

ハート対ドゥオーキン論争の中での司法裁量論

名列番号：056

学籍番号：1151020103

氏名：西川達彦

指導教員：足立英彦教員

提出年月日：2015年1月15日

論文要旨

本稿はハートが提示した司法裁量論とそれに対するドゥオーキンとの間の論争を見て、司法裁量に対する見解の対立を確認し、マコーミックの理論を検討しながらハート理論の補完を目指すものである。

第 1 章ではまず説明のための準備として、ハート理論の根幹である承認のルール、内的視点と外的視点の区別、そしてハート流の司法裁量論である法の開かれた構造について説明を行う。第 2 章と第 3 章では、ハートの司法裁量に対するドゥオーキンの批判として、原理とルール、正当なしテーゼ、民主主義と罪刑法定主義、という 3 つの点を挙げ、それに対するハートの応答を確認し、若干の検討を行う。また、両者の違いが言葉の解釈の違いによる擦れ違いの場合もあることを示唆する。第 4 章ではこの両者の違いが法の概念の捉え方にあることを説明し、その違いに対して両者がどのようにとらえていたかを確認する。そして、法概念の違いということでは満足いく説明のできない点はどこであるかを確認する。第 5 章ではハートの理論においては不完全であった原理や価値がどのように扱われるのが良いか、という点についてマコーミックが『判決理由の法理論』で提示した理論を手掛かりに検討する。

目次

はじめに

第1章 『法概念』における『法概念』における法の開かれた構造の位置づけ

第1節 ハート理論の根幹

第2節 法の開かれた構造

第2章 ドゥオーキンによる批判

第1節 原理とルール

第2節 正答なしテーゼ

第3節 民主制と罪刑法定主義

第3章 ドゥオーキンの批判の検討

第1節 原理とルールについて

第2節 正答なしテーゼについて

第3節 民主制と正義の観点

第4節 司法裁量という言葉が意味するもの

第5章 ハート理論の補完

第1節 マコーミックによる補完

第2節 マコーミックの見解に対する批判的検討

おわりに

はじめに

「司法府に裁量はあるかどうか」このテーマに関してわが国では来栖三郎らによって幾度か問題提起がなされてきた。その決着はともかくとして、司法裁量という考え方そのものが全面的に否定されたわけではない。

一方、海外、特に英米法では、H.L.A. ハートとその理論を継承した法実証主義者と R. ドゥオーキンとリアリズム法学者の主に 3 つの立場で司法裁量に関する議論がなされてきた。

たとえ今日の法哲学者の関心が正義に関する話に向けられているとしても、司法裁量を認めるかどうかという問題に対して決着は見られず、真剣に議論されねばならないという立場はいまだ変わるものではない。

本稿はハートが提示した司法裁量論とそれに対するドゥオーキンとの間の論争を見て、司法裁量に対する見解の対立を確認し、N. マコーミックの理論を検討しながらハート理論の補完を目指すものである。

第 1 章 『法の概念』における法の開かれた構造の位置づけ

H.L.A. ハートは法実証主義を現在の位置にまで押し上げ、法哲学において一大潮流を作った点を見ても、彼の理論が優れていたのは言うまでもない。そのハートの理論の主な特徴は、ルールの複層構造、内的視点と外的視点の導入、法の開かれた構造の 3 つにまとめることができる。本稿はハート流の司法裁量である法の開かれた構造についてのものと既に述べたが、このハート理論の基本は本稿を理解するうえでも必要なため概説する。

第 1 節 ハート理論の根幹¹

ハートの理論は、オースティンの法を主権者の命令とするモデルの批判を出発点としている。ハートは、命令ではなく、ルールという概念を導入する。このルールとは法的ルールを意味し、論理的に 2 つに分類できる²。1 つは義務を課すルールであり、一次ルールと呼んだ。これは法³以前の社会にもみられるルールである。そして、この一次ルールのみで構成されたルール体系には欠陥があり、この欠陥を補うために新たに作られるルールを 2 次ルールと呼び、この 1 次ルールと 2 次ルールが結合したところに法は現れると言った。この 2 次ルールには、承認のルール、変更のルール、裁判のルールがあり、この中でも承認のルールが最も重要である。というのも、法はこの承認のルールによって妥当なルールであると確認されて拘束力を持つからだ。

¹ この説の記述にあたって、深田三徳『現代法理論論争—R・ドゥオーキン対法実証主義—』21~23 頁を参考にした。

² H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (third edition) 81, 91-99. (邦訳 140~141, 155~166 頁。) なお、本稿では初版の訳である矢崎光圀監訳『法の概念』も参考にしているが、混乱を避けるために邦訳の該当頁数は長谷部恭男訳『法の概念第 3 版』に統一している。

³ ここでいう法は近・現代法のことを指す。

内的視点と外的視点とは、前者を社会において法を実践するものの視点であるとし、後者を客観的に観察する視点であるとした。規範に特有の「～すべきである」などという記述は、内的視点から記述されるものである⁴。したがって、ルールについて記述する人は、完全に客観的な外的視点にのみ固執しているのではなく、内的視点を考慮しているものなのだ。だから、法理論を述べる者は内的視点と外的視点のどちらも考慮しなければならない。

第2節 法の開かれた構造

ここでは、ハートにおける法の開かれた構造の位置づけを見る。明瞭な一般的言語形式による一般的基準の伝達は、行動の基準が言語として抽出されている点で、实例によって示すよりも明白で信頼できる。更に、一般的な言語と基準を用いることによって、同様の特徴を持つ他の事例に対して基準を適用するのが容易になる、という点でも優れている⁵。

だが、法がこのような形式をとったとしても、法は不明瞭さから逃れることはできない。一般的な言語を用いたルールであるとしても、そのルールにおいて確実に当てはまる事例の集合 A と当てはまるかどうか怪しい事例の集合 B が存在する。B の事例が適用されるかどうかを解釈によって解決しようとしても、この解釈が一般的言語によってなされる以上、解釈にもルールと同様のことが言える。この不明瞭さゆえに、あるルールへの適用範囲内に適用されるかどうか疑わしい事例を含めるかどうかは裁判官の裁量に任せられており、裁判官はこのような事例に対して適用範囲に含めるか含めないかの選択を迫られているのである⁶。

しかし、そのような結論に達した結果、常に明確な回答を与えられない法は欠陥を持つと言って法そのものを悲観するのも、より厳密な定義付けをして曖昧な領域を一切残さない法を作ろうと試みるのも共に適切でない⁷。ルールの適用の境界線上の事例においては法の開かれた構造という形で司法裁量を認めつつも、その裁量の範囲はルールによって決めることで、言語の解釈のみでは曖昧な領域を持たざるを得ない法の欠缺を克服しようとするものである。⁸

以上が『法の概念』で述べられた司法裁量の概要である。このような主張に対して積極的に批判を行ったのがドゥオーキンである。まず、司法裁量の立場を確認するために、ハートの司法裁量論に対してどのような批判が試みられたのかを次章で確認する。

⁴ H.L.A. Hart(n 2) 87-91. 邦訳 147~153 頁。

⁵ Ibid 124-126. 邦訳 202~206 頁。

⁶ Ibid 126-134. 邦訳 206~216 頁。原文は具体的な事例を挙げているが、本稿では説明の都合上事例の集合として扱っている。

⁷ Ibid 136-139. 邦訳 219~224 頁。ハートの当時のリアリズム法学に対する批判である。

⁸ Ibid 153-154. 邦訳 246 頁。

第2章 ドゥオーキンによる批判

ドゥオーキンは、ハートの3つの主要な特徴の内、ルール of 複層構造のうち特に承認のルールと法の開かれた構造に対して真っ向から反論している。これらに対する批判は大きな意義があるもので、真剣に吟味されなければならない。彼の法実証主義批判は、ハート理論の根本にまで関わるものもあるが、ここでは彼の批判のうち司法裁量の否定に関わる部分として、正答なしテーゼの批判、原理とルールの違いによる批判、民主制と罪刑法定主義の観点からの批判の3点を取り扱う。

第1節 原理とルール⁹

原理をルール的一种として考えることはできない。ルールと原理は論理的な相違がある。すなわち、ルールは適用されるかされないかの排他的な二者択一であるのに対し、原理は判決において決定的となることもあるが、適用されるかされないかだけではなく、衝突する原理の内どちらを優先すべきかどうかといった回答を出すのが良いかの指針ともなる。このような原理には優先順位があるというのを「重み」と称し、この「重み」の価値判断が判決に重大な影響を与えているとドゥオーキンは考えている。そしてこのような原理はハートの言う「承認のルール」では把握されない。司法裁量をとっていると見るか司法裁定をとっていると見るかは、法はルールの総体であり原理は法ではないものであると捉るか、原理はルールではないが法の一部として捉えるかの違いである¹⁰。

また、司法立法を行うということは、裁判官は政策と原理、2つの観点から司法行為を行っているということを意味する。政策というのは、集団が目指す社会目標のようなものであり、原理というのは人権などの個人の権利のことである。裁判所は、民事訴訟または無罪判決を下す刑事訴訟の場合には、個人の権利を確定させることが目的なのであり、このような訴訟のハードケースにおいて裁判官は原理によって判決を出すのであり、またそうあらねばならない¹¹。したがって裁判所で行われているのは司法立法ではない。

第2節 正答なしテーゼ

ドゥオーキンが言うには、法実証主義者はハードケースにおいて正当なしテーゼ¹²を採用しているという。その正答なしテーゼには2種類あり、法実証主義者が採用しているのは「ある法命題が真偽のどちらかであるか決定する証拠がないため、正答がないと言える場

⁹ 原理とルールの違いについて、という論点だけでその議論の展開が可能であるが、本稿の趣旨と大きく異なるため、深く追及はしない。

¹⁰ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth 1977) 22-28. 邦訳 15~22 頁

¹¹ Ibid 22, 84-86. 邦訳 15, 101~104 頁。

¹² ハードケースにおける法命題の真理値が定まらないという主張。司法裁量を肯定する者は、これを根拠に裁判官はハードケースにおいて複数の裁定が可能だと主張している、というのがドゥオーキンの見解である。

合が存在する。」という考え方である。このような考え方をとるがゆえに、ハードケースのような複数の解釈が可能な事例においては、ただ一つの解釈のみが正しいという証明をすることができない。したがって、裁判官は司法裁量を行っていると考えているのである¹³。

真理値が定まらない理由に関して、1つは法命題で用いられている言語が曖昧であるという主張が考えられる。しかし、仮にその主張を認めたとしても、法が曖昧な言葉を用いているという事実が、法そのものが有効であるとか無効であるとかということに対して影響を与えるということはないから、このような主張は誤っている¹⁴。

また、正当なしテーゼを支えるもっとも有力であろう主張をドゥオーキンが「証明可能性テーゼ」と呼び、これもまた誤っているという。証明可能性テーゼとは「ある命題の真理値に関係しうるすべての固い事実が知られるか規約的に定められた後でも、その命題が真であると証明されえないならば¹⁵、それは真ではありえない」というものであり、このテーゼによればある法命題に関して複数の法律家が異なる意見を持っている場合はその法命題は真ではないと主張する。ドゥオーキンは、この主張が成立するのは限定的な場面のみであり、固い事実以外に法的推論の統一性を事実として考慮する自分の理論の法体系では成立しないような理論であるという。そして、自己の理論の方が少なくとも英米法で行われている法的実践を説明するのに適切であるとしている¹⁶。

第3節 民主制と罪刑法定主義

司法裁量によって裁判官が法の創造を行うとすれば、それは選挙によって選ばれない裁判官による非民主的な立法である。また、裁判所によって事後的に立法された法が遡及適用されるということになる¹⁷。司法裁量論はこの2つの観点からの反論から逃れられない。

以上が、ドゥオーキンが司法裁量論に対して行った批判の概要である。ドゥオーキンのこれらの主張はハート理論を根本から覆そうという目論見があつてなされたものであることは疑いない。だが、主張のすべてが正しいとは思えないし、実際に法実証主義者たちから強い批判を受けている。次章では、ドゥオーキンの批判に対する検討を行う。

第3章 ドゥオーキンの批判の検討

本章で行うのは、ドゥオーキンの批判に対してハートがどのような見解を持っていたの

¹³ ロナルド・ドゥオーキン著（森村進/鳥澤円共訳）『原理の問題』162~178頁。

¹⁴ 同上。

¹⁵ 同186頁。「固い事実」とは、物理的事実と人間の行動に関する事実ということの意味し、「証明される」とは、その命題を表現する言語を理解する人ならば誰でも、理性を失っていると考えられない限り、その命題を真理だと認めざるを得ないような議論によって支持される、ということの意味する。

¹⁶ 同187~196頁。

¹⁷ Ronald Dworkin (n 10) 84-86. 邦訳 102~104頁。

か、についての考察である。だが、ハートがドゥオーキンの批判に対して真っ向から反論したのはハートの死後公刊された「法の概念 第2版」以降に増補された補遺の部分のみであり、精々論文一本分程度の長さしかない。これはドゥオーキンが実証主義批判のために残した論文と比べるとあまりのも少なく、加えて、ハートの死後もドゥオーキンは論文を出しており、ドゥオーキンの全ての疑念、批判にこたえるには十分なものではない。

それでも、確かな反論ではあるため、『法の概念』と第2版以降で増補された補遺に基づいてドゥオーキンの批判の検討を行う。

第1節 原理とルールについて

ハートは、承認のルールが道德原理や実質的評価との合致を法的妥当性の標識として含みうると言い、自分を柔軟い法実証主義者¹⁸であると述べた。従って、ドゥオーキンの言う原理を無視しているわけではない。

また、ドゥオーキンの言う原理とルールの違いは論理的区別というよりむしろ程度の問題であって、このような区別を要求する主張に正当性はない。わざわざ原理という概念を用いなくても、妥当なルールがドゥオーキンの想定する原理と同じような働きをすると考えることは可能である¹⁹。

そしてハートは確かに、原理のような、判決の方向性を導くが結論を決定づけないものが存在することについて主張しなかったのは確かな誤りであると認めた。その一方、ハートはルールという「全か無か」の排他的なものによってのみ法秩序が構成されると想定していたわけではない。もちろん、それについて言及していなかったのはハートの誤りではあるが、ルールという言葉で説明しようとしたのはそういうことではなくて、なぜ適切な注意というような変容しうる基準によって統御されているのではなく、わざわざ殺人や強盗などの特定の行為を禁ずるルールが存在するのかについてである²⁰。

このようなハートによる反論は成功しているだろうか。ハートの行っていることはドゥオーキンの誤解を解くことであって、ドゥオーキンと同じ視点に立って反論しているわけではない。だが、このような主張はドゥオーキンの満足いくようなものではない²¹。ハートがあえてそうしたのか、それともドゥオーキンの主張を捉え損ねていた為にドゥオーキンの批判に対して真っ向から反論しなかったのかは定かではない。ただ、少なくともハートは原理が法においてどのような位置にあるととらえていたのかを詳細に述べる必要があったように思える。

¹⁸ 法的妥当性を確認する際に、道德や原理といったものが法的ルールの中に組み込みうると言う立場。

¹⁹ H.L.A. Hart (n 2) 261-262. 邦訳 399 頁

²⁰ Ibid 262-263. 邦訳 400~401 頁。

²¹ 実際、ドゥオーキンは『裁判上の正義』(宇佐美誠訳)にてハートの補遺に対して自身の見解を述べている。

もっとも、ドゥオーキンもまたハートと同じ視点に立っていないということが言えるのだが、いずれにせよ原理や道徳が法においてどのように作用するのか、というのはハートが答えなければならなかった問題であり、ハート理論の不十分な点である。

第2節 正答なしテーゼについて

まず、正答なしテーゼを否定するドゥオーキンの主張の根底には正答テーゼ²²があることを踏まえる必要がある。ドゥオーキンが言うには、法命題が真であるための条件は、道徳的判断の真偽に依存している。ハートのような柔らかい実証主義者は、道徳的判断を含みうるがゆえにこの道徳的身分の客観性がない時には無力であるというのであるが、ハートはそれを否定する。

ハートは道徳的身分がどうであれ、裁判官の「判断すべき道徳的論点につき、彼のなしうる最善の判断を行う」という義務は変わらないと言い、この点においてドゥオーキンと自身の意見が異なっていることは、実際上は大した問題ではないと認識している²³。

この論点については、ハートの記述は必要十分なものであるとは言えない。どちらの理論を採用するのであれ、裁判官の義務は変わらないという主張から、ドゥオーキンと自身の見解の相違を考察する価値がないような主張は即座には出てこない。ドゥオーキンとハートの裁判過程の考察が異なるということは十分に考える必要のある問題であろう。仮に考える必要がない問題であったとしてもそのことを示すには根拠不十分に見える。

第3節 民主制と正義の観点

司法府に限定的な立法の権能を与えることは、法的ルールに欠缺がある場合にとりうる他の手段²⁴と比較してもそれにかかるリスクやコストは少ない。あるいは、民主主義体制においてよく見られる行政裁量と比較しても司法裁量が特別問題のある考え方とは思えない²⁵。

また、遡及立法であるように見えたとしても、そもそもそのような遡及立法をせざるを得ない状況は既存の法が最大限に機能しないことに原因がある。遡及立法を禁じるのは行為時点での正当な期待を裏切らないためであって、ハードケースのような法が不完全にしか統御していない場面では、ドゥオーキンの主張は適切ではない²⁶。

この2点の主張は、ハート自身の理論が正しいという前提に基づけば、全く正しい主張である。だが、これはハートの主張が法に欠缺があるという前提に基づいているからであ

²² 法命題の真理値は真偽どちらかに決定するという主張。

²³ H.L.A. Hart (n 2) 253-254. 邦訳 388 頁。

²⁴ Ibid 275-276. 邦訳 418 頁にて、ハートは例として「立法府に事案を送付してその指示を待つ。」というのを挙げている。

²⁵ Ibid

²⁶ Ibid 邦訳 419 頁。

って、原理によって法の欠缺の存在を否定するドゥオーキンにとっては大した意味は無い。

第4節 司法裁量という言葉が意味するもの

ドゥオーキンの主張の誤りは、彼が言う弱い裁量²⁷と強い裁量²⁸の内、法実証主義者主義者は後者も採用していると主張した点である。ハートは、司法裁量において弱い裁量しか認めていない。

ハートが言うには、司法裁量における司法創造というのは、立法府が行う立法行為とは異なる。なぜなら、裁判官の立法行為は立法府のそれとは異なって、多くの制限を受けており、かつ既存の法の間隙でのみ行使できるものだからである。さらに、司法裁量を行う場合でも、裁判官は自身の裁定を正当化する一般的な理由づけをしなければならないし、自らの信念と価値に従って行動しなければならない²⁹。

また、裁判官は「法の創造をする」と言わずに、「法の発見をする」という言葉を一般的に用いていることから、裁量を否定する主張もあまり意味をなさない。というのも、このような言い方は儀礼的なものであり、司法過程を考察した一般的言明、すなわちハートの理論における司法裁量の意味するところのものとは区別する必要があるからだ³⁰。

これらの点は、『法の世界』で詳細に記述しなかったハートの落ち度かもしれない。司法裁量というものの捉え方に対して両者が異なる想定をしていたのは明らかである。

以上を見ると、例外はあるもののハートはドゥオーキンの種々の誤解が自身の司法裁量の否定につながったと考えている。だが、これらの誤解を認めたとしても両者の間には別の、もっと根本的な違いがあるように見える。この違いはどこから生まれたのか。その点について次章で検討する。

第4章 「法」の違い

ハートは法の世界において、「法とは何か」という問いに対して答えようとした。一方で、ここでハートが指している『法』とは何か」ということについて考察を加える必要がある。というのも、この対象としている「法」についての食い違いがドゥオーキンとハートの意見の違いにもつながってくるからだ。もっとも、この違いを述べることでハートとドゥオーキンの対立は意見の擦れ違いである、というような主張をすることは意図していない。

ハートの理論では「どのような法が法であるべきか」というのは語られない。すなわち、

²⁷ Ronakd Dworkin (n 10) p. 32. 邦訳 28 頁。上位の権威が設定した基準を適用する際に裁定者が判断を行使せねばならないことや、判断を再検討するものがないことを意味する。

²⁸ Ibid ある問題に関して当該権威が制定した基準に裁定者が拘束されないことを意味する。

²⁹ H.L.A. Hart (n 2) 272-273. 邦訳 414~415 頁。

³⁰ Ibid

そのような議論は「(ハートの言う)『法』とは何か」という問いに答えるのに必要はない、と言っているのに等しい。

一方で、司法の場においても、立法の場においても常に何らかの価値判断は行われている。このような価値判断は「あるべき」基準に基づいて行われていることに疑いはなく、ハート理論においても法は開かれた構造を有しており、その構造の中でも何らかの価値判断は行われることを前提としている。しかし、その価値判断がどのようなものであるのかは「法の概念」は答えていない。そのように考えると、法の開かれた構造によって司法裁量を認めたとしても、司法がどのようにその裁量を行使するのかという司法裁量の内容を決める問題が新たに生じるように思える。

ハートがこの司法裁量の内容について触れないのは、彼が法において常に価値判断が行われていることを見落としていたのだろうか。だが、このような価値判断が行われているというのは、ハートが「法の概念」を執筆する以前から当然のように主張されていたものであり、ハートが見落としていたというのは考えにくい。

ここで、ハートが言う「法」を明確にする必要が出てくる。彼のいう「法」がそもそも何を指しているのか、そして、彼のいう「法」は過不足なく「法」という概念を語りつくしているのか。この2点について答えることがドゥオーキンに対する回答をすることにもつながってくる。

本章では両者の法の概念の違いについての考察を述べる³¹。

第1節 ドゥオーキンによる法概念の捉え方

まず、ドゥオーキンは自身の論文「法哲学」(philosophy of law)の中で3つの法概念について述べている³²。

- a) 特殊かつ複雑な型の社会的制度としての法 (law) が存在する。
- b) 特定の由来によって確認されるいくつかの特殊な型の諸基準としての、法律 (laws) ないし法の諸ルール (rules of law) が存在する。
- c) 一定の権利・義務・権限や他の人的諸関係の特別の源としての法 (the law) が存在する。

この3つの観念の内ハートはbの概念について述べており、ドゥオーキン自身が重視しているのはcの概念であるという。このcの概念はbの概念より広く法をとらえている(と、ドゥオーキンは考えている)。したがって、ドゥオーキンの法概念は実際に法実践をしている裁判官の内的視点からのものであると言える。ドゥオーキンが言うには法実証主義者の

³¹ 本章の記述にあたっては、深田三徳『現代法理論論争』、深田三徳『法実証主義論争—司法的裁量論批判—』を参考にした。

³² Ronald Dworkin, *The Philosophy of Law* (OUP, 1977) 1-2. なお、記述にあたっては深田三徳『法実証主義論争』111~115頁を参考にした。

言う法は「解釈に先立つ法」であり、本当の法は「解釈による法」であって、法実践の構成的解釈によって明らかになるものである。立法府が制定した法令などは「解釈に先立つ法」であり、解釈の対象である法的実践の一部でしかない³³。だから、ドゥオーキンは法実証主義者の理論は本当の法についての理論ではないと述べるのである。

第2節 法実証主義側の見解

一方で、ハート（とハートの影響を大きく受けている法実証主義者）は、司法裁定よりも一般的な法理論に関心を寄せており、一般の人々や公務員の行為を導く基準としての法の機能を重視して、国家法の特徴・構造などを解明しようとしている。したがって、法は承認のルールによって同定されるルールないし規範の体系としてとらえられている。そしてルールないし規範の一般性、漠然性、欠缺のために司法的立法が認められている³⁴。

ただ、ハート自身、『法の概念』で示した理論とドゥオーキンの展開した理論との間で大きな隔たりがあることを自覚しており、ドゥオーキンに対してどのような応答をするべきか悩んでいたように見える³⁵し、実際そうであったと確信する。

だが、少なくとも、ハートが目指した理論は「特定の秩序や文化によらないという意味で一般的であり、ルールによって統御される側面を持つ社会的制度としての法を解明し、明確にしようとした³⁶」ものであり、「道徳的に中立であり、正当化を目的としない点で、記述的である³⁷」としているのだから、ドゥオーキンのように何か特定の権利を擁護するのに適さないのは確かだが、それゆえ理論が不適であるとするのは不適切である。

もっとも、だからと言ってドゥオーキンの批判に意味がないわけではない。前述の通り、ハートはドゥオーキンの批判は非常に有意義なものであると認めており、自己の理論に修正すべき点があることも認めている。よって、確かに「法」に対する関心の違いが理論の違いを生んでいるということは正しいが、ハートとドゥオーキンの論争すべてをそこに還元しようとするのは誤りである³⁸。

両者の共通の土台として考えられるのは法における道徳や原理の役割である。ハートが柔軟い実証主義者であるのならば、自身の理論の中で道徳や原理がどのような作用をするのかを示さなければ、十分な理論を提示したとは言えない。そこで、次章では、マコー

³³ 深田三徳『現代法理論論争』188~189頁。

³⁴ 同132~133頁。

³⁵ H.L.A. Hart (n 2) 241. 邦訳370頁。

³⁶ Ibid 239-240. 邦訳368頁。

³⁷ Ibid もっともこのようなハートの主張自体がドゥオーキンの『裁判上の正義』（宇佐美誠訳）で批判されている。

³⁸ ドゥオーキンは『裁判上の正義』（宇佐美誠訳）にてリーガリティという概念を導入し、ハートら実証主義者の理論と自分の理論を同じ地平でとらえようとした。そこで展開された理論や批判に全面的に賛同するわけではないが、単なる擦れ違いとして終わらせようとする点には強く賛同する。

ミックの理論を手掛かりに、ハート理論にどのような修正を加えることが可能か検討する。

第5章 ハート理論の補完

本章では、司法裁量論を採ったうえで、その司法裁量の際の裁判官の価値判断においてどのような記述が可能かどうかという点に絞って考察する。

まず、価値判断について記述するとは言ってもその価値判断がどうあるべきか、どのようなものが正しいか、という主張はするつもりはない。それはハートが言うところの評価的で規範的なものであり³⁹、ハートが目指していた記述的で中立的な理論とは異なる。また、このような過程を経て価値判断の基準を獲得する、というような主張もしない。これもまた、ハートが目指すところと異なるから⁴⁰。

では、どのような主張を試みるべきか。本章ではこの手がかりとして N.マコーミックの理論を取りあげる。

第1節 マコーミックによる補完

マコーミックも、ハートの理論は判決を正当化するための基準について語っていない点で不十分であるとし、この基準になりそうなものについていくつか挙げています。

- ①平等原則と呼ばれる形式的正義の原理が存在するという点。
- ②複数の解釈の帰結を法律上正当と思われるような価値に基づいて評価している点。
- ③裁定がそれと関連するであろう他の裁定と一貫性を有している点。
- ④裁定とその他対立しうるルールとを合理的に解釈してすでに確立された他のルールと一切対立しないという点。

この4点はすでにマコーミックが『判決理由の法理論』で述べたことであり⁴¹、問題はそれがハートの理論に適合するかどうかであるが、それは適合する、とマコーミックは言う⁴²。

また、ハードケースにおける裁定は当該事例一件のみではなく予見される一般的なタイプに属するすべてのケースを考慮したうえで形式的正義に従っており、このことが、裁判所の司法的役割と単なる調停者をと区別するための要素であるという。このような理解をすれば、ハードケースにおいて法的創造を行っているということは、現存する原理や価値

³⁹ H.L.A. Hart (n 2) 239-240. 邦訳 369 頁。

⁴⁰ このような内的体験を記述しようとするのは不可能、あるいは非常に困難である。少なくとも、ハートの言う記述的な理論では価値判断の基準が形成される過程を描くのは不可能である。

⁴¹ Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* () 65-72, 100-264. 邦訳 72~78, 107~290 頁に展開されている。

⁴² マコーミックが『ハート法理学の全体像』を執筆したときは、ハートの補遺を増補した『法の概念 [第2版]』が公刊されていなかったため、自己の解釈が正しいという前提に基づいていたが、ハートの補遺で示された見解とここでマコーミックの前提は概ね一致していると見えるため、そのような前提は省いた。

を含む法的基準からの推量を行っているという主張と同一のものとなり、対立は生じない。

しかし、原理のようなルール以外の法的基準はルールよりも曖昧であることが多く、その曖昧さゆえより大きな裁量を裁判官に認めるのである。これはハートの意味した司法裁量そのものである。一方で、ハートの理論がそのようなものであるとするならば、ハートの理論は法の一面においての正しい理解を提供するにとどまり、それ以外の所では、リアリストと法社会学者の業績は必要であるとマコーミックは結論付けている⁴³。

マコーミックがハート理論に適用した4つの基準について、裁判官がこの4点を常に考慮していると記述することは正しい。「法の概念」にて、ハートは「法の開かれた構造は、裁判所や公機関による展開にゆだねられざるを得ないような行為の領域の多くがあることを意味しており、その際それらは各事件ごとに重要度の変る競合する利益を、状況に照らして衡量する⁴⁴」と言っている。ここでハートが想定しているのは利益のみであるが、ここに上述の4つの基準を加えることにハートが同意するのは、「法の概念」の補遺に示された見解⁴⁵を見れば間違いない。

ただ、マコーミックの主張そのものは正しいが、いまだ一考を加える余地がある。次節で、そのことについて検討する。

第2節 マコーミックの見解に対する批判的検討

マコーミックは法律上正統と思われるような価値に基づいた評価が判決の過程でなされていると言った。この評価は単一の基準ではなく、正義、常識、便宜といった複数の観点から評価されるものであり、この評価を利用して複数の解釈可能な裁定からどの裁定を選ぶことが正当であるかという主張を行う点で、主観的な帰結主義論法⁴⁶を含んでいるという⁴⁷。

このような主張は「どのようにして正当化されるか」であり、「どのようなものが正当化されるべきか」という主張ではない点を見ると、それは記述的な主張である。ルールを受容せずに内的視点をとることが可能なのはハートが『法の概念』に提示しているし⁴⁸、実際にマコーミックが行っているのはそのようなものであろう。そのように主張することに関しては同意する。では、そのようにして示された基準は法の何であるのか。

⁴³ N.マコーミック著(角田猛之編訳)『ハート法理学の全体像』289~297頁。

⁴⁴ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, third edition, p. 167. 邦訳 218頁。なお、引用箇所
の訳は矢崎光圀監訳『法の概念』147頁を参考。

⁴⁵ *Ibid.*, p. 272-273. 邦訳 415頁。

⁴⁶ 2つの可能な裁定の選ぶ際に、当該事案と関連在りそうな事案を想定し、その想定上の事案で下されるべき判決を当該事案にも適用するという。大雑把に言えば、演繹のみによる正当化ではなく、仮定上の結論に頼って正当化しようとする論法。

⁴⁷ Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Clarendon Press, 1978) 105. 邦訳 112~113頁。

⁴⁸ H.L.A. Hart (n 2) 87-91. 邦訳 97~100頁。

法的ルールの演繹だけでは、十分に判決を正当化することはできない。だから、判決はどのようにして正当化されるのか。これが、マコーミックが『判決理由の法理論』で示そうとしたものである⁴⁹。この主張を素直に解釈するのならば、判決を正当化するためにマコーミックが提示した諸基準というのは法的ルールの外側にあるものである。マコーミックの提示した基準が法的ルールの外側だとすると、示された基準の身分は法にとって何であるのか。

ハートは『法の概念』で承認のルールの中に慣習と司法的決定に関係してきたものを含むと言っている⁵⁰。マコーミックのようなやり方で確認できる事実を法的ルールではない法として扱うことの理由は不明瞭である。というのも、マコーミックは上述した諸基準を提示するためにイギリスの判例を持ち出して説明を試みているが、これはハートの言う慣習等とどのような点で異なるのかが疑問である⁵¹。

この疑問に対する回答は、ハートは法の妥当性を対象にしているのに対し、マコーミックは妥当する法の正当性を対象にしている点で異なるという回答が与えられるかもしれない⁵²。そのような主張は意味のないものと思われるかもしれない。あるいは、法的ルールの捉え方が異なると批判されるかもしれない。もしかしたら、この主張は、法的ルールが何であるかという問題点があることを確認しただけに過ぎないのかもしれない。

確かに、法的ルールが何であるかというのはマコーミックの関心からは幾分かずれており、この主張が彼の関心に寄与するとは限らない。ただ、すでに示した通り少なくともこの諸基準を法的ルールとして扱うことは可能である。そのようにしないことは、マコーミックの企図と合致しないことが理由であろうが、だからといって法的ルールの一部として扱わないことに正当な理由は無い。

結局、正当化するための基準が法的ルールではないとしたら、法の中の何であるのか。この点についての言及がないという事実は些細ではあるかもしれないがマコーミックの主張の欠点ではある。あるいはこの問いかけは「正当化のための基準とは法の中の正当化のための基準である。」ということかもしれない。もしそうだとするのなら、正当化するための基準が法の中の何かと疑問に思うのは無益なものであるのかもしれない。

だが、マコーミックの示した諸基準というのが、イギリス法の判例の中で確認されたものから導いているというのならば、それは慣習や司法的決定に関係したものである。そして、それは承認のルールの一部なのである⁵³。したがって、「評価的な基準に照らし合わせ

⁴⁹ 判決理由の法理論 58 頁。

⁵⁰ H.L.A. Hart (n 2) 94-95. 邦訳 160~161 頁。

⁵¹ もっとも、ハート自身は補遺にてマコーミックの見解を支持しているように見える。この点から見てもこの主張は撤回されなければならないのかもしれない。H.L.A. Hart (n 2) 272-273. 邦訳 415 頁を参照。

⁵² Neil Maccormick (n 47) 62. 邦訳 68 頁。

⁵³ H.L.A. Hart (n 2) 94-95. 邦訳 160~161 頁。

て正当化する」というマコーミックの主張は、「評価的な基準に照らし合わせて正当化することは法的に妥当する」という主張と両立しているに違いない。マコーミックの意図がどういふものであれ、そのことは確かなことであると確信する。

おわりに

ハートの理論の中で採用された司法裁量論は、ハートあるいはその追従者のような法と道徳の分離を採用すればほぼ確実に支持するであろう見解である。司法裁量を認めるかどうかというのは確かに法哲学における一つの大きな論点であるが、その根拠は各々の立場が主張する理論の根幹に存在している。

従って、司法裁量論のみに争点をあてた議論は困難であり、どうしても本筋から逸れてしまったところはあるように思える。一方でハート理論の根幹とそれにかかわる議論というのは広範に及びすぎるため、この議論もまた困難であり、中途半端に触れたままにしてあるのは本稿の欠陥でもある。

ドゥオーキンの司法裁定に限って言えば、わが国でも批判的な見解がある⁵⁴。多数、少なくとも一定の人がドゥオーキンのような司法裁定に懐疑的であるのならば、司法裁量論は擁護する価値は存在する。

⁵⁴ 深田三徳『現代法理論論争』149頁。

参考文献

H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (third edition, OUP, 2012) (邦訳 H.L.A. ハート著 (長谷部恭男訳) 『法の概念[第3版]』ちくま学芸文庫, 2014年)

H.L.A. ハート著 (矢崎光圀監訳) 『法の概念』みすず書房, 1976年

深田三徳『現代法理論論争—R・ドゥオーキン対法実証主義—』ミネルヴァ書房, 2009年

深田三徳『法実証主義論争—司法的裁量論批判—』法律文化社, 1983年

N.マコーミック著 (角田猛之編訳) 『ハート法理学の全体像』晃洋書房, 1996年

Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Clarendon Press, 1978) (邦訳 石前禎幸/井上匡子/亀本洋/角田猛之/濱真一郎共訳『判決理由の法理論』, 成文堂, 2009年)

Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth, 1977) (邦訳 木下毅/小林公/野坂泰司共訳『権利論』, 木澤社, 1986年)

R.ドゥオーキン著 (森村進/鳥澤円共訳) 『原理の問題』岩波書店, 2012年