

現代イギリス法理学の実証的

經驗的傾向について(二)・完

恒 藤 武 二

〔はじめに〕 前号では、第二次大戦のち現在に至る二十年間のほぼ前半の時期に、イギリス法理学が、どのような新しい傾向を示しはじめたかを検討した。そこでえられた結論は、G・L・ウイリアムズ、B・E・キングなどの展開した法理論は、分析哲学的方法を取入れながら、しかも、主としてカントロヴィッツの見解を支持して、イギリス的な中庸を保っているという事実であった。

こうして、戦後の前半の時期のイギリス法理学は、イギリス的中庸を保ったものではあるが、分析哲学的方法を取入れたことによつて、戦前とくらべると、比較にならないほど新しい傾向がみられることは否定できない。このような傾向は、法そのものの概念を含んで法的概念の認識・把握・構成の方法をめぐつて主として示された。すなわち、法的概念についても、そこで使用される言語のもつ機能を科学的に認識し、さらに言語によつて構成される概念そのものもつ作用を分析・検討して、法現象をより、經驗的・科学的に把握しようとする努力が試みられたのであった。

右のようなイギリスの法理学者の努力は、簡単にいえば、基礎的な法的概念の認識・構成にかんする方法論的反省であったといえよう。このような時期を経たのち、現代イギリスの法理学者は、戦後二十年の後半の時期に入ると、すなわち、一九五五年頃を境に、法理学上の基本的問題に対してより、実質的・内容的な仕方での接近を試みるのである。このようなアプローチは、すでに前

号でみたように、B・E・キングの場合にある程度示されていたが、一層明らかな形で、このような追求を展開したのは、H・L・A・ハートであった。アリストレス哲学研究の権威者である彼が、分析哲学を中心とする新しい方法をふまえた上で展開した理論は、英本国ばかりでなく、海外でも注目されるに至った。現代のイギリス法理学は、まさにH・L・A・ハートの理論を軸として展開されているといってもよい。

このような事情であるから、本稿では、現代イギリス法理学について、H・L・A・ハートを中心にまず検討を試み、さらにこれに対する他のイギリス法理学者の反応を検討して、全体として、現代イギリス法理学にみられる経験的・実証的傾向を明らかにしたいと思う。なお、前号におけると同様、本稿においても、H・L・A・ハートをはじめとする現代イギリス法理学の理論をなるべく忠実に紹介したのち、若干の批判的考察をおこなうようにしたい。引用文の誤訳はもちろんのこと、理論の解釈の誤りにについても、多くの読者の御指摘を受ければ幸いである。

五

H・L・A・ハートといえ、一九六一年発表した『法の概念』*The Concept of Law* (以下混乱をさけるために、本書を示す場合は「*The Concept of Law*」と原書名で示す)と題する著作⁽¹⁾を法哲学に興味をもたれる読者はまず思い起されるであろう。実際、この書物は、彼が従来発表した法理学説を体系化したものであり、英本国ばかりでなく、A・ロス⁽²⁾、A・R・ブラックスフィールド⁽³⁾をはじめ多くの海外の法学者の注目を集めたのであった。このような事情からすれば、H・L・A・ハートの学説を紹介する場合には、当然この著作を正面から第一に取上げるべきである。しかしながら、本稿は、第二次大戦後のイギリス法理学の発展を歴史的に考察し、そこにみられる経験的・実証的傾向を浮彫りにすることを意図している。それゆえ、H・L・A

・ハートの学説についても、“The Concept of Law”の中へと体系化された彼の見解を、それが形成された過程に重点をおいて検討してみたいと思う。

H・L・A・ハートは、“The Concept of Law”を発表するまでに、相当多くの業績をすでに発表しているが、その中で次に示す二つの論文は、同書を成立させる軸となったといってもよいであろう。すなわち、一つは、「法理学における定義と理論」“Definition and Theory in Jurisprudence”⁽⁴⁾と題する一九五四年季刊法律評論に発表された論文(以下第一論文)と略する)、今一つは、「実証主義と法と道徳との分離」“Positivism and Separation of Law and Morals”⁽¹⁾と題する一九五八年ハーバード法律評論に発表された論文(以下第二論文)である。第一論文は、すでに紹介したG・L・ウリアムズ、カントロヴィッツなどの研究を前提とした上で、法的概念の認識・構成など、法的概念把握の方法について、H・L・A・ハート自身の見解を述べたものである。この論文の基礎となったのは、一九五三年、彼がオックスフォード大学の法理学担当教授として迎えられたさいの就任講演であるが、A・R・ブラックシールドは、“The Concept of Law”に対する書評の冒頭で、この講演は英米の法理学にとって画期的なできごとであったとまで述べている。このように、第一論文のもつ歴史的意義が評価されるのはなぜか？ この点に注意を払いながら、本章では第一論文の検討を以下進めてみよう。

なお、第二論文が“The Concept of Law”に対してもつ重要性は、そのテーマからして、恐らく直ちに知られるであろう。すなわち、H・L・A・ハートの法律観、道徳観、さらに世界観は、この論文の中にすでに生き生きと示されているといってもよいのである。第二論文については、次章で詳しい検討なされるであろう。

☆

☆

☆

第一論文のはじめで、H・L・A・ハートは、まず、法にかんする多くの未解決の問題があるが、これらの問題のすべてが、同じ方法で解決できるわけではなく、また、我々のなやみかどのような性質のものなのか決定されるまでは、問題解決のために必要な手段について語ることもできないと述べたのち、この論文の目的は、〈法とはなにか?〉〈国家とは何か?〉〈所有とは何か?〉というふうには、定義を求める形式で提起される法理学上の問題を説明する点にあるとする。このような法に関連する問題に対しては、通常の定義の仕方がまずい形で適用され、その結果、説明が複雑になり、実用的法学と法理学との分離が生まれ、ある種の基本的な概念は、哲学的議論をしなければ説明できないような印象さえ生まれている。しかし、ハートによると、事態はそうではなく、どのように基本的な概念もその特殊な性質にぴったり適した方法によって解明されうるものである。すなわち、このような適当な方法を見出すのが、第一論文の提起する問題にほかならない。

右のように、法理学の研究方法にかんする弾力的な態度を示したのち、H・L・A・ハートは法制的概念をめぐる基本問題の核心を提示しているが、その要旨を次に紹介してみよう。

国家とは何か? 法とは何か?……という形式の問いは、甚だあいまいな性質のものである。同じ形式の問いが定義を求めためにも用いられるし、また、目的あるいは正当化の理由、法的・政治的制度の起源などを求めるためにも用いられる。しかし、この点から生まれる混乱をさけるために、我々が、さきのような問いを、《国家という言葉の意味は何か?》という質問の形式に置き換えても、問題が解決されるわけではない。さきのような問いを発するひとびとは、言葉の辞典的説明を求めているのではないからである。それゆえ、権利とか法とか正しく呼ばれる例を提示し、それでも納得しないひとに対しては、世間の用例をすて、自由にその言葉を使えといっても、さきの質問に答えたことはならないのである。

H・L・A・ハートは、ほぼ右のように述べて、さきに紹介したような、概念定義にかんするG・L・ウィリアムズの解決がなお不十分なことを指摘し、その理由を次のように説明している。

《G・L・ウィリアムズ教授は、「国際法と法」という言葉にかんする論争」という有益な論文の中で、国際法は法なりやと問うひとびとに対してこの簡単なやり方を推奨している。しかし、このやり方は、まさに簡単すぎる。なぜなら、(質問者の)悩みは、つねに言葉または本質についての迷信、あるいは彼が事実上の問題と言葉の上の問題を混同して問題を追求していることから生まれているとはかぎらないからである。ここでは、困惑は次の三つの要素から生じているのである。すなわち、(1)〈法〉という言葉は、国内法および国際法にかんして用いられている場合に、単なる同音異義語ではないという十分に基礎付けられた確信があること。(2)一つの言葉が単なる同音異義語でないとしたら、その場合は、その言葉の応用されるすべて事例は、単一の性質あるいは若干の性質の単一の組合せを共通にもたねばならないという誤った確信、(〈法〉〈国家〉〈民族〉のような複雑な法的・政治的表現についてばかりでなく、〈ゲーム〉というような単純な言葉にかんしても誤りである確信)があること。(3)国内法と国際法との間の差異を強調しすぎること。それは、主権者の〈命令〉は法体系において、疑いもなく論理的に必要な一般的な特徴の単に一つの特殊な形式にすぎないこと、すなわちそれによってある体系のルールが法であることが確認される若干の一般的なテストあるいは、標識にすぎないことを見失う誤りから生ずるものである。》(第一論文三八ページ、以下カッコ内の数字は、註4に示す論文のページを指す)

ここに引用したのは、G・L・ウィリアムズを論評した文章に対する註の中の文章であるが、この論述の中に、第一論文のみでなく“*The Concept of Law*”に至るまで一貫してうかがわれるH・L・A・ハートの基本的見解が次の二点について示されていることに注意せねばならない。すなわち、一つは、定義論・概念論に対する彼の基本的見解である。本稿(一)でみたようにG・L・ウィリアムズ・カントロヴィッツの定義論は一方において概念定義という作業における主観的・名目的性質をかなり強く認めながら、他方では研究の手段としての概念定義の有益性・有効性と

いう観点から、その客観性を相対的に問題とするものであった。H・L・A・ハートは、このような定義論を不十分なものとし、一方では、法という言葉が国内法と国際法を通じて用いられる場合にみられるような、多くのひとびとの《十分に基礎付けられた確信》、すなわち概念の対象 *referent* の客観性に対する確信の存在を指摘して、極端な名目論に走るのをさけている。他方、彼は、法現象や政治現象のような複雑な現象については、《単一の性質》を対象が保有すると考えてはならないことを指摘して、もの本質を強調する実念論リアリズムにおちいることを防ごうとする。このようなH・L・A・ハートの定義論は、G・L・ウィリアムズ、カントロヴィッツなどの定義論をふまえた上で、より検討を深めたものといえよう。このようなハートの定義論がどのような問題を含むかについては、のちに総合的に検討することにした。

第二に注目すべき点は、法の概念定義にかんしては、イギリスにおいてオースチン以来伝統的なものとなっている法命令説を強く批判している点である。“*The Concept of Law*”に至ると、この法命令説批判がより詳しく展開され(同書第二章参照)、それが同書におけるH・L・A・ハートの法理論を支える一つの軸になっていることは、もはや周知の事実といってよいであろう。

ところで、H・L・A・ハートの第一論文は、右のような基本的見解を出発点として、次に、法学の分野における概念定義の作用がどのような点で困難を含んでいるのかを具体的に分析している。このハートの分析は、ウィリアムズ、カントロヴィッツなどにみられない要素を含んでいると考えるので、以下その要旨を紹介してみよう。

法人、権利、義務といった言葉を定義しようと試みるなら、これらの言葉は、日常の言葉の大部分がもつており、我々が日常の言葉を定義するさい指し示すような、事実の世界における対応 *Counterparts* をもたないことが判らるだろう。これらの法的言葉

に単純に「対応」するものは全くなく、我々がそれらの定義を試みるなら、そのさい我々が、人、もの、性質、事件、手続等の種類を、実体的または心理的に特定しながら提示する表現は、これらの法的言葉と何らかの仕方では結びついてはいるが、決して正確には法的言葉と等値ではないことが見出されるだろう。このような事情は、法人という表現の場合にきわめて明瞭であり、それゆえ、ふつう法人は、人の連がりあるいは集合ではないと云われるのである。しかし、この点は、他の法的言葉についても真実であって、権利という表現は、たとえ、我々が「法に基く」とか「法によって保障された」とつけ加えても、「期待」とか「力」という言葉とは、同義ではないのである……。

このような事情にこそ真の困難があるのであり、そこに、権利とは何か？ 法人とは何か？ という形の問題に対する解答のタイプによって学派の特色が決定されるほど、広汎で相争う学説が基本的な法概念の定義をめぐって生じた理由がある。しかしこのような事態は、定義に対するアプローチの仕方がどこか間違っていることを示唆しているように思われる。(38—39)。

H・L・A・ハートは、右のように法的概念の特殊な抽象性、すなわち、その対象 *referent* は、事実 *fact* と何らかの結びつきはもつが、しかし事実そのものではないということを描いたのち、この点と関連して、従来の学説が、何ほどの欠陥をもつことは次の諸点から知られるとする。まず基本的法概念をめぐる従来の学説は、しばしば、おなじみの「三つぞろい」という形式であらわれること。たとえば、権利について、アメリカのリアリストは、それは、裁判所あるいは公務員の将来の行動にかんして我々が予言をなすさい用いる術語であるとし、北欧の法学者たちは、リアリストに致命的な攻撃を加えたのち、権利は何ら実在するものではなく、観念的または擬制的または想像上の力であるとし、ついでリアリストとともに、権利は客観的な現実——人間の行動とは独立して存在する目にみえない実体であるとする古い型の理論を攻撃する。このように、権利概念をめぐって、三つの学説が相争っているが、同じよ

うに、法人概念についても、法人とは、通常人にかんする、複雑であるがなお事実^に属することがらに対する総合名詞であるとする説、法人擬制説、法人実在説、と三つの説が存在している。このように、つねに三つのタイプの学説があらわれるのは、従来の方法の欠陥を反映しているのではないかとH・L・A・ハートは考えるわけである。第二には、基本的法概念をめぐる従来の学説は、実用法学に対してほとんど光を与えていないこと、第三には、このような学説の多くは、本来区別されるべき政治的主張を混えていること。以上の三点に、伝説的学説の欠陥が現われているが、H・L・A・ハートは、このような事態は概念定義の方法の誤りから生じるものだと簡単に断定するのである(39—41)。

H・L・A・ハートの右のような指摘のうち、第一点は新らしい指摘であるが、伝説的学説がなぜつねに三つのタイプをとってあらわれるのか、そのような事態がどのような論理的意思をもつのか?この点についてハートは次のように註の中で語っている。

《このたびたび生ずる(学説の)三つぞろい *triumvirate* の一般的形式は、次のように要約して述べられよう。一つのタイプの理論は、言葉はなじみの深いことから *the familiar*——我々が何らかの結合されしかも単一のものとして期待している複雑な事実、我々が何らかに現存しているものを(含むと)期待する未来の事実、何らか外的なものを期待する心理的事実——の変種 *variant* を意味するためにあると我々に語るものである。第二のタイプの理論は、言葉は何らかの意味で擬制であること^{がら}、を意味すると語り、第三の(今や流行遅れの)タイプの理論は、言葉は、我々が、それについて、触れることも、聞くことも、見ることも、感じることもできないような、何らか他のものとは異ったものを意味するものである。》(39)

これまで、H・L・A・ハートの基本的な発想に親しむために、第一論文の第一章の要旨を、相当詳しくまた論文

の叙述の順序にしたがって紹介した。その結果、彼がG・L・ウィリアムズ・カントロヴィッツ的定義論に対してもまた、法的概念の定義をめぐって過去に現われた諸学説が採った方法に対しても、不満をもっていることは明らかに思ったと思う。それでは、法的概念の定義の方法にかんするH・L・A・ハートの積極的主張は、どのようなものなのか？ この点を、第一論文第二章以下によってこれから検討してみよう。なお、第一論文は“*The Concept of Law*”とくらべると、初期に書かれたものだけに、叙述はより生き生きとしているが、しかし、やや体系的な整理を欠いている点もあるようにみられる。それで以下の紹介は、原論文の展開の順序にこだわらないで、要点を抽出してみたいと思う。

H・L・A・ハートの積極的主張は次の二点について我々の注意を喚起することから始まっている。まず、ベンサムが“*A Fragment on Government*”の中で指摘したように法的な言葉は特別な説明の方法を必要とすること。すなわち、《我々は、《権利》という言葉ではなく《貴方は権利をもつ》という文章を、また《国家》という言葉ではなく《彼は国家の成員である、あるいは公務員である》という文章を取り上げねばならない》。次に、法的言語のようにルールの存在の確認・応用に関連して用いられる言葉は、特別な状況にかんする論述の一部分をなすものであり、また、この種の論述の中で、《法》にかんする論述は、非常に複雑な場合の一例であるから、その特徴を見るためには、法から離れて、多くの差異はあるが共通の特徴をもつ他のより単純な事例をみる必要があること。すなわち、経済学者や自然科学者が、複雑なものを理解するために単純なモデルを用いるのをならうべきであり、それゆえ、多くの重要な点で法的ルールと同一の解明し難くしかも複雑な構造をもつゲームのルールが単純な比喻として用いられるだろうとハートは述べる(41—42)。

右の二点にわたる指摘は、平凡なことがらにみえて実は、H・L・A・ハートの理論を理解する上では重要である。

法的言語にかんしては、一つの言葉を切り離して説明するのではなく、センテンスの中の言葉として説明すべきであるというベンサムの方法は、既述のように、法的言葉はその対象 *referent* として生の事実 *fact* をもつものではないという事情を反映しているのである。また「単純なモデル」について考察する必要をハートが説いている点は、“*The Concept of Law*” の中でも、ゲームの例がしばしば持ち出され、また法命令説における命令の概念を理解するため、ピストル強盗が金を出せと命令する場合を例としていることなどを考えると重要な意味をもつ。このような事例が、果して経済学や自然科学における場合と同様モデルとしての意味をもつか、それとも、ハート自身が他方で比喻といっているように単なる比喻にとどまるものか、この点は興味のある問題である。⁽⁶⁾

ところでH・L・A・ハートは積極的に法的概念の定義の方法を示し、また従来の方法の誤りを示すために、次の四点にわたって定義論をめぐる注目すべき事柄があるとす。

(1) \wedge AはBから十ポンド支払われる権利をもつ \vee という文章は、ゲームの場合の \wedge 彼はアウトだ \vee という文章と同様、複雑な状況を前提にはいるが、その状況が存在するという事実を述べているのではないこと。(2) \wedge Aは権利をもつ \vee という文章は、法的ルールの存在と、一定の事実の存在を暗黙のうちに前提とし、特定の法的ルールから導き出される何らかの法的計算の結論を示すものである。(3) スミスは十ポンドの支払いを受ける権利がある \vee という判断は、担当裁判官によって云われた場合には、他のひとつによつて云われた場合とは異った意味をもつ。だからといって、裁判官の判決の最終性を無謬性と混同したり、法を裁判所の行動を基準に定義してはならない。

(4) 法的な体系にかぎらずいかなる体系にあつても、ルールというものは、秀れて実用的な理由から、何らかの非常に異つた事実の一組に対して同一の効果 *identical consequences* を与えるものであること。
(ここでH・L・A・ハートは、クリケットのゲームのアウトになる場合を例に引いて、この重要な事実を判りやすく説明して

いるが、これは野球のアウト)クリケットゲームのアウトという言葉は、ルールのもとで決定を与えたり要求を提出するさいに用いられる。の場合も同様であろう。

《ここで、アウトになるなり方は種々あっても、そのうちの 하나가、アウトという言葉の意味すること、がらに對して、他よりも本質的だというようなことはないし、また、アウトになるなり方に若干の同一性や類似性があるうとも、それらのアウトになる事例は、すべて同一のルールの対象になるということを除いては、何ら共通の性質を必要としないことはたやすく判るだろう。しかし、このことを、ルールがさまざまな行為や事態の連続を、それらを結合するような仕方であつて、それらから重要な事例について認識するのは、たやすいことではな。》(42—45)

法的概念の定義に關連する右のような四つの特異な事情を指摘したH・L・A・ハートは、さらに繰返して各点について検討を加え、彼の定義論というべきものを展開していく。この間の論述をすべて紹介するのは、紙数の關係で不可能だから、この辺で問題点を整理して、第一論文における彼の理論の要点を明らかにすることを試みよう。

H・L・A・ハートの指摘する法的概念をめぐる四つの特殊な事情のうち、第一——第三点は、大陸系の法哲学者が従来用いてきた表現によるならば、規範としての法のもつ規範的意味に關連する指摘にほかならない。この意味では、H・L・A・ハートの指摘は、何ら新しいものを含んでいないといえる。しかしながら、彼の考察は、法が規範的意味を担い、あるいは、規範的作用を果すという事実が、法そのもの概念定義ばかりでなく、すべての法的概念の定義にあたって決定的な意味をもつこと、換言すれば、ルールとしての法の規範的作用との關連を無視して法的概念の定義をおこなえないことを指摘した点に積極的な意味があると思われる。重ねていうならば、(1)法的な言葉によつて意味される対象 *referent* は単なる事実 *fact* ではなく、それゆゑ法的な言葉を、他の同様の意味をもつ言葉で

置き換え、さらに類概念と種差を示して説明するという伝統的な方法は不十分であること、(2)法的事実にかんする言明 *Statement* は、事実にかんする言明とは異った特殊な性質をもつこと、この二点の指摘に意味があるといえる。右のような見解に立って、法的概念定義の新らしい方法が求められるわけだが、それは、ベンサムが不完全ではあるが示唆したように、《Xは権利をもつという形式の文が真であるために必要な若干の条件を特定する》という方法である。H・A・L・ハートは、このように考えて、ホーフェルトの方法をある程度評価しながら、《法的な権利》という表現に対する説明として次のような説明を提示するのである(49)。

《(1) Xは権利をもつ》という形式の言明は、次の諸条件が満たされるかぎり真実である。

(a) 法的体系が存在していること。

(b) その体系の一あるいは複数のルールによると、他のひとYが、起った事件にかんして、何らかの行動をなすよう、あるいは差控えるよう義務付けられていること。

(c) この義務は、Xあるいは彼の代理として資格を与えられた他のひとの選択に基いて、法によって課せられるのであり、それゆえ、Yは、X(あるいは資格のある他のひと)がそのように選択した場合にのみ、あるいはX(あるいは代理人)が他のやり方を選択するまで、作為あるいは不作為の義務を負うのである。

(2) Xは権利をもつ》という形式の言明は、かくかくのルールの対象となる特殊な事件について法の結論を導き出すために用いられる。》

第一論文の内容の紹介を、以上で不十分であるが終り、ここで若干批判的考察を加えてみよう。

すでに指摘したように、H・L・A・ハートは、定義論にかんしては、G・ウィリアムズにみられるノミナリズム

的傾向を批判し、〈概念の有用性〉を基準とするカントロヴィッツ的理論にも満足しない。彼は、法的概念の特殊性を指摘し、その事実的側面と規範的側面とを区別する必要を強調する。この観点から、法的命題の意味を事実の世界へと還元したアメリカのリアリストの態度は強く批判される。このようにみると、H・L・A・ハートの理論は、少くともふつうの意味では、経験的・実証的傾向から離れ、むしろ大陸的な法哲学的思考へと向うものといえる。

しかしながら、H・L・A・ハートが、法的概念の理解のためには法的ルールとくにその規範的作用との関連において、その意味を理解する必要をとくとき、そこでは、経験的事実を超越したものとして法の規範的作用が説かれていくわけでは決していない。このことは、法と道徳との分離を強調する第二論文でより明らかにされるが、第一論文の範囲内でも十分そういえるだろう。なぜなら、H・L・A・ハートが、法人概念を例にとつて、法的ルールと法的概念との相関性を説明する場合、法人概念は特定の法的ルールが、法人の活動に係するひとびとに対して、時の経過の中で、その行動を結合し統制する作用を中心に説明され、かくしてえられた法的概念としての法人の概念は、その社会学的概念と対比されるのである(53, 55ff.)。我々にはこのような指摘はそれほど目新しいものとは思われない。しかし法哲学的研究や社会学的研究があまり盛んでなかったイギリスでは別なのであろう。

前述のように、H・L・A・ハートの方法は見方によっては、経験的・実証的傾向から離れる方向に向うように見える。しかし、言語の実際の用法に注意すること自体、経験的・実証的態度であり、ケルゼンがしばしば強調したように〈へある〉と〈べき〉との峻別は、決して事実に対する経験的・実証的研究を否定するものではなく、反つてそのような研究を促進する意義をもつといえよう。H・L・A・ハートの場合は、この面での傾向は、リアリズムを批判しながら、しかもその業績を高く評価していること、また、道徳に関連する刑法上の問題に対してリベラルな態度を

とっていること、などにとどまっているが、しかし、それは彼の理論の価値を左右するものではなく、恐らく近い将来、イギリスにおいても、法社会学など経験的・実証的研究を促進するような影響を間接的には及すものとみられる。ただ、H・L・A・ハートの方法の重点が言語の用法の分析におかれているかぎり、その理論に限界のあることは指摘するまでもないであろう。少くとも現在までのところ、法の階級性というような問題は、まったく彼の視野の外におかれている。法的ルールのもつ意味・作用の分析も、結局のところ、言語分析を通じての法の技術的側面の分析にとどまっていると云えるのではなからうか？

(1) H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961. なお、本書の翻刻版が一九六三年紀伊国屋書店から刊行された。

(2) A. Ross, *Book Review*, p. 1185-1190, *Yale Law Journal*, 1962.

(3) A. R. Blackshield, *Hart's Concept of Law*, p. 329 ff. A. R. S. P. XLVIII/3 1962.

(4) H. L. A. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, p. 37 ff. vol. 70. L. Q. R. 1954.

(5) H. L. A. Hart, *Positivism and The Separation of Law and Morals*, p. 593 ff. vol. 71. *Harvard Law Review*, Feb. 1958.

(6) H・L・A・ハートは、“The Concept of Law”でもおなじみにゲームの比喩、ピストル強盗の比喩を使っているが、A・R・ブラックシールドは、“このような事例が比喩として適切かどうか疑問とする”。cf. A. R. Blackshield op. cit.

六

法と道徳の分離について論じたH・L・A・ハートの第二論文は、第二次大戦ののち、再び勢力をえてきた新自然法論的傾向を批判するために書かれたものである。⁽¹⁾それゆえ、叙述の仕方はやや論争的であり、文体も情熱的なもの

を感じさせる。しかし、この第二論文も、単に一時的な論争のために書かれたものではない。そのテーマが示唆するように、彼の実証的あるいは実定法主義的立場は、この第二論文によって確立される。この意味で、既述のように、第二論文は第一論文とともに：“*The Concept of law*”の軸となるものであり、きわめて重要だから、これから若干の紹介を試みよう。ただし、第二論文は、第一論文よりもわが国によく紹介されているからより、重点的に要約することにしたい。

H・L・A・ハートは、第二論文の序論で、この論文の目的が、アメリカでホームズ判事が示したような実証的見解、またイギリスでベンサムが「神秘のマスクをはぎとる」という言葉で示したような見解を弁護し、法と道徳の密切な交錯・融合を説く最近の傾向を批判する点にあることを述べたのち、ベンサムおよびオースチンの法と道徳にかんする理論を歴史的に考察している。彼は、ベンサムを代表者とする功利主義者の理論が、悪しき実証主義や全体主義とはまったく無縁のものであることを強く指摘する。このあたりの、H・L・A・ハートの叙述は、説得力に富み、既述のように、彼自身の情熱を感じさせるものがある。彼は功利主義者について次のように語っている。

《彼らは、確固として、しかも、法と政治における自由主義の原理に対する功利主義者自身の基礎の上に立っていたのである。功利主義者たちほど、落着いて健全に、改革に対する情熱を法に対する尊敬に結びつけ、また権力が改革主義者の手中にあるときでさえ、権力の乱用を抑制する必要の正当な承認と結びつけたものは、かつてなかったであろう。読者はベンサムの著作の中で、次から次へと、法治国家 *Rechtsstaat* の要素や、現在、復活した自然法の用語が守ろうとしているすべての原理を確認できるであろう。》(595)

右のようなベンサムの基本的な態度は、彼が言論・出版の自由・結社の自由、行政機関を抑制する必要、罪刑法定

主義などを説いたこと、とくに、奴隷い制度について、《論争されている問題は、奴隷いとされている人が、理性をもちうるかどうかということではなく、単に彼らが虐待されているかどうかにある》と主張した点に明らかに示されているとされる。

ところで、H・L・A・ハートは、功利主義者ベンサムが一方で前述のような鋭い道德感覚をもちながら、しかも法と道德との区別を強調した理由について検討しているが、その要旨をまとめてみよう。

《二人の思想家が、このような主張（註 法と道德の区別）をおこなった第一の理由は、道德的に悪い法の存在によって提起される問題を確実に認識するとともに、法秩序の權威の特殊な性質を理解するためであった。ベンサムの法による政治の下での、一般的処世術は簡単である。すなわち、《嚴格に従い、しかし自由に批判する》というのがそれであった。》(597)

フランス革命を観察したベンサムは、法と道德とを混同して《これは法であってはならないから私は批判の自由をもつばかりか、その法を無視する自由をもつ》と述べるアナキストに対しても、《これは法であるから、それゆえ、それはそうあるべき内容をもつ》として批判の自由を押しつづす反動主義者に対しても警戒心をもっていたのである。法と道德の混同は、ブラックストーンに典型的に現われているが、ベンサムによると、法律家の目には、《ある》と《あるべき》とが一つであって分ち難いとみえるのは、その職業的な病とさえされる。

さきにも指摘されたように、ベンサムは、法と道德の区別を主張することによって、法とその權威を《あるべき法》の中に解消してしまう危険、および、現存する法は、行動の基準として十分な道德性を備えているとして批判を逃れる危険を防ごとしたのであった。ベンサムそしてオースチンも、道德的原理による法の制約（たとえば、合衆国憲法修正第五条の場合のように）を否定していない。しかも、彼らは、右のような基本的考え方から、《ルールが道德の基準を破っているという単なる事実から、それが法的にルールではないという結論はでないこと。また反対に、ルールが道德的に望ましいということから、それが法的ルールである

との結論でもないこと》を主張したのであった(599)。

おおよそ、以上のような説明をしたのち、H・L・A・ハートは、オースチン、ベンサムによって述べられた法と道徳の分離にかんする主張は、グレイやホームズに受けつがれたが、彼らは、この主張が、社会的統制の手段としての法の理解、新しい出発を可能にすると考えたのである、としているが、まさに、この点にH・L・A・ハート自身への法と道徳の分離の問題〉に対する基本的態度、このような主張を支持する理由が示されているといえよう。

H・L・A・ハートの法と道徳の分離にかんする主張はこれまでみたように、第二論文の第一章で歴史的考察の形をとりながら、いわば論証をとまわらないで直観的に示された。この主張は、第二章での法命令説批判、第三章でのリアリズムの再検討、第四章における第二次大戦後のラードブルッフの発言の検討を通して具体的に裏付けられることとなる。以下、右の三点について簡単に内容を検討してみよう。

H・L・A・ハートによると、功利主義者の法理論の三つの柱(註第一は法と道徳分離の理論、第二は、分析的方法、第三は命令説)のうち、法命令説は、法を物理的・心理的事実に還元している点で誤っている。しかし、だからといって、法を道徳と混同して説明する必要はない。このように述べたのち、H・L・A・ハートは、法的ルールを、主として行為規範を内容とする第一次的ルールと立法手続を定める第二次的ルールに分ち、《社会集団およびその公的機関がこのような法的ルール、とくに第二次的ルールを受け入れることがどのような意味をもつか?》この点の分析こそ、法理学にとって問題解決のカギなのであるとする(603)。

次にリアリストたちについてであるが、彼らの業績は、《人間の言語と思想の一つの主要な様相を我々に鋭く意識させ、法の理解に対してのみでなく、法理学をはるかに越える哲学の領域においても、きわめて主要な事柄を強調し

た》点で高く評価される。しかも、リアリストによる裁判過程の分析によって、形式的・機械的な判決の仕方が誤りであり、社会的目的を考慮して判決するのが正しいと判ったからといって、法と道徳を混同する必要はない。判決にあたって、裁判官が〈べき〉として考慮すべき法の目的・社会的政策なども広い意味では法の一部であり、また法的な〈べき〉は、必ずしも道徳的な〈べき〉に限定されないのである (605ff)。このように説いたのち、ラートブルッフの発言、すなわち、ナチス当時の悪法を法として認めたと実証主義的態度への非難を素材として、このような一種の極限的問題にかんしても、なお、法と道徳を混同するのは、危険であることが説かれる (615ff)。H・L・A・ハートが、この点で指摘していることは、道徳を強調するあまり、罪刑法定主義を無視することになれば、ここに新たな弊害が生じるといふ事実であろう。

これまで第二論文第二章以下の趣旨を検討してきた。ここで、H・L・A・ハートの示した問題は、それぞれ重要な意味をもち、これに対する彼の見解はほとんどそのまま、*"The Concept of Law"*へと引きつがれている。ところで、第二論文については、この辺で紹介を打ち切り、*"The Concept of Law"* が後に執筆されたことを考慮に入れながら彼の理論の性格を総合的に論評してみよう。

H・L・A・ハートの見解を通じて受ける筆者の印象は、簡単にいえば、彼はG・ウィリアムズの理論と対比すると、より正統的であり、中庸の道歩んでいるという印象である。このことは、論争的性質を稀薄にした *"The Concept of Law"* については一層いえるであろう。問題を追求するその手段は、彼が日常言語学派に属するといわれるように、新らしさを含んでいる。しかし、H・L・A・ハートが導き出した結論はどれをとっても、従来の学説を变革するようなものとはいえない。たとえば、もっともハート独特の理論のように見える第一次的ルールと第二次的

ルールの結合に関連する理論も、後者が主として立法手続にかんする基本的ルール承認のルールとしてしかも「根本規範」的な意味で把握されるかぎり、政治学的には、主権の内容を立法権を中心として理解するロック以来の伝統を法学的に説明する以上のものではないといえよう。また、オースチン以来の伝統的な法命令説に対する批判も、現代国家のように複雑な社会にあっては、第一次的ルールが命令的性格をもつことを認めながら、民主政にあっては、人民が人民に命令することになるから、法命令説は誤っていると⁽⁴⁾するのは、やや単純な批判といえよう。なぜなら、法命令説の核心は法の機能的作用に重点をおいて、それを《命令》の概念で包括している点にあるのであり、また、人民が人民に命令するのは命令という言葉の原の意味に反するから適当でないとするのは、近世以後の人民主権論の構造に対する無理解を示しているともいえるからである。主権とか主権者の概念はもともとフィクション的性格のきわめて強い法概念であり、したがって、主権者による命令という場合の命令の概念が日常の「命令」という言葉の意味と離れることは分り切った話である。このような事情を無視する点に法的言語の理解にあたっては、まず日常の用法を考慮するという方法の欠陥が現われているように思われる。

このようにみえてくると、H・L・A・ハートの理論はあまり獨創性をもたないように見える。しかし、そうでもない。筆者は以下の二点に、彼の法理学説の特徴が見出され、またそこに、本稿のテーマである経験的・実証的傾向が示されていると考える。

第一には、やはり、彼の法概念の定義の問題に対する見解に特色がある。ハートがG・ウィリアムズ・カントロヴィツの見解に対して消極的であることは、これまでに再三指摘した。だが、彼は伝統的な実念論に復帰しているわけでもない。彼は、少くとも法的概念にかんしては、概念定義という作業のもつ価値自体を疑っているように見受け

られる。この事實は、H・L・A・ハートが、すでに考察したように、第一論文において、権利の概念を追求しながら、その結論を、要心深く定義という言葉を選挙して〈説明〉として示していること、また“*The Concept of Law*”において、自分の意図は、法の概念定義をおこなう点にあるのではないことを強調していること、などに明らかに示されている。《言葉の意味をたずねるな、その用法を問え》という考え方が、《定義ではなく説明を》という形で現われているといえる。ここに、論理実証主義的・分析哲学的方法とくらべると、通常の意味での経験的・実証的思考がみられるといっても差支えない。

第二の特色は、法と道徳の分離の理論を、リアリストから刺激を受けながら、単にイデオロギーや目的の問題としてではなく、機能的な側面をも取りあげて総合的に主張した点であろう。そのこと自体は、世界的にみて、法社会学的研究の発展してきた現状からいうと別に目新しいことではない。しかし、イギリスの法理学というかぎられた分野では一つの大きな前進として評価され、同時に、この第二の特色をハート法理学の実証的傾向として把えるなかで評価されると考える。

(1) H・L・A・ハートは、直接には、ダントレーヴ、フラール、ブレヒトなどの主張を引用している。しかしダントレーヴはトミストであって、その主張ははとくに新しいものとはいえない。フラールの主張も近著“*The Morality of Law*”から知られるように、それほど自然法的ではない。A・ブレヒトが相対主義的価値観を斥けていることは、明らかであるが、ハートが引用している“*The Myth of Is and Ought*” (54. Harv. L. Rev. p. 811 ff. 1941)と題する論文は、学説史的考察を中心としたもので、そこではあまり強い主張はされていない。このような事情を考えると、H・L・A・ハートがこの第二論文を執筆した主要な動機は、ラートブルツフの提起した問題にあるとみられる。法実証主義に対するイギリス的理解とドイツ的理解の差がここに現われているのである。この点をも含んで法実証主義について詳細に論じられた有意義な文献として、矢崎光圀『法実証主義』日本評論社刊、昭和三十八年、がある。同書序説および第二篇参照。

- (2) 矢崎光圀、前掲書とくに第二篇第六章、法実証主義の再検討参照。
- (3) 佐藤節子「H・L・A・ハートの〈法の概念〉の分析方法」(『法の概念』日本法哲学会編所収)八五ページ参照。この論文は、日常言語学派(オックスフォード学派)の方法を詳細に検討しながら、H・L・A・ハートの理論を紹介・批判された専門的な論文である。
- (4) H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 74.

七

一九六一年、H・L・A・ハートは、本稿でこれまで検討した二論文に示した基本的見解を軸として、法理学にかんする最初の体系的著作『法の概念』(『The Concept of Law』)を発表した⁽¹⁾。この新著は、彼が従来示した見解にほとんど新しいものを加えていないようにみられる。しかし、文章は全く新たに書き下され、また法理学上の基本的問題を体系的に扱っているので、少くとも英米系の諸国では大きな反響を引き起した。A・ロスは、文章のスタイルが明晰であること、整然と体系化がなされていること、その内容が主要な点で自己の説と一致することを認め、この新著は、学説のよせ集めではないとして、その獨創性を高く評価する⁽²⁾。これに対してA・R・ブラックスールドは、文章のスタイルは明晰であるが、しかしイギリス的鈍重さがみられ、第一論文から読者が期待するような新鮮な言語分析はみられず、また、H・L・A・ハートが法理学上の問題をとくかぎであるとする〈第一次的ルールと第二次的ルールの結合〉という観念もケルゼンの根本規範の変種にすぎないとして、相当痛烈な批判を加えている⁽³⁾。

ところで、本稿は、戦後のイギリス法理学の傾向を把むことを主要な目的としている。それゆえ、右のような海外での評価はさておいて、このH・L・A・ハートの新著に対するイギリスの法理学者の種々の反応を検討し、この検

討を通じて最近のイギリス法理学の傾向を把握したいと考える。

イギリス本国でハートの理論を正面から取り上げ批判を加えたのは、本稿(一)第五章でその紹介を行なったB・E・キングである。彼は、ケンブリッジ法律評論誌に「ハート法理学の基本的概念」と題する論文を⁽⁴⁾発表して、主として、概念定義の方法論、および関連して法的概念把握の方法について論評を加え、また自己の理論をより、厳密に展開した。この論文は、ハートの新著を忠実に分析しながら論評を加えたものであり、さきのA・R・ブラックシールドの書評とともに、充実した内容をもつと考えるので、これから若干くわしく検討してみよう。

B・E・キングは、まず、H・L・A・ハートがカントロヴィッツ的な〈概念にかんする実用主義〉を十分に採用していないこと、また、彼がその著書に〈記述的社会学における理論〉という意味をもたせたいと述べながら、社会的・心理学的研究ではなく、論理的・哲学的研究の枠の中にとどまっていること、この二点に対して不満を表明したのち、概念定義の問題に対するハートの基本的態度を批判する。このB・E・キングの批判は、本稿でもすでに指摘した点であるが、H・L・A・ハートが概念定義という作業を避けている点にまず向けられる。

〈第一次的ルールと第二次的ルールの結合は、法的体系を把握するためのもつとも餘り豊かな方法である〉とか、それは〈法的体系という表現を適用するための十分な条件である〉などとはばしば述べながら、なぜハートは、このようなルールの結合と点を中心に法の概念を定義しないのか？ なぜ彼は法の定義をそれほど不必要と考えるのか？ 彼は、どのようにして法の定義と法の概念の説明との間の差異を考察するのか？ このようにB・E・キングは疑問を提起したのち、定義という作業の意義が、H・L・A・ハート自身が認めているようにある言葉が言及している〈ある程度のもの〉を我々に指示するために、他のものとの間の境界線を引くという点にあるとしたら、このような定義は、科学的目的のために、その(註、定義によって言及されている)

現象についての概念を定めるものであり、この作業を避けることはできない。このような意義に加えて、法の概念を定義することは、定義によって確定された法的体系の内的措置およびその外的諸関係を説明するための出発点として役立つのである。ハートは、類概念と種差による伝統的な定義の方法が法的概念の定義に対しては困難を含むというが、彼が法の概念を説明するさいに多に依存しているルールの概念はまさに類概念ではなからうか。H・L・A・ハートは、法の概念定義をめぐる困難は、《私は象をみるとき、それを認識できるが、しかし象を定義することはできない》というひとの場合と同様であると述べるが、この比喩は誤っており、象の概念を科学的に定義するのにさして困難はない。さらに、彼は法概念の定義が困難であるとし、しばしば指摘するが、もし、ひとがはじめに法とは何かを知らないとしたら、どうして法については概念定義の作業が困惑を生み出すなどといえるのだろうか？

B・Eキングはだいたい右のような趣旨の批判を加えたのち、言語分析に対する《H・L・A・ハートの大きな才能は、法理論に対して新らしい視野を開くものというよりは、むしろ保守的な効果を支えるものである》と述べ、さらにA・J・エイヤーを引用して、分析哲学的な方法を支持している。

これまで、B・E・キングの論文のほぼ前半にあたる部分をやや詳しく紹介した。論文の後半ではハート批判とともに、積極的に彼自身の見解が展開されているが、その基本的内容は、本編第四章で紹介した彼の見解と変わっていない。それゆえ、この辺で、B・E・キングのハート批判の内容を、総合的にまとめてみよう。

さきに紹介したB・E・キングの論文のほぼ前半の部分における彼のハート批判の要点は次の諸点にあるように筆者には解される。(1) H・L・A・ハートは概念定義を省略しているが、実はルールの概念を類概念として暗黙のうち

に法の概念定義をおこない、これを前提として法の概念を解明している。(2) しかも、ハートは、そのさいへ第一次的

ルールと第二次的ルールとの結合」という概念は何人にも明白な事実であるとして概念定義にかんする実念論的立場を採用している。(3)その結果、ハートは概念定義におけるポーターラインケースを軽視しているが、これは法理学の研究対象としての法現象を科学的に定義するのを怠るものである。

筆者が右にかりに第三点として示したB・E・キングの主張は、G・ウィリアムズにおけるノミナリズムへの傾斜を修正しながら、カントロヴィッツ的概念実用主義に対して、研究対象の確定という観点から基準を与えるものとして重要な意味をもつと解される。すなわち、B・E・キングはこのような考え方を基礎として、論文後半においては経験的に法現象を把握し、法の概念定義と法現象の定義と理解してその解明に努めているのである。その内容については、前述の事情で検討を省略しB・E・キングのハート批判について、最後に「承認のルール」にかんする部分について触れておきたい。B・E・キングのいおうとしている点は、およそ次のようなものである。H・L・A・ハートにあっては、承認のルールをはじめ立法手続にかんするルールを中心に司法的ルールを含めた第二次的ルールが法体系を構成する核心とされている。この第一次的ルールと第二次的ルールの結合という観念は、「マルクス主義者の用語法をとれば、抽象的な上部構造であり―特異なソフィステイクートされた種類の知的な抽象」にほかならない。より、現実存在しているのは、ひとびと、その慣行、その行動、彼らを導くシンボル、彼らの行動の目的などである。これらの現実との関連の上に法体系は存在している。H・L・A・ハートは、承認のルールの容認 *acceptance* について詳細に叙述しているが、この点を問題とするのなら、むしろ法的ルールの法源そのものを問題とすべきである。H・L・A・ハートは、第二次的ルールが、裁判所の活動を拘束すると考えているが、逆に、裁判所の活動こそハートのいう第二次的ルールの重要な法源というべきである。このような事情ゆえ、法概念定義は、主として裁判所の

活動を中心として、法源を経験的に記述するという仕方ではなすべきである。

H・L・A・ハートの理論にあって承認のルールを、法体系を基礎付ける究極的ルールとして考えてもよいかどうか、また、この承認のルールにかんする彼の説明が、心理学的な説明なのかどうか、このような点は、法哲学的にハートの理論を検討する場合、もっとも重要な問題点の一つであろう。A・R・ブラックシールド、A・ロス、またわが国の井上茂教授などすべてこの点に注意を向けている。これらの各教授の見解にふれる余裕はないが、B・E・キングの前述のような見解は、彼が、概念定義の方法論にかんしては、新しい見解を採用しながら、しかも法理論全体としては、比較的オーソドックスな立場を守っていることを示すものといえよう。この点は、H・L・A・ハートが規範 *Norm* とどう言葉の使用を避けているのに対して、彼が、法的規範と実定法としての法的ルールの概念を區別している点にもうかがわれる。

B・E・キングのハート批判およびそれに先立つ論文を併せて総合的にみると、彼の見解は、法のイデオロギイ的側面を見落すことなく、しかも、法理学の任務との関連の下に、法律家の経験を素材として法の問題を定義し、しかもこの法概念の定義は法現象の定義に等しく、また定義そのものは科学的研究の道具として理解されており、全体として着実な方法であると評価されよう。

ところで、本稿で紹介した、前述の検討によって確認されたB・E・キングの見解に対して、R・W・M・ダイアスは、彼もまたアプリアリオリな方法をとっているとの批判を「法理学教育に対する経験的接近」と題する論文の中で加えたのであった。⁽⁶⁾ すなわち、彼によると、B・E・キングが、法の問題をまず設定しなければ初歩の研究者は法理学の基本問題を理解できないとしたのは、初歩者に先入観を与えるものであり、法の問題定義のような重要な問題

は、種々の角度からの、経験的研究を積み重ねた上で最後になされるべきものとされるのである。このような批判が誤解に基くことは、R・ストーンの指摘するとおりであり、⁽⁷⁾ B・E・キングは経験的帰納方法を否定しているわけではまったくない。それゆえ、ここでR・W・M・ダイアスのキング批判を取り上げる必要はないが、ただ、彼が前記論文で示した経験主義的方法への熱意というべきものに触れておきたい。

R・W・M・ダイアスは、ドイツ観念論的思想やアプリアリ方法、演繹的方法⁽⁸⁾に対して強い反感をもち、彼もまた法学教育との関連を重視しながら、帰納的・経験的研究方法の必要なことを熱意をもって語っている。彼はこのような経験主義が正しいことを、自然科学の方法にまで論及しながら論証しようとする。しかし、彼の経験主義は、いわば素朴なものであって、この点はたとえば、ヘアキレスと亀⁽⁹⁾のパラドックスも、経験的に考察すれば直ちに解決すると述べていることから知られる。R・ストーンは、このような彼のやや粗雑⁽¹⁰⁾といってもよい見解をとらえ、痛烈な批判を加えている。それはともかく、ここで注意したいことは、R・W・M・ダイアスは素朴な経験主義といってもよいような思想的立場をとってはいるが、彼の具体的な法理論は、案外オードックスであり、それはそれで評価されてよいという事実である。この点は、ダイアスの国際法の概念を論じた見解⁽¹¹⁾、先例拘束力の法理に対する合理的な見解⁽¹⁰⁾、法における価値論的研究の価値に対する見解などに十分に現われている。ということは、現代イギリスの法理学者は、現代の哲学・論理学、意味論などの影響を強く受けているが、しかしそれらの学問と法学との相互関係は、それほど機械的・決定的なものではなく、新しい方法も法理学上の基本的問題を解決する唯一の方法とは考えられていないと云うことであろう。

ところで、B・E・キングよりもより、内在的な観点からハート批判をおこなっているA・W・B・シンプソンの批

判に最後に簡単に触れておきたい。彼は「法的概念の分析」と題する論文の中で、A・ロス、H・L・A・ハート、ホーフェルト、この三者の法的概念にかんする理論を取り上げ、どれも基本的な点で誤っているとす。彼のハート批判をごく簡単に要約すると次のようになる。

H・L・A・ハートは、〈彼はアウトだ〉という言明は、ルールに関連する〈内的言明〉であり、〈ボールがバットにあたった〉という言明は、事実にかんする記述的説明すなわち〈外的言明〉であるという。しかしボールがバットにあたったという場合、そのボールは、クリケットのルール(註もちろん野球の場合でも同じことであるが)を前提にした一定の規格のボールであるから、この言明もルールと無関係ではない。ハートは、内的言明と外的言明との差異を、文(センテンス)の論理的機能と関連させようとしているが、そのような文の機能の差異は存在しない。それゆえ、言葉の日常の用法と法的用法とが時には非常にかき離れる場合があっても、それは、その言葉が使用される文の論理的機能の差によるものではないし、またその言葉の用法に論理的な差が生まれているのでもない。

果して、A・W・B・シンプソンがいうように、H・L・A・ハートが外的言明と内的言明との差異を〈文〉の論理的機能と結びつけて説明しているのかどうか、この点は疑わしく思われる。しかし、いずれにしても、彼の指摘によって、ハートの法理論のうち、とくにハートのとみられてきた部分、すなわち言語分析の方法による説明の仕方が、実はあまり特別な意味をもたないことは明らかにされたとみられる。ただし、そのことは、ハートの〈第一次的ルールと第二次的ルールの結合〉という理論の価値を左右するものではなく、ただ、これまで大陸系の法哲学者が行ってきた説明の仕方でも同様の理論を十分に説明できるということを意味するにとどまる。

このようにみると、法的言語の研究という観点からのみいえば、ハートの言語分析よりも、G・L・ウィリ

アムズ的な分析の方が、実践的には価値があるといえるのではなからうか。アメリカのリアリストの業績に対して、これを高く評価する一般的傾向がみえるのも、この間の事情を示していると思われる。

これまで、ほぼ一九五五年頃から現在に至るイギリス法理学の傾向を紹介し検討してきたが、この辺で打ち切ることにする。本稿(一)にくらべると、本稿(二)はやや密度の低い浅い紹介・検討にとどまったと思う。この事實は、筆者の努力の足らなかった点は別として、イギリス法理学の内容がより豊かになり、そこに多くの個別的に取上げ詳細に検討すべき問題が現われてきたことを反映しているともいえる。ただ第二次大戦後のイギリス法理学の底流として、ごくルーズな意味でいって、分析哲学的方法とこれに対する反発とが流れてきたことは、本稿を通じて明らかになったと考える。最後に、本稿では、右のように戦後のイギリスの法理学者の理論に大きな影響を与えてきた論理実証主義・分析哲学あるいは、日常言語学派の理論などについて、直接考察することはしなかった。この点は、本稿の非常に不十分な点の一つであろう。ただ、上述のような新しい学問の分野は、現在までに確固として動かない安定した体系的理論を形成し終わったわけではなく、むしろ発展の途上にあるとみられ、その基本的な性格も十分には明らかにされていない。それゆえ、法理学に対するこれらの新しい学問からの影響をみることによって、逆にその性格を明らかにするという意味もでてくるかと思う。いずれにしても、論理実証主義的・分析哲学的方法の固有の意義といったことは専門の文献に譲りたい。(完)

(1) 本書の内容を紹介された文献として田丸寛「H・L・A・Hハートの〈法の概念〉について」『法実証主義の再検討』日本法哲学編 一三七ページ以下、佐藤節子前掲論文、同、「H・L・A・ハート〈法の概念〉(青山法学論集所収)などがある。

(2) A. Ross, op. cit. Rossがハートの理論について最も注目しているのは、法的ルールに関する〈内的言明〉と〈外的言明〉の区別である。

実は、この点にかんするハートの着想は恐らくA・ロスからえられたものであろう。というのは、A・ロスを主に批評したハートの論文「北歐

のリアリズム」(Scandinavian Realism, p. 283 ff. C. L. J. 1959)。の中で初めて彼はさきの区別に言及しているからである。この法的ルールにかんする言明は、事実に関する記述である〈外的言明〉と規範の意味をもつ〈内的言明〉に明らかに区別できるかどうかという点は、日常言語学派に属するといわれるハートの言語分析の方法の価値を左右する問題であろう。この点に微妙な問題が存することについて、井上茂「憲法の最高法規性——ルール分析的考察」(日本国憲法体系(2)所収)六三ページ以下、ロスの説に関連して六九一七〇ページ参照。

(3) A. R. Blackshield, op. cit. 彼のハート批判の要点は、ハートの理論のうち重要な点はすべてケルゼン理論の変形にすぎないとする点にある。つまり(言語分析)という衣をまとったケルゼン理論というところであろう。しかし、ハートの発想がケルゼンに負うところが多いとしても、〈承認のルール〉の妥協根拠についてのハートの説明は、ケルゼンの方法の純粋性は保っていない。ブラックシルドの批判はやや行きすぎと考えられる。

(4) B. E. King, *The Basic concept of Professor Hart's Jurisprudence: The Norm out of the Bottle* p. 270 ff. C. L. J. Nov. 1963.

(5) 井上茂、前掲論文 三三—四ページ、三九—四〇ページ、四三—四四ページ以下参照。

(6) R. W. M. Dias, *Empirical Approach to the Teaching of Jurisprudence*, p. 556 ff. vol 72. L. Q. R. 1956.

(7) R. Stone, *Affinities and Antinomies in Jurisprudence*, p. 266 ff. C. L. J. Nov. 1964. R. ストーンのこの論文は、ダイアス、キングにみられる論理実証主義的傾向を痛烈に批判したものである。しかし、この批判は、論理実証主義そのものに対する外在的批判であって、キングそしてダイアスの場合も、論理実証主義が実際に法理論に取入れられるさいには緩和されている点を見落している。

(8) アキレスと亀のパラドックスは、もちろん〈極限〉の概念を理解する上での基本的問題を提起しているのであって、経験的考察の必要を説く例としては適当でない。

(9) R. W. M. Dias, *Mechanism of Definition as Applied to International Law*, p. 215 ff. C. L. J. 1954.

(10) 先例の拘束力の法理に対するダイアスの説明は、きわめて合理主義的であって、むしろ法典化を積極的に肯定する見解をとっているとみられる。cf. R. W. M. Dias & G. B. J. Hughes, *Jurisprudence*, 1957. p. 52 ff.

(11) R. W. M. Dias, *The Value of a Value-Study of Law*, p. 397 ff. vol 28 *The Modern Law Review*. 1965. この論文は、正義、平等などの価値観念が判例の上で、どのような具体的意味をもって現われているかを検討したのち、法的価値にかんする研究が大きな意義をもつことを論じたものでダイアスが一方で素朴な経験主義をとりながら、しかもイギリス的中庸さをやはり保っていることを端的に示している。

(12) A. W. B. Simpson, *The Analysis of Legal Concepts*. p. 535 ff. vol. 80. Oct. 1964. L. Q. R. この論文で、シンプソンが取り上げ

ているA・ロスの見解は、やや、試論的な見解といえようが、法的概念にかんしてノミナリズムの把握を徹底的に行ったものといえよう。cf. A. Ross, *Tut-tu*, p. 812 ff. *Harvard Law Review* Mar 1957. 上のA・ロスの論文によると、〈所有〉その他すべての法的概念は、特定の法的状況に対する符号ともいべきもので、それ自体は〈無意味〉なものとされる。しかし、このような見解は、自然科学、とくに数学上の概念にくらべると、法的概念の対象 referent は、はるかに流動的であることを無視した見解であろう。

- (13) 現代イギリス法理学の背景になっている哲学的・論理学的あるいは意味論的理論にかんする文献として、加藤新平、前掲論文、碧海純一前掲書、佐藤節子、前掲論文(『法の概念』所収)八五ページに示された諸論文のほか、最近の文献として碧海純一、「法哲学の理論」(講座哲学大系、第五卷、所収) 武田弘道「論説学の諸問題——現代哲学との交渉」(講座哲学大系、第三卷、所収) などをあげるにとどめる。

訂正 本稿(一) 前号掲載 二〇(二五二) 頁四行目、プラグマティック(誤) ↓プロブレマティック(正)