

## 認定のルールと憲法典の間

長 谷 部 恭 男

はじめに

I 根本規範と認定のルール

II 憲法と憲法典

III 憲法典のパラドックス？

IV パラドックスの解消

むすび

### はじめに

ハンス・ケルゼンは、法秩序の根本規範が授權規範であるかのように語ることがある。たとえば、『純粹法学』第2版第34節(b)において彼は、規範体系を静的秩序と動的秩序に区分した上で、動的秩序においては、「根本規範がなすことは、規範設定権威に授權すること、この規範体系に属する規範を創造するルールを定めることのみ」であるとし、また、この規範体系において、規範の「内容を決定するものは、根本規範に授權された権威、あるいはこの権威に授權された下位の諸権威の実定規範設定行為である」とする。<sup>(1)</sup> 静的秩序では、個々の規範の内容が根本規範から派生する。他方、動的秩序では、根本規範の授權を受けた規範創造行為によっ

---

(1) ハンス・ケルゼン『純粹法学』〔第2版〕長尾龍一訳（岩波書店、2014年）190頁。以下、『純粹法学』と引用する。

て、個々の規範が成立する。

ケルゼンによれば、法秩序は「本質的に動的性格のもの」であり、静的秩序と異なり、個々の規範の内容が根本規範から導出されることはない。<sup>(2)</sup>彼の描く法秩序は授權の体系であり、その頂点において前提されるのが根本規範である以上、根本規範も授權規範として描かれるのは自然であろう。法秩序は、授權の連鎖を遡って行くと憲法に行き着く。その憲法の制定を授權しているのは、それ以前の憲法である。しかし、この連鎖の遡上はいずれ、歴史的に最初の憲法に行き着く。歴史的に最初の憲法の制定は、もはや実定的に授權されることはなく、その拘束力は前提されるしかない。思惟の上で前提されたその規範が根本規範である。

ケルゼンによれば、強制行為を定める秩序である国家法秩序の根本規範は、「強制行為は、歴史上最初の憲法及びそれに従って設定された諸規範が定める要件下で、それが定めるように設定さるべし」というものであり、短縮すれば、「憲法の定めるように行動すべし」というものである。<sup>(3)</sup>

ところで、この前提された根本規範は、ケルゼンが言うように授權規範なのであるか。話を単純化するために、現行の憲法典が——たとえば法的革命によって出現した——歴史的に最初の憲法典でもあるとすると、憲法典自体は授權規範であろう。しかし、授權規範たるその憲法を拘束力ある憲法として承認し、その定める通りに立法活動や司法活動を行うべきだし、そうした諸活動の結果には服従すべきだとする規範は、授權規範なのだろうか。むしろ、憲法典を拘束力ある実定法として認めるよう名宛人を義務づける規範であるかに見える。

機関 A が機関 B に規範制定権限を授權するとき、A は B の制定した規

(2) 『純粹法学』191頁。

(3) 『純粹法学』194頁。ケルゼンの晩期における再説によれば、「根本規範は次のように言う：我々はこの憲法に従わねばならず、そのため、この憲法に基づいて設定された法規範に従わねばならない。かくして根本規範は、当該法秩序全体の妥当性の根拠となる」(Hans Kelsen, 'On the Pure Theory of Law', in 1 *Israel Law Review* 1, 6 (1966)).

範に服従するよう、B以外の者（Bの制定した規範の名宛人）を義務づける。現行憲法の制定権者は、根本規範によって授權されて憲法典を制定したものと想定されているわけだが、実際にはそうした授權は実在せず、思惟の上で前提されているにすぎない。そうすると、根本規範の実際上の要点は、憲法制定権者以外の者を名宛人として、憲法典を憲法典として扱うよう義務づける点に帰着するのではないか。少なくとも公務員をはじめとする多くの人々が意識しているのは、授權そのものではなく、授權の含意する義務づけの方ではないか。<sup>(4)</sup> かりに授權規範であるとしても、それが同時に義務づける規範でもある点を見逃すべきではないように思われる。

本稿が扱うのは、根本規範ではない。本稿では、H.L.A. ハートの認定のルールを素材として、一国の法秩序の究極の認定のルールと、当該法秩序の憲法典との関係を検討する。

## I 根本規範と認定のルール

H.L.A. ハートは、ケルゼンの言う根本規範が認定のルールの等価物であるかのように語ることがある。<sup>(5)</sup> もっともハートは、認定のルールの存在はあくまで事実問題であり、それが「想定」されているとか、「措定」されているというケルゼン流の言い方は、問題を不明瞭にすると述べる。認定のルールは、第一次的には、裁判官を中心とする公務員集団の慣行（practice）として存在する。しかし、根本規範と認定のルールとの違いは、その他の点にもある。

ハートの言う認定のルールは、当該社会における実定法が何かを見分けるための規準として機能する。<sup>(6)</sup> しかし、実定法として同定されたルールに

（４） H.L.A. ハート『法の概念』〔第３版〕長谷部恭男訳（ちくま学芸文庫、2014年）507頁。以下、『法の概念』と引用する。

（５） 『法の概念』179-81頁、506-08頁。

（６） 認定のルールには、当該社会の実定法の究極的な認定規準として機能する

当然、服従する義務があるわけではない。服従すべきもののみを有効妥当な法だとする立場は、実定法が何かという問題と法の道德上の善し悪しの問題とを混同することになり、明晰な思考を妨げるとして、ハートはそれ<sup>(7)</sup>を批判する。ハートは、実定法を含めたルールには内的側面があり、人々の行動を評価したり推奨したり批判したりするための物差しとなることを指摘するが、それはあくまでルールが、それを受け入れる人々にとって、<sup>(8)</sup>社会生活においてどのように機能するかを記述しているだけで、ルールが人々を義務づけるとか拘束すると主張するものではない。人々がルールを受け入れる理由は、その内容が道德的に正しいとの理由とは限らないし、<sup>(9)</sup>ルールに関する内的観点からの人々の言明は、誠実なものとも限らない。

他方、ケルゼンにとっての根本規範は、なぜ人々が実定法を服従すべき

---

「究極の認定のルール」と、それ以外のものがある。それ以外の認定のルールは、「究極の認定のルール」に基づく、派生的な認定のルールである。以下で検討の対象とするのは、究極の認定のルールである。他方、ハートはときに、究極の認定のルールが一つの法秩序には一つしか存在しないかのように語ることがあるが、そう考えるべき必然性はない。究極の認定のルールが複数存在し、相互に衝突し、不確定性を生み出すことも当然想定し得る (Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, 2<sup>nd</sup> ed. (Clarendon Press, 1980), p. 200)。以下では、究極の認定のルールは複数存在し得ることを前提に検討を進めるが、究極の認定のルールが単一か複数かは、以下の議論において大きな意義を持たない。

(7) 『法の概念』322頁以下。

(8) 『法の概念』152-55頁。

(9) 『法の概念』315-16頁、368-74頁参照。他方、ジョゼフ・ラズ等、ハートの学問的系譜を継ぐ者の多くは、法の権威主張は道德に関する要求であると考え (see, for example, John Gardner, 'How Law Claims, What Law Claims', in his *Law as a Leap of Faith* (Oxford University Press, 2012), pp. 123-45)。法的義務は、道德とは別のレベルの義務ではなく、道德的義務がある——それがあなたが本来すべきことだ——との法の決定を受け入れるよう名宛人に要求するものである。もっとも、それは誠実 (sincere) な要求とは限らないし、誤った要求かも知れない。反道德的行為であるにもかかわらず、そうする道德的義務があると法が主張することさえある。法と道德とが全くレベルを異にするものであれば、実定法の指し示す結論が道德に反するからといって、裁判官をはじめとする法の適用機関がそれに思い悩む必要はない。思い悩むのは、実定法の指し示しているのが、道德的な結論でもあるはずだからである。

義務のあるものと考えているかを筋の通った形で説明し、実定法に服従する義務があると考えの人々にとっての法的義務を記述するための超越論的な仮設であり、想定である。<sup>(10)</sup> 実定法も規範である以上は、人々を拘束し義務づける。ケルゼン自身が、実定法に従うべきことを推奨しているわけではないが、実定法に従うべき義務があると人々が實際上、考えること自体は、<sup>(11)</sup> 純粋法学の確たる出発点である。だからこそ価値中立的な「法の科学」の遂行のためには、思惟の上で前提される根本規範という形で、価値にコミットしたそうした思惟を括弧でくくる必要がある。根本規範が前提される限りにおいて、実定法は人々を拘束力し、その命ずる通りにする義務がある。

それ以外にも違いはある。その一つが、憲法典（written constitution）との関係である。「はじめに」で見たように、ケルゼンは憲法典を授權規範と考え、根本規範は憲法制定権者に憲法典を制定する権限を授權する規範だ（と思惟の上で前提されている）と考える。他方、ハートは、憲法典の妥当性——憲法典が当該社会における実定憲法典であること——を支えているのは、認定のルールだと考える。認定のルールは、当該社会における実定法が何かを見分けるための規準である。認定のルールは、この規準に

(10) 『純粋法学』第34節（d）。晩期におけるケルゼンの再説によれば、「法の科学が確認するのは、次の事実である：もし人間の意思行為によって設定され、かつ、大体において実効的な強制秩序を、人々が客観的に妥当な秩序だと考えるならば、彼等はその法的思考において、根本規範を意思行為の意味として前提している」（Kelsen, ‘On the Pure Theory of Law’, *supra* note 3, at 6）。根本規範を「前提」するのは法秩序が正当であり、拘束力を有すると考える人々である。他方、法の科学（純粋法学）は、根本規範を前提することはない。「仮設」するのみである。

(11) 「純粋法学は、その根本規範の理論によって……すべての法律家がたいい無意識に行なっていることを意識に上らせたに過ぎない」『純粋法学』197頁。Cf. Joseph Raz, ‘The Purity of the Pure Theory’, in his *The Authority of Law*, 2<sup>nd</sup> ed. (Oxford University Press, 2009), pp. 303-12. とはいえ、根本規範を前提する人とは、自らの道徳的判断力をすべて放棄し、いかに行動すべきかの判断をすべて、実定法に關与する公務員に委託する人である。かなり極端な立場をとる人と言わざるを得ない。

合致するものを当該社会の実定法として扱うよう裁判官をはじめとする公務員、広く捉えれば一般市民を義務づけるルールであり、授權規範ではない。<sup>(12)</sup>

そもそもハートの『法の概念』に憲法典の制定権者は登場しない。認定のルールから見れば、何が現時点における憲法典であるかが問題であり、誰がそれを制定した（ことになっている）かは問題ではない。この点は、認定のルールと憲法典との関係を理解する上で、クルーシャルな意義を有する。

ただ、その検討にはいる前に、憲法とは何か、そして憲法典とは何かを簡単に整理しておこう。

## II 憲法と憲法典

ジョン・ガードナーは、イギリスでは憲法<sup>(13)</sup>と行政法は次のように区別されていると述べる。行政法（administrative law）は、授權（委任）された諸機関の権限を規制する。憲法は授權（委任）する諸機関の権限を規制する。<sup>(14)</sup>別の言い方をするならば、憲法が規制の対象とするのは、その権限が始源的な諸機関であり、行政法が規制の対象とするのは、その権限が派生的な諸機関である。始源的権限を保有する諸機関の権限は、憲法自体によ

(12) 後出注26および対応する本文参照。

(13) ダイシーの伝統に従うならば、イギリスでは constitution と constitutional law (or law of the constitution) とが区別される。constitution は constitutional law に加えて憲法習律 (conventions of the constitution) を含む (A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10<sup>th</sup> ed. (Macmillan, 1959), pp. 23-24)。constitutional law は裁判所によって強行 (enforce) され得るが、憲法習律はそうではない。もっとも以下の説明では、両者を区別することにさほどの意味はない。以下で「憲法」と呼ばれるものは、始源的諸機関を規制する法であり、constitutional law と憲法習律の双方を含む。

(14) John Gardner, 'Can There Be a Written Constitution?', in his *Law as a Leap of Faith* (Oxford University Press, 2012), p. 98. 以下 'CTBWC' と引用する。

っても、また他の始源的諸機関の行動によっても、制約され得る。権限が制約され得るからと言って、権限が始源的でないことにはならない。また、派生的諸機関の権限は、始源的諸機関の設定する授權規範によっても制約されるし、始源的諸機関の権限を制約する憲法によっても制約される。始源的諸機関が授權し得ない権限を派生的諸機関が行使することはできない。

始源的機関がいかに生成したかに関する歴史的経緯は、当該機関が始源的であるか否かを判断する上で二次的意義しか持たない。<sup>(15)</sup> イギリスで現在、始源的権限を保有するのは、ウェストミンスター議会（Parliament）と高等法院（the High Court）である。両者の権限は、かつては国王の権限であった。しかし、現在の議会の権限、高等法院の権限は、始源的権限である。国王はこれらの権限の委譲を撤回して、自らの権限として回収することはできない。同様のことは——若干レベルを異にはするが——イギリスとそのかつての植民地の間についても言い得る。カナダ、オーストラリア、ニュージーランド等、「お行儀のよい自治領 Well-Behaved Dominions」と言われていた諸国は、イギリスのウェストミンスター議会によってその独立を認められ、ついでに憲法典もウェストミンスター議会制定法として授与されている。しかし、現在のウェストミンスター議会が、こうした独立の承認を撤回し、これら諸国を再びイギリスの植民地となし得るとは、誰も正気では考えないであろう。<sup>(16)</sup>

憲法典は、その主要内容が憲法である法典である。成文憲法と言われることもある。憲法典には、憲法でない内容が含まれることもある。たとえば、日本国憲法は、国民の義務として「保護する子女に普通教育を受けさせる義務」（26条2項）、勤労の義務（27条1項）、納税の義務（30条）を

(15) CTBWC, p. 101.

(16) この点については、『法の概念』196-99頁および243頁での説明、および Yasuo Hasebe, 'Imposed Constitution', Paragraphs 31-39, in *Max Planck Encyclopaedia of Comparative Constitutional Law*, <http://oxcon.ouplaw.com/home/MPECCOL> 参照。

規定するが、これらの規定にはそもそも法的意味がない。納税の義務は兵役の義務と並んで大日本帝国憲法にも規定されていたが（同憲法21条）、それ(17)に法的意義がないことは、美濃部達吉が夙に指摘していた。つまり、これらはそもそも実定「法」ではない。

実定法としての意味を持たない憲法規定としては、多くのいわゆる基本権規定を挙げることもできる。実定法の主要な機能は、その権威主張にある。実定法は、名宛人に向けて、自分でことの善し悪しを判断するのをやめて、実定法を権威として受け入れ、その通りに行動するよう求めている。個々の名宛人の実践理性（道徳的判断）に基づく行動を遮断することが、その主要な機能である。

ところが、基本権規定の主要な機能は、違憲の疑いのある実定法に則って行動するべきか否か、実践理性の地平に立ち戻って考え直すよう呼びかける点にある。つまり、その主要な機能は実定法の権威の排除を許容(exclusionary permission)する点にあり、それ自体は実定法としては機能(18)していない。基本権規定は、基本権に違背する実定法の適用を排除することを裁判所に認めている点で、なお権限配分規定として機能しているという反論もあるかも知れない。しかし、道徳的判断に基づいて裁判する権限が、憲法典によって授權されることではじめて存在するものかについては、とくに排除型実証主義陣営から有力な疑問が提起されて(19)いる。

---

(17) 「臣民ノ義務ガ此ノ二〔兵役の義務と納税の義務〕ニ止マルモノニ非ザルコトハ勿論、此ノ二種ノ義務ノミヲ重シト爲シ、其ノ他ノ義務ヲ之ヨリ輕シト爲スノ趣意ニモ非ズ……憲法ニ此ノ規定ヲ設ケタルガ爲ニ法律上ニハ何等別段ノ効果ヲ生ズルコトナシ」(『憲法撮要』〔改訂第5版〕(有斐閣、1932年) 165頁)。

(18) 拙著『憲法の論理』(有斐閣、2017年) 17-21頁参照。ハート自身は、「取り込み型実証主義 inclusive positivism」の立場をとり、基本権条項のように道徳原理を考慮するよう求める条項をも、認定のルールに基づいて実定法として算入することが可能との立場をとった(『法の概念』401-07頁)。しかし、こうした立場は実定法の権威主張と両立しないとして、排除型実証主義(exclusive positivism)陣営から批判を浴びている。他方、たとえば最高裁判所が基本権条項の有権解釈に基づいて一定の法理を先例として設定したとき、その先例は実定法として機能することが期待されている。



他方、憲法典の主要な内容が、始源的権限を保有する諸機関を規制するものであることについては、大方の同意が得られるのではないだろうか。あり得る疑問は、何が「始源的権限」と言えるかに関するものである。たとえば日本国憲法の場合、始源的権限を保有する機関は憲法改正機関——現行の96条によれば、それは両議院と有権者団で構成される——のみであって、その他の諸機関は、国会、内閣、最高裁判所を含めて、憲法改正機関によって授権された派生的権限のみを有しているのではないかというものである。

しかし、96条に基づいて行動する憲法改正機関といえども、国会や内閣、最高裁判所の権限をすべて回収し、みずから法律を制定し、行政権・司法権<sup>(20)</sup>を行使することは、にわかには想定し難い。そうした根本的な憲法典の内容の改変は、憲法の「改正」ではなく「革命」と言うべきものであろう。それは、憲法典以前の憲法制定権力がヌキ身で出現するきわめて稀な機会にのみ、発生し得る事象である。その限りで、日本国憲法の定める有権者団、国会、内閣、最高裁判所等の諸機関は、やはり始源的諸機関であり、憲法制定権力または憲法改正機関がその権限を配分したという事実は、二次的意義のみを有する歴史的経緯だということになりそうである。<sup>(21)</sup>

(19) レスリー・グリーン「解説」『法の概念』456-64頁参照。算術の規則、日本語の文法、物理学の法則等は、とくに憲法にその考慮を要請する規定がなくとも、裁判官は考慮に入れることができる。また、実定法の権威主張を退け、自分自身の判断でいかに行動すべきかを判断することは、人間の本来のあり方に戻ることである。そうすることに何らかの「授権」は必要であろうか。

(20) そうした主権独裁の出現が論理的にあり得ないというわけではない。フランス革命時の国民公会や第一次大戦直後のワイマール憲法制定会議に見られるように、無制約な主権独裁者は存在した。しかし、そうした抜き身で出現した憲法制定権力は、憲法典を含めいかなる法によっても規制され得ない（*legibus solutus*）ものであり、本稿の検討対象とはならない。抜き身の主権独裁については、拙著『憲法の論理』第9章「主権のヌキ身の常駐について」参照。

(21) 地方自治が制度保障にとどまるとの有力説と、制度保障は憲法改正の限界を構成しないとするカール・シュミットの教説とを掛け合わせると、憲法を改正して地方自治制度を撤廃することも理論的には可能となる（カール・シュミット『憲法理

言い換えれば、憲法改正機関になし得るのは、始源的諸機関の権限配分の微調整にとどまる。そして、本来の意味における憲法制定権力が出現することは、きわめて稀である。それは、実定法とは何か、実定法の拘束力とは何か、それは何によって支えられているか等を追求する学問の研究対象ではない。

憲法典は存在する国と存在しない国がある。イギリス、そしてイスラエルには、始源的諸機関の権限の規制をまとめた形で規定する憲法典が存在しない。しかし、これらの国にも、憲法について規定する成文法が存在しないわけではない。イギリスの場合で言えば、1689年の権利章典、1707年のスコットランド＝イングランド統合法、1931年のウェストミンスター条令など、いくつかの重要な法典が存在する。イスラエルの場合で言えば、1992年制定の人間の尊厳と自由に関する基本法が存在し、司法審査の法源となっている。

イギリスが典型的にそうであるように、始源的諸機関の権限の規制は、憲法典以外の形でもなし得る。また、憲法典が存在する国であっても、始源的諸機関の権限のさらなる規制が憲法典以外の形式をとることは珍しくない。日本の国会法による国会や両議院の権限の規制、裁判所法や裁判所規則による裁判所の権限の規制はその例である。

### III 憲法典のパラドックス？

イギリスのように憲法典の存在しない国では、何が始源的諸機関であるかが、究極の認定のルールによって同定されることは自然であるように見える。しかし、アメリカ合衆国や日本のように、憲法典の存在する国でも

---

論』尾吹善人訳（創文社、1972年）212-26頁）。しかし、地方自治が制度保障であるとする論者はそこまで考えているであろうか。また憲法改正の限界は、第IV節で触れるように、実際上は究極の認定のルールが判別する問題である。結局のところ、地方自治体と他の憲法上の諸機関との相違は程度の問題となる。

そうなのだろうか。まずは、認定のルールなるものが何かについての、ハートの説明をたどることにしよう。

ハートの描くところでは、近代社会では、前近代社会の法のあり方がもたらすいくつかの主要な欠陥を是正するために、いくつかの二次ルールとともに法秩序が形成される。<sup>(22)</sup> 前近代社会に法秩序はない。そこにあるのは、人々の行動を方向づけ、規制する一次ルールのみである。そうしたルールは、人々の慣行を通じて徐々に形成され、人々にルールとして受容され、そのうちあるものは次第に廃れていく。そのため、何が当該社会のルールであるかは、ときとして不確定であり、見解の対立を生み出す。また、社会環境が急速に変化する近代社会では、慣行による法の形成と変化とに頼るのでは、スピードの点で難点が生ずる。さらに、ルールへの違反者が出現しても、前近代社会では社会全体の批判や圧力、極端な場合は被害者による復讐によって対応するしかなく、ルールへの服従を実効的に確保することが困難である。

そこで、こうした難点を克服するために、近代社会ではいくつかの二次ルールが形成される。二次ルールは一次ルールに関するルールである。第一は、何が当該社会の実定法であるかを判別するための認定のルール、第二が、新たな実定法を形成し、既存の実定法を変化させるための変更のルール、第三が、具体的事案について、実定法への違背が発生したか否かを、有権的に判定する裁判のルールである。二次ルールと一次ルールとが組み合わせられることで、近代社会には法秩序が生まれる。前近代社会にあるのは一次ルールのみであり、そこには法秩序は存在しない。

ハートは、二次ルールの中でも認定のルールは、滅多に明文で定式化されることはない<sup>(23)</sup> と言う。多くの場合、認定のルールが明言されることはなく、その存在は、「裁判官等の公務員、私人またはその助言者〔弁護士等〕により、個々のルール〔実定法〕が識別される仕方において示される」。

(22) 『法概念』第Ⅴ章第3節。

(23) 『法概念』第Ⅵ章第1節。

ガードナーは、ハートの指摘する認定のルールのような性格が、憲法典と認定のルールとの間にパラドックスをひき起こすのではないかと懸念<sup>(24)</sup>の存在を指摘している。先に見たように、憲法典の主要な内容は憲法であり、その役割は始源的諸機関の権限を規制することである。他方、始源的諸機関が何かを同定するのは、認定のルールの主要な役割の一つである。しかし、何が始源的諸機関か、その権限は何かを憲法典という一つの文書によって定めようとしたとしても、制定されたその文書が当該社会の実定法（実定憲法典）であることはいかにして判別できるかと言えば、裁判官等の公務員集団や法曹集団を中心とする人々の実務慣行に示される認定のルールに頼るしかない。

つまり、憲法典それ自身は、究極の認定のルールとなることはない。認定のルール自体が成文化されることもあり得ない。そうだとすると、そもそも憲法典なるものが存在し得ないか、あるいは認定のルールに関するハートの議論が誤っているのか、そのいずれかではないのか。

#### IV パラドックスの解消

ガードナーは、こうした懸念が生起する要因を一つ一つ解きほぐしていく。

第一に、始源的な諸機関を同定することは、これらの諸機関を規制することのすべてではない。<sup>(25)</sup> 認定のルールは、変更のルールおよび裁判のルールとは別個の存在である。変更のルールと裁判のルールとは、実定法を変更し、紛争を解決する権限を各機関に授権する。憲法典の中に、変更のルール・裁判のルールが規定されることもしばしば見られる。日本国憲法の場合で言えば、その41条は国会に法律制定の権限を与え、76条は最高裁判

(24) CTBWC, p. 102; cf. Charles Fried, 'Foreword: Revolutions?', 109 *Harvard Law Review*, 13, 26 note 66 (1996).

(25) CTBWC, p. 103.

所をはじめとする裁判所に司法権を与えている。

もし人々の慣行にのみ存する認定のルールがすでに始源的諸機関の権限を授權してしまっているのであれば、これらの憲法に規定された変更のルールと裁判のルールとは、余剰の規定だということになる。しかし、認定のルールは、権限を授与することはない。認定のルールは義務を課すルール<sup>(26)</sup>である。それは、実定法を適用する諸機関を名宛人とする。イギリスの場合で言えば、その究極の認定のルールは、ウェストミンスター議会の制定法であれば何であれ、それを実定法として適用するよう、法適用機関を義務づける。

同様に考えるならば、日本の場合、その究極の認定のルールは、日本国憲法を最高法規として受け入れ、適用するよう、憲法によって設定された諸機関を義務づける。それらの諸機関、つまり有権者団、国会、内閣、裁判所等は、さらに日本国憲法によっても制約されている。日本国憲法で定められている授權規範、つまり変更のルールおよび裁判のルールによって、これらの諸機関は制約される。

特殊な始源的機関である天皇を考えることで、問題はより明確となるだろう。日本国憲法は天皇という機関が存在することを想定して、天皇の権限——あるいは無権限——に関する規定を置いている。しかし、誰がそこで言う天皇であるかについて、憲法は定めるところがない。<sup>(27)</sup>日本国憲法が

(26) Raz, *The Concept of a Legal System*, supra note 6, pp. 198–99; Neil MacCormick, *H.L.A. Hart*, 2<sup>nd</sup> ed. (Stanford University Press, 2008), p. 132; CTBWC, p. 103. 他方、Matthew Kramer, *H.L.A. Hart: The Nature of Law* (Polity, 2018), pp. 81–84は、認定のルールに授權規範としての側面もあるとする。特定の規準に基づいて実定法として認定すべきルールをそのように認定する義務を課された法適用機関に、そのように認定する権限が当然にあるという限度では、授權規範としての側面もあると述べることは間違いではないが、ほとんど無内容な言明のように思われる。一定額の所得税を納める義務を負う市民には、納税の義務があるだけでなく、納税する権限もあると述べることにどれほどの意味があるだろうか。

(27) 定めることに、さして意味はないと言うべきであろう。裕仁氏が日本国憲法で定めるところの天皇であるとの規定を日本国憲法の中に置いたとしても、その規定を含む日本国憲法が実際に日本の憲法典であり最高法規であるか否かは、日本国憲

制定されたとき、裕仁氏がその天皇であることを誰も疑ってはいなかったが、それは理の当然であったわけではない。しかし、すべての公務員、そして大部分の国民は裕仁氏が憲法で規定された天皇にあたるものと当然のように考え、彼等の行動自体がそのことを示していた。そこに示されたのが究極の認定のルール（の一部）である。認定のルールによって天皇として同定された個人にどのような権限が付与されるか（されないか）は、憲法典を読み解くことで理解できる。

ハートが言う通り、認定のルールは、突き詰めて言うならば事実上の慣行としてしか存在し得ない。しかし、始源的諸機関を規制するのは認定のルールだけではない。変更のルールおよび裁判のルールも始源的諸機関を規制し、それらのうち主要なものは、憲法典で規定されている。そこに特<sup>(28)</sup>に不思議はない。

「はじめに」でも触れたように、授権規範は義務づけ規範と密接に関連する。立法権を有する国会は、法律を制定・改廃することで、一般国民や行政機関の負う義務を変更することができる。つまり、義務づけ規範を変更する。だからと言って、授権規範が義務づけ規範であることになるわけではない。両者が別個の存在であるからこそ、両者は密接に関連すると言<sup>(29)</sup>うことに意味がある。

第二に、関連する論点としてガードナーは、認定のルールそれ自体は実定法か、という問題を提起する。彼の答えは、認定のルールは実定法であるとは限らないというものである。<sup>(30)</sup> 認定のルールは、当該法秩序に属する実定法が何かを見分ける規準を提供する。しかし、認定のルールは、裁判官を中心とする公務員集団および法曹集団（広くとれば、国民一般）の事実上の慣行としてしか存在しない。認定のルール自体は、当該法秩序に属

---

法自身が決定できることではない。それを決定するのは、公務員集団の実務慣行である究極の認定のルールである。

(28) CTBWC, pp. 103-05.

(29) CTBWC, p. 105.

(30) CTBWC, p. 107.

する実定法である必要はない。<sup>(31)</sup> 他方、憲法典は、少なくともその主要な部分は実定法である必要がある。究極の認定のルールは、憲法典を背後から支える実務慣行として、憲法典を憲法典として扱うよう、諸国家機関を義務づける。

第三にガードナーが問題とするのは、憲法制定機関ないし憲法改正機関と、<sup>(32)</sup> 憲法上の諸機関との関係である。憲法典の存在する国の憲法上の諸機関は、当初の憲法制定権力（憲法制定会議）によって授権されたとの建前をとることが多いし、その後の改正によって新たに設定・授権された機関やその権限を縮減ないし拡張された機関も少なくない。第Ⅱ節で述べたように、当初は授権に基づいて活動を開始した（はずの）憲法上の諸機関も、今や、裁判官を中心とする公務員および法曹集団の共通了解としては、もはやその核心的な権限および存在は撤回不能であり、したがって、当初の授権や設置は歴史的経緯の記述へと溶け込んでしまい、現在では始源的諸機関として理解されている——究極の認定のルールによってそう同定されている——ものも多いであろう。

そもその成立の経緯は、ある憲法上の機関が始源的機関であるか派生的機関にすぎないかを判断する規準にはならない。規準となるのは、実務慣行としての現時点での究極の認定のルールであり、これはガードナーの指摘していないことであるが、それが憲法改正の限界をも定めていることになる。言うまでもないことであるが、憲法改正の限界は、明確な形で引かれているわけではない。究極の認定のルールにも、不確定性はつきもの<sup>(33)</sup>である。

---

(31) ハートは、認定のルールが実定法であるか否かという問題提起には意味はないと考えていたようである（『法の概念』180頁）。もっとも、認定のルールが自身を当該法秩序の実定法として認定する規準となることについて、とくに困難があるわけではない。日本語の文法規則が日本語で記されることが少なくないように——つまり、日本語の文法規則に照らしたとき、その文法規則自体が日本語に属することが判別可能であるように——認定のルールに照らして、認定のルール自身が当該法秩序に属することを認定することは、ごく普通にあり得ることのように思われる。

(32) CTBWC, pp. 109–16.

第四に、憲法の解釈に関わる混乱の要因をガードナーは指摘する。<sup>(34)</sup> 憲法の解釈と言われる作業は、憲法典自体の解釈であることもあれば、憲法典の解釈の結果である憲法——その主要部分は最高裁判所による有権解釈によって生み出される先例である——の解釈であることも<sup>(35)</sup>ある。両者が厳密に区別されることは稀であり、そのために、多大な混乱が発生している。後者（憲法）の解釈にすぎない作業が、前者（憲法典）の解釈であると自己主張することも少なくない。そして、そうした自己主張に理由がないわけではない。

解釈という作業は、条文や先例のすでに存在する意味の発見にとどまるものではない。<sup>(36)</sup> そのため、解釈の結果は憲法の内容を変容させる。憲法が憲法典の意味を確定する解釈作業の結果として構成されるものである以上、憲法の解釈は同時に憲法典の意味内容をも変容させる。有権解釈の結果は、結局のところは憲法典の意味だとされることになる。その限りで逆説的にも、成文の憲法典のある国家では、有権解釈によって紡ぎだされた憲法は、すべて成文化されていると述べることもできることになる。<sup>(37)</sup> 裏返

(33) 『法の概念』第Ⅶ章第4節。

(34) CTBWC, p. 122.

(35) ガードナーは「有権 authoritative」解釈とは形容していないが、彼の意味しているところは明らかである。

(36) 解釈 (interpretation) という作業のこうした性格については、さしあたり拙著『比較不能な価値の迷路——リベラル・デモクラシーの憲法理論』〔増補新装版〕（東京大学出版会、2018年）第8章「制定法の解釈と立法者意思」および補論Ⅰ「法の不確定性と解釈について」参照。条文や先例のあらゆる理解が解釈であるわけではない。解釈は、解釈によらない理解が法的問題の適切な解決を導かないときに必要となる例外的な活動である。読解に解釈を要する手紙が手紙の用をなさないのと同様、意味を理解する上で解釈を要する法は、それ自体では権威としての役に立たず、法としての用を果たさない。解釈を要する場合、法自体に代わってその有権解釈が、人々の判断に置き換わる権威としての用を果たす。

(37) CTBWC, p. 124. See also Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (Oxford University Press, 2009), p. 370. ここでの「憲法」には、憲法習律は含まれていない。裁判所で強行される限りでの憲法である。また、日本の国会法や裁判所規則のような、憲法典以外の派生的な憲法関連規範も含まれていない。国会法が



して言うならば、成文憲法の意味は、裁判所の有権解釈を通じて変化し得る。

## むすび

冒頭のケルゼンの根本規範の論点に戻ると、憲法典を憲法典たらしめているのは、憲法典自身ではないことを指摘する点で、ケルゼンの根本規範の概念とハートの認定のルールの概念とは共通する。いずれも、憲法典の外側にあつて憲法典の実定法としての妥当性を支えている<sup>(38)</sup>。

言うまでもないことであるが、日本国憲法98条1項のように、憲法典自身がこの憲法典が最高法規であると述べていることは、その憲法典が最高法規であることの根拠にはならない。「私は正直者です」とある人が言うことが、その人が正直者であることの根拠にならないのと同様である。

しかし、根本規範と認定のルールとでは、異なる点も多い。ケルゼンの根本規範は、思惟の上で前提されるにとどまるものであるが、ハートの認定のルールは実務上の慣行として実在する。ケルゼンは根本規範を授權規範として想定しているが、ハートの認定のルールは義務づけ規範である。憲法典の主要な内容が授權規範（変更のルールと裁判のルール）であることと、憲法典の妥当性を支えるルールが授權規範か否かは別の問題である。

もっとも、この点でのハートとケルゼンとの見解の相違を過大に見積も

---

憲法典の意味を変えることはない。

(38) チャールズ・フリードは、認定のルールに関連して、憲法典自体が認定のルールとしての役割を果たしているにもかかわらず、それに加えて実務慣行からなる認定のルールが存在するという議論は、無駄な重複であり、オッカムの剃刀の要請に反すると主張する（Fried, 'Foreword: Revolutions?', supra note 24, at 26 note 66）。しかし、本稿で説明した通り、憲法典と認定のルールとは異なる機能を果たす別個の規範であり、オッカムの剃刀の要請はここではイレバントである。他方、憲法典がすでに実務慣行において憲法典として扱われているとき、その事態に加えて憲法典の制定を授權するものと想定されているケルゼンの根本規範は、無駄な重複であり、オッカムの剃刀の要請に反している疑いがある（『法概念』507頁）。

るべきではないであろう。根本規範が何を授權しているかは、結局は、現時点における最高規範たる憲法の内容から逆算されるしかないからである。根本規範が「前提」され、「仮設」されているとは、そういうことである。現時点での憲法に服従する義務が現時点での公務員集団に課されているという点では、認定のルールとさして異なる帰結が導かれるわけではない。

また現在では広く知られているように、ケルゼンの言う「授權」は、通常理解されている授權とは異なり、条文を素直に読んだ限りでは（つまり表向きは）授權されていない権限も、現に妥当している実定法の現状から逆算して授權されていると説明することを許す。<sup>(39)</sup> そもそもは派生的機関にすぎなかったはずの機関が始源的機関となることも、憲法典の明文によっては授權されていないはずの権限を憲法上の諸機関が行使することも、ケルゼンの授權の体系とは矛盾しない。ここでも、ハートの法秩序論と同様、憲法典の文言とは異なる実定法秩序が妥当する可能性が認められている。

認定のルールを憲法典の妥当性に関する出発点とする思考は、憲法制定権力および憲法改正権力の意義を大きくは評価しない。<sup>(40)</sup> 何が始源的諸機関であるか、それぞれの機関の権限内容が何かは、現時点での認定のルールおよび憲法が決める問題である。かつて憲法制定権力によって配分された権限を受け継いでいるか否かは、成立の経緯にかかわる問題ではあっても、現時点の権限の始源性や範囲を判別する規準にはならない。

さらに、認定のルールが裁判官を中心とする公務員および法曹集団の実

(39) 『純粹法学』第35節 (j)。

(40) 憲法制定権力の意義を高く評価する見解との対比については、Frank Michelman, 'Constitutional Authorship', in Larry Alexander ed., *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press, 1998), pp. 70-74参照。筆者自身は、憲法制定権力論の意義について懐疑的である。拙著『憲法の境界』（羽鳥書店、2009年）第1章「われら日本国民は、国会における代表者を通じて行動し、この憲法を確定する」参照。

務慣行を中核としているというだけでなく、第IV節の末尾で述べたように、<sup>(41)</sup>憲法典の意味内容である憲法も、解釈と適用を通じて変容し得ることに留意が必要である。憲法典の解釈と適用は、裁判官を中心とする公務員および法曹集団の共通理解形成への努力を目指して行なわれる。憲法典の明文上の意味（意味論上の意味）と異なる語用論上の意味が通用すること<sup>(42)</sup>も、とくに珍しいこととは言えない。そしてそれは、憲法に限ったことではない。

現代社会においては前近代社会と異なり、何が当該社会において通用している実定法であるかについて、一般市民はそれを直感的に知ることができず、多くの場合は報酬を支払って、法律専門家から助言を得ることしか知ることができない。何が実定法かを認識することができる者は、法律の専門家集団へと限られる。そして、多くの近代国家は、こうした法律家専門集団を再生産するシステム（たとえばロースクール）を備えている。これがハートの描く悄然とさせられる物語である。新聞やデジタル・メディアで、法律専門家やロースクールを攻撃する議論が後を絶たないことも、決して不思議なことではない。前近代社会では自分たちのものであったはずのもの——自分たちの法が何かを認定する能力——それが今や失われてしまったことの憂さを、法律専門家やロースクール制度を攻撃することで、人々は晴らしている（つもりな）のであろう。詮無いことではあるが。

以上、本稿で描いてきた思考様式は、国民主権や人民主権、あるいは立憲主義の理念に照らして怪しからんと考える向きもあるかも知れない。し

---

(41) 長期的に安定した政治体制であれば、一般国民の多くによっても、その認定のルールが少なくとも暗黙のうちに受容されていることが通常であろう。しかしハートは、認定のルールが公務員集団によってのみ受容されており、一般国民がいずれは屠畜場に引かれる羊のように、日々の一挙手一投足までも小突かれたり脅されたりしながら暮らすよう強いられる病理的な法秩序が存在する可能性を指摘する（『法の概念』192-93頁）。それも法秩序ではある。

(42) 拙著『憲法の境界』16頁。

かし、ハートが指摘しているのは、近代社会における法秩序とはこうしたものだという事実を記述するレベルの問題である。それが怪しからんと言う人は、地球が丸いのは怪しからんと不平を言う人によく似ている。特定の主義主張に基づいてハートの指摘の善し悪しを批判することに意味はない。あれやこれやの法律家集団の陰謀によって、こうした事態がもたらされているわけでもない。意味のある反論をしようとするのであれば、十分な論拠に基づいて、ハートの指摘が事実と反していると主張する必要がある。

有権者団と国民あるいは人民とを同視することを前提として、有権者団により広汎な権限を与えるべきだというイデオロギー的な議論は十分にあり得るし、それに使喚された憲法改正が実現するかも知れない。しかし、そうして新たに制定された憲法典の条文の意味は、裁判官を中心とする公務員および法曹集団の共通了解と無関係に定まるわけではない。