

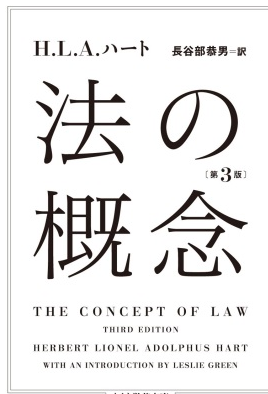
社会哲学古典合宿読書会 第一回

<http://socio-logic.jp/camp.php>

開催日： 2016年8月21日（日）～8月22日（月）

会場： 大学セミナーハウス（八王子）

対象書籍：



Herbert L. A. Hart,
The Concept of Law [1961], 3rd ed.,
Oxford UP, 2012.

長谷部恭男訳『[法の概念](#)』
ちくま文庫、2014年

参加者： 21名

担当：

講演	吉良貴之（法哲学）
第一章「執拗につきまとう諸問題」	網谷壮介（政治思想史、政治理論） 木村直恵（日本近代史、文化史）
第二章「法と命令」	【匿名希望】
第三章「法の多様性」	榊原英輔（精神医学、精神医学の哲学、認知行動療法） 岡沢 亮（法社会学、文化社会学）
第四章「主権者と臣民」（前半 後半）	木本周平（哲学（ヘーゲル）） 小谷英生（哲学、倫理学、社会思想史）
第五章「第一次的ルールと第二次的ルールの結合としての法」（前半 後半）	小宮友根（社会学、エスノメソドロジー） 清水雄也（社会科学の哲学）
第六章「法体系の基礎」（前半 後半）	工藤郁子（情報法政策） 酒井泰斗（インターフェース・デザイン）
第七章「形式主義とルール懐疑主義」（前半 後半）	稲葉振一郎（社会倫理学） 西村友海（法情報学、法哲学）
第八章「正義と道徳」（前半 後半）	浦野 茂（社会学、エスノメソドロジー） 高田敦史（分析美学、形而上学）
第九章「法と道徳」（前半 後半）	太田雅子（心の哲学、メタ倫理、法哲学） 守 博紀（哲学、倫理学、美学）
第十章「国際法」（前半 後半）	山田竹志（哲学） 筒井晴香（分析哲学、ジェンダー）

【目次】

1. はじめに
 - 1.1 本書の全体の印象
 - 1.2 気にしておくときよさそうな概念のまとめ
- 2 ハートは本書で何をしようと目論んだのか
 - 2.1 「日常言語学派」というのは、どういう点においてそうなのか
 - 2.2 ハート流の「法実証主義」はどういうものだろうか
 - 2.3 ケルゼンの何を受け継ぎ、何を受け継がなかったのか
 - 2.4 ハート・ドゥオーキン論争とは何だったのか

1. はじめに

- ここで行うこと： 本書を細かく読んでいくにあたって、気をつけたほうがよさそうな言葉や、念頭に置くとよさそうな大きな論点をできるだけ提示します。

1.1 本書全体の印象

- 本書は翻訳がよくなったこともあり、かなり広い一般読者を獲得したようである。非常に明晰な議論展開をしているといった評判をよく見かける。

◇ 現代の法哲学でも当然に古典的な扱いを受けている。ただ、細部の議論は確かに明晰なのだが、全体としてはそれほど体系的でもないし、概念相互の関係もあまりよくわからないものが多い。

✚ たとえば「権限付与ルール」は「一次ルール」「二次ルール」のどちらに属するのだろうか。基本的なようではっきりしない。

✚ 法命令説ほか、法を単一の（または少数の）本質によって説明する諸理論の難点を批判し、法の多様なあり方を分析するのは一見エレガントだが、かなりの部分を社会的実践 (practice) によって示される認定のルールに投げてしまっているため、実際は相当にアドホックである。

➤ 1.2では、ハートがたくさん用いている二分法を整理する。

✚ 「後記 (postscript) *2」でのドゥオーキンへの応答、特に「柔らかな実証主義 (soft positivism)」では、法と道徳の分離テーゼがかなりあやしくなっており、アドホック性がさらに強まっているように思える。

✚ そのこともあり、ハートが批判する多くの法理論とも、二次ルールや内的視点、社会的実践をうまく組み込むことによって両立してしまう可能性がけっこうある。

➤ Rexの法ぐらいなら「王の二つの身体」的な認定のルールが用いら

*1 本レジュメで参照するのは、H. L. A. ハート (長谷部恭男訳)『法の概念 (第三版)』(筑摩書房 [ちくま学芸文庫]、2014年)で、特に断りのない限りページ数は本書のもの。原著参照はH. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd edn, OUP[kindle], 2012による。訳語にも基本的に従ったが、矢崎訳が染み付いていたり、改訳した部分もある。

*2 ハートの弟子筋の法実証主義者によるドゥオーキン猛批判の書として Jules Coleman, ed., *Hart's Postscript*, OUP, 2001、それを受けたドゥオーキンの議論として Ronald Dworkin, *Justice in Robe*, Belknap Pr, 2008 (宇佐美誠訳『裁判の正義』木鐸社、2009年)。

れていると追加すれば容易に説明可能ではないか。

➤ オースティンの法命令説、ケルゼン純粋法学は救える？

- ✚ 文体の特徴： 記述的法理学 (descriptive jurisprudence) の試みという自己理解のためか、規範的な主張にはきわめて禁欲的。「もし……と考えるならば……だろう」という、if や given を用いた条件節が多い。そのため、ハート自身の積極的主張は (特に後半) どうも見えにくい。他の書ではそこまででもない。

1.2 気にしておくともよさそうな概念のまとめ

- 一次ルール／二次ルール： 一階の各種の (義務賦課) ルールに対し、その変更 (立法)、裁判、認定のルールが二次ルールとされる。一次ルールについてのルールが二次ルール。
 - ◇ [よくある疑問] なぜ二次で止まるの？ 二次ルールについての三次ルール、それについての四次ルール、というふうに上がっていかないの？
 - 「認定のルール」の独自の位置
 - 「究極の認定ルール」のさらに独自の位置
- 内的視点／外的視点

法的であるか否かはともかく、ルールに即した社会生活にはいつも、ルールを 受容し、自発的にそれを支えるべく協力し、自身や他者の行動をルールに基いて理解する人々と、ルールを拒否し、外的視点からのあり得る刑罰の徴候としてのみルールを理解する人々との緊張関係が存在する。事実の複雑さをありのままに受け止めるべき法理論が直面する困難の一つは、これら二つの観点の両方を心得て、一方を除外してしまわないことである。
(154-155 頁、強調は断りのない限り引用者)

- [論点] 「内的視点」と「認定のルール」の関係
- [論点] 内的視点／外的視点と、道徳的義務／法的義務の関係
 - ◇ 義務の視点相関性
- 服従 (obedience) と遵守 (compliance) : 189 頁
 - ◇ ハートの用法では服従 (obedience) は主に外的視点に対応し、動機を問わない外形的なルール順守を指す (ex. 「服従の一般的習慣」)。それに対し、遵守 (compliance) は主に内的視点を得るに至る認定 (recognition) に おおむね 対応する*3。
- ふたつの合理性 : rationality と reasonableness
 - ◇ 翻訳では reasonableness が合理性になっており*4、さまざまな要素を適切に比較衡量することといった感じ (ex. ハードケースにおける裁判官の役割)。

1.2.1 気にしなくてもよさそうな概念のまとめ

- 義務 (duty) と責務 (obligation) : ハートはほぼ互換的に用いている。
 - ◇ それより、頻出する being obliged to do (事実としての強制) と having an obligation (法的義務) の区別が重要。

*3 英米圏の「遵法義務」をめぐる議論では obedience と compliance がハートとは逆の意味で用いられることが多いようにも思うが、いずれにせよ定義次第。

*4 自己利益最大化としての rationality と、理にかなっていることとしての reasonableness を分けることも多いので一応。たとえばロールズの無知のヴェールは rationality から reasonableness を導く装置である、といったもの。

2. ハートは本書で何をしようと目論んだのか？

- 記述的法理学の試み： 評価的・規範的ではなく、法概念や法的思考の一般的枠組みを記述。
 - ◇ [主張] 発達した法体系は一次ルールと二次ルールの結合からなり、各アクターの内的視点／外的視点を両方とも考慮することで適切に記述される。
 - ◇ [方法] 法に関わる概念の日常的な使われ方の分析。
- 記述的社会学の試み： 概念の社会的文脈性の検討。(12)

2.1 「日常言語学派」というのは、どういう点においてそうなのか？

- ハートは、ライルやオースティンとともに「日常言語学派」の代表として扱われることが多いが、本書ではそれがどのように現れているだろうか？
 - ◇ 第二次世界大戦前後のオックスフォードでの人的交流という面*5。(544)
 - ◇ J. L. オースティンの影響が窺われる箇所：

約束することは、発話することで、約束した者 (promisor) にとっての義務を作り出すことである。ことばがそうした効果を持つためには、適切な者が適切な状況でことばを発したときは……発話者はそのことばで指定された事柄を実行すべきであるとするルールの存在が前提となる。つまり、約束するとき、われわれは一定の手順を踏むことで、自分自身の道徳的地位を変更し、自らに義務を課し他者に権利を付与する。(86)

- 一方、解説のレスリー・グリーンは、ハートが「言語的展開」の唱道者の一人とみなされながら、本書に言語分析がわずかしかないことに注意を喚起している (468-469)。グリーンが驚くほどに少ない印象はしないが (さらにいえばトニー・オノレとの共著 *Causation in Law*, 1959 は因果関係に関わる日常言語分析が満載だが)、324 頁の例はハートが自身の法実証主義 (というよりも法と道徳の分離) の規範的アドバンテージを述べる文脈であることに注意が必要である——ハートの「記述的」アプローチの一貫性 (あるいは使い分け?) がここで問題となる。
- ◇ [ついでに] 法律行為をなすにあたってのルールの先行性。
 - [論点] 主権者が自分に命令するために公私を分離するとしたら、その分離を認定するルールが先行していないといけないとか (133)、リアリズム法学が法を判決の予測とするとき、当の裁判官の地位に関わるルールを見逃しているといった批判は一見したところ上手だが……「社会的構成物」「制度的事実」(421) たる法のもとでの法的意味のある行為は (少なくとも内的視点によれば) つねに法的ルールによって構成されざるをえないことになる*6。この循環はなんだかずるいし*7、外的視点による記述を内的視点の記述にすり

*5 ハートの伝記的事実については、Nicola Lacey, *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, OUP, 2004 がきわめて詳細かつ印象的に描き出している。

*6 尾高朝雄『国家構造論』(岩波書店、1936年)の現象学的アプローチ(法的行為は「意味的制約」のもとにある)を想起させるが、ハートと現象学の関わりはどのようなものだったか。

*7 橋爪大三郎『言語ゲームと社会理論』(勁草書房、1985年)は、この認定の〈外部なき循環〉を後期ウィトゲンシュタインの言語ゲームの社会科学理論への応用として高く評価する。橋爪によれば、この循環構造は他の日常言語学派にはないハートの独創的な分析であるという(152)。認定のルールは(究極的には裁判官集団の)社会実践によって——言語の使用によってその文法が示されるように——示されるほかないものとされるが、一方、ハートは究極の認定のルー

替えている——その両面を記述するのではなく——ようにも思える。

2.2 ハート流の「法実証主義」はどういうものだろうか

- 「法と道徳の分離」を比較的ゆるやかに捉える種類の法実証主義（8章、9章、後記）
 - ◇ 現代的な分類だと、(多少曖昧なところを残しつつも) 記述的包含的法実証主義 (descriptive inclusive legal positivism) の一種に分類される。
 - ◇ 実定道徳的ルールも、観察可能な形で裁判官集団によって受容されている限りにおいて法の一部として記述しうる。
 - [論点] それはせつかくの確実性を失わせるものか? (後記)
 - ✚ 排除的 (exclusive) な法実証主義者、たとえばジョセフ・ラズは法の目的を〈行為の理由〉を権威的に提供することだとし、その権威が維持されるためには法の内容が確定している必要があると論じる。ハートも同様に内的視点における法の行為ガイド機能や理由提供機能を重視するが、それはハートの法概念によって可能なものだろうか?

2.3 ケルゼンの何を受け継ぎ、何を受け継がなかったのか

- 法の究極的妥当根拠としての根本規範論は受け継がず、事実問題たる究極の認定のルールへ
- ケルゼンの方法二元論に基づく「規範」の独特の存在論的把握は微妙
 - ◇ 「制裁を定める一次規範」というケルゼンの法理解は拒否 (75)。ケルゼン的には権限付与ルールは複雑な条件節の連鎖によって技巧的に記述されうる周縁的なものだが、ハートのそれは法の多様性を捉え損なっている。
- 法と道徳を分離することによって、道徳による法—外在的な批判を重視する点は同様 (326)。
 - ◇ [論点] 「これは法である。~~しかし~~あまりにも邪悪であるために従うことはできない」というのと、「これはあまりにも邪悪であるために法ではない、したがって従う必要もない」というのとでは、どちらが「闘いやすい」だろうか?
 - ◇ 民主主義観、そして立法理学 (legisprudence)

2.4 ハート・ドゥオーキン論争とは何だったのか

- ハートの司法裁量論： ハード・ケースにおいて裁判官は適用すべき法を持たず、いわば「立法」せざるをえない。
 - ◇ ドゥオーキンによる批判： 法解釈は現存法 (existing law) だけでなく、原理 (principle) や政策 (policy) も動員しながら当該法共同体の総体を最善の光のもとに照らし出す解釈的实践であり、唯一の法的に正しい答えがある (正答テーゼ)。
 - ハート「司法の徳性」： 「選択肢を考慮する際の公平性と中立性、関係するすべての当事者の利益の考慮、結論を理由付ける根拠となる受容可能な一般原理に訴えかけようとする事等」(318) を裁判官は個別事件ごとに発揮するため、ドゥオーキンの批判は誇張。
 - ◇ [論点] 司法の役割への期待、あるいは立法への態度はいかに?
 - ◇ [論点] ハートの局地戦とドゥオーキンの総力戦……

ルを——ケルゼン根本規範論に反し——観察可能な事実問題 (裁判官集団の受容) と捉えているようでもあり、内的/外的視点の使い分けによる微妙な議論が必要になってくるものと思われる。

Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law* [1961], 3rd ed., Oxford UP, 2012.

長谷部恭男訳『法の概念』ちくま文庫、2014年

- 初版はしがき

本書の目的：法・強制・道徳という社会現象の理解

分析的法理学／記述的社会学

- 第I章 執拗な問いかけ

- 第1節 法理論の難解さ

「法とは何か」と問われ続ける理由

繰り返し提起されるテーマ群。法に関する多様で逆説的で誇張された主張。

- 第2節 繰り返される3つの論点

- ◇ 義務的な (obligatory) な行為に関して

- 1. 威嚇を支えとした命令・に対する服従の強制との異同 (J. Austin)

- 2. 道徳・正義との異同

法は道徳・正義の一部 (自然法理論・実証主義批判)

⇔法は裁判所の判断の予測以外のものではない (O. W. Holmes)

- ◇ 3. ルールに関して

- ・ルールとはそもそも何か？

- ①指令的ルール ②守るべき手続き・形式・条件を規定するルール

- ・ルールが存在するとは？

単なる行動の一致が見られる状況と社会的ルールが存在する状況

「そうすべきだ・そうすべきでない」→ 刑罰の予測可能性？

スカンジナビアの法学派 (A. Hägerström) : 指針・理由・正当化根拠としてのルール。しかし

逸脱者に対する予測可能な (検証可能な) 刑罰や非難以外に、指針・正当化根拠となりうる

ルールはあるのか？ それは幻想では？

- ・裁判所はルールを適用しているのか？

法的ルールの不確定性 制定法規は法源だが法には属さない (J. C. Gray)

- 第3節 定義

なぜ法の定義が求められるのか？ そしてそれはなぜ難しいのか？

法とそれ以外のものの区別・関係についての明確な説明の要求

→法に関する類と種差による定義の困難

- ・法をメンバーとする一般的カテゴリーが存在しない

- ・境界事例、具体的事例の多様な連関

上記の3つの主要な論点は、定義を与えて解決するには互いに極めて異質で根本的でありすぎる。

しかし、これら3つの問いへの解答を構成する共通の要素を分けて特徴づけることはできる。

本書の目的：法という言葉の正しい使用の判定基準（定義）を提供することではなく、国内法秩序の特徴的な構造を分析し、社会事象の類型としての法・強制・道徳の異同を理解すること。

感想・疑問など

- ・「分析的法理学」と、法とはどう（何で）あるべきかの探求 両立可能？

そうだとすると特に第二次ルール（認定・変更・裁判）に関して、どのような制度（例えば立法府の構成・国家権力の組織）が望ましいのかについて、どのような基準や理由が、ハートの議論から得られるのか（得られなくなるのか）。

- ・認定ルールの究極性（特に 177-182 頁）

ハートによれば、「認定のルールが存在するという主張は、事実に関する外的言明としてのみなし得る」。認定のルールは「一定の標識に照らして法を同定する裁判所、公務員、私人の、通常は合致する複雑な慣行としてのみ」成り立ち、「その存在は事実問題である」（182）。しかし、この事実の認定に問題が生じる場合もあるだろう。認定ルールの妥当性に疑義が生じる場合もあるだろう。最高裁判所が判断を留保（放棄？）するような場合もあるだろう（統治行為論）。法秩序内の内的言明が不一致をきたし、外的に何を事実として言明すべきか観察しがたい場合もあるだろう。

- ・法、正しさ、権利、法則

jus, recht, droit /

第Ⅱ章 法、指令、命令

(※印は報告者の疑問点)

1. 概要

「法の理解の鍵は、威嚇に支えられた命令という単純な観念にあるという主張であり、オースティンはこれを『指令』と名付けた」(p.45)

以降3章(Ⅱ～Ⅳ)ではこの「強制的命令としての法」モデルに対する批判が展開される。

→Ⅱ章で行なっていること

- ・ 法の強制的命令モデルの定式化

→「いかなる国家の法も、主権者あるいは主権者に服従する習慣のある下位の立法者によって発せられた、威嚇に支えられた一般的命令」である (p.59)

2. Ⅱ章の内容

威嚇に支えられた命令としての法というモデルについて、基本的にはオースティンの理論を用いるが、いくつか異なる点を加えながら説明する。

第1節 命令法の各種

- ・ 「願望の相手である人物が実際に表出された願望通りに行動すべきだとの意図をもってなされる」ような願望の表出 → 命令法 (imperative mode) という特殊な表現形態をとる (p.48)

依頼、嘆願、警告 etc.

- ・ とりわけ重要なのが、「命令的 imperative」ということばがとくに相応しく見える状況 (p.49)

→ 具体的には、銃を持ったギャングが銀行の窓口掛に「その金をよこせ、さもないと撃つぞ」と言う例。このとき、ギャングは窓口掛に対し、従わなければ窓口掛が害を被ることになるという威嚇を伴った命令をしている。

※「命令法」のうち特に重要なのは「命令」、とあるが、「命令法」の各種から特定の表現が限定されているように見えない。また、ギャングが窓口掛に対して上記のように言う状況は、「命令」というより「要求」と呼ぶほうが近いように思える。

- ・ 「命令」や「服従」という言葉は権威や権威への服従という含意があるが「威嚇に支えられた命令」や「強制的命令」という表現をギャングのそれのように、[事実上の]威嚇のみによって支えられる命令を指す、またそうした命令に従うことを含めて「服従」とか「服従する」という言葉を用いる。(p.50)

●オースティンとの相違点

- ・ オースティンは威嚇に支えられた命令を「指令 (commands)」と呼んでいる。
- ・ しかし、指令が発せられるとき、その不服従に対して害悪を加えるという潜在的威嚇がなされる必要はない。指令の特性は、人々に対して権威 (authority) を行使する点にあり、害悪を加える力を行使する点にあるわけではない。(p.50)
→ 権威を伴う指令は法の観念に近いが、法にかかわる権威は法を説明する際の障碍となってきたため「指令」は有用ではない。オースティンが「指令」と呼んだものを以下では「命令」としつつ、オースティンが威嚇に支えられた命令 (ギャングのそれ) をもとに法の観念を構築しようとした足取りをたどる。(p.51)

※「指令」ではなく「命令」と言い換える必要性がよくわからない。オースティンは願望の表出のうち、受け手によって願望が満たされなかった場合に受け手に害を与えるという権力や目的によって、あらゆる願望の表出から「指令」が区別されるとしている¹。オースティンは便宜的に「指令」という言葉を用いているように思えるが、オースティンによる「指令」の定義を踏まえても、「命令」と言い換えた方がよかった理由は何か。(p.50 では、「命令」にも権威が含意されるとしており、p.488～489 の注3には『命令』や『服従』という名詞を、これらの権威や適切さの含意抜きで用いた。これは便宜のため」とあり、ハートによる「命令」の使用もオースティンによる「指令」の使用とあまり変わらないように見える。

(以下、ギャングの例にいくつかの特徴が付け加えられながら「威嚇に支えられた命令」としての法秩序のモデルが説明される)

第2節 強制的命令としての法

●ギャングの状況に対して付加すべき特徴①：【法の一般性】

- ・ 法的規制は以下の二重の意味で一般的な指示による規制といえる

¹ “A command is distinguished from other significations of desire, not by the style in which the desire is signified, but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded.” (*The Province*, p.14)

(1) 行為の一般的類型を指定し、(2) 適用対象となり服従すべきであることを理解するよう期待されている人々の集団に一般的に適用される。(p.52)

(法の適用対象が何かは、こうした一般的な理解に基づく個別の法の解釈問題)

- ・ (注意点:) 法が人々の集団を名宛人とする (addressed) という言い方は、一対一の状況と平行であることを示唆する点でミスリーディング
- ・ 法が誰かを「名宛人とする」という言い方をする人たちが通常、意図しているのは、そうした人々が特定の法の適用対象であり、彼らがある仕方で行動するよう要求されている、ということにとどまる (p.54)

●ギャングの状況に対して付加すべき特徴②:【法の継続性、持続性】

- ・ ギャングの場合、その命令は一時的 ⇔ 法は「継続的」または持続的な特性を有する
- ・ つまり、一般的命令の適用対象となる人々は、服従しない場合には、その命令が公布された時点においてだけでなく、当該命令が撤回されたり取り消されたりしない限り、引き続き威嚇が実行されると信じているものと想定する必要がある。(p.55)

●ギャングの状況に対して付加すべき特徴③:【一般的な服従の習慣】

- ・ 命令の大部分はたいいていの場合、適用対象となる人々によって服従されると想定する必要がある。→一般的な服従の習慣

●ギャングの状況に対して付加すべき特徴④:【最高性・独立性】

- ・ 単純な習慣ということばを使って両者を説明するなら、国会(最高の立法者)は誰に対しても服従する習慣がないが、下位の立法者は規定された法律上の権限の限界を遵守する必要があり、したがって、国会の代理人として法を制定していることができる。(p.57~58)
- ・ 他の者の命令に従う習慣がないという同じ国会の消極的特徴が、異なる国々の別々の法秩序について語るときの独立性という観念を大雑把に定義する。(p.58)

(以上を要するに)「法秩序が存在する以上は、そこに威嚇に支えられた一般的に服従される一般的命令を発する人あるいは人々が存在しなければならず、かつ、不服従の場合にはその威嚇が実行される蓋然性が高いと一般的に信じられている必要がある。この人あるいは人々は、国内的には最高で、対外的には独立していなければならない。」 p.58~59

→ これが、威嚇に支えられた命令としての法モデルの内容となる。

H. L. A. ハート『法の概念』 第III章 法の多様性

担当：前半(pp. 60-79)岡沢亮（東京大学大学院 学際情報学府）

後半(pp. 79-95)榊原英輔（東京大学大学院医学研究科）

本章の目標 pp.60-61

前章で扱った、法は「主権者あるいは主権者に服従する習慣のある下位の立法者によって発せられた、威嚇に支えられた一般的命令だ」(p. 59)というモデル（強制的命令の単純なモデル）に対する3つのタイプの反論を検討する。

3つのタイプの反論はそれぞれ、第1：法の内容に関わるもの、第2：法の成立様式に関わるもの、第3：法の適用範囲に関わるものである。

法秩序のすべては、これらのいずれかの点で一般的命令のモデルから逸脱した法を含んでいるように思われる。

第1節 法の内容 pp. 62-84

◆刑事法と一般的命令の類似性 p.62

刑事法とおよびその制裁と、威嚇に支えられた一般的命令との間には、その社会的機能という点において強い類似性がある。どちらも本人の願望とはかかわりなく、一定種類の行為を回避すべきあるいは行うべきこととして定める。

◆権限を付与する法・威嚇に支えられた命令に類比可能な義務を課す法 pp.63-69

しかし、異なる社会的機能を果たすため、威嚇に支えられた命令との類比が効かない法が存在する。有効な契約、遺言又は婚姻を行うための方式を定める法的ルールは、本人の願望にかかわらず一定の仕方で行動するよう要求してはいない。また、義務も責務も課していない。代わりにこれらの法は、法の強制的枠組み内で権利や義務の組み合わせを創設する権限を人々に与えている。

このような権限を付与する法については、私的な権限だけでなく公的な権限を与えるものもある。例：裁判官の権限の対象及び内容を定めるルール。「県裁判所は、地方税賦課額が年100ポンドを超えない土地の回復訴訟を審理し、裁判する権限を有する」。あるいは、立法権限を下位の立法機関に授権するルール。

権限に関するルールとそれに適合する行為との関係を、命令に類似した刑事法の事例に適切な服従・不服従という言葉で言い表すのは不適切である。

全ての法は単一の単純な類型に還元されなければならないという偏見を離れて、多種多様な法を分類する作業は未完成である。権限を付与する法を、威嚇に支えられた命令に類比可能な義務を課す法から区別することは、この作業の最初の一步である。

◆法の統一的把握を試みる2つの議論の検討 pp.70-

しかし、法理論における統一性への渴望は強力である。そこで、法の統一的把握に向けて提案されてきた2つの議論を検討する。

これらの議論は、各種の法の区別は非現実的ではないが表面的であり、究極的には威嚇に支えられた命令という観念が、刑事法ルールだけでなく権限付与ルールの分析にとって十分であることを示そうとする。

◆制裁としての無効性に関する議論の検討 pp.71-74

第1の議論は、2種類のルールがいずれも強制的命令として理解できることを示そうとする。その際には、権限行使の重要な条件が満たされない時に帰結する「無効性」に着目する。そこでは、「無効性」は、刑事法の刑罰と同様、ルール違背に対して法が課す警告された害悪もしくは制裁だと主張される。

しかし、無効は、ルールが禁止する行為を回避するべく動機づけるためにルールに賦課される刑罰と同一視できない。

刑事法のルールにおいては、当該ルールが禁止する行為と、それを回避するよう動機づける制裁を区別できる。

対して、法の要求条件を満たしていない約束を行おうとする複数人の行動を、こうした観点から把握できるだろうか。契約の方式を定めるルールは、それらを抑圧するのではなく、法的に承認しないだけである。

また、刑事法のルールの場合、たとえ制裁を取り去ってもなお、それが支えようとしていた理解しうる行動の基準は維持できる。

対して、同じことを、特定の条件を遵守するよう要求するルール（例：有効な遺言のために検認を要求するルール）と、制裁とされる「無効性」の間で行うわけにはいかない。必要な条件の不遵守が無効を帰結しないならば、法外のルールとしてさえ、そのルールが制裁なしにおよそ理解し得る形で存在するとは言い難い。「無効となる」との規定はこの種のルールの本質的要素であり、義務を課すルールに付加された罰則とはそこが異なる。

◆権限付与ルールが法としての独立した身分を持つことを否定する議論の検討 pp.75-

第2の議論は、権限付与ルールが強制的命令の一種であることを論証しようとするのではなく、それが法としての独立した身分を持つことを否定する。権限付与ルールを法から排除しようとするのである。この議論には過激なものと同和なものがある。

過激な形態：刑事法のルールでさえ、それが記述される形においては真の法ではない。一例として、「法とは制裁を定める一次規範である」（ケルゼン）。殺人を禁止する法は存在せず、存在するのは一定の状況において殺人を犯したものに制裁を課すよう公務員に指令する法のみである。真の法は全て、公務員に向けられた条件付きの制裁命令である。

この見方からすると、権限付与ルールも含めあらゆる種類の法的ルールは、この条件付きの形態で再記述できる。

ただし、過激な形態でのこの理論は、不服従の場合に課される制裁の威嚇によって支えられた命令として法を把握する元々の理解からは逸脱している。この見方においては、あらゆる法の違背に対して制裁が規定される必要はない。必要なのは、真の法が何らかの制裁の適用を命じていることである。

穏和な形態：刑事法のルールは、威嚇に支えられた命令なので再定式化される必要はない。しかし、私人に権限を付与するルールは、真の完全な法すなわち威嚇に支えられた命令の一部分にとどまる。

遺言法のように個人に権限を付与しその有効な行使の条件を定めるルールは、法的義務が発生する条件を定めるルールとして再定式化できる。それらは、法的義務を課す威嚇に支えられた条件付きの命令の、前件つまり条件節として理解される。

いずれの理論も、多様な法的ルールを、法の真髄を示すと主張される単一の形態へと還元しようとする。以降では、これらの理論が単一化の高い代償を払っていること、すなわち多様な法的ルールの多様な機能を歪曲していることを指摘し批判する。

◆単一化の代償としての歪曲 pp. 79-84

ケルゼンは「法とは制裁を定める一次規範(primary norm)である」と主張し、すべての法は主権者が公務員に発した条件付きの命令に還元可能であると考えた¹。この主張は、あらゆる法を単一の図式でとらえようとする野心的な試みであるものの、法の実際の在り方に対し深刻な歪曲をもたらす。

刑事法は、一般国民が、公務員による援助や干渉なしにルールを了解し、遵守している。刑事法の第一次的な目的は、私的な活動に携わる一般市民が自らの行動を統御し、計画し、方向づけられるようにすることである。制裁を科すように裁判所に要求するルールは、重要ではあるが副次的である。ハートは、5つの議論を挙げてこの主張の説得力を高めようとする。

議論1 罰金と税金の区別ができなくなる

税金を課す目的はお金を集めることだが、罰金を科す目的はお金を集めることではなく、ある行為を行わないように踏みとどまらせることである。全ての法が公務員への命令であると考えると、税金と罰金の違いを区別できなくなってしまう。

議論2 法に関して悪人と善人が知りたいことは異なる

確かに法には公務員に制裁を命じる指令という側面があり、これは悪人(bad man)が法について知りたいことの全てである。悪人が法秩序に関心を持つのは、それに遵守するためではなく、法を犯した際に公務員がどのような行動に出るかであり、この予測に基づいて悪

¹ ケルゼンの考え方は、一見宣言的（「○○は××である」）に見えるパソコンのプログラムの動作も、機械語等の低級言語のレベルまで辿ると手続的（「○○を××せよ」な指令に分解されるという事実と対比することができる。法典(code)はプログラムのコードに対応し、ケルゼンの言う「一次規範(primary norm)」は機械語に対応し、公務員はコンピューターに対応する。野球のテレビゲームを作るプログラマーが、野球の得点のルールをどのようにプログラムに落とし込むかを考えよ。

人は犯罪を計画する。しかし、法は「仕事を法の定めに従って遂行した」と考える善人にとっても重要である。

議論3 ゲームのルールとの比較

法を公務員への命令だと考えることは、ゲームのルールは、本当は特定状況下において審判員に特定の行動を命じるルールに他ならないと考えるようなものである。しかし、ボールを打った後に特定の行動を取ることが「得点」になるというルールが、実は特定の条件がそろったときに得点表に得点を記入するよう記録員に命じるルールに他ならないという主張は説得力を欠く。なぜなら、そのような変換は、ゲームという競争的ではあるが協力的な社会活動におけるルールの機能を分かりにくくしてしまうからである。

議論4 義務を課すルールと権限を付与するルールの区別ができなくなる

私人に法的権限を賦与しその行使の仕方を定めるルールを、公務員への一般的な条件付き命令に還元してしまうと、私的な権限を行使する者の視点を取りこぼしてしまう。権限付与によって、私人は「私的な立法者」になり、契約、信託、遺言の作成などの法律行為を行うことができるようになる。これらは生活の便宜を与えるルールであり、義務を課すルールではない。

議論5 二次ルールの特殊性を捉え損ねてしまう

有権的に立法や裁判を行う者は、何かの義務を遂行しているのではなく、各人の目的に則した活動のためにこれらのルールを利用している。立法者にルールを変更したり追加したりする権限を与えるルール、裁判官にルール違反の有無を確定させる権限を与えるルールは二次ルールの一種であり、これを社会に導入することは、法前(pre-legal)の社会から、法的な社会に踏み出す第一歩である。

第2節 適用範囲 pp. 84-87

◆法は自己拘束力を持つ pp. 84-85

法が威嚇に裏付けられた命令であるという考え方には、命令する者と命令される者は別人であるという含意がある。実際、主権の理論は、「強制されざる強制者」「命令されざる命令者」である主権者の存在を想定してきた。しかし、現実の制定法では、立法者自身が法の適応対象になり、制定された法が自己拘束力を持つことがあり、「他者に向けられる」という命令の性格を必ずしも有してはいない。

制定法を命令であると考えするためには、「公的身分にある立法者」と「私的身分にある立法者」を観念上区別し、前者が後者に命令を下すのであって、前者は法の適応対象にならないと考えなければならない。しかし立法権を持つ公的身分というものの自体が、権限付与ルールの存在なしには理解不可能である（例えば、国会議員の身分は法で規定されている）。

◆立法は命令より約束に近い pp. 86-87

立法の自己拘束的性格は、法を命令ではなく約束に準えた時によりよく理解できる。約束は、発話者の道徳的地位を変更し、発話者自らに義務を課し、他者に権利を発生させる言語行為である。

約束という言語行為は、一定の条件（強制の不在、発話者は正気であるなど）を満たした時は、発話者は発話された言葉で指定されたことを実行する義務を負う、というルールの

存在を前提にしている。同様に法の制定は、一定の資格を持った者が一定の手続きに従い言葉を語ったり書いたりすることで、その言葉によって指示された義務が発生する、というルールに基づいている。ただし、立法は約束よりはるかに複雑であり、「約束される人」に相当するものが存在しないという点で約束と異なっている。

第3節 成立様式 pp. 88-95

◆慣習の法的認定とは何か？ pp. 88-89

法の制定は命令と同様に、行った期日を特定できる意図的行為である。この類似性は、全ての法は主権者の命令であるという説を採用する一つの動機になる。しかし慣習(custom)が法となりうるのだとすると、慣習にはそれを成立させる意図的行為は存在せず、命令説の反例となる。

すべての慣習が法であるわけではない。例えば、「女性に対しては帽子を取るべきだ」という慣習は法ではない。慣習が法となるには**法的認定(legal recognition)**が、必要である。このため命令説の支持者は、法的認定とは主権者やその配下の役人が「当該慣習が遵守されるべきだと命令した」ということを意味すると考え、慣習が命令説への反例とならないようにしようとするが、ハートは慣習が主権者の命令に由来するという説を批判する。

◆黙示的命令説 p. 90-

裁判所が慣習を法と認定する際には、当該慣習に「合理性」があるかどうかという漠然とした基準に基づいて判断を行うため、慣習を法として受け入れるか否かに関して、裁判所には無制限の裁量権があるようにも見える。しかし慣習が法であるのは主権者がそう命じたからだという説は、「命令」の中に黙示的命令を含めなければ維持できない。主権者の理論では、主権者の命令はそのまま法となるが、役人の発する命令は、主権者が発した何らかの命令に従ってなされる限りで命令となる。しかし主権者が役人に「命令せよ」と明示的に命令することは稀なので、「黙示的命令」という概念を導入する必要が出てくる。主権者の黙示的命令とは、役人が臣民に命令を下し、命令への違背を罰した時に主権者が意図的に口に挟まないのは、主権者が役人に、臣民に命じるよう命じたのと同様である、という考えである。

この考えを用い、慣習の黙示的命令説は次のように定式化できる：

慣習は、裁判所が個別の事件で適用するまでは法ではなく、裁判所が慣習を適用し、それに基づいて判決を下し、強行(enforce)したときにはじめて法となる。この際主権者は、裁判所の命令を意図的に黙認することで、裁判所に「黙示的命令」を下している。

ハートはこれに対し、2つの反論を加える。

反論1：裁判所で適用される前の慣習が法ではないという主張には必然性がない

「裁判所が法であると宣言するまでは慣習は法ではない」と定めることは可能だが、そうでなければならないと考える理由はない。イングランドでは、「合理性」の基準をクリアしない限り、慣習は裁判所によって適用を拒否されるが、これはイングランド特有の事情である。

反論2：何もしないことは意図的に黙認することとは異なる

軍隊で、軍曹が部下に労役を命じ、それを目撃した将軍が軍曹の行いを放置する場合は将

軍の「黙示的命令」があると考えてよいかもしれない。一方現代国家では、主権者とは最高の立法機関や有権者であるとされる。慣習は制定法より法源として劣位であるため、立法府は、制定法によって慣習から法としての身分を剥奪できる。しかし、そうしていないからといって、立法府が黙示的に命令したとは考えられない。立法府は、通常個々の裁判の判決に関心を持たない。有権者たる一般国民はなおさらそうであろう。

III章のまとめ pp. 94-95

法は内容、適用範囲、成立様式において強制的命令と異なっており、法が主権者による一般的命令であるという説は維持できない。

内容の違い：法には義務を課すルールだけでなく、権限を付与するルールが含まれる。

適用範囲の違い：命令の効力は命令者を含まないが、法は立法者にも適用される。

成立様式の違い：慣習に由来する法は、意識的な行為によって成立したものではない。

命令説は、権限を付与するルールを公務員に対する命令に還元する、「公的身分にある立法者」と「私的身分にある立法者」を観念上区別する、慣習の成立を部下の発した命令への意図的不介入という黙示的命令の概念に基礎づけようとするといった工夫で延命できるかもしれないが、このような工夫は法の解明に役立つどころか不明瞭にしてしまう。なぜなら法の特徴の一つは、異なる種類のルール（一次ルールと二次ルール）が組み合わせられている点に見いだせるからである。

・疑問リスト

1. 本章で（も）ハートは「法について通常われわれが語るときの仕方」（p. 63）との一貫性や整合性に注意しながら、「法とは何か（何でないか）」に関する議論を進めている。その一方で、ハートの批判対象となる「真の法はすべて、公務員に向けられた条件付きの制裁命令である」（p. 75）などの議論は、そもそも法について通常われわれが語るときの仕方、法という言葉の意味は間違っているとする立場を取っているように見える（p. 74）。

ここでは、法とは何かに関する主張内容の対立だけではなく、法について私たちが語る仕方や法に関する言葉遣いのあり方が、法哲学における主張の正当化の論拠たりえるかといういわば「論証の方法・手続き」に関する対立があるように思われる。

この対立を見出すことは、議論の理解として適切なのだろうか？ 適切でないとすれば、論証の方法・手続きに関する両者の（あるいは法哲学内の）共通理解はどのようなものなのか？ 適切だとすれば、両者の対立は後の法哲学の議論でどのように扱われているのか？（岡沢）

2. ハートが提起する、義務を課すルールと権限を付与するルールの対比は、刑法と民法の対比、及びジョン・サールの統制的(regulative)ルールと、構成的(constitutive)ルールの対比とどのような関係にあるか？（榊原）

第4章前半の論点

- 主権理論の検討：
 - － 一般的命令に対する服従という一般的な習慣は、立法権の持続（第1節）と法の持続性（第2節）を説明することができるのか。

第1節の内容

- 目標：威嚇に支えられた命令とそれに対する服従のみからなるプリミティブな社会モデル（レックス王の治世）を形成し、それが立法権の継承によるその継続を説明できないことを示す。

1. レックス王の治世

- 王は威嚇を背景とした命令によって人民を統制している。
- 人々は習慣的に王の命令に服従している。
- 人々は皆、王に服従しているが、各人がそれぞれ王に対して個人的に服従しているにすぎない。（他の人が服従しているから、自分も服従しているというわけではない）
- 王と人々との間には垂直的な従属関係が存在し、このことによって王が主権者であり、ここに何らかの国家が存在すると言える（ただし王が立法権者であるとは言えない）。

2. レックス王から息子レックスⅡ世へ

- レックス王に対する服従の習慣は、Ⅱ世への服従を保証しない。（別人だ）
- レックスⅡ世が主権者となるためには、人々から、Ⅰ世に対するのとは独立の服従を必要とする。
- 新たな服従が獲得されるまでは、政権の中断期間が生じる。

威嚇に支えられた命令モデルでは、立法権の持続性すらも説明できない。継承のためのルールに訴えることは、法関係の継続を命令理論に還元できないことを意味する。

- 立法権やその継承を説明するためには、命令に対する服従という単純な習慣よりも複雑な社会的慣行やルールが存在を前提とする。

- 習慣とルールの一般的な違い

- * 習慣の存在は、人々のふるまいの一致があれば十分。ルールがある場合、逸脱したふるまいに対して圧力もある。
- * ルールがある場合、逸脱に対する批判は正当な理由のあるものとみなされる。
- * ルールの受容には、特定の行動パターンを基準とした規範的な言明を表明する際に現れる内的側面が存在する。

これを踏まえて、

レックス王の社会に、「王が何らかの形式を通じて定めたことは遂行されなければならない」というルールがあると想定してみる。すると、

- 王は単に威嚇しているために従われるのではなく、立法する権利を有するために、制定した事柄が従われるべきものとなる。
- 人々にとっても単に服従が習慣となっているのではなく、従うことが正しいこととなる。

単なる習慣的事実ではなく、法的事実が成り立っている。

第2節の内容

- 目標：過去の立法者による法が現在もなお法であるという法の持続性は、服従の習慣によっては説明できないことを示す。

魔女法の例：

1944年のEnglandで、占いをした女性が1735年魔女法違反で起訴され有罪とされる。

- とっくの昔に死んでしまったかつての立法者の作った法が、もはや彼に服従する習慣があるとは言えない社会にとっていまだに法と言えるのはなぜなのか。

- 継承のルールに訴える方向

- レックスI世の立法は、継承のルールによって授権されたII世以下の治世においても尊重される云々、という一般的ルールが受容されていればよい（複雑になるがOK!）。

- ルール概念によってではなく、習慣によって押し通す方向（立法者概念を拡張する）
 - － ホブズによる立法者の定義：立法者とは、最初に法を作った者ではなく、その権威 authority によって法が法であり続けている者のこと

ホブズ説に対するハートの解釈

- － この説によれば、過去の魔女法が法であるのは、現在の主権者がそれを法として認定しているからだ。
- － しかしこの認定は、現在の主権者の明示的命令ではなく、黙示的命令だ。
- － ところで、黙示的命令説は既に3章で批判されている。

疑問点

1. レックス王は服従の事実によって主権者であるが、ルールによらないために立法権者ではないと考えられているが、主権者は事実だけによって規定される概念なのだろうか？

読書会での反応 ハートの議論が、そもそも法の命令説とセットになった主権概念の批判へと向けられていることに注意すればよい。すなわち、主権概念一般を批判の対象としているわけではない。

2. レックス王モデルの失敗は、ルールの受容という事実をどの程度正当化するのだろうか。ルールの導入に至る際に次のような議論が必要ではないか？
 - レックス王の社会では立法権の継続が成り立たない ⇒ 少なくとも継承のルールは必要だ
 - （権利が継承されるなら、そもそも権利がない ⇒ I世に立法権が必要だ）
 - （服従の習慣しかない社会では権利なんて生じえない ⇒ I世に権利を与えるルールが必要だ）

立法権の継続が説明できないという欠点には、そもそもの立法権の欠如が原因として根底にある。ではなぜ最初からハートはそのように議論を組み立てなかったのか？

3. 法の継続を過去の立法者の権威に訴えて説明するホブズ説は、本当に黙示的命令として退けられるのか。
 - ホブズ説は、法の持続をそれを制定した立法者の権威にしか訴えていない。
 - したがって、ホブズの定義によれば、過去の法は現主権者の認定を待たずして法であり続ける。
 - だとすると、裁判所が適用するまで法は法ではないという黙示的命令説をホブズ説と同一視することは難しい。

読書会での反応 魔女法の事例は、裁判官による実際の適用によって効果を発揮するものなので、黙示的命令説批判の対象となる。

ハート『法の概念』読書会
第I V章第3・4節（担当：小谷英生）

第3節 立法権の法的制限

- ・法＝強制的命令モデルの批判
→命令を発する主権者は必要か？
- ・主権者＝「当該社会の大多数の人々が服従する習慣があるとともに、それ自身は他の誰に対しても服従する習慣のない人または人々」（96頁）
- ・主権者理論のテーゼ：法の存在するあらゆる社会には法的に無制約な主権者が存在する。
→それは本当か？

※すぐに思いつく疑問

- ・ハートは主権者を存在論的に扱っているが、主権者理論は法の正当化の議論として理解することができる、すなわち主権者が実際に存在するのか否かとは独立した論証上の鍵概念として、ある種のルールが法であることを確定ないし権威づけるための認証プロセス（＝コースガードの言う反省的認証）の鍵概念として理解できるのではないか。
- ・つまり、主権は存在論的概念ではなく価値論的概念（ないし規範的概念）ではないのか。
- ・あるいは、やはりコースガードの言う「実践的アイデンティティ」のようなものではないのか。

じっさい、存在するのは「実践的アイデンティティ」としての主権を担う者としての主権者ではないだろうか（価値と価値の担い手は区別されるべきである）。「日本国民である私は主権者である」という言明は、たしかに「私はあらゆる法的制約を免れて立法しうる存在者である」ということを意味するが、それは実際に私がそのような物理的能力を有した存在者そのものであるというよりは、私がそうした存在者と自分を同一視し、あたかもそのような物理的能力を有している存在者であるかのようにふるまうことができる、ということの意味している。

←すぐに思いつく反論：

- ①主権という概念が反省的認証という正当化プロセスの鍵概念として機能する理由は何か。
→これは法理論というよりも道徳理論に属する問い。
- ②上のアイディアは「法の存するあらゆる社会には…主権者が存在するという主張」（120頁）を「法の存するあらゆる社会には…主権者が存在するべきだ（あたかも存在するかのようにみなされるべきだ）という主張」に置き

換えることを提案しているが、置き換えてもなおハートの主権者批判は妥当するのではないか。

→ハートの議論は、主権概念による法の正当化にはそもそも問題がある、というものだから。

→もしもハートの批判が妥当であり、かつその帰結が広範囲におよぶものであったとすれば、私たちの主権者としての「実践的アイデンティティ」をゆるがす大問題へと発展する可能性もある???

※第3節では立法府＝主権者とみなす議論への批判が、第4節では立法府の背後にいる主権者という議論への批判が、それぞれなされている。

・主権者概念のメリット

主権者が特定されると次のことがわかる。

①彼の一般的命令は当該社会の法である

②当該社会の法は独立した法秩序を形成する

←これらのメリットは、主権概念を用いなくても説明可能ではないだろうか。

・立法府≠主権者：

・立法府は憲法上の制約を受けるため、その最高の立法権は主権の謳う無制約の立法権限ではない。

・それでも、立法府は上記①②を満たすことができる。

・立法府≠主権者でも法は機能する。(まとめについては 216-7 頁)

第4節 立法府の背後の主権者

・主権者＝有権者団であって、≠立法府（オースティンの立場）

←この立場では、誰にも服従しない主権者と、主権者に服従する臣民という二重の立場を同一の人々が担うことになる。

→主権者＝公的身分、臣民＝私的身分という区別

←これは主権を救済できない。

理由：公的身分において行動するとは、「有効な選挙や立法を行う上で遵守されるべき事項を定めるルールに従って行動しているというまさにそのことだからである」（133頁）。

- ・主権者≠立法府の背後の有権者
 - ・選挙や（アメリカの事例のように緊急時の）立法のさい、有権者は先行するルールに従う必要があるため、これは主権の行使とは言えない。
 - ・それでも、選挙や立法という（ふだん私たちが主権の行使だと考えている）事柄を行うことは可能である。
- ・このように、立法者の背後の主権者を想定しても、その主権者は何らかのルールにのっとって行動することとなる。したがってこのモデルでも、何ものにも従わない主権者という考えは矛盾したものとなる。
 - 「そうしたルールは、主権者を構成する要素そのもの」である（134頁）。

※ハートがここで述べているのは、まず、〈あらゆる法的制約から自由な主権者〉など存在しないということである。この点について、たとえば革命における憲法制定権力を持ちだしても反論にはならないだろう。というのも、ここではまだ示唆されているだけであるが、立法ないし法の正当化という概念自体が、主権者ではなく何らかのルールを前提としなければ機能しないからである。

※だとすると、主権概念は立法ないし法の概念に先立つのではなく、反対に立法ないし法の概念が主権概念に先立つことになる。そうなると、〈あらゆる法的制約から自由である〉という主権者の特徴づけが間違っているだけであり、主権概念は（sovereign=至上者という字面からは矛盾するものの）立法概念に従属するよう再定義することで救済可能なのではないか。

- というよりも、主権や主権者という概念は今日でもすでに、〈あらゆる法的制約から自由である〉存在者とは考えられていないのではないか。言い換えれば、現実的には主権や主権者という概念をこれまで通り用いることはできるのではないか。
- ←ただし主権者の立法は、ベンヤミンの言う神話的暴力（法措定的暴力）であり、神的暴力と区別される（もっともこの法破壊的で正義の暴力とは何か、よくわからないが）と考え、後者に主権者の無制約な活動を託すことも可能……かもしれない。

H. L. A. ハート『法の概念』報告

5章「1次ルール、2次ルールの組み合わせとしての法」1～2節

報告者：小宮友根（東北学院大学）

0. 概要

- ・2～4章で指摘してきた主権者命令説の難点を踏まえた上で、法の特質をよりよく捉えることができる自説の展開を開始する章。
 - ・「1次ルールと2次ルールの結合」
- ・3節構成
 - ・1節は議論の振り返りと予告
 - ・2節は1次ルールとされる責務のルール概念の導入
 - ・3節は2次ルールとされる認定・変更・裁判のルール概念の導入

1. 1節「新たなスタート」

要点：強制命令説の失敗はそれがルールの観念を含んでいないこと。それに対してハートは法をルールの一種として捉えようとする。

- ・なぜ強制命令説は失敗なのか
 - (1) 適用範囲の問題
 - (2) 権限を付与する法の問題
 - (3) 法としての慣習的ルールの問題
 - (4) 主権者の問題（立法権の継続性／有権者団の主権者性）
- ・ルールの概念の導入なしにこれらの問題を解決することはできないが、ルールの概念の導入は「命令への服従」という強制命令説の視点が維持できないことを意味する。

〔強制命令説の〕失敗の根本の原因は、この理論を構成している諸要素、つまり命令、服従、習慣、威嚇が、ルールというそれなしには法の最も初歩的な形態をも解明し得ない観念を含んでおらず、またその組み合わせによっても生み出し得ない点にある。
(80=140)

- ・法の特質はむしろ異なるタイプのルールとその組み合わせによって把握されうる。
 - ・1次ルールと2次ルールの結合。

2.2 節「責務の観念」

要点：責務の観念を強制的命令ではなくルールとの関連において把握する。

- ・ハートは「新たなスタート」の地点を、強制的命令説の「正しい」事実認識にとる。

法があるところでは、人の行為が何らかの意味で選択をなしえない、義務づけられた (obligatory) ものとなる (82=142)

- ・強制命令説はこの「義務づけられた」を命令の効果として理解する。
 - ・プロトタイプとしてのギャングの事例。
- ・しかしハートによれば、ギャングの事例で金を渡すよう命令される人は「強制されて」はいるが、「責務ないし義務を負っている」とは言えない。
 - ・「強制されている」を信念または動機についての言明だと理解する場合。
 - ・害悪がない、もしくはないと行為者が信じる場合についても責務があると言うことはできる。
 - ・「強制されている」を「当該行為をしなかった場合に被る害悪についての客観的リスクを予測・評価する言明」だと理解する場合。
 - ・ルールの内的側面を捉え損なう。
- ・したがって「法によって行為が義務づけられる」という (正しい) 直観を、強制によらずに説明する必要がある。
 - ・そのためにまず、責務一般の観念を理解する作業をおこなう。

法的形態の責務を理解する予備作業としてより広い責務一般の観念を理解するには、ギャングの事例と異なる、社会生活のルールの存在がかかわる社会状況を検討する必要がある。(85=146)

- ・ハートは責務 (ないし義務) をルールの部分集合と考える。

〔「すべきだ」「しなければならない」といった習慣とルールを区別するために用いられる〕規範的用語の中でも、「責務」や「義務」は、他の規範的用語には通常見られない特殊な含意を伴う重要な部分集合を構成する。(85=147)

- ・ではどんなルールが責務なのか (86-87=149-150)。
 - (1) 逸脱に対する大きな (重要ないし真剣な) 社会的圧力
 - (2) 社会生活の貴重な側面の維持
 - (3) 行為者の願望 (行為者本人の利益) からの独立性
- ・ただし、責務に関するルールが社会的圧力に支えられているからといって、責務の本質が行為者の感じる心理的圧力にあると考えてはいけない。なぜなら「制裁が嫌だからルールに従う」と考えることは、再びルールに従うことの内的側面を捉え損なうから。
- ・「外的観点」と「内的観点」の区別

- ・ 外的観点：人びとの行動の規則性を、何らかの徴候（sign）との関連において把握する観点。
- ・ 内的観点：人びとの行動の規則性を、人びと自身が従っている何らかの規準（standard）との関連において把握する観点。

観察者が.....外的観点に厳格にこだわり、ルールを受容する集団のメンバーが彼ら自身の規則的行動を理解する仕方を勘案しないとすると、彼らの生活に関する観察者の記述は、ルールに基づくものとは言い得ず、したがって、ルールによる責務や義務の観念に基づくものではあり得ない。（89=153）

- ・ 責務を予測に還元する考えの誤りは、内的観点を除外してしまっていること。

3. 疑問

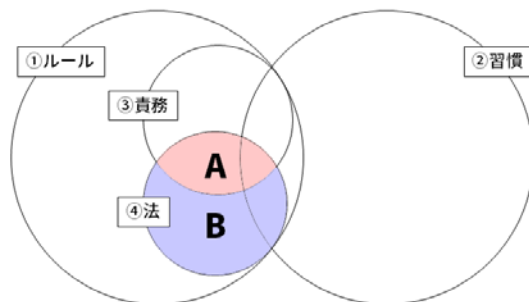
3-1. 比較的マイナーな疑問

- ・ ハートは責務をルールの部分集合として理解し、外的観点からの行為記述はルールに基づく記述ではないがゆえに責務の観念に基づく記述となり得ないと言う。
- ・ しかし責務をルールの部分集合として（内的観点からの記述を必要とするものとして）理解することの正当性自体は本節では論証の対象になっていない。予測理論はそもそも責務をルールではなく命令の効力として理解しようとする理論なのではないか。
- ・ 必要なのは、「法は行為を義務づける」という直観（責務の観念）について、予測理論のもとでそれを理解することの難点と、ルールとしてそれを理解することの利点を示す議論。
 - ・ 前者の議論は4章で尽きている？ としても後者の議論は不十分に見える。

3-2. より本質的な疑問

- ・ で、「法的形態の責務」は？
 - ・ 2節の議論はルールのうち責務のルールという部分集合の特徴（責務の観念）を述べることで終わっている。しかし責務の観念は法と他のルール（例えば道徳）を区別するものではないことはハート自身認めている（86-87=149）。では「法的形態の責務」を他の形態の責務と分かつ特徴は何なのか。

- ・ 内的／外的は①と②の区別を説明。
- ・ 社会的圧力云々は①と③の区別を説明。
- ・ でも知りたいのは④の特徴。



・「義務を課す」ルールのうち2次ルールと結合したものを法だと理解するという筋道の議論として理解できる？

cf. 8章の「道徳の意図的変更の不可能性」の議論

・しかしその議論はAの部分¹が法である理由しか説明しない。Bは？

・強制命令説への批判のひとつは「法の多様性」の無視、すなわちそれが「権能を付与するルール」を「義務を課すルール」に還元してしまったり、そもそも法とみなさなかつたりすることの誤りないし不自然さに向けられていた。

・この批判は、「権能を付与するルールも法である」という直観に支えられている。であるならば、法が他のルールと区別される理由は「義務を課す／権能を与える」という区別からは独立に（両者が共通して持つ特徴から）述べられなければならない。

・でないとBの部分も法である理由が説明できない。

・また、Bには「重要でない」義務賦課ルールが含まれることも示唆されている（8章）。

・結局のところ「究極の認定のルール」（6章）が④の線を引くのだという議論になる？のだとすればなぜ「責務の観念」が出发点となるのか。

H. L. A. Hart 『法の概念』

第3版, 長谷部恭男訳, ちくま学芸文庫, [1961] 2012 = 2014.

第5章 一次ルール, 二次ルールの組み合わせとしての法

第3節 法の基本要素 (pp. 155-66)

本節のポイント

◆法の内的側面を捉えた新しいモデルとして一次/二次ルール組み合わせモデルを提案.

本節の内容

◆立法府も裁判所も (いかなる公務員も) 存在しない社会は想定可能. (p. 155-)

- ・このような社会を〈責務の一次ルールからなる社会〉と呼ぶ.
- ・一次ルールからなる社会生活が成立するための必要条件:
 - 1) 暴力・窃盗・詐欺などを制約するルールの存在.
 - 2) ルールを受容するメンバーよりもルールを拒否するメンバーの数が少数であること.
つまり, 大部分の人々が内的観点からルールに従って生きていること.
- ・このような非公的なルールのみによる生活は特定の性質を持つ小規模な共同体でのみ可能.
- 親族間の緊密な繋がり, 共通の感情と信念, 安定した環境.
- ・一次ルール社会の弱点:
 - 1) 不確定性: ルールが秩序と同定標識を欠き, 疑問に決着をつける手続が存在しない.
 - 2) 静態性質: 移り変わる状況にルールを意図的に適応させる手段がない.
責務を負った者を履行から解放したり, その利益を移転したりできない.
 - 3) 非効率性: 違背の事実に関する最終的な確定権限が存在しない.

◆単純な社会 (一次ルール社会) の3つの弱点への対処法は〈二次ルール〉の策定. (p. 159-)

- ・法前社会から法的社会への一歩.
- ・二次ルールは一次ルールに関するルール (レベルが異なる).
 - 一次ルール: 個々人がなすべき/なさざるべき行動を定める.
 - 二次ルール: 一次ルールが最終的に認定・導入・廃止・変更される仕方を定める.
一次ルールへの違背を最終的に確定する仕方を定める.
- 1) 不確定性への対処: 〈認定のルール〉の導入.
- 2) 静態性質への対処: 〈変更のルール〉の導入.
- 3) 非効率性への対処: 〈裁判のルール〉の導入.

◆認定のルール. (p. 160-)

- ・一次ルールが持つべき特徴を定める.
 - 一次ルールだと主張されるものが当該社会のルールであることを最終的に認定する.
- ・認定のルールは法に権威ある徴表を導入することで統一された法秩序の観念が成立する.
➔ 法的妥当性という観念の萌芽.

◆変更のルール. (p. 161-)

- ・新たな一次ルールを導入したり古いルールを廃止したりする権限を特定の人々に付与する。
 - 認定のルールと密接に関連 (立法) .
- ・私人に一次ルールの下で彼らの法的立場を変更する権限を付与する (遺言・契約・譲与) .

◆裁判のルール. (p. 163-)

- ・個別ケースにおいて一次ルールの違背があったか否かを有権的に確定する権限を付与する。
 - 裁判の最低限の形態 → 裁判を行う人々と手続を定める.
 - 裁判のルールを備えた社会は必然的に (不完全ではあり得るが) 認定のルールを備える,
- ・さらに, 違背に対する制裁を定めるルールへと発展する.

◆責務の一次ルールと認定・変更・裁判の二次ルールから生まれる構造 = 法秩序. (p. 164-)

→ 専門家たちを困惑させてきた問題を解決する強力な手段.

- ・責務・権利・妥当性・法源・立法・司法権・制裁といった法学概念の良い分析.
- ・国家・権威・公務員といった法と政治にまたがる概念の良い分析.
- ・単純な内的観点 (一次ルール) から, より複雑で多様な概念の導入を説明できる.
- ・ただし, 一次/二次ルールの組み合わせだけですべての問題を解明できるわけではない.
 - それは法秩序の核心であるが, 中心から離れた部分の説明には別の要素が必要.

本節への疑問

1) 一次ルールの3つの弱点は本質的か?

- ・どんなルールが存在するのか常にはっきりしているような一次ルール社会はあり得そう。
 - 口頭での共有がうまくいっているかもしれないし, 成文化を徹底しているかもしれない.
- ・ルールがはっきりしていて行為同定もうまくいっていれば, 違背の成否を争いもしない.
- ・また, 一次ルールしかなくてもルール変更を意図的に成功させることは原理的には可能.
 - 3つの弱点は本質的 (概念的) というより蓋然的なものかもしれない.
- ・全体的に一次ルール社会を論じる際の「必要」や「可能」の意味が曖昧に見える.
 - ここが「たぶん」レベルの話だと, 節全体の議論が弱くなってしまうのではないか.

2) 一次/二次ルールのモデルは法の内的側面について独自の説明的アドンバテージを持つか?

- ・一次ルールという概念に前提として責務や義務に関するルールの内的側面を入れている.
- ・しかし, 二次ルールを持たない (一次ルール社会的な社会) を想定する際に, 予測理論的な社会も想定できる. (「アレをしたら皆に殴られる」「ソレをしたら追い出される」)
- ・この偽一次ルール社会から偽二次ルール社会への展開はストレートに考えられる.
 - 一次/二次ルールの組み合わせモデルと相似形の予測理論的モデルが構想可能.
- ・もしそうなら, 内的観点を取り込むというセールスポイントは, 一次/二次ルールというモデリング特有の恩恵ではないということになる.
- ・しかし, そうならば, 本節の議論全体はどのように正当化されていると見るべきなのか.
 - 〈内的観点/外的観点〉の区別と〈一次ルール/二次ルール〉の区別の関係を見失った…

H.L.A. ハート『法の概念（第3版）』
第六章 法秩序の基礎 概要（前半）

2016年8月22日

工藤郁子

1 概要：認定のルールと法的妥当性（第1節）

- 本章の検討対象：法秩序の基礎
 - ハートの主張：法秩序の基礎＝認定に関する二次ルールが受容された社会状況において、責務に関する一次ルールを識別するための権威ある標識が使用されているという社会状況（pp167-168）
 - ◇ 第四章の批判対象となった理論（従来の理解）において、法が存在するための必要十分条件（＝主権者の下す威嚇に支えられた命令へ服従する習慣が大多数にあること＋主権者が誰にも従う習慣がないこと）は、ミスリーディングだが、真理が含まれていた（p167）
 - ◇ 標識の例：条文への言及、制定行為、慣習的慣行、一般的宣言、過去の裁判への言及（p168）
 - ◇ なお、ある標識の他の標識に対する従属（subordination）と導出（derivation）は混同されがちだが、区別すべき点に注意（p168-169）
 - 本書の核心的主張の一つは、法秩序の基礎は、法的に無制約な主権者への服従の一般的習慣にはなく、当該秩序の妥当なルールを同定するための権威ある標識を供与する究極の（ultimate）認定のルールにあるというもの（cf. ケルゼンの「根本規範」、サモンドの「究極の法原理」）（p506）
- 認定のルールの役割
 - 法秩序の個別のルールを識別すること。裁判官等が、あるルールが適正に法と同定されるとの前提からある結論に達したとき、彼の言明には、別のルールによって付与される特殊な権威ある身分が備わる（pp169-170）
 - ◇ 通常、認定のルールは、明確に定式化されることはない。その存在は、裁判官等によって、個々のルールが識別される仕方において示される（shown）（p169）
 - ◇ 権威あるルールの適用と、ルールの明文上の要求に関する一般人の理解とが衝突することがあり、ルールの秩序を存在させるためには、困難に対処する必要がある（p170）
- 認定のルールを考えるにあたって：内的言明（internal statement）と外的言明（external statement）の区別することの必要性
 - 内的言明＝認定のルールを使用する者が、そのことを通じて、指針たるルールとして自らそれを受容することを表明すること。認定のルールを受容し、それが受容されている事実に関及することなく、ある個別のルールを当該秩序の妥当なルールとして認定している（ex. 「これこれが法だ」）（p170-171）
 - 外的言明＝法秩序の外的観察者が、自身では認定のルールを受容することなく、他者がそ

れを受容している事実を記述すること。（ex. 「イングランドでは、国会が制定したことは何であれ、法として認められる」）（p170-171）

- 法的「妥当性（validity）」概念の明確化
 - あるルールが妥当しているとの（内的）言明は、それが認定のルールの示す標識をすべて満足することを意味する（p171）
 - ◇ 「妥当な valid」ということばは、法秩序の個別ルールについて、定式化されることなく受容された認定のルールを適用する際の、内的言明でこそ用いられる（p171）
 - 「実効性（efficacy）」（一定の行動を要求する法的ルールが、たいていは従われているという事実）とは必然的關係性がない点に注意（pp172-173）
 - 内的言明は、結論の予測ではなく理由である点にも注意（pp174-175）
 - ◇ ある法が妥当するとの言明は、裁判所の将来の行動の予測およびその特殊な動機づけの感覚であるとの見解が存在するが（p510）、これは、内的言明の特殊な性格を無視し、それを公務員の行動に関する外的言明であるかのように扱う点で誤りである（p174）
- 最高の（supreme）標識と究極のルールの区別
 - 最高の標識：それに照らして同定されるルールが、他の標識に照らして同定されるルールと衝突したときも、なお当該法秩序のルールとして認定されるとともに、他の標識に照らして同定されるルールが最高とされる標識で同定されるルールと衝突すれば、それは当該法秩序のルールとして認められない場合（p176）
 - ◇ 内部秩序には、通常、相互の優劣関係が存在し、標識のうちひとつが最高とされる形で整序される（p175）
 - 究極のルール：他のルールの妥当性を判定するための標識を与えるルールではあるが、それ自身の法的妥当性を判定するための標識は他のいかなるルールによっても与えられることのないルール（p178）
 - ◇ 究極のルールについて、数多くの問題を提起できるものの、（ある法秩序の認定のルールの妥当性を主張する内的言明から）そのルールを受容していないかも知れない当該秩序の観察者が行う、事実についての外的言明へ移行することになる点に注意（p178）
 - 「最高」と「法的に無制限の立法権」と「究極の認定ルール」は、混同されがちだが、それぞれ別の概念（pp176-177）
 - ◇ 上位および最高の標識という観念は、ある尺度の中での相対的な地位に言及するに過ぎないもので、法的に無制限の立法権という観念を含意しない（p176）
 - ◇ ただ、単純な法秩序では、究極の認定ルールと、最高の標識と、法的に無制限の立法が、重なり合うようにみえることはある（p176）
- 認定のルールの事実性
 - 認定のルールが存在するという主張は、事実問題であって、想定、措定、仮説とするのはミスリーディング（pp179-182）

- ◇ 法秩序の通常の運用における個々のルールの法的妥当性に関する言明は、認定のルールを受容した者の内的観点を表明する内的言明であり、そうである以上、当該法秩序についての外的言明で記述される多くの事柄を表明しないままなされる。表明されない事柄が法的妥当性に関する通常背景・文脈を構成し、その前提となる (p179)
- 内的言明の前提は2つあるが、そのいずれも、論証し得ない「妥当性」の「想定」とは表現し得ない (p180)
 - ◇ (1) ある法的ルール、たとえば制定法、の妥当性を真剣に主張する者は、彼自身、法の識別に相応しいものとして彼が受容する認定のルールを使用していること (p179)
 - ◇ (2) 彼が個別の制定法の妥当性を判定するために使う認定のルールは、彼が受容するだけでなく、当該法秩序全般の運用において、現実に受容され利用されていること (p179)
- 認定のルールが存在するという主張は、事実に関する外的言明としてのみなし得る。認定のルールは法秩序内の他のルールと異なる (p182)
 - ◇ ルールがある社会集団の現実の慣行として観察されるならば、その妥当性が改めて問題とされることはない。もちろん、ルールの価値とか望ましさを問題にすることはあり得るが (p181)
 - ◇ 他方、あるルールが当該秩序の構成要素としての身分を持つか否かは、認定のルールの与える一定の標識を満足するか否かに依存することになるため、「ルールが存在する」という言明は、事実に関する外的言明ではもはやなく、大まかにいえば、「当該法秩序の妥当性の標識に照らして妥当」していることを意味するにとどまる内的言明となる (p182)

2 疑問など

- 全体的に何を言っているか分からない…
- 認定のルールと法的妥当性の論理的関係性は？
- 認定のルールは事実問題であるとの表明は、何を意味しており、何のために主張されているのか？
 - ◇ 「事実の認定に問題が生じる場合もあるだろう。認定ルールの妥当性に疑義が生じる場合もあるだろう。最高裁判所が判断を保留（放棄？）するような場合もあるだろう（統治行為論）。法秩序内の内的言明が不一致をきたし、外的に何を事実として言明すべきか観察しがたい場合もあるだろう」（第一章レジュメより）
- 究極の認定のルールを法秩序の基礎とおくことは「妥当」か？
- ハートの民主主義観や、ハートが英米法系の法秩序内にいることは、問題意識や議論の内容に、どの程度影響を与えているか？
- 法的妥当性の明確化や究極の認定のルールの区別について、規範論的示唆はあるのか？

H.L.A. ハート『法の概念（第3版）』 第六章「法秩序の基礎」（後半）

■本書の主要主張（の本節における表現）：

- ・旧来の見解 「A. 法秩序の基礎は、法的に制限されない主権者への服従の習慣にある。」[主権者の強制的命令]
- ・ハートの見解「B. 法秩序の基礎は、ルールの秩序に妥当性の標識を与える究極の認定のルールにある」
- ・ハートの見解「C. 〈一次ルール／二次ルール〉の組み合わせに核心的位置を与えるべきだ」

6-2 節「新たな問題」

【要約】

- この節では、見解 B を採用することによって生じる問題を取り上げる。
 - ・ 新たに見えてくる問題＝見ることができるようになる問題
＝古い法理学と政治理論によって これまで隠されてきた問題
- 様々な問題があるが、ここでは C に関わる二つの問題だけを取り上げる。
 - ・ [183]【第1の問題】「認定ルールが古典的法分類に属さない」問題
→解： 〈法／習律〉とか〈法／事実〉といった旧来の分類の方が悪い。
〈一次／二次〉＋〈内的／外的〉の組み合わせで捉えよう。
 - ・ [184]【第2の問題】「法秩序が存在する」という言明がおこなってしまう単純化の問題
→解： 〈公的／一般的〉～〈公務員／臣民・私人〉の組み合わせで捉えよう。

6-2-1 【第1の問題】「(法を識別する最終的な) 認定ルールが古典的法分類に属さない」問題 [183]

- [183] イギリスの古典的-排他的二分法：
 - ◆ [a] 厳密な法（制定法、枢密院令、凡例など）
 - ◆ [b] 習律 conventions（先例、了解、慣習など）
 - ◇ 例「国王は貴族院および庶民院によって適式に可決された法案を拒否すべきではない」は、[a] ではなく [b]に属する
- [183] 問題：「D:国会が制定したものは法である」は、①②どちらにも入らない。
 - ◆ [b] ではない：裁判所は法の識別にあたって このルールを使う。
 - ◆ [a] でもない：「国会による制定」は、制定に先立ち・それと独立して D が存在することに依存している。
 - ◇ 仮に D を国会で制定したとしてもなお [a] にはならない；
 - ◇ D の存在は、実際の慣行から成り立っている。

→[184] こうした事情を、「それ自体は法ではない」、「法前の」・「メタリーガルな」とか「政治的事実」などなどと呼びたくなる人がいるだろうが、これはむしろ——「法か政治か」、「法か事実か」といった——法に関する分類が粗雑すぎることを意味している。

- [184] 認定のルールは、法でもあるし事実でもある。これらのどちらかの見方だけを採用することはできない。
 - ◆ それは法である： 或る法秩序の他のルールを識別するための標識を提供するルールは、法秩序を定義づける特徴的要素であるはずだから。
 - ◆ それは事実である： 「認定ルールが存在する」という主張は、〈実効的秩序を構成するルールの識別方法〉

についての現実の事実にかかわる外的言明だから。

[184] ※テーゼ「究極の認定ルールは、〈外的／内的〉という二つの観点から見る事が出来る」

- ・ 外的言明として：「認定ルールは当該法秩序の現実の慣行として存在する」 →事實的
- ・ 内的言明として：法を識別する際に認定ルールを使用する者が発する「それは妥当だ」 →法的
- 〈外的／内的〉～〈事實的／法的〉

6-2-2【第2の問題】「法秩序が存在する」という言明がおこなってしまう単純化の問題 [184]

「同一の法秩序」なる観念・表現は大雑把すぎる。次の節では、誕生～確立～衰退～解体というスペクトルにおける法の間状態を取り上げて、オースティン図式が単純化・歪曲してしまう法の複雑性について考えるが、その準備としてまず「服従」なる観念について考えてみよう。

6-2-2-1 [185] オースティン図式「命令に対する一般的な服従の習慣」

- ・ [186] 「法が責務や義務を課すには、法は一般的に服従されていなければならない、少なくとも一般的に遵守されていないわけではない」
- 必要条件を描いている。法秩序が私人に影響を与える際の「最終結果 [最終産物]」を描いている

6-2-2-2 「服従」なる観念についてのいくつかの考察

[186] 論点1： 私人の特徴だけで法について語ってしまう失敗。公務員は「服従」しているわけではない。

- ・ 「立法者が、彼らに立法権限を付与するルールを遵守して法を制定する」ことは、ルールへの服従ではない。
- ・ 「裁判官が当該法秩序の認定のルールを適用してある成分規定を妥当な法として認定し、紛争の解決にあたってそれを使用する」ことは、服従ではない。
- これを「服従」と呼ぶためには、この言葉の方を変えなければならなくなる。

[187] 論点2： 公務員の特徴だけで法について語ってしまう失敗。

- ・ 複雑な現代国家では、一般市民の多くは、法秩序の構造や妥当性の標識について一般的知識を持たない。

[188] 論点3： [重複]

- ・ 「服従」という言葉は、二次ルールが裁判官その他の公務員によってルールとして尊重される仕方を理解するために把握されるべき肝心な相違点を覆い隠してしまう。

[189] 論点4：

- ・ ルールや命令に「服従」する際には、服従者のしていることが彼自身にとっても他人にとっても〈正しい〉〈なすべきこと〉だと服従者自身が考える必要がない。= 「内的観点」をとる必要がない。
- 「そのルールは、制裁の威嚇のもとで、ある行動を要求するもの」としてのみ考えることもできる。[cf. ルーマンの謂う「権力」]
- ・ 他方、たとえば「法秩序を構成するルールの妥当性を判定する究極の認定のルール」は、内的観点から、正しい裁判のための公でかつ共通の基準としてみなされねばならず、各裁判官がただ各自で従えば足りるといったものとして扱われるべきではない。これは効率性や健全性の問題ではなく、論理的な必要条件である。

6-2-2-3 まとめ [191-192]

[191] 法秩序が存在するために最低限の必要十分条件は二つある。

1. 第一に、当該秩序の究極の妥当性の標識によって妥当とされる行動のルールは、一般に服従されなければならない

い。

2. 他方、法的妥当性の標識を定める認定のルール・変更のルール・裁判のルールは、公務員の公務員としての行動の、共通で公の基準として実効的に受容されていなければならない。
私人が満たす必要があるのは、第一の条件のみである。

6-3 節「法秩序の病理学 [と発生学]」 [193]

前節の「まとめ」部分から、次のことが帰結する： 「法秩序の存在の証拠は、したがって [〈私人と公務員〉という] 社会生活の二つの異なる領域から集められる必要がある。」 [193]

6-3-1 法秩序の中間状態

- 問題のない法秩序： 「〈公的なレベル [～公務員] で〉 妥当であると認定されたルールが・ 〈一般 [～臣民・私人] に〉 服従されている」
→問題のある法秩序： 両者は乖離してしまうこともありうる。以下その例。

6-3-1-1 【法秩序の中断と回復】

例： [193] 革命、 [194] 敵国の占領、 [194] 無政府状態、 略奪

- [194] 中間状態「裁判所が領域内や亡命先で機能し、かつて確立していた法秩序の法的妥当性の標識をなお利用するが、領域内において実効性がない」
 - この種の事例においては、法秩序の有無を厳密に判定することはできない。
- 法秩序の中断ののちの回復においては、「中断期間中、その領域で何が法であったか」という問題が発生する。

※ここ よくわからない

[194] 最も重要なのは、この問題は事実問題ではないかもしれないことに注意することである。

- ・ 事実問題であれば、… 旧秩序と似た新秩序が亡命政府の帰還により建設されたといえるかを尋ねることで解決できる。

「中断時期について、再建以降の法秩序内の問題として処理する例」が逆説的に見えるのは、内的観点と外的観点を比較しているから：

- ・ 外的観点：法秩序の存在にかかわる事実言明
- ・ 内的観点：法秩序が、自身の過去・現在・将来の存在の各局面にかかわって行う法言明
 - 後者は、他国の法秩序への言及と変わらない

6-3-1-2 【二つの法秩序】

例： [196] イギリス連邦

- 当初： 植民地の法秩序は、「英国国会が制定するものは当植民地にとっても法である」という究極の認定のルールによって特徴づけられる法秩序の下位秩序
- 最終段階： 究極の認定のルールが「当地のルール」に変更される。
 - 当地の立法府の構成・制定手続・構造は元の憲法で規定された通りだが、それが妥当するのは当地で受容さ

れた認定のルールによる。

➤ 発展の終着点では、「二つの独立した法秩序が存在する」は、認定のルールの状況に基づく事実言明。

● [198] 母国が独立を認めない場合。

➤ イングランド法の命題が、事実と衝突*する。

➤ 「二つの法秩序がある」は事実言明で、「一つの法秩序しかない」は法命題なので、論理的には衝突しない。

6-3-1-3 【公務員セクター間の亀裂】

例：[199] 南アフリカの憲法紛争

● 立法府が裁判所と異なる見解に依拠して立法／裁判所がそれを拒絶

➤ [200] 認定のルールを同定するために不可欠な公的部門に齟齬が生じているときでも、その他の大部分の法的活動は、以前と同様になされている。

➤ 法的妥当性のすべての標識について公的部門の共通理解があることを要求するには、「同一の法秩序」という表現はあまりにも大雑把で伸縮性がありすぎる。

6-3-2 次章以下へのブリッジ

「この最後の [南アフリカの] 事例は、次章で、法秩序の究極の妥当性の標識にかかわる憲法上の事項にも、また「通常の」法にも関係する、より後半な論点の境界線へとわれわれを導いている。」

担当者のメモ

[189] 「言語分析哲学」批判？

[190] 「効率性や健全性の問題ではなく、論理的な必要条件」

→「論理的」って？

[191] 「一般市民が相互に衝突する裁判に直面したとき」以下、意味がよくわからない。

[194] 「最も重要なのは、この問題は事実問題では無いかもしれないことに注意することである。」

→どうということ？

[198] 「この事例では、法の命題が事実と衝突している」／「しかし、一つは事実言明で、他方は法命題であるため、両者は衝突しない」

→「論理的には」衝突しないというなら、この衝突は「なにも」なのか。

第Ⅶ章 形式主義とルール懐疑主義 Formalism and Rule-Scepticism

第1節 法の綻び The Open Texture of Law

- 1 大規模な集団では個別的命令ではなく一般的ルールが社会統御の主たる手段である（法はその一例）。そのようなものとして法は主として人々の集合 class、行為、事物、状況の集合に言及する。
- 2 かような（法のごとき）が一般的ルールが個別例への適用に先行して伝達される場合には二つの大局的に見える手段が用いられる。
立法：一般的分類用語を最大限に用いる。
父が子に教会に出かける前に「教会に入るときは帽子をとるべきだ」と教える。
判例：——を最小限に用いる。
父が教会に入る際に帽子をとって「こういう時はこうなさい」と子にいう。
- 3 （前段で論及した判例の例示をもう少し詳細にする。）
前段の教会での親の子に対する例示を判例の法的使用により近づけるには、
 - ・父が子によって適切な行動に関する権威とみなされ、手本として注視されていると父が想定している。
 - ・父は伝統的な行動基準に賛同し、新しい基準を導入するつもりはないと周知されている。
- 4 例示による伝達法はすべて一定範囲の選択の余地を残し、それゆえ伝達者自身何を明確な伝達対象として想定しているかについてさえ疑いの余地を残す。
- 5 （判例のような）例示の不確定性に対して（立法のような）明示の言語表現による一般的基準の伝達は、明確で確実なように見える。
- 6 20世紀の法理学研究はこの判例的伝達と立法的伝達の間での区別はそう明瞭ではないと強調してきた。（立法のような）明示の言語表現による一般的基準の伝達においても、個別具体の場合にそれが求める行動についての不確定性は起こりうる。よく反復されるがゆえにわかりやすい事例はあるが、そうではない事例もある。
- 7 「なじみ深い事例が変化した事例」
- 8 ルールを表現する権威ある一般用語は、権威ある例示と同様に、不確定な仕方でのみ指針として機能する。ルールの厳御表現が権威ある例示、つまり明白な事例を示すに過ぎなくなるかに見える、ルールが判例と同様に機能するかのように見える。
新しい事例に直面した者は、それが関連性ある **relevant** 点において、明白な事例（権

威ある例) に十分に **sufficiently** 似ているかを判断する。これは恣意的とか非合理とかは言えないが、選択ではある。

- 9 行動基準の伝達のために判例・立法のいずれが用いられようと、通常の事例の大部分について円滑に伝達がなされようと、その適用が問題とされ、不確定となる場面は必ず発生する。——**綻び Open Texture**

なぜ我々はこうした綻びのないルールへの愛着を理念としてさえ持たないのか? ——我々が神ならぬ人間である以上そうした選択をせざるを得ないから。

一般的基準で行動を事前に規制しようとするとき、以下の二つの困難に苦しむのは人間の宿命=立法の宿命。

困難 1: 我々は事実について全知ではない。

困難 2: 我々の目的は不確定である。

- 10 無知と不確定性についてもう少し。
- 11 形式主義 **formalism**・概念主義と呼ばれる法理論の欠陥は、こうした無知と不確定性ゆえに一般的ルールの下でも避けがたい選択の余地を否定し大輪ペイしたりする態度にある。

- 12 「概念の天国」

- 13 すべての法秩序で、異なる方法で二つの社会的必要の妥協が行われている。

必要 1: 私人が自身で、追加の公的指示や社会的な考量なしに、広範な行動領域につき一般的ルールを適用する必要。

必要 2: 具体的な事例が生起して初めて適切に評価し解決できるような論点を、未決のまま残しておく必要。

法理論はルールの不確定性を無視したり過剰に強調したりしがちだが、実際には様々な不確定性には程度の差がある。それゆえ法秩序のそれへの対応も多様である。

- 14 法的に規制されるべき領域において、個別の慰霊ごとの特徴が大きく変化するるので、更なる指示なしにすべての事例を通じて当てはまる統一的ルールを事前に策定できない場合には——

(問題解決の第一の手法): 立法府が定める一般的ルールは極めて原則的な基準のみ。事例ごとの必要に適応したルール作りは行政上の規則制定機関に授権。

- 15 前段の続き。原則的基準に照らしてどうすべきか明らかな事例も存在するが、そうではない対極的な事例も存在し、大体の事例はこれら両極端の間にある。

- 16 問題解決の第二の手法: 事前に完全なルールを策定はできないが、それでも何が合理的かに関する判断が一定成立しているような領域においては、(第一の場合の行政機関とは異なり) 個人に個別具体例での判断がゆだねられる。こういう場合、その想定された事前の判断基準は、実際には、それに個人が違背したかどうかを問われる裁判において、事後的に明示化される場合もありうる。この場合の判例の機能は行政機関による規則制定の機能と似ている?

- 17 前段の手法の例としての、英米法における過失に関する「相当の注意 due care」
- 18 これら二つの手法の健闘から、裏返しに、一般的ルールによって最初からうまく統御される行動の領域の特徴がわかってくる。そこでは綻びは周縁的でしかない。最も素朴で顕著な例としての殺人。
- 19 こうした素朴で顕著な例は、ある意味で慣例的ないし人為的なもので、自然ないし本来的というわけではないことに注意。例：道路のどちら側を通行すべきか。
- 20 (大体 6 から 19 までは立法についてみてきたが、ここから判例についてみていく。) 権威ある例示による一般的ルールの伝達は、(立法の場合に比べて?) より複雑な不確定性を伴う。
判例の法的地位は法秩序ごとに違ふし、同じ秩序内でも時点により異なる。
- 21 イングランド法の場合、(1)判例の権威の有無を判定する唯一の方法はなく、(2)判例から引き出しうるルールについて、唯一正当な定式化はなく、(3)判例から引き出されたルールにいかに権威が与えられようとも、それに拘束される裁判所はにもかかわらず創造的・立法的活動を行うことができる(先例と目の前の事例とを区別したり、先例を基にしたルールの射程を先例より拡張したり)。こうした判例法の生み出したルールの変更は、制定法によってのみなされる。
- 22 法の綻びが意味するのは、裁判所や公務員の裁量による発展の余地が広く残されているということである。しかしそれでも法の生命の大半は、事案ごとの新たな判断を要求しない確定的ルールによって、公務員と私人の行動を方向付けるところに存する。

第2節 多様なルール懐疑主義 Varieties of Rule-Scepticism

- 1 法の綻びの重要性の指摘は、法が一般的ルールを中核とするということの否定ではない。
- 2 それでも「ルール懐疑主義」=「ルールについての議論は『法が裁判所の裁判およびその予測に過ぎない』という真実を覆い隠す神話だ」という主張は訴求力を持つ。
とはいえ無限定な一般的な形では、この主張はつじつまが合わない。そもそもそれは裁判所・裁判の存在を支えるルールの存在を認められないではないか?
- 3 より穏健な形のルール懐疑主義では、裁判所を構成するルールについては譲歩するが、その譲歩の成果は実は多くはない。この理論は「制定法は実は法ではなく法源にすぎず、裁判所によって適用されるまではそれは法とはならない」としがちだが、実際には裁判所だけではなく、立法者に権限を与えるルールの存在も認めねばならない。
- 4 もっと注意深いルール懐疑主義も存在するが、それでもある点においてこの理論は明白に虚偽である。すなわち、それは内的視点と外的支店の区別が現にあることを認め

られない。

- 5 ルール懐疑主義が注意を向けるに足りる真剣な主張となるのは、裁判におけるルールの機能についての理論としてである。これは突き詰めるとこうなる。すなわち「裁判所に関する限り、綻びた部分での活動を制約するものはなにもない」。
- 6 このタイプのルール懐疑主義の理由——落胆した絶対主義。ルールの綻びの存在がルールについてのニヒリズムに反転する。
- 7 前段のタイプのルール懐疑主義が直面するディレンマ
「ルールは形式主義者の天国におけるように全面的に拘束するか、あるいはそもそもルールなどというものは存在しない（あるのは裁判の予測化行動パターンのみ）か、のどちらかである」
- 8 ルールの受容は真理に還元しえない。
意図せずして、無意識に行われるルールの順守もある。そうした行動もルールを提供した結果である証拠の中でも最重要なものは、それが見とがめられたときに発言する。すなわちそこで人はルールに照らして自らの行いを（事後的に）正当化する。
- 9 事後的な正当化が単なるごまかしである可能性は無ではないが、必ずそうだというわけではない。
- 10 最も興味深い形態のルール懐疑主義は、裁判（ことに最終審）の最終性に着目する。
→第3節へ。

☆ ここにはある意味でルール、規範全般の独自の性格に関する議論とも相通ずる話と、独自の話が重合しており、ことにルール懐疑主義の議論においては裁判・司法の問題が、ルール一般には解消されない独自の問題を提起しているように見える。

☆ この章ではないが、妥当性と実効性の関係——全体としての法秩序が実効的であることと、個々の法の妥当性との独特の関係についての議論があった。個別の法については袖が妥当であることは必ずしもその実効性を意味しないが、全体としての法秩序が実効的でなければ、その中での個別の法の妥当性をうんぬんすることに意味はない、と。
この議論にはデイヴィドソンの全体論と類似の匂いを感じる。デイヴィドソンは全体としての言語がおおむね現実に対応しているからこそ、この言明についての審議が問いうる、と論じているように見える。ただハートの語法を見ると、この問題はもう少しデリケートに論じられるべきではないか、という感想を持った。何もかも「真理」（真偽）で片付くわけでもあるまい。

☆ 法の綻び（はある程度ルール一般の綻びと共通するものであろうが）に関する全体論的なアプローチは可能であろうか？ 可能だとしてどの程度有意義だろうか？

第7章 形式主義とルール懐疑主義

担当: 西村友海

- 1節が形式主義、2節が単純なタイプのルール懐疑主義へと充てられていたところ、3節、4節は検討に値するルール懐疑主義の論点をいくつか採り上げ、その意義を確認し、同時に射程を限定しようと努める。
- 第3節 司法的決定の最終性と不可謬性 (p.227-)
 - 「より興味深いタイプのルール懐疑主義」の検討
 - *最終性から不可謬性を導くタイプのルール懐疑主義を検討する
 - 裁判所が行った言明は「最終性」を持っており、その体系内部ではその言明を覆す言明を行うことができない。そのため、裁判所の言明が「間違っている」とか「正しい」とかいう言明には意味がないのではないか、という主張。
 - 「最高裁判所は、何が法であるかを言明する最終的決定権を持っており、それが言明されたときは、裁判所が「間違っている」と行ったところで、その体系のなかではいかなる効果ももたない。」(第2版・矢崎訳 p.154)
 - これに対し、ハートはまず「慣習の社会」(＝一次ルールだけの社会)を考え、そのあとで「成熟した法秩序」(＝二次ルールを備えた社会)へと検討を移行する、という検討順序を提案する。また、この場合に、話を単純化するためゲームの場面で検討を行うことを提案する。
 - 「慣習の社会」では誰もがスコア規則の適用を行う。それ故、スコアラーがいなくとも、ゲームは正しく進行する。
 - 「成熟した法秩序」においては、スコアラーが登場する。スコアラーは二次的ルールによって、プレイヤーとは異なって、特権的なスコアに関する言明を行うことができる。
 - 【?】なぜ、ここでは「審判」ではなく「スコアラー(得点の記録員)」が導入されるのか? 「審判」ではなく「スコアラー」が追加されるゲームは、法実践のアナロジーとして適切だろうか。
 - 「記録員の判定には、二次ルールにより異議申し立ての不可能な地位が与えられる…。この意味において、このゲームに関する限り、「得点とは、記録員がそうだとするものだ」との言明は真実である。」(p.228-229)
 - 「しかし、得点に関するルールはそれ以前と変わることはなく、記録員の義務は、そのルールを可能な限り誠実に適用することである。」(p.229)
 - 【?】この部分は、論点先取にならないだろうか。
 - →一次ルールに二次ルールを結合するという仕方では、二次ルールによってスコアラーの特殊な言明が導入されたなら、ハートの言う通りかもしれない。しかし、それが「二次ルールの追加」であると言わねばならない理由はなく、「一次ルールの変容」であってもよいのではないか。
 - 「「得点とは、記録員がそうだとするものだ」という言明は、記録員がその裁量で適用したもの以外には、得点に関するルールはないという意味だとすれば、虚偽である。そうしたルールも存在するかも知れないし、記録員の裁量

が、ある程度の規則性をもって行使されるなら、そうしたゲームをすることも楽しいかもしれない。しかし、それは別のゲームである。そうしたゲームは、「記録員の裁量」ゲームと呼ばれるべきだろう。」(p.229)「もし行われているのが「記録員の裁量」ゲームであれば、非公式な言明と公式の言明の関係は必然的に異なってくるだろう...そこでは、「得点は、記録員がそうだと言うものだ」が、得点に関するルールそのものだからである。」(p.231)

- →裁判所の不可謬性を主張する人たちは、一次ルールにおける裁判所の最終性(「スコアラーの裁量」ゲーム)と二次ルールにおける裁判所の最終性(得点ルールの「公式な適用」=裁定のルールの導入)とを不当にも混同しており、後者を前者と主張することによってこの懐疑を提出している、との指摘か。
- ただし、「記録員の裁量」ゲームの議論は、あくまでも、最終性が不可謬性を意味する場合とそうでない場合がある(論理的には決定できない)、との指摘をするにとどまる。実際の法秩序が「記録員の裁量」ゲームならぬ「裁判官の裁量」体制ではないとの主張は、あくまでも経験的な主張になる。
- 【?】ところで、ハートは「法の綻びは、記録員に認められるよりはるかに広範でより重要な立法権限を裁判所に委ねる」(p.233)と述べるが、これは判例の法源性のことを指摘しているのか、あるいはここまで検討したゲームにおいては「綻び open texture」が無いと言いたいのか。
- 第4節 認定のルールの不確定性(p.237-)
 - *究極の認定のルールの不確定性(uncertainty)に関連するルール懐疑主義の検討
 - 認定のルールもまたルールである以上、「綻び open texture」を有しており、その点が問題となる場合は裁判所によって判断される。しかし、このことによって、裁判所は自らの根拠である憲法の妥当性を判断していることになる(自己授権的なものなのではないか、あるいは、まさにこの場面においては「法とは裁判所がそう言ったもののことである」ということになるのではないか)という問題がある。
 - 「ある法秩序の究極のルールがこのように疑問にさらされ、それを裁判所が解決し得ることは、法秩序における裁判所の地位についてどのような結論を導くだろうか。法秩序の基礎は法的妥当性の標識を特定する、受容された認定のルールだというテーゼに、それは何らかの修正を迫るだろうか。」
 - なお、本章で「綻び」と訳された語の原語はopen textureであり、矢崎訳(2版)では「開かれた構造」と訳されている。法哲学の書籍では、こちらの訳語のほうが主流ではないか。
 - 【?】ハートがその問題を意識していたのかは自分では文中から読み取れなかったが、承認のルールのなかでも最も最高な承認のルールこそが究極である、というハートの指摘(p.177)に疑問を投げかける問題とならないだろうか。
 - A1. 「なぜこの法は妥当なのか」に対する答え「その法は認定のルールをパスするからだ」に対する問い「なぜその認定のルールは妥当なのか」に対して、「それは裁判所がそのように言ったからだ」と内的に言うことはできないから。
 - A2. そもそも、ここでの裁判所の判断は、「裁判のルール」に基づく判断ではない。
 - →そうだった場合、この判断は「認定のルール」に基づく?

- → 認定のルールの妥当性に対して疑問を提示しているのではなく、何が命じられているのか、が問題となっているので問題が異なる、ということでは。
 - これらの問題が生じることを示すための具体例
 - 主権の「全能」性について
 - 2つの構想の存在＝「何者にも拘束されない主権」というのが唯一の構想でないことの指摘
 - いつでも何事でもなしうるが、それゆえに将来の自分が何事かをなしえないようにすることだけはなしえない（「継続的」な全能性）
 - いつでも何事でもなしうるが、それゆえに過去の自分によって何事かがなしえなくなることがありうる（「自己制限的」な全能性）
 - 少なくとも現状では前者（「継続的」な全能性）が通説だと理解されている（らしい）が、やはりここにも「綻び」は存在する。
 - 迂回するための方法の例示
 - 1911, 1949年国会法、およびその応用
 - 「現在のルールによると、議会在制定法によって将来の議会制定法の対象範囲から、特定の主題を不可逆的に排除することはできない…。しかし、…立法の「方法と形式」を変えるものとを区別することは可能である。」「議会は議会在「拘束」したり「足枷」をかけて、その継続的の全能性を縮減しているわけではなく、議会および立法の方式を「再定義」していると言い得るだろう。」（いずれもp.241）
 - → これらはたしかに限界事例である。だから、一部は有効であると、一部は無効であると判断されることになる（＝「綻び」or「疑わしい半影」）。ここにおいて裁判所が認定のルールそのものを裁定していることになる。
 - 「こうした議論の各段階にあたる、疑念の対象ではあるが明白に誤りとは言えない命題のいくつかは、いつの日か、問題を解決するよう求められた裁判所によって、是認されたり、拒絶されたりするだろう。」（p.244）
- この点に関してハートは、(1)認定のルールもまたルールである以上、「確かな中核」を少なくとも有していることは忘れてはならない、(2)確かに自己授権的になる場合もあり、その場合には、「うまくいく時には必ず成功する」という仕方で、「権限が事後的に権威を獲得」しているのだ (3)その場合に「本来的」権限があった、と言うのは偽善的なフィクションにすぎない、と説明する。
 - 「しかし、あらゆるルールは何らかの点では疑念を孕むが、あらゆるルールがあらゆる点で疑念をはらむわけではない…。裁判所がいつでも、究極の妥当性の標識に関する限定された問題を解決する権限を持ちえるとすれば、それは、こうした標識を当該権限を付与するルールを含む広範な領域の方に適用する際には疑問が提起されないという事実があるからに過ぎない——こうした標識の正確な射程や境界線については疑念が生じ得るにしても。」（p.244）
 - 「そこでは、成功したことで、権限が事後的に権威を獲得している。」「裁判所はつねにこうした判断を行う本来的権限を有するという言明は、明らかに、現実の状況をより整った形に見せようとする試みにすぎない。」（いずれもp.246後半）「法の根

源そのものにかかわる驚くべき司法的法創造がすんなり「受け入れられる swallowed」かもしれない。その場合、裁判所にはそれを行う「本来的」権限がつねにあったと、事後的には言われるし、真実そう見えるかも知れない。とはいえそれは、うまく行ったということだけによって支えられている、偽善的なフィクションと
言うべきであろう。」(p.246前半)

- 【?】この部分はルール懐疑主義への譲歩をしたものだろうか。
 - 「こうした根本的な事柄の周縁部分については、ルール懐疑論者の言う通りである——周縁部分においてだけであるが。」

第VIII章「正義と道徳」序言・第1節

Hart, H. L. A., [1961]2012, *The Concept of Law*, Third Edition, Oxford U. P., 155-167. (=2014, 長谷部恭男訳『法の概念』ちくま学芸文庫, 247-265.)

20160822 浦野 茂
第1回社会哲学古典読書会

①自然法論についての検討へ

- ・ 法の本質(essence)は1次ルールと2次ルールとの組み合わせにあるとのハートの説(←法の運用や法的思考の枠組みについて大きな説明力をもつゆえ)。
 - この説は、一方で命令理論説に対抗して示された(前述)。
 - では、命令説と対立してきた説については、ハートの説はどう判断するか? そこで、法と道徳と「必然的関係」を法の本質とする説を検討。
- ・ なお、この必然性を想定する説からすると、ハートの立場は不十分と見なされる。
 - その根拠は、法を命令から切り離れた点では評価できるものの、肝心の法と道徳との必然的関係が十分に理解されていないから。
 - ちなみに、この説からすると、正義もしくは道徳の根本的要求に合致しない国内法秩序を法として取り扱うべきかが問題とされる(法という現象への対照的な立場)。

②「法と道徳との必然的関係」をめぐる理解のヴァリエーション

- ・ 自然法のトマス主義と結びつけられてきた理解(必然的関係をめぐる極端・明確な理解法)。
 - (1)神に起源する道徳または正義の諸原理があり、これは啓示に拠らず人間理性によって発見可能。(2)この原理と衝突する人定法は妥当な法ではない。
- ・ 別の理解たち
 - たとえば、道徳は行動の普遍の原理でない、道徳は理性によって発見不可能であり多様な行動への人間の態度の表れである、法が根本的な道徳的要請とすら衝突しても、法でありうる。
 - よって「必然的関係」の意味も、「法秩序の存在にとり、法への服従をめぐる道徳的責務の広範囲の是認が必要」と理解される。

③法と道徳との区別と関係理解にとって必要なこと

- ・ 上記ヴァリエーションに踏み込まず、次の三点の区別と見定め。
 - (1) 道徳の中において正義が備える、法と特別な仕方に関係するその特質(→第1節)。
 - (2) 道徳的ルールが法その他のルールとの区別される特質(→第2節)。
 - (3) 法的ルールと道徳の関係について、その意味senseと関係の仕方の多様性(→第IX章)。

■第1節 正義の諸原理

①法と道徳、一美德としての道徳の中の正義

- ・ 法制度の評価において正義justiceがもっとも傑出した地位にある(「正しいjust」「不正なunjust」)が、道徳の概念の一部分にすぎず。
 - 我が子に残酷に振る舞う男については、「間違っている」、「悪い」、「邪悪だ」。

- 「不正な」という評価の例＝同罪者の一人だけを恣意的に・適切な手順を踏まずに処罰する場合。
- 「不正な」法という評価の例＝有色人種に公共共通期間や公園を使わせない法に対して。
- ・ 正義という観点の特徴
 - 「正しい」「不正な」はより特定された道徳的評価形態（「正しいから良い」「不正だから悪い」と言えるが、それぞれの逆は成立しないので）。
 - 「公平fair」「不公平unfair」とほぼ重なる。
 - ☆ ちなみに、公平性という評価の観点の特徴＝まずは利益と負担の配分の仕方および賠償の仕方に、派生的にそれを行う裁判官a judgeについて関わる。

②というわけで、正義の観念の一般原則とは、

- ・ 「個々人はお互い同士の関係で、何らかの等しい、または等しくない地位を与えられるべきだ」というもの」(159=253)。
 - 「等しきものは等しく扱え」がその核心的要素。負担や便益の配分における、釣り合い・比例性の維持と回復に関わる。
- ・ ただし、類似性・相違性の関連性の規定が必要
 - すなわち、何についての類似性・相違性が考慮されるべきなのか（いかなる類似点や相違点に関連あるのか）が補足されないと、空虚な定式。法や社会制度の批判・称賛は不可能。
 - 例：有色人種公園禁止法への正義の名における批判・特別優遇の特権・免除を取り上げる法への称賛。

③よって、正義の観念の構造をなす二部分

- (1) 統一的または不変の特質（「等しきもの～」）
- (2) 同等性と差異性を判断する際の可変的な標識（規準criterion）。なお、この規準は状況依存的であり、したがって適用される主題のタイプごとに、何を等しきとするかは変化するし、ひとつの主題タイプにおいても異議がありうる（160=255）。

④補足：同等性・差異性の標識（規準）について

- ・ この関連性が、法自体によって決定されているために、明白であることもある。
 - 個別事例への法の適用における正不正の場合な、とくに当てはまる（殺人を禁ずる法を適用する場合には、禁ずる行為の実行者のみが関連する。自然的正義の原則も）。

⑤すると、正義＝法の遵守（適用の公平さ）か？

- ・ たしかに、法の執行における正義と、ルールに則ってことを処理するという観念との、緊密な関係。
 - そこから、正義＝法の遵守（適用の公平さ）とする説も。
- ・ が、これでは、正義の名において法そのものが批判されうるということが、説明できない。

⑥では、その法自体の、正義による批判を検討する。

- ・ 適用の正不正を離れ、法そのものについて言えば、自身で関連性を決められない。

- つまり法は、「等しきもの～」に則って正義にかなうために、人々のいかなる類似点と相違点に着目すべきか、自身で決められない
- そこに和解不可能な対立が生じうる。
- 例：公園施設の配分に対する肌の色の関連性——現代では、「関連性がなくゆえに不正である」と非難される（この非難に応じる形で、関連性を正当化しようとしたり、あるいは正義の原則を犠牲にする理由づけがなされたりも）。
- あるいは、ある人間の差異を当初より関連するものと位置づける説（アリストテレス、プラトン）にしても、その関連性の論証が必要とされている。

⑦というわけで、法への正義による批判における、関連性標識（規準）の可変性

- ・ 関連性の標識（規準）は、人や社会のもつ根本的な道德観によって変化する。よって、この評価について、対立が生じうる。
 - ただし、法が実現せんとする目的により、関連性の範囲が定まり、したがってその正義をめぐる論争の余地のない場合も（窮乏者の生活保護を目的とする法にとり、保護を求める多様な人々のニーズが関連性をもつ、というように）。

⑧こうした配分における正義と異なるように見える、損害の賠償における正義の観点について

- ・ 賠償において正義の問題は、上記の正義の核心的指針（「等しき～」）と、あまり直接的に関係しないように見える
 - ただし、賠償の権利と義務を配分における公平性についてであれば、負担・便益を配分する法の議論と同様に扱える。
 - 他方、この配分の観点によるのではなく、しかし正義に反していると法が批判される場合が現にある。道徳的には賠償すべきだと考えられるにもかかわらず、法が救済を不正に拒絶している場合がそう。
 - 例：言われのない身体損害に賠償が与えられない。プライバシー侵害への賠償を認めない。他者の負担による不当利得を認める等々の、法秩序への正義による批判。

⑨では、損害賠償における正不正という評価は、正義の核心的指針とどのように関係しているのか？

- ・ 法以前（outside the law）に存在する、ある道徳的確信（下記）において、関係している。
 - 「法と関わるような人々は、他人を害する一定の行為を差し控えるよう求める権利を相互に有する」（164=261）。
 - つまり、手ひどい害悪を相互に禁止する、法以前の相互的権利・義務により、両者は関係している。
 - 具体的に言えば、相互的権利・義務により、生来の不平等性を相殺する、道徳的なそしてある意味で人工的な平等性artificial equalityが作られる（165=261）。つまりは「等しき者」が作られる。そして、賠償とは、この損なわれた平等を回復するもの。
 - こうして、賠償は「等しき者」の原理に基づいている。

⑩ちなみに、道徳における相互的平等性の想定が当てはまらない人々の存在は

- ・ たとえば、ギリシャ人にとっての狄夷。しかし、狄夷は「異なる者」ゆえ、「別異に扱」われている。よって、古代ギリシャにおいても、この法以前の道徳的確信が備わる。

⑪ところで、法に備わるそのほかの価値と、正義との関係（衝突と結びつき）。

- ・ 法に備わる諸価値の内のひとつであり、よって正義はそれらと衝突しうる。
 - 例：治安への考慮による過重な警告的処罰において、正義は、社会一般の安全と福祉という観点と衝突。厳格責任を問う場合においても、同様。
 - これらにおいては依拠されているのは、正義の原初的形態ではなく、社会一般の福利—ときに「社会正義social justice」と呼ばれる—という観点（166=263）。

⑫そのうえでしかし、正義の理念と、社会的利益・福祉の観念とはどこで結びつきうるか？

- ・ 一方における現実＝「公共の利益」の不正さ。
 - 社会改革・法の大半は、負担と便益を片寄った仕方配分している。
 - 実際、それぞれの法においてまた法相互の関係において、競合がある。そしてそのなかにおいてなされる選択（choice）は、「公共の利益public good」または「共通の利益common good」などという論拠で擁護されてはいる。
 - がしかし、各選択肢の共通の利益への貢献度を測る物差しがあるわけでもない。よって、ここで言われる「公共の利益」の意味するところは不明。
- ・ これに対し、社会のすべての構成部分(all sections of the community)の要求が立法前に公平に検討されている場合に限り、選択が「公共の利益」のためになされたとの主張がある。
 - この主張の真偽は別として、ここには正義が共通の利益と結びつく仕方が見いだせる。すなわち、請求者への特定の便益の公平な配分ではなく、相異なる便益benefitに対する競合する諸要求に対して公平に注意と検討が配分されるべきである、という形で。
 - つまり、相異なる便益への要求への、公平impartialな注意と検討の配分。これが配分的正義のさらなる側面a further aspect of distributive justice（167=265）。

■
道徳の中において正義のもつ特性を、負担と便益をめぐる配分の釣り合いをめぐるものとして捉える（配分的正義）。したがって正義の観念の核心には、「等しきものは等しく扱え」があるとされる。そのうえで正義という観点からなされる、法についての称賛および批判のなされ方と、そこに備わる条件依存性ゆえの対立の可能性が指摘される。なお、ともすると配分とは関わらないように見える賠償についても、それを法以前に作られた権利義務の平等性（→「自然法の最小限の内容」）を回復するものとして捉えることにより、配分的正義によって理解できることが述べられる。そしてさらに、配分的正義と競合しうる公共の利益という価値についても、それを各要求への公平な注意と検討の配分と捉えることで、配分的正義と結びつけて理解できることが示されている。

作成：高田

8章後半2節3節。邦訳 p. 265-

背景

- この章と周辺の課題
 - 法と道德の必然的關係を否定
 - そのため、道德について明らかにする
 - 道德の下位区分であり、特に法と關係の深い「正義」について明らかにする
- 8章でやること
 - The first of these issues concerns the distinction within the general sphere of morality of the specific idea of justice and the special features which account for its peculiarly intimate connection with law. The second concerns the characteristics which distinguish moral rules and principles not only from legal rules but from all other forms of social rule or standards of conduct. p.157
 - (1) 道德という一般的な領域の中での正義という特定の觀念と、それが法と特別密接な關係をもつことを説明するその特別な特徴
 - (2) 道德的ルールと原理を、法のルールからだけでなく、他のすべての社会的ルールやふるまいの規準から區別する特徴

内容のまとめ

2節「道德的責務と法的責務」 p. 265-

- 道德の特徴づけ
 - 二つの困難
 - 「道德」という語の曖昧さ
 - 道德の形而上学的身分
 - ここではこの困難を回避
- ここで扱うのは、慣習道德だよ
 - その社会の人々が道德的ルールとして受け入れているもの
 - ↔合理的な
- 非法的ルールの中には道德的ルールも、道德的ルールもある
- 道德は法と似ているがちがう
- 道德と法のちがいに関する説

- 道徳は内的だけど、法は外的だよ説
- この説はうまくいかない
- 道徳と他のルールとのちがい
 - 1. 重要さ
 - 2. 意図的変更の不可能性
 - 3. 道徳的罪過の意図的性格
 - 4. 道徳的圧力の形態

3 節「道徳的理念と社会的批判」 p. 283-

- **4つの標識は形式的なものであり、内容に言及しない。**
- 合理的な批判に耐えるものでなければ道徳とは言えない？
 - 道徳の意味を広くとり、4つの標識をもつものすべてを含める。
 - 通常の使用はそうだから。
 - 同一の機能を果たす社会構造の要素を非現実的な仕方で分断する。
- 道徳には責務と義務以上のものがある。
- 1. 道徳的理念(「理想」とした方がよさそう)
 - 英雄や聖者。
 - **これらは、義務をさらに先に進む能力や性向(という意味で義務と関係がある)**
- 2. 社会的批判
 - 社会そのものの道徳的評価
 - 自由と平等
 - 社会の仕組みは合理性と一般性を満たさなければならない
 - 1. (合理性)社会の仕組みは誤った信念に基づいてはならない。
 - 2. (一般性)害悪からの保護は、すべての者に供与されねばならない。
 - 自由と平等以外の価値もある。
- 道徳には私的な側面もある。
 - 英雄的、空想的、美的、学問的理想への献身。
 - **これらは形式において社会的道徳に似ている。**
 - 重要性、変更不可能、良心による罰。

批判 疑問

4つの特徴は道徳の特徴づけとして、うまくいっているのか？

- 合理的批判に耐えない道徳も含め、広い意味で「道徳」という語を使用したいというのが正当であるとしても、依然としてこの4規準がうまくいっているようには見えない。

- そもそも4つの規準という定式化があまりよくなくて、(1)明文化されていないけど、(2)責務や義務を課す規則で、(3)重要なものという特徴づけに見える。(4つの特徴づけに(2)が入ってないのがおかしいのでは……)
- 「重要性」が道德の特徴と言えるのか。重要かどうかというのは、そもそも比較対象に相対的な問題で、相対的に重要でない道德もあるのではないか。
 - 例えば、借りたものを壊さないことは道德的に要請されるが、人命よりは重要ではない。
 - そもそも重要さは all or nothing ではなく度合いをもつ。一方、道德かどうかは all or nothing であり、「少し道德」とかはないだろう。
- 「道德的罪科の意図的性格」は法とのちがいはあるかもしれないが、一般的な道德の特徴づけには全然なっていないし、いらぬのでは。
- 内容に言及せずに道德を特徴づけようとすることに無理があるのではないか。
 - 「人と人との関係を統御する規則である」などの条件は必須に思われる。

3節の道德には責務と義務以上のものがあるという話の位置づけは？

- 4つの特徴づけは責務 / 義務としての道德を特徴づけるものに見える。
- 道德的理念と社会的批判は、反例ではないのだと思うが、4つの特徴づけの延長線にあるものなのか？
 - そう言おうとしているように見えるが、本当にうまくいっているのか。

法と道德の必然的関係を否定する議論としてうまくいっているのか。

- 慣習道德を扱うという方針でいいのか？
- 法と道德の必然的関係を主張する人々の主張の例「法の正当性は、道德的正当性に由来する」
 - この種の主張は、慣習道德ではなく、「妥当で合理的な道德」との関係を主張しているのではないか？
 - 道德を「慣習道德」に限定することで、論点がずれてしまわないか。
- 法の中の非明文的要素(後記で出てくる「法的原理」など)との関係はどうか？ 法的原理は、道德と区別できるのか？

第1節 自然法と法実証主義

法実証主義：法道徳の要請を再述したり (reproduce) 満たしたりすることはいかなる意味でも必然的真理ではない

法の発展が社会集団の慣例的道徳や理念に影響されるのは間違いない
だからといって

「法秩序は道徳ないし正義と一定の仕方で適合していなければならない」

「法秩序に服従すべき道徳的責務があるという広く行き渡った信念に支えられていなければならない」と言えるのか？

↑

これらの命題が真であったとしても、ある法秩序で用いられる法的妥当性の基準が、道徳や正義への言及を含んでいなければならないという事にはならない

本章で扱うのは二つの論点

1 (古典的な自然法理論) 人間の行動には一定の諸原理があつて、法が妥当であるためにはそれらと合致しなければならない

2 法と道徳についてそれほど理性主義的ではない立場に立ち、法的妥当性および道徳的価値についても異なる説明を行う

《1・2節では論点1を扱う》

p. 292

「人がいかに行動すべきかは人間理性によって発見できる」という自然法の考え方

→「法」という言葉の曖昧さがもたらす混同に起因

モンテスキュー (自然法支持者) 『法の精神』第一章：

「無生物である星も生物も、「その本性の法」に従うのであれば、人が同じく従わないときには罪を犯していることになる」

↓

ミル (自然法批判者)：

自然界の変化や規則性に関する法則《記述的 descriptive》[違反がありえない] と、人々に特定の仕方で行動するよう要求する法《指令 prescription》[違反することができる] との混同を指摘

p. 294-5

自然法論の基礎(観察可能な世界が規則性の舞台にとどまらないという、より古い自然観)

○自然の知識は単なる規則性の知識ではない

○全ての存在者は**固有の善である定められた最適の状態、究極の目的**を目指す

→目的論的自然観

p.296

《「目的論的自然観」と現代的思考との相違点》

◆規則的に生じる事物はただ規則的に生起するのではない

◆規則的に起こるか、起こるべきか、起こることが善いか否かがそれぞれ別々の問題ではない

p. 297-8

《目的論的自然観の困難》

「自身で目的を意識し実現しようとしながら行動する人間」と「他の生物・無生物」との相違を極小化

人間にとっての目的ないし善：人間特有の要素として、**思考と行動に現れる精神と性格 (mind and character)の発達と卓越性**を含む

他の生物と違い、人は理由づけと省察を通じて、精神と性格の卓越性が何を意味するかを知り、それを身につけることを切望する

目的論的世界観からすれば、それはその人が望むから善および目的となるのではなく、すでに自然な目的であるから望むとされる

p. 299

「人間活動の固有の目的は生存である」という暗黙の前提

(大抵の人はそのまま生き続けようとする)

つまり、

善いこととされる行動は生存のために必要な行動

p. 300-301

「生存」とは「人類にとっての固有の目標ないし目的であるために、人々が必然的に望むものとして事前に確定した何か」(あまりに形而上学的な捉え方)ではない

このような「いかにも哲学」な形而上学的議論ではなく、むしろ

生存＝経験的事実として、一般に人が生きることが望むこととして議論の大前提に置く

《このように問題を設定し直した際に生じる問い》

★「生きるための社会」の仕組みにおいて、理性によって発見しうる自然法として位置づけられるものがあるか？

★あるとすれば、それらと法および道徳との関係は何か？

人の本性と住む世界における5つの「自明の理(truism)」から、生き残るために必要なルールを導く⇒**自然法の最小限の内容**

第2節 自然法の最小限の内容

p. 302

以下で挙げる「自明の理」と、法や道徳との関係を示すにあたっての注意点：

生存を目的とする際に、**なぜ法と道徳が特定の内容でなければならないかの理由**を示す

《想定される答の形式》こうした内容の法および道徳がない限り、**人々がともに生き続けるという最小限の目的**を促進できないから

- ◆それを可能とする内容でないならばいかなるルールにも従わない
- ◆ルールに従い、維持することが自分たちの利益になると考える人々の最小限の協力がな
い限り、自主的にルールを遵守しようとしなない人々に強制を加えることも不可能

《5つの自明の理》

p. 303-5

(i) 人間の傷つきやすさ

人は時に他人の身体を攻撃しようとするし、通常はそれで傷つく

→自制および禁止 殺人や傷害などの暴力の行使の制約

(ii) 大まかな平等性

自分一人では長時間にわたって他者をすべて支配し服従させることはできない

大まかな平等性のもとでは法的・道徳的責務双方の基礎となる**相互の自制と妥協の秩序**を必要とする

※国際法：国家間には力の強弱があるが、この不平等性こそが国際法に国内法と異なる性格を与え、組織化された強制秩序として機能しうる余地を限定する

(iii) 限られた利他性

人間は悪魔ではないが天使でもない

天使であれば自制を求めるルールは不要だが、自身の被害も顧みず破壊し尽くす悪魔であればルールの成立が不可能

人の利他心が及ぶ範囲には限りがあり、統制がなければ攻撃性が社会生活を破壊するかも

p.306-8

(iv) 限られた資源

最小限の形態の私有財産制度とその尊重を求めるルールが必要

私有財産のもっとも単純な形態・所有者以外に土地への侵入や所有物の使用や取得を禁ずる

(v) 限られた理解と意志の強さ

ルール遵守の動機はさまざま

背後にある長期的な利益の理解や、意志の強さや善さは、すべての人が同様に抱いているわけではなく、責務に従わずに秩序の便益にのみ与ろうとする者を強制する仕組みがない限り、自製の秩序は守れない

自主的にルールに従うものが従わない者の犠牲にならないための保障(guarantee)として「制裁」が必要

ここでも国際舞台が十分な説明となる (p. 305 参照)

国家間の格差が組織化された制裁が不可能な秩序をもたらし、法は死活の要点にかかわらない問題に限定されてきた

法と道徳の基本的形態を、内容や社会的必要性に一切触れることなく、純粹に形式のみに基づいて定義することがなぜ不適切か

p. 310

「あらゆる法秩序に制裁は必要か」という問いの答えは、以下のいずれも問題のある選択肢を免れられる

- ①「法」や「法秩序」ということばの本来の意味が制裁の備えを必要とする
→集権的な制裁の備えがない秩序に「法」という語を用いてはならないという理由はない(そのような法も「国際法」と呼ばれる)
- ②大部分の法秩序が制裁を備えるのは「ただの事実」にすぎない
→人間が人間として生きる最小限の目的に国内法秩序が仕える上で、制裁を可能として必要とする自然の事実と目的を所与としたとき、国内法秩序において制裁の備えは自然の必然(natural necessity)

「法はいかなる内容でもありうる」という実証主義者の主張に対する応答:

定義と通常的事実に関する言明に加えて第三の類型の言明＝人間および人間が生きる世界の顕著な特徴を含む、**経験的事実に依存する言明**が必要

【報告者からの疑問点】

- ☆ 法と道徳の分離テーゼを謳うにもかかわらず、道徳の特徴づけおよび位置づけが顕著(「生存のため」という割り切りがあるとしても)
- ☆ 5つの自明の理がピックアップされた根拠が不明 内容的には問題はないと思われるが唐突な印象 関連づけがほしい
- ☆ X章で国際法が取り上げられているが、IX章のこの段階で(ii)や平等性の論点を含む(v)の例えとするのはどうなのか。国内法における大まかな平等性や、IX章はX章へ向かう基礎づけのひとつと見なすべきなのか。(前回読んだ印象では、X章の議論は若干不明瞭な部分を含んでいたような)。

ハート『法の概念』第9章第3節「法的妥当性と道徳的価値」

【議論のための確認】

Q. 「法実証主義」という表現はどのような立場を指すのか。

A. 次の五つの主張のうちいずれか(ひとつ以上)を指す表現(302/521)。

- (1) 法は人の命令である(法命令説²)。
- (2) 法と道徳(現にある法とあるべき法)との間に必然的関連性はない(反自然法論)。
- (3) 法に関する概念の分析は重要であり、法の歴史的・社会学的研究や批判的評価とは区別されるべきである。
- (4) 法秩序とは、法のルールから論理的手段のみによって正しい結論が導かれる「閉じたシステム」である(形式主義³)?
- (5) 道徳的判断は合理的議論によっては基礎づけられえない(メタ倫理学上の非認知主義)。

ハートが採用するのは(2)と(3)。とりわけハートの法実証主義にとって核心となるのは(2)⁴。

↓↓

本節は(2)に反対する主張(法と道徳の間には必然的関連性があるという主張)の検討に費やされている⁵。

Q. なぜハートはこれらの主張を検討に値すると見なしているのか?

A. 《義務を課すルールしかもたない単純な社会から集権的に組織された社会への移行には多くの便益とともに抑圧のリスクも伴う》ということハート自身が認めているから⁶。この主張からは《こうしたリスクを避けるためには(第2節で述べられた)自然法の最小限の内容では不十分であり、それ以上の法と道徳の関連性がなければならない》という主張が容易に導かれるるので、検討しなければならないとハートは考える。

↓↓どのような主張か?

¹ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd ed., Oxford University Press, with a Postscript ed. by P. A. Bulloch and J. Raz, with an Introduction and Notes by L. Green. [邦訳『法の概念[第3版]』長谷部恭男訳、筑摩書房、2014年]以下、引用はすべて邦訳に従い、本書の参照指示は(原著の頁数/邦訳の頁数)で行う。

² 「法の理解の鍵は、威嚇に支えられた命令という単純な観念にある」(16/45)。

³ 「異なる法秩序、異なる時点での同一の法秩序は、一般的ルールを個別の事例に適用する際のこうした[対立する諸利益間の]選択の行使の必要性を、程度の違いはあれ、明確に無視したり、承認したりするだろう。形式主義とか概念主義と呼ばれる法理論の欠陥は、一般的ルールが定立された以上は、こうした選択の余地を否定したり隠蔽したりするという、ことばで定式化されたルールへの態度にある。そうするやり方の一つは、ルールの意味を凍結することで、そこに含まれる一般用語の意味は、適用が問題となるあらゆる事例で同一の意味を持つべきだとすることである」(129/209-10)。

⁴ ハートによれば、ベンサムとオースティンは(1)(2)(3)支持で(4)(5)不支持、ケルゼンは(2)(3)(5)支持で(1)(4)不支持。ハートの批判対象は主に(1)であり、その批判的検討の作業が第2章から4章の内容である。

⁵ 第1節では古典的自然法論(自然法則と規範的な法を同一視して正しい法の理性的な把握可能性を主張する考え方)を批判し、第2節では自然法の最小限の内容(あらゆる社会の方に含まれている、社会維持のための最低限必要なルール)の存在を認め、その内容を確認している。

⁶ 「責務の一次ルールが社会統御の唯一の手段であるような単純な形態の社会から、集権的に組織された議会、裁判所、公務員、制裁を備えた社会への移行は、確かな便益をもたらすものの、代価も伴う。便益は、変化への対応能力、確実性そして効率性であり、それは莫大な便益である。代価は、集権的に組織された権力が、支持を必要としない人々を抑圧するために行使され得るリスクで、こんなことは一次ルールのみからなる単純な社会では不可能である。こうしたリスクは現実化してきたし、今後もそうであろうことから、われわれが自然法の最小限の内容として示したところを超えて、さらに別の仕方においても法が道徳に適合しなければならないという主張については、きわめて慎重な検討が必要である」(202/314)。

	見出し	主張内容	ハートの評価
i	力と権威	法秩序は(少なくとも一部の人の)道徳的確信によって支えられなければならない ⁷ 。	反対。法の受容と道徳的判断は別だから ⁸ 。
ii	法への道徳の影響	法は受容されている道徳の影響を受ける ⁹ 。	否定しない ¹⁰ 。
iii	解釈	法の解釈には道徳的考慮が入りこむ ¹¹ 。	否定しない。しかし、道徳原理は法遵守のみならず法違反をも正当化する ¹² 。
iv	法の批判	法は道徳の要請に従わなければならない ¹³ 。	道徳の要請を満たさない法秩序の存続という事実を説明できない ¹⁴ 。
v	法の支配と支配の原理	いかなる法も手続的正義を満たしている ¹⁵ 。	手続的正義は法の実質的内容の邪悪さと両立しうる ¹⁶ 。
vi	法的妥当性と法への抵抗	道徳的に悪い法はそもそも法ではないとする法の概念を採用した方が有益である。	法研究に狭い概念は有益ではない。

⁷ 「しばしば、法秩序は道徳的責務の感覚か、あるいは当該秩序の道徳的価値への確信によって支えられなければならないと言われる。法秩序は、人に対する人の力だけには依拠していないし、依拠し得ないというのがその理由である」(202/315)。

⁸ 「道徳的に拘束力があると自分たちが考えない法によって抑圧されている人々が多くいるだけでなく、法秩序を自主的に受容する人々でさえ、そうするよう道徳的に拘束されているとは考えないかもしれない(it is not even true that those who do accept the system voluntarily, must conceive of themselves as morally bound to do so)」(203/215)。

⁹ 「あらゆる現代国家の法は、無数の点において、受容された社会道徳やより広い道徳的理念(moral ideals)の影響を示している」(203-4/317)。

¹⁰ 「いかなる「実証主義者」であれ、こうした事実を否定すること、法秩序の安定性が部分的には、こうした様態での道徳との適合性(correspondence)に依存していることを否定できないはずである。もし、法と道徳の必然的関連性の意味するところがこれだとすれば、その存在は認めざるを得ない」(204/317)。

¹¹ 「法が具体的事例に適用されるには、解釈される必要がある。[……]しばしば裁判官たちの選択は、解釈の対象となるルールのもとの目的は合理的なものであり、したがって、ルールは不正義をもたらしたり、確立した道徳原則に違背したりするものではないとの前提によって導かれる。裁判、とくに高度に憲法的意義を持つ裁判は、しばしば、顕著な一つの道徳原理の適用にとどまらず、複数の道徳的価値の間の選択を伴う。[……]そこではしばしば、特徴的な司法の徳性(virtues)、つまり法的判断に特有の適切さがそうした司法活動を「立法的」と呼ぶことを躊躇させる、そうした徳性が発揮される。そうした徳性は、選択肢を考慮する際の公平性と中立性、関係するすべての当事者の利益の考慮、結論を理由づける根拠となる受容可能な一般的原理に訴えかけようとする事等である」(204-5/317-8)。

¹² 「裁判を受容可能なものとする、「道徳的」と十分に呼び得るこうした諸要素の重要性を否定する者は少ないであろう。[……]しかし、こうした事実が法と道徳との必然的関連性を示すと言われたなら、同じ諸原理が、法を遵守する結論も、また違背する結論も正当化してきたことに留意する必要がある」(205/319)。

¹³ 「ときに、法と道徳との間に必然的関連性があるとの主張は、単に、善き法秩序は[……]正義と道徳の要請に適合する必要があるとの主張に帰着することがある」(205/319)。

¹⁴ 「国内法秩序が、長年にわたってこうした[特別な地位を持つ]道徳を無視しつつも存在し続けてきたという事実を変えることもできないし、また、曖昧にすることもできない」(206/320)。

¹⁵ 「法適用における正義という最も単純な形態の正義は、多くの異なった人々に適用されるべきなのは、偏見、利害、恣意によって歪曲されない同じ一般的ルールだという観念を真摯に受け止めることに尽きる。この公正さは、英米の法律家には「自然的正義(Natural Justice)」の諸原理として知られる手続き上の規準が保証しようとするものである」(206/321)。

¹⁶ 「ここでも、これが法と道徳の必然的関連性によって意味されるものであれば、それを認めることもできるだろう。残念ながら、それはきわめて邪悪な法内容とも両立し得るが」(207/322)。

↓↓(vi)の議論(法的妥当性と法への抵抗)の詳細。

Q. 何が問題になっているのか。

A. 法という言葉の使い方ではなく、法の広狭二つの概念の含意とその理論的・道徳的考察におけるメリット¹⁷。

【法の広狭二つの概念¹⁸】

広義の概念＝道徳性に言及しない(ハートが支持する実証主義的概念)。

狭義の概念＝道徳性に言及する(道徳的に邪悪な法はそもそも法ではないとされる)。

↓↓

ハートが広義の法概念を支持する理由は二つ。

- (1) 理論的研究上のメリット。邪悪な法も法として研究するに値する¹⁹。
- (2) 道徳的考察上のメリット。法的な有効無効と道徳的な善悪を別の問題として考える広義の概念を用いた方が、(a)悪法への服従の問題に対して道徳的吟味の余地を確保し²⁰、(b)過去の悪法に従った行為の遡及的処罰の問題を単純化せずに済む²¹。

¹⁷ 「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善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理論的探究を行う助けになるから、あるいは道徳的考察を進め、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」(209/324)。

¹⁸ 「もし広義の概念を採用するならば、理論的探究においては、一次および二次ルールからなる秩序の形式的標識に基づいて妥当するすべてのルールを「法」として包括し、「法」として理解することになる——そうしたルールが社会自体の道徳や、啓蒙されたあるいは真の道徳に反するものを含んでいたとしても。狭義の概念を選ぶと、「法」から道徳的に忌まわしいルールを除外することになる」(209/325)。

¹⁹ 「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と思われる。[……]広義の概念を選べば、この概念の下で、道徳的に邪悪な法の特性やそれへの社会の反応を研究することができる。狭義の概念を用いることは、一次ルールと二次ルールからなる秩序の発展と潜在的可能性の双方を理解する努力を、混乱を招く仕方で分断せざるを得ない。法の研究は、法の濫用の研究をも含むはずである」(209-10/325)。

²⁰ 「道徳的に邪悪な要求に直面したとき、「これは法だが、服従したり適用したりするには、あまりにも邪悪だ(This is law but too iniquitous to obey or apply)」と考える代わりに「これはいかなる意味でも法ではない」と考えることは、どのような点でましなのだろうか。[……]法的妥当性について狭義の概念を採用よう教育・訓練を施し、妥当だが道徳的に邪悪な法の存在の余地をなくすことが、組織化された権力の威嚇に直面したとき、悪に抵抗する意志を堅固にするとか、服従を要求された折りに何が道徳的な要点かをより明瞭に認識することにつながることは、到底考えられない。[……]権力の公的な濫用を明晰に直視し対決するために必要なのは、何かが法的に妥当するという認定は服従の可否を結論づけるものではないし、公的秩序がどんな偉大さや権威の光で包まれていようと、公的秩序の要求は、結局は道徳的な精査に服すべきだという感覚を持ち続けることである。公的秩序の外側に大事な何かがあり、最終的にはそれに訴えかけることで、服従の問題に決着を付けるべきだというこの感覚こそ、法的ルールは邪悪であり得ると考える人々が持ち続ける感覚である——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人々はそうではないだろう」(210/325-6)。

²¹ 「戦後ドイツの裁判所が直面した問題もある——「当時は有効であった邪悪なルールにより許された悪事を働いた者を処罰すべきか」。これらの問いかけは、道徳と正義について、別々に考慮すべききわめて異なる問題を提起する。それらは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包括的・全面的な拒絶によっては、解決不可能である」(211/327)。

【疑問点(法の受容と道徳的判断の区別に関するハートの議論の混乱)】

「力と権威」という見出しの付けられた箇所では検討されている主張は、「法秩序は道徳的責務の感覚か、あるいは当該秩序の道徳的価値への確信によって支えられなければならない」というものであった。これに対するハートの反論は、「法秩序を自主的に受容する人々でさえ、そうするよう道徳的に拘束されているとは考えないかもしれない(it is not even true that those who do accept the system voluntarily, must conceive of themselves as morally bound to do so)」(203/215)というものである。ここでハートの反論中に見られる「そうする(do so)」は、文脈上、「法秩序を自主的に受容する」としか理解できない。しかし、検討されているもとの主張において、「道徳的責務」とは、「ある法秩序を自主的に受容すべし」という責務ではなく、「ある行為を、法的責務ゆえにではなく、その行為が道徳的に善いことであるということのゆえに為すべし」という責務であるはずだ。それゆえ、ハートの議論は途中で道徳的責務の内容がすり替わった混乱したものとなっている。

それでは、この混乱を修正し、ハートの反論を次のように言い換えるとどうなるだろうか——《法秩序を自主的に受容する人々は、そのように法秩序を受容することで課される法的責務を果たすよう自分自身が道徳的に拘束されていると考えなければならない》などということは正しくない、と。このように修正すれば、これは「法秩序は道徳的責務の感覚によって支えられなければならない」という主張の反論になりうるだろう。しかし、このように修正された主張は説得力がないように思われる。

この主張は、「法の受容は、その法が課す要求を道徳的に是認する判断を必ずしも含意しない」ということを意味している。もし法の受容ということがその法に従って自分が行為することのみを含意するのであれば、この主張は正しいかもしれない。しかし、ある法を自主的に受容することは、自分自身が自主的にその法に従って行為することだけでなく、他人がその法に逸脱したときにその行為を批判したり、他人が自分の行為を何らかの観点から批判したときにその法を引き合いに出して自分の行為を説明したりする、といったことも含意しているはずである。このような批判や理由説明は、問題となっている法への服従には尽きない²²。それゆえ、ただその法に現に服従するだけということではなく他人の行為の批判や自分の行為の正当化をもするのであれば、そこには、その法に対する肯定的な価値判断が含まれていると考えられる。

もちろん、この価値判断が道徳的な性質のものなのかどうかは結局問題になる。しかし、法を受容することは必然的にその法に対する肯定的な価値評価を含むということは言える。それゆえ、法を自主的に受容する人は、その法が課す法的責務を果たすよう自分自身が拘束されているということも認めることになると思われる。

²² ハートもおそらくこのことを否定しないと思われる。ハートはオースティンの命令説を批判する文脈で、法が存在するということはそれへの服従がなされているということに尽きないと述べている。「法秩序が日々存在することは、法が公的に創設され、同定され、公的に使用され、適用されることである。こうした法との関係を「服従」と呼ぶことは、このことばの通常の意味を大きく超えており、これらの作用を的確に描写することにはもはやならない」(112-3/186)。

第1節 疑念の源

- 法の概念＝一次ルールと二次ルールの組み合わせ、という説明に対して：
 - 法の概念をより限定する試み：道徳的に正しい法のみ法と認める [330] …前章で退けた
 - 法の概念をより拡張する試み：国際法を含める [330f] …本章で論じる
- 国際法に欠けているもの：立法府、裁判所、制裁組織 [331] [→二次ルールの欠如？]
- 方法論的コメント：「法」という用語の慣例的用法に合うかどうかではなく、拡張によって理論的探究や道徳的考察が阻害されないか、を問う。[331-3]
- まず、拡張反対の意見について考える：制裁がないのに法と言えるのか（第2節）、主権国家は責務の主体になりえないのではないか（第3節）。

第2節 責務と制裁

- 「国際法は拘束力 binding を持ちうるか」としばしば問われる。この疑いの源は、国際法に集権的な制裁組織がないことにある。[333-5]
- 議論1：「国際法は制裁を欠いている、ゆえに拘束力を持たない」。これだけだと、法を「威嚇に裏付けられた命令」とする理論を受け入れるに等しい。（この理論は第V章で退けた。）[336]
- 議論2：「国内法には、きままな暴力を禁止する一次ルールに加え、それを維持するための制裁を定めるルールと制裁組織が必然的に備わるが、国際法には欠けている」[336]。しかし、「国際法は国内法と同様の機能を、別の事情の下で、別の仕方によって果たしている。」
 - 身体の強さや傷つきやすさにおいて大体平等な人々の社会では、(1) 制裁は効果的に執行できるし、(2) 制裁の威嚇は多くの抑制力を加える。[337f]
 - 国家間の場合、(1) 攻撃＝戦争は最も強力な国家にとってさえ、合理的予測の難しいリスクを伴うので、制裁の組織化と行使はリスクが大きい、(2) 国家間の力に格差があるので、制裁を与える側が常に制裁を受ける側より強大である保証はない。[338]
 - しかし、そもそも国家間の場合、制裁がなくとも（戦争のリスクの大きさなどからして）一時的な平和は達成できる。その平和を規律するルールは、それへの同調の圧力の存在、行為の正当化への利用などから見て、責務を要求していると見てよい。[339]

第3節 責務と国家の主権性

- 「主権的」という言葉を、「法の上に位置し、その言葉が臣民にとって法となるもの」という意味で使うなら、「国家が主権的でありながら同時に国際法の下で拘束される」のは奇妙。[340]
- しかし、主権国家でない単位を考え、それが他の単位に（法秩序に関して）従属するあり方を考えてみると、従属の仕方には様々なものがある。「主権的」という言葉は、せいぜい極端な形の従属性（ある単位における法が、他の単位の立法活動に究極的には依存する、という形）を否定できるに過ぎない。どの程度の主権性なのかは、実際の法律の内容を見ても分らない。[341-4]
- 国家の主権性と「国家は自分が課したルールにのみ服す」という自己制限理論については、(1) 積極的な動機がないし、(2) そもそも言葉が約束として機能するためには、適切な言葉が国家を拘束するというルールが前もって必要（cf. 第IV章4節）、(3) 実際に応用するには「黙示的な同意」という怪しい概念に訴えねばならない（cf. 第III章3節）、と批判される。[345-9]

※【】内はレジюме作成者による補足・疑問

背景

- 第X章までの流れ
 - 本書で示されてきた法の概念 (特にX章後半に関連するもの)
 - ◇ 一次ルールと二次ルールの組合せ (V章)
 - ◇ 道德との差異化 (IX章)
- 第X章の概要
 - 国際法の位置づけを明らかにする
 - ◇ 上記の法概念に照らすと、国際法の法としての地位が疑われる
 - 二次ルールの不在 (1節)
 - ◇ 法でなく道德と見る考え方も (4節)
 - ◇ ハートの見解
 - (国内) 法とは区別されるが、道德とも異なる
 - 法に近い性格を持ち、形式上はおそらく法の構造への過渡期にある

内容のまとめ

- 第4節「国際法と道德」
- p. 349- (「第V章で～」)
- 国際法を道德として分類する考え方
 - ◇ 国際社会は形式上、一次ルールのみからなる社会体制に類似
 - ◇ 国内法との形式的差異を理由に、国際法を道德に分類する考え方も
 - ハートはこれに反対
- p. 351- (「国際法という特殊事例に関しては～」)
- 国際法を道德と分類すべきでない理由
 - ◇ 評価や非難のあり方の違い
 - 国際法の遵守の要求は必ずしも道德的訴えを含まない
 - ◇ 道德に関わりない内容を含む
 - 恣意的な区別や形式的手続、詳細な規定など
 - ◇ 立法的決定の可否
 - 道德は立法による創設・変更にすぐわれないが、国際法は矛盾しない (国際法の立法府が存在しないのは補正されるべき欠陥と見なされている)
 - ◇ 国際法の遵守が道德的責務の意識によって担保される必要はない
 - ありうる遵守の動機づけ…長期的利害計算や伝統を守る願望など

- 第5節「形式と内容の類似性」
- p. 357- («先入観を持つことなく～»)
 - 国際法と国内法の類似性
 - ◇ 国際法が「法」と呼ばれるべきという考えから、国際法と国内法の類似を強調する論者も
 - ◇ とはいえ、相違は大きい
 - 国際法における立法府や、強制管轄権・公的制裁組織を伴う裁判所の不在
 - 国連憲章上の強制履行処置に関する規定も機能せず
 - 【→責務は意識されていても実質的な強制力を欠く】
 - 【一次ルールのみから成り、二次ルールを欠くことに対応】
 - ◇ だが、注目すべき議論…国際法の「根本規範 basic norm」の存在の主張
 - 認定のルールに相当
 - 根本規範…「それを勘案して当該秩序の他のルールの妥当性が評価され、それを通じて諸ルールが単一の秩序を構成する (p. 359)」ような規範
 - ケルゼン等多くの現代の理論家は、国際法はこれを持ち、また持たざるをえないと主張
 - 反対意見…国際法は責務に関する一次ルール (慣習的ルール) の単なる集合体
 - ◇ 条約に拘束力を与えるルールも含まれる (p. 359)
 - 国際法の根本規範の定式化…困難
- p. 359- («われわれは、国際法の根本規範についての～»)
 - 国際法に根本規範は不可欠か? →NO
 - ◇ 拘束力をもつ個別のルールの集まりが根本規範無しに存在することも可能
 - Cf. エチケットのルール群
 - 一群のルールに対し、妥当性の根拠となる根本規範が必ずあると考えるのは不適切
- p. 363- («国際法は根本的ルールを～»)
 - 国際法の実際のあり方
 - ◇ 国際法にとって根本規範は必須の要素ではない→では実際はどうか?
 - ◇ 根本規範を持たないルールの集合体と考えられる
 - ◇ 条約の拘束力について定めるルール
 - 国際法の諸ルールに含まれる (p. 359 で言及)
 - 多くの重要な事柄に関し、国家間の関係が多国間の条約によって統御さ

れる

➤ 当事国以外の国家をも拘束すると言われる

- 「それが一般的に承認されるならば、こうした条約は事実、立法による制定法であり、国際法はそのルールについて特有の妥当性の標識を持つこととなろう」 (p. 364)
- 条約の拘束力について定めるルールは、現状では国際法の諸ルールの一つに過ぎないが、将来的には国際法の秩序の特徴を表す根本的な認定のルールの定式化につながるものと考えられる
- 現在の国際法は「国内法秩序の構造により近づくべく、何らかの形式の受容へ向けた移行段階にあるのだろう」 (p. 364)

p. 364- («そのときが来るまでは～»)

➤ 結論：国際法と国内法の類似性

◇ 機能の類似性

- 道徳と区別される機能 (4節)

◇ 内容の類似性

- 共通の原理、概念、手法の広がり

【p. 358 で言及されている、裁判の判決の履行や、公的な (あるいはそれに近い) 制裁の実施といった実践の類似性がこの例になっている?】

◇ 形式上はまだ類似しているといえない

疑問点

- p. 363-の、国際法が形式上の移行段階にあるという議論がわかりにくかった。
 - 「条約の拘束力について定めるルール」が国際法の一次ルール群の一つであるというのは p. 359 で言及されていることと考えられるが、具体的にどういうものを想定しているのか、またこれが二次ルールであると考えてはなぜいけないのか?
 - ◇ 「条約」という国際法の中でも限られた範囲に適用されるルールだからか?
 - ◇ 「多くの重要な事柄に関して～拘束すると言われる。それが一般的に承認されるならば～」 (p. 364-365) → 「条約の拘束力」自体についてまだ国際社会でルールが共有されていないということか?
- 国際法と慣例の類比
 - 上記の議論が救う直観は概ね次のようなものであろう：「国際法は、実質的な強制力の欠如により、(国内法と同様の) 十全な意味での法とは言い難い。他方で、道徳や慣例と比べると、より『法』に近いものであると言いたくなる」。
 - 国内法との差異化、および道徳との差異化については話題となっていたが、エチケットなど、単なる慣例との差異化に関してはどうか。

- ☆ p. 359 では、国際法に根本規範があることを否定する立場の見解として、国際法は「条約に拘束力を与えるルール」も含めて「国際法学者の通常のことば遣いで言うと、慣習的ルールの集合体」とされているが、ここではどの程度インフォーマルなものとして捉えられているのか。例えば「非常に厳しく守られているエチケットのルール」との差異はどのように考えられるのか。