制度的に審査され除かれるというものにちがいない。さらに明確なことに、包括的原則の正しさに訴える主張に依拠するどんな政策も、審査され除かれるということである。

私は、サンドエルが（自由主義が非自由主義へと導くという点で）不条理であるとともに、矛盾していると診断したことを間違いであると示唆しているのではない。むしろ、私は、公共的理性についてのロールズの立場が、自由主義が矛盾を来たさざるを得ないときに、その不条理さが浮上すると

いうシュミット学派の言いたいことを例証するものであると示唆したい。

その矛盾は、次のようにロールズに現れる。ロールズは、自由主義的な権利の標準的なパッケージに対するコミットメントが、多元的共存という「残念な（‘unfortunate’）」事実をもたらし、理に適った多元的共存という事実だけをもたらすのではないことを認める³⁶⁾。それどころか、自由主義は、多元的共存に対処しなければならないだけでなく、同質性が存在しないところで、多元的共存が繁栄するのに都合のよい条件を創造するような、憲法秩序を創造しなければならない。自由主義的な憲法秩序に対する理に適っていない異議申立てが起こることは避けられない。

このような異議申立てに自由主義が対処しようと努める方法は、第一に、それらの異議申立てに敵対的な公共的文化を促進することである。これは、自由で平等な市民権の文化であり、そこでは、市民であることとは、政治的自由主義の価値観を、少なくともそれに自らを合わせるという意味で、受け入れることとして消極的に定義される³⁷⁾。しかし、さらに重要なことに、自由主義は、適切に機能する最高裁に訴えることによって、その価値観への現実的な異議申立てを、それらが政治権力の行使に変わるときに、違憲であるとして排除する。

社会的なレベルでは、政治的自由主義は、それゆえ、善き生に関する個々人の見解を、純粹に私的な選択の問題として個々人が捉えることを促進する効果を持つ³⁸⁾。政治的自由主義は、個々人が自らの見解をそのように捉えるようになることを実際に保証することはできない。それゆえ、政治的レベルでは、政治的自由主義は、このような見解に訴える政治権力の行使を抑制しようとする。その結果、政治的自由主義は、すべての市民に彼らの見解を、政治的自由主義の価値観の下位に置くように強要する。またそのことは、道徳についての自分の見解を私的な問題として捉えるように市民に強要する、つまり、市民が道徳的に正しいと自分自身が考えるものによって自分自身の生を、さらに言えば自分自身の生だけを支配するように市民に強要する³⁹⁾。

これは、理に適っていることだけを主張する一連の憲法的価値観のため

の非常に強固な条件である。というのも、とくにロールズは、政治的自由主義が包括的原則の真理主張について懐疑主義を前提としないことを強調しようと苦勞しているからである⁴⁰⁾。そのとき、自らの包括的原則が真であると知っていると考えるグループにとって、真理に対抗して、理に適っていることは、どれだけの重要性を持つのか。

ある時期、ロールズは、政治的自由主義にとって悲惨な対立という状況では、つまりある原則が、事態が内戦を正当化するほど根本的であると主張するとき、政治的自由主義を採用する者は、自由主義の真理を認めなければならない、と思っているように見える。すなわち、「私たちは、[その原則の主張]を否認すること」以外の、あるいは、その否認を暗示し、それゆえ私たちが避けたかったその種のものを維持すること以外の、いかなる選択肢も持ち得ない。」⁴¹⁾

また、彼は、政治的自由主義を支援するために、そのような思惑によって、一つの「部分的に包括的な原則（‘partially comprehensive doctrine’）」に訴える必要についての曖昧な話しに導かれる⁴²⁾。加えて、彼は、いくつかの条件の下では、つまり公共的理性が一つの包括的原則に訴えることによって強化されるような、かつ公共的理性がそのように強化されることが決定的であるような条件の下では、そのような包括的原則への訴えかけが許容され得るかもしれないと主張する⁴³⁾。

ここで、私たちは、ロールズが政治的自由主義に回避させたいと思っている、まさに真理主張の戦いを、彼がする気になっていることを目撃する。また、自由で平等な市民が、いくつかある見解の中で特に政治的自由主義に異議を申し立てる見解を持つかあるいは展開するかわからないので、どのように真理主張が回避され得るかを知るのは難しい。私たちは、そのような市民が、自然状態についてのホッブズ学派の恐怖を超えて、自由主義者とともに何を共有するかを問わなければならない。しかし次に明らかにするのであるが、ロールズは、すべての市民ではなく、理に適った市民だけに訴えている⁴⁴⁾。また理に適っているかどうかの尺度は、相互の取決めではなく、他のあらゆる価値観が下位に置かれなければならないところの

政治的自由主義の価値観との取決めである。自分たちが真理であると信じたものを、下位に置くことや私的な問題として捉えることをしない者は、それらが現に効果を有するときには「封じ込められる（‘contained’）」であろう⁴⁵⁾。

ロールズは、政治的自由主義が、多元的共存に直面してもっとも意見が対立する政治的争点を削除したり回避したりすることによって市民の調和を促進できると信じる⁴⁶⁾。これらは、包括的原則の真理を言い張ることなしでは引き起こされない争点である⁴⁷⁾。もちろん、あり得ないことであるが、すべての包括的原則が公共的理性によるこの規律を受け入れたならば、私たちは、政治の、それゆえ対立の終焉を迎えるであろう。そのとき、私たちは、ロールズの願望である、複数の包括的原則の十分な収斂を迎えるであろう。しかし、これは、彼が言うように、それらの複数の包括的原則が、熟議の枠組みを採用するからではなく⁴⁸⁾、それらが、対立や論争があるときはいつでも、熟議しないことに同意するからである⁴⁹⁾。ロールズの共和国における市民は、自分たちの生活がどんな価値観に支配されるべきかについて討論あるいは熟議をしない。彼らは、たとえ彼らが政治的にもっとも重要であると考えたものが使用禁止とされるとしても、自分たちに命令する価値観を遵守する⁵⁰⁾。いやそれどころか、市民が話す唯一の時は、最高裁が、「私たち、人民（‘We the people’）」の高次法の名の下で、立法府の決断または行政府の行為に対抗して話すときである⁵¹⁾。最高裁が対抗して話しかける相手は、確かにホッブズの愚か者（道徳的な懷疑論者）（Hobbes's Foole）の立場にある。つまり、彼らは、その裁判所の判決に自らを順応させるという法の賢慮的態度を採用することになるか、あるいは敢えてその判決の制裁措置を受ける危険を冒すことになる⁵²⁾。

政治的自由主義は、それゆえシュミット学派の意味において政治的である⁵³⁾。それは、あらゆる異議申立てに対抗してその真理を断言する。しかし、それは、シュミットが、自由主義がそうであるべきと考えた、まさに矛盾した仕方でも政治的である。それは、その真理を断言すると同時に、少なくともその論敵たちによって追い詰められているとき、政治から真理

を追放しようと努め、その結果あらゆる立場から中立であると主張する。しかし、この中立性は、完全に私的問題として捉えられた道徳間での中立性であり、これは自由主義が目指しているものである。

この中立性に到達することは、シュミットが恐れたもの、つまり政治の終焉であろう。なぜならば、それは、私たちが、市民ではなく、国家により私たちに与えられる空間のその消極的な消費者であるところの同質的な社会をもたらすことになるからである。すなわち、自由主義の安定は、全体的にみて、多元的共存を排除することを内容とする自由主義的な同質性に依拠する⁵⁴⁾。しかしながら、自由主義はこの目的を達成することができない。というのも、単純明解、自由主義は多元的共存の条件を間断なく再創造するにちがいないからである。

人は、ロールズの立憲主義の説明が明らかに複線であると指摘することによって、ロールズについてのシュミット主義的な観点に反対するかもしれない。裁判所が宣言する場所である高次の憲法があるだけでなく、市民たちが多数決原理という法律制定の諸制度を通じてその影響力を行使することができる場所である通常の民主政治も存在する。唯一、緊急時または例外状況において、つまり憲法秩序の価値館が異議申し立てを受けているときに、裁判所は話し出さなければならない。そうでないときには、通常の民主政治が決着をつける⁵⁵⁾。

しかし、この説明はまっすぐシュミットの術中にはまり、まさに、すでに素描された問題を再生産する。私たちが前述した2.1で見たように、シュミットの中核的な著作のうちの一つの書き出しは、次のように始める。「主権者は、次のような者である。すなわち、例外状態において決定する者である」⁵⁶⁾シュミットのポイントは、単に例外状態において政治が明るみに出ることだけではなく、前もって例外状態の境界線または法的限界が確定され得ないことであった。シュミットは、次のように考えた。すなわち、自由主義は、例外状態の可能性、それゆえ政治が他に還元できないこと(irreducibility)の可能性を認めなければならない。しかし自由主義は、その性質上、法律を通じて例外の範囲を減少することによって、政治を限

定しようとする。シュミットは、次のことに固執した。すなわち、自由主義が政治を限定しようとするその方法は、政治を奨励するという逆説的な効果があるにちがひなく、それゆえ、例外的なものが通常のものに不意に襲い掛かり、その結果、真正の主権を有する決定を招き入れるまで、その裂目を開くことになる。

法についてのロールズの複線の理解は、憲法政治を例外的状況に限定しようとする。しかし、憲法の明白な侵害以外でそのような状況が存在するときに私たちに伝えるのはいったい何か。善についての何らかの私的見解を公共の場で強要しようとするどんな立法も制定されるべきではないことを求める基本的価値も存在する。ロールズの見解では、これを行うことは、つねに理に合わないことである。なぜならば、それは、その人の有する信条の真理を言い張る必要があるからである⁵⁷⁾。しかし、これは、まさに論争的な事実ゆえに裁判所による違憲判断を受けやすい合意を形成することのない法律を制定するように見える。

自由主義の伝統の一部である自由至上主義者の例を取り上げてみよう。彼らは、ロールズの格差原理が——この原理は、制約に従うもっともめぐまれない者に富の再分配を要求するものであるが——善についての一つの私的な概念を公共的に強要する不正な企てであると信じる⁵⁸⁾。

ロールズの解決策は、基本的な権利のリストを人民に決定させ、その解釈の決定を司法府にさせることである。彼は、それゆえ、まさに司法府が、その人民によって確立された立憲的な価値観の観点からその例外に関する決定やその例外上の決定をすることになると述べることによって、シュミットに答えているように見える。それゆえ、彼はときに否定するが⁵⁹⁾、彼にとって最高裁は暫定的な主権者である。もちろん、彼は普通の裁判所が主権者であることを望まない。私は、次のように思う。私たちは、最高裁には公共的理由という限界を受け入れる自由主義的な裁判官が配置されるべきであると推測しなければならない。そう、ロールズにとって自由主義の哲学者が主権を有する。というのも、まさにその自由主義の哲学者が、憲法秩序の基本的な価値観が何であるかを決定するからであり、また、そ

のとき、それらの価値観を裁判官席の彼の代理人によって解釈させるからである。そして、彼（自由主義の哲学者）は、多元的共存がより重大になるにつれて、例外だらけになる恐れのある状況を支配する主権を有する。

その例外がより重大になるとき、この哲学者は、自分がそのために真理主張さえもしないところの普遍性の名の下で、他者に自分の価値観を課しているにすぎないという非難に対して、一体何を根拠にして答えようとするのか⁶⁰⁾。この哲学者に開かれた、二つの解答が存在する。一方の選択肢としては、彼は、この価値観——高次法という価値観——が、建国の父たちによって築かれた——ロールズがあるとき述べているように、「一度限りで（'once and for all'）」政治的アジェンダから排除される——というホッブズ学派の実証主義的な解答を与えることができる⁶¹⁾。そしてもう一つの選択肢としては、彼は、この価値観によって私たちの共同生活を支配することが正当化できると言うことができる。しかしこの第二の解答については、「誰に対して正当化できるのか（'justifiable to whom?'）」という問題が生じる。

ロールズは、これらの解答を両端とする張り綱を綱渡りのように歩こうとする。彼は、政治的自由主義が、自由で平等な市民に対して正当化できると述べたいが、先に見たように、これらの市民が、原初状態における住人のように墮落していない魂であることはすでにわかっている。自分自身の生活体験によって啓発された実体的な意見を持った市民たちは、その価値観が何であるか、その価値観の内容が何であるかに関する討論に誰一人として実際には参加しない⁶²⁾。

その結果、政治的自由主義は、私たちを困惑させる。というのも、政治的自由主義がそれに関して合意を要求するところの価値観、さらには政治的自由主義の中立性の基礎を形成するところの価値観は、議論の的となるとともに、党派心に基づくからである⁶³⁾。おそらく、まさにこの特徴ゆえに、少なくとも自由主義的な民主制の諸国の政治的文化では、政治的自由主義が道徳と法の双方について、ある種の実証主義にコミットすることが事実であるように見える。政治的自由主義が道徳についてある種の実証主

義にコミットする理由は、政治的自由主義が民主制を制限する仕方に同意できない者への解答が、政治的自由主義の価値観が事実上私たちの政治秩序の価値観であると断言することでしかないからである。また、政治的自由主義が法についてある種の実証主義にコミットする理由は、この価値観の核心部分が、私たちの建国の父たちが実際に私たちに付与した憲法にあるということが断言されているからである⁶⁴⁾。その価値観は、私たちの法などの実践において明らかなように、私たちがすでにコミットしているものであり、また、私たちが原理的な異議申立てに直面してなし得ることは、その価値観の真理を断言することだけである⁶⁵⁾。

要するに、法と民主制の双方についての政治的自由主義の立場は、これらが政治的自由主義の価値観に役立つということである⁶⁶⁾。賛同しない者たちにとって、その解答は、今のままでもすでに、彼らがその法の限界の外に、したがって政治的社会の限界の外にすることを理解するというものである。政治的自由主義は、原理的な異議申立てに直面して、道徳と法に関する実証主義の立場へと退却する。しかし政治的自由主義が退却した実証主義の立場は、法律のための——この特定の社会の法律のための——正当性を主張するものである。実証主義が主張するその正当性は、重なり合う合意の価値観と、その社会の（憲）法に包含される価値観との間の適合性という正当性である。

私は、政治的自由主義の真理という争点についてのロールズの動揺と、実体的な政治理論に対する十分に議論されたコミットメントによって政治的秩序と法的秩序についてのケルゼンの概念を架橋することを彼が拒むこととの間に、つかの間の類似性以上のものが存在することを示唆する。ロールズの政治的自由主義が理に適っていると主張することと、ケルゼンの法理論が純粋性を主張することは、別の場面では基本的に分裂するグループを疎遠なものにしない中立性を目指す。彼らはともに、一連の価値観の正しさを言い張ることなく、民主制の政治を保持したいと思う。しかし、（自らの価値観の正しさの主張を）回避するという彼らの手法は、民主制の政治に対する彼らのコミットメントとの緊張関係を作り出す。

それどころは、私は、シュミットが浮き彫りにしたいと望んでいる、法の支配に関する自由主義的な観念内での緊張関係の、その対立する両極に、ロールズとケルゼンが最終的には引き寄せられるとなると示唆する。これは、どんなものも頼れるほど中立的である中立性と、実際には善についての特定の主義に偏った自由主義的な理解に特権を与えるという理由で偽りの中立性との間の緊張である。

ケルゼンの実証主義的な概念では、ともかく何らかの内容を伴った法は、法の有効性のための準則に適合できる。ケルゼンと異なり、ロールズは、政治の価値観としての一定の価値観に特権を与えようとする。それゆえ、ロールズは、その価値観に向けてより（自由主義的な）実質を備えた有効性の準則を提案する。しかし、ケルゼンと同様に、彼は、政治の入口のところで真理主張の抑制を欲するため、偽りの中立性という非難を招くような仕方、その価値観の地位についてははっきりした答えのないままである。

法の支配に関する自由主義的な概念におけるその緊張関係は、二つの異なった方法で軽減され得る。第一に、ロールズは、正当化のプロジェクトを完全にあきらめることができる⁶⁷⁾。しかし、これはロールズをケルゼン学派の道に連れて行くことになり、その危険は、ケルゼン学派の道が、聖人か罪人かのどちらかのためだけに開かれることなく、むしろ両者を区別できないことである。すなわちその緊張関係は、理論上のレベルでは軽減されるが、ある程度自由主義の原理に基づいた無防備性を導く。というのも、その緊張関係は政治の混乱状態に取って替わられるからである。その混乱状態の下では、政治とは、一種の規範的な真空と考えられ、友と敵を区別する集団がたとえ重要だと思ふどんな路線についてでも、それらの集団が競い合う空間と考えられる。第二に、ロールズは、「政治的な（'political'）」ものに関する価値観を十分に正当化する理由を展開するかもしれない。しかしこのような正当化理由は、それと同時に、ロールズが正当にも避けていること——善き生に関する特定の見解を特権化すること——を避けざるを得ない⁶⁸⁾。

次の節では、私は法の正当性についてのユルゲン・ハーバーマスの説明を素描するが、その説明は、善き生に関する特定の見解を特権化することではなく、十分な正当化理由を提供するために長い道を行く。

5.2 法の民主制的形態に関するハーバーマス

ハーバーマスは、世俗化された時代のすべての人のための自律という啓蒙運動の約束を、つまり、前述した 1.1 で見たように、マックス・ヴェーバーが内破の危険の中にあると考えた約束を果すことのできる理性の一つの観念に賛成するための論陣を張るという仕事を自分自身に課す。この内破は、ドイツではナチズムに行き着いた。また、ハーバーマスは、ドイツにおけるナチズムの不合理なものの残滓に対する批評によって、重要な政治的な貢献を行った。ハーバーマスは、法と政治についてのヴェーバーの説明に応答することも望んだ。というのも、ハーバーマスの見解では、ヴェーバーのその説明がナチの権力強奪に対抗できる防波堤としての法秩序の役割を危うくすることに一役買ったからである。

彼の近著、『事実と規範の間：法および民主制に関する言説理論への貢献 (*Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*)』⁶⁹⁾の主要な目標は、私的自律——各人が各々のやり方で各々の善を追求することを委ねられるべきであるという自由主義的な要請——と公的自律——すべての市民が共通善についての決定に参加すべきであるという民主制的な要請——が実際でもあるいは潜在的にも矛盾がないことの具体的説明であると、公平に見て言うことができるかもしれない。むしろ、それら（私的自律と公的自律）は、共同生活への自由で平等な参加者としてのお互いに対する私たちの基礎的なコミットメントという「共通の起源を持つ（‘co-original’）」二つの側面であり、民主制的な法治国家 (*Rechtsstaat*) の法秩序によって前提とされるとともに、それによって可能になるコミットメントである⁷⁰⁾。

このような議論を行う中で、ハーバーマスは、シュミットに対して直接

の解答を試みる。1964年に、ヴェーバー誕生百周年記念を祝うためにハイデルベルグで開催された会議において、ハーバーマスは、ドイツ人の視点からのヴェーバーの評価が、ヴェーバーの研究業績がアメリカで受け取られた「自由主義的な('liberal')」解釈とはかなり違ったものでなければならぬと指摘した。というのも、ハーバーマスは、ドイツでのヴェーバーの政治社会学が、とくに、その中の「決断主義的要素('decisionist element')」が、ワイマール期におけるその帰結という点で「特異な歴史('different history')」を持ったことに固執した。殊に、彼は、「もしもいまここでヴェーバーを裁かなければならぬとするならば、私たちは、カール・シュミットがヴェーバーの『正統な弟子("legitimate pupil")』であったという事実を見落とすわけにはいかない」と申し立てた⁷¹⁾。

この申し立ては、ヴェーバーについての厳しい裁きであり⁷²⁾、それをハーバーマスは、それ以降何度も繰り返して主張した。1986年に公表されたシュミットについての論文の中で、ハーバーマスは、ヴェーバーの社会学が「国家の権威から、それが有する、理性および宗教との相似関係を奪った」と述べた。これは、シュミットが主権者の決断という彼の観念をもって満たした、政治的主権のための裂目を残した⁷³⁾。

それにもかかわらず、ハーバーマスの研究業績、とくに法理論への彼の貢献は、ヴェーバーに多くを負っている。たとえば、ハーバーマスは世俗主義の問題について、つまり啓蒙運動によって招き入れられた時代の問題について、ヴェーバーの診断の多くが正しいと考えた。彼は「私たちの時代の運命は、合理化と知性化、そして、とりわけ『世界の脱魔術化("disenchantment of the world")』によって特徴づけられる」というヴェーバーの命題を採用する。彼は、「まさに、究極的なかつもっとも崇高な価値観が、公共的生活から、神秘的生活という超越的な領域に至るか、さもなければ直接的かつ人格的な人間関係という兄弟の親密さに至る」というヴェーバーの主張を受け入れる⁷⁴⁾。それどころか、私たちの時代の社会において顕著に見られる特徴とは、たとえば科学や道徳や芸術のような、他とまったく異なる価値の圏域へとその社会が分化することであるというヴェー

バー主義の観念を中心に、ハーバーマス自身の研究業績は構成される。

私たちの目的にとってもっとも重要なことに、ハーバーマスは、ヴェーバーが法理論のために設定した仕事の輪郭を受け入れる。私たちが前述した 1.1 で見たように、ヴェーバーは、もしも合法性と正当性の関連性が存在すべきであるとするならば、それは、法秩序に固有の何らかの道德の内容から生じるのではなく、むしろ法秩序に固有のある種の合理性から生じるであろうと示唆した。法が単なる有力者の道具以上のものであるべきだという主張は、合法性それ自体の中に存存しなければならない。しかしながら、ヴェーバーは、多少アンビヴァレントな態度があったにもかかわらず、この主張を大いに重んじることができるとは考えなかった。合法性のその合理性は、政治の不合理な諸勢力に対する、唯一の、薄っぺらな、おそらく崩壊の運命にある防波堤である。

ハーバーマスがヴェーバーと異なるところは、ヴェーバーが合理性の本質を——厳格に限定することによって——誤解しているというハーバーマスの信条という点である。ハーバーマスは、シュミットをヴェーバーの「正統な弟子 (legitimate pupil)」と呼ぶとき、ヴェーバーがシュミットの分析のための土台を用意したとともに、それを妨げるいざという時の方策を提供しなかったと述べている。さらに正確に言えば、ヴェーバーにとって理性は、せいぜい道具的なものにすぎないので、多くの価値から一つの価値を選択することができず、それゆえ理性は、価値選択を権力政治にさらす。

理性に関するこの見解を採用するという点で、ヴェーバーは世俗の時代における法と道德の双方についての一貫した立場をまさに提案した。法と道德の双方は、それらがあるがままに——つまり人間による価値観の創造として——理解されなければならないと彼は主張した。世俗主義は、それが伝統を破壊したという点で、私たちに創造過程の意識を回復させる。ひとたびその意識が回復されるならば、私たちは、個人的な確信と同程度の深さの、評価するための基盤しかないことに気づくことになる。法実証主義の中心的な考え方——法に埋め込まれる価値観は人間によって実行に移

されるかあるいは事実と仮定されること——は、法に限定されない。というのも、すべての価値観は、それらが存在するためには法の場合と同様の起源に負うからである。

そのため、結局、正当性に関するヴェーバーの説明が、合法性と正当性の間のどんな緊張関係も考慮に入れないことは、驚くべきことではない⁷⁵⁾。それどころか、ヴェーバーにとって、ひとたびある法秩序の存在条件が整えば、その法秩序に正当性の資格を与えずにおく必要は存在しない。法秩序は、それが存在するためには、まず第一に、有効でなければならず、そのことは、その法秩序に服する者の大半が、その規則に従うことによってその秩序についての彼らの容認を示すことを意味する。第二に、このような秩序の基本的な規則によって提示された、形式的、手続的な準則に従ってその法を解釈し適用することが自らの義務であることを受け入れる法律専門職の公務員のスタッフが存在しなければならない。これらの準則の名宛人は、それゆえ第一に法の従属者（臣民）ではなく、その法律専門職の公務員である。また、ヴェーバーは法をもって裁かれる、法を超えた道徳が存在することを否定したため、彼は事実上 (*de facto*) 法秩序もまた正当であると考えた。

ケルゼンは、私たちが第3章で見たように、政治的および法的秩序の合理性についてのアンビヴァレントな態度などの多くは、ヴェーバーと同様の立場にあった。前述した1.1で私たちが見たように、私たちと同時代の英米の法実証主義者は、道徳を法よりも高次に置きたいと望む点で異なる。それゆえ彼らは、ヴェーバーが行うのと同様の、法秩序のための一組の存在条件を明記するにもかかわらず、彼らにとって、法と正当性の間の固有の緊張関係が存在する。というのもまさしく、道徳は法を裁くための外在的基準を私たちに提供するからである⁷⁶⁾。また、私たちがまさに見てきたように、ロールズとドゥオーキンも、法を超える道徳が存在するという見解を、英米の法実証主義者と共有する。ロールズやドゥオーキンにとって、これは、政治的自由主義の道徳であり、それによってどんな法秩序も裁かれるべきである。さらに、彼らは、それらの複数の法秩序が自由主

義の政治道徳の原理を図らずもすでに包含するという実証主義の提案にまでもまだコミットしているように思える。

政治的自由主義者と英米の実証主義者とともに、ハーバーマスは、合法性と正当性の間の固有の緊張関係が存在すると論じる。しかし、彼らとは異なり、ハーバーマスは、正しい公共道徳の基準が私たちに事前に与えられているとは考えず、その結果、その基準が法の上に浮かんでいるとは考えない。彼の見解では、実定法の内容とまさに同様に、道徳の内容は、一緒に行動する個々人によって作られなければならない。まさにそのプロセスの産物が、理想的な条件にもっともよく接近し、その理想的な条件の下で見知らぬ人たちが、伝統、確信、先入観という彼らの主観的な手荷物のすべてを携えて同意に達するであろう。また、ハーバーマスは、民主制的な法治国家の法的な諸制度がそのような理想的な条件にもっともよく接近する手続を提供すると主張するようにも見えるため、ハーバーマスにとって、実定法の内容が、正しい道徳に私たちが到達できる最善の接近であるという結果にならなければならない。それどころか、ハーバーマスは、道徳と倫理との間の対照を際立たせるので、その結果、道徳は、私たちの共同生活を支配しなければならないときに用いる、私たちが正当性を持って決定した価値観からなるのに対して、倫理は、自分たちの私生活を支配しなければならないときに用いる価値観からなると考える⁷⁷⁾。

シュミットをヴェーバーの正統な弟子と見る者にとって、ハーバーマスの立場は、ヴェーバーの立場と非常に近い。しかしこの近さは、次の場合では一つの長所である。つまり、シュミットの立場にそれほど容易に改造される、ヴェーバー思想内の諸要素のその採用をもハーバーマスの立場が回避できる場合である。というのも、私たちはすでに見たように、まだ答えられずにきた、そして私の見解では、自由主義者が世俗主義の問題に関するヴェーバーの診断の暗部を真剣に受け取るまでは答えられない、自由主義に対する説得力のある批評を、シュミットが展開したからである。

自由主義に対するシュミットの批評は、自由主義の政治的および法学的哲学の中に残るもっとも問題のある側面をつかんで離さない。すなわち、そ

れは、道徳が主として個々人の私的な選択の問題であるという自由主義の押しつけである。道徳を私的な問題として維持するために、国家が尊重しなければならない基準が存在する限度でのみ、道徳は公的である。これらの基準は、そのとき、私たちが公的に確立できる唯一の道徳的な基準である。しかしそれらは、奇妙な仕方である。というのも、それらの目標は、道徳についての公衆の見解にブレーキとして作用することからである。それゆえ、自由主義は、正反対に生じなければならないとシュミットが考えた仕方、民主制に対立するふりをする。

ハーバーマスは、ある程度までシュミットと連携する。というのも、ハーバーマスは、ロールズの政治的自由主義の間違い——つまり、正当性のある民主制的な討論の限界をあまりに窮屈に画するという間違い——と理解するものを回避したいと望むからである。この間違いは、政治的自由主義の過度に野心的な本質に起因する⁷⁸⁾。

政治的自由主義についての最後の節での私の議論は、ハーバーマスの提案を支持する。それどころか、私は、過剰の偶然性（あるいは実証主義）とは、政治的自由主義の要請である合意の正当性が激しく疑われているという事実を、政治的自由主義が扱う方法であるということだけではなく、この事実が、どちらを取っても不利なシュミットのジレンマに政治的自由主義を位置づけるということを示唆した。

しかしながら、シュミットとは対照的に、ハーバーマスは、政治的自由主義がその正当化の主張を社会関係や文化に過度に依拠させるという点で、十分に野心的でないとも述べる⁷⁹⁾。彼は、国家論を宗教と再結合することを望まず、むしろ理性のより豊かな観念と再結合することを望む。彼の分析によれば、ヴェーバーは、脱魔術化の苦境を乗り越えるという点と、また、それに対応して、組織の顔が法治国家 (*Rechtsstaat*) である公的秩序を再構築する際に合理性が果たし得る役割を理解するという点で、その合理性の潜在能力を過小評価した。ハーバーマスにとって、法秩序に特有の手続的合理性を適正に理解することは、なぜ法が法治国家 (*Rechtsstaat*) における政治の道具であるかだけではなく、むしろ政治の構成要素である

かを説明する。そのうえ、法は、合法性が正当性を「産み出す（‘produces’）」過程における政治の構成要素をなす。彼自身による要約では、彼の命題は、次のようになる。

法秩序が、法の実定化を起源とする正当化理由の必要に反射的に応答するとともに、法的言説が道徳的な論争にも開かれるような観点から制度化されているような方式で応答する場合に限り、合法性は、正当性を産み出し得る⁸⁰⁾。

それゆえ、法の正当性についてのハーバーマス自身の説明は、法と道徳を関連させるために法形態に注目する。

この説明の重要なメッセージは、法の形態が、市民の公的自律と私的自律の双方を守る政治的権力の行使に論理を与えることである。ハーバーマスにとって、公的自律と私的自律の間の猛烈なライバル意識は存在しない。なぜならば、それらは「共通の起源を持つ（‘co-original’）」からである。しかしながら、この説明を掘り起こし明るみに出すことは容易な仕事ではなく、私は、ハーバーマスが彼の著作の中でもっとも決定的な要点の一つについて、つまり以下で戻る予定の要点について議論が欠如しているのではないかと疑う。

共通起源性（co-originality）という命題は、少なくとも、次のことを意味するように思われる⁸¹⁾。第一に、概念的であるだけでなく歴史的な主張が存在する。その主張は、私たちが個人として私たちの道徳的な価値観の作者であるという観念と、私たちがこれらの価値観が何であるかを共同して決定しなければならないという観念が、同時に立ち上がるということである。それらの観念は、個々人が道徳的価値観の最善で最後決定者であると思われる時に立ち上がるが、しかし個人が共同生活の観点から一緒に決定しなければならないことも認められる。

これらの二つの観念とともに、一般的な遵守を確保できる仕方で共同の理性の結果を公開させるためのメカニズムが実定法であるという見解が立

ち上がる。それは、個人または個人からなる集団が、道德についての真理に、他に例を見ないアクセスを持つとすることができないという条件の下で、ハーバーマスが道德についての理性の「不足（‘deficits’）」と呼ぶものを補うために必要である⁸²⁾。それに加えて、正しい道德上の規則は、それ自身では一般的な遵守を引きつけない。実定法は、道德を補ってそれを完全なものにするのに必要なものである。なぜならば、それは、道德の内容を最終的に決めるためだけではなく、その内容への遵守を確保するためのメカニズムを提供するからである。しかし、ハーバーマスは、実定法の実践上の必要性が、私たちにその実定法の正当化理由を私たちに提供しないことを熱心に強調する。実定法は、それが公的自律と私的自律の道德的地位の平等を尊重するとき、まさにそのときだけ、正当化される。ハーバーマスがよく言うことであるが、法は、個人を、実定法の名宛人とその作家であるというその二重の役割において尊重しなければならない。

公的自律と私的自律が共通起源的であるように見える第二の点は、法の支配の下で存在しなければならない権利の基礎的範疇に関するハーバーマスのリストに関係がある。彼は、私的自律圏を保護するすべての権利——国家に対する権利——が、私たちが共同して同意しなければならない権利であると明記する。彼によれば、それらの権利は、公的自律を行使したことの産物である。同様に、公的自律の権利——政治過程への参加権——はまた、正当性のある公的自律の、つまり私的自律を侵害しない公的自律の行使によって産み出されなければならない権利でもある⁸³⁾。この主張を行う中で、ハーバーマスは、公的自律と私的自律の「競争（‘competition’）」は存在しないとも主張しており⁸⁴⁾、私は、後ほど彼の立場のこの部分が拒否されなければならないことを提案する。

しかしながら、彼は、公的自律の正当性のある行使さえも、法に服従する市民の義務という問いに答えていないことを明確に示す。彼は、法と道德の何らかの区別を維持したいと思う。実定法が正当性を有するとき、それがそうである理由は、適正に産み出されたからであって、特定の内容を有するからではない。法への服従の一般的な義務は存在するが、市民は、

その特定の法が当然のこととして道徳上正しいという理由で、ある義務の下に自らを置く必要はない。市民は、全体としての法秩序を正当なものにさせるもの——すなわち法の生産過程に参加する可能性のための彼自身の権利（これは、法の改変過程に市民が参加する機会をも確保するものであるが）——についての「見識（‘insight’）」を持つことだけは必要である。それどころか、ハーバーマスは、市民が服従しようがしまいが、純粋に実利的な根拠に基づいて決定するために最後の拠り所として市民に権利を留保する。すなわち、市民は、一般的に服従する価値のある道徳と、市民が特定の法のもつ純然たる不道徳であるとわかるものとを比較検討しなければならない⁸⁵⁾。

法と道徳のこの区別は——道徳が実定法の正当性を裁く外在的基準を私たちに提供するというその区別は——実証主義の分離命題に異議を唱えるというよりも、その命題の再現である。ハーバーマスがもしも反実証主義の立場を確立したいと思うならば、法と道徳の間にその他の何らかの関連性を示さなければならない。

ハーバーマスは、反実証主義の立場へと進むドゥオーキン流の道筋を採用しない。その道筋は、法に埋め込まれた道徳的原理に裁判官が頼ることに注目する。ハーバーマスは、喜んで司法的判断に法秩序の中の重要な場所を与える一方で、彼は、裁判所の役割を法の適用に可能なかぎり閉じ込めたいと考える。彼にとって、法を正当化することと法を適用することの区別は、法秩序の中心にあり、立法、司法および行政の相互の権力分立の中心にある⁸⁶⁾。制定法は、彼にとって立法府と、立法府の決定を実施する行政府との間の「蝶番（‘hinge’）」である⁸⁷⁾。行政権が正当に執行されるためには、行政権は法に拘束されなければならない、それは法の適用を意味する。そこで裁判官が法秩序の中で重要な役割を持つ理由は、官吏が法の拘束内に引き留められるように保証するメカニズムを司法府が市民に与えるからである。

ハーバーマスは、この権力分立の観念が完璧な仕切りとして制度化することはできないことを妥当だと認める。行政国家の複雑性を理由に、制定

法は、司法府と行政府の双方によって具体化されなければならないであろうし、このことは、司法府も行政府も、正当化の仕事を回避できないことを意味する⁸⁸⁾。

彼の要点は、正当化が争点のとき、ある制定法がいかなる内容を持つかについてある決定がなされなければならないとき、このような決定は、それに影響を受ける当事者たちによる十分な参加を許すことによって、可能ながぎり民主的になされなければならないということであると思われる。裁判官は、それが上級裁判所または行政裁判所の裁判官であっても、司法的判断を偏らない釣り合いの取れた見方にすべきであるという意味でこの点で特別な役割を持つ。裁判官は、自らの利害関心を持った当事者たちの直接的な露骨な表現を超えて決定に至らなければならないし、さらに、法廷を見守る法廷外の人びとの利害関心はもちろんのこと、法的関係資料との首尾一貫性を考慮しなければならない⁸⁹⁾。

ハーバーマスは、実証主義者による制定法の確定性を経由した確実性の間違った探求と見なすものから、明示的に距離を置く。それは、彼が確実性に価値がないと判断していることを意味するわけではない。むしろ彼は、法に関する自分の理解が実証主義者のものとは異なる二つの方法で確実性に到達すると示唆する⁹⁰⁾。

第一に、法の従属者（臣民）は、有権解釈に先だって法の内容を知っているという意味での確実性を有し得ないかもしれないが、彼らは、法の内容が適正な手続に従って確定されることになることを知っているという点で確実性を持つ。第二に、私たちがドゥオーキンのかかなり独我論的または個人主義的な、解釈についての理解から離れ、法のパラダイムの理解がどのように裁判官全体に影響を与え、司法解釈を安定化するかについての理解に至ることによって生じる確実性が存在する。

ハーバーマスは、このような司法のパラダイムのための正当性のある二つの主要な競争者——自由主義のパラダイムと福祉主義のパラダイム——がいったい何者であるのかを確認する。双方とも、彼の考えでは、平等という法の約束を解釈するための正当性のある、法の出発点である。それら

がまさに正当性を持つのは、それらが、法の平等の約束が法的共同体の自由で平等な市民であると考えたものの概念であるからである。しかし、双方とも解釈のための正当性のある出発点である一方で、自由主義のパラダイムと福祉主義のパラダイムは、各々が歴史的に熱望してきた排他的な地位を持つことができない。というのも、どちらも自らを唯一のものとして確立するならば、それぞれが達成しようと努力したものの基礎を掘り崩すからである。

自由主義のパラダイムは問題がある。というのも、公的自律に対する優越性を私的自律に与えようとする中で、各個人間の事実上の不平等をあいまいにする仕方では法の平等性を理解する傾向があるからである。福祉主義のパラダイムは、国家がすべての法主体に事実上の平等を供給することの正当性を前提にする。しかし、福祉主義のパラダイムは、そのような供給が、顧客同然の個人が複雑な官僚制に依存する状態を温情主義的に創出することによって私的自律に対して破壊的になり得る場合を考慮に入れることを怠る。

ハーバーマスは、これらのパラダイムを覆すことを望まず、各々のパラダイムの一部が、民主制の社会のための排他的なパラダイムであるという主張に異議を唱えることだけを望む。どのように社会が支配されるべきかについての他のどんな実体的な価値観と同様に、それらは、裁判官が特定の文脈に制定法を適用するときには起るはずの手続的な審査に服するようにならないといけない。しかし、たとえ支配すべきパラダイムが手続的なものだとしても、それは、実体的に支配しないが、司法府の解釈を安定化するための正当性のある候補者である、それらの価値観を活用することによってのみ支配する。

この手続的なパラダイムが、ハーバーマスの信じるところでは、法的な発展の「モーター（‘motor’）」——その法によって作られる平等の約束とその名宛人の実際上の平等との対話——に点火することになる⁹¹⁾。法が作る、法の前の平等という約束は、単に形式的な平等の約束ではない。それは、すべての法の従属者（臣民）の自律の公私双方の側面での彼らのため

の実体的な平等の約束である。手続的なパラダイムが果たす格別の貢献は、この内容が言説または熟議によってのみ与えられ得る仕方を浮き彫りにすることである。

ハーバーマスの考えは、法秩序内での手続的なパラダイムが、自由主義のパラダイムと福祉主義のパラダイムとの間の緊張関係を活用することによって、その緊張関係を扱うというものであると思われる。それは、このような緊張関係の理解への私たちの最善のアクセスが特定の立法行為によって直接影響を受ける者たちの経験であるという事実をも考慮に入れる。平等を促進する制定法上の制度が個人の自由にどのように影響を与えるか、もしくは、個人の自由を保護する制定法上の制度が実際上の不平等をどのように維持するかを知りたいと思うならば、そのとき、私たちは直接影響を受けた者たちから話を聞いてその問題を解決しなければならない⁹²⁾。

ハーバーマスは、公共的討論の参加者が彼らの格別の経験を争点として追加した公共的討論を法律に反映することを望んだのと同様に、彼は、そのような討論の法律制定上の成果がそれと同種の討論によってテストされることを望む。要するに、熟議は、一般的な公共的討論という「弱い（‘weak’）」公共圏で始まり、続いて政党や立法府の「強い（‘strong’）」公共圏へと進む。法律は、ひとたび制定されたならば、そこではさらなる討論を通じて具体化させ、司法の場で手ほどきを受けるが、そのことは、その法律を公衆の経験に間断なく応答させるはずである。そのもっともドラマチックな場合では、市民が自分たちの批判に司法府や立法府の応答では満たされなかったのちに、自分たちが市民的不服従に駆り立てられていることに気づく場合に、弱い公共圏は、特定の法律についての正当性の問題に直接的にかかわることができる⁹³⁾。

熟議または討論に対するこの強調が、ハーバーマスを政治的自由主義者からもっとも決定的に区別する。政治的自由主義者は、公共的理性によって、それゆえ中立性の政治的文化によって制御された政治的文化を望む。民主制は、政治的自由主義者にとって、この文化に役立つ。ハーバーマス

は、何かに役立つという理由からは民主制を望まない。というのも、民主制の制度だけが正当性の文化を維持できるからである⁹⁴⁾。

そうだとすると、次のように言う人がいるかもしれない。ハーバーマスにとって民主制は正当化に役立つ。しかし、ハーバーマスの場合、そのような言い回しは「役立つ (‘instrumental’)」という語の一つの紋切型の用法である。正当化の文化を実現するためには、民主制以上の制度はあり得ない。というのも、民主制と正当化は、内在的な関係にあるからである。民主制に賛成することは、次のように考えることである。つまり、共同で営む生活の観点から決定を下す方法とは、自分が正しいと思うものをお互いに向けて正当化する過程に参加する市民を通じて行うことである。また、相互の正当化過程の制度化とは、民主制の制度を採用することである⁹⁵⁾。

ハーバーマスは、正当化の文化において適切なのは、裁判官が法律に内容を付与するとともに、その有効性を審査するために使用できる権利を憲法に規定し保障することであると論じる⁹⁶⁾。正当化の文化において、このような権利は、正当性があるだけではなく、その文化の不可欠な構成要素であり得る。それらの権利は、立法者が自由で平等な市民に向けて、自分の制定する法律を正当化する憲法上の責任を表明する限りにおいて、正当性がある。かりに、それらの権利を除外して、市民が、自分たちに向けて法律が現実には正当化されることを確保するために必要と考える法的なメカニズムを持たないならば、それらの権利は不可欠である。それゆえハーバーマスは、法が執行可能なものでなければならないことを強調するために骨を折る。このことは、熟議の産物としての法という彼の概念が、執行可能なものであるべきことを意味する。また、これは、熟議を維持するために不可欠なそれらの権利のすべてが、憲法に規定され保障されるべきことを求める⁹⁷⁾。

しかしながら、政治的自由主義者が一般的に示唆するような「一度限りで (‘once and for all’)」方式で、それらの権利が政治のアジェンダから取り除かれるのをハーバーマスが望んでいないことに、注意することが重要で

ある⁹⁸⁾。それらの権利は、参照の定点であるが、憲法がそういうものだとして彼が受け取るところの終わりのないプロジェクトにおいて争い得る内容を持つ⁹⁹⁾。すなわち、それらの権利は、法律の制定と司法の解釈の双方によって時の経過とともに内容が付与される——一杯に満たされる——ことになる。つまり、それらの内容は、経験の観点から変化し得るし、変化しなければならない。

さらには、ハーバーマスは、ジョン・ハート・イリイ (John Hart Ely) によって示唆されたように、司法審査が民主制を維持するための手続についての何らかの純粋な観念に閉じ込め得るとも考えない¹⁰⁰⁾。イリイは、民主制の本質——および憲法の利害関心の妥当な範囲——が、政治的な代表性および説明責任のチャンネルを開いたままにすることであると主張する。しかし、ハーバーマスが主張するように、熟議的民主制という観念は、異なった場所や、同じ場所での異なった時間に、他と異なった具体的な表現を与えられなければならない。また、裁判所が権利の内容への異議申し立てについて開かれているという条件で、裁判所がその権利の内容についての今現在の考えの観点から審査することは、正当性がある。それゆえ、熟議的民主制についてのハーバーマスの概念は、イリイのように、憲法的権利またはその他の法的権利が実体的な（かつそれゆえ論争的な）内容を与えられなければならないという明白な事実によっては悩まされない¹⁰¹⁾。

しかし、私たちがすでに見たように、ハーバーマスは、裁判官が忠実であるべき法の観念とは、正当化の文化に固有の手続的なものであり、そこでの唯一の真の確実性とは、法が熟議的手続に従って産み出されることであると主張する。そしてまた私たちがすでに見たように、そのほかの彼が言う確実性のための並ぶもののない候補、つまり自由主義と福祉主義という安定化するパラダイムは、多少なりとも不安定化させられたに違いなく、その結果、それらのパラダイムは、解釈のプロセスで裁判所によって審査され得る。それゆえ、彼の立場は、正当化することと適用することの厳格な区別を許さないはずである。というのも、ある法を適用することは、その法の内容を適用することではなく、合法性という観念または手続

法を適用することである。

司法的判断についてのドゥオーキンの理論は、裁判官が適用しなければならない唯一の法が、実定法であると考えた立場を否認することから始まる。ドゥオーキンは、裁判官が、いくつかの道徳的な原理を含む、より広い法のその内容を適用する義務の下にあると主張する。また、ドゥオーキンはより広い法の原理が自由主義的な道徳の要求と一致すると主張するので、私たちは、彼が結局は実証主義の仲間であると理解した。要するに、司法の義務は政治的自由主義の原理の適用ということになる。

ハーバーマスの法理論は、裁判官をこの義務から解放する。彼は、そのとき裁判官にドゥオーキン以上のさらに多くの自由を与え、その結果、裁判官を法哲学の中心にしっかりと位置付けているように見えるかもしれない。しかしハーバーマスは、裁判官に法の手続的理解を適用するように求めることによって、裁判官が、法秩序における自分たち以外の制度的位置だけでなく、自分たちの制度的位置の理解に尽力するようにコミットさせる。すなわち、ハーバーマスは、裁判官が自分たちの法秩序のその実体的な道徳的コミットメントと同様に、その法秩序の制度的構造に注意を払うように求めることによって、ドゥオーキンが行った以上に、司法的判断において、より複雑な一組の問いを自らに問うように裁判官を促す。それらの問いは、裁判官に、自分たちを、まず第一に、自由主義的な道徳の守護者としてではなく、民主制的な法秩序の一部として考えるように求める¹⁰²⁾。

要するに、反実証主義的な立場に至るハーバーマスの道筋は、少なくとも次の三つの点で、ドゥオーキンの道筋とまったく異なる。第一に、法の正当性のための彼の論拠は、裁判官が超実証主義的な基準に依拠することによって左右されず、むしろ法秩序にとって必須の法の形態に左右される。第二に、彼の見解では、正当性の審査は、実定法の内容と自由主義の基準との一致に存しない。むしろ、正当性は、どのように法の形態が道徳的な基準の産出を可能にするかに帰する。第三に、ハーバーマスは、自由主義に対する優位を、民主制に与える。法の正当性のための彼の論拠は、法秩序に

として必須の法の形態が、もともと民主制的であるというものである。彼は、法の支配を、「民主制的に産出された法」の支配であると受け取る。そのことは、彼にとって、当然の結論として次のようになる。つまり、法への裁判官の忠節は、ドゥオーキンの理論において司法府が有する中心的な役割から、司法府を降格するような仕方で、法の民主制的形態を考慮に入れなければならない。ハーバーマスの法の護り手は、裁判官の良心ではなく、市民の個々人の良心である。

私たちが第4章、とりわけ4.7と4.8から理解することができるように、ハーバーマスの立場は、きちんと三点すべてでヘラーの立場の上に重なる。しかしながら、ハーバーマスは、『事実と規範の間』の中では、ヘラーに言及していない。おそらくその理由は、ヘラーが法の実証主義的な見解を抱いていると誤解しているからである¹⁰³⁾。私は、後述する5.3において、ヘラーの立場が重要であると主張する予定である。しかもその理由のいくつかは、ハーバーマスがその立場を再考案したときから約60年前にそれが提案されていたという理由以上のものである。すなわち、ヘラーの立場は、いくつかの点でハーバーマスの立場よりも勝っている。

5.3 ヘルマン・ヘラーと、私たちと同時代の政治哲学および法哲学

政治的および法的秩序の適切なヴィジョンについての議論における民主制と自由主義の双方の陣営とも、多くを共有していることを認める¹⁰⁴⁾。また、この事実、双方の陣営間にとって討論を発展させることを、いくつかの点でより容易にし、いくつかの点でより困難にする。なぜ容易にするかといえば、共通の根拠が、比較され得る接点を提供するからであり、なぜ困難にするかといえば、その相異が、かなり微妙であるからであり、異なったコミットメントというよりも、コミットメントの程度の差となるとしばしば思われるからである。

たとえば政治的自由主義の民主制へのコミットメントをとりあげてみよう¹⁰⁵⁾。過度の民主制化の帰結に対する恐れから、政治的自由主義者は、そ

れを封じ込めるために、民主制を手段として利用する。しかし、私は次のように示唆する。この戦術は、政治的自由主義という世界に緊張を生むと。アイザイア・バーリンは、彼の有名な講義において自由主義の自由概念について、次のような意見を述べた。

それは主として統制の範囲にかかわるのであって、その源泉にかかわるのではない。民主制が実際には個々の市民から、その他の何らかの社会的形態では持ったかもしれない幾つもの自由を奪うのと同様に、自由主義の精神をもった専制君主が自らの従属者（臣民）に多くの個人的自由を許すことも完全に想像できる。……この意味での自由は、少なくとも論理的には民主制または自己統治と結びつかない¹⁰⁶⁾。

バーリンの発言が暗示するのは、ヘラーがとても重要であると考えたと私たちが理解した区別であり——それは、市民とブルジョアとの間の区別であり、基本的問題に関する政治的熟議や意思決定に参加する権利を持つ市民と、自らの義務を受け入れることに満足する消極的な従属者（臣民）との区別である。もしも問題のすべてが自由の空間の大きさと安定であるならば、市民であることは、政治的自由主義者にとって、まさに民主制がそのまま純粹に手段的な善である。

しかし、政治的自由主義が、バーリンが描写する自由主義よりも市民や民主制により力点を置いてきたというのも、真実である。それどころか、ときに政治的自由主義者は、自由主義と民主制の調整に賛成する議論を行う。彼らは、自由主義の価値観が、民主制を制約するというより、むしろ可能にすると主張する¹⁰⁷⁾。

民主制を手段として利用するという見解と、自由主義が民主制を可能にするという見解は、表面上和解不可能であり、その結果、政治的自由主義内の一つのジレンマを表明しているように見える。そのジレンマは、政治的自由主義によって民主制を手段として利用するという見解に有利になるように解決される。政治的自由主義は、すなわち、民主制よりも自由主義

を選択する。それゆえ、民主制と自由主義の間のコミットメントの程度の差であると思われていたものは、民主制の理性の正当性のある範囲についての重大な相違であることがわかる。

政治的自由主義者は、最終的には、この争点を扱うことを回避する。というのも、彼らは、彼らの立場のための十分な正当化理由を、つまり自らの立場の真理を擁護する主張を提示することを差し控えるからである。むしろ、彼らは、自らの弁護を次の主張に頼って行うだけである。その主張は、民主制が意味するものとは、自由主義の政治的価値観についての重なり合う合意により制約される民主制であるということに尽きる。

政治的自由主義は、独自に十分な正当化理由を提示したがないので、ハーバーマスはそれを野心の不足であると述べる。彼自身が持つ解決策は、間主観的なコミュニケーションの理論である。彼は、その理論の中で、コミュニケーションに参加することが、必然的にいくつかの規範的原理にコミットすることを示すものであると主張する。『事実と規範の間』の大部分は、法治国家 (*Rechtsstaat*) の法秩序において順次に制度化される民主制のコミットメントにどのようにこれらの原理が必然的に生じるかを示そうと努力することに費やされている¹⁰⁸⁾。

しかしながら、この種の一手もまた一つの回避である。それは、政治哲学の討論などの政治的討論から逃れる一つの方法である。ハーバーマスのコミュニケーションの理論は、非常に複雑であり、哲学的に異論のあるものである。彼は、私たちが道徳または政治に関する一種の超越論的な基礎知識を必要としていると考える¹⁰⁹⁾。彼は、すなわち、政治の外に立つが、政治のための基礎を提供する一つの理論を私たちが必要としていると考える。『事実と規範の間』が、その理論を適用しようとするほどには、その理論の弁護をしない一方で、必然性や超越論的な前提条件を求める彼の欲求は、民主制の法制度をひき出す彼の試みのあらゆる段階を悩ます。とりわけ、公的自律と私的自律の共通起源性という彼の命題についての不十分な説明は、いやそれどころか、その共通起源性という命題のための論拠を彼が提供できないのは、私たちが何とかしてその命題の必然性をきつと理解

するようになるという彼の信条に起因すると私は示唆する。

ヘラーは、ハーバーマスの超越論的思考に代わる選択肢を提示する。というのも、私たちが第 4 章で見たように、ヘラーは、政治および法に関する彼の理論を十分に正当化する理由を提示するからである。また、そのヘラーの理論は、私たちの政治および法に関する実践の外では、決して一歩も歩めないものである。ハーバーマスは、そのような選択肢を、あまりに控えめであるとして拒否するであろう。もし私たちが自分たちの実践を、それらに内在する基準によって正当化しようとするならば、よくてもその正当化理由が偏狭であり、最悪の場合には循環論法であり、どちらの場合でも、無抵抗主義および保守主義を導く。私たちは、したがって外部から私たちの政治的伝統に保険を付け、正当性を与える何らかの装置を見つけ出す必要がある。

ヘラーの見解によれば、ハーバーマスの懸念は見当違いな対象に向けられている。内在的なアプローチは、根本を誤って案出されたプロジェクトとの対比においてのみ、過度に控えめに見える。私たちの実践に保険を付けるために、それらを越えて行くべきどんな場所もないのであり、それゆえ、どのような表面上超越的な正当化理由でも実際にはそれ自体を理解しない内面主義的なものになる。内在的な正当化という実践が、適切に理解されたときにのみ、また、私たちが自分たちの実践を活発に批判するとともに、私たちの実践がどのように改良され得るかについて十分に想像力を働かせるときに、私たちが必要とする正当化理由のすべては、内部から見出され得る。私たちは、いくつかの規範が私たちの実践を支配しなければならないということを、必然性やその他の何であれ、それらを用いてまったく疑う余地がないと証明することはできない。私たちができることは、経験や私たちの既存の規範が要求するものに用心深く注意を払いながら、私たちによい方法があるかぎり、それらの実践を修正することである。

私は、ここでこれらの討論の哲学上の複雑さに深入りすることを望まない。むしろ私は、ヘラーの内在的または内部的説明の潜在的な可能性に立ち戻るとともに、詳述しようと思う。

私たちが第4章で見たように、西洋の法伝統についてのヘラーの説明は、大まかには次のようになる。自由主義者は、法の中に、絶対主義の支配者に対抗して個人の権利を保障する潜在能力を秘めた道具を見出した。法が提示する制度的メカニズムは、支配者を実定法に縛りつけるものである。しかし、もしも支配者が実定法の内容に関する何の拘束もない裁量を持つならば、法は、実質的な道徳的な保証人を提供しないであろう。そこで、自由主義者は、法とは国民の議員団に正当性が存するところの議会の産物であるべきという追加された要求を行った。法の正当性は、言い換えれば、国民に対する立法者の説明責任に存することになった。

その自由主義者の要求は、それは民主制の諸勢力との協定を結ぶものであるが、絶対主義的な支配者から、民選議会へと権力をうまく移そうとする努力の上に生じた。しかしそこでは自由主義者は、何が正当かについての自由主義的な考えと調和しない政策をそのような議会が制定するかもしれないという問題に直面する。

そこで、自由主義者は、なぜ民主制的に行動することが必然的に自由主義の基準に従って行動することであるかを示す論拠を見つけ出す努力を始めた。政治的自由主義は、このような試みの線に沿った、まさに今現在からみてもっとも最近のものであると見ることができ、その試みのすべては、国民に対する民主制的な応答や説明責任の発展を制限しようと努める。しかし、もし西洋の法伝統が、法とは第一義的には、個人権という特定の概念の保証人であるよりも、政治的な説明責任の保証人であるとするならば、これらの試みは、この伝統との歩調を乱している。そして、私は、ヘラーに従い、西洋の法的小説および政治的伝統のこのような見解を採用することがなぜ正しいかを示唆したい。

さて、そこで、私は、前述の1.1で素描した法の正当性についての討論に立ち戻りたい。そうする目的は、法の正当性に関するヘラーの説明がその討論中でなし得る仕事を示すためである。自由主義の反実証主義的な説明が、非自由主義的法秩序という事実に対処できず、困っていることを想起せよ。しかし、民主制擁護者は、社会が法秩序という媒体を通して自

己統治するかぎり、そこでは、少なくとも被支配者に対する支配者の説明責任の痕跡を、私たちは見出すことになる、説得的に主張することができる。この限度において、法秩序は正当性がある。

このような説明責任は、賢明な政治行動が採用しなければならない形態としての実定法の存在にのみ見出されることになる。というのも、実定法は可視度が高いだけでなく、権力保持者が説明を問われ得る基準を設定するからである。ここでさえ、私たちは、実定法の存在がその正当化理由——つまり可視性と説明責任の併用——と結びつくことを理解することができる。これらは、トーマス・ホブズのような、妥協を許さない政治的な絶対主義の提唱者による法の説明にさえひそかに入り込んでいた結びつきである。何が説明責任を確実なものにするのかについての考えが変化すると同時に、どんな法制度が求められるかについてや、それゆえ何が法の基本的形態であるかについての考えも変わることになる。しかし、このような考えは、法形態が仕えるようにできている実体的な原理につねに結びつけられることになる。

この最後の主張は、分離命題を介して、道徳的形式から道徳の実体を分けようとする、私たちと同時代の英米法の法実証主義者によってももちろん否定される。法実証主義者は、分離命題には道徳的な見返りがあるという——つまり分離命題は個々の市民が、法に正当性があると判断するイデオロギーの制約から免れて法のメリットについて決断できるようにするという——示唆を一つの理由としてそうする。分離命題は、要するに、自由主義的な善良な市民が、良心的な判断を行うのを容易にする¹¹⁰⁾。法実証主義者は、次のような理論的な根拠に基づき、分離命題に賛成する主張も行う。すなわち、その根拠とは、彼らの法理論の一般性であり、現実の法秩序に光を当てる仕方、法秩序を理解することができる一般性である。というのも、その法理論は、法秩序を特定の一連の道徳的価値観の具体化と同一視しないからである¹¹¹⁾。

この立場に対するヘラーの反応は、ヘラーがケルゼンに対して行なったように、その立場がその明示な部分をもっともよく構成するいくつかの社

会学的小および政治学的想定を密輸入すると主張することであつたであらう。

ケルゼンと同様に、私たちと同時代の実証主義者は、裁判所が判断しなければならない法——ドゥオーキンのハード・ケース——が不確定であることがよくあるという主張に異議を唱えない。このような事例は、と実証主義者は言う、この事例に関連する「第一次的な（‘primary’）」ルールまたは諸ルールの内容が論争的であるという理由で生じる。これらのルールは、何が法的に許容された行動かを特定することによって、法に服従する者の行動を規制する義務のある法の諸ルールである。

私たちと同時代の実証主義者は、それと異なる諸ルールの秩序の存在も示す。これらの「第二次的な諸ルール（‘secondary rules’）」は、法の従属者（臣民）の行動を規制しないが、そのような行動規制の諸ルールを制定し、その内容を決定し、さらに実行するための手続を規制する。しかしこれらの第二次的な諸ルールは、第一次的な諸ルールの内容についての論争に決着をつける権限を持つ者を決定することになるのが通常ではあるが、ハード・ケースにおいて権威のある判断内容を独自に決定できない¹¹²⁾。法がこのようなハード・ケースにおいてなし得ることのすべては、それゆえ、何が有効な法であるかについて、一つの決定がなされるところの手続を特定することであり、少なくとも、法律で定められた公務員またはそれを行う権限を持った立法機関が、その決定を覆す判断を行うまでである。

今日の法実証主義者の著作において、第一次的な諸ルールの不確定性は避けられないものとして提示される¹¹³⁾。それは、将来のための処方をするときに使用される言語に固有の漠然性の産物であり、予想される複雑さと、予想されない複雑さの産物であり、法に疑義を差し挟むようになる状況の産物であり、そして最後に、法律で定められた公務員が遭遇する複雑さに対応するために、その法を整備するという仕事をその公務員に委任することが望ましくもあり必要でもあると立法者が考えることがよくあるという事実の産物である。

この実証主義の立場の決定的な特徴は、その立場が法の本質を理解する

うえでの何らかの役割を政治に与えるというよりも、政治に影響を及ぼすということである。その立場によれば、法的小よび制度的な改革のための提案が、公務員の裁量を構造化し拘束するとともに、逆に言えば裁量的活動のための余地を慎重に開くメカニズムに焦点を当てるべきであるということである。したがって、その立場は、政治的な組織化（あるいは社会的および経済的秩序）のどんな特定の形態も、法に関する実証主義的な概念によって前提とされていないし、あるいはさらに適切に言えば、その概念と調和していないという意味において（異なる種類の社会的および経済的秩序の間では言うまでなく）政治的な組織化の民主制的なモードと権威主義的なモードの間でも、完全に中立的であると宣言されている¹¹⁴⁾。

しかし、私たちと同時代の法実証主義者は、彼らの法概念がこの意味で中立的であると主張することになるという事実にもかかわらず、実証主義における「手続的転換（‘procedural turn’）」と私が呼ぶものは、福祉国家の一番早い制度がヨーロッパやイギリスにおいて登場した後に起ったことは偶然ではない。その手続的転換によって、私は、法の第一次的な諸ルールの内容から、合法的な決定を行う権限を公務員に与える法の第二次的な諸ルールへと焦点が移ったと言っているのである。

法実証主義は、イギリスにおいてはホップズからジェルミー・ベンサムを経由してジョン・オースチンに至る、また、ホップズから 19 世紀ドイツ法思想の法律の実証主義に至る、その中心的な主張によって自らを定義し続けてきたとするならば、法実証主義は、法理論の領域から退去しなければならなかったであろう。その中心的な主張とは、法はその本質において形式的な審査によって確定され得る内容を持つというものである。しかし、法はその本質において確定的な内容を持つという考えは、その展開や具体化や適用が巨大な官僚制に委ねられる広汎な社会的目標に仕える中で法律が制定される時代の法の根本的な不確定性に直面するとき、失敗に終わらざるをえない。手続的転換は、法実証主義を救出する。というのも、合法性という準則は、どのように内容の広汎な不確定性に対処すべきかという問題に一つの解決策を提示すると同時に、純粋に形式的であるという

主張を実証主義は続けることができるからである。換言すれば、法に関する決定を行う権限を付与する第二次的な諸ルールが形式的な準則によって捉え得るかぎり、実証主義は救出されるように見える。

もちろん、前述の1.1で指摘したように、この一手は、単に実証主義の問題をずらしただけかもしれない。第一次的な諸ルールほど不確定性に晒されやすくさせない第二次的な諸ルールの本質に何かがあるというわけではない。また、そのことは、もっとも基本的な第二次的な諸ルールについて当てはまり、とくにいっそう当てはまる場合がある。そして第3章で見たように、ケルゼンは、規範を作る権限を公務員に付与する規範に法哲学の焦点を移動させる試みを行うとき、同様のずらしを結果として行う。ハートもケルゼンもともにこの問題を認めたし、彼らの理論が、彼ら二人に強い解答をその問題に与えた。すなわち、第二次的な諸ルール（あるいはより高次の秩序の規範）の不確定性の場合、第一次的な諸ルールの不確定性の場合と同様に、その不確定性は裁量によってのみ、すなわち政治によって解決され得る¹¹⁵⁾。

しかし、たとえ実証主義の手続的転換を今世紀の初めの数年の政治的展開の応答として理解することが正しいとしても、それらの政治的展開は、実証主義の法理論の中では本気で取り組まれていない。そのうえ、さらに重要なことに、実証主義はそれらの展開の結果であるところの法秩序についての含意に本気で取り組んでいない。

実証主義は、不確定性を扱ううえでの第二次的な諸ルールの機能についてのより複雑な説明に関する場合を例外にして、法の形態上または法制度の役割上の変化という争点を扱わない。そして前述の第二次的な諸ルールの機能の説明において、政治は理論づけられないままであり、法の周辺にある力にとどまる。政治は少なくとも法の視点からすれば、裁量的であるという意味で不合理な方法で、不確定な法の内容に関する紛争を解決するために介入する。私たちは、実証主義の手続的転換が単なる形式的なものであるとすることができる。すなわち法に関する実証主義の手続的準則は、規範的でもあるいは道徳的でもなく、むしろ有用性または効果の準則にす

ぎない。

これは、法実証主義者が、政治は不合理でなければならないという信念にコミットしていると言っているわけではない。法実証主義のイギリスの伝統の中でハートと彼の追隨者は、自由主義的な民主制の長所に賛成する論を展開する¹¹⁶⁾。また、私たちが第3章で理解したように、ケルゼンでさえも、つまり道徳や政治について信念を持った相対主義者でさえも、議会主義的民主制が、その法制度とともに、政治秩序のもっとも合理的なものであると主張する。

しかし、これはここでの要点に影響を与えない。すなわち、その要点とは、法に関する実証主義的な概念の観点からすれば、政治が周縁であるとともに不合理であるように見え、かつ、実証主義が、法の形態および制度における変化に直接的には本気で取り組まないというものである。要するに、私が前述した1.1で示唆したように、またヘラーがケルゼンについて述べたように（前述した4.1を参照せよ）、法の内容をめぐる政治的対立に直面して、法がより不確定であると思えるにつれて、実証主義は次第に空虚なものになるということだ。政治、すなわち不合理な権力のゴルゴンの頭部（the Gorgon head）（＝見た者を石と化した怪物の頭部）は、かつて法の周縁——ピナンプラ（半影部分）——だけに存在すると思われていた裂目を満たす。

実証主義者とは対照的に、ヘラーはまさに法の正当性に賛成する論を展開する。また、ドゥオーキンやロールズのような政治的自由主義者とは対照的に、ヘラーは、法の正当性を、特定の一連の道徳的価値観を具体化することと同視しない。とはいうものの、法の正当性についてのヘラーの命題は、法と道徳との間のある関わり合いにまさに依拠する。法が奉仕すると彼が言う道徳的価値は、市民の共同生活という観点から力を合わせて決定する市民全体による自己統治という価値である。しかも、その市民全体による自己統治という価値は、その（市民の共同生活という）観点が、経験に照らして修正を要求することになるという条件につねに服する。そのとき、現実の相異なる複数の法秩序は、共通の尺度——つまり、それらの

相異なる法秩序が確保する、ロン・L. フラー (Lon L. Fuller) の言葉で言えば、「市民と政府の間の目的論的な適応の相互作用 (‘interplay of purposive orientations between citizens and government’)」のその範囲と方法——に基づいて比較され得る¹¹⁷⁾。

また、私たちは、ヘラーとハーバーマスがともに示唆するのをすでに見たように、法の正当性に関する民主制的な立場は、法に無条件に服従する義務があるとは考えない。良心的な市民は、正当性の護り手であるが、その良心的な市民はまず第一に民主制擁護論者であって自由主義者ではない¹¹⁸⁾。民主制的な市民は、実定法と彼の良心からの命令との衝突に直面して、それをどのように解決するかを決定するうえで、その実定法にそれに相応しい重要性を付与する。さらに、そのことは、どれだけその実定法が、適切に機能する民主制的な法秩序の産物であるかに注意を払う責任など、彼の民主制的な責任を考慮に入れることを要求する。

これまでのところ、私は、ヘラーの評価をより好ましいと思う第一の理由から議論を始めた——それは、民主制の法秩序のための内在的な正当化理由を提供し、私たちの法的および政治的な伝統の中で完全に機能する正当化理由である。また、ヘラーは、もうすでにお分かりのように、彼が、作業仮説としての法の証拠ではなく、その説明を私たちに提示していると認めるであろう (前述の 4.2 を参照せよ)。まさにこの段階において、第一の理由は、第二の理由に次第に変化し始め、その第二の理由は、彼の作業仮説が、政治に従う仕方に関係がある。つまり、その作業仮説は、その真理に踏み留まると同時に、政治の中でその真理について討論することを約束する。

この段階に踏み出すとき、ヘラーのプロジェクトは、政治的自由主義によって提示された正当化理由よりも、より完全な正当化理由を提供する。というのも、政治的自由主義は、正当性のある政治というその概念を支持する政治的な論拠の他には、何の論拠も提示しないために、自らを「形而上学的ではなく (‘not metaphysical’)」政治的であると宣言する一方¹¹⁹⁾、この宣言に忠実であり続けることはないからである。むしろ、政治

的自由主義は、その真理主張を葬り去ることを狙っており、根本的な挑戦を受けたときにのみ、その真理主張を露わにする。このことは、私がすでに示唆したように、その宣言が不可能を強いるものであることを私たちに知らせる。政治的自由主義も、あるいはどんな政治的立場も、その真理主張を人に理解してもらわなければならないとともに、政治の中でその真理主張について討論する覚悟ができていなければならない。ハーバーマスは、ヘラーの段階に踏み出したいと望んでいるように見えるときがあるが、彼のコミュニケーションの理論が結果として政治の場から彼の理論の真理を保護しようとする試みにもなるため、気がついてみると実際には政治的自由主義と同じ立場にいる。

ヘラーが民主制と自由主義の双方の政治哲学内の重要な緊張関係を扱う方法は、一方では彼の立場と、他方では政治的自由主義およびハーバーマスの際だった差異を指し示す。その緊張関係は、民主制擁護論者が可能なかぎり広く民主制的な熟議の余地を作りたいと望むために生じる。民主制擁護論者は、正当化理由に対するコミットメントが、可能な限り最大限まで正当化の手續の制度化を要求すると信じる。たしかに論争を招くような公共政策の争点について合意を期待することはできないが、その争点がそれに適した討論に服してほしいと依頼することができるし、依頼すべきであり、また、なされた決定が、さらなる熟議と修正の双方に服してほしいと依頼することができるし、依頼すべきである。しかし、このことはみな熟議の広い範囲を残すために必要とされるすべての権利の保障を求める。すなわち、それは、それらの権利がそれ自体で、民主制的熟議の対象範囲から排除されなければならないことを求める。また、自由主義者がそこで次のように論じることができることを想起せよ。すなわち、自由主義的な権利が民主制を可能にするのであり、なぜならこのような権利はもっぱら自由主義が個人に保障しようと努力してきた権利でもあるからだ。

民主制擁護論者は、民主制が民主政に参加する権利を保障する必要があることを認めなければならないし、また、それらの権利が自由主義によってまず明確にされた個々人の権利のパッケージの一部をなすことも認めな

なければならない。しかし民主制擁護論者は、それらの権利の内容について特定の自由主義の立場の正しさを認める必要はない。それどころか、民主制擁護論者は、その内容を争点にすることにコミットしなければならない、それゆえ、ある程度まで民主制の熟議の対象範囲に入る民主制的な権利とは何であるかを争点にすることにコミットしなければならない。要するに、明示的であれ解釈によるものであれ、このような権利の内容を凍結する憲法は、非民主制的であるということになる。

たとえば、この見解によれば、表現の自由に対するいかなる制限も条文通りに排除するものとしてアメリカ合衆国憲法の修正第1条を解釈することは、非民主制的である。それは、ある集団が、表現の自由を非民主制的なものにさせるような特定の解釈をすることを望んでいるということではなく、むしろ、彼らが、彼らの解釈を民主制的な熟議の対象範囲から排除されるような仕方では表現の自由が実行されることを望んでいるということである。民主制擁護論者は、経験に照らして過去の決定を修正するために民主制的熟議の潜在能力に信頼を置くが、政治的自由主義者と一緒になって権利のリストの内容を凍結しようとする試みには、信頼を置かない。

私は、熟議への民主制的な信頼が、政治的自由主義の立場と民主制の立場との重要な相違を示すと信じる。政治的自由主義者は、自由主義的な民主制擁護論者であるが、他方で民主制擁護論者は、民主制が個人の権利を明確に規定し保障すべきであると考え。政治的自由主義者は、少なくとも、基本的な問題について重なり合う合意の存在を引き合いに出すことによって、自由主義と民主制の間に生じる緊張関係を扱う。しかし、まさにその緊張関係の存在がそれを扱うための何らかの戦略をなくてはならないものになっているという理由からして、彼らの立場は、何よりも信じがたい。また、ハーバーマスのコミュニケーションの理論が公的自律と私的自律との間の競争を一掃すると彼が主張するかぎり、彼はこの自由主義の立場を分け持つ¹²⁰⁾。

ヘラーの主張は、それにひきかえ、法の正当性についての討論を政治哲学の中心に位置づけるような、次の争点に直接的に応答する。すなわち、

超越論的な道德の規準ないし伝統に訴えることが一般に疑いをもって受け取られる世俗のおよび多元共存的な時代に、私たちが生きているという事実の直接的に応答する。彼の説明は、多くの集団が国家による社会保障の供給のような争点について討論するために利用することができる制度以上のものを提供しようとすることによって、この事実を扱う。法は、彼の説明では、政治的緊張を扱うための——回避するためではなく——制度的な仕組みを提供する。合法性に基づく制度は、その制度それ自体が、法の理念にとって、つまり民主制擁護論者と政治的自由主義者の両者に従えば、自由で平等な市民であることという理念にとって、十分であるかどうかという問いを実践的な政治の内部で可能にしなければならない。

そうであるとすれば、ヘラーは、法の正当性についての民主制的な説明の真理にコミットするという点で、政治的自由主義者と異なる。しかし彼のコミットメントは、ロールズが『政治的自由主義』の中で恐れている、政治の場で真理のすべての主張に注意を払う単なる断言になるわけではない。『政治的自由主義』の中で、ロールズは、信条を断言すること (asserting) と、それを言い張ること (insisting) との違いがないことを前提としているように思える。しかし、それは、そのような討論が単に自己の信条を言い張ることになるだけであるという政治的討論についてのうすっぺらな見解である。公共的討論において自己の信条を断言することは、自己の信条のために理由を付与することを意味する。そのとき、まさに公共的討論の目的は、それらの理由を活かすことになる。

私は、しかしながら、特定の包括的原則とは結びつけられない政治秩序のヴィジョンに向けたロールズの探求に捨てがたいものがあることを示唆したい。私がすでに示唆したように、彼の正義論におけるまさに際立っている市民についての話、また、私たちの共同生活に生気を与えるべき価値観に関して熟議するような市民についての話は、自由主義の理論を自由主義的な民主制の理論に変える試みである¹²¹⁾。しかし、ロールズは、民主制を、一つの包括的原則としての自由主義の価値観が多かれ少なかれひそかに支配する政治制度に作り変えることによって、民主的要素を巧妙に処理

することを試みる。それゆえ、彼は、自由主義が没落する前の自由主義に、つまり犯罪の門を潜り抜けるかもしれない犯罪分子を別にすれば、強制的でない世界に私たちを戻そうと試みる。

ヘラーの立場はそれとまったく異なる。彼は、自分の包括的な見解が真であると断言する。しかし、彼は自分の信条を単に言い張っているのではない。というのも、彼は、それらの信条を正当化する公共的に討論可能な理由を提示するからである。逆説的に、彼が行う真理主張は、自らの立場を公共的討論というテストに服せしめるが、それとは対照的に、ロールズの知的な禁欲は、実際に討論から自らの立場を隔離する試みである¹²²⁾。それとはまったく異なり、ヘラーの立場は、それが政治的討論内で提出させ得る立場を主張しようとするという意味で政治的であるが、ところが一方で、ロールズの自由主義やある程度までハーバーマスの民主主義論も、討論を先取りしようとするというシュミット主義的な意味において、政治的である。

皮肉なことに、ロールズはこの問題に関するかぎり、シュミットからそんなに遠いとは言えず、むしろ同時に、シュミットからの攻撃にもっとも弱い。ロールズは、レオ・シュトラウス (Leo Strauss) が「自由主義の地平 ('horizon of liberalism')」と呼んだものの内部で、シュミットに直面する。その地平において、その選択は、二つのヴィジョン間の黙示録的選択であり、そのどちらのヴィジョンも自分のために政治的なものの領域を征服しようとする (前述した 2.5 を参照せよ)。ハーバーマスは、それとは対照的に、政治の外の哲学的な立場に戦いの場を移すことによって、シュミットに答えようとする。その哲学的立場から、ハーバーマスは、私たちの政治的な実践にとって何が次に必然的に起こるかを私たちに示すことができるようになる。この移動は、純粋なまたは科学的な法理論を持ちたいというケルゼンの希求を強く連想させる¹²³⁾。また、ハーバーマスが、ケルゼンと同様に、社会的および政治的権力が、合法性の合理的および論理的関係の中に消えるように行使させると考える啓蒙運動の見解を復活させる虚しい努力をしている、とヘラーは思ったにちがいない¹²⁴⁾。

そこで、自由主義に対するシュミットの批評から学び得る教訓は、自由主義の没落が、指導者（Führer）——地上の神——だけがそこから私たちを救い出すことのできる奈落の底への没落でなければならないということではない。その教訓とは、自由主義は民主制への自らの没落を容認すべきであるということである。シュミットは、次の意味で正しかった。つまり、自由主義は緊張のない状態では、民主制と——いかなる実体的な政治的立場とも——調和できないとしたところである。しかし、このことは、自由主義が、民主制の内部で競争する政治的立場のうちの一つとして、決められた自分の席に着くことができないという意味ではない。

しかも、自由主義は、そこでは尊敬される席を与えられる。というのも、ヘラーが認めたように、自由主義者が伝統的に戦いにとってきたものの多く、そのうちでも、もっとも注目すべきものとしては、個人の平等という観念はもとより、（表現の自由などの）個人の自由は、民主制にとって基礎となるものであるからである。しかし、それらは、政治的に決定するアジェンダから、一度限りで排除され得るような内容を与えることができるという意味で基礎となるものなのではない¹²⁵⁾。

このことは、「なぜ民主制か（‘Why democracy?’）」という問いと共に、私たちを置き去りにする。この問いには、私が思うに、啓蒙運動が、普遍的な理性の下での安全な演壇を私たちに提供できなかったにもかかわらず、なぜ啓蒙運動が私たちを必ずしもシュミットの奈落の底に投げ込まないかを再確認することによって答えることができる。私たちは、奈落の底に投げ込まれることも、安全な演壇という観念をも拒否できるし、理性が公共的であること、つまり自由かつ平等な市民間の共同で行う調査研究という事実に基づいたプロセスで生起するものであることを、私たちが理解するかぎり、私たちは、いまでも自分たちのガイドとしての理性の観念と、自分たちの目標としての真理を持ち続けることができる¹²⁶⁾。

ヘラーは、もうすでにお分かりのように、このような見解を抱いていた。彼は、その見解を実践に移すために、法理論が、受動的な従属性（臣民性）よりも、市民であることという能動的な理想を中心に構築されなければな

らないとも考えた。合法性に基づく制度は、民主制的でなければならない——それらの制度は、未発達ではあるが、つねに西欧の法概念の一部であった説明責任と政治参加という原理に対して答え得るものでなければならない。しかし、それらの制度は、そのうえ社会的平等という絶えず変化する理想にも答え得るものでなければならない。もし形式的法治国家 (*Rechtsstaat*) が純粹に形式的なままならば、ヘラーが警戒したように、もし形式的法治国家 (*Rechtsstaat*) が社会的法治国家 (*Rechtsstaat*) に変換されないならば、平等というその約束は、空虚どころではないように見えるであろう。すなわち、それは詐欺と同視されることになる。

社会的および政治的な分裂がますます進展する時代において、政治の実践上だけでなく政治哲学上も、平等主義的な理想から後退する時代において、さらに自由主義の価値観というマジノ・ライン (Maginot line) を守る試みの中で法実証主義が復活する時代において、ヘラーの主張は、傾聴する価値が十分にある。私たちは、私たちの未来にきっと生気を与えるであろう「作業仮説 ('working hypotheses')」について討論し確証するために、民主制的な正当化理由という私たちの実践の中で、ヘラーの方策に目を向けることが賢明であろう。

——5の注——

- 1) John Rawls, 'Reply to Habermas', *Journal of Philosophy*, 92 (1995), 133, n. 1.
- 2) John Rawls, *Political Liberalism* (New York, 1993), chap. 4.
- 3) See 2.5 in Chapter 2, above.

——5.1の注——

- 4) 本節や5.2での議論の初出論文は、以下に掲げるいくつかの私の論文である。
 'Liberalism after the Fall: Schmitt, Rawls and the Problem of Justification', *Philosophy and Social Criticism*, 22 (1996), 9; 'Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?', *American Political Science Review*, (1997) forthcoming;
 'The Legitimacy of Legality', *University of Toronto Law Journal*, 46 (1996), 129;
 'Conscience and the Law: Liberal and Democratic Approaches', *Nomos XL: Integrity and Conscience*, forthcoming.

- 5) Rawls, *Political Liberalism*, xvi-xvii (above, n. 2).
- 6) Ibid., xiii.
- 7) Ibid., xxvi.
- 8) John Rawls, *A Theory of Justice* (Oxford, 1980). アーネスト・ウィーンリブ (Ernie Winlib) が私に対して指摘したように、ロールズについての私の説明の入口論に向けた反対が存在する。『正義論』こそが、ロールズのプロジェクトのための正当化を行った研究業績である一方で、『政治的自由主義』は、このプロジェクトが多元的共存を所与としたときの安定に到達できるかどうかの問題だけに本気で取り組むものである。私の理解では、『政治的自由主義』は、正当化の問題と安定の問題のこのような区別を維持していないし、維持できない。というのも、『政治的自由主義』の中で、ロールズは、多元的共存という現実が、『正義論』において詳説された正当化理由よりも浅いものを、明らかにするように彼に求めるとわかっているからである。私が以下に示すように、そのより浅い正当化理由が不満であるという『政治的自由主義』の中の彼の感覚は、その深い正当化理由から覗き見るように彼を促すことが何度かある。
- 9) 理性の能力と二つの道徳的な能力——正義感のための能力と善の感覚のための能力——が存在する。See Rawls, *Political Liberalism*, 18-19. また、これらの能力についてのロールズの再述のために、esp. 305-6 (above, n. 2).
- 10) John Rawls, *A Theory of Justice*, 560-1 (above, n. 8).
- 11) Ibid., 245-6, at 246.
- 12) 「まず第一に、当事者間の相異が彼らに知られていないし、誰もが平等に合理的で、類似した状況にあるため、各々が同じ論拠によって確信を抱くのは明白である。」ibid., 139. (ジョン・ロールズ著・矢島釣次監訳『正義論』(紀伊国屋書店、1979 年) 107 頁を参照した。)
- 13) この点に関してもっとも重要なテキストは、Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge, 1982) である。
- 14) Rawls, *Political Liberalism*, 137 (above, n. 2).
- 15) See *Political Liberalism*, 11, 147-8 (above, n. 2).
- 16) Ibid., 13, and 154-5.
- 17) Ibid., 11-12.
- 18) Ibid., 12-13.
- 19) Ibid., 13-14.
- 20) Ibid., 9-10, and 94.
- 21) Ibid., 27.
- 22) Ibid., xvi-xvii. See also 144.
- 23) ロールズは、中立性の観念を残念なことに捉える (Ibid., 191) が、それでもそれを使い続ける。See esp. 193.
- 24) Ibid., 199-200.
- 25) *Political Liberalism*, 97 (above, n. 2).
- 26) Ibid., 129.

27) Joseph Raz, 'Facing Diversity: The Case of Epistemic Abstinence' ; in *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford, 1994), 45.

28) Rawls, *Political Liberalism*, 64-5, 144 (above, n. 2).

29) Ibid., chap. 6.

30) Michael Sandel, 'Political Liberalism', *Harvard Law Review*, 107 (1994) 1765.

31) Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals* (Oxford, 1981) esp. chap. 1, 'Morals and the Criminal Law'においてデブリン卿 (Lord Devlin) がかなり昔に指摘したように。See also Neil MacCormick, 'Against Moral Disestablishment' in his *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy* (Oxford, 1982), 18

32) Sandel, 'Political Liberalism', 1778-82 (above, n. 30). それどころか、ロールズが公共的理性に設けた限界は、女性の不平等および弾圧を扱うために、既存の制度を変更する必要がないと彼が述べた本書の初めの方で示される、現状維持に対する固有の偏見をうっかり表してしまう。Rawls, *Political Liberalism*, xxix (above, n. 2).

33) *Political Liberalism*, 340-56 (above, n. 2).

34) Ibid., 254. Footnote omitted.

35) Rawls, *Political Liberalism*, 231 ff.自由主義的民主制の体制が正当性を有するためにこのような裁判所が必要であるかどうかの文脈依存的な評価に関するロールズの発言を読み解く一つの解釈は、多元的共存の事実がそれほど根深くないとき、つまり、その社会が実質的に同質であるとき、そのような裁判所がなくてもよいものである。

36) Ibid., 144.

37) 人は、自由主義の論敵による自由主義的制度の占拠を回避するために、活動的な市民を必要とするというロールズの主張のために、see *ibid.*, 205.ロールズは、その206頁において、ちょうど彼が政治的自由主義を包括的原則としての自由主義によって基礎づけられることを回避したいと思っているのと同じように、彼が活動的な市民の観念のような善き生の観念によって基礎づけられることを拒否すると仄めかした。

38) See, for example, *ibid.*, 71, 76-7, 85-6. ロールズは、220頁注(7)では、「私的な理性のようなものは存在しない」と言うことによって、公私の区分論とそれゆえ自由主義上のその位置づけに対する批評を克服しようとする。彼は、公私の区分論の場所に、公共的理性と社会的理性の区分論を置き、私たちが、それらの双方の理性に参加する平等の市民の権利を、市民として有すると述べる。この置き換えは、公私の区分論の批判者をほとんど満足させそうにない。それは、特定の集団が明確に説明した彼らの社会的経験を自由主義の政治の秩序から逸脱すると判定することによって、公私の区分論と同様のことを達成しようとする。

私は、ロナルド・ドゥオーキンがボルノについての彼の論文 ('Two Concepts of Liberty', Edna and Avishai Margalit eds., *Isaiah Berlin: A Celebration* (Chicago, 1991) 100-9)の中で類似の動きをしていることを理由に批判する。See Dyzenhaus, 'Pornography and Public Reason', *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 7 (1994), 261.

39) Rawls, *Political Liberalism*, 139-40, 156-7 (above, n. 2).

40) Ibid., 63. 彼が理解するように、この主張は、少なくとも、彼の61頁の議論と見かけ上の緊張関係にある。その頁では、彼は、真理主張は、自分の信条を単なる強要に等しいとその反対者には思われるので、政治的な討論では真理主張を行なうべきでないと言う。ロールズは、他の場所でも、この真理の「正当性を断言すること」よりも、「自分の信条を言い張ること」という用語を使う。See, for example, *ibid.*, 127-8. 私は後ほど、この用語について議論する。

41) Ibid., 152-4.

42) Ibid., 154-6.

43) Ibid., 247-51.

44) 彼が述べていること (*Political Liberalism*, xx-xxi, and 22-3) に反して。ここで、私たちは、公正さのいくつかの制約を所与とすると、正義の内容が討論のための一つの主題になるという印象を受ける。しかし、これらの条件は、結局のところ、正義の内容がどんな討論にも先立って解決されるほど、非常に強固であることが判明する。私はこの後、この論点に戻る予定である。

45) 強制力についての議論のために、see *ibid.*, 37, 54, 60-1.

46) Ibid., 150-1, 156-7.

47) Ibid., 127-8.

48) Ibid., 156.

49) Compare Bruce Ackerman, *Social Justice and the Liberal State* (New Haven, C. T., 1980) 11 and Charles E. Larmore, *Patterns of Moral Complexity* (Cambridge, 1987), 55-68. ロールズは、*Political Liberalism* (above n. 2) の192頁の注21で、ラルモアと類似の立場を支持するよう見える。これらの線に沿った議論に関するロールズに対する優れた批評のために、see Bernard Manin, 'On Legitimacy and Political Deliberation', *Political Theory*, 15 (1987), 338.

50) 「理に適った多元的共存の事実と直面して、自由主義のある見解は、もっとも意見が対立する争点を政治的なアジェンダから取り除く。それらの争点についての深刻な意見の相違は、共同作業の社会的基盤を掘り崩すにちがいない; Rawls, *Political Liberalism*, 157 (above, n. 2). ロールズは、これらの争点の中に、人びとが「もっとも重要度の高いもの ('the highest thing')」と適正にも捉えることになるものがあることを認める; *ibid.*, 4.

51) See *ibid.*, 233. そこでは、'Constitutional Politics/Constitutional Law', *Yale Law Journal*, 99 (1989), 453, at 464 と、*We the People Foundations* (Cambridge, Mass., 1991) i. 6-10 の中のブルース・アッカーマン (Bruce Ackerman) の見解が採用されている。

52) チャールズ・ラルモア (Charles Larmore)、すなわち「政治的自由主義 ('Political Liberalism')」という用語を造り出した彼は、次のように正直にそれを表現する。

自由主義的な自由は、民主制の統治や、とりわけそれが通常採用する形態である多数者支配に制限を設ける。さらにこの序列は、単なる一時凌ぎのものではない。

それとは反対に、民主制は、自由主義の原理の下位に位置づけられる。というのも、まさに民主制的制度の価値は、主として、つまりその他のものを排除するわけではないとしても、それらの民主制的制度が自由主義的な自由の最良の保障手段 (*means for guaranteeing*) であるという点にあると考えられるからである。

See Larmore, *The Morals of Modernity* (Cambridge, 1996), 182 emphasis in original. これらの発言が、自由主義と民主制の矛盾についてのカール・シュミットの申し立てに答える論文の中で書かれていることは、特記すべきことである。

53) ロールズが認めると思われるように (*Political Liberalism*, 44-5, and 152 (above n. 2))。

54) 実際に、ロールズはこの点についてほとんど明白である。政治的自由主義は、私たちが見たように、その帰結という点で中立的ではないが、彼は、それが何らかの包括的原則をその他の包括的原則よりも積極的に優遇していないという点で、いまでも中立的であると主張する (ibid., 192-4. しかし、それ (政治的自由主義) が間接的に冷遇する傾向にないと思われる唯一の包括的原則は、自由主義的な包括的原則の相異なるヴァージョンである。すなわち、政治的自由主義は、政治的行為のために、理に適っているが非自由主義的な集団を相手にしないが、それと同時にこれらの集団は、政治的自由主義が助長する社会的風潮の中を生き残ることがより困難であると思ひ知ることになる。これらの点についてのロールズの暫定的な発言のために、197頁から200頁を参照せよ。要するに、人は、帰結の中立性に対する要求をはねつけながら、目的の中立とロールズが呼んだものにしがみつくとはいえないということになる。というのも、ロールズが認めるその帰結は、各個人がそれぞれの包括的な見解を完全に私的な個人の選択と見なすことを求めるからである。

55) Ibid., 231-3.

56) 'Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet': Carl Schmitt, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* [Political Theology: Four Chapters on the Theory of Sovereignty] (Berlin, 1990, first pub. 1922), 11.

57) See Rawls, *Political Liberalism*, 61, 138 (above n. 2).

58) See Sandel, 'Political Liberalism', 1784-5 (above, n. 30). ロールズは、その格差原理を自由主義的な憲法に本質的に含まれるべきものとは考えない。しかし彼は、その基本衝動が、つまりあらゆる市民が社会に参加することを可能にする福祉の最低限の提供が、憲法秩序の重要な部分であると考え。さらに、彼は、その格差原理が、その衝動の一つの明確な説明として、立法を行うための正当性のある根拠であると明らかに思っている (*Political Liberalism*, 228-9 (above n. 2)). もちろん、同意という事実は、それが善き生の概念または相異なる諸概念の収斂に基礎づけられるとしても、それ自体でいかなるものも正当化すべきではない。しかしそのことは、婚姻制度を異性間カップルに限定するかという問題について同意があると認めながら、婚姻制度を異性間カップルに限定することが自由主義的な民主制においては違憲であることを意味する。

59) Ibid., 232.

60) だが、ロールズは、立法府の決定をそれ自体のために真理主張することを理由にその決定を無効にすると同時に、自由主義の真理への訴えかけやあるいは少なくともその自由主義の包括性を私たちに部分的にちらりと見せるような訴えかけを、例外的には許しているように見えることを想起せよ。

61) Ibid., 161.

62) それゆえ、ロールズが、フェミニズムを完全に無視するよりもなおさら悪いことに、単純に払いのけるとしても驚くことではない；ibid., xxix.

63) See Michael Sandel, *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy* (Cambridge, Mass., 1996), esp. Chap. 2.

64) 唯一の真に自由主義的な民主制の社会が、アメリカ合衆国憲法の特定の理解からすれば、アメリカ合衆国であることは、驚くことではない。「一度限りで（'once and for all'）」提示されてきたもっとも基本的な価値観についてのロールズの主張の模倣のために、see Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, Mass., 1996), esp. 221: 「基本的な消極的自由として考えられ、保護される言論の自由は、近代民主制が行った選択のうちの中核を占める……」。それゆえ、ロナルド・ドゥオーキンが反実証主義の立場として最初にはっきりと話した立場は、やはり、実証主義の立場に思えることがわかる。これは、多くの実証主義者にとって驚くことでは決してないように思われるであろう。彼らは、ドゥオーキンの立場がアメリカ憲法に関する実証主義を隠していると初めから思っていた。彼らは、彼の立場が基本法の価値観が多少なりとも、彼が正しい政治道徳であると理解したものと一致するという主張に、つまりアメリカ法秩序に関する事実の問題としてもっともらしかった主張に依拠しているとつねに考えた。

65) Rawls, *Political Liberalism*, 152-6 (above, n. 2).

66) ジュディス・シュクラール（Judith Shklar）を参照せよ。「リベラリズムはデモクラシーと結婚したが、その結婚は単婚制にもとづき、忠実で、永遠に続くものである——しかし、便利だからおこなった結婚であると、公平に言うことができる」（この訳は大川正彦訳、ジュディス・シュクラール著「恐怖のリベラリズム」『現代思想』（特集「恐怖の政治学」）第 29 巻第 7 号（2001 年）136 頁による。）；Shklar, 'The Liberalism of Fear', in Nancy Rosenblum ed., *Liberalism and the Moral Life*, (Cambridge, Mass., 1989), 21, 37.

67) リチャード・ローティ（Richard Rorty）は、ロールズがすでにこのオプションを採用したと信じる。See Rorty, *Objectivity, Relativism, and Truth: Philosophical Papers Volume 1* (Cambridge, 1991).

68) ドゥオーキンは、ロールズとは対照的に、十分な正当化理由をまさに提示する；see Dworkin, 'Foundations of Liberal Equality', *Tanner Lectures on Human Values* (Salt Lake City, 1990) vol. 11, 3. まさにこの理由のために、ロールズは、ドゥオーキンの正当化理由を、それがあまりにも包括的であるという口実で、政治的自由主義のための根拠として拒否する。See Rawls, *Political Liberalism*, 211, n. 42 (above n. 2). しかしながら、Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American*

Constitution (Cambridge, Mass., 1996), 36 (above, n. 64) の中で、ドゥオーキンは、政治的自由主義の理念を十分に支持するように見える。私の見解では、この争点についてのロールズとドゥオーキンの間の相異は、シュミットが自由主義のためにスケッチしたジレンマのその選択肢の間の彼らの移動を反映している。

—5.2 の注—

69) (Cambridge, Mass., 1996) 'Law and Morality' in *The Tanner Lectures on Human Values* (Salt Lake City, 1990) vol. 8, 217, at 233 における戦後ドイツの法理学についてのハーバーマスの自身のコメントを参照せよ。

70) Habermas, *Between Facts and Norms*, chap. 3 (above, n. 69).

71) See Otto Stammer ed., *Max Weber and Sociology Today* (Oxford, 1971), 66.

72) まさに引用された文章への編集上の脚注は、次のように記している。つまり「ハーバーマス教授の述べた親切な忠告に従いながら、彼は、ウェーバーの『庶出の息子 ('natural son')』がより適切な表現であると後に考えた」; *ibid.*, n. 4.

73) See Habermas, 'The Horrors of Autonomy: Carl Schmitt in English' in Habermas, *The New Conservatism: Cultural Criticism and the Historian's Debate* (Cambridge, Mass., 1990) 128, at 134-9. この全集のリチャード・ウォーリン (Richard Wolin) の紹介は、ハーバーマスが反応したドイツの文脈についての優れた短い説明である。

74) Max Weber, 'Science as a Vocation' in *From Max Weber: Essays in Sociology* (London, 1947), 129, at 155.

75) See Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* (Berkeley, 1978) i., chap. 3, esp. 212-23. 議論のために、David Sciulli, *Theory of Social Constitutionalism: Foundations of a non-Marxist Critical Theory* (New York, 1992) と、この本の有益な書評 (David M. Frankford, 'The Critical Potential of the Common Law Tradition', *Columbia Law Review*, 94 (1994), 1076) を参照せよ。

76) See H. L. A. Hart, *Concept of Law* (Oxford, 1961), 113-14 and chap. 9.

77) Habermas, *Between Facts and Norms*, 94-9 (above, n. 69).

78) Jürgen Habermas, 'Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism', *Journal of Philosophy*, 92 (1995), 109, 131.

79) *Ibid.*

80) Habermas, 'Law and Morality', 243-4 (above, n. 69).

81) Habermas, *Between Facts and Norms*, chap. 3 and Postscript (above, n. 69).

82) *Ibid.*, 113ff.

83) *Ibid.*, 122-3.

84) See, e. g., *ibid.*, 99-104.

85) *Ibid.*, 120-1. 不思議なことに、これは、イギリスの著名な功利主義者、ジェレミー・ベンサムが提案した徹底的な民主制の理論に、ハーバーマスの立場をかなり近づける。「法の統治 ('government of Laws')」の下での「善き市民 ('Good citizen')」というベンサムの標語は、「狂信的に従うこと、自由に非難すること ('To obey punctu-

ally; to censure freely')」である。Bentham, *A Fragment on Government* (Cambridge, 1988) 10. この標語は、法律が法改革に向けての立法者の産物を批評あるいは非難することを効果的に導く徹底した民主制の制度を通じて生産されるという想定の下でのみ、ベンサムによっては、意味がある。ベンサムにとって、ハーバーマスにとってと同様に、法のもっとも重要な特徴は、批判的な公衆に対する立法府の反応性（反応の速さ）を確保する政治文化における法の役割によって生じる。ベンサムとハーバーマスとの間のその他の類似性が存在する。私は、これらやその差異を 'The Legitimacy of Legality', 154-65 (above, n. 4) で本気で取り組む。

86) ここで、ハーバーマスは、彼の元学生によってなされた研究業績、Klaus Gunther, *The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law* (Albay, 1993) に従う。See *Between Facts and Norms*, 217 ff (above, n. 69).

87) Ibid., 186-93, at 191.

88) *Between Facts and Norms*, 194-7 (above, n. 69).

89) See, for example, *ibid.*, 222-37.

90) 次に続くものは、彼の論拠を要約する、*ibid.*, 219-20, and chap. 9.

91) Ibid., 414-18, at 416.

92) それゆえ、ハーバーマスは、セイラ・ベンハビブ (Seyla Benhabib)、ナンシー・フレイザー (Nancy Fraser)、デボラ・ロード (Deborah Rhode)、およびアイリス・マリオン・ヤング (Iris Marion Young) などのフェミニストの哲学者によって提案される議論を真剣に考える; see *ibid.*, 418-27.

93) *Between Facts and Norms*, chap. 8 (above, n. 69).

94) 私はこの用語をエティエン・ムレイニック (Etienne Mureinik) に負っている; see, for example, his 'Emerging from Emergency: Human Rights in South Africa', *Michigan Law Review*, 92 (1994) 1977.

95) Compare Manin, 'On Legitimacy and Political Deliberation' (above, n. 49).

96) 憲法上規定し保障することの適切さは、もちろん、必然性と同じではない。いくつかのしっかりとした論拠のために、see Jeremy Waldron, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993), 18.

97) Habermas, *Between Facts and Norms*, chap. 6 (above, n. 69).

98) この用語のために、see Rawls, *Political Liberalism*, 161 (above n. 2).

99) Habermas, *Between Facts and Norms*, 128-31 (above, n. 69).

100) John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass., 1980) は、Habermas, *Between Facts and Norms*, 264-6 (above, n. 69) で議論されている。

101) これらの線に関するイリイへの批評のために、see Laurence Tribe, 'The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories', *Yale Law Journal*, 89 (1980), 1063.

102) この節で素描される立場は、*Between Facts and Norms* (above, n. 69) の 439 頁から 46 頁のハーバーマスによる発言に基づく。しかしながら、それは、ウィリアム・ショヤマン (William Scheuerman) が指摘するように、ハーバーマスについての

問題のない解釈であるわけではない: 'Between Radicalism and Realist: Critical Reflections on Habermas's *Facticity and Validity*' in P. Dews ed., *Habermas: A Critical Reader* (Blackwells, forthcoming).

103) ハーバーマスは、彼の論文、'Law and Morality' の 234 頁と 273 頁において、ヘラーに言及した。また、273 頁では、彼は、ヘラーの実証主義について主張した。その際、彼は、Heller, 'Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung' [The Concept of Statue in the Constitution of the Reich] (first pub. 1927), in Heller, *Gesammelte Schriften* (Tübingen, 1992) ii. 226 から非常に重点的に引用している。ハーバーマスは、彼の *Theory of Communicative Action* (Boston, 1984) i. 438 の脚注において見下すように (Wolfgang Schluchter, *The Rise of Western Raionalism: Max Weber's Developmental History* (Berkely, 1985) 104-9 という研究業績を通じて) また聞きで、ヘラーの研究業績に言及する。さらに、ハーバーマスがヘラーと連動したことは、彼が、フランツ・ノイマン (Franz Neumann) や、オット・キルヒハイマー (Otto Kirchheimer)、フランクフルト学派の法律家たちに触れてさえもないことは、驚くべきことである。これらの三者は、社会民主制的な理論の戦前ドイツの伝統のまさに主要な代表格以上のものであり、ハーバーマスが第二次世界大戦後にその哲学的な基準の旗手であったものがその一つ伝統である。その伝統のための一つの法理論を構築する彼らの試みは、私たちと同時代の問題を扱うための豊富な方策を構成している。See William E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law* (Cambridge, Mass., 1994). (ハーバーマスは彼の最初に出版された研究業績、*The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society* (Cambridge, Mass., 1992, first pub. 1961) の中では、ノイマンもキルヒハイマーも扱っていた。*Between Facts and Norms* は、多くの点で、この作品の関心事への実り豊かな再帰であり、それは、彼がヘラーを扱っていないことを除けば、ハーバーマスがこれらの人物を再訪したことをなおさら残念なことにする。おそらくノイマンとキルヒハイマーを無視したことの説明は、シュミットがワイマールを通じて彼らの研究に与えた重大な影響である。つまりこの理由はもちろん、ヘラーには当てはまらない。)

—5.3 の注—

104) See Habermas, 'Reconciliation Through The Public Use of Reason', 110 (above, n. 78), and Rawls, 'Reply to Habermas', 132 (above, no. 1).

105) この争点の探究のために、see Thomas McCarthy, 'Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in Dialogue', *Ethics* 105 (1994), 44.

106) 'Two Concepts of Liberty', in Berlin, *Four Essays on Liberty* (Oxford, 1969), 118, 129-30. (邦訳としてアイザイア・バーリン著・小川晃一ほか訳「二つの自由概念」『自由論』みづぐ書房 (1971 年) 316 頁を参照した。) バーリンは、近年の討論に先駆けて 30 年以上前に、自由主義の政治的側面を前面に押し出したし、そのことは、とりわけ合衆国における、バーリンの研究業績に対する再び盛り上がった最近の関心を説明

する。

107) See Larmore, *The Morals of Modernity*, chaps. 8 and 10 (above, n. 52); Rawls, 'Reply to Habermas' (above, n. 1). この見解の展開において特に影響を及ぼした論文は、Stephen Holmes, 'Gag Rules or the Politics of Omission', and 'Precommitment and the Paradox of Democracy', both in *Constitutionalism and Democracy*, Jon Elster and Rune Slagstad eds. (New York, 1988s), 19 and 195.である。

108) See Habermas, *Between Facts and Norms*, esp. chaps. 1 and 2 (above, n. 69).

109) See, for instance, Ernst Tugendhat, 'Habermas on Communicative Action', in *Philosophische Aufsätze* (Frankfurt am Main, 1992), 433, and Cheryl Misak, 'Pragmatism and the Transcendental Turn in Truth and Ethics', *Transactions of the C. S. Peirce Society*, 30 (1994), 739.

110) H. L. A. Hart, 'Positivism and The Separation of Law and Morals', in Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford, 1983), 53-4 and 74-5.

111) See, for example, H. L. A. Hart, 'Comment', in *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*, ed. R. Gavison (Oxford, 1989), 35, at 36-40.

112) この区別のために、see Hart, *Concept of Law*, chap 5 (above, n. 76).

113) Ibid., chap. 7.

114) See Joseph Raz, 'The Rule of Law and its Virtue', in *The Authority of Law* (Oxford, 1983), 211.

115) See Hart, *Concept of Law*, 144-50, esp. 149 (above, n. 76). また、ケルゼンのために、see Chapter 3. above.

116) Hart, *Law, Liberty, and Morality* (Oxford, 1981); Raz, 'Liberalism, Scepticism, and Democracy', in *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, (Oxford, 1994) 82.

117) Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven, 1969), 204. ヘラーとハーバーマスの双方に大きな影響を受けたこの種の試みのために、see Schluchter, *The Rise of Western Rationalism: Max Weber's Developmental History* (above, n. 103).

118) 私は、ジェレミー・ベンサムと現在との間に、実証主義の法理論上の興味深い変化——ベンサムにおける民主制的な市民の良心に対する強調から、私たちと同時代における自由主義的な市民に対する強調への変化——が存在すると考える。自由主義的な市民の良心を強調することは、実際には、物事の中心に裁判官を置くことである。というのも、自由主義の政治道徳の護り手は、裁判官であるからである。

119) Rawls, *Political Liberalism*, 10 (above, n. 2).

120) ハーバーマスが公的自律に、ある種の優位性を与えるべきであることは、彼の自身の、中立性に関するかなり曖昧な議論によって具体的に説明される；Habermas, *Between Facts and Norms*, 308-13 (above, n. 69).彼はまったく中立性にコミットしていないように見えるが、政治的な決定が、十分な熟議の過程を通して採用されるべきであるという要求にだけコミットしているように見える。チャールズ・ラルモアは、ハーバーマスが私的自律に対する公的自律の優位性を与えているはずであると主張す

る点でそれゆえ正しい; *The Morals of Modernity*, 217-21 (above, n. 52).

121) 代表的な引用は、次のようなものである。

公正としての正義は、ふさわしい方法で、それが、それ自身の枠組内で説明されるものとして、各市民の理性に本気に取り組むことによって支持を獲得できないかぎり、そもそも理に適ってはいない。それだけでも、市民が適切に行動していることが、市民一般ではなく、政治権力の保持者がどのように自己満足できるかの説明とは対立するものとして、政治的権威の正当性の説明である。(Political Liberalism, 144 (above, n. 2))

しかし、ロールズはある脚注の中で説明しているように、「それ自身の枠組内で ('within its own framework')」は、その原初状態の見地から二つの部分からなる論拠を採用することを意味する。そして、それは、まず第一にいかなる正義の原理が正しいかを尋ねることを要求し、また多元的共存という事実にもかかわらず、それらの原理が私たちのちっぽけな公共文化に偶然にも符合することを示すように要求する。正義の原理は、それゆえ安定をもたらすと想定されている。

122) Compare John Stuart Mill, *On Liberty in Collected Works*, vol. 18, J. M. Robson, ed. (Toronto, 1977), 233-234. そこで、ミルは、なぜ真理と効用との区別が、真理主張の公共的な討論を健全化するのに使われ得ないかを説明する。つぎの一節 (234 頁) は、真であるものと、理に適っているものとのロールズの区別に必要な変更を加えて (*mutatis mutandis*) 準用する。

そして実際のところ、法と公衆の感情が、ある意見の真理を議論することを許さないとき、それと同じくらい、それらの法と公衆の感情は、その意見の有用性を否定することに寛容であることはほとんどない。それらが精々許すことができることと言えば、その意見が絶対的条件であることを軽減することであり、あるいはその意見を拒絶するという否定し難い罪を犯していることを軽減することである。

123) ハーバーマースは、*Between Facts and Norms* の中でケルゼンに対してかなり共感しているように見える; see 242-3 (above, n. 69).

124) Heller, 'Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung' [The Concept of Statute in the Constitution of the Reich] (first pub. 1927) in Heller, *Gesammelte Schriften* ii, 203, 225 (above, n. 103) and see 4.6 above. ニコラス・ルーマン (Nicolas Luhmann) は、この点でケルゼンのもっとも明らかな後継者である。

125) ヘラーは「より高次の ('higher')」憲法と、本来の (*per se*) 「通常の ('ordinary')」の法と間の区別を否定しなかった。See 4.6 above. 私の異議申し立ては、ヘラーに従い、その区別に向けられるのではなく、むしろロールズがその区別を行うときの非常に狡猾な方法に向けられる。とはいえ、この区別を行なうロールズの尽力でさえも功を奏していないということは特記すべきことである。たとえば、自由な言論に関する彼の議論を参照せよ; *Political Liberalism*, 340-56 (above, n. 2). ある意味

で、憲法秩序をかなり流動的なものとヘラーが理解していることは、その秩序が、ロールズのものほど安定的でないことを意味する。しかし、私には、ヘラーの憲法秩序は、たとえばアメリカ合衆国におけるボルノグラフィに関する討論のような、小・中サイズのいろいろな危機にさらされると思われるが、私の考えでは、ロールズであればそう思うと思われるように、ボルノグラフィに関する討論を社会的な理性の領域に引き下げることによって招く大きな危機にはさらされることはない。

126) See Joshua Cohen, 'Deliberation and Democratic Legitimacy', in Alan Hamlin and Philip Pettit eds., *The Good Polity: Normative Analysis of the State* (Blackwell, 1991), 17.

——以上——