九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

法の自立性と法の批判(一)：H・L・A・ハートの法理論に関する一考察

酒匂, 一郎
九州大学法学部助教授

https://doi.org/10.15017/1908

出版情報：法政研究. 56 (3/4), pp.127-146, 1990-03-24. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

法の自立性と法の批判（一）

――H・L・A・ハートの法理論に関する一考察――

酒匂一郎

はじめに
一　ルールと命令(1)
二　ルールと命令(2)（以上本号）
三　法体系の自立性
四　法の批判
おわりに

はじめに

H・L・A・ハートは法哲学の問題を三つに区別している。定義と分析の問題、法的推論の問題、法の批判の問題である。[1] そして第一の問題と第三の問題との関係について次のように述べている。「法および法的概念の分析に関わる研究と法の批判ないし評価に関わる研究との区別は、一見したところでは、可能であるのみならず必要でもあるように見える。しかし、評価という点では中立的な、あるいは自律的で分析的な法研究という観念は、現代のいくつかの批判によって、論争の的とされてきただけでなく、人々が法を通して追求する価値ないし目的には関わらない皮相で無

益な法実証主義の徴標であるとみなされてきたのである。」これについてハートは、にも拘らず分析的研究と批判的研究との区別を放棄しなければならないわけではないとする。[2] この区別は、法の存在およびそれに関する言明と法の価値およびそれに関する言明との分析哲学的区別、さらには法と道徳との実証主義的区別と結びついているといえる。しかしまた、ハートは法の批判の問題を法哲学的問題として排除しているわけではなく、自ら法の批判の基準についても語っている。悪法問題についてのハートのアプローチの仕方を示した「これは法である、しかし余りに邪悪であるが故に適用することはできない、あるいは従うことはできない」という言葉は、[3] この法の存在と価値とのまた法と道徳との、区別と関連について触れているものと解することができる。しかしながら、この両者の区別と関連は必ずしも十分明確にかつ統一的に規定されてはいないように思われる。本稿はこの問題を、言語行為論と結びついた実践的議論の理論の観点から検討してみようとするものである。

周知のように、ハートの法理論は言語分析を一つの方法として用いており、ハート法理論と言語理論（とくにJ・L・オースティンの）との関係については、我が国でも検討されている。[4] その言語分析の特徴はきわめて概略的に言えば、言葉の使用に注目するものである。J・L・オースティンの言語行為論は、使用文脈から切り離して語の意味や文の構成・意味を分析する意味論や統語論を超えて、発話という言語行為に注目し、これを発話する行為（発話行為）、発話において為される行為（発話内行為）、発話によって為される行為（発話媒介行為）の諸側面に区別し、とりわけ発話内行為およびそれに用いられる動詞（遂行的動詞）のタクソノミーを与えようとするものである。[5] ハートの言語分析的方法も、意味論・統語論にとどまらず、記述的な言語使用と遂行的な言語使用の区別、[6] 一定の社会現象に特有な仕方で使用される言葉の意味論的区別、[7] さらに一定の行態を基準に照らして批判することといった言語行為への着目[8]などを含んでいるのである。

ところでこうした言葉の使用への注目は、さらに言葉の使用による相互的行為への注目を導くであろう。周知のよ

うに、J・L・オースティンおよびJ・サールの言語行為論をさらに徹底して形式化し、相互行為的構造に関連づけることによって、J・ハーバーマスは形式的ないし普遍的語用論を構想しているのである。[9] それは、相互了解を志向する言語行為はいくつかの基本的な妥当性（真理性、正当性、誠実性）の主張を含み、この主張とこれに対する承認ないし否認とそれらにおける根拠とによって構成される関係が相互了解志向的コミュニケーションのいわば深層的構造をなしていること、この日常的コミュニケーションに対して反省的地位にたつ議論ないし討議においてその深層的構造が明示的に現れること、そして理想的な議論状況において成立する合意は根拠だけによって動機づけられるが故に合理的とみなされ、こうして真理性や正当性が根拠づけられるだろうということ、これらを主張する。こうした言語行為論と結びついたとくに実践的議論の理論は、法哲学ないし法理論にとっても、その主張内容についてのみならずその営みそのものについても、一つの反省的視点を明らかにしてくれるもののように思われる。[10]

以下、まずハートのルール概念の特徴を法＝命令説批判に即して検討する。その際、ハートのルール概念にとって、ルールを参照しての規範的言語行為が一つのキーであること（第一節）、しかしその相互行為としての在り方およびそこでのルールに対する批判の地位は、明確には位置づけられていないこと（第二節）を示したい。次に法体系の存在についてのハートの分析を検討する。法体系の自立性の基礎づけにとって支柱的概念をなす「承認のルール」をケルゼンの「根本規範」と対比させるとともに、これら両者のこの支柱的概念は不可避的により広い実践的討議の領域に開かれていることに触れる（第三節）。しかし実際には、両者ともそのようなより広い実践的討議の領域での議論を展開しているのであり、このような議論と法の自立性の基礎づけとの関係が統一的に捉え返されねばならないように思われる（第四節）。

（1）H.L.A.Hart, Philosophy of law, problems of; Encyclopedia of philosophy, ed. by P.Edwards, 1967, Vol.6,264.

(2) op.cit., 272.

(3) H.L.A.Hart, The concept of law, 1961, 203. なお、本書からの引用に際しては、以下CLの略号を用いる。

(4) 例えば、守屋正通「法と言語体系・生活様式」(『法と言語』一九八〇年度版法哲学年報)、森際康友「法と言語行為」(前掲法哲学年報)、山崎康仕「H.L.A.Hart の法理論(1)・(2)」(『六甲台法学』第二七巻第三〜四号)、森際康友「法・言語・行為一〜五」(『法学協会雑誌』第九八〜一〇〇巻) などを参照。

(5) J.L.Austin, How to do things with words, 1962. 尤も、ハートの『法の概念』は本書の後に出版されているのであるから、本書の言語行為論の『法の概念』への影響は明確ではない。

(6) この点については、森際「法・言語・行為(1)〜(5)」を参照。それによれば、ハートに対するJ・L・オースティンの影響は、事実確認的発話と遂行的発話を区別する初期の段階のものにとどまっている。そのため、この単純な二元的区別を撤回してオースティンが言語行為論へと発展させねばならなくなった以所の困難を、ハートの法理論は十分には逸れえないでいる。こうした観点からみたハートの法概念論の問題点については、例えば「法と言語行為」では「ルールの記述を行う発話」が看過される点が指摘されている。

(7) 例えば CL,8-11,80-83 などを参照。

(8) 例えば CL,54-55 を参照。

(9) さしあたり、J.Habermas, Was heißt Universalpragmatik; Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1984, および ders, Wahrheitstheorien; ebenda を参照。

(10) 言語行為論との直接的な関係はなく、むしろ法的推論の構造に着目する「法的議論」の理論にも、一般的な実践的議論の枠内に法的議論を位置づけつつ、後者の構造を分析するものがある。例えば、A.Aarnio, R.Alexy und A.Peczenik, Grundlagen der juristischen Argmentation; Metatheorie juristischer Argmentation(hrsg.von W.Krawietz u.R.Alexy), 1984.

一　ルールと命令 (1)

『法の概念』の第二～四章においてハートは、「法とは何か」という問いにつきまとう三つの問題群（法と道徳、法と強制、法とルール）[1]のうち、とくに法と強制の問題群をとりあげている。そこでの主たるテーマは、法を強制的命令とみるJ・オースティン流の法観念を批判的に検討することである。まず、強制的命令説を法の説明としてそれなりにより適切なものとするために、いくつかの要素を付加してこの命令説を「主権者、あるいは主権者に服従する従属者によって発せられた威嚇を背景とする一般的命令」[2]（これには人々の一般的な習慣的服従が対応すると考えられる）という形で具体化した後、この定式でも十分には説明できない多様な法内容の存在（権限付与的な法、慣習を起源とする法、立法者自身を拘束する法）を指摘し、さらに一般的命令や習慣的服従といった概念では法の重要な側面を説明できないこと、独立の法体系の存在を確認するためには無制限な主権者という概念は必要でないことを論証する。こうした法＝強制的命令説批判の眼目は、法を基本的にルールとして捉える視点を打ち出すことにあり（したがって、第二～四章はまた法とルールの問題群をも扱っているわけだが）、第五章で「第一次的ルールと第二次的ルールとの結合としての法」という周知の法概念を提示することになる。

法を基本的に〈命令〉としてではなく、〈ルール〉として捉えるとはどういうことを意味するのだろうか。[3] しかし指摘されているように、ハートはルール概念についての「不満、混乱、不確実さ」が「法の性質をめぐる困惑の多く」の原因であるとしながら、[4] ルール概念そのものを体系的には論じていない。[5] むしろハートのルール概念はこの書の多様な文脈の中に分散している。それらを拾い集めて再構成してみても、ハートのルール概念の全体の体系的把握が保証されるわけではなく、またハートによれば、ルール概念は法をも包摂する一般的カテゴリーとして捉えられるもの

でもない。[6] とはいえ、ハートの法理論の特質をとりわけ言語的相互行為の観点から浮彫りにするのに必要な限りで、ハートのルール概念を検討しておかねばならない。なお、いくぶんでも見通しやすくするために、本節では、ルールを前提して、その下で人々のなす言語使用および言語的相互行為の分析に焦点を絞る。

(一) ルールと規範的言語行為

ルールが存在しているとき、そこには人々の行態の一定の規則性が観察されるだろう。したがってそれらの行態について一定の予測が可能となる。しかしハートによれば、単なる社会的習慣に基づく行為についてと異なり、ルールの下での行為については「ねばらない」'must'、「するのが当然である」'should'、「べし」'ought to'といった規範的な言葉の使用法が結びついている。[7] また強制的命令（例えば銀行強盗の命令）に従った行為については、「せざるをえなかった」'was obliged to'という言葉は用いられるが、「責務を負っていた」'had an obligation'という言葉は用いられない。ところが社会にとって重大な一定のルールの下での行為については「責務」'obligation'、「義務」'duty'という言葉が用いられ、しかも強制的命令の場合と異なり、ルールの要求に従わなかった場合にも「責務を負っていた」という言葉は正当に用いられる。[8]

右のような分析においてハートは、ルールと社会的習慣および強制的命令との差異を、それらに関連して使用される言葉の意味論的差異によって説明しようとするわけである。これによって一定のルールは「規範的な言葉」の使用、場合によっては「責務」「義務」といった強度に規範的な言葉の使用と結びついており、この限りで規範的な性格をもつことが示されるわけである。[9]

次に、こうした規範的な言葉を使用することにおいて人々が何を為すのかが問われうる。それらの言葉は、ルールの示す「基準やそれからの逸脱に注意を促したり、基準に基づいているだろう要求、批判、認容をなすために用いら

れる。[10]」つまり人々は規範的な言葉を用いることによって、ルールに基づいて一定の行為を要求したり、逸脱を批判したりする。さらに逸脱に対する批判において、人々はその批判そのものをルールに基づいて正当化する。しかもルールが存在するといえる場合、こうした批判や要求や正当化は、人々によって一般に正当と受け容れられており、「十分な理由」をもってなされるのである。[11]

ここでハートは明らかに、規範的言語をもってなされる言語行為がルールの存在に結びついていることに注目している。そして、この場合、ルールは一定の行為についての規範的判断の基準であり、批判や要求といった規範的言語行為の正当化根拠である。しかもルールが存在するということは、そのような規範的言語行為が有意味に成立するということでもある。しかしハートにおいては、このような規範的言語行為の相互性あるいは対論的在り方が十分に捉えられているとはいえない。この点については後で触れることにして、先に進んでおこう。

さて、さらにこうした規範的言語行為と結びついている態度が問題になる。右のような批判や要求、あるいはそれらの正当性の是認において、人々は「共通の基準としての一定の行動様式に対する批判的反省的態度」をとっていることになる。彼らはルールに従った一定の行動をなすだけでなく、それについて「見解をもっている」わけである。[12]ここで周知の「内的視点」と「外的視点」との区別、「内的陳述」と「外的陳述」との区別、さらにルールの「内的側面」と「外的側面」との区別が導入される。「行為の指針としてルールを受容し用いる集団の一員」の視点と「自分自身はルールを受容しない単なる観察者」の視点が区別され、前者の視点からの陳述と後者の視点からの陳述が区別される。ルールが存在するといえる場合、そのルールを行為の基準として受容する（つまり内的視点に立つ）一定の人々が存在していなければならない。あるいはルールはそうした人々の内的視点に支えられているのでなければならない。ルールの下では一定の行態の規則性が存在するということがルールの外的側面であるとすれば、右の事態はその内的側面であるということになる。[13]

ハートは右の区別によって、法に関する言明を一定の行動の「予測」に還元する見解の一面性を批判する。また強制的命令説も、例えばその下で法を適用する機関の言明が内的陳述の性格をもつ点を看過するものとされる。ところでここで重要なのは、ハートはこの内的視点を人々の感情ないし心理的経験の問題とは明確に区別している点である。拘束されているという感情は拘束力あるルールの存在にとって必要でも十分でもない。先の「批判的反省的態度」は「批判や、一致への要求において、さらにこのような批判や要求が正当であると是認することにおいて現れねばならない」のであり、そしてそれは「規範的な用語で特徴的に表現される」のである。[14] つまり、視点や態度はたしかに心理的事態として存在するかもしれないが、むしろ人々の規範的な言語行為において把握されるというわけである。[15]

さて、以上見てきた限りでのハートのルール概念分析を要約すれば、それは①社会的習慣や強制的命令と対比してルールは規範性をもつこと、②その規範性はルールが行為の批判的判断基準として人々に一般に受容されているという点にあること、③その規範性はルールを根拠としての規範的な言語行為に即して確認されること、これらを示すものであるといえよう。

(二) 対論的状況におけるルールと命令

しかし既に触れたように、ハートにおいてはルールに照らしての規範的言語行為の相互性あるいは対論的在り方が十分に捉えられているとはいえない。そうしたルールの下での相互行為的あるいは対論的状況を想定することによって、ルールの要請と強制的命令の差違、さらにはルールの規範性の一端をより明確にすることができるのではないかと思われる。

ハートは命令に二種類あることに触れている。銀行強盗の命令と軍隊等における命令とである。その違いをハートは、後者における「命令を下す何らかの権利あるいは権威」の存在、あるいは「人々の比較的安定した階層的組織」

の存在に見ているが、「些細な区別」として片づけている。[16] しかし例えば強制執行命令が「命令を下す権利ないし権威」や何らかの「組織」の存在を前提していることを考えれば、法理論にとってそれほど些細な区別とはみなされえない。対論的状況を想定すると、両者の差違はまず、ハートも触れているように、銀行強盗の命令は威嚇以外に自己を貫徹する手段を持たないのに対し、軍隊等における命令は「何らかの権利ないし権威」に訴えることができるという点にある。後者の命令者はそのような権利ないし権威に訴えて自己の命令の「従われるべき」こと、あるいは規範的妥当性（正当性ないし正統性）を主張していると考えられるが、銀行強盗はそのような妥当性の主張をなしているのではない。次に命令の名宛人のほうからみると、軍隊等における命令に対しては、少なくとも事後的に、その命令を下す権限、その手続、さらに場合によっては命令された行為の何らかの合理性等を、正当にないし有意味に問題にすることができる。銀行強盗にそれらの点を問うことが意味をなさないだろうことはいうまでもない。さらに、軍隊等における命令がそれらの点で問題のないものであったにも拘らず、名宛人がそれに従わなかった場合、ハートのいうように、それに従う「責務があった」と言うことができるし、またそのように言うことにおいて批判することも可能である。そしてそのように言い、また批判する場合、そのことはこの命令を下す／下される関係に対して「内的視点」に立っていることを示すだろう。したがって、ここには命令者と名宛人との間にその関係についての何らかのルールが存在しているという仕方で解することができるわけである。しかしここでの要点は、こうした命令関係においてはルールが前提されているということではなく、むしろルールを前提とした関係においては命令は自己の妥当性の主張を、つまり名宛人の側でのその承認の要求を含んでいるということ、そして双方にとって当の命令行為が妥当するのはそれがさしあたりルールに基づくという根拠をもっており、それが双方において受容されているからであるということ、これである。同様のことは、規範的な言葉を用いて一定のルールの存在に注意を促したり、一定の行為を要求したり、ルールに照らして一定の行為を批判したり正当化したりする場合についても、いえるであろう。

ところで、こうした対論的状況における規範的言語行為の強調に対しては、ルールの存在はそうした言語行為の存在に依存しないと反論することができるかも知れない。かりにそうした言語行為がなくても、規範的ルールの存在を確認することはできるかも知れない。しかしながら、ハートにとっても、ルールの規範性を示す内的側面はそうした規範的言語行為によって確認されるのである。後者の想定によってルールの内的側面ないし規範性はいわば反省的に理解される。ルールの存在にとって規範的言語行為はいわば反省的な関係に立つということができる。[17] しかも、規範的言語行為を対論的状況において想定することによって、次節でみるように、ルールの下での人々の相互行為のみならず、ルールそのものについての人々の相互行為を有意味に分析することができるだろう。

(1) CL, 6-13.
(2) CL, 25.
(3) しかしハートは命令説を完全に否定するわけではない。法的現象の一定の側面については命令説の有効性を認めており、しかもそれがハートの法概念論にとって重要な部分をすらなしている。この点については第三節を参照。
(4) cf.CL, 8.
(5) 例えば森際「法と言語行為」一二三頁以下参照。
(6) cf.CL, 14-15.
(7) CL, 56.
(8) CL, 80-81.
(9) ここでは義務賦課的ルールと権限付与的ルールとの区別には立ち入らない。第二節を参照。ただしここでのルールはさしあたり前者と考えてよい。
(10) CL, 83.
(11) cf.CL, 54-55.
(12) cf.CL, 55-56.

(13) cf.CL, 55,86-88. ただし、ハートは観察者も、たんにルールの外的側面だけでなく、その内的側面をも事実として記録することはできるとして、要点は内的陳述と外的陳述との区別であると強調している（CL,244）。つまり、観察者の視点からは外的陳述のみがなされるということであろう。尤も、観察者が内的側面を記録する際には、当然内的陳述の意味を了解しうるのでなければならないであろう。とすれば、観察者は別の脈絡では自ら内的陳述を為すものでなければならないだろう。つまり観察者はこの二つの視点を使いわけることになる。なお、「法の分析」に携わる法理論家の視点について、第三節参照。

(14) CL, 56.

(15) この見解はいわゆる「承認説」の心理主義ないし意思主義の難点を適切に批判するものとみなされうる。しかし他方では、このような規範的言語行為をなすことは必ずしも当のルールを真に承認していることではない、という側面が軽視されることにもなるように思われる。そしてこの点が法の批判にとって一つの要点になると思われる。

(16) CL, 19-20.

(17) 要求や批判およびそれに対する反論という争論的状況がルールの存在に対して反省的地位に立つのと同様に、裁判手続は法的ルールの存在に対して反省的地位に立つとみることができるだろう。

二　ルールと命令 (2)

前節で見た二種類の命令の差違は、ルールを前提しない命令とルールの下での命令との差違と解することができる。ハートの法＝命令説批判は、法を前者のようなルールを前提しない命令者の強制的命令とみなす見解に対する批判である。法を規範的なものとみなす限りこの批判は正当といえる。しかしながら他方で、ルールを命令と対比的に論じる際、対論的状況が十分に想定されていないために、ルールについての批判的問いの位置づけが明確にならないように思われる。もちろんこの問いの構造は、ハートにおいては、「第二次的ルール」および「法の批判」についての具体

的議論そのものの中に現れている。それらの議論を「実践的議論」の構造の中で捉え返すためにも、この問いの構造を明らかにしておくのが便宜である。

（一）ルールについての批判的問い

前節でみたハートの法＝命令説批判の論拠は、法的ルールの規範的言語行為との結びつき、したがってその内的側面の存在を指摘するものであった。ハートの論拠はそれにとどまらない。その一組はルールの要請と命令との内容的および時間的性格の差違である。命令は多くの場合特定の人に対する個別の行為指令であるのに対し、ルールの要請はたいてい一般的である。命令が一般的である場合でも、多くの場合その存続は命令者との結びつきに依存し、当の命令者が存在しなくなっても存続する保証はない（というのは、命令の貫徹はここでは威嚇や命令者個人の人格以外にその根拠をもたないから）のに対し、ルールはそうした特定の人格に依存せず永続的に存続しうる。また命令者が代わってもその一般的命令が存続すべきだとすれば、そこにはその継続性に関するルールが前提されねばならないというわけである。[1] もう一組の論拠は命令説では十分に説明できない種類の法の存在である。権限付与的な法、慣習に起源を有する法、そして立法者自身を拘束する法が挙げられる。命法的性格をもち、その違反には制裁が加えられる義務賦課的な法と異なり、命法的性格をもたない公的および私的な権限を付与する法は命令説になじまない。後者の法においては権限外の行為は本質的には無効なのであって義務違反ではない。[2] つぎに慣習法を命令説から説明する技巧（命令者による黙示の命令ないし承認、または命令者ないしその従属者の適用による法としての認定）には無理がある。前者は黙示の命令というものを構成しなければならず、後者は適用以前の制定法の地位と慣習法の地位との間に差違を設けるべき理由を説明できない。最後に、立法者自身を拘束する法は、命令説では、命令者の人格を二重に（命令者と服従者として）理解しなければならないが、その際この二つを区別しておくルールが、つまり立法資格に

関するルールが必要となる、等々。[3]

本稿では、法理論上興味深い論点を含むこれらの議論に直接立ち入ることはできない（権限付与的法、慣習法、立法者を拘束する法については、別の文脈で関説することになるが）。そうした個々の議論をさしあたり度外視すれば、ここでのハートの命令説批判の要点も、法的ルールをそれに上位する命令者の命令と解することには無理があるということである。そして、かりに命令者を想定するとしても、多様な法現象のより適切な説明たらしめようとすると、そうした命令者の前に、何らかのルールとりわけ義務賦課的ルールとは別種のルール（例えば、継承のルール、立法資格付与ルール、法として認定するルールなど）の存在が前提されねばならないこと、これであるといえよう。

ところでこうした命令者に対するルールの先在性の主張には、さらにルールの要請や指示を命令者の命令つまり特定の人間の特定の意志行為と類比的に見ることはできない、という趣旨が含まれているように思われる。そしてそれ自体としては正当なこの趣旨は、ハートにおいては、ルールを人々の相互的なかつ明示的な意志関係から過度に遠ざけることになっているように思われる。例えば、ハートは別の箇処では、法については命令についてと同様に「名宛人」を考えることは誤解のもととして、J・オースティンの命令説を批判している。すなわち法が一定の人々に「宛てられている」と言うことは、「その表現をした人々の意図になかったような、また実際にはありもしない対面的状況face-to-face situationと同じものを暗示する点で、誤解を招く」というわけである。[4] たしかに、法ないしルールについて、命令におけると同様にその名宛人を考えることは、法ないしルールの擬人化的誤解を招くであろう。法ないしルールが命令し、名宛人がそれに従うという対面的状況の想定は比喩以上のものではないように見える。のみならず、法的ルールの客観的妥当性は、そうした特定の対面的状況における意志関係を越えたところに存するとしなければならない。

しかしながら、特定の状況で一定の法的ルールを行為の指針として用いようとする者にとって、そのルールの要求

ないし指示がまさに自分に向けられた要求ないし指示として現れる、ということも事実であるように思われる。さらに、ルールに照らして他人の一定の行為を批判したり、他人に一定の行為を要請したりする場合は、この他者にとってルールの要求ないし指示は明確に人格の姿をもって立ち現れるであろう。このように考えてよいとすれば、ルールについて「対面的状況」を想定することはあながち無意味ではないように思われるのである。

さて、ルールの下での相互的な規範的言語行為を介して、ルールについて「対面的状況」を想定するならば、個々の行為をルールに照らして吟味するだけでなく、ルールの要求ないし指示そのものについてこれをテーマとした人々の議論状況の可能性が現れてくる。さしあたり行為に対する批判ないし行為の要求は、当該のルールを根拠として正当化される。しかしさらにそのルールそのものの根拠が批判的に問われうるわけである。[5] ルールに基づく規範的言語行為がルールに対して反省的地位に立つとすれば、このルールそのものについての問いはさらに一段上の反省的地位に立つといえる。そしてルールに基づく規範的言語行為がルールを根拠とする自己の妥当性の主張を含んでいたとすれば、ここではルールそのものが妥当性の主張を含んでいるものと解される。[6] この主張が人々の間で何らかの根拠に基づいて承認されれば、そのルールについての批判的問いはやむことになる。

ルールの妥当性あるいはその根拠は一方では形式的に問われうる。つまり何らかの上位のルールないし規範によるルールとしての認知の如何、あるいはそのルールの制定行為の権限・手続等の如何を問うことができる。他方では当のルールの内容の実質的正当性を問うことができる。前者は承認のルールや根本規範の問題に至り、後者は法の批判の問題となる。さらに一定の合意に基づいてルールそのものが変更されることもあるわけで、この場合立法行為が問題となる。これらのルールについての批判的問いのレヴェルはそれ自体自立的な法体系の内部で制度化され、ルール化されうる。ハートにおいては周知のとおりこれらは「第二次的ルール」の問題として捉えられている。しかしここではさしあたり、この問題が、人々の言語を媒介とする規範的相互行為の基準としてのルールに対する反省的な言語

的相互行為という観点から理解されうることを確認しておくにとどめよう。

（二）立法権と主権者

ルールに上位する命令者を想定する命令説に対するハートの批判は、法体系に上位する主権者という想定にも向けられる。法＝強制的命令説によれば、いかなる法体系においても、その頂点あるいは背後に、法的に無制限な立法的権威をもつ主権者の存在が含まれている。これに対してハートは、法的に無制限な主権者にあっても、少なくともそのように法的に無制限な立法資格を付与するルールの存在が考えられうること、そのような法的に無制限な主権者でなく、憲法的ルールによって法的に制限された立法的権威を含む法体系が存すること、そしてこの場合でも（主権者の想定において要求されている）その立法的権威の対内的最高性とその法体系の対外的独立性は十分認めうることを指摘する。さらに民主制国家における選挙民の「主権」についても、彼らが自ら命令し自ら服従するという把握には無理があり、命令する場合と服従する場合とを資格という点で区別するとすれば、命令する資格を規定するルールを考えねばならず、結局、命令／服従図式では事態をうまく説明できないとして、むしろ「一定の方式で資格づけられた人々に一定の手続に従って立法する無制限のあるいは制限された権限を付与するルール」の存在を想定する理解こそ適切だとするのである。(7)

こうした最高の立法的権限に関するルールの先在性の主張は、法＝命令とする説明に適さない類型の法の存在についての指摘とも結びついている。まず、立法的権限に関するルールは、一定の命令によって義務を賦課するルールではなく、権限付与的ルールであり、次に、近代の多くの法体系においてはそのようなルールは立法者を法的に拘束する性格をもつ。さらに、既に見たようにハートにとっては（ここではこれが最も重要なのだが）、法創造は立法という明確な意志行為によってだけでなく、そのような明確な意志行為を特定できない慣習によってもなされる。立法的権

限を付与するルールは、同時にこのルールに適合した立法行為によって創造されたルールを「法」として認定するためのルールであり、しかもこうした機能を果たすルール（「承認のルール」）は、一定の様式に従った明確な意志行為によるルールだけでなく、一定の慣習によるルールをも法と認定する内容をもちうる。立法的権限に関するルールは、法の起源に関するルールの可能な一つの内容にほかならないわけである。

さて、立法的権限に関するルールをも含めてこうした法の起源に関するルールの先在性の主張は、一方で後に見るように、法体系を一つの自立的な体系として存立させる必要条件を提示するものである。このルールの下で一定のルールや人々の一定の規範的言語行為は法的なものとして特徴づけられ、そのようなものとして存立することが可能になる。その限りでこのハートの主張は一種の法論理学的性格をもつといえる。しかし他方で、主権者概念の不要性の主張が立法のみならず慣習も含めた法の起源に関するルールの先在性の主張と結びつけられるとき、それは法の起源に関するルールそのものの起源に人々の明確な意志行為を想定することを斥けるものとなる。法の起源に関するルールは慣行的であり、その存立について人々の明示的な意志の合致という契機は排除される。この限りでハートのこの主張は近代の社会契約説の一つの側面の否定を意味する。(8)

もちろんハートはこのルールについての人々の意志関係を無視するわけではない。しかしその意志関係は公的機関ないし専門家の意志関係と一般市民の意志関係とに区別され、前者についてはその法的言語行為（立法、解釈適用、法的助言）において承認のルールの明示的な容認が想定されるのに対し、一般市民においては公的機関の行為の受容における黙認が語られるにとどまる。(9) また、遵法義務の根拠づけに関して、社会契約説の「神話的」でない側面を肯定的に評価してもいる。ハートによれば社会契約説の「神話的」側面と、遵法義務を「他人に対する公正義務」とみなしうることを示すその考察とは区別しうる。この公正義務としての遵法義務の原理は、「多くの人々が他の仕方では得られない便益を得るために一定のルールによって自らの自由を制限する場合、他人のそのルールへの服従によっ

て便益を享受する者は、自らもそのルールに従う義務がある」というものである。[10] 社会契約説の「神話的」な遵法義務の説明が万人の明示的な意志の合致という図式をとっているとすれば、ハートにとって遵法義務は既に多くの人々が一定のルールに従っているという事態を前提するのである。[11] ここからするとき、いずれにしても、ハートにおいては、法の起源に関するルールの存立は、人々の明示的意志の合致の想定によってではなく、むしろ歴史的過程の中で習慣という形で沈殿している人々の黙約（コンベンション）によって理解されているように思われるのである。ここに、啓蒙主義や社会契約説の悟性的法理解に対する、歴史的伝統に根ざしたものとしての法理解とのハート法理論の親縁性を見ることも不可能ではないだろう。

しかしそのように解しうるとしても、歴史と悟性との関係は必ずしも対立的関係でないのみならず、慣習と立法という二種の法起源類型間におけるように並存的関係だけでもないだろう。すなわちそれは直接的なものと反省的なものという二層のレヴェル間の関係としても捉えることができるであろう。[12] 法の起源に関するルールについての人々の暗黙の容認は明示的な容認如何というレヴェルで反省されうる。暗黙の容認がたんに脅威を背景とする抑圧への無力な忍従でないかどうかを問うことができる。契約説の「神秘的」側面や啓蒙主義的社会批判は、このような反省的な問いのレヴェルの存在を定式化したものとみることもできよう。このように考えてよいとすれば、このような反省的問いに対して、暗黙の容認に支えられた法の起源に関するルールは、まさに自己の妥当性の主張を含んでいるものと解される。この妥当性はもちろんこのルールに基づく他のルールの妥当性とは異種のものである。とはいえ、そうした妥当性の主張を含む限りで、それについての正当化や批判というより広い「実践的議論」の中にそのルールは位置づけられる。人々の暗黙の容認はこの「実践的議論」のレヴェルに位置している。とすればそれは、法の起源に関するルールがそうした黙認と不可避的に関係づけられる限りで、このルールを「実践的議論」に不可避的に関係づけるといえよう。

(1) cf.CL, 21, 50-64.

(2) この権限付与的ルールと義務賦課的ルールとの区別をハートは 'If you wish to do this, this is the way to do it' という言い方と、'Do this whether you wish to or not' という言い方との区別としても表現している (CL, 28)。ここには仮言と定言との差違もあるが、前者は明確な命法ではないという点が特徴的である。

(3) cf. CL, 26-48.

(4) CL, 21.

(5) 権限付与的ルールについては、命法の形をとる義務賦課的ルールについてと同じようには批判的問いはないかのように見える。権限付与的ルールについては命令と類比的な対面的状況はさらに考えにくいからである。しかし、権限を付与された者のその権限に基づく行為が他者に関与する限り、場合によっては当のルールそのものの適切性、さらに例えば権限の配分について何らかの正義原理に照らした正当性が問われうることはいうまでもないであろう。

(6) このような理解は再びルールを擬人化するもののように見えるかもしれない。しかし他方で、ルールの存立の対論的構造の側面が一つの契機として位置づけられない場合、ルールのいわば律法主義化に陥らないとも限らないであろう。なお文化的存在はすべてそれ自体既に妥当要求を含んでいるという点については、J.Habermas, Wahrheitstheorien, 146 を参照。

(7) cf.CL, 64-76.

(8) 守屋「法と言語体系・生活様式」は、このルールの慣行的性格についてのハートの議論に対するヴィトゲンシュタインの言語ゲームの理論の影響を指摘する。言語ゲームが一つの生きられている生活様式である場合、そのゲームの基底命題についてはさらにその根拠を問うことはできず、事実として受け容れるだけのものとみなされる。たしかに承認のルールの慣行的性格についてのハートの議論には、これと同類の構成がうかがえるといえよう。

(9) cf.CL, 59-60.

(10) H.L.A.Hart, Philosophy of law, problems of, 275. 尤もこの議論は、遵法義務に関する功利主義的見解に対する批判の文脈の中に置かれているものである。

(11) 『法の概念』では国際法の拘束力に関する文脈の中で、契約説の「神話的」側面に対する批判がなされている (cf.CL, 218-221)。そこでも責務の拘束力を契約的合意によって説明する見解に対しては、契約的合意が拘束力あるものとなるためには一定の責務のルールが先在せねばならないこと、また拘束力ある責務は現実には明示的な合意による場合だけで

なく、慣行による場合があることが主張されている。ここでも論拠は一方で論理的なものであるとともに、他方では歴史的現実主義的なものである。

(12) ここで「直接的」というのは悟性的反省にとって所与であるという意味においてのことにすぎない。この意味で直接的なものが既に分節を含んでいるものであることを、まさに悟性的反省は暗示する。慣行的ルールが反省の対象になるということは、このルールの規範的存立がたんにその慣行的先在性という事実のみによるのではなく、暗黙の容認という意志およびとりわけこの容認を支えている根拠に依存しているということを示すだろう。この根拠はそれ自体さしあたり歴史的なものであり、したがって根拠についての批判的問いはより普遍的な根拠への問いともなる。