

Jahrbuch für Recht und Ethik

Annual Review of Law and Ethics

Band 1 (1993)

Herausgegeben von

B. Sharon Byrd
Joachim Hruschka
Jan C. Joerden



Duncker & Humblot · Berlin

Jahrbuch für Recht und Ethik

Annual Review of Law and Ethics

Band 1

Jahrbuch für Recht und Ethik
Annual Review of Law and Ethics

Herausgegeben von
B. Sharon Byrd · Joachim Hruschka · Jan C. Joerden

Band 1



Duncker & Humblot · Berlin

Jahrbuch für Recht und Ethik

Annual Review of Law and Ethics

Band 1 (1993)

Herausgegeben von

B. Sharon Byrd
Joachim Hruschka
Jan C. Joerden



Duncker & Humblot · Berlin

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 1993 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0944-4610

ISBN 3-428-07770-9

Vorwort

„*Lawyer*. I say then that the scope of all human law is peace, and justice in every nation amongst themselves, and defence against foreign enemies.

Philosopher. But what is justice?

L. Justice is giving to every man his own.

P. The definition is good, and yet it is Aristotle's. What is the definition agreed upon as a principle in the science of the common law?

L. The same with that of Aristotle.

P. See, you lawyers, how much you are beholden to the philosopher; and it is but reason; for the more general and noble science and law of all the world, is true philosophy, of which the common law of England is a very little part.“

In diesem Abschnitt seiner Schrift *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* bringt Thomas Hobbes zum Ausdruck, daß das Nachdenken über das Recht der Transzendierung bedarf, sowohl über nationale Grenzen als auch über die Grenzen des positiven Rechts hinaus. Ein Angebot hierzu macht die Philosophie, ein Angebot, das der Jurist, dem eine zu treffende Entscheidung durchaus noch nicht hinreichend begründet erscheint, wenn sie nur im positiven Recht seines Landes begründet ist, als Aufforderung verstehen wird.

Aber auch die Jurisprudenz hat der Philosophie etwas zu bieten, insbesondere der philosophischen Ethik und der Moralphilosophie. Denn Rechtswissenschaft ist zu einem wesentlichen Teil angewandte Ethik und hat auf ihren Gebieten eine ausdifferenzierte Systematik erarbeitet, die helfen kann, so manches ethische Problem genauer zu fassen. Erinnerung sei nur an die Unterscheidung von Handeln und Unterlassen, an die Zurechnungslehre, die Irrtumslehre. Nicht zuletzt verfügt die Rechtswissenschaft über ein reiches Material an Fällen, Beispielen und Lösungsvorschlägen für viele Probleme, die bei einer der Praxis zugewandten Ethik auf Interesse stoßen müssen.

Die großen politischen Umwälzungen des Jahres 1989 und ihre Folgen zeigen einmal mehr, daß es mit juristischer Technik allein nicht getan ist, daß juristische Technik allein den Problemen eines sich neu bildenden Gemeinwesens und einer sich neu organisierenden Welt nicht gerecht werden kann. Gefordert ist somit

eine Diskussion der rechtsethischen Grundlagen des Staats und der Weltordnung, die die einzelnen Disziplinen übersteigt. Um hierzu einen Beitrag zu leisten, haben die Herausgeber dieses Jahrbuchs im Jahre 1992 in Jena ein von der Volkswagen-Stiftung finanziertes Symposium zu dem Thema „Vorpositives Recht als Orientierungshilfe in Zeiten politischen Umbruchs“ veranstaltet, an dem Juristen und Philosophen aus verschiedenen Nationen teilgenommen haben.* Aus den Referaten, die in Jena gehalten wurden, sind die meisten der Beiträge hervorgegangen, die in dem nun vorliegenden ersten Band des *Jahrbuchs für Recht und Ethik* abgedruckt sind.

Aufgabe des *Jahrbuchs für Recht und Ethik* soll es sein, die Diskussionen über das Zusammenwirken von rechtlichen und ethischen Kategorien zu bündeln, die nicht selten parallel und häufig isoliert voneinander geführt werden. Die Herausgeber hoffen, daß daraus ein interdisziplinäres Gespräch hervorgehen wird — ein Gespräch, das die historische, die systematische und die gesellschaftspolitische Dimension der Fragen einbezieht, die die Gegenwart bewegen. Der zweite Band des *Jahrbuchs*, der im nächsten Jahr erscheinen soll, wird sich schwerpunktmäßig der „Zurechnung von Verhalten in Recht und Moral“ widmen, wieder ein Thema, das im Schnittbereich der verschiedenen Disziplinen liegt und deshalb einer fächerübergreifenden Diskussion bedarf.

* Teilnehmer waren: Henry E. Allison (*San Diego*), Rafael Alvira (*Pamplona*), Mike Anton (*Jena*), Arno Baltes (*Erlangen*), Gunther Biewald (*Jena*), Reinhard Brandt (*Marienburg*), B. Sharon Byrd (*Augsburg*), Angelika Drescher (*Erlangen*), Martin P. Golding (*Durham, N.C.*), Mary Gregor (*San Diego*), Joachim Hruschka (*Erlangen*), Jan C. Joerden (*Erlangen*), Klaus E. Kaehler (*Köln*), Bernd Ludwig (*München*), Hans Georg von Manz (*München*), Gottfried Meinhold (*Jena*), Leslie A. Mulholland (*Toronto*), Alejandro Navas (*Pamplona*), Thomas Nenon (*Memphis*), Christian Schnoor (*Dresden*), Kurt Seelmann (*Hamburg*), Peter Stanglow (*Erlangen*), Eva-Maria Tschurenev (*Jena*), Kenneth R. Westphal (*Durham, N.H.*).

Preface

„Eine bloß empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädrus' Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur Schade! daß er kein Gehirn hat.“

Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*

Kant rejected a purely positive foundation of law and sought justice in reason and philosophical reflection. Indeed the quest for a philosophical foundation of legal principles unites lawyers and philosophers over time and transcends national borders. It is the philosophical taskmaster who demands our reflection on the concepts we use as lawyers. It is also philosophy which provides us with ethical theories to help us understand the concept of justice — the true aim of the legal profession.

Law also has something to offer philosophy, especially moral philosophy and ethics. Law is, in a sense, applied ethics, and has developed theories relevant to analyzing human conduct which may assist in formulating more precisely certain ethical questions. Furthermore law has at its disposal a wide range of cases, examples and possible solutions to many problems, which must be of interest to any ethical examination.

The idea for the *Annual Review of Law and Ethics* generally grew out of discussions among the editors regarding the role of philosophical analysis in the law, and specifically out of a symposium we held in Jena in August 1992 entitled „Pre-Positive Law as a Means of Orientation in Times of Political Upheaval“. The Fall of the Berlin Wall marked the end of political attitudes delimited by the aftermath of World War II and the beginning of a new phase of our political, cultural and intellectual experiences. It has also marked the beginning of a certain sense of uncertainty — uncertainty in part as to the nature of law and its ties to ethical theory.

The political changes which occurred in 1989 showed once again that technical, legal „management“ alone is not sufficient to meet the challenges set by a state undergoing formation. In an effort to re-examine the nature of law, and convinced that we could benefit from the contributions of philosophers and lawyers from diverse cultural backgrounds, we organized the Jena symposium. In 1992, Jena, a city of distinguished intellectual heritage, was now indeed in the wake of political turmoil. Yet it provided an excellent atmosphere for re-examination of the role of law in defining our social and political existence. Perhaps that was

so because one found oneself in the midst of a cleavage between the dissolution of a totalitarian past and the upsurge of a new sense of freedom.

Scholars and students with diverse academic and national backgrounds joined in Jena to discuss the adequacy of mere positive law in legal decision making and the building of a legal system devoted to protecting human dignity and fostering mutual respect. The papers presented covered such topics as the nature of rights and duties, the concept of freedom and personhood, the prohibition against retroactive legislation, distributive, commutative and social justice, private and public law, due process, the social contract, the separation and balance of powers, the role of a constitutional court, and the legitimation of punishment. The papers approached the issues from an historical, philosophical, socio-political, and juridical point of view.

We hope that the *Annual Review of Law and Ethics* will continue to provide a forum for international cooperation across disciplines on ethical and legal issues. It is intended to permit a re-examination of the merits of formerly articulated legal and moral theories, a sharing of intellectual development across cultures and academic disciplines and a debate on how to improve our common future fate.

* * *

Die Herausgeber danken der Volkswagen-Stiftung dafür, daß sie das Symposium in Jena ermöglicht hat, der Universität Jena für ihre Gastfreundschaft und Herrn Professor Norbert Simon für die Aufnahme des *Jahrbuchs für Recht und Ethik* in das Programm des Verlages Duncker & Humblot. Für vielfältige Unterstützung bei der Vorbereitung der Manuskripte zur Publikation sind wir besonders dankbar Frau Ayke Darius im Institut für Strafrecht und Rechtsphilosophie in Erlangen und Frau Heike Frank vom Verlag Duncker & Humblot in Berlin.

Inhaltsverzeichnis

Tagungsbeiträge

<i>Gottfried Meinhold</i> : Begrüßung durch den Prorektor für Geistes-, Kultur- und Sozialwissenschaften der Friedrich-Schiller-Universität aus Anlaß des Symposiums „Vorpositives Recht als Orientierungshilfe in Zeiten politischen Umbruchs“ am 3. August 1992 in Jena	3
---	---

Zur Rechts- und Moralphilosophie

<i>Henry E. Allison</i> : Kant's Doctrine of Obligatory Ends	7
<i>Reinhard Brandt</i> : Gerechtigkeit bei Kant	25
<i>B. Sharon Byrd</i> : Two Models of Justice	45
<i>Mary Gregor</i> : Kant on Obligation, Rights and Virtue	69
<i>Klaus E. Kaehler</i> : Die Asymmetrie von apriorischer Rechtslehre und positivem Recht bei Kant	103
<i>Leslie Arthur Mulholland</i> : The Difference between Private and Public Law	113
<i>Thomas Nenon</i> : Freedom, Responsibility, Character: Some Reflections on Kant's Notion of the Person	159

Zur Staatsphilosophie

<i>Martin P. Golding</i> : Retroactive Legislation and Restoration of the Rule of Law	169
<i>Joachim Hruschka</i> : Rechtsstaat, Freiheitsrecht und das „Recht auf Achtung von seinen Nebenmenschen“	193
<i>Jan C. Joerden</i> : Das Prinzip der Gewaltenteilung als Bedingung der Möglichkeit eines freiheitlichen Staatswesens	207
<i>Bernd Ludwig</i> : Kants Verabschiedung der Vertragstheorie — Konsequenzen für eine Theorie sozialer Gerechtigkeit	221
<i>Eva-Maria Tschuren</i> : Die Rezeption von Kants politischem Denken im Liberalismus und in der Jenaer Frühromantik	255
<i>Kenneth R. Westphal</i> : Republicanism, Despotism, and Obedience to the State: The Inadequacy of Kant's Division of Powers	263

Zu Rechtstheorie und Rechtssoziologie

<i>Rafael Alvira</i> : Versuch, die Vielfalt der gesellschaftlichen Subsysteme einzuordnen, mit besonderer Berücksichtigung des Rechts	283
<i>Alejandro Navas</i> : Der Begriff der Moral bei Niklas Luhmann	293
<i>Christian Schnoor</i> : Wurzeln des Rechts in der Sprache: Eine Entdeckung des Sprechaktes im Jahre 1909	305
<i>Kurt Seelmann</i> : Versuche einer Legitimation von Strafe durch das Argument selbstwidersprüchlichen Verhaltens des Straftäters	315

Abhandlung

<i>Frederick L. Will</i> : Philosophic Governance of Norms	329
--	-----

Diskussionsforum

<i>Matthias Kettner</i> : Warum es Anwendungsfragen, aber keine „Anwendungsdiskurse“ gibt	365
<i>Klaus Günther</i> : Warum es Anwendungsdiskurse gibt	379
<i>Nelson Potter</i> : Reply to Allison	391

Rezensionen

Burton, Steven J., Judging in Good Faith (<i>Drew Christie</i>)	403
Maus, Ingeborg: Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant (<i>Jan C. Joerden</i>)	407
Will, Frederick L.: Beyond Deduction. Ampliative Aspects of Philosophical Reflection (<i>Matthias Kettner</i>)	412
Autorenverzeichnis	417
Hinweise für Autoren	419

Tagungsbeiträge

Begrüßung

durch den Prorektor für Geistes-, Kultur- und Sozialwissenschaften der Friedrich-Schiller-Universität aus Anlaß des Symposions „Vorpositives Recht als Orientierungshilfe in Zeiten politischen Umbruchs“ am 3. August 1992 in Jena

Gottfried Meinhold

Meine sehr verehrten Damen und Herren,

Sie namens der Universität und des Rektors in diesem altjenaer Haus herzlich begrüßen zu dürfen, im Haus des Professors der Theologie Johann Jakob Griesbach, der Schiller seinen Hörsaal am Löbdergraben für die Antrittsvorlesung zur Verfügung gestellt hatte, das ist für mich eine Ehre von besonderer Erfreulichkeit. Griesbachs Sommerhaus — damals außerhalb der Stadt gelegen — gehört übrigens wie das Frommannsche Haus am Fürstengraben oder das Haus Fichtes Unterm Markt oder natürlich das Schillerhaus zu den wenigen ehrwürdigen Stätten aus Jenas klassischen Jahren, die die Zeitläufte unbeschadet überstanden haben; es fehlt wohl unter den Gästen dieses Hauses kaum einer der großen Jenenser Namen jener Zeit. Ich beglückwünsche die Veranstalter zur Wahl dieses Ortes, der nun freilich in seiner Geschichte zum ersten Mal zur Bühne eines erlesenen wissenschaftlichen Ereignisses dieser Art wird. Hier haben zwar nach 1989 die Versammlungen des ersten nach mehr als 50 Jahren frei und geheim gewählten Rates der ehemaligen Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät stattgefunden, doch ist dies meines Wissens die erste wissenschaftliche Tagung in diesem Gebäude.

Erfreulich für uns ist es, daß Ihnen die Jenaer Universität als vertrauenswürdiger Ort erscheint, um über Grundfragen von Recht, Moral, Freiheit nachzudenken. Wenn wir das auch als eine Anerkennung des Erneuerungswillens der Friedrich-Schiller-Universität verstehen dürften, so wäre dies eine weitere Erfreulichkeit. Zudem berühren uns Thematik und gedankliche Zielrichtung dieses Symposions im Mittelpunkt unseres eigenen Reflektierens über die bestmögliche Gestaltung zukünftiger Demokratie angesichts eines zuweilen erstickend anmutenden politisch-moralischen Erbes. Immerhin, wir verfügen über eine jahrzehntelange Erfahrung mit einer paralyisierenden, aber auch selbst paralyisierten Diktatur mit allen Arten politischer, geistiger Strangulierung und Eingrenzung — die auch Ausgrenzung war — von den brutalen Formen politischer Unterdrückung bis zu den subtil-korruptionsträchtigen Nötigungen und bis zur opportunistischen Verführung. Solche Erfahrung hat hier bei uns einen nicht unbeträchtlichen Fundus

an elementarem Freiheitssinn und an Sensibilität für strenge Gerechtigkeit und Unbestechlichkeit erzeugt, die offenbar auch geeignet sind, im Ringen mit Unrecht und Schuld der Vergangenheit rechtsstaatliche Defizite dingfest zu machen, z. B. Probleme der Justitiabilität, die allzuoft mit der schmerzlichen Einsicht verbunden sind, daß politisches Unrecht — von moralischem ganz zu schweigen — nur in den wenigsten Fällen strafrechtlich relevant ist. So entsteht angesichts einer erdrückenden Masse von geschehenem Unrecht, das offenbar nicht geahndet werden kann, für das naive politische Alltagsbewußtsein ein dringender Bedarf an deutlich sichtbarer Gerechtigkeitwirkung. Strenge und ein angemessenes Verhältnis von Sühne zu Schuld sind gefordert. Dabei sind Schuldabwägung und Schuldzuweisung in den Urteilen des naiven Rechtsempfindens schwerlich sine ira et studio zu leisten, sondern sie sind geprägt durch eine kaum zu dämpfende Emotionalität, von Zorn, Bitterkeit, Verachtung, Abscheu oder auch Entsetzen bis hin zur lähmenden Resignation und zu schwer kalkulierbaren psychischen Turbulenzen. Doch diese brisante Aktualität der Sorgen vor Ort liegt derzeit ja wohl unter dem Schatten der deprimierendsten Verletzung von Völkerrecht und Menschenrechten seit langem in Europa und anderweitig. Die Aporie angesichts des Triumphes von Mord und Totschlag und des Bankrotts von diplomatischer verbaler Aktion, deren ohnmächtige Zeugen wir sind, darf nicht in der Entmutigung enden. Der schlagende Beweis diplomatischen Versagens kann nur ein Stachel sein, die Etablierung internationaler Legislative, Jurisdiktion und Exekutive voranzubringen. Dies mag ein hindernisreicher Weg sein, auf dem der Mut zum unbeirrbareren Weitergehen auch aus dem in die Tiefe reichenden „Verstehen der Quellen und der Eigenart von originären theoretischen Leistungen der Geschichte“ gewonnen wird, um zu verhindern, „hinter die in der Vergangenheit erreichte Produktivkraft des Denkens zurückzufallen“ (D. Henrich).

Meine Damen und Herren,

auf einer Tafel im Foyer unserer Aula, die den Opfern politischer Unterdrückung an der Friedrich-Schiller-Universität sowohl in der Zeit von 1933-1945 als auch von 1945-1989 gewidmet ist, steht der Satz „Die Wahrheit wird euch frei machen“ — ein übrigens biblisches Motto des Jenenser Philosophieprofessors Hans Leisegang, Opfer zweier Diktaturen — 1934 und 1948 —. Auf dem ersten Kolloquium der Universität zur Vergangenheitsklärung unter dem Thema „Unrecht und Aufarbeitung“ im Juni dieses Jahres hat Manfred Riedel mit dem Kommentar zur Umkehr dieser Aussage — „Die Freiheit wird euch wahr machen“ — jene Interdependenz von Wahrheit und Freiheit begründet, die dem Heraustreten des Menschen aus seiner — nicht immer selbstverschuldeten — Unmündigkeit hilfreich ist. Wir als Rückkehrer aus ideologischer Gefangenschaft haben den fatalen Zusammenhang von Freiheitsberaubung und Wahrheitsleugnung am eigenen Leibe erfahren, in aller Schmerzlichkeit, sofern wir widerstrebten oder widerstanden, und im langjährigen Widerstand Immunitäten erwarben, die uns viel-

leicht zu jenem unbestechlichem Problembewußtsein verholfen haben, das uns hoffentlich Toleranz und den genauen Blick für Gerechtigkeit in den Turbulenzen der Zukunft bewahren läßt.

In diesem Augenblick erfüllt uns mit der Freude über das bevorstehende wissenschaftliche Ereignis auch die Dankbarkeit für alle Mühen, die Wissenschaftler der alten Bundesländer — nicht nur der Jurisprudenz oder Philosophie — für den Neuaufbau dieser Universität selbstlos auf sich genommen haben. Ohne die aufopferungsvolle Hilfe, die besonders den neu zu errichtenden Disziplinen zugutekam, hätten wir dieses Tempo der Erneuerung nicht im entferntesten erreichen können. Auch Ihr Symposium gilt uns als Stimulus und Ermutigung auf unserem eigenen durchaus nicht hindernisfreien Jenenser Weg.

Meine Damen und Herren,

ich wünsche Ihnen ertragreiche Tage der wissenschaftlichen Begegnung, gutes Gelingen und einen produktiven Disput. Wir sind dankbar, daß Sie sich hier, sozusagen vor Ort, einer Thematik widmen, die das Allgemeine mit dem ganz Besonderen unserer historischen Lage, des geschichtlichen Augenblicks verbindet. Mögen Sie sich wohlfühlen unter dem Dach dieses Hauses und dieser Universität.