



Title	H・L・A・ハートの『法の概念』
Author(s)	森村, 進
Citation	一橋論叢, 103(4): 437-453
Issue Date	1990-04-01
Type	Departmental Bulletin Paper
Text Version	publisher
URL	<a href="http://doi.org/10.15057/11053">http://doi.org/10.15057/11053</a>
Right	

# H・L・A・ハートの『法の概念』

森 村 進

## 一 ハートの経歴と著作

ハート (Herbert Lionel Adolphus Hart) は一九〇七年イギリスに生まれ、オックスフォード大学で古典と哲学を学んだあと、一九三二年から衡平法 (equity) 専門の弁護士をつとめたが、第二次世界大戦中は陸軍省情報局に勤務した。戦後オックスフォード大学に戻り、フエローや講師を勤めたあと、一九五二年にグッドハート (A. L. Goodhart) の後継者として法理学教授 (Professor of Jurisprudence) となった。彼は一九四〇年代の終わり以降、教授就任講演「法理学における定義と理論」(後記『法理学・哲学論集』に収録) をはじめ重要な論文を発表してきたが、その名が国際的に周知のものにな

ったのは、一九六一年の『法の概念』以降である。英語圏では今世紀半ば、法哲学界は無風状態に近いように見えたが、哲学における日常言語学派の方法を法理論に導入した本書の刊行と受容をきっかけに、世界的に法哲学は新しい段階にはいった。ハートは特別に多産な著作家ではないが、その業績は、『法の概念』に代表される法哲学の一般理論だけでなく、権利論、刑法理論、因果関係論、ベンサム研究等多岐にわたり、いずれの分野でも重要な貢献を行ってきたから、今日の最も重要な法哲学者といっても過言ではなからう。彼は一九六九年に教授職をドゥウオーキン (Ronald Dworkin) に譲ったが、その後も旺盛な研究を続けている。

彼の著書には次のものがある。

- 『法における因果関係』(A. M. Honoré の共著)  
 (Causation in the Law, 1959; 2nd ed., 1985)
- 『法の概念』(The Concept of Law, 1961) (邦訳・矢  
 崎光圀監訳・みすず書房・一九七六年〔第二刷・一九八  
 四年〕)
- 『法・自由・道徳』(Law, Liberty, and Morality, 1963)
- 『刑罰と責任——法哲学論集』(Punishment and Res-  
 ponsibility: Essays in the Philosophy of Law, 1968)
- (九篇の論文を収録)
- 『ベンサム論集——法理学・政治理論研究』(Essays  
 on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political  
 Theory, 1982) (「序論」と十篇の論文を収録。以下「E.B.”  
 と略す。)
- 『法理学・哲学論集』(Essays in Jurisprudence and  
 Philosophy, 1983) (「序論」と十七篇の論文を収録。以  
 下「E.J.P.”と略す。)
- なお小林公・森村進訳『権利・功利・自由』(木鐸社・  
 一九八七年)は、『ベンサム論集』から三篇、『法理学・  
 哲学論集』から四篇の論文を選び、それに「自然権は存  
 在するか」(一九五五年)を加えて訳出したものである。

またハートに捧げられた論文集である P. M. S. Ha-  
 cker and J. Raz (eds.), Law, Morality and Society  
 (1977) と R. Gavison (ed.), Issues in Contemporary  
 Legal Philosophy (1987) の巻末には、彼の著作目録が  
 あり、『法の概念』の邦訳には一九八三年までの邦語参  
 考文献があがっている。(以上にあげた英語の書物はす  
 べて Oxford University Press から刊行されている。)

本稿では彼の主著である『法の概念』に焦点をあてる。

## 二 『法の概念』

(注記——以下断らない限り、章節とページ数は『法  
 の概念』のもの。ページ数はアラビア数字が原書、和数  
 字が前掲邦訳書のもの。訳語もこの翻訳によるところが  
 多いが、常に従っているわけではない。)

『法の概念』は法現象への貴重な洞察に満ちた書物だ  
 が、体系的な書物ではないし、単一の主題を追及してい  
 るわけでもない。ハートは第一章「執拗につきまとう諸  
 問題」で、これまで法理論家たちがたずさわってきた論  
 点をいくつかあげるが、それらの関係も、本書で取り上

げられるテーマ間の関係も、一見して緊密とは言えない。

彼の議論もある意味では場当たり的で、考察の対象の説を批判してから積極的な主張を行うものの、彼自身の用語法や概念はあまり明確化されない。それどころか彼の方法論的立場も明らかではない。この点で、ハートは彼と並ぶ今世紀の偉大な法哲学者ケルゼンと全く違う。もっともハートはオックスフォード大学における同僚だった哲学者J・L・オースティンの影響もあって、日常言語の入念な分析と言語行為論という方法を利用してはいるが、オースティンにおけるような鮮明なプログラムにはなっていない。これらの理由から、『法の概念』は、読者が読み進んでいる間は平明でとりつきやすそうに見える(それが法哲学界の内外を問わず多数の読者を得た原因の一つにもなっている)が、全体として何を主張しているのかとなると曖昧な点、それどころか矛盾する点さえも残るのである。

### 1 法命令説の批判

しかしともかく本書は洗練されたタイプの法実証主義(legal positivism)(この言葉は多義的だが、それについては、後述4を見よ)を説くものと理解できよう。前述

の第一章で主要な問題トピックを提起したあと、ハートの議論はジョン・オースティン(十九世紀のイギリスの分析法理学者。前の段落のオースティンとは別人)風の〈法は一般的服従を受けている主権者(sovereign)の強制的命令(command)である〉という、素朴な法実証主義の主張の批判から始まる。この法命令説は刑法を法の典型としてイメージする人々の間では今もよく見受けられる。だがそれには次のような欠点がある。まず法の適用範囲について言うと、刑法も含めて、法は国民だけでなく立法者自身に対しても適用がありうるし、また法の起源の形態について言うと、法は意識的な立法によってではなしに、自生的な慣習(custom)としても発生しうる。(第三章第二、三節)

だがハートがこの二つの種類の批判よりも詳細に述べているのは、法命令説は法の多様なタイプを強引に統一しようとしている、というものである。あらゆる法がこの説の主張するように国民に制裁の威嚇つきの義務(Duty)あるいは(ほぼ同義語だが)責務(Obligation)を課するわけではない。たとえば契約や遺言や婚姻を有効に行う方法を定めるルールがそうであって、これらの

法は義務を課する代わりに、法的關係を形成する権能(Power)を私人に付与しているのである。これらの私法のルールに従わないことはこの行為を法的には無効にするかもしれないが、それだからと言って、その行為が禁止されていることにはならない。もっともケルゼンは権能付与ルールを真正な法ではないと考えた。彼によると、法の一次的規範は公機関に対して一定の条件の下で制裁を科すことを要求しているものである。〈殺人を禁止する法が存在する〉と単純に述べるのは不十分である。

正確には、〈人を殺した者には特定の罰を加えるべし〉という規範だけが真正に存在するのであって、殺人を禁ずる規範はそこから派生したものにすぎない。同様にして私法の権能付与ルールは、結局のところ裁判所が様々な制裁を科すための条件節へと還元されるのである。しかしこの説は統一的な見方を与える一方では、現に社会の中で権能付与ルールと義務賦課ルールの果たしている機能の異質性を無視するものである。(第三章第一節)

さらにハートは、法令令説が前提としている国民の服従の習慣(Habit of obedience)という概念、そして法的に制限を受けることのない全能の主権者という概念が

法の存在にとって必要ではない(それどころか不十分かもしれない)理由を述べる。前者について言えば、特定の間である主権者への服従という觀念では、主権者の死後も無法状態になるわけではなく、新しい主権者が主権を継承しうる〉という法の継続性、およびへはるか昔に死んだ主権者の制定した法も現在の主権者の制定した法と同様有効でありうる〉という法の永続性を説明したい。(第四章第一、二節)

法的に無制限な主権者という觀念について言えば、そのような主権者のいない法体系も十分可能だし、むしろ現代の世界ではその方が通常である。なぜならある立法者なり立法府なりがその法体系の中では最高の立法的權威であっても、その立法の權威は憲法的ルールによって制限されているかもしれないからである。その制限を越えた立法は無効である。(第四章第三節)さらに現代の民主主義国家で立法府の背後にある主権者だと言われることのある選挙民は、絶対君主とは違い、服従の習慣によってではなくて、憲法的ルールによってはじめて主権者の資格を与えられる。つまり主権者である選挙民が誰であるかは、憲法的ルールを離れては決まらない。そし

てそのルール自体が誰かの命令である必要は全くない。また立法の権限に制限がありうるということは、選挙民が主権者の場合にもあてはまる。(第四章第四節。ただし立法の権限の範囲は決して確定しているわけではない。このことについては第七章第四節を見よ。)

ハートの主権論によると、憲法学で言う主権、とりわけ「憲法によって組織された権力 (pouvoir constitué)」と区別された「憲法制定権力 (pouvoir constituant)」はどのように説明されるだろうか？ むしろそれは事実上の社会的な力ではあるが法的権限とは別物であって、その導入は法体系の構造の解明上混乱をもたらす、という結論になりそうである。3で後述する「究極の承認のルール」という観念もあわせて、『法の概念』のいくつかの部分は憲法学上の議論に新たな視点を与えるが、それはあまり日本の憲法学者の関心をひいていないように思われる。

## 2 内的視点と外的視点

これまでの部分で批判されてきた、法実証主義の古典的形態である法命令説の基盤には、「法」という言葉は単一の社会現象を指示しているという発想があった。し

かし実際には、他の多くの日常用語と同様、「法」は単にその外延の境界が曖昧である(トロブリアンド諸島の住民の社会慣習は「法」か?) だけでなく、そもそも異なったカテゴリーにおいて用いられているかもしれない。さらにまた、法的言明の語り手は、社会的な事態を指示したり記述したりするというよりも、むしろ法のルールに訴えることによってその相手方に何らかの規範的な要求をしたり、自分の行為を正当化したりしていることが多い。ここでハートがJ・L・オースティンから学んだ「言語行為論 (speech act theory)」の発想が役に立つてくる。

法の効力(有効性・妥当性) (validity) を主権者への服従の習慣によって説明することが間違っているならば、一体何によって説明すべきか？ ハートによるとそれはルールの受容(容認) (acceptance) によってである。よく指摘されるように、ハートはルールの概念を十分明確には説明していない。また彼自身、ルールの概念が人を当惑させるという理由で、法のある種のルールとして定義することは「法についてのわれわれの理解を進めなさい」(p. 15. 一七ページ) と言っている。だがいずれに

せよルールと習慣とは似て非なるものである。両者はともにある集団の大部分が実行するものではあるが、習慣が単なる行動の一致であるのに対して、ルールの場合には、それからの逸脱が批判され、その批判が多くの人々にとって正当とみなされるという違いがある。ハートはこの特徴を、ルールは観察可能な画一的行動としての外的側面 (external aspect) だけびなく内的側面 (internal aspect) も持っている、と表現する。ルールを受容している人々は、ルールを人々が従うべき基準とみなし、それを前提として要求・批判等の規範的な言語を用いているのである (pp. 54—9, 六一—六七ページ。pp. 8—11, 九—一二ページも参照)。義務あるいは責務の概念も、ルールを引き合いに出すことよって説明される。義務に関する言明は、それに従わない者が制裁を受ける蓋然性についての予測でもなければ、義務を負う者が感ずる心理的圧力についての報告でもない。現に、制裁をうまく逃れてしまった者や、ルール順守への心理的圧力を感じない者についても、彼らが義務を負っていると述べることは正当である——もっともそのルールの逸脱に対する社会的圧力がなければ、人々はそのような言明をしな

いだろうが。ハートはルールを受容する人々の視点を「内的視点 (internal point of view)」と呼び、そこから言明を「内的言明 (陳述) (internal statement)」と呼ぶ。その反対が「外的視点」と「外的言明」である。これら両者の視点をともに考慮することによって、法現象の複雑性が初めて正しく理解される。(第五章第一節) 法は単に裁判所の判決とその予言から成っているにすぎないとする「ルール懐疑主義 (rule-scepticism)」(一九三〇年代のアメリカで栄えたリーガル・リアリズムとほぼ同義) に対するハートの批判も、法令令説に対するものと同様に、その説は法体系に属する人々の内的視点を無視している、という趣旨だと解釈できる。確かに裁判所は最終的な司法的決定の権限を持っているが、だからといって法に関する内的言明は判決の予測ではない。裁判官自身が法的ルールを自らの従うべき基準とみなしているだけでない。内的視点をとっている私人も法的ルールを自分で用いているのである。(第七章第二、三節) ハートによれば、法的ルールは確定した中核 (core) だけでなく、その周辺に不確定な半影 (penumbra) をも持っている。後者の領域では裁判所が対立する利益を

はかりにかけて裁量によって法を創造することが認められるために、法は開かれた構造 (open structure) を持っている。形式主義 (ドイツや日本で言う「概念法学」) は、この開かれた構造を無視して、ありもしない確実性を見出そうとした。(第七章第一節。なお pp. 200f. 二二二三ページも見よ。) ルール懷疑主義者たちはその反対に、周辺の事態にばかり気をとられて、法の中心的部分ではルールに従った裁判所の適用があることを見逃してしまっただのである。(p. 150. 一六八ページ)

このように、ハートの法理論の中で法的推論の問題はどちらかという副次的なテーマにとどまるが、このトピックに焦点をあててハートを批判し、ハード・ケースにも原則としてただ一つの正しい答があると主張したのが、周知のように R・ドゥウオーキンである。だがドゥウオーキンの主張するように、裁判官が裁判においてルールだけでなくずっと抽象的な政治道德的原理をも持ち込んで判決を下すとしたら、実際にはハートが認める以上に広い司法的裁量が導入されてしまうだろう。

ハートの「内的視点／言明／側面」の議論は、へ人は発言によって事実を述べるだけではなしに、その他の行

為 (約束・勧告・命名・謝罪・感謝・依頼等) も行う」という J・L・オースティンの言語行為論の根本的発想を展開したものだ。この発想が契約とか遺言とかいった法律行為や判決の発言の場合有用なことはすぐわかるが、ハートはそれをさらに、ルールを受容する人の法的言明一般や法現象に対する態度にも拡張したのである。だが内的視点と外的視点の区別については、さらに以下の点にも注意すべきである。

法に対する内的視点と外的視点は、それぞれ一種類しかないかのように考えてはならない。外的視点の中には、ルールを受容している人々の内的視点に全く言及しないものもある。この視点は人間行動をまるで自然現象のように観察するものだが、そこにルールの外的側面と順守や逸脱の規則性を見出すこともできよう。しかし大部分の場合この視点よりも説明力のある外的視点は、自分ルールを受け入れないが、集団の人々の内的視点に言及するものである。(p. 81-82, 九八—一〇〇、二七六ページ) 次に内的視点の中には、行為者の内心の感情や受容の動機の相違は度外視しても、積極的なルールの使用による受容と、ルールの運用の消極的黙認 (acquiescence)



cence)とがありうる。(pp. 59, 114, 六八、一二七ページ)さらに後述するように、ある社会の人々は単一の視点を全面的にとるわけではなく、法体系の全体ではなしに一部だけを受容することもありうるだけに、内的／外的視点の交錯は一層微妙になる。

なお最近ハートはラズ(Joseph Raz)の批判を容れて、内的言明と外的言明に並ぶ第三のタイプの言明として、内的視点に言及せずに、あたかも内的視点からのようにルールを記述する、「超然たる(Detached)」言明の存在も認めるに至った。これは発言者自身がルールを受容しているわけではないので、内的な「コミットした(committed)」言明からも区別される。(EB, pp. 154 f.; EJP, pp. 14 f.)

ところでルールの受容はそのルールの道徳的是認と密接な関係がありそうに思える。だが自分がいくらある法体系を高く評価していても、それがたとえば外国の法だったり過去の法だったり法律案にすぎなかったりして実効性(efficacy)を持っていかなかったら、それを受容することは不可能か無意味だろうから、道徳的是認が受容を含むとは言えない。

だが逆に、実効的な法を受容することはその是認を含んでいるとは言えないだろうか？ 実際ハートと同じ法実証主義陣営に属するラズは、裁判官がある法を受容する場合、裁判官はその法を道徳的に是認しているか、あるいは少なくとも是認するふりをしている、と主張する。しかしハートはこの主張に反対する。彼によると、裁判官は道徳的でないテクニカルな意味での法的義務について語っているにすぎず、ラズの想定はリアリティックでなく。(EB, pp. 155—61, 266—8; EJP, pp. 9 f. など)「一九八四年」も参照)ハートはすでに『法の概念』の中でも、裁判官でない人々による法を受容について、その受容の原因は自己利益や無反省な伝統かもしれないので、内的言明をしたからといって法の要求を是認する道徳的判断にコミットしたことにはならない、と述べていた。彼はこのことを、法的責務と道徳的責務とは全く異なる、というふうにも表現する。(pp. 198 f. 二二二—二二四ページ。また国際法の受容につき、pp. 225 f. 二四八—五〇ページも見よ。)しかしこのようにしてハートが法の受容とその肯定的評価とを峻別しようとすることに

はあまり説得力がない。ハート自身が法命令説批判の文脈で強調したように、ルールの受容は単なる個人的な行為にとどまる服従とは違って、他人の逸脱への批判や自己の行為の正当化といった規範的態度を含んでいる。その他の人の中には、自分ではそのルールを受容していない人々も含まれるに違いない(それでもなければ、逸脱者の多くを批判できない)。またその際、ルールが暗黙にでも引き合いに出される。そうならば、受容の動機や内心の信念が何であれ、本人はそのルールが少なくとも道徳上一応の義務(*prima facie duty*)を課することを認めていることにならないだろうか? そのような義務さえも(外見上)認めなかったら、どうして他人に対して規範的な主張ができるのか?

もっとも裁判官をはじめとする公機関と私人では、法の「受容」と一口で言っても、その意味が違うかもしれない。これについては3の末尾で述べよう。

### 3 一次的ルールと二次的ルール

さてハートによると、法体系が存在する社会をそれがない原初的な社会から分かちつものは、一次的ルールと二次的ルールの結合である。後者は一次的ルールしかない単

純な社会なのである。義務を課するルールと権能を与えるルールの二分法はこれまで見てきたハートの議論の中で重要な役割を持っていたが、それはまた「一次的ルール」と「二次的ルール」とも呼び直される。(第五章第三節。なおこれは1で触れたケルゼンの「一次的／二次的規範」とは全く異なる)。

だがハートによるこの二分法の基準は動揺している。彼は一次的ルールについてのルール一般を二次的ルールと呼ぶこともあるし、法の同定を行う、以下で述べる三種のルールだけをそう呼ぶこともあるからである。なおハートの「一次的／二次的ルール」の区別は、日本では以前からなされてきた「行為規範／裁決規範」の区別と重ね合わされることがある。しかし両者の分類とも一義的に明確ではなく、また根本の発想が違うこともあり、両者はきれいな一致しない。ハートの一次的ルールは行為規範に属するだろうが、裁決規範の面も持っているだろう。そして二次的ルールについて見ると、後述する裁定のルールの一部は裁決規範だろうが、その他は行為規範でも裁決規範でもない第三のタイプである組織規範に分類するのが自然である。また私人への権能付与ルー

ルは、ハートの分類でも「行為／裁決／組織規範」の分類でも、どこに属するのか明白でない。

ハートは二次的ルールの成立について次のように述べる。——暴力の行使や盗み等を禁ずる義務を課するような一次的ルールだけからなる原初的の社会は想像できる。しかしそのような社会は、十分に強い内面的絆で結ばれていない限り欠陥のあるものだろう。第一に、そこではその集団の従っているルールが何であるか確認できないので、それに関する疑いを解決できない。第二に、その社会のルールは静的であって、社会の状況に適應できない。極端な場合には、個人の負っている義務の免除や移転さえも不可能かもしれない。第三の欠陥は、ルールを維持する社会的圧力の散漫さゆえの非効率性である。そこにはルールが侵害されたか否かの紛争を権威的に解決する機関が存在しないし、それと関連して、ルール違反に対する制裁を専門に行う公機関も存在しない。

これら三つの欠陥は、それぞれ次のルールによって癒される。第一に一次的ルールの不確定性に対しては、その確認の基準である「承認(認定)のルール (rule of recognition)」が導入される。その単純な例は、古代ロ

ーマで権威ある法のテクストとして十二表法が公布されたことである。しかし発展した法体系では、承認のルールは複数の異なった法源を同定(確認)(identity)したり、それらの間の優先関係を定めたりもする。承認のルールによって、さまざまなルールは統一された体系をなすに至る。第二にルールの静的性質に対しては、法の制定・改廃の手続きを定める「変更のルール (rules of change)」が導入される。(なおハートはここで私人に権能を付与するルールも変更のルールの一種と考えているかのように見えるが〔p. 94. 一〇六ページ〕、別のところでは義務賦課ルールと一緒に一次的ルールに入れている〔p. 134. 一四九ページ〕。)第三にルールの非効率性に対しては、司法的権能を与える「裁定(裁判)のルール (rules of adjudication)」が導入され、さらに公的制裁に関する二次的ルールも設定されるに至る。変更のルールと裁定のルールは、ルールを同定する限りで、共に承認のルールでもありうる。法を一次的ルールとこのような二次的ルールの結合体として見ることによって、そして前述の内的視点を参照することによって、法源とか立法とか裁判とかいったたくさんの法的概念を十分に

解明することができる、とハートは主張する。(第五章第三節)(なおハートは今日の国際法を、二次的ルールなしの一次的ルールの(体系というよりも)単なる集合として説明する。〔第十章〕)

ハートは次に、法体系の中で特別の地位を占めている承認のルールを検討する。

承認のルール以外のすべてのルールの効力は、上位の別のルールを基準として確認される。たとえば行政庁の命令は特定の法律の委任に基づいているので妥当しており、その法律は憲法の定める立法手続きに従って制定されたので妥当している。だが承認のルール自体は、そのような有効性の基準をもちや持たないという意味で究極のルールと言える。ここから、承認のルール自体の有効性は証明できず「想定」されるだけだと言う人もいるが、これは不適切である。なぜならこのルールは、その下にある法を受容している人々が実際に受容し利用しているルールだからである。むしろ「承認のルールは有効でも無効でもありえないのであって、このように〔他のルールに有効性の基準を与えるために〕用いることが適切であるとして単純に受け入れられている」(pp. 115f. 11

八ページ)。承認のルールの存否は事実の問題である。

この点が、承認のルールとよく似ているケルゼンの「根本規範」との重要な相違の一つである。さらに承認のルールは他のルールと違って、「法体系の日常的営みの中でその承認のルールがルールとして明示的に定式化されることはめったにない。……承認のルールは、大部分言明されないが、その存在は裁判所や他の機関あるいは私人やその助言者が特定の諸ルールを同定していく仕方の中に示されているのである」(p. 98. 110—111ページ)。(第六章第一節)

承認のルールがめったに定式化されないということは、不文憲法の英国の特殊事情ではない。今日の日本を例に取れば、次のように言えるだろう。——たとえば(大日本帝国憲法は天皇を主権者としていたから、その七三条の改正手続によって日本国憲法を制定したことは憲法改正権の範囲を越えるので無効である。従って今でも大日本帝国憲法が妥当している)という考え方も、理論上は可能である(主権者の変更が憲法改正権の枠外にあるとすれば)。しかし今の日本では日本国憲法とそれに基づく法体系が妥当している。なぜなら日本人の多く、とり

わけ公機関は日本国憲法を受容しており、大日本帝国憲法やその他の憲法的ルールを受容していない、という事実があるからである。だがこの事実自体は憲法典によって確認されるものではないし、意識して述べられることさえ少なく、むしろ法的発言の当然の前提になっているのである。

このように承認のルールの受容が非自覚的であることを重視して、それを意志主義的ニュアンスなしに「認定のルール」と訳す方がよいと主張する論者もいる(鳴津格「法における事実的要素」『亜細亜法学』十九巻一―二号(一九八五年))。しかし“recognition”にどんな訳語をあてるべきかは別にして、ルールを recognize するとは自然的事実やルールの外的側面を認識することではなく、そのルールを基準として用い、自分だけでなく他人の行動を要求したり非難したりすることも含むのだから、たとえ意識されていなくても、そこには評価的コメントメントがあろう(前述2末尾を参照)。

以上の解説では、ハートによると法が妥当しているためにそれが受容されていることが必要であると述べた。しかし彼の実際の議論はもっと慎重である。彼は法体系

の存在の必要十分条件は、①公機関が公的権能についての二次的ルールを内的視点から受容し、②動機が何であれ、一般人が一次的ルールに服従していること、この二つだけだと考える。つまり法体系が成立するためには、一般人は二次的ルールを知っている必要もなければ、一次的ルールを受容する内的視点を持っている必要もないのである。極端な場合には、内的視点を取る者は公機関だけに限られているかもしれない。(pp. 59f., 109―114, 197, 六七一―八、一一二―一七、二一九―二〇ページ)

私がハートのこの指摘を特に取り上げたのは、今日の法哲学では内的視点を外的視点に対して強調しすぎる傾向があるように思うからである。極端な見解になると、内的視点だけが法理論上正当な視点だと考える論者さえいるし、そこまで行かなくても、一般人による法の受容を重視して強制の要素に副次的な役割しか与えない論者は多い。確かに現代の民主主義国では国民の多くは一次的ルールの重要なものを受容しているだろう。それだけでなく二次的ルールまでも受容している「政治的意識」の高い人も少なくないだろう。そして国民が政治に積極的に参加しているところでは、公機関だけでなく国民の

多くも法的ルールを受け入れていなければ、法体系が存在するとは言えない、あるいはルールの内容を同定できない、という可能性さえある。

しかし私には、公機関による法の受容と私人によるそれとの間には重大な相違があるように思われる。ただし私はここで、私人の法的言明は権威がないが裁判官のそれには法的権威があるという、アメリカン・リアリストたちが強調した相違を念頭に置いていたのではない。私が指摘したいのは次の二点である。

(1) 近代の法治国では、公機関は法を行動の終局的な理由として受け入れているのに対し、私人は法を受容しても、多くの場合それは行動の一応の (*prima facie*) の理由の一つにすぎず、他の種類の実践的考慮との比較衡量の余地を残している。要するに法に従うべきでない場合もあると認めているのである。もっとも私は公機関が常に誠実に法を順守しているというつもりはない。公機関はしばしば意識的に法に反するかもしれない。しかし公機関はその時でも自分が法を破っているなどとは認めようとしないだろう。私人と違って、公機関は少なくとも故意には法に違反していないというたてまえをくずせず

ない。そのために、私人(特に法の素人)は法律や法的ルールを文字通りに厳格に解釈しがちなのに、公機関の方は自分の都合のよいように融通無碍な法解釈を行うことがあるという、一見逆説的な事態も生ずる。

(2) 公機関は法体系全体を丸ごと受容するが、私人は普通その一部だけを受容するにすぎず、その他の部分には無関心であるか、単に服従しているかであることが多い。というのも、私人は二次的ルールを受け入れているとは限らず、一次的ルールの中でもその内容によって受容したりしなかったりするからである。実際私人が受容している一次的ルールの多く——たとえば刑法や財産法の多くのルール——は、それが法だからという理由よりも、社会的慣習の一部だから、あるいはその受容が自己利益のためになるからといった理由で受容されているように思われる。多くの法理論家たちは法を体系的あるいは全体論 (*holism*) 的に見すぎていて、このようなバックワーカー的な見方を閑却している。だが法の実践をリアリストイックに見れば、後者の見方にはある程度の説得力がある。

法体系に対する全くのアウトサイダーや一方的な犠牲

者は今日の自由民主主義国家では例外的な存在かもしれないが、右で述べたように、法を(1)行動の、一応の理由としてのみ、それも(2)つまみ食いの受け入れることは常態である。そして私は、あらゆる国民が法の内容に注意を払うことは実際的でないし、現代国家の法律は極めて複雑多岐にわたるのだから、国民がこのような生ぬるい仕方では法を受容することも、決して悪いことではないと思う。

#### 4 法と道徳

ハートは国際法に関する補論的な第十章を除く『法の概念』の最後の二章で、自然法論が強調してきた道徳と法の関係に触れている。ただし第八章第一節と第三節はほとんど道徳理論内部の問題を取り扱っている。だからこの部分については、ハートの正義論はアリストテレスの影響を強く受けており、また道徳的考慮の中でも正義の観念が特に法と密接な関係を持つことを指摘している<sup>1</sup>とだけ言うにとどめよう。

ハートによれば、法と道徳の間には顕著な類似があるが、他方次の点で異なっている。①道徳的ルールはそのメンバーにとって重要なものだと考えられているが、法

的ルールはそうとは限らない。②法は意図的な変更を受けるが、道徳の変化はそうでない。③道徳的犯罪(moral offence)は故意による(voluntary)なものに限られるが、法的責任の場合は本人の精神状態が考慮されないこともある。④道徳の維持のための圧力は良心に訴えかけるのが特徴だが、法的圧力の典型は制裁の威嚇である。(第八章第二節)

しかし法と道徳の間にもっと密接な関係を見出そうとする自然法論にハートはここまで触れてこなかった。

彼は自分が自然法論と対立する意味での法実証主義者であることを自認している。しかしこの両者とも多義的な言葉だから、それによって一体何を意味しているかに注意すべきである。ハートによると「法実証主義」は次の五つの主張の一つ以上を指すために用いられる。(1)法令説。(2)現実の法とあるべき法との間に必然的關係はないとの説。(3)法的概念の分析は重要であって、それは法の社会学的研究や評価とは区別しなければならないとの主張。(4)正しい判決は法のルールから論理的にただ一つだけ導き出せるとの主張。(5)(メタ)倫理学上の非認識論(non-cognitivism)(これは日本の法学界では「価値

「相対主義」と呼ばれることが多い。(p. 253. 二九三ページ) なおハートは述べていないが、「法実証主義」はそれ以外にもたとえば(6)〈法律にはその内容を問わず従うべきである〉という主張や(7)〈法は意図的に、いかなる目的のためにも、制定されるものである〉という主張を示すために、特にその批判者によって使われることがある。ハート自身は(2)と(3)を採用し、特に(2)を法実証主義の核心と考えているが、その他の主張は取らない。

次に自然法論について見ると、自然法則と規範的な法とを同一視して、正しい行動の法が理性によってとらえられると考えるような古典的自然法論には、ハートは共感を示さない。それは人間の活動の目的についての疑わしい見解に基づいているからである。(第九章第一節) しかしハートは、いかなる人間社会にもその伝統のために必要なルールがあつて、あらゆる社会の法と慣習に含まれていると考え、それを「自然法の最小限の内容」と名付ける。その内容を決定するのは、次のような経験的な自明の事実である。(i)人々は身体への攻撃を加えることがあるし、それによって傷つけられる。(ii)肉体的・知的な能力において、人々の間に極端な相違はない。(iii)

人々が持っている利他性は限られている。(iv)資源にも限りがある。(v)人々の知性と意志の強さも限られている。これらの条件のために、論理の必然ではないが自然の事実の問題として、法体系は暴力の行使を禁じたり、財産や約束の尊重を要求するルールを持たざるをえない。(第九章第一節) 社会道徳と法へのこの経験主義的アプローチはハートがホプズとヒュームから得たものだが、それは現代世界の状況を考慮に入れてさらに発展させるだけの意義と余地がある。

ハートは最後に、前述の法実証主義の五つの主張のうち(2)に反対して法は何らかの意味で道徳と必ず一致するはずだとする、以下の六つの議論を検討する。これらの多くは「自然」の観念を持ち出したりしないが、それでも「自然法論」と呼ばれることもある。(I)〈法体系の存在は、その社会の少なくとも一部の人々の道徳的確信を必要条件とする〉。ハートは法の受容と道徳的判断とは別だとしてこの主張に反対するが、それに疑問があることは、すでに2の末尾で述べた。(II)〈法は実定道徳の影響を受ける〉。これはどのような法実証主義者も否定しないところである。(III)〈法の解釈には道徳的考慮がしば



しばはいりこむ。これも事実だが、道德原理は法の順守だけでなく違反の際にも尊重されてきた。(IV) へ法は道德の要請に従わねばならない。それはそうかもしれないが、その要請を満たさない法体系も存続してきた。(V) へどんな法でも、英米の法律家のいう「自然的正義」(法の適用における不偏性等の手続的正義)を満たしている。しかしそのような手続的正義は、法の実質的内容の極度の邪悪さとも両立しうる。(VI) へ道德的に邪悪な法はそもそも法でないとするような法の概念を採用する方が、道德性に言及しないもっと広い実証主義的な法概念を取るよりも有益である。

ハートは最後の(VI)の主張を一番念入りに検討して、結局は斥ける。——第一に、法を社会現象として研究する際には、狭い方の法概念の採用によって得られるものはない。邪悪な法もそうでない法と同様に研究に値する。次に、道德的熟慮の時にはどちらの法概念の方が有益だろうか? この問題についてもハートは実証主義的な概念を支持する。いずれの概念を取ろうが、公機関が邪悪なルールを制定する可能性は残る。そのような時、服従への要求が道德的吟味を受けねばならないという感

覚は、邪悪なものは法でないと考える人々の間でよりも、法のルールは邪悪かもしれないと考える人々の間での方が生き続けるだろう。また悪法への服従の問題以外にも、不服従への処罰を受けるべきかとか、過去の悪法に従った行為を適及的に処罰すべきかといった問題を考える際は、法として有効か無効かという区別しにくい狭い概念よりも、有効・無効と道德性とを別の問題として扱う広い概念の方が、事態の複雑性をとらえやすい。

私はハートの実証主義的な法概念擁護論に反対する点は別ないが、彼が繰り返して用い、しばしば引用されるある表現が気になる。ハートによると、その広い概念を取る人は、邪悪な法に直面すると、「これは法である。しかしあまりにも邪悪なので従ったり適用したりできない」(p. 203. 二二六ページ。同様の表現はそのあとにも出てくる)と考えるのだそうである。だがむしろ実証主義的観念の使用者は「しかし」という逆接の接続詞を使わず、単に「これはあまりにも邪悪な法なので従ったり適用したりできない」と言うべきではなからうか?

私はつまらない細かい言い回しにこだわっていると思われないうように期待する。ハートの用いている表現を虚

心に読めば、それは「法はすべて順守のための一応の（道徳的）義務を課するのだが、この場合は法の内容の邪悪さゆえに、例外的にその義務が覆される」と言っているように見える。だがハートの提唱する法実証主義は、たとえ一応の義務ではあっても、法に従うべき道徳的な義務を必ず認めるものではなかったはずである。たとえ法の受容はその道徳的是認が少なくとも是認するふりを含んでいると考えても（2末尾で見たように、ハートはそう考えないが）、この邪悪な法の場合、発言者はそのも法を受容しておらず、外的視点を取っているのだから、やはりこの発言は道徳的是認を含んでいない。

もともと「法」という言葉を（内的視点からはともかく）外的視点から用いるとき、その言葉自体は何ら道徳的義務を含んでもいないし、前提してもいない。だが法の下にある人々は、反対の強い理由がない限り、その法に従うべき一応の道徳的義務を負っている」と考えることは矛盾していない。この一応の順法義務は、たとえば「社会秩序の維持のために（あるいは、人々の協力を可能にするために）、ルールの内容はどうであれ、実効性のある法に従うべき一応の理由がある」といった実質

的な論拠によって正当化されるかもしれない。このように考える人は、法の概念については法実証主義の立場を取る一方で、法の内容から独立した一般的な（そして一応の）順法義務を道徳上承認しているのである。そのような人ならば、ハートの「これは法である。しかしあまりにも邪悪なので従ったり適用したりできない」という表現を自然に用いるだろう。

事実ハートは別の論文の中で、「多数の人々が、他の仕方では得られないような利益を得るために一定のルールに従ってその自由を制限するとき、他の人々がそのルールに従うことから利益を受ける人々は、自分たちの方も従うべき義務を負う」という、いわゆる「公正原理」によって順法義務の正当化を試みている（『権利・功利・自由』二一五ページ、EPLJ, pp. 118f. 引用は後者から）。だが一般的順法義務肯定論は法概念論上の法実証主義者の大部分が認めている説だというわけではなく、むしろ「道徳に反するルールは法でない」と考える自然法論者の方が取りやすい説なのだから、問題のハートの表現はやはり適当でない。