

ハートの法理論はいかに発展させられるべきか

——マシュー・H・クレイマーの近著

『H. L. A. ハート——法の性質』を手がかりに——

森 村 進*

はじめに

I 『H. L. A. ハート』の概要

II コメント

はじめに

H. L. A. ハートは20世紀における最も重要な法哲学者だった。彼は狭い意味の法理論・法概念論の分野にとどまらず、刑法理論・政治哲学・ベンサム研究などの領域でも重要な貢献を行ったが、中でも彼の主著で1961年に初版が刊行された『法の概念』（死後「後記」を加えて出版された第2版が、Hart 1994）は、現代における法実証主義を再興させ、自然法論との相違を明確にするとともに法実証主義陣営内部でも多様な立場を発展させることにもなった。しかしこの本は多くの貴重な洞察や論点を含む一方で、その議論の中に曖昧な点や不十分な点や難点も少なからず見出される。その結果、本書のほとんどあらゆる部分について多くの論者が賛否こもごもの立場から議論を重ねてきた（その中でも代表的なものは、2012年刊行の原書第3版にレスリー・グリーンが加えた巻末注の中にまとめられ分類されているが、この部分は最近の長谷部恭男訳でも訳出されていない）。とはいえ『法の概念』の議論を全体的にカバーした書物は必ずしも多くない。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第18巻第3号 2019年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科特任教授

本稿で紹介するマシュー・H・クレイマーの『H. L. A. ハート——法の性質』(Kramer 2018) は、『法の概念』の詳細な解説を通じてハートの法理論を検討する書物で、この主題について初学者だけでなく研究者にとっても裨益するところの多い考察を含んでいる。そこで本稿では、まず本書の内容を紹介し、その後でいくつかの論点について少し詳しく考えてみたい。

著者はケンブリッジ大学の法学・政治哲学教授で多くの著作があり、日本の法哲学界でも包摂的法実証主義者の一人として知られているが、まだ本格的な紹介はされていないようだ。なお以下で特に書名なしにページ数や章節をあげるのは本書のものである。頻出するハートの『法の概念』は「CL」と表記し、必要な場合、その章数はローマ数字で示し、ページ数はクレイマーが用いている原書第2版のもの、長谷部による訳書のことを併記するが、訳文は長谷部訳を少しだけ変えた個所もある。[] 内の注記は私による補足である。

I 『H. L. A. ハート』の概要

本書は用語法に関する断り書きである短い「序文」を別にすると全6章からなっており、最初と最後の章はCLの全体に関わるが、第2章から第5章はそれぞれCLの特定の部分を取り上げている。

第1章「方法に関するディスコース」はハートがCLで用いた方法を論じている。ハート自身がCL第I章第2節の「繰り返される三つの論点」で述べているように、彼は「法とは何か?」という伝統的な漠然たる問いを、①法と命令との関係、②法と道徳との関係、③規範(クレイマーは本書を通じてハートのいう「ルール」を「規範(norm)」と呼ぶ。ただし「認定のルール(Rule of Recognition)」の場合は、ハート独自の概念なので例外的に「ルール」を用いている)とは何かという問題、という三つに分類して検討した(第1章1)。そしてクレイマーが指摘するところでは、ハートが行う概念の明晰化(elucidation)は、語の辞書的な定義ではなく、その概念に関する常識的な理解をとぎすまし精緻化して理論化するというもので、その際ハートは法の必要十分条件を求めているのではなく、まず典型例を元にしてそれとの類似性によって周辺的事例を解明すると

いう方法を用いた(第1章2-3)。この点については後にⅡ2で触れる

ハートの法理論の哲学的スコープはとても広い。それはたとえば英米法をモデルとするドゥオーキンの法理論のように個別的・特殊的でなく、一般的・普遍的であり、社会科学的でなく、哲学的である——もっとも両者の区別は常に明白ではないが。だからCL第V章「一次ルール、二次ルールの組み合わせとしての法」における、一次ルールだけの社会から二次ルールも含む社会への移行の論述は思考実験であって、法の起源についての人類学的な理論として理解すべきではない。その一方で、ハートは異なった社会ごとの法の相違——具体的には、法と道德の関係や法的推論や法の内容における多様性——も十分認めている(第1章4-5)。

次にクレイマーはハートがCLで採用した、決して道德的でない「記述的一説明的方法論」を一層詳しく敷衍し、さまざまな論者の批判や誤解からハートを守ろうとする(第1章6)。ハートが法理論の持つべき美德として特に尊重したのは、明確性や十分性という性質である。ただしハートはCL第IX章「法と道德」最後の実証主義的法概念の擁護論のところで道德的考慮にも訴えかけているが、その個所はCL全体の方法論と調和しない、とクレイマーは考える。この点についてはⅡ3で後述する。

第1章の最後は、CLの法理論は「法に関係する公務員と市民が有するある行動パターンと信念と傾向性が、法体系の存在と作用を論理的に含む」という「構成的関係を想定する理論」(p.25)だという限られた意味では「還元主義的」だが、それ以外の因果的な関係に還元しようとするわけではないし、心理的な関係として理解しようとする「自然主義的野望」を持ちあわせていたわけでもないから、普通言われるような意味での「還元主義」ではない、と主張する(第1章7-8)。クレイマーのこの解釈は、ハートの別の著作でなされているスカンジナビアン・リアリズム批判(Hart 1983: Part III)も持ち出せば一層強化できるだろう。

第2章「法的権能と法的規範性に関するハートの見解」は、CLの前半第II章から第IV章までの法命令説批判を取り上げる。19世紀のジョン・オースティン

が法と道徳を区別したのは正しかったが、彼の法命令説は法の規範性を説明していないことが重大な欠点である。クレイマーはハートが行う多岐にわたるオースティン批判をおおむね妥当だと判断しているが(第2章1, 3-5) この辺はあまり解釈上の問題がないので紹介を省略する。

ハートは特に、オースティンの理論が義務賦課の規範ばかりを想定していて権限付与的規範を無視したということを重大視した(CL第Ⅲ章第1節「法律の内容」)。クレイマーによれば、権限を付与する法律を、義務を賦課する法律の一種として再構成しようとしたり(マコーミック)、前者の法律を、後者の法律の構成要素として理解したり(ケルゼン)する論者もいるが、いずれも成功していない。しかしクレイマーは、ハート自身も法への内的観点を説明するとき義務賦課的規範についてしか語らず権限付与規範を無視している、とも主張する(第2章2)。この点についてはⅡ4で後述する。

本書の第3章「ハートの法理学理論の構成要素」はCLの中心部分をなす第V章と第VI章の比較的詳細な検討を行う。本章の章題にもなっているその主要な「構成要素」とは、内的観点と外的観点を区別、および一次規範と二次規範(ハート自身の用語法では「一次ルール」と「二次ルール」)の区別であり、特に三つの二次規範の中でも際立って重要な「認定のルール」である。クレイマーは本章の半分以上を認定のルールにあてている。

クレイマーは内的観点についてすでに本書第2章2で触れていたが、この第3章では外的観点にも極端なものや穏健なものがあると指摘する。極端な外的観点は内的観点を考慮に入れないものであり、穏健な外的観点は、観察者自身は内的観点を取らないがそれを考慮に入れるものだ。法哲学にとっては穏健な外的観点の方が極端な外的視点よりはるかに重要だが、ハートの書き方はそれを軽視しているように見えるとクレイマーは言う(第3章1)。続いてクレイマーは内的観点とも外的観点とも区別される「模倣的観点」というものがあって、これは法律家の観点なのだが、ハートはCLではそれをほとんど無視したと述べる(第3章2)。このテーマについてはⅡ5で後述する。

クレイマーは内的観点と外的観点というテーマを、両者の観点間の区別が曖昧

になる三つのケースをあげることで締めくくる。その三つのケースとは、白系ロシア人のようにもはや実効性のない法体系にコミットしている者の観点と、制裁への恐れだけによって法に従っている公務員の観点と、(法の領域から道徳の領域に移るが)道徳への規範意識を持たないサイコパスの観点である(第3章3)。

クレイマーは次に一次規範と二次規範というテーマに移る。ハートはCLの第V章第1節「新たなスタート」でこの二種類の規範を区別したが、その区別の基準は複数あって、ハートの論述には不明確なところが多い。しかしクレイマーの解釈によれば、一見した印象とは違い、両者の規範の区別は義務賦課規範と権限付与規範の区別とは異なり——なぜなら二次規範は義務賦課規範であるとともに権限付与規範でもあるのだから——他の規範に前提・言及されている規範とそれを前提する規範の区別として解釈されるべきである(第3章4)。またハートが「認定のルール」「変化のルール」「裁定のルール」という三種類の二次規範の内容や機能について説明したCL第V章第3節「法の基本構造」の論述は歴史的発生論ではなくて思考実験として読むべきであり、またこの三種類の二次規範は相互依存的存在である(第3章5)。

以下クレイマーは他の論者の解釈を批判的に検討しながら認定のルールの性格を明らかにしようとする。彼によれば、認定のルールは社会の全員にではなくもっぱら公務員に向けられている(第3章6)。それは公務員に権限を付与するとともに義務を賦課するという両方の性質を持ったハイブリッドな規範である(第3章7)。その具体的な内容の細部は曖昧なこともあるが、それでも法は機能する(第3章8)。またラズなどが指摘するように認定のルールの基準は単一ではなくて複数あるし、公務員の階層によっても異なるが、それらの基準はランクづけがなされているから、統一性がないわけではない(第3章9-10)。認定のルールは究極的な規範であってそれ以上の根拠を持たないが、基礎的なレベルと法典化されたレベルの両方で存在し、両者は相互に影響を及ぼす(第3章11-12)。

認定のルールとそれ以外の二次規範との関係も問題を抱えており、この点に関するハートの議論はしばしば曖昧であるために批判を集めてきた(第3章13)。クレイマーは認定のルールを変更のルールあるいは裁定のルールに還元しようとするシャピロやウォルドロンやマコーミックの見解を斥けて、三種類のルールの

区別を保持しようとする(第3章14-16)。また〈ある機関による権限行使は権限付与規範の存在を前提している〉という「卵原則」と〈権限付与規範は権限行使機関の存在を前提している〉という「鶏原則」は循環しているから法体系はいかにして発生しうるのでかという難問が生ずる、と言われることがあるが、そもそも前者の「卵原則」が間違いで、権限の行使は法に先立つものである(第3章17)。

第3章をしめくくるのは、ハートが法体系の存在のための必要十分条件として、①一般市民=私人による服従と、②公務員による二次ルールの実効的な受容という二つの要素をあげた(CL p.116. 邦訳191ページ)ことへの批判的なコメントである。ハートは私人への権限付与規範を無視しているし、また公務員による二次ルールの受容という観念の分析も不十分だ、とクレイマーは主張する(第3章18)。クレイマーのこの評価がどのくらい妥当かは問題だ。しばしば指摘されていることだが、CL(に限らずハートの著作全体)の中で、ハートが念頭に置いている「公務員(officials)」とは具体的には裁判官と法律家であることが多く、行政官による法の受容に関する記述は極めて不十分だ。行政はハートの法哲学の中で閑却された領域だった。ただし私人への権限付与規範についてハートが注意を払わなかったわけではない。この点についてはⅡ6で後述する。

本書の第4章「法解釈と法的推論に関するハートの見解」はCLの第Ⅶ章「形式主義とルール懐疑主義」を対象としている。法に対する公務員の内的観点こそが法を法たらしめるというハートの主張を前提すると、法解釈と法的推論はハートの法理論の中で基本的な概念であってよさそうなものだが、彼がそれを取り上げたのはようやく第Ⅶ章になってからで、そこでの論述もごく短いものにとどまった。よく知られているように、ドゥオーキンによるハート批判も最初はこの分野から始まった。

本章でクレイマーは、法解釈や法的推論の方法は法制度ごとの相違が大きいから、CLの中では一般的な法理論を展開しようとしたハートがこの問題を詳しく論じなかったのももっともだと考えるが、それでもハートはここでいくつかの重要な区別に注意しなかったという欠点を指摘する(第4章1)。それらの区別を

ここで一々紹介することはしないが、一つだけあげておくと、不確定性 (indeterminacy) と証明不可能性 (indemonstrability) の区別がある。前者は存在論的な観念だが後者は認識論的な観念だから別物であって、ある主張が証明できないからといって不確定だとは言えないのに、ハートは晩年の CL の「後記」においてさえ両者を混同する傾向があった。そのためドゥオーキンの司法的裁量批判や正答テーゼに対してハートが行った批判は欠陥を持つものになってしまった。正答を証明できなくても正答は存在しうる、とドゥオーキンは主張できたからだ。(だからといって、ドゥオーキンがどんなケースでも正答が存在するという正答テーゼを説得的に論証したわけでもないが。)

本章の後半は、ハートが法解釈に関する形式主義とルール懐疑主義という二つの対立する立場をどう評価したかを論ずる。ハートはこの両極端の間を取ろうとしたが、どちらかという形式主義の方に近かったというのがクレイマーの判断だ。ハートはルール懐疑主義論者の指摘するような法の不確定性も確かに存在するが、それは周辺の事例にとどまり、典型的な事例では法の内容は明確だ、と考えた (第4章2)。

第5章「法と道徳」は本書の一番長い章であり、CLの第IX章「法と道徳」を主たる材料として、自然法論と法実証主義の対立に関するハートの見解を入念に検討している。

法実証主義を自然法論から分かつ特徴は、法と道徳の「分離可能性テーゼ (the separability thesis)」だと考えられがちだが、ハートは両者の分離に複数の意味があることを示した、とクレイマーは述べる。(そのためクレイマーは "separability theses" という、定冠詞抜きの複数形を採用する。) クレイマーによれば、道徳と道徳でないものは次の四つの次元において区別される。それは、①道徳と不道徳；②道徳と賢慮；③道徳的事項と経験的事項；④道徳的な現象と無道徳的 (non-moral) な現象、すなわち自然現象のように道徳的概念が適用できない現象、というものである。法実証主義者は④の意味で法が道徳的現象でないと主張しているわけではない。彼らも法が道徳的判断の対象になると認めることができる。しかし①から③の点では、法は道徳と区別される。不道徳な法もありうるし (①

の区別)、公務員は道徳的理由ではなしに賢慮の理由から法に従うのかもしれないし (②)、認定のルールは社会的な事実だから (③) だ (第5章1)。

クレイマーが「道徳」という観念の複数の意味を分けて、それに伴って自然法論と法実証主義の対立点も複数あることを指摘したのは有益だ。ただしハートがCL第Ⅷ章3の中で行った実定道徳と批判道徳の区別も利用したら、法と道徳の区別はもっと説得的になるだろう。またハートはCL第Ⅸ章への巻末注で、当時の英語文献の中で「実証主義」の名の下に分類されていた五つの主張を列挙し、そのうちいくつかはベンサムやオースティンやケルゼンのような代表的な法実証主義者がとっているものではないと書いていた (CL p.302. 邦訳521-2ページ)。この巻末注はCLの中でハートが一番明示的に法実証主義という概念を取り上げた個所だけに、クレイマーがこの注に全く言及しないのも不思議だ。

次にクレイマーはCL第Ⅸ章第2節の「自然法の最小限の内容」を取り上げる。この部分に関する文献は非常に多く、その中にはハートの議論の修正や改訂をめざすものもあるが、クレイマーの関心はその方向には向かわない。彼はむしろハートの考える最小限の自然法さえも (われわれが常識的に考える) 道徳より射程が大きく制限されているということを指摘する。たとえばそれが保護する人は決して万人ではなく、社会の特定のメンバーだけかもしれないというのだ。クレイマーは「自然法の最小限の内容」の議論が政治的責務の正当化を与えるかどうかという問題にも触れるが、それに対する答は当該の政治体制ごとに異なるので、普遍的な法理論をめざすCLが解答を与えるものではない (第5章2)。

次にクレイマーは、ドゥオーキンが1960年代から1970年代に行なった法実証主義批判に対する対策としてハートがCL「追記」の中で採用した包含的実証主義 (inclusive positivism) と、他の一部の法実証主義者がとった排除的実証主義 (exclusive positivism) との対立に触れている (第5章3)。だがクレイマー自身の包含的実証主義については簡単ながらすで日本語の紹介があるし (深田2004: 186-7ページ)、また私は包含的実証主義と排除的実証主義の対立はかなりの程度まで言葉の問題にすぎないのではないかと疑うので (森村2015: 第4章4)、紹介を割愛する。

本章の最後の節は「表出主義者としてのハート?」と題されており、ハートが

内的な法的言明の性質をどのように理解していたかという問題をかなり詳細に論じている。この問題について、ハートは内的な法的言明は何らかの事態に言及しているのではなく発言者の態度や目的を表出していると考えていたとする、表出主義 (expressivism) 的解釈を唱える論者 (Kevin Toh) がいるが、クレイマーはその解釈に反対する。クレイマーはまず言明に関する意味論と語用論とを区別して、ハートは内的言明が語用論において表出機能を持つことを認めていたという広い意味では表出主義者だが、意味論の領域における狭い意味での表出主義者 (= 非認知主義者) ではなく、内的言明が命題の内容を持ち、真か偽でありうるということを知っていた、と主張する。この点についてはⅡ 7 で後述する。クレイマーによれば、ハートは CL 以前の初期著作では狭い意味での表出主義と解せることを書いているが、CL ではそれからは離れているというのだ (第 5 章 4)。

本書の短い第 6 章「結論」は本書全体の主張を要約しているから、その中からいくつかの文章をそのまま引用しよう。

クレイマーは本書がハートの理論の中のいくつかの誤りを指摘してきた理由を述べる。ハートの法理論はその洞察だけでなく誤りも研究に貢献したというのだ。「ハートの法理論の豊かさと深さの一つのしるしは、それに対して向けられてきた連続する諸反論を通じてそれが改善されるということだ。…… [原文改行] ハートの法理学の思索の偉大さは、それが懐疑者たちを説得し誤りを矯正する能力だけでなく、異論を引き出すという点にもあった。」(p. 204)

本書はハートの CL 以外の著作にはほとんど触れなかったし、CL の中でも第 VIII 章と第 X 章は取り上げられなかったが、彼の法理論の主要な要素は入念に検討した。要約として、ハートの提唱した方向で研究しようとする人々にとっての五つの課題をあげると次のようになる。①「理論化の重要な点において権能付与的法律と免除付与的法律を無視しがちなハートの傾向は、そのような法律に対して公務員と市民が採用する内的観点を記述しようとする努力によって矯正されるべきだ。」[第 2 章に対応]；②「法に関する満足すべき理論は、法的な推論と解釈について CL が与えるよりもずっとよい説明を含まなければならない。そのような説明は、法域を超えた、さらには法域内部の、法的推論・解釈の多様性に注意

を払うとともに、言語哲学からの洞察を利用するだろう。」[第4章に対応]；③「法規範に効力を与える行政官の様々な役割を無視しがちなハートの傾向も、同様に矯正を必要とする。いかなる統治においても、法適用は司法部とともに行政部によっても行われる活動だ。」[第3章に対応]；④「法的ディスコースの語用論に関するハートの分析は大変価値あるものだが、それはもっときめ細かな分析によって拡充されるべきだ。その拡充の試みは、義務賦課的法律以外の法律に対する内的観点 [①を参照] の肉づけを含むだけでなく、法以外の社会的実践との関係における法的ディスコースの特徴をなす語用論の側面の抽出をも含むだろう。」[第5章に対応]；⑤「法的ディスコースの語用論の一層詳細な解明には、内的な法的言明の意味論の解明が伴うべきだ。そこでの解明は認知主義であるとともに [真理という観念について] ミニマリストである。」[第5章に対応] (pp. 205-6. 番号は森村が付したもの。)

そして末尾はこうだ。

「ハートはその知的相続人たちに一般的な法理学のアプローチといくつもの印象的なアイデアを遺したが、何よりも、厳格な哲学的反省を通じて法の性質の明確かつ厳密な説明を提供しようという熱望を遺した。その熱望は、彼の知的子孫がまさにそのような反省を通じて彼の法理論を改善しようと努めるときに、抑制されるのではなく促進される。」(p. 206)

II コメント

1 本書の全体としての特徴

これまでの紹介からもうかがえただろうが、本書はハートの学問的業績の全体を概観するものでもなければ、CLへの簡潔な入門書でもない。それはCLの議論の詳細な研究書である。著者はしばしばCLからのある程度長い引用や、簡潔な原文の親切なパラフレーズも避けないとはいえ、本書はCLをすでに読んで関心を持った人のための書物だ。ハートのCL以外の著作も、CLに関連する限りでしか取り上げていない。またCL自体の問題関心に即しているため、死後刊行の「追記」を利用しても、CLに関する最近の多くの著作と違って「ハート・ドゥ

オーキン論争」を詳しく論じているわけでもない——その原因の一部は、私と同様、この論争においてハートの主張の方がほぼ全面的に正しかったと著者が考えているからだろう。

本書はCLの法理論の中で何が継承されるべきか、何が発展されるべきか、何が訂正されるべきか、何が捨てられるべきかを整理する。その際著者はハート解釈についてかなりはっきりした見解を持っていて他の解釈を遠慮なく批判している。だがハートの文章は十分明快でないことが多いから、たとえば一次ルールと二次ルールの性質などについて読者の間で多様な解釈が生ずるのもやむをえない点があって、それほど簡単に特定の解釈だけが正しいとは言い切れないのではないか——というのが私の受けた一般的な印象である。

以下私に関心を持ったいくつかの点について述べたい。

2 CLの方法論

本書の第1章で描かれるハートの法理論の方法論は、私にウェーバーの「理念型」の方法を連想させた。ハートは法という概念について何か必然的な性質や必要条件があると考えようないわゆる本質主義的な発想をとらず、その代わり典型的な特徴の解明に関心を持った。ハートが法的ルールの解釈の文脈で用いた用語を流用すれば、概念の半影よりも核心に関心を持ったのである。ただしハートの法概念は近代法の現実を記述することを意図されているが、「理念型」の方は操作的な認識手段にすぎないという違いはある。

またハートの方法はその好対照としてカール・シュミットも連想させる。シュミットは「主権者とは非常事態の決断者である」とか「例外は原則より興味深い。正常は何物をも証明せず、例外が一切を証明する。例外は原則を保障するばかりか、そもそも原則は例外によってのみ生ずる」などと言って、例外的状態にこそ法の効力の本質的要素が現われると考えた（『政治神学』第1章）が、その逆にハートは日常的な法現象の観察こそが法の理解に資すると信じていた。

私の知る限りハートはその著作を通じてウェーバーにはほとんど、シュミットには全く言及していないようだ。ニコラ・レイシーのハート伝によると、ハートの蔵書にあるウェーバーの法社会学の本にはかなりの書き込みがなされているそ

うだが、それは法への内的観点に注目する理解社会学の方法に関する部分（日本語では『経済と社会』として知られている大著の巻頭論文で、岩波文庫の清水幾太郎訳『社会学の根本概念』の、特に第5-6節）であって、理念型に関する部分ではないらしい（Lacey 2004: pp.230-1とそれに対応する巻末注）。またニール・マコーミックの回想によると、ハートは1968年の春には「当時読んでいたウェーバーの著作への熱中で一杯だった」（MacCormick 2008: p.41.『ハート法理学の全体像』という題名の下、角田猛之編訳で邦訳されている原書初版には存在せず、第2版で加筆された箇所）が、それもレイシーが書いているのと同様に理解社会学への関心によるものだったようだ。ハートがウェーバーとシュミットの著作についてどう考えていたか（あるいは、後者については読んでいたとしたらどう考えたのだろうか）をもっと知りたくなる。

3 CL第9章末尾における実証主義的法概念の擁護論の不徹底性

クレイマーは第1章6の中で、ハートがCLにおいて道徳的でない「記述的一説明的方法論」を採用したと力説して、何人かの論者が道徳的な評価だと理解する部分が実際にはそうでない——たとえば、ハートは文明社会の法が未開社会の法よりも道徳的に優れたものだとは言っていない——と主張する。しかしクレイマーは第1章6.5の「真正の逸脱」と題されたサブセクション（pp.18-23）では、ハートが一つの個所では確かに「記述的一説明的方法」から逸脱したと譲歩する。その個所とは、CL第IX章最後の実証主義的法概念擁護論の「法的妥当性と法への抵抗」と題された小節（CL pp.207-212; 邦訳322-8ページ）、特にその後半である。ハートはここで次のように主張した。

——道徳的性質に言及しない広い実証主義的な法観念を取るべきだろうか、それとも、邪悪なことを命じたり許容したりする制定法は法としての資格を欠くとする狭い自然法的な法観念をとるべきだろうか？

「この問題をことばの適切な使い方に関するものと考えたのでは、十分にそれに取り組むことができないのは明らかである。本当に問題になっているのは社会生活において一般に実効的と言える秩序に属するルールを分類する際に、より広い、あるいはより狭い概念を用いることの良し悪しの比較だからである。こうし

た概念の間で理由のある選択を行うには、その概念を使うことが①理論的探究を行う助けになるから、あるいは②道徳的考察を進め、明確化することになるから（あるいはその両方）という理由に依る必要がある。」(CL p.209; 邦訳 234 ページ。数字は森村が加えた)

そして、①理論的探究においては、「狭義の概念を選ぶことで、社会現象としての法を理論的・学術的に探究する上で得られるものは何もないことは明らかだ。……法の研究は、法の濫用の研究をも含むはずである」(CL pp.209-10; 邦訳 325 ページ)。②また道徳的探究においても広義の実証主義的法概念の方が有益だ。なぜなら(一)公機関が邪悪なルールを制定した場合、「邪悪なものは法としての資格を持つはずがない」と考える自然法論者よりも、「法的ルールは邪悪でありうる」と考える実証主義者の方が、「公的秩序の要求は道徳的な精査に服すべきだという感覚を持ち続ける」だろう (CL p.210; 邦訳 326 ページ)。(二)さらに、悪法への順守という問題以外にも「私は不服従の結果として刑罰に服すべきか、それとも逃亡すべきか」とか、「当時は有効だった邪悪なルールにより許されていた悪事を働いた者を処罰すべきか」といった、「微妙で複雑な道徳上の諸論点」を扱う際にも、「邪悪な法はいかなる観点からしても法的妥当性を持たない」という狭い法概念をとるよりも、そう考えない広い法概念をとる方が事態の複雑さをとらえられるだろう (CL pp.210-2; 邦訳 326-8 ページ。引用した文句はすべて p.211; 邦訳 327 ページから) —。

このようにしてハートは理論的な考慮 (①) だけでなく道徳的考慮 (②) にも訴えかけたのだが、その議論は CL 全体の方法論と調和しない、とクレイマーは主張する。クレイマーがその論拠とするのは二つ前の段落に引用した文章の後半、特に「道徳的考察を進め、明確化することになるからだ」という文句だ。クレイマーはここから、「ハートはこれによって、法の説明としての法実証主義の正しさはその道徳的健全性の上に基礎づけることができると暗黙のうちに述べた。そう含意することにおいて、ハートは彼の通常の方法論から驚かせるように（とはいえほんの一時的に）おれたのである」(p.23) という結論に至る。

実は私はハートのここの議論に自分の本の中で言及したことがある (森村 2015: 153-6 ページ)。私はそこでハートの議論に完全に賛成したわけではない。

というのは、ハートはその中で、法実証主義者は悪法について「これは法だ。しかし適用したり服従したりするには、あまりにも邪悪だ」(CL p. 208; 324-5 ページ)と考えると書いていて、この表現はすべての法実証主義者が一般的な遵法義務の存在を受け入れているような印象を与えてしまうが、ハートの記述的な法実証主義はこの問題について中立的であるべきだ、と考えたからだ(森村 2015: 155-6 ページ)。

だがその際私は、ハートがそこで理論的探究の助けと道徳的考察の促進という二つの考慮を持ち出したこと自体がCLの方法論から逸脱しているとは思わなかった。なぜならCLにおけるハートの主たる関心は理論的探究の方であって、道徳的考察における有用性はなくても構わないがあればますますよい、いわば「おまけ」のようなものにすぎないと考えたからだ。私のその判断は今も変わらない。ハートがその程度のオピタター・ディクトゥム(傍論)を述べたからといって、CLの脱道徳的な方法論からの大きな逸脱になるとは思えない。

ハートはCL以前に発表した論文「実証主義と法・道徳分離論」(Hart 1983: essay 2)の第IV節で、ナチス時代の悪法への服従と事後的刑事立法による処罰という題材を用いて、法と道徳の区別は知的価値だけでなく道徳的価値も持っていることを熱をこめて書いていた。その議論はCLの前記の個所でもっと簡潔に繰り返されている。とはいえ、ハートがCL以外のさまざまな著作において、特に刑事法の領域で法について道徳的検討を行っていたから彼の法理論全体の中で「法に関する批判の諸問題」(Hart 1983: essay 3「法哲学の諸問題」の最後の節の題名)が重要な部分を占めていたということを忘れてはならないにせよ、CLのアプローチはやはり道徳的ではなく理論的かつ記述的なものだ。

ただしハートが道徳的な考慮から実証主義的法概念を支持した、その「おまけ」の議論がどのくらい成功しているかはまた別の問題だ。①の理論的探究からの実証主義的法概念擁護論は全くもつともだが、②の道徳的観点からの擁護論はそれほど成功していないのではないかと。②の議論はハートが想定しているような単純素朴な自然法論者や非反省的な順法義務論者に対しては有効でも、もっと洗練された種類の自然法論者に対しては成功しないかもしれない。彼らはたとえば②(一)の議論については、「われわれはその公的秩序の要求がそもそも法と

呼べるかどうかを判断する際に道徳的精査を行うのだ」と反論できる。また②(二)の議論にも対しても、「法であるか否かはオールオアナッシングの性質でなく、刑罰に服すべきか否かというソクラテス的問題や遡及的処罰の問題に則して多面的・段階的に判断されるべきだ」と回答することができるだろう。自然法論者は彼らのいう「法」だけでなく、「法もどき」についても論ずることができるのである。結局ハートの②の議論の説得力は限られたものだった。(②(二)の評価の点で、森村 2015: 154-5 の議論を改める。)

4 権限付与規範に関する内的観点

クレイマーは本書の第2章2で、ハートの言う内的観点を次のように説明する。「ある規範に対して批判的な反省的態度 [critical reflective attitude. ここでは参加者の内的観点と同じ意味] をとる人は、①N [その規範のこと] の要請に従う一般的な傾向があり、②他の人々によるそれらの要請の違反を批判する一般的な傾向があり、③自分自身がNに違反したとき自分に対して向けられる非難が適切だと認める一般的な傾向もある」(p. 47. 番号は説明のため森村が付したものの)。

これは内的観点に伴う態度としてハートが第IV章第1節の中であげている三つの要素をパラフレーズしたものである。クレイマーは、ハートがここで義務賦課規範についてしか語っておらず権限付与規範を忘れていると言う。

そしてクレイマーは権限付与規範に対する内的観点も、上記の三つの要素に並行した仕方で説明できると主張する。その説明の仕方には二種類のものが考えられて、それは、(A) 権限行使の効果に対して前記の三つの態度をとる、(B) 自己と他の人々のそのような権限の行使・不行使についてその三つの態度をとる、というものである (pp. 48-9)。たとえば①に対応する態度は、(A) の説明においては、「権限付与規範によって与えられた権限を行使する行為が生み出す効果を認め、当該権限を行使しようとする試みが失敗したときはそのような効果の発生を認める一般的な傾向」であり、(B) の説明においては、「権限付与規範によって自分に与えられた権限の行使が明らかに有利かつ正統であるコンテキストにおいて、その権限を行使する一般的な傾向」だということになる。

内的観点と権限付与規範の関係に関するクレイマーのこれらの主張は興味深いものだが、私には納得できない点がある。第一に、ハートは内的観点を説明する際に本当に権限付与規範を無視していただろうか？ そして第二に、権限付与規範について内的観点を持つ人の態度としてクレイマーが提案する二種類の説明のうち、(A)は問題がないとしても、(B)は適切だろうか？ それぞれの疑問について述べよう。

第一の疑問について——。少し前に引用した文章の中で、クレイマーは内的観点到に伴うものとしてハートがあげた三つの態度をパラフレーズしたわけだが、実はハートはその個所で、(法の領域ではないが)ゲームにおける権限付与規範を例にとっていると解釈する余地がある。少し長くなるが重要な個所なので引用しよう。

ルールの内的側面は、ゲームのルールを例として説明することができる。チェスのプレイヤーたちは、指される手についての彼らの考えについて何も知らない外的な観察者でも記録できる形で、クィーンを同じように動かすだけではない。それに加えて、プレイヤーはそのプレイのパターンについて、意識的かつ批判的な態度をとる。それはチェスをする者すべてにとっての基準とみなされる。各プレイヤーは、クィーンを自身で一定の仕方で動かすだけでなく、①すべてのプレイヤーがクィーンをそう動かすことが適切であるとの「見方を抱く」。こうした見方は、②逸脱した手が指されたり、予期されるとき、それに対する批判として、あるいは同調するよう相手に行う要求として、さらには、③他者によりその種の批判や要求が正当であるとの承認としてあらわれる。(CL pp.56-7: 邦訳106ページ。番号は森村が付した)

ここでハートはクレイマーが言うように権限付与規範を無視しているのだろうか？ 私にはそう思えない。チェスのプレイヤーはいつクィーンを動かすか、あるいはそもそも動かさないかを自分で決められるし、動かすときでも動かせる場所はたいてい複数ある。だからチェスのルールは義務賦課規範というよりも(あるいは、義務賦課規範であると同時に)権限付与規範と解すべきだろう。

それだけではない。クレイマー自身少し前の個所で書いていることだが (pp. 45-6)、ハートはCL 第Ⅲ章1の最後の部分 (pp. 41-2: 邦訳 83-4 ページ) で、私人や公務員が権限付与規範を行使するときに内的観点をとるということを指摘している。ハートはその個所で、私人が契約や信託や遺言の制度を使って「私的な立法者」になるとき、「それを行使する者の観点」をとっていることを当然視しているのである。ハートがCLの中でその個所以後私人への権限付与規範を忘れてしまったかのようにどこでも言及しなくなってしまうのは確かに少々奇妙なことだ。しかしハートはその後『ベンサム論集』に収録された「法的権能」(Hart 1982: ch. VIII=ハート 1987: 第5章)の後半で私人による権限行使を主題として論じている。クレイマーはそのことに触れていない。

次に第二の疑問について——。権限付与規範への内的観点に特徴的な態度として、クレイマーは(A)権限行使の効果に対する態度と(B)自己と他の人々のそのような権能の行使・不行使に対する態度という二種類のものをあげた。私は(A)は妥当だと思うが、(B)は適当かどうか疑わしく思う。なぜならたいいてい権限を行使するかないかは本人の自由に任されているのだから、ルールに違反する権限の行使・不行使は非難の対象になるが——ただしそのようなルール違反は権限付与規範というよりも義務賦課規範の侵害と理解されるべきか——、ルールに従う限りは非難の対象にならないと思われるからだ。ところがクレイマーは(B)の説明において、権限付与規範への内的観点に伴う態度の中に、「権限付与規範によって自分に与えられた権限の行使が明らかに有利かつ正統であるコンテキストにおいて、その権限を行使する一般的な傾向」だけでなく、「権限付与規範によって与えられた権限の行使が明らかに有利かつ正統であるコンテキストにおいて、その権限をずっと行使しない他の人々を批判する一般的な傾向」(pp. 48-49)といった傾向まで含めている。しかしたとえば誰かが明らかに自分自身の利益になるような契約を結べるのに結ばなかったり、遺言を作成しなかったりしたからといって、人々は普通その人を批判したりしない。さらに言えば、誰もが自分に与えられた権限を自分の利益のために行使するとも限らないだろう。

クレイマーのあげる(B)の態度は、公務員による権限行使・不行使に対するものとして考えればはるかに説得力がある。なぜなら公務員は私人と違って自ら

の権限をいかなる場合にいかなる仕方で行使すべきかを法によって決定されていることが多い——それが「法の支配」や「法治国家」という観念の重要な内容である——から、公務員がその定めに従い、裁量の範囲を超えるような権限の行使・不行使に対しては批判されるといった事態が、権限付与規範への内的観点に伴うだろうからである。

クレイマーが義務賦課規範だけでなく権限付与規範についても内的観点が存在するということを指摘したのは至当だが、その内的観点は〈権限行使の効果の受容〉や〈権限の自発的な行使〉という態度の中に求められるべきであって、〈他の人々による権限の行使・不行使に対する批判的態度〉などという、ありそうもない態度の中に求められるべきではない。(なお公務員への権限付与規範に対する私人の内的観点については後述6の冒頭を参照。)

5 模倣的観点

法の内容を記述する法律家や法学者の観点はハートがCLであげた法に対する内的観点と外的観点とはまた別の第三の観点だ、という指摘がしばしばなされる。それは「超然たる観点 (detached viewpoint)」とか「解釈的 (hermeneutic) 観点」と呼ばれることもあるが、クレイマーは本書3章2でそれを「模倣的観点 (simulative viewpoint)」と呼ぶ。クレイマーの解釈によれば、ハートはCLの中でただ一度、「ローマ法を印象深く教える仕方は、それがなお実効性を持つかのように語り、個別のルールの妥当性を議論し、それに照らして問題を解決することである」(CL p.173: 邦訳173ページ)と述べるときに「法を確認する言明を述べる模倣的立場に向かって手を差し伸べつつあった」(p.67)だけで、模倣的観点を第三の独自の観点とは考えていなかったということになる。この解釈は妥当だろう。ハート自身も後期の論文「法的な義務と責務」の中で、ラズの「超然たる規範的言明」という観念は「法に関する外的言明と法を受容する人々が行う内的言明との間に私が『法の概念』の中で行った区別への価値ある補充」(Hart 1982: 155-6)だと書いて、自分がCLではこの第三の観点の存在に気づいていなかったと認めている。

しかし私は、この「模倣的観点」とか「超然たる観点」とか呼ばれる観点は外

的観点の一種として分類して構わないのではないかと思う。ハートは外的観点と内的観点の区別を導入する際に、「観察者は、自身はルールを受容することなく、当該集団がルールを受容していると述べ、さらに、集団の外部から、メンバーがその内的観点からルールとどのようにかかわっているかを記述することがありうる」(CL p. 88: 邦訳 152 ページ) と書き、これも外的観点の一種——内的観点に言及しない極端な外的観点と異なる、穏健な外的観点——だと述べた。そうすると、ローマ法が実効性を持っているかのように語ってローマ法を教える法学教師は、明示的に「当該集団がルールを受容していると述べ」ることはないにせよ、そのことを暗黙の前提としてメンバーの内的観点から見たローマ法を記述しているのだから、これも穏健な外的観点の一種と考えることができよう。

模倣的観点からの言明は、クレイマーが別の個所で言っているように、一種の「自由間接話法 (free indirect discourse)」(p. 191) と理解できる。自由間接話法は近代以降の小説において特に心理描写などでしばしば用いられる表現だ。「A はこれこれしかじかだと思った」というのが通常の間接話法だが、これを「これこれしかじかだ」とだけ書くのが自由間接話法である。それと同じように「公務員は法はこうなっていると考えている」と述べるなら、それは内的言明に言及する外的言明だが、ある法体系にコミットしていない法学者が公務員の態度にわざわざ言及しないで「法はこうなっていると報告する」としたら、自由間接話法が間接話法の一種であるように、それも一種の外的言明と言えよう。それをわざわざ外的言明でもない内的言明でもない第三の種類と言明だと考える必要はないように思われる。

ただしローマ法学者がローマ法の内容を述べる際、彼らはローマ法を受容していない——かりに受容したくても現に実効性がない以上受容できない——から、彼らのその言明は外的言明なのだが、それと違って、法学者が自分の実際住んでいる社会の法について述べる際、その言明も外的言明だろうか？ ハートはそれも外的言明だと考えているようだ(後期の著作だが Hart 1983: pp. 14-5: 邦訳 15-6 ページを見よ。特に「それ[法学者が内容を記述する法体系]が自国の体系であろうと、外国の体系であろうと」という表現に注目)。

しかし内的言明であるか外的言明であるかは、法学者の態度によって違っただろ

う。もしその法学者が、ちょうど外国法に対するようにその法にコミットしないまま、法律や条例や判例や政府見解や実務はこうなっていると報告するだけなら、その言明は「模倣的言明」だとしても外的言明だ。だがハートはどう考えていたかわからないが、実際には多くの法学者は多くの場合自分の国の法解釈に実践的に関与している（つもりだろう）から、そのような法学者が行う法解釈は内的言明だということになりそうだ。たとえ彼らが、公権的解釈に反対し、それも単にこう解釈した方が望ましいと改革案を提唱するだけでなく——というのは、それだけなら外的観点からできるだろうから——さらに〈判決や実務はこんなふうに言っているが、それは間違いで、本当はこう解釈するのが正しい〉と考えると「本当の法」を説く場合、彼らは外的言明ではなく内的言明を行っているのではないだろうか？ もっとも彼らの多くはドゥオーキンのように、法の記述と実践的解釈とを区別しないかもしれないが。

むしろほとんどの法学者は公務員という立場で法を解釈するのではないからから、ある一部の社会でそうだったように学説が法源として認められていない限り、彼らの言明は私人としての言明にとどまる。このことが、ハートが法学者の言明を内的言明に入れたがらない原因だったのかもしれない。しかし公務員だけではなく私人も内的言明を行う。ハートも内的観点を持つ人々として「ルールを社会生活における行動指針として、主張、要求、承認、批判、刑罰の根拠として——つまり、ルールに基づいて行われるおなじみの生活関係のすべてにおいて——用いる公務員、法律家、そして私人 (the officials, lawyers, or private persons)」(CL p.90: 邦訳 154 ページ) をあげている。法学者は弁護士と同様、そのような私人の中でも特に法的ルールに関心を持ち、それを自分の行う主張や批判の根拠として用いる人々でもある。(法律家の観点に関する本節の議論は、私が森村 2015 : 159-160, 166 ページで書いたことを拡張・補足するものである。)

6 認定のルールの性質

クレイマーは本書の中で、認定のルールはもっぱら公務員に向けられた、権限付与的であると同時に義務賦課的でもあるルールだと述べている (第3章 6-7)。立法者を含む公務員は二次ルールによって立法や公権的法解釈の権限を与えられ

ているだけでなく法によって拘束されてもいるのだから、この主張は大体において妥当だろう。

しかし私は一般人による法秩序の受容も、公務員による受容に比べて副次的ではあっても無視しがたい要素だと思う。たとえば内戦状態や、そこまで行かなくても反体制派が有力で政府の正統性が揺るがされているような場合は、公務員だけでなく一般人による法の受容が法体系の効力を決定する要因になる可能性がある。そして通常のもっと安定した法秩序においても、私人が認定のルールをはじめとする二次ルールを自分で行使することは稀かもしれないが、二次ルールの効果を私人が受け入れている程度は法の実効性を大きく左右するだろう。

日本国憲法 99 条の「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負う」という条文を認定のルールに関する議論に適用してみると、この文章は、認定のルールが公務員に向けられた義務賦課的ルールであるという側面を強調したものと解釈できる。しかしそのことは、憲法が公務員に権限を付与する規範でもあるとか、公務員だけでなくそれ以外の一般市民も憲法に対して何らかの態度をとることが法の効力の必要条件だといったことを否定することにはならない。

次に、認定のルールがハートとクレイマーが言うほど統一的なものと考えられなければならないかも疑問だ。クレイマーは認定のルールが常に単一とは限らないと考えるラズに反対して、①ある社会の中で法を同定する基準が単一ではなく複数存在しても、それらの基準は「複数あるにもかかわらず、階層的配置によって統合されている」から、認定のルールは「一つのルール」と言えるし (p. 87 は Hart 1983: p. 360; 邦訳 406 ページのこの文章を引用する)、また②別々の公務員が異なった基準を採用するとしても、その場合認定のルールは「上位の公務員が法を確定する決定を拘束力あるものとして取り扱うように下位の公務員に命ずる規範を含む」(p. 89) から、やはり認定のルールは統一的だと主張する (第 3 章 9-10. クレイマーはここで言及していないが、法段階説そっくりの発想がそこに認められる)。

私はこの部分で反論の対象となっているラズの議論を深く検討していないから自信を持って言えないが (この論点については服部 2019: 164-6 ページを見よ。

そこにはクレイマーの本書の見解への言及もある)、クレイマーの主張に全面的には納得できない。

まず①については、複数の法源がどの程度はつきりと階層化されているかは実際の法体制ごとに違っているだろう。たとえば判例法と制定法との優劣関係について対立する認定のルールが存在する社会とか(エドワード・クックの時代のイングランドはそうだったのかもしれない)や、裁判所が違憲立法審査の権限を持つか持たないかについて見解が分かれる社会は存在する。そして②については、単に多種多様な公務員が実際に採用している法の基準が違うというだけでなく、下位の公務員が上位の公務員の決定に常に従っているとも限らない。現場に近い公務員が、彼らに権限を与えた上位の公機関の指令に何かの理由で従わずに法を公権的に解釈し適用する——知ってか知らずか、また公然とあるいはこっそりと——ということはしばしばありそうだ。

私はこのように認定のルールが複数存在する社会もあると考えるが、だからといってそこには統一的法体系が存在しないとまで言うつもりはない。実際にはほとんどの社会について法体系の統一性を語るができるが、それはクレイマーが重視する法規範の階層性だけでなく、人々が従っている法的ルールの内容が実体的にはほぼ同一だ——あるいは、少なくとも衝突はしない——という事実と、諸機関が相互に他の機関の法実践を尊重し協力しあっているという事実のおかげによるところが多いのではないだろうか。私が言いたいのは単に、法体系の統一性という観念は、ハートやクレイマーが想定しているらしいほど統制のきいた一枚岩的な法の実践を前提する必要はない、ということだ。それはちょうど、ある言語の使用者たちが、それぞれ従っている文法や用語法や語彙がある程度異なっていて方言がいくつも存在していても、互いに意志疎通しようとする態度を持っていて現実に意志疎通しているので、彼らは同じ一つの言語を用いていると言えるようなものだ。

なお仮に一国内でたとえば政府と国会と最高裁判所と軍隊、あるいは中央政府と地方政府とがそれぞれ異なる認定のルールを採用して互いに譲らなかつたら、そこにはもはや統一的な法体系が存在しないと考える方が現実的だろう。

7 法的規範に関する表出主義

ハートは内的言明の意味論的側面と語用論的側面とを区別しており、後者の側面では言明の表出機能を認めたが前者の側面では表出主義者でなかった、とクレイマーは主張する（第5章第4節）。私はこの解釈に部分的に説得された。「部分的に」というのは、クレイマーのハート解釈はCL初版よりも後のハートにはあてはまるが、CL執筆時のハートがそれほど意味論と語用論をはっきりと意識して区別していたようには思えない——従って、内的言明に関するCLの記述を表出主義的に読むことを誤読とまで断言しにくい——と思うからだ。

私は本書を読むまではクレイマーが批判する表出主義的なハート解釈に近かった。それはハートがオックスフォードの同僚哲学者だったJ. L. オースティンの（後期ではなく）前期の言語行為論に影響を受けた程度を私が過大に見積もっていたからだ。私は『法哲学講義』の中で、ハートの言語行為論の理解は前期オースティンの「行為遂行的（performative）言明」と「事実確認的（constative）言明」の二分法の段階にとどまり、同一の発言行為の中に「発語行為（locutionary act）」と「発語内行為（illocutionary act）」と「発語媒介行為（perlocutionary act）」という三つの行為を見出す後期オースティンの発想は取り入れていないと書いた（森村2015：128-9ページ）が、これは訂正する必要がある。

確かにCLが最初出版された1961年には、オースティンの後期の言語行為論を示す死後刊行の講義録『言語と行為』（1962年）はまだ出版されていなかった。またハートが1967年に発表した「法哲学の諸問題」の中では、法は「事実言明と、J. L. オースティンが行為遂行的言明と呼んだものとを区別している」と書いている（Hart 1983: p.109; 邦訳126ページ）。その後ハートが1970年の「イェーリングの概念の天国と現代分析法理学」の末尾や1982年の『ベンサム論集』初出の「命令と権威的理由」で『言語と行為』に触れた際（Hart 1982: p.260）にも、そこで明示的に紹介されている発想は、前期の「行為遂行的言明」の段階にとどまる。私はこれらの発言を根拠に『法哲学講義』で前記のように書いたわけだ。

ところが私がその時気づいていなかったことだが、ハートはすでに1966年の「法的な義務と責務」（Hart 1982: ch. VI）で『言語と行為』を利用して、言明の

「意味 meaning」と「力 force」の相違を説明しているから、その時までには後期オースティンの言語行為論を理解していたことは確かだ。ハートは1972年の「法的権能」でも『言語と行為』に言及して、法的発言の「法から独立して持ちうる意味」と「力 force」の区別を説明している (Hart 1982: p. 217 n. 55: =ハート 1987: 182 ページ注 55 とそれに対応する本文)。さらに決定的なのは1983年の『法学・哲学論集』の「序説」だ。ハートはここで、自分が1953年に「法理学における定義と学説」を書いたときに「J. L. オースティンが基礎づけたような、発言の「意味 meaning」と「趣旨 force」の本来の区別……をマスターしていたならば、法的権利、義務の陳述 [すなわち内的言明] が「記述的」でないと主張すべきではなかった」(Hart 1983: p. 2: 邦訳 2 ページ) とはっきり言っている。

これらのデータから推測されることはこうだ。——ハートはCLの段階までは前期オースティンの「行為遂行的発言」の段階にとどまっていたが、遅くとも1966年以降は意味論と語用論とを（その名称は使わないとはいえ実質的に）区別する後期オースティンの言語行為論を受け入れた。それでも「イェーリング」論文や「命令」論文におけるように発語内行為の force に焦点を当てる際には、「行為遂行的言明」という前期オースティンの発想と用語法の方がわかりやすい（実際、「パーフォーマティヴ」という観念はしばしば現代の思想家によってオースティンの元来の用語法を超えて拡張されて用いられている一方、「発語内行為」とか「意味」と「力」の区別といった後期オースティンの発想は専門の哲学者以外ではあまり知られていない）ので、それを用いたのだろう——。

私は『法哲学講義』において内的言明がすべて遂行的言明であるかのように説明した（森村 2015: 140、158 ページ）が、今にして思えばそれは不適切で、内的言明も記述的な意味を持ちうるということに注意すべきだった。（ただし外的言明では illocutionary act の force は重要でないのが普通だ。）

クレイマーの用語法を用いれば、オースティンの前期の言語行為論は意味論と語用論とを混同していたが後期は両者を区別した（「意味」が意味論、「力」が語用論に属する）ということになる。そもそもクレイマーはハートがオースティンの言語行為論に影響を受けた程度をあまり重視しないようだが（本書 p. 187 を参

照)、ともかくクレイマーの解釈では、ハートはCL以前の初期著作では意味論と語用論を区別しない表出主義者だったが、CLではそれからは離れて意味論の領域では認知主義者(=非表出主義者)になったというのだ。

しかし私には、CLのハートがそれほどはっきりと意味論と語用論を区別していたように思われない。彼はまだこの論点について明確な自覚をしていなかったのではないだろうか。

CLの表出主義的な解釈を提唱する論者が依拠するのはハートの次の文章だ。

言明されることのない認定のルールを、法秩序の個別のルールを識別するために裁判所等が用いる際は、内的観点の特徴が典型的に示される。こうした形で認定のルールを使用する者は、そのことを通じて、指針たるルールとして自らそれらを受容することを表明している……[その典型的な用語は「これこれが法だ」というもの。]ルールを他者とともに受容するこうした態度は、社会集団がそうしたルールを受容するという事実を外部から記録しつつも自分自身は受容しない観察者の態度と対比される。(CL p.102: 邦訳170-1 ページを少しだけ変えた。)

クレイマーは、この文章も表出主義的な解釈を支持するものではないと主張する(pp.194-7)。クレイマーのその議論をここで詳しく検討することはしないが、クレイマーがそう主張する最終的な論拠は、この文章は内的言明の語用論的側面を述べているのであって意味論的分析ではない、というものだ。しかし今述べたように、私はハートがCLの中でそれほど語用論と意味論をはっきり区別していたとは思えない。

ハート解釈を離れて内的言明の性質について考えてみよう。内的言明の中には、たとえば公務員が法的状態について述べる場合のように、客観的に真であったり偽であったりしうる(つまり真理値を持ちうる)言明もあれば、たとえば法律行為(訴訟行為を含む)である発言や単純な要求や申し込みやその拒絶のように、命題の内容を持つと言えるかどうかはともかく、真でも偽でもない言明もあると考えるのが自然だろう。

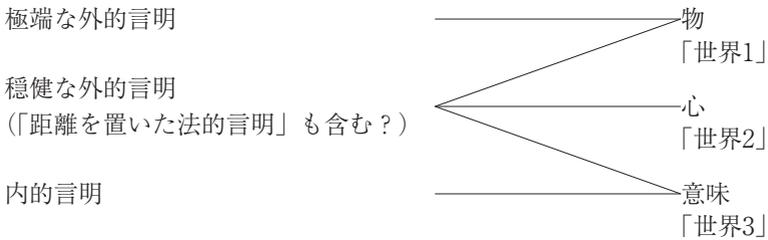
この区別はちょうど民事訴訟法学でいう「確認的裁判」と「形成的裁判」の区別に対応する。確認的裁判とは「既存の権利・法律関係の存否を確定する」ものであり、形成的裁判とは「その裁判によって法律関係の発生・変更・消滅がもたらされる」ものだ（有斐閣『法律学小事典 第4版』「確認的裁判・形成的裁判」の項目）。前期オースティンの言語行為論の用語を使えば、確認的裁判は確認的発話を行い、形成的裁判は遂行的発話を行うということになる。いずれにせよ判決は典型的に内的な法的言明だから、内的な法的言明がすべて遂行的発話であるかのように考えていたらしい初期ハートの立場——それは「帰属主義（ascriptivism）」と呼ばれる——はこの点から見ても明らかに間違いだった。

ちなみに確認判決と給付判決は確認的裁判で、形成判決は形成的裁判だと言われているが、私は給付の請求を棄却せずに認容する給付判決は確認的裁判であると同時に形成的裁判でもないかと思う。なぜならそのような判決は原告の権利の存在を確認するだけでなく、それに執行力を与えるからだ。たとえば単純な契約は法的に有効でも債務名義にならないが、給付判決は債務名義になる。民事訴訟法学者が給付判決を形成的裁判とみなさないのは、執行力は訴訟法上の法的性質であって実体法上の権利義務とは別だと考えているからかもしれないが、訴訟法上の法的性質も当事者間の権利義務関係の構成要素だと考えることは十分可能だ。

ところで最近、私と同じように「内的言明・外的言明」の二分法をオースティンの「行為遂行的・事実確認的」言明と結びつけて解釈する高橋文彦が、前者の二分法を心身問題と無関係でないとする嶋津格の説に反対した（嶋津2013；高橋2014）。その際、高橋は嶋津が「[カール・ポパーの3世界論の——森村]「物／心／意味」の三元論がいかなる点で「外的言明／内的言明／距離を置いた法的言明」の三元論と平行な関係にあるのか、私には依然として理解できない」（高橋2014：311ページ）と当惑を示している。

私自身もまた嶋津の主張をよく理解したというつもりはないが、勝手にこの論争にしゃしゃり出て、法的言明の区別をポパーの三分法と照応させれば、行為者の内心に触れず外的な行動だけを述べる極端な外的言明は「物」に対応するが、内的言明は「意味」（ポパーの「世界3」）について述べていて、内心にも言及する穏健な外的言明は「物」と「心」と「意味」のすべてに関係している、そして

「距離を置いた法的言明」は穏健な外的言明の一種と解釈できる(前記7)が、「物」と「心」を前提していても明示的にはそれらに触れないので一見すると内的言明に似ている、ということになるだろう。今述べたことを図式化すると次の図のようになる。



ここで法的命題に関する表出主義というテーマに戻る。

道徳的言明については、「客観的な道徳的事実」なるものが存在するかどうかの問題だから、メタ倫理学上その存在を想定しない表出主義が有力に提唱されているのだが、法というものは道徳よりもはるかに強く社会的な事実依存しているから——それだけにとどまるかどうかは問題だが、自然法論者でも法がかなりの程度まで社会的事実依存しているということは否定しないだろう——法的関係に言及する法的言明についてはその分だけ (pro tanto) 表出主義の説得力が弱くなる。そうだとしたら、内的な法的言明については全面的な表出主義=非認知主義も全面的な認知主義=非表出主義もとれず、その言明の種類によって分けるしかない、ということになりそうだ。そして外的言明は認知主義的に理解されるべきだろう。

なお私はクレイマー (p. 208 n. 10) と同様にミニマリスト的な真理観念にひかれるが、それでも彼やドゥオーキンのように道徳の客観性という問題は形而上学ではなくて道徳内部の事柄である (p. 115; p. 211 nn. 2-3. このような主張はしばしば(メタ倫理的)「静寂主義 (quietism)」と呼ばれる。Kremm and Schafer 2018 を見よ) とまでは考えない。ディスコースの種類や学問分野ごとに「真」の意味がそれほど根本的に異なるとは信じられないからだ。多くの発言では分野横断的な普遍的真理観念が前提されていると思う。そうでなければ、たとえば

「神学上の主張はすべて虚偽だ」といった発言は理解できない。そのような発言をする人は、神学上の言明は神学の枠の中では妥当かもしれないがその枠組み自体がそもそも間違っていると考えている。同じようにして、メタ倫理学で非実在論をとる論者は、道德の客観性は幻想だと信ずる——と同時に、規範倫理について論ずる——こともできる。

ハートは私の理解する限りメタ倫理について実在論と非実在論のいずれにも明示的にコミットしなかったが、それは彼の実証主義の法概念論がいずれの立場とも両立するものだったからだろう。クレイマーのようにそれを強いて実在論寄りに解釈する必要はない——だからといって、クレイマーが反対する Toh ほど表出主義と結びつける必要もないが。

本稿の最後で、一般的に法概念論とメタ倫理学との関係について述べておこう。この二つの領域の立場の間に密接な関係を認める人が多いようだ。たとえばケルゼンのように、法概念論における法実証主義が必ずメタ倫理学における反実在論や非認知主義を伴うかのように考える人は少なくない。しかし客観的に実在する（それがどういう意味であれ）唯一の真の道德が存在し、それは何らかの仕方で認識できると考えるような典型的な道德実在論者であっても、法実証主義をとって、現実の法はそのような道德と偶有的にしか結びついていないと考える（そして法の改革を求める）ことには何の矛盾もない（CL p. 302: 邦訳 521 ページ；森村 2015 : 51-53 ページも見よ）。

だがその一方、典型的な自然法論とメタ倫理学上の非実在論は両立しがたいように思われる。なぜなら自然法論者が法と何らかの意味で必然的に結びついていると考える道德とは、時と場所によって異なる相対的な実定道德のことではなく、普遍的に妥当すると考えられる理想的な道德らしいからである。従って自然法論はメタ倫理学上、自然主義的か非自然主義的かはともかく、何らかのタイプの実在論にコミットせざるをえないだろう。

以上の二段落で述べたことを図式化すれば次頁の図のようになる。実際には法概念論とメタ倫理学の上のさまざまな立場をこれほど明確に法実証主義／自然法論と非実在論／実在論にそれぞれ二分できるとは限らないが、ここでは典型的なものだけを考える。繰り返して言えば、ハートは法実証主義者だが、メタ倫理学

ではどちらの立場も明示的に支持しているわけではないのである。



参考文献

- 嶋津格 (2013) 「高橋文彦評へのリプライの試み」『法哲学年報2012』有斐閣
- 高橋文彦 (2014) 「論争し続ける法哲学——「内的言明／外的言明」に関する覚書——」『千葉大学法学論集』第29巻第1・2号
- H. L. A. ハート (1987) 『権利・功利・自由』小林公・森村進訳、木鐸社 [日本で独自に編集されたハートの論文選集]
- 服部久美恵 (2019) 「法の支配の個別的次元 (1)」『早稲田大学大学院法研論集』第169号
- 深田三徳 (2004) 『現代法理論論争』ミネルヴァ書房
- 森村進 (2015) 『法哲学講義』筑摩選書
- Austin, J. L. (1961), *Philosophical Papers*, Oxford University Press. [坂本百大監訳『オースティン哲学論文集』(勁草書房、1991年)]
- Austin, J. L. (1962), *How to Do Things with Words*, Oxford University Press. [飯野勝己訳『言語と行為』(講談社学術文庫、2019年)]
- Hart, H. L. A. (1982), *Essays on Bentham*, Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (1983), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press. [矢崎光圀ほか訳『法学・哲学論集』みすず書房、1990年]
- Hart, H. L. A. (1994), *The Concept of Law*, 2nd edn. Oxford University Press. [長谷部恭男訳『法の概念 [第3版]』(ちくま学芸文庫、2014年)は2012年に刊行された原書の第3版の邦訳だが、この第3版はLeslie Greenによる解説が加わっている以外、第2版と内容は変わらない]
- Kramer, Matthew H. (2018), *H. L. A. Hart: The Nature of Law*, Polity Press.
- Kremm, Doug and Schafer, Karl (2018), "Metaethical Quietism", in Tristram McPherson and David Plunkett (eds.), *The Routledge Handbook of Metaethics*, Routledge.

(56) 一橋法学 第18卷 第3号 2019年11月

Lacey, Nicola (2004), *A Life of H. L. A. Hart*, Oxford University Press.

MacCormick, Neil (2008), *H. L. A. Hart, second edition*, Oxford University Press.