

# 1 「一次ルールは強制的命令」ではない

— V・アレヴァロ・メンチャカ教授のハート批判を駁す —

橋 爪 大三郎

『法の理論』6号(一九八五年十二月)所載のアレヴァロ教授の論文「ハートと法の概念——批判的総合考察——」に、論駁を試みる。私が主張したいのは、アレヴァロ教授の批判が基本的な誤解にもとづくもので、ハートの解釈として受け入れ難いこと。したがってハートの議論は、教授の批判にもかかわらず、無傷であること。この二点である。

【1】 どんな批判にも学ぶべき点がある。しかし、アレヴァロ教授のハート批判(Arevalo [1985])からは学ぶべきところがなかなか見つからない。幾度読みかえしても。

なぜだろう? アレヴァロ教授と私の立場は同じでない。だから、ハートの法理論についての見解も喰い違って当然である。それに、ご存じのように、H・L・A・ハートの『法の概念』(Hart [1961])はかなり読みづらく、解釈が分かれても仕方のないような箇所がいくらでもある。私もさきごろ、『言語ゲームと社会理論』なる著書に自分のハート解釈をまとめたのだが、正直のところたいへん苦勞した。なかなかよい解釈だと自賛したいくらいだが、これが唯一の解釈ですとはとても言う気になれない。アレヴァロ教授が別の解釈を示して下さるのなら、よろこんで拝聴

しよう。

だが、教授のは、どうもそれと違うようだ。私は、教授の紹介するハートの主張を読んで、はじめ別人のことかと思った。率直に言って教授の解釈は、ハート解釈として成立たない。ハートのテキストからは導きようのないものである。だから問題は残念ながら、「見解の相違」以前の、「誤読・誤解」の水準にある。私は以下で、それを論証しよう。そして結論は、こうである——アレヴァロ教授のハート批判が、法の理論に付け加えた貢献はゼロに等しい。それはただの誤解の産物にすぎない。

こんな論証は、誰にとっても消耗な仕事にきまっている。しかし、明らかに誤解とわかっているものをみすみす放置したのでは、論争をなにより重視するというまことに意義ある編集方針を掲げるこの雑誌、『法の理論』の一読者として、申しわけが立たない。万一誤解が読者にもいき渡るようなことがあれば、有害でもある。それに、当のハートは、アレヴァロ教授の批判をおそらく目にできまい。そこで私は、彼になり代わり批判を受けて立つことが義務だと感じたのである。

なお、念のために申し添えておけば、アレヴァロ教授が随所に示しておられる、法についての見解それ自体は貴重なものだと信ずる。それらは、ハート批判と無関係に展開されればなお良かった。私が言いたいのは、ことハート批判に関する限り、教授の見解は見当はずれだという、ただそれだけである。

—

【2】はじめに、前号をお読みでない読者のために、アレヴァロ教授のハート批判論文がどのような内容のものだ

ったか、簡単にスケッチしておくほうがよいだろう。

全体は四節からなる。はじめの三節は、ハートの名著、『法の概念』の内容紹介にあてられる。まず、法の概念規定をめぐる論点(第一節)。ついで、承認のルールをめぐる論点(第二節)。さらに、法と道徳の関係をめぐる論点(第三節)。これらの各節では、客観的な要約が意図され、批判的な論調はおおむね控えられている。これに対して最後の第四節では、十二点にわたって、ハートの法理論に対する全面的で遠慮のない批判が繰りひろげられる。批判は(やや散漫とも見えるほど)多岐にわたり、その趣旨をひとくちでのべるのは難しい。ただ、ハートの法理論が見かけ倒しで評判ほどの内実がなく、特に道徳の取り扱いが粗略ではないかというあたりを、アレヴァロ教授がほとんど道徳的な非難の口吻をもって繰り返し批判する基調は、手にとるように伝わってくる。

さて、反批判を試みる場合には、相手の批判点を順に切り返していくのが定石である。けれどもこの際そんな手順はさしおいて、私は問いたい。アレヴァロ教授はいったい、なにをめぐって批判の矢を放っているのか？

およそ批判は、理解を前提とする。アンヴァロ教授にしても、まずハートの主張するところをひととおり理解したうえで、それを教授自身の批判的規準(なんらかの価値的なもの)とつきあわせ、批判を繰り出したに違いない。批判の効力は、理解が正当であることに依存する。そこでもしも、教授がハートの主張だと思っているものが、もともとハートの主張とは縁もゆかりもないのだとしたら、批判はまったくその態をなさないことになる。たとえば、どんなに正当な批判的規準にもとづくにせよ、空振りもいところだ。教授の批判こそその見本である、と私は言いたい。

もちろんたいがいの批判は、対象の誤解・歪曲と無縁でない。それでもそれが全体に及ばない限り、批判の趣旨はどうかにかき残る。けれどもアレヴァロ教授の場合、誤解はハート理論の核心部分、すなわち、一次ルール/二次ルールの概念に及んでいる。これではハートは、ハートではないなにかに歪んでしまうほかない。ゆえに、誤解は致命

的である。

だからわれわれはこの一点に、反批判の努力を集中しよう。次節(二)はそれに充てられる。

【3】この核心部分の誤解にひきずられたせいか、アレヴァロ教授のハート理解はいびつになっている。教授によるハートの要約は、どうも粗雑である。どこが決定的に誤りとは言いにくくても、少しずつツボを外していくため、トータルな歪みは大きい。もしもこれが意図されたものなら——そんなことはなからうが——、きわめて悪質だ。

この歪みを逐一検証するのはやめておこう。それには、原論文の何倍もの長さが必要になってしまう。何もそのままでなくても、教授がハートの核心部分を誤解したことが示せば、十分である。それで批判が無効になることに変わりはない。

ではなぜ教授は、こうした致命的誤解を犯してしまったのか？ その理由はよくわからない。

もしかすると、アレヴァロ教授が参照した『法の概念』のドイツ語訳のせいかもしれない。教授の引用は、すべてドイツ語訳によっている。教授の論文がドイツ語で書かれたのだから、当然といえばそれまでだが、英文の原本は容易に参照できるのだから、そちらもあわせて引用してほしかった。(私はドイツ語訳を入手できず、反批判にも大変手間取った。)ことによると教授は、英文原本を見ていないのでは、とさえ疑いたくなる。おまけに独訳が、邦訳など足もとにもおよばぬほど拙劣をきわめたもので、そのため……などと想像をたくましくしてみる。けれどもかりにそうだとすると、言訳にもなんにもならないことは言うまでもない。

アレヴァロ教授は、自分の誤解の可能性などつゆほども念頭にない様子で、ハートに対してかなり感情的な攻撃をしかけている。おそらく、自分が正しくハートが誤っている、と確信しきっているのだ。悪気はないのだろうが、いくらそう確信したところで、それが教授のハート理解(誤解)の正当さの証明にならないのは、もちろんである。

## 二

【4】ではいよいよ、アレヴァロ教授の核心的な誤解を、検証していこう。

一次ルール／二次ルールについて教授がのべているのは、第一節のまん中より少し前の部分である。重要な箇所なので、そのまま引用してみよう：

1 ‹‹強制的規範と権能を与える規範との区別から、ハートは次のような結論を引き出す。(i)第一次的規範(「ルール」  
2 とは、人間がやってよいこと又はやってならないこと、なすべきこと又は中止すべきこと(義務ないし責務)を  
3 規定するものである。服従しないと、逮捕・監禁される。要求されているのは、服従である。このような規範  
4 は、オースチンの強制的命令と同一のものである。ボルゲス(Borges)が紹介したヤフス・ブロディス(Yahos  
5 Brodis)のような原始的な社会だけが、第一次的規範のみから成る法秩序でなんとかやってゆくことができるが、  
6 この場合は法と道徳は区別され得ない。(ii)第二次的規範(「ルール」とは、権能を与え、そして第一次的規範が  
7 いかにして生じ、承認ないし確認され、変更され、廃止され、適用され、執行されるか、を規定する規範であ  
8 る。これらの諸規範は、公機関の行態の基準であり、第一次的規範の創設に関わっているのである。その構造  
9 は、遺言すとか、契約を締結すとか、婚姻を結ぶとかいった権能を個人々に与える規範のそれと同一のも  
10 のである。第二次的規範は、三種類に分けられる。››

これに続いて、①「承認ないし確認の規範」(Erkennnisnorm) ②「変更の規範」(Veränderungsnorm) ③「司法的決定」(裁判)の規範」(Entscheidungsnorm)の三つが紹介される。そしてさいごに、こうしめくくる：

ハートの見解では、法というものは、第一的規範と第二的規範との統一的なシステムである。《(Arévalo [1985: 81])

アレヴァロ教授は以上を、ハートの主張と信じているようだが、とんでもない。誤解・曲解もはなはだしい。

まずわれわれは、以上引用した紹介部分の全幅にわたって、教授がハートの原著の典拠を全然掲げていない点に注意する必要がある。他の部分では掲げておきこだけ抜けているのは不用意だ。わざわざ頁数をあげるまでもないほどいたるところで示されている見解だと、信じたのかもしれない。とにかく、引用した11行にわたり、教授の率直なハート理解が濃縮されている。これを公式風にまとめてみると、

一次ルール＝強制的命令

二次ルール＝それに権能を付与するルール

となろうか。

教授の論旨はすべて、この理解(誤解)を下敷きにしている。ここから、さらに極端な結論がいろいろとひき出されていく。

【5】アレヴァロ教授はハートの法理解を、オースティン流の強制的命令説と結びつけたようなので、ここから検討しよう。

ハートはたしかに、『法の概念』のなかでかなりの頁を割いて、強制的命令についてのべている。しかしこれは言うまでもなく、自説としてのべるためではなくて、オースティン(に代表されるあるタイプの法実証主義理論)を批判するためなのだ。

オースティンは法を、強制的命令(十服従の習慣)として説明し尽くそうとする。これに対してハートは、それだけでは法現象の全貌を整合的に説明できないと反論する。それには、反例——すなわち、強制的命令としてはどうしても理解できないようなタイプの法的ルールの存在——を示せばよい。これが、権能を付与するルールである。もともとオースティンには、法をルールとしてみる発想はなかった。ところがハートは法現象を、ルール(の複合)とみたいのである。そこでハートの批判はまず、強制的命令として機能するようなルール/権能を付与するルール、の二種類が区別できるじゃないか、という指摘になる。

アレヴァロ教授がさきの引用の1行目でのべてているのは、『法の概念』第三章(Hart [1961: 32][1976: 35])。なお、以下の引用では年号を省略する。によるのであろう。このあたりのハートの行論は、背理法の証明の途中式のようなもので、その内容が字義どおり主張したいことなのではない。積極的な主張はもっと後で、衣裳を改めて現れてくる。けれどもアレヴァロ教授は、この部分を字義どおりにハートの言いたいことだと読んでしまった。すると、なるほどハートは、法的ルールの一タイプとして、強制的ルールをたてているのか。そしてそれは、オースティンのものとおんなじなのか。というように早とちりの理解になる。実際教授は言う、《「殺すな、さもなくばお前を絞殺するぞ」(刑法)というような強制的命令については、オースティンとハートの見解は全く一致している。》(Arévalo [1985: 81])

しかしもちろん、少しでも注意して読めばすぐ分かるはずだが、ハートはオースティンの命令説にこそ、終始反対し続けているのである。ハートはその点を、繰り返し注意している。めばしいところを拾ってみよう。《本書の大

部分は、事実、オースティンの命令説の線にそって構成された法体系の単純なモデルの欠陥を扱っている。》(Hart [viii=iv]) 前の三つの章「第二章」第四章」でわれわれは、主権者の強制的命令という法の単純なモデルは、さまざまな決定的な点で法体系のもっている顕著な特徴のいくつかを再現することができないことを見てきた。》(Hart [vii=88]) 》そこで、本章「第五章」では、われわれはもう少しこの分析「二つのタイプのルールが存在しているという主張のいみするところの予備的分析」を進めるだけでなく、オースティンが強制的命令という概念に見出したと誤って主張したもの、つまり「法理学への唯一の鍵」がこれら二つのタイプのルールの結合のなかに存在している、という一般的主張をなすであろう。》(Hart [v=90])

ハートは、命令説に対抗する。それも、平屋に二階を継ぎ足して用を済ませる器用な大工のようにオースティンの命令説に乗っかって、権能を付与するルールだけを継ぎ足そうというのではない。まったく別の設計図で一からやり直そうというのだ。であるからこそ第五章「一次ルールと二次ルールの結合としての法」の第一節が、「新たな出発 a fresh start」と銘打たれているのである。

【6】 つぎに、ハートが一次ルールと二次ルールについてどんな説明を与えているかを見て、それが強制的命令と関係ないことを確認しよう。

一次ルール／二次ルールの概念が、ハートの法理学を理解する急所である。そこで慎重を期し、ハートののべるところをそのまま引用してみよう。びしっとした定義を掲げてある箇所がないので困るが、それに近いのはつぎのふたつである：

《もし法体系の複雑性に対して正当な取り扱いをしようとするなら、二つの関係しているが異なったルールのタイ

プを区別する必要があることは、すでに第三章でみたとおりでである。一つのタイプのルールは基本的または第一次的なタイプとして考えてよいであろうが、これによって人々は望むと否とにかかわらずある行為をなしたりあるいは差し控えることを要求される。他のタイプのルールはある意味では第一のタイプに寄生し、あるいはそれに対して二次的である。というのは、それらのルールは、人々がある事を行なったりのべ「たりす」ることによって、第一次的タイプの新しいルールを導入し、古いルールを廃棄、あるいは修正したり、さまざまなやり方その範囲を決定したり、それらの作用を統制することができるように定めるからである。第一のタイプのルールは義務を課する。第二のタイプのルールは公的または私的な権能を付与する。第一のタイプのルールは物理的動きや変化を含む行動に関係する。第二のタイプのルールは物理的動きや変化だけでなく義務や責務の創設や変動のきっかけとなる作用を用意する。》(Hart [78f=90])

《第一次的ルール「一次ルール」が個人がしなければならぬあるいはしてはならない行動に関係しているのに対して、これらの第二次的ルール「二次ルール」はすべて、第一次的ルールそのものに関係している。》(Hart [92=104])

ここから誰でも素直に読みとれるのは、

一次ルール＝責務 (obligation) を課すルール

二次ルール＝権能を付与したり責務をつくりだしたりして、一次ルールに関係するルール

という対比であろう。これは、さきほどのアレヴァロ教授の理解と、一次ルールをどう考えるかという点で大きく食い違っている。

【7】ハートがいま引用した箇所でものべているし、それ以外の箇所でもたびたび強調していること。それは、(法的な)責務は、けっして強制によって担保されているのではなく、そもそもあるルールのもとで理解するしかない、ということである。強制的命令説によると、強制が責務を帰結するという。しかしそれは無理だ、とハートは言う。だからわざわざ、「一次ルール」などという概念を立てて、命令説との絶縁をはっきりさせたのだ。ハートは前章まで、オースティンの命令説を仔細に検討してきたが、それは、当時もつとも影響力のあった法実証主義の一傾向にいったん内在したうえで、背負い投げをくわせるためである。

引用の2行目に、△すでに第三章でみたとおりに△とある。アレヴァロ教授はここに躓いたのかもしれない。言われたとおりに第三章を参照すると、【5】でみたように、強制的命令として機能するルール/権能を付与するルール、の区別をしなければだめだと書いてある。そこで、一次ルール∥強制的命令(として機能するルール)、とってしまったわけだ。

△すでに第三章でみたとおりに△の一句にこだわって、そう思いたくなる気持もわからないではない。しかし『法の概念』という書物全体の文脈が、その逆を示している。しかもハートにぬかりはないのであって、上の引用箇所を含め、一次ルールのことを強制的命令だと言ったりほめかしたりした文章は、ただのひとところもない。

たとえばつぎの一文をみよう…△多少の不正確さに目をつぶるならば、刑法のようなルールは義務を課すルールであるのに対して、権能を与えるルールは義務を生み出すための手段である、と言えるかもしれない。△(Hart [33=37]) この△多少の不正確さ△という留保の一句が重要である。アレヴァロ教授のように理解してしまうと、この表現がなぜ、またどのくらい不正確なのか、わからないだろう。ハートは、刑法の規定(これは強制的命令に似ている)が責務を課すルール(ないし一次ルール)の典型だと理解されたいいけない、と気にしたのだ。われわれの刑法は、立法機関を

通過した制定法であり、また裁判規範である。つまりそれは二次ルールの産物であり、二次ルールの働きと密接不可分に関わりあっている。刑法は、単純な義務を課すルールではないのだ。ところが第三章ではそういう話がまだできないので、△多少の不正確さ△という留保をつけたのである。

【8】重要なので繰り返かえておこう。一次ルール/二次ルールの対比は、オースティンの命令説を増補拡張するために提出されているのではない。法を強制的命令とみるその発想に端的に置きかわるべく、提出されている。「ルール」という用語には、強制的命令に還元できない、という強い含意が与えられている。命令説を批判してハートは言う…△失敗の根本原因は、理論の構成要素、すなわち命令、服従、習慣、そして威嚇という概念がルールの観念を含まず、またそれらをよせ集めたところでルールの観念を生み出しえないところにある。それなのに、このルールの観念なしには法のもっとも原初的な形態でさえ説明しえないのである。△(Hart [78=90])

ところで用語に関してひとつ不審なのは、アレヴァロ教授が一貫して Norm (規範) とだけ言い、けっして Regel (規則ないしルール) とは言わないことだ。日本語でも、規則(ルール)と規範ではえらい違いである。ドイツ語だとういう語感になるのかよくわからないが、ケルゼンの Grundnorm (根本規範) と区別するためにも、ぜひ Regel と言ってほしかった。例のドイツ語訳が Norm と訳しているのかもしれないが、それにこだわったりしないで。

ハートの用語は、『法の概念』のなかでふつうと違う使われ方をする場合がある。△うちあけて申しますと、本書の執筆にあたって私は、これまで無視されていたさまざまな法の諸側面を区分し識別するためには、私が与えたような意味ではイギリスの理論家達によって普通用いられなかったようないかの表現を、考案する必要があったわけです。△(Hart [1961=1976:v])「日本語版への序文」どこがそうとは言っていないが、この△いくらかの表現△としてはルールの観念などますますさきさきにあげられる、と私は思う。それなのにハートの紹介を「規範、規範」ですませてい

るアレヴァロ教授は、その点ひとつをとっても、ハートの理論を読み抜いているとは信じにくい。そしてこのルールの観念こそ、後期のヴィトゲンシュタインの思想と深く内在的につながっている、と私は思う(橋爪[1985])。△確かにヴィトゲンシュタインの意見が引合いに出されるが、兩人の思想的連関は決して容易に見えてこない(△Arévalo [1985: 102])と文句をつけるのもよいが、そのままにハートのルールの概念を、虚心にもういちど洗い直していただきたいものだ。

### 三

【9】もうひとつ、アレヴァロ教授の理解が及んでいないのは、「法」と「法の体系」の区別であろう。

ハートはこの二つの用語を、一貫して区別している。まず、法ということばはあまりにも多義的であるというので、彼はこれを明確な述語としては用いようとしなない。法現象の領域全般を漠然とさすような場合に用いる。けれどもこれは、ハートがきちんとした法のイメージを持っていなかったことをいみしない。それどころかハートの考えは、あまりにも明解である。法現象とは、法的ルールにひとびとが従うことなのだ。責務を課すルール(二次ルール)だけがある場合、まずそれは法的ルールである。しかしそれ以外に、責務を課すルールに関わるルール(二次ルール)もやはり、法的ルールである。二次ルールがある場合には、なにが一次ルールであるかが二次ルールのなかで明らかになるので、法現象の領域もくっきりと浮かびあがる。けれども、二次ルールが全然ない場合には、法的ルールとそうでないルール(たとえば道徳)との境界をはっきり確かめることができない。——こういう構成を見通したうえで、ハートはこうのべる：△一番いいやり方は、……「法とは何か」という問題に答えることを控えておくことである。△

(Hart [5=6]) 『法の概念』という書物全体が、これに答えているわけだ。

いっぽう、法の体系とハートがいうのは、いくつかの法的ルールが組みあわさって法現象の領域に秩序を与えている場合である。体系(system)は、ばらばらなルールの単なる集合(set)ではなく、それ以上ならかの秩序を有する。たとえば承認のルールがあつて、なにがその法の体系のルールか否かをはっきりさせる、というように。このことは、つぎの箇所からすぐ読みとれる：△[原初的な社会では]集団の生活の基礎となっているルールは体系を形づくっていないで、単に別々の基準のセット「||集合」であり、そこにはもちろん人々の特定の集団が受けいれているルールであるということのほかには、それを確認するまたは共通の標識がないだろう。(Hart [90=101]) △実際に働いている「国際法の」ルールは体系をなすものではなく、ルールのセット「||集合」であり、そのなかに条約の拘束力を与えるルールがある……(Hart [231=254])

「二次ルールと二次ルールの結合」という有名なハートの定式は、法の体系のあり方についてのべたものである。法——あるいは、漠然とした法現象の領域——はこういう構成をとる場合にはじめて、ひとびとに法として自覚される。われわれは法の観念を抱いているが、それはわれわれが、法の体系に住まわっているからにはかならない。だからわれわれの法の観念は、たしかに「一次ルールと二次ルールの結合」として押さえられる。けれども、ハートが法とみてとるものは、そこからはみ出しうるのだ。そこで、つぎのような言い方になる：△われわれは、「法」という言葉が「適切に」用いられているところではどこでも、第一次ルールと第二次ルールのこの結合が見出されるであろうと主張するつもりはない。(Hart [79=90]) △本書の主要なテーマは、法の顕著な作用の非常に多くのものと、法的思考の枠組を形づくっている観念の非常に多くのものが、これら二つのタイプのルール「||責務の一次ルール、ならびに承認・変更・裁定の二次ルール」の一つあるいは双方との関連において説明されるべきものであるので、たと

え「法」という言葉が正しく用いられる場合にはいつでもそれらのルールがともに見られるわけではないとしても、これら二つの結合は法の「本質」とみなされてよいであろうというところにある。(Hart [151] 169) ハートはわれわれが「法」という場合の多様なことばづかいをそのまま認めるが、それをとらえて、ハートが法現象について曖昧な理解しかもっていないと断ずるのはあたらない。むしろハートの主張は、誰よりも明晰である。

【10】『法の概念』の後半(第八章、第九章)でハートは、道徳と法の関連を扱っている。たしかに彼の力点はここにはなく、前半にあるが、それでも主として自然法論との関係から、ハートは自分の立場をうまく表明していると思う。けれどもアレヴァロ教授は、そう考えていないらしい。

アレヴァロ教授の立場は、特に道徳と法の関連をめぐってハートと大きく喰い違っているようだ。それはかまわないうし、その立場からハートを批判するのは結構である。けれども批判の前提、すなわちハートが何を主張しているかについての理解に、問題があると思う。さきほどの引用の5〜6行目だが、別のところでも教授は同じことを繰り返している。『法と道徳の区別は、第二次的規範(『二次ルール』)を有していない原始社会においては、存在しない』(Arévalo [1985=95])

これはおかしい。ハートはこんなことを言っていない。そこで私なりに、ハートの考えをまとめてみる。

まず本質をおさえよう。ハートが言っているのは、二次ルールが存在しないとき、法と道徳の区別は目に見えない、ということである。法と道徳の区別がない、ということではない。

法の一次ルールは、「責務を課すルール」であるという具体的な内容をもっている。だから他のルールと区別できる。『責務のルールを他のルールから区別する線はいろいろな点で曖昧であるが、区別の主な根拠はかなりはっきりしている』(Hart [84=95]) けれども道徳も、(道徳的)責務を課すルールからなっている。『道徳的および法的ル

ルは、拘束される側の個人の同意とは無関係に拘束力をもつものと考えられ、順守への社会の重大な圧力によって支えられている、という点で似かよっている』(Hart [168=188]) 『すべての社会において、法的責務と道徳的責務の内容には部分的な重複がある』(Hart [166=186]) そこで、両者の区別が問題となる。概していえば、道徳は恥や自責の念という社会的圧力によるもので、法は物理的制裁が顕著なものだ、と考えることができる(Hart [84=95])。最終的には、『道徳を法的ルールだけでなくその他の形態の社会的ルールから区別するのに全体として役立つ四つの互いに関連する基本的な特徴を簡潔に言いあらわしたもの』(Hart [169=189])として、重要性・意図的な変更を受けないこと・道徳的犯罪の自発的な性格・道徳的圧力の形態、があげられる。法は実際、道徳の影響を受けながら、これまで発展してきた。が、だからといって、『法体系は、道徳もしくは正義と、何らかの形ではっきりと一致していることを示さなければならない』(Hart [181=202])。

道徳のルールに内属して法を(外から)批判することは、できる。法的ルールに内属して道徳にとらわれないことも、できる。両者は二つの異なった秩序である。これは、事実問題なのだ。だから、両者が一致しなければならぬと考えるかかると、経験科学として失敗してしまう。——ハートが言いたいのは、以上のことだ。

自然法論の立場から、ハートのこのような主張を批判することは、可能なかもしれない。私はアレヴァロ教授にそうした批判を望みたかった。しかし、ハートの主張を理解し損ねたため、教授の批判の趣旨はよれよれになってしまっている。これ以上検討してもあまり意味はないとおもうので、ここで打切りにし、あとは教授の巻き返しに期待しよう。



## 四

【11】これまでわれわれは、アレヴァロ教授の論文の、ほんの一部を検討したにすぎない。だがそれでも、教授のハート理解がいかに杜撰なものであるかが、おわかりいただけたのではないかと思う。特に、一次ルールの捉え方が誤っている点が致命的である。

これまでの検討をまとめるいみで、はじめに引用した教授の文章を、添削してみよう。それはつぎのように書き直さなければならない：

△強制的命令として機能するルールのほかに、どうしても権能を付与するルールをたてなければならないことを確認したあとで、ハートはその着眼を発展させ、次のような結論をひきだす。(i) 一次ルールとは、人間がやってよいこと又はやってはならないこと、なすべきこと又は中止すべきこと(義務ないし責務)を内容とするものである。それに従わないと、非難される。逮捕・監禁されるとは限らない。要求されているのは、服従ではなく、自発的にそのルールに従うことである。ボルヘスが紹介したヤフス・プロデイスのような原始的な社会だけが、一次ルールのみからなる法秩序でなんとかやってゆくことができる。この場合法と道徳とは、連続的で部分的に重なりあっているが、区別がある。ただし、二次ルールがないので、その区別ははっきりしない。(ii) 一次ルールは、一次ルールに関係するルールである。一次ルールがいかにして生じ、承認され、変更され、廃止され、適用され、執行されるかを規定する。二次ルールは、権能を付与するルールであつてもよい。公機関の行態の基準であつて

もよい。また、一次ルールの創設に関わつてもよい。その構造は、遺言するとか、条約を締結するとか、婚姻を結ぶとかいった権能を個人に与えるルールのそれと同一のものであるとは限らない。二次ルールは、三種類に分けられる。……(中略)……

ハートの見解では、法の体系とは、一次ルールと二次ルールとの結合である。△

ハートのテキストから誰でもひきだしうるのは、以上のような理解である。そこから先のもっと立ちいった理解、たとえば、一次ルールと二次ルールの「結合」とは何か、といった問題を論じる段になれば、解釈が分かれていく余地もあろう。私自身は、二次ルールは一次ルールに「言及する」ことで結合するのだ、という理解を柱とする自分の解釈を、昨年提示した(橋爪 [1985])。それがハート理解として、どの程度首尾一貫したものであるかは、どうかそちらを参照してご判断いただきたい。むしろこれに反対する、他の解釈も成り立ちうるだろう。ただしそれは最低限、上のようにハートの趣旨を正確にふまえたものであることを要する。

【12】アレヴァロ教授は、十二点におよぶ批判をハートに投げかけている。しかしそれらは、そもそも一次ルール／二次ルールの区別をつかみそこなっているため、見当はずれなものである。もはや貴重な紙幅を費やしてまで検討する必要はない。

一次ルール／二次ルールの区別に関する教授の批判だけを、だめおしにとりあげておこう。△ハートに対する核心的な批判は、法的システムを成すとされるところの、義務(責務)を課す第一的規範と権限を付与する第二的規範との区別の意義にかかわる。ハートはこの区別の重要性を声高く強調しているが、……(中略)……しかし、法が義務と権能との組み合わせであるということは、再び発見する必要もない大昔からの真理である。……(中略)……ハ、

ハートが強調している区別は、確かに重要である。しかしこのような区別は、陳腐でよく知られていることである。◀ (Arévalo [1985: 110]) 陳腐な通念によってハートをながめ、それを陳腐な鋳型に押し込めてしまったのはアレヴァロ教授のほうである。以上の批判はそっくりそのまま、教授にお返ししなければなるまい。

今回、アレヴァロ教授の批判論文を読んで痛感したのは、批判の最低限のルール——批判する当のテキストにまず内在し、必ずテキストの裏付けを確認しながら論旨を構成する——が守られない場合、いかに不毛な事態になるか、ということであった。まことになげかわしい。

教授は法学の専門家である。スイスの大学で教職にあると聞く。私のほうは法学の素人である。ハートをたまさか読みかじったにすぎない。その程度の私が高んで、こんな説教めいた苦言をいままさら教授に呈さなければならぬのか？ 立場が逆ではないか。

教授には最後に、謙虚にハートを読み直すことをお願いしたい。失礼な言い方かもしれないが、そこには凡百の法学者の及ばぬ深い洞察が秘められている。それを残らず噛みわけたうえで改めて根拠のある批判を寄せられれば(ぜひぜひそうしてください)、私も今度は、真正面から勉強させていただくことをお約束しよう。

#### 文 献

Arévalo Menchaca, Victor 1985 "Hart und der Rechtsbegriff: eine kritische Synthese", 編集者訳「ハートと法の概念——批判的総合考察——」『法の理論』6: 79—117.

Hart, H.L.A. 1961 *The Concept of Law*, Oxford University Press. 1976 矢崎光圀監訳『法の概念』みすず書房。

橋爪大三郎 1985 『言語ゲームと社会理論——ヴァイトゲンシュタイン・ハート・ルーマン——』勁草書房。

"Not That Primary Rules Are Coersive Orders: A Refutation against Dr. Victor Arévalo Menchaca's Criticism of Hart"  
by Daisaburo HASHIZUME