

ハートの登場とイギリス法理学 (2・完)

石 井 幸 三

I はじめに

- 1) 問題提起
- 2) 『法の概念』までの経歴と業績

II なぜハートが？

- 1) オクスフォードの法理学
- 2) 第一論文 (42巻4号)

III 教授就任講義

- 1) 教授就任講義の特徴
- 2) 教授就任講義批判反論文

IV その他の法理学論文

- 1) 自然権論文
- 2) 基本法
- 3) 法実証主義
- 4) 粗い織り目〔開かれた構造〕
- 5) 視点・陳述・側面

V 特定法理学の論文

- 1) 死刑廃止論：刑法と公正（正義）
- 2) 免責条件の存在理由
- 3) その他
- 4) Vのまとめ

VI 『法の概念』へ

VII 結び

- 1) 先人の影響
- 2) 研究歴からの『法の概念』の問題点
- 3) 思想
- 4) まとめ

Ⅲ 教授就任講義

1) 教授就任講義の特徴

ハートのオクスフォードの法理学教授は1952年春に決定され、彼は、翌年5月30日教授就任講義「法理学における定義と理論」を行なう。文献⑥Definition and Theory in Jurisprudence は、その文章化である。それは、法的諸概念に関して新たな解明方法を提示する。この論文については二つの日本語訳があるので詳述は不必要だろう²。

ハートは、論文の初めてこう書いている。「〔普通の〕定義方法を用いることは、ある点では、法理学と作用している法の研究との分離をもたらしている……。……法的概念は、どんなに基本的なものであっても、その特殊な性格に適切にあてはまる方法によって解明できるのである。」(JP21/恒114-5/森23-4) 彼は、近代法が時代に合わなくなった時代に、新たな哲学的知識を備えた法理学=哲学的法理学が、「法理学と作用している法の研究」とを結びつける役目を果たすと述べる。批判の矛先は、いわゆる包摂三段論法を許してきた伝統的な定義である。それに代えて、法的諸概念の解明が必要とされる。

本論文（の基になる講演）は、師である哲学者オースティンと相談の上で書かれている³。第一に、ハートは、従来の法的諸概念の定義は言語の行為遂行的機能を見捨てていると批判している。「基本的なポイントは、これらの語の第一次的機能が、事物をあらわしたり、記述したりすることにあるのではなく、ある独特のものなのだということである。このことから、……その類と種差を求めることはしてはならない……ことになる。」(JP31/森33/恒132)⁴ 第二に、オースティンが文とその文の発言状況を重視して考察を進めていたと考えれば、教授就任講義はそれを踏襲している⁵。この論文が第一論文（文献①）と同じ論調なのは、変則的な個別的事例から法概念の不確定さを論じていることでも示される。もっとも、第一

論文での破棄可能な概念は差し控えられている。その概念は、Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain 1945-52, (文献⑦) で表われる概念の粗い織り目〔開かれた構造〕の考えに取って代えられる⁶。

この論文と第一論文との異なりは、次のとおり。第一。第一論文は、法哲学の論文でないということもあってか、法に関しては、「法的ないし社会的制度 (institutions)」⁷ として言及されているだけである。教授就任講義は、法自体の定義ないし説明をしていないが⁸、連関を伴った法規則の集合体という意味での法 (例えば、契約法)⁸ の考えを出している⁹。法的諸概念は、法体系の中で説明されねばならないのである¹⁰。法規則の集合体という意味での法の認識は、文献的にはこの次に出された論文 (文献⑦) で明確化される¹¹。第二。この講義は、法的諸概念の解明として、ベンタムの言い換えによる用語の説明方法を現代哲学の先駆けとして評価し、それを利用しようとしたことである¹²。定義が不用とされ、説明が有用とされる。「それゆえ、学説は歓迎されるべきであるが、定義を背景とする学説の発展は、歓迎されるべきでない。」(JP25/恒121/森27) 就任講義が印刷された時には、定義に関するハートの文は、読者の印象を与えるかのよう、節の冒頭あるいはその最後に置かれており、また日本語訳者が苦勞するほど凝った表現がなされている。それは、従来の定義に対する攻撃の激しさを示している。

論文では、法的用語の独特 (distinctive) の性質や特殊性 (peculiarity) が、多くの箇所にながらって強調されている。しかし、それらの内容にはほとんど言及されていない。後年の反論論文 (文献⑩) Theory and Definition in Jurisprudenceでハートが「私自身の余り明確でない言葉」¹³ と言っていることは、このことを指していると考えられるし、こう言わざるを得なかった状況は、内的・外的な視点・陳述・側面論が完成されていなかったことによると推測される¹³。この就任講義には、「『彼はアウトだ』と言う表現は、ルールにアピールしたり、ルールのもとで要求を提示したり、あ

(龍法 '10) 43・2, 30 (480)

るいは決定を下すために用いられる表現である。」(JP27/恒125/森29) という『法の概念』でも使われるような記述があるが、『法の概念』で現れる内的視点、内的陳述、内的側面といった概念がそこにはないのである。内的視点・陳述・側面それと対応する外的視点・陳述・側面の発想への到達はまだである。

クリケットのゲーム中の審判員または競技者による「彼はアウトだ」という言明に関して、ハートに対するウィットゲンシュタイン (Wittgenstein) の影響が議論されるかもしれない。ハートのこの講義は1953年5月30日なされており、ウィットゲンシュタイン『哲学探究』も同年に出版されており、ハートが講義原稿作成時に、『哲学探究』を参照したかどうかは疑問になる。その本ではなくても、ハートは、ウィットゲンシュタインが言語ゲームの重要性を指摘した『青色本』を読んでいたと証言している¹⁴。教授就任講義準備の頃から、ハートの思考にウィットゲンシュタインの影響が入り出しているのは間違いないだろう¹⁵。オクスフォード日常言語学派の代表であるオースティンの下にあるハートは、この就任講義で表だってオクスフォード哲学研究者には受けの良くないウィットゲンシュタイン¹⁶の名や彼の公式刊行物ではない『青色本』の名を出すことを憚ったのだろう。

就任講義は、伝統的な解釈と法適用方法から裁判官の活動を位置づけるのではなく、裁判官の役割を、日常言語学派の立場から「遂行的機能」を果たしていると位置づけている。これは、論調において、第一論文と通じている。ハートは、法的諸概念の不確定さを根拠に裁判官立法を容認する点で、見かけ上は、アメリカン・リアリズムと同じであった。彼は、裁判官の法創造を促すことが時代の要請であるとみなしている。これは、後年よりも急進的にみえる。なぜならば、彼は、裁判官の法創造に対して制限をかける必要は感じていても、法的諸概念から内在的に制限をかける理論的手段を手にしていないからである¹⁷。

その理論的手段とは、『法の概念』で論じられるルールの「粗い織り

目〔開かれた構造〕」(open texture)、「不確定さの半影」(penumbra of uncertainty)、「確実な核心」(core of certainty)といった(法)概念論として内的・外的な視点・陳述・側面論である。ルールの「粗い織り目」という言葉が初めて言及される文は、教授就任講義と同年の発行である(文献⑦) *Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain 1942-52*である。その文は、この論文の末尾を飾っている。ハートの思想の形成過程を追う者にとって、ある意味では印象深く読める。もしハートのこれまでの研究が、裁判官の活動をリアリズム法学と異なる言語分析の方法から位置づけるといふ試みと理解されるならば、この文は、リアリズム法学と明確に一線を画し、裁判官の司法ないし立法行為の範囲を明示する理論的道具の一つを「やっと」手に入れたという宣言を行なっているのである。内的・外的な視点・陳述・側面論の具体化は、もう少し後になって提出される。

2) 教授就任講義批判反論論文

文献⑩ *Theory and Definition in Jurisprudence*と文献⑱ *Analytic Jurisprudence in Mid-twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer*は、教授就任講義論文に直接関連するハートの論文である。

教授就任講義論文名と似通った題を持つ文献⑩は、教授就任講義論文に対する批判に反論したものである。私は、注意すべき点を三つあげる¹⁸。第一、法体系の存在が重要視されていることである。「法体系の存在は、明らかに、(とりわけ) その体系またはその諸規則またはこれらが従われたり適用されたりする方法、についての事実に関する非常に様々な陳述をするための機会を提供する。……しかし、法体系の存在は、また、事実の陳述とは違った種類の活動の機会を提供する。そこでは、言葉が、法体系やその諸規則についての陳述をなすために使われるのではなく、法体系の存在とその通常的作用が前提されている文脈において、法体系に属している非常に様々な種類の規則を特定の諸事件に適應するためや特定の諸状況

(龍法 '10) 43・2, 32 (482)

において様々な複雑な方法でそれらの規則の下で作用するために使われるのである。」(⑪247-8)そして、この文の直ぐ後に、「この区別の無視は……」という文が続き、その「区別」に、以下の注が付けられている。「我々はこの区別をそのような言語学的用語で定式する必要はない。我々は、……法体系の観察者としての『外的』立場 (standpoint) と公機関としてあるいは私人として様々な方法でその体系の諸規則を用いている (is using) 人の『内的』立場と比較できる。……『内的陳述』の論理は、未だなお十分に解明されていない。」(⑪248,n.8)

第二。「いかなる意味で、法的規則は曖昧で不確実で不明瞭であるか」(⑪258)の節が設けられやや詳しく論じられている。この節の第の注で、ウィズダムの著書 (*Philosophy and Psychoanalysis*)¹⁹とウィトゲンシュタインの『哲学探究』が言及されている。

第三。いわゆる困難な事例では、ハートは次のように書いている。これは、本稿では言及しないドゥオーキンとの関係をみる手がかりを与えるだろう。「重要なことはこのことである。当該規則が『不明瞭である』と知られているこれらの問題が、空所における孤立化された問題として生じるのではなく、基準事例と比べて法的に重要な類似性と相違性を確認する諸原理と諸規則の機能している体系の操作において生じていることである。」(⑪259-60)「そのような事件では、裁判官は、分類の疑しい問題を解き、演繹的推論の範囲外に属するに違いない諸方法によって結論に達するが、それらの多くの場合裁判官の決定は恣意的ではない。それは、あたかも硬貨を放りあげて判断するようなものでも、選択に自分の好みを押しつけるようなものでもない。ヘーガーストロームはこう言っている。そのような場合、敗訴した当事者は、相手方の利益のために自らの利益を奪われたとは思っていない。それでは、そのような決定から恣意的であることを防ぎ、それらがしばしば持っている認められてきている客観性をそれらに与えているものは何か。私は、多くの場合単純に裁判官が『政治道徳

的諸原理 (politico-moral principles) に訴えている』というその答に疑問を持つ。この答は、事実の複雑性を正当に扱っていない。それは、個別では不十分であるが合同して単一の決定を支持するのに十分である独立した諸理由の多様性と変則性を覆い隠している。その答は、『倫理的』諸原理が引き合いに出されている時、それらは通常既に法体系内の受け入れられた理念であることを明らかにしていない。それは、しばしば誤っているもの、つまり倫理的あるいは政治的諸原理は、ある答を与える程に一般的に詳細であると示唆している。……それは、そのような事件の場合、議論の現実の叙述によって（演繹の議論では決して持たない）『重み (weight)』や『力 (force)』を持っているとみなされるものを隠す。すなわち、それは、裁判官が、競い合う諸考慮を最後に実際置っている (*weigh*) こと（その重みは多くの影響も下で変わる重みにもかかわらず）、その諸考量には便宜の理由、特定の法的諸規則の目標の諸観念、他の部門の法との諸々の類似が含まれており、裁判官は単純に『非法的な』諸原理によって導かれていないことを隠す。もしこの『置ること』が比喩とすれば、その適切さは諸例によって検査されなければならない……。』(⑩261-2)

この文章で、ハートは、裁判官の法創造が裁判官の恣意と誤解されるのを避けようとしている。そのためもあって、ハートの後継者であり論敵でもあったドゥオーキンがよく使用する、「原理」、議論での「重さ (weights)」「力 (force)」という言葉が、ハートによっても用いられていることである²⁰。ハートとドゥオーキンの両者の考えは、水と油のようなものであるが、使用されている言葉が同じであるだけに乖離度も増すのであろう。

「個別では不十分であるが合同して単一の決定を支持するのに十分である独立した諸理由」という文は、第一論文で主張された法的言葉は「破棄可能な概念」と、そして翌年のオノレとの共著論文では因果関係論における「合わせて充分な諸条件 (Jointly Sufficient Conditions)」²¹と同じ思考線

(龍法 '10) 43 - 2, 34 (484)

上にある。ハートは、人間の行為は、一つの決定的な要因によって常に決定されるのではなく、場合によっては複数の要因が関与していると考えている。

1957年に発表された後者の論文(文献⑩)は、ボーデンハイマーの批判に答えたものである。この論文は、『法の概念』との関係から考えると最も重要な論文である。その理由は、『法の概念』での鍵概念の考えの幾つかが提出されているだけでなく、『法の概念』基本枠組みが確信を持って提出されているからである。ここでは、前者の鍵概念について書きとめておく。後者については、『法の概念』の理解の仕方に関わるので後で述べる。

第1。「粗い織り目〔開かれた構造〕」が展開される。「……法の日常生活の使用における諸概念の「粗い織り目」すなわち周辺の曖昧さ……」(⑩956-7)という文の部分から、節を変えて法の概念の粗い織り目が書かれるようになるし、別の箇所でも「意味の一定の堅い核」「曖昧な周辺 (a penumbra of vagueness)」(⑩968)に起因する概念の適用が書かれている。以前の論文は、法規の適用問題の難事を事実の複雑さに起因するというところに力点を置いたのに対して、本稿は「我々の言語における構造の複雑性を認識すること」に力点を移す(⑩969)²²。

第2。「法の異質で複雑な現象」(⑩959)を解明しようとした法学者オースティン(⑩966も参考)、ケルゼン(そしてホーフエルト)の理論が、批判的に言及される。注(⑩959,n.15)において、名称はまだ付けられていないが、『法の概念』で説明される二つの型のルールが提示される。「通常の用語(normal terminology)によって印されるその区別を維持する重要性が……今まで決して明確にあるいは説得的に述べられていなかった。」(⑩959)この区別の無視が「社会現象として法を説明するのを歪めている」(⑩959 n.15)。

第3。法学者オースティンの法命令説がいわゆる拳銃強盗の場合として

批判され、ルールの特徴として、未だ名付けられていないが内的側面の説明がなされている。(⑩966)

こうして、ハートは『法概念』の概略をほぼ作ったと言える。「……法的規則それどころか法体系の『存在』によって何が意味されるのか、そして法体系内の例えば特定の制定法の存在がどのようにして……社会的慣行の規則の存在と分かれるのか。あるいは、立法府の権能を定めている憲法という基本法 (fundamental law) はどのような方法で存在するのか。……我々がこれらの問題を理解するまで、確かに、何が法であるかの理解、人々の間で法体系が存在していると主張する際に我々が言及する社会構造の型の理解を我々は欠くように私には思われる。」(⑩960)

Ⅳ その他の法理学論文

教授就任講義から『法概念』出版までで、前者に直接関係しないハートの論文は、大きく2つに分類できる。1つは、巨視的に言えば、『法概念』の基本枠組みと基本概念の構築に関わっている。2つは、法理学の特定理論である。後者は、彼の法理学の研究の広さを示しているのみならず、彼の法理学と価値理論の関係を見る上で重要である。ハートのこれらの論文について、本稿は、簡単に触れておく。

1) 自然権論文

文献⑩Are There Any Natural Rights?²³ において、ハートは法実証主義者にもかかわらず「もし何らかの倫理的権利が存在するとすれば少なくとも一つの自然権、すなわち、自由であることに対する万人の平等な権利が存在することになる」(⑩77/9)と述べる。彼は、選択の自由の権利を基礎にして、功利主義的自由主義的政治哲学を展開する。引用した文が、条件付きで書かれていることで、法実証主義内部からのギリギリの線での発

(龍法 '10) 43・2, 36 (486)

言として理解されるし、その主張は『法の概念』での最小限の自然法の内容と共通する点がある。この論文に関して、ハート自身は、「いくらかは注目されたけれど、その主な点は、私には誤っていると思える……」、「その誤りはいま改めて出版してもよいほど啓発的だと思えない」として、後の論文集での再録を拒否している²⁴。この論文の意義は、次のようなものである。

第1。彼が従来からもっている、法の多様性の理由を明らかにしている。『法の概念』第3章で説かれる法の多様性を主張するには、「自由であることに對する万人の平等な権利」を理論的前提として主張する必要がある。

第2。この論文は、この時期イギリス法の改革で重要な論点になってきている刑事立法に対する彼の基本的立場を示すものである。

第3。この論文の方法論の特徴が、哲学者ではなく法学者のオースティンに近いことである。つまり、日常言語分析の方法ではなく、権利概念の類別と分析という手法が採られていることである。(私は、ハートは全ての理論に自己の日常言語分析の方法を適用すべきだったと主張するのではない。この論文は、近代法の言説の根底を形成する問題こそ、その方法が採れる可能性があったと私は考える。)

第4。これが本来なら重要視されるべきであろうが、彼は、政治的義務と(道徳的)権利について述べている。「すなわち、多数の人々が一定のルールに従って共同の企て(joint enterprise)を遂行し、各自の自由を制限しているとき、この制限に服する人々は、もし必要とあれば、自分たちがルールに服することから利益を享受した他者に対して、同様のルールの遵守を要求する権利を有している、ということである。……上記の状況においては、ルールを遵守すべき倫理的義務(moral obligation)は相互に協力する社会成員に対して負わされているのであって、これらの成員はこれと相関的にルール遵守を要求する倫理的(moral)権利を有しているのである。……義務は、それ自体として、相互に協力する社会成員に対して

「負わされるので〔ある〕。」(⑩85/23) この共同の企てとは、政治社会では「自由であることに対する平等な権利が万人に認められる」(⑩90/31) という企てである。この叙述は法理学と政治哲学に関わる根本問題に関わっているが、私は、ハートの考えを解説できる他の彼の関連文も見いだせないで、第4点に触れないでおく。

2) 基本法

基本法の考えは、1958年文献M; *Legal and Moral Obligation, Essays in Moral Philosophy* (edited by A.I.Melden) で、「基本的諸規則」として考察される。この論文は、ヘーガーストロームの考え (M.85-6)、哲学者オースティンの「発効的言葉 (operative words)」を前口上にしながら、突飛と思える位の早さで基本的規則の問題へ向かう。「こうしてヘーガーストロームは、説明のつかない次の問題を我々に残した。言葉はどのようにして法的効果を持ちうるか、そして言葉が持つ効果とは何か。我々の関心は、彼の問題の特別な部分に関わるだけである。いかにして言葉は法的な諸責務を作ることができるか、そして言葉が作り出す法的な諸責務は何か。しかし、これさえも、必然的に何らかの法体系の基礎と法体系が存在するという主張に何が含まれるかの部分の基礎の考察を含む。」(M.87) 「この場合〔基本的諸規則 (fundamental rules)〕の『存在する』は、法体系が考慮されている社会の特定の集合の現実の行為 (*actual practice*) が言及されなければならない。」(M.88) この文を引き継ぎ、ハートは法学者オースティンの主権者への服従論、ケルゼンの根本規範論、前任者グッドハートの法に従う道徳的義務論を批判する。この論文では、『法の概念』での重要な観念である、ルールの内面的側面 (まだ名が付けられていない) (M.89-91)、それと基本的諸規則との関連、ルールの内面的側面からの法的責務と道徳的責務の区別 (Ⅲ)、第一次的ルールと第二次的ルール (まだ名が付けられていないし、後者は明確化されていない) (M.93) が提示さ

(龍法 '10) 43 - 2, 38 (488)

れ、また、『法の概念』でのいわゆる拳銃強盗の例えを用いた法学者オースティンの義務論が批判されている (M. II)²⁵。

この論文は、『法の概念』への道に大きく関係している。それは、基本的諸規則の名で、『法の概念』での承認のルール役割を考察している²⁶。ハートは、「基本的諸規則」によって、法的妥当性の淵源の考察のみならず、法的言説を適切な発言として効果を生じさせる（発効させる）条件を考察しているのである。もちろん、前者の法的妥当性の淵源の考察は後者を含みうるが、本稿は、ハートがいわば法体系の視点で考えているのではなく、法的言説の視点から考察していることに特徴がある²⁷。それは、方法において哲学者オースティンに近い。この論文は、最初の部分で哲学者オースティンの用いる発効的 (operative) という言葉に言及する。オースティンは「発効的」を「遂行的」²⁸に関連させて、遂行的発言が円滑、かつ適切に機能するために必要とされる条件²⁹を考察した。ハートの基本的諸規則の考察は、この線に沿っている。ハートは、ウィトゲンシュタインと哲学者オースティンとを研究対象によって使い分けている。

3) 法実証主義

ハート・フラー論争といわれる論文である (文献⑨) Positivism and the Separation of Law and Morals²⁹は、フラーに反論して、ハートの法実証主義に関する考えを展開する。これは、『法の概念』で詳述される、オースティンの主権者命令説の弱点 (JP.59ff/68ff)、「社会集団とその公機関がそのようなルールを受け入れるとはどういうことか」 (JP.59/68)、まだ正確な名称が与えられていないが責務を課すルールと権利付与のルールという二種類のルール、ルールや権威の社会的承認の分析の必要性、(JP. II)、『法の概念』の第7、8、9章に当たる部分の先駆けとなる文章 (JP. IV)、主に戦後ドイツでの議論の考察、最小限の自然法の内容に発展する考え (JP. V)、の基礎的部分、ハート自身の法実証主義の説明 (JP.57n.25/98注25) が書

かれている³⁰。

これらのことが示しているのは、在アメリカでの研究期間が、ハートに『法の概念』執筆のための有益な時間を与えたことである。具体的に言えば、文献⑮は主に『法の概念』の前半部（第1～5章）に、文献Mは承認のルールに、文献⑯は主にその後半部に、関わっている。しかし、『法の概念』で利用される基本概念の明確な名前はまだ利用されていないし、そこで我々を惹きつける粗い織り目〔開かれた構造〕と内的なあるいは外的な視点・陳述・側面は、まだ完成しない。次に、本稿は、それらに簡単に触れる。

4) 粗い織り目〔開かれた構造〕³¹

論文⑮には、「粗い織り目」という言葉はあっても、その用語の由来がない。「粗い織り目」という言葉が最初に使われたのは、既述のように文献⑦ *Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain 1942-52*の末尾である（⑦364/87）。そこに付された注は、こう書いている。「法理学に対する現代哲学の関連性は次の文献に見られるだろう。“The Theory of Sovereignty” by W.J.Rees, 59 *Mind* (1950) 495; B.E.King, “Propositions About Law,” 2C.L.J. (1951) 31; and in essays by F.Waismann, the present writer [Hart], and J.Wisdom in [A.Flew, ed.] *Logic and Language* (1951)」（*Ibid.*）「粗い織り目」の由来が、明確に書かれるのは、1961年出版の『法の概念』の注である。そこでは、「粗い織り目については、Waismann, ‘Verifiability’ in *Essays on Logic and Language*, i (Flew ed.), pp.117-30参照とある³²。それらよりより明確に説明されるのは、初出1970年の「イエーリングの概念の天国と現代分析法学 (Jhering's Heaven of Concept and Modern Analytical Jurisprudence)」である。そこではこう書かれている。「概念の多孔性 (*Porosität der Begriffe*)。これは、ヴィトゲンシュタインと親密であった彼の信奉者〔原文注あり〕が法的概念だけでなく、多くの経

(龍法 '10) 43・2, 40 (490)

験的な概念のもっとも重要な特徴について使った表現である。その特徴とは、要するに考えられる全ての可能性について対応できる言語のルールを作る方法はないということである。定義をどんなに複雑にしても、すべての可能な方向についてその限界を定め (delimited)、したがっていかなる場合についてもある概念が適用されるか否かを確定的に言えるほどその概念を精密にすることはできない。……われわれができることは、新しい状況が発生したとき、それに対応して概念を再定義し洗練することだけである。概念の多孔性あるいはイギリス流に「開かれた構造」と呼ばれるものについてのこの認識は、私に言わせれば、現代的な形の分析法学を触発した哲学の強力な特徴である。ウィトゲンシュタインは、そのことを法に非常にぴったりと当てはまる言葉で次のように表現している。……『概念の外延は境界によって閉じられているのではない。つまり、外延はけっしてルールによって限界づけることはできない。(Der Umfang des Begriffs ist durch eine Grenze nicht abgeschlossen: er ist nicht überall von Regeln begrenzt.)』³³〔原文注あり〕の部分で、Waismann, 'Verifiability' ('Verifizierbarkeit'), *Proc.Aristot.Soc.Suppl.* vol.19 (1949), translated in *Sprach und Analysis* (ed.Bubner, Göttingen 1968) が指示されている。以上が、ハートが、自ら記した、粗い織り目の考えを練り上げる際の参考にした人々とその著作である。

文献⑬では、粗い織り目は、「法が日常生活で用いられる際の諸概念の周辺部の曖昧さ」(⑬956-7)と説明される。ほぼ同じ頃出版された文献⑭は、こう書いている。「標準的ケースという強固な核、ないし、確固とした意味の外で生じる問題を『半影の問題』と呼んでいいかもしれない。……半影部分にある特定のケースの法的ルールの適用は、論理的演繹の問題ではなく、実践的な決定や選択の問題である (⑭JP64-67/73-5)。

「法の概念」の注はこう書いている。「基準的事例と境界線上の事例〔日本語訳本では改行〕ここで言及した言語の特徴は、「法の開かれた構

造」という見出しの下で第七章第一節で一般的に論じられている。それは「法」、「国家」、「犯罪」などのような一般用語のためにはっきりと定義が求められる場合だけでなく、一般的用語で枠づけられたルールを個々の場合に当てはめる際の推論を特徴づけようとする場合にも注意されなければならないのである。言語のこの特徴が重要であると強調した法理論家のなかには次の人々がいる。〔法学者〕Austin〔著書略〕; Glanville Williams〔著書略〕。しかし、後者については、J. Wisdom, *Philosophy and Psycho-Analysis* (1953) 所収の 'Gods' と 'Philosophy, Metaphysics and Psycho-Analysis' , による批評を参照。〕³⁴

ハートは、「粗い織り目」という言葉をワイズマンから借用しているが、その内容はワイズマンの考えそのものよりは、ハート自身の経験、ウィズダム等の考えが織り交ぜあわされていると私は推測する³⁵。そもそも、最初の論文当時から、ハートは、法律家は機械的な法の適用ができる容易な事件を扱っているのではなく、法廷にはいわゆる困難な事件が上がると考えている。それを哲学的な概念の問題として端的に示したのが、第一論文（文献①）での「破棄可能な概念」であった。「破棄可能な概念」の欠点に気づいたハートは、概念の粗い織り目論に考えを移行させた。概念の粗い織り目論は、彼が最初から意図していた法理論をより明確に示すものとなるのである。機械的法学の主張とルール懐疑主義の主張は、法の実務そして人々の法に対する行動を適切に理論化していない。そればかりか、それらは裁判官の役割を規範論的に制御できる理論ではない³⁶。それを適切に扱うには、日常言語分析を手段として、まず、対象を「相対的に安定し確定しており、しかも法思考に特徴的な概念的枠組みを形作っている法の部分」（⑩957）に絞ることが必要である。法理論の対象を再定位させたのが、概念の粗い織り目論であった。

5) 視点・陳述・側面

これらに関して、上述したように、文献⑪でハートは、「『内的陳述』の論理は、未だなお十分に解明されていない。」(⑪248,n.8)と注書きした。この論理とは、内的と外的の区別、視点、陳述、側面の相互関連を指しているだけでなく、視点、陳述、側面を支えている条件も含まれていると考えられる。哲学者オースティンの日常言語の分析を通じて規範の解明を行なおうとするハートの立場からは、重要なのは内的陳述ではなく、内的陳述の論理なのである。『法の概念』序において、このことは次のように確認されている。「事実、本書の中心的主題の一つは、社会的ルールを考察するときには常になされる二つの異なった種類の陳述、私が『内的』‘internal’ と『外的』‘external’ と呼ぶ陳述statementとの間の一定の決定的区別をわきまえないと、法も、その他の社会的構造も理解できないということである。」(CL.Preface/iii)³⁷

『法の概念』までの形成を追うと、内的陳述の論理の解明にハートが手間取っている。文献⑪の論文で、既に、『法の概念』での視点 (point of view) という言葉遣いは異なるが、『外的』立場 (standpoint)、『内的』立場が使用されている。ハートにとって内的陳述の論理に必要なのは、視点のみならず側面 (aspect) という概念である³⁸。内的側面という観念がなければ、内的視点からの内的陳述も、それが正しいという社会的な客観性を担保されることができないからである。そして、内的側面、内的視点、内的陳述が合わさって、規範的な言語行為が理解されるのである³⁹。法あるいは法的諸概念の解明は、視点、陳述、側面からなされなければならない。文献Mには、このような考えの萌芽があるが、全面的に展開されるのは、『法の概念』である。内的側面の実質的な考えは、上述したように文献⑪でようやく出されるが、まだ名が付けられていない⁴⁰。

V 特定法理学の論文

『法の概念』の見取り図とその基礎概念をアメリカでの研究期間中に獲得したハートは、法理学の特定問題にも研究の幅を広げている。ハートが述べているように、「刑法に関する多くの私の著作は、私がアメリカにいた時、ウェクスラー（Wechsler）の模範刑法典（model penal code）の集中した研究にまで遡る。」⁴¹

刑事法に関する著作は、(1) 裁判で争われる因果関係に関わるオノレ（A. M. Honoré）との共同執筆でCausation in the Lawという同じ題名を持つ論文（1956年）と著作（1959年）と(2) 刑事法、刑事処罰に関わる論文に分けられる。これらに分け入って探求することはハート研究から必要であろうが、筆者の能力は低いので(2)の研究に、それもハートの『法の概念』への思考を考える上で避けて通れない限りで、本稿は触れるにとどめる。(1)に関して、論文であれ著書であれ、この共同著作は、別個検討される必要がある。書物となった著作が、ハートの提案で大幅な論文の書き換えの未出版されていることから、論文と書物の違いがどこにあるのか、誰のどの部分に関してどのような考えに基づいて書いたのか、書き直したのか、という難題が、それにはつきまとうからである。

(2)に関して、ハートは、主に2つの点を主題にして論文を書いている。一つは、刑罰論である。これは、(ア)死刑廃止論、(イ)道徳的悪を刑法化することへの反対論に二分化される。ハート自身が触れているように、特に、後者(イ)の事柄の背後には、もう一つの課題である、責任や犯意(mens rea)といった問題が横たわっている。これらの問題は、ハートの最初の論文の問題意識と繋がっている。法における因果関係(Causation in the Law)に関する論文と著書も、ある意味では、最初の論文の執筆動機の射程内にあると言える。

これらの論文の特徴は、この期のイングランドでの刑事法改革に関連し
(龍法 '10) 43・2, 44 (494)

た時局的な色彩をも併せ持っていることである⁴²。これらの論文は、刑事法の専門的な観点から検討されてしかるべきであろうが、ここでは、『法の概念』との関係で言及される。本稿の関心を前もって示せば、これらの論文は、ハートの社会的実践のあり方、彼の価値観を示しており、そのことが、ハートは学問と実践との関係をどう捉えていたかの理解に関わるからである。それは、ハートの後継教授ドゥオーキンがハートに投げつけた問題「正しい答えはないのか (No Right Answer?)」⁴³と関連する。ハートは、法理論ではベンタムや法学者オースティンに従い功利主義的な分析的法実証主義を採用しつつも、困難な事件に関する彼の取り扱い「正しい答えはない」という立場を採用している。それならば、彼は功利主義者なのかどうか、もしそうであってもどの範囲で、どういう意味でそうであったのかが問題になろう。もちろん、ハートが、ウェーバーのような、(学問)理論と実践を峻別する価値相対主義の立場を採っていれば、話はさらに複雑になるだろう。

1) 死刑廃止論；刑法と公正（正義）

文献⑭Should the Death Penalty Be Abolished?は、死刑廃止論の立場から「死刑に関する王立委員会報告」Report of the Royal Commission on Capital Punishment (1953)を紹介した論文である。彼は、死刑廃止論を価値問題＝道徳的主張からではなく、委員会報告に依拠しながら死刑は犯罪抑止に効果的かという事実ないし証拠に基づいて論じようとしている。統計を精査しながら死刑の可否問題を論じるというハートの方法は、文献⑰Murder and the Principles of Punishment: England and the United Statesでも貫かれている。ハートは、文献⑰の4の部分で、自身の考えをより詳しく論じている。私は、ハートの思想を見る上で、重要な箇所と考えるので、この要旨を紹介する。

〔要旨〕

「この〔死刑は廃止されるべきか存置されるべきか〕問題を事柄の根本として取り扱うことは、思うに不幸にも、いわゆる刑罰の理論を暗黙に採用することである。私が『不幸にも』と言ったのは、刑罰の理論が何らかの通常の意味で科学の理論でないからである。それらは、科学の理論がそうであるような、何がこの事例であるかやそうでないかに関する断言や主張でない。原子理論や気体の流体理論はこの種の議論である。それとは違って、抑止や応報や矯正と呼ばれる刑罰のこれらの主要な立場は、何が刑罰行為を正当化するかに関する道徳的主張 (moral claims) である。つまり、それは、なぜ道徳的に刑罰行為が用いられなければならないかあるいは用いられてよいのだろうかに関する主張である。従って、もし死刑の中心問題が社会を害悪から防ぐことが必要とされるのか否かであると主張されるならば、この問題それ自体は事実問題であるけれども、含意される道徳的主張（あるいは刑罰の『理論』）は、刑罰行為を正当化するものは、刑罰は社会を害悪から防ぐ傾向を有するものであるという『功利主義的』立場である。我々は、この含意された道徳的主張を『功利主義的立場』と呼ぼう。」(PR.71-2)⁴⁴ この問題を論じる際に、「なぜ人は、事実、刑罰を科すのか」という事実問題と「人が刑罰を科す場合何がその人を正当化するのか」という道徳的正当化問題とを区別して論じなければならない (PR.74)。今論じられているのは後者の問題である。

議論は、死刑を含めた刑罰論に関する功利主義理論に反対する理論に反論する形で進められる。ハートは、刑罰の功利主義的理論に制限を加える。無制限な功利主義は、社会を害悪から守るという名目で、無実の人や精神的理由から順法できない人を処罰する。「……我々は、意識的に、二つの原理を選んでいることになるだろう。すなわち、功利主義の原理と公正の原理である。前者は、社会を害悪から守るという刑罰の傾向によって刑罰を正当化する。後者は、我々に、法に従う少なくとも最低限の能力を

もって法を犯し人にだけ刑罰を科すことを要請する。」(PR.78)「それ〔刑罰の功利主義理論に対する反対論〕が示していることは、功利主義的立場がもっともらしいためには、その立場が、刑罰の外枠の制限の主張として、つまり、それを超えて刑罰を科すことが正当化されない最大限度を固定するものとして、みなされなければならないことである。いかに洗練された形であれ功利主義的立場は、我々が無制限な形で使うことのできる何ものかとしてもっともらしくみなされることはできない。刑罰の方法による功利主義的な目標の追求に対して限定したり制限したりすることが道德的に我々に課せられていると我々が考える時、そのやり方には多くの様々なものがある。……

これらより重要なのは、文明（市民）化した道德思想が、刑罰は無実の者に適用されるべきではないという要求によって、功利主義的目標の追求に置いている制限である。……しかし、そのような制限が功利主義的目標の追求に置かれねばならないというこの主張の道德的基礎は、刑罰の基本的正当化は功利主義的目標の追求以外のものであるという承認である必要はないし、多くの一般の人々の精神においてもその承認はない。この点を明確にするためには、我々は再度二つの非常に異なった型の問題を識別しなければならない。第一の問題は、「何が刑罰の一般的実施を正当化するか」であり、その正当化は害悪から社会を守る必要性に横たわっているという功利主義の答は、それ自体、この問題に対する適切な答である。しかし、さらに次のような問題がある。それは、「刑罰の体系をある特定の個人に適用する際、何が我々を正当化するか」である。この問題にはこれ以上の何かが含まれている⁴⁵。なぜならば、ある特定の個人に対する刑罰を公正に適用する必要条件は、その人が法を犯したという要件を含むからである。この区別を表わすのに様々な方法がある。例えば、ある執行としての刑罰の正当化と刑罰を受ける責任 (liability) の区別であり、「刑罰の執行によって法を維持することにおいて何が我々を正当化するか」という問

題と「誰が刑罰を受けるのだろうか」という特定の問題の区別である。」(PR.79-81)⁴⁶「もし我々がこの区別を振り返るならば、平凡な人の功利主義が維持できうるならば、『ある所与の事件で社会の安寧が促進されるならば、功利主義は、無実の人を何故処罰してはならないのか』という問題に直面して制限されなければならないようにみえる。加えられるべき制約は、個人は法を犯していなければ社会の安寧の道具にされるべきではないという妥当な主張を個人が持つことの容認である。しかし、功利主義に対するこの制約を承認することは、刑罰の実施に対する功利主義とは異なる基礎や正当化を承認することではない。」(PR.82)

[検討]

引用した文は、ハートの思想の特徴をよく表わしている。彼は、功利主義が事実根拠した道徳的主張であるという評価を与える一方、他方では、彼は「功利主義」に様々な修飾をつけて言及している⁴⁷。彼は、功利主義の欠点を自覚し、それを何らかの形で補正しようとする。功利主義に反対する理論を検討する中で、彼は、刑罰の一般的正当化の根拠として「制約された功利主義」を主張する。それは、刑罰は害悪から社会を守る必要のために設けられていると考える功利主義の主張を基本にするが、「任意 (voluntarily) で法を犯した人々に刑罰を科すことだけが正当 (just) であるという原理に制約された功利主義」(PR.82) というものである⁴⁸。ここでは、どのような害悪から社会を守るのかは言及されていない。しかし、ベントムが『道徳と立法の原理序説 (An Introduction to The Principles of Morals and Legislation)』第12～17章で説いている原理が、ハートのその考えの基礎になっていると考えられる。刑罰対象になる害悪は、法と道徳の分離を前提した客観的な社会的影響力の大きい害悪である。

功利主義が幅をきかすのはここ迄である。刑罰を科すか否かの個別的事件を考察する段になると、無制限な功利主義は制約を掛けられる。刑罰の

個別適用においては、「法を犯していない人や法に従うことができない人を捕まえそしてその人を社会を護り社会の福利を増進するための単なる道具」にしてはならないといった「公平ないし正義」の原理が重視されなければならないからである (PR.77)。ハートは、功利主義と正義の原理との妥協を試みる⁴⁹。しかし、彼は、後者を、刑罰の一般的正当化レベルでの功利主義を補完する別の原理として考えないし、功利主義に制限を掛けるものとして考えない。彼は、文献^⑩で使ったあるいはそれ以前に遡ることのできる、一般的な意味のレベルとそれを適用するレベルの区別を刑罰の問題にも応用している。彼は、後者のレベルでのみ、公正の原理あるいは「公正の理想にかなり近接するもの (some approximation)」 (PR.82) を導入する。両者の適用レベルを変えることで両者の衝突を回避しようとしている。

彼の刑罰理論は、ベンタム功利主義を採用することで近代的刑法思想を色濃く反映させているし、より概括的考えとしては、ルール of the 支配の思想を反映させている。その功利主義を制限するものは、功利主義の欠点を認識した近代刑法の原理である。適用の段階で考慮される公正の原理は、ルール of the 一般性と類縁の関係がある⁵⁰。それに加えて、ハートは、公正 (正義) を、善悪 (good/wrong)、正誤 (right/bad) でとらえるのではなく「道徳の格別の部分」としてその社会的性格を強調している⁵¹。このことは、ハートは、公正 (正義) に言及する場合でも、その内容ではなく形式において取り扱っていることを示している。つまり、悪法の平等な適用もあり得ることになる。この限りでは、刑罰の一般的正当化理論としての功利主義と適用段階における公正の原理 (にかなり近接するもの) は、ハートが主張するように衝突は起きない。

本論文の死刑の存廃問題に関して、ハートは、絶対的価値からそれを論じるのではなく、「一種の制約された功利主義」 (PR.88) から、彼自身は死刑が犯罪の抑止になっていないし、死刑に伴う害悪の大きさから廃止の

立場を採り、死刑存置派にその必要性を証明する責任がある主張している。例えば、ハートはこうも書いている。「個人が、法を犯した時以外、社会のために犠牲にされるべきでないという個人の要求 (claim) のこの承認は、疑いもなく、それ自体絶対ではない。」(PR.81)⁵²しかし、もし死刑には犯罪抑止力があると事実によって示されたならば、ハートの立場はどうなるのかは、疑問となるであろう。死刑存廃論をハートは客観的に論じようとするが、この存廃論議は価値論を避けて論じえない問題である。

ハートが功利主義に制約を掛けていることは、困難な事件におけるドゥオーキンの言う「正しい答がないこと」に関連する。個々の事件では、功利主義的考慮、公正の考慮、経済政策の考慮、その他様々な考慮がありうるからである⁵³。刑事事件の場合、法的ルールの解釈適用は、個人（被告人）の自由の保護のため厳格解釈と公正が要請されるが、民事事件や行政事件における法的ルールの解釈適用の場合、そのような要請が緩和されるのであり、裁量、選択の余地が増え「あたかも二つとない程に正しい答があるかのように取り扱うことはできない」(CL.127/141) ののである。

2) 免責条件の存在理由

文献②Legal Responsibility and Excusesは、刑法の免責条件と民法の無効条件の両者に共通する近代法における法主体の責任と免責を論じている。この論文は、ハートの法観と言うべきものが示されているので要旨を付けておく。

[要旨]

「法が、少なくとも過酷な刑罰をもたらす重大な犯罪に対する個人の責任を、とりわけ一定の精神的条件に依拠させていることは、我々自身そしてすべての進んだ法体系の特徴である。これらの精神的条件は、免責条件 (*excusing conditions*) として消極的な形で最もよく言い表されうる。」

(PR.28)「論文の私の主要な目的は、刑法によって免責条件として扱われている条件と遺言、贈与、契約、婚姻といった民事上の法律行為を無効にするとして他の法律分野で扱われている一定の同じ条件との間の類似に注意を向けることである。」(PR.29.PR.34も参照)「……明白なのは、我々は免責条件を、ある個人を社会の他の人たちの主張に対して防御する何かとしてみなすことである。それらの免責する効力の承認は、[法の]威嚇の実効性の水準をより高いものではなく、より低いものに導くかもしれない。しかも、——これが要点である——我々は、そのことを、個人のこの防御を廃棄するための十分な根拠とみなさないだろう。いや、もし我々がそのように認めたならば、それは我々が一つの原則を別の一つの原則のために犠牲にしたことの承認を伴っているだろう。なぜならば、諸法をそれらの最高の実効性の水準で維持するという単一の原則より、より以上のものが危うくなるからである。それ故、我々は、法を、その威嚇によって単純に個人を順守へ駆り立てる刺激の体系としてみなすことを止めなければならない。その代わり、私は、商業の類推を提示しよう。法を刺激の体系ではなく選択する体系 (a *choosing system*) と名付けて良いかもしれないものとして考えてみよう。そこでは、個人は、少なくとも一般的には、もし彼らがある方向で行為をするならば支払わなければならない費用を見つけることができる。……私が本当に意味したいことは、法は単純に個人を法が望んだ行為の方向へ駆り立てるとする考え方は、不適切であり誤解に導くということである。責任 (liability) を一般に弁明的条件に依存させる法体系は、順守の方向で選択を行使する理由を各人に提供することで行為に関する各人の選択を導くことであり、しかも彼らに選択を残すことである。〔原文改行〕この点で、私が強調したいのは、刑事責任を免除する精神的条件と遺言、遺贈、契約、婚姻等の民事的な法律行為を無効にするとしてみなされている精神的条件との類似である。これらの制度は、制度が関与している行為のこれらの領域に関連して、個人に二つの計り知れな

い有利を与える。一つは、個人の選択で未来はどうなるのかを決定する個人の有利であり、もう一つは、未来はどうなるかを予測できる有利である。」(PR.44-5)

「要約すれば、私法のこれらの制度の機能は一定の領域で個人の選好を実効あるものにすることである。それ故、この法領域で、例えば、錯誤、法律行為の性質の無知、脅迫、不当威圧や精神異常といった精神的要素をそのような民事法律行為を無効にするものとして法が取り扱う理由は、明らかである。というのは、そのような条件でなされた法律行為は、現実の選択を表していないだろうからである。」(PR.45)

「そのような制度が実際個人の選好を効果的にして出来事の推移を予測できる個人の権能を高めるということは、単純に経験的事実問題である……。」(PR.45-6)

「もしこのことを銘記しながら我々が刑法とその免責条件に戻るならば、我々は、両者の機能を、威嚇的な刑法の枠内で、諸個人が未来を決定する際に、情報に基づき考慮された彼らの選択の実効性とそしてまたその未来を予測する彼らの力を最大限にする機構として、民事法と同じ様に、みなすことができる。もちろん、我々は、少なくとも社会を脅かす行為に対する抑制として刑法とその制裁が必要とされることから始めなければならない。……」(PR.46-7)

「……私が擁護するこの見解に立てば、免責条件は、〔ベントム主義者のような〕脅威 (threats) の体系の実効性とは独立して受け入れられる。その代わり、これらの条件の承認は、その効率性を次のことで弱めるかもしれないし、恐らくそうである。すなわち、刑事責任を問う条件の数を増加させ、したがって、犯罪者の側に口実の機会あるいは裁判の側に過ちを犯す機会を与えることによってそうなるのである。」(PR.48)

「この見解では、免責的諸条件は、法の威嚇の社会的功利とは衝突するかもしれない何かとして受け入れられる。それらは、道徳的重要性をもつ

たものとしてみなされる。なぜならば、それらは、選択する体系の諸満足と同様に全ての個人に与えられているからである。免責条件の承認は、それ故、〔法の〕威嚇 (coercive) の体系から得ることのできる犯罪からの最大級の保護を求める社会の要求に対抗する個人の保護の事項としてみられる。このようにして、刑法は、個人の要求を要求そのものとして、すなわち少なくとも選択する存在者 (*a choosing being*) として尊重し、その威嚇的制裁を個人に対するこの尊重を反映する方法で配分するのである。これが、確かに、正義 (公正・justice) の観念の非常に中心的なものであり、私が考えるに免責諸条件を参照することで責任を条件付ける法制度を選好することの根っこに存在する正義の多くの構成要素の、疑いもなく唯一のものであるけれども、一つである。」(PR.49)

[検討]

題名から検討する。Legal Responsibility は、ホール (Jerome Hall) やデニング卿 (Lord Dennig) の刑罰を科しうる行為は、道徳的非難に値する行為であるという見解への反論を込めて付けられており (PR.35-40)、その意味では法と道徳を分離する立場を鮮明にしている⁵⁴。Excusesは、本文でも注でも触れられていないが、彼の師であるオースティンの論文 *A Pleas for Excuses* (1956) が意識されているだろう。この論文ではわざわざ日常言語の分析方法は採用されないと断わっている (PR.30) が、それは、オースティンの論文を念頭に置いてそうされているだろう⁵⁵。

彼は、法主体と責任の関係を論じるに際して、刑法の責任に限定せずに私法の責任も視野に入れ、両者に共通する責任と免責を社会制度の中で論じている⁵⁶。もちろん、民事責任を刑事制裁の一種として取り扱い、両者を共通化する理論がすでにあった (CL.II.2)。ハートはこれに与しないで、新たな考えを提示する。彼の着眼点を支えているのが、人間は意識するしないに関わらず間違いを犯す者であるという人間観である。人間が誤謬を

犯す可能性があるならば、それに社会制度は対処しなければならない。それは、誤謬を犯した者に厳しく対処する制度なのか、それとも誤謬の理由如何によって誤謬にある程度寛容な制度なのかである。それは、社会の安全のみを重視する制度なのか、それとも人間の自由度を広げる制度なのかである。ハートは、後者を選択する。それだけではなく、彼は、一時的にせよ恒常的にせよ、何らかの理由で精神的に正常な行動をとれないあるいはとれなかった人間にも社会制度は配慮することを要求している。このような彼の考えは、人間のあり方を予測でき選択できる人間、すなわち「選択する存在」と規定していることに由来している。本稿では分析しない彼の権利選択説は「選択する存在」に対応する。予測と選択が発揮される社会は、近代資本主義社会である。

近代的自由主義の観点から考える。それが、思想史的には、異なった意見を持つ人に対する権力者の寛容論を含意するとすれば、ハートはその寛容論を拡張する。彼は、近代法が規律対象とする、いわゆる近代的個人、自由で理性的な個人が意図的になした行為という典型から外れる、人や一時的にせよ自発的と言えない行為に対して、その行為者の刑事責任を問う理論に激しく反対している⁵⁷。言い換えれば、彼は、近代的な自由な理性的個人像を法主体の典型と考えているが、それだけでなくその周辺にある人々の配慮を行なっている。

文献⑰及びこの文献⑳をみると、この時期のハートは、功利主義と公正の関係づけを模索していたと言えよう。この遠因には、客観的に見た場合、ハートの論争相手フラーの「法に内在する道徳 (inner morality of law)」の考えの影響があろうし、当時議論の俎上にのせられつつあったロールズの公正としての正義を意識したものと推測される⁵⁸。

この論文は、経験的事実問題、経験的証拠 (PR47) に基づいて論じられているとハートは考えている。それは極めてヨーロッパの近代的な歴史的、法的基盤の上で論じられているということになる。責任概念をこのよ

うに近代的な観念で捉えることが、『法の内容』の概念説明も同じ近代の歴史的背景でなされているという推測を可能にさせる。なぜならば、『法の内容』も記述的社会学 (CL.Preface/iii) として読まれてよいと書かれているからであり、日常言語学派はそもそも現在の日常に根ざした言語分析を採用しているからである。

3) その他

刑事法に関するその他の論文を『法の内容』との関係で触れておく。

文献②Prolegomenon to the Principle of Punishmentは、上述した文献②の内容を詳細にした論文である。私にはこの論文に関して三点の関心点がある。第一。「……刑罰に関して我々の受け継がれている話し方や考え方には、個別の考慮を要求する複数の理論点を過度に単純化しようとする何かしつこい推進力があるだろう。」(PR.2-3) 刑事法に関するハートは、日常言語からの分析の限界を自覚している。理論は必ずしも日常の意見や知識に依拠するものでないのである。刑事法あるいは刑事政策は、それに固有の目的を意識して理論化しなければならない。第二は、叙述したように個別事件での刑罰適用の際に「公正」の観点が強調されていることである (PR.21-4)⁵⁹。第三。この論文には、『法の内容』の第一次と第二次的ルールとこの論文との関連を付けようとする試みがなされている箇所がある。「……行動のための諸基準を定める第一次的な法 (primary laws) とそれらが破られる時公機関がせねばならないことやしてもよいことを明記する第二的法の区別……。……もし我々が、ある種の行動を奨励したりとどまらせたりする点で法の第一目標とその単なる補助的な制裁や救済的段階との間の区別……を維持しさえするならば、我々は犯罪あるいは違法行為の観念に意味を与えることができる。」(PR.7) ハートは、ケルゼンの「法は制裁を規定する第一次的規範 (the primary norm) である」(PR.7n.9) を批判しながら、刑罰の正当化論は法体系の中ではどこに位置づけられるの

かを探ろうとしたと推測されるが、その試みは中途半端に終わっている。そのことはともかく、ハートがケルゼンを参考にしながら、用語が確定されないけれども（ルールではなく法という言葉が使われていることに注意）、『法の概念』で示される第一次と第二次的ルールの考えを形成しようとしていたことが分かるだろう。

○Acts of Will and Responsibility（文献⑳）

以上に触れた刑事法関連の諸論文は、ハートの言葉で言えば批判道徳の立場あるいは法学者オースティンに従えば立法学の立場の色彩が濃い。そこでは、個人主義、自由主義という自らの信条と理論が重ね合わされている。それらに比べると、この論文は、刑法で責任を問える行為とは何かに関する学説、特に法学者オースティン⁶⁰とその流れの学説、そして実際に起こっている自動車運転での事件判決の判決理由とを検討している。この論文は、イングランドの刑法では、説明あるいは定義のやっかいな犯意（mens rea）⁶¹とは何かという問題に関わってくる。私は、彼の意見よりもここでの方法論に注意を払いたい。一、「……言語は、ここでは我々が今批判している理論が無視する重要な事実に相違を有用にも印づけている。」（PR.102）「単純であるが重要な真実は、我々が行為を熟慮し考える時、我々は筋肉の収縮の動きの用語ではなく行為の通常用法からそうしているのである。」（PR.102）二、説明に擬制が避けられる。「『より適切な』説明で私は、いかなる擬制も含まない、日常の経験の諸事実とより合っている説明を意味する。」（PR.104）三、その結果、その説明は、無理な統一性を求めない。これは、第一論文の論調を引き継いでいる。

○Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility（文献㉑）

『法の概念』の完成までのハートの著作を追うとすれば、執筆時期が確定されないが発表時期で推測すれば、この論文が最後に位置する。この論文は、Turner, J.W.C., *The Mental Element in Crimes at Common Law in The Modern Approach to Criminal Law*（1945）を批評の対象にしながら、表（龍法 '10）43・2, 56（506）

題の事柄を検討している。前者の論文（文献②⑨）と同じ傾向をもつ。文献②⑦PR.8ffで、「一般的正当化目的」と（刑罰の）配分問題（a question of Distribution）と名付けられた区別と同様のものが、negligence（過失）と刑事責任との関係では「……注意の『不変的』基準（standard）」と「責任の個別化された諸条件」という形で提示されている（PR.154）。

4) Vのまとめ

『法の概念』出版までの刑事法分野に関する彼の論文が紹介された。彼の研究歴から言えば、文献②④Immorality and Treasonを皮切りにした、道徳の刑法化に対する彼の戦いは、『法の概念』出版後も継続され、本としては、*Law, Liberty, and Morality*（『法、自由、道徳』）が1963年に出版される⁶²。刑事法の基礎となる責任（Responsibility, Liability）の研究は、1960年代の彼の主要な研究対象になる。1970年代になると、彼の研究は、ベンタム研究に比重を移す。従って、本稿で彼の刑事法分野への言及は、彼のこの分野の研究を全て見渡して述べているのではない。それらは、どういう特徴を持っているのか。

第一。死刑廃止論や道徳的悪に対する刑罰化反対論は、ハートの言葉で言えば批判道徳あるいは法学者オースティンに従えば、立法学に属する問題である。これらの問題に関しては、ハートは、制限された功利主義の立場から論じたことになる。彼の方法論の特徴は、ウェーバーやケルゼンの新カント学派のように、当為と存在の徹底した区別を意識して論じていないことである。「功利主義的立場は刑罰の正当化として社会の安寧を取り扱うが、これらの絶対的な立場と全く同様道徳的主張である。両者を区別しているのは、前者が死刑の使用が社会に対する影響に関する事実的調査を関与させるのに対して、後者はそうしないからである。」（PR.73）彼は、事実に基づいた議論を好む。その問題性は、既に指摘した⁶³。

第二。それよりもより微妙なのは、彼が、negligence（過失）やmens

rea（犯意）について扱った論文（文献②⑨）である。これらの論文での論議ある法的諸概念のハートによる扱いが、日常でどのような機能をもって用いられているのかの解明なのか、あるいはこう使われるべきだという定義を行っているのが、不明にされていることである⁶⁴。特定法理学における事実と価値の関連は、ハートによって明確にされているとは言えない。これは、彼が法実務（法概念の解釈と適用）に関係する概念を積極的に扱ったが故に浮かび上がったが問題と言えよう。

第三。刑事法分野を論じる場合、法と道徳を意識的に区別しようとしている。彼は、後日こう述べている。「[アメリカ滞在時に] 突然、私は、法と道徳の関連に関する、私にはそう見えるように、かなり感情的な見解に激しく反感を感じた。」⁶⁵

第四。刑法の一般的な理論と個別適用問題を分離し⁶⁶、後者において、公正（正義）あるいは公正（正義）に近いものが導入されている。この考えは、ハート自身が述べているように「妥協」である。『法の概念』第8章では、正義が拡大して論じられることになる⁶⁷。

ハートは正義と道徳に反した法は有効性を持たないと、『法の概念』第七章でも言っていない。彼は、法と道徳の厳格な分離を主張する法実証主義に立っている。それと同時に、ハートは、刑事法分野に関する論文を学問と実践とを切り離す形で論じるという意識を有していない。彼の法実証主義は、実務、実践と無関係ではない。後年、ハートは、デヴリンとの論争に関するシュガーマンの質問にこう答えている。

「シュガーマン：主にデヴリンが、この法と道徳の関連、と言うより明白に政治志向の強い仕事にあなたを引き入れたのですか。

ハート：そうだ。[中略]

シュガーマン：法と道徳に関連した政治への関心とそれまでの著作では[明らかでなかった（シュガーマン補完）] 論文をあなたが書く関心への転換が、[サッチャー保守政権の政策に] あるようです。

ハート：これよりも以前に他の時事的なものを〔書いてきた〕。

シュガーマン：〔あなたの〕『法、自由、道徳』以後のあなたの仕事とフラーのような人々によるあなたは非道徳的な実証主義者であるという批判との関連はありましたか。それが、あなたを法、道徳、政治に関する今日の論争に関係することに駆り立てたのですか。

ハート：いや違う。私は、私が見たものとしての真実 (truth) について書いた。私が思うに、デヴリンの主張は本当にまずく (bad) 誤解に導き、反動的な人に哲学的な装いをさせることを可能にする。それは、全く間違っている (wrong)。』⁶⁸

ハートは、刑事法そして法と道徳の関連についての著作を、自己の価値観に従って書いたのではなく、真実に関して書いたと言っている。この真実とはどういう意味で用いられているのか。死刑存廃論の議論を追うと、それは、事実 (⑩72) や「経験的証拠」(⑩47) に基づいているという意味になる。法と道徳との分離、個人主義、功利主義の主張は、イギリスでは、もはや単なる主張 (claim) ではなく、反対の諸傾向があるとしても現実的事実として根付いているという意識がハートにある⁶⁹。(言うまでもなく、歴史的に根付いていない場合、それらの主張は、主張、価値論にとどまることになるだろう。)

VI 『法の概念』へ

『法の概念』出版頃までのハートの著作が、非常に粗い形で述べられた。これらの叙述は、『法の概念』完成へのおおよその行程を示すだけでなく、ハートの『法の概念』に関する理解の一助になるだろう。

第一論文は、人間の行為概念が自然科学上の概念とは異なる遂行的機能をもっていることを強調し、法を含めた規範概念を「破棄可能な概念」という名で位置づけようとした。彼がそうした理由は、従来の必要十分条件

で定義された法概念は、具体的な法適用過程の特徴を捉えることができないからというものである。第一論文での破棄可能な概念は撤回されたが、ハートは、早くから、法概念は曖昧な用語であり (①175/148)、(イングランドの) 裁判官は、法的推論において広範な自由 (wide freedom) を有している (①173/147) と主張している。『法の概念』で主張される困難な事例での裁判官の裁量による創造的な決定は正しい答えを求めるものではないという考えは⁷⁰、既に存在している。その考えは、理論から導き出されたものではなく、実務家としての経験から得られたものであり、その経験的知識が理論的に正当化されることになる。興味あるのは、その後のハート論文には、裁判官による法の適用が、『法の概念』よりも詳しく論じられている論文 (例えば、文献⑪⑫) があることである。

教授就任講義 (文献⑥) は、師である哲学者オースティンの日常言語学派の方法論、それに加えてベンタムの言い換え方法を基礎にして、法制的諸概念の解明しようとする。この時の批判対象は、アメリカ・リアリズムとスキャンディナヴィア・リアリズムである (JPPart I)。ハートは、法制的諸概念を事実あるいは擬制へと還元する立場に反対して、「法律用語は、その特徴的な用法がなされている言明が真実となる条件を考慮する」(JP47/森51/恒160) 必要性を主張する。

教授就任講義は、法制的諸概念の解明方法を提起したが、その具体化は示唆の段階に留まった (JP27/恒125/森29)。オースティンの『言語と行為』には、ハートへの示唆が多くあるにしても、社会的存在としての法を考察する場合、それ以外の何が付加されなければならない。ハートの業績をみると、印刷発行上堰を切って重要な論文が出される1957年までは、'Are There Any Natural Right?' (文献⑩) を除いて、彼は比較的軽量級の仕事しかなしていない。ある意味では、この期間は準備期間である。

教授就任講義での法制的諸概念の解明方法の具体化は、どのような問題をさらに要求するのか。ハートの後の研究成果から、私は2つに分ける。(1)

法的諸概念の解明は、日常的な法的言説を通じてなされねばならない。様々な法主体が積極的にあるいは消極的に法に関与する場合、関与の態度を表す多様な発言、陳述を分類して、どのような条件でそのような言説が適切または不適切になっているのか、どのような言説がルールとしての法に特徴的なのかを説明することが求められる。とりわけ、法という国家の関わりが強いルールに関しては、一般人のみならずあるいは場合によっては一般人よりも公機関とりわけ裁判所の言説の分析が重要になる。裁判官の言説は、具体的事件での（法創造を含めた）法適用過程でなされる。そこでは、法的推論の問題、ある法規が有効であるかどうか法体系の存在を前提にした妥当性の問題が生じる。法体系の存在に関して言えば、法専門家である公機関の言明が決定的であるとしても、一般人の法に対する関わりはどう位置づけられるべきなのか。

(2) この問題は、突き詰めていけば、「法律用語は、その特徴的な用法がなされている言明が真実となる条件」としての法体系論と法制度論に関連する問題である。公機関が公機関であるとは何によってそうなり、どのような権限が与えられているのか。ある法規が有効であるとはどのような意味においてそうなるのか、等々である。

(1) が法的言説自体の分析であり、(2) はそれを支える条件であると捉えれば、(1) (2) をどう統合的に理解していくのが、課題になる。

前者 (1) に関して。「『内的陳述』の論理は、未だなお十分に解明されていない。」(文献⑩248,n.8) ハートにとって、重要なのは内的陳述の論理なのである。これは既述された。内的側面、内的視点、内的陳述の考えが、全面的に展開されるのが『法概念』である。ハートの研究過程を踏まえると、内的陳述や側面についての彼の説明に関して、一つの疑問が浮上する。それらについての彼の説明で、哲学者オースティンの行為遂行的な機能や発語行為、発語内行為、発語媒介行為といった諸概念やハートの第一論文での帰属的概念が、肯定的であれ否定的であれ言及されもし不思議

ではないのであるが、そうされていないことである⁷¹。それらの考えは暗黙に取り込まれているという解釈も可能である。しかし、それらが積極的に言及されていたならば、内的陳述の論理は明確になったという立場を採れば、暗黙に取り込まれるという考えは採りえない。

後者(2)に関しては、文献Mが注目されるべきであろう。「承認のルール」という用語は、まだ登場しない。法的妥当性(有効性)の問題は、ハートなりに、説明の展望がえられたが、ルールの結合としての法の考察の暗示さえない⁷²。法体系論で必要なことは、多様な法を一つの型に還元するという従来からなされていた批判を認めるだけでなく⁷³、それを超えて「法の多様性」として位置づけ類型化すると同時に統一化する理論を提出することである。法を構成するルールのあり方は、取りも直さず、法的言語の使用のあり方にも関連するのである。法を利用するのは、公機関だけに限られないからである。

これらの論点を個々に答えることよりもそれらを統一して提示することが、ハートにとって重要であった。この道筋を示したのが、文献⑬である。この論文の一部は上で紹介したが、これは、ハートがシュガーマンとの対話で2度言及する程ハート自身重視している論文である⁷⁴。この論文(文献⑬)の残された部分を紹介しよう。この部分は、ハートの当時の問題意識を明確に表わしている。

「[今までの研究者は]規則の使用に伴われる諸概念の特別な特徴を十分認識していないし、『法』『規範』や『規則』という極めて一般的な用語の下に含まれる様々な現象の多様性と変化性を十分見てこなかった。したがって、主題の多くの重要な側面がまったく無視されてきている。これらは、新しい諸道具と論理的言語的区別に対する新しい感受性とを携えて法的諸概念と法的言語をより根気強く調べることで明らかにされるべくとどまっている。これらの無視されてきた問題には、法的言語に反映される、法体系内でなされる法的諸規則の非常に多くの様々な使用の確定の問題が

ある。法律家は、しばしば、規則が**従われるか従われないか**を受けいれるだけではなく、それとは根本的に異なった作用 (operation) を受けいれることを無視してきたようである。例えば、権利が主張される時には、権利が**発動される (invoked)**。法的権力が行使される時には、規則が**基となる (acted on)**。特定の事件がある一般的規則の範囲内に収まると知られる時、ルールは**適応される**。もし我々が規則とは何かそして法とは何かに対する我々の説明を壊滅的な形で過度に単純化しようとしたり、『道徳』——分析を要する他の多くの対象をかくまうそれ自体が包括的な用語——といった社会統制の他の手段と法との関連の明確な特徴に関して性急な結論に飛び込んだりするつもりでないならば、これらそして他の多くの様々な規則との関係は、**説明を必要とする。**」(1958)「その場合、概念の説明は、〔「XはYに金を支払ってもらう権利を持っている」という〕そのような陳述が真実である基準的な条件は何か、そして如何なる種類の文脈でそして如何なる目的でそのような陳述がなされたのかを究明することによって求められるべきなのであった。」(1961)「言語のこの使用を説明することは、もちろん部分的にはそうなのであるが、言葉に関する事実を指摘することだけではない。それは、法の生活のまさに中心的である活動の型を特徴づけることでもある。……我々が言語の発効的 (operative) 使用において有するものは、〔ルールを単に従われるものとしてとらえたり予測の基礎としてとらえたりするものと〕何か異なったものであり、社会生活の手段として法を利用することで表される生活の形式について明らかにしている。〔原文改行〕言語の発効的使用の説明は、私が考えるに、それ自体重要であるだろう。」(1962)

「……哲学的定義ないし解明的説明は、それを知らない人々に対してその使用を教えることをもくろんでいるのではなく、ある概念の使用を習得している人々をなお悩ましている諸特徴を説明することにある。」(1965)「むしろ、我々は、……最近の哲学がもたらした、言語が遂行する根

本的に様々な型を新しく知ること、我々がその中で様々な種類の言語を使っている世界そしてその世界についてのより良い理解のための手段を持つ。……分析的探求を追究していくことで、同時に、我々が求めているのは、我々の言語を我々が使用する時、我々は何について語っているのかの我々の意識を鋭くすること (to sharpen our awareness) のように私には思われる。諸概念を適用する世界に関する我々の理解を増進させることのできない概念の明晰化はない。複雑なまたは錯綜した諸用語に関するまたは表現の諸形式に関する成功した分析または定義は、事実の発見という本質的な諸要素の幾つかを確かにもっている。というのは、何らかの概念の解明で、我々は、我々が概念を適用する当該の現象の型と他の諸現象との間にある様々な相違と類似に注意を不可避免的に集中するからである。そうすることで、我々は、それらから事実上我々自身のためにより広い地図にしている言葉と物の両方に関するより広くより詳細な概要を得る。それは、そのような分析的探求から離れて考えるのに慣れているよりも広いのである。」(18967)

この論文は、『法の概念』の基本的構想を宣言した論文であり、それは、『法の概念』の書かれた意図、従ってその読みの助けをなすものを含んでいる。例えば、『法の概念』の読みで重要な視点になる「解明」は、そこではほとんど説明されていないのに対して⁷⁵、この論文はそれを明確にしている。私は、この論文で表された基本構想を次のようにまとめる。

1、ハートは、法や法的諸概念が何 (what) であるかという定義を問題にするのではなく、色々な立場にある人々によってどのように (how) 語られているか、そしてそれが「真実である基準的な条件は何か、そして如何なる種類の文脈でそして如何なる目的でそのような陳述がなされたのかを究明する」(18961.cf.18963,966) ことを目的とする⁷⁶。

2、法的諸概念で構成される陳述の真実性は、法体系に依拠している。

現実になされている様々な法的陳述の存在を認めることから出発しなければならないことは、法の様々な形態を認めることである。様々な形態の法をどのように法体系として構築するかである。ハートにとって、法に関する言説の解明は、法が果たす遂行的機能を考える場合、法体系と不可分の形で提示されなければならない。

3、法の構造は、ハートにとっては、法体系理論ではなく効力ある発言の条件として解明されなければならないのである。

ハートは、1953年から大学生対象に法理学を教えていたので、教科書を書く必要性も感じていたが、かれ自身が語っているように、『法の概念』の基本構想は、1956～57年アメリカでの在外研究期間に作り上げられた⁷⁶。

VII 結び

本稿は、ハートをイングランドでの法理学を法学的法理学から哲学的法理学に転換させた人物として捉え、彼の『法の概念』の完成への道を辿ってきた。私は、そこから、『法の概念』やハートの法思想に関して指摘できることを書きとどめることで、本稿の結びとする。

1) 先人の影響

ハートの方法は、誰からの影響を受けて成立しているか。彼は、シュガーマンの書面質問に答えて、彼の知的発展にとって影響のあった外国の法学者として、ケルゼン、オリベクローナ、ロス、ヘーガーストローム、ボッピオ、フラー、ドゥオーキン、パウンド、イェーリング、ホームズをあげており、同世代のそれではケルゼンとボッピオをあげている⁷⁸。同じ箇所、彼に影響を与えた法学以外の思想家（シュガーマンはわざわざ「重要さの順で」と書いて）として、彼は、J・L・オースティン⁷⁹、ウィトゲンシュタイン、ヒューム、ホッブズ、カントをあげている。後者が、

「重要さの順で」と書かれているが、前者にはそれが書かれていない。あげられても然るべき法学者としてはオースティン、思想家兼法学者としてはベンタムがあげられていないので、ハートの回答も割り引いて考える必要がある。

『法の概念』の書き出しは、法の定義ないし説明の代表例を引用することから始めている。引用される文は、ルウェリン (Llewelyn)、ホームズ、グレイ (Gray)、法学者オースティン、ケルゼンである (CL.1/1-2)。彼の法理論に影響を与えた者は、ハートの研究歴から言えば、規範 (ルール) の理解ではホームズとアメリカ・リアリズム⁸⁰、オリベクローナとスカンディナヴィア・リアリズムの影響が強く、法体系の考えではケルゼンの影響が強いと言える⁸¹。この場合の影響とは、彼らの理論の直接的な受容ではなく、その理論をいかに克服するかという意味での影響である。彼らの中でも、法律実務家としての経験を法理学に活かそうとするハートは、ホームズやアメリカ・リアリズム法学がもつ問題意識に影響されていると私は考える。ハートは、彼らのいわば予測理論の難点を、哲学者オースティンの言語哲学の方法で克服できると考えた。第一論文がそのことを明らかにしている。その論文の欠陥は、裁判官の裁量を拘束する理論を見つけ出せずに終わった。ハートは、現代社会における裁判官の法創造を必然と認めても、法理学を裁判官の行動予測に解消するのは、社会における規範 (ルール) の役割を過小にするだけでなく、規範と規範学の位置づけを弱くすると考えている。社会における法規範の役割は、個人の自由の領域の確保のために公機関の統制することである。概念の粗い織り目論は、リアリズム法学を克服する手段を与えた。それは、裁判官への規範的統制部分と立法部分をうまく区分けする。それだけでなく、それによって公機関と法に従う人々の行動の説明が、なされうるのである。

2) 研究歴からの『法の概念』の問題点

『法の概念』について述べれば、私は、その題名が適切であったかどうか疑いを禁じ得なくなっている。その題名は、ライルの『心の概念』(*The Concept of Mind*.1949)にあやかって付けられたが⁸²、私は、ある意味で不幸な選択だと考える。それは、ハートが避けようとした法(体系)の定義のように理解される可能性を含むからである。師である哲学者オースティンの著書の題名『言語と行為 (*Words and Deeds*)』‘How to Do Things with Words’になぞらえれば、『法の言語と行為 (*Legal Words and Deeds*)』‘How to Do Things with Legal Words’がふさわしいかと考える⁸³。

題名の問題は横に置いても、作品は生み出されると、作者の意図を離れて理解される場合がある。そして、作者さえも、意図した方向とは違う方向へ歩み始めることもある。時系列からハートの『法の概念』を見た場合、その成功はハートの最初の意図と異なる成功をもたらしたのではないかという疑念が、私の脳裡に浮かぶ⁸⁴。私は、『法の概念』執筆における基本視点に焦点を当てて、この疑念とそれから生じる『法の概念』の問題点を述べる。

『法の概念』でハートが何をどのようにして書きたかった。もちろん、それは『法の概念』の序に書かれている。ハートの当初の考えは、師である哲学者オースティンの考えを応用し、法的言語を解明することであった。言語の社会性を考えると、その解明は、「記述社会学」(CL.Preface/序iii)の基礎研究である。ハートは、法的諸概念や法的言説が行為遂行機能をもって使用された時に、それらの概念や言説の特徴が表れると考え、そこに研究の意を注ぐ。法的概念や言説は、法体系の中でその機能を果たす。ルールの内外的・外的な視点、陳述、側面の導入、とりわけ内的なそれらは、ルールとそれ以外の社会的慣行とを分ける。ハートの記述は、説得性を持ち、規範の理解に新たな一步を築いている。

これが、ハートの『法の概念』の執筆の第一の意図＝哲学的意図であるとするならば、第二の意図ともいうべき法学的意図がある。それは、規範

(ルール)一般から体系性をもつ法(体系)に固有な言語使用を通じて法概念の特異性を解明することである(CL79/90)。それは、これまでの欧米の近代法及びその修正に関する法理論の成果を、ハートなりに統合しようとする試みである⁸⁵。法学的意図は、端的に言えば、近代国家の原則である法の支配の原理を維持しながら、近代法の修正のために裁判官の法創造を認め、それを説明するあるいは正当化する理論を提供することであった。彼は、第一の意図から出発し第二の意図へと接合し『法の概念』に至るまでの手がかりを求めている。特に、アメリカでの在外研究期間に出された論文は、その過程を如実に表わしている。哲学と法学を結節する観念が、既に見てきたように、言葉の意味に関する理論であり、内的・外的な視点・陳述・側面論である。これらの発想を法(体系)に適用するため、ハートは『法の概念』第5章で「第一次的ルールと第二次的ルールの結合としての法」という「法理学への唯一の鍵(the key to the science of jurisprudence)」(CL6/7,CL79/90)を探し出したのである。

今言った、第一の意図と第二の意図は、61ページで述べた(1)法的言説の分析と(2)その条件分析にほぼ対応している。ほぼ対応するが故に、問題も生じる。言明ないし言説が適切であるための条件が、法体系論として独立する可能性を秘めているからである。大胆に言えば、法(概念)の言説の解明は「作用する法」(law in action)を意識してなされている一方、他方その条件は「紙上の法」(law on paper)を意識してなされるという状態を生み出す。私は、ハートが「法理学への唯一の鍵」を強調した時、『法の概念』が、ハートの当初の執筆目的を超えて法の分析的体系論への方で理解される余地を与えたと考えている⁸⁶。「第一次的ルールと第二次的ルールの結合としての法」という観念の導入は、あくまでも、法的言説を「円滑に、かつ適切に機能させる」⁸⁷条件の準備作業であった。ハートにとって、法体系論は、「理論的論議よりも、法の実際と手続」を解明する⁸⁸、あるいは「法思考(legal thought)の一般的枠組みの明確」⁸⁹にする(龍法'10) 43・2, 68 (518)

ために構成されるものなのである。法体系を法体系論としてそれ自体独立の主題としてそれを理解すること、そして『法の概念』第5章の「法以前の世界から法的世界への移行」の叙述を法の歴史的発展論として理解することは、ハートの当初の意図と異なる。

私がこう考える理由は、實務の第一次的ルールのみからなる社会から「第一次的ルールと第二次的ルールの結合としての法」を有する社会の提示は、何か歴史的経過による法体系論を提示するかのような錯覚を我々に与えるからであるからである。そのことによって、ハートが法学者オースティンやケルゼン批判のために、日常言語の分析から認めてきたルールの多様性と、實務の第一次的ルールのみからなる社会との整合性の問題が引き起こされることになる。事を複雑にするのは、『法の概念』出版後のハート自身も、批判者の対応に対して、法体系論からの視点で第一次的ルールと第二次的ルールを議論していることである。その結果、ベンタムや法学者オースティンと同じ、義務が先行した法観になってしまっている⁹⁰。例えば、ハート自身も、第一次的ルールと第二次的ルールとの結合という考えの維持のために、法の多様性を指摘しながら、實務を課すルールを第一次的ルールと等値したがために⁹¹、法の他の形態を第二次的ルールの押し込めてしまっている⁹²。

ハートの法体系論が自立して評価されるのとそれに反比例して、ハートがルールの解明に用いた内的・外的な視点、陳述、側面が置き去りにされる。彼の当初の目的が、法的概念と法的言説の解明であるならば、法成立後より分節化、複雑化する内的・外的な視点、陳述、側面が解明されるべきだったのであろう。しかし、『法の概念』第5章でのそれらの説明は、ある意味では単純化されすぎ、法体系さらには法制度の成立後の起こりうる複雑な視点、陳述、側面を覆い切れていない。承認のルールが導入され、一部の人が法的に公機関と私人という役割分裂を起こす時、内的、外的視点以外の他の視点がありうるのか、またそれらの視点と陳述、側面の組み

合わせがどうなるのかといった課題が生じるだろう。もちろん、この課題をこなすには、気の遠くなる作業を要するだろう⁹³。さらには、法的言説の解明には、法体系論のみならず法制度論が論じられねばならないのであるが、法制度論は度外視されてしまっている⁹⁴。

3) 思想

ここでの思想は、ハートの法理論を支えている彼の学問観、世界観、社会観といった事柄を意味している。ハートは、「在る法」と「在るべき法」とを区別する法実証主義を採用しているので⁹⁵、刑事法分野の論文では彼の価値観が表明されているかもしれないが、『法の概念』ではそれが表明されていないという見解もありうる⁹⁶。こういう見解がありうることを念頭に置きながら、本稿は、刑事法分野で表明された価値観を手がかりにして、『法の概念』にいわば埋め込まれた価値観、法観を探る。

ハートは、初期から既に現代社会の安定性に懐疑の目を向けていた。第一論文（文献①）では、それがいわば規範科学における概念が必要十分条件で把握できないと言う形で表明されている。第一論文は、必要十分条件での定義を解体しようとした⁹⁷。しかし、彼は、極端な不安定を認める法理論を志向しようとするのではなかった。むしろ、彼は、安定と変化の均衡を図る。法の世界では、この均衡とは、人々の自由を護るための法の支配と時代の変化への対応の均衡である。その解決の糸口として、彼は、社会的脈絡の中で作られる意味の中心部、核心と半影、周辺という概念の粗い織り目論を着想した。『法の概念』は、この考えを基礎に、法の支配と公機関とりわけ裁判官による法体系維持発展機能の調和を図った。

彼の刑事法に関する論文は、彼にすれば法理論の個別的研究であり、『法の概念』の補完である。そこで論じられているのは、①死刑廃止論であり、②特定の道徳行為の刑法化に対する反対論であり、③何らかの理由で個人の自由なあるいは自発的な行為と言えない行為に対してその行為者

に刑罰を科すことに対する反対論である。それは、法に従う、従わされる者の立場を考慮した理論である。彼は、当時の刑法の変更を時代に逆行するものと考え、激しくそれに反対する。それは、理論的と言うよりも政治的色彩を帯びている。この点で、今言った補完が、理論的補完関係なのか、理論と（あるべき理論や実践的思考を含む）思想という補完関係なのか、思想の補完関係なのか問題になるが、ハート自身は、同じ理論の領域にあると考えているようである。

強引と批判されるかもしれないが、ハートが着目した意味の核心と周辺が形を変えて、彼の刑事法の論文にも適用される。前述の①②は、国家権力の抑制の主張であり、②はリベラリズムの考えの中心となるものであると同時に、法的領域の周辺にあるとも言える道徳的領域に法の制裁を拡大することへの批判である。③はどうであろうか。③で擁護される主体は、近代的法主体像を核とすればその周辺に位置する人である。ハートは、その人達を刑法の過度に社会防衛的な機能から護ろうとしている。いま仮に周辺にいる人々をどのように扱うかを「包容力の問題」と名付けると、彼のこの関心はまさにリベラリズムの包容力の問題⁹⁸と言えよう。彼の法主体観は、完全な理性的存在ではなく、誤った判断をしたり熟慮せず行動したりする存在であり、あるいは何かの原因で一時的のみならず恒常的にそうになっている存在でもあるというものである。（法）規範は、そのような人間を考慮せず、完全な理性的存在を仮定して適用する傾向をもっている。規範のあり方は、誤りやすい人間を念頭において考察されなければならない。強弁すれば、彼は刑法とその対象である人の中心部を定めた上で、刑法の周辺で接する問題や主体を扱っているのである。

ハートは、誤りやすい人間そしてその誤りを一定の範囲で寛容に対処する法理論を志向していた。彼は、ヒューマニズムや寛容を、国家のあり方の一般論として捉えるのだけではなく、イギリス刑法の基本概念であるが曖昧な意味を持つ犯意 (mens rea) の分析という個別法分野での理論的問

題として具体化しようとしている。彼の意図は、自由に予測して行動する理性的人間を（法）主体の核に据えながら、その典型から外れた、いわば周辺にいる人に対して、排除の論理をもって社会統制の対象にするのではなく、むしろ寛容を示すこと強調することである。

ハートのこの考えを支える彼の人間観は、人間とは選択する存在者（a choosing being）であるという考えである。その選択する存在者と適合する彼の社会観はこうである。「我々の〔刑法〕体系は、害悪がなされそれが適切な**犯意**を持ってなされたと証明されるまで、介入しない。ここで取られるリスクは、何も得られないのではない。そのリスクは、人間の運命はその人の選択に依るべきであるという一般的承認のために我々が支払う対価であり、これが、自己抑制という主要な社会的徳を促すことである。〔原文改行〕これらの個々の事柄の基礎として、私は、より重要な一般的原理があると考え。人間社会は人々の社会であり、そこでは、人々は、自らあるいは互いを、時には害悪があり従って妨げられたり変えられたりされるべき方向で動く多くの物体として眺めるのではない。その代わりに、人々は、お互いの動きを意図と選択を有した宣言として解釈するのであり、これらの主観的要素が、それらを宣言する動きや動きの効果よりも社会的関係にとってより重要となるのである。」(33PR.182)「私は、商業の類似を提示しよう。法を刺激の体系ではなく、**選択**の体系（a choosing system）と名付けてよいものとして考えてみよう。そこでは、個人は、ある方法で行為するならば、少なくとも一般的言い方では、払わねばならない費用を見いだすことができるのである。」(20PR.44.本稿51ページ参照。)ハートは、個人の私的あるいは社会的そして多様な行為の中から、この商業的な取引社会像そしてその社会での選択する人間像（選択するとは、選択の結果を予測することも含むとすれば）を、浮き立たせ、それを法の領域として確定する⁹⁹。

ハートの思想の核は、近代的なりベラリズムの思想であり、より具体的
(龍法 '10) 43 - 2, 72 (522)

に言えば、J・S・ミルの功利主義的リベラリズムを発展させている。もし、人々がリベラリズム社会を標榜するならば、その社会が抱える問題も予測して許容される危険 (risk) として包摂しなければリベラリズム社会と言えないという考えである。ハートのこのような考えには、本稿はこれを詳述する場でないが、以下のような一般的な批判が可能であろう。第一、ハートの描く社会は、即物的色彩を持ちすぎる。それは、道德の法律化の正当化論としてのデヴリンが主張するような「享有された道德 (shared morality)」を排除するには、適切な理論であるが、現状の社会をみれば説得的でない。第二、階級対立社会 (餽) からより細分化、複雑化、不確定化した社会状況として考えられる高度資本主義社会あるいはポスト近代社会で、このような自律性をもって選択する主体が存在しうるのか。第三、商品社会には、商品生産が伴い、そこでの関係、資本主義生産社会では階級関係が、労働に関する権利、社会権といった権利を生み出してきている。選択する存在者、商業風類似は、自由権のみが強調され他の人権を視野に入れることを難しくしている。第四、典型的な近代人の周辺に位置する人、何らかの理由で選択する存在と言えない人、に対して寛容を主張しているが、彼らの権利論は述べられていない¹⁰⁰。ハートは、自己の置かれた状況によって選択肢の狭められた人があるというマルクス主義のような批判のあることは熟知している (文献②PR.50)。

刑事法の論文で示されたハートの社会観と人間観は、『法の概念』の法理論の基礎にどのように埋め込まれているのか。私は、法の多様性を認めながらも (CL.chp.3)、責務の第一次的ルールの先行性 (CL.chp.5)、その裏返しとして責務のない所で生じる自由¹⁰¹、形式化された正義 (CL.chp.3) にその影響を見る。

ハートは、現代社会に対応した形でリベラリズムを考えているのと同様に、彼の法の理論も現代社会に対応させている。近代法の修正の法理論は、既にハート以前の欧米の法学者によって考察されてきているが、ハー

トは、それらの理論を巧みに採り入れている。彼は、維持すべき近代法の原理、原則を法の理論の核とし、現代の社会や国家が対応すべき領域を法の周辺と考えている。人が自由に予測をもって行動するために明確な意味部分を持つ法の核がある一方、他方、法の予測不可能な問題が意味の核の周辺部分に存在する。後者の部分は、法の専門家である裁判官が積極的に介在する部分である。ハートにとって、法の粗い織り目論は、法が社会的に適応する為に重要であった。

彼の思想と法理論とは、様々な径路を通じて相互に繋がっているとしても、直接に結びついている訳ではない¹⁰²。それだけではなく、法理論が組み立てられる時には、思想だけでなく現実の法理解が関与する。理論家の法理論は、思想や哲学を背景に持ち、現実の法理解の絡みの中で成立する。ハートは、現実の法を大ざっぱにはこう述べている。「何らかの単一の社会目的の追求は、常にそれ自体を制限するものをもつが故に、我々の主な社会諸制度は、部分的には食い違いのある諸原理の妥協として理解されうだけである多元的な特徴を保持している。これは、契約のような比較的小規模な法的制度でさえ当てはまる。」(27PR.10)「……法は、多くの様々な主張と妥協しなければならない……。」(33PR.175) ハートは、上述のように、個別的な(刑事)事件の判断でも、妥協の余地を認めている。私は、法は妥協の産物であるというハートの考えが、彼の法の粗い織り目論や概念論を支えていると考える。これは、『法の概念』出版後にドゥオーキンが取り上げた困難な事件の司法裁量における「正しい答」の有無論に関わる。『法の概念』出版後の問題は、本稿の埒外にしているのであるが、『法の概念』出版以前の論文を読む限り、ハートは、倫理学における不可知論の立場から正しい答はないと考えているのではなく、司法裁量がなされる事件では諸々の政策、原理、法の目的、公正等の様々な要素を考慮して決定されるので正しい答はないと考えている¹⁰³。彼の法観には、規則への遵守観がある一方、他方、法は妥協の産物であるという観念があ

(龍法 '10) 43 - 2, 74 (524)

る。

ハートの『法の概念』は、歴史的に見れば、法と道徳と宗教を切り離した西欧の近代資本主義という特定の法文化と結びついているのであるが、彼はそれを余り意識していない。1994年の『法の概念』第二版追記は、こう書いている。「本書における私の目的は、法とは何かについての一般的かつ記述的な理論を提供することであった。一般的理論であるという意味は、特定の法体系、ないしは法文化と結びつかず、法をルールに支配された（その意味で、「規範的な」）社会的政治的複合制度として説明的に明確化する解明を与えようとするということである。……私の解明は、道徳的に中立で、なんら正当化目的を持たないという点で説明的である。」¹⁰¹

4) まとめ

本稿は、ハートの単独著作を第一論文から『法の概念』まで追うことで『法の概念』の形成過程を示した。

『法の概念』以前の諸論文は、彼がスカンディナヴィアとアメリカのリアリズムの考えを採用しながら、その規範の性質に関する難点を言語哲学の手法を用いながら克服する方向で思考していたことを示している。その克服にめどがついたのを契機に、法学者オースティン、ケルゼン、自然法論者が統一的な法理論の形成過程で検討されていった。

刑事法の諸論文は、時代に対して、法の概念を問題にしながらも、時には人々に訴えかけることで法学者としての実践的な態度を示している。（ここで刑事法と一括して書いているが、論文で示したように、ハートは法的責任の論点では、刑事法と民事法の共通性を強調している。）本稿は、それらの論文を媒介にすることで、『法の概念』では表面に出てこない彼の法理論のイデオロギー的基礎が明らかにした¹⁰⁵。

『法の概念』の成功は、ハートが先人の説を巧みに消化しながら、彼の言に従えば、「法理論のこれらの極端な説（aberration）の間をぬって舵を

とる」(M.89)¹⁰⁶ことで、日常言語分析で規範の概念を解明しそれを出発点として近代法と現代法の諸法理論を総合的に描くことで、その後の研究への指針を与えると同時に教科書としても現代法の見取り図を与えたことにあろう¹⁰⁷。こう言うことは、『法の概念』が完全であるということの意味しない。むしろ、それは、包括的であったが故に、他の法理学の著作よりもより多くの難点や取り組むべき論点を提供したのである。

『法の概念』がイギリスのみならず他国の法理学にもたらした影響は大きい。ハートが先導し主に彼が育てた学者の研究成果は、イギリスの法理学の正統ないし『オクスフォード法理学 (Oxford Jurisprudence)』として言及されるに至っている¹⁰⁸。正統理論は、議論が集中する理論でもある。ハート理論への批判は、外部からの批判のみならず、その正統理論と言われている陣営の中からも、特にハートの後継者ドゥオーキンによって強力に出されている。ドゥオーキン自身が『法の帝国』を打ち立てた時、いわゆる正統派のあるいは英米の法理学の版図に変動が生じた。これを、ドゥオーキン理論によってハート理論が凌駕されたと言うのも早計であろう。ハート、ドゥオーキンの理論の流れは、月並みであるが、学問の弁証法的発展の中にある¹⁰⁹。この発展の中でハート理論を位置づける必要があるが、これは本稿の課題ではない。本稿は、ただハートの『法の概念』への道程をイングランドの法理学の歴史において明らかにしようとしただけであるからである。

※1 丸数字だけあるいはその番号の前に文献と書かれている場合は、本稿 (1) での番号を付けた文献を指示する。丸数字の後の数字は、その文献の当該箇所であり、スラッシュ (/) がある場合は、所収が二つある場合の各の箇所を示しているか、日本語訳の箇所である。

※2 私は、1958年出版のメルデン編集の所収論文 *Legal and Moral Obligation, Essays in Moral Philosophy* (edited by A.I.Melden) を、不覚にも、前稿の文献表から脱落させてしまった。本稿でこの文献を略記する時は、文献MまたはMとする。

- ※3 Hart, *The Concept of Law* (1961) は、CLと略記する。CL75/85と表記する場合、75は、英語(紀伊國屋書店版)の箇所であり、85は矢崎光圀監訳『法の概念』の箇所である。
- ※4 Hart, *Punishment and Responsibility* (1968) に所収された論文の引用に関しては、PRと略記する。
- ※5 Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983) に所収された論文の引用に関しては、JPと略記する。
- ※6 日本語斜体字は、原文も斜体字である。
- ※7 本稿で複数回にわたり指示される文献を念のため挙げておく。詳しくは、前稿を参照。

- ① The Ascription of responsibility and rights, 49 *Proceedings of the Aristotelian Society* (1948-9) [再録: Flew (ed.), *Logic and Language* (1951)] これは「第一論文」として言及される場合ある。
- ⑥ Definition and Theory in Jurisprudence (1953) [再録: 70 *Law Quarterly Review* (1954); *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983)] [日本語訳: 再録の前者を基にした恒藤武二訳「法理学における定義と理論」(恒藤武二編訳『現代の法思想』(1966年)所収)、再録の後者を基にした森際康友訳「法理学における定義と理論」(ハート、矢崎光圀、松浦好治ほか訳『法学・哲学論集』(1990年)所収)]
- ⑦ Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain 1942-52, *American Journal of Comparative Law* (1953) [日本語訳: 深田三徳訳「イギリスにおける法哲学と法理学 (1945-1952)」『同志社法学』25巻4号 (1974年)]
- ⑩ Are There Any Natural Rights?, *Philosophical Review* 64 (1955) [再録: Quinton (ed.), *Political Philosophy* (1967); Waldron (ed.), *Theories of Rights* (1984)] [日本語訳: 小林公訳「自然権は存在するか」小林公、森村進訳『権利・功利・自由』(1987年)所収]
- ⑪ Theory and Definition in Jurisprudence, *The Aristotelian Society, Supplementary Volume* 29 (1955)
- ⑭ Should the Death Penalty Be Abolished?, *The Listener* (19 January 1956)
- ⑰ Murder and the Principles of Punishment: England and the United States, 52 *Northwestern University Law Review* (1957) [再録: *Punishment and Responsibility* (1968)]
- ⑱ Analytic Jurisprudence in Mid-twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer, 105 *University of Pennsylvania Law Review* (1957)
- ⑲ Positivism and the Separation of Law and Morals, 71 *Harvard Law Review* (1957-8) [再録: *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983)] [日本語訳: 上山友一、松浦好治訳「実証主義と法・道徳分離論」(ハート、矢崎、松浦ほか訳『法学・哲学論集』(1990年)所収)]

- ② Legal Responsibility and Excuses, in S. Hook (ed.), *Determinism and Freedom* (1958) [再録: *Punishment and Responsibility* (1968)]
 - ⑦ Prolegomenon to the Principles of Punishment (1959), *60 Proceedings of the Aristotelian Society* (1959-60) [再録: *Punishment and Responsibility*]
 - ⑨ Acts of Will and Responsibility, *The jubilee Lectures of the faculty of Law, University of Sheffield* (1960) [再録: *Punishment and Responsibility*]
 - ⑬ Punishment and the Elimination of Responsibility (Hobhouse Memorial Trust Lecture, 16 May 1961:本稿で追加)(1962)[再録: *Punishment and Responsibility*]
- M: Legal and Moral Obligation, *Essays in Moral Philosophy* (edited by A.I.Melden)

1 この表現は曖昧さを残している。例えば、恒藤武二のハート略歴紹介(恒藤編訳『現代の法思想』(1966年)、218ページ)、末延三次のそれ(紀伊國屋書店発行、Hart, *The Concept of Law*, 解説、266ページ)は、教授就任を1953年にしている。矢崎光圀のそれ(矢崎監訳『法の概念』、302ページ)は、1952年にしている。英語文献でも分かれている。MacCormick, *H.L.A.Hart* (1981)のペーパーバック版裏表紙は、1952年にしており、Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence* (1989), p.83は、1953年にしている。Lacey, *A Life of H.L.A.Hart* (2004)は、オクスフォードの人事を熟知しているためかその違いを説明していない。推測する。Lacey, *op.cit.*, p.155は、ハートのバーリン(Berlin)宛の手紙を引用している。ハートは、「1952年4月1日にそこで〔University College〕のFellow(研究員)になった」と書いている。そして、*Ibid.*, p.174によれば、52年にハートはUniversity Collegeに移動する。法理学教授就任含みて人事が決定され、正式就任が翌年になった。時期を改めて正確を期したい。

2 文献⑥の引用に際しては、英語論文に関しては、Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983)に収められた論文を用い、日本語訳は、恒藤武二訳「法理学における定義と理論」(恒藤武二編訳『現代の法思想』(1966年)所収)、森際康友訳「法理学における定義と理論」(ハート、矢崎光圀、松浦好治監訳『法学・哲学論集』(1990年)所収)を利用する。従って、表記としては、(JP:数字/恒数字/森数字)で行なう。最初のJPは、英語論文の当該箇所であり、恒は恒藤訳の当該箇所であり、森は森際訳の当該箇所である。なお両訳とも甲乙つけがたい適切な訳であるが、引用に際しては、私が古くから読んできた恒藤訳を採用する。但し、森際訳の方が適切と感じた時は、それを採用し、表記の順序を入れ替える。なお、この部分や文脈上この文献と分ける場合以外は、文献⑥と表記する。

3 Sugarman, Hart Interviewed; H.L.A.Hart in Conversation with David Sugarman, *32 J.of Law and Society* (2005), p.277.

4 この(JP31/森33/恒132)の「これらの語の第一次的機能」に付けられた注で、operative wordsがdescriptive wordsと対比して言及されている。これは、オースティンの行為遂行文の機能を念頭において書かれている。operativeを、

- 恒藤訳、139ページ注(1)は、「作用的」と訳し、森際訳、54ページ注(10)は、「効果発生」と訳している。本稿は、オースティン、坂本訳、12ページの訳語「発効的」を採用している。
- 5 例えば、(JP27/恒125/森29)、(JP35/恒139/森38)。
- 6 ハートが、概念の粗い織り目〔開かれた構造〕の考えを得た過程において、ウィトゲンシュタインの研究に接近した可能性が指摘されうる。
- 7 文献①The Ascription of responsibility and rights,185/157.
- 8 「……何らかの法の規則あるいは諸規則(例えば、契約の諸規則)」(JP28/恒126/森30:訳は石井)。
- 9 もしハートが、この時期に、教授就任講義で引用されたベンタムの*Fragment on Government* 以外の他の著作、特にEverett (ed.), *The Limits of Jurisprudence Defined* (1945) (これは1970年にハート自身の再編集によって*Of Law in General*として出版される)を読んでいたとするならば、この規範の集合の連関はより綿密になっただろう。ハート第一論文(文献①)は、殺人禁止や契約を規定する条文のみを考慮していた。しかし、教授就任論文になると、彼の法の理解はベンタムの考えに近くなっている。ベンタムの考えについては、石井幸三「ベンタム「法一般論」に関する覚え書(一)」『龍谷法学』15巻1号(1982年)、15ページ参照。
- 10 Definition and Theory in Jurisprudence ,Part,II & III参照。これは、(文献①) Theory and Definition in Jurisprudence,p.255では、緩和される。「私は、一般の規則の適用以外に「Xは権利を持っている」や「Xは義務を負っている」という形式を使うことに、何らかの言語的な不適切さがあるだろうと誤って示唆した。しかし、〔特定の名指しされた人に特定に権利を与え又は特定の義務を課す〕議会法があったことを想起しよう。」
- 11 文献⑦深田訳87ページ「他方、或る言明ないしルールが多くの異なったしかたで他の言明ないしルールに関係しているという発見は、諸々の法体系の構造と相互関係、また法的ルールと道徳的ルールの諸関係の両方の説明の前進の基礎を提供することができであろう。」
- 12 ハートの1964年の論文Bentham and Beccaria in Hart, *Essays on Bentham* (1982), p.43. は、ベンタムの方法論の意義をこう位置づけている。「この学説において、ベンタムは、バートランド・ラッセル哲学の顕著な特徴である論理的構成、不完全な象徴、使用における定義という観念そして彼の哲学から発している分析的哲学の諸形式を先取りしている。」
- 13 順に(文献①) Theory and Definition in Jurisprudence, p.249,p.248n.8.
- 14 Sugarman, *op. cit.*, p.274. マコーミック、角田猛之編訳「ハート法理学の全体像」(1996年)、62ページは、「青色本」は、G・A・ポール(George Paul)から手に入れたとしている。後期ウィトゲンシュタインの草稿コピーは研究の対象になっていた。ウィトゲンシュタイン「青色本」については、藤本隆志「ウィトゲンシュタイン」(講談社学術文庫、1998年)、191ページ参照。Lacey, *op.*

- cit.*, p.170によると、ポールは、かつてはウィトゲンシュタインの学生であって、哲学者オースティンの代弁者であり、ハートと同僚の言語哲学者である。
- 15 1955年刊行の就任講義反論論文(文献⑩) *Theory and Definition in Jurisprudence*, p.258n.10では、ハートは、ウィトゲンシュタイン『哲学探究』に言及している。そこでのウィトゲンシュタイン言及は、ルールの適用の不確定性であり言語ゲームではない。
 - 16 Lacey, *op.cit.*, pp.139-41は、1947年オクスフォードで開かれたJowett Societyの会合でウィトゲンシュタインが行った講演とそれにまつわる紛糾を記している。*Ibid.*, pp.137, 141は、オクスフォード日常言語学派の特徴を、古典哲学の卒業生が中心、科学的還元主義に反対、ラッセルや初期ウィトゲンシュタインのケンブリッジを基礎にした哲学に反対、共通感覚的性質、明確性、透明性への信頼と書いている。
 - 17 参照、文献⑩256。「例えば、……『裁判官が法の諸淵源を完全に彼の良心の命じるように用い、法的権利がそのように整序されている要求である時、裁判官は正しく (correctly) 決定する』ということは、その直接叙実形式 (indicative form) にもかかわらず、勧告であり、それ自体として、どのようにして裁判官は法における欠缺を埋めるべきかと同様、『論議ある』。それは、多くの法体系あるいは何らかの法体系で長い間通常なされていることの記述 (description) ではない。」注意したいのは、引用した部分の後半の段落で次の文があることである。「私は、(1) 事件の争点は何であるかを述べること、(2) 表現の意味 (meaning) を解明すること、(3) 何がなされるべきかを勧告すること、との間にある区別を常に強調することを望んでいる訳ではない。」(*ibid.*, p.257)
 - 18 ハートの研究歴の観点から見れば、文献⑩246の注でヘーガーストロームの書物が言及されていることは、注意されるべきである。
 - 19 ウィズダム (Widom, John. 1904-93) は、ウィトゲンシュタインの講義に出席した経験があり、主にケンブリッジ大学で講師その後同大学の哲学教授を1952~68年務める。彼は、ウィトゲンシュタインの同僚であるが彼自身は弟子と考えていた。彼は、ムーアの研究やペンタムに関する研究をしていた。参照文献、Lacey, *op.cit.*, p.409, Jonathan Rée, *English Philosophy in the Fifties, Radical Philosophy* 65, (1993), p.20, n.128, 藤本隆志『ウィトゲンシュタイン』(1998年)、122ページ。
 - 20 もっとも、forceは、教授就任講義でも用いられおり (JP41/恒150/森45)、オースティン『言語と行為』(57ページ) でも意味深く用いられている。それは、理解しにくい語でもあり、簡単には論じられえない。教授就任講演のforceの訳は、恒藤は「強制力」の訳語を当て、森際は「趣旨」の訳語を当てている。
 - 21 文献⑩H.L.A.Hart & A. M. Honoré, *Causation in the Law*, 72 *Law Quarterly Review*, n.285 (1956), p.71, 西村克彦訳「法における因果関係」『判例タイムス』9巻2号 (1958年)、119ページ。
 - 22 ここで興味あるのは、ハートは、概念の多義性 (ambiguity) と曖昧さ

(vagueness) = 概念の周辺の曖昧さ (p.957) を意識して区別していることである。

23 この文献⑩の表示である (/) の前の数字は、Waldron (ed.), *Theories of Rights* (1984) での当該所収論文箇所であり、後の数字は小林公訳「自然権は存在するか」(小林公、森村進訳『権利・功利・自由』(1987年) 所収) の当該箇所である。

24 Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), p.17. 矢崎光圀訳「序説」(矢崎、松浦好治ほか訳『法学・哲学論集』) 18ページ。Sugarman, *op.cit.*, p.278でも「うまくいかなかった」と述懐している。この論文に、どこに問題があったのかが明確にされない。Steiner, *Are There Still Any Natural Rights?*, in Kramer, Grant & Colburn (ed.) *The Legacy of H.L.A.Hart* (2008) は、ハートがこの論文に幻滅を感じた理由をハートの権利選択説 (= 意思説) とハートが研究したベンタムの権利利益説との関連で論じている。ハート、深田三徳、古川彩二訳「法哲学の諸問題」(原論文初出1967年) (矢崎、松浦他訳『法学・哲学論集』)、112ページによれば、ハートは意思説に依拠しているわけではない。この論文の批判として、日本語訳者(小林公)解説、294-8ページ、及びNozick, *Anarchy, State, and Utopia* (19745), pp.90-95参照。

25 ハートは法学者オースティンの義務に関する理論を準銃強盗の例を出して説明するが、これをオースティン法理論まで拡大することには問題がある。なぜならば、ハートがオースティン法命令説は法の一般性を説明できないと批判するが(『法の概念』第2章第2節) この「一般性」の性質こそオースティンがこだわった論点であるからである。石井幸三「オースティンは法理論においてベンタムとどこが異なるのか」『龍谷法学』21巻2号(1988年) 22ページ。『法の概念』での法学者オースティンの理論は、かなり単純化されている。

26 この論文で、ハートの承認のルールに関係する興味深い文は、これである。「……法体系が、その妥当性の唯一の規準 (criteria) として、一定の事柄において慣習的に長く確立されている集団の慣行あるいは何らかの下位集団の慣行を表しているこれらの規則のみが有効であるという規則を持つべきでないという……論理的理由は無い。そのような場合、権威は何らかの公機関の保持者に帰されない。責務は、熟慮した行為によって創られたと考えられるのではなく、責務という地位は伝統的な慣行に負っている。この慣行が、規準としてとられている (is taken)。時には、妥当性の一般的規準としての『慣習』の承認 (recognition) に含まれる一般性の程度さえもが、達成されていないかもしれない。行為を法的に責務あるものとする何らかの一般的諸原理の承認がないかもしれない。ただ諸規則の区別された組があるかもしれない。これが意味するのは、社会は、単純に、ある明確な型の行動を行為の規準としてそして叙述された方法での行為の規準のために受け入れるということである。これは明らかに、法体系の消失点に近いだろう。」文献M.94

27 Lacey, *op.cit.*, p.192におけるハートのこの論文に関する寸評も参照。なお、こ

れより以後、言説という用語を用いるが、口頭あるいは文書で発せられた文を意味する。

- 28 引用は、順に、J. L. オースティン、坂本百大訳『言語と行為』（訳1978年）、12-3,25ページ。
- 29 Lacey, *op. cit.*, pp.196ffによれば、この論文は、1957年4月30日ハーバード大学でのオリヴァー・ウェンデル・ホームズ講義（Oliver Wendell Holmes Lecture）を基にした文章化である。Harvard Law Reviewは、編集に学生が関与するので、著者の意向が反映されない場合があり、ハートの場合もそうだった（*Ibid.*, pp.200-2）。このハート論文の後半に言及されるナチス時代下の悪意の密告者の戦後の法的処理に関する論争については、矢崎光圀『法実証主義』（1963年）、第三章第二節参照。この文献の引用箇所を表示（数字/数字）に関して、前者の数字は、この文献⑩の再録版 *Essays in Jurisprudence and Philosophy*（1983）の箇所表示であり、後者は、上山友一、松浦好治訳『実証主義と法・道徳分離論』（ハート、矢崎、松浦ほか訳『法学・哲学論集』（1990年）所収）の箇所表示である。
- 30 なお、ここで、『法の概念』での決まり文句になる、法学者オースティンの the key to the science of jurisprudence and morals（JP,58/67）, the key to the science of jurisprudence（JP,59/68）が使用されている。これは、ハート自身が編集した1954年出版のオースティンの著作（文献⑨）の読みを通して、『法の概念』あるいは少なくとも教科書の基本枠組みとしてオースティンを使うことをこの段階でハートが決めていたことを示している。
- 31 本稿が、“open texture”を粗い織り目と訳した理由を述べる。ドゥウオーキン、木下毅、小林公、野坂泰司共訳『権利論』（1986年）、14ページは、「粗い織り目」の訳を採用している。ドイツ語のPorositätに対応する英語porosityがあるにも関わらず、ワイスマン自身は、ドイツ語で書いた論文でのPorositätを自らopen textureという英語を当てている。（Waismann, *Verifiability, Proc. Aristot. Soc. Suppl. vol. 19*（1949）, p.121.note*）それをハートは受け継いでいる。問題は、それを、日本語でどう訳すのかである。ハートが、概念に関して、それが指示する中心的要素や事例、核と周辺的事例、境界線上の事例といったように説明しているので（例、CL.15-17/17-9）、「開かれた構造」という訳語を当てても失当ではない。また、ハートは、私には強引と感じるのであるが、その考えを法の解釈・適用論まで応用している限り（CL.128-9,131-2/133, 146-7）、その訳語も了解される。構造という語感は、確固としたものを連想させる。ハートは、言葉における意味の核と周辺も社会性を持っており流動的であると考えている。従って、後述するように、法の解釈では法律専門家の優位が、彼によって正当化される。（Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*（1989）p.105「規則の確実性は、規則そのものの特徴ではなく、規則が使用される社会的諸慣行の特徴である。そこから生じることは、核と周辺の区別は規則の構造の側面に言及する分析的区別ではない、その区別は社会的慣行の表現である、とい

うことである。)] それだけでなく、ベントムの線上でハートを解釈するならば、私は、open texture、text、contextと織物との関連語での訳を意識して、open textureを粗い織り目という訳語を当てたい。なぜならば、例えば、殺人罪や契約に関する法は、概念、概念で構成される主要条文、その条文を補助したり制約したり免責したりする諸条文等で構成されており、比喩的に言えば、そう言った法は粗密な織り目がある布地のような条文を重ねることによって成立しており、単純な形で核や周辺を持っているのではないからである。これ以上の問題はハートの法(文)の解釈、適用論に関わるので本稿の範囲を超える。

32 CL.249 note on Page 123/284ページ(本文137ページに対する注)。この注番号を付した本稿の文のすぐ後での文で、ハートはワイスマンの同名の論文を挙げている。*Essays on Logic and Language* (Flew ed.) の所収論文は、*Proc. Aristot. Soc. Suppl.* vol.19 (1949) の初出論文の冒頭部分を削って再掲載したものである。Lacey, *op.cit.*, p.140によれば、ワイスマンはウィトゲンシュタインの協力者であり、1940年から彼の死の1959年までオクスフォードで教鞭をとっており、ハートは彼の授業に参加していた。ウィトゲンシュタインからの引用は、*Philosophical Investigations* (Oxford 1953) からである、ワイスマンからの引用は、引用符で囲まれているにもかかわらず、少し変更されている。

33 Hart, Jhering's Heaven of Concept and Modern Analytical Jurisprudence, in *JP*, pp.274-5. 松浦好治訳、「イエーリングの概念の天国と現代分析法学」(ハート著、矢崎、松浦他訳『法学・哲学論集』(1990年) 所収)、312-3ページ。但し、欧文は原文より石井が付加。

34 CL.233/258. 但し、Wisdam の部分のみ石井が訳した。

35 ハートが、ワイスマン、ウィズダムの思考をどの程度受容したかどうかどうかが問題になろう。ワイスマンは、多くの経験的な概念は粗い織り目であると主張する。(Waismann, *Verifiability, Aristotelian Society Supplementary Volume* 19, *Analysis and Metaphysics*, p.121) そして、彼はこう書く。「要するに、金(きん)のような概念を絶対的な精確さで、すなわち、隅々に至るまで疑いの余地を全く排除するやり方で、定義することは、可能ではない。これが、概念の粗い織り目で意味するものである。[原文改行] 曖昧さ (*Vagueness*) は粗い織り目から区別されるべきである。[「山盛り (heap)」や「桃色 (pink)」のように] 変動する形で用いられる言葉 (A word) は、曖昧であると言われる。[「金」のような用語 (a term) は、その実際の使用においては曖昧でないかもしれないが、我々は、疑いがしみ込むだろう全ての起こりうる間隙を埋めることが決してできない、余すところなく表わしているのでもなく (non-exhaustive) すなわち粗い織り目である。その場合、粗い織り目は、曖昧さの可能性に似た何かである。曖昧さはより明確な諸規則を与えることで救済されうるが、粗い織り目はそうされえない。後者を述べる別の方法は、粗い用語 (open terms) の定義は常に矯正可能なしは訂正可能であるということだろう。[原文改行] 粗い織り目は、全てではないにしても多くの経験的な概念の非常に基本的な特

性である。この織り目が、我々が、我々の経験的な陳述の多くを決定的に検証することを阻むのである。」(ibid.,p.123.)「経験的な用語のどんな定義も、全ての可能性を覆い尽くせないだろう。」(ibid.,pp.125-6.)

第一。ワイズマンは、曖昧さ(Vagueness)と粗い織り目を厳密に区別している。ハートが文献⑩で曖昧さと多義性を区別していることもこのことと関係しているだろう(注22参照)。この点が、ハートによってどれだけ意識され続けていたかが問題になろう。「法の概念」では、用語として「禿」の例が出されているが(CL4/5)、これはワイズマンによれば、変動する形で用いられる言葉(A word)かもしれない。より重要なのは「法の概念」第7章第1節である。ハートは、解釈が複数の選択肢を持つ可能性として、自動車や乗り物といった一般用語が持つ不確定性の事例と公園における平和と静けさという「目的についての相対的な不確定性」(CL125/140)さらには「公正な料金」労働の「安全な体系」という「非常に一般的規準」(CL127/143)まで、ワイズマンの意図を超えて、淀みなく論じている。第二、高橋秀治「H・L・A・ハートにおける法的概念の分析理論に関する一考察」『早稲田法学』67巻4号(1992年)、33-4ページの指摘するように、ワイズマン自身は、核と曖昧な周辺という二分法を行っていない。もし、ハートが、ワイズマンの論文に二分法を読み込んだとすれば、ワイズマン論文にある「常に不確定な余地(a margin of uncertainty)」(Waismann, *op.cit.*, p.123)が残るであろう。これがその手がかりを与えたかもしれない。

ウィズダムに関しては、ハートが「法の概念」で挙げているWisdom, Gods, in A. Flew (ed.), *Logic and Language* (1951)を読む限り、意味の中心部と曖昧な周辺を想起させるものは無い。この論文で重要なのは、法的紛争の場合でも、解決は事実をいくら集めても解決に至らない、恣意的ではない判断が必要とされるという主張である(Ibid., pp.194-6)。

36 文献⑩JP.71/79で、リアリストの欠点として指摘される。

37 Baker, *Defeasibility and Meanings*, in Hacker & Raz (ed.), *Law, Morality and Society* (1977), pp.40-1. 山崎康仕「ハートの法認識論の形成と展開」『神戸大学教養部紀要論集』41号(1988年)、45-9ページは、内的側面の考えを重視する。平野仁彦「第14章 現代英米の法理学の展開」田中、竹下、深田、亀本、平野『法思想史(第2版)』(1997年)、239ページは内的視点、中山竜一「二十世紀の法思想」(2000年)は、内的視点と外的視点の重要性を説く。このような見解の相違は、ハート自身が、『法の概念』第5章の最後(CL96/108)で内的視点、内的側面、内的陳述の関係をまとめているが詳述されていないこと起因している。そのことによって、ハート自身の方法論の特質が不明確になっている。

38 側面(aspect)という言葉で、ウィトゲンシュタインのアスペクト論との関連の有無が問われるかもしれないが、私には判定できない。参照、野矢茂樹『哲学航海日誌』(1999年)、159-170ページ(アスペクト論)。

39 ハート自身は、『法の概念』でも余り言及していないが、内的陳述によってなされる思考の共同主観化、それを社会的行為として表わす側面が、公機関の法解釈の枠組みを形成させると言えよう。もちろん、このことは、法によって制御されている一般人の規範意識と規範行動にも当てはまるだろう。公機関による内的視点の共有化によるルール解釈における意味の核の形成から、Wood, Rule, Rules and Law, in Leith and Ingram (ed.), *The Jurisprudence of Orthodoxy* (1988), pp.29-31のように、ハート理論のイデオロギー性を見ることも可能であろう。

40 ①この内的側面、内的視点、内的陳述のハートの考えが、ハート評価に大きく関わる。例えば、Campbell, *The Career of the Concept*, in Leith and Ingram (ed.), *op.cit.*, p.16は、こうハートを批判している。「ハートのヴェーバーへの無関心は顕著である。『ウェーバーの』『経済における法』[(英語訳) Weber, *Economy and Society: an outline of interpretative sociology*.の部分]の部分に再度目を通した後、『法の概念』の第2～4章、そこは、ウェーバーがずっと以前に取りかかり、議論し、修正し、分析した諸概念に、ハートが見たところ初めて遭遇しているような箇所であるが、我々がそこを再読すると、我々は困惑する。ハートのルールの『内的』そして『外的』側面の発見を、ヴェーバーの責務と規範的秩序の議論と対比しよう。……」キャンベルの意図は、ハートを始祖とする自称「オクスフォード法理学」(a self-styled 'Oxford Jurisprudence', *ibid.*, p.4)を批判的に検討し、その学派の「自民族中心的傾向」(*ibid.*, p.25)に警鐘を鳴らす事にある。確かに、ハートとヴェーバーを比較することは学問的にも意味があるだろうが、その際両者の方法論の違いが念頭に置かれる必要があろう。日本では、笹倉秀夫『法思想史講義<下>』(2007年)、202ページが、ハートへの評価を厳しくしている。笹倉が厳しく評価する理由は、今述べたキャンベルと共通している。Campbell, *op.cit.*, p.24, n.74は、「ハートの研究における言語哲学に専念することが、私の目的ではない。」と断わっているが、そう言っすまされない問題がある。つまり、ヴェーバーとハートの間に生じてきた言語哲学の発展が、キャンベルが標榜する社会科学としての法理学にとっても意味あるものと考えられるかどうかである。

②Lacey, *op.cit.*, pp.230-1は、ハートはウェーバーの著作を精読していたことを示すと同時に、ハート自身はウェーバーの影響を否定したとするフィニス(Finnis, John)の証言も紹介している。

41 Sugarman, *op.cit.*, p.279.

42 ハート自身の著作から刑事法の改革の動向が示す。戦後イギリス議会における死刑停止または廃止法案の動向は、(文献⑩) *Murder and the Principles of Punishment: England and the United States* (1957)によって検討される。(それを所収したHart, *Punishment and Responsibility* (1968)における初出論文執筆後の注 (pp.245ff.)も参照。) 1953年の死刑に関する調査報告The Report of the Royal Commission on Capital Punishmentは、文献⑪Should the Death

Penalty Be Abolished? (1956) によって論評される。1957年いわゆるHomicide Act が成立する。1957年The Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution (「同性愛犯罪と売春に関する委員会報告」いわゆるThe Wolfendon Report) が出される。これを基礎とした、The Street Offence Act (街路犯罪法) が1959年に成立する。文献③ Punishment and the Elimination of Responsibility は、1961年、The Report of the Interdepartmental Committee on the Business of the Criminal Court (ibid.,p.167,n.13)、1958年The Report of the committee on Children and Young Persons、そして犯罪をなした精神病室者の処遇(病院か刑務所かでの処遇)を裁判官に委ねる1958年のMental Actを視野に入れて、法的責任の問題を論じている。

43 Dworkin, No Right Answer?, in Hacker & Raz (ed.), *Law, Morality and Society*. 日本語訳、ドゥオーキン、石前禎幸「正しい解答はないのか」『現代思想』(14巻6号1986年6月)所収。

44 本稿は触れないが、この辺りの、ハートのいわゆる自然科学と社会科学の区別論は、第一論文と同じである。CL96/108も参照。

45 文献②Prolegomenon to the Principles of Punishment (1959), in PR.8ffは、前者を「一般的正当化目的」と名付け、後者を(刑罰の)「配分問題(a question of Distribution)」と名付けている。後者の問題の中に、免責、減刑が入る(PR.13ff.)。これは、文献⑧77「……我々は一般用語を定義することと様々な範囲の事例にその概念を適用するための規準を与えることとを区別する必要がある。」の具体的適用例とも言える。

46 文献⑨PR.39及び貨物化の際の注PR.244は、前者の問題を立法府の問題と位置づけ、後者を裁判官の問題と位置づけている。

47 例を挙げる。「より広いそして恐らくより想像上の種類の功利主義者」(PR.74)「より広義の功利主義者」(PR.75)、「平凡な人の功利主義」、「まともな功利主義」「一貫した功利主義者」(PR.76)、「最広義の功利主義」「無制限な功利主義」(PR.77, 80)「注意深い功利主義」(PR.79)「洗練された型の〔功利主義〕」(PR.80)。これに「ペンタムの議論」(PR.77)が加わると、読者にとってはこれらの功利主義間の違いを理解するのがむづかしくなる。なお、文献②でも、功利主義に様々な言い方が与えられている。「現代の拡張された功利主義の諸形態」(PR.20)「功利主義のこのより広い実用主義的形」(PR.21)

48 いうまでもなく、この任意性は刑法理論の犯意(mens rea)に関係する。

49 文献②PR.24-5は、刑罰と正義を次のように書いている。「……正義は、犯した法を守るのに特別の困難を抱えている人には〔通常よりは〕より軽い処罰を与えることを要求する。しかし、正義の諸原則は、また、少なくとも二つの方法で量刑に関係していると広く理解されている。第一は、『同じものは同じに扱え』といういささか漠とした要請である。……〔原文改行〕もう一つの原則は、(たとえそれが算定されるとしても)様々な重さをもつ様々な種類の犯罪は、同じ厳格さで処罰されるべきでない……。」

50 Cf.CL.55/62.

51 CL.chap.8,sec.1./第8章第1節。

52 この考えは、厳格責任の可能性を認めるために主張されている。個人の権利ではなく要求 (claim) のいう言葉が使われていることにも注目されたい。

53 Cf.CL.124/138,127/142-3,132/147.

54 ①免責の前提となる刑罰理論に関しては、道徳的悪を持ち出す説 (例、ジェローム・ホール、デニング卿) があると同時に、法と道徳を分離するため「客観的テスト」を持ち出す説 (ホームズ) があるが、ハートは両者とも誤っているとする (②PR.38.)。グランヴィル・ウィリアムズの「刑罰に関する全体的には功利主義的外観のみならず決定論とも一致」(②PR.41) させようとする説があるが、これに対しても批判がなされる。

②文献②は、法と道徳を分離する主張論文の系列に属し、有名なハート・デヴリン論争を形成する一論文である。この論文で、ハートは、J・S・ミル『自由論』の「文明社会の成員に対し、彼の意思に反して、正当に権力を行使しうる唯一の目的は、他人にたいする危害の防止である」(早川忠訳、世界の名著第38巻所収、224ページ) といういわゆる「危害原理」には欠点があるとしながらも、それを支持して性道徳のような私的道徳の犯罪化に反対する。ここにハートの自由主義的信条を見るのは簡単であろう。この論文で気づくのは、立法によって実務の第一次的ルールが導入される場合は、納得できる (reasonable) ではなく理性的な (rational) 視点での立法が強調されている。ここでは、前述したようにヨーロッパ近代法の価値が前提とされている。

55 1960年発表の論文 (文献②) Acts of Will and Responsibilityの冒頭箇所の注 (PR.90n) で、そして本稿 (1) 236ページ注52で指摘したようにハート『法の概念』で、オースティンの当該論文が参考としてあげられている。

56 刑罰と民事上の無効との類似関係は、文献②PR.3ffで、より拡張して論じられる。

57 文献②PR.14「これ〔行為時の条件で犯罪者の刑罰を排除すること〕は、刑罰の一般的目的が何であれ、それとは独立した個人に対する公平ないしは公正 (正義) の要請である。」ハートは、恒常的に精神的病があり犯罪をなす恐れのある人の予防拘禁による治療 (「強制治療制度 (a system of compulsory treatment)」) に強く反対する (文献②PR.52)。

58 文献②に関して、Lacey, *op.cit.*, p.169は、在外研究中にハートはロールズと知己になっているとした上で、「彼らの議論が、彼らの仕事に重要な関連を与えたことはあり得ると思われる……」と推測している。確かに、ハートは、その論文 (②PR.11 n.14) で、Rawls, *The Concepts of Rules* をあげている。但し、Sugarman, *op.cit.* ではアメリカ在外研究の記憶としてロールズが言及されていない。

59 「……正義は、法を犯したけれども法を守ることを直視するのに特別な困難を抱えている人々が、より軽く処罰されるべきことを要求する。」(文献

- ②PR.24) 憶測の領域にすぎないが、精神的な弱者に対する配慮は、ハートの子供の一人がそのような状態であったということも関係あるかもしれない(Lacey, *op. cit.*, pp.239-4.)。彼が社会防衛のためなら犯罪人である限り罰せよという社会防衛的刑法観に激しく反対した論文として、文献③Punishment and the Elimination of Responsibility参照。
- 60 ハートによるオースティンのその理論の要約は、「行為 (act) とは筋肉の動きと特別な心理的原因からなる」である。文献②PR.97.
- 61 mens reaは、多くの法律家によって「状況の知識と結果に対する予見」という意味で用いられるが確定しているわけではない。文献②PR.91.
- 62 Alan Ryan, Hart and the Liberalism of Fair, in Kramer, Grant & Colburn (ed.) *The Legacy of H.L.A.Hart* (2008), は、ウルフエンドン報告の歴史的背景を叙述しながら、ハートの思想を分析している。ウルフエンドン報告そしてデヴリン、ハート論争については、矢崎光圀『法実証主義』(1963年)、第一篇第三章第二節、第四章参照。
- 63 当為と存在の関係におけるハートの考えは、哲学者オースティンの理論との関係も勘案されるべきであろう。坂本百大、「言語と行為」訳者解説、328-9ページ「オースティンの分析はさらに進行する。発言に行為遂行的な機能がありうるにしても、発言は一般に、いかなる場合も明確に「記述的」と「行為遂行的」とに組分けできるものだろうか。さらに、そこで遂行される行為、いわゆる言語行為は一つの発言について一つの行為のみであろうか。……最初に立てられた、遂行的発言と事実確認的発言との区別すらが、実は過度の単純化としての二分法に属するとして廃棄されるであろうという観点に彼は至るのである。」
- 64 論文の趣旨からすると、ハートは、解釈という実務実践的な作業を行ない、定義をしていると私は考える。この解釈問題は、ラズ (Raz) の言う距離を置いた視点からの陳述を勘案して考える必要がある。
- 65 Sugarman, *op. cit.*, p.281.
- 66 もっとも、後年、つまり書物に収める際には、この分離は、「誤解に導くだろう」、境界線上の問題では、立法上の問題と司法上の問題の区別が曖昧になるだろう、という注を施している (PR.244-5)。
- 67 文献②PR.1,10.ハートのこの公正の導入に対する批判として、Morison, Hart's Excuses: Problems with a Compromise in Leith and Ingram (ed.), *op. cit.*, pp.133-135.さらに言えば、フィーヴェック、植松秀雄訳『トピックと法律学』(訳1980年)を参照すれば、刑法の一般的な理論と個別適用問題とは、学の性格の相違と考えることができるだろう。
- 68 Sugarman, *op. cit.*, pp.284-5.なお、*ibid.*, p.284で書かれているハートの説明によると、論争の発端は、いわゆるウルフエンドン報告に対するデヴリンの反対論に対するハートの反論論文 (文献④) Immorality and Treason, *The Listener* (30 July 1959) である。なお*ibid.*で、ハートはこれを「私のより良い論文の一つで

あった」と位置づけている。

- 69 Primoratz, *The Middle Way in the Philosophy of Punishment*, in Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal philosophy* (1987), p.204は、ハートの刑罰論は、「規則功利主義にかなり似ている」と位置づける。
- 70 参照第7章、特に例えばCL.127/143, CL.138/154, CL.147/165.
- 71 CLのIndexにおける、Austin, J., L., と Hart, H. L. A., が参考にされよう。前者の著作に関しては、*A Plea for Excuse* が挙げられている。後者のそれに関しては、ハートの以前の論文が書評を含めて挙げられているにもかかわらず第一論文が挙げられていない。既述したように(前稿(1)、222-4ページ)1960年にハートの第一論文に関しては、強い批判論文が出されているが、これがそれを『法の概念』で言及しない理由と私は考えない。ハートが、特にオースティンの考えに言及しなかった理由が私には分からない。考えられる可能性として、ハートはこの時期ウィトゲンシュタインの考えに惹きつけられていたかもしれないことである。なお、山崎、前掲論文、29-30ページは、教授就任講義と第一論文の間にハートの方法論の変化を見ている。
- 72 注意しておきたいのは、この論文では、ケルゼンが形式的に言及されるのではなく、彼の理論が具体的に批判されるようになってきていることである。
- 73 例えば、ハートの前々任者ポロックのオースティン批判がそうである。石井幸三「ポロックの法思想(1)」『龍谷法学』40巻2号(2007年)、16-7ページ参照。
- 74 Sugarman, *op. cit.*, pp.290,292.
- 75 矢崎光圀、訳者解説、『法の概念』、309-10ページ。
- 76 これは、ハートが、間接的に入手したウィトゲンシュタインの当時未完の『青色本』から学んだ教訓かもしれない。ハートはその本のテーマを「意味を問うな。その使い方を問え。」に要約している。Sugarman, *op. cit.*, p.274. 但し、本文で引用したように、「to sharpen our awareness」と言う哲学者オースティンが用いた言い回しの借用もあることに注意。
- 77 Sugarman, *op. cit.*, pp.281,282彼の教科書に関する見解は、文献③Dais and Hughes on Jurisprudence, 4 *Journal of the Society of Public Teachers of Law* (1958)で示されている。
- 78 Sugarman, *op. cit.*, p.275, n.21.
- 79 *Ibid.*, p.274. 「それ〔言語行為論〕は多大な感銘を私に与えた。私はそれを幾つかの方法で発展させた。」
- 80 日本では、ホームズは実用主義(プラグマティズム)の法律家とされリアリストと区別される場合があるが、Livingstone, H. L. A. Hart and American Legal Realism, in Leith and Ingram (ed.), *op. cit.*, p.148 n.6によれば、多くの名簿作成者によってホームズはリアリストと分類されている。*Ibid.*, pp.156ff.は、ハートのアメリカン・リアリスト理解の程度を問題視する。
- 81 ①ハートは、1953年から68年の講座担当退職までケルゼンを主題にした講義

を担当しており (Lacey, *op.cit.*, p.168)、ケルゼンの著作には関心を寄せていたが、ケルゼンが法を「制裁を規定する規範」として一つの型にする還元主義には批判的であった (⑩959)。ハートは、ケルゼンの法理論の還元主義の克服と彼の「根本規範」の再解釈との必要性を感じていた。ハートが本稿対象期間にケルゼンについて書いている論文は、(文献⑩) 書評 Kelsen, *The Communist Theory of Law*, 69 *Harvard Law Review* (1956) である。この論文での最後辺り (p.712) に次の文がある。「ケルゼンから非常に多く学んだ者が『法の共産主義理論』に対して」このような諸批判を記すことは悲しいことである……。」

②Lacey, *op.cit.*, p.168.によると、ハートは、法理学科目以外に次のような科目を担当している。1953年「死刑に関する王立委員会報告の論点」、55年クロスとの共同演習「司法過程における法と社会的正義」、56年「法における精神と行為」55年～66年、権利と義務。

82 Lacey, *op.cit.*, p.132. Jonathan Rée, *English Philosophy in the Fifties*, *Radical Philosophy* 65, (1993), p.18, n.42は、哲学者オースティン、ハート、バーリン (Berlin)、ヘア (Hare, R.M.)、ハンプシャー (Hampshire)、ストローソン (Strawson)、アームソン (Urmson) 等々をライル派とみなしている (*ibid.*, p.20 n.125も参照)。しかし、坂本百大「訳者解説」(G・ライル、坂本百大、宮下治子、服部裕幸訳「心の概念」(1987年所収)、400ページは、ライルとオースティンは大学行政では共同の仕事をしていても、「しかしこと哲学に関しては直接討論することは殆どなかった。……したがって、ライルはオースティン等が何をやっているのか、たまに噂を聞くだけで詳しいことはまったく知らなかったという。」と書いている。坂本に従えば、ライル派とは単に学説の上から客観的に言えるだけで、それ以上ではない。なお、ライルとハートの関係について言えば、ハートの略歴で記したように、第2次大戦中、両者ともM15 (対抗的諜報活動機関) 所属していた時があり、それを通じて知り合いになっている。

83 Sugarman, *op.cit.*, p.282でハートは次のように語っている。「法が何であったのかという問題とそれに光を当てるために規則の主概念がどのようにして使われることができたのかという問題——私はJ・L・オースティンの下でそのように綿密に研究してきていた——との関係についての私が見たものとしての真実 [である]。』

84 これは、『法の概念』序とH・L・A・ハート、布川玲子、高橋秀治訳、『法の概念』第二版追記 上」39巻9号 (1997年)、60～2ページの間の微妙な違いを参照。前者は、言葉の意味の解明に重点が置かれているのに対して、後者は、「本書における私の目的は、法とは何かについての一般的かつ記述的な理論を提供することであった。」(60ページ) と言うように理論に強調が置かれている。ハートの第一論文の意図は、元来、「判決を叙述的陳述の理論モデルと同一視する試み」(①183) に反対していたことにも注意。

85 それは、部分的には、学生用教科書として『法の概念』を出版することでもあった (ハート、布川、高橋訳、前掲論文、59ページ。Lacey, *op.cit.*, pp.219,

223)。

86 私は、規範やルールの論理的構造分析から組み立てられた法体系論を分析的
法体系論と呼び、それと法社会学者やマルクス主義法学者がなす法の社会的機
能を考慮した社会学的法体系論と区別する。参照、石井「ベンタム『法一般論』
に関する覚え書」(2・完)『龍谷法学』15巻2号(1982年)、65ページ。

87 オースティン、『言語と行為』、25ページ。

88 参照。文献①172/145。

89 CL.Preface/序iii。

90 文献⑩959,n.15はケルゼンの還元論的法理論に批判してこう書く。「[殺人禁
止のような行為を禁止する法と遺言のような法律行為を規定する法] これらの
二つの型の間の区別を消し去る理論は……、確かに、二つの根本的に違う法の
使用を不明瞭にし、社会現象としての法の歪められた説明を与える。」文献M
では、道徳的責務の一つとして約束から生じる責務を認めている。「我々が約
束する時、我々は道徳的状況を変えるために特定化された手続きを利用する。
法律家の用語では、道徳的関係を変えるためのルールによって付与された『権
能』を我々は行使するのである。」(文献M101-2) 本文でも触れたようにこれ
は、法的世界以後の話と考えることも可能である。その場合、どうしても権利
や権能を付与するルールが責務(のルール)に依拠した形になる。

91 CL.83/94「責務の法的形態の理解に不可欠な前程である(preliminary) 責
務の一般的概念の理解のために、われわれは拳銃強盗の場合と異なって、社
会的ルールの存在を含んでいる社会的状況を調べなければならない。」しか
し、後年ハート自身が失敗した論文だと言っている(文献⑩) Are There Any
Natural Rights? は、こう書いている。「もちろん、なされるべきことを規定す
る(prescribe) だけの様々なタイプの行為規範(codes of behaviour) ——例え
ば、特定の儀式を規律する(regulating) 規範——は、存在している。」(59/18)
日本語では規範と訳されている英語はcodesである。codesとruleとの相違は、
ハートによってどう考えられていたかが不明であるが、この論文のこの箇所
では、ルールという言葉を使うことに慎重である。言い換えれば、ハートは、社
会的ルールを想定しない義務もあることを示唆していると私は推測する。そう
すれば、その当否はともかく、第一次のルールを責務付加と等値する必要はな
いだろう。

92 マコーミック、前掲書、239ページは、前法的社会では一定の取引をなす権
能もないこととする必要はないとする一方、他方、第二次的ルールを権能付与
のルールと同一視することに反対している。森際康友「法と言語行為」日本法
哲学会編『法と言語』(1981年)、123ページは、『法の概念』で義務のみならず
権利、権能を付与する第一次ルールとしている箇所(CL.134/149)を指摘して
いるのみならず、そのようなルールが「認められるべきである」(134ページ)
と主張する。ドゥウォーキン、『権利論』、11ページは、何ら考察を加えること
なく、「ハートによる一次的ルールとは……社会の成員に権利を認め義務を課

するルール」と理解している。森際、マコーミック、ドゥウォーキンのような理解が、ハートの第一次的ルールと第二次的ルールの理解にどう影響するのかは、本稿の射程外であるが、私はハートの研究歴からこのように考える。ハートのように法の多様性を認めるには、近代ヨーロッパで発生した自然権に関して、その定着途上中にはベンタムのような強力な批判はあったにしろ、その自然権ないしは先行的権利が（ベンタムの用語を用いれば擬制的実在物として）人々に受け入れられたものとして、近代的な法的言説の条件として存在していることを前提にすることが必要である。つまり、前近代的な法的言説と近代的な法的言説の間に、ハートのようにルールの結合としての法の連続的發展を保持しようとせず、断絶的継承を設けることが必要である。

さらに言えば、ハートが権能 (power) と権利 (right) とを同一レベルに置いたことに疑問を持つ。これについては、石井幸三「ベンタム『法一般論』に関する覚え書」『龍谷大学法学』第15巻2号 (1982年) 98-9ページ、参照。ハートの権能 (power) の使用は日常言語から外れるという批判等について、Cohen, Critical Notice, 71 Mind (1962), pp.397-9も参照。

- 93 この道に沿った思考の一部がラズ (Raz) によってなされている。ラズ (Raz, *Practical Reason and Norms* (1st, 1975), pp.175ff.) は、体系性のある規範としての法には、内的陳述、外的陳述の外に第3の陳述、別の書 (Raz, *The Authority of Law* (1979); *The Concept of A Legal System* (2nd ed. 1980)) で「距離をおいた陳述 (detached statement)」を提示している。石井「ラズ『実践理由と規範』について」(二・完)『龍谷法学』18巻2号 (1985年)、85-6ページ、94ページ (27) 参照。Postema, The Normativity of Law, in Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal philosophy* (1987) は、それを基にした理論を提示している。守屋正通「法と言語体系・生活様式」『法と言語』(法哲学年報1980 1981年) は、ハートの外的視点、外的陳述には、ルール間接的視点、ルール無関心の視点 (狭義の外的視点)、そして「ルールから独立した視点として、あるルールないしルールにより構成された制度を批判的に評価する……評価視点」それ故「価値の言明 (statement of value)」の三種があると指摘した上で、第三の外的視点を批判道徳 (啓蒙道徳) として位置づけようとしている。

- 94 ①「法の概念」では、ハートは、ルールの内的視点、陳述、側面を、クリケットのゲームやチェスを引き合いに出してわかりやすく説明する。クリケットのゲームやチェスはその場限りの閉じられたゲームとして扱われているが、法的ルールは、法体制 (体系) の急激な変化、変動がない限り、閉じられない形で進行する。さらに例を出して考える。日本ではゲームが興行の制度の形を採るプロ野球の観客を考えよう。観客の視点や陳述や側面はどうなるのか。もしこれらのゲーム開催が利益を目的とした興行形態でなされていると仮定するならば、観客が外的視点をとっている人とは言えないだろう。それなりに、ルールを理解してゲーム観戦をしている。しかし、観客は、審判がゲームの進行に責任を持っている点で、審判と異なる。選手は、ルールを受け入れてゲー

ムを遂行させている。進行中のゲームのルールに関する観客の言動は、選手以上に当該ゲームのルールの妥当性や作用に関わらない。観客の言葉は、ルールの予測かもしれない。当該ゲームに関する限り、観客の役割はそのようなものである。しかし、その種のゲーム（のルール）に関心を寄せる観客がいなければ、興行（制度）として成立しない。ルールに関する言説の解明は、このように複雑化したゲームの言説をも視野に入れるべきである。興味を惹きつけない興行は最終的には廃止されるかもしれない。法体系や法制度は暴力をもってでも人々を「羊の群れ」（CL114/127）のように従わせようとする点で、興行としてのゲームや遊びとしてのゲームと同一視できない。法の体系さらには法制度が複雑になるにつれて、それに応じたなにがしかの視点や陳述が生じる可能性があるが、ハートの内的なあるいは外的な視点・陳述・側面の提示は、中途半端な形で止まってしまった。それを考察し続けることは、ルールの問題だけではなく、分化した社会で人がもつ役割や責任の分化の問題にも役立つと考える。ハートの哲学上の師オースティンは、こう言っている。「われわれにとってもっとも必要なことは、言語のこうした用法を論じるさいの枠組みである。さらにまた私の考えでは、あまりにも簡単に諦めて、人々がしがちなように、言語の用法は無限だと言ったりするようなことをわれわれはすべきでないだろう。哲学者というものは、例えば十七もの数の用法を列挙したときにはもう無限だと言うのである。しかし、たとえ言語におよそ一万もの用法があるとしても、それらすべてを列挙しようと思えば確かにそのうちにはできないことではあるまい。」（中才敏郎訳「行為遂行的発言」（坂本百大監訳『オースティン哲学論文集』（訳1991年）、381-2ページ。オースティン、坂本百大訳「言語と行為」の訳者解説335-6ページによれば、この文は「ウィトゲンシュタインの分析不足に対する批判」である。

②Lacey, *op. cit.*, p.218は、ハートとオノレの共著 *Causation in the Law* (1959)『法における因果関係』の方法を、哲学者オースティンとウィトゲンシュタインの違いに関連させてこう述べている。両者とも、言語使用とそれが生じる文脈の関係を重視するが、その際、ウィトゲンシュタインは社会的な制度も文脈の中に含めるが、オースティンは制度的要因を重視しない。この指摘が正しいなら、ハートとオノレは、オースティンの線に沿って研究している。

95 CL253/293あるいはそれ以前の⑩Positivism and the Separation of Law and Morals, (JP57 n.25/98)

96 Lacey, *op. cit.*, p.113は、ハートは自らを「本質的に非政治的人間だと感じていた」と書いている。

97 それは、後年でも維持される。文献⑩960「それら法的諸概念と事実の関連は、より複雑で、非直接的で、明確にするには多くのものが必要である。もし法的諸概念が定義の通常形態に服するならば、歪みや神秘が生じる。」なお、ハートの学問論においては、常に確実な予想可能な自然科学が一つの極になっており、それとは異なる、あるいは異なる特徴を見いだされるのを待っている

規範科学が対極におかれている。

- 98 ①矢崎、前掲書、146ページは、「寛容とはそもそもちがった信念におだやかな態度で接することであり、その限りでは相違を前提し、相違に対する寛容である。寛容の思想こそヨーロッパの自由主義と政治理論の基礎をなしたものである。」と定義している。この定義に従えば、本稿のように「包容力」という用語を持ち出す必要がない。矢崎の後半の文で言われているようにヨーロッパの寛容の歴史は、教会権力、国家権力の保持者に求める政策として要求され規範化されてきていることを念頭に置けば、そうである。しかし、日本では「寛容」を広げて使うことには危険が伴う。例えば、1988年6月1日最高裁判決（いわゆる自衛官合祀拒否訴訟）は、特異な歴史的背景と宗教法人という特権を与えられた神社の合祀行為に対して市民が寛容であるべきであるという不思議な理屈を述べることによって、市民が公権力に対して要求する論理が市民の抑制の論理に逆転して使われてしまっているからである。

②ハートの個人史から正当化するのも憚られるが、これは、彼の人生——ユダヤ人でありながらイギリス人に同化しようとしたこと、自己の性的嗜好への不安、彼の親友への彼の伴侶の不貞を知った上での付き合い、伴侶の戦時中のスパイ疑惑——からの教訓である。彼のリベラリズム論は、人間の不定性に根ざした理論を提供している。

- 99 この商業風社会と法解釈における法実証主義モデルの親和性を見抜き、法実証主義を厳しく批判するのが、ドゥオーキン『権利論』所収の「日本語版へのエビログ」341-2ページである。

100 Waldron (ed), *Theories of Rights*, p.12.

- 101 PR.181「〔厳格責任の下では〕取り分け、我々は、現行法制度が我々かなりの程度で保障している、法の威嚇的枠組みの中で我々の生活の将来の進路を予測し計画する能力を失うだろう。なぜならば、法の制裁を受ける責任を自発的行為に依拠させる制度は、個人の将来の運命を自らの選択で決定する個人の能力を最大にするだけでなく、また、法の干渉からその人を自由するために開いたままにしておかれるだろう空間を前もって確認するその人の能力を最大限にするからである。』

- 102 例えば、本稿ではなしていないが、ハートによる法と道德の分離の主張は、リベラリズムからの主張なのか、法実証主義者からの主張なのか、はてはまた、ベントム功利主義からの主張なのか、それらのどれの複合からの主張なのかを区別して論じることも可能であろう。

- 103 深田三徳『法実証主義論争』（1983年）、173ページによれば、「ハートにはドゥオーキン理論のみを全面的に対象とした批判論文はない」。しかし、1967年出版された深田、古川訳、「法哲学の諸問題」（矢崎、松浦監訳『哲学・法学論集』所収）を参照すればこう言えるかもしれない。ハートは、正しいという場合、論理の問題と実質の問題に分けている（117ページ）。特に法的推論の正しさに関しては、論理の問題が重要視される。法的推論は、三段論法、演繹的

推論 (116ページ)、「前提と結論との論理的関係」(119ページ)と説明されている。困難な事件には正しい答がないのは、ハートによれば、「半影部分にある特定のケースの法的ルールの適用は、論理的演繹の問題ではなく」、実践的な選択や決定の問題であるからである (⑩JP.64-67/73-5)。そこでは、推論と決定が対比され、考慮すべき諸原理、正義、政策、立法目的といった様々な要素が入る決定は推論ではないと言われている。また、実質的問題を価値問題と理解すれば、困難な事件では様々な価値の妥協が図られるので、正しい答が出ないのである。ハートが正しさの規準で考えているのは、前提からの論理的な首尾一貫性である。この問題に対するハートの文献としては、本稿でも引用した文献⑩261-2、特に「個別では不十分であるが合同して単一の決定を支持するのに十分である独立した諸理由の多様性と変則性」の考えも参照されるべきであろう。

104 ハート、布川、高橋訳「『法の概念』第二版追記」、60ページ。

105 ここでイデオロギーという用語を使ったのは、近代社会が資本主義生産機構として現実化されている限りは、商品交換を主体とした法形態は、現実の矛盾を反映しながらもそれを隠す役割をもつという意味を持たせたかったからである。ハートは、意外に見えるかもしれないが、商品交換形態を法の形態として重視したバシュカーニスへの法理論に高い評価をなしている。文献⑩書評: Kelsen, *The Communist Theory of Law*, 69 *Harvard L.R.* (1956), pp.776-7.

106 Jonathan Rée, *English Philosophy in the Fifties*, *Radical Philosophy* 65, (1993) を参考にすれば、両説の間をぬって舵をとる方法が、50年代のオクスフォード哲学の特徴かもしれない。例えば、ライルの『心の概念』(Ryle's *The Concept of Mind*) は、観念論と唯物論との間をぬい、ストローソンはアリストテレスとラッセルの間をぬう。(Rée, *op.cit.*, pp.8,10) そこで引用されているストローソンの文は、象徴的なので挙げておく。「アリストテレスの規則もラッセルの規則も、日常言語の表現に関する正確な論理を与えはしない。なぜなら、日常言語は正確な論理をもたないからである。」(ピーター・F・ストローソン、藤村龍雄訳「指示について」(ムーア他、坂本百大編『現代哲学基本論文集Ⅱ』所収)、251ページ)。

107 Barnett and Yach, *The teaching of jurisprudence and legal theory in British universities and polytechnics*, 5 *Legal Study* (1985), pp.158ffによると、1984年時点で、イギリス (British) の大学及び高等専門学校 (Polytechnics) の法理学の教員の大多数 (解答者数57の内50) が、ハートを教えるべき人物と回答している。

108 Leith and Ingram (ed.), *op.cit.*, Introduction. ハートを中心としたオクスフォードの法理学に対する厳しい批判として、Leith and Ingram (ed.), *op.cit.*, に所収の多くの論文の他、Twining, *Academic Law and Legal Philosophy* (1979), 95 *L.Q.R.* 参照。特に、Twiningは、分析哲学の手法を「一般的哲学思考」と同一視すること (p.563)、法理学 (jurisprudence) と法哲学 (legal philosophy) と

の同一視 (pp.568,574) を問題視する。

- 109 弁証法的発展と書いたのは、文彩のためではない。ハート、ドゥウォーキンの理論は、ある意味では弁証法的動きを見せているからである。図式調で示せば、ハートは、自然法理論とリアリズム法学（ルール懐疑主義）を止揚し、解釈論では機械的法学（概念法学）とリアリズム法学を止揚して周辺問題と中核問題とを区別した法実証主義を唱える。ドゥウォーキン『法の帝国』は、ルール懐疑主義と法実証主義を念頭に置いた慣例主義（Conventionalism）とを止揚して正義に敬意を払った（小林訳、前掲書、619ページ参照）法の純一性（Integrity）を唱える。彼の解釈論は、ハートのような周辺問題と中核問題との区別を批判した解釈論（ドゥウォーキン、小林公訳『法の帝国』（訳1995年）、71、411ページ参照。）を提唱する。両者の哲学的思考に関しても、ハートの言語哲学、ドゥウォーキンのガダマー（Gadamer）の哲学的解釈学の受容のように、その時々主流の哲学を両者は採用している。つまり、ハート、ドゥウォーキンの理論を把握することは、現代の英米法理学に接近する主要な道であると言えよう。